

Stellungnahme des VAUNET zu den Beschlüssen des Bundesrates vom 6.11.2020 zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 und anderer wettbewerbsrechtlicher Bestimmungen (GWB-Digitalisierungsgesetz)

Datum 20. November 2020

Der Bundesrat hat am 6.11.2020 beschlossen, zu einzelnen Aspekten der GWB-Novelle Stellung zu nehmen und Änderungen gefordert, die die Mitglieder des VAUNET unmittelbar wirtschaftlich betreffen. Der VAUNET vertritt ca. 150 Mitgliedsunternehmen aus den Bereichen Fernsehen, Radio und Online.

Diese im Beschluss des Bundesrates geforderten Änderungen beinhalten im Vergleich zum Kabinettsentwurf zur GWB-Novelle u. a. eine Implementierung der Ausnahme von Kooperationen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks vom Kartellverbot sowie eine Änderung des § 19 Abs.2 Nr. 4 GWB-E.

Erleichterungen für Fusionen und Kooperationen des privaten Rundfunks wurden indes außer Acht gelassen.

Der VAUNET nimmt unter Berücksichtigung seiner im Rahmen der Konsultation zur 10. GWB-Novelle abgegebenen Position zu den Beschlüssen des Bundesrates zusätzlich wie folgt Stellung:

I. Ergänzung eines neuen § 30 Abs. 2 c GWB-E

Mit der Forderung zur Ergänzung eines neuen § 30 Abs. 2 c GWB-E wird wie in der Vergangenheit erneut im parlamentarischen Verfahren zur 10. GWB-Novelle auf Bestreben der Länder und des öffentlich-rechtlichen Rundfunks der Versuch unternommen, eine Ausnahme von Kooperationen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks vom Kartellverbot im GWB zu implementieren.

§ 30 Abs. 2 c GWB-E soll lauten:

„§ 1 gilt nicht für Vereinbarungen zwischen den in der ARD zusammengeschlossenen Landesrundfunkanstalten, dem ZDF und dem Deutschlandradio im Bereich ihres Funktionsauftrags, soweit die Vereinbarung notwendig ist, um den gesetzlich vorgegebenen Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit gerecht zu werden. Satz 1 gilt nicht für kommerzielle Tätigkeiten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten.“

Einer solch' einseitigen Bestimmung und Erleichterung tritt der VAUNET vehement entgegen, selbst wenn die Ausnahme sich nicht auf das Feld der kommerziellen Aktivitäten beziehen soll. Inwieweit es eine Ausnahmegesetzgebung allein für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk überhaupt braucht, ist zumindest fraglich und bislang weder durch die Länder noch öffentlich-rechtlichen Anstalten konkret dargelegt worden. Dies hat auch die Bundesregierung in ihrer Unterrichtung zum Beschluss des Bundesrates vom 6.11.2020 festgestellt.

Sollte an entsprechenden Reformüberlegungen dennoch festgehalten werden, ist der Vorschlag zwingend neutral zu fassen, so dass sowohl öffentlich-rechtliche als auch private Rundfunkveranstalter und Medienunternehmen vom Anwendungsbereich der Ausnahme umfasst sind.

Eine „Rechtfertigung“ des Vorstoßes und der Verweis auf die jüngste Rechtsprechung des BGH (ARTE-Urteil betr. Einspeiseentgelteverfahren), nach der die Rundfunkanstalten verkürzt gesagt als Marktteilnehmer nicht über dem Wettbewerbsrecht stehen, legitimieren aus Sicht des VAUNET die o. g. Änderung nicht.

Fernab der ARTE-Problematik – ist nicht ein neuer, konkreter Fall beschrieben, in dem eine gewünschte Kooperation der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten am geltenden Recht oder der aktuellen Entscheidungspraxis des Bundeskartellamts gescheitert ist. Angesichts der Reichweite und wettbewerbsrechtlichen Relevanz der geforderten Ausnahme von Medienkooperationen – auch im Rahmen des Funktionsauftrags - vom Kartellverbot sollte jedoch ein Bedarf für eine Befassung im Rahmen dieser Novelle entscheidende Voraussetzung sein und wurde auch seitens des federführenden BMWi bereits so adressiert.

Die Begründung der Forderung des Bundesrates hinsichtlich der Regelungsnotwendigkeit ist auf den pauschalen Verweis der vermeintlichen Rechtsunsicherheit der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten limitiert. So heißt es:

„...Zwar könnten zahlreiche Kooperationsformen freistellungsfähig sein, da sie die dazu erforderlichen beiden positiven Voraussetzungen (Effizienzgewinne und Weitergabe der Effizienzgewinne an die Verbraucher) und die beiden negativen Voraussetzungen (Unerlässlichkeit der Beschränkung; keine Ausschaltung des Wettbewerbs) erfüllen. Da bislang keine umfassende Entscheidungspraxis der zuständigen Behörden und Gerichte auf nationaler und EU-Ebene besteht, ist die diesbezügliche Bewertung für die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten allerdings mit erheblichen Unsicherheiten verbunden. ...“

Der Mangel an Entscheidungspraxis dürfte sich aus dem Umstand ergeben, dass konkrete, Streitige und tatsächlich problematische Fällen, die eine Ausnahme vom Kartellverbot allein für den öffentlich-rechtlichen Anstalten notwendig machen würden, bisher nicht aufgetreten sind.

Weder medienpolitisch noch rechtlich ist der gewählte Ansatz nachvollziehbar, für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk eine kartellrechtliche Bereichsausnahme zu schaffen, jedoch den privatwirtschaftlichen Teil der audiovisuellen Medien auszublenden. Dies gilt umso mehr, als die Ablehnung der gebotenen Gleichbehandlung im Vorfeld des Beschlusses des Bundesrates vom 6.11.2020 mit dem pauschalen Verweis der Länder auf die mangelnde „politische Durchsetzbarkeit“ oder „die Kohärenz der Rechtsordnung bei verschiedenen geforderten Rückausnahmen“ erfolgt ist.

Gestützt wird das Ansinnen der Privilegierung solcher Kooperationsmöglichkeiten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks auf den pauschalen Verweis eines Strukturreformprozess, bei welchem der Ausbau der Zusammenarbeit der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten untereinander ein maßgeblicher Baustein sei. Die Forderungen seitens der Medienpolitik und Kommission zur Ermittlung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten (KEF) an die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, im Sinne von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit ihres Handelns mehr und tiefere Kooperationen einzugehen, ist zwar verständlich, vermag den einseitigen, tiefen Eingriff in das Kartellrecht jedoch nicht zu rechtfertigen.

Der Wettbewerbs- und damit einhergehende Kostendruck, der von den großen internationalen Plattformen und Streaminganbietern ausgeht, tangiert nicht allein den öffentlich-rechtlichen Rundfunk. Private Rundfunkunternehmen – Fernsehen und vor allem Radio - sind jedenfalls im gleichen Maße, wenn nicht sogar noch stärker, hiervon betroffen (was sich an der Diskussion um den Zugang

zu Daten und der Relevanz des gesetzlichen Vorstoßes in §19 a GWB-E manifestiert). Die von den Ländern avisierte Regelung in § 30 Abs. 2c GWB-E würde zu einer Verschlechterung der ohnehin schon bestehende Schieflage im dualen Rundfunksystem zu Lasten der kommerziellen Anbieter führen – und dies in einem durch internationale Plattformen und Streaming-Anbieter ohnehin schwierigen kompetitiven Umfeld.

Der Vorschlag offenbart zudem ein weiteres Risiko: Die gewählte Formulierung des Beschlusses und Beschränkung auf den Funktionsauftrag, nimmt nicht die Sorge vor Wettbewerbsverzerrungen im Bereich des gemeinsamen Programm- oder Lizenzeinkaufs oder einer uferlosen digitalen Expansion des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Denn die in S. 2 ausgeklammerten „kommerziellen Tätigkeiten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten“ beziehen sich ausweislich der Empfehlungs-Begründung lediglich auf den „E-Commerce-Bereich, die Werbung, das Sponsoring sowie das Merchandising“. Insofern birgt der Vorschlag das Risiko eines massiven Eingriffs in den Lizenz- und Digitalmarkt zu Lasten der privaten Wettbewerber.

Soweit der Vorschlag in der Begründung darauf abzielen wollte, dass es vorrangig um das Gebot der Wirtschaftlichkeit gehe – was der VAUNET mit Blick auf den Abbau von Doppelstrukturen prinzipiell unterstützt –, so hätte dies enger gefasst und mit einem klaren Auftrag (IT-Einsparungen etc.) versehen werden müssen. Das rein fiskalische Interesse oder vermeintliche staatvertragliche Vorgaben oder Empfehlungen der KEF, i. e. die Realisierung von Einsparpotentialen durch Kooperationen, sind jedenfalls aus Sicht des VAUNET kein Grund, der eine wettbewerbsrechtliche Immunität und damit eine (weitere) Abkehr vom Prinzip der wettbewerblichen Chancengleichheit rechtfertigen würde.

Aus Sicht des VAUNET sollten die Rundfunkanstalten den Fokus darauf richten, ihre internen Kostenstrukturen einer ernsthaften Überprüfung zu unterziehen und bereits identifizierte (externe) Einsparpotentiale unter Beachtung des geltenden Wettbewerbsrechts zu realisieren. Hierfür gibt ihnen der geltende Rechtsrahmen einschließlich der BGH-Rechtsprechung vielfältige und vor allem ausreichende Möglichkeiten.

II. Änderungen zu § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-E

Der VAUNET sieht die Forderung des Bundesrates bzgl. der Ergänzung, dass

„der Zugang zu Daten mit dem Datenschutzrecht oder dem Recht zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen unvereinbar (ist)“

äußerst kritisch.

Es drängt sich der Eindruck auf, dass mit dem Verweis auf den Datenschutz im Gesetzestext selbst nicht allein eine Selbstverständlichkeit – die Einhaltung datenschutzrechtlicher Anforderungen - abgesichert, sondern § 19 Abs.2 Nr. 4 GWB-E mit dem Argument bzw. „Schwert“ des Datenschutzes ausgehebelt oder abgeschwächt werden soll.

§ 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-E stellt mitnichten eine bloße „neue mittelbare Innovationsförderungs-pflicht“ dar. Er hat vielmehr einen Anspruch, der gerade im digitalen Umfeld für die audiovisuellen Medienunternehmen und Rundfunkanbieter wesentliche Voraussetzung für die Fortentwicklung und Verbesserung ihrer Produkte ist, wenn nämlich durch den Zugang zu Daten die Kenntnis über Seh- und Nutzungsgewohnheiten der Zuschauer und User erlangt werden kann.

Der o. g. Ergänzungsvorschlag des Bundesrates ist abzulehnen. Vielmehr muss in der Begründung des Gesetzesentwurfs noch deutlicher klargestellt werden, dass der Anspruch des Zugangs zu Daten nicht allein durch den Verweis auf den Datenschutz umgangen werden darf. Dem (absehbaren) (Gegen-)Argument, dass dem Anspruch auf Zugang zu Daten durch das Datenschutzrecht Grenzen gezogen sind, könnte mit einer entsprechenden Verpflichtung des auf Zugang in Anspruch genommenen Unternehmens/Plattformbetreibers zur Bereitstellung einer datenschutzkonformen Schnittstelle oder entsprechender technologischer Abläufe begegnet werden.

III. § 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB-E/ § 38 Abs. 3 GWB-E – Keine Berücksichtigung der Herausforderungen des privaten Rundfunks durch den Bundesrat

Die auch schon im Juli angesprochene und seitens des VAUNET im Konsultationsprozess geforderte weitere Anhebung der zweiten Inlandsumsatzschwelle in § 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB-E sowie die ausgebliebene Anpassung der Aufgreifschwelle und eine Reduzierung des Faktors für den Rundfunk in § 38 Abs. 3 GWB-E sind von besonderer Relevanz (siehe insofern die beigefügte Stellungnahme des VAUNET zur 10. GWB-Novelle).

Es ist insofern bedauerlich, dass in diesem Punkt die Länder und der Bundesrat die Interessen des privaten Rundfunks und die dahingehenden Forderungen bislang außer Acht gelassen haben und nur den Schwerpunkt auf die Anliegen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks gesetzt haben.

Gerade im Hinblick auf die Herausforderungen, denen sich kleinere Medienhäuser und vor allem auch (lokale) Rundfunksender im Wettbewerbsumfeld sehen, hatte der VAUNET eine weitere, angemessene Anhebung der Schwellenwerte auf mind. 20 Mio. EURO angeregt. So könnte der vom Gesetzgeber gewünschte Effekt noch besser erzielt werden, dass einerseits das Bundeskartellamt seine Ressourcen auf die tatsächlich komplexen Fusionsfälle konzentrieren kann und sich andererseits Transaktionen nicht verzögern und damit Risiken und Unsicherheiten für die betroffenen privaten Sender einhergehen. Dem wurde bedauerlicherweise schon im Regierungsentwurf nicht Rechnung getragen. Hierfür sollte sich der Bundestag indes einsetzen.

Des Weiteren: Erhöhte Aufgreifschwelle und die damit anmeldefrei möglichen Zusammenschlüsse sind ein geeignetes Mittel, Negativeffekte - gerade auch im Bereich Rundfunk - abzufedern und im Ergebnis Medienvielfalt zu sichern. Die zur Begründung herangezogenen Argumente zur Absenkung der Presserechenklause (Reaktion auf Konkurrenz durch neue Anbieter und geändertes Nutzerverhalten) sind auch für die privaten Rundfunkunternehmen, im Speziellen für das Radio, also für regionale und lokale Sender, valide. Die Umsatzmultiplikatoren des § 38 Abs. 3 GWB-E und die daraus resultierenden niedrigen Aufgreifschwelle bei Medienezusammenschlüssen sollten mit der 10. GWB-Novelle nun endlich auch zugunsten des Rundfunks angepasst werden, um hier gleichermaßen wie bei Presseunternehmen mehr Flexibilität bei Unternehmenszusammenschlüssen zu erreichen.