

Stellungnahme

Zum Regelungsvorschlag für eine sog. „Betrauungslösung“
i.S.v. Art. 106 Abs. 2 AEUV zur verbesserten Kooperation von
öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten

14.07.2017

Seite 1

Bitkom vertritt mehr als 2.500 Unternehmen der digitalen Wirtschaft, davon gut 1.700 Direktmitglieder. Sie erzielen allein mit IT- und Telekommunikationsleistungen jährlich Umsätze von 190 Milliarden Euro, darunter Exporte in Höhe von 50 Milliarden Euro. Die Bitkom-Mitglieder beschäftigen in Deutschland mehr als 2 Millionen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter. Zu den Mitgliedern zählen 1.000 Mittelständler, mehr als 400 Startups und nahezu alle Global Player. Sie bieten Software, IT-Services, Telekommunikations- oder Internetdienste an, stellen Geräte und Bauteile her, sind im Bereich der digitalen Medien tätig oder in anderer Weise Teil der digitalen Wirtschaft. 80 Prozent der Unternehmen haben ihren Hauptsitz in Deutschland, jeweils 8 Prozent kommen aus Europa und den USA, 4 Prozent aus anderen Regionen. Bitkom fördert und treibt die digitale Transformation der deutschen Wirtschaft und setzt sich für eine breite gesellschaftliche Teilhabe an den digitalen Entwicklungen ein. Ziel ist es, Deutschland zu einem weltweit führenden Digitalstandort zu machen.

Auf ihrer Sitzung am 31.5.2017 hat die Rundfunkkommission beschlossen, dass drei offene Konsultationsverfahren zu geplanten Änderungen in den rundfunkrechtlichen Staatsverträgen durchgeführt werden sollen. Zu der vom Staatsministerium Baden-Württemberg durchgeführten Konsultation zum Thema „Stärkung der Zusammenarbeit von ARD, ZDF und Deutschlandradio“ und der in diesem Zusammenhang vorgeschlagenen sog. „Betrauungslösung“ im Sinne von Art. 106 Abs. 2 AEUV möchte Bitkom wie folgt Stellung beziehen:

1. Realisierung von Einsparpotentialen begrüßenswert – jedoch kein Bedarf einer Gesetzesänderung

Bitkom begrüßt die mit dem Vorschlag einer Betrauungslösung nach Art. 106 AEUV intendierte Realisierung von Einsparpotentialen, die der Stabilität des Rundfunkbeitrags dienen soll. Die Ziele des Vorstoßes sind also positiv zu beurteilen. Bitkom sieht jedoch den hier zu kommentierenden Vorschlag als den falschen Weg an, die erwähnten Ziele zu fördern. Die vorgeschlagene Lösung hätte vielmehr schwerwiegende negative Konsequenzen nicht nur auf andere Marktteilnehmer im Mediensektor. Dies betreffe Presseverlage genauso wie beispielsweise Kabelnetzbetreiber, Produzenten, Rechteinhaber, Dienstleister und private Rundfunk- und Telemedienanbieter. Auch besteht Anlass zur Vermutung, dass für die hier in Rede stehenden Unternehmen die mit der Beachtung kartellrechtlicher Vorgaben grundsätzlich einhergehen-

Bundesverband
Informationswirtschaft,
Telekommunikation
und Neue Medien e.V.

Marie-Teresa Weber
Bereichsleiterin
Verbraucherrecht & Medienpolitik
T +49 30 27576-221
mt.weber@bitkom.org

Albrechtstraße 10
10117 Berlin

Präsident
Achim Berg

Hauptgeschäftsführer
Dr. Bernhard Rohleder

Stellungnahme zur sog. „Betrauungslösung“ i.S.v. Art. 106 Abs. 2 AEUV

Seite 2|7

den Effizienzanstrengungen verloren gehen. Diese gelten für öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten jedoch wie für andere Wirtschaftsteilnehmer auch.

Die Bundesländer haben zuletzt im Rahmen der 9. GWB-Novelle über eine Bundesratsinitiative versucht, für die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten Ausnahmen vom Kartellverbot sowie vom kartellrechtlichen Missbrauchsverbot zu erreichen. Auch die Bundesratsinitiative wurde damit begründet, die zur Einsparung und Beitragsstabilität wünschenswerte Kooperation der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten werde durch die kartellrechtlichen Vorgaben des GWB erschwert beziehungsweise unmöglich gemacht. Bitkom hat den Bundesratsvorstoß zur Änderung des GWB im Rahmen der 9. GWB-Novelle in einer ausführlichen Stellungnahme ablehnend kommentiert. Bereits bei der Beurteilung der vom Bundesrat angeregten kartellrechtlichen Ausnahmen im Rahmen der 9. GWB-Novelle stellte sich die Frage, ob es zur Erreichung des Ziels einer Stärkung der Kooperationsmöglichkeiten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten überhaupt neuer Ausnahmenvorschriften bedarf. Dieselbe Frage stellt sich nun hinsichtlich des Vorstoßes zur Einführung eines neuen § 11 Abs. 4 Rundfunkstaatsvertrag zur Verankerung der sog. „Betrauungslösung“ nach Art. 106 Abs. 2 AEUV erneut. In beiden Fällen lautet die Antwort aus Sicht des Bitkom „Nein!“. Der Rundfunkstaatsvertrag (RStV) bietet bereits heute umfangreiche Möglichkeiten zur Kooperation – insbesondere auch im Bereich des Grundversorgungsauftrags (siehe nur § 11 Abs. 3, § 11b Abs. 1 und 4, § 11c Abs. 1, § 11g RfStV). Diese sind als kartellrechtlich zulässig zu beurteilen.

Im dualen Rundfunksystem sowie im Verhältnis zu Plattformbetreibern, Presseerzeugnissen und weiteren Anbietern auf vor- oder nachgelagerten Märkten gilt es, eine Balance zwischen den verschiedenen Akteuren herzustellen, auch und gerade um dem grundgesetzlichen Auftrag der Erhaltung und des Schutzes der Meinungs- und Anbietervielfalt in der Medien-, Presse- und Rundfunklandschaft nachzukommen. Die hier zu kommentierenden Änderungen würden jedoch nicht zu einer Stärkung der gewünschten Vielfalt, sondern zu einer Schieflage führen. Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten würden dadurch insbesondere auch in Bereichen, in denen sie mit privaten Anbietern am Markt konkurrieren, bevorzugt werden. Dies gilt beispielsweise im Bereich des Programmrechteerwerbs sowie der Produktion. Ein Entzug des Schutzes des Wettbewerbsrechts für die privaten Akteure im Medienmarkt könnte zu einer Verfälschung im Wettbewerb und damit zu einer Einschränkung der erstrebten Vielfalt führen. Die vorgeschlagene Regelung negiert die gleichzeitig intendierte Stärkung anderer Akteure, wie beispielsweise der Verlage, im intermediären Wettbewerb. Wettbewerber der Verlage würden nochmals gestärkt, obgleich sie marktwirtschaftlichen Zwängen durch ihre gesetzlich zugesicherte Finanzierung per Rundfunkbeitrag nicht unterliegen. Dies ist abzulehnen.

¹ <https://www.bitkom.org/Bitkom/Publikationen/2-Bitkom-Stellungnahme-zur-9-GWB-Novelle.html>

Stellungnahme zur sog. „Betrüungslösung“ i.S.v. Art. 106 Abs. 2 AEUV

Seite 3|7

2. Art. 106 Abs.2 AEUV ist restriktiv auszulegende Ausnahmevorschrift - Voraussetzungen sind nicht erfüllt

Bei Art. 106 Abs. 2 AEUV handelt es sich um eine restriktiv auszulegende Ausnahmevorschrift. Zwar kann der öffentlich-rechtliche Rundfunk in der gesetzlich hierfür in Deutschland vorgesehenen Form grundsätzlich als Dienstleistung von allgemeinem öffentlichem Interesse eingestuft werden. Das europäische Beihilferecht sieht jedoch für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk eine präzise Definition der Aufgaben vor. Die Formulierung des vorgeschlagenen neu einzuführenden § 11 Abs. 4 S. 2 ist einerseits durch den der Aufzählung der Tätigkeiten vorgestellten Begriff „insbesondere“ als nicht abschließende Aufzählung konzipiert. Dadurch fehlt es an Einschränkung und Präzisierung, die der Anwendung dieses Ausnahmetatbestands zugrunde liegen müsste. Würde der Begriff „insbesondere“ weggelassen, wäre wiederum nicht recht ersichtlich, welche für die Veranstaltung und Verbreitung von Rundfunk bzw. das Angebot von Telemedien relevante Tätigkeit durch die Aufzählung noch nicht umfasst sein sollte. In jedem Fall entsteht der Eindruck einer undifferenzierten, allumfassenden Bereichsausnahme.

Andererseits handelt es sich bei § 11 Abs. 4 nicht um die Übertragung eines Auftrags zur Erbringung einer bestimmten gemeinwirtschaftlichen Aufgabe. Diese Übertragung enthält der RStV ohnehin bereits in Form der einzelnen Auftragsbeschreibungen (u.a. §§ 11a bis 11g RStV). Vielmehr handelt es sich bei der Norm um eine Aufzählung von Tätigkeitsfeldern, für die Kooperationen in Frage kommen sollen. Mit diesen Tätigkeiten können kartellrechtliche Implikationen verbunden sein.

Daher scheint Kern des Vorschlags vielmehr die Intention zu sein, dass sich die Rundfunkanstalten künftig jeglicher Diskussion darüber entledigen können sollen, in welchem Umfang die Anwendung der Wettbewerbsregeln des EU-Rechts denn tatsächlich ausnahmsweise der Auftrags Erfüllung im konkreten Fall entgegensteht. Gemäß Art. 106 Abs. 2 AEUV „gelten die Vorschriften der Verträge, insbesondere die Wettbewerbsregeln, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert.“ Folgendes Beispiel soll der Veranschaulichung des Gedankengangs dienen: So, wie die Zentralvermarktung von Sportrechten ein wettbewerbsrechtlich relevanter Vorgang ist und bestimmten Bedingungen unterliegt, ist auch der gemeinsame Erwerb von Sportrechten hierauf kartellrechtlich grundsätzlich von Bedeutung. Als eine von zahlreichen als Gemeinschaftsaufgaben innerhalb der ARD beziehungsweise gemeinsam mit dem ZDF qualifizierten Tätigkeiten ist hier maßgeblich die SportA aktiv. Es ist

² Siehe sog. Beihilfekompromiss der EU: <http://www.ard.de/download/74354/index.pdf>.

Stellungnahme zur sog. „Betrauungslösung“ i.S.v. Art. 106 Abs. 2 AEUV

Seite 4|7

diesseits nicht bekannt, dass in der Vergangenheit beim gemeinsamen Erwerb von Sportrechten in dem für die Auftrags Erfüllung erforderlichen Umfang die Gefahr bestanden hätte, dass dieser Erwerb durch die Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts „rechtlich oder tatsächlich verhindert“ worden wäre. Dieses Beispiel verdeutlicht, dass das Wettbewerbsrecht der Kooperation tatsächlich nicht entgegensteht. Dies ist auch in anderen Fällen nicht der Fall. Die Voraussetzung für ein Eingreifen der sog. „Betrauungslösung“ nach Art. 106 Abs. 2 AEUV sind nicht erfüllt.

Insgesamt genügt die Vorschrift aus Sicht des Bitkom den Erfordernissen der Ausnahmevorschrift des Art. 106 Abs. 2 AEUV nicht.

3. Allgemeines wirtschaftliches Interesse i.S.d. Art. 106 Abs. 2 AEUV nicht bei allen in § 11 Abs. 4 RfStV-E aufgezählten Tätigkeiten anzunehmen

Nicht alle in § 11 Abs. 4 RfStV-E aufgezählten Tätigkeiten erfüllen aus Sicht des Bitkom das Kriterium der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse. So zählt der § 11 Abs. 4 RfStV-E einerseits solche Tätigkeiten auf, die allgemein dem Bereich interner Organisation und Struktur zuzuordnen sind. Dazu zählen beispielsweise die Bereiche der IT-Infrastruktur, des Beitragsservice oder der allgemeinen Verwaltung. Diese Bereiche können unter Umständen als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse eingestuft werden. Hier gilt es, Doppelstrukturen bei den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten abzubauen und Einsparungen zu erzielen. Die Voraussetzung des Art. 106 Abs. 2 AEUV dürfte hinsichtlich dieser Tätigkeiten somit erfüllt sein. Kosteneinsparungen durch mehr Kooperation und strukturelle Veränderungen sind in diesem Bereich klar zu begrüßen.

3.1 Programm und Rechteerwerb

Andererseits sind in § 11 Abs. 4 RfStV-E Tätigkeiten genannt, bei deren Ausführung die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten im Wettbewerb mit privaten Akteuren am Markt agieren. Hinsichtlich dieser Bereiche dürften die Voraussetzungen des Art. 106 Abs. 2 AEUV nicht erfüllt sein, eine Qualifizierung als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse kommt hier nicht in Betracht. Dies betrifft beispielsweise die Bereiche Produktion und Programmeerwerb. Hier agieren die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten aufgrund ihres durch den Rundfunkbeitrag ohnehin erheblichen Budgets bereits heute als besonders marktstarke Akteure im Markt. Verhandlungspartner stehen schon heute der starken Verhandlungsmacht der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten gegenüber. Diese bereits starke Verhandlungsposition würde durch die intendierte Betrueungslösung noch um ein Vielfaches verstärkt. Mitbewerber der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten im Markt würden benachteiligt.

Stellungnahme zur sog. „Betrauungslösung“ i.S.v. Art. 106 Abs. 2 AEUV

Seite 5|7

Der vorliegende Entwurf muss im Kontext mit anderen Gesetzgebungsprozessen gesehen werden. Zu nennen sind hier die Vorschläge zur Ausweitung des Telemedienauftrags, beispielsweise in Bezug auf eingekaufte Filme und Serien, die als europäische Werke gelten, sowie auf Musikdownloads (§ 11 d Abs. 2 Nr. 2 in Verbindung mit Abs. 5 Nr. 2, Nr. 4 i.V.m. Anlage 4) sowie bei Artikel 2 der sogenannten SatKab-Online-Verordnung, die derzeit auf europäischer Ebene diskutiert wird. In beiden Fällen gäbe es im Ergebnis allein für die öffentlich-rechtlichen Sender Erleichterungen bei der Einräumung und Klärung von Urheberrechten – dies trotz starker Kritik von Rechteinhabern und sonstigen Sendeunternehmen. Nun auch noch beim Programmrechterwerb durch die Betrauungslösung weitere Wettbewerbsvorteile für die öffentlich-rechtlichen zu schaffen, würde den Wettbewerb auf dem Lizenzmarkt empfindlich stören.

3.2 Verbreitung

Im Bereich der „Verbreitung und Weiterverbreitung von Angeboten“ verhandeln die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten wie andere Inhalteanbieter auch bilateral mit Infrastrukturanbietern. Auch hier stehen sie im Wettbewerb mit anderen Akteuren am Markt. Die hier angedachte Privilegierung hätte große Auswirkungen auf den Streit der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten um die Vergütung der Einspeiseleistung von Kabelnetzbetreibern. Da diese verpflichtet sind, ihre Kapazitäten mit öffentlich-rechtlichen Programmen zu belegen, haben die Rundfunkanstalten die Zahlung der Entgelte eingestellt, profitieren aber weiterhin von der Verbreitung durch die Netzbetreiber. Angesichts der Belegungspflicht können die Verhandlungen kraft Gesetzes nicht auf Augenhöhe stattfinden.

Gerade auf dem Markt der Einspeiseentgelte sind die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten Nachfrager wie jeder andere Rundfunkveranstalter auch. Hinzu kommt im speziellen Fall, dass sich aus dem rundfunkrechtlichen Nichtdiskriminierungsverbot weitere unbeabsichtigte Konsequenzen ergeben würden, die weit über eine Befreiung der öffentlich-rechtlichen Anstalten vom Wettbewerbsrecht in diesem Bereich hinausgehen würden und die den gesamten Einspeisemarkt und damit das Geschäftsmodell von Kabelnetzbetreibern in Frage stellen würden. Eine solche Befreiung würde überdies zu einer bedenklichen faktischen Benachteiligung privater Sender führen. Diese könnten entsprechende Verbreitungspflichten gegenüber einem Plattformbetreiber zu ihren Gunsten reklamieren.

Der Bundesgerichtshof hat bereits mit seinen Urteilen aus 2015 und 2016 (Urteile vom 16. Juni 2015, Az. KZR 83/13 und KZR 3/14, Urteil vom 12. April 2016, KZR 31/14) eine marktbeherrschende Stellung der Rundfunkanstalten kraft der Privilegierung durch die rundfunkstaatsvertragliche Belegungspflicht festgestellt hat. Die Negierung der vorstehenden Rechtsprechung per Gesetz trifft auf erhebliche Bedenken.

Stellungnahme zur sog. „Betrauungslösung“ i.S.v. Art. 106 Abs. 2 AEUV

Seite 6|7

Bisher war es der klar geäußerte Wille des Gesetzgebers, in diesen Streit gerade nicht gesetzgeberisch einzugreifen.

Es überzeugt nicht, öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten über das bestehende Privilegierungsmaß hinaus über die hier angedachte Betrauungslösung weitgehend von den Erfordernissen des Wettbewerbsrechts freizustellen. So sehr die Strukturdebatte und die Suche nach einer effizienten Umsetzung des Sparsamkeits- und Wirtschaftlichkeitsgebots zu begrüßen ist, so wenig kann es überzeugen, diese Ziele durch einen Freibrief zur wettbewerbswidrigen Behinderung aller anderen Marktteilnehmer erreichen zu wollen. Im Gegenteil, es spricht viel dafür, dass eine solche umfassende Freistellung gegenteilige Ergebnisse zutage fördern würde. Mit einer solchen Freistellung würden Effizienz- und Wirtschaftlichkeitseffekte konterkariert oder sogar ausgeschaltet, die mit einem ordnungspolitischen Rahmen für den Wettbewerb im Sinne von Verbrauchern und anderen Marktbeteiligten gerade verbunden sind.

4. Art. 106 Abs. 2 AEUV will wirtschaftlich unrentable Leistungen ermöglichen – im Fall der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten nicht erforderlich

Der Art. 106 Abs. 2 AEUV verfolgt den Zweck, dem mit einer Aufgabe betrauten Unternehmen die Erbringung einer Leistung abverlangen zu können, die es eigentlich nicht in rentabler Weise erfüllen kann. Die mit der Betrauung einhergehende Privilegierung soll eine Leistungserbringung erst ermöglichen, die ohne diese nicht wirtschaftlich möglich wäre. Die Situation der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ist mit der von Art. 106 Abs. 2 AEUV gemeinten Situation jedoch nicht vergleichbar. Diese sind durch die Mittel aus dem Topf des Rundfunkbeitrags gegenüber privaten Mitbewerbern am Medienmarkt bereits in einer besonders privilegierten Lage. Die Wirkung der Betrauungslösung würde hier nicht erst ermöglichen, dass sie ihren Leistungsauftrag erfüllen können. Sie sollen durch die Betrauungslösung bei der Erfüllung ihres Leistungsauftrags vielmehr entstehende Kosten einsparen können. Den öffentlich-rechtlichen Anstalten ist die Erfüllung ihrer Aufgaben finanziell möglich. An dieser Tatsache ändert das Eingreifen des Wettbewerbsrechts für ihre Tätigkeit nichts. Art. 106 Abs. 2 AEUV setzt jedoch voraus, dass das Eingreifen des Wettbewerbsrechts die Aufgabenerfüllung durch das betraute Unternehmen verhindert oder erschwert. Dies ist nicht der Fall. Auch wenn Kosteneinsparungen ein zu unterstützendes Ziel sind, so ist dieser Zweck ein anderer als der mit der Vorschrift des Art. 106 Abs. 2 AEUV verfolgte. Diese darf hier nicht zweckentfremdet angewendet werden.

Stellungnahme zur sog. „Betrauungslösung“ i.S.v. Art. 106 Abs. 2 AEUV

Seite 7|7

5. Betrauung bei kommerzieller Tätigkeit ausgeschlossen

Der vorgeschlagene § 11 Abs. 4 S. 2 RfStV schließt die Betrauung für den Bereich der kommerziellen Tätigkeiten nach § 16 a Abs. 1 S. 2 RfStV aus. Bitkom regt an, die Klammern um den Satz 3 zu entfernen. Der Ausschluss der Betrauung für kommerzielle Tätigkeiten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten sollte selbstverständlich sein.

6. Rückausnahme erforderlich

Wenn man – entgegen der obigen Ausführungen – an der geplanten Gesetzesänderung festhalten möchte, so sollte zumindest sichergestellt werden, dass die Freistellung von bestimmten kartellrechtlichen Grundsätzen nicht zur Ermöglichung eines Marktmissbrauchs ohne Konsequenzen führt. Daher sollte eine Rückausnahme in den Staatsvertragstext aufgenommen werden, die zumindest eine Fortgeltung der kartellrechtlichen Missbrauchsregeln, also der §§ 19, 20 GWB, Art. 102 AEUV, vorsieht. Nur so kann sichergestellt werden, dass ein missbräuchlicher Eingriff in bisher gut funktionierende Märkte mit all den beschriebenen Konsequenzen nicht möglich ist.

7. Ausreichende Kontrolle nicht gewährleistet

Folgt man – entgegen den obigen Ausführungen - der Vorstellung, der Vorschlag genüge den Voraussetzungen der sog. „Betrauungslösung“ nach Art. 106 Abs. 2 AEUV, so wird jedoch an keiner Stelle des Vorschlags ersichtlich, wie dem EU-rechtlichen Erfordernis Rechnung getragen werden soll, die tatsächliche Wahrnehmung des Auftrags auch effektiv zu überwachen. Dies ist eine Kernaufgabe, die der die Betrauung vornehmende Mitgliedstaat zu erfüllen hat. Nach dem Vorbehalt des Gesetzes ist für diese wesentliche Frage eine eindeutige und zureichende Rechtsgrundlage zu schaffen, mit der ein geeignetes und effektives Verfahren der Kontrolle durch die Bundesländer etabliert würde. Ein solches Kontrollverfahren fehlt hier vollständig.

8. Fazit

Bitkom sieht die Voraussetzungen des Art. 106 Abs. 2 AEUV für die Betrauungslösung im Fall der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten nicht als erfüllt an. Außerdem bezweifeln wir die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung für eine Ausnahmeregelung vom Kartellrecht, da den öffentlich-rechtlichen Anstalten bereits nach dem aktuell geltenden Rundfunkstaatsvertrag umfangreiche Kooperationen möglich sind.