

## **Stellungnahme von ARD, ZDF und Deutschlandradio**

### **zum Referentenentwurf eines Zehnten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 (GWB-Digitalisierungsgesetz)**

**13. Februar 2020**

ARD, ZDF und Deutschlandradio bedanken sich für die Möglichkeit der Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (BMWi) eines Zehnten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (10. GWB-ÄndG) vom 23.01.2020. Unsere Anmerkungen beschränken sich auf die ARD, ZDF und Deutschlandradio betreffenden Änderungen des Referentenentwurfs.

#### **I. Vorbemerkung**

Der Koalitionsvertrag von CDU/CSU und SPD vom 12. März 2018 sieht eine Modernisierung des Kartellrechts vor, um exzellente regulatorische Rahmenbedingungen für die deutsche und europäische Digitalwirtschaft zu schaffen. Im Rahmen der Ergänzung des Wettbewerbsrechts für digitale Geschäftsmodelle soll insbesondere der Missbrauch von Marktmacht auf sich schnell verändernden Märkten zügig und effektiv abgestellt werden können.<sup>1</sup> Die durch das BMWi eingesetzte Kommission „Wettbewerbsrecht 4.0“ sieht den Schutz der Entwicklung und Vermarktung von Innovationen sowie die Stärkung der Konsumentensouveränität im digitalen Raum als Schlüssel für einen wirksamen Wettbewerb. Die Verfügungsgewalt der Konsumenten über ihre eigenen Daten muss verbessert, klare Verhaltensregeln für marktbeherrschende Plattformen müssen eingeführt, die Rechtssicherheit für Kooperationen in der Digitalwirtschaft muss erhöht sowie die institutionelle Verknüpfung von Wettbewerbsrecht und sonstiger Digitalregulierung verstärkt werden.<sup>2</sup> Auch die Studie zur Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen im Auftrag des BMWi greift die genannten Aspekte auf.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Ein neuer Aufbruch für Europa – Eine Dynamik für Deutschland – Ein neuer Zusammenhalt für unser Land – Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, Rn 1938 ff., 2755 ff.

<sup>2</sup> Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft – Bericht der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, Zusammenfassung, S. 1 f.

<sup>3</sup> Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen – Endbericht, 29. August 2018.

Vor diesem Hintergrund ist die Zielsetzung des Referentenentwurfes, einen Ordnungsrahmen zu schaffen, der den Anforderungen an die Digitalisierung und Globalisierung der Wirtschaft gerecht wird, grundsätzlich zu begrüßen. Hierbei ist insbesondere eine maßvolle Modernisierung der Missbrauchsaufsicht relevant. Die Beschleunigung von Kartellverfahren, eine partielle Überarbeitung der Vorschriften zur formellen Fusionskontrolle und die Verbesserung der Durchsetzbarkeit von Schadenersatzansprüchen aufgrund von Kartellabsprachen sind ebenso Gegenstand der Novellierung. Allerdings enthält der Referentenentwurf zahlreiche unbestimmte Rechtsbegriffe. Dies gilt insbesondere für § 19a GWB (neu) und § 32c GWB, die in ihren Tatbestandsvoraussetzungen von unbestimmten Rechtsbegriffen geprägt sind. Dies führt zwangsläufig dazu, dass die Auslegung dieser Vorschriften in die Hände der Kartellbehörden und Gerichte gelegt wird, der Gesetzgeber aber seiner Regelungspflicht im Sinne der Wesentlichkeitstheorie nicht nachkommt. Da eines der Anliegen des Gesetzesentwurfs die Erhöhung der Rechtssicherheit für Unternehmen ist, bedarf es hier Konkretisierungen. Außerdem kommt die Aufgabe der Sicherstellung der Meinungsvielfalt im Wege der Einführung sektorspezifischer Regeln aus unserer Sicht zu kurz.

Unter der Prämisse einer stetigen Veränderung der relevanten Märkte sowie der Erhöhung der Rechtssicherheit von Kooperationen in der Digitalwirtschaft, fordern ARD, ZDF und Deutschlandradio die gebotene, derzeit wettbewerbsrechtlich unzureichende Achtung **von Rolle, Funktion und Aufgaben des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Zusammenhang mit seinen im Auftragsbereich liegenden Kooperationen**. Diesbezüglich ist erneut daran zu erinnern, dass das Bundesverfassungsgericht vorbeugende Vorkehrungen gegen drohende Gefahren für die Programm- und Angebotsvielfalt fordert.<sup>4</sup> Der öffentlich-rechtliche Rundfunk hat nach der Verfassung die Aufgabe, ein Leistungsangebot hervorzubringen, das einer anderen Entscheidungsrationale als der ökonomischen Anreize folgt. Er hat zu inhaltlicher Vielfalt beizutragen, wie sie allein über den freien Markt nicht gewährleistet werden kann.<sup>5</sup> Während große Digitalunternehmen ihre Verbundvorteile aus unterschiedlichen Märkten nutzen und eine (Daten-)Dominanz generieren, aus der ungehindert Gefahren für die Vielfalt entstehen, wird es dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk durch eine bislang unterschiedslose Anwendung des Kartellrechts erschwert, mittels Kooperationen seine Aufgaben effizienter zu erfüllen. Dabei hat das Bundesverfassungsgericht bereits in seiner ersten Rundfunkentscheidung aus dem Jahr 1961<sup>6</sup> diskutiert, dass es - obwohl die rechtliche Ausgestaltung der Rundfunkordnung den Ländern und nicht dem Bund zugewiesen ist - aus Gründen des (finanziellen) Aufwandes den Rundfunkanstalten aufgegeben ist, über die Ländergrenzen hinweg unter den einzelnen Anstalten zu kooperieren. Kooperationen unter den Rundfunkanstalten sind damit originärer Ausdruck der aus dem Rundfunkauftrag und seiner Finanzie-

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

<sup>5</sup> BVerfG, U. v. 18.07.2018 - 1 BvR 1675/16, 1 BvR 745/17, 1 BvR 836/17, 1 BvR 981/17, Rn 77 ff.

<sup>6</sup> BVerfGE 12, 205.

zung erwachsenden Pflicht zu einem sparsamen und effizienten, schonenden Einsatz der Mittel.

ARD und ZDF haben sich vor diesem Hintergrund 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 ausgesprochen. Im Vordergrund stand hierbei bereits die Anwendung des Kartellrechts auf die Zusammenarbeit der Landesrundfunkanstalten innerhalb der ARD sowie mit dem ZDF und Deutschlandradio. Es besteht ein Spannungsverhältnis zwischen Kartell- und Rundfunkrecht; Letzteres erfordert die Berücksichtigung von außer-ökonomischen Parametern, insbesondere Medienvielfaltsaspekten, bei der Ausübung kartellrechtlicher Wertungs- und Beurteilungsspielräume. Nach wie vor bestehende Risiken im Hinblick auf bereits etablierte und Rechtsunsicherheiten im Hinblick auf zukünftige Kooperationen müssen minimiert werden, um für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk ein größtmögliches Maß an Handlungssicherheit zu gewährleisten.

Die Rundfunkanstalten wiederholen daher mit Nachdruck ihr Verlangen nach einer Freistellung der Kooperationen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks vom Kartellverbot gemäß § 2 GWB, das sie u.a. bereits zur 9. GWB-Novelle vorgetragen haben. Neben der Ergänzung des GWB um Medienvielfaltsaspekte im Rahmen gesetzlicher Wertungs- und Bewertungsspielräume und auch der Fusionskontrolle bedarf es einer spezialgesetzlichen Freistellung im GWB für solche Kooperationen im Rundfunkbereich, 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.<sup>7</sup> So hatte sich auch der Bundesrat dafür ausgesprochen, für eine Lösung Sorge zu tragen, die die aufgrund geltenden Kartellrechts bestehende Rechtsunsicherheit bezüglich der Zulässigkeit einer den Einsparvorgaben geschuldeten Ausweitung der Kooperationsformen am Maßstab der rein wirtschaftlich ausgerichteten kartellrechtlichen Kontrolle beseitigt.<sup>8</sup>

Der Landesgesetzgeber hat durch die Regelung des § 11 Abs. 4 RStV deutlich zum Ausdruck gebracht, dass Kooperationen im Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunk über Art. 106 Abs. 2 AEUV unter Berücksichtigung zum einen des gesetzlichen Funktionsauftrages und zugleich unter Beachtung der Gesetzgebungskompetenzen der Länder bei der Formulierung des Rundfunkauftrages einschließlich des Kooperationsauftrages der kartellrechtlichen Privi-

---

<sup>7</sup> So auch die Forderung des Abgeordnetenhauses Berlin, Drs. 18/1679 vom 21.02.2019.

<sup>8</sup> Stellungnahme des Bundesrates vom 25.11.2016, BR-Drs. 6060/16 (Beschluss), s. 5 f.; BR-Drs. 207/17, S. 2; Stellungnahme von ARD, ZDF und DLR zum Referentenentwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, abrufbar unter: [https://www.ard.de/download/3482062/Stellungnahme\\_von\\_ARD\\_\\_ZDF\\_und\\_DLR\\_zur\\_Aenderung\\_des\\_Gesetzes\\_gegen\\_Wettbewerbsbeschraenkungen.pdf](https://www.ard.de/download/3482062/Stellungnahme_von_ARD__ZDF_und_DLR_zur_Aenderung_des_Gesetzes_gegen_Wettbewerbsbeschraenkungen.pdf).

legierung unterliegen. Es wäre daher konsequent, dies auch im Anwendungsbereich des GWB entsprechend als sektorspezifische Regelung klarzustellen. Diese Regelung würde sich sowohl auf Kooperationen zwischen den öffentlich-rechtlichen Anstalten beziehen als auch zwischen den öffentlich-rechtlichen Anstalten und Dritten (z.B. im Rahmen des Modells einer nationalen oder europäischen Plattform).

## II. Änderungen des GWB im Einzelnen

### 1. Modernisierung der Missbrauchsaufsicht

#### a) § 18 Abs. 3b GWB RefE<sup>9</sup>

Gemäß § 18 Abs. 3b GWB RefE ist bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens, das als Vermittler auf mehrseitigen Märkten tätig ist, insbesondere auch die Bedeutung der von ihm erbrachten Vermittlungsdienstleistungen für den Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten zu berücksichtigen.

Im Rahmen der Modernisierung der Missbrauchsaufsicht wird das Konzept der sog. „Intermediationsmacht“ in die Marktbeherrschungsprüfung des GWB integriert, um der Vermittler- und Steuerungsfunktion von Plattformen Rechnung tragen zu können. Das Geschäftsmodell von Intermediären orientiert sich an der Sammlung, Aggregation und Auswertung von Daten zur Vermittlung von Angebot und Nachfrage zwischen verschiedenen Nutzergruppen und bedingt so den Marktzugang von Anbietern zu Absatz- und Beschaffungsmärkten. Mit der Änderung soll die bereits erforderliche Gesamtbetrachtung aller relevanten Umstände bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens näher konturiert werden.

Die Regelung ist zu begrüßen. Auch die Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks werden über Intermediäre (weiter-)verbreitet. Die Digitalisierung der Medien und die Netz- und Plattformökonomie des Internet einschließlich der sozialen Netzwerke begünstigen Konzentrations- und Monopolisierungstendenzen bei Anbietern, Verbreitern und Vermittlern von Inhalten. Auch mit Hilfe von Algorithmen werden Inhalte gezielt auf Interessen, Neigungen und Erwartungen der Nutzer/innen zugeschnitten und durch einseitige Interessen oder die wirtschaftliche Rationalität eines Geschäftsmodells bestimmt.<sup>10</sup> Die Vielfalt der bestehenden Meinungen lässt sich allerdings so nicht abbilden. ARD, ZDF und Deutschlandradio hingegen sind zu einer umfassenden Darstellung des Geschehens verpflichtet. Sie sollen Verständigung, Integration und gesellschaftlichen Zusammenhalt fördern. Sie bedürfen dazu eines

---

<sup>9</sup> Die Ausführungen gelten auch für § 20 Abs. 1 S. 2 (neu) GWB – neben der Verankerung in den Kriterien zur Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens ist auch eine Modifikation der Vorschrift zur Bestimmung von relativer Marktmacht sachgerecht (Folgeänderung).

<sup>10</sup> BVerfG, U. v. 18.07.2018 – 1 BvR 1675/16, 1 BvR 745/17, 1 BvR 836/17, 1 BvR 981/17, Rn 79.

diskriminierungsfreien Zugangs zu digitalen Rundfunkinhalten und einer privilegierten Auffindbarkeit von gesetzlich beauftragten öffentlich-rechtlichen Angeboten. Wünschenswert wäre ein Gleichklang der Begrifflichkeiten mit denen in anderen Regelungen, wie z.B. des Medienstaatsvertrags.

#### **b) § 20 Abs. 1a GWB RefE**

Gemäß § 20 Abs. 1a GWB RefE kann sich eine Abhängigkeit im Sinne des Absatzes 1 auch daraus ergeben, dass ein Unternehmen für die eigene Tätigkeit auf den Zugang zu Daten angewiesen ist, die von einem anderen Unternehmen kontrolliert werden. Die Verweigerung des Zugangs zu solchen Daten kann auch dann eine unbillige Behinderung darstellen, wenn ein Geschäftsverkehr für diese Daten bislang nicht eröffnet ist.

Geregelt wird ein kartellrechtlicher Anspruch auf Datenzugang in bestimmten Konstellationen, in denen dem Zugang zu Daten aus wettbewerblicher Sicht eine besondere Bedeutung zukommt. Sofern zwischen Vertragspartnern ein relevantes Ungleichgewicht der Markt- bzw. Verhandlungsmacht besteht, ist denkbar, dass das marktmächtigere Unternehmen die unter seiner Kontrolle entstehenden Daten nur für sich nutzt und dem Vertragspartner kein (vertragliches) Zugangsrecht einräumt. Ein Datenzugangsanspruch sollte insbesondere auf die beim Vertragspartner vorliegenden und diesem ebenfalls zur Verfügung stehenden Daten begrenzt sein, weil nur dann unter Billigkeitsgesichtspunkten ein Anspruch auf Zugang gerechtfertigt erscheint. Im Weiteren wird die Entwicklung der Voraussetzungen des Datenzugangs der Anwendungspraxis und Rechtsprechung überlassen.

Die Regelung ist zu begrüßen. Auch öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten sehen sich bei dem Angebot auf (Dritt-)Plattformen vermehrt mit dem Problem des fehlenden oder unzureichenden Datenzugriffs bei der Nutzung ihrer Angebote konfrontiert. Dies stellt einen Wettbewerbsvorteil insbesondere für solche Plattformen dar, die neben dem Angebot einer Plattform auch eigene Inhalte anbieten, diese mithilfe der Nutzerdaten optimieren und sich so einen Wettbewerbsvorteil verschaffen. Der vorgesehene Datenzugangsanspruch erscheint damit geeignet, ein Ungleichgewicht in verschiedenen Abhängigkeitsverhältnissen aufzulösen.

## **2. Vereinfachung der Vorschriften zum Verwaltungsverfahren**

#### **a) § 32c Abs. 2-4 GWB RefE**

Neben der Beschleunigung von Verwaltungsverfahren soll im Rahmen der Vereinfachung der Vorschriften zum Verwaltungsverfahren zur Erhöhung der Rechtssicherheit von Unternehmen bei Kooperationen das bestehende Instrument des sog. Vorsitzendenschreibens in § 32c GWB normiert und ein Anspruch von Unternehmen auf eine Entscheidung des Bundeskartellamtes, wonach kein Anlass zum Tätigwerden besteht, etabliert werden. Unter-

nehmen können sich mit der Bitte um eine informelle Einschätzung eines Kooperationsvorhabens an das Bundeskartellamt wenden. Das Bundeskartellamt teilt den beteiligten Unternehmen dann ggf. mit einfachem Schreiben mit, dass es in Ausübung seines Aufgreiferermessens von einer vertieften Prüfung absieht (Absatz 2).

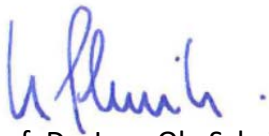
Die Möglichkeit des Bundeskartellamtes, allgemeine Verwaltungsgrundsätze über die Ausübung seines Ermessens festzulegen (Absatz 3), soll befördern, dass Unternehmen die Chance für innovative Kooperationen gerade im digitalen Umfeld stärker als bisher nutzen. Gerade bei produkt- und branchenspezifischen Vertriebsplattformen oder der Zusammenführung und gemeinsamen Nutzung bestimmter Daten kann die kartellrechtliche Einschätzung des Vorhabens aus Unternehmenssicht ein Umsetzungshindernis darstellen. Unternehmen und Unternehmensvereinigungen erhalten darüber hinaus einen Anspruch auf eine Entscheidung des Bundeskartellamtes nach Absatz 1, wenn dessen Voraussetzungen vorliegen und ein besonderes rechtliches oder wirtschaftliches Interesse an der Entscheidung besteht. Um die mit der Führung solcher Verfahren verbundene Bindung zusätzlicher Ressourcen beim Bundeskartellamt auf ein vertretbares Maß zu begrenzen, ist der Anspruch auf horizontale Kooperationen begrenzt, die etwa der Realisierung von Netzwerkeffekten, der gemeinsamen Nutzung von Daten oder dem Aufbau von Plattformen im Bereich Industrie 4.0 dienen können.

Die Regelung ist sachgerecht und zu begrüßen. Auch den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten wird im Hinblick auf zahlreiche Kooperationen ein (rechtssicheres) Vorgehen und ein Austausch mit dem Bundeskartellamt ermöglicht. Ein Anspruch auf eine Entscheidung besteht nach § 32c Abs. 4 GWB RefE jedoch nur, sofern ein erhebliches rechtliches und wirtschaftliches Interesse an einer Entscheidung besteht, was insbesondere bei komplexen neuen Rechtsfragen und außergewöhnlich hohem Investitionsaufwand anzunehmen sein soll. Um die Entscheidungsbefugnis letztlich nicht vollständig auf das Bundeskartellamt zu verlagern, bedarf es hier einer weiteren gesetzlichen Konkretisierung der in Absatz 4 enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffe. Dabei sollte auch berücksichtigt werden, dass nicht allein hohe Investitionen ein besonderes wirtschaftliches Interesse begründen können, sondern das Interesse gerade auch - wie die Begründung ebenfalls ausführt (Realisierung von Netzwerkeffekten und gemeinsame Nutzung von Daten) - in der *Vermeidung* ansonsten erforderlicher (doppelter) Investitionen liegen kann. Auch die Nutzung von Synergien durch horizontale Kooperationen sollte daher ein wirtschaftliches Interesse im Sinne von Absatz 4 begründen.

#### **b) Zunehmender Aufwand im Rahmen behördlicher Auskunftersuchen**

Bereits heute wird durch die zunehmende Zahl der Auskunftsverlangen des Bundeskartellamtes und der europäischen Kartellbehörde die Grenze der personellen und organisatorischen Möglichkeiten erreicht, diesen Anfragen innerhalb der zeitlichen wie inhaltlichen Vorgaben gerecht zu werden. Der den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten auferlegte Per-

sonalabbau bringt es mit sich, dass, gegenläufig zur Zahl der Auskunftsverlangen, die Zahl der für die Beantwortung verfügbaren, d.h. mit der jeweiligen Materie ausreichend vertrauten Mitarbeiter gesunken ist. Hierauf haben die Sendeanstalten aufgrund der von ihnen zu erfüllenden Einsparvorgaben keinen Einfluss. Änderungen der Verwaltungsverfahren dürfen aus Sicht von ARD, ZDF und Deutschlandradio keinesfalls dazu führen, dass diese Grenze weiter ausgereizt oder gar überschritten wird.



Prof. Dr. Jens-Ole Schröder

Juristischer Direktor des MDR



Peter Weber

Justiziar des ZDF



Dr. Markus Höppener

Justiziar des Deutschlandradio