



Entwurf einer Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften für staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk

Stellungnahme des ZDF zu dem revidierten Entwurf vom 08. April 2009

Das ZDF begrüßt die Überarbeitung des Entwurfs der Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften für staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk. Hervorzuheben ist die Anerkennung des Grundsatzes der Technologieneutralität und der redaktionellen Unabhängigkeit der öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter. Das ZDF begrüßt zudem, dass die Kommission im Zusammenhang mit der Durchführung der ex ante-Beurteilung neuer Angebote auf die effektive Unabhängigkeit der durchführenden Stelle abhebt und nicht auf das formale und irreführende Kriterium der Externalität der die Prüfung durchführenden Stelle. Zuletzt ist positiv, dass der Entwurf vom 08.04.2009 auf eine Reihe von Details, Beispiele und Kriterien verzichtet und dadurch die Komplexität und Kleinteiligkeit des vorangegangenen Entwurfs reduziert und zugleich deutlicher macht, in welcher Weise die Europäische Kommission europäisches Beihilferecht im Bereich des öffentlich-rechtlichen Rundfunks künftig anwenden will. Durch den Verzicht auf allzu kleinteilige Regelungen können die Mitgliedstaaten außerdem die Beauftragung ihres öffentlich-rechtlichen Rundfunks besser an den jeweiligen kulturellen Eigenarten ausrichten, als dies beim Vorentwurf der Fall war.

Der Mitteilungsentwurf greift in weiten Teilen auf Verfahren und Kriterien zurück, die Gegenstand der Entscheidung der Kommission vom 24.04.2007 im deutschen Verfahren waren. Das ZDF beschränkt sich daher nachstehend auf eine grundsätzliche und drei spezifische Anmerkungen:

1. Refined Economic Approach

Eine angemessene Umsetzung der Beihilferegeln im EG-Vertrag muss vom Umstand des Marktversagens im frei empfangbaren Fernsehen sowie bei den werbefinanzierten Onlineangeboten ausgehen (vgl. Aktionsplan Staatliche Beihilfen, wo Marktversagen als wichtiger Rechtfertigungsgrund für Beihilfen genannt wird). Es gibt gute Gründe dafür, dass Mitgliedstaaten ihren öffentlich-rechtlichen Rundfunk mit publizistischen Aufgaben im Bereich des frei empfangbaren Fernsehens sowie mit unentgeltlichen Onlineangeboten betrauen. Diese Gründe liegen in den spezifischen Merkmalen von frei empfangbarem Fernsehen und Onlineangeboten als ökonomischen Gütern, die sich durch Nicht-Rivalität im Konsum und durch Nicht-Ausschließbarkeit auszeichnen. Außerdem haben hochwertige publizistische Inhalte positive Effekte auf die Gesellschaft. Als Beispiel kann auf die integrierende und demokratiefördernde Funktion des Rundfunks verwiesen werden. Negative externe Effekte sind beispielsweise Gewaltbereitschaft oder politisches Desinteresse. Beim

frei empfangbaren Fernsehen und unentgeltlichen Onlineangebote werden diese Vor- und Nachteile einzelner Programme und Dienste nicht im Rahmen einer marktlichen Tauschbeziehung berücksichtigt. Dadurch besteht für Anbieter kein finanzieller Anreiz, Inhalte mit positiven externen Effekten zu produzieren.

Wegen der vorstehend genannten Problematik des fehlenden Steuerungsmechanismus Preis und der evidenten Marktversagenstatbestände können frei empfangbares Fernsehen und kostenfreie Onlineangebote den Zuschauern und Nutzern nicht in der gesellschaftlich gewünschten Qualität marktmäßig zur Verfügung gestellt werden. Weil es dieses Marktversagen gibt, sind auch aus ökonomischer Sicht staatliche Maßnahmen gerechtfertigt, die darauf zielen, dieses Marktversagen zu beheben. So ist die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks mit zuschaueradäquaten (*consumer value*) und gesellschaftlich gewollten (*citizen value*) Diensten und Programmen gerechtfertigt. Dieser Gesichtspunkt ist im Rahmen der Prüfung des Beihilfentatbestandes beim Merkmal der Wettbewerbsverfälschung zu berücksichtigen. Denn wo der Wettbewerb aufgrund seiner spezifischen ökonomischen Strukturen versagt, kann nicht jeder Eingriff des Staates per se eine Wettbewerbsverfälschung darstellen. Dies wäre im Rahmen des *Refined Economic Approach* beim Merkmal der Wettbewerbsverfälschung gemäß Art. 87 Abs. 1 EGV in Rechnung zu stellen.

Aus dem vorstehenden Hinweis resultieren keine konkreten Änderungsvorschläge.

2. Der Beitrag des neuen Dienstes zum publizistischen Wettbewerb (Rz. 88)

Bei der Beschreibung der Kriterien, nach denen neue Angebote vor ihrer Aufnahme zu untersuchen sind, werden die Bedeutung des publizistischen Wettbewerbs und des Beitrags des geplanten Angebots zum publizistischen Wettbewerb vernachlässigt. Nach Rz. 88 haben die Mitgliedstaaten auf der Grundlage der Ergebnisse der öffentlichen Anhörung die Auswirkungen neuer Dienste auf *den Markt* zu untersuchen, die *Marktstruktur*, die *Marktstellung* und der Grad des Wettbewerbs. Nach Auffassung des ZDF muss eine Gesamtabwägung erfolgen, so dass in die Prüfung ebenfalls mit einzubeziehen ist, inwieweit das geplante Angebot den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft entspricht und in welchem Umfang das Angebot in qualitativer Hinsicht zum publizistischen Wettbewerb beitragen wird. Mit einer entsprechenden Ergänzung der Mitteilung könnte die Kommission dem Umstand Rechnung tragen, dass der öffentliche, publizistische Nutzen eines neuen Angebots den Wettbewerb um Qualität zwischen einzelnen Medien, aber auch zwischen verschiedenen Anbietern von Medien zum Nutzen der gesamten Gesellschaft stimulieren kann. Diesem Umstand trägt auch das von der Kommission in ihrer Entscheidung vom 24.04.2007 akzeptierte Prüfverfahren Rechnung, wie es nunmehr mit dem 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrag gesetzlich festgeschrieben ist.

Das ZDF regt deshalb an, Rz. 88 durch einen neuen Satz 2 wie folgt zu ergänzen:

(...) haben die Mitgliedstaaten auf der Grundlage der Ergebnisse der öffentlichen Anhörung die Gesamtauswirkungen neuer Dienste auf dem Markt zu untersuchen, indem sie die Situation beim Bestehen des geplanten neuen Dienstes mit der Situation ohne ihn vergleichen. Dabei sind der Beitrag des geplanten neuen audiovisuellen Dienstes zum publizistischen Wettbewerb und die Auswirkungen auf dem Markt zu berücksichtigen. Im Rahmen der Prüfung der Auswirkungen auf den Markt sind unter anderem folgende Aspekte zu untersuchen: (...)

3. Der Begriff des „klaren Mehrwerts“ (Rz. 48, 88) ist irreführend

In Rz. 48 heißt es, ein offensichtlicher Fehler der Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrags liege vor, wenn Dienste oder Programme finanziert werden, die den Bürgern „*keinen klaren Mehrwert*“ bieten. Nach Rz. 88 soll die staatliche Finanzierung eines neuen Dienstes bei überwiegend nachteiligen Auswirkungen auf den Markt nur dann verhältnismäßig sein, wenn sie der Gesellschaft einen *klaren Mehrwert* bietet. In Rz. 11 des Mitteilungsentwurfs wird zurecht auf die besondere Rolle öffentlich-rechtlicher Dienstleistungen im EG-Vertrag sowie auf Art. 16 EGV verwiesen. Danach ist auch bei der Anwendung von Art. 86 Abs. 2 EGV der Stellenwert zu berücksichtigen, den Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse innerhalb der gemeinsamen Werte der Union einnehmen. Aus Art. 16 EGV folgt eine Funktionsgarantie der gemeinwirtschaftlichen Dienste, die der Gemeinschaft ebenso wie den Mitgliedstaaten obliegt.

Vor diesem Hintergrund sollte die Mitteilung deutlich machen, dass an den klaren Mehrwert seitens der Kommission keine Anforderungen gestellt werden, die im Widerspruch zu Art. 16 EGV stehen. In diesem Zusammenhang wird in Rz. 48 zwar zutreffend festgestellt, dass es nicht der Kommission obliegt, zu entscheiden, welche Programme als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse anzubieten sind, noch Art oder Qualität eines bestimmten Dienstes in Frage zu stellen. Bei der Frage, wann öffentlich-rechtliche Programme und Dienste eine legitime Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sind, ist aber zu berücksichtigen, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk seine Programme und Dienste im publizistischen Wettbewerb mit privaten Akteuren erbringt. Insofern darf für den „klaren Mehrwert“ öffentlich-rechtlicher Angebote nicht verlangt werden, dass einzigartige, von Privaten gar nicht angebotene Inhalte Gegenstand des betreffenden Dienstes sind. Es muss ein Mehrwert im Sinne einer Unterscheidbarkeit und einer qualitativen Ergänzung in der Reihe der den Nutzern zur Verfügung stehenden Dienste und Angebote genügen. Das ZDF regt daher an, in den Rz. 48 und Rz. 88 statt von einem klaren Mehrwert von einem „qualitativen Beitrag“ zum publizistischen Wettbewerb zu sprechen.

Das ZDF regt an, Rz. 48, letzter Satz wie folgt zu ändern:

Ein offensichtlicher Fehler liegt auch vor, wenn staatliche Beihilfen zur Finanzierung von Tätigkeiten verwendet werden, die keinen qualitativen Beitrag zum publizistischen Wettbewerb leisten die den Bürgern keinen klaren Mehrwert bieten., gleichzeitig aber zu unverhältnismäßigen Wettbewerbsverzerrungen führen und den grenzüberschreitenden Handel beeinträchtigen (s. dazu auch Abschnitt 6.7).

Rz. 88 letzter Satz sollte wie folgt gefasst werden:

Sind die Auswirkungen auf den Markt überwiegend nachteilig, so dürfte eine staatliche Finanzierung zugunsten der audiovisuellen Dienste nur dann verhältnismäßig sein, wenn diese sie der Gesellschaft ~~auch gegenüber dem gesamten bestehenden öffentlich-rechtlichen Angebote~~ einen qualitativen Beitrag zum publizistischen Wettbewerb klaren Mehrwert bieten.

4. Es bedarf keiner Regelungen über die Sublizenzierung von Premiumrechten und zum systematischen Überbieten bei Premiumprogrammrechten (Rz. 92 und 95).

Die Bedenken, ein entsprechend der Vorgaben des europäischen Beihilfenrechts betrauter und entsprechend den Grundsätzen des Nettokosten-Prinzips und des Verbots der Überkompensierung finanzierter öffentlich-rechtlicher Rundfunk könne systematisch, d.h. durchgängig, private Wettbewerber überbieten, ist nicht gerechtfertigt. Die tatsächliche Stellung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, insbesondere des ZDF, auf den Märkten für wichtige Programmrechte belegt, dass es kein systematisches Überbieten privater Wettbewerber gibt. Für Deutschland ist dies im 2007 abgeschlossenen Beihilfverfahren ausdrücklich festgestellt worden.

Die Frage, ob Marktteilnehmer, beispielsweise der öffentlich-rechtliche Rundfunk, wichtige Programmrechte halten, ohne sie zu nutzen und dadurch nachgelagerte Märkte beeinträchtigen, ist kartellrechtlicher Natur. Art. 81 EGV, und die korrespondierenden mitgliedstaatlichen Regelungen gewährleisten effektiven Schutz der nachgelagerten Märkte und bieten Rechtssicherheit. Die Formulierung in Rz. 92 ist insofern missverständlich, als ihr ein Sonder-Kartellrecht für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk entnommen werden könnte. Ein solches Sonderrecht für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk sieht die Art. 81 EGV konkretisierende Kartellverordnung jedoch nicht vor.

Das ZDF regt an, folgende Streichung in Rz. 92 vorzunehmen:

Beispielsweise kann der Erwerb von Premiuminhalten im Rahmen des allgemeinen öffentlich-rechtlichen Auftrags einer öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt in der Regel als gerechtfertigt angesehen werden. ~~Hält hingegen eine öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt ausschließliche Premiumrechte, ohne sie zu nutzen oder rechtzeitig und in transparenter Weise eine Sublizenzierung anzubieten, so hat dies unverhältnismäßige Marktverzerrungen zur Folge. Daher fordert die~~ Die Kommission fordert die Mitgliedsstaaten auf sicherzustellen, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten den Grundsatz der Verhältnismäßigkeiten auch mit Blick (...)

In Rz. 95 sollte folgende Streichung vorgenommen werden:

Angesichts der unterschiedlichen Marktsituationen sind die Einhaltung der Marktprinzipien durch die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ~~und insbesondere die Fragen, ob öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt bei ihrem kommerziellen Angebot Preise unterbieten oder ob sie im Zusammenhang mit dem öffentlich-rechtlichen Auftrag systematisch überhöhte Gebote für Premiumprogrammrechte abgeben,~~ unter Berücksichtigung der Besonderheiten der betreffenden Märkte und Dienste im Einzelfall zu prüfen.

Mainz, 04.05.2009