

Veranstaltungshinweise

8.9. – 17.12. 2011	DeutscheAnwaltAkademie – 23. Fachlehrgang Gewerblicher Rechtsschutz – Hamburg
14. – 17.9. 2011	Deutsche Vereinigung für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht e. V. (GRUR) – Jahrestagung - Berlin
16.9. 2011	Studienvereinigung Kartellrecht e. V. – Arbeitstagung – Luxemburg
21. – 23.9. 2011	FIW – 49. FIW-Ferienkurs „Wirtschaftliche und rechtliche Fragen der Wettbewerbsordnung“ – Wiesbaden
26./27.9. 2011	Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften (DHV) Speyer – 3. Speyerer Europarechtstage: Aktuelle Fragen des Europäischen Beihilferechts – Speyer
10. – 13.10. 2011	ICN – Cartel Workshop – Belgien
18./19.10. 2011	FIW – Brüsseler Informationstagung – Brüssel
13./14.10. 2011	WRP – 28. Heidelberger Wettbewerbstage –Heidelberg
23./24.11. 2011	FIW – Kölner Seminar – Köln

Aufsätze

Georgios Gounalakis/Florian Jäkel⁹⁾

Drei-Stufen-Test: Wettbewerbliche Elemente und kartellrechtliche Grundsätze

Seit 2009 ist der sogenannte Drei-Stufen-Test zur Überprüfung von öffentlich-rechtlichen Onlineangeboten in den Rundfunkstaatsvertrag (RStV) integriert. Primär dem Rundfunkrecht zugeordnet, stellen sich hierbei jedoch auch Fragen nach der Implementierung und Ausgestaltung wettbewerblicher und kartellrechtlicher Elemente. Vorliegend werden daher die Rolle wettbewerblicher Elemente und kartellrechtlicher Grundsätze näher beleuchtet, wobei im Ergebnis letzteren nur ein begrenzter Spielraum zukommt.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Drei-Stufen-Test und wettbewerbliche Elemente
 1. Anwendungsbereich des Drei-Stufen-Tests
 2. Die drei Stufen und weitere Vorgaben
 3. Wettbewerbliche Elemente und deren Analyse
 - 3.1 Stellungnahmen Dritter
 - 3.2 Ermittlung des Beitrags des Angebots zum publizistischen Wettbewerb
 - 3.2.1 Differenzierung zwischen publizistischem und ökonomischem Wettbewerb
 - 3.2.2 Publizistischer Wettbewerb
 - 3.3 Wettbewerbliche Elemente des § 11f Abs. 4 Satz 3 RStV
 - 3.3.1 Verhältnis zum „publizistischen Wettbewerb“
 - 3.3.2 Berücksichtigung von Quantität und Qualität vorhandener, frei zugänglicher Angebote
 - 3.3.3 Anwendungsbereich kartellrechtlicher Maßstäbe: Die Ermittlung der „marktlichen Auswirkungen“
 - 3.3.3.1 Der Streit: Welche Methode ist in Ansatz zu bringen?
 - 3.3.3.2 Das Bedarfsmarktkonzept auf erster Stufe als der richtige Ansatz
 4. Zwischenergebnis
- III. Ausweitung kartellrechtlicher Maßstäbe im Rahmen des Drei-Stufen-Tests?
 1. Kollision der Regelungsmaterien
 2. Überbordende Komplexität der Gutachten
 3. Die abstrakte Rolle kartellrechtlicher Maßstäbe im Gesamtgefüge
 4. Bedürfnis privater Anbieter nach Erweiterung?
 5. Zwischenergebnis
- IV. Fazit

I. Einleitung

„Weitere Informationen zu diesem Thema finden Sie auch im Internet unter tagesschau.de.“ Die Tagesschau hat es offenbar geschafft: Ihr Angebot ist im Internet für den Nutzer unter gleichlautender Domain erhältlich. Damit kann nicht nur die Tagesschau in der auch im Fernsehen ausgestrahlten Form noch einmal angesehen, sondern können auch Hintergrundberichte, Dossiers, Videos, Livestreams und auch die Lottozahlen konsumiert werden.

Das Betreiben solcher Onlinedienste, die im Duktus des RStV als „Telemedien“ bezeichnet und in § 11d RStV näher beschrieben werden, durch öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten ist nicht

⁹⁾ Der Autor Gounalakis ist Professor für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht, Rechtsvergleichung und Medienrecht, Direktor des Instituts für Rechtsvergleichung sowie der Forschungsstelle für Medienrecht und Medienwirtschaft an der Philipps-Universität Marburg. Der Autor Jäkel ist dort wissenschaftlicher Mitarbeiter.

selbstverständlich: Bereits die Einordnung des Internets und damit auch von Onlinediensten unter den Rundfunkbegriff ist umstritten.¹⁾ Aber auch ungeachtet dessen sehen sich die Öffentlich-Rechtlichen kontinuierlicher Kritik, insbesondere von Seiten der privaten Anbieter, ausgesetzt. Die privaten Kritiker sind bei Onlinediensten dabei nicht nur in den bekannten Reihen der Hörfunk- und Fernsehanbieter zu finden, sondern auch unter den Presseverlagen sowie sonstigen Anbietern von Telemedien, die ähnliche Inhalte im Internet anbieten. Die Genehmigung von öffentlich-rechtlichen Onlinediensten wie bspw. tagesschau.de, dradio.de oder heute.de rief bisweilen heftige Reaktionen, insbesondere von Seiten des Verbandes Privater Rundfunk und Telemedien e. V. (VPRT) hervor.²⁾

Auf dem Streitfeld der Onlinedienste begegnen sich regelmäßig die gleichen Parteien: Der VPRT hatte 2003 Beschwerde gegen die Rundfunkanstalten bei der Europäischen Kommission erhoben, da er europäisches Beihilferecht (Art. 87 Abs. 1 EGV a. F., nunmehr Art. 107 Abs. 1 AEUV) verletzt sah. Diese und andere, die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks betreffende Beschwerden führten 2007 zu dem sog. „Beihilfekompromiss“³⁾ zwischen Deutschland und der EU-Kommission. Darin verpflichtete sich Deutschland, im Falle öffentlich-rechtlicher Onlineangebote „für alle neuen und veränderten digitalen Angebote einen dreistufigen Test durchzuführen“.⁴⁾ Vorbild für den Drei-Stufen-Test war der sogenannte „Public Value Test“, der in Großbritannien im Rahmen der Angebote der BBC durchgeführt wird.⁵⁾

Zweck des Drei-Stufen-Tests ist vor diesem Hintergrund auch – und aus Sicht der privaten Anbieter wohl maßgeblich –, die wettbewerbliche Situation der privaten Rundfunkanbieter gegenüber den gebührenfinanzierten Anstalten zu sichern, transparenter zu gestalten und gleichzeitig auch die Onlineangebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanbieter rechtlich stärker abzusichern.⁶⁾

II. Drei-Stufen-Test und wettbewerbliche Elemente

1. Anwendungsbereich des Drei-Stufen-Tests

Angebote, bei denen der Drei-Stufen-Test gem. § 11f Abs. 4 Satz 1 RStV zur Anwendung kommt, sind gem. § 11f Abs. 1 RStV die in § 11d Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 und 4 RStV enthaltenen Telemedienangebote. Damit sind – entgegen den Vereinbarungen des Beihilfekompromisses⁷⁾ – nicht alle,

1) Vgl. nur *Bethge*, in: Sachs, GG, 4. Aufl., 2007, Art. 5 Rz. 105; *Degenhart*, ZUM 1998, 333, 343; *Ricker*, AfP 1998, 437, 444; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. Aufl., 2010, Art. 5 Abs. 1, 2 Rz. 100 f.

2) Vgl. nur die Pressemitteilung des VPRT v. 15. 2. 2010, nach der VPRT-Präsident *Jürgen Doetz* die Position des NDR-Rundfunkrates zum Angebot von tagesschau.de als „Relikt des kalten Medienkrieges“ bezeichnet hatte; zu finden unter <http://vpert.de/index.html/de/press/article/id/219/?year=-1}&or=0&page=3> (Stand: 5/2011).

3) KOM (2007), 1761 endg., zu finden bspw. in *epd medien* 2007, Nr. 39, 3 ff.; zum Hintergrund s. ausführlich *Pothast*, in: *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, Rundfunkstaatsvertrag, Kommentar, Bd. I, Losebl., Stand: 5/2010, Abschnitt B 1, Rz. 393 ff. sowie auch *Peters*, K&R 2009, 26, 27 f.

4) KOM (2007) 1761 endg., Rz. 328, *epd medien* 2007, Nr. 39, 3, 25 f.

5) Zu diesem Test siehe BBC Trust, *Public Value Test (PVT): Guidance on the conduct of the PVT*, 2007; zu finden unter http://www.bbc.co.uk/bbctrust/assets/files/pdf/regulatory_framework/pvt/pvt_guidance.pdf (Stand: 5/2011).

6) *Bensinger/Kops/Sokoll*, Gutachten für den Rundfunkrat des WDR, März 2009, S. 156 zufolge bestehe hingegen die Zielsetzung jedenfalls der ersten beiden Stufen des Tests nicht darin, die vom Rundfunkrat bei seiner Abwägung zugrunde gelegten Kriterien einer inhaltlichen Prüfung zugänglich zu machen, sondern darin, dass dieser überhaupt explizite Kriterien benenne und damit einen gesellschaftlichen Diskurs über diese Entscheidungen ermöglicht. Dass mit dem Test Transparenzgedanken verfolgt werden, ist bereits angesichts des Beihilfekompromisses nicht von der Hand zu weisen. Ob die wesentlichen Stufen des Tests hierauf zu beschränken sind, darf jedoch stark angezweifelt werden und ist mit der Perspektive auf eine beihilferechtliche Überprüfbarkeit der Angebote letztlich zu verneinen.

7) Vgl. KOM (2007) 1761 endg., Rz. 328, *epd medien* 2007, Nr. 39, 3, 25 f.

sondern lediglich folgende neue oder veränderte Angebote dem Drei-Stufen-Test unterworfen: § 11d Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 RStV bezieht *Sendungen und sendungsbezogene Telemedien*, allerdings erst nach Ablauf der Fristen des § 11d Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Halbs. 1 RStV, d. h. sieben Tage nach Ausstrahlung, sowie – generell – *nichtsendungsbezogene Telemedien* nach Maßgabe des Drei-Stufen-Tests ein. Bei den in § 11d Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 RStV enthaltenen Telemedien handelt es sich um *zeitlich unbefristete Archive mit zeit- und kulturgeschichtlichen Inhalten*.

Der Anwendungsbereich des Drei-Stufen-Tests wird somit enger gezogen als nach der ursprünglichen Konzeption vorgesehen; insofern wird auch der Bereich bspw. kartellrechtlicher Grundsätze im Rahmen einer marktlichen Analyse verengt. Der Umfang der ggf. einzubeziehenden Angebote privater Anbieter verringert sich spiegelbildlich. Wenn auch wenig prominent angeführt, besteht allerdings bereits nach dieser Regelung für den Bereich „nichtsendungsbezogener presseähnlicher Angebote“ ein Verbot der Veröffentlichung in Onlinediensten. Dieser Begriff kann wie einige andere Regelungen, die mit dem 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrag (RÄStV) implementiert wurden, als nicht sonderlich konturiert angesehen werden, nimmt jedoch einen nicht zu unterschätzenden Bereich von Telemedien aus dem möglichen Angebot öffentlich-rechtlicher Onlinedienste heraus.

2. Die drei Stufen und weitere Vorgaben

Im Rahmen des Drei-Stufen-Tests sind gem. § 11f Abs. 4 Satz 2 RStV von der Rundfunkanstalt gegenüber ihrem zuständigen Gremium (d. h. dem Rundfunkrat bzw. Fernseh- oder Hörfunkrat) bei Planung eines neuen oder veränderten Angebots i. S. d. § 11f Abs. 1 RStV „... Aussagen darüber zu treffen,

1. inwieweit das Angebot den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft entspricht,
2. in welchem Umfang durch das Angebot in qualitativer Hinsicht zum publizistischen Wettbewerb beigetragen wird und
3. welcher finanzielle Aufwand für das Angebot erforderlich ist.“

Diese drei Anforderungen stellen gleichsam die besagten Stufen dar; sie sind insofern primär als Verfahrensschritte zu verstehen und weniger als – wie der Wortlaut nahelegt – Leitlinien für die Darstellung des Angebots durch die Rundfunkanstalt.⁸⁾ Der Test selbst deckt sich zunächst mit den Vorgaben der EU-Kommission.⁹⁾

Weiter sind nach § 11f Abs. 4 Satz 3 RStV „Quantität und Qualität der vorhandenen frei zugänglichen Angebote, die marktlichen Auswirkungen des geplanten Angebots sowie dessen meinungsbildende Funktion angesichts bereits vorhandener vergleichbarer Angebote, auch des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, zu berücksichtigen“.

Von Wettbewerb, jedenfalls publizistischem, ist somit innerhalb des Tests die Rede. Die Erwähnung des Kartellrechts sucht man jedoch vergeblich. Wenn auch nicht auf den ersten Blick, so besteht doch im Rahmen der „marktlichen Auswirkungen“ (§ 11f Abs. 4 Satz 3 Halbs. 2 RStV) ein mögliches Einfallstor für kartellrechtliche Grundsätze. Wie sich im Verlauf des Beitrags zeigen wird, spielen diese – auch im Vergleich zu „wettbewerblichen“ Elementen – allerdings eine untergeordnete, tendenziell begleitende Rolle.

8) Dies schließt selbstverständlich eine Darstellung in der Form des § 11f Abs. 4 Satz 2 RStV nicht aus.

9) Vgl. KOM (2007) 1761 endg., Rz. 328, *epd medien* 2007, Nr. 39, 3, 25 f.

3. Wettbewerbliche Elemente und deren Analyse

Im Rahmen des Tests finden sich diverse Regelungspartikel, die potenziell als wettbewerbliche Elemente charakterisiert werden können:

die Prüfung des Beitrags des Angebots zum publizistischen Wettbewerb gem. § 11f Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 RStV,

die Berücksichtigung der Quantität und Qualität bereits vorhandener, frei zugänglicher Angebote gem. § 11f Abs. 4 Satz 3 Halbs. 1 RStV,

die Berücksichtigung der marktlichen Auswirkungen des geplanten Angebots gem. § 11f Abs. 4 Satz 3 Halbs. 2 RStV und

die Möglichkeit der Stellungnahme Dritter gem. § 11f Abs. 5 Satz 1 RStV.

3.1 Stellungnahmen Dritter

Ein erstes, dem Test angegliedertes, zunächst nicht evident wettbewerliches Element besteht in der Möglichkeit Dritter zur Stellungnahme gem. § 11f Abs. 5 Satz 1 RStV. Diese ist im Wesentlichen als Realisation von Transparenzerwägungen zu sehen. Dennoch ermöglicht sie die Einbeziehung auch der privaten Konkurrenz, indem sie dieser die Gelegenheit gibt, in den Prozess der Beurteilung der zu prüfenden Angebote einzuwirken und dem Rundfunkrat Informationen – quasi als Impulse „von außen“ – zur Ermittlung der marktlichen Auswirkungen und des Sachverhalts zu geben.¹⁰⁾ Im Rahmen des britischen Public-Value-Tests sind Stellungnahmen ein wichtiges Element.¹¹⁾ Die Relevanz der Stellungnahmen im deutschen System wird durch die Gelegenheit Dritter zur Stellungnahme im Verfahren, vor allem aber auch durch die vorgeschriebene Berücksichtigung der Stellungnahmen (§ 11f Abs. 6 Satz 3 RStV) bei der Begründung der Entscheidung deutlich.

Damit sind Stellungnahmen in praxi ein – mittelbares – nicht zu unterschätzendes „wettbewerliches“ Element, da sie die Rolle der Konkurrenten zu präzisieren vermögen und – wenn sie einmal abgegeben sind – eine Auseinandersetzung des Rundfunkrates mit den in ihnen vermittelten Informationen geradezu herausfordern.

3.2 Ermittlung des Beitrags des Angebots zum publizistischen Wettbewerb

Auf der zweiten Stufe des Drei-Stufen-Tests ist also auf den Beitrag des neuen Angebots zum publizistischen Wettbewerb einzugehen. Doch was ist hierunter zu verstehen und wie weit reicht dieses Element?

3.2.1 Differenzierung zwischen publizistischem und ökonomischem Wettbewerb

Im Bereich der Medien begegnet dem Terminus des ökonomischen Wettbewerbs zusätzlich der des publizistischen Wettbewerbs. Diese Begriffe sind grundsätzlich zu unterscheiden,¹²⁾ d. h. nicht deckungsgleich. Wie weit gehen nun die Unterschiede? Unter publizistischem Wettbewerb kann allgemein eine geistig-publizistische Konkurrenz verstanden werden,¹³⁾ auch als „Konkur-

renz um die Köpfe der Rezipienten“¹⁴⁾ bezeichnet. Der Begriff des ökonomischen Wettbewerbs hingegen ist nicht anhand einer allgemeinen, umfassenden Definition zu fassen.¹⁵⁾ Inwieweit publizistischer und ökonomischer Wettbewerb voneinander trennbar sind, ist dabei umstritten. Wohl überwiegend anzutreffen ist die Auffassung, eine gänzliche Trennung sei aufgrund der wechselseitigen Beziehungen nicht möglich; ökonomische Macht bedinge oder begünstige publizistische Macht.¹⁶⁾

Sicherlich ist die Existenz wechselseitiger Beziehungen der beiden Wettbewerbsformen nicht grundsätzlich von der Hand zu weisen.¹⁷⁾ Auch im Falle der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten dient die Sicherung der ökonomischen Verhältnisse der Sicherung der publizistischen Vielfalt und der Gewährleistung der Grundversorgung.¹⁸⁾ Allerdings bedeutet ein Vorhandensein wirtschaftlicher Macht nicht gleichzeitig auch ein Vorhandensein eines Wettbewerbs im engeren ökonomischen Sinne, wie gerade anhand der hier besprochenen Situation der Konkurrenz von öffentlich-rechtlichen und privaten Rundfunkanbietern deutlich wird. Während private Anbieter in erster Linie erwerbswirtschaftlich handeln, ist dies bei öffentlich-rechtlichen Rundfunkanbietern nicht der Fall. Ihr Angebot existiert grundsätzlich zur Gewährleistung und Sicherung der Meinungsvielfalt, d. h. primär zur Erfüllung des aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG folgenden Funktionsauftrages zur Grundversorgung der Bevölkerung.¹⁹⁾ Die Tätigkeit der Rundfunkanstalten ist damit primär nichtkommerziell.²⁰⁾ Die finanzielle Existenz öffentlich-rechtlicher Anbieter ist zudem nicht von Werbeeinnahmen abhängig, wohingegen die Existenz privater Anbieter nahezu ausschließlich auf solchen Einnahmen fußt. Nicht zu leugnen ist zudem die Möglichkeit einer marktbedingten Erosion der Programmvielfalt hin zu gesellschaftlichem Mainstream durch erhöhten ökonomischen Wettbewerb.²¹⁾ Publizistische Vielfalt lässt sich gerade nicht zwangsläufig durch einen funktionierenden ökonomischen Markt sichern.

Jedenfalls für den (Sonder-)Fall der gebührenfinanzierten (und im Bereich der Telemedien gem. § 11d Abs. 5 RStV werbefreien) Angebote, die werbefinanzierten Angeboten gegenübergestellt werden, sind daher ökonomischer und publizistischer Wettbewerb zu trennen.²²⁾ Maßstab der

14) Beckmann/Müller (Fußn. 12), Rz. 10.

15) So statt aller Kling/Thomas, Kartellrecht, 2007, § 1 Rz. 16. Eine Übersicht zu der Vielzahl wettbewerblcher Definitionen findet sich bspw. bei Bunte, in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und internationalen Kartellrecht, 11. Aufl., 2011, Bd. 1, Einführung zum GWB, Rz. 78 f.

16) Vgl. Engel, AfP 1994, 185, 188; Greiffenberg, in: Mestmäcker, Offene Rundfunkordnung, 1988, S. 326; Hoffmann, in: Mestmäcker, ebd., S. 178; Wicke, in: Mestmäcker, ebd., S. 370.

17) Vgl. bspw. Wimmer, ZUM 2009, 601, 602.

18) Vgl. nur zuletzt BVerfG MMR 2007, 770, 772 f.

19) Ausführlich zum Grundversorgungsauftrag siehe bspw. BVerfGE 73, 118; BVerfGE 74, 297; kritisch zum Begriff der Grundversorgung Gounalakis, Funktionsauftrag und wirtschaftliche Betätigung des Zweiten Deutschen Fernsehens, ZDF Schriftenreihe, Heft 59, Mainz, 2000, S. 30.

20) Dies wird insbesondere deutlich, legt man einige Zahlen aus dem Bereich der Werbeumsätze zugrunde. Der Anteil der Bruttowerbeumsätze im Segment Fernsehen lag 2009 gesamt bei rund 9390 Mio. €. Die Vermarkter der öffentlich-rechtlichen Fernsehsender, AS&S und ZDF-Werbefernsehen kamen dabei zusammen auf einen Gesamtumsatz von rund 481,5 Mio. €, was 19,5 % der Bruttowerbeumsätze entspricht. Dem steht entsprechend ein Anteil der privaten Anbieter von 80,5 % gegenüber. Im Bereich der Nettowerbeumsätze in Hörfunk und Fernsehen ist der Anteil der öffentlich-rechtlichen Anbieter noch geringer. Hier betrug das Gesamtvolumen in 2009 ca. 4128 Mio. €, das von AS&S und ZDF-Werbefernsehen kumuliert rund 486,35 Mio. €, was einen Anteil der öffentlich-rechtlichen Anbieter an den Nettowerbeumsätzen in Hörfunk und Fernsehen von 8,88 % bedeutet. Vgl. Nielsen Media Research, zu finden bei Wolf/Heffler, Media Perspektiven 2010, 278, 284 f.

21) Vgl. Holzengel, ZUM 1991, 263, 268.

22) Vgl. Beckmann/Müller (Fußn. 12), Rz. 5 ff.; Hoffmann-Riem (Fußn. 12), S. 43 f.; Trafkowski (Fußn. 12), S. 9 f. Die Kommission hingegen stellt in Ziffer 189 des Beihilfekompromisses ohne nähere Konkretisierung, auf welchen Wettbewerb sie sich im Einzelnen bezieht, fest, dass „die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten insbesondere im Hinblick auf neue Medien mit privaten Sendern, die ähnliche Online-Dienste bieten, im Wettbewerb“ stehen.

10) Vgl. Augster/Pfab, in: ARD Jahrbuch 2009, S. 26; Dörr, epd medien 2009, Nr. 52, 26, 27.

11) Vgl. BBC Trust, Public Value Test (PVT): Guidance on the conduct of the PVT, 2007, S. 5.

12) Vgl. bspw. Beckmann/Müller, in: Hoeren/Sieber, Handbuch Multimedia-Recht, 26. EL, 2010, Teil 10, Rz. 5; ausführlich Hoffmann-Riem, Rundfunkrecht neben Wirtschaftsrecht, 1991, S. 21 ff.; Trafkowski, Medienkartellrecht, 2002, S. 5 ff.; hiergegen Engel, AfP 1994, 185, 188.

13) Vgl. BVerfGE 20, 162, 175; BVerfGE 74, 297, 332; Stammler, ZUM 1995, 104, 109; Trafkowski (Fußn. 12), S. 8.

Beurteilung des „publizistischen Wettbewerbs“ an sich sind daher ausschließlich geistig-publizistische, nicht hingegen marktlich-ökonomische Erwägungen. Diese finden vielmehr im Rahmen der Vorgaben des § 11f Abs. 4 Satz 3 RStV Berücksichtigung.

3.2.2 Publizistischer Wettbewerb

Unter publizistischem Wettbewerb ist also eine geistig-publizistische, keine monetäre Konkurrenz um die Köpfe der Rezipienten zu verstehen. Aber wie werden das Vorhandensein und der Umfang einer solchen geistigen Konkurrenz ermittelt? Dies stellt sich schon per se als schwierig dar. Umso komplexer ist die Prüfung der Auswirkungen eines geplanten Telemedienangebotes auf den publizistischen Wettbewerb. Die bspw. denkbare reine Feststellung, jedes neue oder veränderte publizistische Angebot bereicherte den publizistischen Wettbewerb per se, ist an dieser Stelle fehl am Platz. Sie wird dem Ziel des Drei-Stufen-Tests, der Berücksichtigung anderer Telemedienangebote, nicht gerecht, weil sie sie quasi ausblendet. Ebenso kann eine Bejahung eines publizistischen Mehrwertes nicht erst dann angenommen werden, wenn keine anderweitigen, in ihrem „Leistungsumfang“ vergleichbaren Angebote privater Anbieter bestehen, da ansonsten eine Nivellierung (und infolgedessen eine mögliche Erosion) der Qualität der Inhalte droht.²³⁾

Inwieweit publizistischer Wettbewerb im Einzelnen zu ermitteln ist, ist letztlich hoch umstritten. Hier konfliktieren häufig medienwissenschaftliche, journalistische, juristische und ökonomische Vorstellungen, insbesondere hinsichtlich der Methodik, und überschneiden sich ebenso häufig.²⁴⁾

Für den Bereich der Telemedien, die nach dem RStV dem Rundfunk zugeordnet werden,²⁵⁾ sollen vorliegend vereinfacht die Kriterien Vielfalt, Relevanz und Distanz – gleichsam grundsätzlicher Maßstab eines demokratiefunktionalen Rundfunks²⁶⁾ – dienen. Je mehr ein Angebot diese Kriterien erfüllt, umso mehr trägt es zu publizistischem Wettbewerb im Rundfunk, mithin auch im Bereich der Telemedien, bei. Für die (publizistisch) wettbewerbliche Situation der privaten Anbieter gilt daher an dieser Stelle: Je gesellschaftlich²⁷⁾ relevanter, qualitativer und vielfältiger ihre Angebote sind, desto eher stehen diese mit denen der öffentlich-rechtlichen Anstalten im publizistischen Wettbewerb und sind innerhalb des Drei-Stufen-Tests zu berücksichtigen. Der Test bietet den privaten Anbietern damit eine Möglichkeit, die Relevanz (ggf. konkurrierender) öffentlich-rechtlicher Onlineangebote auch außerhalb ökonomischer Aspekte im engeren Sinne prüfen zu lassen.

Die Prüfung der Relevanz für den publizistischen Wettbewerb ist damit formal wie gutachterlich ein zentrales wettbewerbliches Element im Gefüge des Tests.

23) So auch *Kopp*, epd medien 2009, Nr. 50, 3, 4.

24) Ein Überblick zu methodischen Möglichkeiten der Ermittlung publizistischen Nutzens findet sich bei *Bensinger/Kops/Sokoll* (Fußn. 6), S. 93 ff.

25) In der Literatur wird eine Ausweitung der Rundfunkbegriffs bzw. der Rundfunkfreiheit auf Internetdienste jedenfalls zu Grundversorgungszwecken überwiegend bejaht, vgl. *Behge* (Fußn. 1), Art. 5 Rz. 105; *Jarass/Pieroth*, GG, 11. Aufl., 2010, Art. 5 Rz. 36; *Röger*, ZRP 1997, 203, 205; a. A. *Degenhart*, ZUM 1998, 333, 343; *Ricker*, AfP 1998, 437, 444; eine gute Übersicht findet sich bei *Starck* (Fußn. 1), Art. 5 Abs. 1, 2 Rz. 100 f.

26) Vgl. *Gounalakis/Wege*, NJW 2008, 800, 803.

27) „Gesellschaftlich“ ist hier als im Sinne der kompletten Gesellschaft, d. h. auch Partikularinteressen betreffend, zu verstehen.

3.3 Wettbewerbliche Elemente des § 11f Abs. 4 Satz 3 RStV

3.3.1 Verhältnis zum „publizistischen Wettbewerb“

Eine grundsätzliche Frage zu den wettbewerblichen Elementen und der Rolle kartellrechtlicher Grundsätze im Rahmen des Drei-Stufen-Tests betrifft die Ausgestaltung des Verhältnisses von publizistischem Wettbewerb und weiteren wettbewerblichen Elementen aus § 11f Abs. 4 Satz 3 RStV. Im Rahmen des Tests ist nämlich die Affektion des publizistischen Wettbewerbs gem. § 11f Abs. 4 Satz 3 Nr. 2 RStV ebenso zu beachten wie die in § 11f Abs. 4 Satz 3 RStV enthaltenen Elemente der Berücksichtigung der vorhandenen Angebote sowie insbesondere des Prüfungsortes kartellrechtlicher Erwägungen, der „marktlichen Auswirkungen“ des neuen Angebots. Könnten die Elemente des § 11f Abs. 4 Satz 3 RStV bspw. als „Rahmenwerk“ für die drei Stufen des Tests begriffen werden, wären sie ein vollkommen eigenständiges wettbewerbliches Element neben den Stufen des Tests. Die mögliche Einbeziehung kartellrechtlicher Grundsätze wäre gleichsam bedeutender.

Der Wortlaut des § 11f Abs. 4 Satz 2 und 3 RStV legt diese Sicht nahe; könnten die Vorgaben des § 11f Abs. 4 Satz 3 RStV zur Berücksichtigung „bei dem Treffen von Aussagen“ doch als Konkretisierung des Verfahrens zur Überprüfung eines Angebots insgesamt gesehen werden. Neben einer solchen Wortlautauslegung stützen auch weitere Erwägungen zunächst diese Lesart: Wäre die Einbeziehung nur auf einer einzelnen Stufe gewünscht gewesen, hätte dies auch innerhalb dieser einen Stufe geregelt werden können. Das Unterlassen einer solchen Regelung spricht systematisch gegen einen Bezug zu einer einzelnen Stufe, ebenso auch aus teleologischen Erwägungen: Der Drei-Stufen-Test soll als Teil des Beihilfekompromisses auch die wettbewerbliche Situation der privaten Konkurrenz der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanbieter insgesamt erfassen und berücksichtigen.

Wenn auch hiernach das Ergebnis recht eindeutig erscheint, sind nach dem Beihilfekompromiss dennoch die nunmehr in § 11f Abs. 4 Satz 3 RStV enthaltenen Vorgaben auf der zweiten Stufe im Rahmen des publizistischen Wettbewerbs zu prüfen.²⁸⁾ Die Ausgestaltung der Regelung des RStV darf damit als wenigstens missglückt angesehen werden.

Die Elemente des § 11f Abs. 4 Satz 3 RStV sind daher ebenfalls auf der zweiten Stufe des Verfahrens als Ergänzung zu den rein publizistischen Erwägungen bei der Feststellung des „publizistischen Wettbewerbs“ zu prüfen. Dies widerspricht – nota bene – nicht der oben festgestellten Trennung von publizistischem und ökonomischem Wettbewerb. Dem Wortlaut des Beihilfekompromisses wie auch des § 11f Abs. 4 Satz 3 RStV nach sind dessen Vorgaben „zu berücksichtigen“ und nicht vordergründig in die Betrachtung einzubeziehen oder gleichzustellen. Die Erwägungen des § 11f Abs. 4 Satz 3 RStV stellen damit vielmehr ein Korrektiv der rein publizistischen Betrachtung dar, haben mithin eine Ergänzungsfunktion,²⁹⁾ auch wenn sie untereinander eigenständige, wettbewerbliche Funktionen aufweisen. Kartellrechtlichen Grundsätzen wird damit bereits formal kein eigenständiger Spielraum, sondern lediglich ein Randplatz zugewiesen.

28) Vgl. KOM (2207) 1761 endg., Rz. 328, epd medien 2007, Nr. 39, 3, 25 f.: „Der Begriff des publizistischen Wettbewerbs wird in der Gesetzesbegründung weiter konkretisiert, wobei folgende Punkte einzubeziehen sind: Umfang und Quantität der vorhandenen, frei zugänglichen Angebote sowie marktrelevante Auswirkungen des geplanten Angebots (...).“

29) Vgl. auch *Rossen-Stadtfeld*, epd medien 2009, Nr. 33/34, 23, 28: „Erst in zweiter Linie und nachrangig können dann auch die ‚marktlichen‘ Auswirkungen des beabsichtigten (...) Angebots Berücksichtigung finden.“

3.3.2 Berücksichtigung von Quantität und Qualität vorhandener, frei zugänglicher Angebote

Bei dem ersten der eben genannten Elemente, der „Berücksichtigung von Quantität und Qualität vorhandener, frei zugänglicher Angebote“, wirft der Begriff der „frei zugänglichen Angebote“ die Frage auf, welche Angebote hierbei gemeint sind, d. h. wie weit der Umfang dieses Elements reicht. Diesem Element ist insofern wettbewerblicher Charakter zu attestieren, als es eine Berücksichtigung privater Angebote bewirkt.

Konsens besteht wohl darüber, dass es keinen Unterschied macht, ob die Angebote kommerzieller oder nichtkommerzieller Natur sind. Umstritten ist allerdings, ob lediglich kostenfreie³⁰⁾ oder auch bereits kostenpflichtige Angebote³¹⁾ an dieser Stelle einzubeziehen sind, wobei für Ersteres die besseren Argumente sprechen.

Zum einen ist der Wortlaut der Regelung nicht eindeutig³²⁾ und lässt Spielraum für mehrere Interpretationen.³³⁾ So kann einerseits unter „frei zugänglich“ ein Zustand verstanden werden, bei dem unabhängig von einer finanziellen Komponente jedenfalls keine Gruppen oder Personen vom Zugang zu dieser Quelle ausgenommen sind.³⁴⁾ Interne Datenbanken und Wissensnetzwerke wären damit bspw. nicht „frei zugänglich“ i. S. d. § 11f Abs. 4 Satz 3 RStV. Andererseits kann die freie Zugänglichkeit aber auch in einem wirtschaftlichen Sinne verstanden werden. Angebote, denen keine finanzielle Hürde³⁵⁾ vorausgeht, sind unter diesem Gesichtspunkt frei zugänglich.³⁶⁾ Auch der Vergleich mit § 4 Abs. 1 RStV ermöglicht diese Lesart, indem das „frei zugänglich“ der Telemedien dem „frei empfangbar“ des Fernsehprogrammes, das aber eine Kostenfreiheit bedeutet, entspricht: Empfangen werden können Telemedien begrifflich nicht, es kann nur ein Zugang zu ihnen ermöglicht werden.³⁷⁾

Für eine Einbeziehung kostenpflichtiger Angebote bereits bei Ermittlung der „frei zugänglichen“ Angebote besteht indes keine Notwendigkeit. Diese können – und müssen – im Zuge der Ermittlung der „marktlichen Auswirkungen“ Eingang finden.³⁸⁾ Ein Blick in den Beihilfekompromiss bestätigt letztlich die Beschränkung auf kostenfreie Angebote. In Ziffer 362 des Beihilfekompromisses nimmt die Kommission auf die Zusagen der deutschen Behörden, bestehende kostenlose Angebote zu berücksichtigen, Bezug und sieht sie als im Ergebnis geeignet an, „wettbewerbsverfälschende Auswirkungen (...) auszuräumen“.³⁹⁾ Damit sind an dieser Stelle als „frei zugänglich“

30) *Haarhoff/Kopp*, NJOZ 2009, 2927, 2929 f.; *Knothe*, epd medien 2009, Nr. 60, 5, 7; *Kopp*, epd medien 2009, Nr. 50, 3; kritisch, aber im Ergebnis wohl dieser Auslegung folgend *Wimmer*, ZUM 2009, 601, 607.

31) *Bensinger/Kops/Sokoll* (Fußn. 6), S. 158; *Dörr*, epd medien 2009, Nr. 2, 26, 27.

32) *Kopp*, epd medien 2009, Nr. 50, 3 bezeichnet den Wortlaut hingegen als eindeutig. Dies ist er – das legt bereits die Existenz dieses Streites nahe – allerdings nicht; eine eindeutige Formulierung hätte sich explizit auf die Kostenfreiheit bezogen.

33) So auch *Dörr*, ZUM 2009, 897, 902.

34) Vgl. *Bensinger/Kops/Sokoll* (Fußn. 6), S. 158; *Dörr*, ZUM 2009, 897, 902.

35) Rundfunkgebühren stellen mangels grundsätzlicher Wahlmöglichkeit für den Nutzer, ob er für die Angebote zahlen möchte oder nicht, keine angebotsbezogene Hürde im hier verwandten Sinne dar.

36) Vgl. *Knothe*, epd medien 2009, Nr. 60, 5, 7.

37) Vgl. *Haarhoff/Kopp*, NJOZ 2009, 2927, 2930 ff.; *Knothe*, epd medien 2009, Nr. 60, 5, 7; *Kopp*, epd medien 2009, Nr. 50, 3.

38) *Knothe*, epd medien 2009, Nr. 60, 5, 7; *Kopp*, epd medien 2009, Nr. 50, 3.

39) KOM (2207) 1761 endg., Rz. 328, epd medien 2007, Nr. 39, 3, 29 f. *Dörr*, ZUM 2009, 897, 902, hingegen sieht darin keine eigene Äußerung der Kommission. Dem ist entgegenzuhalten, dass die Kommission, indem sie ihrerseits allerdings die deutschen Behörden auf diese Lesart festlegt, sich den Inhalt der Zusagen zu eigen macht, weshalb letztlich hierin eine Bestätigung der Beschränkung auf kostenfreie Angebote durch die Kommission gesehen werden kann. Zustimmend *Haarhoff/Kopp*, NJOZ 2009, 2927, 2929.

nur kostenfreie Angebote zu verstehen und im Bereich der Ermittlung von Quantität und Qualität vorhandener Angebote einzubeziehen.

3.3.3 Anwendungsbereich kartellrechtlicher Maßstäbe: Die Ermittlung der „marktlichen Auswirkungen“

Ein vergleichsweise umfangreicheres wettbewerbliches Element könnte daneben, wie bereits der Wortlaut des Tests nahelegt, in der Berücksichtigung der „marktlichen Auswirkungen“ liegen. Insbesondere sind nach richtiger Auffassung an dieser Stelle kartellrechtliche Maßstäbe zu berücksichtigen.

3.3.3.1 Der Streit: Welche Methode ist in Ansatz zu bringen?

Der Begriff der „marktlichen Auswirkungen“ legt zunächst eine kartellrechtliche Betrachtung nahe. Dennoch besteht Uneinigkeit darüber, ob tatsächlich kartellrechtliche Maßstäbe hierbei hinzugezogen werden sollen und wie die marktlichen Auswirkungen in der (gutachterlichen) Praxis zu ermitteln sind.

3.3.3.1.1 More economic based approach und hypothetischer Monopolistentest

Einem ersten Ansatz nach zu Folge sind die marktlichen Auswirkungen anhand des sogenannten „more economic based approach“⁴⁰⁾ zu analysieren.⁴¹⁾ Die marktlichen Gutachten hätten ihre Wurzeln im europäischen Wettbewerbsrecht, das diesen Ansatz vorsehe.⁴²⁾ In Folge dessen seien anstelle einer allgemeinen Sektorprüfung auch hier zunächst die betroffenen Märkte sachlich und räumlich abzugrenzen. Dies erfolge letztlich anhand der Analyse der Nachfragesubstitution, also anhand des – in der deutschen Methodik sogenannten – Bedarfsmarkt-konzeptes.⁴³⁾ Da die Kommission sich hierzu des „hypothetischen Monopolistentests“ (auch SSNIP-Test⁴⁴⁾ genannt) bediene, sei dieser – bis auf Weiteres – auch im Bereich der marktlichen Auswirkungen anzuwenden.⁴⁵⁾ Die Besonderheit der Anwendung des Monopolistentests liegt hier allerdings erneut in der Kostenfreiheit der Medienangebote der öffentlich-rechtlichen Anstalten. In diesem Fall sieht die Kommission – und mit ihr *Hildebrand* und *Böge*⁴⁶⁾ – vor, den Monopolistentest in Ermangelung eines Preises über die Betrachtung einer (negativen) Veränderung der Qualität vorzunehmen.⁴⁷⁾ Diese Ansicht verfolgt damit einen gegenüber der „reinen“ Anwendung des Bedarfsmarkt-konzeptes fokussierteren, eben „more economic“ Ansatz.

40) Kritisch aufgrund des ökonomischen Dissenses hierzu generell *Kling/Thomas* (Fußn. 15), § 1 Rz. 32.

41) *Hildebrand/Böge*, epd medien 2009, Nr. 79, 8 ff.

42) *Hildebrand/Böge*, epd medien 2009, Nr. 79, 8, 9.

43) Ausführlich zum Bedarfsmarkt-konzept statt aller *Kling/Thomas* (Fußn. 15), § 5 Rz. 12 ff. m. w. N.

44) „Small but Significant and Non-transitory Increase in Price“; *Kling/Thomas* (Fußn. 15), § 5 Rz. 132 m. w. N.

45) *Hildebrand/Böge*, epd medien 2009, Nr. 79, 8, 13 verweisen insofern darauf, dass es sich um eine „rechtlich abgesicherte Methodenwahl“ handle. Angewandt wurde der Test auch von Goldhammer, Wiegand, Kerkau und Karenfort in den Gutachten für das ZDF, 3sat und Phoenix, bspw. zu finden unter http://www.unternehmen.zdf.de/uploads/media/Marktliche_Auswirkungen_ZDF-Telemedien_Goldmedia_Salans.pdf (Stand: 5/2011).

46) Vgl. *Hildebrand/Böge*, epd medien 2009, Nr. 79, 8, 10 f.

47) Europäische Kommission, „Market Definition in the Media Sector – Economic Issues“, S. 40 f.: „Nevertheless, in cases where potentially competing products are offered for free, it may be more appropriate to apply the hypothetical monopolist thought experiment to competition in terms of quality rather than price. At a conceptual level, when a product is supplied for free we cannot conceive of a 5 to 10 per cent increase in price, but it may be possible to conceive of a small decrease in quality.“

3.3.3.1.2 VPRT-Gutachten: Gänzlicher Verzicht auf kartellrechtliche Maßstäbe

Einem durch den VPRT in Auftrag gegebenen Gutachten⁴⁸⁾ zu Folge sollen die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanbieter grundsätzlich gehalten sein, nur im Falle eines Markt mangels oder Marktversagens im Internet tätig zu werden. Aus dieser Sicht speist sich konsequenterweise – sozusagen auf erster Stufe der Ermittlung der marktlichen Auswirkungen – zunächst eine Ermittlung der Angebotsvielfalt im betreffenden Segment.⁴⁹⁾ Im Rahmen der Studie wurden hierzu zwölf Online-Kategorien gebildet, innerhalb deren die Wettbewerbsintensität und Anzahl an Anbietern gemessen wurde.⁵⁰⁾ Einer Marktanalyse anhand kartellrechtlicher Maßstäbe widerspricht das Gutachten. Der hypothetische Monopolistentest sei zur Identifikation statischer und dynamischer Marktauswirkungen „völlig ungeeignet, um zu identifizieren, welche privaten Angebote von einem öffentlich-rechtlichen Online-Angebot berührt sind.“⁵¹⁾ *Dewenter* und *Haucap* empfehlen, ganz auf kartellrechtliche Maßstäbe zu verzichten und direkt die betroffenen Angebote und Anbieter zu identifizieren.⁵²⁾ Infolgedessen sei eine Differenzierung zwischen vollständig neuen oder veränderten bzw. bestehenden Angeboten nötig, da das hierzu auszuwertende Datenmaterial entweder vorhanden oder erst noch komplex zu ermitteln sei. Zu einer aus ihrer Sicht wiederum notwendigen Substituentsbestimmung seien bestehende Marktdaten, Umfragedaten und Inhaltsbeschreibungen nötig.

Für die Beurteilung der Auswirkungen seien letztlich anhand der erhobenen Daten und der Abwägung von Konsumenten- und Produzentenrenten auf Werbe- wie Rezipientenmarkt eine Wohlfahrtsanalyse zu erstellen und die Gesamteffekte zu analysieren.⁵³⁾ Diese Ansicht hat überwiegend Kritik erfahren.⁵⁴⁾

3.3.3.1.3 Interdisziplinärer Ansatz

Einem interdisziplinär ausgerichteten Ansatz nach empfehle es sich zur Ermittlung der marktlichen und publizistischen Auswirkungen in folgenden Schritten vorzugehen:⁵⁵⁾ Zunächst sei eine Markt abgrenzung anhand kartellrechtlicher Maßstäbe vorzunehmen. Hieran schließe sich eine statische Markt- und Wettbewerbsanalyse „vorher“ (d. h. ohne das entsprechende, neue Angebot) an, der wiederum eine dynamische Markt- und Wettbewerbsanalyse „nachher“ (einschließlich des neuen Angebots) folge.

Die Anwendung kartellrechtlicher Grundsätze findet hierbei maßgeblich auf der ersten Stufe, der Markt abgrenzung, statt. Hingegen ist die statische Analyse nach kommunikationswissenschaftlichen, die dynamische Analyse nach medienökonomischen Maßstäben vorzunehmen.⁵⁶⁾ *Blume* und *Gostomzyk* sprechen sich dabei im Bereich der Markt abgrenzung für eine Spezifizierung kartellrechtlicher Maßstäbe aus. Auf Basis der Telemedienkonzepte sollte eine Abgrenzung des sachlich und räumlich relevanten Marktes⁵⁷⁾ hinsichtlich der Substituierbarkeit der Angebote aus

48) *Dewenter/Haucap*, Zusammenfassung in epd medien 2009, Nr. 60, 23 ff.

49) *Dewenter/Haucap*, epd medien 2009, Nr. 60, 23, 25.

50) *Dewenter/Haucap*, epd medien 2009, Nr. 60, 23, 26.

51) *Dewenter/Haucap*, epd medien 2009, Nr. 60, 23, 24.

52) *Dewenter/Haucap*, epd medien 2009, Nr. 60, 23, 24.

53) *Dewenter/Haucap*, epd medien 2009, Nr. 60, 23, 25.

54) Vgl. *Blume/Gostomzyk*, epd medien 2010, Nr. 51, 6, 8; *Hildebrand/Böge*, epd medien 2009, Nr. 79, 8, 11 f.

55) *Blume/Gostomzyk*, epd medien 2010, Nr. 51, 6 ff.

56) *Blume/Gostomzyk*, epd medien 2010, Nr. 51, 6.

57) *Blume/Gostomzyk*, epd medien 2010, Nr. 51, 6.

Nutzersicht⁵⁸⁾ (d. h. im Wesentlichen eine Abgrenzung nach dem Bedarfsmarkt konzept) erfolgen. Allerdings seien zur Markt abgrenzung nicht nur die Rezipientenmärkte, sondern auch die Werbemärkte mit einzubeziehen, da es beim Drei-Stufen-Test nicht nur um den Konsumentennutzen gehe, sondern auch um den publizistischen Nutzen, der sich durch die herkömmliche kartellrechtliche Fokussierung nicht adäquat erfassen ließe.⁵⁹⁾

Nach der sich letztlich aufdrängenden Lesart empfiehlt es sich, die Prüfungen der zweiten und dritten Schritte des hier vorgeschlagenen Konzepts als Teil der Ermittlung der „Auswirkungen“ auf den Markt zu verstehen. Damit seien nur im Rahmen des ersten Schritts, der Markt abgrenzung, kartellrechtliche Maßstäbe in Form des Bedarfsmarkt konzeptes zu prüfen.

3.3.3.1.4 Punktesystem der Landesmedienanstalten

Die Landesmedienanstalten veröffentlichten im September 2009 einen Leitfaden, der den Drei-Stufen-Test vereinfachen soll.⁶⁰⁾ Hiernach sollten anhand eines zwölf Punkte umfassenden Systems die Auswirkungen eines zu prüfenden Angebots auf den Markt bewertet werden. Der Leitfaden, der am Schweizer Institut für Publizistikwissenschaft und Medienforschung (IPMZ) entwickelt wurde, soll demnach eine Einschätzung des jeweiligen Angebots, jedoch kein „juristisch wasserdichtes Modell“ liefern.⁶¹⁾ Eine Anwendung von kartellrechtlichen Grundsätzen ist dem System nicht zu entnehmen, vielmehr wird einer solchen Vorgehensweise im Ergebnis widersprochen.⁶²⁾ Auch dieses Gutachten hat in vielerlei Hinsicht Kritik auf sich gezogen.⁶³⁾

3.3.3.2 Das Bedarfsmarkt konzept auf erster Stufe als der richtige Ansatz

Der Drei-Stufen-Test benötigt gerade vor dem Hintergrund des Beihilfekompromisses durchaus kartellrechtliche Ansätze, um der Prüfung „marktlicher Auswirkungen“ gerecht zu werden. Ohne erprobte kartellrechtliche Grundsätze, die eine Marktanalyse nachvollziehbar und gleichermaßen juristisch belastbar gestalten, kann eine solche Prüfung nicht die an sie gestellten Anforderungen erfüllen. Allerdings ist ihre Rolle ebenso nicht zu überschätzen.

Das Gutachten des IPMZ ist wegen der Negierung kartellrechtlicher Maßstäbe, aber auch wegen seiner insgesamt nicht überzeugenden Annahme diverser Prüfkriterien⁶⁴⁾ und der letztlich juristisch nicht belastbaren Ergebnisse wenig zielführend.

Ebenso ist die Kritik, der sich das Gutachten von *Dewenter* und *Haucap* ausgesetzt sieht, hinsichtlich der Vernachlässigung klassisch kartellrechtlicher Grundsätze berechtigt. Ihr Ansatz ist – wie die Autoren selbst darstellen⁶⁵⁾ – von vielen Einzelfragen des jeweiligen Angebots und insbesondere der Angebotsbestimmung in den Telemedienkonzepten abhängig. Dadurch scheinen auf-

58) *Blume/Gostomzyk*, epd medien 2010, Nr. 51, 6, 7, 10.

59) *Blume/Gostomzyk*, epd medien 2010, Nr. 51, 6, 7.

60) IPMZ: Leitfaden für externe Gutachten zu marktlichen und publizistischen Auswirkungen im Rahmen von Drei-Stufen-Tests (IPMZ-Leitfaden); zu finden unter http://www.blm.de/apps/press/data/pdf/Leitfaden_IPMZ_20090916.pdf (Stand: 5/2011).

61) Vgl. epd medien 2009, Nr. 74, 11.

62) IPMZ-Leitfaden (Fußn. 60), S. 8 ff.

63) Vgl. *Bock-Rosenthal*, epd medien 2009, Nr. 85, 3 f.; *Peters* auf telemedicus.info v. 17. 9. 2009, zu finden unter <http://www.telemedicus.info/article/1493-DLM-stellt-Leitfaden-fuer-Drei-Stufen-Test-vor.html> (Stand: 5/2011). Auch von Seiten des ARD-Vorsitzenden *Boudgoust* kam scharfe Kritik zum Vorgehen der Landesmedienanstalten, vgl. <http://meedia.de/femsehen/ard-chef-kritisiert-landesmedienanstalten/2009/09/16.html> (Stand: 5/2011).

64) So auch *Bock-Rosenthal*, epd medien 2009, Nr. 85, 3, 4.

65) Vgl. *Dewenter/Haucap*, epd medien 2009, Nr. 60, 23, 25 f.

grund der Komplexität der aufeinander einwirkenden Analysepartikel Intransparenzen denkbar, ebenso wie – ungewollte – Verfälschungen der Ergebnisse, z. B. durch bereits geringe Abweichungen der ursprünglichen Beschreibung von dem tatsächlichen, späteren Angebot.

Zuzustimmen ist *Dewenter* und *Haucap* allerdings hinsichtlich der Ungeeignetheit des hypothetischen Monopolistentests, jedenfalls im vorliegenden Falle der telemedialen Konkurrenz öffentlich-rechtlicher und privater Anbieter, vernünftige Ergebnisse zu liefern. Indem zur Durchführung des Monopolistentests im Falle kostenfreier Angebote eine Veränderung der Qualität der gegenständlichen Angebote in den Test einbezogen wird, gerät dieser faktisch in den Bereich publizistisch-qualitativer Erwägungen in obigem Sinne. Damit wird die Rolle des Monopolistentests, mithin der marktlichen Auswirkungen, im Gefüge des Drei-Stufen-Test jedoch konterkariert, indem er seiner Notwendigkeit beraubt wird, da die publizistischen Auswirkungen bereits an anderer Stufe ermittelt werden. Eine Einbeziehung des hypothetischen Monopolistentests in die Ermittlung von Marktauswirkungen bei öffentlich-rechtlichen Onlinediensten, die gerade als Ergänzung zu publizistisch-qualitativen Erwägungen dienen soll, ist damit abzulehnen.

Eine Ablehnung des hypothetischen Monopolistentests bedeutet, da dieser nur eine Ergänzung zum klassischen Bedarfmarktkonzept darstellt,⁶⁶⁾ freilich noch keinen Ausschluss kartellrechtlicher Maßstäbe an sich.

Blume und *Gostomzyk* ist hinsichtlich der Verortung kartellrechtlicher Prüfmaßstäbe (einzig) an der Stelle der Marktabgrenzung als Grundstufe der Ermittlung marktlicher Auswirkungen zuzustimmen. Die hierbei beabsichtigte Anwendung des Bedarfmarktkonzeptes ist insbesondere rechtlich gut vertretbar: Die Anwendung des Bedarfmarktkonzeptes ist in der Rechtsprechung anerkannt und bietet damit ein rechtspraktisch belastbares Instrument. Zudem vermeidet es direkte Verflechtungen mit publizistischen Elementen auf Ebene der Marktabgrenzung, wie es bei Anwendung des hypothetischen Monopolistentests der Fall wäre. Hinsichtlich der Ermittlung künftiger Auswirkungen sind wiederum statische und dynamische Analysen unter medienbezogenen Gesichtspunkten vorzuziehen, da diese zu einer Prognose der Entwicklung des Mediensektors geeigneter sind als rein marktorientierte Betrachtungen. Die Anwendung des Bedarfmarktkonzeptes auf der ersten Stelle der Ermittlung der „marktlichen Auswirkungen“ erscheint daher insgesamt als vorzugswürdig. Sie ist weder überkomplex, noch von zu vielen Einzelabwägungen a priori abhängig und gleichermaßen belastbar. Sie bildet zudem mit Blick auf den Drei-Stufen-Test und dessen Bestandteile eine systematisch kohärente Lösung.

Damit sind kartellrechtliche Grundsätze, genauer das Bedarfmarktkonzept, an erster Stelle der Ermittlung der „marktlichen Auswirkungen“ anzuwenden und hieran anschließend zur Ermittlung künftiger Auswirkungen statische und dynamische Analysen unter medienbezogenen Gesichtspunkten zu unternehmen. Eine weitergehende Rolle kommt ihnen jedoch de lege lata nicht zu.

4. Zwischenergebnis

Wettbewerbliche Elemente in einem weiteren Sinne enthält der Drei-Stufen-Test wie dargestellt an diversen Stellen. Die Rolle kartellrechtlicher Grundsätze im Gefüge des Drei-Stufen-Tests allerdings ist grundsätzlich – ungeachtet des gutachterlichen Aufwandes, den sie mit sich bringen – überschaubar. Nach dem zu bevorzugenden Ansatz der Kombination von kartellrechtlichen und interdisziplinären Grundsätzen zur Analyse der marktlichen Auswirkungen kommt ihnen letztlich nur auf der Stufe der Ermittlung des betroffenen Marktes eine Funktion zu. Diese Teilfunk-

66) *Kling/Thomas* (Fußn. 15), § 9 Rz. 131.

tion im Gesamtgefüge des Tests bedeutet jedoch keinen gänzlichen Verzicht auf kartellrechtliche Grundsätze. Zur Analyse des zu betrachtenden Marktes und damit für eine adäquate Bewertung des zu prüfenden Angebotes sind sie unerlässlich.

III. Ausweitung kartellrechtlicher Maßstäbe im Rahmen des Drei-Stufen-Tests?

Zwar stellt sich, aufgrund des doch relativ geringen Einflusses kartellrechtlicher Maßstäbe auf die Prüfung eines Angebotes im Drei-Stufen-Test, die Frage, ob diese Maßstäbe nicht auszuweiten sind, was allerdings letztlich zu verneinen ist.

1. Kollision der Regelungsmaterien

Eine Ausweitung kartellrechtlicher Maßstäbe im Bereich des Drei-Stufen-Tests hätte zunächst grundsätzlich eine – erweiterte – Kollision der Regelungsmaterien zur Folge. Diese entsteht durch die Zieldivergenz von Kartell- und Rundfunkrecht.⁶⁷⁾ Das Kartellrecht bezweckt generell den Schutz des Wettbewerbs⁶⁸⁾ im Sinne einer Verhinderung von wirtschaftlicher Macht.⁶⁹⁾ Das Recht des öffentlich-rechtlichen Rundfunks hingegen, dem der Drei-Stufen-Test zuzuordnen ist, hat im Zusammenhang mit dem aus der Rundfunkfreiheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG folgenden Auftrag⁷⁰⁾ die Sicherung der Meinungsfreiheit in der Gesellschaft zum Gegenstand. Es wendet sich im Ergebnis gerade auch gegen die negativen Wirkungen, die sich im Zuge des freien Wettbewerbs privater Anbieter ergeben können.⁷¹⁾ In diesem Lichte, d. h. unter dem Primat der Sicherung des Meinungpluralismus, ist grundsätzlich die Rolle des Tests zu sehen.⁷²⁾ Zwar lässt sich ein genereller Anwendungsvorrang von Kartell- oder Rundfunkrecht aufgrund der Vielzahl von wechselseitigen Beziehungen nicht ausmachen.⁷³⁾ Das BVerfG hat allerdings schon früh entschieden, dass gerade im Bereich privaten Rundfunks das Programmangebot nicht der Eigengesetzlichkeit eines Marktes überlassen werden darf⁷⁴⁾ und sich damit – zu Recht – gegen eine reine Marktorientierung des Rundfunkrechts entschieden. Zudem lässt sich der Wert von Meinungen im verfassungsrechtlich bedeutenden Sinne letztlich nicht anhand von Marktkriterien wie „ökonomisch wertvoll“ oder „wertlos“ beurteilen. Publizistischer Nutzen – um den es vorliegend primär geht – kann durch marktliche Auswirkungen nicht adäquat erfasst werden.⁷⁵⁾ Ökonomischer Wettbewerb und die Sicherung von funktionierenden Märkten, mithin auch das Kartellrecht, sind insofern nicht in der Lage, die meinungsvielfaltsichernden Ziele des Rundfunkverfassungsrechtes zu erfüllen.⁷⁶⁾ Allerdings besteht hierfür rechtlich auch keine Notwendigkeit: So wie es nicht Ge-

67) Zum Begriff und ausführlich zum Verhältnis von Medienkonzentrations- und Kartellrecht *Gounalakis/Zagouras*, Medienkonzentrationsrecht, 2008, S. 177 ff.

68) *Meessen*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, Kartellrecht, Kommentar, 2. Aufl., 2009, Einführung, Rz. 5.

69) *Bunte* (Fußn. 15), Rz. 55; *Gounalakis/Zagouras* (Fußn. 67), S. 177.

70) Vgl. nur BVerfGE 12, 205, 260; BVerfGE 57, 295, 319 f.; BVerfGE 73, 118, 152; BVerfGE 90, 60, 87 ff.

71) Vgl. BVerfGE 74, 297, 332; *Mestmäcker/Velken*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht: GWB, 4. Aufl., 2007, Rz. 65.

72) Vgl. auch *Rossen-Stadtfeld*, epd medien 2009, Nr. 33/34, 23, 24.

73) *Trajkowski* (Fußn. 12), S. 242. Zu einer Übersicht über die widerstreitenden Meinungen eines möglichen jeweiligen Anwendungsvorranges siehe *ders.*, S. 240 ff.

74) BVerfGE 57, 295, 322 f.

75) So auch *Bensinger/Kops/Sokoll* (Fußn. 6), S. 20 f., 82 ff.

76) *Gounalakis*, Konvergenz der Medien, Gutachten C zum 64. Deutschen Juristentag, 2002, S. 145; *Rossen-Stadtfeld*, epd medien 2009, Nr. 33/34, 23, 28; vgl. gegen eine generelle Übertragung der Aufsicht über den publizistischen Wettbewerb im Medienbereich auf das BKartA auch *Brenner*, ZUM 1998, 877, 886 ff.; *Engels*, ZUM 1996, 44, 49; *Immenga*, ZWeR 2004, 328, 342.

genstand des Rundfunkrechtes ist, Märkte ökonomisch zu sichern,⁷⁷⁾ ist es nicht Aufgabe des Kartellrechtes, Meinungspluralismus im Bereich des Rundfunks herbeizuführen.⁷⁸⁾ Systemtheoretisch ausgedrückt: Die Systeme des Kartell- und Kommunikationsverfassungsrechtes dürfen und sollen sich irritieren, eine Lösung der Ziele des einen durch das andere System scheitert aber bereits an ihren unterschiedlichen Codes. Eine Ausweitung kartellrechtlicher Grundsätze ist daher bereits unter dem Gesichtspunkt der Kollision der Regelungsmaterien nicht geboten.

2. Überbordende Komplexität der Gutachten

Weiterhin erhöhte sich bei einer Ausweitung kartellrechtlicher Grundsätze die Komplexität der hierzu eingeholten Gutachten. Die Wechselseitigkeit der Beziehungen im Medienbereich und die dargelegte, begrenzte ökonomische Fassbarkeit von Meinungen bzw. Informationen bedingen dies. Bereits im Gefüge der derzeit existenten Regelungen des Drei-Stufen-Tests bestehen bei der Definition der zu erhebenden „marktlichen Auswirkungen“ Probleme für Rundfunkanstalt wie Gutachter.⁷⁹⁾ Sollte die durch einen nicht notwendigerweise ausgeweiteten Anteil kartellrechtlicher und damit marktökonomischer Implikationen erhöhte Komplexität eines Gutachtens schlussendlich eine kaum noch belastbare Entscheidung bewirken, wäre die Prüfung marktlicher Auswirkungen ad absurdum geführt. Auch kann im Einzelfall die Gefahr eines Ungleichgewichts der Relation zwischen den Kosten des Dienstes und des überkomplexen Gutachtens bestehen.⁸⁰⁾

3. Die abstrakte Rolle kartellrechtlicher Maßstäbe im Gesamtgefüge

Beachtung muss auch die abstrakte Rolle der Prüfung von kartellrechtlichen Maßstäben im Drei-Stufen-Test finden. Da diese im Rahmen der „marktlichen Auswirkungen“ verortet werden, ist insofern ein Blick wiederum auf deren Rolle zu werfen. Der Drei-Stufen-Test soll zwar auch die wirtschaftliche und wettbewerbliche Situation der privaten Telemedienanbieter erfassen und angemessen berücksichtigen, wobei kartellrechtliche Erwägungen keinesfalls außer Acht zu lassen sind. Sie haben im Gefüge des Drei-Stufen-Tests aber insgesamt tendenziell eine Begleitfunktion.⁸¹⁾ Dies wird bereits anhand der lediglich vorgesehenen „Berücksichtigung“ (und damit nicht dem „Vorrang“ o.Ä.) der „marktlichen Auswirkungen“ im Rahmen der Beurteilung der Auswirkungen des betreffenden Angebots auf den publizistischen Wettbewerb deutlich.⁸²⁾ Strukturell arbeiten die „marktlichen Auswirkungen“ der Ermittlung der Wirkungen auf den publizistischen Wettbewerb zu.⁸³⁾ Letztlich kommt es aber auf dessen Bereicherung an, wie die gem. § 11f Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 RStV explizit geforderte qualitative Betrachtung des publizistischen Wettbewerbs verdeutlicht.⁸⁴⁾ Auch der Beihilfekompromiss, der seitens der privaten Anbieter in nicht geringem Umfang begleitet wurde, sieht keine weitere, zusätzliche Implementierung kartellrechtlicher

77) Vgl. *Engels*, ZUM 1996, 44, 51.

78) Zuzustimmen ist allerdings der Aussage, dass das Kartellrecht dennoch einen meinungsvielfaltsichernden Beitrag jedenfalls in anderen Medienbereichen (bspw. im Bereich der Presse oder innerhalb des privaten Rundfunks) leisten kann, vgl. *Mestmäcker/Veelken* (Fußn. 71), Rz. 56 f.; *Stammler*, ZUM 1995, 104, 110 f., spricht insofern von einer „unterstützenden Funktion“ des Kartellrechts.

79) Vgl. hierzu *Bensinger/Kops/Sokoll* (Fußn. 6), S. 21 f.

80) Vgl. *Schulz*, epd medien 2009, Nr. 84, 27, 28.

81) So auch *Schulz*, epd medien 2009, Nr. 84, 27, 28.

82) Vgl. *Rossen-Stadtfeld*, epd medien 2009, Nr. 33/34, 23, 28.

83) *Sokoll*, NJW 2009, 885, 888 zufolge sind die marktlichen Auswirkungen „nur einer von mehreren Abwägungsfaktoren“.

84) So auch *Bock-Rosenthal*, epd medien 2009, Nr. 85, 3, 4: „(. . .) letztlich entscheidet das Gewicht des publizistischen Mehrwerts“.

Maßstäbe außerhalb der Berücksichtigung der „marktlichen Auswirkungen“ vor. Wie die Kommission betonte, ist mit der Umsetzung der Vorgaben des Kompromisses europarechtlichen Anforderungen Genüge getan. Der bisherige Umfang an kartellrechtlichen Maßstäben erfüllt damit die an ihn gestellten Anforderungen und ist damit auch aus konzeptioneller Sicht nicht auszuweiten.

4. Bedürfnis privater Anbieter nach Erweiterung?

Die Frage, ob eine solche Ausweitung nötig wäre, ist weiterhin auch aus Sicht der privaten Anbieter zu stellen, da der Drei-Stufen-Test auch ihrem wettbewerblichen Schutz dient. Stellt also eine Beschränkung kartellrechtlicher Maßstäbe auf den bisherigen Umfang die privaten Anbieter schlechter? Wohl nicht. Mit der Beschränkung kartellrechtlicher Elemente im Rahmen des Drei-Stufen-Tests geht de facto keine Einschränkung sonstiger kartell- bzw. beihilferechtlicher Verfahrensmöglichkeiten für die privaten Anbieter einher. Sollten sich Anhaltspunkte bieten, stehen ihnen sowohl im deutschen wie auch im europäischen Recht diverse Möglichkeiten, möglicherweise rechtswidrige Entscheidungen öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten anzugreifen, zur Verfügung. Darüber hinaus kann ein direkter kartellrechtlicher Verfahrensgang für die privaten Anbieter effizienter sein, da hier ggf. Zulässigkeits- und Verfahrensfragen bereits geklärt sind. Die Vorgehensweise gegen Entscheidungen der Rundfunkräte bzgl. der Onlineangebote ist hingegen noch nicht geklärt.⁸⁵⁾

5. Zwischenergebnis

Nach all diesen Ausführungen ist gerade aufgrund des dem Rundfunkrecht inhärenten Primats des Meinungspluralismus, aber auch weiterer umfassender Erwägungen, eine Ausweitung kartellrechtlicher Grundsätze im Falle des Drei-Stufen-Tests nicht geboten und auch nicht zielführend.

IV. Fazit

Der Drei-Stufen-Test sieht diverse wettbewerbliche Elemente vor, wenn auch nicht immer im rein wirtschaftlichen Sinne. Der Anteil kartellrechtlicher Einwirkungen in die Prüfung und Beurteilung eines öffentlich-rechtlichen Onlineangebots ist dabei relativ gering. Er bedarf aber im Ergebnis auch keiner Ausweitung, da kartellrechtliche Maßstäbe nur begrenzt in der Lage sind, das Ziel des Rundfunkrechts, die Sicherung des Meinungspluralismus, zu fördern. Letztlich wurden mit den Regelungen des Drei-Stufen-Tests die Anforderungen der Kommission im Rahmen des Beihilfekompromisses erfüllt, was auch mit Blick auf das europäische Beihilferecht gegen eine Ausweitung kartellrechtlicher Grundsätze im Rahmen des Drei-Stufen-Tests spricht.

85) So ist die Frage nach der Zulässigkeit einer verwaltungsrechtlichen Konkurrentenklage umstritten. *Dörr*, epd medien 2009, Nr. 52, 26 27 f. hält dies für möglich, was nach Auffassung von *Knothe*, epd medien 2009, Nr. 60, 5, 7 ff. wiederum keinesfalls begründbar ist. Eine Übersicht zur Rechtsaufsicht und zum gerichtlichen Rechtsschutz findet sich bei *Wimmer*, ZUM 2009, 601, 609 ff. Ausführlich zur verwaltungsverfahrensrechtlichen Qualität des Drei-Stufen-Tests *Huber*, ZUM 2010, 201, 202 ff.

Abstract**Three-level-Test: Competitive elements and antitrust-law principles**

As a result of a dispute between public-law and private-law broadcasters regarding European subsidy law, a so called Three-Level-Test („Drei-Stufen-Test“, comparable to BBC's public value test) was added to German Interstate Agreement on Broadcast (Rundfunkstaatsvertrag, RStV) in 2009. It is now implemented in Sec. 11f para. 4 RStV. Nearly every new online content provided by public-law broadcasters shall pass the test before being offered on the broadcasters' websites. As part of the dispute's solution, public-law broadcast online-content was only allowed (inter alia), if the test implied consideration of private broadcasters' commercial and competitive interests.

Insofar, the existence and scope of competitive and antitrust-law elements in the test is analysed in the article. It will show, that there are some competitive elements in the test, though the test mainly focuses on publicistic competition and less takes financial competition into account.

Beside these immaterial aspects, the authors discuss, to what extent antitrust-law elements are or should be implemented to the test's steps and which concept should be preferred.

The analysis will show, that the test does contain antitrust-law elements, even though there is only little scope of application to them. As a result the authors argue for a mixed concept to analyse market impacts, where antitrust-law is applicable in terms of the „Relevant Market Concept“ as first part of market impacts' analysis.

Tilman Kuhn^{*)}

Der Erwerb wettbewerblich erheblichen Einflusses in der Deutschen Zusammenschlusskontrolle – Kein Modell für Europa

Der Zusammenschlussstatbestand des wettbewerblich erheblichen Einflusses wurde vor mehr als 21 Jahren in das GWB aufgenommen. Dennoch hat der Tatbestand nach Auffassung des Verfassers in der Praxis keine scharfen Konturen gewonnen. Nunmehr denkt auch die Europäische Kommission darüber nach, die EU-Fusionskontrolle auf den Erwerb nicht kontrollierender Minderheitsbeteiligungen auszuweiten. U.a. dies nimmt der Verfasser im vorliegenden Beitrag zum Anlass, die deutsche Anwendungspraxis hinsichtlich des Zusammenschlussstatbestandes nachzuzeichnen, soweit möglich zu systematisieren, kritisch zu hinterfragen und Lösungsmöglichkeiten für die praktischen Probleme, die der Tatbestand aufwirft, zu diskutieren.

Inhaltsübersicht

- I. Einführung
- II. § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB
 1. Grundvoraussetzung: Beteiligungserwerb
 - 1.1 Gesellschaftsrechtliche Vermittlung
 - 1.2 Relevanz der konkreten Anteilshöhe
 - 1.3 Gemeinsamer wettbewerblich erheblicher Einfluss
 2. Wettbewerbliche Relevanz
 3. Einfluss: Plus-Faktoren
 - 3.1 Abgrenzung zur (Mit-)Kontrolle und wettbewerblich irrelevanten Faktoren

^{*)} Dr. iur., LL.M. (Amsterdam), Rechtsanwalt, Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP, Köln

- 3.2. Gesellschaftsrechtliche bzw. vertragliche Plus-Faktoren
 - 3.2.1 Sperminoritäten
 - 3.2.2 Gremienbesetzung
 - 3.2.2.1 Vertretung in der Unternehmensleitung
 - 3.2.2.2 Vertretung in Aufsichtsgremien
 - 3.2.2.3 Abgrenzung zu anderen Faktoren
 - 3.2.3 Informationsrechte
 - 3.2.4 Vorkaufsrecht
 - 3.2.5 Call-Option
 - 3.2.6 Gesellschaftsrechtliche Verflechtungen
 - 3.3 „Sonstige tatsächliche Umstände“
 - 3.3.1 Grundfrage: Können tatsächliche Umstände genügen?
 - 3.3.2 Anwendung durch Bundeskartellamt und Gerichte
 4. Gemeinsamer wettbewerblich erheblicher Einfluss
- III. Zusammenfassende Kritik
1. Gesellschaftsrechtlich vermittelte Unternehmensverbindung
 2. Grundlagen des zu erwartenden Einflussverwerbs
 3. Prüfung und Relevanz bestimmter Plus-Faktoren
 4. Gewichtung der Plus-Faktoren
 5. Gemeinsamer wettbewerblich erheblicher Einfluss
 6. Zusammenfassung
- IV. Lösungsmöglichkeiten
1. Streichung der Vorschrift
 2. Wiedereinführung von Altregelungen
 3. Einführung eines „safe harbor“
 4. Leitlinien mit Betonung gesellschaftsrechtlicher Sperrrechte
- V. Abschließende Zusammenfassung

I. Einführung

Das EU-Zusammenschlusskontrollrecht erfasst gem. Art. 3 VO Nr. 139/2004 („FKVO“) den Erwerb von Minderheitsbeteiligungen nur insoweit, als dieser zum Erwerb gemeinsamer oder alleiniger Kontrolle über das Beteiligungsobjekt führt. Nach der Konsolidierten Zuständigkeitsmitteilung der Kommission muss es sich dann aber um eine Minderheitsbeteiligung handeln, die besonderen Rechten (etwa Vetorechten bezüglich strategisch wichtiger Entscheidungen des Unternehmens wie Besetzung der Unternehmensleitung, Annahme des Budgets, Verabschiedung des Geschäftsplans, etc.) ausgestattet ist und dem Erwerber rechtlich oder faktisch Kontrolle verleiht.¹⁾ Unterhalb der Schwelle des Kontrollerwerbs ist der Erwerb einer Minderheitsbeteiligung nur an Art. 101, 102 AEUV zu messen.²⁾

1) Konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gem. VO (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABI EU v. 21. 2. 2009, C 43, S. 10 ff. („Zuständigkeitsmitteilung“), Rz. 65 ff. Kann es zu wechselnden Mehrheiten kommen, scheidet ein Kontrollerwerb aus. Unterhalb der Schwelle des Kontrollerwerbs greift die EU-Zusammenschlusskontrollverordnung nicht ein. Exemplarisch für letztere Konstellation ist der Fall Ryanair/Aer Lingus. Ryanair erwarb 29,4 % an Aer Lingus, Kommission und EuG (Urt. v. 6. 7. 2010 – Rs T-411/07, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Rz. 67 – Aer Lingus/Kommission) bestätigten, dass Ryanair durch den Anteilserwerb noch nicht die Kontrolle über Aer Lingus erlangt und der Erwerb damit nicht gegen das Vollzugsverbot verstoßen habe. Derzeit prüft das deutsche Office for Fair Trade, ob es (auch jetzt noch) zuständig ist, den Minderheitsbeteiligungserwerb von Ryanair fusionskontrollrechtlich zu überprüfen. Zur fusionsrechtlichen Kontrolle von Minderheitsbeteiligungen im englischen Recht s. Fußn. 3.

2) S. in Bezug auf Art. 101 EuGH, Urt. v. 17. 11. 1987 – Rs 142 und 156/84, Slg. 1987, 4566 – British American Tobacco und R. J. Reynolds/Kommission („Philip Morris“); in Bezug auf Art. 102 Entscheidung der Kommission v. 10. 11. 1992 – IV/33 440 – Warner-Lambert/Gillette u. a., und IV/33 486 – BIC/Gillette u. a., ABI EC 12/05/1993, L 116, S. 21 – 32. S. auch *Milanesi/Winterstein*, CPN 2002, 15.