

Stellungnahme von ARD, ZDF und DLR

zum Referentenentwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen

I. Vorbemerkung

Bereits der Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 27. November 2013¹ enthält mehrere wettbewerbspolitische Aufträge, darunter die Auswertung der 8. GWB-Novelle und Prüfung weiterer Schritte zur Straffung des behördlichen und gerichtlichen Verfahrens bei Kartellrechtsverstößen. Die Stärkung der Kartellrechtsdurchsetzung auf nationaler und europäischer Ebene wurde ebenso bekräftigt wie die Erleichterung der Möglichkeiten der betriebswirtschaftlichen Zusammenarbeit von Verlagen unterhalb der redaktionellen Ebene. Mit dieser soll den Gefahren für die Pressevielfalt im Umbruch der digitalen Medienlandschaft begegnet werden. Zu prüfen sei, inwieweit das Kartellrecht den aktuellen Entwicklungen im Sinne der Konvergenz anzupassen ist. Dabei dürfe die Wettbewerbsfähigkeit deutscher Medienunternehmen im internationalen Vergleich nicht beeinträchtigt werden. Auch der Jahreswirtschaftsbericht des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie² kündigt den Entwurf einer 9. Novelle des GWB an, der den Anforderungen der fortschreitenden Digitalisierung Rechnung trägt.

Vor diesem Hintergrund ist die Zielsetzung des Referentenentwurfs, also die Anpassung der Vorschriften an die fortschreitende Digitalisierung der Wirtschaft und damit einhergehende Entwicklung neuer internet- und datenbasierter Geschäftsmodelle, grundsätzlich zu begrüßen. Als unverständlich und letztlich auch fehlerhaft bewerten ARD, ZDF und DLR allerdings die vorgesehene nur einseitige Erweiterung des Handlungsspielraums von Presseunternehmen in einem neuen § 30 Abs. 2b, konkret die Legalausnahme vom Kartellverbot für verlagswirtschaftliche Kooperationen. Unter Bezugnahme auf die im Koalitionsvertrag formulierte Prämisse

¹ Deutschlands Zukunft gestalten, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD 18. Legislaturperiode, S. 13, 135; abrufbar unter <https://www.cdu.de/sites/default/files/media/dokumente/koalitionsvertrag.pdf>.

² Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Jahreswirtschaftsbericht 2016 – Zukunftsfähigkeit sichern – Die Chancen des digitalen Wandels nutzen, S. 22, Ziff. 91; abrufbar unter <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/J-L/jahreswirtschaftsbericht-2016,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>.

der Gleichbehandlung aller Medienunternehmen im Wettbewerb fordern ARD, ZDF und DLR einen Schutz von Kooperationen auch im Bereich des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Denn der öffentlich-rechtliche Rundfunk unterliegt vergleichbaren, aufgrund seiner aus Art. 5 GG abgeleiteten speziellen Finanzierungsform sogar gesteigerten Schutzbedürfnissen, zumal das Bundesverfassungsgericht für den Rundfunk vorbeugende Vorkehrungen des Gesetzgebers gegen drohende Gefahren für die Programm- und Angebotsvielfalt fordert.³

ARD und ZDF haben sich bereits in der Stellungnahme zur Arbeitsgruppe Kartellrecht/Vielfaltssicherung im Rahmen der Bund-Länder-Kommission zur Reform der Medienordnung für eine Anpassung des regulatorischen Rahmens für eine Vielfaltssicherung eingesetzt. Im Vordergrund stand hierbei bereits die Frage nach der Anwendung des Kartellrechts auf die Zusammenarbeit der Landesrundfunkanstalten innerhalb der ARD, mit dem ZDF und dem DLR. Denn das Spannungsverhältnis zwischen Kartell- und Rundfunkrecht erfordert nach unserer Auffassung schon von Verfassungs wegen die umfassende Berücksichtigung von Medienvielfaltsaspekten bei kartellrechtlichen Wertungs- und Beurteilungsspielräumen. Die Erfüllung des rundfunkrechtlichen Funktionsauftrags durch die Herstellung und Verbreitung funktionserforderlicher Programmangebote ist eine – in der Programmautonomie der Sendeanstalten zu erfüllende – Pflichtaufgabe des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, für die von Verfassungs wegen der Gesetzgeber gehalten ist, die nötigen Handlungsspielräume zu gewährleisten. Dies schließt Kooperationsmöglichkeiten ausdrücklich ein. ARD und ZDF haben sich bereits in ihrer Stellungnahme für die Bund-Länder-Kommission für eine Freistellung vom Kartellverbot gemäß § 2 GWB ausgesprochen.

II. Änderungen des GWB im Einzelnen

1. § 18 GWB Marktbeherrschung

§ 18 Abs. 2a GWB soll klarstellen, dass auch im Fall einer unentgeltlichen Leistungsbeziehung ein kartellrechtlich relevanter Markt vorliegt. Die Regelung soll Geschäftsmodelle erfassen, bei denen Leistungen unentgeltlich angeboten werden, da Unternehmen auch bei der Erbringung unentgeltlicher Leistungen eine starke Marktstellung erlangen können.

Die Regelung ist vor dem Hintergrund der fortschreitenden Digitalisierung der Wirtschaft und damit einhergehenden Entwicklung neuer internet- und datenbasierter Geschäftsmodelle zu begrüßen.

³ Beispielhaft BVerfG, U. v. 25.03.2014 - 1 BvF 1/11, 1 BvF 4/11, NVwZ 2014, 867.

2. § 30 GWB Pressekooperationen

Nach § 30 Abs. 2a wird ein neuer Absatz 2b eingefügt, der Vereinbarungen von Zeitungs- oder Zeitschriftenverlagen über eine verlagswirtschaftliche Zusammenarbeit vom Kartellverbot des § 1 GWB ausnimmt.⁴ Voraussetzung für die Freistellung soll sein, dass die vereinbarte Zusammenarbeit eine Stärkung der wirtschaftlichen Grundlage der beteiligten Presseverlage ermöglicht, um im Wettbewerb mit anderen Medien zu bestehen. Die Begründung des Referentenentwurfs führt diesbezüglich aus, dass die kartellrechtlichen Spielräume von Presseverlagen zur Stabilisierung ihrer wirtschaftlichen Basis auch im Bereich von Kooperationen erweitert werden; dies sei vor dem Hintergrund der nach wie vor verschärften wirtschaftlichen Rahmenbedingungen für Presseverlage im Umbruch der Medienlandschaft und damit einhergehender struktureller Änderungen auch mit Blick auf die schützenswerte Pressevielfalt wettbewerbspolitisch gerechtfertigt.

Während Satz 2 klarstellt, dass für eine Zusammenarbeit zwischen Zeitschriften- oder Zeitungsverlagen im redaktionellen Bereich die Ausnahme vom Kartellverbot nicht gilt, regelt Satz 3 eine partielle Ausnahme von dem Grundsatz, dass der Erlass einer Entscheidung nach § 32c GWB (kein Anlass zum Tätigwerden) im Ermessen der Kartellbehörde steht. Presseverlagen wird ein Anspruch auf eine Entscheidung der Kartellbehörde nach § 32c GWB gegeben, dass kein Anlass zum Tätigwerden besteht, wenn nach den ihr vorliegenden Erkenntnissen kein Verstoß gegen das unmittelbar geltende Kartellverbot nach Art. 101 AEUV ersichtlich erscheint und die Presseverlage ein erhebliches rechtliches und wirtschaftliches Interesse an der Entscheidung haben.

Der Schutz von Medienvielfalt ist grundsätzlich zu begrüßen. Zu kritisieren ist aber, dass der Referentenentwurf ausschließlich die Presse berücksichtigt. Dies muss verwundern, da das Bundeskartellamt in seinem Tätigkeitsbericht 2013/2014⁵ entsprechende Forderungen nicht zuletzt aus Gleichbehandlungsgründen ausdrücklich abgelehnt hat.

Denn auch im Rundfunkbereich bedarf es der Gewährleistung von Vielfalt; nach der Betrachtung des Bundesverfassungsgerichtes ist der Gesetzgeber hier sogar besonders gefordert. Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten werden in der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs⁶ indessen generell als Unternehmen im Sinne des Kartellrechts eingeordnet, da sie „zumindest auch wirtschaftliche Ziele“ verfolgten. Laut Bundesgerichtshof ergibt sich aus den Must-carry-Verpflichtungen gemäß § 52b RStV für die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten im kartellrechtlichen Sinne eine „marktbeherrschende Stellung“. Konkret bedeutet dies, dass aus Sicht des Bundesgerichtshofs eine von den

⁴ Zu entsprechenden Vorschlägen in der Vergangenheit *Wallenberg*, NZKart 8/2016, 343, 344.

⁵ Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 2013/2014 sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet und Stellungnahme der Bundesregierung, BT-Drs. 18/5210, S. 86.

⁶ BGH, Urteil vom 16.06.2015, Az: KZR 83/13; BGH, Urteil vom 16.06.2015, Az: KZR 3/14.

zuständigen Landesgesetzgebern getroffene rundfunkrechtliche Regelung ohne Zwischenschritt einen kartellrechtlich relevanten Tatbestand erzeugt. Auf diesen rechtlichen, vom Gesetzgeber erzeugten Sachverhalt können die Rundfunkanstalten nicht einwirken. Sie haben gleichwohl die kartellrechtlichen Konsequenzen zu tragen.

ARD, ZDF und DLR haben die Sorge, dass sich diese Konstellation – auf der Basis der von der Rechtsprechung hier vorgenommenen Auslegung des GWB – auch zukünftig ergeben könnte. Dies führte zu einer Rechtsunsicherheit.

Denn nach der von Art. 5 GG vorgegebenen, von den Landesgesetzgebern ausgestalteten Organisation des öffentlich-rechtlichen Rundfunks ist es die Kommission zur Ermittlung des Finanzbedarfs (KEF), die in Wahrnehmung ihres Auftrags den öffentlich-rechtlichen Rundfunk zu entsprechenden Kooperationen mit dem Ziel von Kosteneinsparungen anhält.⁷ Diese Vorgabe kollidiert allerdings mit dem Kartellrecht immer dort, wo dieses die Zusammenarbeit im öffentlich-rechtlichen Rundfunk untersagt. Auf diese evidente Kollisionslage zwischen den rundfunkrechtlich begründeten Vorgaben der KEF und dem Kartellrecht sei hier ausdrücklich hingewiesen.

Die erheblichen Risiken im Hinblick auf bereits etablierte und zukünftige Kooperationen müssen minimiert, für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk muss ein größtmögliches Maß an Handlungssicherheit gewährleistet werden. Denn der öffentlich-rechtliche Rundfunk ist aufgrund seiner speziellen Finanzierungsweise, nämlich der periodenweisen Zuweisung von Erträgen aus den Rundfunkbeiträgen auf der Basis langjährig ausgerichteter, von der KEF geprüfter und von den Landesparlamenten in Form von Staatsverträgen festgeschriebener Einnahmen, nicht in der Lage, adäquat und effektiv auf einen kartellrechtlich begründeten Mehraufwand zu reagieren, wie es einem „normalen“ Marktteilnehmer möglich wäre.

Dabei ist nicht nur die Ergänzung des GWB um Medienvielfaltaspekte im Rahmen gesetzlicher Wertungs- und Beurteilungsspielräume zielführend, sondern auch die Einfügung einer Freistellung/Bereichsausnahme und Betrauungsregelung im GWB erstrebenswert. Angelehnt an die Bereichsausnahme des Pressegroßhandelssystems gemäß § 30 Abs. 2a GWB fordern ARD, ZDF und DLR eine spezialgesetzliche Freistellung im GWB für solche Kooperationen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, die auf gesetzlichen Kooperationspflichten, aber auch auf den Vorgaben der KEF zur Wirtschaftlichkeitsverbesserung oder auf der gemeinsamen Wahrnehmung rundfunkspezifischer Aufgaben im Rahmen der verfassungsrechtlich geschützten Organisationshoheit der Rundfunkanstalten beruhen. Die aktuelle kartellpolitische Diskussion zeigt, dass die Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes ein Primat des Kartellrechts nicht kennt, sondern im Gegenteil anderweitige Belange, vor allem solche des Gemeinwohls, sogar über das Kartellrecht stellt. Das auf Art. 5 GG gegründete und vom zuständigen Landesgesetzgeber ausgestaltete System des öffentlich-rechtlichen

⁷ 20. KEF-Bericht 2016, Tz. 512; abrufbar unter http://kef-online.de/inhalte/bericht20/20_KEF-Bericht.pdf.

Rundfunks stellt einen derartigen Gemeinwohlbelang dar. Die Ergänzung des GWB um auch für den Rundfunk geltende Medienvielfaltsaspekte sollte im Rahmen der Freistellung vom Kartellverbot gemäß § 2 GWB erfolgen.

Weiter stellt sich vor diesem Hintergrund mit Blick auf die verschiedenen Kooperationsformen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks die Frage, inwiefern ein Verstoß gegen § 1 GWB bzw. Art. 101 Abs. 1 AEUV vorliegt und freistellungsfähig gemäß § 2 GWB bzw. Art. 101 Abs. 3 AEUV ist. Darüber hinaus muss gefragt werden, ob entsprechende Kooperationen im Rahmen einer Betrauung im Sinne des Art. 106 Abs. 2 AEUV vom Kartellverbot freigestellt werden können. Kooperationen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter sind unerlässlich, um die Belastung der Rundfunkbeitragszahler in Grenzen zu halten.

Schließlich schlagen wir vor, auch bei der Abwägungsklausel des § 36 GWB und der Ministererlaubnis gemäß § 40 GWB durch Einholung der Stellungnahme der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) Vielfaltsgesichtspunkte zu berücksichtigen. Insoweit sind die Regelungsvorschläge der Länder und des VPRT zu befürworten.

3. § 50c GWB Behördenzusammenarbeit

§ 50c Abs. 2 S. 2 GWB soll vor dem Hintergrund des Zwischenberichtes der Bund-Länder-Kommission zur Medienkonvergenz neu gefasst werden. In der Arbeitsgruppe Kartellrecht/Vielfaltssicherung habe Einigkeit über das Ziel der Optimierung der verfahrensrechtlichen Zusammenarbeit der Kartellbehörden und der Landesmedienanstalten bzw. der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) zur besseren Verzahnung von Kartell- und Medienrecht bestanden. Der Informationsaustausch soll nicht nur eine Option sein, sondern den Regelfall darstellen.

Die Regelung ist im Hinblick auf einen verbesserten Informationsaustausch zwischen den Behörden im Medienbereich zu begrüßen, bedarf aber wie dargelegt einer Ergänzung um die Einbeziehung der KEF.