

## Die Vernachlässigung des Marktes

### Anmerkungen zum Drei-Stufen-Test / Von Reinhold Kopp und Ina Haarhoff

epd Die ersten Scharmützel zwischen öffentlich-rechtlichen und privaten Anbietern um die Anwendung des Drei-Stufen-Tests haben wenig Erhellendes gebracht: Bei den verpflichtend vorgeschriebenen Marktgutachten fand ein medienökonomischer Methodestreit um die richtigen Instrumente zur Umsetzung des „Refined Economic Approach“ bei der Marktabgrenzung statt, wozu jenseits der Gutachtereitelkeiten juristisch darauf hinzuweisen ist, dass die EU-Wettbewerbsbehörde kein Instrument ex cathedra vorschreibt, sondern die gewählte Methode auf zweiseitige Märkte anwendbar sein und nachvollziehbare Ergebnisse zeitigen muss.

Zum zweiten wird bereits die Angebotsbeschreibung (Dieter Dörr) oder der gesamte Drei-Stufen-Test (Kops/Sokoll/Bensinger) als klassische Nutzen-Kosten-Abwägung zwischen Aufwand und publizistischem Mehrwert angesehen, obwohl diese Auslegung weder im Rundfunkstaatsvertrag (RStV) noch im Beihilfekommiss mit der EU vom April 2007 (epd 33/07) eine

hinreichende Stütze erfährt. Die Lösung des britischen Public-Value-Tests ist eben in Deutschland nicht gewählt worden. Auch die These Dörrs, dass die in § 11 RStV vorgesehene Regelverweildauer nur in besonders zu begründenden Ausnahmefällen ausgedehnt werden dürfe (epd 49/09), ist, wie Knothe dargelegt hat (epd 60/09), schwer nachzuvollziehen.

Hingegen wäre es ein folgenschwerer Fehler, wenn die Rundfunkräte nicht in jedem Einzelfall ernsthaft prüfen würden, ob die Markteinführung neuer Telemedien unverhältnismäßige und für die Erfüllung des gemeinwohlorientierten Auftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks nicht notwendige Auswirkungen auf den Markt haben würde. Dieses Risiko beschwört eine Äußerung von Wolfgang Schulz vom Hans-Bredow-Institut herauf, der als einer der Erfinder des Drei-Stufen-Tests gilt. Er hatte in einem Workshop zum Drei-Stufen-Test in Hamburg kürzlich behauptet, die Frage der „marktlichen Auswirkungen“ sei lediglich ein Hilfsmittel, um Rückwirkungen im Aufmerksamkeitswettbewerb zu er-

mitteln (epd 84/09). Da fast immer negative Auswirkungen auf private Konkurrenten zu beobachten seien, laste der Begründungsdruck auf dem „publizistischen Mehrwert“, nicht auf den „marktlichen Auswirkungen“.

### Dürre Leitlinien

Gegen die Einschätzung von Schulz spricht, dass der 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrag in Umsetzung eines Beihilfekompromisses zwischen der Europäischen Kommission und Deutschland verabschiedet wurde. Ziel des Kompromisses war es, ein förmliches Beihilfverfahren gegen Deutschland wegen der Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zu beenden. Zentrales Thema des europäischen Beihilferechts ist die Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen durch die Mitgliedsstaaten (vgl. Art. 86 Abs. 2 i.V.m. Art. 87 EGV, Rn. 36–40 der neuen EU-Rundfunkmitteilung und Rn. 181 Beihilfekompromiss). Eine strikt auszulegende Ausnahmeregelung von dem Verbot der staatlichen Finanzierung gilt für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind (Art. 86 Abs. 2 EGV). Dazu gehören die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, soweit sie den ihnen übertragenen öffentlich-rechtlichen Auftrag erfüllen.

Das Amsterdamer Protokoll über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk konkretisiert Art. 86 EGV. Es besagt unter anderem, dass die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks die Handels- und Wettbewerbsbedingungen in der EU nicht in einem Ausmaß beeinträchtigen darf, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft. Nicht umsonst spricht die Kommission wegen des durch den Drei-Stufen-Test angestrebten Interessenausgleiches zwischen öffentlichen und privaten Anbietern vom Amsterdam-Test. Die beihilferechtliche Prüfung der Finanzierung der Rundfunkanstalten umfasst daher die folgenden Punkte: Sind die Verpflichtungen aus dem öffentlich-rechtlichen Auftrag klar definiert? Sind sie den Rundfunkanstalten offiziell übertragen und wird die Erfüllung des Auftrags kontrolliert? Ist die Finanzierung verhältnismäßig und führt sie nicht zu unnötigen Wettbewerbsverzerrungen? (vgl. Rn. 219 des Beihilfekompromisses sowie Rn. 37 ff. und 92 ff. der neuen EU-Rundfunkmitteilung). Nur wenn diese Voraussetzungen zweifelsfrei erfüllt sind, handelt es sich nicht um eine (unzulässige) Beihilfe.

Der Gesetzgeber hat die Beauftragung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten mit Telemedien durch den 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrag erstmals gesetzlich geregelt. Ob die Beauftragung, die wegen der Staatsferne einer weiteren Konkretisierung durch die Rundfunkanstalten selbst bedarf, durch die dür-

ren anstandsinternen Leitlinien hinreichend umschrieben wurde, ist – soweit ersichtlich – erstaunlicherweise selbst von den Privaten noch nicht infrage gestellt worden. Wie sonst aber soll eine transparente und wirksame Kontrolle der Qualitätsstandards erfolgen, auf die die Kommission und die Europäischen Gerichte als konstitutives Element der Gemeinwirtschaftlichkeit großen Wert legen? Hier sollten die Rundfunkanstalten nachbessern, um den Gremien konkrete Qualitätskriterien an die Hand zu geben.

### Wettbewerbsverzerrungen vermeiden

Im Rundfunkstaatsvertrag fehlt ein explizites Verbot von unverhältnismäßigen Wettbewerbsverzerrungen. So heißt es dort nur, dass die marktlichen Auswirkungen des geplanten Telemedienangebots und seine meinungsbildende Funktion anhand bereits vorhandener vergleichbarer Angebote zu berücksichtigen sind (§ 11 f Abs. 4 RStV). Daher droht die Frage von Wettbewerbsverzerrungen stiefmütterlich behandelt zu werden.

Gleichwohl spielt die Vermeidung von unverhältnismäßigen Wettbewerbsverzerrungen bei der Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Telemedien eine nicht zu vernachlässigende Rolle, da das Beihilferecht als europäisches Primärrecht unmittelbar anzuwenden ist und selbst eine Kollision mit deutschem Verfassungsrecht nicht fürchten muss. Die Rundfunkräte haben insoweit die breite Entscheidungspraxis der EU-Generaldirektion Wettbewerb und die Spruchpraxis der europäischen Gerichte zum Beihilferecht, insbesondere zur Beauftragung mit gemeinwirtschaftlichen Dienstleistungen, zu beachten. Dabei geht es nicht nur um eine beiläufige und hilfsweise, sondern um eine ausreichende Berücksichtigung der potenziellen Auswirkungen auf andere Wettbewerber.

Beispielsweise formuliert die unter der neuen EU-Rundfunkmitteilung ergangene ORF-Beihilfeentscheidung (epd 86/09), dass keine negativen Auswirkungen auf die Wettbewerbssituation und die Angebotsvielfalt erfolgen sollen, „die im Vergleich zu dem Mehrwert des neuen Angebots unverhältnismäßig sind“. Zwar sind die Anstalten nicht verpflichtet, die den Markt am wenigsten beeinträchtigende Maßnahme zu wählen. Wie auch in anderen Fällen, etwa bei der Regionalbeihilfe, müssen aber positive und negative Effekte gegeneinander abgewogen werden. Üblicherweise spricht man insoweit vom „balancing test“. Insbesondere qualitativ wertvolle und innovative Angebote tragen zur Konsumentenwohlfahrt bei und können Reichweitenverluste privater Telemedienangebote rechtfertigen. Es bedarf dabei sehr nuancierter Abwägungen; es wäre fatal zu glauben, erst der Marktaustritt anderer Wettbewerber

oder die Marktverstopfung eines Angebotssegments überschreite die kritische Eingriffsschwelle.

#### Intransparentes Verfahren

Die Rundfunkräte sollten die Auswirkungen auf den Wettbewerb in ihrer Entscheidung daher ausdrücklich prüfen und begründen, warum sie davon ausgehen, dass das neue Angebot nicht zu einer unverhältnismäßigen Wettbewerbsverzerrung führen wird. Denn diese Frage ist ein Kernthema des Beihilferechts, nicht nur ein Hilfsmittel. Gelangt der Rundfunkrat zu dem Ergebnis, dass das geplante Telemedienangebot den Wettbewerb unverhältnismäßig verzerren würde, darf er es nicht genehmigen.

Wie die Rundfunkräte bisher mit den marktlichen Auswirkungen der bestehenden öffentlich-rechtlichen Telemedien umgehen, ist intransparent, da die der Entscheidungsfindung zugrunde liegenden Gutachten nicht veröffentlicht werden. Bei der Gremienvorsitzendenkonferenz sollen Bedenken bestehen, ob einige der Gutachter über hinreichende Erfahrungen mit Marktuntersuchungen verfügen.

\*

*Die Autoren sind Rechtsanwälte bei der Heussen Rechtsanwaltsgesellschaft am Standort Berlin. Reinhold Kopp war früher Vorsitzender des Verwaltungsrates des SR.*