

# Wer gewinnt?

## Zum Methodenstreit beim Drei-Stufen-Test / Von Doris Hildebrand und Ulf Böge

epd Vor dem Hintergrund zu erstellender Gutachten zu den marktlichen Auswirkungen von öffentlich-rechtlichen Telemedienangeboten ist ein Streit in Gang gesetzt worden, nach welcher Methode die marktlichen Auswirkungen zu ermitteln sind. Diese Gutachten sind im Rahmen des Drei-Stufen-Tests von unabhängigen Experten zu erstellen. Der Drei-Stufen-Test im deutschen Rundfunkstaatsvertrag ist die Umsetzung des Beihilfenkompromisses der Bundesregierung mit der Brüsseler Wettbewerbskommission. Wenn marktliche Gutachten offensichtlich fehlerhaft erstellt werden, könnten die privaten Anbieter dagegen vorgehen. Insofern ist es bedeutsam, nach welcher Methode die Begutachtung durchgeführt wird.

### Die Gutachten

epd Über die Methodik der Gutachten bei den Drei-Stufen-Tests für die Telemedienangebote der öffentlich-rechtlichen Sender ist in den vergangenen Wochen viel geschrieben worden. Zunächst stellte der Medienrechtler Dieter Dörr in einem Gutachten, das der Verband Privater Rundfunk und Telemedien im Juni vorstellte, fest, dass eine Konkurrentenklage gegen den staatlichen Betrauungsakt, der am Ende des Drei-Stufen-Tests stehe, zulässig sei (epd 49, 52/09). Ende Juli legte der VPRT ein weiteres Gutachten der Wirtschaftswissenschaftler Justus Haucap und Ralf Dewenter vor, in dem die beiden Autoren zu dem Schluss kamen, dass öffentlich-rechtliche Internetangebote wegen der bestehenden großen Angebotsvielfalt nur sehr zurückhaltend zu genehmigen seien (epd 60/09). Im September legten die Landesmedienanstalten einen Leitfaden vor, um die Gutachten zu vereinfachen (epd 74/09). Unsere Autoren, Dr. Doris Hildebrand und Dr. Ulf Böge, antworten auf die vorliegenden Gutachten und Vorschläge. Hildebrand ist Gründungsmitglied des „more economics based approach“ im europäischen Wettbewerbsrecht und seit 17 Jahren beratend bei EE&MC als Wettbewerbsökonomin tätig. Böge war sieben Jahre lang Präsident des Bundeskartellamtes und ist heute ebenfalls bei EE&MC beratend tätig. Derzeit führt EE&MC die Prüfung der marktlichen Auswirkungen von mehreren Telemedienangeboten des MDR, SWR und WDR durch.

breite der von den Rundfunkräten ausgewählten Experten ist vielfältig: Marktforschungsinstitute, Fachhochschulprofessoren, traditionelle Unternehmensberater und Wettbewerbsökonomien. Je nach Ausgangslage und Fachwissen dieser Experten sind die Ansätze bzw. Methoden in den Gutachten zur Erfassung der marktlichen Auswirkungen heterogen.

### Marktabgrenzung

Einige Rundfunkräte haben sich schon sehr intensiv mit den wettbewerblichen Fachthemen auseinandergesetzt, wie sie von der Brüsseler Wettbewerbskommission im europäischen Beihilfenrecht angewandt werden. Einige Rundfunkräte betreten mit den Gutachten zu den marktlichen Auswirkungen jedoch Neuland. Zudem haben die „Chinese Walls“ zwischen den Anstalten und Rundfunkräten in den letzten Monaten dazu beigetragen, dass kein umfassender Erfahrungsaustausch mit den Experten in den Anstalten möglich war.

Aber nicht nur die Rundfunkräte betreten Neuland. Auch einige Experten, die die marktlichen Auswirkungen im Auftrag der Rundfunkräte untersuchen, führen solche Prüfungen zum ersten Mal durch. Diese Experten sind in der Auswahl der einzusetzenden Methoden kreativ: einige Experten schlagen ganz neue Wege vor; andere Experten versuchen die Methoden der Wettbewerbskommission zu adaptieren oder neu zu interpretieren.

Die Methoden der Kommission sind wettbewerbsökonomisch ausgerichtet. Sie subsumieren aber auch rund 50 Jahre (gerichtliche) Spruchpraxis zur Marktabgrenzung und -analyse. Fehlt einem Experten dieses Wissen, kann dies zu unerwünschten Reaktionen der EU-Kommission führen. Einige Rundfunkräte legen gleichwohl auf diese fehlende Praxiserfahrung wenig Wert, während andere Rundfunkräte auf Grund ihrer fundierten Auseinandersetzung mit der Materie diese Gefahr erkannt haben. Aus diesen Gründen wird schlussendlich in den mehr als 30 marktlichen Gutachten ein „bunter Strauß“ an „Methoden“ Anwendung gefunden haben.

### Beihilfenrechtliche Einordnung

Den zu erstellenden Gutachten zu den marktlichen Auswirkungen geht ein jahrelanger Disput mit Brüssel voran: Die Kommission verlangte im Beihilfenkompromiss eine Präzisierung des öffentlichen Auftrags der Rundfunkanstalten hinsichtlich der Erbringung pro-

Die über dreißig Online-Angebote des Bestandes werden von unterschiedlichen Experten geprüft. Die Band-

grammbezogener und programmbegleitender neuen Mediendienste. Für die Kommission war nicht erkennbar, ob diese so definierten Dienste als Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag angesehen werden können.

In Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag ist zu prüfen, ob eine Überkompensierung (zu viel erhobene Rundfunkgebühren) für den Auftrag vorliegt. Da der Auftrag an die öffentlich-rechtlichen Anstalten aus Sicht der Kommission nicht hinreichend präzise definiert war, ließen die bestehenden Vorschriften keine angemessene Ex-post-Kontrolle einer möglichen Überkompensierung zu. Zudem bestand auch keine förmliche Übertragung eines Auftrags für neue Mediendienste. Um diesen beihilferechtlichen Problemen Abhilfe zu schaffen, hat die Bundesrepublik mit der Kommission zweckdienliche Maßnahmen vereinbart.

Die Ausgestaltung der Rundfunkordnung obliegt unter Berücksichtigung des Amsterdamer Protokolls dem Mitgliedsstaat. Das Amsterdamer Protokoll sieht vor, dass Auswirkungen auf den privaten Wettbewerb zu evaluieren sind. Um im Falle der deutschen Beihilfeproblematik Abhilfe zu schaffen, sind daher die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten verpflichtet worden, für alle neuen und veränderten Angebote einen dreistufigen Test durchzuführen. Der deutsche Rundfunkgesetzgeber hat im 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrag über die Brüsseler Vorgaben hinausgehend ARD, ZDF und DLR verpflichtet, auch für den kompletten Bestand an Telemedienangeboten Drei-Stufen-Tests durchzuführen.

In Brüssel wird dieser Test auch „Amsterdam Test“ genannt. Teilspekt in diesem Test ist die Prüfung der marktrelevanten Auswirkungen der öffentlich-rechtlichen Online-Angebote auf private Wettbewerber. Diese Gutachten sind deswegen von Bedeutung, weil an dieser Stelle die Interessen der privaten Wettbewerber Berücksichtigung finden können. In ihre neue Rundfunkmitteilung hat die Kommission diesen „Amsterdam Test“ ebenfalls aufgenommen.

Die rechtliche Einordnung des deutschen Beihilfeverfahrens bzw. des Amsterdam Tests ist demnach in Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag und dem Amsterdamer Protokoll zu finden. Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag ist Teil der europäischen Beihilfavorschriften und den Wettbewerbsregeln zugeordnet. Dementsprechend ist der deutsche Drei-Stufen-Test als Umsetzung der europäischen Wettbewerbsregeln zu bewerten.

## Ökonomische Betrachtungsweise

Die europäischen Wettbewerbsregeln sind in den letzten Jahren umfassend reformiert worden. Kommissar Karel van Miert, der dieses Jahr verstorben ist, hat 1997 mit der Reform hin zu einer vertieften ökonomischen Betrachtungsweise („more economics based approach“) begonnen. Im Laufe der letzten zehn Jahre sind große Teile der europäischen Wettbewerbsregeln wettbewerbsökonomisch ausgerichtet und modernisiert worden. Offen waren noch die Beihilferegeln: Wettbewerbskommissarin Kroes hat die Ökonomisierung der europäischen Beihilferegeln (Artikel 86-87 EG-Vertrag) als ihr „Flagship“-Projekt gewählt und durchgeführt.

Diese umfassenden Reformen werden weltweit gewürdigt. So hat erst letzte Woche die US-Administration angekündigt, ihre eigene ökonomische Interpretation der Wettbewerbsregeln neu zu überprüfen. Es wird sogar erwogen, sich insgesamt der europäischen Perspektive anzunähern. Der Siegeszug des „more economics based approach“ ist also welt- und europaweit zu beobachten. Auch das deutsche Bundeskartellamt setzt seit Jahren Ökonomen und Juristen in ihren Fallprüfungen ein.

Als Zwischenfazit kann an dieser Stelle festgehalten werden, dass der Drei-Stufen-Test im deutschen Rundfunkstaatsvertrag auf den Beihilfenkompromiss mit Brüssel zurückzuführen ist. Die marktlichen Gutachten haben ihre Wurzeln demnach im europäischen Wettbewerbsrecht, das gemäß dem „more economics based approach“ auszulegen ist. In der deutschen Sprache wird das europäische Wettbewerbsrecht („competition law“) mit dem Term Kartellrecht gleichgesetzt. Diese „kartellrechtliche“ Betrachtungsweise wird von den Europäischen Gerichten auch im Beihilfenrecht eingefordert. Insofern sind die marktlichen Gutachten gemäß dieser wettbewerbsökonomischen Methodik zu prüfen.

## Wettbewerbsökonomische Prüfung

Die deutsche Monopolkommission hat diesen Reformbewegungen in ihrem 17. Hauptgutachten 2008 einen eigenen Beitrag gewidmet. Sie geht dabei auch auf die Marktabgrenzung im Beihilfenrecht ein. Die Monopolkommission fordert, dass die Europäische Kommission anstelle einer allgemeinen sektorbezogenen Prüfung künftig auch in Beihilfenverfahren, ebenso wie im Kartellrecht, die betroffenen Märkte sachlich und räumlich definiere und die Marktposition des Begünstigten feststellen solle. Eine konkrete Marktabgrenzung unter Ermittlung des Marktanteils des Begünstigten kommt insbesondere dann in Betracht, wenn das individuell begünstigte Unternehmen und das geförderte Projekt

bereits feststehen (siehe 17. Hauptgutachten, Der more economic approach in der europäischen Beihilfenkontrolle, Rn. 1112-1113).

Im Juni 2009 hat die Europäische Kommission Erläuterungen zu den „Allgemeinen Grundsätzen für eine ökonomisch ausgerichtete Prüfung der Vereinbarkeit staatlicher Beihilfen“ vorgelegt. In ihren Erläuterungen bestätigt die Kommission, dass für die Marktabgrenzung in Beihilfverfahren die Instrumente angewandt werden, die auch für Kartell- und Fusionsfälle für die Abgrenzung der Märkte zur Verfügung stehen (Allgemeine Grundsätze Rn. 55 ff).

Die Kommission hat bereits in zahlreichen Beihilfverfahren eine solche Marktabgrenzung vorgenommen. Zur konkreten Vorgehensweise der Marktabgrenzung führt die Kommission in ihren Grundsätzen wie folgt aus: „Die Ermittlung der von der Beihilfe betroffenen Wettbewerber kommt der Abgrenzung der sachlich relevanten Märkte gleich, auf denen die Beihilfe zu einer Verlagerung der Nachfrage zulasten der Wettbewerber und zugunsten des Beihilfempfängers führen kann. . . . Die betroffenen sachlich relevanten Märkte umfassen alle Produkte, die der Verbraucher als austauschbar oder substituierbar mit einem betroffenen Produkt betrachtet sowie die verbundenen Inputmärkte (z.B. Zulieferer des Beihilfempfängers) und komplementäre Märkte.“ (Allgemeine Grundsätze, Rn. 55ff).

Die von der Kommission in Beihilfeprüfungen angewandte Marktabgrenzung folgt demnach der wohldefinierten Methodik, die 1997 in der Bekanntmachung der Kommission zur Abgrenzung des relevanten Marktes ihre konkrete Ausgestaltung gefunden hat. Dies war das erste Reformprojekt von Kommissar Karel van Miert. Für die Abgrenzung des betroffenen sachlich relevanten Marktes sind unter anderem folgende Faktoren relevant: Merkmale und Verwendungszweck des Produkts, Verbraucherpräferenzen, Beweise für die Austauschbarkeit (Substituierbarkeit) aus jüngster Zeit, Hemmnisse und Kosten in Zusammenhang mit der Verlagerung der Nachfrage auf Substitute und die Nachfrageverlagerung auf Grund von Preissenkungen, Preiselastizität und Kreuzpreiselastizität.

Gemäß den seit 1997 etablierten Vorgaben der Kommission umfasst demnach ein sachlich relevanter Produktmarkt sämtliche Erzeugnisse und/oder Dienstleistungen, die von den Verbrauchern hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als austauschbar oder substituierbar angesehen werden. Diese Methodik ist in der Spruchpraxis des Europäischen Gerichtshofs in zahlreichen Urteilen bestätigt.

Aus ökonomischer Sicht – im Hinblick auf die Definition des relevanten Marktes – stellt die Möglichkeit der Nachfragesubstitution die am unmittelbarsten wirksame und stärkste disziplinierende Kraft dar, die auf die Anbieter eines gegebenen Produkts einwirkt. Bei der Prüfung der Nachfragesubstituierbarkeit ist die Sicht der Marktgegenseite zu untersuchen. Hierbei ist zu hinterfragen, welche Leistungen aus Sicht der Nachfrager austauschbar sind. In Deutschland ist diese Methode als Bedarfsmarktkonzept bekannt und durch den Bundesgerichtshof bestätigt.

### Fahrlässig und irreführend

Um das tatsächliche Verbraucherverhalten zur Anwendung des Bedarfsmarktkonzeptes zu erfassen, sind empirische Studien oft unerlässlich. In den Randnummern 15–17 ihrer Bekanntmachung zur Abgrenzung des relevanten Marktes führt die Kommission wie folgt aus: „Die Beurteilung der Substituierbarkeit der Nachfrage erfordert eine Bestimmung derjenigen Produkte, die von den Abnehmern als austauschbar angesehen werden. Eine Möglichkeit, diese Bestimmung vorzunehmen, lässt sich als ein gedankliches Experiment betrachten, bei dem von einer geringen, nicht vorübergehenden Änderung der relativen Preise ausgegangen und eine Bewertung der wahrscheinlichen Reaktion der Kunden vorgenommen wird.“ Diese Methode wird in Europa als Hypothetischer Monopolistentest (HM-Test) bezeichnet. In anderen Ländern ist dieses Testverfahren als SSNIP-Test bekannt. SSNIP steht für „Small but Significant and Non transitory Increase of Prices“. Dieser Begriff wird vorwiegend in den USA und im angelsächsischen Sprachgebrauch verwendet.

In einer Studie der Europäischen Kommission über „Market Definition in the Media Sector - Economic Issues“ aus dem Jahr 2002 wird angeführt, dass der Hypothetische Monopolistentest auch im Mediensektor ein geeignetes Instrument zur Marktabgrenzung darstellt. Im Falle von kostenfreien Medienangeboten wie Free-TV soll in Ermangelung eines Preises der Hypothetische Monopolistentest über eine Veränderung der Qualität vorgenommen werden: „In cases where potentially competing products are offered for free, it may be more appropriate to apply the hypothetical monopolist experiment to competition in terms of quality rather than price“ (Seite 40f).

Als Zwischenfazit kann festgehalten werden, dass diese wenigen Zitate aus den Vorgaben der Kommission bereits eindrucksvoll illustrieren, dass für Marktabgrenzungen in Beihilfverfahren und im Mediensektor die gleichen Instrumentarien Anwendung finden wie im Kartellrecht. Die Forderung einiger Experten, von der „kartellrechtlichen“ Methodik bei den Gutachten zu



den marktlichen Auswirkungen Abstand zu nehmen, erscheint vor diesem Hintergrund fahrlässig und irreführend.

Vor diesem Hintergrund ist der Vortrag der Landesmediananstalten und privater Anbieter zu bewerten, die unterstützt durch Gutachten neue oder angepasste Methoden für die Gutachten einfordern.

### Methodendiskussion

Unter einer Methode versteht man einen Ansatz zur Lösung von Fragestellungen, der in der Praxis überprüft wurde und sich bewährt hat. Eine Sichtung der debattierten "Methoden" führt zu folgenden Ergebnissen:

#### Dewenter/Haucap-Methode

In einem für den VPRT erstellten Gutachten lehnen die Wissenschaftler Dewenter/Haucap die oben skizzierte, für Wettbewerbsfragen weltweit übliche Methode der Marktabgrenzung für Beihilfverfahren ab und empfehlen Folgendes: Erst wenn es kein privates Angebot im Internet gibt oder geben könnte, dürften die öffentlich-rechtlichen Anstalten ein Online-Angebot zur Verfügung stellen. Ein solches Angebot im Internet sei auch nur dann zu rechtfertigen, wenn damit demokratische, soziale oder kulturelle Ziele erreicht werden könnten.

Eine Diskussion der Änderung der Spielregeln in einem laufenden Verfahren ist müßig. Sowohl Karlsruhe als auch Brüssel haben anders entschieden. Für die Kommission ist das Internet lediglich ein neuer Distributionsweg für öffentlich-rechtliche Inhalte: In ihrer Rundfunkmitteilung 2009 stellt die Kommission fest, dass die öffentlich-rechtlichen Anstalten ihre Inhalte über alle Plattformen verbreiten dürfen, sofern die Kernanforderungen des Amsterdamer Protokolls erfüllt sind. Das deutsche Bundesverfassungsgericht hat sich 2007 in seinem Urteil ähnlich geäußert. Das empfohlene Vorgehen von Dewenter/Haucap entspricht weder der Spruchpraxis des Bundesverfassungsgerichts in Karlsruhe noch den Vorgaben der Kommission in Brüssel. Nicht nur die rechtlichen Hürden für diese „Methode“ sind unüberbrückbar, sie wäre inhaltlich auch falsch.

In ihrem Gutachten für den VPRT vertreten Dewenter/Haucap zudem die Position, dass die kartellrechtliche Marktabgrenzung im Beihilferecht nicht zur Anwendung kommen sollte. Diese Position im VPRT-Gutachten verwundert sehr, da Haucap sich als Mitglied der Monopolkommission im 17. Hauptgutachten – wie oben dargelegt – noch für die Anwendung kartellrechtlicher Instrumente im Beihilfenrecht ausgesprochen hat (Rn. 1112-1113).

#### Andere OFCOM-Methode?

Dewenter/Haucap weisen zur Untermauerung ihrer Position im VPRT-Gutachten auf die OFCOM hin. Die OFCOM – so Dewenter/Haucap – soll sich gegen die Verwendung kartellrechtlicher Marktdefinitionsverfahren ausgesprochen haben. Die Behörde habe sich entschieden, „auf eine kartellrechtliche Marktabgrenzung ganz zu verzichten“ (Seiten 38 und 63 VPRT-Gutachten). Diese Aussage ist falsch. Die OFCOM wendet in ihren Prüfungen kartellrechtliche Marktabgrenzungsinstrumentarien an, wie die folgenden Ausführungen belegen.

Die britische Behörde OFCOM ist für Medien mit den Landesmediananstalten und für die Regulierung im Telekommunikationssektor (TK-Sektor) mit der Bundesnetzagentur vergleichbar. Im TK-Sektor gelang es der OFCOM, die Telekom-Märkte der „Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht“ („SMP“) nachhaltig für den Wettbewerb zu öffnen. In diesen Verfahren hat die OFCOM, wie alle anderen nationalen Behörden auch, die kartellrechtlichen Marktabgrenzungsmethoden angewandt.

Im Medienbereich wendet die OFCOM ebenfalls die Brüsseler Instrumentarien an. Die jüngste Analyse der OFCOM zu den Pay-TV-Services aus dem Juni 2009 kann hierfür als Beispiel dienen. Die OFCOM äußert sich in diesem Gutachten zur Marktabgrenzung wie folgt: „4.23 Our evidence base included: - An assessment of the key characteristics of the relevant products, drawing on survey evidence on consumer preferences for those products. - Evidence from the undertakings active in the markets, for example from their actual behaviour, from internal strategic papers and from market analysis; - Our application of the Hypothetical Monopolist Test, which drew on surveys of consumers' responses to price rises and estimates of price elasticity, including a willingness to pay survey commissioned by Ofcom and a conjoint study supplied by Sky; - Patterns in price changes or relative prices; - Customer reactions to past price changes; - The impact of the growth of multi-channel FTA services on demand for pay TV services.“

Die OFCOM ist eine erfahrene Behörde, die die ganze Bandbreite der kartellrechtlichen Instrumentarien auf hohem Niveau einsetzt. Diese sind – wie aus dem Zitat ersichtlich – die Analyse der Nutzerpräferenzen, der Hypothetische Monopolistentest, Conjoint-Analysen, etc.

#### Marktabgrenzungen aus Nutzersicht

Im Rahmen des „Public Value Tests“ (PVT) erstellt die OFCOM als Behörde die marktlichen Gutachten in Form



eines „Market Impact Assessments“ (MIA). In ihren MIA-Leitlinien bestätigt die OFCOM, dass sie kartellrechtliche Instrumentarien zur Marktabgrenzung verwendet (Abschnitt 3.14): "There is nevertheless a degree of overlap between competition law market definition and what OFCOM does here – to assess impact we need to identify the products and services for which the BBC service is a substitute. We therefore employ some of the tools used when defining markets in competition law since these tools are useful for identifying and assessing substitutability."

Als erfahrene Behörde führt die OFCOM in diesem Zusammenhang weiter aus, dass Marktabgrenzungen im MIA nur aus Nutzersicht zu erfolgen haben. So hat die OFCOM beispielsweise für die Prüfung des BBC I-Players 804 Face-to-Face Interviews mit Nutzern in Großbritannien durchführen lassen. Die OFCOM spricht sich gegen eine Marktabgrenzung aus Angebotsicht aus. Im MIA ist es auch opportun, so die OFCOM, „Kandidaten“-Märkte in den zu prüfenden Markt zu inkludieren, für die es zweifelhaft ist, ob die gemessenen Nutzerwanderungen ausreichen, um den Markt abschließend abzugrenzen. Im Kartellrecht gilt hingegen, dass Märkte nur dann in den sachlich relevanten Markt aufgenommen werden, wenn Nutzerwanderungen in einem ausreichenden Maß erfolgen. Das ausreichende Maß wird mit der zweiten Stufe des Hypothetischen Monopolistentests – nämlich im kostenlos zugänglichen Medienbereich mit der Überprüfung der Profitabilität einer Qualitätsminderung – gemessen (siehe OFCOM, BBC new on-demand proposals, Seite 25).

Dewenter/Haucap sehen in dieser Vorgehensweise eine neue OFCOM-Methode und eine Ablehnung der kartellrechtlichen Methode (Seite 38 VPRT-Gutachten). Diese Analyse ist sachlich falsch.

Die von Dewenter/Haucap als „neue OFCOM-Methode“ präsentierte Vorgehensweise entspricht der üblichen wettbewerbsökonomischen Praxis. Entsprechend dieser etablierten Praxis stimmen beispielsweise alle von EE&MC bisher vorgelegten Gutachten mit dieser OFCOM-Vorgehensweise überein: Jede EE&MC-Marktabgrenzung ist nachfrageseitig durch Nutzerbefragungen vorgenommen.

EE&MC lehnt eine angebotsseitige Abgrenzung, wie sie andere Experten in den Gutachten vornehmen, strikt ab. Zum Vorteil der privaten Anbieter inkludiert EE&MC – auch bei gering gemessenen Nutzerwanderungen – alle „Kandidaten“-Märkte in den zu prüfenden Markt. Die Überprüfung der Profitabilität als zweiter Schritt des Hypothetischen Monopolistentests hat EE&MC bisher in einem einzigen Fall vorgenommen: bei der Untersuchung, ob werbefinan-

zierte Vorschulkinder-Online-Angebote mit Pay-per-View Vorschulkinder-Online-Angeboten austauschbar sind oder nicht. Bei beiden Angeboten handelt es sich um private Angebote.

Dewenter/Haucap verkennen in diesem Zusammenhang, dass Wettbewerbsökonominnen – ob sie in Behörden oder außerhalb regelmäßig in Kartell-, Fusions- und Beihilfenverfahren gutachterlich tätig sind – die gleiche und gesamte Klaviatur des „more economics based approach“ spielen. Im Laufe der letzten 15 Jahre hat sich eine „Community“ europäischer Wettbewerbsökonominnen entwickelt, zu der an sich auch die Monopolkommission zu zählen ist und die auf der Grundlage dieser Methoden agieren.

### Ergebnisse nach der Dewenter/Haucap-Methode

Erwähnenswert sind auch die ökonomischen Analysen für ausgewählte Bereiche, die von Dewenter/Haucap im Abschnitt 2.6.3 des Gutachtens durchgeführt werden. Die gewählte Methodik sind einfache Zeitreihenanalysen. Im Sportbereich ist beispielsweise einziges Resultat dieser Berechnungen, dass eindeutige Substitutionsbeziehungen zwischen den beiden werbefinanzierten Sport-Online-Angeboten kicker online und Sport1 bestehen. Diese Erkenntnis ist in der Tat beeindruckend: Sie beeindruckt deswegen, weil die fachlich vorangegangene theoretische Diskussion in einem so wichtigen Bereich doch viel umfassendere praktische Markterkenntnisse erwarten lässt.

Ohne empirische Marktanalysen oder Nutzerbefragungen durchzuführen, kommen Dewenter/Haucap zu dem Ergebnis, dass die Zahl der Anbieter sowie die Wettbewerbsintensität hoch sei, die gesellschaftspolitische Relevanz von Sport gering sei und daher keine Notwendigkeit für eine öffentlich-rechtliche Angebotserstellung zu erkennen sei (Seite 121 VPRT-Gutachten). Es ist absehbar, dass sowohl die Kommission als auch die Gerichte einer solchen Prüfungsmethode nicht folgen werden.

Als Zwischenfazit ist festzuhalten, dass die Methodendiskussion nicht oberflächlich oder interessengeleitet geführt werden sollte. Bei Erörterung der neuen Methoden zeigen sich eindrucksvoll ihre Unzulänglichkeiten.

### Trappel/Hürst-Methode

In einem von den Landesmedienanstalten in Auftrag gegeben Gutachten des Instituts für Publizistikwissenschaft und Medienforschung der Universität Zürich wird eine weitere „neue Methode“ präsentiert. Die Autoren Trappel und Hürst wollen die wettbewerbliehen Instrumentarien zugunsten eines neu entwickel-

ten Punktesystems verwerfen. Die Verfasser finden, dass ihre „neue Methode“ vollkommen ausreiche und wesentlich einfacher und effizienter sei.

Analysiert man allerdings den Ansatz der Züricher Gutachter, so entspricht er nicht einer vereinfachten Prüfung von marktlichen Auswirkungen. Vielmehr würde er in der Praxis angesichts eines Geflechts von willkürlich gewählten „Indikatoren“ mit kaum zu operationalisierenden Wertbegriffen und „Punktewertungen“ komplizierter sein als die kartellrechtlichen Instrumentarien. Die Anwendung würde eine heftige wissenschaftliche und politische Debatte auslösen. Der Ruf nach Einfachheit wird auch nicht der Bedeutung der Gutachten zu den marktlichen Auswirkungen gerecht. Die Europäischen Gerichtshöfe haben in den neunziger Jahren die Kommission in zahlreichen Fällen gerügt, weil sie unzureichende, einfache Prüfungen durchgeführt hat. Die Prüfung komplexer Märkte ist oft umfangreich. Für Nicht-Experten erscheinen diese Prüfungen komplex; für Wettbewerbsökonomern sind sie Standard.

Die Autoren des Leitfadens erkennen selbst die Unzulänglichkeiten ihrer neuen Methode: der Leitfaden ist kein „juristisch wasserdichtes Modell“, sondern liefert lediglich eine Einschätzung. Auch diese neue Methode ist daher zu verwerfen. Sie kann nicht an die gerichtlich bewährte, kartellrechtliche Methode herankommen.

### Wer überprüft die Methodenwahl?

Welche ökonomische Methode bei der Prüfung der marktlichen Auswirkungen zur Anwendung kommt, ist schlussendlich eine Rechtsfrage. Diese Rechtsfrage wird erst bei Klage/Beschwerde von Dritten geklärt sein.

Im Drei-Stufen-Test können sich die privaten Anbieter im Rahmen ihrer Stellungnahmen bei den marktlichen Gutachten einbringen. Sind sie mit den Ergebnissen der Gutachten nicht zufrieden, haben sie die Möglichkeit, (1) wiederum als Beschwerdeführer bei der Brüsseler Wettbewerbskommission vorzutragen. Sie könnten aber auch – so die Meinung von einigen Medienrechtlern – (2) eine verwaltungsgerichtliche Klage gegen den Betrauungsakt bei einem nationalen Gericht erwägen.

Erfolgt der Weg nach Brüssel und die Wettbewerbskommission stimmt einer Überprüfung erneut zu, so wird die Kommission die Gutachten nach ihren Vorgaben prüfen. Die Kommission wird offensichtliche Fehler untersuchen. Wenn im Gutachten zu den marktlichen Auswirkungen die kartellrechtliche Methode der Kommission für Beihilfeverfahren Anwendung gefunden hat, liegt kein offensichtlicher Fehler vor.

Wenn für das Gutachten hingegen eine neue oder angepasste „Methode“ gewählt wurde, ist bereits jetzt abzusehen, dass die Kommission diesen Ansatz sorgfältig prüfen wird. Ein hochrangiger zuständiger Kommissionsbeamter, Herr Ungerer, hat sich auf einer Fachtagung zu einer der neuen Methoden bereits negativ geäußert. Wird die gewählte Methode von der Kommission als unzureichend verworfen, ist das gesamte Gutachten zu den marktlichen Auswirkungen entwertet.

Anders kann die Situation sich darstellen, wenn von Dritten der nationale Klageweg beschritten wird. Im 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrag sind keine Vorgaben enthalten, welche Methode bei den marktlichen Gutachten anzuwenden ist. In einem solchen verwaltungsgerichtlichen Verfahren ist also entscheidend, welche Methode das angerufene Gericht für richtig erachten wird. Es kann davon ausgegangen werden, dass ein Verwaltungsrichter die Anwendung der Brüsseler Methode im Drei-Stufen-Test nicht verwerfen wird. Das Ergebnis bei Verwendung eines anderen Ansatzes in einem Gutachten ist dagegen offen und insoweit risikobehafteter.

Als Fazit kann an dieser Stelle festgehalten werden, dass die Anwendung der Vorgaben der Kommission zur Marktabgrenzung und -analyse in Beihilfeverfahren bei den marktlichen Gutachten eine rechtlich abgesicherte Methodenwahl darstellt. Ob neue oder angepasste Methoden möglich sind, wird erst nach Überprüfung der Gutachten feststehen.

Die Frage bleibt, ob es eine „hidden agenda“ der privaten Anbieter in diesem sogenannten Methodenstreit gibt. Wie dargelegt, rufen die Landesmedienanstalten und private Anbieter jetzt vehement nach neuen oder angepassten Methoden zur Prüfung der marktlichen Auswirkungen. Möglicherweise ist damit eine Verunsicherung hinsichtlich der Methodenwahl gelungen.

Festzustellen ist, dass es hinsichtlich der Bestandsprüfungen durch die Vergabe der Gutachten an unterschiedliche Experten heterogene Methoden zur Erfassung der marktlichen Auswirkungen gibt. Die Methoden sind oftmals neu und oftmals angepasst. Der Entscheidungsprozess für ein weiteres marktbedeutsames Gutachten beim ZDF ist noch im Gange. Erfolgt die Prüfung gemäß den Brüsseler kartellrechtlichen Vorgaben, dürfte auch für dieses Gutachten ein Beschwerdeweg nach Brüssel geringe Aussichten auf Erfolg haben. Anders sieht es jedoch aus, wenn sich der Ruf nach neuen oder angepassten Methoden jetzt in Deutschland durchsetzen würde: Der Weg nach Brüssel wäre wieder offen. ■