

Stellungnahme von ARD und ZDF

zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wettbewerbsstrukturen und zur Abschöpfung von Vorteilen aus Wettbewerbsverstößen (Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz)

07. Oktober 2022

ARD, und ZDF bedanken sich für die Möglichkeit der Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (BMWi) eines elften Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 26.09.2022. Unsere Anmerkungen beschränken sich auf die ARD und ZDF betreffenden Änderungen des Referentenentwurfs.

Der Koalitionsvertrag 2021-2025 zwischen SPD, Bündnis 90 / Die Grünen und der FDP sieht vor, die Rahmenbedingungen für einen fairen Wettbewerb zu verbessern, das Bundeskartellamt zu stärken, um bei erheblichen, dauerhaften und wiederholten Verstößen gegen das GWB und gegen Normen des wirtschaftlichen Verbraucherrechts ermitteln zu können.¹ Dieses Vorhaben wird im 10-Punkte-Plan des BMWi vom 21.02.2022 konkretisiert: Es sollen der behördliche Verbraucherschutz verbessert werden, strukturelle Defizite in der Rechtsdurchsetzung beseitigt und das Bundeskartellamt bei der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts aufgrund der Komplexität digitaler Märkte gestärkt werden.²

Vor diesem Hintergrund ist die Zielrichtung des Referentenentwurfs, das Instrument der **Sektoruntersuchung** nach § 32e GWB weiter auszugestalten, um adäquat auf Wettbewerbsprobleme reagieren zu können, grundsätzlich zu begrüßen. Mit der Einführung des **§ 32f GWB RefE**, der die Eingriffsmöglichkeiten des Bundeskartellamtes nach einer abgeschlossenen Sektoruntersuchung ausweitet, kann auf erhebliche Störungen des Wettbewerbs schnell und effektiv reagiert werden. Damit kann bislang vom Kartellrecht nicht adressierbaren Wettbewerbsbeschränkungen Einhalt geboten werden. Positiv zu werten ist in diesem Zusammenhang, dass der Mehrbedarf an Personalmitteln und der damit entstehende erhebliche Erfüllungsaufwand des Bundeskartellamtes zutreffend vom Gesetzgeber erkannt wird.

Durch **§ 32g GWB RefE** wird das Bundeskartellamt ermächtigt, im Hinblick auf mögliche Verstöße gegen Artikel 5, 6 und 7 des Digital Markets Act (DMA, Verordnung (EU) Nr. 2022)³ selbst Ermittlungen zu führen und damit die EU-Kommission bei der effektiven Durchsetzung des DMA zu unterstützen. Auch die wirksame gerichtliche Durchsetzung des DMA in

¹ Mehr Fortschritt wagen – Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, Koalitionsvertrag zwischen SPD, Bündnis 90 / Die Grünen und der FDP, 20. Legislaturperiode, S. 25.

² 10 Punkte für nachhaltigen Wettbewerb als Grundpfeiler der sozial-ökologischen Marktwirtschaft, S. 3f.

³ Der DMA wurde am 05.07.2022 in erster Lesung durch das Europäische Parlament angenommen.

Deutschland („private enforcement“) sowie das Herbeiführen einer Zuständigkeitskonzentration, so dass für Streitigkeiten zum DMA die Kartellspruchkörper zuständig sind (§§ 87, 89 Abs. 1 RefE), ist ebenfalls Zielrichtung der Elften Novelle des GWB.

Der DMA zielt darauf ab, Wettbewerbsproblematiken im europäischen digitalen Binnenmarkt entgegenzuwirken. Durch die EU-Verordnung soll die Marktmacht von Betreibern zentraler Plattformdienste (sog. Gatekeeper) *ex-ante* begrenzt werden. Insbesondere die Verpflichtung für Gatekeeper Datenzugang, Datenportabilität sowie Interoperabilität nach DMA zu gewährleisten, ist für den Mediensektor von immenser Bedeutung. Auch die öffentlich-rechtlichen 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. Vor diesem Hintergrund ist zu begrüßen, dass die Kommission durch das Bundeskartellamt unterstützt werden kann und damit die Durchsetzung der DMA-Regelungen eine Effizienzsteigerung erfährt. Diese im GWB RefE verankerte Zusammenarbeit kann insoweit zur Rechtssicherheit beitragen, als, wie im Referentenentwurf geschildert, zu erwarten ist, dass sich dadurch die Abgrenzungsproblematik zwischen den Vorschriften des DMA und des § 19a GWB wesentlich abschwächt und die Normen in der Praxis nicht parallel angewendet werden.

ARD und ZDF haben ihre Belange bereits in den Stellungnahmen zur 9. GWB- sowie zur 10. GWB-Novelle vorgetragen und auf die bestehende Kollisionslage zwischen Kartell- und Rundfunkrecht und der KEF-Systematik hingewiesen. Bislang haben die Stellungnahmen keinen Niederschlag in den entsprechenden Regierungsentwürfen der letzten GWB-Novellen gefunden.

Die aufgeführten Wertungswidersprüche bestehen weiterhin, denn **Rolle, Funktion und Aufgaben des öffentlich-rechtlichen Rundfunks** im Zusammenhang mit seinen im **Auftragsbereich liegenden Kooperationen** werden unzureichend in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht beachtet. Die Erfüllung des Funktionsauftrags, welcher durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 20.07.2021 bekräftigt wurde⁴, ist eine Pflichtaufgabe des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und schließt damit notwendig verschiedene Formen der Zusammenarbeit ein. Dabei hat das Bundesverfassungsgericht bereits in seiner ersten Rundfunkentscheidung aus dem Jahr 1961⁵ 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

⁴ BVerfG, Bs. v. 20.07.2021 - 1 BvR 2756/20, Rn. 78.

⁵ BVerfGE 12, 205.

seiner Finanzierung erwachsenden Pflicht zu einem sparsamen und effizienten, schonenden Einsatz von Mitteln.

Vor diesem Hintergrund wiederholen die Rundfunkanstalten mit Nachdruck ihr Verlangen nach einer **Freistellung der Kooperationen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks** vom Kartellverbot gemäß § 2 GWB. Neben der Ergänzung des GWB um außer-ökonomische Parameter, insbesondere Medienvielfaltsaspekte, im Rahmen gesetzlicher Wertungs- und Bewertungsspielräume sowie der Fusionskontrolle bedarf es einer spezialgesetzlichen Freistellung im GWB für solche Kooperationen im Rundfunkbereich, die auf gesetzlichen Kooperationspflichten, aber auch auf den Vorgaben der Kommission zur Ermittlung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten (KEF) zur Wirtschaftlichkeitsverbesserung oder auf der gemeinsamen Wahrnehmung rundfunkspezifischer Aufgaben im Rahmen der verfassungsrechtlich geschützten Organisationshoheit der Rundfunkanstalten beruhen.⁶ 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.⁷ Nicht nur im Bereich der Presse (vgl. § 30 GWB), sondern auch hinsichtlich der Erhaltung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks ist der Gesetzgeber dazu angehalten, dessen Kooperationen vom Kartellverbot des § 1 GWB auszunehmen.

Der Landesgesetzgeber hat in Wahrnehmung seiner Gesetzgebungskompetenz die sog. **Betrauerungsregelung** des § 11 Abs. 4 des außer Kraft getretenen Rundfunkstaatsvertrages, nun § 26 Abs. 4 des Medienstaatsvertrages, aufgenommen und somit deutlich zum Ausdruck gebracht, dass Kooperationen im Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks über Art. 106 Abs. 2 AEUV unter Berücksichtigung des gesetzlichen Funktionsauftrages und zugleich unter Beachtung der Gesetzgebungskompetenzen der Länder bei der Formulierung des Rundfunkauftrages einschließlich des Kooperationsauftrages der kartellrechtlichen Privilegierung unterliegen. Eine Klarstellung im Anwendungsbereich des GWB als sektorspezifische Regelung wäre mithin als konsequent anzusehen. Diese Regelung würde sich sowohl auf Kooperationen zwischen den öffentlich-rechtlichen Anstalten beziehen als auch auf solche zwischen den öffentlich-rechtlichen Anstalten und Dritten (etwa z.B. im Rahmen des Modells einer nationalen oder europäischen Plattform).

Im Kapitel 9 des im Februar veröffentlichten **23. KEF-Berichts** widmet sich die KEF dem Bericht zur Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit und bekräftigt ihre Forderung zur Zusammenarbeit von ARD, ZDF und Deutschlandradio. Sie thematisiert in diesem Kapitel von ihr identifizierte Wirtschaftlichkeitspotentiale, für deren Umsetzung sie Wirtschaftlichkeitsabschläge in ihrer


⁶ So auch die Forderung des Abgeordnetenhauses Berlin, Drs. 18/1679 vom 21.02.2019.

⁷ 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.

Empfehlung berücksichtigt. Der Wirtschaftlichkeitsbericht wird ergänzt durch eine Stellungnahme zum Stand der Entwicklung der Projekte von ARD, ZDF und Deutschlandradio zur Strukturoptimierung. Wie bereits im 22. KEF-Bericht, hebt sie hervor, dass ein wesentlicher Einflussfaktor für die Hebung von Wirtschaftspotenzialen darin bestehe, einen möglichst effizienten Rahmen für eine Ausweitung der Kooperationen zwischen den beteiligten Anstalten zu setzen – es gelte, wesentliche Geschäftsprozesse zu konsolidieren.⁸ Die KEF spricht sich für die Ausweitung der Kooperation der Anstalten auf neue Kooperationsfelder sowie der weiteren Harmonisierung und Standardisierung von Verwaltungs- und Produktionsprozessen aus.⁹ Ferner resultieren laut KEF potenzielle Ersparnisse beispielweise aus Kooperationen im Hinblick auf die Einführung von „Produktions-Benchmark-Modellen“.¹⁰ Bereits seit der Umsetzung der Postulate des 22. KEF-Berichts sind die Rundfunkanstalten gezwungen, Kooperationen zu vertiefen, auszuweiten, zu verstärken und neu aufzulegen.

Insbesondere vor dem Hintergrund der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH KZR 6/ 17, BGH KZR 7/17, BGH KZR 11/18) und der beschriebenen Forderung der KEF nach weiteren Kooperationen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, können die geforderten Kooperationen ohne eine Freistellung im GWB nicht rechtssicher durchgeführt werden.

Die nach wie vor bestehenden Risiken im Hinblick auf zukünftige Kooperationen müssen minimiert werden, um für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk ein größtmögliches Maß an Handlungssicherheit zu gewährleisten und um Gefahren für die Programm- und Angebotsvielfalt zu begegnen.



Prof. Dr. Jens-Ole Schröder
Juristischer Direktor des MDR



Peter Weber
Justitiar des ZDF

⁸ 23. KEF-Bericht vom , Tz. 601.

⁹ Ebd.

¹⁰ Ebd.