Inhaltsverzeichnis

I. Der Verfassungsstaat

<i>Johannes Dietlein</i> : „Verfassungsrecht als abstrahiertes Verwaltungsrecht“? Die Gesetzgebungszuständigkeit für das Spielhallenrecht in und nach der Föderalismusreform ..	3
<i>Wolfgang Loschelder</i> : „... in einem vom Christentum geprägten Lande“. Zur Position des Islam im staatskirchenrechtlichen System des Grundgesetzes	17
<i>Michael Nierhaus</i> : Braucht die Bundesrepublik Deutschland ein volksgewähltes Staatsoberhaupt?	39
<i>Hans Heinrich Rupp</i> : Bürgerrechte als staatliche Kompetenztitel? Miscellen zum Verhältnis von Staat und Gesellschaft	51
<i>Walter Schmitt Glaeser</i> : Glaubwürdigkeit – eine Verfassungserwartung an den Staat	63
<i>Rudolf Streinz</i> : Innerparteiliche Sanktionen gegen Mitglieder politischer Parteien. Von Ordnungsmaßnahmen bis hin zum Parteiausschluss	79
<i>Kay Windthorst</i> : Gewaltenteilung im deutschen und amerikanischen Verfassungsrecht ..	107

II. Der Grundrechtsstaat

<i>Matthias Cornils</i> : Von Eingriffen, Beeinträchtigungen und Reflexen. Bemerkungen zum status quo der Grundrechts-Eingriffsdogmatik des Bundesverfassungsgerichts ..	137
<i>Steffen Deterbeck</i> : Der öffentliche Dienst als Medium der freien Selbstentfaltung? Der hessische Kopftuchstreit	161
<i>Wolfram Höfling</i> : Der Zugang zum Insolvenzverwalterberuf – eine grundrechtliche Problemskizze	191
<i>Stefan Mückl</i> : Geistesgeschichtliche Grundlagen der Gewissensfreiheit	209
<i>Sebastian Müller-Franken</i> : Bindung Privater an Grundrechte? Zur Wirkung der Grundrechte auf Privatrechtsbeziehungen	223
<i>Michael Sachs</i> : Nichtraucherchutz in Gaststätten vor dem Bundesverfassungsgericht ..	251

III. Der verwaltende Sozialstaat

<i>Christian von Coelln</i> : Zwischen Gütegarantie und Professorenpranger: Die Evaluation der Hochschullehre	271
<i>Otto Depenheuer</i> : Finanzielle Zwangspatenschaft privat Pflegeversicherter für gesetzlich Pflegeversicherte? Zur Zulässigkeit eines Finanzausgleichs zwischen privater und gesetzlicher Pflegeversicherung	301

Der Betrieb eines DVB-T-Sendernetzes durch die Sächsische Landesmedienanstalt aus wettbewerbsrechtlicher Sicht

Von Georgios Gounalakis

I. Problemstellung

Dem digitalen Fernsehen gehört die Zukunft. Und mit Satelliten- und Kabelsendernetzen bestehen Infrastrukturen, die sich in Deutschland für seine Übertragung bereits etabliert haben. Mit der Digitalisierung der Rundfunksignale könnte nun auch der terrestrische Verbreitungsweg, der seit den achtziger Jahren zusehends an Bedeutung verloren hat, wieder eine stärkere Position im Wettbewerb der Infrastrukturen einnehmen. So lässt sich der Mehrwert eines digitalen terrestrischen Fernsehens (DVB-T) gegenüber den etablierten Übertragungsarten unter dem Stichwort „Überallfernsehen“ leicht ersehen. Freilich ist DVB-T bislang von einer flächendeckenden Verbreitung noch entfernt. Private Rundfunkunternehmen scheuen die Kosten der von ihnen bislang nur marginal genutzten terrestrischen Verbreitung, während der Zuschauer seine Scheu nur bei einer möglichst breiten Beteiligung der privaten Veranstalter ablegt.

Hier nun treten die Landesmedienanstalten auf den Plan. Jenseits ihres traditionellen Aufgabenfelds der Zulassung und Aufsicht des Privatrundfunks in Deutschland steht es ihnen gemäß § 40 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 RfStV – eine Ermächtigung in den jeweiligen Landesmediengesetzen vorausgesetzt – zu, neue Übertragungstechniken in Pilotprojekten mit finanziellen Mitteln zu fördern. Dass neben die Vielfalt digital übertragbarer Programme nun auch eine Vielfalt der Übertragungswege treten soll, wird aus Sicht der Landesmedienanstalten als rundfunktechnische Verwirklichung der rundfunkverfassungsrechtlichen Forderungen nach Vielfalt und Grundversorgung verstanden.

Prominent ist das Beispiel Berlin-Brandenburgs. Gefördert von der Medienanstalt Berlin-Brandenburg wurde im Februar 2002 unter großem Medieninteresse das terrestrische digitale Fernsehen in Betrieb genommen. Unterschätzt wurde dabei allerdings der Aktionsradius der europäischen Beihilfeaufsicht. Die hat bekanntlich die finanzielle Förderung der privaten Rundfunkunternehmen mit Entscheidung vom 9. November 2005 als unzulässige Beihilfe eingestuft und damit das Ende der Förderung von DVB-T in ihrer bisherigen Form bewirkt.

Auf der Suche nach alternativen Formen ist die Sächsische Landesmedienanstalt (SLM). Sie möchte an ihren Plänen für ein DVB-T-Pilotprojekt für das Gebiet Leipzigs festhalten und beabsichtigt dabei, sich selbst als Betreiberin eines DVB-T Sendernetzes zu betätigen. Von der Errichtung und dem Betrieb eines eigenen Sendernetzes verspricht sie sich, im Vergleich zur T-Systems Business Services GmbH, die den Markt für terrestrische Sendeunternehmen dominiert, günstigere Übertragungsentgelte anbieten zu können. In den spezifischen Unternehmensstrukturen der Deutschen Telekom AG, innerhalb derer die T-Systems Business Services GmbH ihre Leistungen anbietet, sieht die SLM, ebenso wie in der marktbeherrschenden Stellung des Unternehmens, ungünstige Voraussetzungen für die Einführung von DVB-T. Darüber hinaus führt sie die Höhe der Übertragungsentgelte aber auch auf die Sendeanlagen der T-Systems Business Services GmbH zurück. Die seien als Folge des rundfunkrechtlichen Grundversorgungsauftrags auf größtmögliche Flächenversorgung optimiert. Eine großflächige Versorgung zu entsprechend hohen Übertragungsentgelten werde jedoch den Bedürfnissen eines auf das Stadtgebiet Leipzigs beschränkten Projekts nicht gerecht.

Will daher die SLM selbst ein DVB-T-Sendernetz bestehend aus fünf Sendern mit relativ geringer Sendeleistung betreiben, begibt sie sich auf das Terrain wirtschaftlicher Betätigung. Die Übernahme wirtschaftlicher Tätigkeiten durch die öffentliche Hand sieht sich allerdings von Seiten der Privatwirtschaft regelmäßig dem Vorwurf ausgesetzt, öffentliche Mittel würden in unzulässiger Weise zur Quersubventionierung wirtschaftlicher Aktivitäten verausgabt. Diesen möglichen Vorwurf greift dieser Beitrag, der auf einem Gutachten im Auftrag der Sächsischen Landesmedienanstalt (SLM) beruht, auf. Er untersucht, ob der Betrieb eines DVB-T-Sendernetzes durch die SLM selbst oder durch eine von ihr beherrschte GmbH gegen Vorgaben des nationalen oder europäischen Wettbewerbsrechts verstößt.

Zwei Szenarien sind bei der Prüfung zu unterscheiden: Denkbar ist zunächst ein auf Wirtschaftlichkeit ausgerichtetes Konzept, unter dem die SLM ihr eigenes Sendernetz betreibt. Nach diesem Konzept verhielte sie sich ebenso wie ein privater Investor nach rein erwerbswirtschaftlichen Grundsätzen. Daneben ist aber auch die Alternative in Betracht zu ziehen, nach der die SLM ihr Sendernetz nicht unter marktüblichen Bedingungen betreibt, sondern den Rundfunkunternehmen gezielt nicht kostendeckende Übertragungskonditionen anbietet.

Beide Fälle sind am Maßstab des Wettbewerbsrechts zu messen. Einmal am nationalen Wettbewerbsrecht des UWG, das auch in seiner neuen Fassung die zweckwidrige Verwendung öffentlicher Mittel als unlauter einstuft. Aber insbesondere auch an den Vorgaben des europäischen Beihilferechts. Hier ist zu untersuchen, ob die Errichtung oder der Betrieb des Sendernetzes mit Mitteln aus dem Rundfunkgebührenaufkommen zulässig ist. Dies betrifft die Frage nach einer Beihilfe zugunsten der SLM. Beihilferechtlich ebenso relevant, das hat der Fall des DVB-T-Projekts Berlin-Brandenburg gezeigt, ist die Frage, ob im Betrieb des Sendernetzes nicht auch eine Beihilfe zugunsten der Rundfunkanbieter zu sehen ist. Da jedoch sowohl nach deutschem als auch nach europäischem Wettbewerbsrecht

die zweckwidrige Mittelverwendung durch die öffentliche Hand ein zentrales Kriterium darstellt, soll zunächst die Bewertung der rundfunkrechtlichen Zulässigkeit des von der SLM beabsichtigten Vorhabens im Mittelpunkt des Interesses stehen.

II. Rundfunkrechtliche Zulässigkeit

Die rundfunkrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens, ein DVB-T-Pilotprojekt mit dem Betrieb eines eigenen Sendernetzes zu fördern, hängt zunächst einmal davon ab, ob diese Fördertätigkeit als solche zum Kreis der Anstaltsaufgaben der SLM zählt. Daneben bedarf es dann noch der Klärung, ob sich die Projektförderung auch in der konkreten Form der erwerbswirtschaftlichen Betätigung als rechtmäßig erweist.

1. DVB-T-Förderung als Anstaltsaufgabe

Die Anstaltsaufgaben der SLM finden sich im Gesetz über den privaten Rundfunk und neue Medien in Sachsen (Sächsisches Privatrundfunkgesetz – SächsPRG) normiert. Dessen § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 weist der SLM die Aufgabe zu, die technische Infrastruktur für neue Rundfunkübertragungstechniken zu fördern. Seinem Wortlaut nach legt die Bestimmung also eine recht weitgehende Auslegung der Förderungsbefugnisse der SLM nahe. Speziell auch eine solche, die eine Förderung aus Finanzmitteln der Anstalt erlaubt.

Da diese Mittel jedoch aus dem in § 10 RFinStV festgelegten Anteil am Rundfunkgebührenaufkommen stammen, sind die restriktiven Vorgaben des RfStV über die Verwendung der Rundfunkgebühr zu beachten. Gemäß § 43 S. 2 RfStV ist es nämlich unzulässig, private Rundfunkveranstalter aus der Rundfunkgebühr zu finanzieren. Allerdings macht § 43 S. 3 RfStV hiervon eine Ausnahme für die Fälle des § 40 RfStV. Zu denen zählt gemäß § 40 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 RfStV auch die Förderung landesrechtlich gebotener Infrastruktur zur Förderung von Projekten für neuartige Rundfunkübertragungstechniken. Innerhalb der tatbestandlichen Grenzen dieser Bestimmung ist es mithin zulässig, private Veranstalter aus Gebührenmitteln der Landesmedienanstalten zu fördern. An ihnen muss sich daher auch eine Auslegung des § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SächsPRG orientieren. Anhand dieser Auslegung lässt sich dann schließlich ermitteln, ob das Projekt der SLM den rundfunkrechtlichen Vorgaben entspricht. Da § 40 Abs. 1 S. 2 RfStV unter dem Vorbehalt einer besonderen landesgesetzlichen Ermächtigung steht, gilt dies allerdings nur unter der Einschränkung, dass sich § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SächsPRG tatsächlich als hinreichende Ermächtigung qualifizieren lässt.

a) Tatbestandliche Reichweite
des § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SächsPRG

Seinem Regelungszweck nach zielt die nach § 40 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 RfStV zulässige Projektförderung auf eine Digitalisierung der Übertragungswege,¹ mithin auch auf Pilotprojekte für DVB-T. Wenn also § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SächsPRG den Wortlaut dieser Vorschrift weitgehend übernimmt, spricht dies grundsätzlich für eine Förderung von DVB-T durch die SLM.

aa) Zulässiger Förderungsgegenstand

Allerdings enthält § 40 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 RfStV einige Restriktionen, die sich sowohl dem Wortlaut als auch den Gesetzesmaterialien entnehmen lassen. So zunächst die in § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SächsPRG nicht enthaltene Beschränkung auf „Projekte“, die „neuartigen Rundfunkübertragungstechniken“ zugute kommen sollen. Bei der geförderten Technik muss es sich also um eine solche handeln, für die noch kein funktionierender Regelbetrieb besteht, die also noch Projekten bedarf, die seiner endgültigen Einführung vorangehen.² Dies zeigt auch ein Blick auf die Gesetzesmaterialien, in denen ausdrücklich von Projekten die Rede ist, die der Erprobung einer Technik dienen.³

Das Pilotprojekt Sachsens wird diesen Anforderungen gerecht. Zunächst hat es Beispielcharakter für das Land Sachsen. Und selbst wenn man die Auffassung vertritt, DVB-T könne schon deswegen keine neuartige Technik im Sinne des § 40 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 RfStV sein, weil bereits andere Bundesländer diese Technik in Betrieb genommen haben,⁴ gelangt man zu keinem anderen Ergebnis: soll doch das Pilotprojekt für den Raum Leipzigs erstmals in Deutschland kreuzpolarisierte Sendantennen einsetzen, von denen man sich einen besseren portablen und mobilen Empfang verspricht. Die SLM fasst also ein Projekt ins Auge, das mit dem restriktiven Merkmal eines Projekts für neuartige Rundfunkübertragungstechniken im Einklang steht. Besonders die von Stimmen in der Literatur als unzulässig erklärte Förderung der Wettbewerbsfähigkeit des Regelbetriebs der neuen Technik⁵ kann sich unter den genannten Bedingungen nur als Reflex der Erprobungsphase einstellen.

¹ *Beucher/Leyendecker/v. Rosenberg*, Mediengesetze-Kommentar, 1999, § 40 RfStV Rn. 8; *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, RfStV-Kommentar, Stand Januar 2006, § 40 Rn. 34; *Merten*, in: *Hahn/Vesting*, Kommentar zum Rundfunkrecht, 2003, § 40 RfStV Rn. 15. Vgl. auch die amtliche Begründung zu § 29 RfStV 1991, abgedruckt bei *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner* (Fn. 1), vor § 40 vor Rn. 1.

² *Koenig/Kühling/Barudi*, AfP 2004, 217.

³ Amtliche Begründung zu § 29 RfStV 1991, abgedruckt bei *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner* (Fn. 1), vor § 40 vor Rn. 1.

⁴ *Koenig/Kühling/Barudi*, AfP 2004, 218.

⁵ *Koenig/Kühling/Barudi*, AfP 2004, 217 f.

Doch was geschieht, wenn mit Auslaufen der Frist aus § 40 Abs. 1 S. 2 RfStV zum Ende des Jahres 2010 keine Ermächtigung mehr besteht, private Rundfunkanbieter aus dem Gebührenaufkommen zu fördern? Immerhin scheint es nach dem Zuschnitt ihres Modells nicht ausgeschlossen, dass die SLM den Betrieb der Sendeanlagen über das Ende der Frist hinaus anstrebt. In diesem Fall wäre eine Förderung aus Gebührenmitteln nicht mehr zulässig. Eine Förderung zugunsten des privaten Rundfunks, die auf nicht mehr kostendeckenden Übertragungsentgelten beruhte, verstieße gegen § 43 S. 2 RfStV. Sobald also die Ermächtigungsfrist des § 40 Abs. 1 S. 2 RfStV endet, muss sich die SLM darauf beschränken, durch effizientes Wirtschaften unter marktüblichen Bedingungen günstige Übertragungsentgelte anbieten zu können. In diesem Fall nämlich griffe die SLM nicht auf Gebührenmittel zurück, sondern könnte den Betrieb der Sendeanlagen aus den mit ihnen erwirtschafteten Erträgen bestreiten. Die rundfunkrechtliche Ermächtigungsgrundlage hierfür bliebe weiterhin § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SächsPRG.

bb) Zulässiger Förderungsumfang

Was den Umfang der nach § 40 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 RfStV zulässigen Förderung betrifft, ist auf das Merkmal der Förderung selbst hinzuweisen. Es stellt klar, dass sich die erbrachten Leistungen ihrer Quantität nach deutlich unter dem Niveau einer Vollfinanzierung zu bewegen haben.⁶ Für eine Vollfinanzierung der DVB-T-Übertragung durch die SLM ist nichts ersichtlich. Hier setzt der begrenzte Haushalt der Anstalt faktische, das Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit aus § 35 Abs. 3 S. 1 SächsPRG aber auch rechtliche Grenzen. Vorausgesetzt, die SLM entschiede sich für die förderungsintensivere Variante eines aus wirtschaftlicher Sicht unangemessen niedrigen Übertragungsentgelts, gelten diese faktischen und rechtlichen Limitierungen entsprechend. Damit steht auch der Umfang der von der SLM beabsichtigten Förderung im Einklang mit § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SächsPRG.

cc) Zulässiges Förderungsmedium

Das Mittel, mit dem die SLM das DVB-T-Projekt für das Stadtgebiet Leipzigs fördern möchte, weicht vom Leitbild des § 40 Abs. 1 S. 2 RfStV ab – ein Leitbild, das von einer unmittelbaren finanziellen Zuwendung aus Anstaltsmitteln ausgeht. Allerdings handelt es sich bei § 40 Abs. 1 S. 2 RfStV nicht um eine Regelung über die Art und Weise der Förderung, sondern lediglich um eine Finanzierungsnorm zugunsten bestimmter Fördergegenstände.⁷ Folglich bleibt die Frage, ob die SLM das Pilotprojekt auch mit den Mitteln der Errichtung und des Betriebs eines DVB-T-Sendernetzes fördern darf, einer Beantwortung allein durch das SächsPRG über-

⁶ *Koenig/Kühling/Barudi*, AfP 2004, 217.

⁷ So zu § 29 RfStV a.F. *Hoffmann-Riem*, Finanzierung und Finanzkontrolle der Landesmedienanstalten, 1993, S. 109.

lassen. Das freilich stellt mit seiner offenen Formulierung in § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SächsPRG die Art und Weise der Förderung der Entscheidung der SLM selbst anheim. Die Errichtung und der Betrieb eines DVB-T-Sendernetzes zu Förderungszwecken ist folglich, sei es als streng erwerbswirtschaftlich oder nur eingeschränkt erwerbswirtschaftlich betriebenes Unternehmen, von der Aufgabenzuweisung des § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SächsPRG gedeckt.

b) § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SächsPRG als hinreichende Ermächtigung im Sinne des § 40 Abs. 1 S. 2 RfStV

Dass § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SächsPRG eine hinreichende Ermächtigung im Sinne von § 40 Abs. 1 S. 2 RfStV darstellt, wird mit dem Argument bestritten, die Aufgabenzuweisung des SächsPRG nehme keinen ausdrücklichen Bezug auf die Ermächtigungsbefugnis aus § 40 Abs. 1 S. 2 RfStV.⁸ Bei Letzterer handele es sich um eine Finanzierungsnorm, folglich müsse auch die auf ihrer Grundlage ergangene landesgesetzliche Ermächtigungsnorm ihren finanzierungsrechtlichen Charakter ausdrücklich zu erkennen geben.⁹

Folgte man dieser Ansicht, so wäre eine Förderung unzulässig, innerhalb derer die SLM für ihre Übertragungsleistungen keine kostendeckenden Entgelte verlangt, sie mithin auf Gebührenmittel zurückgreifen müsste. Allerdings wird man entgegen der genannten Auffassung in § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SächsPRG durchaus eine hinreichende Ermächtigung erblicken müssen. So greift sie deutlich erkennbar den Wortlaut des § 40 Abs. 1 S. 2 RfStV auf. Darüber hinaus lässt sie aber auch ihren Finanzierungsaspekt nicht im Dunkeln. Denn wer von der Förderung neuer Übertragungstechniken spricht, muss sich auch über die Finanzierungswirksamkeit solchen Förderns im Klaren sein. Die Finanzierungsfunktion der Norm ist folglich schon in ihrer Aufgabenzuweisungsfunktion enthalten. Und so bleibt es dabei:

Die DVB-T-Förderung in der von der SLM geplanten Form ist als Anstaltsaufgabe im Sinne des § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SächsPRG zu verstehen. Dies gilt unabhängig davon, ob die SLM beim Betrieb ihres Sendernetzes kostendeckend arbeitet oder nicht. Allein für den Fall einer Förderung über das Jahr 2010 hinaus besteht für sie wegen des Verbots der Finanzierung privaten Rundfunks aus der Rundfunkgebühr die Verpflichtung, kostendeckend zu wirtschaften.

2. Ermächtigung der SLM zur wirtschaftlichen Betätigung

Das oben gefundene Ergebnis, dass die Aufgabenzuweisung aus § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SächsPRG dem Förderungsmittel gegenüber neutral ist, sagt für sich genom-

⁸ Koenig/Kühling/Barudi, AfP 2004, 220.

⁹ Koenig/Kühling/Barudi, AfP 2004, 219.

men noch nichts darüber aus, ob der SLM ganz allgemein die Handlungsform der wirtschaftlichen Betätigung offen steht. So könnte man überlegen, ob nicht schon aus der Selbstverwaltungsautonomie der Landesmedienanstalten, freilich stets unter Befragung des Anstaltszwecks, die Möglichkeit wirtschaftlicher Betätigung folgt.¹⁰

Solche Überlegungen, einschließlich der sich anschließenden verfassungsrechtlichen Frage nach der Geltung des Vorbehalts des Gesetzes, erübrigen sich jedoch, wenn wie hier mit § 28a Abs. 1 SächsPRG eine ausdrückliche Ermächtigungsgrundlage zur Verfügung steht. Danach kann die Landesanstalt in Fällen, in denen dies aus Gründen der Effektivität geboten ist und der Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben der Landesanstalt dient, privatrechtliche Unternehmen gründen sowie sich an solchen beteiligen. Die Gründung privatrechtlicher Unternehmen schließt so die Möglichkeit der SLM, sich im Rahmen ihrer Anstaltsaufgaben wirtschaftlich zu betätigen, mit ein.

3. Kollision mit dem Grundsatz der Vielfaltsicherung

Tritt die SLM den privaten Rundfunkanbietern sowohl als Lizenzgeber als auch als Übertragungsdienstleister gegenüber, besteht in Situationen knapper Übertragungskapazitäten die Gefahr, bei der Auswahl der Rundfunkveranstalter diejenigen zu bevorzugen, die besonders zuschauerträchtige Programminhalte anbieten. An die Stelle einer gemäß § 10 Abs. 2 SächsPRG nach Gesichtspunkten der Meinungsvielfalt auszurichtenden Auswahlentscheidung träte dann eine Auswahl nach Rentabilitätskriterien. Nun kann wegen dieser abstrakten Gefahrenlage das Vorhaben der SLM rundfunkrechtlich nicht insgesamt in Frage stehen. Allerdings muss die SLM vorbeugend interne organisatorische Vorkehrungen treffen. Nach alledem bestehen daher insgesamt aus rundfunkrechtlicher Sicht keine Bedenken an der Zulässigkeit des von der SLM geplanten Betriebs eines eigenen DVB-T-Sendernetzes.

III. Wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit nach nationalen Vorschriften

Enger gezogene Schranken für die Zulässigkeit des von der SLM geplanten wirtschaftlichen Engagements könnten sich aus dem nationalen Wettbewerbsrecht ergeben. Vorausgesetzt, es ist auf die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand überhaupt anwendbar. Ist dies der Fall, so kann sich zunächst der Marktzutritt der SLM als wettbewerbsrechtlich problematisch erweisen.

¹⁰ So für den Fall öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten Gounalakis, Funktionsauftrag und wirtschaftliche Betätigung des Zweiten Deutschen Fernsehens, 2000, S. 35 ff., sowie Mand, Erwerbswirtschaftliche Betätigung öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten außerhalb des Programms, 2002, S. 29 ff.

Das Wettbewerbsrecht in seiner marktverhaltensregulierenden Funktion könnte sich für die SLM aber hauptsächlich dann als Hindernis erweisen, wenn sie ein Konzept nicht kostendeckender Übertragungsentgelte verfolgte. Im Wesentlichen ist es dieses Konzept der Preisunterbietung, an das sich die nun folgende Prüfung des Lauterkeitsrechts nach UWG, aber auch des Kartellrechts nach TKG und GWB richtet.

1. Zulässigkeit nach UWG

Gemäß § 3 UWG sind Wettbewerbshandlungen unzulässig, die geeignet sind, den Wettbewerb zum Nachteil der Mitbewerber, der Verbraucher oder der sonstigen Marktteilnehmer nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen. Neben einer möglichen Preisunterbietung der SLM gegenüber ihrem Mitbewerber T-Systems kommt eine Unlauterkeit im Sinne dieser Vorschrift auch noch unter einem anderen denkbaren Gesichtspunkt in Betracht: nämlich dann, wenn die SLM ihre Autorität als Lizenzgeberin gegenüber den privaten Rundfunkunternehmen missbrauchte, indem sie die Vergabe von Rundfunklizenzen unzulässig an die Bedingung knüpfte, auch die Dienste des anstaltseigenen DVB-T-Sendernetzes zu nutzen.

a) Anwendbarkeit des UWG

Vor der Prüfung einzelner Fallgruppen stellt sich jedoch ganz grundsätzlich die Frage nach der Anwendbarkeit des UWG auf die Tätigkeit der öffentlichen Hand. Betätigen sich Bund, Länder, Gemeinden oder andere juristische Personen des öffentlichen Rechts wirtschaftlich, dann stets bezogen auf einen öffentlich-rechtlichen Zweck. Kommt es dann bei der Erfüllung dieses Zwecks zu einer Beeinträchtigung privatwirtschaftlichen Wettbewerbs, entsteht ein Konflikt im Grenzbereich zwischen öffentlichem Recht und Wettbewerbsrecht:¹¹ Die öffentliche Hand möchte in der Erfüllung ihrer Aufgaben nicht durch wettbewerbsrechtliche Vorgaben behindert werden, während die Privatwirtschaft von staatlichen Eingriffen in den Wettbewerb unbehelligt bleiben möchte. Die rechtliche Auflösung dieser Konfliktlage ist von Rechtsprechung und Rechtswissenschaft noch nicht abschließend bewältigt worden.¹² Die Rechtsprechung entscheidet vorwiegend entlang der Eigenheiten der Einzelfälle.¹³ Eine rechtliche Systematik lässt sich daher vielfach nur schwer ausmachen.

Bei allen Schwierigkeiten, exakte Grenzlinien zu definieren, besteht jedoch Einigkeit darüber, dass eine wettbewerbsrechtliche Beurteilung hoheitlicher Tätig-

¹¹ Schricker, Wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand und unlauterer Wettbewerb, 2. Aufl. 1987, S. 1.

¹² Zur kaum mehr überschaubaren Literatur vgl. die Nachweise bei Schricker (Fn. 11), S. 1.

¹³ Piper, GRUR 1986, 578.

keiten nicht schon deswegen ausgeschlossen ist, weil sie mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben verbunden ist: So unterliegt die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand unstreitig der Kontrolle am Maßstab des UWG.¹⁴

Ausgangspunkt der Beurteilung ist die in § 3 UWG vorausgesetzte und in § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG definierte Wettbewerbshandlung. Wettbewerbsrechtliche Kontrolle besteht also nur insoweit, als die Tätigkeit der öffentlichen Hand objektiv einen Marktbezug aufweist und subjektiv mit dem Ziel erfolgt, eigenen oder fremden Wettbewerb zu fördern.¹⁵

Probleme bestehen daher vor allem in Fällen hoheitlichen Handelns. Bei ihnen ist eine Wettbewerbsabsicht aus den Umständen des Einzelfalls zu begründen.¹⁶ Anders verhält es sich bei der erwerbswirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand. Hier wird eine Wettbewerbsabsicht vermutet.¹⁷ Es bedarf daher besonderer Indizien für die Feststellung, dass die öffentliche Hand nicht mit Wettbewerbsabsicht, sondern hauptsächlich zur Verfolgung hoheitlicher Zwecke tätig wird.

Die SLM möchte sich auf dem Markt für Sendeunternehmen betätigen. Soweit sie dabei öffentliche Zwecke verfolgt, namentlich die Förderung neuer Übertragungstechniken nach den Vorschriften des SächsPRG, geschieht das nicht unmittelbar durch die Erwerbstätigkeit, sondern lediglich mittelbar über das Angebot möglichst günstiger Übertragungsentgelte. Handelt die SLM dabei mit Gewinnerzielungsabsicht, steht einer Anwendung des UWG nichts entgegen.

Obwohl es für die Kontrolle nach dem UWG darauf nicht ankommt, kann eine fehlende Gewinnerzielungsabsicht jedoch ein Indiz dafür sein, in erster Linie hoheitliche Zwecke zu verfolgen.¹⁸ Wirtschaftete die SLM zugunsten der privaten Rundfunkunternehmen nicht kostendeckend, könnte man annehmen, hier läge ein solches Indiz vor. Allerdings bliebe es auch unter diesen Voraussetzungen bei einer lediglich über die Wirtschaftstätigkeit vermittelten Erfüllung eines öffentlichen Zwecks. Entscheidet sich die SLM dafür, private Rundfunkunternehmen nicht über direkte Zuschüsse, sondern lediglich indirekt über die Aufnahme einer wirtschaftlichen Betätigung zu fördern, muss sie sich auch an den für solche Betätigungen geltenden Wettbewerbsregeln messen lassen. Das UWG ist hier anwendbar.

¹⁴ BGH GRUR 2005, 961 – Friedhofsruhe; BGH GRUR 2006, 428 – Abschleppkosten-Inkasso.

¹⁵ Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 25. Aufl. 2007, § 4 Rn. 13.17.

¹⁶ BGH GRUR 1990, 464 – Firmenrufnummer; Keller, in: Harte/Henning, UWG, 2004, § 2 Rn. 55.

¹⁷ BGH GRUR 1990, 464 – Firmenrufnummer; Köhler (Fn. 15), § 4 Rn. 13.18.

¹⁸ Ohly, in: Piper/Ohly, UWG, 4. Aufl. 2006, Einf. D Rn. 25.

b) Unlauterkeit des Marktzutritts

Das Lauterkeitsrecht des UWG ist wettbewerbsrechtliche Marktverhaltensregulierung. Daher muss es befremdlich anmuten, wenn von Seiten der Privatwirtschaft immer wieder zu hören ist, bereits der Marktzutritt der öffentlichen Hand sei als unlautere Wettbewerbshandlung zu begreifen. Allerdings hat diese Auffassung in der Vergangenheit Nahrung aus einigen Entscheidungen der Zivilgerichte erhalten. So hat der BGH wiederholt einen Verstoß gegen § 1 UWG a.F. schon wegen des rechtswidrigen Marktzutritts der öffentlichen Hand angenommen.¹⁹ Danach soll ein gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften verstößender Marktzutritt insbesondere dann als unlauter gelten, wenn durch ihn die Gefahr einer Ausschaltung des Leistungswettbewerbs drohe.

Diese Rechtsprechung kann nicht überzeugen. Denn das für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung nach dem UWG maßgebende Marktverhalten ist strikt von der Frage des Marktzutritts zu trennen.²⁰ Ob und in welchen Fällen der öffentlichen Hand der Zutritt auf private Märkte gestattet ist, ist eine wirtschaftspolitische Entscheidung, die dem öffentlichen Recht obliegt.²¹ Aus Sicht des Wettbewerbsrechts dagegen ist es sogar grundsätzlich durchaus wünschenswert, wenn sich die öffentliche Hand belebend am Wettbewerb beteiligt.²² Ob sie sich nach öffentlichem Recht zulässig im Wettbewerb aufhalten darf, dafür ist das UWG seiner Zweckrichtung nach blind.

Zu dieser Einsicht ist im Jahr 2002 schließlich auch der BGH gelangt, der ganz grundsätzlich entschieden hat, der rechtswidrige, unter Verstoß gegen öffentlich-rechtliche Normen erfolgte Marktzutritt eines Unternehmens der öffentlichen Hand stelle für sich genommen keinen Wettbewerbsverstoß dar.²³ Dass das UWG nicht den Erhalt bestehender Marktstrukturen bezweckt, lässt sich auch mit der geltenden Neufassung des UWG untermauern: In § 4 Nr. 11 UWG ist als Fallgruppe unlauteren Handelns der Verstoß gegen eine gesetzliche Vorschrift ausdrücklich erfasst – allerdings nur, sofern sie dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln. Daraus ergibt sich zwar kein zwingender, wohl aber ein plausibler Umkehrschluss auf die Unbeachtlichkeit eines Verstoßes gegen Marktzutrittsregelungen.²⁴

Der Marktzutritt der SLM kann daher nicht als Wettbewerbsverstoß gelten. Selbst wenn man die überholte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs heranzieht,

¹⁹ Vgl. BGH GRUR 1965, 373 ff. – *Blockeis*; BGHZ 82, 375 ff. – *Brillen-Selbstabgabestellen*; BGH GRUR 1987, 118 – *Kommunaler Bestattungswirtschaftsbetrieb I*.

²⁰ *Ohly* (Fn. 18), Einf. D Rn. 32.

²¹ *Köhler* (Fn. 15), § 4 Rn. 13.13.

²² Vgl. BGH GRUR 2002, 826 – *Elektroarbeiten*.

²³ Vgl. BGH GRUR 2002, 825 ff. – *Elektroarbeiten*. Vgl. auch die Fortführung dieser Rechtsprechung in BGH GRUR 2003, 165 – *Altautoverwertung*.

²⁴ *Köhler* (Fn. 15), § 4 Rn. 13.14.

ändert sich daran nichts: Dass öffentlich-rechtliche Normen einer wirtschaftlichen Betätigung der SLM nicht entgegenstehen, das hat bereits die Untersuchung des Rundfunkrechts ergeben.

c) Unlauterkeit von Preisgestaltungen

Spezielle Vorschriften über den Wettbewerb der öffentlichen Hand sind auch nach der Reform des UWG nicht eigens geregelt. Die zu § 1 UWG a.F. entwickelten Grundsätze sind daher auch im neuen Gesetzesrahmen verbindlich.²⁵ So auch die Grundsätze über unlautere Preisgestaltungen. Sie kommen für das Engagement der SLM deshalb in Betracht, weil nach dem geplanten Konzept die Preise des Konkurrenten T-Systems gezielt unterboten werden sollen.

Nun ist die Preisgestaltungsfreiheit eines der konstituierenden Elemente der Marktwirtschaft.²⁶ Und da für den Wettbewerb der öffentlichen Hand die gleichen rechtlichen Marktregeln gelten, kann auch sie grundsätzlich ihre Preise frei gestalten.²⁷ Preisunterschreitungen und selbst aggressive Preisgestaltungen sind also nicht per se wettbewerbswidrig. Vielmehr müssen besondere Umstände hinzutreten, die eine Preisunterbietung als unlauter erscheinen lassen.

Mit einem solchen Umstand hat man es nach herrschender Auffassung zu tun, wenn eine nicht kostendeckende Preiskalkulation auf Dauer angelegt ist und dazu dient, Mitbewerber vom Markt zu verdrängen.²⁸ In diesem Fall liegt ein Verstoß gegen § 3 UWG i. V. m. § 4 Nr. 10 UWG vor, der die gezielte Behinderung eines Mitbewerbers als unlauter einstuft.²⁹ Ein weiterer Umstand, der zu Unlauterkeit führen kann, ist nach der Rechtsprechung des BGH die Gefährdung des Wettbewerbs in seinem Bestand.³⁰ Die Fallgruppe rückt in die Richtung des Kartellrechts und betrifft Fälle, in denen Waren verschenkt oder unter Einstandspreis verkauft werden. Da sie auf ein subjektives Element verzichtet, kann sie nicht unter § 4 Nr. 10 UWG, sondern muss unter § 3 UWG subsumiert werden.³¹

Die Beurteilung eines Verstoßes der SLM gegen die beiden genannten Grundsätze kann freilich nur im Wege einer Prognose getroffen werden. Die jedoch

²⁵ BGH GRUR 2005, 961 – *Friedhofsruhe*.

²⁶ *Omsels*, in: *Harte/Henning*, UWG, 2004, § 10 Rn. 125.

²⁷ *Ohly* (Fn. 18), Einf. D Rn. 47.

²⁸ RGZ 134, 342 (354 f.) – *Benrather Tankstellenfall*; BGH GRUR 1979, 322 – *Verkauf unter Einstandspreis I*; BGH GRUR 1987, 118 – *Kommunaler Bestattungswirtschaftsbetrieb I*; BGH GRUR 1990, 686 – *Anzeigenpreis*; BGH GRUR 2001, 81 – *Ad-hoc-Meldung*.

²⁹ *Ohly* (Fn. 18), § 4 Rn. 10/94.

³⁰ BGH GRUR 1991, 617 – *Motorboot-Fachzeitschrift*; BGH GRUR 2001, 81 – *Ad-hoc-Meldung*; BGH GRUR 2001, 753 – *Eröffnungswerbung*; *Köhler* (Fn. 15), § 4 Rn. 12.13.

³¹ Als der Fallgruppe der allgemeinen Marktstörung angehörig bleibt sie ausweislich der Gesetzesbegründung unter § 3 UWG bestehen, vgl. BT-Drucks. 15/1487, S. 19.

spricht deutlich gegen eine Unlauterkeit des geplanten Wirtschaftskonzepts der SLM. Zunächst lässt sich den Plänen der SLM schon keine Absicht entnehmen, Wettbewerber auf dem Markt für Rundfunkübertragungsdienstleistungen zu verdrängen. Zudem müsste eine solche Absicht auch von objektiven Umständen begleitet sein.³² Wenn zwar nach den Plänen der SLM nicht ausgeschlossen ist, für eine bestimmte Dauer nicht kostendeckend zu wirtschaften, setzt die Verdrängung von Mitbewerbern doch eine gewisse Marktmacht voraus.³³ Ob die SLM als Marktneuling in der Lage wäre, T-Systems als Marktführerin der terrestrischen Rundfunkübertragungsdienstleistungen zu verdrängen, muss selbst dann bezweifelt werden, wenn man als räumlich relevanten Markt lediglich auf das Gebiet Leipzigs abstellt.

Als Indiz gegen eine Marktverdrängung und gegen eine Gefährdung des Marktbestands sprechen schließlich auch Dauer und Intensität der möglichen Preisunterbreitung. Hier weist das Rundfunkrecht die gezeigten Schranken auf. In zeitlicher Hinsicht müsste wegen § 40 Abs. 1 S. 2 RfStV ein die privaten Rundfunkunternehmen förderndes Wirtschaften unter Selbstkostenpreis spätestens mit Ablauf des Jahres 2010 enden. Und die Grenzen nicht kostendeckenden Wirtschaftens gibt der Haushalt der SLM in Verbindung mit dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit vor. Eine Marktverdrängung ist daher ebenso unwahrscheinlich wie die Gefährdung des Wettbewerbsbestands.

Über die auch bei privaten Unternehmen zu beanstandenden Fälle hinaus kann sich bei Preisunterbietungen durch die öffentliche Hand die Unlauterkeit auch aus der Tatsache ergeben, dass öffentliche Mittel zu deren Finanzierung genutzt werden. Es erscheint sachgerecht, dort verschärfte Anforderungen an die durch interne Subventionierung ermöglichte Preisgestaltung zu stellen, wo dies unter Einsatz von Mitteln geschieht, die nicht im Wettbewerb, sondern durch die Ausnutzung einer hoheitlichen Sonderstellung erworben wurden.³⁴

Finanziert also die SLM den Betrieb ihres DVB-T-Sendernetzes aus ihrem Anteil am Rundfunkgebührenaufkommen, ist dies nicht unproblematisch. Gleichwohl kann zunächst schon eine Startfinanzierung aus öffentlichen Mitteln nicht ohne Weiteres verwehrt werden. Anderenfalls wäre eine wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand von vornherein unzulässig.³⁵ Aber auch wenn nach der Startphase die Nutzung der öffentlichen Mittel von den betriebswirtschaftlich gebotenen Preisen abweicht, löst dies allein noch nicht den Vorwurf der Wettbewerbswidrigkeit aus.³⁶ Denn hierfür können sachliche Gründe bestehen.

³² Ohly (Fn. 18), § 4 Rn. 10/94.

³³ BGH GRUR 1990, 686 – *Anzeigenpreis; Omsels* (Fn. 26), § 4 Nr. 10 Rn. 139.

³⁴ Gounalakis (Fn. 10), S. 131; Kübler, Rundfunkauftrag und Programminformation, 1985, S. 77.

³⁵ BGH GRUR 1987, 118 – *Kommunaler Bestattungswirtschaftsbetrieb I*.

³⁶ Ohly (Fn. 18), Einf. D Rn. 47.

Kein sachlicher Grund liegt allerdings bei einer zweckwidrigen Verwendung öffentlicher Mittel vor. Sie muss als unlauter angesehen werden, wenn sie aus Mitteln finanziert wird, die der öffentlichen Hand zur Erfüllung eines anderen öffentlichen Zwecks zufließen, und die Kosten der Preisunterbietung auf den Steuer- oder Beitragszahler abgewälzt werden.³⁷ Doch auch diese, speziell auf den Wettbewerb der öffentlichen Hand zugeschnittene Fallgruppe führt hier nicht zur Unlauterkeit des Vorhabens der SLM. Denn mit der Preisunterschreitung zur mittelbaren Förderung von DVB-T bewegt sie sich im oben aufgezeigten Rahmen des Rundfunkrechts. Hält sich die Preisgestaltung der SLM in diesem Rahmen, liegt kein Verstoß gegen § 3 UWG vor.

d) Unlauterkeit wegen Missbrauchs hoheitlicher Machtstellung

Setzt die öffentliche Hand ihre hoheitliche Autorität dazu ein, in zweckwidriger Weise den eigenen Wettbewerb zu fördern, liegt ein nach § 4 Nr. 1 UWG unlauterer Autoritätsmissbrauch vor.³⁸ In diese Fallgruppe hat der BGH etwa die Werbung eines Lehrers, der gegenüber seinen Schülern für den Bezug einer Zeitschrift geworben hat, eingeordnet. Dies, weil durch das Verhalten des Lehrers der Eindruck erweckt werde, Schülern entstünden Nachteile, wenn sie die Zeitung nicht beziehen.³⁹ Eine derartige missbräuchliche Verknüpfung hoheitlicher Machtbefugnisse mit wirtschaftlichen Zwecken hat die SLM bei der Vermarktung ihres Sendernetzes zu vermeiden. Gefahren bestehen auf Seiten der SLM darin, die Entscheidung über die Zulassung oder Netzeinspeisung eines privaten Rundfunkunternehmens davon abhängig zu machen, auch die Leistungen des anstaltseigenen DVB-T-Netzes in Anspruch zu nehmen.

2. Zulässigkeit nach Kartellrecht

Eine Gestaltung der Übertragungsentgelte, die sich unterhalb des Selbstkostenpreises bewegen, könnte sich als kartellrechtlich unzulässig herausstellen. In Betracht kommt zunächst eine Verletzung der Missbrauchs- und Behinderungsverbote des allgemeinen Kartellrechts aus §§ 19 und 20 GWB. § 20 Abs. 4 S. 2 GWB nennt ausdrücklich das nicht nur gelegentliche Angebot unter Einstandspreis ohne sachliche Rechtfertigung als Regelfall einer unbilligen Behinderung. Die Anwendbarkeit des GWB auf den Wettbewerb der öffentlichen Hand ergibt sich problemlos aus § 130 GWB. Und da die SLM sich im Sinne des § 3 Nr. 6 TKG als geschäftsmäßiger Anbieter eines Telekommunikationsdienstes betätigen möchte, könnten vorrangig auch die Vorschriften des sektorspezifischen Kartellrechts des TKG zur

³⁷ BGH GRUR 1982, 436 – *Kinderbeiträge*; BGH GRUR 1987, 118 – *Kommunaler Bestattungswirtschaftsbetrieb I*; BGH GRUR 2003, 166 – *Altautoverwertung*.

³⁸ BGH GRUR 1984, 667 – *Werbung in Schulen*; BGH GRUR 2002, 553 – *Elternbriefe*.

³⁹ BGH GRUR 1984, 667 – *Werbung in Schulen*.

Anwendung kommen. Als solche normiert § 28 Abs. 2 Nr. 1 TKG, dass ein Missbrauch beträchtlicher Marktmacht im Sinne des Abs. 1 der Bestimmung zu vermuten ist, wenn das Entgelt einer Telekommunikationsleistung deren langfristige zusätzliche Kosten einschließlich einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals nicht deckt.

a) Qualifizierte Marktstellung und Marktabgrenzung

Die Prüfung des Vorhabens der SLM am Maßstab kartellrechtlicher Missbrauchsvorschriften erscheint auf den ersten Blick etwas fernliegend, ist doch Voraussetzung der Missbrauchsverbote das Vorliegen einer qualifizierten Marktstellung eines Unternehmens: Das GWB definiert in § 19 Abs. 2 ein marktbeherrschendes bzw. marktmächtiges Unternehmen als Unternehmen, das als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen entweder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist oder eine überragende Marktstellung hat.

Das TKG schreibt in § 11 Abs. 1 S. 3 einem Unternehmen beträchtliche Marktmacht zu, das auf einem bestimmten Markt entweder allein oder gemeinsam mit anderen eine der Beherrschung gleichkommende Stellung einnimmt. Ob nun gerade die SLM als Marktneuling eine solche qualifizierte Marktstellung einnehmen wird, lässt sich freilich nicht mit Sicherheit vorhersehen. Einen gewissen Aufschluss über die Wahrscheinlichkeit der Erlangung einer qualifizierten Marktstellung kann jedoch die Abgrenzung des *sachlich und räumlich relevanten Marktes* geben, auf dem die SLM im Wettbewerb stehen wird. Je enger man nämlich diesen Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abgrenzt, desto geringer wird die Anzahl der Mitbewerber und desto größer der eigene Marktanteil, der schließlich Wesentliches zur Bestimmung qualifizierter Marktmacht aussagt. Daher ist sogar ein annähernd einhundertprozentiger Marktanteil der SLM nicht ausgeschlossen, wenn der sachlich und räumlich relevante Markt auf den DVB-T-Rundfunkübertragungsmarkt im Raum Leipzigs begrenzt wäre.

Zur Bestimmung des sachlich und räumlich relevanten Marktes hat sich das Bedarfsmarktkonzept bzw. das Konzept der funktionellen Austauschbarkeit aus der Sicht der Abnehmer durchgesetzt. Danach sind sämtliche Erzeugnisse, die sich nach ihren Eigenschaften, ihrem wirtschaftlichen Verwendungszweck und ihrer Preislage so nahe stehen, dass der verständige Abnehmer sie als für die Deckung eines bestimmten Bedarfs geeignet in berechtigter Weise abwägend miteinander vergleicht und als gegeneinander austauschbar ansieht, als marktgleichwertig anzusehen.⁴⁰

⁴⁰ Vgl. BGH WuW/E BGH, 302 – *Backofenmarkt*; BGHZ 67, 113 ff. – *Vitamin-B-12*; BGH NJW 1977, 676 – *Valium*; BGH GRUR 1988, 324 – *Gruner+Jahr-Zeit II*; Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl. 2001, § 19 Rn. 24.

aa) Sachlich relevanter Markt

Als Ausgangspunkt für die Bestimmung des sachlich relevanten Marktes kommt für das Vorhaben der SLM der Markt für die Einspeisung von Fernsehsignalen in Übertragungsnetze in Frage. Bei der Anwendung des Bedarfsmarktkonzepts fragt es sich zunächst, ob dieser Markt sachlich nicht enger einzugrenzen ist, indem man in der terrestrischen Übertragung, der Satellitenübertragung und der Breitbandkabelnetzübertragung jeweils voneinander zu trennende Märkte annimmt.

Die Einspeisung von Rundfunksignalen in Breitbandkabel gegenüber den Übertragungswegen Satellit und Terrestrik einem eigenen Markt zuzuordnen, entspricht der ständigen Praxis von BGH,⁴¹ Europäischer Kommission⁴² und BKartA.⁴³ Die Breitbandkabeleinspeisung unterscheidet sich in ihren Kosten und auch in ihrer technischen Reichweite von der Einspeisung per Satellit oder Terrestrik.⁴⁴ Da Programmanbieter, aus deren Sicht als Abnehmer sich die Marktabgrenzung zu vollziehen hat, grundsätzlich auf eine hundertprozentige Flächendeckung angewiesen sind, scheidet eine Austauschbarkeit der Kabeleinspeisung durch andere Einspeisetechniken, die jeweils nicht das gesamte Bundesgebiet versorgen, aus. Die Fernsehprogrammanbieter sind vielmehr auf die Übertragungswege in ihrer Gesamtheit angewiesen.

Auch in ihrer Preisstruktur entfernt sich die Kabeleinspeisung deutlich von den übrigen Einspeisewegen. Die Preisgestaltung der Verträge mit Rundfunkanbietern in Deutschland geht nach wie vor nicht eindeutig von einem Transportmodell aus, nach dem der Kabelnetzbetreiber lediglich die Durchleitung der Signale übernimmt, sondern eher von einem Vermarktungsmodell, innerhalb dessen das Kabelunternehmen die durchgeleiteten Inhalte selbst verwertet.⁴⁵ So erhebt das Kabelunternehmen ein Entgelt vom Endkunden, was sich kostenmindernd auf die von Programmanbietern zu zahlenden Entgelte auswirkt. Die Einspeisung von Fernsehsignalen in Breitbandkabelnetze ist also als eigenständiger Markt abzugrenzen.

Aus denselben Erwägungen heraus, nämlich wegen der unterschiedlichen Kostenstruktur und der unterschiedlichen Reichweite, ist auch ein eigener Markt für

⁴¹ BGH WuW/E BGH, 3058 ff. – *Pay-TV-Durchleitung*.

⁴² *Kommission*, Entscheidung vom 09. 11. 1994, ABl. 1994, L 364/1 – *MSG Media Service*; *Kommission*, Entscheidung vom 27. 05. 1998, ABl. 1999, L 53/31 – *Deutsche Telekom/Beta Research*; Entscheidung, *Kommission* vom 19. 07. 1995, ABl. 1996, L 53/20 – *Nordic Satellite Distribution*.

⁴³ *BKartA*, Beschluss B7-205/00 vom 04. 04. 2001 – *Callahan/Netcologne*; *BKartA*, Beschluss B7-168/01 vom 22. 02. 2002 – *Liberty/KDG*; *BKartA*, Beschluss B7-150/04 vom 28. 12. 2004 – *SES Astra/DPC*; *BKartA*, Beschluss B7-22/05 vom 20. 06. 2005 – *Ish/Iesy*; *BKartA*, Beschluss B7-38/05 vom 21. 06. 2005 – *Ish/CIE*.

⁴⁴ *Kommission*, Entscheidung vom 09. 11. 1994, ABl. 1994, L 364/1, Rn. 42 – *MSG Media Service*; *Kommission*, Entscheidung vom 27. 05. 1998, ABl. 1999, L 53/31, Rn. 20 f. – *Deutsche Telekom/Beta Research*.

⁴⁵ Vgl. dazu *Gounalakis/Mand*, Kabelweiterleitung und urheberrechtliche Vergütung, 2003, S. 7 ff.

die Bereitstellung terrestrischer Kapazitäten gegenüber der Bereitstellung von Satellitentransponderkapazitäten abzugrenzen.⁴⁶

Folglich stehen sich Terrestrik, Satellit und Kabel nach ihren Eigenschaften, ihrem wirtschaftlichen Verwendungszweck und ihrer Preislage nicht so nahe, dass der Programmanbieter sie für die Deckung eines bestimmten Bedarfs als gegeneinander austauschbar ansieht. Für das Vorhaben der SLM ergibt sich mithin eine Eingrenzung des sachlich relevanten Marktes auf den Markt für die Einspeisung von Fernsehsignalen in terrestrische Übertragungsnetze.

Auch ist es naheliegend, diesen Markt weiterhin auf die DVB-T-Signaleinspeisung gegenüber der Einspeisung in analoge terrestrische Sendeanlagen abzugrenzen. Zunächst liegt der Preis für die Verbreitung eines Programms über terrestrische digitale Sendeanlagen deutlich unter dem Preis für die Verbreitung über terrestrische analoge Sendeanlagen im selben geografischen Raum. Mit einer einzigen DVB-T-Frequenz können im Gegensatz zur analogen Technik bis zu vier Programme gleichzeitig übertragen werden. Auch ist die Sendeleistung terrestrischer digitaler Anlagen im Vergleich geringer. Daraus resultiert die unterschiedliche Kostenstruktur.

Die Programmbündelung auf einer Frequenz führt jedoch auch dazu, dass die Versorgung eines größeren Gebiets im Gegensatz zur terrestrischen Übertragung nur durch einen einzigen Anbieter möglich und sinnvoll ist. DVB-T-Übertragungen gehören daher keinem gemeinsamen Markt mit analogen Übertragungen an. Somit steht der nach dem Bedarfsmarktkonzept bestimmte sachliche Markt für das von der SLM geplante Angebot fest: Es ist der Markt für die Einspeisung von Fernsehsignalen in DVB-T-Sendeanlagen.

bb) Räumlich relevanter Markt

Ein ebenso eng abgegrenzter Markt könnte sich auch in räumlicher Hinsicht ergeben. Zwar könnte man zunächst annehmen, der räumlich relevante Markt für DVB-T-Übertragungsleistungen erstreckte sich auf das gesamte Bundesgebiet. Dies setzte nach dem Bedarfsmarktkonzept jedoch voraus, dass der Abnehmer an einer flächendeckenden Versorgung über diesen Übertragungsweg interessiert ist. Davon ist DVB-T allerdings weit entfernt. Private Programmanbieter nehmen derzeit die Zusatzkosten für diesen Übertragungsweg nur dann in Kauf, wenn sie möglichst niedrige Übertragungskosten pro erreichtem Zuschauer aufbringen müssen. Das ist allein bei einer Übertragung in Ballungsräume gewährleistet. Beschränkt sich die Nachfrage nun auf diese Ballungsräume, lässt sich auch der räumlich relevante Markt allein nach diesen Ballungsräumen, in denen eine DVB-T-Netzinfrastruktur überhaupt nachgefragt wird, bestimmen.

⁴⁶ Entscheidung der Kommission vom 19. 07. 1995, ABl. 1996, L 53/20, Rn. 57 – *Nordic Satellite Distribution*.

Daraus folgt neben der engen sachlichen auch eine enge räumliche Markt- abgrenzung, hier nämlich beschränkt auf den Ballungsraum Leipzig. Mit dieser eng vorzunehmenden Abgrenzung auf den Markt für die Einspeisung von DVB-T-Fernsehsignalen für das Gebiet Leipzigs ist durchaus anzunehmen, dass die SLM mit ihrem geplanten Sendernetz eine qualifizierte Marktstellung einnehmen wird. Damit schließlich unterläge sie grundsätzlich dem Zugriff der kartellrechtlichen Missbrauchsverbote.

b) Verstoß gegen § 28 Abs. 1 Nr. 2 TKG i. V. m. § 28 Abs. 2 Nr. 1 TKG

Gemäß § 28 Abs. 2 Nr. 1 TKG wird ein Missbrauch im Sinne von § 28 Abs. 1 Nr. 2 TKG vermutet, wenn das Entgelt einer bestimmten Telekommunikationsdienstleistung deren langfristige zusätzliche Kosten einschließlich einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals nicht deckt. So wäre der SLM als Inhaberin beträchtlicher Marktmacht eine dauerhaft nicht kostendeckende Preisgestaltung verwehrt.

Indessen unterliegen Anbieter von Telekommunikationsdiensten nicht per se dem strengen Missbrauchsregime des TKG. Für eine Marktregulierung nach dem zweiten Teil des TKG kommen gemäß § 10 Abs. 2 TKG nur Märkte in Betracht, die durch beträchtliche und anhaltend strukturell oder rechtlich bedingte Marktzutrittschancen gekennzeichnet sind, längerfristig nicht zu wirksamem Wettbewerb tendieren und auf denen die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts allein nicht ausreicht, um dem betreffenden Marktversagen entgegenzuwirken.

Welche Märkte diese drei Kriterien erfüllen, das ist nach § 10 Abs. 1 TKG von der Bundesnetzagentur zu definieren. Danach legt die Agentur erstmals unverzüglich nach Inkrafttreten des Gesetzes die sachlich und räumlich relevanten Telekommunikationsmärkte fest, die für eine Regulierung nach den Vorschriften des zweiten Teils des TKG in Betracht kommen. Laut ihres Konsolidierungsentwurfs vom 31. Juli 2006 kommt die Bundesnetzagentur in ihrer Marktdefinition und Marktanalyse zum Ergebnis, dass der Markt für die Bereitstellung von terrestrischen Sendeanlagen für die Übertragung digitaler Fernsehfunksignale nicht für eine Regulierung nach dem zweiten Teil des TKG in Betracht kommt.⁴⁷

Daher ist dieser Markt vorbehaltlich einer anlassbezogenen Überprüfung der Marktdefinition nach § 14 TKG allein einer Kontrolle durch das allgemeine Wettbewerbsrecht zu unterwerfen. Die Bundesnetzagentur sieht von einer Regulierung insbesondere deswegen ab, weil wegen des geringen Interesses der großen Privatsendergruppen derzeit nicht erkennbar sei, ob und inwieweit sich DVB-T durchsetzen und eine eigene Marktnische finden könne.⁴⁸ Einer Kontrolle des § 28 Abs. 1

⁴⁷ Vgl. den Konsolidierungsentwurf der Bundesnetzagentur zur Marktdefinition und Marktanalyse für den Bereich der Rundfunk-Übertragungsdienste, öffentliche Fassung, S. 80 f.

Nr. 2 TKG i. V. m. § 28 Abs. 2 Nr. 1 TKG unterliegt die SLM beim Betrieb eines DVB-T-Sendernetzes daher vorerst nicht.⁴⁹ Sie bleibt allein einer Kontrolle durch das GWB ausgesetzt.

c) Verstoß gegen §§ 19, 20 GWB

Unterbietet ein marktmächtiges Unternehmen die Preise der Konkurrenz, kann ein Verstoß gegen das Missbrauchs- und Behinderungsverbot der §§ 19, 20 GWB vorliegen. Als Fallgruppe anerkannt ist jedoch parallel zum Recht des UWG nur die gezielte Kampfpfeisunterbietung in Fällen, in denen eine Gefährdung des Wettbewerbsbestands droht oder in denen eine Verdrängungsabsicht des marktmächtigen Unternehmens vorliegt.⁵⁰

Insoweit ergeben sich keine Abweichungen zur Rechtslage nach dem UWG. Die dieser Fallgruppe zugrunde liegende Rechtsprechung, wonach eine Preisunterbietung nur rechtswidrig ist, wenn sie systematisch im Wettbewerb eingesetzt wird und nach ihrer Häufigkeit und Intensität geeignet ist, eine Gefahr für die strukturellen Voraussetzungen wirksamen Wettbewerbs zu begründen, ist vom Gesetzgeber als unzureichend empfunden worden.

Daher hat er, um Verkäufe unter Einstandspreis auch ohne eine korrespondierende Verdrängungsabsicht als unbillige Behinderung nach § 20 GWB einstufen zu können, mit der GWB-Novelle des Jahres 1998 § 20 Abs. 4 S. 2 GWB eingeführt. Danach liegt eine unbillige Behinderung insbesondere dann vor, wenn ein Unternehmen Waren oder gewerbliche Leistungen nicht nur gelegentlich und ohne sachliche Rechtfertigung unter Einstandspreis anbietet. Mit ihrer Bezugnahme auf den Einstandspreis einer Ware oder gewerblichen Dienstleistung offenbart die Vorschrift jedoch ihren Zuschnitt auf Handelsunternehmen.

Wollte man sie auch auf Hersteller von Waren oder Dienstleistungen anwenden, müsste man die Formulierung „unter Einstandspreis“ erweiternd als „Verkauf unter Selbstkosten“ interpretieren. Eine solche Auslegung wäre indes wenig überzeugend, müsste sie doch erklären können, weshalb es bei einem Handelsunternehmen lediglich auf den Einstandspreis und nicht auf die zusätzlichen Selbstkosten ankommt.⁵¹ Nach zutreffender Auslegung ist die Vorschrift daher auf Handelsunternehmen beschränkt.⁵² Auf das Vorhaben der SLM ist sie nicht anwendbar.

⁴⁸ Konsolidierungsentwurf der *Bundesnetzagentur* zur Marktdefinition und Marktanalyse für den Bereich der Rundfunk-Übertragungsdienste, öffentliche Fassung, S. 81.

⁴⁹ Auf die mit starken Unsicherheiten behaftete Einschätzung, ob der Markt für DVB-T-Übertragungsdienstleistungen von der jüngst eingeführten und verfassungs- sowie europarechtlich höchst umstrittenen Freistellungsvorschrift des § 9a TKG für neue Telekommunikationsmärkte erfasst ist, soll daher im Rahmen dieses Beitrags verzichtet werden.

⁵⁰ Möschel (Fn. 40), § 19 Rn. 122 ff.

⁵¹ Bechtold, NJW 1998, 2772; Gounalakis (Fn. 10), S. 154 f.

⁵² Bechtold, NJW 1998, 2772; Gounalakis (Fn. 10), S. 154 f.

Als *Ergebnis* der Untersuchung des nationalen Wettbewerbsrechts kann schließlich insgesamt festgehalten werden: Das geplante wirtschaftliche Engagement der SLM verstößt seiner Konzeption nach innerhalb der vom Rundfunkrecht gezogenen Schranken nicht gegen Vorgaben des Lauterkeits- oder des Kartellrechts. Dies gilt gleichermaßen, ob die SLM ihr Sendernetz nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen betreibt oder nicht.

IV. Wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit nach Vorschriften des Europarechts

Anlass zu Zweifeln an der wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit des Betriebs eines DVB-T-Sendernetzes durch die SLM geben die jüngsten Entwicklungen im Bereich der Beihilfeaufsicht der Europäischen Kommission. In ihrer Entscheidung vom 9. November 2005⁵³ gelangt die Kommission zum Ergebnis, die von der Medienanstalt Berlin-Brandenburg (MABB) zugunsten der Einführung von DVB-T an private Rundfunkveranstalter gezahlten Zuschüsse seien unzulässige Beihilfen im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG.

Seit dieser Entscheidung, gegen die sowohl die MABB als auch die Bundesrepublik Deutschland im Januar 2006 ein Verfahren vor dem EuGH angestrengt hat, ist die weitere Zukunft von DVB-T in Deutschland ungewiss. Diese beruhte bisher auf einer anteiligen Übernahme der den privaten Rundfunkveranstaltern entstehenden Übertragungskosten für die Nutzung von DVB-T. Die MABB übernahm so etwa 30% der für die Nutzung des Sendernetzes der T-Systems Business Services GmbH anfallenden Übertragungsentgelte.

Ist diese Praxis der Landesmedienanstalten nach Ansicht der Kommission unzulässig und nehmen daher private Rundfunkveranstalter von ihrem Engagement in DVB-T-Projekten Abstand, wird deutlich, dass die Entscheidung der Kommission bereits ohne eine Bestätigung durch den EuGH Bedeutung für die Beurteilung des DVB-T-Projekts der SLM erlangt hat. Bei der nun folgenden Würdigung des Projekts anhand des EG-Beihilferechts sollen daher die tragenden Gründe der Kommissionsentscheidung mit einbezogen werden.

1. Unzulässige Beihilfe zugunsten der privaten Rundfunkunternehmen

Art. 87 Abs. 1 EG verbietet staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, soweit sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Der Begriff

⁵³ ABl. 2006, L 200/14 – *DVB-T-Beihilfen*.

der Beihilfe ist im Gemeinschaftsrecht nicht eigens definiert. Nach allgemeiner Ansicht ist er weit auszulegen.⁵⁴ Er umfasst nach einhelliger Auffassung sämtliche Maßnahmen, die gleich in welcher Form die Belastungen verringern, die ein Unternehmen normalerweise zu tragen hat.⁵⁵ Das Angebot preisgünstiger Übertragungsentgelte durch die SLM zugunsten der privaten Rundfunkunternehmen könnte daher den Beihilfetatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG erfüllen.

a) Vorteilsgewährung zugunsten privater Rundfunkunternehmen

Der Beihilfetatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG enthält zunächst als zentrale Voraussetzung die Begünstigung eines Unternehmens. Die Begünstigung privater Rundfunkunternehmen ist erklärtes Ziel des Vorhabens der SLM, DVB-T-Übertragungsleistungen zu Preisen anzubieten, die im Vergleich unter den aktuellen Marktpreisen des derzeit einzigen Anbieters liegen sollen. Erreicht die SLM ihr Ziel, kommt dies den privaten Rundfunkunternehmen als geldwerter Vorteil zugute.

Allerdings erfasst der Beihilfebegriff nur solche Zuwendungen, die keine marktgerechte Gegenleistung für eine vom Zuwendungsempfänger seinerseits erbrachte Leistung darstellen.⁵⁶ Eine Begünstigung scheidet also aus, wenn die Rundfunkunternehmen eine marktgerechte Vergütung für die Einspeisung ihrer Programme erbringen.

Ob sich Zuwendungen an ein privates Unternehmen noch als marktgerecht erweisen, lässt sich anhand des sogenannten private-investor-tests ermitteln.⁵⁷ Entscheidendes Beurteilungskriterium dieses Verfahrens ist das hypothetische Verhalten eines marktwirtschaftlich handelnden privaten Kapitalgebers.⁵⁸ Keine marktgerechte Zuwendung, sondern eine Begünstigung im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG liegt vor, wenn ein solcher privater Investor aus Rentabilitäts Gesichtspunkten davon abgesehen hätte, dem betreffenden Unternehmen die fragliche Zuwendung zu den fraglichen Konditionen zu gewähren.

Soweit die SLM nun beabsichtigt, ihr Sendernetz nicht unter Erwerbsgesichtspunkten zu betreiben, ist daher von einer Begünstigung im Sinne des Art. 87

⁵⁴ EuGH, Rs. C-39/94, Slg. 1996, I-3547, Rn. 58 – *SFEI/La Poste; Cremer*, in: Callies/Ruffert, EUV EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 87 Rn. 9; *Lefèvre*, Staatliche Ausfuhrförderung und das Verbot wettbewerbsverfälschender Beihilfen im EWG-Vertrag, 1977, S. 126; *Hakenberg/Tremmel*, EWS 1997, 217 f.

⁵⁵ EuGH, Rs. C-310/99, Slg. 2002, I-2289, Rn. 51 – *Italien/Kommission*; Rs. C-404/97, Slg. 2000, I-4897, Rn. 44 – *Kommission/Italien*; Rs. C-75/97, Slg. 1999, I-3671, Rn. 23 – *Belgien/Kommission; Cremer* (Fn. 54), Art. 87 Rn. 9.

⁵⁶ *Lefèvre* (Fn. 54), S. 113 f.; *Müller-Graff*, ZHR 152 (1988), 418; *Niemeyer*, EuZW 1993, 273 ff.

⁵⁷ EuGH, Rs. C-303/88, Slg. 1991, I-1433, Rn. 21 f. – *Italien/Kommission*; Rs. C-39/93, Slg. 1996, I-3547, Rn. 60 f. – *SFEI/La Poste*.

⁵⁸ EuGH, Rs. C-482/99, Slg. 2002, I-4397, Rn. 68 ff. – *Frankreich/Kommission*.

Abs. 1 EG auszugehen. Dem kann auch nicht der an sich zutreffende Hinweis entgegengehalten werden, der private-investor-test stelle nicht auf kurzfristige Rentabilitätsüberlegungen ab, sondern vielmehr auf einen hypothetischen Kapitalgeber, der sich von langfristigen Rentabilitätsaussichten nach dem sogenannten long-term-investor-Maßstab⁵⁹ leiten lässt.

So kann man zwar argumentieren, die SLM betreibe ihr Sendernetz nur für den begrenzten Zeitraum der DVB-T-Einführungsphase nicht kostendeckend, beabsichtige aber auf einen längeren Zeitraum bezogen, rentabel zu wirtschaften. Allerdings ist es derzeit mehr als ungewiss, ob die privaten Rundfunkveranstalter DVB-T als Übertragungsweg für ihre Programme überhaupt dauerhaft nutzen werden. Dass sich die privaten Rundfunkunternehmen von einem zugesagten DVB-T-Engagement aus Kostengründen nur allzu schnell wieder zurückziehen, hat sich nach der Kommissionsentscheidung zur DVB-T-Förderung durch die MABB gezeigt.

Die SLM kann sich also keineswegs darauf verlassen, dass sie ihre Sendeanlage über eine längere Amortisationsfrist wirtschaftlich nutzen kann. Sofern sie also ihr Sendernetz nicht nach erwerbswirtschaftlichen Grundsätzen betreibt, stellt die daraus für private Rundfunkunternehmen erwachsende Ersparnis von Betriebskosten eine Begünstigung gemäß Art. 87 Abs. 1 EG dar.

Zu einem abweichenden Ergebnis gelangte man nur, wenn sich die Teilnahme der privaten Rundfunkanbieter an DVB-T-Projekten als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Sinne von Art. 86 Abs. 2 EG verstehen ließe. Nach der *Altmark Trans*-Rechtsprechung des EuGH nämlich erfüllen staatliche Maßnahmen schon tatbestandlich nicht den Beihilfebegriff, wenn sie einem Unternehmen als Gegenleistung für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen zugute kommen.⁶⁰

Ob Rundfunkunternehmen, die sich an der Einführung von DVB-T beteiligen, tatsächlich eine solche Verpflichtung wahrnehmen, ist zweifelhaft. Dies, obwohl eine verbindliche Definition des allgemeinen wirtschaftlichen Interesses im Europarecht nicht existiert und den Mitgliedstaaten bei der Ausfüllung des Begriffs ein breiter Gestaltungsspielraum zusteht.⁶¹ Denn auf offenkundige Fehler hin kann deren Bewertung von den Gemeinschaftsorganen jedenfalls untersucht werden.⁶²

In ihrer *DVB-T-Beihilfen*-Entscheidung setzt sich die Kommission mit dem Vorbringen Deutschlands auseinander, die Ausstrahlung von Fernsehprogrammen

⁵⁹ EuGH, Rs. C-303/88, Slg. 1991, I-1433, Rn. 21 f. – *Italien/Kommission; Koenig*, ZIP 2000, 56.

⁶⁰ EuGH, Rs. C-280/00, Slg. 2003, I-7747, Rn. 87.

⁶¹ *Weiß*, in: Callies/Ruffert, EUV EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 86 Rn. 37.

⁶² *Koenig/Haratsch*, ZUM 2003, 806; *Storr*, K&R 2002, 469. Vgl. auch Erwägungsgrund Nr. 4 zur RL 2000/52/EG der Kommission vom 26. 07. 2000 zur Änderung der RL 80/723/EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen, ABl. 2000 Nr. L 193/75.

über DVB-T diene dem Umstieg von der analogen zur digitalen Übertragung, unterstütze technische Innovationen des mobilen und portablen Empfangs und fördere sowohl den Infrastrukturwettbewerb der Übertragungswege als auch die Angebots- und Meinungsvielfalt.⁶³ Im Ergebnis hält sie dabei die Schlussfolgerung Deutschlands, die Teilnahme der privaten Rundfunkveranstalter erfolge in Erfüllung einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung, für nicht stichhaltig. Zur Begründung führt die Kommission Argumente an, die sich nur schwer von der Hand weisen lassen:

So ist fraglich, weshalb ein Umstieg auf die digitale Übertragungstechnik sich nicht ebenso gut auf den marktüblichen Übertragungswegen Kabel und Satellit bewerkstelligen lassen sollte.⁶⁴ Eine bevorzugte Förderung der terrestrischen Technik ist für deren Einführung nicht erforderlich. Entsprechendes gilt für die Förderung eines vielfältigen Programmangebots. Umso mehr, als die Übertragungskapazitäten für digitale Rundfunkprogramme bei Kabel und Satellit sogar größer sind als die der Terrestrik.⁶⁵ Im Bereich der Satellitenübertragung ist der Übergang auf die digitale Technik ohne staatliche Förderung ausgekommen und findet überdies starke Akzeptanz auf dem Endkundenmarkt. Kann mithin die Aufgabe des Umstiegs auf die digitale Übertragungstechnik von den Marktkräften bewältigt werden, bedarf es nicht noch eigens einer besonderen gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung.

Eine Förderung von DVB-T lässt sich als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse nur dann begründen, wenn man auf die Besonderheiten dieser Technik abstellt. Die dürften in den mobilen und portablen Empfangsmöglichkeiten zu finden sein. Wenn nun aber die privaten Rundfunkanbieter als reine Programmlieferanten selbst nichts zur speziellen Innovation von DVB-T beitragen können und auch selbst nicht als Erbringer der neuen Dienstleistung auftreten, können sie auch nicht mit ihr betraut sein.⁶⁶

Und auch die Berufung auf einen durch DVB-T geförderten Wettbewerb der Übertragungsstrukturen kann im Ergebnis nicht überzeugen, bestehen doch keinerlei Hinweise darauf, dass die bestehenden Wettbewerbsstrukturen auf dem bestehenden Programmübertragungsmarkt zu einer mangelnden oder Meinungsvielfalt beeinträchtigenden Versorgung der Bevölkerung mit Rundfunkprogrammen führen.⁶⁷

⁶³ Kommission, Entscheidung vom 09. 11. 2005, ABl. 2006, L 200/14, Rn. 123 – *DVB-T-Beihilfen*.

⁶⁴ Vgl. Kommission, Entscheidung vom 09. 11. 2005, ABl. 2006, L 200/14, Rn. 126 – *DVB-T-Beihilfen*.

⁶⁵ Vgl. Kommission, Entscheidung vom 09. 11. 2005, ABl. 2006, L 200/14, Rn. 126 – *DVB-T-Beihilfen*.

⁶⁶ Vgl. Kommission, Entscheidung vom 09. 11. 2005, ABl. 2006, L 200/14, Rn. 127 – *DVB-T-Beihilfen*.

⁶⁷ Vgl. Kommission, Entscheidung vom 09. 11. 2005, ABl. 2006, L 200/14, Rn. 128 – *DVB-T-Beihilfen*.

Die Annahme, mit der Beteiligung an der Ausstrahlung von Fernsehprogrammen über DVB-T erbrächten private Rundfunkunternehmen eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, ist nach dem bisherigen Befund offenkundig fehlerhaft:

Zunächst kann DVB-T als neuer Übertragungsweg unter den Gesichtspunkten der Meinungsvielfalt und der Digitalisierung des Rundfunkempfangs nichts beitragen, was nicht schon ebenso effizient von den bestehenden Marktkräften geleistet werden könnte. Insofern wäre schon eine gemeinwirtschaftliche Betrauung nicht statthaft. Eine Ausnahme hiervon besteht nur für die technischen Besonderheiten von DVB-T. Solange die Technik förderungsbedürftig, mithin noch nicht marktreif ist, erscheint es vertretbar, DVB-T-Übertragungsdienstleistungen als im gemeinwirtschaftlichen Interesse liegend zu definieren. Für eine Betrauung mit diesen innovativen Dienstleistungen sind Programmveranstalter aber offenkundig die falschen Adressaten.

Gewährt die SLM den privaten Rundfunkunternehmen also nicht marktgerechte Übertragungsentgelte, kann sie sich nicht darauf berufen, der gewährte wirtschaftliche Vorteil sei die Gegenleistung für eine besondere gemeinwirtschaftliche Verpflichtung, mit der die Programmanbieter betraut seien. Die *Altmark Trans*-Rechtsprechung führt im vorliegenden Fall nicht zu einer vom private-investor-test abweichenden Bewertung:

Soweit die SLM den Betrieb ihres DVB-T-Sendernetzes nicht an erwerbswirtschaftlichen Zielen orientiert, stellt der den Programmanbietern daraus erwachsende wirtschaftliche Vorteil eine Begünstigung im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG dar. Die Begünstigung erfüllt schließlich auch das in Art. 87 Abs. 1 EG statuierte Merkmal der Bestimmtheit, kommt sie doch nur ausgewählten bzw. durch das SächsPRG in der Verteilung der Übertragungskapazitäten privilegierten Rundfunkunternehmen zugute.

b) Staatlichkeit der Vorteilsgewährung

Um als Beihilfe nach Art. 87 Abs. 1 EG gelten zu können, müsste die den Rundfunkunternehmen zugute kommende Begünstigung staatlich sein oder aus staatlichen Mitteln stammen. Die Staatlichkeit der Mittel ergibt sich dabei nicht etwa schon aus einer Staatlichkeit der Rundfunkgebühren, aus denen die SLM finanziert wird. Denn unter den Vorgaben des *Preussen Elektra*-Urteils⁶⁸ des EuGH kann schon gar nicht von einer Staatlichkeit der Rundfunkgebühren ausgegangen werden.⁶⁹ Doch selbst wenn die Rundfunkgebühren für sich genommen noch keine staatlichen Mittel darstellen, erhalten die Mittel ihren staatlichen Charakter ab dem

⁶⁸ EuGH, Rs. C-379/98, Slg. 2001, I-2099, Rn. 59.

⁶⁹ Cremer (Fn. 54), Art. 87 Rn. 28; Gersdorf, Grundzüge des Rundfunkrechts, 2003, S. 249; Koenig/Kühling, ZUM 2001, 546.

Zeitpunkt, in dem sie in einen staatlichen Haushalt oder in den Haushalt einer staatlich benannten Einrichtung eingestellt werden.⁷⁰ Allein hierauf kommt es im vorliegenden Zusammenhang an.

Da das Budget der Landesmedienanstalten nicht den Länderhaushalten entnommen wird, sondern sich aus dem Rundfunkgebührenaufkommen speist, kommt allein die Variante der Vorteilsgewährung aus staatlichen Mitteln in Betracht. Sie zeigt, dass auch mittelbare, dem Staat zurechenbare Mittelflüsse von Art. 87 Abs. 1 EG erfasst sind. Dazu gehören nach ständiger Rechtsprechung des EuGH auch Fördermittel, die über eine vom Staat benannte oder errichtete öffentliche oder private Einrichtung gewährt werden.⁷¹ Unter Berücksichtigung dieser Fallkonstellationen kann sich der Staat nicht durch die Ausgliederung bestimmter Einrichtungen dem Beihilferegime des Art. 87 Abs. 1 EG entziehen.

In den meisten hierzu vom EuGH entschiedenen Fällen ging es um Leistungen staatlich eingerichteter Förderfonds an Unternehmen.⁷² Ihnen ist gemeinsam, dass die für Förderungen verwendeten Mittel zwar aus Haushalten nichtstaatlicher Einrichtungen bestritten worden sind, die Staatlichkeit der Mittel jedoch schon aus dem Einfluss folgt, den der Staat durch den Akt der Errichtung auf die staatlich benannte Stelle ausgeübt hat.

Legt man diese Maßstäbe nun an die SLM an, gelangt man ohne weiteres zum Ergebnis der Staatlichkeit der ihr zur Verfügung stehenden Mittel. Bei ihr handelt es sich, wie bei Landesmedienanstalten im Allgemeinen, um eine organisatorisch vom Staat verselbständigte Verwaltungseinheit.⁷³ Als solche ist sie vom Staat Sachsen zur organisatorischen Sicherung der Rundfunkfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG ins Leben gerufen worden. In ihrer Funktion als grundrechtssichernde Institution ist sie zwar aus der staatlichen Verwaltung ausgegliedert. Gleichwohl besteht ein staatlicher Einfluss über eine – wenn auch beschränkte – Rechts- und Finanzaufsicht. In jedem Fall aber beruht ihre Existenz auf einem staatlichen Gründungsakt und erfüllt eine grundsätzlich vom Staat aus verfassungsrechtlichen Gründen selbst nicht erfüllbare, aber doch zu gewährleistende Aufgabe. Als staatlich benannte Stelle sind Förderungen, die die SLM aus ihren Haushaltsmitteln an Unternehmen erbringt, daher grundsätzlich als aus staatlichen Mitteln gewährt zu betrachten.

Die Literatur kommt in Übereinstimmung mit der *DVB-T-Beihilfen*-Entscheidung der Kommission einstimmig zum selben Ergebnis. Nur beschreiten einige

⁷⁰ Koenig/Kühling, K&R 2004, 202; Koenig/Haratsch, ZUM 2005, 276.

⁷¹ Vgl. EuGH, verb. Rs. C-52/97, C-53/97, C-54/97, Slg. 1998, I-2629, Rn. 13 – *Viscido*.

⁷² EuGH, Rs. C-173/73, Slg. 1974, 709, Rn. 33 – *Familienzusagen im Textilsektor*; Rs. C-78/76, Slg. 1977, 595, Rn. 2 – *Steinike und Weinling*; Rs. C-72/79, Slg. 1980, 1411, Rn. 20 ff. – *Lagerkosten für Zucker*; Rs. C-290/83, Slg. 1985, 439, Rn. 13 ff. – *CNCA*; EuG, Rs. T-358/94, Slg. 1996, II-2109, Rn. 57 ff. – *Air France*.

⁷³ Vgl. Bumke, Die öffentliche Aufgabe der Landesmedienanstalten, 1995, S. 195; Hoffmann-Riem, Personalrecht der Rundfunkaufsicht, 1991, S. 73 ff.

Autoren⁷⁴ hier Umwege, wenn sie zusätzlich zu den bis hierher angewendeten Voraussetzungen auch noch die besonderen Zurechnungskriterien prüfen, die der EuGH in seiner Entscheidung *Stardust Marine*⁷⁵ entwickelt hat. Diese Kriterien sind auf die beihilferechtliche Beurteilung von Vorteilen zugeschnitten, die von öffentlichen Unternehmen gewährt werden.⁷⁶ Da die besondere betriebswirtschaftliche Konstitution öffentlicher Unternehmen die Zurechnung dieser Vorteile zum Staat erschwert, war der EuGH veranlasst, hier spezielle Zurechnungsleitlinien zu konzipieren. In der Tat lässt es sich nicht ersehen, ob bei Zuwendungen öffentlicher Unternehmen von einer autonomen betriebswirtschaftlichen Entscheidung eines aus der Verwaltung ausgegliederten privatwirtschaftlich organisierten Unternehmens oder von einer staatlichen Veranlassung einer bestimmten Zuwendung auszugehen ist. Bei der nicht erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit, wie sie die Kommission im Fall *DVB-T-Beihilfen* zu beurteilen hatte, kommt es daher nicht auf die besonderen Kriterien der *Stardust Marine*-Rechtsprechung an.

Diese Rechtsprechung wird für Landesmedienanstalten erst dann virulent, wenn sie sich, wie die SLM es plant, wirtschaftlich betätigen wollen und zu diesem Zweck ein privatrechtlich verfasstes Unternehmen gründen. Hier entsteht das in *Stardust Marine* hervorgetretene Zurechnungsproblem. Gewährt eine von der SLM gegründete GmbH den privaten Rundfunkunternehmen wirtschaftliche Vorteile, stellt dies nur bei feststellbarer Zurechnung an die SLM eine aus staatlichen Mitteln gewährte Begünstigung dar. Hierfür bedarf es brauchbarer Indizien. Das zentrale in *Stardust Marine* herangezogene Indiz dürfte das der Marktüblichkeit sein. Verhält sich ein öffentliches Unternehmen in marktüblicher Weise, besteht schon gar kein Bedürfnis nach einer Sanktion durch das Beihilferecht. Bestehen umgekehrt aber Indizien dafür, dass der Staat ein offensichtlich marktunübliches Verhalten veranlasst hat, muss eine staatliche Vorteilsgewährung angenommen werden.

So liegt es in unserem Fall: Gewährt eine von der SLM beherrschte GmbH beim Betrieb des Sendernetzes marktunübliche Konditionen, genügt ein Blick auf § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SächsPRG, um die staatliche und nicht betriebswirtschaftliche Motivation hierfür zu identifizieren. Das Merkmal der Staatlichkeit der Vorteilsgewährung im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG ist erfüllt.

c) Wettbewerbsverfälschung und Handelsbeeinträchtigung

Die Begünstigung privater Rundfunkunternehmen, die sich an der Einführung von DVB-T beteiligen, führt ferner auch zumindest zur Möglichkeit von Wettbewerbsverfälschungen. Zur Bestimmung des für diese Einschätzung sachlich und

⁷⁴ Koenig/Kühling, K&R 2004, 204 f.; Koenig/Kühling, in: Streinz, EUV EGV, 2003, Art. 87 Rn. 46; a.A. Koenig/Haratsch, ZUM 2005, 277 ff.

⁷⁵ EuGH, Rs. C-482/99, Slg. 2002, I-4397, Rn. 50 ff.

⁷⁶ Koenig/Haratsch, ZUM 2005, 277.

räumlich relevanten Markts kann zunächst auf die in der Untersuchung des deutschen Rechts vorgenommene Marktabgrenzung verwiesen werden. Die hat allerdings für Terrestrik, Satellit und Kabel jeweils getrennte Märkte für Rundfunkübertragungsdienstleistungen angenommen. Danach wäre eine Wettbewerbsverzerrung durch die Förderung von DVB-T ausgeschlossen.

Etwas anderes gilt jedoch, wenn man nicht den Großkundenmarkt, sondern den Endkundenmarkt für Programminhalte in den Blick nimmt: Auf diesem Markt konkurrieren private Rundfunkunternehmen grenzüberschreitend um Werbekunden. Und aus Sicht der Zuschauer als Nachfrager von Programminhalten sind die verschiedenen Übertragungswege sehr wohl substituierbar.⁷⁷ Der Zuschuss ist mithin geeignet, die Attraktivität des Programms der begünstigten Programmveranstalter im Kampf um Werbekunden zu steigern. Mit diesem potentiellen Vorteil des begünstigten Unternehmens gegenüber seinem Wettbewerber sind die Merkmale der Wettbewerbsverfälschung und der Handelsbeeinträchtigung erfüllt. Insgesamt liegen damit schließlich sämtliche Voraussetzungen des Beihilfebegriffs aus Art. 87 Abs. 1 EG für den *Fall eines nicht marktgerechten Wirtschaftens* der SLM beim Betrieb eines DVB-T-Sendernetzes vor.

d) Rechtfertigung

Da, wie gezeigt, die Beteiligung privater Rundfunkanbieter an DVB-T-Projekten nicht als Dienstleistung gilt, die gemäß Art. 86 Abs. 2 EG in allgemeinem wirtschaftlichen Interesse liegt, scheidet eine Rechtfertigung der Beihilfe nach dieser Vorschrift aus. Gerechtfertigt sein könnte die Beihilfe aber nach der Bereichsausnahme des Art. 87 Abs. 3 lit. d EG für Beihilfen, die der Förderung der Kultur dienen. Welche Gegenstände nach Art. 87 Abs. 3 lit. d EG förderungsfähig sind, bestimmt sich nach dem Kulturbegriff der Mitgliedstaaten.⁷⁸ Als Gegenstand von kultureller Bedeutung kommt für die Förderung von DVB-T allein die Vielfalt im Rundfunk in Frage. Allerdings hat auch hier bereits die Prüfung des Art. 86 Abs. 2 EG gezeigt, dass die Förderung von DVB-T durch Zuschüsse an Rundfunkunternehmen nichts zur vielfältigen Versorgung mit Programmen beitragen kann, was nicht schon durch die am Markt etablierten Übertragungswege geleistet würde.

Scheidet damit insgesamt eine Rechtfertigung der Beihilfe aus, kann als *Ergebnis* für das Vorhaben der SLM Folgendes festgehalten werden: Um nicht in Konflikt mit dem EG-Beihilferecht zu geraten, ist die SLM gehalten, ihr DVB-T-Sendernetz nach betriebswirtschaftlichen Zielsetzungen zu marktgerechten Preisen zu betreiben. Dabei darf sie freilich jene Preissenkungsspielräume nutzen, denen sich T-Systems aufgrund der Besonderheiten ihrer Marktstellung bislang verschlossen hat.

⁷⁷ Vgl. *Kommission*, Entscheidung vom 09. 11. 2005, ABl. 2006, L 200/14, Rn. 75 – *DVB-T-Beihilfen*; *Koenig/Kühling*, K&R 2004, 206.

⁷⁸ *Koenig/Kühling* (Fn. 74), Art. 87 Rn. 92.

2. Unzulässige Beihilfe zugunsten der SLM

Sollte sich die SLM tatsächlich zu einer erwerbswirtschaftlichen Betätigung entschließen, wird auch für sie die Frage nach dem Beihilfecharakter der Rundfunkgebühren, aus denen sie sich finanziert, augenfällig. Auf diese im Rundfunkrecht nicht an Bedeutung verlierende Frage kommt es allerdings nicht mehr an. Denn schließlich steht ja fest, dass sich die SLM als Betreiberin eines Sendernetzes schon aus den oben genannten Gründen wegen Art. 87 Abs. 1 EG marktgerecht verhalten muss. Kommt sie dem nach, kann mangels Quersubventionierung des Betriebs durch Rundfunkgebühren schon tatbestandlich keine Beihilfe zu ihren Gunsten vorliegen.

3. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 82 EG

Das EG-Wettbewerbsrecht untersagt in Art. 82 EG den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. Kampfpreisunterbietungen in Verdrängungsabsicht zählen hier wie im nationalen Wettbewerbsrecht zum Kreis missbräuchlicher Wettbewerbshandlungen.⁷⁹ Engere Voraussetzungen, als sie sich für das Vorhaben der SLM bereits aus dem EG-Beihilferecht ergeben, folgen aus Art. 82 EG nicht. Die näheren Vorgaben der Vorschrift können daher dahinstehen.

V. Zusammenfassung

Nach den Vorschriften des RfStV und des SächsPRG ist die SLM berechtigt, ein eigenes DVB-T-Sendernetz zu errichten und zu betreiben. Die Berechtigung folgt aus der Aufgabenzuweisung des § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SächsPRG, welche die SLM ermächtigt, die technische Infrastruktur für neue Rundfunkübertragungstechniken zu fördern. Bei der Auslegung des § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SächsPRG sind die Restriktionen des § 40 Abs. 1 S. 2 RfStV zu beachten. Insoweit ergeben sich hinsichtlich des Förderungsgegenstands und des Förderungsmittels grundsätzlich keine Bedenken. Allerdings ist zu beachten, dass die SLM ab dem 01. Januar 2011 die Förderung von DVB-T nicht mehr aus Gebührenmitteln bestreiten darf. Ab diesem Zeitpunkt hat die SLM daher aus Sicht des Rundfunkrechts das DVB-T-Sendernetz nach erwerbswirtschaftlichen Grundsätzen zu betreiben. Nicht kostendeckendes Wirtschaften zugunsten der privaten Rundfunkanbieter ist dann rundfunkrechtlich nicht mehr zulässig.

Aus dem nationalen Wettbewerbsrecht folgen keine weitergehenden Einschränkungen, als sie das Rundfunkrecht vorsieht. Das UWG ist auf die von der SLM ins Auge gefasste Wirtschaftstätigkeit anwendbar. Es regelt allein Fragen des Markt-

⁷⁹ Vgl. *Weiß* (Fn. 61), Art. 82 Rn. 31.

verhaltens, während sich die Frage nach dem Marktzutritt der SLM allein nach Rundfunkrecht bestimmt. Betreibt die SLM ihr Sendernetz den rundfunkrechtlichen Vorschriften gemäß, verstößt das Ausschöpfen der sich daraus ergebenden Freiheiten in der Preisgestaltung nicht gegen § 3 UWG. Dies, weil die angestrebte Tätigkeit der SLM weder in der Absicht geschieht, Marktkonkurrenten zu verdrängen, noch dazu geeignet ist, den Markt in seinem Bestand zu gefährden, sowie schließlich auch keine zweckwidrige Verwendung öffentlicher Mittel darstellt. Sollte die SLM – was mit einiger Wahrscheinlichkeit angenommen werden kann – auf dem Markt für Rundfunkübertragungsdienste eine marktbeherrschende Stellung einnehmen, so folgen auch aus den dann anwendbaren Vorschriften der §§ 19, 20 GWB gegenüber dem Rundfunkrecht keine weiteren Beschränkungen der SLM in der Preisgestaltung. Solche Einschränkungen könnten sich allenfalls aus den strengen und vorrangig anwendbaren Bestimmungen des TKG ergeben. Nach Marktdefinition und Marktanalyse der Bundesnetzagentur bleibt jedoch der Markt für DVB-T-Übertragungsdienstleistungen bis auf Weiteres vom Zugriff des TKG ausgeklammert.

Weitergehende Beschränkungen als sie das Rundfunkrecht vorgibt, folgen aus dem EG-Beihilferecht. Es untersagt der SLM, den privaten Rundfunkunternehmen dadurch wirtschaftliche Vorteile zu verschaffen, dass sie den Betrieb ihres DVB-T-Sendernetzes nicht nach erwerbswirtschaftlichen Kriterien ausrichtet. Verstößt sie gegen dieses Verbot, stellt der wirtschaftliche Vorteil aus der gegenüber den privaten Programmanbietern günstigen Preisgestaltung eine Begünstigung im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG dar. Dieser Vorteil kann insbesondere auch nicht als Gegenleistung für eine besondere Dienstleistung der privaten Rundfunkunternehmen, die diese im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse erbringen, angesehen werden. Da die Begünstigung ferner auch aus staatlichen Mitteln gewährt wird und schließlich auch die Merkmale der Wettbewerbsverfälschung und Handelsbeeinträchtigung erfüllt, fällt sie unter den Beihilfebegriff des Art. 87 Abs. 1 EG. Die Herkunft der Beihilfe aus staatlichen Mitteln ergibt sich aus einer zweifachen Zurechnung: Einmal aus der Zurechnung der SLM zur staatlichen Einflussosphäre. Und zum anderen aus der Zurechnung der Begünstigungsentscheidung einer aus der Anstalt ausgegliederten GmbH zur SLM. Aus Gründen des EG-Beihilferechts muss die SLM daher ein eigenes DVB-T-Sendernetz nach erwerbswirtschaftlichen Grundsätzen marktgerecht betreiben. Das europäische Wettbewerbsrecht steht dem dann insgesamt nicht entgegen.

<i>Dagmar Felix</i> : Schiedsstellen im Sozialrecht – geeignete Instrumente der Streitschlichtung? Eine kritische Analyse am Beispiel der Schiedsstelle nach § 18a Abs. 1 KHG ..	319
<i>Hans-Detlef Horn</i> : Zum Fortentwicklungsbedarf des Verwaltungsvertragsrechts	339
<i>Josef Isensee</i> : Das Instrumentarium des Bundes zur Steuerung der Auftragsverwaltung der Länder. Am Beispiel der Revision des Kerntechnischen Regelwerks	359
<i>Friedrich E. Schnapp</i> : Staatsaufsicht über den Gemeinsamen Bundesausschuss in der gesetzlichen Krankenversicherung	399
<i>Otfried Seewald</i> : Verfassungsrechtliche Rechtsfragen zum neuen Weiterbildungsrecht für Ärzte	413
<i>Hartmut Söhn</i> : Kindergrundfreibetrag und Verfassungsrecht	439

IV. Der mediale Staat

<i>Dieter Dörr</i> : Die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zwischen den Vorgaben aus Karlsruhe und den Anforderungen aus Brüssel	451
<i>Georgios Gounalakis</i> : Der Betrieb eines DVB-T-Sendernetzes durch die Sächsische Landesmedienanstalt aus wettbewerbsrechtlicher Sicht	469
<i>Peter M. Huber</i> : Die Staatsfreiheit des Rundfunks – Erosion und Neujustierung	497

V. Der rechtsprechende Staat

<i>Matthias Jestaedt</i> : Autorität und Zitat. Anmerkungen zur Zitierpraxis des Bundesverfassungsgerichts	513
<i>Hartmut Maurer</i> : Der Justizgewährungsanspruch	535
<i>Hans-Joachim Musielak</i> : Der Wechsel der Prozesspartei	551
<i>Ralf Müller-Terpitz</i> : Bedürfnisorientierte Zulassung von Rechtsanwälten bei dem Bundesgerichtshof – „alter Zopf“ oder notwendiges Instrument zur Förderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung?	569
<i>Jochen Rozek</i> : „Leipziger Allerlei II“ – ein kompetenzwidriges Landesgesetz, eine Gliedstaatsklausel und eine landesverfassungsgerichtliche Kompetenzextension	587
<i>Rainer Wernsmann</i> : Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung als Prüfungsmaßstab der kommunalen Verfassungsbeschwerde	601

VI. Der europäisierte Staat

<i>Walter Rudolf</i> : Datenschutz in Europa	623
<i>Michael Schweitzer</i> : Sicherheit durch Rechtssicherheit? Anmerkungen zum Lucchini-Urteil des EuGH	639
<i>Udo Steiner</i> : Zum Kooperationsverhältnis von Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte	653
Veröffentlichungen Prof. Dr. Herbert Bethge	669
Verzeichnis der Autoren	695