

Beschränkung für den Erwerb von Radio- und Fernsehkonzessionen (Art. 44 Abs. 3 RTVG¹)

Kriterien für die Beurteilung der Zurechenbarkeit von konzessionierten Radio- und Fernsehveranstaltern

Gemäss Art. 44 Abs. 3 RTVG kann ein Veranstalter bzw. das Unternehmen, dem er gehört, maximal zwei Fernseh- und zwei Radiokonzessionen erwerben. Das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) orientiert sich bei der Anwendung von Art. 44 Abs. 3 RTVG am wettbewerbsrechtlichen Begriff der Unternehmenskontrolle nach Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG² und der dazu bestehenden Praxis der Wettbewerbsbehörden. Die nachfolgend aufgelisteten und erläuterten Kriterien³ sollen den Veranstaltern einen Überblick über die Praxis zu Art. 44 Abs. 3 RTVG geben und als unverbindliche Orientierungshilfe insbesondere im Zusammenhang mit der Übertragung einer Konzession (Art. 48 RTVG) dienen. Die Aufzählung ist nicht abschliessend. Die Liste der Kriterien kann im Zuge der Praxisfortbildung erweitert und angepasst werden.

Kriterium	Praxis WEKO / EU	Fundstelle: RPW ⁴ / EG-Mitteilung ⁵ / COMP ⁶
Erwerb der alleinigen Kontrolle		
Erwerb von Anteilsrechten (Share Deal)	Kontrolle liegt in der Regel vor, wenn ein Unternehmen die Stimmrechtsmehrheit, d.h. eine Beteiligung von 50 % plus eine Stimme, erwirbt oder innehat. Massgebend ist Stimmenmehrheit, nicht die Kapitalmehrheit. Achtung: Bei fehlender Stimmenmehrheit kann allenfalls negative alleinige Kontrolle, d.h. die Möglichkeit zur Blockade strategischer Entscheidungen vorliegen.	2005/2, S. 359 Rz 16 (statt vieler) 2000/1, S. 40 EG-Mitteilung Rz 56
Erwerb von einzelnen Vermögensrechten (Asset Deal) → Gemeint ist der Erwerb aller oder einzelner Aktiven (und allenfalls Passiven) eines Unternehmens	Kontrolle wurde insb. im Medienbereich in folgenden Fällen bejaht: <ul style="list-style-type: none"> • Übernahme von Redaktionen und Verlagen von Zeitungen • Übernahme von Verlagsrechten an Zeitschriften 	2000/4, S. 662 f. 2007/1, S. 136 f.
Alleinige Kontrolle auf vertraglicher Grundlage	Da für das Vorliegen der Kontrolle eine <i>dauerhafte Strukturveränderung</i> notwendig ist, muss der betreffende Vertrag eine gewisse Mindestdauer aufweisen.	EG-Mitteilung Rz 18
Aktionärsbindungsverträge	Kontrolle liegt vor, wenn die Verträge einem Aktionär das Recht oder die Möglichkeit geben, über strategisch wichtige Entscheide der Zielgesellschaft zu bestimmen oder solche Entscheide zu verhindern.	2007/1, S. 88 Rz 9 ff. 2008/2, S. 296 Rz 74
Kooperationsverträge	Können unter besonderen Voraussetzungen eine alleinige Kontrolle begründen. Im Fall Berner Oberland Medien AG (BOM) / Berner Zeitung (BZ) waren dies folgende kumulativen Elemente: <ul style="list-style-type: none"> • Mindestens zehnjährige Vertragsdauer • Faktische Unkündbarkeit (da hohe Konventionalstrafe) • Infrastrukturelle Abhängigkeit von BOM von der BZ 	2000/3, S. 419 ff. Rz 19 ff.
Betriebspachtverträge und andere Verträge	<i>Betriebspachtverträge:</i> Wenn gestützt darauf die alleinige Ausübung des Geschäftsbetriebs im eigenen Namen und für eigene Rechnung gegeben ist. <i>Franchiseverträge:</i> Verleihen in der Regel keine Kontrolle über Franchisenehmer, ausser, wenn der Franchisegeber das Recht hat, das Geschäft des Franchisenehmers zu führen. <i>Sale-and-Lease-Back-Geschäfte:</i> Verleihen in der Regel keine Kontrolle.	M.2060 Rz 11 EG-Mitteilung Rz 19; M.940 Rz 8 ff.; M.126 Erw. F EG-Mitteilung Rz 19
Organisationsverträge	Können alleinige Kontrolle verleihen. Sind aber namentlich in anderen Staaten relevant, da diese solche Verträge im Gesellschaftsrecht explizit kennen (z.B. Deutschland - Beherrschungsvertrag)	EG-Mitteilung Rz 22
Alleinige Kontrolle auf gesellschaftlicher Grundlage → Gemeint sind anwendbare, gesetzliche Bestimmungen im nationalen Recht	Eine Minderheitsbeteiligung kann alleinige Kontrolle begründen, wenn <ul style="list-style-type: none"> • sie aufgrund des anwendbaren Gesellschaftsrechts mit besonderen Rechten ausgestattet ist. In der Schweiz z.B. Stimmrechtsaktien (Art. 693 OR⁷); • der Minderheitsgesellschafter aufgrund der Organisationsstruktur befugt ist, die Tätigkeit des Unternehmens zu leiten und die Geschäftspolitik zu bestimmen. 	EG-Mitteilung Rz 57
Alleinige Kontrolle auf faktischer Grundlage		
Minderheitsbeteiligung → Die Überlegungen dazu spielen vor allem in Fällen eines grossen Minderheitsaktionärs.	Faktische Kontrolle eines Minderheitsaktionärs liegt vor, wenn er aufgrund des breit gestreuten Aktienbesitzes und fehlender Aktionäre an der GV eine <i>stabile Stimmrechtsmehrheit</i> hat. Stabil ist die Mehrheit nur dann, wenn er diese in den letzten drei Jahren jeweils alleine auf sich vereinigt hätte. <ul style="list-style-type: none"> • Die Aktienstreuung ist eine notwendige, aber keine hinreichende Voraussetzung für faktische Kontrolle. "Breit gestreut" ist der Aktienbesitz z.B. dann, wenn die Anteile neben einem grossen Minderheitsaktionär (40%) von 1800 Kleinaktionären (34%) und verschiedenen Grossaktionären (26%) gehalten werden. • Bestehen strukturelle, wirtschaftliche oder familiäre Beziehungen zu übrigen Aktionären, ist es wahrscheinlicher, dass diese mit dem Minderheitsaktionär stimmen werden. • Es wird gemeinhin die Ansicht vertreten, dass Aktionäre, die ihre Beteiligung als Finanzin- 	2009/1, S. 86 Rz 14 2004/2 S. 525 Rz 4 M.4336 Rz 9 2002/2, S. 341 Rz 7 ff. M.754 Rz 38 M.794 Rz 5 ff. M.754 Rz 38 M.1519 Rz 6 ff.

Kriterium	Praxis WEKO / EU	Fundstelle: RPW ⁴ / EG-Mitteilung ⁵ / COMP ⁶
	vestment halten, in ihrem Stimmverhalten eher dem strategischen Investor folgen.	
Wirtschaftliche Abhängigkeit → Selten, dass wirtschaftliche Abhängigkeit zu faktischer Kontrolle führt. Wenn schon nur mit anderen Verflechtungen zusammen.	Faktisch gemeinsame Kontrolle unter folgenden Umständen (<i>kumulativ</i>) bejaht: Darlehen an die Zielgesellschaft, Stellung des darlehensgebenden Unternehmens im benachbarten Markt, Beteiligung an der Zielgesellschaft von 40 %, Bestimmung, dass zwei von fünf Verwaltungsräten in der Zielgesellschaft.	1997/2, S. 181 Rz 23 f. (<i>kritisiert in der Literatur</i>)
Optionen → Gemeint sind Optionen, die zum Kauf oder zur Umwandlung von Aktien berechtigen.	Sind grundsätzlich nicht geeignet, um faktische Kontrolle zu begründen. Ausnahme: Wenn die Option in naher Zukunft aufgrund einer rechtsverbindlichen Vereinbarung ausgeübt wird.	EG-Mitteilung Rz 60 M.2389 Rz 6 M.4094 Rz 7 M.4005 Rz 4 ff.
Einsitznahme in den Verwaltungsrat; Kreuzbeteiligungen → Kreuzbeteiligung meint die gegenseitige Beteiligung zweier Unternehmen aneinander.	Beide Kriterien reichen für sich alleine grundsätzlich nicht aus, um faktische Kontrolle zu erlangen. Unter gewissen Umständen (vgl. oben zu Minderheitsbeteiligung) kann allerdings eine faktische Kontrolle begründet werden.	1998/4, S. 601 ff.

Achtung: Neben der alleinigen Kontrolle kennt das KG auch die **gemeinsame Kontrolle** eines Unternehmens (sog. Gemeinschaftsunternehmen). Gemeinsame Kontrolle besteht, wenn zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Möglichkeit haben, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens auszuüben. Bestimmender Einfluss bedeutet im Kontext der gemeinsamen Kontrolle die Möglichkeit Entscheidungen zu blockieren, die das strategische Wirtschaftsverhalten des Gemeinschaftsunternehmens zum Gegenstand haben.

→ Auch die gemeinsame Kontrolle ist im Rahmen der Prüfung von Art. 44 Abs. 3 RTVG grundsätzlich zu berücksichtigen und nach den oben aufgelisteten Kriterien zu beurteilen.

¹ Radio- und Fernsehgesetz vom 24. März 2006; SR 784.40.

² Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995; SR 251. Die Ausführungsbestimmung findet sich in Art. 1 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

³ Die Praxisbeispiele sind im Wesentlichen aus Amstutz Marc / Reinert Mani (Hrsg.), Basler Kommentar zum Kartellgesetz, Basel 2010, S. 282 ff. entnommen.

⁴ Recht und Politik des Wettbewerbs - Publikationsorgan der WEKO (<http://www.weko.admin.ch/dokumentation/00157/index.html?lang=de>) → zitiert: Nummer (Jahrgang/Ausgabe).

⁵ Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäss der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen → zitiert: EG-Mitteilung.

⁶ Entscheidungen der Kommission zu Competition (http://ec.europa.eu/competition/index_en.html) → zitiert: M.Nummer.

⁷ Obligationenrecht vom 30. März 1911; SR 220.