



Stellungnahme der

ProSiebenSat.1 Media AG

zur Überarbeitung der Mitteilung über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk („Rundfunkmitteilung“) Januar 2009

EH 09.01.2009

Die ProSiebenSat.1 Group ist nach Übernahme der SBS Broadcasting Group im Juni 2001 mit 26 Free-TV Sendern in 13 Ländern einer der führenden pan-europäischen Medienkonzerne in Europa. Werbefinanziertes Free-TV ist das Kerngeschäft der Gruppe. Die TV-Programme der Gruppe erreichen über 200 Millionen europäische Zuschauer. Die ProSiebenSat.1 Group bildet ein Netzwerk mit starken Marken in allen Medien: TV, Internet, Radio und Print. Neben klassischen Verbreitungswegen setzen wir auf die Kraft neuer Technologien und Medien. Deutschlands größte Video-on-Demand-Portal maxdome sowie Beteiligungen an innovativen Internetangeboten wie MyVideo und lokalisten gehören zu den Aktivitäten, mit denen die Erlösquellen zunehmend diversifiziert werden können.

Die ProSiebenSat. 1 Group nimmt die Gelegenheit zur Stellungnahme zum Entwurf der Kommission für eine Mitteilung über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk gern wahr. Diese Stellungnahme versteht sich als Ergänzung zu den Stellungnahmen von VPRT und ACT.

1. Die Anpassung der Mitteilung an neuere rechtliche wie technische Entwicklungen ist aus unserer Sicht unerlässlich

Die Leitlinien für die Beurteilung der Vereinbarkeit der Finanzierung öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten mit Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag (EGV) und mit dem Protokoll zum Vertrag von Amsterdam in der sogenannten „Rundfunkmitteilung“ dienen dazu, mittels höherer Transparenz die Rechtssicherheit aller betroffenen Kreise zu verbessern und damit einen Beitrag zur Vermeidung zukünftiger beihilfenrechtlicher Verfahren zu leisten. Sie bildet grundsätzlich noch stets eine gute Grundlage. Allerdings hat die Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission durch die mehr als 20 neuen Entscheidungen seit 2001 diese Leitlinien noch weiter konkretisiert. Darüber hinaus hat gerade auch die Rechtsprechung des EuGH die Anwendung der beihilfenrechtlichen Regeln auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk noch weiter ausgestaltet (insbesondere Altmark-Entscheidung). Im Spannungsfeld zwischen gemeinwohlorientierter Daseinsvorsorge und einem Binnenmarkt ohne Wettbewerbsverzerrung bildet gerade die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks immer wieder Anlass zu Diskussionen. Ein Grund für die Flut von Beschwerden und damit einhergehenden

Entscheidungen der Kommission in diesem Bereich ist eine unzureichende Klarheit bezüglich der beihilfenrechtlichen Anforderungen an die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks.

Um hier durch Erläuterungen zur konkreten Anwendung der europarechtlichen Vorgaben Abhilfe und damit mehr Rechtssicherheit für alle Beteiligten zu schaffen, ist aus unserer Sicht eine Überarbeitung der seit 2001 bestehenden Mitteilung ein unverzichtbarer Schritt. Grundsätzlich entspricht die Mitteilung letztlich auch den vom Deutschen Bundesrat in der Stellungnahme zum Weißbuch der Kommission der Europäischen Gemeinschaften zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse (KOM (2004) 374 endg.; Ratsdok. 9643/04) gemachten Vorschlägen (BR Beschluss 803. Sitzung vom 24. September 2004):

„Der Bundesrat begrüßt die Ankündigung der Kommission, neben den obigen Initiativen, die Kriterien des Altmark-Trans-Urteils des EuGH, ... zu präzisieren. Der Bundesrat ist weiterhin der Auffassung, dass es einer weiteren Klarstellung der Unterscheidung zwischen wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten bedarf.“

- Die ProSiebenSat. 1 Group unterstützt die Kommission nachdrücklich darin die Rundfunkmitteilung wie vorgeschlagen, an die neuen rechtlichen wie technischen Gegebenheiten anzupassen.

2. Mit der Mitteilung werden keine Kompetenzen der Kommission überschritten, sie dient vielmehr der Rechtssicherheit aller Beteiligten und der Wahrung der primärrechtlichen Regeln

Mit der Mitteilung werden aus unserer Sicht auch die Befugnisse der Kommission nicht überschritten: Art. 86 Abs. 3 EGV überträgt der Kommission die Aufgabe, die Anwendung von Art. 86 Abs. 1 und 2 EGV zu überwachen und zu gestalten. Dabei steht ihr ein beachtlicher Handlungsspielraum zu, den sie insbesondere bei der Schaffung sekundären Gemeinschaftsrechts nutzen kann. Es steht vor diesem Hintergrund außer Frage, dass die Kommission dabei auch die Befugnis hat, zur Klarstellung der von ihr bei der beihilferechtlichen Beurteilung der Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks anzulegenden Kriterien, die allesamt auf der die Kommission ohnehin bindenden eigenen Spruchpraxis sowie auf der Rechtsprechung des EuGH bzw. EuG fußen, das atypische Rechtsinstrument der Mitteilung zu wählen. Für den Bereich der Sozial- und Gesundheitsleistung hat der Bundesrat im Zusammenhang mit dem Weißbuch der Kommission zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse bereits den Einsatz des Rechtsinstrumentes der Mitteilung zur Klarstellung begrüßt:

„ Der Bundesrat begrüßt, dass den Besonderheiten der sozialen Daseinsvorsorge in einer gesonderten Mitteilung Rechnung getragen werden soll...“

Zur spezifischen Präzisierung der beihilferechtlichen Vorgaben auf besondere Gruppen von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse scheint der Bundesrat das Rechtsinstrument der Mitteilung demnach durchaus für geeignet zu halten.

Die Verdeutlichung der korrekten Anwendung des Beihilfenrechts auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk und damit verbunden die Darlegung der Entscheidungsparameter, die die Kommission in zukünftigen Entscheidungen zugrunde legen wird, dient der Transparenz und Vorhersagbarkeit der

Aufsichtspraxis und legt den Mitgliedstaaten aus unserer Sicht keine neuen Verpflichtungen auf, die diese unter den primärrechtlichen beihilferechtlichen Vorgaben nicht ohnehin zu erfüllen hätten. Dabei werden alle europarechtlichen Regelungen, wie etwa auch das Amsterdamer Protokoll umfassend berücksichtigt. Dass die Mitteilung nicht über dieses Maß hinausgeht, verdeutlicht allein schon der Umstand, dass die wesentlichen Inhalte der Mitteilung den Kompromiss zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Kommission im sogenannten VPRT Verfahren widerspiegeln. Es dürfte außer Frage stehen, dass dieser Kompromiss nicht über das auf der Basis des EU Beihilfenrechts erforderliche hinausgeht. Denn warum sollten gerade die dem europäischen Beihilfenrecht in diesem Punkte als sehr kritisch bekannten deutschen Länder diesem Kompromiss sonst zugestimmt haben.

Eine Erläuterung der Anwendung der relevanten beihilfenrechtlichen Bestimmungen dient letztlich allen Beteiligten: den Mitgliedstaaten, öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten sowie den tatsächlich oder potentiell durch die staatliche Finanzierung beeinträchtigten Wirtschaftsteilnehmern und letztlich gar den Gebührenzahlern. Die massive Kritik an der vorgeschlagenen Überarbeitung bei gleichzeitiger Preisung der bisherigen Mitteilung ist aus unserer Sicht daher schwer nachvollziehbar. Es sei in diesem Zusammenhang auch daran erinnert, dass die Mitteilung unmittelbar keine Rechtswirkung erzielt und letztlich nur geeignet ist, die Kommission selbst in ihrer zukünftigen Aufsichtspraxis zu binden. Sie dient den Mitgliedstaaten sowie den betroffenen öffentlich-rechtlichen und privaten Marktteilnehmern in erster Linie zur Erläuterung dessen, was ohnehin gilt.

3. Konkrete Anhaltspunkte und Beispiele zur korrekten Anwendung der beihilfenrechtlichen Regelungen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk sind sinnvoll und unbedingt beizubehalten

Die Rundfunkmitteilung erkennt unter Rn. 47 und 57 an, dass die Mitgliedstaaten bei der Definition dessen, was sie als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ansehen, über ein weites Ermessen verfügen. Sie erinnert jedoch zu Recht auch daran, dass die Mitgliedstaaten zugleich verpflichtet sind, dabei die Einhaltung der beihilferechtlichen Vorschriften für die Finanzierung öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten sicherzustellen. Schließlich legt der EuGH im Rahmen von Art. 86 Abs. 2 EGV den Mitgliedstaaten die Beweislast auf, wenn sie sich in einem Verfahren vor dem EuGH auf diese Ausnahmvorschrift berufen (EuGH Rs. C 157/94; Rs. C-159/94). Neben der Ausgestaltungsbefugnis der Mitgliedstaaten bleibt nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH jedoch stets die Kompetenz der Kommission bestehen, zu überprüfen, ob die Mitgliedstaaten die Bestimmungen des EGV einhalten (EuGH Rs. C-179/90). Zur Kontrollbefugnis der Kommission im Rahmen der Definition des Auftrags gehört außerdem die Überprüfung der seitens eines Mitgliedstaates gewählten Definition der Dienstleistungen im Fall eines offenkundigen Fehlers (EuGH Olsen/Kommission T-17/02; EuG TV2/Kommission verbundene Rechtssachen T-309/04, T-317/04, T-329/04 und T-336/04).

Sämtliche Aktivitäten der öffentlich-finanzierten Rundfunkanstalten können auch nach dem Amsterdamer Protokoll der Mitgliedstaaten nur dann Teil des öffentlich-rechtlichen Auftrags sein, wenn sie den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der jeweiligen Gesellschaft entsprechen und keine unverhältnismäßigen und für die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags nicht notwendigen Auswirkungen haben. Der in Deutschland, wie in anderen Mitgliedstaaten gleichermaßen deutlich zu erkennende Expansionsdrang öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten gerade im Bereich der Telemedien und digitalen Zusatzangebote zeigt deutlich, wie wichtig es ist,

neue Dienste jeweils auf ihre demokratische, soziale und kulturelle Bedeutung und Notwendigkeit für die Gesellschaft sowie auf ihre Auswirkungen auf andere Marktteilnehmer hin zu überprüfen.

Im Rahmen ihrer Kontrollbefugnis ist es gerade vor diesem Hintergrund gerechtfertigt, wünschenswert und sinnvoll, dass die Kommission zur Erläuterung an sämtlichen und insbesondere an den im folgenden näher kommentierten konkreten Beispielen in ihrer Mitteilung festhält.

Im Einzelnen:

a. Die Beispiele für die Unterscheidung kommerzieller und auftragsbezogener Natur (Rn. 51 ff, insbesondere Rn. 54) sollten beibehalten werden.

Zusätzlich zu einem bestehenden breiten privaten Angebot sind öffentlich-finanzierte Pay-Angebote mangels gemeinwirtschaftlicher Berechtigung jedenfalls bei negativen Auswirkungen auf andere Marktteilnehmer in aller Regel unvereinbar mit den Anforderungen des Amsterdamer Protokolls.

- Wir begrüßen ausdrücklich, dass die Kommission jedenfalls die in Rn. 54 aufgeführten Premium-Inhalte auf Pay-per-view Basis als eindeutig kommerziell ansieht.

b. Es sollte klargestellt werden, dass europarechtlich unbedenkliche Beispiele nicht automatisch legitimierende Wirkung auf nationaler Ebene haben – es bedarf stets der Beauftragung nach Prüfung der Kriterien im Einzelnen

Wichtig wäre es hingegen im Rahmen der Mitteilung dem Eindruck einiger Mitgliedstaaten entgegen zu wirken, mit der Erwähnung bestimmter Dienste auf europäischer Ebene – etwa in der Mitteilung – seien diese an sich bereits Teil des öffentlichen Auftrags. Die von der Kommission gewählten Beispiele dürfen nicht dazu missbraucht werden, dem Expansionsdrang der öffentlich-rechtlichen Sendeanstalten ohne weiteres Vorschub zu leisten. Auch hier hat vielmehr zu gelten, dass jedes konkrete Angebot den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der jeweiligen Gesellschaft entsprechen muss und keine unverhältnismäßigen und für die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags nicht notwendigen Auswirkungen haben darf. So sind Angebote denkbar, die schon wegen des Verstoßes gegen innerstaatliche – etwa verfassungsrechtliche – Anforderungen diesem Anspruch nicht gerecht werden und daher nicht in diesem, wohl aber in anderen Mitgliedstaaten den Ansprüchen des Amsterdamer Protokolls entsprechen mögen.

- Die Rundfunkmitteilung sollte – etwa in Rn. 46 - klarstellen, dass auch solche Dienste seitens des jeweiligen Mitgliedstaates auf Vereinbarkeit mit innerstaatlichen Schranken überprüft werden müssen und nach den oben erwähnten beihilferechtlichen Grundsätzen und nach public value Test ausdrücklich beauftragt werden müssen, die von der Kommission in der Mitteilung als prinzipiell mit dem europäischen Beihilfenrecht vereinbar angesehen werden.

c. Die Definition „neuer Dienste“ darf nicht zum Schlupfloch aus dem public value test werden. Die angeführten Beispiele sind daher unbedingt beizubehalten (Rn. 58)

Auch die Beurteilung durch die Mitgliedstaaten, was unter einem „wesentlich neuen Dienst“ zu verstehen ist, hat so zu erfolgen, dass sichergestellt bleibt, dass durch Anwendung des Drei-Stufen-Tests neue Dienste zur Befriedigung der demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnisse der Gesellschaft beitragen und dabei gemäß dem Protokoll von Amsterdam auch deren potenzielle Auswirkungen auf die Handels- und Wettbewerbsbedingungen berücksichtigen. Wichtig ist dabei aber, dass die Definition dessen was „wesentlich neu“ ist und was nicht transparent und so gestaltet ist, dass konkrete Anwendungsfälle übrig bleiben. Die Mitgliedstaaten haben Sorge dafür zu tragen, dass diese Definition nicht willkürlich und nicht durch die Rundfunkanstalten getroffen werden kann.

Wir unterstützen die Kommission mit Nachdruck darin, in der Mitteilung konkrete Kriterien aufzuzeigen, die geeignet erscheinen, die Neuartigkeit geplanter Dienste festzustellen. Die Vorgaben in Rn. 58 sind daher aus unserer Sicht unbedingt beizubehalten. Damit wird dazu beigetragen, dass durch eine enge Definition „neuer Dienste“ die sehr sinnvolle Prüfung neuer Dienste auf ihren gesellschaftlichen Nutzen sowie auf ihre marktlichen Auswirkungen ausgehöhlt wird. In einem solchen Fall nämlich läge ohnehin ein offenkundiger Fehler des Mitgliedstaates vor, was zu erneuten Beschwerden führen und das Einschreiten der Kommission notwendig machen würde. Es erscheint sinnvoll, Mitgliedstaaten im Rahmen der Mitteilung einen verlässlichen Anhaltspunkt für eine sinnvolle Definition von „neuen Diensten“ an die Hand zu geben.

- Die ProSiebenSat.1 Group spricht sich ausdrücklich für die unveränderte Beibehaltung von Rn. 58 aus.

d. Kriterien zur Bestimmung der Anforderungen aus dem Amsterdamer Protokoll (Rn. 60, 61)

Die ProSiebenSat.1 Group begrüßt ausdrücklich, dass die Kommission ausformuliert, wie sichergestellt werden kann, dass die Kriterien aus dem Amsterdamer Protokoll in Hinblick auf die Befriedigung der demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnisse der Gesellschaft (Rn. 60) sowie auf die potentiellen Auswirkungen des jeweiligen Dienstes auf den Markt eingehalten werden können. Die bisherigen Diskussionen haben gezeigt, dass gerade hier ein hohes Maß an Unsicherheit bestand, das mit Hilfe der Erläuterungen in der Mitteilung beseitigt werden könnte.

- Wir sprechen uns daher auch nachdrücklich für die Beibehaltung der Beispiele und Kriterien in Rn. 60 und 61 aus.

4. Sicherung einer unabhängigen Kontrolle ist – sowohl im Rahmen der Vorprüfung neuer Dienste als auch bei der ständigen Kontrolle über die Einhaltung der Regelungen im Folgenden unerlässlich (Rn. 62, 69)

Die Gewährleistung der Einhaltung der vom europäischen Beihilfenrecht sowie dem Amsterdamer Protokoll geforderten Kriterien erfordert zwingend eine unabhängige Kontrolle. Nur so kann sichergestellt werden, dass von den durch die Entscheidung Begünstigten, den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, nicht alles genehmigt wird, was man plant. Es versteht sich von selbst, dass eine externe, also von der Rundfunkanstalt in personeller, räumlicher, finanzieller und organisatorischer Hinsicht eigenständige Stelle am besten dazu geeignet ist, eine unabhängige Kontrolle zu gewährleisten. Es ist daher nicht nur legitim, sondern erforderlich, im Grundsatz ein externes

Gremium als zur unabhängigen Kontrolle geeignet anzusehen. Dies könnte in der Mitteilung noch stärker zum Ausdruck kommen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass Unabhängigkeit nicht nur bedeutet, frei von Weisungen zu sein, sondern auch frei von unangemessenen Einflüssen durch den Beaufsichtigten. Nur so kann eine Rechtsaufsicht über die Einhaltung der beihilferechtlichen Vorgaben im öffentlich-rechtlichen Rundfunk in den Mitgliedstaaten gewährleistet werden. Der Umstand, dass die Staatsferne des Rundfunks eine staatliche Kontrolle nicht zulässt, kann und darf nicht dazu führen, dass die Gesetzesbindung, die unzweifelhaft auch für die öffentlich-rechtlichen Anstalten gilt, gelockert wird. Die Mitgliedstaaten sind daher umso mehr verpflichtet, die auch vom Staat unabhängige Aufsicht so zu gestalten, dass Rechtsverstöße, auch Verstöße gegen die Anforderungen des europäischen Beihilfenrechts an den besonderen Bereich des öffentlich-rechtlichen Rundfunk effektiv verhindert werden.

- Wir bestärken an dieser Stelle auch die nationalen Kontrollgremien, sich ihrer Aufgabe entsprechend zum Sachwalter der gesamt-gesellschaftlichen Interessen zu machen und sowohl die gesellschaftlichen Bedürfnisse sowie die marktlichen Auswirkungen ernsthaft – und nicht nur pro forma - in die Beurteilung mit einzubeziehen. Dies würde entscheidend zu einer dringend benötigten Stärkung ihrer Rolle beitragen.

Wenn wir die als Ausnahme formulierte Möglichkeit einer Kontrolle auch durch interne Stellen als durchaus kritisch ansehen, so haben wir doch Verständnis dafür, dass angesichts der unterschiedlichen Aufsichtsgremien und –konzepte in den Mitgliedstaaten auch hierfür eine Lösung gefunden wird. Allerdings sind die in Rn 62 aufgeführten 4 Kriterien dann zwingende Voraussetzung und sollten auf keinen Fall wegen der bloßen Kritik am Detailgrad eingeschränkt oder gestrichen werden.

- Wir begrüßen den Hinweis der Kommission auf die Notwendigkeit der Sicherstellung der Unabhängigkeit durch die Mitgliedstaaten und fordern die Kommission mit Nachdruck auf, die in Rn. 62 aufgeführten 4 Kriterien zur Erläuterung auf jeden Fall beizubehalten. Dabei ist insbesondere auf die Verhinderung eines unangemessenen Informationsflusses zur Intendanz der Rundfunkanstalten zu achten, um die Vertraulichkeit der von Dritten übermittelten Informationen zu wahren.
- Zur Verhinderung einer unangemessenen Einflussnahmemöglichkeit der Anstalten auf die Kontrollgremien sollte aus Sicht der ProSiebenSat.1 Group außerdem folgende Ergänzung in die Mitteilung aufgenommen werden:

Rn 62 ...

iv) Errichtung von „chinesischen Mauern“, um einen unangemessenen Informationsfluss zur Geschäftsführung der Rundfunkanstalt zu verhindern und die Vertraulichkeit der von Dritten übermittelten Informationen zu wahren.

v) Sicherstellung unabhängiger Beschlussfassung der Gremien durch Verhinderung der Teilnahme der Rundfunkanstalten an Sitzungen der Gremien, abgesehen von Anhörungen in die auch Dritte einzubeziehen sind.

Wir möchten an dieser Stelle auch noch einmal betonen, dass die von verschiedenen Stellen angegriffene ex-ante Prüfung zwingend notwendig ist, um der europarechtlichen Verpflichtung der Mitgliedstaaten nach einer klaren Beauftragung nachzukommen. Schließlich sind die

Mitgliedstaaten und nicht etwa die Rundfunkanstalten verpflichtet, den öffentlich-rechtlichen Auftrag zu definieren. Wenngleich dies in der Regel durch Gesetz zu erfolgen hat, so bietet der public value test doch die Möglichkeit sicherzustellen, dass neue Dienste nicht erst auf eine Gesetzesänderung angewiesen sind, ohne dass jedoch dabei Gefahr gelaufen wird, dass die beihilferechtlichen Vorgaben missachtet würden. Wie die Kommission in Rn. 67 betont, ist es dann im Folgenden aber wesentlich, den Betrauungsakt im Anschluss dann auch förmlich zu konsolidieren.

Erst ein ernsthaft durchgeführter public value test kann zu von der Gesellschaft getragenen Ergebnissen führen, die dann auch dem Gebührenzahler einfacher zu vermitteln sind. Die Prüfung der erwarteten marktlichen Auswirkungen ist unerlässlich, um einerseits zu gewährleisten, dass Projekte, die eher schon nicht den gesellschaftlichen Zielen dienen, nicht auch noch zu unverhältnismäßigen Beeinträchtigungen von Wettbewerbern führen. Es ist unzumutbar, dass in einem solchen Fall die Angebote der privaten Anbieter erst einmal auf Staatskosten zerstört oder verhindert werden. Andererseits hat die Prüfung der marktlichen Auswirkungen aber auch die Aufgabe, die Vorgaben des Amsterdamer Protokolls zu sichern, wonach auch ein gesellschaftlich wertvolles Angebot nur dann staatlich finanziert werden kann, wenn

*„die Handels- und Wettbewerbsbedingungen in der Gemeinschaft nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt [werden], das dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft, wobei den Erfordernissen der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags Rechnung zu tragen ist.“
(Protokoll über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in den Mitgliedstaaten (Amsterdamer Protokoll)).*

Die in der Mitteilung erläuterten Anforderungen an die Beauftragung und Kontrolle sind allesamt auch nicht neu. Auch im Bereich anderer Dienste von allgemeinem Interesse, wie dem Gesundheitswesen etwa ist eine ex-ante Kontrolle bereits hinlänglich erprobt. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb die Kontrolle der marktlichen Auswirkungen im Gesundheitswesen, nicht aber im öffentlich-rechtlichen Rundfunk möglich sein sollte.

Wie der Fall der BBC Worldwide zeigt, sollten bei Auslands-Aktivitäten öffentlich-rechtlicher Tochtergesellschaften, seien diese nun kommerziell oder auftragsbezogen, im Rahmen des public value Tests auch die Auswirkungen auf die Marktteilnehmer der betroffenen Märkte untersucht werden. Im Falle kommerzieller Angebote der öffentlich-rechtlichen Anstalten, wie dem der BBC Worldwide ist besonderes Augenmerk auf den Erwerb dieser Tochtergesellschaften von Inhalten aus den auftragsbezogenen Unternehmen (BBC) zu legen. Es ist sicherzustellen, dass diese Inhalte zu marktüblichen Preisen an die kommerziellen Töchter veräußert werden.

- Bei Auslandsaktivitäten der öffentlich-rechtlichen Anstalten sind auch die Auswirkungen auf Marktteilnehmer in den betroffenen Mitgliedstaaten in die Vorprüfung mit einzubeziehen.

Wie in Rn. 69 richtig erläutert wird, hat auch die ständige ex-post Kontrolle über die tatsächliche Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags durch ein unabhängiges Kontrollgremium zu erfolgen.

- Die ProSiebenSat.1 Group hält die Betonung der Fähigkeit des unabhängigen Kontrollgremiums nötigenfalls geeignete Abhilfemaßnahmen zu beschließen, wie etwa verbindliche Verpflichtungen und über geeignete Sanktionen zu verfügen für unabdingbar, um die Rechtsverbindlichkeit der beihilferechtlichen Vorgaben sicherzustellen.

Die Europäische Kommission sollte die Effektivität der Kontrolle regelmäßig untersuchen.

- Hier regen wir an, Rn 70 wie folgt zu ergänzen:

*„70. Ohne ausreichende, verlässliche Anhaltspunkte dafür, dass der öffentlich-rechtliche Auftrag tatsächlich gemäß seiner Definition erfüllt wird, kann die Kommission ihre Aufgaben nach Art. 86 Abs. 2 EGV nicht erfüllen und keine Freistellung auf dieser Grundlage gewähren. **Die Kommission wird daher nicht nur die Existenz eines Kontrollorgans an sich überprüfen, sondern die Mitgliedstaaten ggf. auffordern, die effektive Anwendung der Kontrollmechanismen im Einzelnen nachzuweisen. Dabei geht es nicht um die inhaltliche Prüfung der Entscheidungen des Kontrollgremiums, sondern vielmehr um eine Überprüfung der Effektivität der Kontrolle deren Inhalt die Mitgliedstaaten definieren.**“*

5. Keine Ausnahme vom public value Test für Pilotprojekte

Die ProSiebenSat. 1 Group wendet sich gegen die in Rn. 63 enthaltene Möglichkeit, neue, innovative Dienste etwa in Form von Pilotprojekten auch ohne vorherige Überprüfung durchzuführen. Durch diese Regelung steht zu befürchten, dass durch das Schaffen von Tatsachen die Gremien bei der im Falle der Überführung eines Pilotprojektes in einen vollständigen Dienst anstehenden Beurteilung des Projektes durch faktische Zwänge in ihrer Urteilsfähigkeit beeinträchtigt werden (aufgelaufene Entwicklungskosten; durch Pilotprojekt entstandene Nachfrage auf Seiten der Verbraucher). Um auszuschließen, dass derartige Pilotprojekte missbraucht werden, um den public value Test zu umgehen, sollte die Kommission zu Zwecken der näheren Erläuterung jedenfalls aber auch hier die Kriterien für einen zeitlich oder hinsichtlich des Nutzerkreises begrenzten Umfang näher ausgestalten. Darüber hinaus sollten Umstände, die unmittelbar durch das Pilotprojekt entstanden sind von der Beurteilung eines Projektes ausgeklammert werden. Jedenfalls sollte die Mitteilung aufführen, dass Pilotprojekte, die neue Dienste vorbereiten, die dem 3 Stufen Test unterfallen würden jedenfalls von den Gremien genehmigt werden sollten.

- Sofern Rn 63 nicht gestrichen werden kann, regen wir folgende Ergänzung an:

*63. Die vorstehenden Ausführungen hindern die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten nicht daran, neue, innovative Dienst (etwa in Form von Pilotprojekten) in (zeitlich oder bezüglich des Nutzerkreises) begrenztem Umfang auszuprobieren, um Informationen über die Machbarkeit und den Mehrwert des geplanten Dienstes zu sammeln, sofern die Testphase nicht der Einführung eines vollwertigen wesentlich neuen Dienstes gleichkommt. **Derartige Pilotprojekte sind von der mit der in Rn 62 erwähnten Stelle zur Prüfung des in Rn 56 ff. aufgeführten Tests hinsichtlich ihrer Dauer und des Nutzerkreises zu begrenzen.** Bei einer Überführung eines Pilotprojektes in einen vollwertigen wesentlichen neuen Dienst ist vorab das volle Prüfverfahren*

anzuwenden. Dabei sollten Umstände, die unmittelbar durch das Pilotprojekt entstanden sind (aufgelaufene Investitionskosten, durch das Pilotprojekt entstandene Nachfrage), von der Beurteilung eines Projektes ausgeklammert werden.

6. Änderungen in der vorgeschlagenen Kostenzuordnung sind zwingend erforderlich, um erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen zu verhindern (Rn. 76 ff.)

Mit einiger Verwunderung haben wir festgestellt, dass die Kommission für den Bereich des öffentlich-rechtlichen Rundfunks von ihrer sonstigen Praxis im Rahmen der Dienstleistungen der Daseinsvorsorge erheblich abweicht. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb eine proportionale Zuweisung von Kosten, wie etwa in der Richtlinie über Postdienste (RL 97/67/EG geändert durch RL 2008/06/EG), nicht auch auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk Anwendung finden kann. Dort heißt es

iv) gemeinsame Kosten, die sowohl für den Universaldienst als auch für Dienste, die nicht zum Universaldienst gehören, notwendig sind, werden angemessen aufgeteilt; dieselben Kostenfaktoren sind sowohl für den Universaldienst als auch für Dienste, die nicht zum Universaldienst gehören anzuwenden.“

Eine klare Kostenzuordnung auch im Bereich der in Rn 84 und 85 erwähnten Kosten ist in privatwirtschaftlich organisierten Unternehmen möglich. Es ist daher aus unserer Sicht nicht ersichtlich, weshalb das, was in privaten Unternehmen und anderen Sektoren der Daseinsvorsorge machbar ist, nur im öffentlich-rechtlichen Rundfunk nicht möglich sein soll. Dies gilt jedenfalls für die gemeinsam genutzten Ressourcen in Rn. 84 (Gebäude, Personal, Geräte, feste Einrichtungen). Bei dem von der Kommission propagierten Modell würde den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten geradezu aufgegeben werden, die Kosten für die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags willkürlich und stets sehr hoch anzusetzen. Damit wäre in jedem Fall gesichert, dass diese Kosten staatlich zu finanzieren wären.

➤ Wir regen an Rn 83 wie folgt zu ändern und Rn 84 in Gänze zu streichen:

*83. Kosten, die ausschließlich im Zusammenhang mit Tätigkeiten außerhalb des öffentlich-rechtlichen Auftrags entstanden sind (z. B. Marketingkosten im Zusammenhang mit Werbung), sollten stets klar als solche gekennzeichnet und getrennt ausgewiesen werden. Input-Kosten für die gleichzeitige Entwicklung von Tätigkeiten innerhalb und außerhalb des öffentlich-rechtlichen Auftrags sollten verhältnismäßig gemäß ihrem jeweiligen Anteil den Tätigkeiten innerhalb und außerhalb des öffentlich-rechtlichen Auftrags zugewiesen werden. **Dabei handelt es sich beispielsweise um die gemeinsame Nutzung von Ressourcen (Personal, Geräte, feste Einrichtungen usw.)** sowie um Investitionskosten im Zusammenhang mit dem Kauf eines Bündels an Rundfunkfrequenzen, die für kommerzielle und öffentlichrechtliche Kanäle genutzt werden, sowie um Kosten der Entwicklung einer neuen Plattform oder der Erschließung eines neuen Tätigkeitsfelds.*

Nur in Ausnahmefällen - wie dem in Rn 85 - genannten sind unter hinreichender Begründung, weshalb jeweils eine Kostenzuordnung und damit die Einhaltung der Vorgaben aus Art. 87 EGV nicht möglich ist, andere Regeln vorzusehen. Hier schlägt die ProSiebenSat.1 Group vor Rn 84 wie folgt zu ergänzen:

84. Nur in Fällen, in denen eine angemessene Aufteilung aus wesentlichen Gründen nicht möglich ist, sollten die gemeinsamen Input-Kosten anhand der Differenz zwischen den Gesamtkosten des Unternehmens mit den und ohne die sonstigen Tätigkeiten zugewiesen werden. In solchen Fällen müssen Kosten, die in voller Höhe den öffentlich-rechtlichen Tätigkeiten zuzurechnen sind, gleichzeitig jedoch Tätigkeiten außerhalb des öffentlich-rechtlichen Auftrags zu Gute kommen, nicht zwischen diesen beiden Tätigkeiten aufgeteilt werden, sondern können in voller Höhe der öffentlich-rechtlichen Tätigkeit zugewiesen werden. Zu diesem Zweck ist von der Hypothese auszugehen, dass die nicht dem öffentlich-rechtlichen Auftrag zuzuordnenden Tätigkeiten eingestellt werden. Der so eingesparte Betrag stellt die gemeinsamen Kosten dar, die den Tätigkeiten außerhalb des öffentlich-rechtlichen Auftrags zuzuweisen sind.

*Diese Abweichung von den Gepflogenheiten in anderen Bereichen der Daseinsvorsorge geht auf die Besonderheiten des öffentlich-rechtlichen Rundfunksektors zurück. Im Bereich des öffentlich-rechtlichen Rundfunks müssen bei der Berechnung der Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags die Nettogewinne aus kommerziellen Tätigkeiten, die mit den öffentlich-rechtlichen Tätigkeiten in Verbindung stehen, berücksichtigt werden, so dass für die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags ein geringerer Ausgleich zu zahlen ist. **In einem solchen Fall ist zur Vermeidung von Wettbewerbsbeeinträchtigungen durch Überkompensation allerdings der Betrag als Nettogewinn abzuziehen, der unter Zugrundelegung der durch den öffentlich-rechtlichen Anbieter tatsächlich erzielten Marktanteile sowie der durchschnittlichen Werbepreise des betroffenen Anbieters von einem privaten Anbieter hätten erzielt werden können.** Dadurch verringert sich die Gefahr einer Quersubventionierung, die vorliegt, wenn gemeinsame Kosten ausschließlich öffentlich-rechtlichen Tätigkeiten zugewiesen werden.“*

Mittels dieser Ergänzung könnte sichergestellt werden, dass die aus der staatlichen Finanzierung erwachsenden Vorteile für die öffentlich-rechtliche Anstalt und damit die Nachteile für private Wettbewerber ausgeglichen würden und eine Überkompensation ausgeschlossen bliebe. Damit könnte gerade im Bereich des Erwerbs von Premium-Rechten ein level playing field und damit fairer Wettbewerb wiederhergestellt werden.

7. Keine überproportionalen Rücklagen (Rn. 94)

Die ProSiebenSat.1 Group steht der von der Kommission in Rn 94 als noch zulässig erachteten Höhe von Rücklagen äußerst kritisch gegenüber, da sie einer Überkompensation Vorschub leistet. Bei voller staatlicher Finanzierung ist nicht recht ersichtlich, weshalb eine solche Rücklage erforderlich sein soll. Um eine Überkompensation zu verhindern, ist zumindest erforderlich, dass die Rücklage jährlich aufgelöst wird. Sollten in mehreren aufeinanderfolgenden Jahren Rücklagen nicht benötigt worden sein, so hat der Mitgliedstaaten auf die grundsätzliche Überprüfung der finanziellen Ausstattung der öffentlich-rechtlichen Anstalten hinzuwirken. Es sollte ferner in der Mitteilung erläutert werden, dass die Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer Gestaltungsmöglichkeiten Sorge dafür Tragen, dass die Rücklagen tatsächlich nur für auftragsbezogene Kosten verwandt werden um Quersubventionierungen zu verhindern. Andernfalls käme den kommerziellen Aktivitäten mit der Möglichkeit des Rückgriffs auf die Rücklagen letztlich etwas zugute, das ein privates Unternehmen nur mittels kostenpflichtiger Finanzierungsgarantien der Banken erreichen könnte.

8. Die Nichtverwendung erworbener Rechte sollte grundsätzlich zu Sublizenzierung verpflichten um Marktverzerrung zu verhindern (Rn 103)

Die in Rn. 103 erfreulicherweise aufgeführten Beispiele für eine unangemessene Marktverzerrung durch nicht genutzte Premium-Rechte sind aus unserer Sicht ohne weiteres auf sämtliche Inhalte zu erstrecken. Denn selbst bei Inhalten, die nicht den Premium-Inhalten zuzurechnen sind, kann dies sich bei systematischer Vorgehensweise negativ auf die Programmakquise privater Anbieter auswirken.

- Wir regen folgende Änderung in Rn. 103 an:

*103. Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten dürfen bei der Ausübung ihrer öffentlich-rechtlichen Tätigkeiten keinen Tätigkeiten nachgehen, die unangemessene Wettbewerbsverzerrungen hervorrufen würden. Beispielsweise kann die Ausstrahlung von Premium-Inhalten zum öffentlich-rechtlichen Auftrag einer öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt gehören. Hält jedoch eine öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt Rechte an Premium-Inhalten (z. B. Premium-Sportrechte), ohne sie zu nutzen oder über Sublizenzierung weiterzugeben, so hat dies unangemessene Marktverzerrungen zur Folge. Wenn öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten die öffentlichen Ausgleichszahlungen systematisch einsetzen, um private Wettbewerber in Auktionen zur Vergabe von Premium-Rechten zu überbieten, kann dies ferner zur Verdrängung der privaten Wettbewerber und damit zu einer dem gemeinsamen Interesse zuwiderlaufenden Beeinträchtigung der Handels- und Wettbewerbsbedingungen führen, ohne dass dies für die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags notwendig wäre. Um derartiges wettbewerbsschädliches Verhalten auszuschließen, fordert die Kommission die Mitgliedstaaten auf, den allgemeinen Rahmen für den Erwerb, die Nutzung und die etwaige Sublizenzierung von Premium-Rechten durch öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten transparenter zu gestalten. **Sofern eine öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt nicht selbst in der Lage ist, erworbene Rechte an Inhalten zu nutzen, sollten diese generell zur Sublizenzierung an Dritte freigegeben werden. Die Sublizenzregelungen sind so zu gestalten, dass sie einen Zugang Dritter zu diesen Rechten nicht schon durch unzumutbare vertragliche Regelungen verhindern.***

9. Rechte Dritter in den Verfahren sind zu stärken (Rn. 59, 107)

Die ProSiebenSat.1 Group begrüßt, dass die Kommission sich in der Mitteilung für eine längst überfällige Stärkung der Rechte Dritter im Zusammenhang mit Beauftragung und Kontrolle der Finanzierung und Aktivitäten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ausspricht. Im Rahmen der Beteiligung Dritter an den Vorprüfungsverfahren neuer Dienste (Rn 59) sollte - angesichts der sich in Deutschland bereits abzeichnenden Unsicherheit - in der Mitteilung klargestellt werden, dass die Dritten gerade auch zu den marktlichen Auswirkungen Gehör finden sollten. Darüber hinaus hat sich in den ersten Erfahrungen in Deutschland herausgestellt, dass seitens der Mitgliedstaaten sichergestellt werden sollte, dass Dritten die Kenntnisnahme von der Eröffnung eines public value Tests auch tatsächlich und leicht möglich ist. Wegen der zum Teil aufwendigen Analyse von Projekten und ihrer erwarteten Auswirkungen sollte die Stellungnahmefrist für Dritte angemessen bemessen sein.

- Die ProSiebenSat.1 Group regt daher folgende Ergänzung zu Rn 59 an:

*59. Es obliegt den Mitgliedstaaten, unter Berücksichtigung der Besonderheiten ihres einzelstaatlichen Rundfunksystems jenen Mechanismus zu wählen, der die Vereinbarkeit wesentlicher neuer Dienste mit dem Protokoll von Amsterdam am besten sicherstellt. Um Transparenz zu gewährleisten und alle für eine fundierte und ausgewogene Entscheidung erforderlichen Informationen zu erhalten, ist Betroffenen das Recht einzuräumen, zu den geplanten neuen Diensten **sowie zu den erwarteten marktlichen Auswirkungen dieser Dienste** vor deren Genehmigung Stellung zu nehmen. **Die Mitgliedstaaten sollten darauf achten, dass die Möglichkeit der Stellungnahme für Dritte von diesen durch eine geeignete Veröffentlichung der Eröffnung des Verfahrens auch wahrgenommen werden kann. Auch sollte den Dritten eine angemessene Frist zur Stellungnahme eingeräumt werden.** Das Ergebnis der Prüfung sowie die Gründe für die Entscheidung sind öffentlich zugänglich zu machen.*

Noch bedeutsamer als die Möglichkeit der Stellungnahme in Rahmen des public value Tests ist jedoch das in Rn. 107 erwähnte Recht Dritter, unbeschadet der Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften, Beschwerden über mutmaßliches wettbewerbsschädigendes Verhalten bei einer von der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt unabhängigen Stelle einreichen zu können. Eine derartige Möglichkeit, sofern diese Stelle effektiv arbeiten könnte, würde erheblich dazu beitragen, bedenkliches Verhalten bereits auf mitgliedstaatlicher Ebene einer genauen Überprüfung zu unterziehen und ggf. Abhilfe- und Sanktionsmaßnahmen zu ergreifen.

- Die ProSiebenSat. 1 Group spricht sich daher explizit für die Beibehaltung von Rn. 107 aus

Abschließend möchten wir nochmals unterstreichen, dass wir die grundsätzliche Ausrichtung und das Ziel der Mitteilung unterstützen. Wie bereits eingangs betont, kann die Mitteilung einen Beitrag dazu leisten, in Zukunft die Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten durch ein höheres Maß an Transparenz und gesellschaftlicher Akzeptanz zu verbessern und zugleich bedenkliche Wettbewerbsverzerrungen erst gar nicht entstehen zu lassen oder diese bereits auf mitgliedstaatlicher Ebene zügig zu beseitigen. Wir sichern Kommissarin Kroes hiermit unsere Unterstützung für die dringend benötigte Überarbeitung der Mitteilung zu.

Wir sind auch zu diesem Thema sehr an einem offenen und konstruktiven Dialog mit der Kommission aber auch mit anderen Beteiligten dieser Diskussion interessiert.

Kontakt:

Els Hendrix, LL.M. (Bruges)
Rechtsanwältin
Head of European Affairs

ProSiebenSat.1 Media AG

Jägerstr. 32
10117 Berlin

<mailto:els.hendrix@ProSiebenSat1.com>

www.ProSiebenSat1.com