



Deutschlandradio



## **Stellungnahme von ARD, ZDF und Deutschlandradio im Rahmen der Online-Konsultation zum Regelungsvorschlag für eine Betrauungslösung i.S.v. Art. 106 Abs. 2 AEUV im Rundfunkstaatsvertrag**

Die in der Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland (ARD) zusammengeschlossenen Landesrundfunkanstalten, das Zweite Deutsche Fernsehen (ZDF) und Deutschlandradio bedanken sich für die Möglichkeit, im Rahmen der Online-Konsultation zu den Vorschlägen der Länder Stellung nehmen zu können. Der Regelungsvorschlag zur Stärkung der Zusammenarbeit von ARD, ZDF und Deutschlandradio ist zu begrüßen, sein zentraler Inhalt ist nachdrücklich zu unterstützen.

ARD, ZDF und Deutschlandradio schließen sich der Darstellung an, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten einerseits durch Forderungen der Politik, des Gesetzgebers sowie der Kommission zur Ermittlung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten (KEF) zu einer stärkeren Zusammenarbeit angehalten, andererseits bei der Eingehung und Durchführung derartiger Kooperationen aber kartellrechtlichen Risiken ausgesetzt sind. Das Ziel der Länder, die Möglichkeiten für eine Zusammenarbeit der Rundfunkanstalten zu stärken und diesen mehr Rechtssicherheit zu verschaffen, indem durch entsprechende staatsvertragliche Anpassungen steuerliche und kartellrechtliche Risiken reduziert werden, ist daher zu begrüßen. Der Regelungsentwurf ist in seiner Grundstruktur zielführend angelegt und kann im Einzelnen noch ergänzt und präzisiert werden.

### **1. Neufassung des § 11 Abs. 3, 1. HS RStV**

Der Regelungsentwurf ersetzt die bisherige „Kann-Regelung“ durch eine „Ist-Regelung“; danach arbeiten die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zur Erfüllung ihres Auftrags zusammen. Die Zusammenarbeit regeln sie in öffentlichen Verträgen. Ausweislich der Begründung soll hierdurch eine stärkere Verpflichtung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zu Kooperationen erreicht werden.

Die Vorschrift zielt darauf ab, im Wege einer Klarstellung zu verhindern, dass Kooperationen der Rundfunkanstalten untereinander künftig aufgrund der neueren

Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs als umsatzsteuerpflichtig bewertet werden. Die Novellierung stellt klar, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zur Erfüllung des Gebots der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zusammen arbeiten. Ein vergleichbarer Wortlaut findet sich seit 1994 in § 5 Abs. 1 Deutschlandradio-Staatsvertrag und hat sich dort bewährt. Die vorgeschlagene Neufassung des § 11 Abs. 3 RStV bringt überdies stärker als zuvor zum Ausdruck, dass die Regelung nicht etwa eine willkürliche Zusammenarbeit betrifft, sondern sich an den bestehenden rundfunkrechtlichen Vorgaben ausrichtet (so etwa § 11b Abs. 4 RStV hinsichtlich der Veranstaltung von Gemeinschaftsprogrammen, generell das Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, §§ 14 und 19 RStV oder – bezogen auf die ARD – § 1 ARD-StV und nicht zuletzt § 3 RFinStV).

Allerdings muss in diesem Zusammenhang der Programmautonomie und der Anstaltsautonomie (Selbstverwaltungsrecht) der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten Rechnung getragen werden: Die Programmautonomie ist den Rundfunkanstalten als den Trägern der Rundfunkfreiheit zugewiesen und bildet deren subjektiv-rechtlichen Kern, sie erfasst nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Inhalt und Form, Zahl, Umfang und Gestaltung der Angebote. Hieraus folgt, dass Entscheidungen über die Aufnahme und die Durchführung von Kooperationen im Bereich angebotsrelevanter Tätigkeiten in die Programmautonomie fallen und prinzipiell von den Rundfunkanstalten hierüber eigenständig zu befinden ist. Der Gesetzgeber ist somit aufgefordert, den Rundfunkanstalten – auch zur Wahrung ihrer Selbstverwaltungsrechte – die nötigen Spielräume zu erhalten, die die Grundlage für die eigenverantwortliche Erstellung und Verbreitung ihrer Angebote bieten.

ARD, ZDF und Deutschlandradio schlagen daher vor, den Entwurf des § 11 Abs. 3 RStV um eine Regelung zu ergänzen, die diese Zusammenhänge abbildet. Auf die Ergänzung kann auch nicht mit dem Argument verzichtet werden, es handele sich um eine aus der Verfassung abzuleitende, auf Gesetzesebene somit nur deklaratorische Regelung. Denn es entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dass die Ausgestaltung der Rundfunkordnung einem Gesetzesvorbehalt unterliegt, mithin der Gesetzgeber gehalten ist, wesentlichen Aspekten – und um solche handelt es sich bei der Anstalts- und Programmautonomie – einen entsprechenden gesetzlichen Rang einzuräumen.

Der Vorschlag von ARD, ZDF und Deutschlandradio zu § 11 Abs. 3 RStV (neu) lautet daher (Änderungsvorschläge markiert) wie folgt:

*Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten arbeiten zur Erfüllung ihres Auftrags zusammen; **Art und Umfang der Zusammenarbeit regeln sie unter Wahrung ihrer Programm- bzw. Anstaltsautonomie** in öffentlich-rechtlichen Verträgen.*

Nach unserem systematischen Verständnis regelt § 11 Abs. 3 RStV darüber hinaus einen Grundsatz der Kooperation, der (u.a.) durch § 11 Abs. 4 RStV näher konkretisiert wird. Dies könnte durch einen entsprechenden Hinweis in der Begründung noch verdeutlicht werden.

## 2. Ergänzung von § 11 RStV um einen Absatz 4

### a) Satz 1 Betrauungsregelung

§ 11 Abs. 4 S. 1 RStV sieht eine Betrauung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne des Art. 106 Abs. 2 AEUV vor, soweit sie zur Erfüllung ihres Auftrags gemäß Absatz 1 bei der Herstellung und Verbreitung von Angeboten im Sinne der §§ 11a bis g RStV zusammenarbeiten.

Vom Anwendungsbereich umfasst sind die öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter, also Kooperationen zwischen den in der ARD zusammengeschlossenen Rundfunkanstalten untereinander, aber auch solche mit dem ZDF und/oder Deutschlandradio sowie der Deutschen Welle.

ARD, ZDF und Deutschlandradio begrüßen die Initiative der Länder, mit der hier vorgeschlagenen Regelung Rechtsunsicherheiten zu reduzieren. Sie werden zu einer zusätzlichen und in besonderem Maße die Auftragserfüllung erschwerenden Belastung bei der Finanzierung öffentlich-rechtlicher am Gemeinwohl orientierter Angebote.

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie und der Präsident des Bundeskartellamtes Mundt haben im Verlaufe des Gesetzgebungsverfahrens zur 9. GWB-Novelle geäußert, dass im „Auftragsbereich“, also bei der Erfüllung des den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zugewiesenen Funktionsauftrages, das Kartellrecht keinerlei Anwendung findet. Hingegen bejaht der für die Auslegung des Kartellrechts zuständige Bundesgerichtshof (BGH) bei der Bewertung von Einzelfällen zwar ausdrücklich deren Zugehörigkeit zum „Auftragsbereich“, gelangt mit dem Argument, die Rundfunkanstalten verfolgten „auch“ wirtschaftliche Ziele, aber zu dem konträren Schluss einer uneingeschränkten Anwendung des Kartellrechts. Im Ergebnis sind somit Kooperationen der Rundfunkanstalten nach der bisherigen Rechtslage ganz erheblichen Unsicherheiten ausgesetzt. Dies wird beispielhaft bei der von der Politik und der KEF immer stärker eingeforderten Praxis von Einkaufskooperationen deutlich.

§ 11 Abs. 4 RStV schafft insoweit die nötige Rechtssicherheit, als die dort formulierte Betrauung im Sinne von Art. 106 Abs. 2 AEUV die Grundlage einer kartellrechtlichen Freistellung bildet. Hierbei handelt es sich um eine konditionierte Betrauung, die im Hinblick auf die Programmautonomie und die Selbstverwaltungsrechte der öffentlich-rechtlichen Anstalten angemessen ist und daher begrüßt wird.

Da Art. 106 Abs. 2 AEUV Anforderungen an die hinreichende Bestimmbarkeit von Betrauungen stellt, bedarf es einer Präzisierung in Form der Benennung von Kooperationsfeldern. Gleichzeitig muss – dies leitet sich aus dem Verfassungsgebot der Staatsferne ab – die Programm- und Anstaltsautonomie (siehe dazu oben unter Ziff. 1.) der Sendeanstalten gewahrt bleiben. Wenn mit der Formulierung „soweit sie ... zusammenarbeiten“ den Rundfunkanstalten die Entscheidung über das Eingehen und die Durchführung der jeweiligen Kooperation zugewiesen bleibt, so ist das auch aus Sicht von ARD, ZDF und Deutschlandradio Ausdruck der gebotenen Balance

zwischen den Vorgaben des europäischen Kartellrechts einerseits und des nationalen Rundfunkverfassungsrechts andererseits.

Die (deklaratorische) Beifügung des Wortes „auch“ zeigt, dass der Gesetzgeber insoweit richtigerweise von einer bereits existenten Betrauung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten im Hinblick auf ihren Funktionsauftrag ausgeht.

Die Verweisung auf Angebote im Sinne von §§ 11a bis g RStV ist zu weitgehend, da §§ 11e und 11f RStV keine Angebote beschreiben. Stattdessen würde ein Verweis auf § 11a RStV ausreichen, der sämtliche Angebote umfasst.

## **b) Satz 2 Regelbeispiele**

§ 11 Abs. 4 S. 2 RStV regelt den Umfang der Betrauung und benennt beispielhaft („insbesondere“) die Bereiche Produktion, Produktionsstandards, Programmrechteerwerb, Programmaustausch, Verbreitung und Weiterverbreitung von Angeboten, Beschaffungswesen, Sendernetzbetrieb, (IT-)Infrastrukturen, Vereinheitlichung von Geschäftsprozessen, Beitragsservice und allgemeine Verwaltung.

Die Regelbeispiele bauen auf der Formulierung des vorangestellten Satzes („Herstellung und Verbreitung von Angeboten“) auf und weisen aus, dass damit – in betont weiter Fassung – sämtliche dem Auftrag zugeordnete Tätigkeiten erfasst sind.

Die Vereinheitlichung von Geschäftsprozessen und der Bereich der allgemeinen Verwaltung ist insofern einzubeziehen, als diese Tätigkeiten dem übergeordneten Anstaltsauftrag dienen und daher der Zielsetzung auch von Kooperationen – Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit beim Einsatz der zur Verfügung stehenden Mittel – unterworfen sind. Insofern sind diese Beispiele nach dem Verständnis von ARD, ZDF und Deutschlandradio nicht – wofür der Wortlaut sprechen könnte – in einer höheren, sondern der „Herstellung und Verbreitung von Angeboten“ untergeordneten Ebene zu verorten. Dies wäre in der endgültigen Fassung des Regelungsentwurfs zu berücksichtigen, etwa in Form einer klarstellenden Zuordnung („einschließlich der Erfüllung des Auftrags dienenden Geschäfts- und Verwaltungsprozessen“).

Zur Klarstellung wäre eine Konkretisierung des Begriffs „Beschaffungswesen“ durch die Formulierung „in Form von Einkaufsgemeinschaften“ angezeigt. Nach dem Verständnis von ARD, ZDF und Deutschlandradio umfasst das Beschaffungswesen den gesamten Bereich des Einkaufs ebenso wie die Logistik und folglich die Summe aller operativen und strategischen Tätigkeiten, die bspw. im Rahmen der Beschaffung von Programmmaterial, Programmpersonal und des Erwerbs von Programmrechten durchzuführen sind. Der im Kartellrecht gebräuchliche Begriff der Einkaufsgemeinschaft umfasst solche angebotsnahen (rundfunkspezifischen) Waren und Dienstleistungen ebenso wie Waren und Dienstleistungen angebotsferner bzw. einfacher Natur wie bspw. die Beschaffung von Büromaterial, Mobiliar, Standard-Hard- oder Software.

In der Produktion existieren zahlreiche Kooperationen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, die zu Rationalisierungseffekten beitragen. Zu den

Gemeinschaftsaufgaben zählt etwa der Beitragsservice von ARD, ZDF und Deutschlandradio. Als gemeinsames Servicezentrum der Rundfunkanstalten nimmt der Zentrale Beitragsservice u.a. An- und Abmeldungen der Rundfunkteilnehmer entgegen, verwaltet den Teilnehmerbestand, kontrolliert den Zahlungseingang, etc. Auf der Produktionsebene sind darüber hinaus Kooperationen in Form von Gemeinschaftsprogrammen von großer Bedeutung. Außerdem erfolgen Programmlieferungen, Programmabsprachen sowie ein Programmaustausch. Vereinheitlichte Produktionsstandards stellen ein ganz wesentliches Kostenelement dar und sind deshalb ein Beispiel für eine freistellungsfähige und freistellungsbedürftige Abstimmung unter den Rundfunkanstalten. Das Beispiel ist daher dem Begriff der „Produktion“ oder (siehe Satz 1) dem der „Herstellung“ als eine zusätzliche Konkretisierung zuzuordnen.

Die KEF mahnt insbesondere den Ausbau der Kooperationen im technischen Bereich an. Rundfunkspezifische IT-Anwendungen und Supportleistungen, die Harmonisierung von Produktionsprozessen, -methoden, -technologien und -standards müssen ebenso wie (IT-)Infrastrukturen und der Sendernetzbetrieb im Allgemeinen im Rahmen der Verbreitung und Weiterverbreitung von Angeboten berücksichtigt werden, soweit sie Wirtschaftlichkeits- und Sparsamkeitserwägungen entsprechen.

Generell gehen ARD, ZDF und Deutschlandradio davon aus, dass der in § 11 Abs. 4 S. 2 RStV enthaltene Auflistung kein abschließender Charakter beizumessen ist. Die Regelbeispiele bedürfen entsprechend der im Entwurf gewählten Systematik ggf. der Überprüfung und Anpassung.

### **3. Satz 3 Kommerzielle Tätigkeiten**

§ 11 Abs. 4 S. 3 RStV nimmt die kommerziellen Tätigkeiten im Sinne von § 16a Abs. 1 S. 2 RStV aus dem Anwendungsbereich der Betrauungsnorm nach § 11 Abs. 4 S. 1 RStV aus.

Eine explizite Aufnahme der Regelung mag nicht zwingend erforderlich sein. Satz 3 käme insoweit ein klarstellender Charakter zu. Es ist jedoch sicherzustellen, dass nur eine Betrauung mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erfolgt. Daher sind die kommerziellen Aktivitäten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten wie insbesondere der E-Commerce-Bereich, die Werbung, das Sponsoring sowie das Merchandising aus der Betrauung auszuschließen. Um diesbezügliche Missverständnisse zu vermeiden, die auch zu einer unionsrechtlichen Angreifbarkeit der neu geschaffenen Norm führen können, ist daher eine entsprechende Regelung sinnvoll.