



unitymedia

Stellungnahme

zum Entwurf einer Änderung des Rundfunkstaatsvertrags zur Erleichterung von Kooperationen von öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten

Unitymedia versteht die Bemühungen der Rundfunkkommission der Länder, den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten Wege zur Strukturoptimierung und Effizienzsteigerung zu eröffnen und so die Akzeptanz für den gebührenfinanzierten Rundfunk in Deutschland zu sichern. Das hierzu von den Ländern in diesem Entwurf vorgeschlagene Mittel sieht Unitymedia, jedenfalls in seiner konkreten Ausgestaltung, jedoch ausgesprochen kritisch, hätte es doch massive Auswirkungen auf weite Teile des gut funktionierenden Medienmarkts und würde das dort geltende Gleichgewicht erheblich zu Lasten anderer privatwirtschaftlicher Akteure in der Medienbranche verändern. Grund hierfür ist die vorgesehene absolute Freistellung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks von wettbewerbsrechtlichen Regelungen auf vor- und nachgelagerten Märkten, auf denen sie tätig sind und auf denen sie mit privaten Anbietern und Nachfragern im Wettbewerb stehen.

Schon heute sind zahlreiche Kooperationsformen für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk möglich. Weitere Strukturoptimierungen werden zurzeit umfassend diskutiert und können zu weiteren Einsparungen und Effizienzen und damit letztlich zur politisch gewollten Beitragsstabilität führen. Vielen denkbaren Kooperationen stehen auch heute schon nicht die Regeln des geltenden Kartellrechts entgegen. Es ist jedoch kein vernünftiger Grund ersichtlich, warum man den öffentlich-rechtlichen Anstalten ganz grundsätzlich einen Freibrief geben sollte, wettbewerbsbeschränkend oder marktmissbräuchlich zu handeln und dadurch kommerziell tätigen Unternehmen teilweise die Grundlage ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zu entziehen oder diese zumindest einzuschränken. Alles andere wäre zunächst eine kaum zu rechtfertigende Ungleichbehandlung der im marktlichen wie auch publizistischen Wettbewerb mit den öffentlich-rechtlichen Sendern stehenden privaten Rundfunkveranstalter und Verlage. Zudem wäre es auch eine massive Belastung für Marktteilnehmer auf vor- und nachgelagerten Märkten. Die schwierige wirtschaftliche Situation der Produktionswirtschaft würde weiter verschärft und Infrastrukturbetreibern würden weitere Gelder entzogen, die dann nicht mehr für Innovation und Netzausbau zur Verfügung stehen würden. Ihnen allen würde jeglicher Schutz vor missbräuchlichem Marktverhalten der öffentlich-rechtlichen Programmveranstalter durch das Wettbewerbsrecht entzogen. Und das obgleich natürlich gerade diese im deutschen System sehr starken Akteure die Möglichkeit haben, ihre dominante Stellung gegenüber Auftraggebern und Vertragspartnern zu deren Lasten einzusetzen, da oft gar keine tatsächliche Wahlmöglichkeit besteht (teils sogar von Gesetz wegen), ob man sich auf eine Zusammenarbeit einlässt, sondern von dieser existenziell abhängig ist.

Neben diesen massiven Risiken einer Freistellung für etablierte Märkte ist völlig offen, ob sie überhaupt zu Einsparungen führen würde. Denn typischerweise führt der durch diese Vorschriften geschützte Wettbewerb gerade auch zu Einsparungen und Effizienzbemühungen. Sobald man sich aber einem fairen Wettbewerb gänzlich entziehen kann, so wie es nach der geplanten Regelung der Fall wäre, geht jeder vom Wettbewerb ausgehende Anreiz zu Sparsamkeit und Effizienz verloren. Daher ist fraglich, ob die geplante Regelung überhaupt auf das Ziel Beitragsstabilität einzahlen würde oder sie nicht sogar zum gegenteiligen Ergebnis führt.

Bereits heute steht das Wettbewerbsrecht Kooperationen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks schon nicht entgegen, diese sind bereits nach geltendem Recht möglich (z.B. gemeinsame WM-/EM-/Olympiastudios, gemeinsame Co-Produktionen, Zusammenlegung von Organisationen (z.B. Orchester) und Verwaltungen, etc.). Ein gesetzlicher Regelungsbedarf ist daher schon überhaupt nicht gegeben. Selbst die geplante gemeinsame Abrufplattform *Germany's Gold* wurde nicht durch das Wettbewerbsrecht verhindert. Dieses untersagt lediglich richtigerweise Preisabsprachen und wettbewerbsbeschränkende Exklusivitätsvereinbarungen, die im Zusammenhang mit der Plattform geplant waren.

Dies wurde jüngst sogar höchstrichterlich im Kabel Deutschland - Verfahren um Einspeiseentgelte für Must-Carry-Programme entschieden (BGH, Urteil vom 16.06.2015, KZR 83/13, Rn. 67):

*„Die gesetzliche Pflicht zur Einspeisung und Übertragung bestimmter gebührenfinanzierter Programme wurde im öffentlichen Interesse geschaffen. Sie soll sicherstellen, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ihrem Grundversorgungsauftrag nachkommen können, dient jedoch nicht dazu, diese wirtschaftlich zu begünstigen. Die Einspeisung hat daher zu angemessenen Bedingungen zu erfolgen, deren Festlegung den Beteiligten obliegt. **Verhandlungen hierüber könnten auf Seiten der Programmanbieter - nicht nur hinsichtlich der Gemeinschaftsprogramme, sondern insgesamt - von den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten gemeinsam geführt werden, ohne dass darin bereits ein Verstoß gegen § 1 GWB läge. Die Entscheidung darüber, ob das Ergebnis solcher Verhandlungen in eine rechtlich bindende Regelung umgesetzt wird, hätte allerdings jede Rundfunkanstalt in eigener Verantwortung zu treffen.**“*

Die Grenzen der Zusammenarbeit öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten liegen also dort, wo die Kooperationen eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken (§ 1 GWB). Das dient dem Schutz der Marktteilnehmer und sollte zwingend auch in Zukunft so bleiben. Durch die geplante Regelung würde jedoch genau dieser Grundsatz ausgehebelt.

Bereits heute treten die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten gemeinsam auf und nutzen ihre durch öffentliche Beitragsgelder finanzierten reichweitenstarken Programme und die damit einhergehende Marktmacht, um die Verfügbarkeit ihrer öffentlich finanzierten Mediatheken auf bestimmten Plattformen (z.B. der Plattformen/Benutzeroberflächen von Kabelnetzbetreibern) von den Konditionen zur Verbreitung und Platzierung ihrer linearen Programme abhängig zu machen. Ganz konkret verweigern sich die öffentlich-rechtlichen Sender teilweise willkürlich einer Integration ihrer Mediatheken-Apps, durch die den Zuschauern und Beitragszahlern ein direkter und natürlich kostenfreier Zugang zu den von ihnen mitfinanzierten Inhalten ermöglicht werden würde, um so Druck auf einzelne Marktteilnehmer auszuüben. Die Verfügbarkeit von Inhalten wird also bereits heute als Machtmittel eingesetzt, um sich in diskriminierender und wettbewerbswidriger Weise Vorteile zu verschaffen oder gar einzelne Marktteilnehmer gezielt zu behindern.

Insbesondere zielt das kollusive und angestimmte Zusammenwirken der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten bei der Verweigerung von Transportentgelten bereits seit längerer Zeit darauf ab, eine bestimmten Infrastruktur, nämlich die Kabelnetze, in diskriminierender Weise zu schwächen, während für die Verbreitung über Satellit, Terrestrik und Internet sehr wohl Verbreitungsentgelte an die jeweilige Infrastruktur gezahlt werden. Besonders schwerwiegend ist dieses Verhalten, da viele ARD-Anstalten (z.B. der WDR) selbst vertikal integrierte Infrastrukturbetreiber sind und dabei gezielt Kabelnetzbetreiber als Wettbewerber behindern wollen. Dies ist beispielhaft dokumentiert in einem Schreiben der damaligen Vorsitzenden des Rundfunkrats des WDR, Frau Hieronymi, vom 13. Oktober 2016. Mit diesem intervenierte sie gegen die Entsendung eines Mitarbeiters der Unitymedia GmbH durch die Branchenverbände Bitkom und eco in den Rundfunkrat des WDR. Als Begründung führte sie den Interessenkonflikt an,

dass der WDR „auch eigene terrestrische Sendernetze [betreibt], die als Verbreitungsweg in Konkurrenz zur Kabelverbreitung stehen“.

Damit entlarvt sie die im „Kabelstreit“ zu Tage tretende eigentliche Motivation der Rundfunkanstalten als vertikal integrierte Medienunternehmen, namentlich die Reduktion der Ausgaben mittels Kartellbildung bei gleichzeitiger Schwächung eines Infrastrukturbetreibers, der als wettbewerbliche Konkurrenz wahrgenommen wird.

Ein derart schädigendes Verhalten – letztlich auch gegenüber dem Nutzer, der deshalb keinen Zugriff auf von ihm mitfinanzierte Inhalte erhält – darf nicht durch die geplante und viel zu weitgehende Änderung des § 11 Abs. 4 RStV politisch legitimiert werden. Kritisch ist anlässlich des zuvor Beschriebenen insbesondere die Freistellung vom Verbot des Marktmachtmissbrauchs nach §§ 19, 20 GWB. Sollte dieser Vorschlag umgesetzt werden, könnten öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten noch weitergehend Unternehmen unbillig behindern, marktunübliche Preise durchsetzen oder sachlich ungerechtfertigte Vorteile einfordern. Das kann nicht im Sinne des Gesetzgebers sein. Vielmehr muss es in einem marktwirtschaftlich organisierten Rechtsstaat selbstverständlich sein, dass diejenigen, die im Markt als Wettbewerber von Infrastrukturanbietern und privaten Sendeunternehmen auftreten, sich auch an die Spielregeln des Wettbewerbsrechts halten müssen.

Deshalb reicht auch die Beschränkung der Freistellung auf den öffentlich-rechtlichen Auftrag nicht zum Schutz des Marktes aus. Zahlreiche Marktteilnehmer erbringen ihre Leistungen an die Rundfunkanstalten im Rahmen dessen, was zum Kernbereich des öffentlich-rechtlichen Auftrages gehört. Im Fall der Netzbetreiber betrifft das etwa die Verbreitung und Weiterverbreitung der Inhalte der öffentlich-rechtlichen Sender. Der begrüßenswerte Vorstoß des § 11 Abs. 4 Satz 3 RStV-E, kommerzielle Tätigkeiten i.S.d. § 16a Abs. 1 Satz 2 RStV aus der Betrauung herauszunehmen, greift daher zu kurz, weil dies gerade nicht die Aktivität als Anbieter oder Nachfrager in Märkten im Rahmen der Umsetzung des Auftrags umfassen würde, insofern also doch hier wettbewerbswidriges Verhalten und insbesondere die Ausnutzung einer dominanten Marktstellung zu Lasten anderer Marktbeteiligter legitimieren könnte.

Sofern trotz all dem Gesagten der unbedingte politische Wille bestehen sollte, aus Rechtssicherheitsgründen bestimmte Kooperationen auf eine neue gesetzliche Grundlage zu stellen, namentlich durch eine Freistellung von § 1 GWB und damit letztlich durch eine Erlaubnis der koordinierten „Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs“, dann wäre dies im äußersten Falle überhaupt nur akzeptabel, wenn zumindest sichergestellt werden könnte, dass ein Marktmachtmissbrauch gemäß §§ 19, 20 GWB, Art. 102 AEUV dennoch verhindert werden würde. Zumindest sollte daher eine Einschränkung der Tatbestandsbereiche und eine Rückausnahmegvorschrift hinsichtlich der Fortgeltung der §§ 19, 20 GWB, Art. 102 AEUV als absolute Mindestvoraussetzung für eine wettbewerbsverträgliche Betrauung vorgesehen werden.

Über Unitymedia

Unitymedia mit Hauptsitz in Köln ist der führende Kabelnetzbetreiber in Deutschland und eine Tochter von Liberty Global. Das Unternehmen erreicht in Nordrhein-Westfalen, Hessen und Baden-Württemberg 12,9 Millionen Haushalte mit seinen Breitbandkabeldiensten. Neben dem Angebot von Kabel-TV-Dienstleistungen ist Unitymedia ein führender Anbieter von integrierten Triple-Play-Diensten, die digitales Kabelfernsehen, Breitband-Internet und Telefonie kombinieren. Zum 31. März 2017 hatte Unitymedia 7,2 Mio. Kunden, die 6,4 Mio. TV-Abonnements und 3,4 Mio. Internet- sowie 3,1 Mio. Telefonie-Abos (RGUs) bezogen haben. Weitere Informationen zu Unitymedia unter www.unitymedia.de.

Kontakt:

Dr. Alexander Kleist
Rechtsanwalt (Syndikusrechtsanwalt)
Senior Manager Public Policy
Tel.: 030 / 338457671
alexander.kleist@unitymedia.de