

Das Institut für Europäisches Medienrecht e.V. (EMR), Saarbrücken, ist ein neutrales und unabhängiges Forschungs- und Beratungsinstitut. Es analysiert medienrechtliche Fragen unter besonderer Berücksichtigung der europäischen Dimension und gewährt dadurch einen vertiefenden Einblick in die rechtlichen Grundlagen des europäischen Medienrechts.

(Neue) Geschäftsmodelle der Mediaagenturen

Mit der Digitalisierung der Medien wandelt sich auch das Geschäftsmodell der Mediaagenturen. Kritiker werfen insbesondere den marktmächtigsten Agenturen vor, durch neue Geschäftsmodelle zunehmend selbst als Vermarkter aufzutreten und damit ihre Rolle als neutrale Vermittler zwischen Medien und Werbungtreibenden zu konterkarieren. Gerade auch die Orientierung der neuen Geschäftsmodelle wie insbesondere Programmatic Advertising an der Finanzmarktlogik spricht nach dem vorliegenden Gutachten des EMR dafür, diese Geschäftsmodelle grundsätzlich nicht unreguliert zu lassen. Dies gilt insbesondere wegen der besonderen Bedeutung eines vielfältigen Medienangebots im Blick auf die Demokratie und des engen Zusammenhangs zwischen der Marktposition von Mediaagenturen und anderen Intermediären und der Refinanzierbarkeit medialer Angebote zumindest im werbunggetriebenen Medienumfeld.

EMR /SCRIPT

Band 4 (Neue) Geschäftsmodelle

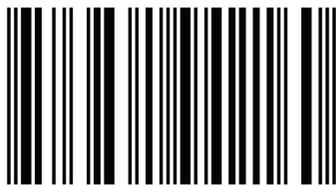


Stephan Ory, Mark D. Cole, Jörg Ukrow
(Hrsg.)

(Neue) Geschäftsmodelle der Mediaagenturen

Band 4

Silke Hans, Jörg Ukrow, Daniel Knapp, Mark D. Cole



978-3-86194-216-0



Stephan Ory, Mark D. Cole, Jörg Ukrow (Hrsg.)

(Neue) Geschäftsmodelle der Mediaagenturen

Stephan Ory, Mark D. Cole, Jörg Ukrow (Hrsg.)

**(Neue) Geschäftsmodelle der
Mediaagenturen**

**Band 4 Silke Hans, Jörg Ukrow, Daniel Knapp, Mark
D. Cole**

EMR /Script

Impressum / Imprint

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek: Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle in diesem Buch genannten Marken und Produktnamen unterliegen warenzeichen-, marken- oder patentrechtlichem Schutz bzw. sind Warenzeichen oder eingetragene Warenzeichen der jeweiligen Inhaber. Die Wiedergabe von Marken, Produktnamen, Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen u.s.w. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutzgesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürften.

Bibliographic information published by the Deutsche Nationalbibliothek: The Deutsche Nationalbibliothek lists this publication in the Deutsche Nationalbibliografie; detailed bibliographic data are available in the Internet at <http://dnb.d-nb.de>.

Any brand names and product names mentioned in this book are subject to trademark, brand or patent protection and are trademarks or registered trademarks of their respective holders. The use of brand names, product names, common names, trade names, product descriptions etc. even without a particular marking in this work is in no way to be construed to mean that such names may be regarded as unrestricted in respect of trademark and brand protection legislation and could thus be used by anyone.

Coverbild / Cover image: www.ingimage.com

Verlag / Publisher:

Der Saarbrücker Verlag für Rechtswissenschaften

ist ein Imprint der / is a trademark of

OmniScriptum GmbH & Co. KG

Bahnhofstraße 28, 66111 Saarbrücken, Deutschland / Germany

Email: info@omniscryptum.com

Herstellung: siehe letzte Seite /

Printed at: see last page

ISBN: 978-3-86194-216-0

Copyright ©

Copyright © 2017 OmniScriptum GmbH & Co. KG

Alle Rechte vorbehalten. / All rights reserved. Saarbrücken 2017

(Neue) Geschäftsmodelle der Mediaagenturen

Eine ökonomische und rechtliche Betrachtung

Prof. Dr. Mark D. Cole
Prof. Dr. Stephan Ory
Dr. Jörg Ukrow
(Hrsg.)

Dr. Silke Hans
Dr. Jörg Ukrow
Dr. Daniel Knapp
Prof. Dr. Mark Cole



EMR /Script ist eine Reihe des
Instituts für Europäisches Medienrecht e.V. (EMR)

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	3
Vorwort	7
I. Einleitung	11
A. Ausgangslage	13
B. Untersuchungsgegenstand	14
1. Werbungtreibende	14
2. Werbungdurchführende Medien / Vermarkter	15
3. Mediaagenturen	17
C. Methodik	20
D. Gang der Untersuchung	22
II. Entwicklung im Sektor der Mediaagenturen	24
A. Die historische Genese der Werbefinanzierung	24
B. Veränderte Stellung der Mediaagenturen in den vergangenen Jahrzehnten	25
III. Auswirkungen der Digitalisierung	31
A. Entwicklungstendenzen in der Digitalisierung des Rundfunks und ihre Bedeutung für die Geschäftsmodelle	31
B. Trading	37
1. Definition	37
2. Aktuelle Marktsituation in Deutschland	39
3. Marktprognose	42
C. Programmatic Advertising und datengetriebene Werbung	44
1. Definition	45
2. Marktstruktur	50
3. Aktuelle Marktsituation in Deutschland	55
4. Marktprognose	60
D. Neue Ökosysteme	64
1. Die Rolle der Plattformen	64
2. Konzentrationstendenzen	68
3. Marktprognose	71
E. Adaptionstrategien der Marktteilnehmer	73
1. Problemlage für Mediaagenturen	73
2. Reaktionen der Mediaagenturen	76
3. Problemlage für Vermarkter	78
4. Reaktionen der Vermarkter	79

F.	Zwischenergebnis	83
IV.	Vertragsrechtliche Analyse	85
A.	Mediaagenturen mit außertariflichen Rabatten	85
1.	Vertragsnatur	86
a)	Überholte vertragsrechtliche Qualifizierungsversuche	88
b)	Werkvertrag	89
c)	Atypischer Geschäftsbesorgungsvertrag	90
2.	Rabatt-Offenlegungs- und Weiterleitungspflichten	91
3.	Aus dieser rechtlichen Situation resultierende potentielle Gefahren	96
B.	Tradingvereinbarungen	99
1.	Vertragsnatur	99
2.	Rabatt-Offenlegungs- und Weiterleitungspflichten	101
3.	Aus dieser rechtlichen Situation resultierende potentielle Gefahren	102
C.	Programmatic Advertising Verträge	107
1.	Vertragsnatur	108
2.	Offenlegungs- und Weiterleitungspflichten	112
3.	Daraus resultierende potentielle Gefahren	113
D.	Service Vereinbarungen	116
1.	Vertragsnatur	116
2.	Offenlegungs- und Weiterleitungspflichten	117
3.	Daraus resultierende potentielle Gefahren	117
E.	Zwischenergebnis	119
V.	Wettbewerbs- und medienrechtliche Analyse	122
A.	Wettbewerbsrechtliche Analyse	123
1.	Anwendbare Regelungen	124
2.	Die Fusionsfälle Omnicom/Publicis und WPP/Grey	125
a)	Die relevanten Märkte für das Mediaagenturgeschäft	125
b)	Marktbeherrschende Stellung der Mediaagenturen	129
3.	Die kartellamtlichen Ermittlungen aus dem Jahr 2007	134

4.	Vielfaltssicherung durch Wettbewerbsrecht mit Blick auf Mediaagenturen	135
B.	Medienrechtliche Analyse	141
1.	Mediaagenturen und der grundrechtliche Schutz der Medienfreiheiten	141
2.	Verfassungsrechtlicher Handlungsauftrag	143
3.	Einfachgesetzlicher Handlungsrahmen	148
a)	§ 7 Abs. 2 Satz 1 RStV	148
b)	Weitere rundfunkrechtliche Vorgaben	151
c)	§ 26 Abs. 2 Satz 2 RStV	151
d)	§ 41 Abs. 1 Satz 4 RStV	153
4.	Vielfaltssicherung durch Medienrecht mit Blick auf Mediaagenturen	154
VI.	Lösungsansätze	158
A.	Die medienpolitisch konsentiertere verbesserte Zusammenarbeit von Medien- und Kartellaufsicht und ihre Bedeutung mit Blick auf Mediaagenturen	158
B.	Grundlagen für weitergehende gesetzgeberische Aktivitäten	160
1.	Das Beratungsergebnis der Bund-Länder-Kommission zur Medienkonvergenz	160
2.	Der gesetzgeberische Beurteilungsspielraum hinsichtlich des „ob“ und „wie“ einer positiven Ordnung des Wirkens von Mediaagenturen	161
3.	Regulierung von Mediaagenturen und Wesentlichkeitstheorie	163
C.	Erweiterung rundfunkstaatsvertraglicher Transparenzpflichten	164
D.	Einschränkung oder Verbot spezifischer Geschäftsmodelle nach dem Ansatz des französischen „Loi Sapin“	168
E.	Insbesondere: Selbstregulierungsinstrumente	171
VII.	Gesamtergebnis der Untersuchung und Schlussfolgerungen	176
	Literaturverzeichnis	181
	Das EMR	197

Vorwort

Privater Rundfunk finanziert sich immer noch ganz überwiegend aus Werbung. Das gelingt nicht für alle Angebotstypen in einer Weise, die den Angeboten eine nachhaltige Überlebensfähigkeit sichert. Vor allem lokale und regionale Angebote, zum Beispiel das „ortsnahe Fernsehen“, verweisen auf Probleme auskömmlicher Refinanzierbarkeit und fordern öffentliche Unterstützung bis hin zu einer Beteiligung am Aufkommen aus dem Rundfunkbeitrag.

Das offenbart ein Dilemma: Die Interessen der Werbungtreibenden, ein bestimmtes Publikum zu erreichen, sind nicht deckungsgleich mit den medienpolitischen Interessen, Sendegebiere im Hinblick auf größtmögliche Vielfalt beim Angebot zu definieren. Ein wenig überspitzt kann man formulieren, dass zwar der öffentlich-rechtliche Rundfunk einen Finanzgewährleistungsanspruch gegenüber dem Staat hat, dass aber der private Rundfunk keinen Finanzgewährleistungsanspruch gegenüber den Werbungtreibenden hat.

Die sich entwickelnde Gefährdungslage mit Blick auf die Absicherung nicht zuletzt lokaler Vielfalt, zu der die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten mit Blick auf ihren gesetzlichen Auftrag nur bedingt geeignet sind, hat sich durch Gewichtsverlagerungen in der medialen Wertschöpfungskette sukzessive verschärft. Von den Geldern, die die Werbungtreibenden einsetzen, kommt tendenziell weniger bei den Programmachern an. Die Brutto-Netto-Schere öffnet sich. Hier kommen die Mediaagenturen in den Blick, die schon immer einen Teil der Gelder der Werbungtreibenden für sich behalten haben. Wenn nun zwischen den Werbungtreibenden und den Programmveranstaltern mehr Gelder – aus Sicht der Kritiker formuliert – „verschwinden“, stellt sich die Frage, ob das nach geltendem Recht mit rechten Dingen zugeht und ob es gegebenenfalls Möglichkeiten der gesetzgeberischen Abhilfe gibt, falls das geltende Recht verfassungsrechtlichen Zielsetzungen nicht (mehr) hinreichend genügt.

Die Antwort nach der Rechtslage *de lege lata* erfordert auf der Basis einer umfassenden Darlegung der tatsächlichen Marktgegebenheiten und der durch die Digitalisierung einsetzenden Veränderungsprozesse zunächst einmal die Analyse der zivilrechtlichen Vereinbarung: Wer schließt mit wem einen Vertrag ab und erhält eine Vergütung für wel-

che Leistung? Wer hat Auskunftsansprüche und kann Abrechnung verlangen und gegebenenfalls die Herausgabe von Rabatten? Bei der Analyse des *status quo* und seiner Entwicklungsperspektiven verdient besondere Beachtung, dass Mediaagenturen neue Geschäftsmodelle entwickelt haben, bei denen nicht nur das Inventar etwas wert ist, sondern auch die Daten, nach denen die Werbung genauer gesteuert werden kann – und diese Daten haben nun einmal nicht die Programmveranstalter.

Die nächste Ebene der Betrachtung *de lege lata* ist das deutsche wie europäische Kartellrecht mit der Frage, ob Mediaagenturen eine marktbeherrschende Stellung haben und diese missbrauchen.

Für das klassische Rundfunkrecht stellt sich schließlich die Frage, ob die Werbungtreibenden und die Agenturen schon auf der Grundlage geltenden Rechts in die Pflicht genommen werden können, die eingangs beschriebene Vielfalt zu unterstützen. Wie weit geht die bestehende Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit durch die Länder im Bereich der Werbefinanzierung sowie der Sicherung von Meinungsvielfalt in eine Richtung, die auch gegenüber Mediaagenturen als medienrechtlich relevanten Playern fruchtbar gemacht werden kann? Und wo bietet das geltende Medienrecht Anknüpfungspunkte für eine effektivere Kontrolle und Eindämmung von Vielfaltsgefährdungen durch diese Player?

Diese Fragen hat das Institut für Europäisches Medienrecht (EMR) im Auftrag der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien (BLM) untersucht. Das Gutachten wurde auf den Medientagen München im Oktober 2016 vorgestellt und ist auf der Website der BLM eingestellt. Wegen der Bedeutung der Fragestellung und der im Gutachten enthaltenen, fortdauernd bedeutsamen Analysen haben wir uns entschlossen, das Gutachten unverändert in der Reihe EMR-Skript zu veröffentlichen und in die wissenschaftliche Diskussion einzubringen.

Die Arbeit ist zudem Basis für eine weitere Befassung des EMR mit diesem Thema. Im Auftrag der Friedrich-Ebert-Stiftung (FES) erscheint im März 2017 eine Folgestudie, die sich mit den rechtspolitischen Fragen einer verstärkten Transparenzpflicht für Mediaagenturen befasst und ebenfalls online erhältlich sein wird.

Das Direktorium des EMR dankt der BLM, insbesondere Johannes Kors, für die bei der Erarbeitung des Gutachtens gewährten Anregungen und Impulse.

Saarbrücken im Februar 2017

Prof. Dr. Stephan Ory
Direktor

Prof. Dr. Mark D. Cole
Wissenschaftlicher Direktor

Dr. Jörg Ukrow
Geschäftsführendes Vorstandsmitglied

I. Einleitung

Mediaagenturen führten in der medienökonomischen, medienrechtlichen und medienpolitischen Debatte über viele Jahre ein Schattendasein. Eine Diskussion ihrer Geschäftsmodelle wie ihrer Bedeutung für die Medienlandschaft in Deutschland beginnt erst allmählich. Nicht zuletzt Aktivitäten in anderen Staaten wie der gesetzgeberische Ansatz in Frankreich mit dem *Loi Sapin* haben das Interesse am Thema auch in der politischen Debatte in Deutschland befördert.¹ Streben die Mediaagenturen mit ihren Geschäftspraktiken hauptsächlich nach eigener Gewinnmaximierung und bedroht dies die Angebots- und Meinungsvielfalt der Medien? Bevorzugen Mediaagenturen in den Planungen die Medien, von denen sie die höchsten Zuwendungen bekommen? Verstecken sich hinter intransparenten Strukturen und Tradingmodellen unzulässige Geschäftspraktiken? Ist die wirtschaftliche Abhängigkeit der Medien von Mediaagenturen so groß, dass diese – zumindest theoretisch – sogar indirekt Einfluss auf das Programm nehmen könnten? Diese ökonomischen und daraus folgenden wettbewerbs- wie medienrechtlichen Fragestellungen stehen in einem engen Zusammenhang.

Das BLM-Medienrechtssymposium 2015 zu „Vielfaltssicherung durch chancengleichen Zugang zu Finanzierungsquellen“ hat nicht nur ein engeres juristisches Fachpublikum auf die Gefahren einer Vermachtung der Werbevermarktung bei den großen Mediaagenturen aufmerksam gemacht und eine juristische Aufarbeitung befördert, die der politischen Bewältigung der Thematik wichtige Impulse geben kann.² Diesem Ansatz, über die Analyse des ökonomischen „Seins“ zur Frage des

¹ Vgl. z.B. die Rede von Bundeswirtschaftsminister *Sigmar Gabriel* bei den Medientagen München 2015, in der er sich gegen einen staatlichen Eingriff in puncto Mediaagenturen aussprach (abrufbar als Video unter <http://www.medienportal.tv/videos/mediaitem/706-panel-wirtschaftspolitik-und-digitaler-wettbewerb>).

² Das Programm des BLM-Medienrechtssymposium 2015 abrufbar unter: <https://medienpuls-bayern.de/event/vielfaltssicherung-durch-chancengleichen-zugang-zu-finanzierungsquellen-zur-werbevermarktung>; die Vorträge erscheinen demnächst in: BLM (Hrsg.), BLM-Medienrechtssymposium 2015. Ferner hat im April 2016 eine Veranstaltung des EMR in Kooperation mit der Staatskanzlei Schleswig-Holstein stattgefunden, das Programm ist abrufbar unter: <http://www.emr-sb.de/event-leser-aktuell-anmeldung/events/veranstaltung-zur-rechtlichen-und-marktsituation-von-media-und-data-agenturen.html>.

juristischen „Sollens“ zu gelangen, dient auch das vorliegende Gutachten mit einem Fokus auf der Ermittlung und Bewertung (neuer) Geschäftsmodelle der Mediaagenturen.

Als „vierte Säule“ der Gewalten sind vielfältige Medien für das Funktionieren der Bundesrepublik Deutschland als repräsentativer Demokratie existentiell. Soweit sich die Sorgen von Marktbeteiligten über eine unzureichend regulierte Markt- und/oder Meinungsmacht von Mediaagenturen bestätigen sollten, spricht vieles, nicht zuletzt auch verfassungsrechtliche Erwägungen, die im Gutachten ausgeführt werden, für die Übertragung eines Regulierungsansatzes, der für den Bereich der Finanzmarktindustrie im Gefolge der Finanzmarktkrise 2007/2008 entwickelt wurde, auch auf den regulatorischen Umgang mit Mediaagenturen. Wenn kein Finanzmarktakteur und kein Finanzmarktprodukt unreguliert bleiben darf³, so spricht die Systemrelevanz des Prozesses freier individueller und öffentlicher Meinungsbildung für das freiheitlich-demokratische Verfassungssystem der Bundesrepublik Deutschland dafür, auch sämtliche für diesen Prozess relevanten Akteure nicht unreguliert zu lassen, jedenfalls soweit sie einen relevanten Anteil haben an der Aufrechterhaltung eines funktionierenden Medienangebotssystems.

Ob auch Mediaagenturen zu diesen Akteuren zählen, wird im Gutachten interdisziplinär unter Einbeziehung medienökonomischer wie rechtlicher Aspekte untersucht. Dazu wird zunächst als Ausgangspunkt die aktuelle Marktsituation beschrieben. Da die Veränderungen und neuen Geschäftsmodelle eng mit dem digitalen Wandel verknüpft sind, werden sodann die Neuerungen, die durch die Digitalisierung Einzug in das Mediaagenturgeschäft gefunden haben, beschrieben, belegt und näher untersucht. Der Fokus liegt hier insbesondere auf der Analyse von Trading und Programmatic Advertising für Werbung und Medien. Darauf aufbauend wird in einem weiteren Schritt die rechtliche Stellung der Mediaagenturen herausgearbeitet. In Abwesenheit spezifischer gesetzlicher Vorschriften kann dies nur durch eine genaue rechtliche Einordnung der vertraglichen Beziehungen unter besonderer Berücksichtigung der Vergütungsmodelle erfolgen. Diese rechtliche Einordnung erlaubt dann eine Überprüfung der Zulässigkeit der Geschäftsmodelle

³ Vgl. hierzu *Ress/Ukrow*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, 2016, Art. 63 AEUV Rdnr. 26, 477.

der Mediaagenturen – insbesondere der Tradingmodelle – nach wettbewerbs- und medienrechtlichen Gesichtspunkten. Dies ermöglicht es in einem letzten Schritt die Frage nach einem Regulierungsbedarf der Mediaagenturen zu beantworten und falls dieser bestehen sollte, Lösungsansätze für eine solche Regulierung zu skizzieren.

A. Ausgangslage

Der Medienmarkt wird von verschiedenen wichtigen Marktteilnehmern geprägt. Mediaagenturen stehen als spezialisierte Intermediäre zwischen den Werbungtreibenden und den Medien bzw. deren Vermarktern. Hier nehmen sie die Aufgaben der Mediaanalyse, -beratung und -planung, aber auch des Einkaufs und der Abwicklung wahr. Das Bild der Mediaagenturen hat sich gerade als Ergebnis sich in jüngster Zeit weiter beschleunigender und vertiefender Entwicklungen gewandelt. Im Gefolge dieser Entwicklungen treten die Mediaagenturen heute als große Wirtschaftsunternehmen auf, die auf einer eigenen Marktstufe stehen und eigene wirtschaftliche Interessen verfolgen. In diesem Zusammenhang werden kritische Bemerkungen über die Rolle der Mediaagenturen geäußert. Vor diesem Hintergrund stellen sich, auch mit Blick auf etwaige Regulierungsgebote und -optionen die bereits in der Einleitung aufgeworfenen Fragen.

Mediaagenturen bewegen sich in einer zunehmend bisherige Trennlinien diffundierenden Weise zwischen Medien und Werbungtreibenden und damit an einer entscheidenden Schnittstelle mit erheblichen Auswirkungen auf die Finanzierungsmöglichkeiten von Medien. Medien sind ein konstituierender Bestandteil für den für die Demokratie unabdingbaren Meinungsbildungsprozess in der Bundesrepublik Deutschland. Das Bundesverfassungsgericht hat schon früh herausgestellt, welche elementare Rolle die Finanzierung der Medien bei der Sicherung dieser Rolle und ihrer Unabhängigkeit spielt. Zugleich betont es in dynamischer Auslegung der aus der Rundfunkfreiheit folgenden positiven Ordnungspflicht des Staates, hier der Länder, die zumindest potentielle Bedeutung neuer Marktakteure und -gegebenheiten für die Medienvielfaltsicherung.⁴ Hinzu kommt, dass neue Player wie *Google*, *SAP* oder

⁴ Vgl. stellv. für viele: BVerfG, Urteil vom 16.06.1981 – 1 BvL 89/78 = BVerfGE 57, 295.

IBM⁵ aufgrund der IT-gestützten Möglichkeiten der digitalen Werbeaussteuerung in das Mediaagenturgeschäft drängen und damit mittelbar den für die demokratische Willensbildung wichtigen Medienmarkt mitgestalten. Im Blick auf die Marktposition und Geschäftsmodelle der Mediaagenturen sowie jüngerer Entwicklungen bedarf es einer genauen ökonomischen und rechtlichen Untersuchung, um die genannten Fragen beantworten zu können.

Für diesen Klärungsbedarf spricht auch die medienpolitische wie -regulatorische Aufmerksamkeit, die das Thema in jüngster Zeit gefunden hat. Nicht zuletzt die nachträgliche Einbeziehung der Rolle von Mediaagenturen in die Arbeit der Bund-Länder-Kommission zur Medienkonvergenz sowie die Ausführungen im jüngsten Konzentrationsbericht der KEK verdienen insoweit Beachtung.⁶

B. Untersuchungsgegenstand

Das vorliegende Gutachten untersucht die rechtliche und Marktsituation im Dreiecksverhältnis der wichtigsten Marktteilnehmer im Mediaagenturgeschäft: Die Werbungtreibenden, die werbungsdurchführenden Medien bzw. deren Vermarkter und die Mediaagenturen. Im Mittelpunkt der Untersuchung stehen dabei die (neuen) Geschäftsmodelle der Mediaagenturen und ihre (möglichen) Auswirkungen auf die Medienvielfalt.

1. Werbungtreibende

Als Werbungtreibende oder werbungtreibende Unternehmen werden Unternehmen aus Industrie, Handel und Gewerbe bezeichnet, die mit Hilfe von Werbung die Konsumenten auf ihre Produkte und Dienstleistungen aufmerksam machen und so letztlich ihren Absatz steigern wollen. Dazu zählen nicht nur klassische Handelsunternehmen, sondern jegliche Organisationseinheiten oder auch natürliche Personen, die

⁵ Diese Unternehmen stehen hier *pars pro toto* für große international agierende Unternehmen vor allem aus der Tech-Branche, die ihre Tätigkeiten auf Mediaagenturgeschäftsfelder ausweiten.

⁶ *Bund-Länder-Kommission*, Bericht, abrufbar unter: https://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/BKM/2016/2016-06-14-medienkonvergenz-bericht-blk.pdf?__blob=publicationFile&v=3; KEK, 2015, 433; abrufbar unter: http://www.kek-online.de/fileadmin/Download_KEK/Informationen_Publikationen/KEK_Bericht_ALM_Band_49.pdf.

Werbung schalten; also auch Institutionen wie Ministerien oder Universitäten, aber auch die Medien selbst, sobald sie für sich selbst werbend in Erscheinung treten.⁷ Die höchsten Werbeinvestitionen im Jahr 2015 in Deutschland kamen von Unternehmen wie *Procter & Gamble* (564,3 Millionen Euro), *L'Oréal* (394,8 Millionen Euro), *Media-Saturn* (394,3 Millionen Euro) und *Ferrero* (382,3 Millionen Euro), *Lidl* (296,3 Millionen Euro).⁸ Insgesamt wurden von der werbungtreibenden Wirtschaft im vergangenen Jahr etwa 29,2 Milliarden Euro in Werbung investiert.⁹ Ziel der werbungtreibenden Unternehmen ist es durch die Werbung die für ihren Zweck relevante Käuferschicht auf ihre Produkte aufmerksam zu machen und so einen Kauf- oder Konsumwunsch bei den Rezipienten der Werbung zu wecken. Es geht um eine möglichst wirksame Werbung zu einem möglichst geringen Preis.¹⁰ Die werbungtreibenden Unternehmen bewegen sich dadurch ständig in einem Spannungsverhältnis zwischen Kostenoptimierung und Investitionskosten, die notwendig sind, um qualitativ hochwertige und wirksame Werbung zu schalten. Jüngst lässt sich hier im Rahmen der digitalen Werbung jedoch auch beobachten, dass gerade die großen finanzstarken werbungtreibenden Unternehmen versuchen internes Know-how aufzubauen, um selbst sog. Programmatic Advertising Tools zu entwickeln und ihre Tätigkeiten damit in das Geschäftsfeld der Mediaagenturen hinein zu diversifizieren.¹¹

2. Werbungdurchführende Medien / Vermarkter

Werbungdurchführende Medien sind Unternehmen, die Werbeträger zur Verfügung stellen und die zumeist von Agenturen gebuchte Werbemaßnahmen ausführen. Die Aufgabe der typischerweise von den Medien eingeschalteten Vermarkter liegt dabei in der Gestaltung und Ausrichtung der Werbemarkt-Kommunikation der von ihnen vertretenen Medien sowie im Werbemittelverkauf, wobei hier insbesondere die Möglichkeit der Vermarkter Angebote zu bündeln eine Rolle spielt.¹² Anders als die Mediaagenturen haben die Werbungdurchführenden in

⁷ *Sehbohn*, Gabler Kompaktlexikon Werbung, 252.

⁸ Zahlen aus Jahrbuch ZAW, Werbung 2016, 184 ff.

⁹ <http://www.nielsen.com/de/de/press-room/2016/Werbemarkt-2015-verzeichnete-ein-Plus.html>

¹⁰ *Salomon*, Handbuch Mediaagenturen, Kap. III, Rn. 1 f.

¹¹ Näheres dazu siehe Kapitel 3.4.

¹² *Salomon*, Handbuch Mediaagenturen, Kap. III, Rn. 10.

der Regel eine Kerngattung, auf die sich ihre Tätigkeit spezialisiert (TV, Radio, Print) und die mittlerweile zumeist durch Online- und Mobile-Werbetätigkeiten ergänzt wird.¹³

Insbesondere im Rundfunk-Bereich finden sich besondere Marktstrukturen. Ein Oligopol aus den Vermarktern *IP Deutschland*¹⁴, der als 100prozentige Tochter von *RTL* zur *Bertelsmann* Gruppe gehört, und *SevenOne Media*¹⁵, eine 100prozentige Tochter der *ProSiebenSat.1 Group*, teilt sich ca. 80 Prozent des Fernsehwerbemarktes. Daneben treten mit *ARD-Sales & Services* und *ZDF-Werbefernsehen* die öffentlich-rechtlichen Vermarkter, sowie kleinere Vermarkter privater Medienveranstalter wie *El Carte*¹⁶ oder *Magis Media*¹⁷. Auch bei der Radiowerbung dominieren mit *ARD Sales & Services (AS&S)*¹⁸ und *Radio Marketing Service GmbH & Co. KG (RMS)*¹⁹ zwei große Vermarkter, neben denen kleinere regionale Vermarkter in Erscheinung treten.

-
- ¹³ Die Umsatzerlöse von *ProSieben Sat.1* außerhalb des TV-Werbesgeschäfts kletterten im 2. Quartal 2016 auf 44 % (35 % im vergleichbaren Vorjahreszeitraum) des Gesamtumsatzes, vgl. *Saal*, *Horizont* online vom 04.08.2016, abrufbar unter: http://www.horizont.net/medien/nachrichten/Bilanz-Pro-Sieben-Sat-1-emanzipiert-sich-von-der-TV-Werbung-141856?utm_source=%2Fmeta%2Fnewsflash&utm_medium=newsletter&utm_campaign=nl6985.
- ¹⁴ Vermarktet die Sender *RTL*, *VOX*, *Super RTL*, *ntv*, *RTL nitro*, *RTL plus*.
- ¹⁵ Vermarktet die Sender *SAT.1*, *ProSieben*, *kabel eins*, *SIXX*, *SAT.1 Gold*, *ProSieben MAXX*, *kabel eins Doku*.
- ¹⁶ Vermarktet den Sender *RTL II*.
- ¹⁷ Vermarktet den Sender *ARTE*.
- ¹⁸ *AS&S* vermarktet neben den öffentlich-rechtlichen Radioprogrammen auch private Radiosender wie *Radio NRJ*, *alster radio*, *RADIO 21*, *Radio Salü*, *youfm* oder *Radio Paradiso*.
- ¹⁹ *RMS* vermarktet unter anderem die Sender *BigFM*, *FFH*, *RPR1*, *Antenne Bayern*, *Antenne Niedersachsen*, *Radio Brocken*, *FFN* (ab 2017 bei *AS&S*). Aufgrund des Urteils des LG Hamburg vom 07.09.2016 – AZ 408 HKO 162/13 –, wonach die *RMS* aufgrund ihrer marktbeherrschenden Stellung diskriminierende Verhaltensweisen zu unterlassen hat und Sender in ihre Vermarktungskombinationen aufnehmen und unter gleichen Bedingungen vermarkten muss, vermarktet *RMS* wohl bald auch die Sender der *The Radio Group*, vgl. Pressemitteilung der gemeinsamen Medienanstalt der Länder Berlin und Brandenburg vom 09.09.2016, abrufbar unter: <http://www.mabb.de/uber-die-mabb/presse/pressemitteilungen-details/diskriminierungsfreier-werbemarkt-sichert-lokale-vielfalt.html>, vgl. auch Fn. 187.

Für Print und Online ist der Markt der Vermarkter diversifizierter. Traditionell sind die Print-Vermarkter Ableger der jeweiligen Verlagshäuser, wie die frühere *Axel Springer Media Impact* oder *G+J E|MS*. Die zunehmend schwierige Situation auf dem Anzeigenmarkt führt jedoch dazu, dass sich für die Print-Vermarktung zunehmend Vermarktungs-Joint Ventures gründen.²⁰ Online gibt es zwar zurzeit noch eine Vielzahl an Vermarktern, zu denen insbesondere auch fast alle Vermarkter traditioneller Medien zählen, allerdings haben diese prozentual nur einen kleinen Anteil am Online-Werbemarkt. Die entscheidenden Vermarkter in diesem Bereich sind große internationale Unternehmen, die ihre technische Infrastruktur, ökonomischen Mittel und ihr großes Datenvolumen hier monetarisieren. *Google* und *Facebook* vereinen 73,4 Prozent der Online-Netto-Werbeerlöse auf sich und bilden damit in Deutschland ein Vermarkter-Duopol ähnlich der Duopole in Radio und TV.²¹

3. Mediaagenturen

Mediaagenturen gehören zweifelsohne zu den wichtigsten Akteuren im Mediengeschäft, in dem sie schon seit Ende des 19. Jahrhunderts Leistungen anbieten, die von Mediaberatung, -analyse und -planung bis hin zum Mediaeinkauf und der Mediaabwicklung reichen.²² Sie stehen heute als hoch spezialisierte Intermediäre zwischen den werbungstreibenden Unternehmen und den Medien und sind durch ihr angesammeltes Know-how zum Mediaein- und Medieverkauf traditionell Partner für Werbebuchungen sowohl für die Werbungtreibenden als auch für die Medien geworden: Die Medien möchten die ihnen zur Verfügung stehenden Werbezeiten und Werbeflächen zu einem möglichst hohen Preis verkaufen, die werbungstreibenden Unternehmen möchten mit

²⁰ So schlossen sich z. B. *Axel Springer* und die *Funke Mediengruppe* in der Vermarktung unter *media impact* zusammen. Auch geht aus dem Referentenentwurf zur 9. GWB-Novelle (2016) hervor, dass solche Vermarktungsallianzen politisch gewollt sind, um die Pressevielfalt im Umbruch der Medienlandschaft zu sichern; vgl. der Vorschlag eines neu einzuführenden § 30b GWB, abrufbar unter: <https://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/G/neunte-gwb-novelle,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf> und *Monopolkommission*, Wettbewerb 2016, 15, abrufbar unter: http://www.monopolkommission.de/images/HG21/HGXXI_Gesamt.pdf.

²¹ Vgl. Kapitel 3.5.

²² *Salomon*, Handbuch Mediaagenturen, Kap. III, Rn. 25 ff.

dem in die Werbung investierten Geld eine möglichst hohe Werbewirkung erzielen. Diese Ziele zu erreichen ist das Dienstleistungsangebot der zwischen beiden Seiten agierenden Mediaagenturen, die bei der Auswahl und beim Einkauf von Werbezeiten und Werbeflächen beraten und diese seit einigen Jahren immer stärker auch selbst durchführen.²³ Dementsprechend kommt den Mediaagenturen eine Schlüsselrolle in diesem Markt zu. Ihre Leistung ist maßgebend dafür, wie der Geldstrom von den Werbungtreibenden zu den Medien ausgestaltet ist.

Noch nach der Jahrtausendwende im Zuge der vielen Diskussionen um die Rolle der Mediaagenturen beschrieben sich die Agenturen als vermittelnder Intermediär der zu beiden Marktseiten hin Leistungen erbringt und daher auch von beiden Marktseiten vergütet werde. Heute erlebt man in der Außendarstellung durch Werbungtreibende und Mediaagenturen und insbesondere deren Interessenvertretungsverbände *OMG* und *OWM* ein verändertes Bild. Mediaagenturen seien keine Mittler zwischen den werbungtreibenden Unternehmen und den Vermarktern, sondern stünden ganz klar im Lager ihrer werbungtreibenden Kunden. Der Tätigkeitsschwerpunkt der Mediaagentur liege auf der Arbeit an der Marke des werbungtreibenden Kunden. Vor allem die Mediaagenturen selbst betreiben in jüngerer Zeit eine Imagekampagne, in der sie ihre Stellung als Berater der Werbungtreibenden betonen.

In Deutschland, dem werbestärksten Land Europas, werden rund 29 Milliarden Euro jährlich in die Werbung investiert. Etwa 90 Prozent der Werbung wird von Mediaagenturen geschaltet und verwaltet. Direktbuchungen, bei denen ein werbungtreibendes Unternehmen ohne Einschaltung eines Zwischenhändlers direkt mit den Medien in Kontakt tritt, finden kaum statt und spielen dementsprechend eine untergeordnete Rolle. Eine zunehmende Konzentration auf dem Markt der Mediaagenturen hat nun dazu geführt, dass sich aktuell in Deutschland drei große Agenturnetworks 74 Prozent dieses Werbekuchens aufteilen: *GroupM* (43,3 Prozent), *Dentsu Aegis* (15,9 Prozent) und *Omnicom* (14,6 Prozent).²⁴

Durch ihre jeweilige Bündelung von Etats großer Werbekunden verfügen die Networks über sehr große Nachfragevolumina und treten gegenüber den Medien als starke „Einkaufsmacht“ auf. Zudem sind die

²³ Hans, Die Auswirkungen des Medienwandels, 12 f.

²⁴ Die Zahlen entstammen dem Recma-Ranking für 2015.

großen Mediaagenturen in Deutschland Niederlassungen internationaler Holdings, deren Hauptniederlassungen Renditeerwartungen haben, die es von den Mediaagenturen zu erfüllen gibt. Da die Stellung der Mediaagenturen als Intermediär im Mediengeschäft nicht hinreichend geklärt ist, kommt es in der Dreiecksbeziehung zwischen Werbungtreibenden, Medien und Mediaagenturen zunehmend zu Konflikten. Vor allem die konkreten Interessen der Mediaagenturen in diesem Geflecht sind unklar, denn es ist nicht offensichtlich für wen die Mediaagenturen eigentlich tätig werden und ob und wem sie Treue und Rechenschaft schuldig sind. Dieses Problem wird vor allem dadurch relevant, dass die Mediaagenturen aufgrund ihres Know-hows einen beträchtlichen Informationsvorsprung vor den Werbungtreibenden haben. Durch die Abschaffung unternehmenseigener Abteilungen wie solchen zur Marktanalyse und die Auslagerung dieser Tätigkeiten auf die Mediaagenturen fehlt es den Werbungtreibenden heute regelmäßig an eigenem Fachwissen. Diese Wissenslücke füllen weitgehend exklusiv die Mediaagenturen aus, die zugleich die daraus ableitbaren Buchungsentscheidungen treffen. Da die großen Mediaagenturen mit allen Medien Verträge schließen und sämtliche Buchungen abwickeln, haben sie einen umfassenden Überblick über fast alle wettbewerbsrelevanten Faktoren, den kein Werbungtreibender in dieser Art besitzt. Eine solche Informationsasymmetrie birgt das Risiko, dass der Intermediär Vorteile aus seinem überlegenen Wissen zu ziehen versucht (Principal-Agent-Konflikt).²⁵ Auf der anderen Seite sehen sich die Medien zunehmend dem Druck der Mediaagenturen ausgesetzt. Diese können mit Hilfe ihres Hoheitswissens die Entscheidungen der Werbungtreibenden schon bei der Planung lenken und so bestimmen zu welchen Medien die Werbegelder fließen.

Vor allem die Entwicklungen der vergangenen Jahre haben diesen Konflikt weiter zugespitzt.²⁶ Im Zuge zunehmender Internationalisierung werden die Agenturen auch von den Interessen der internationalen Holdings, denen die großen Agenturen angehören, beeinflusst. Zugleich hat vor allem der digitale Wandel neue Geschäftsmodelle wie das Trading und Programmatic Advertising befördert, die Misstrauen

²⁵ *Salomon*, Handbuch Mediaagenturen, Kap. III, Rn. 79 ff.; *Albert/von Merve-Idt*, Handbuch Mediaagenturen, Kap. V, Rn. 32 ff.

²⁶ Eine kurze Zusammenfassung dieser Entwicklung auch in *KEK*, 2015, 433; abrufbar unter: http://www.kek-online.de/fileadmin/Download_KEK/Informationen_Publikationen/KEK_Bericht_ALM_Band_49.pdf.

gegenüber den Mediaagenturen schüren. Der digitale Wandel führt zudem zu einer Diversifizierung der Aufgaben.²⁷ Neue Player wie *Google*, *SAP*, *Oracle* oder *IBM*²⁸ drängen über programmatische Lösungen zum Aussteuern von Werbung in den Markt der Mediaagenturen. Bei den in diesem Gutachten beschriebenen Geschäftsmodellen und deren Folgen für die Medienvielfalt muss daher immer bedacht werden, dass diese Geschäftsmodelle auch von solchen großen Firmen auf dem deutschen Werbemarkt umgesetzt werden könnten.²⁹

C. Methodik

Die tatsächliche Marktsituation im Sektor der Mediaagenturen ist von Intransparenz geprägt und für Außenstehende ist es nicht einfach, an Informationen aus der Branche zu kommen. Dies hängt zum einen damit zusammen, dass in den Verträgen zwischen den Marktbeteiligten weitreichende Verschwiegenheitsklauseln vereinbart werden. Zum anderen befürchten gerade kleinere Unternehmen von den großen Mediaagenturen im Mediageschäft „abgestraft“ zu werden, sollten sie sich öffentlich zu den Mediaagenturgeschäften äußern. Für die Ermittlung und Auswertung der relevanten Informationen aus der Branche wurden daher die Expertennetzwerke von *EMR* und *IHS Markit* sowie insbesondere die interne Datenbank und sonstige ausschließlich *IHS Markit* zur Verfügung stehende Recherchemöglichkeiten genutzt.

Um detaillierte Einblicke in die Branchenverhältnisse zu bekommen, wurde zunächst eine Liste mit relevanten Interviewpartnern erstellt.³⁰ Aufgrund der zeitlichen und finanziellen Konzeption des Gutachtenauftrags war es nicht möglich eine umfängliche repräsentative Untersuchung mit einer großen Vergleichsgruppe durchzuführen. Nichtsdestotrotz wurde bei der Auswahl der Interviewpartner sorgfältig darauf

²⁷ So auch *Knuth*, in: *Kolo/Döbler/Rademacher*, Wertschöpfung durch Medien im Wandel, 185.

²⁸ Diese Unternehmen stehen hier pars pro toto für große international agierende Unternehmen vor allem aus der Tech-Branche, die ihre Tätigkeiten auf Mediaagenturgeschäftsfelder ausweiten.

²⁹ Der Übersichtlichkeit halber werden im Rahmen dieses Gutachtens die Termini Mediaagenturgeschäfte, Mediaagenturverträge usw. benutzt, auch wenn Handelnder nicht eine klassische Mediaagentur, sondern ein „neuer Player“ ist. Um bei der Betrachtung nicht weiter zu verkomplizieren und weil diese Anbieter dann Leistungen anbieten, die traditionellerweise von Mediaagenturen angeboten wurden, werden diese Begriffen synonym gebraucht.

³⁰ Diese wurde in Absprache mit dem Auftraggeber erstellt.

geachtet, in ausreichender Zahl und ausgewogener Art Ansprechpartner aller Marktseiten zu befragen und dabei Unternehmen von unterschiedlicher Größe am Markt zu berücksichtigen. Um möglichst viele Interviewpartner zu gewinnen, wurde allen Interviewpartnern angeboten ihre Aussagen anonym zu behandeln; ein Angebot, das von vielen angenommen wurde. Aufgrund der nicht zu unterschätzenden internationalen Beziehungen in diesem Geschäftsfeld – so gehören wie erwähnt gerade die großen Mediaagenturen internationalen Holdings an – wurde die Befragung nicht auf nationale Gesprächspartner beschränkt, sondern auch Vertreter markteteiligter Unternehmen aus dem Ausland gehört.

Zur Durchführung der Interviews wurde ein Interviewleitbogen erstellt. Dieser enthält weniger standardisierte Fragen, als einen Stichwortkatalog. Auf diese Weise wurde sichergestellt, dass im Laufe des jeweiligen Gesprächs alle wichtigen Themen abgedeckt wurden und das Gespräch strukturiert erfolgte. Gleichzeitig wurden standardisierte Antworten in einem zu eng definierten Gesprächsrahmen vermieden. Der Leitfaden lenkte das Gespräch, gab ihm aber hinreichend Offenheit, die Relevanzstrukturen und subjektiven Prioritäten der Gesprächspartner zu berücksichtigen. Je nach Marktseite der Befragten (werbungstreibende Kunden, Mediaagenturen, Medien bzw. Vermarkter) wurde der Interviewbogen durch marktseitenspezifische Stichworte angepasst.³¹

Darüber hinaus wurde eine ausführliche Literatur- und Rechtsprechungsrecherche (desk research) getätigt. Hierzu gehörte die Auswertung der einschlägigen juristischen, wirtschafts- und medienwissenschaftlichen Fachliteratur und von Fachartikeln in den Branchenzeitschriften ebenso wie von Entscheidungen der obersten Gerichte und der Instanzgerichte. Die Ergebnisse dieser Recherche flossen ebenfalls in die Erstellung des Interviewleitfadens ein.

Weiterhin wurde ein Marktmodell entwickelt und ökonometrische Analysen erstellt, durch die sich in den Gesprächen identifizierte Trends quantifizieren lassen. Diese Datenmodelle umfassen Struktur und Prognose des Netto-Werbemarktes, Umsatztrends einzelner Unternehmen (z.B. TV-Vermarkter, Mediaagenturen und weitere Intermediäre), Analyse der Media-Wertschöpfungskette sowie Daten zum weiteren

³¹ Insgesamt gibt es daher vier Versionen des Interviewleitfadens.

Kontext, z.B. globale Budgetverschiebungen, Digitalisierung der Werbung, makroökonomisches Umfeld. Die hierfür notwendigen Informationen entstammen der *IHS Markit*-Datenbank, Unternehmensberichten, Daten aus der Literaturrecherche sowie den durchgeführten Interviews.

Der quantitative Ausblick basiert auf prognostischen Daten. Diese Daten sind durch Einschätzungen von Interviewpartnern, der Analystenevaluation von Marktsignalen und statistischen Modellen generiert. Solche Prognosen bergen Risikofaktoren. So können Analysteneinschätzungen beispielsweise einen Trend überbetonen oder unterrepräsentieren. Auf statistischen Prinzipien basierende Modelle besitzen Fehlermargen und drücken Wahrscheinlichkeiten und nicht Sicherheiten aus.

Ebenfalls müssen Prognosen auf der Basis gegenwärtigen Wissens getätigt werden. So lassen sich neue Produktstrategien, Akquisitionen oder andere marktbeeinflussende Faktoren nur bedingt prognostizieren. Da die Einbeziehung solcher Faktoren die Unsicherheit der Prognosen verstärkt und ihre Annahmen weniger belastbar macht, wurden hier solche Faktoren ausgeklammert und Prognosen auf Basis der heute bekannten Faktoren und Marktlage erstellt. Die Kontrolle und Belastbarkeit der Variablen ist ein wesentlicher Faktor in der Güte von Prognosen.

Zuletzt sind Prognosen nicht nur deskriptiv. Sie schaffen auch Wirklichkeit indem der Markt auf diese Prognosen reagiert und die Zukunft im Sinne von Prognosen selbst schafft. Dennoch sind Prognosen ein etabliertes Werkzeug der Marktbeobachtung und Bewertung, wie beispielsweise die Arbeit von Finanzanalysten belegt, die auf Basis von Markt- und Unternehmensprognosen Kaufempfehlungen aussprechen. Strategieabteilungen in Medienunternehmen nutzen Prognosen ebenfalls, um sich auf zukünftige Entwicklungen bereits heute vorzubereiten.

D. Gang der Untersuchung

Die Untersuchung beginnt mit der Beschreibung der historischen Genese der Mediaagenturen als für die Werbefinanzierung bedeutender Intermediäre. Das Verständnis für diese historische Entwicklung bildet die Grundlage für die marktwirtschaftliche Untersuchung in Kapitel 3

sowie die rechtliche Untersuchung in den Kapiteln 4 und 5. In Kapitel 3 werden die aktuellen Marktstrukturen des Mediaagenturgeschäfts wirtschaftswissenschaftlich untersucht – unter besonderer Berücksichtigung der Auswirkungen der Digitalisierung, welche die Medien und die damit zusammenhängende Werbelandschaft rasant verändert. Im Mittelpunkt stehen hierbei die Untersuchung von Trading und Programmatic Advertising. Zudem werden die hierdurch neu geschaffenen Ökosysteme beschrieben und bewertet – auch im Hinblick auf Adaptionsstrategien von Mediaagenturen, Vermarktern und neuen Marktteilnehmern, insbesondere großen, finanzstarken international operierenden Unternehmen, die neu in den Mediaagenturmarkt drängen und ihn nachhaltig beeinflussen können. Aufbauend auf dieser Marktanalyse werden die Geschäftsmodelle des Tradings und Programmatic Advertising, aber auch medienseitig gewährte Rabatte sowie Service-Vereinbarungen auf ihre vertragsrechtliche Zulässigkeit und die möglichen Folgen dieser zivilrechtlichen Konstruktionen untersucht. Mit Blick den Gutachtauftrag beschränkt sich Kapitel 4 darauf mögliche potentielle Gefahren, die diese Geschäftsmodelle mit sich bringen, aufzuzeigen, da diese anschließend ggf. Ausgangspunkt für ein politisches Handeln sind. In Kapitel 5 werden die wettbewerbsrechtlichen und medienrechtlichen Grundlagen des Mediaagenturgeschäfts beschrieben und mit Blick auf möglichen rechtspolitischen Handlungsbedarf zur Erreichung von Gemeinwohlzielen begutachtet. Die Erkenntnisse sämtlicher Kapitel fließen zusammenfassend in ein Aufzeigen von möglichen Lösungsansätzen im Rahmen verfassungsrechtlicher Vorgaben für gesetzgeberisches Handeln und Grenzen des gesetzgeberischen Handlungsspielraums. Das Gutachten endet mit einer Darstellung von Schlussfolgerungen und der Zusammenfassung ihrer wichtigsten Ergebnisse.

II. Entwicklung im Sektor der Mediaagenturen

Zum Verständnis der heutigen Strukturen und Mechanismen im Mediaagenturmarkt und damit auch der Funktion der Geschäftsmodelle der Mediaagenturen ist die Kenntnis ihrer historischen Entwicklung und ihrer Geschäftsbeziehungen unerlässlich.

A. Die historische Genese der Werbefinanzierung

Die Idee, ein Medium dafür zu bezahlen, dass es bestimmte Informationen an seine Rezipienten übermittelt und so das Konsumverhalten der selbigen anzukurbeln, ist nicht neu. Bereits im 17. Jahrhundert entstanden in Frankreich die sog. Intelligenzblätter, die sich später auch im deutschsprachigen Raum ausbreiteten und Anzeigen in Form von Stellen-, Todes- und Geburtsanzeigen, aber auch in Form von Werbung enthielten.³² Diese Intelligenzblätter waren zunächst staatlich lizenziert und damit limitiert. Erst die – mit vielen Rückschlägen verbundene – Einführung der Pressefreiheit ab ihrer erstmaligen verfassungsrechtlichen Verankerung in der Frankfurter Paulskirchenverfassung 1849 sowie der Gewerbefreiheit führten im Laufe des 19. Jahrhunderts zu einem starken Anwachsen der Anzeigen. Zum einen waren sich die Unternehmer schnell über die Bedeutung der Werbung als Instrument der Absatzhilfe bewusst, zum anderen erkannten Verleger die Bedeutung der Anzeigen für die Refinanzierung ihrer Publikationen, so dass die Anzeigenerlöse bereits Ende des 19. Jahrhunderts einen wesentlichen Teil der Herstellungskosten einer Zeitung deckten. Dieses wachsende Anzeigenaufkommen führte zu einem erhöhten Koordinations- und Vermittlungsbedarf beim Planen und Platzieren von Inseraten, den die ersten Annoncenexpeditionen, wie *Haassenstein und Vogler* ab 1855, *Daube & Co* ab 1864, *Rudolph Mosse*³³ ab 1867 oder *Invaliddank* ab 1874, bedienten.³⁴

Um dem wachsenden Markt der Annoncenexpeditionen Struktur zu geben, wurde um die Jahrhundertwende eine Liste zugelassener Annoncenexpeditionen angelegt, in die nur aufgenommen werden konnte,

³² Von *Woedke*, Handbuch Mediaagenturen, Kap. I, Rn. 4 f.

³³ Dieser soll zeitweise eine derart starke Marktstellung innegehabt haben, dass er die Inserenten mit Rabatten an sich band, wenn sie bereit waren, alle Werbung nur über ihn vermitteln zu lassen, vgl. von *Woedke*, Handbuch Mediaagenturen, Kap. I, Rn. 13.

³⁴ *Illgen/Schindelbeck*, Am Anfang war die Litfaßsäule, 13.

wer hauptberuflich Anzeigen vermittelte, dies im eigenen Namen und auf eigene Rechnung tat, kreditwürdig war und die im Anzeigengeschäft üblichen Sitten einhielt, wozu die objektive Beratung der Werbungtreibenden und die Berechnung der Originalpreise der Zeitungen und Zeitschriften gehörte. Im Jahre 1929 standen bereits 314 Annoncenexpeditionen auf dieser Liste.³⁵ Diese große Zahl an Annoncenexpeditionen sowie der explodierende Zeitungsmarkt in der Weimarer Republik zeugen von dem großen Konkurrenzkampf, der nun einen immer schärferen Tonfall bekam. Die Werbungtreibenden übten mithilfe ihrer Annoncenexpeditionen Druck auf die Medien aus, höhere Rabatte zu gewähren, was zu Tarifunterschreitungen auf Seiten der Medien führte. So standen bereits damals die Fragen nach Höhe und Weiterleitung von Rabatten im Mittelpunkt der Debatte.³⁶

Im Dritten Reich wurden die Annoncenexpeditionen schließlich gesetzlich reguliert, indem z. B. § 7 Abs. 2 der 2. Durchführungsverordnung zum Gesetz über die Wirtschaftswerbung ausdrücklich definierte, Werbemittler sei,

„wer Personen und Gesellschaften, die Werbung für andere durchführen (Werbern), Werbeaufträge für andere im eigenen Namen und für eigene Rechnung erteilt.“

Die in § 7 Abs. 1 der Verordnung vorgesehene Zulassungspflicht für Werbemittler war ein wichtiges Element der Ausdehnung des totalitären Machtanspruchs der Nationalsozialisten auf das Gebiet der Werbung, der seinen Ausgang im Gesetz über Wirtschaftswerbung (WWG) vom 12. September 1933 hatte. Das WWG schuf auch die rechtliche Grundlage des „Werberates der deutschen Wirtschaft“, der damit als zentrale Instanz des nationalsozialistischen Werbewesens errichtet wurde und für die Zulassung von Werbemittlern zuständig war.

B. Veränderte Stellung der Mediaagenturen in den vergangenen Jahrzehnten

Nach dem Zweiten Weltkrieg kam der Einfluss amerikanischer Werbemittler immer mehr zu tragen. In den USA hatte man erkannt, dass die Werbeagenturen davon profitieren, wenn sie neben den reinen

³⁵ *Lambsdorff/Skora*, Handbuch des Werbeagenturrechts, 21 f; *von Woedke*, Handbuch Mediaagenturen, Kap. I, Rn. 15.

³⁶ *Von Woedke*, Handbuch Mediaagenturen, Kap. I, Rn.16 ff.

Mittlertätigkeiten auch einen umfangreichen Beratungsservice anbieten, für den sie dann einen prozentualen Aufschlag, den sog. *Service-Fee*, vom Werbungtreibenden verlangen können. Dies war die Geburtsstunde der sog. Full-Service-Agenturen, die ihren werbungtreibenden Kunden ein umfangreiches Paket von der Sammlung von Informationen und Marktforschung, über Beratung, die Entwicklung und Gestaltung der Werbeidee bis hin zur Auswahl des geeigneten Werbeinventars anboten.³⁷ Ihr Hauptentgelt verdienten sie mit der sog. Annoncenexpedition-Provision (AE-Provision), die wiederum auf dem Prinzip der Preislistentreue fußte.

Das Prinzip der Preislistentreue besagte, dass die Agenturen auch in den Beziehungen zu ihren werbungtreibenden Kunden an die von den werbungsdurchführenden Medien veröffentlichten Preislisten gebunden waren und von den darin festgeschriebenen Preisen nicht willkürlich abweichen durften. In diesen Preislisten, die auch heute noch existieren, ist genau festgelegt, zu welchen Preisen das jeweilige Werbeinventar geschaltet und welche Rabatte hierauf gewährt werden können.³⁸ Diesen in den Preislisten ausgewiesenen Bruttopreis abzüglich eventuell gewährter Listenrabatte (Kunden-Netto, Netto-Preis, Netto 1) stellten die Agenturen den werbungtreibenden Unternehmen in Rechnung. Jedoch leiteten sie dann nicht das Kundennetto an die werbungsdurchführenden Medien weiter, sondern behielten 15 Prozent vom Kundennetto ein. Dieser Betrag in Höhe von 15 Prozent bildete die AE-Provision.³⁹ Sie ist Ausdruck der atypischen Vergütungsstrukturen, die auch heute noch im Mediaagenturgeschäft vorhanden sind: Nicht nur die Marktseite, welche die Agentur einschaltet bezahlt sie direkt, sondern auch die Marktgegenseite finanziert über Rabattgewährungen das Geschäft der Mediaagenturen.⁴⁰

In den 1970er und 1980er Jahren stiegen – vor allem auch begünstigt durch das Aufkommen des werbefinanzierten privaten Rundfunks – die Anforderungen an die planerische Seite der Werbeschaltung. Dies führte zu einer zunehmenden Spezialisierung der Agenturen. Folge war die Aufspaltung der Full-Service-Agenturen in Kreativagenturen, deren

³⁷ *Fikentscher*, Die Preislistentreue im Recht der Werbeagenturen, 12. Auch heute bezeichnet man solche Agenturen noch als Full-Service-Agenturen.

³⁸ *Schneider*, WuW 1962, 260, 261.

³⁹ *Martinek*, Mediaagenturen und Medienrabatte, 7 f.

⁴⁰ *Hans*, Die Auswirkungen des Medienwandels, 43 f.

Aufgabe die gestalterische Umsetzung der Werbung ist, und in Mediaagenturen, die sich um die Mediaplanung, -beratung, -abwicklung und den Mediaeinkauf kümmern, mündete.⁴¹ Mediaagenturen nehmen seitdem eine Schlüsselrolle beim Vertrieb von Werbeinventar ein. Im Zuge dieser Umstrukturierung änderten sich auch die Vergütungsstrukturen. Die AE-Provision wurde teils in ihrer Höhe abgesenkt und zudem an die Werbungtreibenden durchgereicht, so dass sie den Mediaagenturen nicht mehr als Hauptfinanzierungsquelle dienen konnte.⁴² An Stelle der AE-Provision traten außertarifliche Rabatte (auch AT-Vergünstigungen genannt).

Mit dem Schlagwort außertarifliche Rabatte werden alle Rabatte, Bonifikationen und sonstige Vergünstigungen bezeichnet, die nicht in den jeweiligen Preislisten oder AGB der Vermarkter aufgeführt sind. Da sie – im Gegensatz zur AE-Provision – nicht in ihrer Höhe festgelegt und öffentlich gemacht sind, konnten und können die Agenturen hier einen Spielraum zur Verwirklichung wirtschaftlicher Chancen in einem höheren Maße nutzen, als das noch im Rahmen der AE-Provision der Fall war.⁴³ Zwar können Sie aufgrund ihrer individualvertraglichen Natur grundsätzlich für jeden Einzelfall ausgehandelt werden, jedoch haben sich in der Praxis einige allgemein gültige Grundstrukturen herausgebildet. Zum einen können sie als Barrabatte oder als Naturalrabatte in Form von Freispots, Freiplätzen oder Freizeiten ausgezahlt werden.⁴⁴

⁴¹ *Geffken*, in: Das große Handbuch der Werbung, 11; *Kloss*, Werbung, 247.

⁴² *Martinek/Hans*, Handbuch Mediaagenturen, Kap. VII, Rn. 38; *Niesel*, Medienwirtschaft 2010, 30 ff.; die AT-Vergünstigungen treten dabei nicht nur an die Stelle der AE-Provision, sondern auch die Debatte um die Weiterleitungspflicht der gewährten Vergünstigungen findet bei den AT-Vergünstigungen ebenso wie bei der AE-Provision statt, vgl. zur Debatte zur Weiterleitungspflicht der AE-Provision: BGH Beschluss vom 09.04.1970 – KBR 2/69 = NJW 1970, 1317 – context; BGH, Urteil vom 11.11.1993 – I ZR 225/91 = NJW 1994, 728 – Werbeagent; *Heider*, Das Recht der Werbeagentur; *Fabricius*, WRP 1969, 305; *Fikentscher*, Die Preislistenreue im Recht der Werbeagenturen; *Fikentscher*, WRP 1970, 1.

⁴³ *Martinek/Hans*, Handbuch Mediaagenturen, Kap. VII, Rn. 39.

⁴⁴ In den zumeist in englischer Sprache formulierten Vertragstexten werden diese Rabatte als free time, free space, free spot, free media space, free advertising space, free (advertising) capacities etc. bezeichnet. Insbesondere die volumengetriebenen Naturalrabatte sind eine Besonderheit des deutschen Mediaagenturmarktes, vgl. Entscheidung der Kommission, Comp/M.3597, WWP/Grey, Rn. 23 ff.

Zum anderen können sie entweder kunden- oder agenturbezogen gewährt werden. Die Höhe der kundenbezogenen Rabatte bestimmt sich nach dem Kontingent der Werbeschaltungen eines genau bezeichneten werbungstreibenden Kunden, während die agenturbezogenen Rabatte abhängig von dem aus dem Agenturkontingent stammenden Schaltvolumen sind. Wer die kunden- bzw. agenturbezogenen Rabatte behalten darf – also die Mediaagentur oder das werbungstreibende Unternehmen – ist umstritten.⁴⁵ Die Bezeichnungen *kundenbezogen* und *agenturbezogen* dürfen daher nicht mit ihrer Zugehörigkeit als *agenturbestimmt* oder *kundenbestimmt* verwechselt werden.⁴⁶

Konzentrationsprozesse und Internationalisierungstendenzen in den 1990er Jahren haben schließlich die heutige Mediaagenturlandschaft geprägt und zur Bildung von wenigen großen Mediaagenturen, die unter dem Dach großer, international agierender Mediaholdings gebündelt sind, geführt.⁴⁷ Diese Umstrukturierungen führten zu einer weiter zunehmenden Intransparenz und einer stark von Rabatten und Preispolitik getriebenen Bewegung insbesondere auf dem deutschen Mediaagenturmarkt, die sich bis heute in einer sehr stark von volumenorientierten Rabatten und einer Oligopolstruktur gekennzeichneten deutschen Sondersituation manifestiert hat. Diese Strukturen wurden einer breiteren Öffentlichkeit durch ein strafrechtliches Verfahren hinsichtlich eines Untreue-Vorwurfs im Jahr 2006 sowie das kartellamtliche Vorgehen gegen die beiden großen TV-Vermarkter *IP Deutschland* und *SevenOne Media* 2007 erstmalig bekannt.

Im strafrechtlichen Verfahren ging es um einen Geschäftsführer einer Mediaagentur, dem vorgeworfen wurde, der Agentur gewährte Rabatte über eigens gegründete Drittfirmen am Agenturvermögen vorbeigeleitet zu haben. Der Angeklagte wurde 2009 vom LG Wiesbaden zu einer Haftstrafe von 11 Jahren und 3 Monaten wegen Untreue in 68 Fällen verurteilt, weil es das Gericht als erwiesen ansah, dass der Geschäftsführer eine Summe von 30 Millionen Euro, die der Agentur aus der Kommerzialisierung von agenturspezifischen Freizeiten zustanden, nicht offenbart und nicht ordnungsgemäß verbucht habe, so dass es

⁴⁵ Vgl. ausführlich zum Streitstand Kapitel 4.1.

⁴⁶ *Martinek*, in: FS Wadle, 551, 561.

⁴⁷ *Streek*, Management der Phantasie, 135.

der Agentur verwehrt gewesen sei, selbst über ihr Vermögen zu verfügen.⁴⁸

Auch im Zuge des Zusammenschlussvorhabens von *Springer* und *ProSieben Sat.1*, wurden im Rahmen der durchgeführten due diligence viele Strukturen des Mediaagenturgeschäfts offenbar, was zu weiteren Untersuchungen (auch strafrechtlichen Untersuchungen gegen einzelne Manager) und gerichtlichen Auseinandersetzungen führte. So untersuchte das BKartA die Rabattpraxis der TV-Oligopolisten *IP Deutschland* und *SevenOne Media* und stellte fest, dass die von den Vermarktern gewährten retroaktiven Anteils- bzw. Share-Rabatte gegen deutsches und europäisches Kartellrecht verstoßen, da sie zum einen retroaktive Mengenrabatte mit den entsprechenden negativen Folgen darstellten und zum anderen eine Sogwirkung entfalteten, die den Fernsehwerbemarkt für die kleineren und marktschwächeren Sender abgeschottet und insgesamt den Marktzugang erschwert habe. *IP Deutschland* akzeptierte ein Bußgeld in Höhe von 96 Millionen Euro und *SevenOne Media* ein Bußgeld in Höhe von 120 Millionen Euro. Beide Vermarkter änderten im Anschluss ihre Rabattpraxis.⁴⁹

Die Diskussionen um Transparenz, Rabattgewährung und -weiterleitung, Profitmargen, Marktstellung der Mediaagenturen etc. ebten seither jedoch nicht mehr ab. Branchenvertreter sprechen davon, dass man seither sensibilisiert sei und die Verträge auf eine solide rechtliche Grundlage gestellt habe. Dadurch sei das Problem jedoch lediglich legalisiert, nicht aber gelöst worden. Dies hat auch dazu geführt, dass die Mediaagenturen und ihre Geschäftstätigkeiten in das Blickfeld der Kommission zur Ermittlung von Konzentration im Medienbereich geraten sind.⁵⁰

Die technischen Möglichkeiten eine Großzahl von Daten zu sammeln und auszuwerten, die Möglichkeit über automatisierte, Algorithmus gesteuerte Systeme Werbebuchungen vorzunehmen, neue Plattformen für das Ausspielen von Werbung sowie die Explosion des zur Verfügung

⁴⁸ LG Wiesbaden, Urteil vom 12.05.2009 – 6 Kls – 1160 JS 26113/05.

⁴⁹ *Bundeskartellamt*, Pressemitteilung vom 30.11.2017, abrufbar unter: http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2007/30_11_2007_share-deals.html; vgl auch Kapitel 5.1.3.

⁵⁰ Vgl. *KEK*, 2015, 430 ff.; abrufbar unter: http://www.kek-online.de/fileadmin/Download_KEK/Informationen_Publikationen/KEK_Bericht_ALM_Band_49.pdf.

stehenden Werbeinventars stellen heute das Mediaagenturgeschäft vor viele Herausforderungen, die vom Eintritt neuer Player, der Entwicklung neuer Agenturtypen sowie einem neuen Leistungsspektrum und neuen Geschäftsmodellen der Mediaagenturen begleitet sind.

III. Auswirkungen der Digitalisierung

Die Digitalisierung verändert die Medienlandschaft grundlegend. Neue technische Möglichkeiten beeinflussen nicht nur die Nutzungsgewohnheiten deutlich, sondern auch die Geschäftsmodelle der Werbewirtschaft, die wiederum auch eine Antwort auf das veränderte Nutzungsverhalten der Rezipienten darstellen.

A. Entwicklungstendenzen in der Digitalisierung des Rundfunks und ihre Bedeutung für die Geschäftsmodelle

Mit 71 Prozent der Bewegtbildnutzung liegt das klassische Fernsehen nach den Ergebnissen des Digitalisierungsberichts 2016 der Medienanstalten⁵¹ bei der deutschen Bevölkerung nach wie vor klar vorne.⁵² 45 Prozent der TV-Haushalte haben nach den Ergebnissen des Berichts mindestens ein TV-Gerät an das Internet angeschlossen. Connected TV bewegt sich damit zunächst auf einem Niveau mit TV-Empfang über Satellit oder Kabel. Der bewusste Besitz steigt deutlich: In 10,515 Mio. Haushalten, d.h. mehr als jedem 4. TV-Haushalt (27,6 Prozent) steht wissentlich ein Smart TV. Ein deutlicher Anstieg ist 2016 aber nicht nur beim Besitz, sondern auch bei der Anschlussquote feststellbar: Ein solcher Anschluss der Smart TV-Haushalte an das Internet besteht in 17,6 Mio. Haushalten, d.h. 64 Prozent. Unter Berücksichtigung aller Optionen sind 45 Prozent der TV-Haushalte zumindest zeitweise „connected“. Knapp 50 Prozent der Personen ab 14 Jahre haben damit Zugang zu Connected TV. Zwar ist klassisches Fernsehen auch 2016 klar die häufigste Art der Nutzung am TV-Gerät – auch in TV-Haushalten mit

⁵¹ die medienanstalten (Hrsg.), Kreative Zerstörung oder digitale Balance: Medienplattformen zwischen Wettbewerb und Kooperation – Digitalisierungsbericht, 2016 (abrufbar unter http://www.die-medienanstalten.de/fileadmin/Download/Publikationen/Digitalisierungsbericht/2016/Digitalisierungsbericht_2016_deutsch.pdf).

⁵² Ein Grund hierfür ist HDTV. Mittlerweile empfangen mit 53 Prozent über die Hälfte der TV-Haushalte hochauflösendes Fernsehen, ein Plus von 5 Prozentpunkten im Vergleich zum Vorjahr. Die privaten HD-Programme empfängt jedoch nur knapp ein Fünftel bzw. 19,8 Prozent der Fernsehhaushalte in Deutschland. Mit einem Anstieg um lediglich einen Prozentpunkt fallen die privaten Programmangebote damit in der Entwicklung im Bereich HD deutlich zurück.

Connected TV. Es besteht indessen ein deutlicher Zusammenhang zwischen Alter und Nutzungsfrequenz. In den jüngsten (Alters-)Dekaden verzichtet rund jeder Zehnte sogar ganz auf klassisches Fernsehen am TV-Gerät.

Die aktuellen Ergebnisse des Digitalisierungsberichts belegen, dass das Fernsehen nicht in allen Bevölkerungsgruppen unangefochtener Spitzenreiter ist. In den jüngeren Zielgruppen der 14-19- und 20-29-Jährigen entfällt weniger als die Hälfte des Bewegtbildkonsums auf das klassische Fernsehen. In diesen Altersgruppen liegt Video-On-Demand (VoD) mit 41 bzw. 34 Prozent bereits auf Augenhöhe mit der TV-Nutzung. Bei den Jüngeren befindet sich VoD mithin bereits auf Augenhöhe mit linearem TV. Aber auch ab 50-Jährige VoD-Nutzer verbringen bereits ein Viertel ihrer „Videozeit“ mit VoD.

YouTube und die Mediatheken dominieren die VoD-Nutzung. Sowohl das Videoportal als auch die Abrufangebote der TV-Sender werden aktuell bereits von rund 26 Prozent der Personen über 14 Jahren genutzt. Auch hier fallen die Mediatheken der Privaten mit 13,4 Prozent Nutzeranteil in der Bevölkerung zurück. Im Vergleich zum Vorjahr ging der Anteil der Nutzer privater Mediatheken unter den regelmäßigen VoD-Nutzern sogar um 19 Prozent zurück.

Deutlich auf dem Vormarsch hingegen sind die Onlinevideotheken wie *Amazon Video* und *Netflix*. Bereits ein Fünftel der Deutschen nutzt diese Angebote, in der Altersgruppe der 14-29-Jährigen mit 46,4 Prozent bereits fast die Hälfte. So konnte *Amazon Video* die Zahl seiner regelmäßigen Nutzer im Jahresvergleich um rund 50 Prozent steigern, *Netflix* sogar um 150 Prozent. Die Nutzer von Onlinevideotheken schauen deutlich weniger klassisches Fernsehen als der Bevölkerungsdurchschnitt. Das trifft vor allem auf *Netflix*-Nutzer zu, bei denen die Fernsehnutzung lediglich noch knapp ein Drittel der gesamten Bewegtbildnutzung ausmacht.

Diese Ergebnisse des Digitalisierungsberichts zeigen auf, dass linearer Fernsehkonsum zwar weiterhin von hervorgehobener Bedeutung für den Bewegtbildkonsum ist, er aber insbesondere bei jüngerem Zielpublikum an Bedeutung einbüßt. Die Ergebnisse des Digitalisierungsberichts unterstreichen, dass perspektivisch – unbeschadet der Frage, ob diese nach geltendem Rundfunkrecht ggf. zulassungsrechtliche

Probleme aufwirft – individualisierter respektive personalisierter Werbung eine wachsende Bedeutung zukommen dürfte. Nur über eine Ergänzung linearer Werbeformen um Werbeformen, die der zunehmenden VoD-Nutzung, nicht zuletzt auch der Nutzung von Online-Videotheken Rechnung tragen, besteht auch perspektivisch die Chance, bisherige werbliche Kundenkontakte zu halten. Dies erscheint mit Blick auf bisherige Rahmenbedingungen des Werbe-Geschäftsmodells deshalb umso bedeutsamer, weil insbesondere in der Werbezielgruppe der bis zu 49-Jährigen diese Individualisierungstendenz des Bewegtbildkonsums besonders ausgeprägt ist. Für die Stellung der Mediaagenturen im Werbegeschäft eröffnet diese Entwicklung zusätzliche Chancen, da ihrer Datensammel- und -verwertungskapazität und -kompetenz weiter steigende Bedeutung zukommen dürfte.

Intermediäre wie *Google* zeigen sich bereits heute mit Blick auf personalisierte Werbung und damit auch das in Kapitel 3.4 näher beschriebene Programmatic Advertising unter den Bedingungen mobiler Videonutzung besonders innovativ.⁵³ Internet-Werbefirmen können z.B. Algorithmen nutzen, um mehrere Geräte ein und demselben Nutzer zuzuordnen zu können. Das ist für diese Werbefirmen äußerst lukrativ, da es möglich wird, Werbung vollständig zu personalisieren und diese auch vollständig an das Konsumverhalten der Nutzer anzupassen. Unternehmen wie *Crosswise*, *Drawbridge* oder *Tapad* haben sich darauf spezialisiert, mehrere Geräte einem Nutzer zuzuordnen, indem Suchanfragen von verschiedenen Geräten verarbeitet und diese dann mit außerordentlich großer Treffsicherheit ein und dem selben Nutzer zugeordnet werden. Diese Informationen werden dann programmatisch in Echtzeit an ein Unternehmen verkauft, dass diese Information daraufhin in personalisierte Werbung umwandelt. Durch gezielte Werbung für ein und dasselbe Produkt auf verschiedenen Geräten erhöht sich dann die Wahrscheinlichkeit, dass der Nutzer dieses Produkt auch tatsächlich kauft.⁵⁴

⁵³ Vgl. *dpa*, faz.net vom 29.06.2016, abrufbar unter: <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/netzwirtschaft/google/personalisierte-werbung-google-verfolgt-seine-nutzer-kuenftig-noch-weiter-14315122>.

⁵⁴ Vgl. *Tanner*, How Ads Follow You from Phone to Desktop to Tablet, abrufbar unter <https://www.technologyreview.com/s/538731/how-ads-follow-you-from-phone-to-desktop-to-tablet/>.

Im Vergleich zum Fernsehen führte die Digitalisierung des Hörfunks in Deutschland⁵⁵ zwar bisher ein Schattendasein. Dies scheint sich allerdings allmählich zu ändern. 2016 ergibt sich zum dritten Mal in Folge ein positives Wachstum für Digitalradio und auch das Internetradio gewinnt deutlich. Radiohören über UKW ist allerdings stabil und für gut drei Viertel der Bevölkerung weiterhin die mit Abstand meist genutzte Radioempfangsmöglichkeit, während Kabel- und Satellitenradio hier deutliche Einbußen gegenüber dem Vorjahr verzeichnen. Die Ergebnisse des Digitalisierungsberichts verdeutlichen einmal mehr auch die Bedeutung des Radios als mobil empfangbares Medium für die Nutzer. Sowohl Digitalradio auf Basis des DAB-Standards als auch das Internetradio erzielen als Radio-Empfangsmöglichkeit laut den Ergebnissen des Digitalisierungsbericht 2016 deutlichen Zuwachs. Jeder siebte Bundesbürger bzw. 9,53 Mio. Personen ab 14 Jahre nutzen inzwischen Digitalradio. Und in jedem achten Haushalt ist zumindest ein DAB+-Empfangsgerät vorhanden. Mit insgesamt 8,24 Mio. DAB-Geräten ist der Bestand 2016 erneut um 29 Prozent gegenüber dem Vorjahr gewachsen. Gut ein Drittel der Bevölkerung (plus 4 Prozent gegenüber dem Vorjahr) hört inzwischen zumindest gelegentlich Radio über das Internet. Diese Entwicklung wird durch das Smartphone gestützt, über das bereits mehr als ein Sechstel der Bevölkerung zumindest gelegentlich Internetradio nutzt. Vor allem bei den unter 40-Jährigen ist ein klarer Trend zum Radiohören über das Internet und/oder DAB+ erkennbar. Die Hörer nutzen insgesamt immer stärker beide digitalen Empfangsarten und suchen sich je nach Empfangsort und Präferenz die geeignete Empfangsmöglichkeit aus. Gerade jüngere Altersgruppen erweisen sich bei dieser Digitalisierung des Nutzungsverhaltens als Early Adopter.⁵⁶ Die Marktdurchdringung von Digitalradio könnte in Deutschland bei einem vielfältigeren Programmangebot, wie es bundesweit durch einen zweiten Multiplex, landesweit durch weitere Schritte zur Nutzung frequenztechnisch schon seit längerem geplanter

⁵⁵ Insbesondere in der Schweiz stellt sich dies schon seit längerem anders dar; vgl. *AG Digitale Migration*, Von UKW zu DAB+, abrufbar unter <https://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/elektronische-medien/technologie/digitale-verbretung/radiobranche-stellt-die-weichen-fuer-den-ukw-ausstieg.html>.

⁵⁶ Vgl. *Kors*, in: Digitalisierungsbericht, 2016, 53, 53, 61.

Bedeckungen befördert werden könnte⁵⁷, und geschlossene medienpolitische Unterstützung⁵⁸ in den nächsten zwölf Monaten noch weiter voranschreiten. Auch diese Hörfunk-Entwicklungen stärken tendenziell die Einwirkungsmöglichkeiten von Mediaagenturen im Hörfunkwerbe-Geschäft. Denn auch hier wächst mit der Digitalisierung die Bedeutung von datengestützter, programmatisch ausgesteuerter Werbung mit Individualisierungspotential.

Der Wettbewerb ist im Werbebereich im Zuge der Digitalisierung deutlich stärker als im analogen Zeitalter nicht allein gattungsbezogen, sondern findet durch das Internet immer stärker intermediär statt. Die Gefährdungen, denen sich die Gattung Radio i.S. eines traditionell auf Vollprogramm-Qualität hin ausgerichteten Programm-Ansatzes und eines auf point-to-multipoint ausgerichteten Kommunikationsansatzes durch internetgestützte Audio-Abrufangebote ausgesetzt sieht, erfahren insoweit eine zusätzliche finanzierungs-basierte Dimension.

Als Indiz für diese finanzielle Gefährdungslage kann die Entwicklung beim Nettoshare je Hörer angeführt werden: Der Nettoshare ergibt sich aus den Nettowerbeerlösen dividiert durch die Nutzerreichweite und zeigt damit die tatsächlichen Erlöse pro Nutzer auf. Diese Wert ist in den letzten Jahren zumindest in der überregionalen Hörfunkwerbung nicht unerheblich gesunken: Vorliegende Berechnungen gehen davon aus, dass in den letzten 10 Jahre der Nettoshare um rund 30 Prozent abgenommen hat. Argumente sprechen dafür, dass dies auch Folge des Wettbewerbs durch das Internet und von Trading ist: Das Internet schafft mehr Inventar - und jedes einzelne Stück Inventar erhält weniger Wert. Mit dieser Entwicklung steigen das Interesse an einer "Veredelung" durch Daten - und damit an Leistungen der Mediaagenturen.

Brutto-Netto-Schere und mögliche zusätzliche Argumente für die Relevanz der Mediaagenturen

⁵⁷ Vgl. *Schneider*, 6 Punkte zur Zukunft von Digitalradio - Keynote des DLM-Vorsitzenden auf dem Digitalradiotag im Rahmen der IFA am 5. September 2016 in Berlin (abrufbar unter https://www.blm.de/infothek/positionen_und_renden.cfm?object_ID=6501).

⁵⁸ Bedeutung kommt insoweit insbesondere der weiteren, auch zwischen Bund und Ländern koordinierenden Arbeit des „Digitalradio Board“ des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI) zu.

Es ist auf dem deutschen Werbemarkt im Allgemeinen der Trend zu beobachten, dass die Brutto-Netto-Schere, d.h. der Unterschied zwischen formell ausgewiesenen und tatsächlich ausgehandelten Werbe-preisen, immer weiter aufgeht. Dies kann theoretisch dramatische Folgen für die Finanzierung der Medien haben. Wenn den Medien von den ausgewiesenen Brutto-Preisen, immer weniger Netto übrigbleibt, dann lässt dies auf den ersten Blick den Rückschluss zu, dass den Medien weniger finanzielle Mittel zur Refinanzierung ihres Programms zur Verfügung stehen. Exemplarisch seien hier Zahlen des Rundfunkwerbemarktes genannt: Während im TV im Jahre 2006 den Vermarktern bzw. den werbefinanzierten TV-Anbietern noch 50 Prozent von den Brutto-Werbeerlösen zur Verfügung standen, so waren dies im Jahr 2015 nur noch 32 Prozent. Eine ähnliche Entwicklung zeichnet sich im Hörfunk ab, wo im Jahr 2006 den Vermarktern bzw. den werbefinanzierten Hörfunkanbietern im Durchschnitt noch 55,8 Prozent der Brutto-Werbeerlöse verblieben, während es 2015 nur noch 44,2 Prozent waren.

Trotz dieser dramatischen Entwicklung muss beachtet werden, dass Marktexperten dem Aufgehen der Brutto-Netto-Schere keine ähnlich dramatische Bedeutung zumessen, wie die Zahlen es auf den ersten Blick erwarten lassen.⁵⁹ Denn bei den Brutto-Preisen handelt es sich weniger um realistische Preise, als um fiktive Preise, die auf Basis und im Verhältnis zu den erwarteten Netto-Preisen festgesetzt werden. Die Netto-Preise hängen also von den Brutto-Preisen ab und können höher angesetzt werden, wenn mit höheren Abgaben gerechnet wird. Wichtig ist daher die Brutto- sowie Netto-Preise losgelöst voneinander im Kontext der im Folgenden beschriebenen fundamentalen Marktumwälzungen zu betrachten und die sich hieraus ergebenden Folgen genau herauszuarbeiten und zu analysieren, was dieses Gutachten in dem folgenden Kapitel leistet.

Daher ist im weiteren Untersuchungsgang zu prüfen, ob bereits die vorliegend aufgeführten Entwicklungen für eine nicht nur wirtschaftlich bedeutsame, sondern auch rechtliche Handlungspflichten auslösende Rolle der Mediaagenturen sprechen. Insoweit spielt es auch eine Rolle,

⁵⁹ Einzelne Branchenbeobachter sprachen davon, es geschehe hier ein „Hochkochen“ oder eine „Überdramatisierung“ in der Medienberichterstattung.

worauf die Veränderungen bei den Nettoeinnahmen gründen und welche Auswirkungen diese haben.

B. Trading

Ein kontrovers diskutiertes Geschäftsmodell ist das sogenannte Trading, das insbesondere in der öffentlichen Debatte und Fachpresse zur Problematisierung der Rolle der Mediaagenturen, ihrer Geschäftsmodelle und ihrer Rolle als unabhängige Berater geführt hat.⁶⁰ Hier wird der Begriff dargelegt, die damit verbundene Problematik erklärt und die Auswirkungen von Tradingpraktiken auf den deutschen Werbemarkt quantifiziert.

1. Definition

Beim Trading kaufen Mediaagenturen unabhängig von einzelnen Werbekunden stark rabattiertes Inventar von Vermarktern und reichen es mit einem Preisaufschlag an einzelne Kunden weiter. So eingekauftes Inventar findet neben regulär kundenspezifisch gekauftem Inventar Eingang in den Mediaplan. Während dieser Ansatz nicht grundlegend neu ist, wurde diese Praktik in Deutschland im Rahmen der Wirtschafts- und Werbekrise 2008 und 2009 populär, als das Angebot der Vermarkter die Nachfrage überstieg und Inventar unverkauft blieb. Um Umsatzziele zu erreichen, waren neue Verkaufsmodelle notwendig. Da aufgrund der Nachfragesituation Preiserhöhungen als Umsatztreiber nicht in Frage kamen, bot sich die starke Rabattierung unverkauften Inventars an.

Diese Praktik wurde auf Vermarkterseite durch *ProSiebenSat.1* angetrieben, was vornehmlich der damaligen Eignerstruktur mit den Hedgefonds *KKR* und *Permira* geschuldet war. *ProSiebenSat.1* kaufte damals die ebenfalls von diesen Fonds kontrollierte Sendergruppe *SBS*, die in den Beneluxländern, Skandinavien und Osteuropa operierte. Im Zuge dessen kam es zu einer hohen Verschuldung von *ProSiebenSat.1*, die mit der Erwartung auf steigende Werbeerlöse gerechtfertigt wurde. Die Wirtschaftskrise machte allerdings diese Erwartungen zunichte.

⁶⁰ Stv. für viele: *Scharrer*, Horizont Nr. 49 vom 08.12.2011, 16; *Scharrer*, Horizont Nr. 24 vom 16.06.2011, 16; *Matthias Biermann*, zum Zeitpunkt des Interviews Chef von Crossmedia, im Interview mit W & V, W & V Nr. 17 vom 26.04.2012, 29.

Um den Finanzmarkt und Investoren zufrieden zu stellen, musste *ProSiebenSat.1* zu kreativen Mitteln greifen, um Werbeerlöse auch im Rahmen der Krise zu erhöhen oder zumindest deren Erosion, soweit möglich, abzufedern. Die Popularisierung des Tradings in Deutschland hängt so zumindest teilweise mit einer spezifischen historischen Situation und Eignerstruktur einer Sendergruppe zusammen. Andere Vermarkter stellten sich anfänglich gegen diese Praktik. Allerdings einmal im Markt begannen Agenturen vermehrt, Tradinginventar einzufordern. In einem verschärften Wettbewerb untereinander und Druck durch die Procurement- und Auditingdienste auf Seiten werbungstreibender Unternehmen waren sie auf der Suche nach neuen, margenreichen Geschäftsmodellen.

Der Begriff „Trading“ stammt vom englischen Verb „to trade“ ab, was so viel bedeutet wie „handeln“. Damit ist begrifflich die Problematik erfasst, die sich für die Rolle der Agenturen ergibt. Agenturen werden durch Trading von Einkäufern im Kundenauftrag zu Eigenhändlern, die als eigene Wirtschaftsstufe kostengünstig Inventar einkaufen und teurer weiterverkaufen. Dieses Verhalten hat Diskussionen nach sich gezogen. Als Eigentümer dieses Inventars haben die Agenturen ein Interesse daran dieses Inventar, dessen Wert zeitlich befristet ist⁶¹, weiterzuverkaufen, um Verluste zu vermeiden. Dieses Inventar kann daher unter Umständen weiterverkauft werden, unabhängig von seinem Nutzen für spezifische Werbetreibende. Agenturen handeln dann nicht im ausdrücklichen Kundeninteresse sondern im eigenen Gewinninteresse. Werbungstreibende Kunden sind sich einer reinen objektiven Beratung durch die Agenturen nicht mehr gewiss, falls diese eine reine Händlerrolle ausüben.

Allerdings handelt es sich beim Trading nicht um ein reines Weiterreichen von Inventar mit Preisaufschlag. Nach Eigenaussage erhöhen Mediaagenturen den Wert dieses Inventars durch Daten und machen es somit für die Kundenseite relevant. Die genauen Praktiken dieser Aufwertung bleiben jedoch intransparent. Unabhängig davon ist ebenfalls zu beachten, dass Werbeinventar keinen absoluten Wert hat, sondern nach Profil des Werbekunden und Kampagnenziel variiert. Inventar das

⁶¹ So verschwindet der Wert mit Ausstrahlung des Werbeblocks bzw. dem Ende der Werbebuchungssaison. Werbeinventar kann nicht „gespeichert“ werden.

ein Vermarkter gering bepreist hat, kann somit für einen bestimmten Agenturkunden von höherem Wert sein.

Agenturen als eigene Wirtschaftsstufe in einer Händlerrolle auf der einen Seite, und der Aufwertung von Inventar auf der anderen, beschreibt das durch Trading entstandene Spannungsfeld.

2. Aktuelle Marktsituation in Deutschland

Um die aktuelle Marktsituation in Deutschland zu quantifizieren, wurde für dieses Gutachten eine Analyse auf Basis der Brutto-Werbeinvestitionen nach *Nielsen* und der Netto-Werbeerlöse nach *ZAW* vorgenommen. Im Rahmen von Gesprächen mit Vermarktern und Agenturen wurden die Anteile der Werbeinvestitionen und der Werbeerlöse erfragt, die durch Trading generiert werden, auf den Markt hochgerechnet und in Bezug zu diesen Branchenzahlen gesetzt. Einige Marktteilnehmer bezogen sich in ihren Erläuterungen auf Brutto-Investitionen, und andere auf die generierten Netto-Erlöse. Daher mussten sich die Berechnungen der Quantifizierung von Trading aus zwei Perspektive nähern, die je durch die *Nielsen*- und *ZAW*-Zahlen reflektiert werden. Da aufgrund der Marktbefragung als Annahme zugrunde gelegt wurde, dass Tradinginventar durchschnittlich um 80 Prozent rabattiert verkauft wird, ermöglichte diese doppelseitige Betrachtung aber auch, die Aussagen der Marktteilnehmer in Beziehung zu setzen und auf ihre Validität hin zu überprüfen.

Dennoch bleibt diese Analyse indikativ. Die Definition von Trading variiert nach Marktteilnehmer, je nachdem, welche konkreten Modelle und Geschäftspraktiken ein Marktteilnehmer anwendet. Des Weiteren mussten außen vorgelassen werden, inwiefern nichtkundenbezogene Freispots einem Tradingpool zugeführt werden. Auch wurde die Marktgröße nicht um Eigenwerbung der Vermarkter auf ihrem Inventar bereinigt.

In der Analyse wurde sich auf einige Mediengattungen beschränkt. Aufgrund der Komplexität der Geschäftsmodelle im Onlinemarkt, gerade durch datengetriebene Werbung und automatisierte Transaktionen, wurde der Onlinemarkt in der quantitativen Marktbestimmung von Trading ausgeklammert. Allerdings erläutert dieses Gutachten in Kapitel 3.4. im Detail die Mechanismen und Geschäftsmodelle im Onlinemarkt. Trading kann generell in allen Mediengattungen stattfinden, allerdings

haben unsere Brancheninterviews gezeigt, dass es sich auf einige Mediengattungen konzentriert und in anderen in der Summe marginal ist. Es wurde sich mit TV, Radio, Publikumszeitschriften und Außenwerbung auf die Mediengattungen konzentriert, in denen Interviewpartner Trading in Deutschland identifiziert haben.

In der Summe bietet diese Analyse eine quantitative Einschätzung des Themas Trading, sowohl aus der Perspektive des Bruttovolumens als auch der Nettoerlöse. Auf Basis dieser Daten ist davon auszugehen, dass über die vier analysierten Mediengattungen hinweg auf Brutto-Basis 7,1 Prozent der Werbeinvestitionen getradet wurden, was sich in einem Netto-Wert von 4,1 Prozent niederschlägt. Damit wurden im Jahr 2015 bei den Vermarktern netto 293 Millionen Euro durch Trading erwirtschaftet.

Abb. 1 Trading nach Mediengattungen in Deutschland (2015)

Legende	TV	Publikumszeitschriften	Radio	Außenwerbung	Summe 4 Gattungen
Brutto nach Nielsen (€ Mrd.)	13.779	3.476	1.681	1.715	20.651
Netto nach ZAW (€ Mrd.)	4.422	1.075	0.743	1.005	7.248
Netto von Brutto	32.1%	30.9%	44.2%	58.6%	35.1%
Rabattschere	67.9%	69.1%	55.8%	41.4%	64.9%
Anteil Trading am Brutto	7.2%	7.0%	7.5%	6.0%	7.1%
Anteil Trading am Netto	4.5%	4.5%	3.4%	2.0%	4.1%
Brutto-Volumen Trading (€ Mrd.)	0.995	0.243	0.126	0.103	1.467
Netto-Erlöse Trading (€ Mrd.)	0.199	0.049	0.025	0.021	0.293

Diese Werte variieren mit der Wirtschaftslage und damit der Nachfrage nach Inventar. So ist bei geringer Nachfrage der Tradinganteil höher, da mehr unverkauftes Inventar von Vermarktern dem Trading zugeführt wird. Auch existieren Unterschiede zwischen einzelnen Vermarktern. Den im Rahmen des Gutachtens durchgeführten Interviews zufolge sind kleinere Vermarkter verstärkt unter Druck, Trading anzubieten. Allerdings geben kleinere Vermarkter bzw. Vermarkter von Nischenangeboten oftmals höhere Basisrabatte. Geht man davon aus, dass Tradinginventar konstant um 80 Prozent rabattiert ist, fällt der Margenverlust durch Trading bei diesen Anbietern geringer aus als bei Vermarktern mit geringeren Basisrabatten.

Die Bewertung, ob Trading in der Summe zu geringeren Erlösen beiträgt, und ob eine Kausalitätsbeziehung zwischen Umsatzverlusten und Trading besteht, ist komplex. Während sich einige Anbieter dem Marktdruck beugen müssen, ist für viele Anbieter nicht Trading per se relevant. Auch der Anteil an Inventar, das mittels Trading verkauft

wird, ist für viele Anbieter nicht bedeutend. Dies liegt an den zugrundeliegenden Leistungsmetriken für werbefinanzierte Medien, insbesondere der Power Ratio ($\text{Werbeumsatz} / (\text{Nutzermarktanteil} * \text{Gattungswerbeerlöse})$), die als Unternehmensziel den Soll-Werbeumsatz auf Basis der Nutzungszahlen beschreibt. Das Konzept Trading ist daher nicht negativ besetzt, wenn es dazu beiträgt dieses Soll zu erreichen. Meistens liegt dieser Sollwert über 1,0 in der oben genannten Formel. Allerdings wird ein Soll-Wert nicht nur absolut definiert, sondern auch im Vergleich zum Vorjahr. Wenn die geringeren Umsätze durch Trading dazu beitragen, diesen Sollwert langfristig zu reduzieren, schlägt der positive in einen negativen Effekt um.

Probleme durch Trading entstehen daher oftmals mittel- und langfristig. Große Anbieter in nachfragestarken Medien wie TV haben die Möglichkeit, aufgrund ihrer Marktmacht den Anteil des über Trading angebotenen Inventars zurückzufahren, beispielsweise in einer verbesserten Wirtschaftslage. Sie können Trading daher als strategische Maßnahme einsetzen, ihre Power Ratio flexibel zu optimieren. Trading ist dann ein Gestaltungsinstrument, das der Kontrolle solcher Vermarkter unterliegt. Während Agenturen Druck weiterhin ausüben können, dass diese Vermarkter Trading anbieten, besteht die Möglichkeit, das Volumen von Trading zu verändern und eine Balance zu finden zwischen eigenen und den Agenturinteressen. Diese Option besteht für kleinere Anbieter, gerade in Mediengattungen die stärker als TV unter dem Druck durch digitalen Wandel stehen, oftmals nicht. Hier besteht die Gefahr einer Tradingspirale, in der es schwierig ist, einmal über Trading verfügbar gemachtes Inventar im nächsten Geschäftsjahr nicht mehr anzubieten. Auch kann ein Zugeständnis an Trading zur Erwartung der Einkaufsseite führen, dass der Vermarkter im folgenden Geschäftsjahr noch weiteres Inventar auf diese Weise bereitstellt.

Allerdings existieren keine Hinweise in unseren Interviews mit großen wie kleinen Marktteilnehmern im Rahmen dieser Studie, dass sich auch eine mögliche Erhöhung von Tradinginventar für einzelne Vermarkter linear und ad infinitum fortschreibt. Wie in Kapitel 3.3.3. beschrieben, ist für den Gesamtmarkt sogar davon auszugehen, dass Trading ein Randphänomen bleiben wird. Während Trading, wie oben dargelegt, Teil des Geschäftsmodells der Agenturen ist, ersetzt Trading nicht andere Geschäftsmodelle und Einkaufspraktiken. Werbetreibende Unternehmen haben in den letzten Jahren verstärkt Transparenz von Agenturen eingefordert, die eine Bremse in der systematischen Ausweitung

von Trading darstellt. Des Weiteren verändern sich die Definition von Trading und die Medieninfrastruktur, in der diese Praktiken eingebunden sind, wie in Kapitel 3.4. dargestellt. Ebenfalls ist zu berücksichtigen, dass Trading ein Ausdruck und nicht Ursache möglicher Refinanzierungsprobleme der Medien ist. Wie oben erwähnt, hat Medieninventar keinen absoluten, sondern einen relativen Wert. Mediengattungen oder Vermarkter, die für Mediapläne an Relevanz verlieren, weil beispielsweise Kampagnenziele anders und kostengünstiger erreicht werden können, haben in der heutigen Werbewirtschaft ein Legitimationsproblem unabhängig von der Frage des Tradings. Der Druck, Trading anzubieten, ist dann Ausdruck ihrer schwindenden Marktrelevanz und Werbeumsätze würden trotz einer völligen Abkehr von Trading mittel- und langfristig nicht weiterwachsen.

Dies stellt das Konzept der Werbefinanzierung für solche Medien und Vermarkter grundsätzlich in Frage. Selbst große, werbestarke TV-Unternehmen haben bereits Mitte der 2000er Jahre damit begonnen, ihre relative Abhängigkeit von der klassischen Werbefinanzierung durch sogenannte Diversifikationsstrategien zu verringern. Solche Strategien umfassen Vorstöße in nicht-werbefinanzierte Geschäftsfelder wie beispielsweise e-commerce, Produktion und Rechteverkauf von Medieninhalten, sowie die Entwicklung von Product Placement oder Branded Content. Eine Kausalbeziehung zwischen Trading und Refinanzierungsproblemen durch Werbung lässt sich daher in einer generellen Marktbetrachtung nicht feststellen. Nuancen bestehen in solchen Fällen, in denen ein werbetreibendes Unternehmen genuine Wert im Inventar eines bestimmten Vermarkters sieht, eine Agentur diesen zugeschriebenen Wert jedoch nicht an den Vermarkter kommuniziert und den Eindruck entstehen lässt, er müsse Trading anbieten. Unsere Marktinterviews weisen jedoch darauf hin, dass es sich hierbei nur um Einzelfälle handelt. Hier ist eine fallspezifische Betrachtung notwendig, die im Rahmen dieser Studie nicht geleistet werden kann

3. Marktprognose

Die Entwicklung von Trading steht heute im Spannungsfeld zwischen wirtschaftlicher Entwicklung und Agenturpraktiken und einem generellen Medienwandel durch Digitalisierung. Der Anteil des zum Trading angebotenen Inventars ist bei „Early Adopter“-Vermarktern, die in der Wirtschaftskrise mit Trading begonnen haben, rückläufig. Die verbesserte Angebots- und Nachfragebalance hat hier die Notwendigkeit von

Trading reduziert. Allerdings ist Trading auch eine Praktik, die, einmal etabliert, im Markt verbleibt und von Seiten der Agenturen Erwartungen an Vermarkter stellt. Wie oben dargelegt, werden es kleinere Vermarkter mit undifferenziertem, oder aus Mediaplanperspektive ersetzbarem Medienangebot generell schwer haben, sich im Werbemarkt zu behaupten. Hier besteht die Gefahr, dass Trading als Symptom dieser wesentlich weiteren Wettbewerbsproblematik weiter zunehmen wird.

Die Diskussion um Trading wie sie im deutschen Markt stattfindet, fand sich international nicht. Dies hat sich allerdings mit der Publikation des ANA-Berichts geändert, der intransparente Handelspraktiken der Agenturen anprangert. Er bezieht sich jedoch vornehmlich auf das Verhältnis zwischen Agenturen und werbungstreibenden Unternehmen, und nicht auf das Verhältnis zu den Vermarktern.⁶²

Dieser Report zeigt ebenfalls, dass das Konzept „Trading“ durch die Digitalisierung der Werbung im Wandel begriffen ist, wo eine wesentlich komplexere Wertschöpfungskette neue Formen der Margenoptimierung und Inventarveredelung bietet, die weit über das traditionelle Trading hinausgehen. In Zukunft ist digitale Werbung Innovationstreiber für neue Geschäftsmodelle der Agenturen. Diese Dynamiken werden in Kapitel 3.4. ausführlich erläutert. Es ist davon auszugehen, dass auch das Trading in anderen Medien wie TV und Radio sich vermehrt dieser digitalen Prinzipien annimmt. Dies ist in den USA bereits durch die Firma *Simulmedia* ersichtlich, die unverkauftes TV-Inventar durch Set-Top-Box Daten und Big Data aufwertet und somit attraktiver macht. Allerdings bietet *Simulmedia* diese Optimierung sowohl für werbungstreibende Unternehmen, als auch für Vermarkter an. Durch die Digitalisierung von Trading entsteht eine stärkere Verbindung zwischen Daten, Tradinginventar und dessen Interpretation, was sowohl neue Intransparenzen, als auch eine bessere Kontrolle von Tradingpraktiken ermöglicht.

Trading steht für die Entkoppelung von Medieninventar und werblicher Botschaft im Ein- und Verkauf. Diese Verbindung findet, wenn Tradinginventar denn tatsächlich durch Agenturen aufgewertet wird, durch Daten statt. Damit ist Trading Vorbote einer neuen Logik der

⁶² *K2 intelligence*, An independent Study of Media Transparency in the U.S. Advertising Industry, abrufbar unter: <https://www.ana.net/content/show/id/industry-initiative-media-transparency-report>.

Werbung, die sowohl Agenturen als auch Vermarkter nachhaltig verändert.⁶³

Für den deutschen Markt ist davon auszugehen, dass der Anteil des traditionellen Tradings in der Summe weiterhin klein bleiben wird lediglich makroökonomischen Schwankungen unterworfen ist. Allerdings besteht durch die in Kapitel 3.4. dargelegte datengetriebene Logik der Werbung die Gefahr, dass vermehrt Druck auf kleinere Vermarkter entsteht, die sich aufgrund begrenzter finanzieller Ressourcen, technischer Kompetenz oder verminderter Wettbewerbsfähigkeit ihrer Inhalte diese Logik nicht zu eigen machen oder sich in ihr behaupten können.

C. Programmatic Advertising und datengetriebene Werbung

Buzz-Words, oder inflationär verwendete Begriffe, die einem Phänomen einen besonderen Stellenwert zuschreiben, sind in der Werbebranche keine Seltenheit. Insbesondere der digitale Wandel, die damit einhergehende strukturelle Transformation der Werbebranche, veränderte Mediennutzungsgewohnheiten und die Einführung neuer Technologien, sowie nicht zuletzt eine starke Verkaufslogik und die Proliferation von Anglizismen, hat deren Verbreitung befeuert. Im Alltagsgebrauch fehlt es solchen Begriffen oftmals an einer klaren Definition, was Missverständnisse hervorruft und eine Bewertung ihrer tatsächlichen Relevanz und möglicher Implikationen erschwert.

„Programmatic Advertising“ ist ein solcher Begriff. Gleichzeitig ist Programmatic Advertising mehr als ein *Buzz-Word*, da es bereits neue Realitäten schafft. So wurden laut OVK 2015 in Deutschland 23 Prozent der digitalen Display-Werbeumsätze programmatisch erwirtschaftet.⁶⁴ In diesem Rahmen hat sich eine lebhafte und kontroverse Diskussion darüber entfacht, was Programmatic Advertising genau leisten kann, und welche Vor- und Nachteile mit diesem Konzept verbunden sind. In der inhaltlichen Erfassung des Programmatic Advertising kommt die

⁶³ Vgl. auch Kapitel 3.4.

⁶⁴ Pressemitteilung des BVDW vom 02.06.2016, abrufbar unter:
<http://www.bvdw.org/medien/bvdw-statistik-programmatic-advertising-waechst-um-45-prozent?media=7807>

technische und inhaltliche Komplexität des Themas hinzu, die eine Orientierung zwischen Hype und Mythos auf der einen Seite und der Feststellung, es handle sich um die neue Infrastruktur der Werbung⁶⁵ auf der anderen, erschwert.

Auf Basis einer Begriffsklärung wird hier das Phänomen Programmatic Advertising und seine Verbindung zum Konzept datengetriebener Werbung näher beleuchtet, in den Marktkontext eingebettet und seine strukturelle Relevanz im Rahmen dieses Gutachtens untersucht.

1. Definition

Programmatic Advertising steht für die Automatisierung von Werbetransaktionen und -prozessen durch Software und die algorithmische Aussteuerung von Werbekontakten auf der Basis von Daten. Sowohl Angebots- als auch Nachfrageseite nutzen hierzu spezielle Technologieplattformen, die in eine gemeinsame Infrastruktur eingebettet sind. Programmatic Advertising bezog sich anfangs ausschließlich auf Online-Banner-Werbung, hat allerdings auch in andere Online-Formate und Mediengattungen wie TV, Radio, Außenwerbung und Print Einzug gehalten.

Programmatic Advertising verspricht einen Gewinn an Effizienz, Transparenz und Relevanz. Durch die Automatisierung, so das Versprechen des Konzepts, können langwierige manuelle Buchungsprozesse, die auch im digitalen Bereich oftmals telefonisch und per Fax verhandelt wurden, und 30 bis 40 manuelle Schritte von Einkauf bis Auslieferung umfassen konnten, zeit- und ressourcensparend optimiert werden. Gleichzeitig können nun Werbekontakte individuell ausgesteuert und damit Streuverluste vermieden werden. Die Kombination von Werbeinventar mit detaillierten Daten soll ebenfalls dazu führen, Werbeinventar aufzuwerten, Kampagnendurchführung und -ziele nachvollziehbar zu machen und Einkäufern den bestmöglichen sowie Vermarktern den höchstmöglichen Preis garantieren.

Der Begriff, so neu er sein mag, ist schon einem Wandel unterlegen und konkurriert mit verschiedenen anderen Begrifflichkeiten. Auf diese Begrifflichkeiten soll im Folgenden genauer eingegangen werden, da

⁶⁵ Koch, in: OMG Jahrbuch 2016, S. 32.

sie sowohl die Problematik einer Definition als auch die zugrundeliegende Logik und Marktadaption verdeutlichen.

Anfänglich wurde oftmals von „*Real-Time-Bidding*“ (RTB) gesprochen, das sich auf die Auktion von Werbeinventar in Echtzeit bezieht. Hierbei handelt es sich um ein spezifisches Ein- und Verkaufsmodell, das an die Transaktionslogik von Finanzmärkten angelehnt ist. Einkäufer bieten hierbei gegeneinander Beträge für einen individuellen Werbekontakt. Der Höchstbietende erhält den Zuschlag, und der Kontakt wird in Echtzeit mit einem Werbemittel auf der Webseite des Vermarkters ausgeliefert. Einkauf und Auslieferung laufen typischerweise innerhalb von 0,2 Sekunden ab. Der Auktionsprozess findet statt, während ein Nutzer eine Webseite lädt.

Auktionen von Werbeinventar sind fester Bestandteil der Werbebranche. So findet seit jeher ein Teil des Verkaufs von TV-Inventar in den USA in den sogenannten *Upfronts* über Auktionen statt. Hierbei wird am Anfang einer Programm-Saison nach Vorstellung der TV-Inhalte Werbeinventar an den Höchstbietenden verkauft. In Frankreich hat seit den 1990er Jahren der Vermarkter der öffentlich-rechtlichen Sender, *France Publicite*, Auktionen von Werbeinventar abgehalten, bei denen Bieter wie bei anderen klassischen Auktionen (z.B. Kunst) physisch in einem Raum durch das Hochhalten von Nummern Werbung eingekauft haben.

Dennoch steht RTB für einen Paradigmenwechsel, der sich auch in anderen Begrifflichkeiten wie Programmatic Advertising niederschlägt. In klassischen Werbeauktionen wird Inventar aggregiert gehandelt, d.h. Inventar wird im Paket von aggregierten Kontakten verkauft. Diese Paketierung ist einer lange vorherrschenden Datenstruktur geschuldet. So waren bis Mitte der 2000er Jahre lediglich Panel-Daten (z.B. *Nielsen*, *Kantar*) verfügbar, die Medienkonsumenten in Segmenten nach demographischen Kriterien gruppieren (z.B. 14-49, ABC+). Die Verfügbarkeit neuer, spezifischer Nutzerdaten macht RTB besonders, da nun Kontakte individuell angesteuert werden können. Dies geht einher mit einer neuen Datenlogik, die oftmals unter dem Begriff *Big Data* subsumiert ist. Zugrundeliegend ist ein Prozess, der sich *Knowledge Discovery in Data* (KDD) nennt. Mittels statistischer Modelle können nicht nur individuelle Konsumentenparameter angesprochen werden, sondern es können ebenfalls dynamisch, aus den Daten heraus, neue

Segmente geschaffen werden, die auf die Bedürfnisse einzelner Werbungtreibender zugeschnitten sind und das spezifische Angebot einzelner Vermarkter besser reflektieren. Der amerikanische Medienwissenschaftler *Joseph Turow* hat in diesem Zusammenhang von einer neuen Logik der Werbung gesprochen, die er als Wandel vom Fokus auf Durchschnitten zu Individuen („*from averages to individuals*“) und als Wandel von der Ansprache von Gemeinsamkeiten zur Ansprache von Unterschieden („*from the marketing of sameness to the marketing of difference*“) bezeichnet.⁶⁶

Allerdings ist der Begriff RTB mit einem Stigma behaftet. So wurde gerade anfangs lediglich unverkauftes, oftmals minderwertiges Inventar der Echtzeit-Auktion zugeführt und durch Nutzerdaten aufgewertet. Dies führte dazu, dass Vermarkter mit Qualitätsinventar zögerten, Werbekontakte über RTB anzubieten. RTB war deshalb auch nicht für alle Kampagnenziele einsetzbar und konzentrierte sich auf Abverkaufs- und nicht Markenbildungskampagnen. Transparenzprobleme in den Transaktionen, Fragen zur Qualität des Werbeumfeldes sowie der Qualität der Werbemittel selbst (inhaltlich wie technisch) verschärften die Problemlage.

Auch wenn heute durch technische Weiterentwicklung diese Probleme marginal geworden sind, hat sich alternativ der Begriff und das Modell *Data-Driven Advertising* etabliert. Er legt den Fokus auf die Nutzung von Daten, anstatt auf das Auktionsmodell. Ein weiterer Begriff, *Real-Time Advertising*, unterstreicht die Effizienz der Transaktion, weist aber nicht explizit auf das Auktionsmodell hin. Im englischsprachigen Raum wird oftmals der Begriff *Programmatic Buying* verwendet, der sich auf den Einkauf, und nicht den Verkauf konzentriert. Dies liegt daran, dass gerade in den USA und Großbritannien die Angebotsseite Markttreiber für diese neuen Werbemodelle war.

Im Rahmen dieser verschiedenen Begrifflichkeiten haben sich die Ein- und Verkaufsmodelle im Laufe der Zeit ausdifferenziert. *Programmatic Advertising* ist heute ein Überbegriff, der alle anderen Begriffe umfasst.

⁶⁶ Turow, Yale University Press: New Haven, CT, 2011.

Der Branchenverband *IAB* unterscheidet zwischen vier grundlegenden Modellen:⁶⁷

1. Open Auction

Ein- und Verkauf mittels Echtzeitauktion auf digitalen Marktplätzen, zu denen jeder Marktteilnehmer Zugang hat, sofern er technisch dazu in der Lage ist. Hierbei handelt es sich um das klassische RTB-Modell.

2. Invitation-Only Auction

Fortführung des Konzepts RTB, allerdings auf einem digitalen Marktplatz, zu dem nur vorher ausgewählte Ein- und Verkäufer Zugang haben.

3. Unreserved Fixed Rate

Abkehr vom RTB-Modell. Ein- und Verkauf basieren auf Festpreisen. Allerdings wird nicht spezifisches Inventar gehandelt, sondern lediglich Nutzerkontakte, die über nicht vorab definiertes Inventar realisiert werden.

4. Automated Guaranteed

Ein- und Verkauf basieren ebenfalls auf Festpreisen. In diesem Modell wird spezifisches, vorher definiertes Inventar gehandelt. Das automatisierte Element beschränkt sich auf die Nutzung von Daten zur Aussteuerung und die Abwicklung des Buchungsprozesses.

Im Rahmen dieser verschiedenen Begrifflichkeiten und Transaktionsmodelle wird vermehrt dazu übergegangen, *Programmatic Advertising* als eine Matrix zu begreifen, auf der verschiedene programmatische Charakteristika kumulativ verortet sind. Dies ist gerade im deutschen Markt relevant, wo einige Vermarkter bereits vor Etablierung des Begriffs proto-programmatische Einkaufsplattformen geschaffen haben. So bietet der *RTL*-Vermarkter *IP Deutschland* seit 1998 das System

⁶⁷ *IAB*, *Programmatic and Automation*, abrufbar unter:
https://www.iab.com/wp-content/uploads/2015/08/IAB_Digital_Simplified_Programmatic_Sept_2013.pdf.

„COOL“ (*Communication Online*) an, über das via Internet Werbebuchungen im linearen TV vorgenommen werden können. Die Charakteristika dieser Matrix sind wie folgt:

1. Self Service

Einkäufer kann Einbuchung beim Vermarkter selbsttätig über eine Technologieplattform vornehmen.

2. Dynamic Creative

Das Werbemittel kann selbsttätig über eine Technologieplattform vom Einkäufer bereitgestellt werden. Es kann dynamisch während der Kampagne oder spezifisch für individuelle Kontakte/Kontaktgruppen ausgetauscht werden.

3. Live Feedback

Metriken zur Kampagnenperformance werden während der Kampagne in Echtzeit bereitgestellt und eine kreative oder Aussteuerungsanpassung kann ggf. während der Kampagne selbst vorgenommen werden.

4. Algorithmic

Algorithmen unterstützen oder determinieren die Kampagnenplanung und /oder -aussteuerung.

5. Real-Time

Ein- und Verkauf laufen in Echtzeit ab.

6. Biddable

Inventar wird über ein Auktionsmodell gehandelt.

7. External Data

Verschiedene Datenquellen, insbesondere Drittdaten, fließen in Planung und Auslieferung ein.

8. Einzeln Adressierbar

Werbekontakte können nutzerindividuell angesteuert werden und basieren nicht auf Segmenten.

Während diese Matrix suggeriert, dass Programmatic Advertising sehr differenziert zu betrachten ist, bietet sie keine Vorlage, ab wann genau Werbung als programmatisch zu kategorisieren ist und ob z.B. ein Charakteristikum oder eine bestimmte Kombination an Charakteristika Werbung programmatisch macht. Dies liegt auch daran, dass verschiedene Marktteilnehmer je nach ihrem präferierten Geschäftsmodell nach einigen oder allen dieser Charakteristika handeln und das Phänomen Programmatic Advertising definieren. In der quantitativen Marktbetrachtung in den nachfolgenden Teilen dieses Gutachtens wird daher auf die oben genannte Definition bzw. Modelle des IAB zurückgegriffen.

2. Marktstruktur

Die Verbreitung von Programmatic Advertising geht mit einer neuen Struktur des Werbemarktes einher. Im vorprogrammatischen Zeitalter bestand die Media-Wertschöpfungskette von Ein- bis Verkauf grundlegend aus drei Typen von Marktteilnehmern: den werbungstreibenden Unternehmen, Mediaagenturen und Vermarktern. Datenanbieter und Technologielösungen spielten zwar eine Rolle, diese war allerdings nachrangig.

Im Rahmen von Programmatic Advertising zeigt sich eine Ausdifferenzierung der Wertschöpfungskette. Im Zentrum steht der *Ad Exchange*, ein digitaler Marktplatz, auf dem Angebot und Nachfrage ähnlich einem Finanzhandelsplatz zusammenkommen. Diese Marktplätze bündeln und zentralisieren Angebot und Nachfrage verschiedener Ein- und Verkäufer. Sowohl Ein- als auch Verkaufsseite nutzen eigene Technologieplattformen und Softwarelösungen um ihr Ein- oder Verkaufsverhalten zu optimieren. *Demand-Side-Plattformen* (DSPs) sind Software für den automatisierten Einkauf von Werbeinventar über verschiedene *Ad Exchanges* und Vermarkter hinweg. Sie nutzen Daten und Algorithmen zur Evaluation des Angebots und zur Optimierung des Einkaufs. Sie ermöglichen auch das *Tracking* und die Optimierung von Werbemitteln und -kampagnen. Mediaagenturen haben in den letzten Jahren sogenannte *Agency-Trading-Desks* (ATDs) etabliert. Diese Einkaufsplattformen basieren oftmals auf der Technologie von DSPs, sind aber in das Agenturnetzwerk eingebunden und kombinieren Einkaufsoptimierung mit Kampagnenmanagement. Sie verwenden ebenfalls agentureigene Daten oder zusätzlich Daten von Agenturkunden. Je nach Agentur variiert das Geschäftsmodell dieser ATDs und Einkauf und Datennutzung findet entweder kundenspezifisch oder kundenübergreifend statt. Auf

der Angebotsseite haben sich als Äquivalent zu DSPs sogenannte *Supply-Side-Plattformen* (SSPs) etabliert. Sie agieren im Auftrag von Vermarktern, konsolidieren Zugang direkt zur Einkaufsseite oder zu *Ad Exchanges* und optimieren oftmals algorithmisch Inventar und Preise, sog. *Yield Management*. Sowohl auf Angebots- als auch Nachfrageseite bestehen *Data-Management-Plattformen* (DMPs). Hierbei handelt es sich um intelligente Datendepots zur Aufnahme und Speicherung von Daten, zur Zusammenführung von Datenquellen sowie zu deren algorithmischer Aufwertung und Paketierung. So gehandhabte Daten werden von Angebots- und Nachfrageseite zur Optimierung ihrer Position genutzt.

Dies ist lediglich eine vereinfachte Darstellung dieser neuen Infrastruktur. Zusätzlich spielen eine Reihe von Spezialunternehmen eine Rolle, die in so verschiedenen Bereichen agieren wie *Tag Management* (Kategorisierung und Management von bestimmten Meta-Daten), *Ad Fraud* (Verhinderung von betrügerischen Werbepraktiken), *Viewability* (Sicherstellung, dass ausgelieferte Werbung auch vom Nutzer gesehen werden kann), oder *Data Brokerage* (Verkauf von Drittdaten zur Anreicherung von Nutzerdaten). Es existieren über 20 verschiedene Typen dieser Marktteilnehmer. Ihre genaue Taxonomie wird hier außen vorgelassen, sowohl aus Gründen der Komplexität, als auch da sie nur unterstützend auf die Wertschöpfungskette wirken.

Die Ausdifferenzierung der Wertschöpfungskette durch diese neuen Akteure geht einher mit einer neuen Prozesslogik. Die etablierte Wertschöpfungskette aus Werbetreibenden, Mediaagentur und Vermarkter ist weitestgehend linear; so können Werbungtreibende auch die Mediaagenturen umgehen und Direktbuchungen bei Vermarktern vornehmen. Dies ist z.B. bei einigen großen werbungtreibenden Unternehmen mit einer besonderen Beziehung zu einem Vermarkter möglich, typisch bei kleinen Vermarktern ohne Agenturbeziehung oder in Mediengattungen wie Radio oder Zeitungen, wo Werbekunden oftmals lokal sind und keine Agenturvertretung besitzen. Allerdings wird das Gros der Mediabudgets über Agenturen gehandelt, im deutschen Markt z.B. ca. 90 Prozent der TV-Budgets.⁶⁸

Im Bereich von Programmatic Advertising zeigt sich allerdings die Auflösung dieser vorherrschenden Linearität. Viele programmatische

⁶⁸ Eigene Berechnungen auf der Basis von Nielsen-Brutto.

Technologien sind so aufgebaut, dass sie direkt miteinander interagieren können und nicht auf andere Technologien als zwingende Mittler angewiesen sind. So können ATDs oder DSPs direkt mit SSPs oder Vermarktern interagieren und Vermarkter können direkt Zugang zu Ad Exchanges ohne SSPs aufbauen. Einige Werbungtreibende haben eigenständige DSPs aufgebaut, sog. *Programmatic In-House*, und kaufen (vornehmlich über RTB) Inventar direkt bei *Ad Exchanges* ohne den Weg über die Agentur zu gehen. Eine Studie des amerikanischen Branchenverbandes ANA hat beispielsweise gezeigt, dass in den USA 31 Prozent der werbungtreibenden Unternehmen zumindest einen Teil ihres programmatischen Budgets durch eigene Technologie selbst kaufen.⁶⁹ Auf der Seite der Vermarkter zeigen sich andere Innovationen, welche die Auflösung der linearen Wertschöpfungskette unterstreichen. So hat sich in Anlehnung an das Konzept des ATD die Idee von *Publisher-Trading-Desks* (PTDs) etabliert. *Washington Post* und *The Guardian* waren einige der ersten Vermarkter, die mit diesem Konzept experimentiert haben. Als Vermarkter von attraktiven Nutzersegmenten sehen sie sich nicht nur als Endpunkte in der Wertschöpfungskette, sondern auch als Eintrittspunkte. Sie bieten eigene Plattformen an, auf denen Inventar auf ihren Webseiten eingekauft werden kann. Sie agieren in einem zweiten Schritt dann jedoch als Einkäufer, in dem sie über DSPs und *Ad Exchanges* die Werbekontakte dieser Nutzer auf den Seiten von Dritten über das gesamte Internet einkaufen. Während PTDs bis dato nur vereinzelt vorzufinden sind, verdeutlichen sie die strukturelle Dynamik der neuen programmatischen Wertschöpfungskette.

Die Modularität dieser neuen Wertschöpfungskette ist Indiz für tiefgreifende Wettbewerbsverschiebungen, die in Kapitel 3.5. ausführlicher behandelt werden, hier zwecks Vollständigkeit aber bereits erste Erwähnung finden sollen. Gerade Agenturen befinden sich in einer neuen Wettbewerbslandschaft, in der sie mit programmatischen Spezialanbietern konkurrieren. Der Fokus von Programmatic Advertising auf Daten und Technologie ermöglicht auch anderen, vormals werbefernen Unternehmen den Zugang zum Markt. Beratungs- und Serviceunternehmen, die vornehmlich im Bereich werbungtreibender Unternehmen angesiedelt sind und sich traditionell auf Themen wie *Procurement o-*

⁶⁹ *Peralta*, The Drum vom 15.04.2016, abrufbar unter: <http://www.thedrum.com/opinion/2016/04/15/outsourced-or-house-advertisers-shift-their-thinking-about-house-programmatic>.

der *Customer-Relationship-Management* konzentrierten, haben etablierte Beziehungen zu und tiefe Einsicht in das weitere Geschäft von werbungstreibenden Unternehmen, inklusive ihrer Kunden- und Geschäftsdaten. Unternehmen wie *Deloitte Digital*, *Accenture Digital*, *Salesforce* oder *SAP* haben auf Basis dieser Beziehungen ihr Geschäftsmodell erweitert und sich in die programmatische Infrastruktur, integriert um als Alternative zu Agenturen zumindest in Teilen das Mediengeschäft dieser Kunden zu verantworten. Der Wert von Nutzerdaten und die Konzentration von Mediennutzung auf ihre Angebote ermöglicht auch globalen Plattformen wie *Facebook*, *Google*, *Amazon* oder auch *Spotify*, ihre Reichweite gepaart mit Technologiekompetenz als direkte Konkurrenz zu Budgets, die traditionell über Agenturen abgewickelt wurden, einzusetzen. Während auch Agenturen Inventar über diese Plattformen buchen, haben Plattformen sich als hybride Marktteilnehmer etabliert, die sowohl Inventar auf ihren eigenen Plattformen anbieten, als auch den Kauf weiteren Inventars durch ihre Netzwerke und Daten ermöglichen.

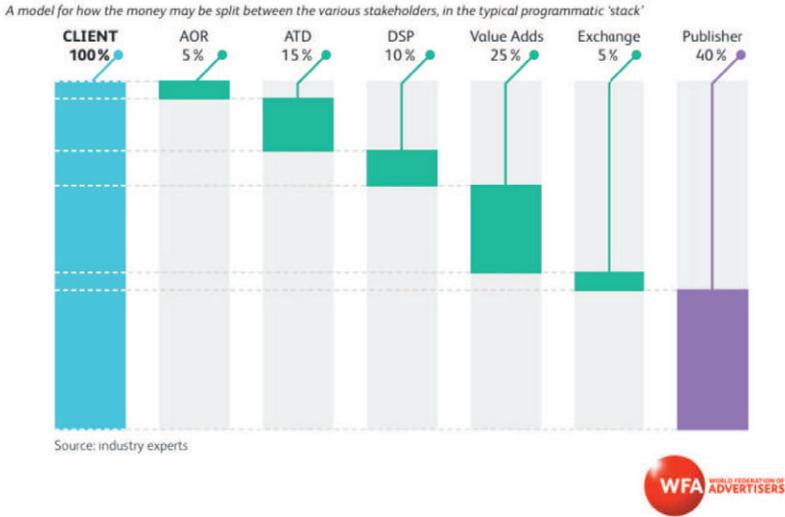
Die Ausdifferenzierung und Fragmentierung der Wertschöpfungskette geht einher mit einer Multiplikation der Marktteilnehmer. Die Wachstumsprognosen für Programmatic Advertising haben zu einer Proliferation von programmatischen Marktteilnehmern geführt, die ähnliche oder gleiche Dienstleistungen anbieten und oftmals von Außenstehenden nicht differenziert werden können. So zeigt die Liste der Werbe- und Analysetracker der Anonymisierungs- und Werbeblocksoftware *Ghostery* im August 2015 genau 3187 verschiedene Trackingdienste auf.⁷⁰ Auch weil nicht jeder Tracker einem Unternehmen zuzuordnen ist und weil das Volumen an Trackern keine Evidenz für Marktkonzentration liefert, manifestiert sich hier die Unübersichtlichkeit des Angebots.

Die neue Marktstruktur von Programmatic Advertising hat auch zu einem Wandel im Wert der Werbung geführt. Dies wird deutlich durch eine Analyse des Budgetflusses (Abb. 2), die unter anderem vom weltweiten Branchenverband der werbungstreibenden Unternehmen erstellt

⁷⁰ *Knapp*, Consumers & Advertising in the Deluge, Präsentation bei der International Chamber of Commerce, Paris, 24 Juli 2015, abrufbar unter: <https://technology.ihs.com/552636/consumers-advertising-in-the-data-deluge>.

wurde.⁷¹ Exemplarisch ist der Budgetfluss linear durch alle programmatischen Instanzen dargestellt.

Abb. 2 Budgetfluss linear durch alle programmatischen Instanzen⁷²



In dieser Analyse zeigt sich, dass die klassische Mediaagentur (hier AOR, oder *agency of record*) 5 Prozent, und die o.g. programmatischen Instanzen (inkl. ATD) 55 Prozent des Budgets behalten. Insgesamt gehen 15 Prozent an Agenturen im weiteren Sinne. Da diese Analyse aus Perspektive der Werbungtreibenden erstellt ist, wird die Verkaufsseite monolithisch betrachtet. Die Analyse differenziert daher nicht weiter, wie nach dem Einkauf über den *Ad Exchange* eine weitere Aufspaltung des Budgets stattfindet. Vermarkter (hier synonym mit *Publisher*) zahlen oftmals für ihre eigenen Technologielösungen wie SSPs. Nach ei-

⁷¹ World Federation of Advertisers, WFA guide to Programmatic Media, abrufbar unter: <http://www.wfanet.org/media/programmatic.pdf>.

⁷² Für eine Definition der in dieser Grafik aufgeführten Marktteilnehmer, siehe weiter oben Kapitel 3.4.2. 'Value Adds' sind in diesem Fall DMPs, also Plattformen, die Daten aggregieren, anreichern und in strategische Handlungsoptionen übersetzen.

genen Analysen werden bis zu 62 Prozent des Mediabudgets von programmatischen Intermediären absorbiert, wenn man die Perspektive der Vermarkter mit einbezieht. Es handelt sich in Abb. 1 um eine idealtypische Wertschöpfungskette, die sich nur auf digitale Werbung bezieht und nicht nach Werbeformaten (z.B. Banner, Video), Endgeräten (z.B. Desktop, Mobile), spezifischen Marktteilnehmern und deren Geschäftsmodellen, sowie Staaten mit ihrer eigenen Ausprägung einer programmatischen Kultur, unterscheidet. Allerdings macht diese Analyse den fundamentalen Wandel durch Programmatic Advertising deutlich: Der Wert von Daten, Algorithmen und Technologie ist höher als der Wert des Inventars, das der Vermarkter bereitstellt. Für Medienunternehmen ergeben sich hierdurch strategische und strukturelle Fragen, die in Kapitel 3.6. genauer behandelt werden.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Begriff „Marktstruktur“ – wie im Titel dieses Kapitels genannt – im Bereich Programmatic Advertising ein Paradoxon ist, da Struktur Festigkeit suggeriert. Der Markt ist nicht linear, sondern vernetzt und hybrid und ständigen Schwankungen durch eine sich verändernde Wettbewerbssituation unterworfen, die mit vielfältigen Intransparenzen einhergeht

3. Aktuelle Marktsituation in Deutschland

Betrachtet man die proto-programmatischen Buchungssysteme deutscher Vermarkter wie *IP Deutschland* oder auch *United Internet Media*, die Kunden bereits automatisierte Buchungen ermöglichten, bevor das Konzept Programmatic Advertising aus den USA weltweiten Einzug in die Medialogik erhielt, zählt Deutschland international zu den Vorreitern. Allerdings waren diese Systeme insular, d.h. nicht in eine weitere Infrastruktur eingebunden und lieferten begrenzte programmatische Möglichkeiten im Sinne der in Kapitel 3.4.1. beschriebenen Matrix. Legt man die Definition bzw. Modelle des *IAB* und die in Kapitel 3.4.2. beschriebene Typologie der Wertschöpfungskette zugrunde, hat sich der deutsche Markt im Vergleich mit den USA und anderen westeuropäischen Staaten spät entwickelt. Dies liegt an verschiedenen Faktoren.

Erstens hat die Idee der datengetriebenen Werbung zu einer Situation geführt, die mit der deutschen Marktkultur lange nicht vereinbar war. International hat der Zuwachs von Daten, Datenquellen und neuen Techniken der Datenanalyse zu einer Erosion von Datenstandards ge-

führt, die sowohl Qualität als auch Aussagekraft der Daten negativ beeinflussen können. Paradoxerweise hat ein Mehr an Daten nicht nur mehr Antworten geliefert, sondern auch neue Fragen aufgeworfen und die Validität der Daten in Frage gestellt. Hierdurch wurden existierende Standards unterminiert. Gleichzeitig zeigte sich, dass die versprochene Effizienz von Programmatic Advertising und die Eliminierung von Streuverlusten in der Praxis nicht einwandfrei funktionierten. Der deutsche Markt ist vergleichsweise konsensorientiert und die Arbeit von *Joint-Industry-Committees* (JICs) wie *AGF* oder *AGOF* unterstreicht dies trotz manch medial kolportierter Konflikte. Während Deutschland an etablierten Referenzdaten festhielt und über neue Daten diskutierte, wurde zwar die Integrität und das Vertrauen in Metriken gewahrt, Programmatic Advertising konnte aber nur schwer Fuß fassen. Langfristig war dieser Ansatz erfolgreich und Interviews im Rahmen dieses Gutachtens mit internationalen Marktteilnehmern suggerieren, dass der deutsche Markt einen breiteren Konsens zu belastbaren Daten aufbauen konnte als andere Länder.

Zweitens ist der ethische, kulturelle und rechtliche Rahmen für die Nutzung von Konsumentendaten in Deutschland enger als im internationalen Vergleich. Gerade Vermarkter scheuten sich lange, Nutzer durch Targeting oder Datenlecks zu verärgern, insbesondere im Kontext der öffentlichen Diskussion um Überwachung. Auch haben diese Rahmenbedingungen dazu geführt, dass weniger Daten von Drittanbietern wie *Experian* oder *Polk* im deutschen Markt zur Verfügung stehen. Wenn verfügbar, sind solche Daten oftmals so teuer in der Anschaffung, dass der durch Programmatic Advertising versprochene Effizienzgewinn und die Kosten-Nutzen-Maximierung zunichtegemacht würde. Die Entwicklung von Programmatic Advertising in Deutschland hing daher stark von der Etablierung von anderen, so genannten 1st-Party-Daten von Vermarktern oder werbungstreibenden Unternehmen selbst ab. Dies erforderte aber tiefgreifende strategische und organisatorische Veränderungen in diesen Unternehmen, die langsamer fortschritten.

Drittens weist der deutsche Markt eine vergleichsweise hohe Konzentration und Marktmacht auf Seiten der großen Vermarkter auf⁷³. Deut-

⁷³ Einige Marktbeobachter sprechen von einer hohen Fragmentierung des deutschen Markts (z.B. *Ansorge*, Horizont online vom 20.08.2015, abrufbar unter

sche Vermarkter scheuten sich, sich einer neuen Einkaufslogik zu unterwerfen und die Souveränität über ihr Inventar zu beeinträchtigen. Gleichzeitig bedeutete die hohe Nachfrage nach Qualitätsinventar, insbesondere im Online-Video-Bereich, gepaart mit einem knappen Angebot, dass programmatische Lösungen nicht notwendig waren um Inventar zu monetarisieren.

Viertens, und als Konsequenz dieser Entwicklungen, hat sich die Infrastruktur langsamer entwickelt als in programmatisch führenden Märkten. Programmatische Spezialanbieter, oftmals aus den USA oder Großbritannien, mussten erst Vertrauen im deutschen Markt aufbauen und lokale Büros etablieren.

Heute ist der deutsche Markt dabei, rapide aufzuholen. 2015 wurden laut OVK 23 Prozent der Netto-Werbeerlöse im Online-Display-Bereich durch programmatische Mittel erzielt. Diesem Anteil liegt ein Wachstum von 45 Prozent gegenüber 2014 zugrunde. Eine weitere Studie 2015 zeigte, ebenfalls auf Netto-Basis, dass Programmatic Advertising in Deutschland auch im Bereich Online-Video einen Marktanteil von 9,3 Prozent erreicht hat, was einen Zuwachs von 120 Prozent gegenüber dem Vorjahr bedeutet und Signal für den Einzug von Markenwerbung in programmatische Modelle darstellt, da Video eher Markenbildungs- als Abverkaufskanal ist.⁷⁴ Wie die zitierte Studie zeigt, liegt Deutschland im europäischen Kontext allerdings nur im unteren Mittelfeld. Diese video-spezifischen Beobachtungen lassen sich auch auf den weiteren Programmatic-Markt übertragen. So lag der Anteil der programmatisch generierten Online-Display-Erlöse in Großbritannien 2015 bei 60 Prozent.⁷⁵

<http://www.horizont.net/medien/nachrichten/Onlinevermarktung-Mediaagenturen-nehmen-Stroeer-in-die-Pflicht-135949>). Dies ist nur scheinbar ein Widerspruch. Auch wenn eine Vielzahl kleinerer Vermarkter existieren, hat die Stellung reichweitenstarker Vermarkter ausgereicht, Marktvorgaben zu leisten.

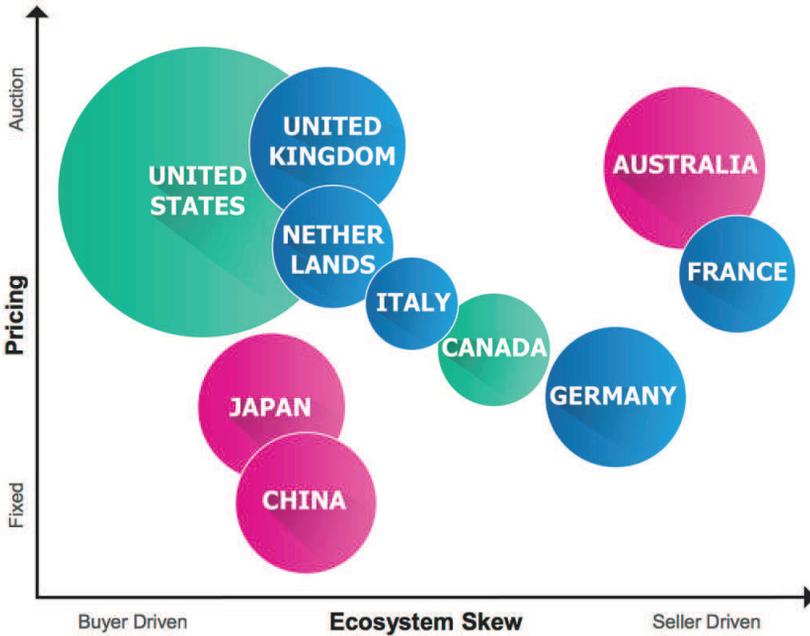
⁷⁴ IHS, Video-Advertising in Europe, abrufbar unter:

<https://www.spotxchange.com/resources/downloads/research/ihs-report-video-advertising-in-europe-the-road-to-programmatic-ubiquity/>.

⁷⁵ <https://www.iabuk.net/about/press/archive/digital-adspend-grows-at-fastest-rate-for-seven-years>.

Im Kontext der oben genannten spezifischen Entwicklungsfaktoren unterscheidet sich der deutsche Programmatic-Markt in mehrfacher Hinsicht von anderen, wie die Darstellung von *Magna Global* (Abb. 3) zeigt

Abb. 3 Schematische Darstellung des Programmatic-Markts in ausgewählten Staaten



Quelle: *Magna Global*, „*Programmatic 2015: Roadmap for Growth*“, S. 18

Die Grafik verdeutlicht, dass innerhalb der Vergleichsgruppe Deutschland gemeinsam mit Australien und Frankreich ein Angebotsmarkt ist, in dem die programmatisch aktiven Vermarkter eine höhere Konzentration aufweisen und marktgestaltender agieren können. In den USA beispielsweise ist die Angebotslage außerhalb der großen Plattformen wie z.B. *Facebook* wesentlich fragmentierter, was der Nachfrageseite eine größere Triebkraft verliehen hat. Auch wenn in Großbritannien und den Niederlanden die Vermarkterseite weniger fragmentiert ist als

in den USA, hat sich durch frühe Investitionen und Abverkaufs-Orientierung (insbesondere in den Niederlanden) die Nachfrageseite als steuernde Kraft etabliert.

In Deutschland geht die Stellung der Vermarkter mit programmatischen Umsätzen einher, die vornehmlich auf Festpreisen beruhen. Dies reflektiert den gegenwärtigen vorsichtigen Umgang deutscher Vermarkter mit Programmatic Advertising und die Sorge, durch auktionenbasierte Modelle Preise zu unterminieren und Kontrolle zu verlieren. Es ist jedoch ebenfalls Ausdruck der Qualität des Inventars, das zu Festpreisen gehandelt wird (insbesondere Video), da es als besonders schützenswert gilt. Darüber hinaus besteht ein Trend zu geschlossenen Auktionen auf privaten Marktplätzen, und wie in Frankreich, das hier Pionier ist, finden sich auch in Deutschland vermehrt solche Modelle (für Details siehe Kapitel 3.6.3). Auch offene Auktionen finden statt, allerdings heute nicht in dem Maße wie z.B. in den USA oder Australien. Allerdings ist die oben dargestellte Grafik auch die Marktinterpretation einer bestimmten Agentur und ihres spezifischen Verhaltens im Markt. Auch wenn diese Grafik die Unterschiede zwischen verschiedenen Märkten illustriert, muss davon ausgegangen werden, dass Agenturen mit einer anderen programmatischen Infrastruktur die Balance zwischen Festpreisen und Aktionsmodellen etwas anders einschätzen. Beispielsweise ist die *GroupM* stärker im Auktionsbereich tätig als *Magna Global*.

Der Programmatic-Markt in Deutschland findet vornehmlich im digitalen Displaygeschäft über Banner und Video auf Desktop wie auch Mobile statt. Allerdings halten programmatische Prinzipien vermehrt Einzug in andere Mediengattungen. Beispielsweise brachte Ende 2015 Radiovermarkter *RMS* in Kooperation mit *Amnet*, dem programmatischen Einkaufsarm der Agenturgruppe *Dentsu Aegis*, ein programmatisches Audioangebot für das *RMS Webradio* an den Markt. Ein halbes Jahr später folgte der Musikstreamingdienst *Spotify* mit einem programmatischen Angebot für Audio, Video und Banner. Der Vermarkter *Ströer* hat 2016 über seinen eigenen SSP *adscale* erstmals digitale Außenwerbeflächen in Deutschland programmatisch gehandelt.

International viel diskutiert ist das Thema „Programmatic TV“, nicht zuletzt da TV als das idealtypische Markenbildungsmedium gilt und Programmatic Advertising somit seine Transformation von der auktionenbasierten Restplatzvermarktung vollständig vollzogen hätte. Die

Größe des TV-Markts und die gegenwärtige Abwesenheit der großen Plattformen *Google* und *Facebook* machen ihn für programmatische Spezialanbieter sowie einige TV-Vermarkter attraktiv. Der Begriff „Programmatic TV“ ist oft missverständlich, und bezieht sich teilweise lediglich auf Online-Video-Inventar, das über die TV-Set-Top-Box gestreamt wird, oder parallele Einblendungen via HbbTV oder anderen Digitalstandards. Sogenanntes „Addressable TV“ nutzt Daten aus Set-Top-Boxen und anderen Quellen um TV-Haushalten zielgerichtete Werbung zu senden. Addressable TV ist aber nicht in die weitere Infrastruktur von Programmatic Advertising eingebunden.

In Deutschland konnte bis dato noch nicht von einem solchen Markt gesprochen werden. Pionierarbeit wurde in den USA durch Unternehmen wie *Dish* und in Großbritannien durch *Sky* geleistet. Anbieter wie *Simulmedia* in den USA ermitteln via Set-Top-Box- und Drittdaten unterbewertetes TV-Inventar und arbeiten sowohl mit Einkäufern als auch Vermarktern daran, höheren Wert in diesem Inventar zu finden. Allerdings ist die Marktstruktur in den USA anders als in Deutschland und *Sky* verfügt in Großbritannien über ein Volumen an eigenen und Drittdaten durch eigene Kundenreichweite und Partnerschaften. *Sky* zielt jedoch darauf ab, dieses Angebot auch in seinen anderen Märkten, Deutschland und Italien, anzubieten. Der deutsche Markt bewegt sich jedoch schnell. So hat ProSiebenSat.1 im September 2016 sein neues Produkt *SwitchIn* vorgestellt, das via HbbTV zielgerichtete Overlay-Werbung in Echtzeit in den linearen Sendeverlauf einblendet. In Zukunft soll das Produkt an hauseigene DSP- und SSP-Technologie angeschlossen werden und TV mit dem weiteren Videoinventar der Sendergruppe zusammenführen. Damit würde „Addressable TV“ zu „Programmatic TV“.

4. Marktprognose

Der deutsche Programmatic-Markt wird weiterwachsen und zu anderen Ländern in Europa aufschließen. *IHS Markit* geht davon aus, dass bis 2020 71 Prozent der gesamten Online-Display-Umsätze in Deutschland programmatisch generiert werden. Im Unterbereich Video werden es

44,9 Prozent sein.⁷⁶ Gleichzeitig ist davon auszugehen, dass programmatische Prinzipien über experimentelle Ansätze hinaus Einzug in andere Mediengattungen erhalten werden. Heute ist Programmatic Advertising vornehmlich eine Reihe von Ein- und Verkaufsmechanismen auf bestimmten Medienkanälen, die oftmals in gattungs- und format-spezifische Infrastrukturen eingebettet sind. In Deutschland wie auch international ist davon auszugehen, dass in den kommenden Jahren ein Wandel in der Betrachtung von Programmatic Advertising von einer Transaktionslogik zu einer Planungslogik stattfindet, in der programmatische Prinzipien kanalübergreifend integriert werden und somit den gesamten Mediaplan strategisch untermauern. Die programmatische Logik ist nicht auf Werbung beschränkt, sondern erhält Einzug in weitere Teile der Medienbranche. So hat *ProSiebenSat.1* im September 2016 *Glomex* vorgestellt (kurz für „Global Media Exchange“), eine Transaktionsplattform die den automatisierten Ein- und Verkauf von Medieninhalten erlaubt.

Markttreiber sind vielfältig. In den letzten Jahren hat sich in Deutschland eine programmatische Infrastruktur entwickelt, was die technischen Hürden für die programmatische Bereitstellung von Inventar und dessen Einkauf gesenkt hat. Mediaagenturen, die international stark in das programmatische Geschäft und programmatische Kompetenzen investiert haben, verfügen über ein Eigeninteresse und oftmals auch über interne Leistungsziele, den Bereich Programmatic Advertising fortzutreiben. Der Wandel von Transaktionslogik zu Planungslogik ist sowohl Fortführung eines programmatischen Denkens durch die technischen Möglichkeiten, als auch Eigenantrieb der Agenturen, ihre Relevanz in diesem neuen Markt zu konsolidieren und ihre Einkaufs- und Beratungskompetenzen in zukunftsicherer Weise zu kombinieren.

Werbungtreibende Unternehmen, oftmals international fortschrittlicheren programmatischen Märkten ausgesetzt, fordern verstärkt Programmatic Advertising in Deutschland ein, auch mit Blick auf die Transnationalisierung von Mediabudgets und der grenzübergreifenden Kampagnendurchführung. Es bestehen Probleme hinsichtlich der tatsächlichen Transparenz des programmatischen Systems fort. Doch das

⁷⁶ *IHS*, Video-Advertising in Europe, abrufbar unter:
<https://www.spotxchange.com/resources/downloads/research/ihs-report-video-advertising-in-europe-the-road-to-programmatic-ubiquity/>.

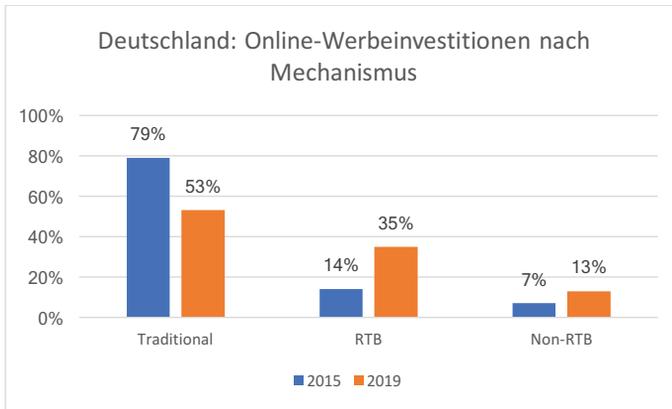
Transparenzversprechen von Programmatic Advertising und die Möglichkeit, über detaillierte Daten Mediaspend zu rechtfertigen, deckt sich mit einem verstärkten Druck auf Mediabudgets innerhalb werbungstreibender Unternehmen jenseits der Marketingverantwortlichen durch Procurement-Teams und Finanzauditoren.

Die wachsende Rolle von globalen Plattformen wie sozialen Netzen und Streamingdiensten treibt auch den deutschen Markt weiter an, da diese Plattformen aufgrund ihrer internationalen Erfahrung, Technologiekompetenz, Datenkultur und ihres Investments in programmatische Tools Inventar jenseits der traditionell vorsichtigen Gepflogenheiten im deutschen Markt besonders schnell auf Programmatic Advertising umstellen.

Diese Entwicklungen setzen auch einen vermarktergetriebenen Markt wie Deutschland unter Innovationsdruck. Gleichzeitig haben zumindest große Vermarkter in den letzten Jahren tiefere programmatische Kompetenzen entwickelt und schütteln ihr bis dato vorsichtiges Gebaren ab, da sie die Möglichkeiten von Programmatic Advertising über verschiedene Preismodelle hinweg besser einschätzen können und sich ihren empirischen Erfahrungsschatz zunutze machen.

Aufgrund der Präsenz der großen Plattformen und der wachsenden Kompetenz der Vermarkter ist davon auszugehen, dass – wie auch international zu beobachten ist – vermehrt Inventar Auktionsmechanismen zugeführt wird. *Magna Global* prognostiziert, dass der Anteil von Inventar, das auktionenbasiert gehandelt wird, stärker wächst als festpreisiges programmatisches Inventar.

Abb. 4 Deutschland: Online-Werbeinvestitionen nach Mechanismus



Quelle: Magna Global, „Programmatic 2015: Roadmap for Growth“, S. 32

Der Wandel von Transaktions- zu Planungslogik treibt die Entwicklung hin zu Auktionen an, da die Komplexität einer medienübergreifenden programmatischen Infrastruktur mehr Flexibilität erfordert als es Festpreise ermöglichen.

Auf Vermarkterseite hat sich in den letzten Jahren eine Konsolidierungs- und Kooperationstendenz abgezeichnet, wie z.B. die Initiative *emetriq* illustriert, die eine Allianz verschiedener Onlinevermarkter darstellt, die hier ihr Inventar und ihre Daten bündeln um im Wettbewerb mit Plattformen besser aufgestellt zu sein und Investitionen in programmatische Infrastruktur teilen können. Die Akquisition von *Interactive Media* durch *Ströer* stellt eine weitere Konsolidierung dar, die hier medienübergreifend zwischen Online und Außenwerbung stattfand. Im Zuge der Verschärfung des Wettbewerbs durch globale Plattformen gehen Marktbeobachter von einer weiteren Konsolidierung aus, die von Agenturseite begrüßt wird.⁷⁷

⁷⁷ Z.B. *Ansorge*, Horizont online vom 20.08.2015, abrufbar unter <http://www.horizont.net/medien/nachrichten/Onlinevermarktung-Mediaagenturen-nehmen-Stroer-in-die-Pflicht-135949>.

D. Neue Ökosysteme

Die Digitalisierung der Medien- und Werbelandschaft steht im Kontext der Proliferation von globalen Plattformen, die durch ihre Nutzerreichweite, Daten- und Technologieinfrastruktur neue Ökosysteme der Werbung geschaffen haben, welche die Wettbewerbslage sowohl für Vermarkter als auch Mediaagenturen verändern. Im Folgenden sollen diese Plattformen nicht abschließend diskutiert, sondern speziell mit Blick auf ihre Rolle in der Werbevermarktung analysiert werden.

1. Die Rolle der Plattformen

In der Nutzerwahrnehmung stehen Firmen wie *Facebook* für soziale Netzwerke, *Google* für eine Suchmaschine und mit *YouTube* für einen Videodienst, *Twitter* für einen Kurznachrichtendienst und *Spotify* für einen Musikstreamingdienst. Diese Auswahl an Unternehmen steht exemplarisch für einen Typus von werbefinanzierten Mediendiensten, der unter dem Begriff „Plattform“ subsumiert wird. Jenseits der Nutzeroberfläche haben diese Plattformen ihre eigenen, proprietären Infrastrukturen für die Sammlung und Auswertung von Daten, Auslieferung und Monetarisierung von Werbung etabliert, die ihnen im Vergleich mit Mediaagenturen und Vermarktern Wettbewerbsvorteile verschaffen. Diese sollen im Folgenden beleuchtet werden.

Eine Plattform in diesem Sinne ist ein Unternehmen, das wertgenerierende Interaktionen zwischen externen Produzenten und Konsumenten ermöglicht. Eine Plattform stellt die Infrastruktur für solche Interaktionen bereit und formuliert Interaktionsregeln. Eine Plattform unterscheidet sich von sogenannten Pipeline-Unternehmen, die einem schrittweisen Wertschöpfungsmodell folgen, bei dem sich Produzenten und Konsumenten linear an verschiedenen Enden der Wertschöpfungskette befinden und keine gemeinsame Infrastruktur teilen. Plattformen folgen stattdessen einem Matrixmodell, durch das die Produzenten und Konsumenten in einer Vielzahl von Rollen interagieren und Wert schaffen können. Das Plattformmodell hat eine Reihe von Vorteilen, die seinen globalen Erfolg in der Medienwelt erklären. Durch die Eliminierung von Gatekeepern bieten sich Plattformen Skalierungsvorteile, die von anderen Unternehmenstypen nur schwer erreicht werden. Ihre Matrixstruktur erlaubt Plattformen, neue Angebotsquellen schnell und in großer Menge zu erschließen und die auf Plattformen stattfindenden

Interaktionen generieren Daten, die im *Feedback-Loop* zur Optimierung der Plattform und ihrer Interaktionen eingesetzt werden kann.

Typischerweise ist digitale Werbung ein Reichweitengeschäft, d.h. der relative Erfolg von Unternehmen korreliert exponentiell mit der Zahl der Nutzerkontakte, die sie generieren können. Im neuen Paradigma der datengetriebenen Werbung spielt allerdings nicht nur die Zahl der Kontakte eine Rolle, sondern auch das Wissen um die Eigenschaften eines jeden Kontakts zu jedem gegebenen Zeitpunkt, und deren Adressierbarkeit. Volumen und Detailreichtum der Daten solcher Plattformen übersteigen oftmals die Daten, die Agenturen und Vermarkter zur Verfügung haben. Ständige Interaktion der Nutzer mit den Plattformen erlaubt darüber hinaus ihre Interpretation durch *machine-learning* und *artificial intelligence*, was ihren Wert weiter steigert. In der digitalen Werbewirtschaft sind viele Daten cookiebasiert, doch gerade auf mobilen Endgeräten sind solche Daten nicht oder nur schwer generierbar. E-Mail-Adressdaten oder Kreditkarteninformationen, die für vielen Plattformen verfügbar sind, erlauben allerdings die Aussteuerung von Werbung über verschiedene Endgeräte hinweg mit großer Präzision, was ihre Bedeutung im Rahmen von Änderungen im Mediennutzungsverhalten noch wertvoller macht. Durch Integration von Plattform- und Drittdaten wird eine neue Art des Nutzerverständnisses möglich. Generell sind Daten, die der Werbeindustrie zugrunde liegen, sogenannte Proxydaten, wie Reichweite, oder *Click-Through-Informationen*. Sie sind Indizien für den Wert eines Werbeträgers. Allerdings lassen sich über zumindest einige Plattformen wie *Facebook* auch Abverkaufsdaten systematisch hinzufügen, was ein holistisches Konsumentenverständnis ermöglicht. Während sich auch andere Marktteilnehmer solcher Datenkombinationen bedienen, ist ihr Wert im Kontext von Plattformen besonders hoch. Allerdings verfügen einige Plattformen nicht nur über Nutzerdaten, sondern auch über Informationen zu den auf ihnen aktiven werbungstreibenden Unternehmen und die auf ihnen publizierenden Medienunternehmen, was einen Einblick in die gesamte Wertschöpfungskette der Werbung ermöglicht. Hier entfalten sich die Vorteile des Plattformmodells als Matrix, die von verschiedensten Marktteilnehmern genutzt wird.

Volumen, Qualität, Detailreichtum und Analysepotential von Plattformdaten erhalten besondere Relevanz im Rahmen der Erosion von Messstandards. Wie oben dargelegt, hat die Multiplikation von Datenquellen und Dateneigentümern in der digitalen Werbewirtschaft dazu geführt,

dass die Vergleichbarkeit von Daten und ein Konsens zur Definition von Messgrößen erodiert. Aufgrund ihrer besonderen Reichweite haben sich plattformeigene Daten als Quasi-Standards etabliert. Das bedeutet, dass Plattformeigentümer eigene Messgrößen vorgeben können, an denen sich andere Marktteilnehmer orientieren. Teilweise geschieht dies ohne die Möglichkeit, Einblick in die Validität dieser Daten zu erhalten. Dies kann zu Kontroversen führen, wie beispielsweise Agenturreaktionen auf Eingeständnis von *Facebook*, ein fehlerhaftes Rechenmodell für seine Videonutzungsdaten verwendet zu haben, zeigt.⁷⁸ Solche Daten sind nicht nur plattforminhärent, also auf der eigenen Plattform geltend, sondern erhalten auch Einzug in andere Messuniversen. So nutzt z.B. *Nielsen* auch *Facebook*-Daten in seinem digitalen Messtool.⁷⁹

Allerdings beschränkt sich die Rolle von Plattformen nicht nur auf ihre Nutzerreichweite und ihre Daten. Durch Akquisitionen und eigene technische Entwicklungen haben sie eigene Werbeinfrastrukturen entwickelt. *Facebook* besitzt z.B. mit *FBX* und *Liverail*, letzteres ein Zukauf, eigene Werbetechnologie. *Google* war Pionier in diesem Bereich durch den Kauf des Werbetechnologieanbieter *DoubleClick* im Jahr 2007. *AOL* (jetzt zu *Verizon* gehörend) kaufte *adap.tv*, einen Spezialisten für datengetriebene Videowerbung, genau wie *Yahoo* mit *Brightroll*. Auch Analyse- und Datenunternehmen wurden von Plattformen absorbiert, wie z.B. der Kauf durch *Facebook* von *Atlas*, das vormalig zu *Microsoft* gehörte oder die Akquisition des Mobile-Spezialisten *Flurry* durch *Yahoo* zeigen. Diese Akquisitionen und Eigenentwicklungen muss man sich als Module vorstellen, die gemeinsam dazu beitragen, horizontal und vertikal integrierte Ökosysteme zu schaffen, die Plattformen letztendlich autark vom Rest des Werbesystems machen und in sich geschlossene Einheiten bilden. Es hängt von der Plattformstrategie ab, wie offen oder geschlossen diese autarken Systeme sind. Während *YouTube* bis 2015 für externe programmatische Einkaufssoftware (DSPs) zugänglich war, wurde dieser geschlossen und der programmatische Einkauf war nur noch über den eigenen Dienst *DoubleClick*

⁷⁸ *Vranica, Suzanne/Marshall, Jack*, WSJ online vom 22.09.2016, abrufbar unter: <http://www.wsj.com/articles/facebook-overestimated-key-video-metric-for-two-years-1474586951>.

⁷⁹ *Ridley*, Campaign online vom 16.05.2016, abrufbar unter: <http://www.campaignlive.co.uk/article/40-online-ads-not-reaching-target-audience-says-nielsen/1294685>.

möglich.⁸⁰ AOL pocht nach der Akquisition von *Verizon* darauf, ein offenes Ökosystem sein zu wollen.⁸¹ Allerdings variieren Definitionen von Offenheit und Geschlossenheit je nach Marktteilnehmer.

Einige Marktteilnehmer sehen in diesem Kontext eine Informationsasymmetrie, die konstituierend für die Zukunft der Werbebranche ist. So erklärte *Rob Norman, Chief Digital Officer* der *GroupM*:

“There is no doubt a current information asymmetry as these platforms know more than any advertiser or agency could know. The best we can do is learn within our own systems and build proxies for the information they have. We don’t know how big the gap is between what we deduce and the reality.”⁸²

Wie durch das Beispiel *Verizon* angedeutet, sind diese neuen Plattformen allerdings nicht nur die üblicherweise genannten Unternehmen wie *Google* oder *Facebook*. Die Logik, eigene Ökosystem zu schaffen, hat die gesamte digitale Werbebranche erfasst und etabliert sich auch verstärkt in Bereichen, in denen sich digitale und nicht-digitale Werbung überschneiden, so wie im Bereich Online-Video und TV. Gerade große Unternehmen mit Kundendaten, z.B. aus dem Telekommunikationssegment, folgen diesem Prinzip. *Verizon* hat sowohl *AOL* als auch *Yahoo* gekauft und die (Werbe)-technologieunternehmen *Ooyala* und *Videoplaza* gehören seit 2014 zum australischen Telekommunikationsunternehmen *Telstra*. Die Lossagung *Spotify*s vom Vermarkter *RMS* in Deutschland zeigt auch das Selbstbewusstsein anderer Plattformen, die gerade mit dem Aufbau einer eigenen Werbeinfrastruktur beginnen.

Wie in Kapitel 3.6 dargelegt, verändert dieser neue Imperativ auch die globale Agentur- und die deutsche Medienlandschaft. Die Fähigkeit, solche Ökosysteme aufzubauen, sie zu interpretieren, sowie sich in ihnen, als auch gegen sie zu behaupten, ist zentrales Erfolgskriterium

⁸⁰ *O’Reilly*, Business Insider UK vom 07.08.2016, abrufbar unter: <http://uk.businessinsider.com/google-shuts-down-third-party-access-to-youtube-ads-via-the-doubleclick-ad-exchange-2015-8>.

⁸¹ *Shields*, The Drum vom 18.09.2015, abrufbar unter: <http://www.thedrum.com/news/2015/09/18/how-does-aol-stack-against-other-scale-players-facebook-and-google>.

⁸² *IHS*, The Logic of data & the structural transformation of media: a practical perspective, abrufbar unter: https://www.ceps.eu/sites/default/files/Daniel%20Knapp%202016_06_01_Brussels_CEPS_DK.pdf.

für Agenturen wie Vermarkter. Dabei geht es nicht nur um Plattformen selbst, sondern auch darum, sich die insbesondere durch sie propagierte Datenlogik sowohl im Onlinebereich als auch in anderen Mediengattungen zu eigen zu machen.

2. Konzentrationstendenzen

Das ursprüngliche Bestreben von Programmatic Advertising war, ein offenes, interoperables System zu schaffen, mittels dessen Ein- und Verkäufer durch Technologie einfacher zusammenfinden können. Die Etablierung des technischen Protokolls *OpenRTB*⁸³, das die standardisierte Vernetzung von Marktteilnehmern ermöglicht, zeugt davon. Allerdings haben die ungleiche Verteilung von Daten, die Fragmentierung von Mediennutzung und die gleichzeitige Konzentration auf die Angebote großer Plattformen dazu geführt, dass ein Marktungleichgewicht entstanden ist. Die Skalierungseffekte von Plattformen in diesem Kontext manifestieren sich im deutschen Werbemarkt vor allem in der Konzentration von digitalen Werbeumsätzen auf *Google* und *Facebook*. So wurden 2015 in Deutschland 73,4 Prozent aller Netto-Online-Werbeerlöse von *Google* und *Facebook* generiert. Basis dieser Berechnung sind die Netto-Zahlen des *OVK*, die Zahlen von *IAB Europe*, die zusätzlich Erlöse von Online-Kleinanzeigen und Verzeichnismedien einbeziehen, die Unternehmensberichte globaler Plattformen, und eine Hochrechnung unter Zuhilfenahme der programmatischen Buchungstools dieser Plattformen wie *Facebook Ad Manager* und *DoubleClick*. In einem Gesamtmarkt von 5191 Millionen Euro haben beide Plattformen zusammen 3810 Millionen Euro erwirtschaftet. Die folgende Tabelle (Abb. 5) teilt diese Umsätze nach Werbeformaten auf.⁸⁴

⁸³ *IAB Realtime-Bidding Project*, abrufbar unter: <https://www.iab.com/guidelines/real-time-bidding-rtb-project/>.

⁸⁴ Während das für dieses Gutachten generierte Marktmodell bei *Facebook* von Umsätzen von 560 Millionen Euro ausgeht, liegen Agenturschätzungen bei 400 Millionen. Allerdings läuft nicht das gesamte *Facebook*-Geschäft über Mediaagenturen ab, sondern beinhaltet vor allem sogenannte App-Installs, also Kampagnen, in denen die Hersteller von Apps direkt bei *Facebook* für die Installation ihrer Mobile Apps werben.

Abb. 5 Umsätze nach Werbeformaten

		2015
Google Search	€m	2634,3
YouTube Video	€m	120
Google Display Network	€m	495,7
<i>Google gesamt</i>	<i>€m</i>	<i>3250</i>
Facebook Banner	€m	520
Facebook Video	€m	40,6
<i>Facebook gesamt</i>	<i>€m</i>	<i>560,6</i>
Google & Facebook gesamt	€m	3810,6
Andere Marktteilnehmer	€m	1,380
Online gesamt	€m	5,191

Die verbleibenden Umsätze von 1.380 Millionen Euro sind über alle anderen Marktteilnehmer verteilt. Das schließt andere globale Plattformen wie *Twitter*, *LinkedIn* oder *Spotify* mit ein, genau wie die Umsätze aller deutschen Onlinevermarkter.

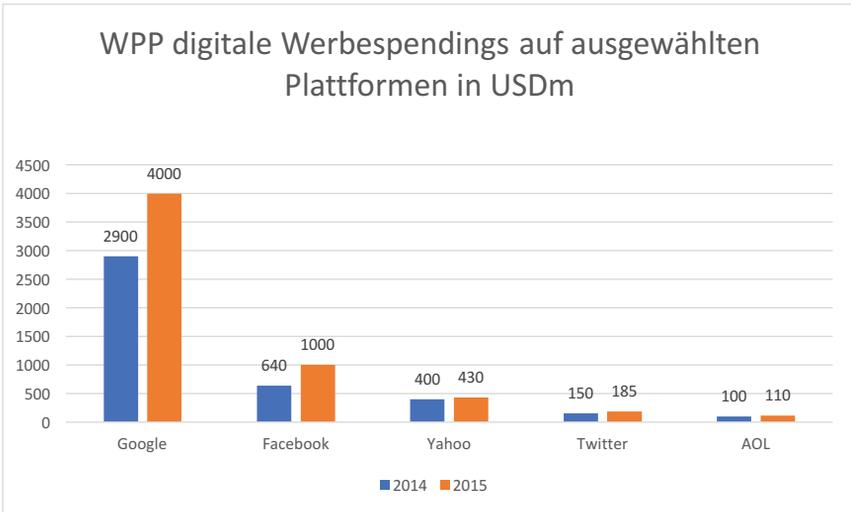
Damit ist die Konzentration im deutschen Onlinemarkt ähnlich gelagert wie im TV, in dem 79 Prozent der Netto-Umsätze auf die zwei größten Vermarkter fallen. Allerdings ist der Onlinebereich von der Medienangebotsseite her wesentlich fragmentierter als der TV-Markt und Unternehmen aus nahezu allen Mediengattungen von Print zu Radio, die wandelnden Nutzergewohnheiten folgen wollen, müssen sich verstärkt in diesem Markt behaupten.

Die Rolle von Mediaagenturen in diesem Zusammenhang ist zweischneidig. Zum einen sehen Mediaagenturen Plattformen wie *Facebook*

und *Google* als Konkurrenz, da diese Plattformen ein Direktkundengeschäft haben, das an den Agenturen vorbeigeht. Auch besteht auf Seiten der Agenturen Sorge über ihre Fähigkeit, Daten und Funktionsweise der Plattformen zu interpretieren. Zum anderen investieren Mediaagenturen allerdings auch massiv Mediabudgets in diese Plattformen, da sie so schnell Reichweite aufbauen und durch die Datenverfügbarkeit Kampagnen individuell aussteuern und messen können. Die weit fortgeschrittenen programmatischen Infrastrukturen dieser Plattformen erlauben auch eine einfache Anbindung an Agentursysteme, was Integrationskosten und ihre Komplexität reduziert und damit die Kooperationsschwelle für Agenturen senkt.

Andere Medienanbieter, die kein klar differenziertes Angebot vorweisen können wie TV-Vermarkter mit hoch nachgefragtem Onlinevideoinventar, müssen über andere Mittel um die Agenturgunst konkurrieren, wie durch Innovationen in Werbeformen und vornehmlich auch Daten und Analyse (siehe Kapitel 3.6.3). In den Jahren 2014 und 2015 hat WPP als größte Agenturholding ihr globales Mediabudget wie folgt (Abb. 6) Plattformen zugewiesen.

Abb. 6 WPP digitale Werbespendings auf ausgewählten Plattformen in Mio. USD



Bei einem globalen Mediainvestmentvolumen von 76 Milliarden US-Dollar sind diese Summen für *WPP* vergleichsweise gering. Allerdings hat *Google* 2015 *Newscorp* als größten Medienpartner für *WPP* abgelöst. Bezieht man sich nur auf die Investments in digitale Medien, die 2015 für *WPP* bei 38 Prozent des Investmentvolumens lag, lag der Anteil von *Google* und *Facebook* allein bei 17.3 Prozent. Diese Plattformen haben im Vergleich zwischen 2014 und 2015 auch einen großen Zuwachs der Investitionen von *WPP* erfahren. So wuchsen die zu *Google* geleiteten Spendings um 38 Prozent und die *Facebook* zugerechneten Spendings um 56 Prozent im analysierten Zeitraum. Während Zahlen für Deutschland nicht vorliegen, ist davon auszugehen, dass ein signifikanter Anteil dieser Investitionen auch in den deutschen Markt geht. Deutschland ist sowohl für *Facebook* als auch für *Google* unter den Top 10 Märkten weltweit. Die globalen *WPP*-Zahlen schließen auch große Werbemärkte ein, in denen *Google* und *Facebook* einen geringen Stellenwert haben wie beispielsweise China und Russland, was bedeutet, dass die relative Allokation dieser Spendings in anderen digital entwickelten Märkten höher ist.

Diese Spendings sind oftmals nicht kampagnen- oder werbekunden-spezifisch. Zwar werden die Ziele von Kunden im Portfolio bei Vereinbarungen mit Plattformen berücksichtigt, doch die Allokation von Budget findet oftmals im sogenannten „*Upfront*“-Modell statt, d.h. zu Anfang des Jahres wird Inventar global *en gros* von den Plattformen gekauft und dann an Kunden weitergegeben, so dass Agenturen auch Gatekeeper zu diesen Plattformen darstellen. So kaufte *Magna Global* Anfang 2016 *YouTube*-Inventar *upfront* für 250 Millionen US-Dollar ein.⁸⁵ Dies bietet Agenturen zumindest die Möglichkeit, durch eigene Datenanreicherungen oder trading-ähnliche Modelle Margenoptimierung im Mediaeinkauf von Plattformen zu betreiben.

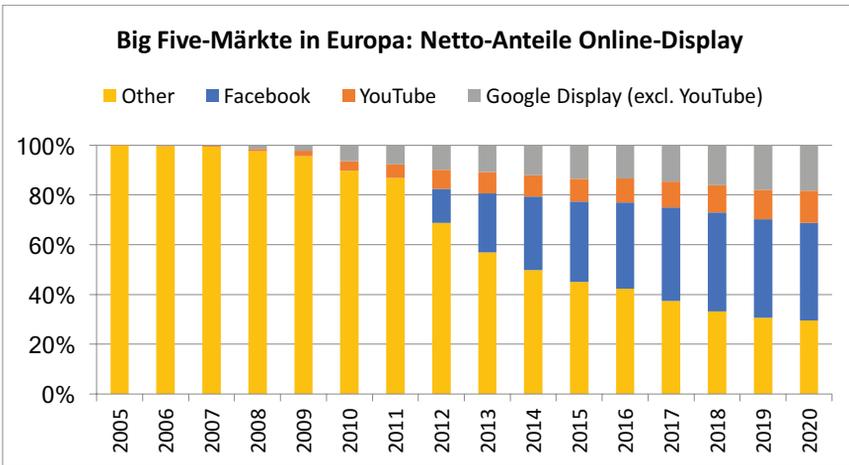
3. Marktprognose

Aufgrund der bis dato beschriebenen Marktdynamiken ist davon auszugehen, dass die Rolle der Plattformen weiter zunehmen wird. Während der gesamte deutsche Werbemarkt im Rahmen der Steigerung des Bruttoinlandsprodukts weiterwachsen wird, nimmt der Anteil des

⁸⁵ *Vranica*, WSJ online vom 04.05.2016, abrufbar unter: <http://www.wsj.com/articles/interpublic-to-shift-250-million-in-tv-ad-spending-to-youtube-1462359623?mod=djemCMOToday#:gXnT06z0t7rjgJA>.

Onlinewerbemarktes zu Lasten anderer Medien weiter zu. Die im Rahmen dieses Gutachtens erstellten Prognosen gehen davon aus, dass bis 2020 fast 40 Prozent der Netto-Werbeumsätze online generiert werden. 2015 lag dieser Anteil bei knapp 30 Prozent. Innerhalb des Onlinemarktes wird sich aufgrund der Fragmentierung der Mediennutzung und der Rolle von Daten und Programmatic Advertising der Anteil der Plattformen durch ihre hier erzielten strukturellen Vorteile weiter erhöhen. Diese Entwicklung ist nicht auf Deutschland beschränkt, sondern erfasst auch die großen europäischen Vergleichsmärkte Großbritannien, Frankreich, Italien und Spanien, die gemeinsam mit Deutschland die sogenannten *Big Five* in Europa bilden. Bis 2020 werden 70 Prozent der Netto-Werbeerlöse im Bereich Online-Display auf *Google* und *Facebook* entfallen.

Abb. 7 Big Five-Märkte in Europa: Netto-Anteile Online-Display



Allerdings sind *Google* und *Facebook* nicht die einzigen Plattformen, die in Zukunft für den deutschen Markt relevant sein werden. Andere Plattformen wie *Spotify* oder *Snapchat* sowie weitere, gerade im mobilen Markt starke Plattformen werden mit deutschen bzw. europäischen Vermarktern um den restlichen Markt konkurrieren.

Bei dieser Prognose ist zu berücksichtigen, dass vom Status Quo der dominierenden Plattformen ausgegangen werden muss, da Annahmen über Wettbewerbsverschiebungen zwischen Plattformen mit zu vielen

Variablen behaftet sind, als dass sinnvolle Prognosen erstellt werden können. Allerdings ist der Status von *Google* und *Facebook* nicht gesetzt. Plattformen konkurrieren auch untereinander um Budgets und vor allem um auf ihnen publizierte Medieninhalte. So liefern sich *YouTube* und *Twitch*, die zu *Amazon* gehörende Videoplattform für *e-Sports*, einen Wettbewerb um die besten sogenannten „*Creators*“, also Hersteller von Medieninhalten, die sowohl individuelle Nutzer, als auch Medienunternehmen sein können.

Unabhängig von der möglichen Dominanz einzelner Plattformen zeigt die hier dargelegte Analyse allerdings einen Makro-Trend. Vermehrt werden Werbeerlöse auf Plattformen generiert werden, die ihre eigenen, geschlossenen Ökosysteme gebildet haben und die Nutzer- und Inhalteebene mit einer datengetriebenen, programmatischen Infrastruktur verbunden haben. Jenseits dieser Ökosysteme entstehen ein neuer Wettbewerb und die Notwendigkeit, sich mit anderen Mitteln zu behaupten. Der Werbemarkt wird damit weniger offen, sondern geschlossener. Dies erhöht die Zugangshürden und platziert deutsche Anbieter in einen globalen Wettbewerb jenseits der Grenzen und Ressourcen, die der deutsche Markt zur Verfügung stellt.

E. Adaptionstrategien der Marktteilnehmer

Die oben dargestellten Entwicklungen haben zu neuen Problemlagen für Vermarkter und Agenturen geführt. Beide Arten von Marktteilnehmern entwickeln Strategien, sich dieser neuen Marktkonstellation anzupassen und sich in ihr zu behaupten. Dabei variiert die Problemlage zwischen Agenturen und Vermarktern und zeigt, gerade von Agenturseite, neue Spannungen im Verhältnis der Akteure auf. Im Folgenden wird die Problemlage zusammengefasst und Adaptionstrategien von Agenturen und Vermarktern aufgezeigt.

1. Problemlage für Mediaagenturen

Der Fokus auf Daten und Technologie hat für Agenturen neue Wettbewerber geschaffen. Dies klang bereits in der problematischen Beziehung zu Plattformen an, die für Agenturen auf der einen Seite immer wichtiger als Lieferanten von Inventar werden, aber auch intransparent sind und Agenturen somit vor Interpretationsprobleme stellen. Die Konzentration von wenigen geschlossenen Ökosystemen setzt Agentu-

ren unter Druck, sich in ihrer Rolle als Mittler und strategische Einkäufer zu behaupten. So bieten Plattformen bereits eigene Planungstools an. Wenn die Summe der relevanten Inventarquellen schrumpft und sich konzentriert, müssen Agenturen neue Argumente formulieren, weshalb Einkäufer nicht direkt über die Plattformen gehen sollen.

Die oben beschriebenen Plattformen richten sich an Mediennutzer. Ihre Marktstellung erreichen sie durch die Bereitstellung von Zugang und Interpretation dieser Nutzer. Am anderen Ende der Wertschöpfungskette, auf Seiten der werbungstreibenden Unternehmen, hat sich parallel ein anderer Unternehmenstypus entwickelt, der ebenfalls durch Daten Einfluss auf den Werbemarkt nimmt. Allerdings sind dies keine Daten über Mediennutzer, sondern interne Daten werbungstreibender Unternehmen und ihrer Kunden. Firmen wie *SAP*, *Salesforce*, *IBM*, *Oracle* und *Adobe* nutzen den Fokus auf Daten und Technologie in der Werbebranche um durch ihren tiefen Einblick in die Daten und Vorgänge von Unternehmen selbst agenturähnliche Dienste anzubieten. Die Modularität der Wertschöpfungskette, die in Kapitel 3.4.1. beschrieben wurde, ermöglicht ihnen, sich mit diesen Modulen zu verbinden und sich hier einzukaufen. So hat *Oracle* den *DMP Bluekai* gekauft, um Kunden- und Unternehmensdaten strategisch für den Mediaeinkauf zu nutzen. Dieses Phänomen ist unter dem Begriff „Martech“, kurz für Marketingtechnologie, zusammengefasst.

Auch Wirtschaftsprüfungs- und Beratungsunternehmen haben die Chance erkannt, ihre Kernkompetenzen mit Zugang zum Werbemarkt zu verbinden. Ähnlich der Martech-Unternehmen sind sie tief in die Prozesse und Strukturen von werbungstreibenden Unternehmen eingebunden. Sie sehen Werbung nicht als einen separaten Wirtschaftszweig, sondern als Fortführung der Optimierungsleistungen, die sie in allen Unternehmensbereichen erbringen. Im Gegensatz zu Agenturen, die vornehmlich mit Marketing- und Werbedivisionen in Unternehmen interagieren, setzen diese Wirtschaftsprüfungs- und Beratungsunternehmen auf ein holistisches Konzept und bauen auf ihr tiefes Verständnis eines Gesamtunternehmens. So haben *PWC*, *Deloitte*, *KPMG*, *Accenture* und *McKinsey* ihre eigenen digitalen Hubs gegründet, die ebenfalls agenturähnliche Leistungen übernehmen. Dies sind keine Nischenunternehmungen. Umsätze von *Deloitte Digital* beliefen sich 2015 auf 1,5 Milliarden US-Dollar. Die Etablierung solcher Hubs geht

soweit, dass sie sogar Kreativagenturen aufkaufen und von ihrem Leistungsspektrum de facto Konkurrenten der großen Agenturholdings werden. Das Beratungsunternehmen *R3* hat für das erste Halbjahr 2016 insgesamt 204 Akquisitionen im Werbe- und Marketingsektor beobachtet, von denen ein wachsender Anteil auf Martech und Wirtschaftsprüfungs- und Beratungsunternehmen entfällt.⁸⁶

Programmatic Advertising und datengetriebene Werbung bietet ein Transparenz- und Effizienzversprechen, das jedoch oftmals nicht eingehalten wird. So hat eine vielbeachtete Untersuchung des Beratungsunternehmens *K2* im Auftrag des amerikanischen Verbands der werbetreibenden Unternehmen *ANA* aufgedeckt, dass die komplexe Wertschöpfungskette im Programmatic Advertising Arbitragegeschäfte fördert und Agenturen ihre digitalen Margen durch Verschleierung von Rückvergütungsleistungen erhöhen.⁸⁷ So ist gerade das Konzept des Agency Trading Desks bei Kunden in Verruf geraten. Allerdings steht sie global indikativ für einen Vertrauensverlust von werbungtreibenden Unternehmen in die programmatische Wertschöpfungskette. Weitere Probleme sind Bot-Traffic, also Werbeimpressionen, die nicht durch echte Nutzer, sondern Roboter generiert werden und Werbemitteln, die zwar ausgeliefert und angerechnet werden, aber aufgrund von Webseitenlayout nicht gesehen wurden. Im Zuge dieser Problematik besteht, wie bereits in Kapitel 3.4.1. erwähnt, der Trend, dass werbungtreibende Unternehmen ihre eigene programmatische Infrastruktur aufbauen um in ihr transparenter zu handeln. Spezialunternehmen wie *AdFin* konzentrieren sich darauf, Unregelmäßigkeiten in der programmatischen Wertschöpfungskette aufzudecken. Dies setzt neben Agenturen auch andere Anbieter von Werbetechnologie unter Druck.

Die Verfügbarkeit von AdBlocking-Lösungen und eine Flut an Werbung im Internet reduzieren die Nutzerakzeptanz von Online-Werbung, was die Umsatzmöglichkeiten von Vermarktern problematischer werden lässt. Medienunternehmen gehen daher verstärkt dazu über, eigene Kreativ- und Werbeeinheiten zu gründen, die Branded Content oder

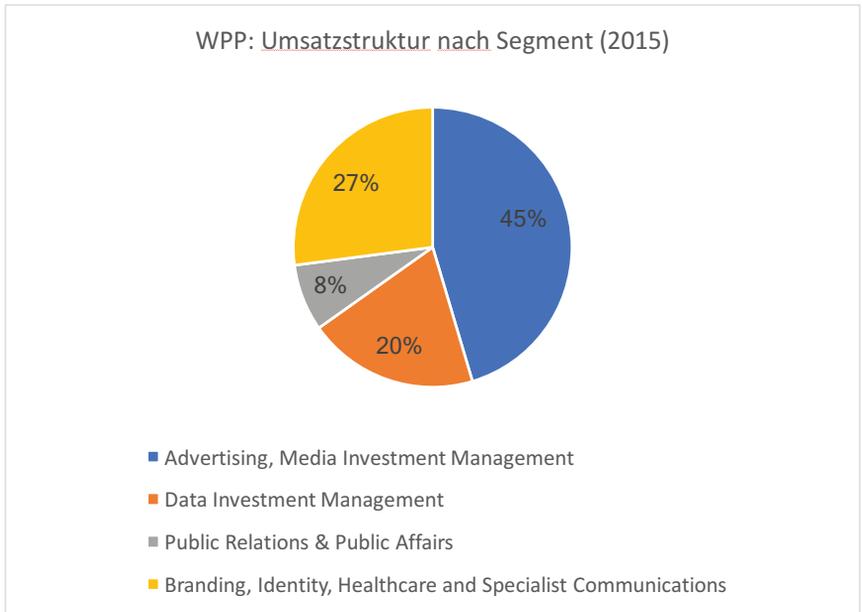
⁸⁶ *Slefo*, Advertising Age vom 10.08.2016, abrufbar unter: <http://adage.com/article/agency-news/digital-properties-dominated-mergers-acquisitions/305397/>.

⁸⁷ *K2 intelligence*, An independent Study of Media Transparency in the U.S. Advertising Industry, abrufbar unter: <https://www.ana.net/content/show/id/industry-initiative-media-transparency-report>.

sogenanntes „Native Advertising“ produzieren und in ihre Inhalte einbetten. Dies ist auch ein strategischer Zug, um die durch individuelle Aussteuerung hervorgerufene Erosion zwischen Medieninhalten und Werbung wieder rückgängig zu machen. Allerdings werden solche Initiativen oftmals in Direktkooperation mit werbungstreibenden Unternehmen durchgeführt und die Gelder gehen an der Agentur vorbei. Auch wenn die Agentur in der Planung involviert ist, liegen die Kreativaufgaben und korrespondierende Umsätze beim Medienunternehmen.

2. Reaktionen der Mediaagenturen

Um sich in diesem neuen Markt zu behaupten, investieren Agenturen massiv in ihre Zukunft sowohl durch Technologie wie auch Medieninhalte. Im Rahmen der Proliferation von Plattformen sehen sich Agenturen zusehends als Interpreten, welche die Möglichkeiten und Grenzen von Werbung auf Plattformen aufdecken und Brücken zwischen diesen geschlossenen Ökosystemen schlagen. Da jede Plattform über ihre eigenen Daten verfügt, die auf dieser Plattform als Messstandard gelten, versuchen Agenturen, konkurrierende Messgrößen zu etablieren um auf der Basis von Daten ein Gegengewicht zu etablieren. Das Investment von *WPP* in die Messunternehmen *Comscore* und *Reentrack* steht exemplarisch für diese Bestrebungen, eigene Ökosysteme aufzubauen. Jedoch überwiegen bei Agenturen die Chancen, die sich durch datengetriebene Werbung ergeben. Um beim Beispiel *WPP* zu bleiben, zeigt der Unternehmensbericht, dass 20 Prozent der Umsätze 2015 durch das Management von Daten erreicht wurde. Es ist davon auszugehen, dass dieser Anteil weiter steigen wird.

Abb. 8 WPP: Umsatzstruktur nach Segment (2015)

Durch diese strategische Richtung erhoffen sich Agenturen, datengetriebene Entscheidungen auf den Gesamtbereich der Mediaplanung und des Einkaufs anzuwenden und den Wandel von Programmatic Advertising von einer Transaktions- zu einer Planungslogik zu beschleunigen und sich als zentrale Schaltstellen zu etablieren.

Um Konkurrenz durch Martech Einhalt zu gebieten, kaufen sich Agenturen ebenfalls in Unternehmen ein, die einen tieferen Zugang in werbungstreibende Unternehmen ermöglichen. So hat *Dentsu Aegis* das Martech-Unternehmen *Merkle* aufgekauft⁸⁸.

Plattformen agieren sowohl als Vermarkter, als auch als Direktzugang für den Mediaeinkauf. In einigen Fällen, wie beispielsweise *Google*, ist es Kunden auch möglich, Inventar durch *Google* auf Medienangeboten Dritter zu kaufen. Medienunternehmen selbst übernehmen durch die Einführung von Branded-Content-Diensten ebenfalls agenturähnliche

⁸⁸ *Merkle*, Pressemitteilung vom 08.08.2016, abrufbar unter: <https://www.merkleinc.com/news-and-events/press-releases/2016/dentsu-aegis-network-acquire-majority-stake-merkle>.

Aufgaben. Zusammengenommen bedeutet diese Entwicklung, dass Grenzen zwischen Angebots- und Nachfrageseite verschwimmen. Agenturen haben diesen Trend erkannt und investieren daher auch in Medienunternehmen, wie beispielsweise *WPP* mit *Vice*, und bewegen sich damit in den Inhltemarkt.⁸⁹ Hier entstehen zukünftig neue Herausforderungen mit Blick auf die Unabhängigkeit von Agenturen.

Bei den hier genannten Entwicklungen handelt es sich um globale Phänomene, die allerdings auch Auswirkungen auf den deutschen Markt haben. Der deutsche Werbemarkt muss daher nicht isoliert, sondern im globalen Kontext betrachtet werden.

3. Problemlage für Vermarkter

In einem verstärkt datengetriebenen Werbemarkt ändern sich die Anforderungen an Vermarkter. Als Medienunternehmen stehen sie unter Druck, Technologie- und Datenkompetenz zu entwickeln, um weiterhin erfolgreich am Werbemarkt teilnehmen zu können. Gerade kleinere Vermarkter verfügen aber nicht über die Ressourcen, solche Kompetenzen aufzubauen. Dies erfordert sowohl einen Kulturwandel in Medienunternehmen und bei ihren Vermarktern, als auch das technische Verständnis und die finanziellen Möglichkeiten, sich in diesem Markt erfolgreich zu positionieren. Bei der Vielzahl an Werbetechnologieanbietern ist es beispielsweise schwierig, Evaluationskriterien zu entwickeln um geeignete Technologiepartner zu finden. Erste Schritte im Bereich Programmatic Advertising sind oftmals enttäuschend, da der Erfolg an technisches Know-how und Spezialwissen in diesem komplexen Markt geknüpft ist. Die Reichweite von globalen Plattformen erschwert es lokalen Anbietern ebenfalls, mit ihrem eigenen Inventar und möglichen Daten ein Gegengewicht aufzubauen.

Die Problemlage ist dabei nicht auf digitale Medien beschränkt. Die oben erstellte Analyse hat gezeigt, dass programmatische Prinzipien und Daten den Wert der Werbung verändern. Es findet eine Abkehr statt vom Wert des Kontextes indem Werbung geschaltet wird, hin zu der individuellen Aussteuerung. Die Adressierbarkeit und Messbarkeit von Werbung steht im Vordergrund. Das bedeutet, dass Kampagnenziele, die vormalis bestimmte Mediengattungen und ihre spezifischen

⁸⁹ *WPP*, Pressemitteilung vom 05.04.2016, abrufbar unter: <http://www.wpp.com/wpp/press/2011/apr/05/vice-announces-major-investment-partnership-with-wpp/>.

werblichen Eigenschaften (z.B. Radio als lokal ausgesteuertes Abverkaufsmedium) erforderten, nun anders erreicht werden können. Historisch bestand eine Verbindung zwischen Mediengattungen, ihren Vermarktern und Werbung. Einkäufer von Werbung und Medien verband eine gemeinsame Interessenlage. Die werbungstreibende Industrie benötigte die Medien, spezifische Mediengattungen und Vermarkter, um ihre Produkte zu verkaufen und Markenbildung zu betreiben. Werbung war medienzentrisch. Medien konnten Werbung daher zur Subvention ihrer Inhalte nutzen. Durch datengetriebene Werbung erodiert diese Verbindung. Mediaagenturen und andere Einkäufer operieren vermehrt nicht medienzentrisch, sondern verbinden Nutzer und Kampagnenziele medienagnostisch. Auch wenn Vermarkter stabile Nutzerzahlen aufweisen können, ist dies kein Garant für Werbeinvestitionen, wenn diese Ziele datenbasiert, effizienter und effektiver auf besser messbaren Kanälen erreicht werden können. Der Wandel von Programmatic Advertising zu einer Planungslogik bedeutet auch, dass Vermarkter medien-gattungsübergreifend Maßnahmen ergreifen müssen, um dieser Planungslogik zugänglich zu sein. Ist dies nicht der Fall, müssen sie die Attraktivität ihrer Nutzer und ihres Inventars in Konkurrenz zu dieser Logik etablieren.

4. Reaktionen der Vermarkter

Reaktionen der Vermarkter auf diese neuen Gegebenheiten sind vielfältig und manifestieren sich heute insbesondere im Online-Bereich, in dem die Datenlogik am weitesten fortgeschritten ist.

In Frankreich hat sich das Konzept der Vermarkterallianz etabliert. Vermarkter haben sich zusammengeschlossen, um ihr Medieninventar und ihre Daten gemeinsam auf programmatischen Marktplätzen zu bündeln, um Reichweite und Analysepotential zu erhöhen. Gerade im Kontext der Plattformen und der außerhalb der Plattformen fragmentierenden Mediennutzung können sie so ihre Attraktivität für die Einkaufsseite erhöhen. Dieses Beispiel hat international Schule gemacht. In Deutschland besteht mit *emetriq* eine ähnliche Allianz, die im Gegensatz zum französischen Modell allerdings eine stärkere Verbindung mit werbungstreibenden Unternehmen geknüpft hat und so – datenschutzkonform – den Datenpool erweitert und nachhaltige Beziehungen zwischen Angebot und Nachfrage etabliert.

Jenseits von Allianzen investieren Medienunternehmen auch individuell verstärkt in ihre Technologiekompetenz durch eigene programmatische Teams, suchen Partnerschaften mit programmatischen Anbietern und etablieren ihre eigenen Datenplattformen (DMPs). Das Bestreben, Vermarktungsstrukturen zu verändern und sich der programmatischen Logik anzupassen ist nicht nur im Online-Bereich zu beobachten. Wie in Kapitel 3.4.3 dargestellt, hat *Ströer* begonnen, Inventar für digitale Außenwerbung programmatisch zu verkaufen. Während Radiovermarkter *RMS* Inventar für sein Webradio programmatisch bereits jetzt anbietet, hat der Vermarkter im September 2016 erklärt, auch ein programmatisches System für analoges UKW-Radio aufzubauen.⁹⁰

Plattformen bieten für Vermarkter neue Chancen, ihre relative Position im Markt zu verbessern. Sie bieten zentrale Zugangspunkte für eine massive Nutzerreichweite und Medienunternehmen machen sich diese Plattformen verstärkt für die Distribution ihrer Inhalte zunutze. *YouTube* und *Facebook* stellen beispielsweise Analysetools für Medienunternehmen bereit, ihre Inhalte auf diesen Plattformen zu verfolgen und zu interpretieren. Allerdings werden Werbeumsätze zwischen Medienunternehmen und Plattformen geteilt, und es bestehen Kontroversen um die Höhe der Anteile.⁹¹

Finanzstarke Medienunternehmen sind bestrebt, durch Zukäufe eigene programmatische Ökosysteme aufzubauen, die sich sowohl auf die eigenen Medieninhalte beziehen, als auch diese Unternehmen als Werbetechnologieanbieter für das Inventar Dritter etablieren. Auch die *RTL Group* und *ProSiebenSat.1* haben hier Investitionen getätigt. So hat sich die *RTL Group* eine Mehrheitsbeteiligung an *SpotX*, einem Video-SSP, für 144 Millionen US-Dollar gesichert. Aufgrund der hohen Kosten für solche Unternehmen und einer globalen Käuferlandschaft ist es in Deutschland allerdings nur einer begrenzten Zahl an Medienunternehmen möglich, entsprechende Übernahmen zu tätigen bzw. Beteiligungen zu erwerben.

⁹⁰ Schwegler, W & V Online vom 22.09.2016, abrufbar unter: http://www.wuv.de/medien/rms_baut_mit_adremes_programmatic_audio_fuers_ukw_radio_auf.

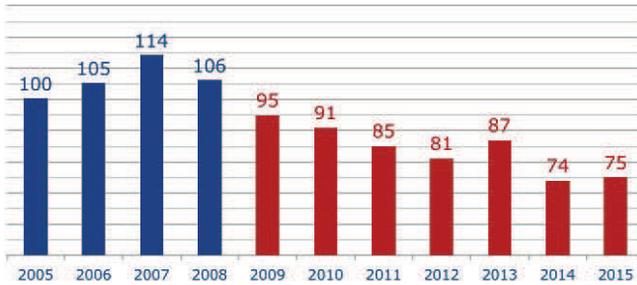
⁹¹ Eordogh, Forbes online vom 02.09.2016, abrufbar unter: <http://www.forbes.com/sites/fruzsinaeordogh/2016/09/02/making-sense-of-youtubes-great-demonetization-controversy-of-2016/#431a28595b0d>.

Im Rahmen des Gutachtens stellt sich als weitere wichtige Frage, welche monetären Auswirkungen Trading, Programmatic Advertising und der durch die Digitalisierung stärkere Wettbewerb bereits auf die einzelnen Mediengattungen gehabt hat. Die Brutto-/Nettoschere stellt zwar ein Indiz für die veränderten Rahmenbedingungen im Werbemarkt für die Medien dar. Eine sinkende Nettoquote bedeutet aber noch nicht, dass die absoluten Nettowerbeerlöse für alle Medien gesunken sind. Um dies zu ermitteln muss ein anderes Berechnungskriterium herangezogen werden, das die tatsächlichen Leistungswerte (Nutzer-Reichweite) in Beziehung zu den Nettowerbeerlösen setzt. Das ist der Nettoshare pro Nutzer. Der errechnet sich aus den Nettowerbeerlösen dividiert durch die Nutzerreichweite und ergibt damit den tatsächlichen Erlös pro Nutzer. Dieser Nettoshare ist beispielsweise in den letzten Jahren zumindest in der überregionalen Hörfunkwerbung beträchtlich gefallen. Danach ist der Nettoshare pro Hörer bei einem Großteil der Privatradios in den letzten 10 Jahren um rund 30 Prozent gesunken (vgl. nachfolgende Abbildung⁹²). Für die gleiche Werbeleistung gibt es netto also 30 Prozent weniger Einnahmen, obwohl inflationsbedingt der Erlös um etwa 20 Prozent gestiegen sein müsste. Dies sind die Folgen der Preispolitik einzelner Radiovermarkter Anfang dieser Dekade, des zunehmenden Wettbewerbs durch das Internet und auch von Trading.

⁹² Die Daten in Abbildung 9 zeigen die Netto-Erlöse aus nationaler Werbung eines Hörfunkvermarkters in Relation zu den erreichten Hörern des Kombi-Angebots. Die Zahlen basieren auf eigenen Recherchen und Auskünften, wobei sie nicht im Detail geprüft werden konnten, ein solcher Verlauf erscheint aber aus unserer Erfahrung plausibel.

Abb. 9 Entwicklung der Netto-Werbeerlöse pro Hörer

Entwicklung der Netto-Werbeerlöse pro Hörer
(Index: 2005 = 100)



Allerdings muss ebenfalls beachtet werden, dass Werbeleistung, im Sinne des Mediawertes, relativ und nicht absolut ist. Verfügbarkeit von Daten, Anpassung an neue Medialogiken, die durch Programmatic Advertising Einzug in die gesamte Werbebranche erhalten, und durch Plattformen wie Google und Facebook veränderte Dimensionen von Reichweite und Qualität der Aussteuerung innerhalb dieser Reichweite erodiert die relative Werbeleistung einiger Gattungen und Vermarkter. So wachsen die durchschnittlichen Umsätze pro Nutzer bei Facebook kontinuierlich, während sie wie in der oben dargestellten Grafik im Radiobereich abfallen. Trading hat zwar erst vor zwei Jahren im Hörfunk Einzug gehalten. Allerdings findet Trading – via Programmatic Advertising – im Onlinebereich schon seit vielen Jahren statt und hat damit bereits Auswirkungen auf das Preisgefüge der Medien gehabt. Der Wettbewerb ist im Werbebereich nicht allein mehr gattungsbezogen, sondern findet durch das Internet immer stärker intermediär statt. Die datengetriebene Werbung im Onlinebereich wird mittelfristig voraussichtlich zu einem noch stärkeren Rückgang des Nettoshares der Medien führen, wie die Ausführungen in Kapitel 3.4 zu Programmatic Advertising gezeigt haben. Die Existenz einer Vielzahl überwiegend werbefinanzierter Medienangebote würde damit mittel- bis langfristig in Frage gestellt.

F. Zwischenergebnis

Der Werbemarkt unterliegt global einem fundamentalen Wandel, der auch Auswirkungen auf Deutschland hat. Der deutsche Werbemarkt ist damit nicht mehr isoliert zu betrachten, sondern muss in einem größeren Kontext gesehen werden. Technologien und Daten ersetzen etablierte Wertschöpfungsketten, definieren den Wert von Werbung neu, schaffen neue Machtgefüge und Geschäftsmodelle. Etablierung und Interpretation von Infrastrukturen werden zum Wettbewerbsvorteil. Während diese Entwicklungen ihren Ursprung in der digitalen Werbewirtschaft haben, erhalten sie schrittweise auch Einzug in andere Mediengattungen. Das Thema Trading ist Vorboten dieser weitaus komplexeren und weiter greifenden Veränderungen, da es für die Entkopplung von Medioumfeld und werblicher Kommunikation steht, die durch Entwicklungen im Bereich Programmatic Advertising fortgeschrieben werden. Diesem Bruch zwischen Umfeld und Werbung folgt nun die Herstellung von Effizienz und Effektivität der Werbung durch Daten und Technologie. Agenturen stellen sich in diesem neuen Umfeld strategisch neu auf und treiben die Entwicklung datengetriebener Werbung von Transaktions- zu Planungslogik voran. Das bedeutet, dass Vermarkter über alle Mediengattungen hinweg sich nicht mehr auf ihre gattungsinternen Nutzermarktanteile verlassen können, sondern sich durch die Bereitstellung von Daten und Technologie an dieser neuen Logik beteiligen müssen. Die erforderlichen Ressourcen und Kompetenzen stellen dabei Hürden dar. Im deutschen Markt zeigt sich durch Akquisitionen, Partnerschaften mit Plattformen und Vermarkterallianzen, dass Vermarkter verstärkt bemüht sind, sich diesem neuen Werbemarkt anzupassen. Agenturen selbst finden sich ebenfalls in einer neuen Marktlage wieder, und sie konkurrieren sowohl mit Plattformen als auch mit vormals werbefernen Unternehmen. Grenzen zwischen Angebots- und Nachfrageseite verschwimmen und während Medienunternehmen Agenturkompetenzen etablieren, investieren Agenturen in die Anbieter von Medieninhalten. Dieser neue Werbemarkt ist komplex und von vielfältigen Interessenslagen und Intransparenzen geprägt, was seine Analyse erschwert. Gleichzeitig ist dieser neue Markt evolutionär und befindet sich in einer rapiden Entwicklung, in der alle Marktteilnehmer versuchen, neue Rollen zu finden und ihren Platz zu etablieren.

Infolge der bereits begonnenen Entwicklung dieser Neustrukturierung der Werbevermarktung sind jetzt schon Auswirkungen auf die Medienanbieter bzw. Publisher erkennbar, die am Ende der Wertschöpfungskette sukzessive mit einem immer geringeren Nettoshare zu rechnen haben, falls sie nicht in Technologieinfrastruktur und -kompetenz investieren und neue Möglichkeiten finden, ihre Inhalte marktrelevanter zu gestalten. Bereits in den vergangenen Jahren ist der Nettoshare in einigen Gattungen deutlich gefallen. Der Zugang zur Vermarktung ist für kleine Anbieter schon heute schwierig und könnte in der neuen Welt von Programmatic Advertising für eine noch größere Anbieterschaft eine möglicherweise nahezu unüberwindliche Zugangshürde darstellen. Für werbefinanzierte Medien dürfte damit in Zukunft der Spielraum für die Finanzierung von Content weiter sinken. Dass die Medienpolitik vor diesem Hintergrund begonnen hat, sich mit den Auswirkungen dieser Entwicklung zu befassen, ist zumindest legitim, wenn nicht sogar rechtlich geboten. Die Frage, ob und gegebenenfalls in welcher Weise von Verfassungen wegen eine Pflicht zur regulatorischen Reaktion besteht und welche Instrumente hierbei in besonderer Weise Beachtung verdienen können, wird im weiteren Verlauf des Gutachtens erörtert.

IV. Vertragsrechtliche Analyse

Eine Kapitulation vor der in Kapitel 3 beschriebenen Komplexität und vielfältigen Interessenlage des neuen Werbegeschäfts ist jedoch der falsche Weg, wenn man die Bedeutung der Werbung als Refinanzierungsinstrument der Medien und damit der Medienvielfalt betrachtet. Eine Untersuchung der (neuen) Geschäftsmodelle der Mediaagenturen unter vertragsrechtlichen Gesichtspunkten ist insofern geeignet, diese komplexen Strukturen zu systematisieren. So kann dann aufbauend auf einer genauen vertragsrechtlichen Analyse die vertragsrechtliche Zulässigkeit dieser Geschäftsmodelle bewertet werden – die, wenn verneint, bereits ein ausreichendes Regulierungsinstrument sein könnte. Zum anderen ist diese Analyse die Grundlage für eine genaue Einordnung der Geschäftsmodelle in einen wettbewerbs- und medienrechtlichen Kontext, da aufbauend auf dieser Analyse die konkreten potentiellen Gefahren, welche die (neuen) Geschäftsmodellen mit sich bringen, herausgearbeitet werden können. Als Ausgangspunkt bietet sich die Analyse der Mediaagenturverträge mit außertariflichen Rabatten inklusive der Frage nach deren Weiterleitung und Offenlegung an, da hierdurch fundamentale Kenntnisse über das (vertragliche) Funktionieren dieses Marktes gewonnen werden können. Hierauf aufbauend können dann Trading, als Vorbote der komplexen Veränderungen, die durch Programmatic Advertising Einzug in das Mediaagenturgeschäft gefunden haben, und Programmatic Advertising selbst untersucht werden. Ein abgerundetes Bild der vertraglichen Marktsituation ergibt sich schließlich durch die kurze Analyse der Service-Vereinbarungen, die Mediaagenturen mit den Vermarktern schließen.

A. Mediaagenturen mit außertariflichen Rabatten

Außertarifliche Rabatte bilden bereits seit langer Zeit einen Zankapfel im Mediaagenturgeschäft. Sie sind keine neue Erscheinung, sondern waren bereits zu Zeiten der Full-Service-Agenturen Teil des Geschäftsmodells der Agenturen und deren Zuordnung bereits damals unter den Marktteilnehmern umstritten.⁹³ Es ist also nicht verwunderlich, dass die Frage nach Rabattoffenlegungs- und -weiterleitungspflichten

⁹³ BGH Beschluss vom 09.04.1970 – KBR 2/69 = NJW 1970, 1317 (context); BGH, Urteil vom 11.11.1993 – I ZR 225/91 = NJW 1994, 728 (Werbeagent); Heider, Das Recht der Werbeagentur; Fabricius, WRP 1969, 305; Fikentscher, Die Preislistenreue im Recht der Werbeagenturen; Fikentscher, WRP 1970, 1.

nicht nur die rechtswissenschaftliche und sonstige Literatur, sondern auch die Gerichte beschäftigte. Von Anfang an war hierbei klar, dass die notwendige und entscheidende Weichenstellung in dieser Frage die korrekte Einordnung der Mediaagenturverträge im Hinblick auf ihre Vertragsnatur ist. Denn erst durch die Bestimmung der Vertragsnatur lassen sich die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien identifizieren und sich so unzulässiges von zulässigem Verhalten trennen.

1. Vertragsnatur

Mediaagenturverträge sind Verträge, bei denen die Vertragsparteien von den zivilrechtlichen Grundsätzen der Privatautonomie und Vertragsfreiheit weitreichend Gebrauch machen. Sie werden individualvertraglich ausgehandelt und legen detailliert zumeist über viele Seiten und in englischer Sprache die Rechte und Pflichten von Mediaagenturen und werbungstreibendem Unternehmen fest. Den einen Mediaagenturvertrag als solchen gibt es daher nicht. Ebenso wenig existieren veröffentlichte, standardisierte AGB, wie man sie von den Werbeschaltverträgen kennt.⁹⁴ Trotz der hieraus resultierenden mannigfaltigen Möglichkeiten unterschiedlicher Vertragsgestaltungen lassen die Mediaagenturverträge *essentialia negotii* erkennen, die vorhanden sein müssen, soll ein Vertrag als moderner Mediaagenturvertrag qualifiziert werden können. Diese sind die Verpflichtung der Mediaagentur zu Mediaberatung, -planung, -analyse sowie zum -einkauf und der -abwicklung gegen Entgeltleistung von Seiten der Werbungtreibenden.⁹⁵

Diese hier noch recht abstrakt zusammengefassten Hauptleistungspflichten werden in den einzelnen Vertragsklauseln der Mediaagenturverträge näher beschrieben. So schuldet die Mediaagentur im Rahmen der Mediaanalyse zumeist die Untersuchung des Nutzungsverhaltens der Bevölkerung, von Trends und Werbewirkungen, wofür sie zum Teil auch eigene Forschungsinstrumente entwickeln muss. Im Zusammenspiel mit über Jahre hinweg aufgebauten Datensätzen und Know-how

⁹⁴ Die OWM hat zwar einen Mustervertrag konzipiert (der erst 2016 neu überarbeitet wurde), jedoch ist dieser weder allgemein zugänglich, noch kommt er in allen geschlossenen Verträgen eins zu eins zur Anwendung, vgl. auch *Hans*, Die Auswirkungen des Medienwandels, 53.

⁹⁵ Vgl. bzgl. der genauen Beschreibung der Rechte und Pflichten der Vertragspartner auch *Hans*, Handbuch Mediaagenturen, Kap. VII, Rn. 128 ff.; *Hans*, Die Auswirkungen des Medienwandels, 35 ff.

fließt diese Mediaanalyse in die Beratung des werbungstreibenden Kunden ein, die schließlich in der Erstellung einer Mediastrategie einschließlich des räumlichen, zeitlichen und intensitätsmäßigen Einsatzes des Werbeinventars mündet. Die für die Entwicklung der Mediastrategie erforderlichen Informationen auf Seiten der Werbungstreibenden müssen den Mediaagenturen zur Verfügung gestellt werden. Das bedeutet, dass sie sämtliche zur Vertragserfüllung erforderlichen Mitwirkungshandlungen unternehmen müssen. Hierdurch entsteht schließlich ein Mediaplan, der unter Beachtung des Werbebudgets die Werbebotschaft des Werbungstreibenden in einer Art und Weise, Häufigkeit und über die entsprechenden Kanäle so kommuniziert, dass diese sich im Gedächtnis der Konsumenten verankert.⁹⁶ Damit einhergehen das Erstellen von verbindlichen Kosten-/Terminplänen und die laufende Überprüfung der Pläne anhand der entwickelten Mediastrategie. Im Bereich des Mediaeinkaufs werden dann die im Mediaplan ausgewiesenen Werbemittel von den Vermarktern beschafft. Dabei obliegt es den Mediaagenturen in der Regel auch die von den Vermarktern gestellten Rechnungen und durchgeführten Schaltungen zu kontrollieren und ggf. Beanstandungen quantitativer und/oder qualitativer Art geltend zu machen. Daneben finden sich in den Mediaagenturverträgen typischerweise Durchführungsbestimmungen wie Haftungsmaßstäbe, Voraussetzungen und Folgen von Rücktritt und frühzeitiger Vertragskündigung, Voraussetzungen für die Zusammenarbeit mit Dritten sowie Folgen des Rücktritts von einem Buchungsauftrag, doppelte Schriftformklauseln, Geheimhaltungsvereinbarungen, Wettbewerbsverbote und Klauseln zur Offenlegung- und Weiterleitung von gewährten Rabatten.

Die in den Mediaagenturverträgen vereinbarten Rechte und Pflichten weisen dabei zwei Besonderheiten auf, welche die vertragsrechtliche Beziehung vor besondere Herausforderungen stellen: Mediaagenturen handeln – wie in den Mediaagenturverträgen ausdrücklich festgeschrieben – gegenüber den Vermarktern nicht im Namen und auf Rechnung der werbungstreibenden Kunden, für die sie das Werbeinventar beschaffen, sondern handeln im eigenen Namen und auf eigene Rechnung und stehen hier selbst für die unternehmerischen Chancen und Risiken ein. Zudem besteht ein wesentlicher Teil des Entgeltes der Me-

⁹⁶ Insbesondere der in Kapitel 3 beschriebene Wandel durch die Digitalisierung hat hier zu einem erhöhten Beratungs- und Planungsaufwand auf Seiten der Mediaagenturen geführt.

diaagenturen in den Rabatten und sonstigen Vorteilen, welche die Mediaagenturen von den Werbungdurchführenden – also nicht dem Vertragspartner, sondern der Marktgegenseite – erhalten. Direkte Leistungen ihrer werbungtreibenden Vertragspartner machen daher nur einen Teil der Mediaagenturvergütung aus.⁹⁷

Auch wenn die Mediaagenturverträge meist detaillierte Vertragswerke sind, so haben sie aufgrund der dem Werbegeschäft immanenten Struktur „lediglich“ einen Rahmenvertragscharakter, der durch eine Vielzahl von späteren Einzelabsprachen konkretisiert wird. Es ist schlicht nicht möglich zum Zeitpunkt des Abschlusses des Mediaagenturvertrages bereits alle notwendigen Absprachen vertraglich zu fixieren.⁹⁸

a) Überholte vertragsrechtliche Qualifizierungsversuche

Die Versuche die Mediaagenturverträge als Handelsvertreter-, Handelsmakler-, Speditions-, Kommissions- oder Kommissionsagentenvertrag zu qualifizieren, können als überholt bezeichnet werden. Dies waren vor allem in den 1960er Jahren Versuche den atypischen Strukturen bei der Vertragsnaturbestimmung Herr zu werden. Jedoch unterscheiden sich Aufgaben und Marktstellung der Mediaagenturen zu deutlich von derjenigen typischer Vertragspartner in den aufgezählten Verträgen, als dass eine Einordnung der Mediaagenturtypen unter einen dieser Vertragstypen noch ernsthaft in Betracht gezogen werden könnte.

Dies gilt auch in Bezug auf Versuche einer Einordnung eines Mediaagenturvertrages als treuhänderischer Mittlungsvertrag *sui generis*. Auch wenn der Begriff des „Treuhanders“ in der aktuellen Diskussion häufig zu lesen ist, so ist damit kein Treuhand im engeren juristischen Sinne gemeint.⁹⁹ Den Mediaagenturen werden gerade keine

⁹⁷ Der *OMG* spricht von einem Verhältnis von 60 % Kundenhonorare und 40 % Vergütungen von Seiten der Medien, wobei es durchaus einige Stimmen gibt, die hier eine andere Verteilung zulasten der Medien sehen; vgl. auch *Hans*, Die Auswirkungen des Medienwandels, 34 ff. Insoweit *Salomon* auf die Existenz von aufwandbezogenen Honorarmodellen hinweist, für welche diese Annahme nicht gelte, so ist darauf hinzuweisen, dass solche aufwandbezogenen Honorarmodelle nicht üblicherweise vereinbart werden und daher eher Ausnahmen bilden, vgl. *Salomon*, Handbuch Mediaagenturen, Kap. III, Rn. 94 f.

⁹⁸ BKartA, Beschluss vom 20.12.2012 – VK 3- 132/12, 2f. = ZfBR 2013, 304.

⁹⁹ Kennzeichnend für ein solche Treuhand im engeren juristischen Sinne ist die Übertragung eines Treuguts an den Treuhand, was entweder eigennütigen

Treugüter von Seiten der werbungtreibenden Unternehmen übertragen. Insbesondere die Übernahme des Werbeetats kann nicht hierunter subsumiert werden, da die Mediaagentur diesen nicht einnimmt, sondern ihn lediglich zur Berechnungsgrundlage der Werbeplatzierung macht. Eine treuhänderische Interessenwahrungspflicht in diesem Sinne muss abgelehnt werden, da es gerade kennzeichnend für das Mediaagenturgeschäft ist, dass die Agentur auf eigene Rechnung handelt. Der Begriff „Treuhänder“ in der aktuellen Debatte steht daher für eine allgemeine treuhänderische Interessenwahrungspflicht, die so ausgestaltet werden soll, dass eine Art Treuhänderstellung im weiteren Sinne entsteht, wie sie z. B. im Transparenzmodell der *OWM* beschrieben ist.¹⁰⁰

b) Werkvertrag

Ebenso wenig überzeugt der Ansatz von *Eberhardt Kolonko* Mediaagenturverträge als Werkverträge im Sinne der §§ 631 ff. BGB zu qualifizieren.¹⁰¹ Diese Annahme begründet *Kolonko* mit einer Analogie zum Architektenvertrag, der von der Rechtsprechung als Werkvertrag eingeordnet wird.¹⁰² Bei genauerer Betrachtung kann diese Rechtsprechung jedoch nicht auf Mediaagenturverträge übertragen werden. Im Gegensatz zum Architekten schafft sich die Mediaagentur die Aufgaben, die sie für den Werbungtreibenden übernimmt, nicht selbst, sondern tritt lediglich als Intermediär auf, an den das werbungtreibende Unternehmen Aufgaben auslagert, die es auch selbst wahrnehmen könnte. Das zeigen z. B. die – wenn auch nur in geringem Maße vorkommenden – Direktbuchungen. Des Weiteren steht beim Mediaagenturvertrag auch nicht die Planung in einer Art und Weise im Mittelpunkt des Vertrages, dass sie diesem sein Gepräge gibt, wie dies beim Architektenvertrag der Fall ist. Zwar sind die Mediaanalyse und -beratung in gewisser Weise Vorarbeiten der Mediaplanung, sie haben jedoch in der Gesamtbetrachtung der Mediaagenturaufgaben ein hohes Gewicht.

Zwecken des Treuhänders, sog. Sicherungstreuhand, oder fremdnützig solchen des Treugebers, sog. Verwaltungstreuhand dienen kann, vgl. *Schramm*, in: MüKo BGB, Vorb zu § 164, Rn. 28.

¹⁰⁰ *OWM*, Transparenzmodell; zu diesen gescheiterten Lösungsansätzen vgl. *Hans*, Handbuch Mediaagenturen, Kap. VII, Rn. 135 f.; *Hans*, Die Auswirkungen des Medienwandels, 44 ff.

¹⁰¹ *Kolonko*, AfP 2009, 18.

¹⁰² Stv. für viele: BGH Urteil vom 26.11.1959 – VII ZR 120/58 = BGHZ 31, 224; BGH Urteil vom 25.04.1966 – VII ZR 120/65 = BGHZ 45, 223; BGH Urteil vom 24.06.2004 – VII ZR 259/02 = BGHZ 159, 376.

Dies zeigt sich auch daran, dass sich die Mediaagenturen selbst in der sich verändernden Medienlandschaft als Berater der werbungstreibenden Unternehmen positionieren wollen. Zudem stehen auch der Mediaeinkauf und die Mediaabwicklung gleichwertig neben der Mediaplanung.¹⁰³

c) Atypischer Geschäftsbesorgungsvertrag

Mediaagenturverträge sind vielmehr Geschäftsbesorgungsverträge im Sinne der §§ 675 ff. BGB, die aufgrund der besonderen Vergütungsstrukturen und dem Handeln im eigenen Namen und auf eigene Rechnung als atypisch einzustufen sind.¹⁰⁴ Die Mediaagentur ist hier als Geschäftsführer grundsätzlich dazu verpflichtet, die fremden (Vermögens-)interessen des werbungstreibenden Kunden als ihrem Geschäftsherrn zu fördern und zu wahren. Aufgrund der subordinationsvertraglichen Konstruktion muss die Mediaagentur grundsätzlich ihre eigenen Interessen zurückstellen, sollten diese mit den Interessen des Werbungstreibenden als dem Geschäftsherrn kollidieren.¹⁰⁵ Problematisch war hierbei lange Zeit, dass der Geschäftsführer typischerweise im fremden Namen und auf fremde Rechnung des Geschäftsführers handelt. Daher nahm man bis in die 1960er/1970er Jahre an, dass, wer im eigenen Namen und auf eigene Rechnung handle und dazu noch quasi ein Entgelt von der Marktgegenseite erhalte, kein Geschäftsbesorger sein könne.¹⁰⁶ Studien zum KFZ-Vertragshändler zeigten je-

¹⁰³ Vergleiche hierzu auch *Hans*, Handbuch Mediaagenturen, Kap. VII, Rn. 139; *Hans*, Die Auswirkungen des Medienwandels, 66 ff.

¹⁰⁴ So übereinstimmend: BGH Urteil vom 16.06.2016 – III ZR 282/14; OLG München Urteil vom 23.07.2014 – 7 U 4376/13 (Vertrag sui generis, dem ein Geschäftsbesorgungselement innewohnt); OLG München Urteil vom 23.12.2009 – 7 U 3044/09 = NJOZ 2010, 1621, 1623; BGH Urteil vom 11.11.1993 – I ZR 225/91 = NJW 1994, 728, 729; BGH Beschluss vom 09.04.1970 – KRB 2/69 (KG) = NJW 1970, 1317, 1318; OLG Stuttgart Urteil vom 10.11.1992 – 10 KfH 0154/92 = NJW-RR 1993, 689; OLG München Urteil vom 19.12.1984 – 7 U 4089/84 = AfP 1985, 132, 134; *Hans*, Die Auswirkungen des Medienwandels, 70 ff., *Hans*, Handbuch Mediaagenturen, Kap. VII, Rn. 141 ff., *Martinek*, JM 2015, 6, 9; *Martinek*, FS Wadle, 551, 576; *Martinek*, Mediaagenturen und Medienrabatte, 26 f.; *Schmid*, Korruption durch Bonuszahlungen, 81; *Kleist*, der Werbeschaltvertrag im Rundfunk, 154; *Fikentscher*, Die Preislistentreue im Recht der Werbeagenturen, 14 f., *Fabricius*, BB 1970, 773, 776; *Kreifels/Breuer/Maidl*, Die Werbeagentur in Recht und Praxis, 28.

¹⁰⁵ So auch ausdrücklich BGH Urteil vom 16.06.2016 – III ZR 282/14, Ziff. II. 2.

¹⁰⁶ *Martinek*, FS Wadle, 551, 573 f.

doch, dass das Handeln für fremde Rechnung keine notwendige Voraussetzung des Geschäftsbesorgungsvertrags ist und ein Handeln für eigene Rechnung und die Wahrung fremder Vermögensinteressen sich nicht notwendigerweise ausschließen. Ebenso zeigten diese Studien, dass das Entgelt des Geschäftsbesorgers auch darin bestehen kann, dass der Geschäftsherr ihm die Möglichkeit offen lässt, eine Handelsspanne in den Geschäften mit der Marktgegenseite zu realisieren.¹⁰⁷

2. Rabatt-Offenlegungs- und Weiterleitungspflichten

Die Qualifizierung der Mediaagenturverträge als „atypische“ Geschäftsbesorgungsverträge wirft auf einer nächsten Stufe die Frage auf, welche geschäftsbesorgungsvertraglichen Normen anzuwenden sind und die Anwendung welcher geschäftsbesorgungsvertraglicher Normen aufgrund der atypischen Ausgestaltung der Geschäftsbesorgungsverträge ausgeschlossen ist. Diese Frage ist vor allem im Zusammenhang mit der Offenlegungs- und Weiterleitungspflicht der Mediaagenturen von medienseitig gewährten Rabatten interessant.

Nach §§ 666, 667 BGB ist der Geschäftsbesorger verpflichtet dem Geschäftsherrn die erforderlichen Nachrichten zu geben, auf Verlangen über den Stand des Geschäfts Auskunft zu erteilen und nach der Ausführung des Auftrags Rechenschaft abzulegen (§ 666 BGB) und dem Auftraggeber alles, was er zur Ausführung des Auftrags erhält und was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt hat, herauszugeben (§ 667 BGB).¹⁰⁸ Die Anwendung dieser geschäftsbesorgungsvertraglichen Normen auf die Mediaagenturverträge hätte dementsprechend zur

¹⁰⁷ *Martinek*, Mediaagenturen und Medienrabatte, 38 mit Verweis auf *Ulmer*, Der Vertragshändler, 206. So auch *Heermann*, in: MüKo BGB, § 675, Rn. 8; zustimmend: *Hans*, Die Auswirkungen des Medienwandels, 70 ff., *Schmid*, Korruption durch Bonuszahlungen, 81 ff. Insofern *Albert/von Mervelt* Kritik an dem Vergleich mit dem KFZ-Vertragshändler üben, so bezieht sich diese Kritik nicht auf die grundsätzliche Einordnung des Mediaagenturvertrages als atypischer Geschäftsbesorgungsvertrag, sondern auf die daraus gezogenen Konsequenzen in Bezug auf die Anwendbarkeit der §§ 666, 667 BGB auf den Mediaagenturvertrag, vgl. *Albert/von Mervelt*, Handbuch Mediaagenturen, Kap. V, Rn. 62 ff.

¹⁰⁸ Der BGH unterstreicht in seiner Entscheidung zum Haribo-Fall (BGH Urteil vom 16.06.2016 – III ZR 282/14), dass die beiden Normen § 666 BGB und § 667 BGB sich einander bedingen. Ein Auskunftsanspruch sei grundsätzlich dann nicht erforderlich, wenn feststehe, dass der Werbungtreibende aufgrund der erlangten Informationen keinesfalls etwas fordern könne.

Folge, dass die Mediaagenturen sämtliche medienseitig gewährten Rabatte offenlegen und weiterleiten müssten.

Allerdings kollidieren diese Normen ihrem Telos nach mit der Konzeption der Mediaagenturverträge als atypische Geschäftsbesorgungsverträge. Sinn und Zweck der §§ 666, 667 BGB ist der Schutz der Vertragspartner, die in einem subordinationsvertraglichen Verhältnis miteinander verbunden sind, dessen Mittelpunkt die fremdnützige Interessenwahrung ist. Die beiden Normen sollen eine möglichst weitgehende Vermögensneutralität zwischen den Vertragsparteien im Vollzug des Vertrages bei Interessenwahrung seitens des Geschäftsbesorgers sichern. Der Geschäftsbesorger oder Auftragnehmer, der sich in einem Unterordnungsverhältnis gegenüber seinem Geschäftsherrn befindet, soll durch die Geschäftsbesorgung keine vermögensrechtlichen Nachteile erlangen. Im Ausgleich sollen ihm aber auch keine vermögensrechtlichen Vorteile entstehen – abgesehen vom vertraglich zu zahlenden Entgelt. Vermögensneutralität bei der Interessenwahrung ist damit das Grundprinzip, welches §§ 666, 667 BGB zum Ausdruck bringen.¹⁰⁹ Indem der Mediaagenturvertrag ein Handeln der Mediaagentur auf eigene Rechnung vorsieht, ist eine solche Vermögensneutralität nicht mehr herzustellen. Indem die werbungtreibenden Unternehmen es der Mediaagentur erlauben, eine Handelsspanne in ihren Geschäftsbeziehungen zu den Vermarktern zu realisieren, ist der Mediaagenturvertrag gerade darauf angelegt, im Rahmen der Interessenwahrung nicht vermögensneutral zu sein. Die Einhaltung der von §§ 666, 667 BGB geforderten Vermögensneutralität ist damit schon der Sache nach unmöglich. Darf die Mediaagentur durch das Handeln auf eigene Rechnung unternehmerische Chancen realisieren, berührt diese Tätigkeit per se das Vermögen und kann damit nicht mehr vermögensneutral ausgestaltet sein. Die §§ 666, 667 BGB sind daher teleologisch zu reduzieren und kommen im Rahmen von Mediaagenturverträgen grundsätzlich nicht zur Anwendung.

Diese teleologische Reduktion stößt teilweise auf Kritik. Zweck der §§ 666, 667 BGB sei, sicherzustellen, dass der Geschäftsbesorger stets im Interesse des Geschäftsherrn handelt und nicht in Versuchung gerät seine Mittlerrolle für seine eigenen Interessen auszunutzen. Es sei an-

¹⁰⁹ *Martinek*, Mediaagenturen und Medienrabatte, 62 u. a. mit Verweis auf RG JW 1905, 118 ff. und RGZ 154, 314.

gesichts der zentralen Bedeutung der Herausgabepflicht nicht ersichtlich, warum diese nur hier entfallen solle, weil die Mediaagentur bei der Geschäftsbesorgung gegenüber der Marktgegenseite in atypischer Weise auf eigene Rechnung handelt. Insbesondere in einer solchen, atypischen Situation sei das Bedürfnis nach einem Korrektiv in Form eines Herausgabeanspruches besonders groß.¹¹⁰

Auch wenn das Anliegen der Kritiker, die interessenwahrende Rolle der Mediaagenturen zu festigen, erstrebenswert ist, so vermögen sie jedoch kein Argument dafür anzubringen, warum Normen, deren Zweck die Wahrung einer Vermögensneutralität ist, in einer Konstellation Anwendung finden sollen, die durch das Handeln auf eigene Rechnung schlichtweg nicht vermögensneutral ausgeübt werden kann. Auch der Hinweis der Kritiker, dass diese Rechtsansicht in einem von einer Mediaagentur in Auftrag gegebenen Gutachten entwickelt wurde,¹¹¹ mag auf den ersten Blick ein schlagkräftiges Argument sein, jedoch basiert dieses Gutachten auf einer umfassenden rechtlichen Analyse vieler Mediaagenturverträge, deren Inhalte es systematisch dogmatisch aufarbeitet. Erst jüngst bestätigte der BGH in seiner Entscheidung im Fall *Haribo* die Rechtsansicht dieses Gutachtens. Auch andere mit Mediaagenturverträgen befasste Gerichte stimmen dem zu. Selbst wenn die mit der Fragestellung befassten Gerichte im Ergebnis eine Offenlegungs- und Weiterleitungspflicht annehmen, so ist dies bislang entweder auf Grund einer ausdrücklichen Klausel zur Offenlegung und Weiterleitung¹¹² oder einer ausdrücklichen Vereinbarung bzgl. des Handelns der Agentur auf fremde Rechnung geschehen.¹¹³ Die Gerichte differenzieren hier sehr genau. So hat der BGH in seiner jüngsten Entscheidung aus dem Juni 2016 ausgeführt:

„Tritt die Mediaagentur – wie hier gemäß Ziff. II.1 des Rahmenvertrages – bei den Mediabuchungen im eigenen Namen, aber für fremde Rechnung des Auftraggebers auf, vereinnahmt sie zwar als Vertragspartnerin der Medien zunächst auch sämtliche Rabatte und sonstigen Vergünstigungen; wegen ihres Status als typische Geschäftsbesorgerin

¹¹⁰ *Albert/von Merveldt*, Handbuch Mediaagenturen, Kap. V, Rn. 40 ff; *Salomon*, Handbuch Mediaagenturen, Kap. III, Rn. 94 ff.

¹¹¹ *Ziesmann*, Leserbrief in W & V Nr. 35 vom 06.09.2016, 66 zum Interview von *Nötting/Kalka* mit *Klaus-Peter Schulz*, *Horizont* Nr. 34 vom 29.08.2016, 16 ff.

¹¹² OLG München Urteil vom 23.12.2009 – 7 U 3044/09 = NJOZ 2010, 1621, 1623; so auch *Kolonko*, in: *Hamburger Kommentar*, Abschnitt 56, Rn. 98.

¹¹³ BGH Urteil vom 16.06.2016 – III ZR 282/14.

unterliegt sie jedoch der Auskunfts- und Herausgabepflicht nach §§ 666, 667 Alt. 2 BGB (vgl. *Martinek*, Mediaagenturen und Medienrabatte, S. 59 f, 69 f, 94; ders. *JM* 2015, 6, 9 f, 13 f, insbesondere auch zu der abweichenden Rechtslage, wenn die Medienagentur auf eigene Rechnung handelt und ihr insoweit eine eigenunternehmerische Tätigkeit hinsichtlich der Vermarktung von Freispots gestattet wird.)¹¹⁴

Dass die beiden Normen § 666 BGB und § 667 BGB einander bedingen, stellt der BGH dabei ausdrücklich in Bezug auf Mediaagenturverträge fest. Ein Auskunftsanspruch sei grundsätzlich dann nicht erforderlich, wenn feststehe, dass der Werbungtreibende aufgrund der erlangten Informationen keinesfalls etwas fordern könne.¹¹⁵

Im Ergebnis ist dieser Streit heute jedoch nicht mehr so entscheidend, wie er es noch vor einigen Jahren war. Die §§ 666, 667 BGB sind Bestandteil des dispositiven Rechts und können daher von den kontrahierenden Parteien abgedungen bzw. eingesetzt werden. Dies hat das OLG München ausdrücklich in seiner *Danone*-Entscheidung bestätigt, in der es eine Offenlegungspflicht der Mediaagentur *Carat* gegenüber *Danone* nur aufgrund einer entsprechenden Klausel im Mediaagenturvertrag angenommen hat.¹¹⁶ Seit dem Verdacht gegen einen Geschäftsführer einer Mediaagentur und den anschließenden Ermittlungen, Verfahren und Veröffentlichungen sind sich die werbungtreibenden Unternehmen der Geschäftspraxis der Mediaagenturen bezüglich außertariflicher Rabatte bewusst. Heute enthalten die meisten Mediaagenturverträge daher entsprechende Rabatt-Offenlegungs- und Weiterleitungsklauseln.¹¹⁷

¹¹⁴ BGH Urteil vom 16.06.2016 – III ZR 282/14. Ziff. II.2.; zustimmend hier auch *Omlor*, LMK 2016, 380739.

¹¹⁵ BGH Urteil vom 16.06.2016 – III ZR 282/14. Ziff. II.3. b); die Passagen dieser Entscheidung, die sich mit der Auslegung eines Zwischenvergleiches der Parteien und Fragen zur Verjährung von Auskunftsansprüchen befassen, betreffen keine, zumindest keine allgemeinen mediaagenturspezifischen Rechtsprobleme; sie können deshalb im vorliegenden Gutachten außer Betracht bleiben.

¹¹⁶ OLG München Urteil vom 23.07.2014 – 7 U 4376/13.

¹¹⁷ Nicht zuletzt werden diese Offenlegungs- und Weiterleitungsklauseln für die Entwicklung des Tradings als Geschäftsmodell durch die Mediaagenturen verantwortlich gemacht.

Juristisch problematisch werden solche Klauseln auch dann, wenn die den Mediaagenturvertrag abschließende Agentur nicht selbst im Mediaeinkauf tätig wird und damit nicht selbst die außertariflichen Rabatte gewährt bekommt, sondern hierfür eine weitere Agentur zwischenschaltet. Diese Konstellation ist Streitgegenstand im Verfahren zwischen *Haribo* und der Mediaagentur *Mediaplus*.

Über die Einkaufsholding *MagnaGlobalMediaPlus (MGMP)* hatten die Mediaagenturen *Mediaplus* und *Interpublic* ihre Einkaufsvolumina beim Abschluss der Werbeschaltverträge gebündelt, um so höhere Rabatte zu erzielen. Mangels einer direkten Vertragsbeziehung zwischen der *MGMP* und *Haribo* – der Mediaagenturvertrag wurde zwischen *Mediaplus* und *Haribo* geschlossen – verneinte das OLG München eine Offenlegungs- und Weiterleitungspflicht.¹¹⁸ Diese Entscheidung hat der BGH mit Urteil vom 16.06.2016 aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.¹¹⁹

Der BGH bemängelte, dass das Berufungsgericht es versäumt habe, eine mögliche Strohmannstellung der *MGMP* zu untersuchen. Sinn und Zweck der §§ 666, 667 BGB sei es, dafür Sorge zu tragen, dass der Geschäftsbesorger seiner Interessenwahrungspflicht gegenüber dem Auftraggeber nachkommt und nicht den eigenen oder sogar den Interessen des Geschäftsgegners einen maßgeblichen Einfluss auf seine Entscheidungen einräumt. Daher seien Zuwendungen herauszugeben, die dem Auftraggeber von dritter Seite zugewandt worden sind und die eine Willensbeeinflussung zum Nachteil des Auftraggebers befürchten lassen. Dass sie nach dem Willen des Dritten gerade nicht für den Auftraggeber bestimmt waren, sei dabei unbeachtlich. Ausreichend sei ein unmittelbarer innerer Zusammenhang mit dem geführten Geschäft, der auf der Hand liege, wenn auf Grund der von dritter Seite gewährten Sonderzuwendungen die Gefahr bestehe, dass der Beauftragte sein Verhalten nicht alleine an den Interessen des Auftraggebers ausrichte.

Der Umstand, dass der Vorteil hier an einen Dritten (*MGMP*) geflossen sei, schließe eine Herausgabepflicht nicht aus, da den Provisionszahlungen an den Geschäftsführer Zahlungen, die von Dritten an einen Strohmann des Geschäftsführers geleistet werden, gleichstünden. Ebenso verhalte es sich mit Zuwendungen an einen sonstigen Dritten,

¹¹⁸ OLG München Urteil vom 23.07.2014 – 7 U 4376/13.

¹¹⁹ BGH Urteil vom 16.06.2016 – III ZR 282/14.

der die Gelder in Wahrheit nur für den Beauftragten entgegennimmt, sofern nur der Beauftragte der wirtschaftliche Inhaber des empfangenen Vermögenswerts bleibt. Die Darlegungs- und Beweislast für eine solche Strohanneigenschaft trägt zwar aufgrund der allgemeinen Beweisregelungen grundsätzlich der Werbungtreibende, laut BGH darf der Tatrichter auf eine Strohanneigenschaft der eingeschalteten Agentur aber dann schließen, wenn die Hauptagentur keine einleuchtende Erklärung für die Zahlung an eine ihr nahestehende Drittagentur zu geben vermag. Ganz konkret führt der BGH aus, dass eine Strohanneigenschaft naheliege, wenn die Drittagentur weder personell noch sonst in der Lage sei, Beratungsleistungen in einem nennenswerten Umfang anzubieten und daher lediglich als Konstrukt der Hauptagentur angesehen werden müsse, mit der diese die von den Vermarktern gewährten wirtschaftlichen Vorteile in Form von Agenturrabatten und Naturalrabatten letztlich auf Umwegen selbst vereinnahmt. Eine Strohanneigenschaft sei allerdings dann zu verneinen, wenn die auf Weisung des Beauftragten an den Dritten geleisteten Zahlungen auch bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise dem Vermögen der Hauptagentur nicht zuzurechnen sind.¹²⁰

3. Aus dieser rechtlichen Situation resultierende potentielle Gefahren

Die Tatsache, dass aufgrund der teleologischen Reduktion der Anwendbarkeit der §§ 666, 667 BGB die Mediaagenturen grundsätzlich die medienseitig gewährten Rabatte behalten dürfen, solange nichts Gegenteiliges ausdrücklich in den Mediaagenturverträgen mit den Werbungtreibenden vereinbart wurde, birgt insbesondere folgende Gefahren.¹²¹ Eine Mediaagentur ist grundsätzlich ein selbständiges Unternehmen mit eigenen wirtschaftlichen Interessen, die insbesondere auch beinhalten, einen möglichst hohen Ertrag für das eigene Unternehmen zu

¹²⁰ BGH Urteil vom 16.06.2016 – III ZR 282/14, Ziff. II.3. c) bb).

¹²¹ Mit Blick auf die Sicherung der Medienvielfalt, die einen proaktiven Charakter hat (im Gegensatz zu dem teilweise auch reaktiven Charakter des Kartellrechts), sollen in diesem Kapitel unter den Überschriften „potentielle Gefahren“ theoretisch mögliche Auswirkungen der beschriebenen Geschäftsmodelle der Mediaagenturen ausgeführt werden. Unterstützt durch aktuelle Marktbeobachtungen sollen hier zukunftsgerichtet mögliche Gefahren angesprochen und diskutiert werden.

erzielen. Mediaagenturen sind große Handelsunternehmen, die auf einer „eigenen Wirtschaftsstufe“¹²² stehen.¹²³ Hinzu kommt bei den großen internationalen Agenturen Druck durch die ihnen übergeordneten internationalen Holdinggesellschaften, bestimmte Gewinnvorgaben realisieren zu müssen.

Dies führt zu einem Interessenwiderspruch zwischen der Mediaagentur und ihren Vertragspartnern. Die Werbungtreibenden erwarten einen Mediaplan, der allein an ihrem Interesse an einer größtmöglichen Werbewirkung orientiert ist. Kann die Mediaagentur Rabatte nun (ganz oder teilweise) behalten, hat sie – zumindest theoretisch – ein Interesse daran, nicht die Werbepplätze zu buchen, die für den Mediaplan des Werbungtreibenden am geeignetsten sind, sondern die Werbepplätze zu buchen, mit denen sie die höchsten Rabatte und damit die höchsten Gewinne erzielen kann. Gegen Ende eines Jahres nimmt zudem der Druck durch Commitments für die Mediaagenturen zu, die diese mit vor allem größeren Vermarktern vereinbaren und die es dann am Ende des Jahres für die Mediaagentur durch Buchungen zu erfüllen gilt. Dies verstärkt den Interessenkonflikt der Mediaagenturen deutlich und birgt das Risiko für die Mediaagenturen vermehrt Werbeinventar in die Mediapläne zu schreiben, das in erster Linie den Commitments und nicht (oder erst in zweiter Linie) den Interessen des Kunden dient.¹²⁴ Im Interviewprozess wurden von mehreren Quellen Beispiele genannt, in denen bestimmte Medien – vor allem kleine Medien, die entweder keine hohe Rabatte gewährten oder nicht mit Commitments ausgestattet wurden – aus dem Mediaplan eines werbungtreibenden Kunden herausgefallen sind, obwohl der Werbungtreibende es ausdrücklich

122 Es ist zu beachten, dass der Terminus „auf einer eigenen Wirtschaftsstufe stehend“ häufig im Zusammenhang mit der Frage nach dem „Ob“ der Offen- und Weiterleitungspflichten angeführt wird. Dieser Terminus hat jedoch aus rein vertragsrechtlicher Sicht keinerlei juristische Bedeutung, sondern beschreibt lediglich die Stellung der Mediaagenturen im Marktgefüge zwischen Werbungtreibenden und Werbungdurchführenden.

123 Vgl. z. B. *Albert/von Merveldt*, Handbuch Mediaagenturen, Kap. V, Rn. 16 ff.; *Salomon*, Handbuch Mediaagenturen, Kap. III, Rn. 89 ff.; *Hans*, Handbuch für Mediaagenturen, Kap. VII, Rn. 190 ff., *Martinek*, Mediaagenturen und Medienrabatte, 52.

124 Zu diesem Interessekonflikt mit Blick auf medienpolitische Aspekte *Schneider*, Einleitung und Begrüßung zum BLM-Symposium 2015, abrufbar unter: https://www.blm.de/infothek/positionen_und_reden.cfm?object_ID=5254.

wünschte oder ein berechtigtes Interesse daran hatte, weiter bei diesem Medium Werbung zu schalten. Teilweise bedurfte es hier ausführlicher Überzeugungsarbeit von Seiten der Werbungtreibenden gegenüber ihren Mediaagenturen, diese Medien überhaupt wieder in den Mediaplan zu integrieren. In einigen Fällen war die Überzeugungsarbeit des Werbungtreibenden dennoch erfolglos.¹²⁵

Dieses Problem wird insbesondere auch relevant, da auf Seiten der Werbungtreibenden oftmals das nötige Know-how fehlt, die von den Mediaagenturen erstellten Mediapläne auf ihre Eignung zur Erfüllung der Werbeziele hin zu überprüfen, was selbst von Seiten der Werbungtreibenden bestätigt wurde. Diese Intransparenz der Pläne mit Blick auf die Erfüllung der Kundenziele kann zum Sinken der Hemmschwelle der Mediaagenturen eigennütze Mediapläne zu gestalten führen. Hier zeigen sich also deutlich die Konsequenzen eines klassischen Prinzipal-Agent-Konflikts, dem sich ein zwischengeschalteter Akteur, der zu beiden Marktseiten hin tätig wird und gleichzeitig eigene wirtschaftliche Interessen verfolgt, zwangsläufig aussetzt.

Diese Problemstellung berührt auch die Medien. Werden die Mediapläne der Werbungtreibenden schlechter, sind diese tendenziell weniger bereit in Zukunft Geld für ihre Werbung auszugeben. Es fließt dadurch weniger Geld an die Medien, mit denen diese ihr Programm finanzieren können, was wiederum zu einem Abfall der Programmqualität führt und damit einem Abfall der Werbepreise (Anzeigen-Auflagen-Spirale bzw. Werbespot-Reichweiten-Spirale). Hinzu kommt Druck von Seiten der Mediaagenturen auf die Vermarkter. Mediaagenturen die Rabatte (ganz oder teilweise) behalten, bietet sich für sie ein hoher Anreiz möglichst hohe Rabatte mit den Vermarkter zu verhandeln. Diese können sich wiederum negativ auf die Finanzierung der Medien Auswirkung und die bereits angeführte Spirale in Gang setzen. Fallen Medien, wie oben beschrieben, ganz aus gewissen Medienplänen heraus, kann dies je nach betroffenem Werbungtreibenden zum Existenzproblem für das jeweilige Medium werden.

In diesem Interessenkonflikt ist natürlich auch zu beachten, dass die Mediaagenturen sich in einem Wettbewerb untereinander – wenn auch

¹²⁵ Dass das Problem schiefer Mediapläne kein Einzelfall und durchaus real ist, spricht auch *Koch* in W & V online vom 25.08.2016 an, abrufbar unter http://www.wuv.de/blogs/mrmedia/das_historische_eigentor_des_klaus_peter_schulz.

die großen im Rahmen eines Oligopols – und im Digitalen zunehmend auch in einem Wettbewerb mit großen Unternehmen wie *Google, SAP, IBM, Oracle, Verizon* und ähnlichen bzw. mit Unternehmen, die diesen Unternehmen unter Berücksichtigung der und in Anlehnung an die medienrechtlichen Kriterien des § 28 RStV zuzurechnen sind, befinden. Sie betonen daher immer wieder, dass sie in den Mediaplänen ausschließlich die Interessen der Kunden im Blick haben und sich ein gegenteiliges Vorgehen mit Blick auf zukünftige Pitches nicht leisten könnten.

Es muss hier zudem noch festgehalten werden, dass die meisten Mediaagenturverträge mittlerweile Klauseln zur Offenlegung und Weiterleitung medienseitig gewährter Rabatte beinhalten, wobei die agenturbezogenen Rabatte selten zu 100 Prozent weitergeleitet werden müssen, sondern die Mediaagenturen in der Regel einen Teilbetrag behalten dürfen. Dies löst die oben beschriebenen Probleme jedoch nicht. Vielmehr verlagert sich der Druck, der auf die Gewährung von Rabatten ausgeübt wird, lediglich. Denn nun haben vor allem die Werbungtreibenden ein Interesse an hohen Rabatten, um so die daraus resultierenden monetären Vorteile genießen zu können und verlangen dementsprechend von ihrer Mediaagentur in den Geschäftsbeziehungen mit den Vermarktern hohe Rabatte auszuhandeln.

B. Tradingvereinbarungen

Zudem kommt es zu einer Verlagerung der oben beschriebenen Problematik in den Bereich des Tradings. Die vertragliche Vereinbarung von Rabattweiterleitungs- und Offenlegungspflichten führten dazu, dass in diesem Geschäftsfeld die Margen der Agenturen sanken. Um weiterhin möglichst hohe Margen zu erhalten und so auch die Vorgaben der internationalen Holdings, denen sie angehören, erfüllen zu können, musste ein neues Geschäftsmodell her: das Trading.

1. Vertragsnatur

Bei Tradingvereinbarungen, denen unter der Überschrift „Media-Einkauf“ oft im Mediaagenturvertrag ein eigener Abschnitt gewidmet ist, handelt es sich um kaufvertragliche Vereinbarungen im Sinne der §§ 433 ff. BGB, die im Lichte der ansonsten geschäftsbesorgungsvertraglichen Regelungen des Mediaagenturrahmenvertrags auszulegen

sind. Es steht die kaufvertragliche Pflicht der Agentur die „erforderlichen Werbepplätze“ oder „erforderlichen Werbezeiten“ dem werbungstreibenden Kunden zu verkaufen dessen Pflicht zur Entgeltzahlung gegenüber. Bei der Hauptleistungspflicht der Mediaagenturen handelt es sich genauer gesagt um die kaufvertragliche Pflicht dem Werbungstreibenden die Inhaberschaft an der Forderung zu verschaffen, welche die Agentur aus dem Werbeschaltvertrag mit dem Vermarkter besitzt nach §§ 453, 433 BGB (Rechtekaufvertrag). Diese Forderung beinhaltet den Anspruch auf Veröffentlichung des Werbemittels, also dass das Werbemittel in einer bestimmten Art und Weise sowie zu einer bestimmten Zeit dem Adressatenkreis zugänglich gemacht wird.¹²⁶ Auf diesen Forderungskauf in Sinne eines Rechtekaufs finden die Vorschriften über den Kauf von Sachen (§§ 433 ff. BGB) nach § 453 Abs. 1 BGB entsprechende Anwendung. Diese kaufvertraglichen Hauptleistungspflichten werden von medienspezifischen Nebenleistungspflichten ergänzt, die den Kaufverträgen ein atypisches Gepräge geben. Es handelt sich hierbei z. B. um die Pflicht der Mediaagenturen, die Abwicklung der Ansprüche des werbungstreibenden Unternehmens gegen den Vermarkter zu übernehmen, die dem Werbungstreibenden aus der Inhaberschaft der Forderung gegen den Vermarkter zustehen.¹²⁷

Tradingvereinbarungen können nicht als geschäftsbesorgungsvertragliche Verträge qualifiziert werden, da ihnen das typische geschäftsbesorgungsvertragliche Subordinationsverhältnis fehlt, das für diesen *conditio sine qua non* ist.¹²⁸ Im Rahmen des Tradings stehen sich Mediaagenturen und werbungstreibende Unternehmen in einem rein synallagmatischen Gegenseitigkeitsverhältnis gegenüber. Denn die Mediaagentur handelt hier beim Abschluss der Werbeschaltverträge nicht mit dem Ziel, einen bestimmten Mediaplan mit dem entsprechenden Werbeinventar zu füllen. Der Mediaplan, in den das Werbeinventar später einfließt, muss zum Zeitpunkt des Mediaeinkaufs beim Trading noch nicht einmal bestehen. In diesen Fällen ist es der Mediaagentur geradezu unmöglich im Rahmen des Mediaeinkaufs die Interessen ihres werbungstreibenden Kunden zu wahren. Sie beschafft sich unabhängig von einem bestimmten Werbungstreibenden Werbeinventar auf Vorrat, das sie zunächst in ihr Agenturvermögen einverleibt und erst später bestimmten Mediaplänen zuführt. Ziel der Mediaagenturen ist

¹²⁶ Hans, Die Auswirkungen des Medienwandels, 82 f.

¹²⁷ Hans, Die Auswirkungen des Medienwandels, 82.

¹²⁸ Martinek, Staudinger, Vorbem zu §§ 662 ff., Rn. 28 ff.

es sich beim Werbemittleinkauf hier lediglich besonders günstig Inventar zu beschaffen und dies dann unter einem möglichst hohen Preisaufschlag an die Werbungtreibenden weiterzuverkaufen, um so die eigene Gewinnmarge zu erhöhen.¹²⁹ Diese vertragliche Qualifizierung wird durch die Formulierung in den Tradingvereinbarungen unterstrichen, die ausdrücklich von „kaufen“, „Kaufvertrag“ sowie „§ 433 BGB“ sprechen.¹³⁰

2. Rabatt-Offenlegungs- und Weiterleitungspflichten

Durch diese Kaufvertragskonstruktion können die oben vereinbarten Offenlegungs- und Weiterleitungspflichten umgangen werden. Da es sich beim Tradinginventar um unabhängig von einem bestimmten Mediaplan und damit Mediaagenturvertrag beschafftes Inventar handelt, können die in den Mediaagenturverträgen vereinbarten Offenlegungs- und Weiterleitungsklauseln keine Anwendung finden. Diese Offenlegungs- und Weiterleitungspflichten beziehen sich klassischerweise auf die innerhalb dieses speziellen Mediaagenturvertrags auf geschäftsbesorgungsvertraglicher Basis erwirtschafteten Rabatte, die dadurch, bei ihrer Erwirtschaftung eine innere Verbindung zu diesem Mediaagenturvertrag aufweisen. Diese innere Verbindung zu einem bestimmten Mediaagenturvertrag fehlt den mittels Trading erwirtschafteten Gewinnen, da das Werbeinventar hier aufgrund der vertragsrechtlichen und tatsächlichen Situation unabhängig von einem speziellen Mediaplan und damit einem speziellen Mediaagenturvertrag erworben wird. Zudem handelt es sich bei den hier von den Mediaagenturen erzielten Gewinnen auch nicht um Rabatte im engeren Sinne. Die Mediaagenturen erwerben mittels Trading günstig Werbeinventar. Der „Rabatt“, den die Mediaagentur hier behalten kann, ist der Aufpreis, unter dem das Inventar an die Werbungtreibenden weiterverkauft wird. Der erzielte Gewinn ist damit nicht nur davon abhängig, wie günstig das Werbeinventar von den Vermarkter erworben werden kann, sondern auch davon, wie gut die Mediaagentur in ihren Verhandlungen mit den werbungtreibenden Kunden, den Preis für das entsprechende Inventar nach oben verhandelt. Der Gewinn ist damit kein klassischer Rabatt, der den Mediaagenturen von den Vermarktern gewährt wird und fällt

¹²⁹ Hans, Die Auswirkungen des Medienwandels, 81.

¹³⁰ Hans, Die Auswirkungen des Medienwandels, 80.

daher in der Regel nicht unter die vereinbarten „Rabatt“offenlegungs- und -weiterleitungsklauseln im klassischen Sinne.¹³¹

Ebenso wenig spielen die §§ 666, 667 BGB hier eine Rolle, da sie dem Geschäftsbesorgungsrecht angehören und gerade nicht auf Kaufverträge angewandt werden können. Diese kaufvertragsfremden geschäftsbesorgungsvertragsrechtlichen Normen spielen im Kaufrecht keine Rolle und vergleichbare Regelungen sind den §§ 433 ff. BGB fremd. Für eine analoge Anwendung fehlt es daher sowohl an einer Regelungslücke, wie auch einer vergleichbaren Interessenlage. Aufgrund der synallagmatischen Beziehung im Kaufrecht, der kein subordinatisches Element innewohnt, sind Regelungen, die wie die §§ 666, 667 BGB der fremdnützigen Interessenwahrung dienen, dem Kaufrecht wesensfremd.

Die im Rahmen des Tradings erwirtschafteten Gewinne kann die Mediaagentur somit grundsätzlich für sich behalten.

3. Aus dieser rechtlichen Situation resultierende potentielle Gefahren

Trading hat damit Auswirkungen auf die Gewinne der Medien. Da die Mediaagenturen ihre Gewinne hier erzielen, indem sie sich günstig Werbeinventar bei den Vermarktern beschaffen und es unter einem möglichst hohen Preisaufschlag an die Werbungtreibenden weiterverkaufen, besteht ein Anreiz für die Mediaagenturen Druck auf die Preise der Vermarkter auszuüben. Es wurde hier von fast allen Interviewpartnern bestätigt, dass negative Abweichungen vom vorgesehenen Listenpreis in Höhe von 70 Prozent bis 80 Prozent keine Seltenheit sind und negative Abweichungen vom vorgesehenen Listenpreis in Höhe von 90 Prozent gelegentlich vorkommen können. Daran zeigt sich auch, dass der deutsche Werbemarkt saturiert ist und Arbitragegeschäfte wie in Kapitel 3 beschrieben, zu denen auch das Trading zu zählen ist, daher die einzige Möglichkeit für die Mediaagenturen sind, Wachstum zu generieren. Nur wenige große Vermarkter können sich diesem Druck entziehen. Im Rahmen der Interviews wurde immer wie-

¹³¹ Diese Auslegung gilt für klassische Rabattoffenlegungs- und Weiterleitungsklauseln. Es bleibt den werbungtreibenden Unternehmen selbstverständlich nicht verwehrt mit den Mediaagenturen individualvertraglich Klauseln für eine solche Gewinnoffenlegung- und -weiterleitung abzuschließen.

der berichtet, dass diejenigen Vermarkter, die sich Trading verschließen „abgestraft“ werden. Öffentlich bekannt wurde hier der Fall des Radiovermarkters *RMS*. *RMS* hatte sich auch durch öffentliche Äußerungen des Geschäftsführers *Florian Ruckert* ablehnend zu Trading geäußert.¹³² Daraufhin konnte man beobachten, dass die Buchungen bei *RMS* deutlich abnahmen und diejenigen bei *AS&S* zunahmen. Schließlich änderte *RMS* seine Einstellung zum Trading und bietet nun den Mediaagenturen auch Trading an. Die Mediaagenturen weisen auf der anderen Seite darauf hin, dass *RMS* jahrelang sehr überdurchschnittlich gebucht wurde, sich aber durch die laut Mediaagenturen steifen *RMS*-internen Strukturen das Angebot über die Jahre nicht entscheidend modernisiert habe, um im Wettbewerb entsprechend mithalten zu können. Es sei daher eine normale marktwirtschaftliche Reaktion gewesen, dass sich Budgets auch zu dem anderen großen Radiovermarkter *AS&S* hin verschoben haben. Andere Beobachter sehen die Verlagerung zur *AS&S* als Folge der Einführung der sog. Deutschlandkombi und den damit einhergehenden deutlichen Preissenkungen durch die *AS&S*.¹³³

Gleichzeitig gibt es aber auch Medien bzw. Vermarkter, die Trading Positives abgewinnen können. Trading sei ein gutes Instrument eine Auslastung des eigenen Mediums zu erreichen und mit Hilfe dieser Auslastungsstrategie am Ende mehr Einnahmen zu generieren, als wenn man lediglich mit einer Preisstrategie versuche, das Werbeinventar möglichst teuer zu vertreiben. Nur wenige Medien hätten eine solch große Bedeutung, dass sie mit einer reinen Preisstrategie wirtschaftlich am besten operierten. Für alle anderen könne Trading zu Planungssicherheit und einem höheren Gesamtjahresumsatz führen. Allerdings müsse man als Vermarkter darauf achten Trading „richtig“ anzugehen, indem gewisse vertragliche Bedingungen für den Weiterverkauf des Tradinginventars implementiert und nicht zu große Teile des Inventars für Tradinggeschäfte zur Verfügung gestellt werden.

Dennoch kann nicht geleugnet werden, dass von Mediaagenturen Druck auf die Vermarkter ausgeübt wird, Teile ihres Inventars für Trading zur Verfügung zu stellen, wie von fast allen Interviewpartnern auf

¹³² Vgl. stv. für viele: *Paperlein*, Horizont Nr. 47 vom 24.11.2011, 8.

¹³³ Vgl. *Kors*, Wirtschaftliche Lage im Hörfunkmarkt Berlin-Brandenburg und ökonomische Nachhaltigkeit der deutschen Radioindustrie, 92 ff.

Seiten der Medien bestätigt wurde. Beispielhaft berichtet der Geschäftsführer des *ZDF-Werbefernsehen* *Hans-Joachim Strauch*, dass das *ZDF-Werbefernsehen* anfangs mit Buchungseinbrüchen zu kämpfen hatte, als man sich gegen die Rabattpraxis und dann auch die Trading-Praxis zur Wehr setzte. Nur einem langen Atem und der Tatsache, dass sich das *ZDF* als öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt in einer Sondersituation befinde, habe man es zu verdanken, dass man den Druck der Mediaagenturen standhalten konnte und nun auch in den Genuss der Vorzüge dieser Haltung kommt.¹³⁴

Auch in der Beziehung zu den werbungstreibenden Kunden bietet das Trading Probleme. Das Trading-Modell ist intransparent. Werbungstreibende können hier schwerer nachvollziehen, warum bestimmtes Inventar in ihren Mediaplänen eingeplant ist. Dadurch dass die Mediaagenturen beim Trading das Inventar so zusagen auf Vorrat ohne Zuordnung zu einem bestimmten Kunden kaufen und es so zunächst ihrem Agenturvermögen zuordnen, besteht die Gefahr, dass gerade gegen Ende des Jahres Inventar Einzug in die Mediaagenturverträge hält, weil die Agentur es „los werden“ muss, um es noch monetarisieren zu können und nicht, weil es das Interesse des Kunden gebietet.¹³⁵ Dies kann nun theoretisch dazu führen, dass der Mediaplan des Werbungstreibenden schlechter ist und damit weniger Werbewirkung mit dem Budget des Kunden erzielt wird. Die Werbungstreibenden werden dann tendenziell weniger bereit sein in Zukunft Geld für ihre Werbung auszugeben. Es fließt dadurch weniger Geld an die Medien, mit denen diese ihr Programm finanzieren können, was wiederum zu einem Abfall der Programmqualität führt und damit einem Abfall der Werbepreise (Anzeigen-Auflagen-Spirale bzw. Werbespot-Reichweiten-Spirale). Aufgrund dieser Problematik auch in Bezug auf die Werbungstreibenden

¹³⁴ *Strauch* weist darauf hin, dass die Attacken der Mediaagenturen auf die Rabattierungen/Konditionen des ZDF regelmäßig wiederkommen, ebenso wie Versuche die werbungstreibenden Kunden davon zu überzeugen, nicht beim ZDF zu buchen. Das *ZDF-Werbefernsehen* ist laut eigener Aussage der einzige Vermarkter in Deutschland, der sich weder an Trading, Service-Leistungen noch sonstigen hohen außertariflichen Rabatten beteiligt.

¹³⁵ Auch in diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass auch die Mediaagenturen untereinander und gerade auch im Trading verstärkt mit neuen Playern in einem Wettbewerb stehen und dass die Agenturen daher auch hier betonen, dass sie ihre geschäftlichen Aktivitäten ausschließlich an den Kundenzielen orientieren müssen, da sie ansonsten in zukünftigen Pitches nicht mehr als Vertragspartner in Betracht gezogen würden.

hat der *OWM* in diesem Jahr seinen Mustervertrag auch im Hinblick auf die Tradingvereinbarungen überarbeitet und empfiehlt seinen Mitgliedern hier insbesondere auf Transparenz Wert zu legen.¹³⁶ Es erscheint allerdings fraglich, ob diesem Transparenzgedanken ein Vorgehen in jeder Hinsicht entspricht, bei dem dieser Mustervertrag nicht für jedermann öffentlich zugänglich ist, sondern grundsätzlich nur Mitgliedern des Verbandes zur Verfügung gestellt wird, zumal insoweit eine Abweichung von vorangegangener Offenheit feststellbar ist.

Ob sich solche Klauseln des Mustervertrags ebenso wie die Offenlegungs- und Weiterleitungsklauseln in der Praxis durchsetzen werden, muss sich jedoch noch zeigen. Die Werbungtreibenden scheinen an dieser Stelle nicht immer an klaren Regelungen, wie sie der Mustervertrag der *OWM* vorschlägt, interessiert zu sein. Die Mediaagenturen und insbesondere *OMG* als Verband der Mediaagenturen in Deutschland, aber auch andere der befragten Quellen berichten, dass die Werbungtreibenden in den Verhandlungen oftmals nicht an solchen transparenten, sondern vielmehr an monetär günstigen Vereinbarungen interessiert seien: Böte man ihnen einen transparenten Vertrag an, der dann entsprechend teuer sei und einen intransparenten, der dann entsprechend günstige sei, würden sie sehr oft die intransparente günstige Variante bevorzugen.¹³⁷

Die Mediaagenturen betonen hier darüber hinaus immer wieder, dass Trading als Schlagwort zu negativ belastet sei. Es handele sich schließlich um eine „Win-Win-Win-Situation“: Die Mediaagenturen können hohe Margen realisieren, die Werbungtreibenden bekommen günstige

¹³⁶ Der Mustervertrag aus 2008 ist frei zugänglich, vgl. http://www.owm.de/index.php?id=91&tx_ttnews%5Btt_news%5D=92&cHash=f8978d9698df8c06aa435f6cde55b94b.

¹³⁷ Diese Anmerkung beschreibt *Michael Ziesmann*, Medienberater aus Zürich, als „blanken Hohn“ und verweist auf Berichte von Auditoren, die bei 73 Prozent mehrerer Hundert geprüfter Mediaagenturverträge nicht vollständig an Werbekunde weitergeleitete Rabatte identifiziert hätten und in 53 Prozent der geprüften Mediaagenturverträge feststellen hätten müssen, dass die Mediaagenturen Einblicke in Geldflüsse verwehrten bzw. in 35 Prozent der geprüften Mediaagenturverträge sogar das Audit-Recht an wesentlichen Punkten einschränkten, vgl. *W & V* Nr. 35 vom 06.09.2016, S. 66. Aussagen verschiedener Quellen, die im Rahmen dieses Gutachtens befragt wurden, legen jedoch nahe, dass es auf Seiten der Werbungtreibenden tatsächlich nicht immer ein Interesse bzw. eine Sensibilisierung und das nötige Wissen für die Bedeutung der Transparenz in den Mediaagenturverträgen gibt.

Konditionen und die Vermarkter können ihr Restinventar vertreiben, dass sie ansonsten nicht absetzen können. Dieses Argument greift jedoch nur zum Teil. Im Rahmen der Untersuchung wurde von vielen Gesprächspartnern berichtet, dass sich Trading gerade nicht für alle Vermarkter nur auf Restplätze beschränke, sondern hier auch anderes Inventar abgegeben wird, um im Wettbewerb bestehen zu können. Die Mediaagenturen weisen hier darauf hin, dass hier die Medien und Vermarkter, die sich in einem ganz normalen marktwirtschaftlichen Wettbewerb befinden, in der Verantwortung seien. Kleine Vermarkter mit einem austauschbaren Angebot seien den Werbungtreibenden nur schwer als Buchungsmedium zu vermitteln. Einzelne Stimmen sagen daher, die kleinen Medien gingen proaktiv auf die Mediaagenturen zu und würden versuchen unter dem Versprechen sehr hoher Rabatten über hohe Tradinganteile in den Mediaplänen der Werbungtreibenden Berücksichtigung zu finden. Die Initiative ginge also nicht von den Mediaagenturen, sondern von den Medien aus.

Die Untersuchung zeigt zwar, dass es nicht immer nur die kleinen, unbedeutenden Medien sind, die von Trading auch über eine Restplatzvermarktung hinaus betroffen sind. Indessen stellen sich ggf. gerade für kleinere lokale und regionale Veranstalter, namentlich auch kleine lokale TV- und Hörfunkveranstalter Fragen im Hinblick auf den Rechtsgedanken der Chancengleichheit im Mediaagenturgeschäft.¹³⁸ Problematisch ist für kleinen Anbieter im Vergleich zu den großen Anbietern, dass das die Menge ihnen zur Verfügung stehende Inventar insgesamt viel geringer ist, als bei großen Anbieter. Große Anbieter, mit vielen Spartenkanälen finden leicht Restinventar auf irgendeinem Spartenkanal, dass zum Trading genutzt werden kann. Lokale Anbieter haben diese Möglichkeit nicht und sehen sich daher schneller dazu gezwungen auch Nicht-Restinventar für das Trading zur Verfügung zu stellen und dadurch auch die Preise für dieses Nicht-Restinventar zu entwerfen. Ob eine Rechtspflicht der Mediaagenturen zur Gewährung von Chancengleichheit auch für solche Anbieter besteht, kann allerdings unge-

¹³⁸ Vgl. auch Pressemitteilung der Medienanstalt Mecklenburg-Vorpommern vom 23.09.2016, abrufbar unter: <http://www.medienanstalt-mv.de/aktuelles/pressemitteilungen/553-lokal-tv-kongress-fordert-grundsatzentscheidung-ueber-den-wert-lokaler-berichterstattung.html>.

achtet von Ansätzen nicht zuletzt auch in der medienrechtlichen Plattformregulierung bezweifelt werden.¹³⁹ Das bestehende medienrechtliche Normmaterial dürfte wohl unzureichend sein, um ein solches medienrechtliches Gebot bereits *de lege lata* ableiten zu können.

Andererseits erscheint es jedoch so, dass die mediale Diskussion dem Thema Trading überproportional Aufmerksamkeit im Vergleich zu seiner Bedeutung im Markt. Bisher werden 7,1 Prozent der Brutto-Werbeinvestitionen beziehungsweise 4,1 Prozent der Netto-Werbeumsätze im Nicht-Online-Bereich durch Trading erwirtschaftet.¹⁴⁰

Eine weitere Ausdehnung von Trading sowie datengetriebenen Einkaufs- und Planungsmodellen könnte sich auf die Nettowerbeerlöse der klassischen Medien jedoch in stärkerem Maße negativ auswirken. Neben den beschriebenen Praktiken der Einkaufsseite sind diese negative Auswirkungen insbesondere auch dann möglich, falls die Medien nicht in der Lage sind, alternative Werbeumfelder zu schaffen, die sich dem Trading entziehen, differenzierte Inhalte anzubieten, und Kompetenzen und Infrastrukturen für datengetriebene Werbung aufzubauen. Hierbei stellt sich die Frage, welchen Medien es möglich ist, diese Maßnahmen aus eigener Kraft zu ergreifen, welche Medien hier Hürden begegnen, und wie diese Hürden bewältigt werden können.

C. Programmatic Advertising Verträge

Das Trading ist in einer Gesamtbetrachtung des Marktes nicht nur als isoliertes Phänomen von Bedeutung, sondern ein strukturelles Problem, das auch in anderen Gestaltungsformen zum Ausdruck kommt. Wie bereits in Kapitel 3 beschrieben steht Trading für die Entkoppelung von Medienumfeld und werblicher Kommunikation. Trading ist damit Vorbote für Programmatic Advertising, dass diese Entwicklung nicht

¹³⁹ Zur medienrechtlichen Plattformregulierung vgl. *Christmann*, ZUM 2015, 14.

¹⁴⁰ Auch die Europäische Kommission stellte im Jahr 2014 fest, dass der Einkauf von Werbeinventar im Voraus selten sei. Bzgl. dieser Entscheidung ist jedoch zu beachten ist, dass die Kommission diese Aussage nicht spezifisch auf den deutschen Markt zugeschnitten, sondern sie im Allgemeinen für Europäischen Wirtschaftsraum getroffen hat. Daher ist diese Aussage für die Zwecke dieses Gutachtens nur bedingt aussagefähig; vgl. Europäische Kommission, Entscheidung vom 09.01.2014, COMP/M.3579, Rn. 169.

nur fortschreibt, sondern auch wie bereits in Kapitel 3 beschrieben unter Berücksichtigung der gesamten Marktsituation in Zukunft eine gewichtige Bedeutung haben wird.

1. Vertragsnatur

Beim Programmatic Advertising findet sich eine ganze Reihe von Verträgen zwischen verschiedenen Vertragspartnern, die hintereinandergeschaltet sind und in Echtzeit abgewickelt werden. Ihre vertragsrechtliche Qualifizierung wurde bislang noch nicht untersucht. Dies hängt wohl auch damit zusammen, dass es sich hierbei um ein kompliziertes Vertragsgeflecht handelt, das selbst für Branchenvertreter nur schwer zu überblicken ist. Eine genaue Beschreibung, welche Leistungen als *essentialia negotii* in den einzelnen Vertragsschritten geschuldet sind, auf denen dann eine Vertragsnaturbestimmung aufbauen könnte, konnten daher auch viele der im Rahmen dieses Gutachtens befragten Interviewpartner nicht geben.

Festgehalten werden kann Folgendes: An dem einen Ende des Vertragsgeflechts steht eine Zusammenarbeit in der Regel eines Publishers oder Vermarkters mit einem Betreiber einer Supply-Side-Plattform (SSP), einer Software für den automatisierten Vertrieb von Werbeinventar.¹⁴¹ Die SSP ist ein technischer Dienstleister, der hier vertraglich dazu verpflichtet ist, dem Vermarkter seine technische Plattform zur Verfügung zu stellen, die das Yield-Management des Vermarkters optimieren soll und die der Vermarkter üblicherweise selbst mit den entsprechenden Informationen speist. Dabei handelt es sich vermutlich um eine Art Lizenzvereinbarung. Lizenzvereinbarungen sind typengemischte Verträge, die in der Regel pacht-, kauf- und gesellschaftsrechtliche Elemente beinhalten.¹⁴² Jedoch fangen große Werbenetzwerke an, eigene SSPs aufzubauen. Befindet sich die SSP eingebettet in der Unternehmensstruktur des Vermarkters, der das Inventar seines Mediums programmatisch handeln will, so ist auf dieser ersten Stufe keine gesonderte vertragliche Beziehung erforderlich. Vielmehr nutzt der Vermarkter hier nur eine weitere Möglichkeit das Werbeinventar zu vertreiben. Auch ist es möglich, dass ein Vermarkter den

¹⁴¹ Die SSP bietet die technische Infrastruktur (Backend) zum automatisierten Verkauf von Werbefläche) und die Bereitstellung der Bedienungsoberfläche (Frontend), so dass die Messung, Analyse, Optimierung und Reporting der mit dem Verkauf der Werbemittel generierten Erlöse erfolgen kann.

¹⁴² *Weidenkaff*, in: Palandt, Einf v § 581, Rn. 7.

programmatischen Vertrieb des Werbinventars eines Dritten, nicht unternehmenseigenen Publishers übernimmt. Der Vermarkter hat dann das Recht das fremde Inventar zu vermarkten und darf einen Anteil an den mit dem Vertrieb erwirtschafteten Erlösen behalten. Es spricht wohl Einiges dafür, dass es sich hier um einen Pachtvertrag im Sinne von §§ 581 ff. BGB zustande handelt, der durch die Besonderheiten des Mediageschäfts ein atypisches Gepräge erhält. Der Vermarkter erwirbt das Recht die in Rede stehenden Werbeflächen zu nutzen und kann die hier generierten Werbeerlöse als Frucht der Werbefläche behalten,¹⁴³ wofür er dem Publisher im Gegenteil einen gewissen Anteil der hier gezogenen Früchte als Entgelt weiterleitet. Er erwirbt gerade nicht das Inventar als solches, das beim Publisher verbleibt, sondern lediglich das Recht, die Werbefläche für eine bestimmte Zeit zu nutzen. Die beschriebenen Leistungspflichten von Nutzung unter Fruchtziehung gegen Entgelt sind charakteristisch für einen solchen Pachtvertrag nach §§ 581 ff. BGB. Insbesondere ist hier auch anerkannt, dass Werbeinventar Gegenstand eines solchen Pachtvertrages sein kann.¹⁴⁴

In einem nächsten Schritt kommt es zu einer Vereinbarung zwischen dem Betreiber der SSP und dem Betreiber der Demand-Side-Plattform (DSP)¹⁴⁵, einer Software für den automatisierten Einkauf von Werbeinventar. Die DSP ermittelt mit Hilfe von Daten und Algorithmen welches Medieninventar am besten den vorgegebenen Kriterien des Werbungtreibenden entspricht und daher zur Erfüllung der Werbeziele eingekauft werden sollte. Dieses wird dann mit dem Angebot der SSP verglichen und bei einer Übereinstimmung ein Vertrag über das jeweilige Inventar geschlossen. Da es dem DSP-Betreiber am Ende auf den vermittelten Werbekontakt und in diesem Zusammenhang die Veröffentlichung eines bestimmten Werbemittels ankommt und dem SSP-Betreiber auf die Vergütung desselbigen, kommt es hier wohl zum Abschluss einer Art Schaltvertrag, der als atypischer Werkvertrag im Sinne der §§ 631 ff. BGB qualifiziert werden kann.¹⁴⁶ Der SSP-Betrei-

¹⁴³ Die Erlöse sind als Erträge Frucht im Sinne des § 99 BGB, *Ellenberger*, in: Palandt, § 99, Rn. 3.

¹⁴⁴ *Weidenkaff*, in: Palandt, § 581, Rn. 3.

¹⁴⁵ Auch hier bietet die DSP das Backend und Frontend zum automatisierten Einkauf von Werbung.

¹⁴⁶ Zur vertraglichen Einordnung des Werbeschaltvertrags vgl. m.w.N. *Hans*, Die Auswirkungen des Medienwandels, 97 ff.

ber hat in dieser Beziehung unterschiedliche Möglichkeiten zur Preisgestaltung. Er kann das Inventar zu einem bestimmten Festpreis anbieten oder aber auktionieren (Real-Time-Bidding) sowie zwischen unterschiedlichen Preismodellen wechseln. Die Art des Preismodells hat auf die vertragliche Qualifizierung jedoch keine Auswirkungen.¹⁴⁷ Wie der BGH im Zusammenhang mit seiner Rechtsprechung zur Vertragsabwicklung über *Ebay* festgestellt hat, beeinflusst das über eine hierfür eingerichtete Online-Plattform durchgeführte Versteigerungsverfahren die Vertragsnatur des abgeschlossenen Vertrages nicht, sondern lediglich die Modalitäten der Abgabe von Angebot und Annahme. Das Einstellen auf der Plattform wird entweder als antizipierte Annahmeerklärung des später durch Höchstgebot abgegebenen Angebots oder als bedingtes Angebot gesehen, das durch das Höchstgebot angenommen wird; unter der Bedingung, dass zum Zeitablauf kein höheres Angebot vorliegt. Die *essentialia negotii* des Vertrages ändern sich nicht durch die Anpassung der Preisgestaltungsmodalitäten jedoch nicht.¹⁴⁸

Der DSP-Betreiber steht wiederum in vertraglicher Beziehung zum werbungtreibenden Unternehmen selbst, für das die Werbevermittlung übernommen wird oder zur entsprechenden Mediaagentur. Hier handelt es sich um einen mediaagenturvertragsartigen Vertrag, wenn der Werbungtreibende bzw. die Agentur die DSP nicht selbst bedient, der vermutlich je nach spezifischer Ausgestaltung entweder atypischer Geschäftsbesorgungsvertrag¹⁴⁹ oder atypischer Rechtekaufvertrag¹⁵⁰ ist. Oder es handelt sich um einen Lizenzvertrag, wenn die Agentur die DSP selbst mit den nötigen Informationen versorgt. Während die DSP-Betreiber früher eine Gebühr pro Transaktion verlangten, hat sich das Geschäftsmodell inzwischen ausdifferenziert und eine größere Zahl an DSP-Betreibern kauft Bulk-Inventar, paketierte es neu und verkauft es dann höherpreisig weiter. Ein Werbemittelleinkauf über die DSP erlaubt

¹⁴⁷ *Hans*, Die Auswirkungen des Medienwandels, 116 f.

¹⁴⁸ Stv. für viele: BGH, Urteil vom 7.11.2001 – VIII ZR 13/01 = BGHZ 149, 129, 133; BGH, Urteil vom 03.11.2004 – VIII ZR 375/03 = BGH NJW 2005, 53, 54; *Thüsing*, in: Staudinger, § 312 d, Rn. 71; *Schlömer/Dittrich*, BB 2007, 2129; *Wiebe*, MMR 2000, 323.

¹⁴⁹ Vgl. Rechtsnaturbeschreibung unter Kapitel 4.1.1

¹⁵⁰ Vgl. Rechtsnaturbeschreibung im Rahmen des Trading unter Kapitel 4.1.2. Wie bereits in Kapitel 3 beschrieben, ist an dieser Stelle eine Koppelung von Trading und Programmatic Advertising nicht ausgeschlossen und durchaus üblich.

zudem das individuelle Targeting von Nutzern. Unter Targeting versteht man die zielgruppenspezifische Aussteuerung von Werbung. Im Zentrum des Targetings steht weniger ein spezifischer, im Vorhinein genau definierter Erfolg, als die mittels Daten durchgeführte Analyse der Mediennutzer als potentielle Kunden. Hierdurch bringt das Targeting ein stärkeres dienstbesorgungsvertragliches Element i.S.d. §§ 611 ff. BGB in den Vertragsmix.¹⁵¹

Jedoch ist die hier aufgezeigte Struktur nur die sehr einfache Beschreibung, wie ein Programmatikvertragsgeflecht aufgebaut sein kann. In den meisten Fällen treten noch mehr Marktteilnehmer in diese Vertragskette ein. Hierzu gehören z. B. Agency Trading Desks, die als Einkaufsplattformen von Agenturen innerhalb des Agenturnetworks für den automatisierten Einkauf von Medieninventar zuständig sind und auf DSPs oder ähnlicher Technologie beruhen und sich typischerweise mit DSPs und Ad Exchanges verbinden. *Ad Exchanges* sind dabei ein digitaler Marktplatz, auf dem Angebot und Nachfrage zusammentreffen. Der Zugang hierzu erfolgt jedoch nicht innerhalb einer linearen Wertschöpfungskette. DSPs und SSPs sind oft mit Ad Exchanges verbunden, aber es gibt auch direkten Zugriff durch Ein- und Verkäufer. Auch Data-Management-Plattformen können bei programmatisch angesteuerter Werbung eine wichtige Rolle spielen. Sie sind ein Daten-Depot zur Aufnahme, Speicherung, Analyse und Aufwertung von Daten für das Werbegeschäft und mit DSPs und/oder SSPs verbunden. Sie speichern Daten aus unterschiedlichsten Quellen, zentralisieren und harmonisieren sie.¹⁵² Weitere mögliche Marktteilnehmer sind Anbieter von *Data Brokerage*, *Tag Management*, *Ad Fraud*. Insgesamt können über 20 verschiedene Marktteilnehmer in die Wertschöpfungskette beim Programmatic Advertising eingebunden sein.

So kann es sowohl in horizontaler als auch in vertikaler Hinsicht zu vielen vertraglichen Zwischenstufen kommen, die das Geschäftsfeld hier sehr unübersichtlich machen. Es kommt zu einer Finanzmarktlogik, die selbst Branchenexperten nicht bis ins letzte Detail überblicken. Aufgrund der Unübersichtlichkeit der Strukturen kann hier keine eindeutige Vertragsnaturbestimmung vorgenommen werden. Es kann jedoch festgehalten werden, dass zumindest heute noch die Vereinba-

¹⁵¹ Hans, Die Auswirkungen des Medienwandels, 87 f.

¹⁵² Vgl. auch Kapitel 3.4.

rungen in der Regel zwischen den Stufen der Wertschöpfungskette abgeschlossen werden, die in einer unmittelbaren Beziehung zueinander stehen. Allerdings ist auch zu beobachten, dass gerade kleinere, unabhängige Mediaagenturen sich einen Vorteil verschaffen wollen, indem sie ihren werbungstreibenden Kunden auch im Programmatic Advertising eine gewisse Transparenz bieten. Diese können sie erreichen, indem sie über den Weg der Rechnungsstellung die Technologiekosten und Mediakosten trennen, d.h. dass sie statt von der DSP eine Mediarechnung direkt vom Vermarkter einfordern und die programmatischen Zwischenstufen im fremden Namen und auf fremde Rechnung für die Mediaagentur agieren lassen. Dadurch werden Vertragsstrukturen, die aus dem klassischen Mediaagenturgeschäft bekannt sind, auf das Programmatic Advertising zurück übertragen.

2. Offenlegungs- und Weiterleitungspflichten

Aufgrund der hier beschriebenen vertraglichen Strukturen und der im Rahmen von Rabatten und Trading beschriebenen Offenlegungs- und Weiterleitungspflichten kann es auch im Rahmen des Programmatic Advertising nur zu Offenlegungs- und Weiterleitungspflichten kommen, wenn dies die Vertragsparteien ausdrücklich vereinbart haben. Aufgrund der komplexen Strukturen und der vielen unterschiedlichen Marktteilnehmer, die hier am Weg der Werbung ins Medium beteiligt sind, wird eine genaue vertragliche Bestimmung der Offenlegungs- und Weiterleitungspflichten wohl schwierig werden und bedarf einer sehr genauen Kenntnis der Marktstrukturen.

Aufgrund der vielen zwischengeschalteten Stufen ist auch die vom BGH im Rahmen des *Haribo*-Urteils entwickelte Rechtsprechung zur Offenlegungs- und Weiterleitungspflicht bei eingeschalteten Stroh Männern von Bedeutung.¹⁵³ Allerdings wird es auch hier aufgrund der unübersichtlichen und intransparenten Strukturen des Programmatic Advertising wohl zunehmend schwierig sein, die Strohmännereigenschaft einer zwischengeschalteten Agentur festzustellen. Zudem ist gerade bei der programmatisch ausgesteuerten Werbung zu beobachten, dass die zwischengeschalteten Stufen eine wichtige Dienstleistung im Rahmen der Werbeschaltung erbringen. Dies spricht eher gegen die Annahme,

¹⁵³ Vgl. Kapitel 4.1.2.

die Zwischenschaltung erfolge nur, um Offenlegungs- und Weiterleitungspflichten zu umgehen. Allerdings wird dies immer eine Frage des konkreten Einzelfalles sein.

3. Daraus resultierende potentielle Gefahren

Auch hier zeigen sich dieselben potentiellen Gefahren im Geflecht zwischen den verschiedenen Marktteilnehmer der verschiedenen Marktseiten, wie im Rahmen der Rabatte und des Tradings, die sich aus der strukturellen Konzeption des Mediaagenturgeschäfts herleiten. Hinzu kommt, dass gerade beim Programmatic Advertising die Strukturen extrem unübersichtlich sind. Es war im Rahmen der geführten Interviews sehr auffällig, dass kaum ein Interviewpartner erklären konnte, wie die Mechanismen des Programmatic Advertising funktionieren und die meisten dies auch offen zugaben. Noch weniger als beim Trading können die Werbungtreibenden hier nachvollziehen, warum welcher Werbepplatz nun gerade von ihnen belegt wurde. Programmatic Advertising Anbieter werden daher auch als die „*black boxes*“ des digitalen Werbegeschäfts bezeichnet.¹⁵⁴ Es bedarf eines sehr großen Know-hows und des entsprechenden Finanzvolumens sich dieses Know-how aufzubauen auf Seiten der Werbungtreibenden, um hier selbst im Vorfeld der Buchung die notwendigen Maßnahmen treffen zu können, die zu einem Mediaplan im Interesse des werbungtreibenden Kunden führen.¹⁵⁵ Und auch auf Seiten der Medien bedarf es hier eines viel größeren Wissens und Finanzvolumen dieses Wissen aufzubauen, um nachvollziehen zu können, was mit ihrem Inventar passiert und sich so eine gewisse Hoheit über ihr eigenes Inventar zu erhalten. Dies bekommt im Rahmen des Programmatic Advertising insbesondere dadurch Bedeutung, dass die Ausspielung in Echtzeit eine nachträgliche Korrektur verhindert.

Der Markt folgt hier einer Finanzmarktlogik, welche die Überprüfung der Details für den Einzelnen kaum noch möglich macht. Es werden

¹⁵⁴ So z. B. https://www.ip.de/online/news/programmatic_buying.cfm.

¹⁵⁵ Dies zeigt sich auch am Falle von *Dentsu Aegis Japan*. Hier hat man festgestellt, dass seit November 2012 insgesamt 633 verdächtige Transaktionen bei 111 Kunden, auch dem großen Langzeitkunden Toyota gab, bei denen es zu Abrechnungsfehlern zum Vorteil von *Dentsu Aegis* kam, so wurden Gebühren erhoben für Platzierungen, die nicht stattfanden, falsche Performance-Reports erstellt u. ä., vgl. <http://www.dentsu.com/news/release/2016/0923-009051.html>.

hier zum Teil so viele Zwischenagenturen und Strohleute eingeschaltet, dass wie beim Finanztrading die einzelnen Vertragsströme nicht mehr zu überblicken sind. Die Gefahr „schiefer“ Mediapläne für die Werbungtreibenden mit den oben beschriebenen Folgen auch für die Medien existiert hier dadurch in einer noch stärkeren Form, als dies im Rahmen von Rabatten und Trading der Fall ist. Diese Mechanismen können von den Intermediären ausgenutzt werden, die durch diese Intransparenz in Zusammenhang mit ihrer Gate-Keeper-Stellung die besondere Möglichkeit haben, vor allem ihre eigenwirtschaftlichen Interessen durchzusetzen. Die in Kapitel 3 beschriebene Arbitrage-Logik wird im Digitalen noch verstärkt. Einzelne Werbungtreibenden sprechen hier sogar von einer „Goldgräberstimmung“, die im Rahmen der Digitalwerbung herrsche.¹⁵⁶

Die durch diese Mechanismen mögliche Fehleranfälligkeit zeigt sich besonders deutlich an einem Beispiel der *OWM*: Sie berichtet, dass es im programmatischen Buchen durchaus schon vorgekommen ist, dass Werbung von Kunden auf illegalen Seiten gelandet ist. Dass von Seiten der Mediaagenturen eine Transparenz hier auch nicht gewollt ist, zeigt sich am Beispiel des zu *Group M* gehörenden Trading Desks *Xaxis*, der er es für seine Vertragspartner zur Bedingung macht, auf Transparenz zu verzichten. Nur wer unterschreibt, auf eine Informationsweitergabe zu verzichten, kann Vertragspartner von *Xaxis* werden. Aufgrund mangelnden Know-hows, mangelnder Sensibilisierung für die Bedeutung der Transparenz oder schlicht Bequemlichkeit unterschreiben Werbungtreibende genau solche Verträge, solange die Zahlen stimmen. Erst bei einer genaueren Überprüfung dieser Geschäfte werden ihnen die hier bestehenden potentiellen Gefahren bewusst – wenn sie überhaupt die Möglichkeit der Überprüfung haben. So haben sich z. B. *Kellogs* und *MasterCard* von *Xaxis* getrennt und ihre eigenen Trading-Desks für den programmatischen Handel mit Werbeinventar aufgezogen. Sogar bei Agenturen, die damit werden, dass sie Transparenz und Wahlmöglichkeiten für ihre Kunden bieten, um Misstrauen auszuräumen, wie die *Service-Plan*-Tochter *Mediascale*, stellen keine vollständige Transparenz her. Denn auch hier erfahren die Werbungtreibenden

¹⁵⁶ Nötting/Kalka im Interview mit Tina Beuchler, W & V Nr. 25 vom 20.06.2016, 28.

Kunden die Einkaufskonditionen von *Mediascale* nicht.¹⁵⁷ Die immer komplexer werdenden Vertragsmodelle der Mediaagenturen sind Ausdruck einer Effizienzlogik auf Kosten der Werbeeffektivität, welche die Entscheidung, welches Medium gebucht wird, zu pervertieren drohen. Gleichzeitig sehen aber spezialisierte Agenturen Programmatic Advertising als Chance, da hier, wenn man sich das nötige technische Wissen – selbst oder durch die Einschaltung Dritter – erworben hat, eine auch eine große Transparenz in der Kampagnenaussteuerung möglich sei und Effizienzen erreicht würden, die im klassischen Geschäft nicht möglich seien.

Mit Blick auf mögliche zukünftige Veränderungen dieses Marktes ist zudem zu beachten, dass gerade im Programmatic Advertising neue Player in den Markt drängen. Die wettbewerbliche und Finanzkraft eines Unternehmens wie *Google*¹⁵⁸ ist enorm höher, als die einer *Group M* als aktuell marktstärkster Mediaagentur auf dem deutschen Markt. Nicht nur kann ein Unternehmen wie *Google* durch diese wirtschaftliche Marktstellung einen anderen Druck und Einfluss auf Werbungtreibende und Vermarkter nehmen, durch die weite Vernetzung seiner geschäftlichen Aktivitäten in andere Bereiche¹⁵⁹ bekommen die hier durch die besonderen Strukturen und intransparenten Geschäftsmodelle bestehenden Gefahren eine neue Dimension. Denn 62 Prozent des Budgets werden laut eigener Schätzungen von programmatischen Mittelsmännern absorbiert, wenn man die Perspektive der Vermarkter mit einbezieht. Dies ist Ausdruck eines fundamentalen Wandels, der durch Programmatic Advertising im Werbemarkt Einzug hält und auch für die Refinanzierung von Medien von Bedeutung ist, wenn der Wert von Daten, Algorithmen und Technologie höher ist, als der Wert des Inventars, das der Vermarkter bereitstellt. Durch Investitionen in Akquisitionen und eigene technische Entwicklungen werden durch diese neuen Player horizontal und vertikal integrierte Ökosysteme geschaffen, die in sich geschlossene Einheiten bilden.

¹⁵⁷ *Nötting*, W&V online vom 08.09.2016, abrufbar unter: http://www.wuv.de/agenturen/mehr_transparenz_mediascale_oeff-net_seine_einkaufs_box.

¹⁵⁸ *Google* wird hier *pars pro toto* für große finanzstarke Unternehmen angeführt, die ihre Tätigkeiten auf Mediaagenturgeschäftsfelder ausweiten.

¹⁵⁹ Vgl. zur Diversifizierung der Geschäftstätigkeiten von *Google* insbesondere auch mit Blick auf deren Bedeutung im Kartellrecht vgl. *Paal*, GRUR int. 2015, 997.

Diese hier aufgezeigten potentiellen Gefahren sollten insbesondere im Blick behalten werden, da die Bedeutung von Programmatic Advertising in den nächsten Jahren weiterhin ansteigen wird. Schon 2020 werde laut Prognosen von *IHS Markit* und *SpotX* 71 Prozent der gesamten Online-Display-Umsätze und 44,9 Prozent der Online-Video-Umsätze in Deutschland programmatisch generiert. Die in Kapitel 3 beschriebenen Marktverhältnisse lassen zudem die Prognose zu, dass auch im Offline-Bereich Programmatic zu einem wichtigen Faktor wird.

D. Service Vereinbarungen

Ein weiteres Geschäftsmodell, mit dem Mediaagenturen Geld durch ihre Verbindungen zu den Vermarktern erwirtschaften, sind Service-Vereinbarungen. Über Service-Vereinbarungen bieten die Mediaagenturen den Medien ein weites Spektrum an unterschiedlichen Leistungen an, dass sie sich dann vergüten lassen.

1. Vertragsnatur

Service-Vereinbarungen, welche die Mediaagenturen mit den Vermarktern der Medien schließen, berühren die Rechtsnatur des Mediaagenturvertrages nicht. Es handelt sich ausschließlich um Verträge zwischen dem Vermarkter bzw. dem Medium und der Mediaagentur, welche die Interessen der Werbungtreibenden – zumindest auf den ersten Blick – nicht berühren. Allen Verträgen ist lediglich gemein, dass die Mediaagentur sich verpflichtet an ihren Vertragspartner eine bestimmte, vorher genau beschriebene Leistung zu erbringen, die dann in Höhe eines vorher hierfür festgeschriebenen Betrages vergütet werden muss. Solche Leistungen können ganz unterschiedlichen Inhalts sein. Dies können Marktforschungsstudien oder Vermarkterranks sein, Skontovereinbarungen, Forecasts, Commitments, Garantien und ähnliches. Gleichzeitig ist es auch möglich, dass die Mediaagenturen den Vermarktern andere Incentives bieten.

Diese Service-Vereinbarungen sind daher zumeist Werkverträge im Sinne der §§ 631 ff. BGB. Die charakteristische Eigenschaft von Werkverträgen ist, dass der Werkunternehmer dem Auftraggeber einen konkreten Erfolg schuldet, im Vergleich zu Dienstverträgen im Sinne

von §§ 611 ff. BGB, wo lediglich das Tätigwerden als solches geschuldet wird.¹⁶⁰ Insbesondere bei der Erstattung von Gutachten, Rankings und Studien steht der geschuldete Erfolg derart im Mittelpunkt, dass es sich in der Regel um Werkverträge handelt.¹⁶¹ Auch bei den Forecasts, bei denen die Mediaagentur für den Vermarkter eine Vorschau über die Auslastung der Buchungen des Vermarktlers erstellt, betrifft der Vertrag einen fest umrissenen Leistungsgegenstand und nicht ein bloßes Tätigwerden als solches. Gleiches kann auch für Leistungen wie Commitments angenommen werden. Es ist jedoch nicht vollkommen ausgeschlossen, dass es auch zu Service-Vereinbarungen kommen kann, die einen dienstvertraglichen Charakter haben.

2. Offenlegungs- und Weiterleitungspflichten

Da es sich hier um Verträge handelt, an denen ausschließlich die Mediaagenturen und die Vermarkter bzw. Medien beteiligt sind, und diese zumindest formaljuristisch nicht mit den Mediaagenturverträgen verknüpft sind, bestehen hier keine gesetzlichen Verpflichtungen zur Offenlegung der Tätigkeiten und Weiterleitung des hieraus Erlangten an die werbungtreibenden Unternehmen. Eine Ausnahme besteht dann, wenn es sich in der Service-Leistung um Skonti- oder Lastschriftvereinbarungen handelt, die im Zusammenhang mit dem aufgrund des Mediaplans gebuchten Medieninventar bestehen. Ob in diesen Fällen Erträge der Mediaagenturen durchgereicht werden müssen, hängt vom genauen Wortlaut des einzelnen Mediaagenturvertrags ab.

3. Daraus resultierende potentielle Gefahren

Die größte Gefahr solcher Service-Leistungen liegt darin, dass sie am Ende für den Vermarkter bzw. das Medium keinen Nutzen dergestalt haben, dass er der Höhe nach dem vom Vermarkter bzw. vom Medium gezahlten Betrag entspricht. Hat eine Service-Leistung jedoch nur einen geringeren bis hin zu keinem Nutzen für den Vermarkter, der diese Leistung in Anspruch nimmt, so ist sie nichts weiter als ein versteckter Rabatt. Dann handelt es sich hierbei lediglich um eine Konstruktion, die von den Mediaagenturen geschaffen wurde, um den Wegfall der Rabatte, die sie nun an die Werbungtreibenden weiterleiten müssen,

¹⁶⁰ Vgl. stv. für viele *Sprau*, in: Palandt, Einf v § 631, Rn. 8.

¹⁶¹ BGH, Urteil vom 26.10.1987 – VII ZR 249/77 = BGHZ 72, 257; BGH, Urteil vom 11.10.2001 – VII ZR 475/00 = BGH NJW 02, 749.

zu kompensieren, da die Zahlungen für die Serviceleistungen nicht unter die Weiterleitungs- und Offenlegungsklauseln der Mediaagenturen fallen.

Früher gingen die Mediaagenturen und Vermarkter hier teils ungeschickt vor, indem für wenige Seiten Studie horrenden Summen abgerechnet wurden. Solche Praktiken sind laut der im Rahmen dieses Gutachtens geführten Interviews in dieser Form wohl weniger auf dem deutschen Markt anzutreffen. Die Erkenntnisse des ANA-Reports¹⁶² können daher in dieser Hinsicht nicht eins zu eins auf die deutsche Situation übertragen werden. Dies hat insbesondere damit zu tun, dass die Marktbeteiligten durch die Ermittlungen gegen *SevenOne Media* und *IP Deutschland* aus dem Jahr 2007 hier sehr stark sensibilisiert sind. Denn Service-Leistungen, für die eine weit über Wert liegende Vergütung verlangt wird, sind aus steuerrechtlicher Sicht problematisch, da der hier vorgenommene Vorsteuerabzug nur möglich ist, wenn die Service-Leistung „ihr Geld wert“ ist. Ansonsten macht sich der Vermarkter eines Steuerdeliktes schuldig. Diese Sensibilisierung hat wohl zwei Folgen. Zum einen ist die Zahl der Service-Leistungen, die offensichtlich zum Verschleiern von Rabatten benutzt wurden, in Deutschland zurückgegangen. Dies hängt auch damit zusammen, dass es den Medien nun leichter fällt, durch Betonung der juristischen Argumente offensichtlich wertlose Service-Leistungen der Mediaagenturen abzulehnen, obwohl es weiterhin Druck der Mediaagenturen gibt auch solchen bzw. intransparenten Service-Leistungen zuzustimmen. Gleichzeitig werden die wertlosen Serviceleistungen geschickter getarnt, so dass für den unternehmensinternen Compliance-Prüfer bzw. den Steuerprüfer die Wertlosigkeit nicht mehr unproblematisch festgestellt werden kann.

Es ist daher wohl auch heute noch so, dass es neben den sinnvollen, von den Vermarktern und Medien begrüßten Service-Leistungen der Mediaagenturen Service-Leistungen gibt, die als versteckte Rabatte qualifiziert werden müssen. Es besteht hier zudem die Tendenz auf Seiten der Mediaagenturen ihre Kreativität im Entwickeln neuer (vermeintlich) sinnvoller Service-Leistungen verstärkt einzusetzen. Dem

¹⁶² *K2 intelligence*, An independent Study of Media Transparency in the U.S. Advertising Industry, abrufbar unter: <https://www.ana.net/content/show/id/industry-initiative-media-transparency-report>.

Vermarkter obliegt es im Eigeninteresse genau zu prüfen, welche Service-Leistungen einen Mehrwert für den Vermarkter bieten und sich bzgl. der als Service-Leistungen getarnten versteckten Rabatte – mit juristischen Argumenten – dem Marktdruck der Mediaagenturen zu widersetzen. Solche versteckten Rabatte führen schließlich dazu, dass den Medien Geld zur Finanzierung der eigentlichen Medienleistung abgezweigt wird, was wie in den Beispielen zuvor beschrieben, die Anzeigen-Auflagen-Spirale für die Medien in einer negativen Weise in Gang setzen kann. Die Erosion der Werbeerlöse führt dabei zu geringeren Möglichkeiten, in Medieninhalte zu investieren. In einem Medienmarkt, der durch die Multiplikation von Inhalten, gerade durch den digitalen Bereich, geprägt ist, führt dies wiederum zu einer verminderten Fähigkeit, Nutzer anzuziehen. Dies wirkt sich schlussendlich wieder negativ auf die Erlöschancen durch Werbung aus. Je mehr ein Vermarkter in dieser Spirale unter Druck gerät, desto weniger ist er in der Lage, souverän über sein Inventar zu verfügen und muss sich wahrscheinlicher den Vorgaben der Nachfrageseite anpassen.

Auch wenn formaljuristisch keine Verbindung zwischen den meisten Service-Leistungen zwischen Mediaagentur und Vermarkter zu den Werbungtreibenden besteht, so können auch die Werbungtreibenden indirekt von solchen Service-Leistungen betroffen sein und sich auch hier die Folgen des Prinzipal-Agent-Konflikts bemerkbar machen. Es besteht dadurch auch hier die Gefahr „schiefer“ Mediapläne, die nicht zu 100 Prozent an den Interessen des werbungtreibenden Kunden ausgerichtet sind, sondern auch daran, bei welchen Vermarktern die Mediaagentur durch Service-Leistungen Gewinne erzielen konnte.

Um diese Intransparenz zu bekämpfen, empfiehlt die *OWM* ihren Mitgliedern auch in Bezug auf solche Service-Leistungen Offenlegungspflichten in den Mediaagenturverträgen zu implementieren. Diese sollen wohl nicht dazu führen, dass hier erwirtschaftete Erträge weitergeleitet werden, sondern lediglich dazu, dass die Werbungtreibenden informiert ihre Mediapläne überprüfen können. Es kann zum jetzigen Zeitpunkt jedoch noch nicht vorhergesehen werden, ob sich eine solche vertragliche Gestaltung durchsetzen kann.

E. Zwischenergebnis

Die Geschäftsmodelle der medienseitig gewährten Rabatte, des *Tradays*, des *Programmatic Advertising* und der Service-Leistungen sind

Ausdruck eines systemimmanenten Spannungsverhältnisses der am Werbegeschäft beteiligten Mediaagenturen, werbungstreibenden Unternehmen und werbungsdurchführenden Medien bzw. deren Vermarkter, das seinen Ursprung in den Marktstrukturen des Mediaagenturgeschäfts hat. Die Stellung der Mediaagenturen als Gate-Keeper mit einem großen Know-how im Werbegeschäft und die Tatsache, dass es sich bei Werbung nicht ein Wirtschaftsgut handelt, die ein- und verkauft werden kann wie etwa Schrauben, führt zu Misstrauen unter den Marktbeteiligten.

Dennoch sind die Geschäftsmodelle von einem zivilrechtlichen, vertragsrechtlichen Standpunkt her nicht schon per se zu beanstanden. Es gelten die Grundsätze der Privatautonomie und Vertragsfreiheit, welche von den Marktbeteiligten hier im Rahmen des Abschlusses sehr stark diversifizierter und im Einzelnen genau ausgehandelter Verträge genutzt werden.

In Bezug auf die einzelnen beschriebenen Geschäftsmodelle, bedeutet dies zusammengefasst:

1. Mediaagenturverträge sind atypische Geschäftsbesorgungsverträge i.S.d. §§ 675 ff. BGB, wobei die Rabatt-Offenlegungs- und Weiterleitungsregeln der §§ 666, 667 BGB aufgrund einer nötigen teleologischen Reduktion keine Anwendung finden. Die Mediaagenturen dürfen daher beim Handeln im eigenen Namen und auf eigene Rechnung medienseitig gewährte Rabatte grundsätzlich behalten, solange der Vertrag nichts Gegenteiliges bestimmt, was mittlerweile jedoch die meisten Mediaagenturverträge tun. Solche individualvertraglichen Offenlegungs- und Weiterleitungspflichten erstrecken sich auch auf von Zwischenagenturen, die als Strohmänner agieren, erwirtschafteten Rabatte.

Diese vertragliche Konstellation birgt das Risiko, dass Mediaagenturen vor allem ein Interesse daran haben mit den Vermarktern zusammenzuarbeiten, die hohe Rabatte bieten, statt mit denen, welche die beste Werbeleistung erbringen. Auch entsteht das Risiko, dass die Werbungstreibenden Druck auf ihre Agenturen zur möglichst hohen Rabatterwirtschaftung ausüben, was sich negativ auf die Refinanzierung der Medien auswirken kann.

2. Bei Trading-Vereinbarungen handelt es sich um Rechtekaufverträge nach §§ 453, 433 BGB, bei denen die Mediaagenturen den Werbungtreibenden die Inhaberschaft an der Forderung verschaffen, welche die Mediaagenturen aus dem zuvor abgeschlossenen Werbeschaltvertrag mit dem Vermarkter besitzen. Die hier erwirtschaftete Marge müssen die Mediaagenturen nicht offenlegen oder weiterleiten, solange nichts Abweichendes im Mediaagenturvertrag vereinbart wurde. Die besonders hohen Preisnachlässe - von im Schnitt wohl 80 Prozent auf den Listenpreis - machen das Trading für Mediaagenturen attraktiv und befördern das weitere Öffnen der Brutto-Netto-Schere.

3. Das Geschäftsmodell des Programmatic Advertisings ist geprägt durch viele verschiedene Marktbeteiligte, die bei der automatischen Aussteuerung von Werbung miteinander in Beziehung treten. Die Strukturen werden hierdurch sehr unübersichtlich und intransparent, so dass selbst Branchenexperten diese nicht immer vollständig überblicken. Eine solche Intransparenz macht die Überprüfung der Verträge im Detail sehr schwierig und bietet damit möglichem Missbrauch ein breites Einfallstor.

4. Service Vereinbarungen sind zumeist werkvertragliche Vereinbarungen zwischen Mediaagenturen und Vermarktern. Sie können von den Vermarktern begrüßt werden und von bedeutendem Nutzen für die Werbeschaltung sein. Andererseits wurden und werden sie auch benutzt um als verschleierte Rabatte die Gewinnmarge der Intermediäre zu erhöhen, was insbesondere zu steuerrechtlichen Probleme führen kann. Den Medien obliegt es daher im Eigeninteresse sich unter Berufung auf die juristischen Konsequenzen solcher unnützen Service-Leistungen zu erwehren.

V. Wettbewerbs- und medienrechtliche Analyse

Auf der Grundlage dieser vertragsrechtlichen Erkenntnisse als Ausgangspunkt können in einem zweiten Schritt die Geschäftsmodelle der Mediaagenturen nun aus wettbewerbsrechtlicher und medienrechtlicher Sicht analysiert werden. Wettbewerb findet im Bereich der Medien in zweifacher Hinsicht statt: Es existiert ein publizistischer Wettbewerb als Wettbewerb von Meinungen, Gedanken und Informationen, innerhalb dessen auf einem „Marktplatz der Meinungen“ die Medienunternehmen um Rezipienten konkurrieren.¹⁶³ Dieser publizistische Wettbewerb wird durch das Medienrecht, wie es etwa im RStV geregelt ist, geschützt. Ziel ist es durch die Aufrechterhaltung eines publizistischen Wettbewerbs eine Konzentration von Meinungsmacht und die sich daraus ergebenden Gefahren für den demokratischen Rechtsstaat zu verhindern. Das Medienrecht soll proaktiv den Medienpluralismus sichern, da gerade in diesem für die Demokratie sensiblen Bereich eine Vermachtung nur sehr schwer rückgängig gemacht werden kann. Es geht darum Gefahren zu verhindern, bevor sie überhaupt eingetreten sind und die hierfür notwendigen Maßnahmen zu treffen.¹⁶⁴

Dem gegenüber steht der ökonomische Wettbewerb, wie er vom Wettbewerbsrecht, insbesondere dem Kartellrecht, geschützt wird. Ziel und Zweck des Wettbewerbsrechts ist der Schutz des freien und wirksamen Marktgeschehens und damit eines funktionierenden Wettbewerbs.¹⁶⁵ Dies bedeutet aus gesellschaftspolitischer Perspektive, dass die Handlungsfreiheit des Einzelnen geschützt werden soll, indem eine starke Machtkonzentration auf einen oder wenige Akteure verhindert wird, so dass nicht aus einer führenden, mächtigen Marktstellung heraus den

¹⁶³ Hoffmann-Riem, Rundfunkrecht neben Wirtschaftsrecht, 22; Beckmann/Müller, in: Hoeren/Sieber/Holznapel, Handbuch Multimedia-Recht, Teil 10 A, Rn. 4.

¹⁶⁴ Vgl. BVerfG, Urteil vom 27.07.1971 – 2 BvF 1/68, 2 BvR 702/68 = BVerfGE 31, 314, 325; BVerfG, Urteil vom 16.06.1981 – 1 BvL 89/78 = BVerfGE 57, 295, 322 f.; BVerfG, Urteil vom 04.11.1986 – 1 BvF 1/84 = BVerfGE 73, 118, 160; BVerfG, Urteil vom 05.02.1991 – 1 BvF 1/85, 1/88 = BVerfGE 83, 238, 324; BVerfG, Beschluss vom 18.12.1996 – 1 BvR 748/93, 616, 1228/95 = BVerfGE 95, 163, 173; BVerfG, Urteil vom 17.02.1998 – 1 BvF 1/91 = BVerfGE 97, 228, 258; BVerfG, Beschluss vom 26.10.2005 – 1 BvR 396/98 = BVerfGE 114, 371, 389; BVerfG, Urteil vom 11.09.2007 – 1 BvR 2270/05, 809, 830/06 = BVerfGE 119, 181, 217; BVerfG, Urteil vom 12.03.2008 – 2 BvF 4/03 = BVerfGE 121, 30, 52.

¹⁶⁵ Bechthold/Bosch, GWB, Einführung, Rn. 50 ff.

anderen Marktteilnehmern bestimmte Verhaltensweisen aufgezwungen werden können.¹⁶⁶ Aus wirtschaftlicher Perspektive soll ein Wettbewerbsumfeld erhalten bleiben, dass die Weiterentwicklung von Innovation und Fortschritt beschleunigt und Veränderungen im Sinne von Nachfragepräferenzen fördert.¹⁶⁷ Im Gegensatz zum Medienrecht sind die Wirkungsmechanismen des Kartellrechts zu einem bedeutenden Teil auch reaktiv auf die nachträgliche Beseitigung einer marktbeherrschenden Stellung zugeschnitten. Zudem ist das Kartellrecht selbstverständlich nicht auf Medien-Sachverhalte beschränkt, sondern ist ein Instrument des Wirtschaftslebens im Allgemeinen.

A. Wettbewerbsrechtliche Analyse

Das Wettbewerbsrecht als Instrument der Sicherung des ökonomischen Wettbewerbs im EU-Binnenmarkt (europäisches Wettbewerbsrecht) bzw. in Deutschland (nationales Wettbewerbsrecht) enthält im Grundsatz keine Regelungen, die unmittelbar und gezielt den publizistischen Wettbewerb regulieren und auf diese Weise zielgerichtet Medienkonzentration verhindern sollen.¹⁶⁸ Jedoch kann ein funktionierender wirtschaftlicher Wettbewerb ein wichtiger Faktor für die Gewährung von Medienvielfalt sein. Insbesondere für die Medienbranche auch mit Blick auf die Mediaagenturen, die durch ein hohes Maß an Innovation und schnelle Entwicklungszyklen gekennzeichnet ist und in der sich folgenreiche Konzentrationsprozesse ereignen, ist die Sicherung des ökonomischen Wettbewerbs als Grundlage für den Erhalt oder die Schaffung einer Vielfalt von Medienanbietern bzw. -angeboten von großer Wichtigkeit.¹⁶⁹ In dem oben beschriebenen Dualismus von Marktmacht- und Meinungsmachtkontrolle kann über das Kartellrecht das Ziel der Sicherung eines vielfältigen Medienangebots gleichsam als Nebeneffekt erreicht werden. Wird die Konzentration von Marktmacht in den Händen weniger verhindert, kann dies gleichsam bedeuten, dass auch auf dem Markt der Meinung mehr Auswahl besteht. Vorsicht ist jedoch geboten: Ein vielfältiges Spektrum von Anbietern, welches das

¹⁶⁶ *Rodenhausen*, Die Kontrolle von Medienkonglomeraten, 43, *Emmerich*, Kartellrecht, 3 f.

¹⁶⁷ *Trafkowski*, Medienkartellrecht, 6; *Rodenhausen*, Die Kontrolle von Medienkonglomeraten, 43.

¹⁶⁸ *Nehl*, Rechtsschutz im Bereich grenzüberschreitender Medienezusammenschlüsse, 3.

¹⁶⁹ *Dörr*, in: *Dörr/Kreile/Cole*, Handbuch Medienrecht, Kap I F, Rn. 3.

Kartellrecht zu sichern sucht, ist nicht immer gleichzusetzen mit einem vielfältigen Angebot.¹⁷⁰ Mit Blick auf die im Rahmen des vertragsrechtlichen Teils beschriebenen Gefahren, die vor allem auch aus einer marktbeherrschenden Stellung von Mediaagenturen resultieren kann, sollte insbesondere in Bezug auf die Kontrolle von Mediaagenturen das Kartellrecht als Regulierungsinstrument notwendigerweise in Betracht gezogen werden. Zudem sollte bedacht werden, dass unbeschadet der Bedeutung der Medienvielfalt auch die Sicherung des ökonomischen Wettbewerbs ein wichtiges regulatorisches Ziel ist.

1. Anwendbare Regelungen

Sowohl das deutsche als auch das europäische Kartellrecht¹⁷¹ gliedern sich in drei zentrale Instrumentarien zur Sicherung des ökonomischen Wettbewerbs auf, die sog. „drei Säulen“¹⁷² des Kartellrechts. Diese sind das Kartellverbot, das Missbrauchsverbot und die Fusionskontrolle. Das Kartellverbot nach Art. 101 AEUV bzw. § 1 GWB verbietet abgestimmte wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen, an denen mehrere Unternehmen beteiligt sind. Das Missbrauchsverbot nach Art. 102 AEUV bzw. § 19 ff. GWB sanktioniert Verhaltensweisen, die Unternehmen in einer marktbeherrschenden oder ähnlichen herausgehobenen Marktstellung tätigen. Mittels der Fusionskontrolle im Sinne der FKVO bzw. der §§ 36 ff. GWB wird die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit von Unternehmenszusammenschlüssen überprüft. Die Anwendbarkeit dieser kartellrechtlichen Normen auf bestimmte Adressaten knüpft dabei an den Unternehmensbegriff im Sinne jeder eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübenden Einheit oder Einrichtung unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung an.¹⁷³ Somit können auch die Mediaagenturen zweifelsohne einer kartellrechtlichen Überprüfung unterfallen.

¹⁷⁰ Cole, BLM-Symposium Medienrecht 2007, 105.

¹⁷¹ Das europäische Kartellrecht wurde durch die 7. GWB-Novelle fast identisch in deutsches Recht umgesetzt, so dass für die in diesem Gutachten zu behandelnden Fragen eine weitere Unterteilung des Gutachten Sonderkapitel deutsches Kartellrecht und europäisches Kartellrecht unterbleiben kann, vgl. *Wagner-von Papp*, JA 2006, 147.

¹⁷² Stv. für viele *Beckmann/Müller*, Hoeren/Sieber/Holznapel, Handbuch Multimedia-Recht, Teil 10 A, Rn. 20.

¹⁷³ Vgl. stv. für viele EuGH, Entscheidung vom 12.07.1984, C-170/83 – *Hydrotherm*, Rn. 11; EuGH, Entscheidung vom 16.03.2004, C-246/01, C-306/01,

Im Zentrum einer solchen Überprüfung steht insbesondere beim Missbrauchsverbot und der Fusionskontrolle die Frage, ob die Mediaagentur eine marktbeherrschende bzw. sonstige herausgehobene Stellung auf dem relevanten Markt hat oder durch einen Zusammenschluss erwirkt, von der ausgehend sie sich in einer Position befindet den Wettbewerb negativ zu beeinflussen.

2. Die Fusionsfälle Omnicom/Publicis und WPP/Grey

Mit der Frage, ob durch den Zusammenschluss zweier Mediaagenturen eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, musste sich auch die Europäische Kommission in den Fusionskontrollentscheidungen *WPP* und *Grey* aus dem Jahr 2005¹⁷⁴ sowie *Omnicom* und *Publicis* aus dem Jahr 2014¹⁷⁵ befassen.

a) Die relevanten Märkte für das Mediaagenturgeschäft

Um eine solche Marktsituation feststellen zu können, müssen zunächst die sachlich und räumlich relevanten Märkte definiert werden, auf denen eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt werden kann. Ausgangspunkt für die Festlegung der relevanten Märkte ist das Bedarfsmarktkonzept, bei dem die Zugehörigkeit von Produkten oder Dienstleistungen zu einem Markt anhand ihrer funktionellen Austauschbarkeit aus Sicht der Marktgegenseite bestimmt wird.¹⁷⁶ Ein einheitlicher sachlich relevanter Markt umfasst demnach sämtliche Erzeugnisse und/oder Dienstleistungen, die von den Verbrauchern hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als austauschbar (substituierbar) angesehen werden. Der räumlich relevante Markt ergibt sich aus dem Territorium, in dem die beteiligten Unternehmen die relevanten Produkte und/oder Dienstleistungen anbieten, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend

C354/01, C-355/01 – *AOK Bundesverband u. a.*, Rn. 46 f.; EuGH, Entscheidung vom 01.07.2008, C-49/07 – *MOTOE*, Rn. 21 f.

¹⁷⁴ Europäische Kommission, Entscheidung vom 24.01.2005, COMP/M.7023.

¹⁷⁵ Europäische Kommission, Entscheidung vom 09.01.2014, COMP/M.7023.

¹⁷⁶ Stv. für viele BGH, Beschluss vom 03.07.1976 – KVR 4/75 – *Vitamin B 12* = BGHZ 67, 104, 114; BGH, Beschluss vom 16.01.2007 – KVR 12/06 – *National Geographic II* = NJW 2007, 1823, 1824; KG, Beschluss vom 19.07.2000 – Kart 49/99 – *Stellenmarkt für Deutschland* = WuW 2001, 294; *Neveling*, Die sachliche Marktabgrenzung, 59; *Thomas*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 36 GWB, Rn. 75; *Bardong*, in: Langen/Bunte, Art. 2 FKVO, Rn. 48; *Riesenkampff/Steinbarth*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, Art. 2 FKVO, Rn. 14.

homogen sind und das sich von benachbarten Gebieten durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen unterscheidet. Das Bedarfsmarktkonzept wird vor allem auf europäischer Ebene ergänzt durch Konzepte der Kreuz-Preis-Elastizität, wie dem „*small but significant non transitory increase in price test*“ (SSNIP-Test)¹⁷⁷ sowie dem Konzept der Angebotsumstellungsflexibilität.¹⁷⁸

Bei Subsumtion der Tätigkeit der Mediaagenturen unter diese Konzepte kann festgestellt werden, dass Mediaagenturen auf unterschiedlichen sachlich relevanten Märkten tätig sind: Diese sind zum einen die *Media Buying Services* und zum anderen *Marketing and Communication Services*.¹⁷⁹ Unter der Definition Markt für *Marketing and Communication Services* werden mannigfache Mediaagenturtätigkeiten zusammengefasst, wie Werbung, Beratung, PR-Maßnahmen, Customer Relationship Management, Direct Marketing, Event Management, Markenimagepflege und -design sowie weitere spezialisierte Kommunikationsdienstleistungen. Dieser Markt wird nicht weiter unterteilt, da Anbieter von *Marketing and Communication Services* ihre Leistungen typischerweise als Gesamtportfolio anbieten.¹⁸⁰ Auf der anderen Seite existiert der Markt für *Media Buying Services*, den die Kommission in weitere Submärkte untergliedert: den Verkaufsmarkt oder Vertriebsmarkt (*Sales*

¹⁷⁷ Beim SSNIP-Test oder auch hypothetischer Monopoltest genannt wird geprüft, ob die Kunden als Reaktion auf eine angenommene kleine, bleibende Erhöhung der relativen Preise eines Produkts um 5% bis 10 % auf leicht verfügbare Substitute ausweichen würden. Weichen die Abnehmer in einem Maße auf andere Produkte aus, dass sich eine Preiserhöhung aufgrund des damit einhergehenden Absatzzrückgangs nicht mehr lohnt, werden die Produkte einem einheitlichen Markt zugeordnet. Sobald die Kunden nicht mehr mit einem Ausweichen auf die mit dem ursprünglichen Produkt verglichenen Produkte reagieren, wird von getrennten Märkten für die jeweiligen Vergleichsobjekte ausgegangen.

¹⁷⁸ Zu den verwendeten Ansätzen vgl. Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft (97/C 372/03).

¹⁷⁹ Europäische Kommission, Entscheidung vom 09.01.2014, COMP/M.7023, Rn. 14; Europäische Kommission, Entscheidung vom 24.01.2005, COMP/M.3579, Rn. 20 ff.

¹⁸⁰ Europäische Kommission, Entscheidung vom 24.01.2005, COMP/M.3579, Rn. 9

Market) und den Einkaufsmarkt oder Vermittlungsmarkt (*Procurement Market*).¹⁸¹

Auf dem Verkaufsmarkt stehen sich die Mediaagenturen als Anbieter von *Media Buying Services* und die werbungtreibenden Unternehmen als Abnehmer dieser Leistungen gegenüber.¹⁸² Eine weitere Unterteilung dieses Marktes, z. B. nach den einzelnen Leistungen wie die Erstellung des Mediaplans, die strategische Beratung durch die Agentur oder die Beschaffung des Werbeinventars als solcher, ist laut Kommission nicht vorzunehmen. Diese würden typischerweise als integrierte Dienstleistungen erbracht.¹⁸³ Ebenso wenig ist hier weiter nach den verschiedenen Mediengattungen zu unterscheiden, da im Rahmen der *Media Buying Services* gegenüber dem Werbungtreibenden die Mediaagentur ihre Leistungen typischerweise medienübergreifend erbringt.¹⁸⁴ Zuletzt lehnt die Kommission hier auch eine weitere Unterteilung anhand der Industrie, in welcher der Werbungtreibende tätig ist, ab.¹⁸⁵ Sie erkennt jedoch ausdrücklich an, dass auf dem deutschen Markt für *Media Buying Services* eine Sondersituation besteht, die sehr stark rabatt- und volumenorientiert ist und nur von wenigen Mediaagenturen dominiert wird.¹⁸⁶ Daher kann hier eine Unterscheidung in separate Märkte für den Verkauf / Vertrieb im großen Stil (*large scale media buying services*) und den Verkauf / Vertrieb im kleinen Stil

¹⁸¹ Europäische Kommission, Entscheidung vom 09.01.2014, COMP/M.7023, Rn. 16; Europäische Kommission, Entscheidung vom 24.01.2005, COMP/M.3579, Rn. 19.

¹⁸² Europäische Kommission, Entscheidung vom 09.01.2014, COMP/M.7023, Rn. 16.

¹⁸³ Europäische Kommission, Entscheidung vom 09.01.2014, COMP/M.7023, Rn. 17 ff.; Europäische Kommission, Entscheidung vom 24.01.2005, COMP/M.3579, Rn. 33.

¹⁸⁴ Europäische Kommission, Entscheidung vom 09.01.2014, COMP/M.7023, Rn. 20 ff.; Europäische Kommission, Entscheidung vom 24.01.2005, COMP/M.3579, Rn. 33.

¹⁸⁵ Europäische Kommission, Entscheidung vom 09.01.2014, COMP/M.7023, Rn. 24 ff.; .

¹⁸⁶ Europäische Kommission, Entscheidung vom 24.01.2005, COMP/M.3579, Rn. 28 ff. Diese Entscheidung stammt zwar aus dem Jahr 2005, an der grundsätzlichen Situation auf dem deutschen Markt hat sich jedoch in dieser Hinsicht nichts Wesentliches verändert.

(*small scale media buying services*) getroffen werden.¹⁸⁷ Ob es sich hier in räumlicher Hinsicht um nationale Märkte oder doch grenzüberschreitende Märkte handelt, wurde nicht abschließend geklärt, auch wenn insbesondere Sprachbarrieren und unterschiedliches Konsumverhalten auf nationale Märkte hindeuten.¹⁸⁸

Auf der anderen Seite stehen sich auf dem Einkaufs- oder Vermittlungsmarkt die Mediaagenturen und die werbungsdurchführenden Unternehmen, also die Medien bzw. deren Vermarkter gegenüber.¹⁸⁹ Ob dieser Markt weiter zu unterteilen ist, z. B. nach Mediengattungen oder nach Direktgeschäften und über Mediaagenturgeschäften, hat die Kommission bislang offengelassen. Sie begründet dies unter anderem damit, dass die Direktverkäufe in den meisten Staaten prozentual eine so geringe Anzahl der Buchungen ausmachten, dass die Frage nicht beantwortet werden müsse.¹⁹⁰ Auch in Deutschland liegen Direktverkäufe mit ca. 10 Prozent im niedrigen Prozentbereich. Zudem deutet einiges darauf hin, dass hier ein gesonderter Markt für (online) mittels Trading gehandeltes Inventar angenommen werden muss.¹⁹¹ In räumlicher Hinsicht handelt es sich bei auf Einkaufsseite beschriebenen Märkten um nationale Märkte, da das Werbeinventar auf nationaler Ebene landesspezifisch beschafft wird.¹⁹²

¹⁸⁷ Europäische Kommission, Entscheidung vom 24.01.2005, COMP/M.3579, Rn. 23 ff, 32; im Falle der Fusion *Omnicom/Publicis* hat die Kommission mangels Entscheidungserheblichkeit diese Frage offen gelassen, vgl. Europäische Kommission, Entscheidung vom 09.01.2014, COMP/M.7023, Rn. 51 ff.

¹⁸⁸ Europäische Kommission, Entscheidung vom 09.01.2014, COMP/M.7023, Rn. 51 ff.; Europäische Kommission, Entscheidung vom 24.01.2005, COMP/M.3579, Rn. 34 f.

¹⁸⁹ Europäische Kommission, Entscheidung vom 24.01.2005, COMP/M.3579, Rn. 19.

¹⁹⁰ Europäische Kommission, Entscheidung vom 09.01.2014, COMP/M.7023, Rn. 45 ff.

¹⁹¹ Europäische Kommission, Entscheidung vom 11.03.2008, COMP/M.4741, Rn. 67 ff.

¹⁹² Europäische Kommission, Entscheidung vom 09.01.2014, COMP/M.7023, Rn. 51 ff.; Europäische Kommission, Entscheidung vom 24.01.2005, COMP/M.3579, Rn. 49.

Abschließend sei erwähnt, dass das Auftreten neuer, transnational agierender Akteure wie z. B. *Google*¹⁹³ und ihm zurechenbare Unternehmen auf dem Markt der Mediaagentur-Leistungen auch bedeutsam für die zukünftige Abgrenzung des Marktes in räumlicher Hinsicht sein kann. Denn auch bei Mediaagenturen dürfte es sich, je stärker im durch die AVMD-Richtlinie (2010/13) der EU erfassten Content-Bereich grenzüberschreitende Tätigkeiten feststellbar sind, um Akteure eines sich entwickelnden digitalen Binnenmarktes handeln.

b) Marktbeherrschende Stellung der Mediaagenturen

Auf keinem der soeben abgegrenzten relevanten Märkte konnte die Kommission im Jahr 2005 oder im Jahr 2014 eine Marktstruktur und Marktstellung einer Mediaagentur erkennen, die bei einer Fusion den wirksamen Wettbewerb erheblich behindern würde, also insbesondere eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken würde.

Regelbeispiele im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle für solche wettbewerbsbehindernden Effekte bei den hier von der Kommission untersuchten horizontalen Zusammenschlüssen¹⁹⁴ sind die unilateralen oder nicht koordinierten und koordinierenden Effekten. Unilaterale Effekte beschäftigen sich mit der Begründung oder Verstärkung einer Einzelmarktbeherrschung durch einseitiges/individuelles Verhalten am Markt, während koordinierende Effekte bei einer kollektiven Marktbeherrschung entstehen, d. h. einem stillschweigenden einheitlichen Verhalten mehrerer Oligopolmitglieder, da ein Abweichen hiervon nachteilig wäre.¹⁹⁵ Darüber hinaus kann durch den SIEC-Test¹⁹⁶ auch außerhalb einer Einzelmarktbeherrschung eine erhebliche Behinderung durch unilaterale Effekte festgestellt werden.¹⁹⁷

Der wichtigste Indikator für das Vorliegen unilateraler Effekte ist der Marktanteil, den das fusionierte Unternehmen nach einem Zusammen-

¹⁹³ Das Unternehmen wird hier *pars pro toto* für international agierende Großunternehmen angeführt.

¹⁹⁴ Als horizontale Zusammenschlüsse sind Zusammenschlüsse zwischen Unternehmen auf demselben Markt, also aktuellen oder potentiellen Wettbewerbern, vgl. *Thomas*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 36, Rn. 136.

¹⁹⁵ *Thomas*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 36, Rn. 136.

¹⁹⁶ Significant impediment to effective competition.

¹⁹⁷ *Thomas*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 36, Rn. 137.

schluss durch Addition der Marktanteile der fusionierenden Unternehmen voraussichtlich haben wird. Im EU-Recht gelten hierfür folgende Orientierungspunkte: Liegt der Marktanteil bei über 50 Prozent besteht bzw. entsteht mit hoher Wahrscheinlichkeit eine marktbeherrschende Stellung auf dem relevanten Markt, liegt er zwischen knapp unter 40 Prozent und 50 Prozent kann dies auf eine marktbeherrschende Stellung hinweisen. Erst ein Marktanteil von unter 25 Prozent spricht eher gegen eine beherrschende Stellung des Unternehmens auf dem jeweiligen relevanten Markt. Im deutschen Recht legt § 18 Abs. 4 GWB fest, dass ab einem Marktanteil von über 40 Prozent eine marktbeherrschende Stellung vermutet wird. Neben dem Marktanteil ziehen sowohl das nationale als auch europäische Kartellrecht weitere Indikatoren zur Beurteilung des Vorliegens einer marktbeherrschenden Stellung heran, die nicht kumulativ vorliegen müssen; auch die Erfüllung eines einzelnen Indikators kann hier schon ausreichend sein.¹⁹⁸

In den beiden oben genannten Mediaagentur-Fusionsentscheidungen hat sich die Kommission vor allem mit den möglichen unilateralen Effekten dieser Zusammenschlüsse auseinandergesetzt und letztlich die Fusion freigegeben.¹⁹⁹ Entscheidendes Argument hierfür war, dass einer fusionierten Agentur auf dem deutschen Markt weitere vier bis fünf Agenturen als Wettbewerber gegenüberstehen würden, die es verhindern, dass die fusionierte Agentur aufgrund der gewonnenen Marktmacht nach der Fusion profitabel die Preise erhöhen kann.²⁰⁰ Diese

¹⁹⁸ § 18 Abs. 3 GWB nennt nicht abschließend als solche Indikatoren: Finanzkraft, Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten, Verflechtungen mit anderen Unternehmen, tatsächliche und rechtliche Schranken für den Marktzutritt anderer Unternehmen, die Fähigkeit sein Angebot oder seine Nachfrage auf andere Waren oder gewerbliche Leistungen umzustellen sowie die Möglichkeit der Marktgegenseite auf andere Unternehmen auszuweichen. Daneben sind aber auch Faktoren zu berücksichtigen wie *closeness of competition*, *closeness of substitutes* etc. Insbesondere ist auch die anhand des *Herfindahl-Hirsch*-Index berechnete Marktkonzentration ein wichtiges Beurteilungskriterium.

¹⁹⁹ *Omnicom* und *Publicis* gaben letztlich das angestrebte Fusionsvorhaben auf, dies hatte jedoch andere Gründe als die kartellrechtliche Freigabe-Entscheidung der Kommission, vgl. *Amirkhizi*, *Horizont online* vom 09.05.2014, abrufbar unter <http://www.horizont.net/agenturen/nachrichten/Fusion-geplatzt-Omnicom-und-Publicis-blasen-Merger-ab-120474>.

²⁰⁰ Europäische Kommission, Entscheidung vom 09.01.2014, COMP/M.7023, Rn. 319 (diese waren hier *WPP*, *Dentsu Aegis*, *Havas* und *IPG* sowie gerade auch

Annahme werde dadurch bestätigt, dass im Bereich des Mediaverkaufs in der Regel hochkompetitive Pitches zum Abschluss eines Mediaagenturvertrages führen, die zur Folge haben, dass die Agenturen nicht in jedem Jahr gleich erfolgreich sind, was Ausdruck eines funktionierenden Wettbewerbs sei. Auch die großen Werbungtreibenden würden aus wettbewerbsrechtlicher Sicht eine ausgleichende, starke Verhandlungsposition gegenüber den Mediaagenturen bieten.²⁰¹ Zudem stünden den Medien auf der Einkaufsseite auf dem deutschen Markt starke Wettbewerber gegenüber, die für einen funktionierenden Wettbewerb sorgen, da es hier ein Duopol bei den TV- und Radio-Vermarktern gebe, im Print ein Oligopol von vier großen Vermarktern existiere und im digitalen Bereich mit *Google* ein übergeordneter Wettbewerber existiere.²⁰²

Auch wenn die Agenturen gegenüber kleinen und mittleren Medien Verhandlungsmacht ausüben können, die potentiell zu einer Kontrolle über die Medien bis hin zu Verdrängung der Medien vom Markt führen kann, so ist die Kommission dennoch der Ansicht, dass aufgrund der anderen starken Wettbewerber auf Medienseite hier keine Vermachtungsgefahr bestehe, da diese starken Wettbewerber insgesamt den Wettbewerb ausgleichen.²⁰³ Es sei auf Medienseite sogar ein Grad an Konzentration zu beobachten, der gleich, wenn nicht sogar höher ist, als der auf Agenturseite. Zur Vermachtungsgefahr im Werbemarkt, genauer gesagt zur Marktmacht der Vermarkter im Radio-Bereich, hat sich jüngst am 07.09.2016 auch die Kartellkammer des Landgerichts Hamburg – AZ 408 HKO 162/13 – geäußert: Sie hat zu Gunsten von Radiosendern der *The Radio Group* entschieden, dass diese aufgrund

in Deutschland eine Zahl unabhängiger Agenturen, die auch Großkunden betreuen); Europäische Kommission, Entscheidung vom 24.01.2005, COMP/M.3579, Rn. 68 (diese waren hier *Aegis, Omnicom, Publicis, Interpublic und Havas*).

²⁰¹ Europäische Kommission, Entscheidung vom 09.01.2014, COMP/M.7023, Rn. 212 ff.; Europäische Kommission, Entscheidung vom 24.01.2005, COMP/M.3579, Rn. 69, 76 ff.

²⁰² Europäische Kommission, Entscheidung vom 09.01.2014, COMP/M.7023, Rn. 245 ff., 319; Europäische Kommission, Entscheidung vom 24.01.2005, COMP/M.3579, Rn. 85 ff.

²⁰³ Europäische Kommission, Entscheidung vom 09.01.2014, COMP/M.7023, Rn. 248; Europäische Kommission, Entscheidung vom 24.01.2005, COMP/M.3579, Rn. 85 ff.

diskriminierender Verhaltensweisen der *RMS* in bestehende Vermarktungskombinationen aufzunehmen und zu gleichen Bedingungen zu vermarkten sind. Ihre Ansprüche stützten die Lokalsender insbesondere auf den Vorwurf, dass die *RMS* in der Vergangenheit die von ihr selbst aufgestellten Aufnahmekriterien nicht einheitlich gehandhabt habe, auf von ihren Gesellschaftern betriebene Radiosender nicht anwende und zudem willkürlich anpasse. Darüber hinaus warfen die lokalen Radiosender der *RMS* vor, sie trotz Erfüllung der Aufnahmekriterien bereits im Jahr 2011 nicht in die Vermarktung aufgenommen zu haben, um die Marktposition ihrer Gesellschafter weiter zu stärken. Ihre Ansprüche stützten die lokalen Radiosender insbesondere auch auf die marktbeherrschende Position der *RMS* und hiermit verbundene Pflichten gegenüber dem Markt und dem Wettbewerb. Das Landgericht Hamburg hat nunmehr entschieden, dass die *RMS* die lokalen Radiosender sowohl in eine regionale als auch in eine nationale Vermarktungskombination zu marktüblichen Konditionen aufzunehmen hat. Ferner wurde festgestellt, dass den Radiosendern dieser Aufnahmeanspruch bereits ab dem Jahr 2012 zustand.²⁰⁴

Aufgrund aller bislang genannten Argumente sowie den Ergebnissen der Marktbefragung könne festgehalten werden, dass für alle Marktteilnehmer ausreichend Wechsellmöglichkeiten zwischen den verschiedenen Agenturen bestünden, was ebenfalls Ausdruck eines funktionierenden Wettbewerbs sei.²⁰⁵

Die Kommission betont zudem, dass sie keine koordinierenden Effekte, insbesondere was die Rabattpraxis angeht, feststellen konnte. Diese seien zum einen nicht öffentlich gemachter Bestandteil individueller Vereinbarungen und existieren zum anderen in so mannigfaltiger Ausgestaltung, was eine Koordinierung schwierig mache. Zudem müsse bedacht werden, dass die Fähigkeit Rabatte auszuhandeln nicht der

²⁰⁴ Eine Entscheidung, die auch von der zuständigen *Gemeinsamen Medienanstalt der Länder Berlin und Brandenburg* mit Blick auf die Vielfaltssicherung begrüßt wird, vgl. Pressemitteilung der *gemeinsamen Medienanstalt der Länder Berlin und Brandenburg* vom 09.09.2016, abrufbar unter: <http://www.mabb.de/uber-die-mabb/presse/pressemitteilungen-details/diskriminierungsfreier-werbemarkt-sichert-lokale-vielfalt.html>.

²⁰⁵ Europäische Kommission, Entscheidung vom 09.01.2014, COMP/M.7023, Rn. 227 ff., 319; Europäische Kommission, Entscheidung vom 24.01.2005, COMP/M.3579, Rn. 85 ff.

einzigste Faktor ist, der die Wahl einer Agentur bestimmt und die Werbungtreibenden durch die von ihnen genutzten Optionen von Rabattweitergabe und Auditing hier eine starke Marktstellung haben.²⁰⁶ Ebenso wenig konnte die Kommission vertikale und konglomerate negative Effekte erkennen.²⁰⁷

Diese Entscheidungen, vor allem auch die zum Zusammenschluss von *Omnicom* und *Publicis*, wurden auch in einigen der im Rahmen dieses Gutachtens durchgeführten Interviews stark kritisiert. Der Kommission wird hier vorgeworfen, bei der Marktuntersuchung die Situationen in den einzelnen Mitgliedstaaten mit den jeweiligen Besonderheiten zu wenig und zu ungenau untersucht zu haben. Gerade bei der Entscheidung *Omnicom/Publicis* ist der deutsche Markt keiner tiefgreifenden Untersuchung zugeführt worden, wie die Kommission selbst schreibt.²⁰⁸ Einige der Kritiker argumentieren, die Kommission habe einen zu allgemeinen Blick auf Europa geworfen und hätte zu anderen Einschätzungen kommen müssen, hätte sie die Situation auf dem deutschen Markt entsprechend untersucht. Auch habe die Kommission es versäumt in ihrer Marktuntersuchung alle wichtigen relevanten Marktteilnehmer zu befragen und dadurch ihre Entscheidung nicht auf die nötige umfassende Informationslage gestützt, die sich hier einige Marktteilnehmer, vor allem auf Medienseite gewünscht hätte. Die Marktuntersuchung der Mediaagenturmärkte durch die Kommission wird daher von einigen Marktteilnehmern als unzureichend betrachtet. Die Kommission habe hier eine Chance verpasst, die ihr zustehenden kartellrechtlichen Möglichkeiten einzusetzen. Auch ist gerade bei der Entscheidung *Omnicom/Publicis* zu bedenken, dass die Kommission in ihrer Entscheidung oft auf das wettbewerbsrechtliche Argument verweist, dass die Marktmacht des fusionierten Unternehmens in der Regel unter 30 Prozent liegt und nie über 40 Prozent steigt, was aus wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten ein Indiz für einen weiterhin

²⁰⁶ Europäische Kommission, Entscheidung vom 09.01.2014, COMP/M.7023, Rn. 638 ff.

²⁰⁷ Europäische Kommission, Entscheidung vom 09.01.2014, COMP/M.7023, Rn. 648 ff.

²⁰⁸ Europäische Kommission, Entscheidung vom 09.01.2014, COMP/M.7023, Rn. 169.

funktionierenden Wettbewerb ist.²⁰⁹ Die Entscheidung sagt daher wenig darüber aus, wie ein Fusionsvorhaben der zur Zeit auf dem deutschen Markt stärksten Agenturgruppe, der zum *WPP Network* gehörenden *GroupM*, bewertet werden müsste.

3. Die kartellamtlichen Ermittlungen aus dem Jahr 2007

In den Untersuchungen des BKartA im Jahre 2007 gegen den Vermarkter von *RTL*, *IP Deutschland*, und den Vermarkter von *ProSieben Sat.1*, *SevenOne Media*, standen die von den Vermarktern gewährten retroaktiven Rabatte sowie Anteils- bzw. Share-Rabatte als vertikale kartellrechtswidrige Vereinbarungen im Mittelpunkt.

Vertikalvereinbarungen sind Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die sich auf verschiedenen Wirtschaftsstufen befinden und Bedingungen regeln unter denen die Vertragsparteien bestimmte Dienstleistungen / Produkte kaufen bzw. verkaufen können.²¹⁰ Bei den sog. retroaktiven Rabatten machten die beiden TV-Vermarkter die Rabattgewährung vom Erreichen bestimmter Rabattschwellen abhängig. Dabei wird der Rabatt nicht nur auf den Teil des Volumens gewährt, der die Rabattschwelle überschreitet, sondern der dann niedrigere Rabatt wird auf das gesamte, vom Vertragspartner gebuchte Volumen erlassen. Dadurch können die Kosten für das Buchen weiteren Werbeinventars so gering werden, dass die Wettbewerber nicht mithalten können.²¹¹ Die hier gewährten Anteilsrabatte hatten zudem Incentives für Vertragspartner, die einen bestimmten Teil der Gesamtbuchungen bei einer Sendergruppe platzierten; genauer gesagt ging es hier um zusätzliche Preisnachlässe für die Überschreitung bestimmter Schwellen bemessen auf der Grundlage der von *Nielsen Media Research* gemessenen Bruttowerbeerlöse.²¹²

Aufgrund des Duopols, das die beiden TV-Vermarkter *IP Deutschland* und *SevenOne Media* auf dem TV-Werbemarkt haben, ging das BKartA davon aus, dass solche Rabatte eine Sogwirkung zugunsten der großen Sendergruppen haben, was zu Abschottungswirkungen gegenüber den

²⁰⁹ Europäische Kommission, Entscheidung vom 09.01.2014, COMP/M.7023, Rn. 211.

²¹⁰ *Ellger*, in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, Art. 101 AEUV Abs. 3, Rn. 172.

²¹¹ *Denzel/Holm-Hadulla*, Handbuch Mediaagenturen, Kap. VIII, Rn. 28.

²¹² *Denzel/Holm-Hadulla*, Handbuch Mediaagenturen, Kap. VIII, Rn. 30.

kleineren Sendern führe. Auch bevorzuge diese Rabattpraxis große Mediaagenturen, die eine große Nachfragemacht bündeln könnten und schotte den Markt für kleinere und mittlere Agenturen ab.²¹³ Das BKartA belegte *SevenOne Media* (120 Millionen Euro) und *IP Deutschland* (96 Millionen Euro) mit einem Bußgeld von insgesamt 216 Millionen Euro. Das kartellrechtliche Verfahren wurde eingestellt, nachdem beide Vermarkter das Bußgeld akzeptiert hatten.²¹⁴

Mit Blick auf die Mediaagenturen ist hier von Bedeutung, dass das Kartellamt seine Untersuchung nicht auf den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung stützte, sondern auf das Kartellverbot nach § 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV. Es ging hier demzufolge nicht um ein einseitiges missbräuchliches Verhalten, sondern um die zwischen den Vermarktern und den Agenturen geschlossenen Rabattvereinbarungen, was auch die Agenturen zumindest formal zu Beteiligten des Kartellverstoßes machte.²¹⁵ Das BKartA verzichtete in diesem Zusammenhang auf eine weitergehende Untersuchung des Verhaltens der Mediaagenturen und belegte die Mediaagenturen auch nicht mit einer Geldbuße. Dieses Vorgehen wurde und wird gerade von kleineren Medienanbietern kritisiert. Das BKartA habe hier eine Chance verpasst, die Mediaagenturen und deren Wettbewerbsverhalten genauer zu untersuchen.

4. Vielfaltssicherung durch Wettbewerbsrecht mit Blick auf Mediaagenturen

Die hier exemplarisch beschriebenen Beispiele, in denen es zu Berührungspunkten zwischen Mediaagenturen und dem Kartellrecht kam, zeigen, dass mit Blick auf die Untersuchung der Geschäftsmodelle der Mediaagenturen unter Vielfaltgesichtspunkten, das Wettbewerbsrecht zur Zeit nur wenig weiterhilft. Hierfür gibt es verschiedene Gründe:

Der Hauptgrund ist in der Konzeption des Kartellrechts als Instrument zum Schutze des wirtschaftlichen Wettbewerbs zu sehen, welche die

²¹³ BKartA, Pressemitteilung vom 30.11.2007, abrufbar unter: http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungeng/2007/30_11_2007_share-deals.html.

²¹⁴ BKartA, Pressemitteilung vom 30.11.2007, abrufbar unter: http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungeng/2007/30_11_2007_share-deals.html.

²¹⁵ *Denzel/Holm-Hadulla*, Handbuch Mediaagenturen, Kap. VIII, Rn. 31.

Vielfaltssicherung allenfalls als Nebeneffekt bewirkt. Aufgrund dieser konzeptionellen Ausrichtung können Tatsachen, die aus Vielfaltssicherungsgesichtspunkten eine bedeutende Rolle spielen, unter kartellrechtlichen Aspekten nicht berücksichtigt werden. Dies zeigt sich besonders deutlich an den fusionskontrollrechtlichen Entscheidungen der EU-Kommission. Eines der Hauptargumente, mit denen die Kommission das Vorliegen eines funktionierenden Wettbewerbs auf dem Ein- und Verkaufsmarkt annimmt, ist die Tatsache, dass es auf der Marktgegenseite große Unternehmen mit einer starken Marktstellung gibt, wie das Duopol auf dem TV- und Radio-Werbemarkt. Dass kleinere und mittelgroße Medien geltend machten, dass die großen Mediaagenturen gegenüber ihnen Verhandlungsmacht haben, die potentiell dazu führen kann, dass sie aus dem Markt verdrängt werden, hat die Kommission zwar als richtigen Einwand anerkannt, dieser Einwand spielte jedoch für die wettbewerbsrechtliche Abwägung keine größere Rolle mehr. Gerade für eine Abwägung unter der Berücksichtigung der Bedeutung der Mediaagenturen für die Medianvielfalt kann dies jedoch ein wichtiger Hinweis sein.

Ebenso wenig lassen sich heute neue, in der veränderten digitalen Medienwelt bedeutsame Faktoren wie Daten, Kontakte, digitale Infrastrukturen etc. mit Hilfe der aktuellen kartellrechtlichen Bewertungsmethoden messen, die sich vor allen am Umsatz und Unternehmensanteilen orientieren. Gerade in der Internetökonomie entfalten hohe Marktanteile nur in begrenztem Maße eine belastbare Indizwirkung für eine marktbeherrschende Stellung.²¹⁶ So zeigt sich im Bereich programmatisch gehandelter Werbung, dass diejenigen Unternehmen/Agenturen über eine besondere Position im Markt verfügen, die über eine große Menge an Daten verfügen, die sie über die entsprechenden Tools effektiv zum automatischen Aussteuern der Werbeschaltung einsetzen können. Die Marktteilnehmer, die über die entsprechenden Daten und Datenverarbeitungstools verfügen, können sich hier marktmächtige Verhandlungspositionen erarbeiten. Diese Zunahme der Bedeutung von Daten für die Geschäfte der Mediaagenturen geht einher mit der Zunahme der Bedeutung von Daten im Wirtschaftsleben im Allgemeinen. Doch erst langsam öffnen sich die Kartellbehör-

²¹⁶ Paal, GRUR int. 2015, 997, 1000.

den und Gerichte der zunehmenden Bedeutung von Daten als Währung, vor allem mit Blick auf Unternehmen wie *Google* und *Facebook*.²¹⁷

Aber auch beim alleinigen Blick auf die Instrumente des Kartellrechts, die den Kartellbehörden zur Verfügung stehen, muss festgestellt werden, dass eine sich hieraus ableitende Handlungspflicht aktuell nicht angenommen werden kann. Zieht man die von der Kommission als Indiz herangezogenen Marktanteilswerte heran, wird deutlich, dass aktuell keine der großen Mediaagenturen, die kritische Schwelle von 50 Prozent Marktanteil überschreitet, zumal hier zudem keine Zahlen aufgeschlüsselt nach den von der Kommission definierten relevanten Märkten ermittelt werden können.²¹⁸ Es herrschen keine Monopolstrukturen, sondern vielmehr ein Oligopol der fünf großen Mediaagenturen. Von einem Oligopol ist davon auszugehen, wenn eine begrenzte Zahl bedeutender Wettbewerber in ihrem Marktverhalten voneinander abhängen, da ihr Verhalten spürbare Auswirkungen auf den Gesamtmarkt und damit indirekt auf alle Mitglieder des Oligopos hat.²¹⁹ In solchen Oligopolsituationen, in denen mehrere – wenn auch wenige – Unternehmen im Wettbewerb zueinanderstehen, ist es sehr schwierig eine marktbeherrschende Stellung festzustellen. Ebenso schwierig ist es für die Kartellbehörden einen Kartellverstoß nach § 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV festzustellen, auf einem Markt, der so stark von Pitches und individuell ausgehandelten Vereinbarungen geprägt ist, insbesondere da diese Pitches gerade ein Indiz gegen ein koordiniertes Verhalten sind. Anhaltspunkte für eine Untersuchung nach § 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV könnten daher höchstens von einem Insider kommen, der von entsprechend problematischen Verhaltensweisen berichten würde. Dies ist aber im Allgemeinen und insbesondere in der sehr verschwiegenen Mediaagenturbranche eher unwahrscheinlich. Dass das BKartA 2007 die Mediaagenturen trotz des bestehenden Anlasses nicht weiter kartellrechtlich herangezogen hat, deutet zudem daraufhin, dass das

²¹⁷ Vgl. dazu etwa die gemeinsame Positionsbestimmung von Bundeskartellamt und Autorité de la concurrence, Competition Law and Data, abrufbar unter: http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

²¹⁸ Vgl. Recma, Global Activities Report 2015, demnach hat die *GroupM* als marktstärkste Agentur 2015 in Deutschland einen Marktanteil von 38%. Verfügbar unter: <http://www.recma.com/our-offer.html?wpid=24686>.

²¹⁹ *Riesenkampf/Steinbarth*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampf/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, Art. 2 FKVO, Rn. 162.

BKartA aus wettbewerbsrechtlicher Sicht hier kein problematisches Verhalten erkennen konnte.

Auch eine Vermachtung in dem Sinne, dass die Mediaagenturen unter die essential facilities-Doktrin fallen, kann bislang nicht festgestellt werden. Nach der essential facilities-Doktrin muss ein marktbeherrschendes Unternehmen seine Leistungen dann anderen Marktteilnehmern anbieten, wenn Letztere darauf angewiesen sind, um eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben zu können, durch die Verhinderung dieser Tätigkeit die Aufrechterhaltung oder Entwicklung wirksamen Wettbewerbs auf dem jeweils relevanten Markt zumindest erheblich behindert würde und für die Leistungsverweigerung keine objektive Rechtfertigung besteht.²²⁰ Dabei stellt der Gerichtshof der Europäischen Union ausdrücklich klar, dass der Rückgriff auf diese Doktrin nur unter außergewöhnlichen Umständen erfolgen kann.²²¹ Insbesondere muss es für den Wettbewerber aus rechtlichen, technischen, wirtschaftlichen oder sonstigen Gründen unmöglich sein ohne Mitwirkung des Marktherrschers auf dem Markt tätig zu werden.²²² Im Rahmen der Mediaagenturgeschäfte gibt es jedoch zu viele Wettbewerber, zwischen denen gewechselt werden kann und zudem die Möglichkeit über Direktbuchungen am Markt teilzunehmen, so dass die strengen Voraussetzungen der essential facilities-Doktrin nicht erfüllt sind. Im Digitalen zeigen zudem große Unternehmen, wie z. B. *Kellogs*, dass es grundsätzlich möglich ist, unternehmensintern eine Infrastruktur für die programmatische Werbeaussteuerung aufzubauen, die für diesen Bereich eine Zusammenarbeit mit der Mediaagentur obsolet macht. Dies würde sich erst dann ändern, wenn eine Plattform mit den in Kapiteln 3.5 beschriebenen Mechanismen ein geschlossenes System aufbaut und mit diesem eine Monopolstellung auf dem jeweiligen Markt erreicht. Eine solche Situation besteht zur Zeit jedoch nicht.

²²⁰ *Schröter/Bartl*, in: von der Groeben/Schwartz/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 283 ff; vgl. auch § 19 Abs. 4 GWB, in dem dieser Gedanke Ausdruck findet. Es ist jedoch zu beachten, dass die Voraussetzungen der essential facilities-Doktrin vom EuGH noch nicht abschließend herausgebildet worden sind.

²²¹ EuGH 6. 4. 1995, Slg. 1995, I-743, 823, Rn. 50 – *Magill*.

²²² *Deselaers*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 102 AEUV, Rn. 468.

Es ist hier jedoch zu bedenken, dass mit einem zunehmenden Eintreten neuer Intermediäre, insbesondere *Google*, auf die Mediaagenturmärkte, sich die Aufmerksamkeit der Kartellbehörden auf die Mediaagenturgeschäfte ändern kann. Die Kommission hat durch mehrere kartellrechtliche Untersuchungen gegen *Google* bzw. dessen Mutterkonzern *Alphabet* gezeigt, dass sie den Konzern genau beobachtet. Durch das Eintreten solcher großer international agierender Unternehmen, werden die Mediaagenturgeschäfte zunehmend von globaleren Strukturen beeinflusst. Heute teilen sich *Google* und *Facebook* bereits 73,4 Prozent des deutschen Online-Werbemarktes auf und bilden somit ein Oligopol ähnlich den Vermarkteroligopolen in TV und Radio. Dies kann eine aktivere Rolle der Kommission erfordern – zumal nicht nur die Rolle der Plattformen weiter an Bedeutung zunehmen wird, sondern auch die online generierten Werbeumsätze steigen – inklusive einer Neubewertung, ob unter diesem Aspekt die Marktabgrenzungsentscheidungen aus der *Omnicom/Publicis* und *WPP/Grey* Entscheidung noch aufrechterhalten können oder neu bewertet werden müssen. Betrachtet man den in Kapitel 3.4 und 3.5 beschriebenen fundamentalen Wandel, der das Mediaagenturgeschäft als Folge des Programmatic Advertising erfasst und der viele neue Leistungen/Waren generiert, so wird diese Neubewertung der Marktabgrenzung wichtig sein, um künftig sachgemäße kartellrechtliche Entscheidungen in diesem Marktsegment treffen zu können. Diese Neubewertung der Marktabgrenzung muss dann auch eine Neubewertung der Marktmacht auf den jeweiligen Märkten nach sich ziehen. Denn die Modularität der neuen Wertschöpfungskette ist ein Indiz für tiefgreifende Wettbewerbsverschiebungen, die werbefremden Unternehmen den Zugang zum Markt eröffnen. In diesem Zusammenhang können ferner aufgrund der auch bestehenden vertikalen Verflechtungen insbesondere großer Unternehmen in der Zukunft kartellrechtliche Bedenken relevant werden. Solche Unternehmen haben Module entwickelt, die vertikal und horizontal integrierte Ökosysteme schaffen, die sie autark vom Rest des Werbesystems machen und in sich geschlossene Einheiten bilden. Dabei entscheiden diese Unternehmen/Plattformen selbst, wie offen sie ihre Systeme gestalten; so hat *YouTube* 2015 beschlossen, den programmatischen Einkauf nur über den eigenen Dienst *DoubleClick* zuzulassen. Der Werbemarkt wird dadurch weniger offen, sondern geschlossener, was die Zugangshürden für neue Wettbewerber erhöht. Diese wettbewerbsrechtliche Perspektive bietet auf europäischer

Ebene die Chance sich dem Themenkomplex der Mediaagenturregulierung anzunehmen, da im Bereich des Wettbewerbsrechts Zuständigkeitsfragen, die im Rahmen der medienrechtlichen Regulierung problematisch sind, sich nicht stellen.

Im Digitalen ist zudem zu beachten, dass die Informationsasymmetrie auch in kartellrechtlicher Hinsicht Bedeutung erhalten kann, sollte sie dazu führen (und dies auch bewiesen werden können), dass klassische Mediaagenturen bzw. andere Intermediäre ihre Marktstellung hier ausnutzen. Dies ist aktuell jedoch noch nicht in einem Umfang zu beobachten, der eine kartellbehördliche Handlungspflicht nach sich ziehen würde. Aufgrund der besonderen Marktsituation sollten die Kartellbehörden die Mediaagenturen jedoch weiterhin beobachten, so dass sie bei Anzeichen eines kartellrechtlich relevanten Verhaltens einschreiten können. Dabei muss beachtet werden, dass auch das Kartellamt hierfür Kompetenzen vorsehen muss, welche die Marktmechanismen erfassen und die praktische Bedeutung der geschlossenen Verträge nachvollziehen können.

Im Zuge der aktuellen Überlegungen zur Weiterentwicklung des Kartellrechts mit Blick auf Internet-Plattformen und Suchmaschinen²²³ erscheint im Übrigen empfehlenswert, den diesbezüglichen Diskurs – auch mit Blick auf die von Bund und Ländern angestrebte engere Verzahnung von Medien- und Kartellrecht²²⁴ – auch auf Mediaagenturen auszudehnen. Element eines solchen strategischen Neuansatzes könnte auch die Erweiterung der wettbewerbsrechtlichen Regulierung um eine kartellrechtliche ex-ante Missbrauchsaufsicht sein, wie sie

²²³ Vgl. hierzu z. B. BKartA, Digitale Ökonomie – Internetplattformen zwischen Wettbewerbsrecht, Privatsphäre und Verbraucherschutz, Hintergrundpapier zur Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht am 1.10.2015, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/AK_Kartellrecht_2015_Digitale_Oekonomie.pdf?__blob=publicationFile&v=2; Paal, Marktmissbrauch bei Internetplattformen, Präsentation auf der Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht beim BKartA am 1.10.2015, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/AK_Kartellrecht_2015_Digitale_Oekonomie_Paal.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

²²⁴ *Bund-Länder-Kommission*, Bericht, S. 18 ff.

nicht zuletzt aus telekommunikationsrechtlichen Zusammenhängen als Instrumentarium bereits vertraut ist.²²⁵

B. Medienrechtliche Analyse

Auch wenn oder gerade weil die wettbewerbsrechtliche Analyse zu dem Ergebnis kommt, dass im Blick auf den aktuellen kartellrechtlichen Herangehensweisen kein akuter Handlungsbedarf in Bezug auf die Geschäftsmodelle der Mediaagenturen besteht, lohnt sich die medienrechtliche Analyse unter besonderer Berücksichtigung der vielfaltssichernden Schutzrichtung des Medienrechts.

1. Mediaagenturen und der grundrechtliche Schutz der Medienfreiheiten

Die Geschäftsmodelle von Mediaagenturen weisen nicht nur Berührungspunkte zum Wettbewerbs-, sondern auch zum Medienrecht auf. Denn nicht nur ist Wirtschaftswerbung auf Grund der ihr innewohnenden kommunikativen Relevanz von der Informations- und Meinungsäußerungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG erfasst²²⁶ vielmehr ist die Verbreitung kommerzieller Kommunikation über Rundfunk selbst im Schutzbereich der Rundfunkfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG befindlich: Denn die Finanzausstattung gehört ähnlich wie die Erteilung der Zulassung und die Zuteilung von Übertragungskapazitäten zu den Grundvoraussetzungen des Gebrauchs der Rundfunkfreiheit.²²⁷

Anerkannt ist zudem in ständiger Rechtsprechung des BVerfG, dass kommerzielle Kommunikation auf dem Rundfunkweg unter den Bedingungen einer dualen Rundfunkordnung auch die ökonomischen Voraussetzungen für einen staatsunabhängigen Rundfunk, wie er verfassungsrechtlich für beide Pfeiler des dualen Systems geboten ist, mit Blick auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk zumindest befördern

²²⁵ Vgl. hierzu z. B. *Schmidt/Haucap*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, S. 203.

²²⁶ Das BVerfG sieht Werbung jedenfalls dann als geschützte Meinungsäußerung, wenn sie meinungsbildend wirkt, d. h. „einen wertenden, meinungsbildenden Inhalt hat oder Angaben enthält, die der Meinungsbildung dienen“ (BVerfG, Urteil vom 12.12.2000 – 1 BvR 1762, 1787/95 = BVerfGE 102, 347, 359; BVerfG, Beschluss vom 11.03.2003 – 1 BvR 126/02 = BVerfGE 107, 275, 280), wobei dieses Kriterium weit auszulegen ist.

²²⁷ Vgl. BVerfG, Urteil vom 22.02.1994 – 1 BvL 30/88 = BVerfGE 90, 60, 93.

kann.²²⁸ Für den privaten Rundfunk ist unter den Bedingungen einer fehlenden Beteiligung am Aufkommen aus dem öffentlich-rechtlichen Rundfunkbeitrag eine auskömmliche Finanzierungsmöglichkeit aus Einnahmen aus der Rundfunkwerbung sogar *conditio sine qua non* für die Stabilität dieses Pfeilers der dualen Rundfunkordnung.²²⁹ Ohne hinreichende aktuelle werbliche Refinanzierungsmöglichkeit gibt es keinen privaten Rundfunk. Aber bereits Gefährdungen der Refinanzierungsperspektive sind geeignet, i.S. eines *chilling effect* die Bereitschaft von Investoren zum Investment in private Rundfunkveranstaltung in einer verfassungsrechtlich bedeutsamen Weise auf den Prüfstand zu stellen.

Indem Mediaagenturen in den modernen Prozess der Rundfunk-Wertschöpfung eingebunden sind, ist ihre Tätigkeit auch vom Schutzbereich der Rundfunkfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG erfasst: denn dieser umfasst nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts alle wesensmäßig mit der Veranstaltung von Rundfunk zusammenhängenden Tätigkeiten, von der Beschaffung der Information und der Produktion der Sendungen bis hin zu ihrer Verbreitung, einschließlich aller zur Erfüllung der Funktion des Rundfunks notwendigen Voraussetzungen und Hilfstätigkeiten.²³⁰ Von dieser weiten Erstreckung des Schutzbereichs sind bei dem gebotenen funktionalen Verständnis auch rundfunkwerblich aggregative Tätigkeiten wie die der Mediaagenturen erfasst.

Mediaagenturen kann indessen in medienverfassungsrechtlicher Sicht nicht nur Bedeutung als Grundrechtsträger des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG zukommen. Vielmehr ist ihnen im Lichte der jüngeren rechtswissenschaftlichen Analyse zur Bedeutung von Grundrechten im Hinblick auf Gefährdungslagen für den Grundrechtsschutz, die von Privaten, insbesondere privaten Unternehmen, ausgehen können, möglicherweise

²²⁸ Vgl. BVerfG, Urteil vom 05.02.1991 – 1 BvF 1/85, 1/88 = BVerfGE 83, 238, 310; BVerfG, Urteil vom 22.02.1994 – 1 BvL 30/88 = BVerfGE 90, 60, 91.

²²⁹ Brautmeier, Begrüßung und Einleitung zum DLM-Symposium 2014, abrufbar unter: https://www.lfm-nrw.de/fileadmin/user_upload/lfm-nrw/Service/Reden_Positionen/Direktor/Begrueessung_und_Einleitung_Brautmeier_DLM_Symposium__20.03.2014.pdf.

²³⁰ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 13.01.1988 – 1 BvR 1548/82 = BVerfGE 77, 346, 354; BVerfG, Beschluss vom 23.03.1988 – 1 BvR 686/86 = BVerfGE 78, 101, 103.

eine Zwitterrolle eigen, die der fortdauernd abwehrrechtlichen Konstruktion der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts noch nicht angemessen aufgegriffen wurde: Im Zusammenhang mit der Vermeidung von Machtballungen, der auch das Gebot der Staatsferne des Rundfunks dient, gewinnt insoweit Bedeutung, dass solchen Machtballungen unter den Bedingungen der Digitalisierung nicht nur dann begegnet werden muss, wenn sie staatlicherseits drohen, sondern auch dann, wenn sie von Seiten Privater zu besorgen sind. Die Dogmatik des Grundrechtsschutzes hat im Blick auf den Schutz des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung eine besonders prägnante Schutzrichtung auch gegenüber privater Machtkonzentration gefunden.²³¹ Hier ist anerkannt, dass es sogar eine verfassungsrechtliche Schutzpflicht des Staates geben kann, Regelungen zu treffen, die den einzelnen vor Beeinträchtigungen des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung durch Private schützen.²³²

Dieser Ansatz verdient indessen auch im Bereich des Rundfunks, der mindestens in gleicher Weise wie sonstige Geschäftsfelder von Digitalisierungsprozessen betroffen ist, besondere Beachtung. Insofern kommt neueren Erwägungen zur Reichweite von Schutzpflichten des Staates auch mit Blick auf Gefährdungen des Prozesses freier medialer Beeinflussung individueller und öffentlicher Meinungsbildung durch Tätigkeiten von Mediaagenturen eine verfassungsdogmatische Bedeutung zu, die sich als Ergänzung und Unterstützung des Ansatzes einer positiven staatlichen Ordnungspflicht für den Rundfunk kennzeichnen lässt.

2. Verfassungsrechtlicher Handlungsauftrag

Auch mit Blick auf Mediaagenturen als neue Akteure in medialen Wertschöpfungsketten kommt der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur positiven Ordnung des Rundfunks fortdauernde Bedeutung zu. Diese Rechtsprechung interpretiert Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG dynamisch sowohl im Hinblick auf Akteure wie auch auf Aktionen, die in den gesetzgeberischen Blick zu nehmen sind.

²³¹ Vgl. z. B. *Franzius*, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, ZJS 2015, 259, 263.

²³² Vgl. z. B. *Rupp*, Die grundrechtliche Schutzpflicht des Staates für das Recht auf informationelle Selbstbestimmung im Pressesektor.

Einen besonders ausgeprägten Ausdruck hat das dynamische Verständnis der medienregulatorischen Vorsorge-Judikatur des Bundesverfassungsgerichts zuletzt in dessen Blick auf Plattformen gefunden: Dort hat das BVerfG in Anknüpfung an seine ständige Rechtsprechung betont, dass der in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG enthaltene Auftrag zur Gewährleistung der Rundfunkfreiheit auf eine Ordnung zielt, die sicherstellt, dass die Vielfalt der bestehenden Meinungen im Rundfunk in möglichst Breite und Vollständigkeit Ausdruck findet.²³³ Diese positive Ordnungsaufgabe des (Landes-) Gesetzgebers ist weder durch den Wegfall der durch die Knappheit von Sendefrequenzen bedingten Sondersituation entbehrlich geworden²³⁴, noch hat sie sich im Grundsatz durch die Digitalisierungsprozesse und die damit verbundenen Entwicklung bei Kommunikationstechnologien und in Medienmärkten geändert.²³⁵

Rundfunk kann auch ein Jahrzehnt nach dem KEF-Urteil des BVerfG von 2007 für die Verfolgung nicht nur publizistischer, sondern auch wirtschaftlicher Ziele eingesetzt werden. Der publizistische und ökonomische Wettbewerb führt jedoch nicht automatisch dazu, dass für die Unternehmen publizistische Ziele im Vordergrund stehen oder dass in den Rundfunkprogrammen die Vielfalt der in einer Gesellschaft verfügbaren Informationen, Erfahrungen, Werthaltungen und Verhaltensmuster abgebildet wird.²³⁶ Auch Mediaagenturen ist eine solche Vielfaltssicherung als öffentliche Aufgabe nicht gattungsgenetisch imprägniert. Nicht nur den Veranstaltern von Rundfunkprogrammen, sondern auch Mediaagenturen, deren Aktivitäten in der Genese wie der Vermarktung von Rundfunkprogrammen eine zunehmende Bedeutung zukommt, ist bei einer ausschließlichen Steuerung ihres Verhaltens über Marktmechanismen ein vielfaltsgefährdendes Potential eigen. So be-

²³³ Vgl. BVerfG, Urteil vom 16.06.1981 – 1 BvL 89/78 = BVerfGE 57, 295, 319; BVerfG, Urteil vom 04.11.1986 – 1 BvF 1/84 = BVerfGE 73, 118, 152 f.; BVerfG, Urteil vom 22.02.1994 – 1 BvL 30/88 = BVerfGE 90, 60, 88; BVerfG, Beschluss vom 26.10.2005 – 1 BvR 396/98 = BVerfGE 114, 371, 387 ff.; BVerfG, Urteil vom 11.09.2007 – 1 BvR 2270/05, 809, 830/06 = BVerfGE 119, 181, 214; BVerfG, Urteil vom 12.03.2008 – 2 BvF 4/03 = BVerfGE 121, 30, 52.

²³⁴ Vgl. etwa BVerfG, Urteil vom 16.06.1981 – 1 BvL 89/78 = BVerfGE 57, 295, 322.

²³⁵ Vgl. BVerfG, Urteil vom 11. September 2007 – 1 BvR 2270/05 – Rn. 115.

²³⁶ Vgl. BVerfG, Urteil vom 11. September 2007 – 1 BvR 2270/05 – Rn. 117.

steht z.B. beim Trading die Gefahr „schiefer“ Mediapläne, die hauptsächlich an den wirtschaftlichen Interessen der Intermediäre orientiert sind. Zudem besteht das Risiko, dass die Finanzierungsbasis werbefinanzierter Medien, die für den Erhalt namentlich von lokaler und regionaler Meinungsvielfalt von erheblicher Bedeutung sind, nicht unerheblich beeinträchtigt wird. Und bei der digitalen Aussteuerung von Werbung in Echtzeit mittels Programmatic Advertising steht einer konsequenten Ausrichtung der Wertschöpfungskette (auch) am Ziel der Sicherung von Meinungsvielfalt bereits entgegen, dass viele Marktteilnehmer nicht wissen, was der genaue Inhalt der von ihnen hier abgeschlossenen Verträge ist. Dies bietet nicht nur den Intermediären erneut die Möglichkeit, gerade in diesem Bereich die Informationsasymmetrie zur eigenen Vorteilsabschöpfung auszunutzen, sondern beeinträchtigt auch eine an der Zielrichtung des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG ausgerichtete Ausgestaltung der Vertragsbeziehungen, die für die verfassungsrechtlich geforderten Refinanzierungsmöglichkeiten privaten Rundfunks bedeutsam sind.

Mit Blick auf Mediaagenturen als Intermediäre gewinnt ein Warn-Hinweis des Bundesverfassungsgerichts aus seiner KEF-Entscheidung besondere Bedeutung:²³⁷ Gefährdungen der Erreichung des der Rundfunkordnung insgesamt verfassungsrechtlich vorgegebenen Vielfaltsziels entstehen auch infolge der Entwicklung der Medienmärkte und insbesondere des erheblichen Konzentrationsdrucks im Bereich privatwirtschaftlichen Rundfunks. Mit Blick auf Mediaagenturen ist in besonderer Weise festzustellen, dass nicht nur der Prozess horizontaler und vertikaler Verflechtung auf den Medienmärkten voranschreitet, sondern dass die Veranstaltung und Verbreitung von Rundfunkprogrammen häufig nur ein Glied in einer multimedialen Wertschöpfungs- und Vermarktungskette ist: Gerade auch mit Blick auf die Wirkmechanismen von Mediaagenturen bestehen vielfältige Potentiale der wechselseitigen Verstärkung von publizistischem Einfluss und ökonomischem Erfolg und damit der Nutzung von Größen- und Verbundvorteilen, darunter auch durch crossmediales Marketing.

Auch wegen der mit der Konzentration im Rundfunk verbundenen Risiken einer einseitigen Einflussnahme auf die öffentliche Meinungsbildung hat das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung

²³⁷ Vgl. BVerfG, Urteil vom 11.09.2007 - 1 BvR 2270/05, Rn. 118.

Vorkehrungen zum Schutz der publizistischen Vielfalt als geboten angesehen und hinzugefügt, dass einmal eingetretene Fehlentwicklungen sich – wenn überhaupt – nur bedingt und nur unter erheblichen Schwierigkeiten rückgängig machen lassen.²³⁸ Dieser Gedanke vorbeugenden Handelns ist auch im Blick auf Media-Agenturen verfassungsrechtlich relevant.

Die *KEK* hat in ihrem jüngsten, fünften Bericht über die Entwicklung der Konzentration und über Maßnahmen zur Sicherung der Meinungsvielfalt im privaten Rundfunk „Von der Fernsehzentrierung zur Medienfokussierung - Anforderungen an eine zeitgemäße Sicherung medialer Meinungsvielfalt“ aus dem Jahre 2015 auf entsprechende Risiken von Fehlentwicklungen aufmerksam gemacht:

„Vor dem Hintergrund, dass nur wenige Mediaagenturen große Einkaufsvolumina bündeln, steigt die Gefahr von redaktioneller Einflussnahme. ... Mit zunehmendem Einfluss auf die Verteilung der Werbegelder kann ... potenziell ein erhöhter Druck auf die Programmveranstalter ausgeübt werden, Zielsetzungen der werbetreibenden Wirtschaft in die Programmgestaltung einfließen zu lassen und beispielsweise kritische Berichterstattungen über Werbekunden oder diesen unliebsame Themengebiete zu unterbinden. Die Machtposition der Mediaagenturen kann für einzelne Sender zu Abhängigkeiten führen“.²³⁹

In den Interviews, die im Rahmen der Erstellung dieses Gutachtens geführt wurden, wurde diese theoretische Hypothese der *KEK* mit praktischen Beispielen bestätigt: Nicht nur wurde von einer Quelle von massiven Versuchen berichtet, native advertisement, Infomercials und ähnliches einzubauen. Dabei wurde u.a. auch auf einen Test abgestellt,

²³⁸ Vgl. BVerfG, Urteil vom 27.07.1971 – 2 BvF 1/68, 2 BvR 702/68 = BVerfGE 31, 314, 325; BVerfG, Urteil vom 16.06.1981 – 1 BvL 89/78 = BVerfGE 57, 295, 322 f.; BVerfG, Urteil vom 04.11.1986 – 1 BvF 1/84 = BVerfGE 73, 118, 160; BVerfG, Urteil vom 05.02.1991 – 1 BvF 1/85, 1/88 = BVerfGE 83, 238, 324; BVerfG, Beschluss vom 18.12.1996 – 1 BvR 748/93, 616, 1228/95 = BVerfGE 95, 163, 173; BVerfG, Urteil vom 17.02.1998 – 1 BvF 1/91 = BVerfGE 97, 228, 258; BVerfG, Beschluss vom 26.10.2005 – 1 BvR 396/98 = BVerfGE 114, 371, 389; BVerfG, Urteil vom 11.09.2007 – 1 BvR 2270/05, 809, 830/06 = BVerfGE 119, 181, 217; BVerfG, Urteil vom 12.03.2008 – 2 BvF 4/03 = BVerfGE 121, 30, 52.

²³⁹ Vgl. *KEK*, 2015, 432, abrufbar unter: http://www.kek-online.de/fileadmin/Download_KEK/Informationen_Publikationen/KEK_Bericht_ALM_Band_49.pdf.

bei dem zwei Produkte verglichen werden und am Ende gewinnt das Produkt, für das die Mediaagentur „gezahlt“ hat. Auch von anderen Quellen wurde wie selbstverständlich berichtet, dass auch hier versucht wird, auf das Programm Einfluss zu nehmen.

Wenn im Konkurrenzkampf der Medienunternehmen um Werbegelder diejenigen Unternehmen von den Mediaagenturen und der Werbewirtschaft bevorzugt werden, die größere Rabatte gewähren können, kann dies Auswirkungen auf die Medienvielfalt haben, insbesondere wenn dadurch Nischen- und Spezialangebote weniger Werbeeinnahmen erzielen.²⁴⁰ Insoweit gibt es möglicherweise strukturelle Parallelitäten in der Benachteiligung von Nischen- und Spezialangeboten mittels der Ausgestaltung von Rabattsystemen auf der Ebene der Refinanzierung wie der Ebene der Konditionen für den Transport zum Zuschauer²⁴¹, die sich in einer vielfaltsverengenden Weise ergänzen und potenzieren können.

Es ist deshalb verfassungsrechtlich fundiert, dass die Gefahr einer einseitigen Einflussnahme auf den „Meinungsmarkt“ durch Mediaagenturen jüngst verstärkt in das Blickfeld einer möglichen regulatorischen Nachsteuerung auch auf dem Gebiet der Sicherung von Meinungsvielfalt gelangt ist. Allerdings ist dieser vielfaltssichernde Ansatz mit Blick auf die bestehende Regulierungsstruktur des RStV erkennbar nur ein

²⁴⁰ Vgl. KEK, 2015, 433; abrufbar unter: http://www.kek-online.de/fileadmin/Download_KEK/Informationen_Publikationen/KEK_Bericht_ALM_Band_49.pdf.

²⁴¹ So hat *Vodafone Kabel Deutschland*, um dem rundfunkrechtlichen Gebot der Chancengleichheit gerecht zu werden, ihr sogenanntes CPS-Modell (*coins per subscriber*) für die verschlüsselte HD-Einspeisung nachgebessert. Die Eintrittsschwelle für kleinere, weniger reichweitenstarke Programme ist nun deutlich geringer, was diesen die Chance auf eine wirtschaftliche HD-Verbreitung ermöglicht. 2015 hatte die ZAK die Einspeiseverträge großer Plattformbetreiber unter Einbeziehung der Verträge zur verschlüsselten Verbreitung und somit entgeltspflichtigem HD-Empfang privater Programme eingesehen. Deren Prüfung hatte ergeben, dass der Zugang zum oben genannten CPS-Modell nicht chancengleich ausgestaltet und eine unbillige Behinderung kleinerer Anbieter dadurch gegeben ist. Die ZAK hatte daher die Plattformbetreiber aufgefordert, die Zugangskonditionen zur HD-Verbreitung über das CPS-Modell abzuändern, um die Ungleichbehandlung aufzugeben, vgl. ZAK, Pressemitteilung vom 21.06.2016, abrufbar unter <http://www.die-medienanstalten.de/presse/pressemitteilungen/kommission-fuer-zulassung-und-aufsicht/detailansicht/article/zak-pressemitteilung-052016-einspeisekonditionen-der-plattformbetreiber-mehr-chancengleichheit-f.html>.

möglicher Strang einer agentur-orientierten Auslegung bestehenden Rechts bzw. einer Weiterentwicklung des betreffenden staatsvertraglichen Regulierungs-Subsystems. Auch der Ansatz des Medienverbraucherschutzes mittels Regulierungsvorgaben für die werbliche (Re-) Finanzierung von Rundfunk kommt als ein solcher Strang in Betracht.

3. Einfachgesetzlicher Handlungsrahmen

Schon das geltende Rundfunkrecht weist Anknüpfungspunkte auf, die mit Blick auf Gefährdungslagen durch Mediaagenturen ggf. aktiviert werden können. Beachtung verdienen insoweit sowohl Regelungen des Rundfunkwerberechts wie des Rechts der Sicherung der Meinungsvielfalt. Zudem kommt auch eine medienregulatorische Reaktion auf die Verletzung des Gebots der Achtung zivilrechtlicher Vorgaben in Betracht. Allerdings erscheint fraglich, ob diese Instrumente ausreichend sind, um den Gefährdungslagen für verfassungsrechtliche Schutzgüter durch die Tätigkeiten von Mediaagenturen effektiv zu begegnen.

a) § 7 Abs. 2 Satz 1 RStV

Einer der das geltende Rundfunkwerberecht prägenden Grundsätze ist derjenige des Verbots der Programmbeeinflussung. Gemäß § 7 Abs. 2 Satz 1 RStV

„(dürfen) Werbung oder Werbetreibende das übrige Programm inhaltlich und redaktionell nicht beeinflussen“.

Zweck dieser Norm ist traditionell die Sicherung der programmlichen Gestaltungsfreiheit des Rundfunkveranstalters. Die Norm wird in Ziffer 2 Absatz 2 der geltenden Werberichtlinien Fernsehen der Landesmedienanstalten vom 18. Dezember 2012 wie folgt für den aktuellen Vollzug interpretiert:

„Zur Sicherung der Unabhängigkeit der Programmgestaltung darf der Rundfunkveranstalter Werbetreibenden keinen Einfluss auf die Programmgestaltung einräumen. Dies bedeutet insbesondere, dass Einzelheiten des Programms nicht den Vorgaben der Werbe-

treibenden angepasst werden dürfen. Unzulässig ist auch eine Einflussnahme der Werbetreibenden auf die Platzierung von Sendungen im Umfeld der Werbung.“²⁴²

Wie das gesamte Rundfunkrecht, so steht auch das Rundfunkwerberecht im Grundsatz einer dynamischen Auslegung offen. Ein solcher Interpretationsansatz ist insbesondere mit Blick auf die Rasanz von medientechnologischen Entwicklungen wie die hiervon unberührte Pflicht zur Vielfaltsvorsorge geboten.²⁴³ Allerdings sind einer solchen Auslegungsmethode zugleich Grenzen durch den Wortlaut der auszulegenden Norm wie durch das demokratisch-rechtsstaatliche Gebot, Wesentliches für die Vielfaltsvorsorge im Besonderen wie die positive Rundfunkordnung im Allgemeinen durch den Gesetzgeber zu regulieren, gesetzt.

Während der Begriff der Werbung in § 7 Abs. 2 Satz 1 RStV wie auch der Begriff des Rundfunkveranstalters in Ziffer 2 Abs. 2 der Werbe Richtlinien Fernsehen gesetzlich bestimmt sind, ist eine solche Legaldefinition für den Begriff des Werbetreibenden in § 7 Abs. 2 Satz 2 RStV nicht vorhanden. Dies eröffnet Interpretationsspielräume im Vollzug der Norm,²⁴⁴ die bei der Bewältigung neuartiger Herausforderungen für den Schutz der Programmfreiheit des Rundfunkveranstalters vor Gefährdungen durch ökonomische Randbedingungen der Finanzierung des Programms genutzt werden können.

Zwar erscheint es vor diesem Hintergrund nicht ausgeschlossen, auch Mediaagenturen als Werbetreibende i.S. des § 7 Abs. 2 Satz 1 RStV zu verstehen. Denn der Begriff kann weit dahin verstanden werden, dass er alle Akteure einbezieht, die in den Prozess der Entwicklung und Vermarktung von Werbung einbezogen sind.²⁴⁵ Der Wortlaut des Begriffs ist insoweit hinreichend offen, systematische Erwägungen stehen einer

²⁴² Abrufbar unter: http://www.die-medienanstalten.de/fileadmin/Download/Rechtsgrundlagen/Richtlinien/2012-09-18_Werberichtlinien_Fernsehen_Fließtext.pdf.

²⁴³ Vgl. hierzu z. B. auch *Schwartzmann/Ohr*, Recht der Sozialen Medien, S. 48.

²⁴⁴ So ist z. B. eine Bezugnahme auf die „Werbewirtschaft“ als Adressaten der Norm nicht ausgeschlossen; vgl. zu dieser Bezugnahme *Goldbeck*, in: Hamburger Kommentar, 26. Abschnitt Rn. 82.

²⁴⁵ Weder in der Literatur noch in den einschlägigen Kommentierungen hat der Begriff des „Werbetreibenden“ bislang eine – einer solchen weiten Auslegung ggf. entgegenstehende – begriffliche Klärung gefunden.

solchen Auslegung nicht entgegen. Aus dem Schutzzweck der Norm folgt mithin, dass der Programmveranstalter einen Werbeauftrag abzulehnen hat, bei dem er Kenntnis davon hat, dass eine Mediaagentur über diesen Auftrag Einfluss auf das Programm gewinnen will.

Allerdings bleibt bei der Überlegung, die aufgezeigten Interpretationsspielräume mit Blick auf Gefährdungslagen durch Tätigkeiten von Mediaagenturen zu nutzen, zu beachten, dass durch § 7 Abs. 2 Satz 1 RStV geschützter Akteur in der medialen Verwertungskette der Rundfunkveranstalter ist.²⁴⁶ Dieser indessen wird von Tätigkeiten der Mediaagenturen allenfalls mittelbar beeinflusst. Unmittelbar in seinen Gestaltungsspielräumen durch Tätigkeiten der Mediaagenturen beeinflusst sind demgegenüber Unternehmen, die Werbung bei Rundfunkveranstaltern platzieren wollen. Die Freiheit dieser Werbe-Unternehmen abzusichern ist indessen kein Schutzzweck der Norm. Namentlich sind diese Werbe-Unternehmen auch kein Adressat etwaiger auf § 7 Abs. 2 Satz 1 gestützter Aufsichtsmaßnahmen der Medienaufsicht nach § 38 Abs. 2 RStV.²⁴⁷ Auch mit Blick auf dieses Auseinanderfallen von Schutzzweck der Norm und Schutzbedürfnis erscheint wenig wahrscheinlich, dass § 7 Abs. 2 Satz 1 RStV beim derzeitigen Stand der Rundfunkregulierung ein geeigneter Anknüpfungspunkt für aufsichtliche Maßnahmen wegen eines Verhaltens von Mediaagenturen ist.²⁴⁸

Denn hier setzt sich im Zweifel ein Phänomen fort, dass bereits die Kontrolle der Einhaltung des § 7 Abs. 2 Satz 1 RStV mit Blick auf Werbetreibende im traditionellen Verständnis erschwert:²⁴⁹ Wenngleich das

²⁴⁶ Zum Schutz der Unabhängigkeit des Rundfunkveranstalters in seiner Programmgestaltung als Regelungsziel des § 7 Abs. 2 Satz 1 RStV vgl. z.B. *Bornemann* u. a., Bayerisches Mediengesetz, Art. 8 Rn. 43.

²⁴⁷ Die praktische Bedeutung des Beeinflussungsverbots ist zwar – auch mangels Bußgeldbewehrung eines Verstoßes – zumindest bislang gering, allerdings handelt es sich bei dem Verbot um mehr als einen bloßen Programmsatz (so aber *Castendyk*, in: Wandtke u. a., Medienrecht Praxishandbuch – Band 3: Wettbewerbs- und Werberecht, Rn. 40, 120 ff.).

²⁴⁸ Vgl. zur möglichen Heranziehung des § 7 aber auch *Cole*, Vielfaltssicherung durch chancengleichen Zugang zu Finanzierungsquellen – neue Felder der Rundfunkregulierung, in: BLM (Hrsg.), BLM-Medienrechtssymposium 2015, i. Ersch., unter VI. 1.

²⁴⁹ Vgl. zum Aspekt der erheblichen Nachweisprobleme bei der Feststellung eines Verstoßes gegen § 7 Abs. 2 Satz 1 RStV z.B. auch *Goldbeck*, in: Hamburger Kommentar, 26. Abschnitt Rn. 80.

Ziel der inhaltlichen Unabhängigkeit der Rundfunkveranstalter von diesen Werbetreibenden verfassungsrechtlich geboten ist, ist zumindest die Kontrolle der Zielerreichung praktisch erheblichen Problemen ausgesetzt, solange Programmanbieter existentiell auf Werbeeinnahmen angewiesen sind, die vor allem dann erzielt werden können, wenn die Programminhalte den Geschmack der von den Werbetreibenden anvisierten Zielgruppen bedienen. Insbesondere kann nicht verhindert werden, dass ein Unternehmen in einem Programm, das ihm gegenüber kritische Sendungen enthält, möglicherweise keine Werbung platzieren wird.²⁵⁰ Dies kann man im Übrigen auch nicht mit Blick auf kritische Sendungen über Mediaagenturen ausschließen.

b) Weitere rundfunkrechtliche Vorgaben

Selbstverständlich gilt im Übrigen auch in Bezug auf Werbeschaltungen auf der Grundlage bzw. im Rahmen von Mediaagentur-Verträgen das allgemeine Rundfunkwerberecht. Deshalb kann ein Rundfunkveranstalter z.B. einen Vertragsschluss innerhalb eines betreffenden Rechtsverhältnisses ablehnen, wenn ein entsprechender Werbespot gegen die werberechtlichen Grundsätze des § 7 Abs. 1 RStV verstößt oder wenn es sich um Werbung handelt, die als politische, religiöse oder weltanschauliche Werbung nach § 7 Abs. 9 Satz 1 RStV verboten ist.²⁵¹

c) § 26 Abs. 2 Satz 2 RStV

Im Mittelpunkt der Prüfung von Fragestellungen der Sicherung der Meinungsvielfalt stehen nach dem derzeit geltenden Rundfunkrecht § 26 RStV und die Anknüpfung an den Zuschaueranteil. Danach ist es einem Unternehmen erlaubt, selbst oder durch ihm zurechenbare Unternehmen bundesweit im Fernsehen eine unbegrenzte Anzahl von Programmen zu veranstalten, solange es dadurch keine vorherrschende Meinungsmacht erlangt. Vorherrschende Meinungsmacht wird nach § 26 Abs. 2 Satz 1 RStV vermutet, wenn die einem Unternehmen zurechenbaren Programme im Jahresdurchschnitt einen Zuschaueranteil von 30 % erreichen. Gleiches gilt nach Satz 2 der Regelung beim Erreichen eines Zuschaueranteils von 25 %,

²⁵⁰ Vgl. zu entsprechenden Gefährdungslagen z.B. *Bornemann* u. a., Bayerisches Mediengesetz, Art. 8 Rn. 44.

²⁵¹ Vgl. *Kleist*, Der Werbeschaltvertrag im Rundfunk, 97 ff.

„sofern das Unternehmen auf einem medienrelevanten verwandten Markt eine marktbeherrschende Stellung hat oder eine Gesamtbeurteilung seiner Aktivitäten im Fernsehen und auf medienrelevanten verwandten Märkten ergibt, dass der dadurch erzielte Meinungseinfluss einem Zuschaueranteil von 30 vom Hundert im Fernsehen entspricht“.

Der Begriff des medienrelevanten verwandten Marktes ist im RStV nicht legaldefiniert. Die amtliche Begründung zu § 26 RStV zählt beispielhaft Werbung, Hörfunk, Presse, Rechte und Produktion auf.²⁵² Diese Aufzählung ist jedoch nicht abschließend. Sie steht insbesondere nicht der Einbeziehung von Märkten entgegen, die zum Zeitpunkt der Verabschiedung des § 26 RStV noch nicht im Fokus der medienregulatorischen Aufmerksamkeit standen.²⁵³

Ein in die Prüfung einzubeziehender „Markt“ muss Medienrelevanz besitzen. Medienrelevanz ergibt sich daraus, ob der „Markt“ für den Prozess öffentlicher Meinungsbildung von Bedeutung ist oder ob er geeignet ist, die Meinungsmacht im Fernsehen zu verstärken (vor- und nachgelagerte Märkte).²⁵⁴ Um einen solchen Markt handelt es sich auch bei dem der Mediaagentur-Leistungen.²⁵⁵

Für die Beurteilung der Medienkonzentration sind die medienrelevanten verwandten Märkte zum Beispiel von Bedeutung, wenn Fernsehveranstalter mit Unternehmen, die auf vor- oder nachgelagerten Produktionsstufen tätig sind, vertikal integriert sind. Vertikale Verflechtungen mit medienrelevanten verwandten Märkten können in erheblichem Umfang beobachtet werden und erstrecken sich über sämtliche Ebenen der Fernsehbereitstellung. Durch den direkten Zugang zu Absatz- und Beschaffungsmärkten können u. a. Kostenvorteile und eine

²⁵² Vgl. Dörr, in: *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner/Cole/Wagner*, Kommentar zum Staatsvertrag Rundfunk und Telemedien (RStV) und zum Jugendmedienschutz-Staatsvertrag (JMStV), Teil B 5 § 26 Rn. 40.

²⁵³ Vgl. hierzu z.B. *Paschke/Tacke*, in: *Hamburger Kommentar*, 7. Abschnitt Rn. 197 ff.

²⁵⁴ Vgl. *KEK*, 2015, 54, abrufbar unter: http://www.kek-online.de/fileadmin/Download_KEK/Informationen_Publikationen/KEK_Bericht_ALM_Band_49.pdf.

²⁵⁵ Vgl. in diesem Sinne auch Dörr, in: *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner/Cole/Wagner*, Kommentar zum Staatsvertrag Rundfunk und Telemedien (RStV) und zum Jugendmedienschutz-Staatsvertrag (JMStV), Teil B 5 § 26 Rn. 42.

größere Risikostreuung erreicht werden. Vertikale Verflechtungen sind nicht schon an sich bedenklich. Problematisch können sie aber dann werden, wenn die horizontale Konzentration auf den vor- und nachgelagerten Märkten so weit fortgeschritten ist, dass der Zugang von konkurrierenden TV-Unternehmen zu den Beschaffungs- oder Absatzmärkten durch eine solche vertikale Verbindung eines Programmveranstalters eingeschränkt oder gefährdet wird. Daher sind insbesondere diejenigen Märkte genau zu beobachten, auf denen Fernsehveranstalter direkt – oder indirekt über verbundene Unternehmen – über starke Marktstellungen verfügen.²⁵⁶

Es ist vor diesem Hintergrund folgerichtig, dass die KEK in ihrem jüngsten Konzentrationsbericht auch Mediaagenturen erstmalig in den Blick genommen hat.

d) § 41 Abs. 1 Satz 4 RStV

§ 41 RStV, der im fünften Unterabschnitt des dem privaten Rundfunk gewidmeten dritten Abschnitt des RStV „Programmgrundsätze“ zum Gegenstand hat, regelt in seinem Absatz 1 Satz 4:

„Die Vorschriften der allgemeinen Gesetze und die gesetzlichen Bestimmungen zum Schutz der persönlichen Ehre sind einzuhalten.“

Diese Bestimmung ermöglicht eine Inkorporation von außer-rundfunkrechtlichen Regelungen in die rundfunkrechtliche Aufsichtspraxis. § 41 Abs. 1 Satz 4 RStV wurde in den vergangenen Jahren vor der Aufnahme von § 8a RStV in den Rundfunkstaatsvertrag insbesondere zur Regulierung von Gewinnspielen und Gewinnspielsendungen im Rundfunk auf der Grundlage feststellbarer Verstöße gegen Vorgaben des UWG genutzt.²⁵⁷ Aktuell wird die Norm namentlich im Rahmen des Zusammenspiels von Glücksspiel- und Medienaufsicht bei der Kontrolle der Einhaltung der Vorgaben des Glücksspielstaatsvertrages genutzt.

Es erscheint nicht ausgeschlossen, dass § 41 Abs. 1 Satz 4 RStV zukünftig auch für die rundfunkrechtliche Beachtung der dargestellten

²⁵⁶ Vgl. KEK, 2015, 17 ff., 163 ff., abrufbar unter: http://www.kek-online.de/fileadmin/Download_KEK/Informationen_Publikationen/KEK_Bericht_ALM_Band_49.pdf.; dies., <http://www.kek-online.de/medienkonzentration/medienrelevante-verwandte-maerkte.html>.

²⁵⁷ Vgl. zum Glücksspielrecht insb. auch Ukrow, ZfWG 2016, 31.

zivilrechtlichen Vorgaben für Mediaagentur-Leistungen genutzt wird. Allerdings dürften einer solchen Hebel-Wirkung des § 41 Abs. 1 Satz 4 RStV für ein Zusammenspiel von Rundfunk- und Zivil-, namentlich auch Wettbewerbsrecht sehr enge Grenzen deshalb gesetzt sein, weil Verpflichteter des § 41 Abs. 1 Satz 4 RStV der private Rundfunkveranstalter ist. Eine mediaagenturleistungsbezogene Schutzwirkung entfalten könnte § 41 Abs. 1 Satz 4 RStV daher im Zweifel nur, wenn ein solch privater Rundfunkveranstalter über zivilrechtliche Konstruktionen mit Mediaagenturen die Lauterkeit des Wettbewerbs, sei es auf dem Feld privater Rundfunkveranstaltung, sei es auf dem Feld von Mediaagentur-Leistungen, beeinträchtigt.

4. Vielfaltssicherung durch Medienrecht mit Blick auf Mediaagenturen

Wie aufgezeigt, sind sowohl Regelungen zum Werberecht wie zum Medienkonzentrationsrecht im einfachgesetzlichen Rundfunkrecht angelegt, die der Zielrichtung nach auch im Zusammenhang mit der Position von Mediaagenturen fruchtbar gemacht werden könnten. Diese sind in der aktuellen Formulierung des RStV selbst nicht geeignet, unmittelbare Aufsichtshandlungen gegenüber Mediaagenturen auszulösen, eine sinngemäße Erweiterung der entsprechenden Tatbestände würde mit Blick auf das gleiche Regelungsziel jedoch möglich sein. Abhängig ist die Frage gesetzgeberischen Handelns letztlich auch von der Bestandsaufnahme, welchen Gefährdungsgrad die aktuelle Marktsituation im Hinblick auf eine vielfältige Medienlandschaft bedeutet. Je eher dieser in Richtung einer unumkehrbaren Entwicklung mit Gefährdungspotential für die Medienvielfalt geht, desto mehr muss der Gesetzgeber Modelle zur Gegensteuerung entwickeln.

Insoweit ist bei der Betrachtung des Mediaagenturmarkts zu beachten, dass zentrales Element des sich aktuell vollziehenden fundamentalen Wandels die Einführung und Verbreitung von Programmatic Advertising ist. Dabei ist besonders bemerkenswert, dass als Ergebnis dieses Prozesses der Wert von Daten, von Algorithmen und der einsetzbaren Technologie höher ist oder wird als der Wert des (davon gesteuerten) Inventars, das der Vermarkter einbringt. Dies kann durchaus potentiell gravierende Folgen für die Verfügbarkeit von (Re-) Finanzierungsmitteln haben. So hat die Marktuntersuchung ergeben, dass 62 Prozent des Mediabudgets von programmatischen Intermediären absorbiert werden, wenn die Perspektive der Vermarkter miteinbezogen wird.

Auch der Marktanteil im Online-Bereich in Deutschland ist signifikant: so wurden im Jahr 2015 23 Prozent der Netto-Werbeerlöse im Online-Display-Bereich durch programmatische Mittel erzielt und prognostisch wird erwartet, dass 2020 71 Prozent der gesamten Online-Display-Umsätze programmatisch generiert werden.

Auf der anderen Seite ist zu konstatieren, dass sich der Werbemarkt insgesamt verändert und er weniger offen wird, so dass die Wettbewerbssituation internationaler wird und auch die Anbieter auf dem deutschen Markt in einen globalen Wettbewerb einsteigen müssen. Dies gilt insbesondere durch das Aufkommen neuer Marktteilnehmer, die als Plattformbetreiber regelmäßig aufgrund ihrer Größe auch eigene Messgrößen vorgeben und diese teilweise geschlossen halten können, so dass kein Einblick in die Validität der vorgegebenen Zahlen besteht. Insoweit erfordert die veränderte Marktsituation auch von Mediaagenturen sich entsprechend anzupassen, wenn etwa Online-Dienste auf die Inanspruchnahme von Agenturdienstleistungen verzichten und eine eigene Werbeinfrastruktur aufbauen. Insgesamt wird es zu einer weiteren Zunahme der Bedeutung des Online-Markts kommen (bis 2020 werden fast 40 Prozent aller Werbeumsätze online erzielt), die mit der Abnahme der Bedeutung anderer Sektoren einhergehen wird. Dies führt auch zu einer weiteren Stärkung von *Google* im Werbemarkt, da bereits jetzt 73,4 Prozent der digitalen Werbeumsätze auf die beiden großen Vermarkter *Google* und *Facebook* entfallen, während auf der anderen Seite die Medienangebotsseite hier wesentlich fragmentierter ist.

Weitere Konkurrenz im Werbegeschäft ergibt sich neben den Plattformen durch die Expansion von Martech- und Wirtschaftsprüfungs- und Beratungsunternehmen in diesen Bereich. Dabei verschwimmen ehemals feststehende Grenzen zwischen Angebots- und Nachfrageseite, weil Agenturen auch in Medienunternehmen investieren, während Medienunternehmen durch die Einführung von Branded-Content-Angeboten ihrerseits agenturähnliche Aufgaben übernehmen. Bei diesem Prozess stellen sich auch neue Herausforderungen bezüglich der Unabhängigkeit von Content Producern zu den Agenturen, wenn diese eigentlichen Eigentümer der Inhalteanbieter sind. Die Vermehrung der Anbieter auf dem Werbemarkt führt gerade für lokale Anbieter aber eher nicht zu einer Entspannung der Marktsituation, da die Reichweite und Finanzstärke von globalen Plattformen es erschwert im Vergleich dazu nennenswertes eigenes Inventar und im Idealfalle verwertbare

Daten (vorausgesetzt diese Kompetenz konnte aufgebaut werden) aufzubauen. Die Veränderung der symbiotischen Beziehung zwischen den Einkäufern von Werbung und den Medien aufgrund der gemeinsamen Interessenlage führt dazu, dass Vermarkter auch bei Vorliegen stabiler Nutzerzahlen keine Garantie für gleichbleibende Werbeinvestitionen haben, da die gleichen Werbeziele auf Basis entsprechender Daten effizient und effektiver auf besser messbaren Kanälen erreicht werden kann.

Vor diesem komplexen Hintergrund ist eine Ausgangssituation gegeben, die dem Gesetzgeber Handlungsspielraum eröffnet bei der Einschätzung der daraus resultierenden Gefahrenlage und wie er dieser ggf. begegnen möchte. Dabei hat der Überblick über die medienrechtlichen Ansätze, die für eine solche Regelung fruchtbar gemacht werden können, ergeben, dass zwar keine der aktuell im RStV vorhandenen Regelungen auf die spezifische Situation des Werbemarktes zugeschnitten ist, dass aber das Regelungsziel der vergleichbaren Vorschriften eine materielle Ausdehnung des Anwendungsbereichs in ähnlicher Form erlauben würde. Ferner könnte auch über eine Adaption weiterer hier nicht näher untersuchter Regelungsansätze im Vielfaltsicherungsrecht nachgedacht werden, die etwa – bei Vorhandensein einer realen Gefahr für die Medienvielfalt durch die Marktposition der Mediaagenturen – bestimmte Handlungspflichten marktbeherrschenden oder jedenfalls am Markt über einen gewissen bedeutsamen Anteil verfügenden Unternehmen auferlegen würde. Jedoch ist bei dieser Diskussion zu bedenken, dass der unmittelbare Wirkungszusammenhang zwischen einer bestimmten Marktposition eines Intermediärs und der finanziellen Lage eines Medienunternehmens bzw. der Angebots- und Anbietervielfalt im Allgemeinen schwer zu belegen sein wird. Dies ist besonders wichtig, da sich die Regulierung nicht an den primär vom Medienrecht erfassten Medieninhalteanbieter richten würde, sondern an den Akteur einer anderen, wenngleich damit verwandten Marktstufe. Diese Erweiterung des Adressatenkreises medienrechtlicher Regulierung ist indessen inzwischen zumindest mit Blick auf Kabelnetzbetreiber und sonstige Plattformbetreiber medienrechtlich vertraut. Schließlich sind Regelungsansätze im Medienrecht daraufhin zu prüfen, ob die Grundrechte der davon erfassten Unternehmen gewahrt bzw. eine verhältnismäßige Abwägung vorgenommen wurde.

Bei Berücksichtigung dieser Rahmenbedingungen eröffnet (auch) das Medienrecht aber grundsätzlich Regelungsoptionen für den Bereich der Mediaagenturen, wenn die nähere Beobachtung des Marktes und der sich entwickelnden Geschäftsmodelle im Ergebnis zu einer vom Gesetzgeber als für die Medienvielfalt kritische Gefahrenlage bewerteten Situation führen würde.

VI. Lösungsansätze

Um die in den vorherigen Kapiteln aufgezeigten Probleme im Blick auf die Medienvielfalt aufzugreifen, bieten sich verschiedene Lösungsansätze an, die im Folgenden kurz erläutert werden.

A. Die medienpolitisch konsentrierte verbesserte Zusammenarbeit von Medien- und Kartellaufsicht und ihre Bedeutung mit Blick auf Mediaagenturen

Bereits im ersten Zwischenbericht der Bund-Länder-Kommission zur Medienkonvergenz vom Dezember 2015 konnten sich der Bund und die Länder auf eine bessere Verzahnung der verfahrensrechtlichen Zusammenarbeit der Kartellbehörden und der Landesmedienanstalten/Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (*KEK*) verständigen.²⁵⁸

Von Bundesseite unter Federführung des *BMWi* wird im Rahmen der 9. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (*GWB*) u.a. vorgeschlagen, die betreffende Vorschrift im *GWB* entsprechend zu ändern.²⁵⁹ § 50c Abs. 2 Satz 2 *GWB* soll wie folgt gefasst werden:

„Die Kartellbehörden tauschen mit den Landesmedienanstalten und der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich gegenseitig Erkenntnisse aus, soweit dies für die Erfüllung ihrer jeweiligen Aufgaben erforderlich ist; mit den übrigen in Satz 1 genannten Behörden können sie entsprechend auf Anfrage Erkenntnisse austauschen.“

In der Begründung zu diesem Vorschlag wird unterstrichen, dass der Informationsaustausch zwischen den Kartell- und den Medienaufsichtsbehörden nicht nur eine Option, sondern den Regelfall darstelle, soweit dies für die Erfüllung der Aufgaben der Behörden erforderlich

²⁵⁸ *Bund-Länder-Kommission*, Zwischenbericht, 24; abrufbar unter https://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/BKM/2015/2015-12-03-zwischenbericht-bund-laender-kommission-zur-medienkonvergenz.pdf?__blob=publicationFile&v=4.

²⁵⁹ Art. 1 Nr. 40 Buchst. b) des Referentenentwurfes der Novelle (Stand: 01.07.2016), abrufbar unter <https://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/G/neunte-gwb-novelle,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>. Diese Änderung hat das Bundeskabinett am 28.09.2016 angenommen.

sei. Durch die Änderung in § 50c GWB würden zudem die Auskunftspflichten von juristischen Personen und Personenvereinigungen ergänzt.²⁶⁰

Die Länder beabsichtigen ihrerseits, im Rahmen einer der nächsten Änderungsstaatsverträge die davon betroffene Klausel des § 39a RStV entsprechend anzupassen.²⁶¹

Dieser prozedurale Novellierungsvorschlag ist erkennbar auch von Bedeutung für die regulatorische Bewältigung des Umgangs mit Gefährdungslagen aus der Tätigkeit von Mediaagenturen. Der Austausch von Erkenntnissen über diese Tätigkeiten zwischen Kartell- und Medienaufsicht ist ein verfahrensrechtliches Element einer Effektuierung des Grundrechtsschutzes von Rundfunkveranstaltern mit Blick auf Gefährdungslagen durch Verhalten Privater. Insoweit ist die vorgeschlagene Novellierung von GWB wie RStV Ausdruck der Schutzpflicht des Staates wie der positiven Ordnungsaufgabe des Landesgesetzgebers für den Rundfunk. Ohne einen verbesserten Austausch drohen nicht nur Informationsvorsprünge von Mediaagenturen gegenüber Rundfunkveranstaltern und Rundfunkwerbetreibenden, sondern auch mit Blick auf Schutzpflicht wie Ordnungsaufgabe nicht tolerable Informationsdefizite von Regulierungsbehörden in ihrem jeweiligen Zuständigkeitsbereich. Die konkrete redaktionelle Ausformulierung des auch verfassungsrechtlich vorgeprägten intensivierten Informationsaustausches wird allerdings dem Umstand Rechnung tragen müssen, dass die KEK nach dem Willen der Landesgesetzgeber keine eigenständige Behörde – sozusagen als Nukleus einer gemeinsamen Ländermedienanstalt – ist, sondern dass es sich bei ihr um ein Organ der jeweils zuständigen Landesmedienanstalt handelt.²⁶²

²⁶⁰ *Bund-Länder-Kommission*, Zwischenbericht, 84; abrufbar unter https://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/BKM/2015/2015-12-03-zwischenbericht-bund-laender-kommission-zur-medienkonvergenz.pdf?__blob=publicationFile&v=4.

²⁶¹ *Bund-Länder-Kommission*, Bericht, 6, abrufbar unter: https://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/BKM/2016/2016-06-14-medienkonvergenzbericht-blk.pdf?__blob=publicationFile&v=3.

²⁶² Im Übrigen erscheint mit Blick auf Vielfaltssicherung auch ein intensivierter verpflichtender Austausch zwischen dem Bundeskartellamt und der für Plattformregulierung zuständigen ZAK zumindest sinnvoll, wenn nicht mit Blick auf Systemkohärenz der positiven Ordnung angezeigt.

B. Grundlagen für weitergehende gesetzgeberische Aktivitäten

Vor allem bezüglich möglicher gesetzgeberischer Aktivitäten gilt es den gesetzgeberischen Beurteilungsspielraum („ob“ und „wie“ des Tätigwerdens) unter Berücksichtigung der Wesentlichkeitstheorie zu beachten, womit sich auch die Bund-Länder-Kommission bereits befasst hat.

1. Das Beratungsergebnis der Bund-Länder-Kommission zur Medienkonvergenz

Ergänzend zu dem soeben erörterten prozeduralen Ansatz wurde die Bund-Länder-Kommission zur Medienkonvergenz in der Besprechung der Bundeskanzlerin mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder zum ersten Zwischenbericht am 3. Dezember 2015 darum gebeten, neben dem Thema Ad-Blocker auch das Thema Mediaagenturen zu behandeln. Das Bestehen gesetzgeberischen Handlungsbedarfs bei Mediaagenturen sollte weiter geprüft werden.²⁶³ Auf konkrete gesetzgeberische Handlungsschritte konnte sich die Bund-Länder-Kommission auf der Basis einer Analyse von Marktstellung und -verhalten von Mediaagenturen allerdings nicht verständigen.²⁶⁴

Zwar wurden in einer Anhörung der AG Kartellrecht/Vielfaltssicherung der Bund-Länder-Kommission zur Medienkonvergenz im Frühjahr diesen Jahres von Seiten der Stakeholder keine konkreten Forderungen erhoben. Allerdings wurde eine Ergänzung des Verbots der Einflussnahme der Werbung oder des Werbetreibenden auf das Programm in § 7 Abs. 2 des RStV für erwägenswert erachtet. Zudem sollten die Mediaagenturen aufgrund ihrer Doppelrolle, der Gatekeeperfunktion

²⁶³ Vgl. *Bund-Länder-Kommission*, Bericht, 6, abrufbar unter: https://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/BKM/2016/2016-06-14-medienkonvergenz-bericht-blk.pdf?__blob=publicationFile&v=3.

²⁶⁴ Vgl. *Bund-Länder-Kommission*, Bericht, 18 ff., abrufbar unter: https://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/BKM/2016/2016-06-14-medienkonvergenz-bericht-blk.pdf?__blob=publicationFile&v=3. Auch wenn die Frage des „ob“ und „wie“ des (landes-)gesetzgeberischen Beurteilungsspielraums in Bezug auf die Mediaagenturen Gegenstand der Beratungen war, vgl. *Brosda*, *medienpolitik.net* vom 07.01.2016, abrufbar unter: <http://www.medienpolitik.net/2016/01/medienpolitikim-gesprach-bleiben/>.

und aufgrund ihrer Marktmacht vom Gesetzgeber weiter beobachtet werden.²⁶⁵

2. Der gesetzgeberische Beurteilungsspielraum hinsichtlich des „ob“ und „wie“ einer positiven Ordnung des Wirkens von Mediaagenturen

Das BVerfG betont in ständiger Rechtsprechung nicht nur das Gebot der Schaffung einer positiven Ordnung für den Rundfunk. Es hebt zugleich hervor, dass der (Landes-) Gesetzgeber bei der Ausgestaltung dieser positiven Ordnung einen weiten Gestaltungsspielraum hat, auch für Differenzierungen insbesondere nach der Regelungsart und Regelungsdichte.²⁶⁶

Wie der Gesetzgeber seine Aufgabe positiver Rundfunkordnung auch mit Blick auf Mediaagenturen erfüllen will, ist mithin Sache seiner eigenen Entscheidung. Das Grundgesetz schreibt ihm auch insoweit keine bestimmte Form der Rundfunkregulierung respektive der Schaffung medienregulatorischer Rahmenbedingungen für das Wirken von Mediaagenturen vor. Es kommt auch mit Blick auf Mediaagenturen allein darauf an, dass freie, umfassende und wahrheitsgemäße Meinungsbildung gewährleistet ist und dass diesbezügliche Beeinträchtigungen oder Fehlentwicklungen vermieden werden. Der Gesetzgeber hat insbesondere auch mit Blick auf Mediaagenturen Vorkehrungen zu treffen, die sicherstellen, dass der Rundfunk nicht einer oder einzelnen gesellschaftlichen Gruppen ausgeliefert wird, und dass die Freiheit der

²⁶⁵ Vgl. *Bund-Länder-Kommission*, Bericht, 21, abrufbar unter: https://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/BKM/2016/2016-06-14-medienkonvergenz-bericht-blk.pdf?__blob=publicationFile&v=3.

²⁶⁶ Vgl. BVerfG, Urteil vom 28.02.1961 – 2 BvG 1, 2/60 = BVerfGE 12, 205, 262 f.; BVerfG, Urteil vom 16.06.1981 – 1 BvL 89/78 = BVerfGE 57, 295, 321 f., 325 f.; BVerfG, Urteil vom 04.11.1986 – 1 BvF 1/84 = BVerfGE 73, 118, 267; BVerfG, Urteil vom 05.02.1991 – 1 BvF 1/85, 1/88 = BVerfGE 83, 238, 296, 315 f.; BVerfG, Urteil vom 22.02.1994 – 1 BvL 30/88 = BVerfGE 90, 60, 94; BVerfG, Beschluss vom 26.10.2005 – 1 BvR 396/98 = BVerfGE 114, 371, 387; BVerfG, Urteil vom 11.09.2007 – 1 BvR 2270/05, 809, 830/06 = BVerfGE 119, 181, 214; BVerfG, Urteil vom 12.03.2008 – 2 BvF 4/03 = BVerfGE 121, 30, 50, 58.

Berichterstattung unangetastet bleibt.²⁶⁷ Ob insoweit Gefährdungslagen durch Mediaagenturen bestehen, kann der Gesetzgeber innerhalb des ihm zustehenden Beurteilungsspielraums bezüglich des „ob“ eines Einschreitens grundsätzlich ebenso frei bewerten wie er grundsätzlich frei ist in seinen Reaktionen auf eine durch ihn festgestellte Gefährdungslage. Anders wäre dies nur, wenn die Schwelle zu einer Handlungspflicht überschritten wäre, weil die Gefährdungslage sich schon realisiert hat und der Gesetzgeber daher im Blick auf seine Schutz- und Ausgestaltungspflicht aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG zwingend aktiv werden muss.

Im Ergebnis der im Gutachten aufgezeigten Gefährdungslagen, stehen verfassungsrechtliche Gründe einer Einschätzung des Gesetzgebers, zur Eindämmung der von Mediaagenturen ausgehenden Risiken für den Prozess freier individueller und öffentlicher Meinungsbildung tätig werden zu müssen, nicht entgegen. Alles spricht mit anderen Worten dafür, dass der Gesetzgeber nicht per se an einer Reform der Medienregulierung mit Blick auf die Eindämmung von Gefährdungslagen durch Mediaagenturen gehindert ist. Einiges spricht zudem dafür, dass der Gesetzgeber hinsichtlich der Frage, „ob“ er einschreiten will, in seinem gesetzgeberischen Entschließungsermessen möglicherweise schon heute in Richtung auf eine Pflicht zur Abwehr von Fehlentwicklungen begrenzt ist.

Hinsichtlich des gesetzgeberischen Auswahlermessens bezüglich der Art der Reaktion ist eine entsprechende Einschränkung von Verfassung wegen demgegenüber nicht erkennbar. Er ist in diesem Zusammenhang zwar nicht gehindert, einzelne hier behandelte Praktiken von Mediaagenturen wie das Trading besonders in den Blick zu nehmen. Auch wenn kein verfassungsrechtliches Gebot eines sämtliche relevanten Praktiken von Mediaagenturen in kohärenter Weise ansprechenden Regulierungsansatzes besteht, sprechen für einen solchen Ansatz allerdings jüngere Ansätze der Grundfreiheiten-Dogmatik des Gerichtshofs der Europäischen Union: Dieser fordert eine Kohärenz der Regulierung

²⁶⁷ Vgl. BVerfG, Urteil vom 28.02.1961 – 2 BvG 1, 2/60 = BVerfGE 12, 205, 262 f.; BVerfG, Urteil vom 27.07.1971 – 2 BvF 1/68, 2 BvR 702/68 = BVerfGE 31, 314, 325 f.; BVerfG, Urteil vom 16.06.1981 – 1 BvL 89/78 = BVerfGE 57, 295, 321 f.; BVerfG, Urteil vom 05.02.1991 – 1 BvF 1/85, 1/88 = BVerfGE 83, 238, 269; BVerfG, Urteil vom 12.03.2008 – 2 BvF 4/03 = BVerfGE 121, 30, 52.

z.B. im Glücksspielsektor als Voraussetzung für die Verhältnismäßigkeit der Einschränkung von Grundfreiheiten des Binnenmarktes, wie sie mit einer Regulierung von Mediaagenturen, die grenzüberschreitend tätig sind, verbunden sein können.

Bezüglich der Frage, ob ein medienrechtliches Einschreiten gegen Mediaagenturen innerhalb des Beurteilungsspielraums des Gesetzgebers tatsächlich angezeigt ist, kommt – auch mit Blick auf bisherige Regulierungsansätze – insbesondere eine Erweiterung rundfunkstaatsvertraglicher Transparenzpflichten in Betracht. Bei der Frage, wie ein Einschreiten aussehen könnte, wird bislang insbesondere über eine Übernahme von Ansätzen des französischen *Loi Sapin* in deutsches Recht diskutiert.

3. Regulierung von Mediaagenturen und Wesentlichkeitstheorie

Die Antworten auf die Fragen, ob und ggf. wie ein hoheitliches Einschreiten gegen Mediaagenturen geboten ist, sind wesentliche Entscheidungen i.S. der Grundrechtsdogmatik des Bundesverfassungsgerichts, weil sie im grundrechtsrelevanten Bereich ergehen und wesentlich für die Verwirklichung der Grundrechte sind. Namentlich treffen hier verschiedene Grundrechtspositionen zusammen, die in Kollision miteinander geraten können, nämlich Grundrechtspositionen der Rundfunkveranstalter, der traditionellen Werbetreibenden und der Mediaagenturen. Es ist Sache des Gesetzgebers, solche Kollisionen zum Ausgleich zu bringen.²⁶⁸

Dieser Vorbehalt des Gesetzes ist im Übrigen ein (Landes-)Parlamentsvorbehalt: Das zur Gewährleistung der Rundfunkfreiheit Wesentliche muss das Parlament selbst bestimmen; es darf die Entscheidung darüber nicht der Exekutive, etwa in Gestalt einer allgemeinen, die Befugnis zu Auflagen umfassenden Ermächtigung überlassen, auch nicht in der Weise, dass dies zwar nicht ausdrücklich, aber der Sache nach durch nicht hinreichend bestimmte Normierungen geschieht. Sofern eine hinreichende Gefährdung der Rundfunkfreiheit als Vielfaltsordnung feststellbar ist, darf die Gewährleistung der Rundfunkfreiheit im Übrigen auch nicht einer Regelung durch autonome privatrechtliche

²⁶⁸ Vgl. BVerfG, Urteil vom 21.12.1977 – 1 BvL 1/75, 1 BvR 147/75 = BVerfGE 47, 46, 79 f.; BVerfG, Urteil vom 16.06.1981 – 1 BvL 89/78 = BVerfGE 57, 295, 320 f.; BVerfG, Urteil vom 17.02.1998 – 1 BvF 1/91 = BVerfGE 97, 228, 268 f.; BVerfG, Urteil vom 12.03.2008 – 2 BvF 4/03 = BVerfGE 121, 30, 55f.

Rechtsakte der privaten Akteure oder vertragliche Regelungen von Rundfunkveranstaltern, traditionellen Werbetreibenden und Mediaagenturen anheimgegeben werden.²⁶⁹ Dies setzt reinen Selbstkontrollmechanismen für Mediaagenturen ggf. verfassungsrechtliche Grenzen.

C. Erweiterung rundfunkstaatsvertraglicher Transparenzpflichten

Eine demokratische Gesellschaft braucht mündige und gut informierte Bürgerinnen und Bürger. Hierzu müssen Staat und Politik ihre Vorhaben und Entscheidungsgrundlagen nachvollziehbar machen: Sie müssen transparenter werden. Dem tragen einzelne landesrechtliche Normen inzwischen ausdrücklich Rechnung.²⁷⁰

Ein vergleichbares Transparenzgebot erscheint auch in Bezug auf Wertschöpfungsketten bedeutsam, die sich im medialen System der privaten und öffentlichen Meinungsbildung gebildet haben. Denn „freie Meinungsbildung als Voraussetzung sowohl der Persönlichkeitsentfaltung als auch der demokratischen Ordnung vollzieht sich in einem Prozess der Kommunikation, der ohne Medien, die Informationen und Meinungen verbreiten und selbst Mitteilungen äußern, nicht aufrechterhalten werden könnte“.²⁷¹

Die normative Ausgestaltung der Medien und Medienordnung muss der besonderen Bedeutung der Medien für die individuelle und öffentliche Meinungsbildung wie für die demokratische Ordnung gerecht werden.²⁷² Transparenzpflichten für öffentliche Unternehmen ohne Ergänzung für mediale Akteure, die für den Prozess demokratischer Willensbildung bedeutsam sind, würden nicht nur Gefahr laufen, den Zweck der Gewährleistung von Mündigkeit des *citoyen* nur unzureichend zu

²⁶⁹ Vgl. BVerfG, Urteil vom 21.12.1977 – 1 BvL 1/75, 1 BvR 147/75 = BVerfGE 47, 46, 79 f.; BVerfG, Urteil vom 16.06.1981 – 1 BvL 89/78 = BVerfGE 57, 295, 321.

²⁷⁰ Vgl. namentlich die Transparenzgesetze der Freien und Hansestadt Hamburg (Hamburgisches Transparenzgesetz v. 19.6.2012, GVObI. 2012, S. 271 ff.), des Landes Rheinland-Pfalz (Landestransparenzgesetz v. 27.11.2015, GVObI. 2015, S. 383 ff.) und des Saarlandes (Gesetz Nr. 1895 zur Schaffung von Transparenz in öffentlichen Unternehmen im Saarland v. 15.6.2016, Amtsbl. 2016 I S. 840).

²⁷¹ BVerfG, Urteil vom 22.02.1994 – 1 BvL 30/88 = BVerfGE 90, 60, 87.

²⁷² Vgl. hierzu z.B. auch *Paal*, tv diskurs 2/2013, 24 (29).

erreichen. Ein Verzicht auf Transparenz in Bezug auf mediale Wertschöpfungsketten läuft zudem Gefahr, dem verfassungsrechtlichen Gebot, dem Entstehen „vorherrschender Meinungsmacht“ effektiv und präventiv entgegenzuwirken, zuwiderzulaufen. Denn präventive Vielfaltssicherung setzt hinreichende Kenntnis von Gefahrenlagen voraus, die ohne medienrechtliche Transparenzpflichten nicht erreichbar erscheint.

Das geltende Medienrecht trägt diesem Transparenzerfordernis zwar bereits in einer Vielzahl von Regelungen Rechnung. Beachtung verdienen insoweit für den Bereich des privaten Rundfunks namentlich die Anforderungen im Bereich des Zulassungsverfahrens. So hat z.B. ein Antragsteller für die Veranstaltung eines bundesweiten Rundfunkprogramms nach § 21 Abs. 1 RStV alle Angaben zu machen, alle Auskünfte zu erteilen und alle Unterlagen vorzulegen, die zur Prüfung des Zulassungsantrags erforderlich sind. Die Auskunftspflicht und die Verpflichtung zur Vorlage von Unterlagen erstrecken sich nach § 21 Abs. 2 RStV²⁷³ insbesondere auf

1. eine Darstellung der unmittelbaren und mittelbaren Beteiligungen im Sinne des § 28 RStV an dem Antragsteller sowie der Kapital- und Stimmrechtsverhältnisse bei dem Antragsteller und den mit ihm im Sinne des Aktiengesetzes verbundenen Unternehmen,
2. die Angabe über Angehörige im Sinne des § 15 Abgabenordnung unter den Beteiligten nach Nr. 1, gleiches gilt für Vertreter der Person oder Personengesellschaft oder des Mitglieds eines Organs einer juristischen Person,
3. den Gesellschaftsvertrag und die satzungsrechtlichen Bestimmungen des Antragstellers,
4. Vereinbarungen, die zwischen an dem Antragsteller unmittelbar oder mittelbar im Sinne von § 28 RStV Beteiligten bestehen und sich auf die gemeinsame Veranstaltung von

²⁷³ Vgl. hierzu auch Ring/Matzneller, in : *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner/Cole/Wagner*, Kommentar zum Staatsvertrag Rundfunk und Telemedien (RStV) und zum Jugendmedienschutz-Staatsvertrag (JMStV), Teil B 5 § 21 Rn. 7.

Rundfunk sowie auf Treuhandverhältnisse und nach den §§ 26 und 28 erhebliche Beziehungen beziehen,

5. eine schriftliche Erklärung des Antragstellers, dass die nach den Nrn. 1 bis 4 vorgelegten Unterlagen und Angaben vollständig sind.

Ist für die Prüfung im Rahmen des Zulassungsverfahrens ein Sachverhalt bedeutsam, der sich auf Vorgänge außerhalb des Geltungsbereichs des Rundfunk-Staatsvertrages bezieht, so hat der Antragsteller diesen Sachverhalt nach § 21 Abs. 3 RStV aufzuklären und die erforderlichen Beweismittel zu beschaffen. Er hat dabei alle für ihn bestehenden rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten auszuschöpfen. Der Antragsteller kann sich nicht darauf berufen, dass er Sachverhalte nicht aufklären oder Beweismittel nicht beschaffen kann, wenn er sich nach Lage des Falles bei der Gestaltung seiner Verhältnisse die Möglichkeit dazu hätte beschaffen oder einräumen lassen können.

Die vorgenannten Verpflichtungen gelten nach § 21 Abs. 4 RStV für natürliche und juristische Personen oder Personengesellschaften, die an dem Antragsteller unmittelbar oder mittelbar im Sinne von § 28 RStV beteiligt sind oder zu ihm im Verhältnis eines verbundenen Unternehmens stehen oder sonstige Einflüsse im Sinne der §§ 26 und 28 RStV auf ihn ausüben können, entsprechend.

Die im Rahmen des Zulassungsverfahrens Auskunfts- und Vorlagepflichtigen sind nach § 21 Abs. 6 RStV verpflichtet, jede Änderung der maßgeblichen Umstände nach Antragstellung oder nach Erteilung der Zulassung unverzüglich der zuständigen Landesmedienanstalt mitzuteilen.

Vergleichbare Regelungen finden sich in den Mediengesetzen der Länder mit Blick auf das Zulassungsverfahren für landesweiten, regionalen und lokalen Rundfunk.

Jeder Veranstalter von bundesweitem Rundfunk hat zudem nach § 23 Abs. 1 RStV unabhängig von seiner Rechtsform jährlich nach Maßgabe der Vorschriften des Handelsgesetzbuches, die für große Kapitalgesellschaften gelten, einen Jahresabschluss samt Anhang und einen Lagebericht spätestens bis zum Ende des neunten auf das Ende des Geschäftsjahres folgenden Monats zu erstellen und bekannt zu machen.

Diese Verpflichtung findet auf an dem Veranstalter unmittelbar Beteiligte, denen das Programm des Veranstalters nach § 28 Abs. 1 Satz 1 RStV, und mittelbar Beteiligte, denen das Programm nach § 28 Abs. 1 Satz 2 RStV zuzurechnen ist, entsprechende Anwendung. Innerhalb derselben Frist hat der Veranstalter gemäß § 23 Abs. 2 RStV eine Aufstellung der Programmbezugsquellen für den Berichtszeitraum der zuständigen Landesmedienanstalt vorzulegen.

Ein allgemeines Transparenzgebot für an der medialen Wertschöpfungskette Beteiligte lässt sich diesem Normenmaterial allerdings nicht entnehmen. Namentlich mangels unmittelbarer rundfunkstaatsvertraglicher oder (sonstiger) landesmedienrechtlicher Inanspruchnahme von Mediaagenturen beim derzeitigen Stand der Medienregulierung in Deutschland scheidet eine solche Transparenzpflicht *de lege lata* aus. Auch aus verfassungsrechtlichen Erwägungen²⁷⁴ lässt sich eine solche operationalisierbare Transparenzpflicht nicht ableiten: Aus dem Verfassungsrecht lässt sich allenfalls die Pflicht zur Transparenz, nicht deren Ausformung im Einzelnen ableiten.

Mit Blick auf die aufgezeigten Risiken erscheint indessen *de lege ferenda* erwägenswert, auch für Mediaagenturen Transparenzpflichten zu begründen. Zweck solcher Transparenzpflichten könnte namentlich sein,

- a) Konzentrations- und Verflechtungsprozesse im Bereich der medialen Wertschöpfungskette offenzulegen und
- b) Chancengleichheit und Diskriminierungsfreiheit im Verhältnis der Medien-, auch der Wirtschaftswerbungsakteure zu den Mediaagenturen zu wahren.

In Bezug auf den letztgenannten Schutzzweck könnten nicht zuletzt die entgeltbezogenen Elemente der Plattformregulierung nach dem Fünften Abschnitt des Rundfunkstaatsvertrages *mutatis mutandis* Vorbild auch für eine mediaagenturbezogene Regulierung sein. Nach § 52d Satz 1 bis 4 RStV dürfen Anbieter von Programmen und vergleichbaren Telemedien durch die Ausgestaltung der Entgelte und Tarife seitens der Plattformbetreiber nicht unbillig behindert oder gegenüber gleichartigen Anbietern ohne sachlich gerechtfertigten Grund unterschiedlich behandelt werden. Die Verbreitung von must-carry-Angeboten und

²⁷⁴ Vgl. hierzu z.B. Bröhmer, Transparenz als Verfassungsprinzip, 2004.

weiteren besonders vielfaltsrelevante Angebote nach § 52b Abs. 1 Nr. 1 und 2 oder § 52b Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 1 Satz 1 RStV hat zu angemessenen Bedingungen zu erfolgen. Entgelte und Tarife für must-carry-Angebote und weitere besonders vielfaltsrelevante Angebote nach § 52b Abs. 1 Satz 1 oder Abs. 2 Satz 2 RStV sind offen zu legen. Entgelte und Tarife sind im Rahmen des Telekommunikationsgesetzes so zu gestalten, dass auch regionale und lokale Angebote zu angemessenen und chancengleichen Bedingungen verbreitet werden können.

Dem Zweck, Konzentrations- und Verflechtungsprozesse im Bereich der medialen Wertschöpfungskette offenzulegen, könnte insbesondere die Offenlegung von Inhaber- und Beteiligungsverhältnissen bei Mediaagenturen zumindest ab einem bestimmten Marktanteil dienen. Darüber hinaus sind für die Effektivierung eventueller Aufsichtsmaßnahmen umfassendere Auskunftspflichten gegenüber Kontrollbehörden ähnlich den kartellamtlichen Untersuchungsbefugnissen vorzusehen.

Auch bei einer solchen Transparenzregulierung wären selbstverständlich die Grundentscheidungen der nationalen und europäischen Kommunikations- und Medienfreiheiten, insbesondere auch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, zu beachten.

D. Einschränkung oder Verbot spezifischer Geschäftsmodelle nach dem Ansatz des französischen „Loi Sapin“

Eine oft naheliegende und insbesondere im Zusammenhang mit Mediaagenturgeschäften diskutierte Handlungsoption des Gesetzgebers zur Sicherung der Medienvielfalt ist der Erlass eines Gesetzes, das spezifisch auf die potentiell vielfaltsgefährdenden Geschäftsmodelle der Mediaagenturen zugeschnitten ist, indem es diese einschränkt oder sogar vollständig verbietet.²⁷⁵

²⁷⁵ So auch *Kluth/Schulz*, Konvergenz und regulatorische Folgen, 107.

Der Blick in der öffentlichen Debatte²⁷⁶ richtet sich nach Frankreich, wo es ein solches Gesetz bereits seit 1993 gibt.²⁷⁷ Das *Loi Sapin* wurde als Antwort auf Probleme mit Korruption im Wirtschaftsbereich erlassen und nach dem damaligen französischen Finanz- und Wirtschaftsminister *Michel Sapin* benannt. Es befasst sich im Allgemeinen mit der Korruptionsbekämpfung. Da zu diesem Zeitpunkt eine sehr starke Konzentration auf dem Mediaagenturmarkt in Frankreich herrschte, die intransparente Mediaagenturgeschäfte und sehr hohe Mediaagenturrabatte beförderte, hatte der Gesetzgeber dies zum Anlass genommen, auch die Mediaagenturgeschäfte restriktiv zu regulieren, um so Transparenz auf den Werbemärkten herzustellen. In Art. 20 ff. regelt das *Loi Sapin* insbesondere, dass Mediaagenturen auf Rechnung der Werbungtreibenden handeln müssen, nicht von den Medien bzw. deren Vermarkter vergütet werden dürfen und die Vermarkter sämtliche Rabatte und sonstigen Vergünstigungen gegenüber den werbungtreibenden Unternehmen offenlegen müssen. Das Leitbild des Gesetzes ist, dass die Rechnung direkt von den Vermarktern an die werbungtreibenden Unternehmen gestellt wird. Nur insofern eine ausdrückliche vertragliche Abrede besteht, dürfen die Mediaagenturen Rabatte für sich einbehalten. Geschäftspraktiken wie Trading sind dadurch gänzlich verboten. Das Gesetz wird jedoch zur Zeit modernisiert (*Loi Sapin II*), um es an die veränderten Anforderungen insbesondere auch einer digitalen Medienlandschaft anzupassen.²⁷⁸

Auch wenn eine solche Lösung auf den ersten Blick sehr attraktiv scheint und daher gerade von Kritikern der Mediaagenturen häufig vorgeschlagen wird, stellt sich auf den zweiten Blick heraus, dass diese Lösung nicht unproblematisch ist. Gesetze, die spezifische Handlungen

²⁷⁶ Vgl. zur Debatte stv. für viele *Albrecht*, W&V online vom 19.10.2015, abrufbar unter: http://www.wuv.de/agenturen/warum_der_staat_ins_mediageschaefte_eingreifen_muss; *Koch*, absatzwirtschaft online vom 25.09.2015, abrufbar unter: <http://www.absatzwirtschaft.de/mediaagenturen-nicht-alles-aus-einer-hand-63689/>; *Nötting/Kalka* im Interview mit *Tina Beuchler*, W&V Nr. 44 vom 26.10.2015, 36 ff.; *Nötting*, W&V Nr. 43 vom 19.10.2015, 20 ff.; *Schaller/Stindle*, Horizont AT Nr. 36 vom 04.09.2015, 11; *Paperlein*, Horizont Nr. 36 vom 03.09.2015, 14; *Marx*, W&V Nr. 34 vom 17.08.2015, 35.

²⁷⁷ *Loi n° 93-122 vom 29.01.1993 relative à la prevention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*. Ausführlich zur Situation in Frankreich: *Desplan*, Handbuch Mediaagenturen, Kap. X, Abschnitt A.

²⁷⁸ Zum Stand der Reform vgl. https://www.senat.fr/espace_presse/actualites/201606/le_senat_examine_la_loi_sapin_2.html#c625485.

einschränken oder verbieten, haben das Problem, dass sie sehr unflexibel und in ihrem Anwendungsbereich beschränkt sind. Es ist daher für die Mediaagenturen möglich durch die Entwicklung neuer Geschäftsmodelle, die von solchen gesetzlichen Regelungen nicht erfasst werden, ihre eigenen wirtschaftlichen Interessen im Werbegeschäft weiterhin durchzusetzen. Wie oben ausführlich dargestellt, ergeben sich Probleme beim Mediaagenturgeschäft nicht aus bestimmten Geschäftsmodellen. Vielmehr handelt es sich um ein strukturelles Problem, das sich in vielfacher Weise in unterschiedlichen Geschäftsmodellen niederschlagen kann. Die meisten der im Rahmen dieses Gutachtens befragten Interviewpartner bemerkten daher kritisch, dass schon bei der Vorbereitung einer vergleichbaren gesetzlichen Regulierung Mitarbeiter der Agenturen Lösungen entwickeln würden, um die eventuell eingeführten Verbote zu umgehen. Die Agenturen seien insoweit äußerst kreativ. Ein strukturelles Problem könne nicht damit gelöst werden, dass einzelne Handlungsmöglichkeiten verboten werden. Die zeigt sich tatsächlich auch an dem französischen Modell: Trotz der strengen Gesetzgebung gibt es auch in Frankreich heute noch Diskussionen über das Geschäftsgebaren der Mediaagenturen. Zudem ist die aktuelle Situation in Deutschland nicht mit der in Frankreich in den 1990er Jahren, die zum Erlass des *Loi Sapin* geführt hat, zu vergleichen.

Weiterhin muss beim Erlass eines solchen Gesetzes Folgendes bedacht werden: Auch wenn der Gesetzgeber hier den bedeutenden verfassungsrechtlichen Wert der Medienvielfalt schützen will, so existieren doch auch auf Seiten der Mediaagenturen verfassungsrechtliche geschützte Rechtspositionen, die es vom Gesetzgeber zu berücksichtigen gibt. Zu nennen sind hier vor allem das Recht auf Berufsausübungsfreiheit aus Art. 12 GG und – je nachdem wie einschneidend die gesetzliche Regelung ausgestaltet ist – unter Umständen auch das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb aus Art. 14 GG. Der Gesetzgeber muss in diesem Fall daher sorgfältig die verfassungsrechtlich geschützten Rechtspositionen in einen verhältnismäßigen Ausgleich bringen. Zudem wäre zu beachten, unter welcher gesetzgeberischen Kompetenz eine solche Regulierung eingeführt werden könnte.

Diese rechtlichen Erwägungen bezüglich der aktuellen Situation decken sich mit dem Eindruck, der bei einer Anhörung der AG Kartellrecht der

Bund-Länder-Kommission zur Medienkonvergenz gewonnen werden konnte: Dort wurde die Übernahme des nach dem *Loi Sapin* in Frankreich bestehenden Tradingverbots in deutsches Recht von den sich dazu äussernden Teilnehmenden für derzeit nicht erforderlich erachtet.²⁷⁹

E. Insbesondere: Selbstregulierungsinstrumente

Ein weiterer Vorschlag, der im Rahmen der Regulierung von Mediaagenturen im Raum steht, ist die Regulierung durch die Implementierung von Selbstregulierungsinstrumenten der Marktteilnehmer. Hierbei arbeiten die Marktteilnehmer selbst Regelungen aus und verpflichten sich dann, diese Bestimmungen einzuhalten.

Ein solcher Ansatz wurde in Spanien gewählt, wo drei Instrumente zur Selbstregulierung der Mediaagenturen existieren.²⁸⁰ Im Jahr 2003 haben die spanische *Advertising Association* und die spanische *Mediaagency Association* eine erste Verfahrensvereinbarung und 2005 eine weitere Verfahrensvereinbarung geschlossen. 2007 haben sich schließlich die spanische *Media Agency Association* zusammen mit verschiedenen anderen Interessenverbänden zur Einhaltung des *Code of Commercial Conduct* für den spanischen Werbesektor verpflichtet. Hierin wurden zum ersten Mal Grundprinzipien festgeschrieben, welche die Geschäftsbeziehungen zwischen Mediaagenturen, werbungstreibenden Unternehmen, Kreativagenturen und Marketingagenturen regeln sollten. Sie beinhalten Verfahrensvereinbarungen, Regeln und Empfehlungen zur Auswahl der passenden Mediaagentur durch den Werbungstreibenden, Verfahrensabläufe bei der Vermittlung von TV-Werbung, wie das Festhalten von Vereinbarungen in Schriftform, Informationsweitergabepflichten, Fristen für bestimmte Handlungen und vergleichbare Regelungen. Im *Code of Commercial Conduct* ist festgelegt, dass es für die Mediaagenturen grundsätzlich zwei Geschäftsmodelle gibt: Das

²⁷⁹ Vgl. *Bund-Länder-Kommission*, Bericht, 20, abrufbar unter: https://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/BKM/2016/2016-06-14-medienkonvergenz-bericht-blk.pdf?__blob=publicationFile&v=3. Allerdings ist von einzelnen Marktteilnehmern außerhalb der Anhörung eine Übertragung der Regelungen des *Loi Sapin* in Deutschland auch befürwortet worden; vgl. *ibidem*, 21.

²⁸⁰ Eine ausführliche Beschreibung der Situation in Spanien: *Munoz Salanda/Rodríguez Pardo*, Handbuch Mediaagenturen, Kap. X, Abschnitt C.

Handeln im Namen und auf Rechnung des werbungtreibenden Unternehmens bezahlt durch das werbungtreibende Unternehmen sowie das Handeln im eigenen Namen und auf eigene Rechnung, das jedoch ausdrücklich im Vertrag festgelegt sein muss. Die Selbstregulierungsinstrumente lassen hier also explizit Raum für Geschäftsmodelle der Mediaagenturen, bei denen die Mediaagenturen ihre Stellung als Intermediär zur Erwirtschaftung von Gewinnmargen nutzen können.

Auch in Deutschland gab und gibt es von Seiten des *OWM* Bemühungen über Selbstregulierungsinstrumente für mehr Transparenz und bessere Bedingungen für die werbungtreibenden Unternehmen zu sorgen. 2005 hat die *OWM* den *Code of Conduct* verabschiedet, der Passagen beinhaltet wie

„Agenturen sind kompetente Berater und Dienstleister der Werbungtreibenden mit Treuhänderfunktion, ...

Agenturen werden alle von den Medien erbrachten Zahlungen, Naturalleistungen, Vergünstigungen und gewährten Konditionen (u.a. Zahlungsziele), unabhängig davon, ob sie pauschal oder individuell erfolgen, verursachungsgerecht dem unterzeichnenden Werbungtreibenden zuordnen und mit ihm transparent abrechnen, ...

Medien stellen ihre Werbeleistungen auftragsbezogen Werbungtreibenden über eine vom Werbungtreibenden beauftragte Agentur zur Verfügung und rechnen diese immer kundenbezogen ab. Es erfolgen keine Zahlungen, Naturalleistungen oder sonstige Vergünstigungen der Medien an die Agenturen, die nicht eindeutig einem Kunden ganz oder anteilig zugeordnet werden können“.²⁸¹

Dieser wurde jedoch von den Mediaagenturen nicht mitunterzeichnet und konnte sich daher auch als Regelungsgrundlage für diese Branche nicht durchsetzen. Weiterhin konzipiert die *OWM* in regelmäßigen Abständen Mediaagentur-Musterverträge, die sie ihren Mitgliedern zur Verwendung in der vertraglichen Beziehung mit den Mediaagenturen zur Verfügung stellt und deren Verwendung empfiehlt. Darin finden sich Empfehlungen zu Rabatten, Trading, Transparenzverpflichtungen und ähnlichen Geschäftselementen. Die jüngste Überarbeitung des

²⁸¹ *OWM*, Code of Conduct, abrufbar unter: <http://www.owm.de/fileadmin/dokumente/public/downloads/vorlagen/CodeofConduct.pdf>.

Mustervertrages erfolgte im Mai 2016. Es wird sich daher noch zeigen müssen, inwiefern sich dieser Mustervertrag in der Praxis durchsetzen wird.²⁸² Dabei ist zu unterstreichen, dass sich die vorherigen Versionen des Mustervertrags nicht auf breiter Basis durchsetzen konnten. Zudem handelt es sich hierbei um das Vertragsmuster eines Interessensverbands, der nur die Interessen einer Marktseite vertritt, nämlich der Werbungtreibenden. Die Sicherung der Finanzierung von Medien und damit der Medienvielfalt steht damit nicht im Mittelpunkt der Selbstregulierungsinstrumente der *OWM*. Von vielen der im Rahmen dieses Gutachtens befragten Interviewpartner gerade auf Seiten der Medien werden solche Selbstregulierungsinstrumente daher als nutzlos bezeichnet. Es muss hier ferner angemerkt werden, dass trotz der Selbstregulierungsinstrumente auch in Spanien ähnliche strukturelle Probleme bestehen wie in Deutschland. Solche Selbstregulierungsinstrumente scheinen daher zumindest in der aktuellen Situation eher nicht geeignet die strukturellen Probleme des Mediaagenturgeschäfts mit Blick auf eine Vielfaltssicherung zu lösen.

Sollte in der medienrechtspolitischen Debatte auf eine Lösung von aufgezeigten Problemlagen im Zusammenhang mit Markt- und potentieller Meinungsmacht (auch) über Selbstregulierungsinstrumente abgezielt werden, so sprechen gewichtige verfassungsrechtliche Erwägungen, nicht zuletzt mit Blick auf das Demokratieprinzip²⁸³, wie auch Erfahrungswerte im Bereich des Jugendmedienschutzrechtes²⁸⁴ dafür, insofern nicht ein Konzept einer autonomen Selbstregulierung der Mediaagenturen, sondern eine regulierte Selbstregulierung in Betracht zu ziehen. Unter regulierter Selbstregulierung versteht man die Einbindung von Instrumenten der Selbstkontrolle in einen staatlich definierten Regulierungsrahmen. Sie soll die unterschiedlichen Vorteile von Selbstregulierung und staatlicher Regulierung verbinden und die jeweiligen Nachteile wechselseitig ausgleichen.²⁸⁵

Eine solche regulierte Selbstregulierung dürfte – nicht zuletzt auch mit Blick auf die Einbindung der Expertise und Erfahrungswerte sämtlicher

²⁸² Die *OWM* selbst bezeichnet diesen Mustervertrag im Interview als beste Vertragsvorlage, die es in Europa zur Zeit gebe.

²⁸³ Vgl. hierzu z.B. bereits *Ukrow*, in: ders. (Hrsg.), *Die Selbstkontrolle im Medienbereich in Europa*, 1, 28 ff.

²⁸⁴ Vgl. hierzu z.B. bereits *Ukrow*, *Jugendschutzrecht*, S. 321 ff.

²⁸⁵ Vgl. *Schulz/Held*, in: *Hahn/Vesting, Rundfunkrecht*, § 1 JMStV, Rn. 22.

Marktbeteiligter in die Ausgestaltung der gesetzlichen Rahmenbedingungen – die Akzeptanz des Systems auch durch die Medien selbst befördern. Verfahrensrechtlich ließe sich eine solche Stärkung der Akzeptanz ggf. auch durch die verfahrensmäßige Beteiligung der Medien an der Ausarbeitung der Regularien der Selbstkontrolleinrichtung von Medienagenturen befördern.

Gegenstand der Selbstkontrolle innerhalb eines solchen Rahmens könnte nicht zuletzt die Bewahrung von Chancengleichheit und Diskriminierungsfreiheit für sämtliche Anbieter von Medieninhalten in Bezug auf die für den Prozess individueller und öffentlicher Meinungsbildung bedeutsamen Tätigkeiten der Mediaagenturen sein.

In Anlehnung an § 19 Abs. 3 JMStV könnte im gesetzlichen Rahmen für solche Selbstkontrolleinrichtungen von Mediaagenturen im Interesse der Effektivität der Schutzzweckerreichung u.a. festgelegt werden, dass

1. die Unabhängigkeit und Sachkunde der zur Kontrolle der Einhaltung der regulatorischen Vorgaben berufenen Personen zu gewährleisten ist,
2. eine sachgerechte Ausstattung auch durch eine Vielzahl von Anbietern sichergestellt ist,
3. Vorgaben für die Entscheidungen der zur Kontrolle der Einhaltung der regulatorischen Vorgaben berufenen Personen bestehen, die in der Spruchpraxis einen wirksamen Vielfaltsschutz zu gewährleisten geeignet sind,
4. eine Verfahrensordnung besteht, die zumindest auch den Umfang der Überprüfung sowie mögliche Sanktionen regelt,
5. gewährleistet ist, dass die betroffenen Mediaagenturen vor einer Entscheidung gehört werden, die Entscheidung schriftlich begründet und den Beteiligten mitgeteilt wird und
6. eine Beschwerdestelle eingerichtet ist.

Die aufgezeigten Problemlagen sprechen im Übrigen dafür, dass für die Selbstkontrolleinrichtungen ein interdisziplinärer Personalisierungsansatz gewählt wird, der – ähnlich wie die *KEF*²⁸⁶ – insbesondere auch medienwirtschaftlichen, medienwissenschaftlichen, juristischen und technischen Sachverstand bündelt.

²⁸⁶ Zu deren Zusammensetzung vgl. § 4 Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag.

VII. Gesamtergebnis der Untersuchung und Schlussfolgerungen

Das Mediaagenturgeschäft und die damit zusammenhängenden Sachverhalte sind vielfältig und insbesondere bislang von einer Verschwiegenheit der Marktteilnehmer sowie darüber hinausreichenden Intransparenzen geprägt. Dieses Gutachten leistet einen Beitrag dazu, die in diesem Sektor gegebenen Marktstrukturen offen zu legen, um sie in diesem für die Refinanzierung von Medien bedeutenden Bereich erkennbar zu machen und einer ökonomischen und rechtlichen Bewertung zuzuführen. Beides ist grundlegend für eine Beobachtung des Marktes, auf der aufbauend ggf. weitere Maßnahmen durchgeführt werden können. Gerade die Orientierung der neuen Geschäftsmodelle der Mediaagenturen an der Finanzmarktlogik spricht mit Blick auf die seit der Finanzkrise 2007/2008 entwickelte Überzeugung, dass kein Finanzmarktakteur und kein Finanzmarktprodukt unreguliert bleiben darf²⁸⁷, dafür, die neuen Geschäftsmodelle wie insbesondere Programmatic Advertising grundsätzlich nicht unreguliert zu lassen. Dies gilt insbesondere wegen der besonderen Bedeutung eines vielfältigen Medienangebots im Blick auf die Demokratie und des engen Zusammenhangs zwischen der Marktposition von Mediaagenturen und anderen Intermediären und der Refinanzierbarkeit medialer Angebote zumindest im werbunggetriebenen Medienumfeld.

Es bedarf weiterhin intensiver Forschung und Marktbeobachtung zusammen mit einer engen politischen Begleitung, um in diesem Zusammenhang eine sinnvolle und konstruktive Lösung zu erarbeiten. So wird auf Länderebene zu diskutieren sein, wie das System der Regulierungsaufsicht in den Landesmedienanstalten aufzustellen ist, um neuen Herausforderungen, welche vor allem die Digitalisierung mit sich bringt, gerecht zu werden. Hierzu bedarf es Einrichtungen, die in der Lage sind, die im Werbegeschäft bestehenden Strukturen vor allem auch unter Berücksichtigung der technischen Besonderheiten zu überblicken. Eine effektive Marktbeobachtung und ggf. Regulierung im Bereich der Mediaagenturen und verwandter Marktteilnehmer ist daher jedenfalls im Blick auf die zu verhindernde negative Auswirkung auf die Medienvielfalt nur möglich, wenn es zu einer funktionierenden Zusammenarbeit von Bundes- und Landesaufsichtsinstanzen kommt,

²⁸⁷ Vgl. hierzu *Ress/Ukrow*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, 2016, Art. 63 AEUV Rdnr. 26, 477.

weshalb dahin gehende strukturell wirksame Vorschläge, wie sie sich z.B. für das Verhältnis der Landesmedienanstalten zur Bundesnetzagentur als wettbewerbs-verfahrensrechtlichem Sonderverhältnis in der Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes finden²⁸⁸, eine eingehende Betrachtung verdienen.²⁸⁹ Länder und Bund müssen im Gespräch bleiben, um auch in Zukunft auf beiden Ebenen den gesetzgeberischen Rahmen zu schaffen, der ein vielfältiges Angebot für eine medial gewährleistete gesellschaftliche Öffentlichkeit in Deutschland sichern hilft. Es muss zumindest eine Struktur etabliert werden, die so reaktiv sensibel ist, dass bei aufkommenden neuen Fragestellungen Klärungen und Vereinbarungen herbeigeführt werden können. Die Ergebnisse des vorliegenden Gutachtens können insoweit als Ausgangspunkt und Arbeitsgrundlage dienen.

Als wichtige Erkenntnisse der Untersuchung können daher herausgestellt werden:

1. Der Werbemarkt hat eine neue Struktur. Es bestimmen nicht mehr nur die früheren drei Hauptakteure werbungtreibende Unternehmen, Mediaagenturen und Vermarkter in einer linearen Wertschöpfungskette. Vielmehr können über 20 verschiedene Typen von Marktteilnehmern in der Wertschöpfungskette agieren. Dabei hat sich eine neue Prozesslogik etabliert, welche die vorherrschende Linearität der Wertschöpfungskette auflöst und durch eine Matrix ersetzt. Dadurch verschwimmen auch die Grenzen zwischen der Angebots- und Nachfrageseite.
2. Die Modularität der Wertschöpfungskette ist ein Indiz für tiefgreifende Wettbewerbsveränderungen. Die Fokussierung durch Programmatic Advertising auf Daten und Technologie ermöglicht auch anderen vormals werbefernen Unternehmen – wie vor allem globalen Plattformen und Beratungs- und Serviceunternehmen, die vornehmlich im Bereich werbungtreibender Unternehmen angesiedelt sind – den Zugang zum Markt. Plattformen haben durch ihre Nutzerreichweite, Daten- und Technologieinfrastruktur neue

²⁸⁸ Vgl. BR-Drs. 436/16.

²⁸⁹ So haben *Kluth/Schulz* in „Konvergenz und regulatorische Folgen“ eine gemeinsame Regulierungskonferenz vorgeschlagen, die einen bereits stattfindenden Austausch verstetigen soll. Jedoch werden solche Ansätze einer gesetzlichen Grundlage bedürfen, um sie fest zu institutionalisieren.

Ökosysteme geschaffen und durch Investitionen und Zukäufe diese Ökosysteme horizontal und vertikal integriert, so dass sie letztlich autark vom Rest des Werbesystems sind und in sich geschlossene Einheiten bilden. Hierdurch wird der Markt geschlossener und die Zugangshürden werden erhöht, was deutsche Anbieter in einen globalen Wettbewerb stellt, jenseits der Grenzen und Ressourcen, die der deutsche Markt zur Verfügung stellt.

- 3.** Technologie und Daten ersetzen etablierte Wertschöpfungsketten und definieren den Wert von Werbung neu, womit sie einen fundamentalen Wandel einleiten. Im Programmatic Advertising ist der Wert von Daten, Algorithmen und Technologie höher als der Wert des Inventars, das der Vermarkter bereitstellt. Durch datengetriebene Werbung erodiert die historische Verbindung zwischen Mediengattungen, Vermarktern und Werbung, die von einer gemeinsamen Interessenlage an medienzentrischer Werbung geprägt war und letztlich dazu führte, dass Medien Werbung zur Subvention ihrer Inhalte nutzen konnten. Mediaagenturen und andere Einkäufer operieren vermehrt nicht medienzentrisch, sondern verbinden Nutzer und Kampagnenziele medienantagonistisch. Auch wenn Vermarkter stabile Nutzerzahlen aufweisen, ist das dann kein Garant mehr für Werbeinvestitionen, wenn diese Ziele datenbasiert effizienter und effektiver auf besser messbaren Kanälen erreicht werden.
- 4.** Das Thema Trading ist Vorbote dieser weitaus komplexeren und weiter greifenden Veränderungen, da es für die Entkoppelung von Mediuemfeld und werblicher Kommunikation steht, die durch Entwicklungen im Bereich Programmatic Advertising fortgeschrieben werden. Auswirkungen auf die Medienanbieter aufgrund geringerer Einnahmen sind schon zu beobachten und diese könnten sich zumindest für kleine Anbieter nochmals deutlich verschärfen, wenn der Zugang zur Vermarktung für bestimmte Anbieter aufgrund dieser Entwicklungen schwieriger wird.
- 5.** Mediaagenturen und auch die neuen Intermediäre im Werbegeschäft sind Handelsunternehmen, die auf einer eigenen Wirtschaftsstufe stehen und zumeist im eigenen Namen und auf eigene Rechnung handelnd auftreten. Diese zivilrechtliche Ausgestaltung der Verträge ist zulässig und erlaubt es den Intermediä-

ren etwaige Margen, die sie im Werbegeschäft erzielen, zu erwirtschaften, solange nicht ausdrücklich etwas Gegenteiliges vereinbart wurde. Es kommt daher hier zu einem Principal-Agent-Konflikt.

6. Die unübersichtlichen Strukturen, Finanzmarktlogik und vielen Intransparenzen der neuen Geschäftsmodelle verstärken diesen Principal-Agent-Konflikt. Insbesondere im Programmatic Advertising haben nur sehr wenige Marktteilnehmer ein genaues Verständnis, was in tatsächlicher Hinsicht geschieht und welche faktische Bedeutung daher die von ihnen geschlossenen Verträge haben. Die potentielle Gefahr, dass ein Intermediär, der über einen Informationsvorsprung verfügt, diese überlegene Stellung zur eigenen Gewinnmaximierung ausnutzt ist dadurch hier noch größer. Geschlossene Systeme, in die Außenstehende keinen Einblick bekommen, erhöhen diese Gefahr weiter.
7. Aufgrund dieser fundamentalen Änderungen im Markt wäre eine neue kartellrechtliche Untersuchung des Mediaagenturgeschäfts sinnvoll und wird in Zukunft möglicherweise noch dringender zu empfehlen sein, wenn die Leistungspalette der Anbieter sich weiter stark ausdehnt oder verändert und neue Marktbeteiligte eintreten. Die mannigfaltigen neuen Leistungen, die im Rahmen der datengetriebenen Werbung Einzug in den Markt gefunden haben, sollten der Abgrenzung der sachlich und räumlich relevanten Märkte zugeführt werden. Die neuen marktmächtigen Akteure, insbesondere die globalen Plattformen, die nicht nur über eine starke Marktstellung, sondern auch über horizontal und vertikal integrierte Systeme verfügen, können zudem eine neue Evaluierung der Marktmachtverhältnisse auf den relevanten Märkten erfordern. Dies eröffnet auch die Möglichkeit für die EU-Organe in diesem Bereich tätig zu werden, da sich im Kartellrecht Zuständigkeitsprobleme, wie sie im Medienrecht relevant werden, nicht stellen.
8. Mediaagenturen können auch einer medienrechtlichen Regulierung unterfallen. Auch Mediaagenturen, deren Aktivitäten in der Genese wie der Vermarktung von Rundfunkprogrammen eine wichtige Bedeutung zukommt, ist bei einer ausschließlichen Steuerung ihres Verhaltens über Marktmechanismen ein vielfaltsge-

fährdendes Potential eigen. Gerade mit Blick auf die Wirkmechanismen von Mediaagenturen bestehen zahlreiche Potentiale der wechselseitigen Verstärkung von publizistischem Einfluss und ökonomischem Erfolg und damit der Nutzung von Größen und Verbundvorteilen. Es wird wegen der im Gutachten festgestellten Gefährdungslage empfohlen, auch in Bezug auf Mediaagenturen Maßnahmen zu treffen, die Vorkehrungen zum Schutz publizistischer Vielfalt darstellen. Einfachgesetzliche Anknüpfungspunkte für eine solche Regelungsmöglichkeit finden sich z. B. in §§ 7 Abs. 2, 26 Abs. 2 S. 2, 41 Abs. 1 S. 4 RStV.

- 9.** Die im Rahmen des Gutachtens vorgenommene ökonomische Untersuchung hat im Ergebnis noch keine Markt- oder Meinungsmacht von Mediaagenturen aufgezeigt, bei der der gesetzgeberische Ermessensspielraum bezüglich eines Tätigwerdens aus verfassungsrechtlichen Gründen bereits zwingend in Richtung einer Pflicht zum unverzüglichen gesetzgeberischen Einschreiten verdichtet wäre. Allerdings hat diese Untersuchung bereits hinreichende Risiken aufgezeigt, denen der Gesetzgeber – auch im Rahmen der positiven Ordnung des Rundfunks – in Ausschöpfung seines Ermessensspielraums bzgl. des „ob“ und „wie“ eines möglichen Handelns aktuell bereits begegnen kann, ohne dass dem verfassungsrechtliche Rechtspositionen der Mediaagenturen zwingend entgegenstehen. Dies gilt auch in Bezug auf ein Verbot spezifischer Geschäftsmodelle in Anlehnung an das französische Loi Sapin, die sich auch auf die weiteren am Geschäft beteiligten Parteien auswirken könnten.
- 10.** Sollte der Gesetzgeber sich für ein Einschreiten entscheiden, so sind nicht zuletzt auch die Erweiterung rundfunkstaatsvertraglicher Transparenzpflichten sowie das Hinwirken auf eine regulierte Selbstregulierung vergleichbar der im Jugendmedienschutz aufgestellten Rahmenbedingungen vielversprechende Ansätze. Darüber hinaus wird eine weitere genaue Beobachtung des Marktes bei einer effektiven Zusammenarbeit der unterschiedlichen zuständigen Bundes- und Landes-, Wettbewerbs- und Medienaufsichtsbehörden empfohlen. Dabei ist zu beachten, dass eine effektive Marktbeobachtung nur möglich ist, wenn entsprechende Kompetenzen und Kapazitäten vorhanden sind.

Literaturverzeichnis

- AG Digitale Migration*, Von UKW zu DAB+ – Schlussbericht Arbeitsgruppe Digitale Migration, Biel 2014 (zitiert: *AG Digitale Migration*, von UKW zu DAB+, Link), abrufbar unter: <https://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/elektronische-medien/technologie/digitale-verbreitung/radiobranche-stellt-die-weichen-fuer-den-ukw-ausstieg.html>, zuletzt eingesehen am 27.09.2016.
- Albert, Conrad/von Merveldt Moritz*, Mediaagenturen aus der Sicht der privaten Rundfunk- und Fernsehveranstalter, in: Gadedertz, Johann Christoph/Martinek, Michael/Ory Stephan (Hrsg.), Handbuch Mediaagenturen – Aufgabenfelder, Geschäftsmodelle, Vertrags- und Wettbewerbsrecht, München 2016 (zitiert: *Albert/von Merveldt*, Handbuch Mediaagenturen, Kap. V, Rn.).
- Albrecht, Martin*, Warum der Staat ins Mediaagenturgeschäft eingreifen muss, in: W & V online vom 19.10.2015 (zitiert: *Albrecht*, W & V online vom 19.10.2015, Link) abrufbar unter: http://www.wuv.de/agenturen/warum_der_staat_ins_mediageschaeft_eingreifen_muss, zuletzt eingesehen am 21.09.2016.
- Amirkhizi, Mehrdad*, Omnicom und Publicis blasen Merger ab, in: Horizont online vom 09.05.2014 (zitiert: *Amirkhizi*, Horizont online vom 09.05.2014, Link), abrufbar unter: <http://www.horizont.net/agenturen/nachrichten/Fusion-geplatzt-Omnicom-und-Publicis-blasen-Merger-ab-120474>, zuletzt eingesehen am 21.09.2016.
- Ansorge, Katrin*, Mediaagenturen nehmen Ströer in die Pflicht, in: Horizont online vom 20.08.2015 (zitiert: *Ansorge*, Horizont online vom 20.08.2015, Link), abrufbar unter: <http://www.horizont.net/medien/nachrichten/Onlinevermarktung-Mediaagenturen-nehmen-Stroeer-in-die-Pflicht-135949>), zuletzt eingesehen am 27.09.2016.
- Bechthold, Rainer/Bosch, Wolfgang*, Kartellgesetz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung (§§ 1-96, 130, 131), 8. Auflage, München 2015 (zitiert: *Bechthold/Bosch*, GWB, §, Rn.).
- Bornemann, Roland/Kraus, Volker/Lörz, Nikolaus (Hrsg.)*, Bayerisches Mediengesetz: Kommentar und Textsammlung, Baden-Baden 2016 (zitiert: *Bornemann u. a.*, Bayerisches Mediengesetz, Art. Rn.).
- Brautmeier, Jürgen*, Begrüßung und Einleitung zum DLM-Symposium 2014 (zitiert: *Brautmeier*, Begrüßung und Einleitung zum DLM-Symposium 2014, Link),

- abrufbar unter: https://www.lfm-nrw.de/fileadmin/user_upload/lfm-nrw/Service/Reden_Positionen/Direktor/Begruesung_und_Einleitung_Brautmeier_DLM_Symposium__20.03.2014.pdf, zuletzt eingesehen am 21.09.2016.
- Bröhmer, Jürgen*, *Transparenz als Verfassungsprinzip*, Tübingen 2004 (zitiert: *Bröhmer, Transparenz als Verfassungsprinzip*, S.).
- Brosda, Carsten*, *Bund-Länder-Kommission zur Medienordnung – Eine Zwischenbilanz*, in: *medienpolitik.net* vom 07.01.2016 (zitiert: *Brosda, medienpolitik.net* vom 07.01.2016, Link), abrufbar unter: <http://www.medienpolitik.net/2016/01/medienpolitikim-gesprach-bleiben/>, zuletzt eingesehen am 21.09.2016.
- Bund-Länder-Kommission*, *Bericht der Bund-Länder-Kommission zur Medienkonvergenz*, 2016 (zitiert: *Bund-Länder-Kommission, Bericht zur Medienkonvergenz*, S., Link), abrufbar unter: https://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/BKM/2016/2016-06-14-medienkonvergenz-bericht-blk.pdf?__blob=publicationFile&v=3, zuletzt eingesehen am 21.09.2016.
- Bund-Länder-Kommission*, *Zwischenbericht der Bund-Länder-Kommission zur Medienkonvergenz*, 2015 (zitiert: *Bund-Länder-Kommission, Zwischenbericht*, S., Link), abrufbar unter: https://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/BKM/2015/2015-12-03-zwischenbericht-bund-laender-kommission-zur-medienkonvergenz.pdf?__blob=publicationFile&v=4, zuletzt eingesehen am 21.09.2016.
- Bundeskartellamt*, 216 Mio. Euro Geldbuße gegen Werbezeitmarkter von RTL und Pro7Sat.1, Pressemitteilung vom 30.11.2007, abrufbar unter: http://www.bundeskartellamt.de/Shared-Docs/Meldung/DE/Pressemitteilung/2007/30_11_2007_share-deals.html, zuletzt eingesehen am 21.09.2016.
- Bundeskartellamt/Autorité de la concurrence*, *Law and Data*, 2016 (zitiert: *BKartA/Autorité de la concurrence, Law and Data*, S.), abrufbar unter: http://www.bundeskartellamt.de/Shared-Docs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf?__blob=publicationFile&v=2, zuletzt eingesehen am 22.09.2016.
- Bunte, Hermann Joseph (Hrsg.)*, *Langen/Bunte Kartellrecht*, Band 2, *Europäisches Kartellrecht*, 12. Auflage, München 2014 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Langen Bunte, Art., Rn.*).

- BVDW*, Pressemitteilung vom 02.06.2016, BVDW-Statistik: Programmatic Advertising wächst um 45 Prozent (zitiert: *BVDW*, Pressemitteilung vom 02.06.2016, Link), abrufbar unter: <http://www.bvdw.org/medien/bvdw-statistik-programmatic-advertising-waechst-um-45-prozent?media=7807>, zuletzt eingesehen am 30.09.2016.
- Christmann, Sabine*, Anforderungen an eine moderne Plattformregulierung – Eine Übersicht zu Marktentwicklungen und Regulierungsfeldern, in: Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht 2015, S. 14-21 (zitiert: *Christmann*, ZUM 2015, S.).
- Cole, Mark D.* Europarechtliche Rahmenbedingungen für die Vielfaltssicherung im Rundfunk, in: BLM (Hrsg.), BLM-Symposium Medienrecht 2007, Freiheitssicherung durch Regulierung: Fördert oder gefährdet die Wettbewerbsaufsicht publizistische Vielfalt, Baden-Baden 2009, S. 93-132 (zitiert: *Cole*, in: , S.).
- Cole, Mark D.*, Vielfaltssicherung durch chancengleichen Zugang zu Finanzierungsquellen – neue Felder der Rundfunkregulierung, in: BLM (Hrsg.), BLM-Medienrechtssymposium 2015, i. Ersch.
- Denzel, Ulrich/Holm-Hadulla, Moritz*, Mediaagenturen im Kartellrecht, in: Gaedertz, Johann Christoph/Martinek, Michael/Ory Stephan (Hrsg.), Handbuch Mediaagenturen – Aufgabenfelder, Geschäftsmodelle, Vertrags- und Wettbewerbsrecht, München 2016 (zitiert: *Albert/von Merveldt*, Handbuch Mediaagenturen, Kap. VIII, Rn.).
- Desplan, Marie-Pierre Bonnet*, Rechtliche Rahmenbedingungen für Mediaagenturen in Frankreich, in: Gaedertz, Johann Christoph/Martinek, Michael/Ory Stephan (Hrsg.), Handbuch Mediaagenturen – Aufgabenfelder, Geschäftsmodelle, Vertrags- und Wettbewerbsrecht, München 2016 (zitiert: *Desplan*, Handbuch Mediaagenturen, Kap. X, A, Rn.).
- Dörr, Dieter/Kreile, Johannes/Cole, Mark*, Handbuch Medienrecht – Recht der elektronischen Massenmedien, 2. Auflage, Frankfurt am Main 2011 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Dörr/Kreile/Cole*, Handbuch Medienrecht, Kapitel, Rn.).
- Dpa*, Google verfolgt seine Nutzer künftig noch weiter, in: faz.net vom 29.06.2016 (zitiert: *dpa*, faz.net vom 29.06.2016, Link), abrufbar unter: <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/netzwirtschaft/google/personalisierte-werbung-google-verfolgt-seine-nutzer-kuenftig-noch-weiter-14315122.html>, zuletzt eingesehen am 27.09.2016.
- Emmerich, Volker*, Kartellrecht, 13. Auflage, München 2014 (zitiert: *Emmerich*, Kartellrecht, S.)
- Eordogh, Fruzsina*, Making sense of YouTube 's great demonetization controversy of 2016, in: Forbes online vom 02.09.2016

(zitiert: *Eordogh*, Forbes online vom 02.09.2016, Link), abrufbar unter: <http://www.forbes.com/sites/fruzsinaeordogh/2016/09/02/making-sense-of-youtubes-great-demonetization-controversy-of-2016/#431a28595b0d>, zuletzt eingesehen am 27.09.2016.

Europäische Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, 97/C 372/03 (zitiert: Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft (97/C 372/03), abrufbar unter: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:31997Y1209\(01\)&from=DE](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:31997Y1209(01)&from=DE), zuletzt eingesehen am 21.09.2016.

Fabricius, Fritz, Amerkung zu BGH Beschluss vom 09.04.1970 – KRB 2/69, in: Betriebsberater 1970, S. 773-776 (zitiert: *Fabricius*, BB 1970, S.).

Fabricius, Fritz, Preislistentreue und Werbeagenturen, in: Wettbewerb in Recht und Praxis 1969, S. 305-340 (zitiert: *Fabricius*: WRP 1969, S.).

Fikentscher, Wolfgang, Die Preislistentreue im Recht der Werbeagenturen – Rechtsgutachten, Stuttgart 1968 (zitiert: *Fikentscher*, Die Preislistentreue im Recht der Werbeagenturen, S.).

Fikentscher, Wolfgang, Preislistentreue der Werbeagenturen – Erwiderung auf Fabricius, in: Wettbewerb in Recht und Praxis 1970, S. 1-8 (zitiert: *Fikentscher*, WRP 1970, S.).

Franzius, Claudio, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, in: Zeitschrift für das Juristische Studium 2015, S. 250-270 (zitiert: *Franzi*)

Geffken, Michael (Hrsg.), Das große Handbuch der Werbung, Landsberg/Lech 1999 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Das große Handbuch Werbung, S.).

Gemeinsame Medienanstalt der Länder Berlin und Brandenburg, Diskriminierungsfreier Werbemarkt sichert lokale Vielfalt, Pressemitteilung vom 09.09.2016 (zitiert: Pressemitteilung der gemeinsamen Medienanstalt der Länder Berlin und Brandenburg vom 09.09.2016, Link), abrufbar unter: <http://www.mabb.de/uber-die-mabb/presse/pressemitteilungen-details/diskriminierungsfreier-werbemarkt-sichert-lokale-vielfalt.html>, zuletzt eingesehen am 20.09.2016.

Grabitz, Eberhard (Begr.)/Hilf, Meinhard/Nettesheim Martin (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Band 1, Stand Januar 2016, 58. Ergänzungslieferung (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Art. Rn.).

- Hahn, Werner/Vesting, Thomas*, Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht – Rundfunkstaatsvertrag, Jugendmedienschutz-Staatsvertrag, Rundfunkgebührenstaatsvertrag, Rundfunkbeitragsstaatsvertrag, Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag, 3. Auflage, München 2012 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Hahn/Vesting, §, Rn.).
- Hans, Silke*, Die Auswirkungen des Medienwandels auf das Werbevertrags- und Werbekartellrecht, München 2015 (zitiert: *Hans*, Die Auswirkungen des Medienwandels, S.).
- Hans, Silke*, Mediaagenturen im Vertragsrecht – Mediaverkaufsträger, in: Gaedertz, Johann Christoph/Martinek, Michael/Ory Stephan (Hrsg.), Handbuch Mediaagenturen – Aufgabenfelder, Geschäftsmodelle, Vertrags- und Wettbewerbsrecht, München 2016 (zitiert: *Hans*, Handbuch Mediaagenturen, Kap. VII, Rn.).
- Hartstein, Reinhard/Ring, Wolf-Dieter/Kreile, Johannes/Stettner, Ruppert/Dörr, Dieter/Cole, Mark D./Wagner, Eva Ellen*, Kommentar zum Staatsvertrag Rundfunk und Telemedien (RStV) und zum Jugendmedienschutz-Staatsvertrag (JMStV), Stand März 2015, 57. Ergänzungslieferung (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner/Cole/Wagner*, Kommentar zum Staatsvertrag Rundfunk und Telemedien (RStV) und zum Jugendmedienschutz-Staatsvertrag (JMStV), Teil, Rn.).
- Heider, Ferdinand*, Das Recht der Werbeagentur, Stuttgart 1964 (zitiert: *Heider*, Das Recht der Werbeagentur, S.).
- Hoffmann-Riem, Wolfgang*, Rundfunkrecht neben Wirtschaftsrecht – Zur Anwendbarkeit des GWB und des EWG-V auf das Wettbewerbsverhalten öffentlich-rechtlichen Rundfunks in der dualen Rundfunkordnung, Baden-Baden 2000 (zitiert: *Hoffmann-Riem*, Rundfunkrecht neben Wirtschaftsrecht, S.).
- Hören, Thomas/Sieber, Ulrich/Holznel, Bernd (Hrsg.)*, Handbuch Multimedia-Recht – Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehrs, München, Stand Juni 2015, 42. Ergänzungslieferung (zitiert: *Bearbeiter*, in: Hoeren/Sieber/Holznel, Handbuch Multimediarecht, Teil, Rn.).
- IAB*, Programmatic and Automation – the publisher's perspective (zitiert: *IAB*, Programmatic and Automation, Link), abrufbar unter: https://www.iab.com/wp-content/uploads/2015/08/IAB_Digital_Simplified_Programmatic_Sept_2013.pdf, zuletzt eingesehen am 30.09.2016.
- IAB*, Realtime-Bidding Project, 2015 (zitiert: *IAB*, Realtime-Bidding-Project, Link), abrufbar unter: <https://www.iab.com/guidelines/real-time-bidding-rtb-project/>, zuletzt eingesehen am 27.09.2016.

- IHS*, IHS-Report: Video Advertising in Europe: The Road to Programmatic Ubiquity, 2015 (zitiert: *IHS*, Video Advertising in Europe, Link), abrufbar unter: <https://www.spotxchange.com/resources/downloads/research/ihs-report-video-advertising-in-europe-the-road-to-programmatic-ubiquity/>, zuletzt eingesehen am 30.09.2016.
- IHS*, The Logic of data & the structural transformation of media: a practical perspective, Präsentation vom 01.06.2016 (zitiert: *IHS*, The Logic of data & the structural transformation of media: a practical perspective, Link), abrufbar unter: https://www.ceps.eu/sites/default/files/Daniel%20Knapp%202016_06_01_Brussels_CEPS_DK.pdf, zuletzt eingesehen am 30.09.2016.
- Illgen, Volker/Schindelbeck, Dirk*, Am Anfang war die Litfaßsäule – illustrierte deutsche Reklamegeschichte, Darmstadt 2006 (zitiert: *Illgen/Schindelbeck*, Am Anfang war die Litfaßsäule, S.).
- Immenga Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.)*, Wettbewerbsrecht, Band 2 GWB, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, 5. Auflage, München 2014 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, §, Rn.)
- Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.)*, Wettbewerbsrecht, Band 1, EU/Teil 2, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 5. Auflage, München 2012 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, Art., Rn.).
- Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.)*, Wettbewerbsrecht, Band 1, EU/Teil 1, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 5. Auflage, München 2012 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, Art., Rn.).
- K2 intelligence*, An independent Study of Media Transparency in the U.S. Advertising Industry, New York 2016 (zitiert: *K2 intelligence*, An independent Study of Media Transparency in the U.S. Advertising Industry, Link), abrufbar unter: <https://www.ana.net/content/show/id/industry-initiative-media-transparency-report>, zuletzt eingesehen am 21.09.2016.
- Kleist, Alexander*, Der Werbeschaltvertrag im Rundfunk – Rechts-tatsachen im Spannungsfeld zwischen Vermarktern, Mediaagenturen und werbungstreibender Wirtschaft, Saarbrücken 2012 (zitiert: *Kleist*, Der Werbeschaltvertrag im Rundfunk, S.).
- Kloss, Ingomar*, Werbung – Handbuch für Studium und Praxis, 5. Auflage, München 2012 (zitiert: *Kloss*, Werbung, S.).

- Kluth, Winfried/Schulz, Wolfgang*, Konvergenz und regulatorische Folgen – Gutachten im Auftrag der Rundfunkkommission der Länder, Hamburg 2014 (zitiert: *Kluth/Schulz*, Konvergenz und regulatorische Folgen, S.).
- Knapp, Daniel*, The Social Construction of Computational Reality: Reclaiming Agency Under Conditions of Pervasive Surveillance in a Computed World, PhD-Dissertation, London School of Economics and Political Science, im Erscheinen.
- Knapp, Daniel*, Consumers & Advertising in the Deluge, Präsentation bei der International Chamber of Commerce, Paris, 24 Juli 2015 (zitiert: Knapp, Daniel (2015): Consumers & Advertising in the Deluge, Präsentation bei der International Chamber of Commerce, Paris, 24 Juli 2015, Link), abrufbar unter: <https://technology.ihs.com/552636/consumers-advertising-in-the-data-deluge>, zuletzt eingesehen am 30.09.2016.
- Knuth, Ingo*, Wachstumsstrategien im deutschen Werbemarkt – Eine inhaltsanalytische Betrachtung des Aufgabenspektrums von Mediaagenturen, in: Kolo, Castulus/Döbler, Thomas/Rademacher, Lars (Hrsg.), Wertschöpfung durch Medien im Wandel, 1. Auflage, Baden-Baden 2012 (zitiert: *Knuth*, in: Kolo/Döbler/Rademacher, Wertschöpfung durch Medien im Wandel, S.).
- Koch, Thomas*, Das historische Eigentor des Klaus-Peter Schulz, in: W & V online vom 25.08.2016 (zitiert: *Koch*, W & V online vom 25.08.2016, Link), abrufbar unter: http://www.wuv.de/blogs/mrmedia/das_historische_eigentor_des_klaus_peter_schulz, zuletzt eingesehen am 21.09.2016.
- Koch, Thomas*, Einordnung von Programmatic als Grundprinzip, in: OMG (Hrsg.), Jahrbuch 2016 – le R.O.I. c'est nous, Frankfurt am Main 2016, S. 31-35 (zitiert: *Koch*, in: OMG Jahrbuch 2016, S.).
- Koch, Thomas*, Mediaagenturen: Nicht alles aus einer Hand, in: absatzwirtschaft online vom 25.09.2015 (zitiert: *Koch*, absatzwirtschaft online vom 25.09.2015, Link), abrufbar unter: <http://www.absatzwirtschaft.de/mediaagenturen-nicht-alles-aus-einer-hand-63689/>, zuletzt eingesehen am 21.09.2016.
- Kolonko, Eberhardt*, Medienrabatte im Vertragsverhältnis der Mediaagenturen zu ihren Auftraggebern, in: Archiv für Presserecht 2009, S. 18-23 (zitiert: *Kolonko*, AfP 2009, S.).
- Kommission für Zulassung und Aufsicht der Medienanstalten*, Einpreisbedingungen der Plattformbetreiber: Mehr Chancengleichheit für Anbieter erreicht, Pressemitteilung der ZAK vom

21.06.2016 (zitiert ZAK, Pressemitteilung vom 21.06.2016, Link), abrufbar unter: http://www.kek-online.de/fileadmin/Download_KEK/Informationen_Publikationen/KEK_Bericht_ALM_Band_49.pdf, zuletzt eingesehen am 21.09.2016.

Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich, Von der Fernsehzentrierung zur Medienfokussierung – Anforderungen an eine zeitgemäße Sicherung der Medienvielfalt – Bericht der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) über die Entwicklung der Konzentration und über Maßnahmen zur Sicherung der Meinungsvielfalt im privaten Rundfunk, Berlin 2014 (zitiert: *KEK*, 2015, S., Link), abrufbar unter: http://www.kek-online.de/fileadmin/Download_KEK/Informationen_Publikationen/KEK_Bericht_ALM_Band_49.pdf, zuletzt eingesehen am 20.09.2016.

Kors, Johannes, Wirtschaftliche Lage im Hörfunkmarkt Berlin-Brandenburg und ökonomische Nachhaltigkeit der deutschen Radioindustrie, mabb-Schriftenreihe Band 28, Berlin 2013 (zitiert: *Kors*, Wirtschaftliche Lage im Hörfunkmarkt Berlin-Brandenburg und ökonomische Nachhaltigkeit der deutschen Radioindustrie).

Kors, Johannes, Entwicklung der Digitalisierung des Hörfunks in Deutschland, in: die medienanstalten (Hrsg.), Kreative Zerstörung oder digitale Balance: Medienplattformen zwischen Wettbewerb und Kooperation – Digitalisierungsbericht 2016, S. 53-62 (zitiert: *Kors*, in: Digitalisierungsbericht 2016, S.).

Kreifels, Rainer/Breuer, Christian/Maidl, Johannes, Die Werbeagentur in Recht und Praxis, München 2000 (zitiert: *Kreifels/Breuer/Maidl*, Die Werbeagentur in Recht und Praxis, S.).

Lambsdorff, Hans Georg Graf/Skora, Bernd, Handbuch des Werbeagenturrechts, Mannheim 1975 (zitiert: *Lambsdorff/Skora*, Handbuch des Werbeagenturrechts, S.).

Loewenheim, Ulrich/Meesen, Karl M./Riesenkampff, Alexander/Kersting, Christinan/Meyer-Lindemann, Hans Jürgen, Loewenheim/Meesen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, 3. Auflage, München 2016 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Loewenheim/Meesen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, §/Art., Rn.)

Mansel, Heinz Peter (Redaktor), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 311, 311a, 312, 312a-i (Vertragsschluss), Neubearbeitung 2013 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Staudinger, §, Rn.).

- Martinek, Michael*, Die modernen Mediaagenturen als Nachfolger der Werbeagenturen – Rechtstatsachen und Rechtsverhältnisse, in: Chiusi, Tiziana/Gergen, Thomas/Jung, Heike (Hrsg.), Das Recht und seine historischen Grundlagen – Festschrift für Elmar Wadle zum 70. Geburtstag, Berlin 2008, S. 551-594 (zitiert: *Martinek*, in: FS Wadle, S.).
- Martinek, Michael*, Macht und Recht der Mediaagenturen – Der Streit um die TV-Freispots als Treugut oder Handelsware, in: Juristische Monatsschrift 2015, S. 6-14 (zitiert: *Martinek*, jM 2015, S.).
- Martinek, Michael*, Mediaagenturen und Medienrabatte – Medienrabatte zwischen Weiterleitungspflicht und Kommerzialisierbarkeit im Strukturwandel der Mediaagenturen zu Media-Handelsunternehmen, München 2008 (zitiert: *Martinek*, Mediaagenturen und Medianrabatte, S.).
- Martinek, Michael/Hans, Silke*, Mediaagenturen im Vertragsrecht – Mediaeinkaufsverträge – Allgemeine Aspekte, in: Gaedertz, Johann Christoph/Martinek, Michael/Ory Stephan (Hrsg.), Handbuch Mediaagenturen – Aufgabenfelder, Geschäftsmodelle, Vertrags- und Wettbewerbsrecht, München 2016 (zitiert: *Martinek/Hans*, Handbuch Mediaagenturen, Kap. VII, Rn.).
- Marx, Anne*, Armutszeugnis für Mediaagenturen, in: W & V Nr. 34 vom 17.08.2015, S. 35 (zitiert: *Marx*, W & V Nr. 34 vom 17.08.2015, S.).
- Monopolkommission*, Wettbewerb 2016 – XXI. Hauptgutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Abs. 1 Satz 1 GWB, Bonn 2016 (zitiert: *Monopolkommission*, Wettbewerb 2016, S., Link)
abrufbar unter: http://www.monopolkommission.de/images/HG21/HGXXI_Gesamt.pdf, zuletzt eingesehen am 20.09.2016.
- Munoz Salanda, Mercedes/Rodríguez Pardo, Julián*, Rechtliche Rahmenbedingungen für Mediaagenturen in Spanien, in: Gaedertz, Johann Christoph/Martinek, Michael/Ory Stephan (Hrsg.), Handbuch Mediaagenturen – Aufgabenfelder, Geschäftsmodelle, Vertrags- und Wettbewerbsrecht, München 2016 (zitiert: *Munoz Salanda/Rodríguez Pardo*, Handbuch Mediaagenturen, Kap. X, C, Rn.).
- Nehl, Hanns Peter*, Rechtsschutz im Bereich grenzüberschreitender Medienzusammenschlüsse, Wien 2003 (zitiert: *Nehl*, Rechtsschutz im Bereich grenzüberschreitender Medienzusammenschlüsse, S.).

- Neveling, Kirsten*, Die sachliche Marktabgrenzung bei der Fusionskontrolle im deutschen und europäischen Recht, Tübingen 2003 (zitiert: *Neveling*, Die sachliche Marktabgrenzung, S.).
- Niesel, Manfred*, Vergütungsmodelle bei Mediaagenturen, in: Medienwirtschaft 2010, S. 30-36 (*Niesel*, Medienwirtschaft 2010, S.).
- Nötting, Thomas*, Mehr Transparenz: Mediascale öffnet seine Einkaufs-Box, in: W & V online vom 08.09.2016 (zitiert: *Nötting*, W & V online vom 08.09.2016, Link), abrufbar unter: http://www.wuv.de/agenturen/mehr_transparenz_mediascale_oeffnet_seine_einkaufs_box, zuletzt eingesehen am 21.09.2016.
- Nötting, Thomas*, Nicht auf der Agenda, in: W & V Nr. 43 vom 19.10.2015, S. 20-26 (zitiert: *Nötting*, W & V Nr. 43 vom 19.10.2015, S.).
- Nötting, Thomas/Kalka, Jochen*, „Keine Umfassende Transparenz“, Interview mit Tina Beuchler, in: W % V Nr. 25 vom 20.06.2016, S. 28-33 (zitiert: *Nötting/Kalka* im Interview mit Tina Beuchler, W & V Nr. 25 vom 20.06.2016, S.).
- O'Reilly, Laura*, The advertising community is seriously annoyed about a move Google just made, in: Business Insider UK vom 07.08.2015 (zitiert: *O'Reilly*, in: Business Insider UK vom 07.08.2015, Link), abrufbar unter: <http://uk.businessinsider.com/google-shuts-down-third-party-access-to-youtube-ads-via-the-doubleclick-ad-exchange-2015-8?IR=T>, zuletzt eingesehen am 27.09.2016.
- Omlor, Sebastian*, Anmerkung zu BGH Urteil vom 16.06.2016, in: LMK 2016, 380739 (zitiert: *Omlor*, LMK 2016, 380739).
- Paal, Boris P.*, Die Rolle der Medien in der Demokratie, in: tv diskurs 2/2013, S. 24-24 (zitiert: *Paal*, Tv diskurs 2/2013, S.).
- Paal, Boris P.*, Internetsuchmaschinen im Kartellrecht, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht internationaler Teil 2015, S. 997-1005 (zitiert: *Paal*, GRUR int. 2015, S.).
- Palandt, Otto (Begr.)*, Bürgerliches Gesetzbuch – mit Nebengesetzen insbesondere mit Einfuhrungsgesetz (Auszug) einschließlich Rom I-, Rom II- und Rom III-Verordnungen sowie Haager Unterhaltsprotokoll und EU-Erbrechtsverordnung, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (Auszug), Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz, BGB-Informationspflichten- Verordnung, Unterlassungsklagengesetz, Produkthaftungsgesetz, Erbbau-rechtsgesetz, Wohnungseigentumsgesetz, Versorgungsaus-

- gleichsgesetz, Lebenspartnerschaftsgesetz, Gewaltschutzgesetz, 75. Auflage, München 2016 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Palandt, §, Rn.).
- Paperlein, Juliane*, „Unter Druck gesetzt“, Interview mit Matthias Dang, in: Horizont Nr. 36 vom 03.09.2015, S. 14 (zitiert: *Paperlein*, Horizont Nr. 36 vom 03.09.2015, S.).
- Paperlein, Juliane*, GroupM drückt Radio, in: Horizont Nr. 47 vom 24.11.2011, S. 8 (zitiert: *Paperlein* Horizont Nr. 47 vom 24.11.2011, S.).
- Paschke Marian/Berlit, Wolfgang/Meyer Klaus (Hrsg.)*, Hamburger Kommentar Gesamtes Medienrecht, 3. Auflage, Baden-Baden 2016 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Hamburger Kommentar, Abschnitt, Rn.).
- Peralta, Mike*, Outsourced or in-house? Advertisers shift their thinking about in-house programmatic, in: The Drum vom 15.04.2016 (zitiert: *Peralta*, The Drum vom 15.04.2016, Link),
abrufbar unter: <http://www.thedrum.com/opinion/2016/04/15/outsourced-or-house-advertisers-shift-their-thinking-about-house-programmatic>, zuletzt eingesehen am 27.09.2016.
- Reuter, Dieter, J.* von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 657-704 (Geschäftsbesorgung), Neubearbeitung 2006 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Staudinger, §, Rn.).
- Ridley, Louise*, 40 % of online ads not reaching target audience, says Nielsen, in: Campaign online vom 16.05.2014 (zitiert: *Ridley*, Campaign online vom 16.05.2014, Link),
abrufbar unter: <http://www.campaignlive.co.uk/article/40-online-ads-not-reaching-target-audience-says-nielsen/1294685#>, zuletzt eingesehen am 27.09.2016.
- Rodenhausen, Anselm*, Die Kontrolle von Medienkonglomeraten mittels GWB, Offenbach am Main 2009 (zitiert: *Rodenhausen*, Die Kontrolle von Medienkonglomeraten, S.).
- Rupp, Martin*, Die grundrechtliche Schutzpflicht des Staates für das Recht auf informationelle Selbstbestimmung im Pressesektor, Saarbrücken 2013 (zitiert: *Rupp*, Die grundrechtliche Schutzpflicht des Staates für das Recht auf informationelle Selbstbestimmung im Pressesektor).
- Saal, Marco*, Pro Sieben Sat.1 emanzipiert ich von der Werbung, in: Horizont online vom 04.08.2016 (zitiert: *Saal*, Horizont online vom 04.08.2016, Link), abrufbar unter: <http://www.hori->

zont.net/medien/nachrichten/Bilanz-Pro-Sieben-Sat-1-emanzipiert-sich-von-der-TV-Werbung-141856?utm_source=%2Fmeta%2Fnewsflash&utm_medium=newsletter&utm_campaign=nl6985, zuletzt eingesehen am 20.09.2016.

Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4, Schuldrecht Besonderer Teil II, §§ 611-704, EFZG, TzBfG, KSchG, 6. Auflage, München 2012 (zitiert: *Bearbeiter*, in: MüKo BGB, §, Rn.).

Salomon, Thomas, Praktische Bedeutung der Mediaagenturen, in: Gaedertz, Johann Christoph/Martinek, Michael/Ory Stephan (Hrsg.), Handbuch Mediaagenturen – Aufgabenfelder, Geschäftsmodelle, Vertrags- und Wettbewerbsrecht, München 2016 (zitiert: *Salomon*, Handbuch Mediaagenturen, Kap. III, Rn.)

Schaller, Birgit/Stindl, Herwig, Eine komplizierte Dreiecksbeziehung, in: Horizont AT Nr. 36 vom 04.09.2015, S. 11 (zitiert: *Schaller/Stindl*, Horizont AT Nr. 36 vom 04.09.2015, S.).

Scharrer, Jürgen, „Wie beim Schachspiel“, Interview mit Thomas Salomon, in: Horizont Nr. 49 vom 08.12.2011, S. 16 (zitiert: *Scharrer*, Horizont Nr. 49 vom 08.12.2016, S.).

Schlömer, Uwe/Dittrich, Jörg, eBay & Recht – Bilanz der Rechtsprechung, in: Betriebsberater 2007, S. 2129-2136 (zitiert: *Schlömer/Dittrich*, BB 2007, S.).

Schmid, David, Korruption durch Bonuszuwendungen – Strafbarkeit der (Media-) Agentur als Beauftragte im Sinne von § 299 Abs. 1 StGB, Heidelberg 2012 (zitiert: *Schmid*, Korruption durch Bonuszahlungen, S.).

Schmidt, Ingo/Haucap, Justus, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht: Eine interdisziplinäre Einführung, München 2013 (zitiert: *Schmidt/Haucap*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, S.).

Schneider, Horst, Die Preislistentreue der Werbungsmitler und Werbeagenturen, in: Wirtschaft und Wettbewerb 1962, S. 260-273 (zitiert: *Schneider*, WuW 1962, S.).

Schneider, Siegfried, 6 Punkte zur Zukunft von Digitalradio – Keynote des DLM-Vorsitzenden Siegfried Schneider auf dem Dialogtag im Rahmen der IFA am 05.09.2016 in Berlin (zitiert: *Schneider*, 6 Punkte zur Zukunft von Digitalradio - Keynote des DLM-Vorsitzenden auf dem Digitalradiotag im Rahmen der IFA am 5. September 2016 in Berlin, Link), abrufbar unter: https://www.blm.de/infotehk/positionen_und_renden.cfm?object_ID=6501, zuletzt eingesehen am 27.09.2016.

- Schneider, Siegfried*, Einleitung und Begrüßung anlässlich des BLM-Rechtssymposiums am 09.10.2015, (zitiert: *Schneider*, Einleitung und Begrüßung zum BLM-Symposium 2015, Link), abrufbar unter: https://www.blm.de/infothek/positionen_und_reden.cfm?object_ID=5254, zuletzt eingesehen am 21.09.2016.
- Schwartmann, Rolf/Ohr, Sara*, Recht der Sozialen Medien, Heidelberg 2015 (zitiert: *Schwartmann/Ohr*, Recht der Sozialen Medien, S.).
- Schwegler, Petra*, RMS baut mit Adremes Programmatic Audio fürs UKW-Radio auf, in: W & V online vom 22.09.2016 (zitiert: *Schwegler*, W & V online vom 22.09.2016, Link), abrufbar unter: http://www.wuv.de/medien/rms_baut_mit_adremes_programmatic_audio_fuers_ukw_radio_auf, zuletzt eingesehen am 27.09.2016.
- Seebohn, Joachim*, Gabler Kompaktlexikon Werbung – 1400 Begriffe nachschlagen, verstehen, anwenden, 11. Auflage, Wiesbaden 2013 (zitiert: *Bearbeiter*, Gabler Kompaktlexikon Werbung, S.).
- Shields, Roanan*, How does AOL stack up against other 'scale players' like facebook and google, in: The Drum vom 18.09.2015 (zitiert: *Shields*, The Drum vom 18.09.2015, Link), abrufbar unter: <http://www.thedrum.com/news/2015/09/18/how-does-aol-stack-against-other-scale-players-facebook-and-google>, zuletzt eingesehen am 30.09.2016.
- Slefo, George*, Acquistitions of Digital Agencies, Ad-Tech and Analytics Firms surge, in: Advertising Age vom 10.08.2016 (zitiert: *Slefo*, Advertising Age vom 10.08.2016, Link), abrufbar unter: <http://adage.com/article/agency-news/digital-properties-dominated-mergers-acquisitions/305397/>, zuletzt eingesehen am 27.09.2016.
- Streeck, Klaus*, Management der Fantasie – Einführung in die werbende Wirtschaftskommunikation, 2. Auflage, Baden-Baden 2010 (*Streeck*, Management der Fantasie, S.).
- Tanner, Adam*, How Ads follow you from Phone to Desktop to Tablet, in: MIT Technology Review vom 01.07.2015 (zitiert: *Tanner*, How Ads Follow You from Phone to Desktop to Tablet, Link), abrufbar unter: <https://www.technologyreview.com/s/538731/how-ads-follow-you-from-phone-to-desktop-to-tablet/>, zuletzt eingesehen am 27.09.2016.

- Trafkowski, Armin*, Medienkartellrecht – Die Sicherung des Wettbewerbs auf den Märkten der elektronischen Medien, München 2002 (zitiert: *Trafkowski*, Medienkartellrecht, S.).
- Turow, Joseph*, The Daily You: How the New Advertising Industry Is Defining Your Identity and Your Worth, in: Yale University Press: New Haven, CT, 2011 (zitiert: *Turow*, Yale University Press: New Haven, CT, 2011).
- Ukrow, Jörg*, Aktuelle Entwicklungen an der Schnittstelle von Medien- und Glücksspielrecht, in: Zeitschrift für Wett- und Glücksspielrecht 2016, S. 31-36 (zitiert: *Ukrow*, ZFWG 2016, S.).
- Ukrow, Jörg*, Jugendschutzrecht, 1. Auflage, München 2004 (zitiert: *Ukrow*, Jugendschutzrecht, S.)
- Ukrow, Jörg*, Selbstkontrolle im Medienbereich und europäisches Gemeinschaftsrecht, in: ders. (Hrsg.), Die Selbstkontrolle im Medienbereich in Europa, 2000 (zitiert: *Ukrow*, in: ders. (Hrsg.), Die Selbstkontrolle im Medienbereich in Europa, S.).
- Ulmer, Peter*, Der Vertragshändler – Tatsachen und Rechtsfragen kaufmännischer Geschäftsbesorgung beim Absatz von Markenwaren, München 1969 (zitiert: *Ulmer*, Der Vertragshändler, S.).
- von der Groeben, Hans/Schwartze, Jürgen/Hatje, Armin*, Europäisches Unionsrecht – Vertrag über die Europäische Union, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 7. Auflage, München 2015 (zitiert: *Bearbeiter*, in: von der Groeben/Schwartze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art., Rn.).
- von Woedke, Peter*, Aufgaben- und Tätigkeitsfelder von Mediaagenturen, in: Gaedertz, Johann Christoph/Martinek, Michael/Ory Stephan (Hrsg.), Handbuch Mediaagenturen – Aufgabenfelder, Geschäftsmodelle, Vertrags- und Wettbewerbsrecht, München 2016 (zitiert: *von Woedke*, Handbuch Mediaagenturen, Kap. I, Rn.).
- Vranica, Suzanne*, Interpublic to shift \$ 250 Million in TV ad spending to YouTube, in: Wall Street Journal online vom 04.05.2016 (zitiert: *Vranica*, WSJ online vom 04.05.2016 , Link), abrufbar unter: <http://www.wsj.com/articles/inter-public-to-shift-250-million-in-tv-ad-spending-to-youtube-1462359623?mod=djemCMOToday#:gXnTo6zOt7rgjA>, zuletzt eingesehen am 27.09.2016.
- Vranica, Suzanne/Marshall Jack*, Facebook overestimated Key Video Metric for two years, in: Wall Street Journal online vom 22.09.2016 (zitiert: *Vranica/Marschall*, WSJ online vom 22.09.2016, Link),

- abrufbar unter: <http://www.wsj.com/articles/facebook-overestimated-key-video-metric-for-two-years-1474586951>, zuletzt eingesehen am 29.09.2016.
- Wagner von Papp, Florian*, Das GWB nach der 7. Novelle, in: Juristische Arbeitsblätter 2006, S. 147-150 (zitiert: *Wagner von Papp*, JA 2006, S.).
- Wandtke, Artur-Axel/Wöhrn, Kirsten-Inger (Hrsg.)*, Medienrecht Praxishandbuch, Berlin 2011 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Wandtke u. a., Medienrecht Praxishandbuch – Band, Rn., S.).
- Wiebe, Andreas*, Vertragsschluss bei Online-Auktionen, in: MultiMedia und Recht 2000, S. 323-329 (zitiert: *Wiebe*, MMR 2000, S.).
- World Federation of Advertisers*, WFA guide to Programmatic Media, 2014 (zitiert: World Federation of Advertisers, WFA guide to Programmatic Media, Link), abrufbar unter: <http://www.wfanet.org/media/programmatic.pdf>, zuletzt eingesehen am 30.09.2016.
- Zentralverband der deutschen Werbewirtschaft ZAW e.V.*, Werbung 2016, Berlin 2016 (zitiert: *ZAW*, Werbung 2016, S.).
- Ziesmann, Michael*, Komplex wirkende Milchmädchenrechnung, Leserbrief zu W & V 34/2016, Titel: Mediadebatte „Aus der Deckung“ S. 16, in: W & V Nr. 35 vom 06.09.2016, S. 66 (zitiert: *Ziesmann*, Leserbrief in W & V Nr. 35 vom 06.09.2016 zu, S.).

Das EMR

Das Institut für Europäisches Medienrecht e.V. (EMR) mit Sitz in Saarbrücken und einem Verbindungsbüro in Brüssel wurde im Jahr 1990 als unabhängige und neutrale Einrichtung gegründet, die den Zweck verfolgt, dem steigenden Informations- und Untersuchungsbedarf im Bereich des Medienrechts gerecht zu werden. Das Institut ist ein eingetragener Verein, der als gemeinnützig anerkannte Zwecke verfolgt.

Als medienrechtliches Fachinstitut deckt das EMR alle Bereiche des Medienrechts, also des Rundfunk-, Presse- und IT-Rechts sowie des Telekommunikationsrechts, und alle angrenzenden Rechtsgebiete wie Urheber-, Äußerungs-, Film- und insbesondere auch Datenschutzrecht ab. Neben diesen Themen bezieht das Institut das Wettbewerbs- und Kartellrecht in seine Tätigkeit mit ein sowie insbesondere die Prinzipien der Zugangsoffenheit von Übertragungs- und Vertriebsplattformen für Medieninhalte.

Wichtiges Tätigkeitsfeld des Instituts ist die Ausarbeitung von rechtswissenschaftlichen Gutachten zu aktuellen Fragen des Medienrechts im nationalen und europäischen Kontext. Eine hervorgehobene Expertise hat das EMR im Hinblick auf rechtsvergleichende Studien erworben. Durch die jahrelange Kooperation mit rund 180 Korrespondenten in 40 europäischen Staaten konnte ein umfassendes Netzwerk aufgebaut werden, auf das bei grenzüberschreitenden Fragestellungen zurückgegriffen werden kann.

Daneben führt das EMR europaweit Veranstaltungen und Workshops durch. Indem es dabei regelmäßig sowohl Medienpolitiker, Experten und Wissenschaftler als auch Interessenvertreter versammelt, fungiert es als geschätzte, unabhängige Plattform in der Medienrechtsszene. In Brüssel veranstaltet es unter anderem die „Annual European Media Law Conference“ gemeinsam mit der Europäischen Rechtsakademie.

Einen weiteren Schwerpunkt der Institutsarbeit nehmen die wissenschaftliche Publikationen ein. Das EMR verfügt über eine eigene Schriftenreihe, in der vorwiegend Rechtsgutachten und gutachterliche Stellungnahmen, Textsammlungen sowie die Ergebnisse der vom Institut (in der Regel mit Kooperationspartnern) ausgerichteten Veranstaltungen dokumentiert werden. Die neu geschaffene Publikationsreihe

„EMR-Script“ widmet sich aktuellen medienrechtlichen und medienpolitischen Themen und wird parallel als e-Book und Printversion vertrieben. Das Institut übermittelt auf regelmäßiger Basis eine große Anzahl von Beiträgen für den IRIS Newsletter, die IRIS *plus* und die IRIS Spezial. Zusätzlich veröffentlicht das EMR Rechercheergebnisse und eigenständige Beiträge zum nationalen und europäischen Medienrecht in verschiedenen anderen Publikationen, beispielsweise in der Fachzeitschrift MultiMedia und Recht (MMR). Das Institut ist außerdem Miterausgeber der European Data Protection Law Review (EDPL), in deren Rubrik „Reports“ das EMR europäische und nationale Entwicklungen im Datenschutzrecht entlang thematischer Schwerpunkte oder einzelfallbezogener Ereignisse darstellt.

Seit 1994 ist das Institut offizieller Partner der Europäischen Audiovisuellen Informationsstelle (EAI) in Straßburg, der über 50 Mitgliedsstaaten und Organisationen angehören, unter anderem die Mehrzahl der Mitgliedstaaten des Europarates sowie die Europäische Kommission (für die Europäische Union) angehören. Im Rahmen seiner Verbindung mit der Informationsstelle ist das Institut damit betraut, die medienpolitische und medienrechtliche Entwicklung in den Ländern Mittel- und Osteuropas zu untersuchen und zu dokumentieren.

Aufgrund unseres über die Jahre aufgebauten, umfassenden Netzwerkes stehen wir in ständiger Verbindung mit rund 180 Korrespondenten in 40 europäischen Staaten, was das EMR zu rechtsvergleichenden Gutachten besonders befähigt. Neben der Erstellung von Gutachten zu grundsätzlichen und aktuellen medienrechtlichen Fragestellungen führt das EMR europaweit regelmäßig Veranstaltungen durch. Die EMR-Schriftenreihe mit zwischenzeitlich mehr als 40 Bänden dient wie die übrigen Publikationen der Kommunikation mit der interessierten Fachöffentlichkeit. Darin werden Gutachten, Ergebnisse der Veranstaltungen, Dissertationen und Sammelbände zu aktuellen Themen aus dem gesamten Bereich des Medienrechts veröffentlicht.

Aufgaben und Angebote des EMR

Das Institut:

- untersucht praxisorientiert die aktuellen Fragen des europäischen und nationalen Medienrechts;

- veröffentlicht medienrechtliche Informationen und die einschlägigen Forschungsergebnisse;
- erteilt auf Anfrage Rechtsauskünfte an Regierungsstellen, öffentlich-rechtliche und private Veranstalter, Medienaufsichtsbehörden sowie an Unternehmen, Verbände und Fachleute in den verschiedenen Bereichen der Kommunikationsbranche;
- konzipiert und organisiert medienrechtliche Tagungen und Konferenzen;
- bietet eine unabhängige Plattform für einen Austausch über medienrechtlich relevante Aspekte.

Organisation

Die Organisationsstruktur des EMR umfasst folgende Einrichtungen und Organe:

Direktorium

Das Direktorium führt die laufenden Geschäfte des Instituts. Mitglieder des Direktoriums sind RA Prof. Dr. Stephan Ory (Direktor), Prof. Dr. Mark D. Cole (Wissenschaftlicher Direktor) und Dr. Jörg Ukrow (Geschäftsführendes Vorstandsmitglied).

Vorstand

Der Vorstand ist eines von zwei Organen des EMR und beruft das Direktorium. Er besteht aus Medienpraktikern, wobei seine plurale Zusammensetzung den neutralen, Mediensektoren übergreifenden Ansatz des Instituts unterstreicht. Die Mitglieder des Vorstands sind Prof. Dr. Stephan Ory (Vorsitzender, RA und Geschäftsführer APR), Reinhold Kopp (1. stellv. Vorsitzender, RA und Partner bei HEUSSEN), Dr. Jörg Ukrow (2. stellv. Vorsitzender, Stv. Direktor LMS), Cornelia Holsten (Direktorin brema), Dr. Norbert Holzer (RA, Mitglied der KEF), Dr. Alexander Kleist, Gernot Lehr (RA und Partner bei Redeker Sellner Dahs), Steffen Müller (Geschäftsführer Radio 21), Bernd Radeck, Gregor Wichert und Dr. Christopher Wolf (Referatsleiter Staatskanzlei des Saarlandes).

Mitgliederversammlung

Die Mitgliederversammlung ist das zweite Organ des EMR und besteht aus den ordentlichen Mitgliedern sowie den Fördermitgliedern des Instituts (z. B. Landesmedienanstalten, öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten, private Fernseh- und Hörfunkveranstalter, Produktionsunternehmen). Die jährlich einberufene Mitgliederversammlung wählt den Vorstand und entscheidet unter anderem über Satzungsänderungen sowie die Festsetzung der Jahresbeiträge.

Forschungsbeirat

Zur Unterstützung der Forschungstätigkeit des EMR ist ein Beirat eingerichtet, der sich erstmals 1997 konstituiert hat. Dieser setzt sich aus namhaften Persönlichkeiten zusammen, die ihren beruflichen Schwerpunkt in der Medienwissenschaft, den Aufsichtsinstanzen für Rundfunk und Telemedien sowie der Medienpolitik und Medienwirtschaft haben. Der Forschungsbeirat tagt in der Regel einmal jährlich.

Die Mitglieder des Forschungsbeirats sind Dr. Martin *von Albrecht* (Rechtsanwalt, K&L Gates, Berlin), Dr. Gerd *Bauer* (Direktor Landesmedienanstalt Saarland), Prof. Dr. Georg *Borges* (Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Rechtstheorie und Rechtsinformatik, Institut für Rechtsinformatik, Universität des Saarlandes), Prof. Dr. Mark D. *Cole* (Université du Luxembourg), Dr. Martin *Dumermuth* (Direktor des Bundesamtes für Justiz, Bern), Prof. Dr. Carl-Eugen *Eberle* (Ehemaliger Justitiar, Zweites Deutsches Fernsehen, Mainz), Prof. Dr. Nico *van Eijk* (Direktor, Institute for Information Law, Universiteit van Amsterdam), Prof. Dr. Thomas *Giegerich* (Direktor Europa-Institut, Universität des Saarlandes, Saarbrücken), Prof. Dr. Christoph *Gröpl* (Leiter Arbeitsstelle Medienrecht, Universität des Saarlandes, Saarbrücken), Dr. Werner *Hahn* (Justitiar, Norddeutscher Rundfunk, Hamburg), Prof. Dr. Karl-Eberhard *Hain* (Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Medienrecht, Institut für Medienrecht und Kommunikationsrecht, Köln), Prof. Dr. Maximilian *Herberger* (Ehemaliger Direktor des Instituts für Rechtsinformatik, Universität des Saarlandes, Saarbrücken), Prof. Dr. Michael *Holoubek* (Institut für Österreichisches und Europäisches Öffentliches Recht, Wirtschaftsuniversität Wien), Prof. Dr. Bernd *Holznagel* (Direktor ITM – Öffentlich-rechtliche Abteilung, Westfälische Wilhelms-Universität Münster), Prof. Dr. Jan Henrik *Klement* (Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Universität des Saarlandes), Annette *Kümmel* (Direktorin Medienpolitik, ProSiebenSat.1 Media AG, München), Boris

Lochthofen (Unternehmenskommunikation, Regiocast GmbH & Co. KG, Leipzig), Dr. Josef *Lusser* (Stv. Justitiar, Österreichischer Rundfunk, Wien), Sabine *Maass* (Ministerialrätin, Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Berlin), Dr. Holger *Paesler* (Geschäftsführer der Verlagsgruppe Ebner Ulm), Bernd *Radeck* (Justitiar Saarländischer Rundfunk, Saarbrücken), Prof. Dr. Wolf-Dieter *Ring* (ehemaliger Präsident, Bayerische Landeszentrale für neue Medien, München; ehemaliger Vorsitzender KJM), Alexander *Scheuer* (Medienpolitik & Medienregulierung, Deutsche Telekom AG, Bonn), Dr. Tobias *Schmid* (Leiter Medienpolitik, Mediengruppe RTL Deutschland, Köln; Vizepräsident VPRT), Dr. Annette *Schumacher* (Leiterin Regulierung und Public Affairs, Kabel Deutschland GmbH, Unterföhring), Prof. Dr. Christoph *Sorge* (Lehrstuhl für Rechtsinformatik, Universität des Saarlandes), Prof. Wolfgang *Thaenert* (Ehemaliger Direktor der LPR Hessen), Peter *Weber* (Justitiar, Zweites Deutsches Fernsehen, Mainz), Wolfgang M. *Wohnhas* (Referatsleiter, Der Beauftragte der Bundesregierung für Kultur und Medien, Berlin).

Mitarbeiter

Am EMR sind neben dem Geschäftsführer mehrere Volljuristinnen und -juristen sowie eine Assistentkraft und mehrere studentische Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter beschäftigt. Das kleine, aber schlagkräftige Team des EMR am Sitz des Instituts, das vom Geschäftsführer geleitet wird, besteht im Schwerpunkt aus Juristen aus unterschiedlichen Mitgliedstaaten der EU. Es ermöglicht einen fachlich versierten und interkulturell kompetenten Einblick in europäische medienrechtliche Entwicklungen und Problemstellungen auf Ebene der EU wie in ihren Mitgliedstaaten.

Media Network

Das eigenständig aufgebaute Korrespondentennetzwerk des EMR besteht aus rund 180 Medienrechtlern, Wissenschaftlern und Praktikern aus 40 europäischen Staaten. Das Netzwerk unterstützt das EMR insbesondere bei der Erstellung von rechtsvergleichenden Gutachten und der Publikationstätigkeit. Es garantiert, dass wir im EMR exzellent aufgestellt sind, um Entwicklungen auf nationaler Ebene und Zusammenhänge zu den europäischen Vorgaben regelmäßig zu verfolgen und zugänglich zu machen und zugleich auf entsprechende Begutachtungsfragen zügig reagieren zu können.

Partnerschaften

Neben den Landesmedienanstalten sind vor allem das Instituut voor Informatierecht der Universität Amsterdam (IViR) sowie die Universität des Saarlandes und das dort beheimatete Europa-Institut ständige Partner des EMR. Zur Europäischen Audiovisuellen Informationsstelle (EAI) in Straßburg, getragen von einer Vielzahl von Mitgliedsstaaten des Europarates, besteht eine dauerhafte, enge Partnerschaft, aus der unter anderem ein Großteil der Publikationstätigkeit des EMR hervorgeht (*IRIS plus*, *IRIS Spezial*, *IRIS Newsletter*).

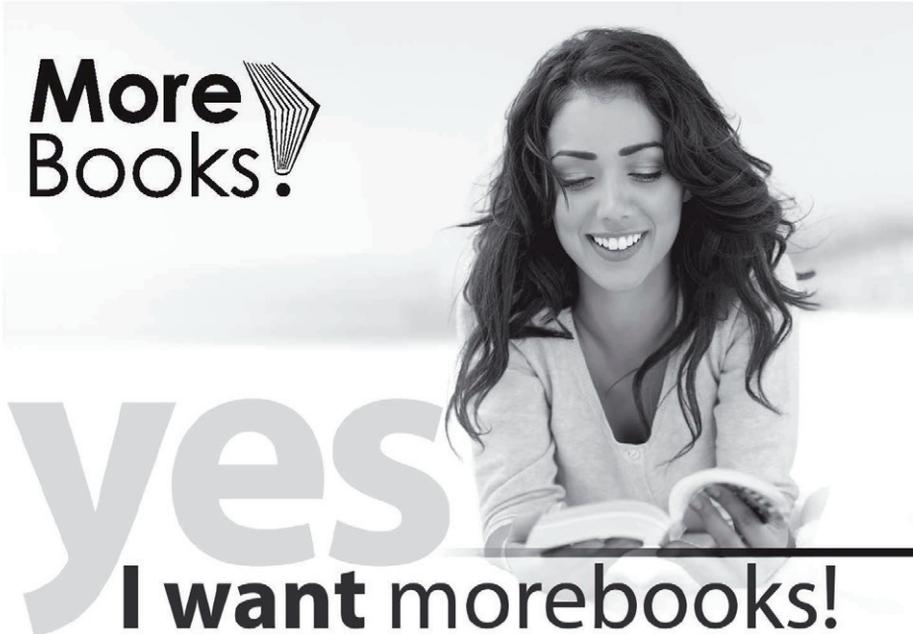
Kontakt

Haben Sie weitere Fragen zum EMR, freuen wir uns über eine Kontaktaufnahme. Unser Geschäftsführer erteilt Ihnen gerne Auskunft.

Institut für Europäisches Medienrecht (EMR) e.V.
Franz-Mai-Straße 6, 66121 Saarbrücken
Tel.: +49 / (0) 681 99 275 11
Fax.: +49 / (0) 681 99 275 12
E-Mail: emr@emr-sb.de

Ausführlichere Informationen zum EMR und Hinweise zu aktuellen medienrechtlichen Entwicklungen finden sich auf unserer Webseite unter www.emr-sb.de.

**More
Books!** 



yes
I want morebooks!

Buy your books fast and straightforward online - at one of the world's fastest growing online book stores! Environmentally sound due to Print-on-Demand technologies.

Buy your books online at
www.get-morebooks.com

Kaufen Sie Ihre Bücher schnell und unkompliziert online – auf einer der am schnellsten wachsenden Buchhandelsplattformen weltweit!
Dank Print-On-Demand umwelt- und ressourcenschonend produziert.

Bücher schneller online kaufen
www.morebooks.de

OmniScriptum Marketing DEU GmbH
Bahnhofstr. 28
D - 66111 Saarbrücken
Telefax: +49 681 93 81 567-9

info@omniscrptum.com
www.omniscrptum.com

OMNIScriptum



