

VPRT e.V. | Stromstraße 1 | 10555 Berlin

Staatsministerium
Baden-Württemberg
Richard-Wagner-Straße 15
70184 Stuttgart

Per E-Mail an: beteiligungsportal@stm.bwl.de

7. Juli 2017

(25)\Kartellrecht\Konsultation BW Mai 2017\Stellungnahme VPRT zu öff.-rechtl. Kooperationen final.docx

Stellungnahme des VPRT zur Online-Konsultation zur Änderung des Rundfunkstaatsvertrags „Kooperationen von öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten“

Sehr geehrte Damen und Herren,

gerne nimmt der Verband Privater Rundfunk und Telemedien e.V. (VPRT) die Gelegenheit wahr, im Rahmen der Online-Konsultation zur Änderung des Rundfunkstaatsvertrags zum Thema „Kooperationen von öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten“ Stellung zu nehmen.

A. Vorbemerkung

Mit dem Regelungsvorschlag wird das bereits im Rahmen der vergangenen 9. GWB-Novelle erfolglos verfolgte Ziel, Kooperationen im öffentlich-rechtlichen Rundfunk vom Anwendungsbereich der einschlägigen, zum Schutze des Wettbewerbs bestehenden kartellrechtlichen Regelungen auszunehmen, weiterverfolgt. So sollte ursprünglich durch eine Änderung in § 30 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk – analog zur Presse – eine weitreichende Erleichterung bei der Zusammenarbeit geschaffen werden. Schon seinerzeit hatte der VPRT, wie unter anderem auch das Bundeskartellamt¹, die Monopolkommission²

Verband Privater Rundfunk
und Telemedien e.V.

Stromstraße 1, 10555 Berlin
T | +49 30 3 98 80-0
F | +49 30 3 98 80-148

Büro Brüssel
Rue des Deux Eglises, 26
B-1000 Bruxelles
T | +32 2 7 38 76-19

E | info@vpert.de
www.vpert.de

Vorstandsvorsitzender | Hans Demmel
Geschäftsführer | Dr. Harald Flemming

Mitglieder der Geschäftsleitung |
Daniela Beaujean, Frank Giersberg

HypoVereinsbank AG Bonn
DE67 3802 0090 0003 4461 58

Finanzamt für Körperschaften I
Steuer-Nr. 27/620/56 224

UST-IDNr. VPRT DE274179343

¹ <https://www.bundestag.de/blob/489188/71864fe8e7d3683c8954b6094308eadc/mundt-data.pdf>.

² <https://www.bundes-tag.de/blob/489200/0d0d36ed3b6b79150e07bf420c2e7934/kuehling-data.pdf>.

und das federführende Bundeswirtschaftsministerium³ infrage gestellt, ob es eine solche Ausnahmegesetzgebung überhaupt braucht, da, wie wohl unstrittig ist und auch in der damaligen Begründung angeführt wurde, schon heute zahlreiche Kooperationsformen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks freistellungsfähig und damit kartellrechtlich zulässig sein dürften. Hinsichtlich der Risiken, die bei einer pauschalen Freistellung drohen, hob der VPRT vor allem hervor, dass durch den offen formulierten Anwendungsbereich der Vorschrift auch gemeinsame Programm- oder Lizenzeinkäufe hätten umfasst sein können, was letztlich die Gefahr eines massiven Eingriffs in den Lizenz- und Digitalmarkt zugunsten der privaten Wettbewerber mit sich gebracht hätte.

Zwar sind die mit dem Vorhaben vorgeblich primär intendierten Ziele der Realisierung von Einsparpotentialen bei den öffentlich-rechtlichen Sendeanstalten und Erhaltung der Beitragsstabilität dem Grunde nach zu befürworten. Diese Ziele lassen sich jedoch bereits mit dem gesetzlichen Status quo erreichen. Keinesfalls bedarf es hierfür eines derart tiefgreifenden Eingriffs in das Marktgeschehen. Es ist vielmehr daran zu erinnern, dass der Rundfunkgesetzgeber die Aufgabe hat, eine positive Ordnung zu schaffen, die auch dem (individualschützenden) Grundrechtsschutz der kommerziellen Rundfunkveranstalter Rechnung trägt, da nur so der Rundfunkfreiheit umfassend Genüge getan werden kann. Dem widersprechen jedoch die hier in Rede stehenden Freistellungsüberlegungen.

Deshalb ist an der einleitend geschilderten Bewertung aus der GWB-Debatte festzuhalten. Damals wie heute lehnt der VPRT ein solch weitgehendes Vorhaben, das die Partikularinteressen der öffentlich-rechtlichen Sendeanstalten in den Vordergrund stellt und damit letztlich die ohnehin schon bestehende Schieflage im dualen Rundfunksystem zugunsten der kommerziellen Anbieter zu verschlechtern vermag, ab. Ungeachtet dessen, dass die medienpolitische Notwendigkeit wenig nachvollziehbar erscheint, ist auch der neuerliche Regelungsversuch in seiner konkreten Ausgestaltung unter rechtlichen Gesichtspunkten abzulehnen, da er insbesondere nicht den Anforderungen genügt, die an das Vorliegen der Voraussetzungen des Ausnahmetatbestands von Art. 106 Abs. 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der europäischen Union (AEUV) zu stellen sind.

Hierzu im Einzelnen:

³ So in der Debatte zu den einschlägigen Anträgen der Länder Rheinland-Pfalz, Baden-Württemberg, Nordrhein-Westfalen und Sachsen im Kulturausschuss des Bundesrats.

B. Fehlen der Voraussetzungen von Art. 106 Abs. 2 AEUV

Der bisherige § 11 RStV, der den Auftrag des öffentlichen Rundfunks umschreibt, soll um einen neuen Absatz 4 erweitert werden, der eine ausdrückliche Betrauung von ARD und ZDF auch und damit zusätzlich für den Bereich der Kooperationen „bei der Herstellung und Verbreitung von Angeboten“ vorsieht. Mag es auch europarechtlich anerkannt sein, dass grundsätzlich die Möglichkeit einer Betrauung für den Bereich des Rundfunks als eine Dienstleistung von allgemeinem öffentlichen Interesse besteht⁴, so muss die nunmehr geplante neuerliche („auch“) Betrauung für den Bereich der Kooperationen gleichermaßen den hierfür geltenden strengen Maßstäben genügen. Gerade unter Berücksichtigung der Beihilfavorschriften ist hinsichtlich des öffentlich-rechtlichen Rundfunks eine präzise Definition der Aufgaben zu fordern, die im Zuge von Art. 106 Abs. 2 AEUV privilegiert werden sollen, zumal Art. 106 Abs. 2 AEUV als Ausnahmetatbestand restriktiv zu handhaben ist.

Es muss daher offensichtlich werden, dass die konkrete Dienstleistung es aufgrund ihres besonderen Charakters verdient, als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse eingestuft und von anderen wirtschaftlichen Aktivitäten unterschieden zu werden⁵. Diesen Anforderungen genügt die geplante Betrauung von Kooperationen „bei der Herstellung und Verbreitung von Angeboten“ nicht im Ansatz, da es bereits durch das „insbesondere“ in Satz 2 an der zwingend gebotenen Präzisierung und Einschränkung fehlt. Aber auch hinsichtlich der in Satz 2 – nicht abschließend – aufgezählten einzelnen Bereiche der Zusammenarbeit der öffentlich-rechtlichen Sendeanstalten ist die Annahme eines allgemeinen wirtschaftlichen Interesses ganz überwiegend abzulehnen.

1. Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ganz überwiegend abzulehnen

Bei der Bewertung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ist zwischen solchen Maßnahmen zu unterscheiden, die (vorrangig) eine Binnenwirkung entfalten, d. h. Effizienzen „nach innen“ schaffen sollen und solchen, die kraft ihrer Außenwirkung typischerweise dem allgemeinen Wirtschaftsleben und Marktgeschehen, mit den entsprechenden wettbewerbsrechtlichen Auswirkungen auf andere Marktteilnehmer, zuzuordnen sind.

⁴ Unter anderem EuG, verb. Rs. T-309/04, T-317/04, T-329/04 und T-336/04, TV2/Kommission, Slg. 2008, II-2935.

⁵ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.03.2017 - VI-Kart 10/15, BeckRS 2017, 108489, Rn. 235.

Dies vorangestellt dürften jedenfalls die Bereiche der (IT-)Infrastruktur, der Vereinheitlichung von Geschäftsprozessen, des Beitragsservice oder auch der allgemeinen Verwaltung grundsätzlich geeignet sein, als klassische unternehmensinterne Bereiche als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse qualifiziert zu werden. Der Abbau von Doppelstrukturen bei ARD und ZDF ist jedenfalls aus medienpolitischer Sicht zu begrüßen, auch wenn bezweifelt werden muss, dass es zur Zielerreichung des Mittels der Betrauung bedarf. Zudem mahnt der Blick in die Vergangenheit zur Skepsis, denn dort, wo Kooperationen bereits eingegangen wurden, führte dies nicht selten zu einem (kostenintensiven) Aufbau neuer zusätzlicher Strukturen und nicht zu deren Abbau.

In jenen Bereichen, in denen die öffentlich-rechtlichen Sendeanstalten als Wettbewerber am Markt agieren, ist die Situation eine gänzlich andere: Denn hier besteht jedenfalls die begründete Gefahr, dass Maßnahmen in diesem Bereich nicht dazu dienen sollen, dass „Ob“ der Dienstleistungserbringung zu gewährleisten, sondern aufgrund einer Steigerung der Marktmacht und/oder Verbesserung der Verhandlungsposition die Konditionen des „Wie“ der Leistungserbringung bzw. Nachfrage gegenüber anderen (kommerziell agierenden) Marktteilnehmern zu bestimmen.

Besonders augenfällig sind die marktverzerrenden Auswirkungen einer möglichen Bündelung der ohnehin bereits jeweils bei ARD und ZDF vorliegenden marktmächtigen Stellung in den Bereichen Produktion und Programmrechteerwerb. Es bedarf keiner besonderen Vorstellungskraft, dass die Zusammenführung des erheblichen Budgets, welches den öffentlich-rechtlichen Sendeanstalten schon einzeln bereitgestellt wird, in den relevanten Segmenten Produktion und Rechteerwerb zu einer signifikanten Verbesserung ihrer Verhandlungsposition führen wird. Gerade kleinere Produzenten sowie Lizenzgeber, die heute schon kaum auf Augenhöhe mit ARD und ZDF verhandeln können, wird dies negativ beeinflussen. Aber auch Mitbewerber der gleichen Marktstufe sehen sich in diesen Fällen mit einem Konstrukt konfrontiert, das als „öffentlich-rechtliches Quasi-Monopol“ am Markt agiert, was Marktverzerrungen in erheblicher Weise Vorschub leisten würde. Bedenkt man zudem, dass das eigentliche Ziel der Betrauung potentielle Kosteneinsparungen sein sollen (hierzu gleich), scheint dies gerade in den hier diskutierten Bereichen eher ein zweitrangiges Motiv zu sein.

Zu dem Punkt gemeinsame Verbreitung und Weiterverbreitung von Angeboten und der damit gewünschten „Kosteneinsparungen“ ist hinsichtlich der Frage, ob es sich bei der maßgeblichen Dienstleistung um eine solche von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse handelt, unter dem Gesichtspunkt

der evidenten Marktrelevanz der Maßnahme(n) auf Folgendes ganz grundsätzlich hinzuweisen: In der Absicht der Vermeidung höherer Vertriebskosten liegt kein zur Rechtfertigung solcher gemeinsamer Aktivitäten auch nur potentiell geeignetes allgemeines wirtschaftliches Interesse⁶. Hinzu kommt, dass eine Kooperation von ARD und ZDF auch im Übrigen zu negativen Marktauswirkungen führen würde. Sowohl die Verhandlungen zu Kabeleinpreiseentgelten als auch Verbreitungsverträgen im Bereich IPTV und Over-the-Top-Dienste (OTT) erfolgen bilateral zwischen Infrastruktur- und Inhalteanbietern. Eine Kooperation würde die öffentlich-rechtlichen Sendeanstalten hier in eine wesentlich bessere Verhandlungsposition rücken und sich negativ auf den Wettbewerb auswirken.

Zum ebenfalls kritischen Punkt „Programmaustausch“ ist anzumerken, dass schon unklar bleibt, was darunter zu verstehen sein soll. Rein sprachlich liegt es nahe, hierunter den Austausch von einzelnen Programminhalten zu fassen, wobei es auch in diesen Fällen einen erheblichen Unterschied macht, ob es sich dabei um eigene bzw. eigenproduzierte Inhalte der jeweiligen Sendeanstalt handelt oder aber um den Austausch von lizenzierten, d. h. eingekauften Inhalten. Gemeint sein könnte aber jedenfalls auch eine engere Zusammenarbeit im programmlich-redaktionellen Bereich, denn schließlich soll die Betrauung auch „die Herstellung“ umfassen. Hier zeigt sich ebenfalls eine (potentielle) Ausweitung der Kooperationsüberlegungen, denn im Rahmen der 9. GWB-Novelle war der Bereich der redaktionellen Zusammenarbeit noch ausdrücklich ausgeklammert.

2. Betrauungsakt widerspricht Sinn und Zweck der Betrauung

Wie schon ausgeführt, ist es die Intention des Vorschlags, die Einsparpotentiale, die sich gegebenenfalls im Wege von Kooperationen der öffentlich-rechtlichen Sendeanstalten ergeben, zu realisieren und damit letztlich Kosten zu reduzieren. So begrüßenswert dies zunächst klingen mag, so sehr steht dies diametral zum Sinn und Zweck, der mit dem Betrauungsakt nach Art. 106 Abs. 2 AEUV verbunden ist. Denn der Betrauungsakt verkörpert die politische Entscheidung eines Mitgliedstaates, die Gewährleistungsverantwortung für die Versorgung der Bevölkerung mit bestimmten Dienstleistungen zu übernehmen, und zwar in einer Weise, dass das im Betrauungsakt

⁶ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.03.2017 - VI-Kart 10/15, BeckRS 2017, 108489, Rn. 244.

bezeichnete Unternehmen verpflichtet wird, auf diese Dienstleistungen bezogene konkrete Aufgaben auch dann zu übernehmen, wenn dies im Einzelfall **wirtschaftlich unrentabel** ist⁷.

Mit anderen Worten: Während die Betrauung und die damit verbundene kartellrechtliche Privilegierung unzweideutig voraussetzen, dass das insoweit verpflichtete Unternehmen etwas **trotz** markt- und kostenwirtschaftlicher Ineffizienz tut, verkehrt der geplante Betrauungsakt des § 11 Abs. 4 21. RÄndStV-E dies ins Gegenteil, indem er dem Unternehmen (sprich: den öffentlich-rechtlichen Sendeanstalten) abseits des Marktgeschehens und auf Kosten Dritter Mittel an die Hand geben will, um ihre wirtschaftliche Rentabilität im Zuge der Realisierung von Kostenersparnissen zu steigern. Es bleibt also mit Blick auf den eigentlichen Betrauungsakt – wie bereits in den Ausführungen zum allgemeinen wirtschaftlichen Interesse festgestellt – festzuhalten, dass die Vermeidung etwaiger höherer Kosten kein tragfähiges Argument bzw. keine Rechtfertigung für eine Betrauung i. S. v. Art. 106 Abs. 2 AEUV sein kann⁸.

3. Keine Verhinderung der Aufgabenerfüllung

Der öffentlich-rechtliche Rundfunk kann über ein Beitragsvolumen von rund 8 Milliarden Euro jährlich verfügen⁹. Hinzu kommen aufgrund der Möglichkeit der Mischfinanzierung durch Werbung weitere 535,2 Millionen Euro¹⁰. Es darf daher angesichts der vorhandenen Mittel von ca. 8,5 Milliarden Euro jährlich unterstellt werden, dass den öffentlich-rechtlichen Sendeanstalten zur Aufgabenerfüllung hinreichend finanzielle Mittel zur Seite gestellt werden.

Betrachtet man diese wirtschaftlichen Kennzahlen, so ist bereits unter rein finanziellen Gesichtspunkten keine Grundlage für die Annahme einer Verhinderung im Sinne von Art. 106 Abs. 2 S. 1 AEUV ersichtlich. Danach ist es zwar

⁷ Vgl. BGH, Urteil vom 6. Oktober 2015, KZR 17/14, S. 11 ff. (Hervorhebung durch Verfasser).

⁸ OLG Düsseldorf, Fn. 6.

⁹ So lagen die Beitragseinnahmen für 2015 bei 8,13 Mrd. Euro, für 2016 bei 7,98 Mrd. Euro, wobei die niedrigere Zahl in 2016 auch maßgeblich auf die Beitragssenkung von 17,98 Euro auf 17,50 Euro zum 1. April 2015 zurück zu führen war; vgl. hierzu auch <http://newsletter.helena.de/mobile%20med.2883791.htm#link1>.

¹⁰ Kumuliert für 2015, vgl. ARD-Werbestatistik, <http://www.ard.de/download/451904/Werbestatistik.pdf> sowie ZAW Jahrbuch 2016, S. 142.

nicht notwendig, dass das „Verhindern“ gänzlich zur Unmöglichkeit der Erfüllung der betreffenden Aufgabe führen würde¹¹. Erforderlich ist aber, dass die Erfüllung der dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk übertragenen Aufgaben bei einer Anwendung der Wettbewerbsregeln jedenfalls objektiv und ernsthaft gefährdet wäre; eine bloße Behinderung oder Erschwerung der Aufgabenerfüllung genügt dagegen nicht¹².

Soweit ersichtlich, wird im Rahmen der mitgeteilten Begründung schon selbst nicht darauf Bezug genommen, dass ohne eine entsprechende Betrauung die Aufgaben- bzw. Auftragserfüllung ernsthaft gefährdet würde. Vielmehr erschöpfen sich die Ausführungen darin, dass hierdurch insbesondere Einsparpotentiale eröffnet werden sollen, die der Stabilität des Rundfunkbeitrags dienen sollen. Das genügt nicht im Ansatz den Anforderungen, die an die Begründung der erforderlichen objektiven Gefährdung der Aufgabenerfüllung zu stellen sind, zumal der Mitgliedstaat bzw. der Gesetzgeber die volle Beweislast für sämtliche Voraussetzungen, insbesondere auch für die hier diskutierte Verhinderung der zweckentsprechenden Aufgabenerfüllung, trägt. Selbst, wenn man die Richtigkeit der gesetzgeberischen Überlegungen unterstellt, so steht das zu realisierende Einsparpotential angesichts des vorhandenen Gesamtbeitragsvolumens nicht im Verhältnis zu den für die Marktteilnehmer mit einer Freistellung der öffentlich-rechtlichen Sendeanstalten verbundenen Beeinträchtigungen¹³.

Aber auch wenn man zusätzlich auf eine mögliche rechtliche Gefährdung der Aufgabenerfüllung abstellen wollte, führt dies zu keiner anderen Bewertung. Denn wie schon bei der finanziellen Betrachtung ist es auch hier nicht ausreichend, dass durch den bloßen Umstand, dass öffentlich-rechtliche Sendeanstalten als Unternehmen i. S. d. Kartellrechts gelten, deren Verhaltensspielräume potentiell eingeschränkt werden könnten. Dass Kooperationen, gerade wenn es sich bei den Kooperierenden um marktmächtige Unternehmen handelt, kartellrechtlich sensibel sind und eine gründliche rechtliche Prüfung im Rahmen eines Compliance-Managements voraussetzen, mag zwar zutreffend sein, reicht aber für die Annahme einer objektiven Gefährdung nicht annähernd aus. Allenfalls ließe sich hierin eine mögliche Erschwerung der Aufgabenerfüllung erblicken, die jedoch – ausgehend von dem

¹¹ Knauff: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, 3. Auflage 2016, Art. 106 AEUV, Rn. 79 ff.

¹² In diesem Sinne auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.03.2017 - VI-Kart 10/15, BeckRS 2017, 108489, Rn. 262; ebenso Koenig/Paul in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Auflage 2012, Art. 106 AEUV, Rn. 72, der jedoch eine Gefährdung nicht ausreichen lassen will.

¹³ Zur Verhältnismäßigkeit auch gleich unter 4.

übergeordneten Schutzzweck und dem geltenden Grundsatz der Selbsteinschätzung – dem Kartellrecht immanent und daher hinzunehmen ist, zumal darin keinesfalls eine unbillige Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit liegen dürfte. Insoweit mag man den Wunsch nach (mehr) Rechtssicherheit, der im privaten Sektor sicherlich im gleichen Maße, wenn nicht sogar noch in größerem Umfang besteht, im Bereich der Kooperationen nachvollziehen können. Er stellt jedoch kein tragfähiges Argument im rechtlichen Sinne dar, um die restriktiv anzuwendende Ausnahmegvorschrift des Art. 106 Abs. 2 AEUV zu bemühen.

Daran ändert sich auch nichts, wenn man den Ermessensspielraum berücksichtigt, der den Mitgliedstaaten bei der Bewertung der Gefährdung der Aufgabenerfüllung einzuräumen ist. Denn wie sich unzweifelhaft aus der finanziellen wie rechtlichen Betrachtung ergibt, sind keinerlei vernünftige bzw. tragende Gründe für eine solche Annahme ersichtlich. Die Regelung ist weder ökonomisch zwingend noch in Anbetracht des bestehenden kartellrechtlichen Rahmens, der sehr wohl Spielräume für Unternehmen vorsieht, erforderlich. Insoweit geht die Vorschrift von einer offenkundig unzutreffenden Tatsachengrundlage aus bzw. beruht auf wirtschaftlich und tatsächlich unzutreffenden Prämissen. Zu bedenken ist zudem, dass es bereits überhaupt an einer im Rahmen einer solchen Ermessensprüfung stets mit einzubeziehenden Fehlfunktion des relevanten Marktes fehlt, was die Offenkundigkeit der gesetzgeberischen Fehleinschätzung noch verstärkt.

Nach alledem fehlt es an der für die Ausnahme des Art. 106 Abs. 2 AEUV notwendigen Verhinderung der Aufgabenerfüllung, so dass auch aus diesem Grund die Betrauung nicht statthaft ist.

4. Unverhältnismäßigkeit der Betrauung

Nur hilfsweise ist festzustellen, dass der Regelungsvorschlag zur Betrauung auch unverhältnismäßig ist. Zum einen würde die geplante Betrauung dazu führen, dass das Regel-Ausnahme-Verhältnis des Art. 106 Abs. 2 AEUV auf den Kopf gestellt wird, indem ohne tragfähige Begründung weitreichende und nicht abschließende Ausnahmen vom grundsätzlichen Kartellverbot etabliert würden. Zum anderen – auch hierauf wurde bereits hingewiesen – ist eine solche Maßnahme auch nicht, jedenfalls nicht in einem solchen Ausmaße, erforderlich, um das – vom Sinn und Zweck einer Betrauung aber nicht wirklich gedeckte – (primäre) Ziel einer Kostenersparnis zu realisieren. Die überwiegende Anzahl der als notwendig erachteten Kooperationen dürften wohl auch schon heute auf Basis der bestehenden Gesetzeslage kartellrechtlich zulässig sein, jedenfalls soweit sie sich auf binnenbezogene organisatorische Maßnahmen beschränken. Soweit Kooperationen sich auf Maßnahmen

mit unmittelbaren Außen- und damit marktlichen Auswirkungen beziehen, genießt der Schutz des Wettbewerbs und der sonstigen Marktbeteiligten in der Abwägung den Vorrang. Angesichts der sonst zu erwartenden Handels- und Marktbeeinträchtigungen erscheint daher die Maßnahme der vorgeschlagenen Betrauung in Bezug auf den verfolgten Zweck offenkundig ungeeignet.

5. Zwingender Ausschluss der Betrauung bei kommerzieller Tätigkeit

Der vorliegende Konsultationsentwurf enthält in Satz 3 einen Klammerzusatz, demgemäß kommerzielle Tätigkeiten nach § 16 a Abs.1 Satz 2 nicht von der Betrauung umfasst sein sollen. Hier erschließt sich nicht, weshalb diese evidente Prämisse mit einer Klammer versehen wurde. Falls dem die Erwartung zugrunde liegen sollte, dass man auch kommerzielle Tätigkeiten nach Art. 106 Abs. 2 AEUV freistellen möchte, so ist nochmal mit aller Deutlichkeit darauf hinzuweisen, dass sich die Anstalten im Bereich ihrer kommerziellen Tätigkeit uneingeschränkt unter Marktbedingungen, d. h. ohne jeden Schutz ihres Funktionsauftrags, bewegen und bewähren müssen.

Zu erinnern ist auch an dieser Stelle nochmal daran, dass dieser Punkt in den Beratungen zur 9. GWB-Novelle keine Rolle spielte und klar ausgeklammert wurde. Konkret heißt es in dem Beschluss des Bundesrats vom 25. November 2016: „Dabei greift die Regelung nur für die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Rundfunkauftrags, nicht aber für kommerzielle Aktivitäten wie insbesondere den E-Commerce-Bereich, die Werbung, das Sponsoring sowie das Merchandising.“¹⁴ Deshalb und weil der Übergang zwischen auftragsbezogener und kommerzieller Tätigkeit nicht immer klar ist, muss der Klammerzusatz zwingend entfallen und die kommerzielle Tätigkeit klar von der – wenn auch unzulässigen – Betrauung ausgenommen werden.

C. Zusätzliche negative Effekte im Zusammenspiel mit weiteren Legislativakten

Abseits der Bedenken, die sich unmittelbar aus der vorgeschlagenen Betrauungsnorm als solcher ergeben, muss der Regulierungsvorschlag auch im Kontext anderer, vor allem europäischer Legislativakte bewertet werden. Hier ist insbesondere der Entwurf einer Verordnung mit Vorschriften für die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten in Bezug auf bestimmte Online-Übertragungen von Rundfunkveranstaltern und die Weiterverbreitung von Fernsehprogrammen (SatKab-Online-VO) zu beachten.

¹⁴ [http://www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2016/0601-0700/606-16\(B\).pdf](http://www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2016/0601-0700/606-16(B).pdf).

Der VPRT hat bereits mehrfach gemeinsam mit anderen Verbänden der Kreativwirtschaft auf die grundlegenden negativen Auswirkungen und die drohenden erheblichen Einschnitte für die kulturelle Vielfalt innerhalb Europas durch die SatKab-Online-VO hingewiesen.

Mit Blick auf die Position der privaten Sendeunternehmen gegenüber dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk innerhalb des dualen Rundfunksystems treten diese Bedenken in besonderer Weise zu Tage: Während die diskutierten Einschränkungen bei der territorialen Verwertung von Rechten (Auslandsvertrieb) für kommerzielle Anbieter (private Sender, aber auch unabhängige Produzenten) ein massives (Re-)Finanzierungsproblem mit sich bringen würden, tangiert dies ARD und ZDF de facto nicht im Geringsten. Denn durch den Rundfunkbeitrag ist deren Finanzierung gesichert. Diese Schiefelage würde durch einen erleichterten Rechteerwerb für die grenzüberschreitende Online-Übertragung noch verstärkt, da die öffentlich-rechtlichen Sendeanstalten eine höhere Reichweite erzielen könnten, ohne dabei auf die Refinanzierung dieser Verbreitung durch Online-Werbung innerhalb der EU angewiesen zu sein. Letztlich sind die öffentlich-rechtlichen Sendeanstalten, anders als die privaten Sendeunternehmen, auch nicht auf Erlöse aus der Weitersendung ihrer Programme angewiesen, die ebenfalls durch die SatKab-Online-VO gefährdet sein könnten.

Soweit es also dazu kommen sollte, dass ARD und ZDF im Zuge der SatKab-Online-VO weitere Wettbewerbsvorteile erlangen, obwohl der nationale Versorgungsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks unzweifelhaft keine Pflicht zur grenzüberschreitenden Übertragung kennt, würden diese negativen Effekte zulasten kommerzieller Anbieter durch die beabsichtigte Betrauung noch verstärkt. Dies kann nicht im Interesse der Aufrechterhaltung einer funktionsfähigen dualen Rundfunkordnung sein und gilt es daher aus Sicht des VPRT zu verhindern.

D. Schlussbemerkung

Abschließend dürfen wir die wesentlichen Ergebnisse unserer Analyse nochmals kurz zusammenfassen und erlauben uns, auf notwendige Änderungen hinzuweisen:

- **Der Regelungsvorschlag für eine Betrauungslösung i. S. v. Art. 106 Abs. 2 AEUV ist in der zur Konsultation gestellten Fassung in Gänze abzulehnen. Ungeachtet dessen, dass die medienpolitische wie rechtliche Notwendigkeit eines solchen Vorhabens nicht zu erkennen ist, genügt der Vorschlag in dieser Form auch inhaltlich nicht**

den Anforderungen, die an die restriktiv zu handhabende Ausnahme der Betrauung i. S. d. europäischen Kartellrechts zu stellen sind.

- **Selbst, wenn man die Norm ausschließlich auf die Bereiche (IT-)Infrastruktur, Vereinheitlichung von Geschäftsprozessen, Beitragsservice sowie allgemeine Verwaltung beschränken und damit den Versuch einer Präzisierung unternehmen wollte, sieht der VPRT hierfür weder eine tragfähige Grundlage noch einen zwingenden Anlass. Unabhängig davon ist das „insbesondere“ in § 11 Abs. 4 S. 2 21. RÄndStV-E zu streichen, da anderenfalls keine auch nur annähernd hinreichend klare Aufgabenbeschreibung gegeben ist.**
- **Kommerzielle Tätigkeiten dürfen nicht Teil einer Betrauung sein, weshalb der Klammerzusatz in § 11 Abs. 4 S. 3 21. RÄndStV-E entfallen muss.**
- **Der Regelungsvorschlag muss zwingend im Kontext weiterer, insbesondere europäischer Legislativakte betrachtet und mit Blick auf negative Auswirkungen auf das duale Rundfunksystem sorgfältig bewertet werden.**

Für Rückfragen und einen weiteren Austausch stehen wir jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit den besten Grüßen

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'J. Hofmann', with a long horizontal line extending to the right.

Jürgen Hofmann, LL.M.
Referent Recht / Rechtsanwalt