

Herbert Ungerer

Deputy Director General, European Commission, Directorate General
Competition

Die EU und der Amsterdam Test -

- **Grundbedingungen und nationaler Spielraum -**

Der Drei-Stufen-Test im Kontext

(The European Union and the Amsterdam test

- basic principles and flexibility for Member States -

the German Drei-Stufen-Test in context)

Institut für Medien- und Kommunikationspolitik, Berlin, und Erich Pommer
Institut, Potsdam

Berlin, 25 May 2009

Sehr geehrte Damen und Herren,

Lassen Sie mich zunächst dem Institut für Medien- und Kommunikationspolitik und dem Erich Pommer Institut für die Möglichkeit danken¹, hier zu Beginn dieser Diskussion über die Implementierung des neuen Drei-Stufen-Tests bei Einführung neuer Telemediendienste der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in der Bundesrepublik einige Worte zu sagen. Die Diskussion kommt zur rechten Zeit—kurz vor der endgültigen Umsetzung des neuen Konzept und der europaweiten Klarstellung durch die bevorstehende Novellierung der europäischen Rundfunkmitteilung. Es geht um die Sicherstellung eines zukunftsfähigen Konzeptes für das Zusammenleben des öffentlich-rechtlichen und privaten Sektors in der zukünftigen Medienlandschaft, die wesentlich durch Internet und Breitband geprägt sein wird.

Lassen Sie mich deshalb zunächst den neuen deutschen Drei Stufen Test in seinen europarechtlichen Zusammenhang stellen.

[Der Drei Stufen Test im EU-Kontext]

Der deutsche Dreistufen Test ist aus europäischer Perspektive gesehen eine Implementierung des sogenannten "Amsterdam Tests"—neben anderen Formen des Public Value Tests in anderen Mitgliedstaaten. Mit "Amsterdam Test" bezeichnen wir die **Vorabprüfung** jener Bedingungen, die der EU Vertrag an die Verwendung staatlicher Beihilfen im Fernseh- und Rundfunksektor knüpft.

Dazu stellt das Protokoll zum Vertrag von Amsterdam Folgendes klar:

"Die Bestimmungen des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft berühren nicht die Befugnis der Mitgliedstaaten, den öffentlich-rechtlichen Rundfunk zu finanzieren". Voraussetzung ist allerdings, dass "die Finanzierung der Rundfunkanstalten dem öffentlich-rechtlichen Auftrag (..) dient **und** die Handels- und Wettbewerbsbedingungen in der Gemeinschaft **nicht in einem Ausmaß**

¹ Der Sprecher ist derzeit Stellvtr. Generaldirektor der Generaldirektion Wettbewerb der europäischen Kommission, mit besonderer Verantwortung für die Bereiche Staatliche Beihilfen, Dienstleistungen der Daseinsfürsorge und sektorweite Untersuchungen. Der Beitrag gibt die persönliche Meinung des Verfassers wieder. Dank an Herrn Dr. Lukas Repa, Generaldirektion Wettbewerb.

beeinträchtigt, das dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft."

Dabei ist "den Erfordernissen der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags Rechnung zu tragen."

Im Klartext: Das Amsterdam Protokoll zielt auf einen grundlegenden Interessensausgleich zwischen den öffentlich-rechtlichen Anstalten und den Privaten sowohl im Fernsehen als auch in den anderen publizistischen Bereichen ab. Es geht einerseits um die Sicherstellung der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrages in seiner gesamten Breite, gleichzeitig aber auch darum, ein crowding out von Privaten im Fernseh- und Printsektor durch einen unkontrollierten subventionierten Markteintritt der öffentlich-rechtlichen Anstalten in die Bereiche der neuen Medien zu verhindern. Die EU ihrerseits muss sicherstellen, dass es durch subventionierten Markteintritt auf dem Rücken der Gebührenzahler nicht zu nationaler Marktabschottung zwischen den Mitgliedstaaten vor allem auch im Bereich der neuen Medien kommt.

Aufgabe der EU Kommission ist demnach, die Handels- und Wettbewerbsverzerrungen des staatlich finanzierten Rundfunks zu beurteilen und dann einzuschreiten, wenn die staatliche Finanzierung nicht mehr "*im gemeinsamen Interesse*" der Europäischen Union liegt.

Diese **Interessensabwägung** hat die Kommission seit Ende der neunziger Jahre in einer Reihe von grundlegenden Beihilfekontrollverfahren im Rundfunkbereich und den daraus folgenden Grundsatzentscheidungen präzisiert.² Die Kommission hat seit 2001 mehr als 20 solche Entscheidungen erlassen. Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in der EU erhalten jährlich mehr als 22 Mrd. Euro an Gebühren oder direkter staatlicher Unterstützung und liegen damit traditionell in Bezug auf den Gesamtumfang der erhaltenen Beihilfen an dritter Stelle hinter dem Agrar- und Verkehrssektor—wenn man von den außergewöhnlichen gegenwärtigen Krisenbeihilfen für den Bankensektor und den aktuellen Konjunkturtherhilfeprogrammen für die Realwirtschaft absieht.

² Ein frühes Beispiel ist die **BBC 24 Hours** Entscheidung vom 14.12.1999, in der die Kommission die Marktverzerrungen durch einen 24 Stunden Nachrichtenkanal der BBC mit dem öffentlichen Mehrwert desselben abgewogen hat. (http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-1998/n088-98.pdf).

Mit dem Auftreten der neuen Mediendienste drohten sich diese Einzelfallbeurteilungen allerdings in ein Mikromanagement von 27 Fernseh- und Rundfunksystemen auszuweiten.

Seit 2006 versuchen wir daher, die Mitgliedstaaten selbst zur Prüfung der Amsterdam Kriterien auf nationaler Ebene anzuregen. Denn: "**Ex ante Prüfung im Land erspart ex post Intervention aus Brüssel.**"

Konkret war die Einführung des **Drei-Stufen-Tests** Deutschlands Antwort auf die Erfordernisse im Rahmen der grundsätzlichen EU Beihilfeentscheidung zur Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in der Bundesrepublik vom Frühjahr 2007.³ Es ging dabei allein in der Bundesrepublik um eine Gesamtbeihilfe in Form der Rundfunkgebühren von fast 7 Mrd. Euro jährlich für ARD und ZDF während des untersuchten Zeitraums.

Der Drei-Stufen-Test ist zentraler Bestandteil jenes Maßnahmenpakets, das die Bundesländer mit der Kommission zur Beilegung des Beihilfe-Kontrollverfahrens ausarbeiteten, welches von der Klage der Privaten im Oktober 2002 ausgelöst wurde. Die Entscheidung wird bekanntlich mit dem 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrag vom Herbst letzten Jahres—der im Juni in Kraft treten soll—und begleitenden Maßnahmen der öffentlich rechtlichen Rundfunkanstalten umgesetzt.

[Amsterdam Tests in anderen EU-Ländern]

Die Einführung des Dreistufentests ist eine notwendige Maßnahme, die parallel zu den Entwicklungen in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union läuft:

- In **Großbritannien** wird seit 2006 ein ähnlicher Test durchgeführt, der sogenannte "Public Value Test" der BBC, von dem wir heute noch mehr hören werden. Hier

³ Entscheidung zur Beihilfesache E 3/05 Finanzierung des öffentlichen Rundfunks in Deutschland vom 24.4.2007, ABl C 185/1, 8.8.2007. Pressemitteilung IP/07/543 vom 24.4.2007 „Staatliche Beihilfen: Kommission stellt Untersuchung betreffend die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Deutschland ein“. Die nichtvertrauliche volle Fassung der Entscheidung findet sich auf http://ec.europa.eu/competition/state_aid/register/

gibt es bereits interessante Erfahrung aus der Praxis mit dem i player (von der Kontrollinstitution BBC Trust befürwortet aber abgeändert) und BBC local news (abgelehnt).

- Auch **Belgien** und **Irland** haben ähnliche nationale Prüfverfahren eingeführt. Beide sind in der Praxis noch nicht zur Anwendung gekommen.

- Die **Niederlande** haben mit dem Mediawet von 2008 ihre Variante eines Amsterdam Tests eingeführt. Das Verfahren wurde bereits einmal im Januar 2009 angewandt. Es ging um die Prüfung von zwei neuen Themenkanälen, 12 Radiokanälen und einigen Experimenten mit *narrowcasting* (Fernsehen in U-Bahn).⁴

- **Österreich** plant ebenfalls, mit dem neuen ORF-Gesetz noch 2009 einen Amsterdam Test einzuführen. Wir werden hierzu sicherlich Näheres während dieses Workshops hören.

[Der Drei Stufen Test im Detail]

Die Anforderungen des (deutschen) Dreistufentests sind den meisten hier bekannt. Deshalb nur ganz kurz zusammengefasst:

- Im 12. RundfunkÄStaatsV ist das Prüfverfahren in § 11 f (3) verankert.

- Die Prüfung sieht vor:
 - 1. Stufe: Inwieweit entspricht das geplante Angebot den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Deutschen Gesellschaft?—die Feststellung des „Public Value“,

⁴ Die niederländische Regierung hat den Antrag von NOS nach einigen Änderungen im April bewilligt. Ein Kontrollverfahren der EU Kommission ist noch anhängig.

- 2. Stufe: In welchem Umfang trägt das Angebot in qualitativer Hinsicht zum publizistischen Wettbewerb bei? Hierbei sind vergleichbare bestehende öffentliche Angebote und die Marktauswirkungen auf kommerzielle Anbieter zu berücksichtigen—die Feststellung des „*Market Impact*“,
- 3. Stufe: Ist der Finanzbedarf für das neue Angebot im Budget der Anstalten vorgesehen?—die Feststellung des „*Financial Impact*“.

Durch die Prüfung des journalistischen Wettbewerbs (2. Stufe) erfüllt der Drei Stufen Test auch das zweite Kernelement des Amsterdamer Protokolls, nämlich, ob die Marktauswirkungen verhältnismäßig sind.

Für die Implementierung des Tests wurde die sogenannte „Binnenlösung“ gewählt; Prüfung durch bestehende Gremien der öffentlich-rechtlichen Anstalten, deren unabhängige Prüf- und Entscheidungsfähigkeit zugesichert wird.

[Die "Binnenlösung" der Gremienprüfung]

Prüfinstanzen beim deutschen Dreistufentest sind damit die ARD Rundfunkräte und der ZDF Fernsehrat. Ich möchte nicht verschweigen, dass diese sogenannte „Binnenlösung“ lange umstritten war, weil den Räten eine gewisse Nähe zur Intendanz der Rundfunkanstalten nachgesagt wurde. Die EU hat diese Lösung in den Verhandlungen zum Implementierungspaket zu der Kommissionsentscheidung von 2007 auch nur unter Vorbehalten akzeptiert. Entscheidend wird sein, ob die Gremien effektiv unabhängig agieren und gegenüber der Intendanz auch tatsächlich kritisch auftreten.

Dies bedeutet konkret:

- Wir werden weiter beobachten, ob die Gremien dieser neuen Aufgabe gewachsen sind.

- Zunächst geht es um die buchstabengetreue Umsetzung gewisser **formeller Anforderungen an das Verfahren**, die vor allem auch durch spezielle Richtlinien von ARD/ZDF festgelegt wurden, die integraler Teil des Umsetzungspakets sind:
 - Erstens ist die faktische Unabhängigkeit des Rundfunk/Fernsehrats für die Durchführung des Verfahrens sicherzustellen (§ 13 Richtlinien ZDF/ARD),
 - Zweitens, müssen die Rundfunkräte / der Fernsehrat ausreichende Ressourcen zur unabhängigen Durchführung der Prüfungen im Rahmen des Tests erhalten (§ 13 Richtlinien ZDF/ARD)
 - Drittens, müssen die mit dem Verfahren befassten Mitarbeiter der Gremien gegenüber der Intendanz weisungsfrei gestellt werden (§ 13 Richtlinien ZDF/ARD).
 - Viertens, müssen den Gremien für die Durchführung des Tests ausreichende Haushaltslinien zur Verfügung stehen (§ 13 Richtlinien ZDF/ARD).

Wir werden sorgfältig beobachten, ob die Tests **im Allgemeinen dem Geist des Beihilfekompromisses** und des daraus resultierenden Implementierungspaketes entsprechen—mit anderen Worten: ob die Binnenlösung auch tatsächlich effektiv ist. Wie gewichtige Stimmen in diesem Lande bestätigen, wird es sich für die Rundfunkräte ganz allgemein um eine "Nagelprobe der Glaubwürdigkeit" handeln.

[Erste Erfahrungen]

Bekanntlich haben NDR und MDR den Drei Stufen Test bereits vor Inkrafttreten des 12. RfÄStV am 1. Juni 2009 **freiwillig** angewandt. Dies ist natürlich grundsätzlich **zu begrüßen**—selbst wenn die Bundesländer rein rechtlich gesehen derzeit noch keine Kompetenz haben, die Rechtmäßigkeit der Verfahren zu attestieren.

Lassen Sie mich zunächst klarstellen, dass die EU **Kommission sicher nicht die Rolle einer weiteren Prüfungsinstanz nach den Gremien** übernehmen will. Es ist ja Kern des gefundenen Kompromisses, dass die Bundesländer die Rechtmäßigkeit und Fairness eines Verfahrens sicherstellen.

Wir werden diese Tests aber dennoch mit Interesse verfolgen, um global die Glaubwürdigkeit der Binnenlösung beurteilen zu können.

Der vor kurzem durchgeführte NDR Mediathek Test ist in dieser Hinsicht nicht völlig unproblematisch.

Der NDR Rundfunkrat hat am 27 März dem Start der geplanten NDR Mediathek zugestimmt, nachdem diese einem Drei-Stufen-Test unterzogen wurde. Die Intendanz des NDR hatte für die Mediathek ein nach Verweildauern abgestuftes download Konzept erstellt⁵.

Der Test bezweckte, den Antrag auf Ausweitung der im RfÄST vorgesehenen on-line Verweildauer von 7 Tagen auf bis zu 12 Monaten zu überprüfen. Der Antrag stuft die Verweildauer—die mögliche Abrufdauer—nach Inhalten ab und begründet dies jeweils nach publizistischem Mehrwert.

Der NDR Rundfunkrat hielt in seiner Entscheidung Einnahmeverluste für regionales Privatfernsehen und -rundfunk und für Zeitungen durchaus für realistisch (S. 4). Er verwirft dies aber als irrelevant, weil laut Gutachter Angebote Dritter dadurch "kaum eingestellt" würden.

Nun ist der Marktaustritt Privater sicher die extremste Form der Wettbewerbsverzerrung. **Der Drei Stufen Test setzt einen solchen Marktaustritt aber nicht voraus**, um Einschränkungen auszusprechen. Es geht vielmehr um eine mehr nuancierte Abwägung des publizistischen Mehrwerts mit den Auswirkungen auf den publizistischen Wettbewerb.⁶ Deshalb scheint dieser Test in einem Sinne durchgeführt worden zu sein, der die Marktauswirkung sehr zugunsten des öffentlich

⁵ 24 Stunden Sport, 7 Tage aktuelle Sendungen, 3 Monate saisonal bedingte Sendungen und Beiträge, 6 Monate Hintergrundberichte zu Wirtschaft, Kultur und Politik, 12 Monate ausgewählte Beiträge zu bedeutsamen politischen, wirtschaftlichen, kulturellen und gesellschaftlichen Ereignissen.

⁶ Das zeigt auch ein Blick über die Grenze: In Großbritannien etwa hat der BBC Trust zum Schutz der Regionalmedien das BBC local news Projekt gänzlich auf Eis gelegt, obwohl das dem BBC Trust vorliegende Gutachten zum Schluss kam, dass Werbeeinnahmen privater Medien um nur 4% zurückgehen würden. Der Grund war, dass das Zuschauerinteresse am Angebot insgesamt sehr begrenzt war und daher auch ein Schaden von nur 4% nicht zu rechtfertigen war.

rechtlichen Antragsstellers auslegt und auf die Interessen der publizistischen Wettbewerber wenig eingeht. Diese Situation wird deshalb sorgfältig beobachtet werden müssen.

Der NDR Rundfunkrat verwarf zudem auch den Vorschlag des Gutachters, die publizistischen Gesichtspunkte des Verweildauerkonzeptes durch medienökonomische zu ergänzen. Dies erscheint riskant, weil der Rundfunkrat Schäden für private Medien (Regionalzeitungen und Regionalfernsehen) für durchaus realistisch hielt.

Es ist wichtig, diese Punkte kritisch anzusprechen, weil die nächsten Tests bereits in Vorbereitung sind bzw. laufen.

Lassen Sie mich hier auch einige Bemerkungen zum **MDR Drei Stufen Test** zu **Ki.KAplus⁷** und **KI.KA Kaninchen⁸** anfügen:

Dieser Test wird einen ähnlichen Zweck haben, wie jener des NDR Rundfunkrats. Auch hier geht es darum, die im Staatsvertrag gesetzten Abrufdauern für Mediatheken wesentlich auszuweiten.

Das Verfahren läuft noch. Wir hoffen, dass hier letztlich auch medienökonomische Gesichtspunkte bei der Beurteilung des Verweildauerkonzeptes berücksichtigt werden und unter Berücksichtigung der Stellungnahmen Dritter publizistischer Mehrwert und marktliche Auswirkungen angemessen abgewogen werden.

Der Ki.KAplus und Ki.KA Kaninchen Test ist auch verfahrensrechtlich von Interesse, weil sich erstmals konkrete Fragen zur Beteiligung Dritter stellten und Mängel beim

⁷ Die KI.KA(Kinderkanal)-Mediathek, mit dem Namen KI.KAplus, wird die gezeigten Programme altersgruppengerecht bündeln. KI.KAplus soll ein zeit- und ortsunabhängiges Abrufangebot werden und das momentan bestehende Onlineangebot www.kika.de ergänzen. Damit soll die ungeliebte 7-Tage-Frist (§ 11 RfÄStV) für Mediatheken im Kindersegment auf ein Jahr verlängert werden. Dabei begibt sich (laut Zeitungsmeldungen <http://carta.info/4084/mdr-drei-stufen-testchen/>) die MDR-Intendanz auf ein schwieriges Terrain: Zwar ist im Kinderbereich ein werbefreies und hochwertiges Angebot gesellschaftlich besonders wichtig—zugleich gibt es hier ein eng gestaffeltes Umfeld aus privatwirtschaftlichen Angeboten—von anderen TV-Sendern bis hin zu Schulbuchverlagen. Die BBC wurde ausgerechnet in einem ähnlichen Segment von ihrer Aufsicht zurückbeordert (BBC Jam).

⁸ Das zweite Angebot ist www.kikaninchen.de – ein Portal für Vorschüler. Hier sollen Angebote, die sich im Fernsehen speziell an Vorschüler richten, gebündelt und vertieft werden.

Schutz vertraulicher Daten Dritter auftraten. Dies dürften aber Anfangsprobleme sein, die sicher bald gelöst sein werden.

[Der Spielraum der Mitgliedstaaten bei der Umsetzung des Amsterdam Tests]

Damit zu meinem letzten Punkt: der Spielraum der Mitgliedstaaten bei der Umsetzung des Amsterdam- bzw. Public Value Tests.

Die Modalitäten des Drei-Stufen-Tests wurden im Rahmen des Kompromisses zur Umsetzung der Forderungen der EU Beihilfeentscheidung zur Finanzierung der deutschen Rundfunkanstalten von 2007 ausgearbeitet und sind nun Teil der Umsetzung durch den 12. RfÄStV bzw. die begleitenden ARD/ZDF Richtlinien.

Wie erwähnt, haben andere Mitgliedstaaten Public Value Tests in anderer Weise umgesetzt bzw. beabsichtigen dies zu tun. Allgemein beschränken sich die Vorgaben der EU Kommission zur Gestaltung eines "Amsterdam Tests" auf einige grundlegende Prinzipien, deren Beachtung aber kritisch sein wird:

- Wie den meisten hier bekannt, hat die Kommission im April einen zweiten Entwurf für die Überarbeitung der EU Rundfunkmitteilung veröffentlicht und hierzu bis zum 8. Mai eine öffentliche Konsultation durchgeführt⁹. Wir werden gegenwärtig, zusammen mit den Mitgliedstaaten, die Resultate dieser Konsultation aus.
- Dieser zweite Entwurf der Kommission für eine novellierte Mitteilung über staatliche Beihilfen für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk sieht vor, dass die Mitgliedstaaten (i) auf Basis einer öffentlichen Anhörung die (ii) Gesamtauswirkungen neuer Dienste am Markt untersuchen und (iii) negative Auswirkungen auf private publizistische Angebote gegen den öffentlichen Mehrwert des neuen Angebots abwägen (§ 88).

⁹ Entwurf einer Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk vom 8.4.2009 auf http://ec.europa.eu/competition/consultations/2009_broadcasting_review/index.html

- Über diese Kernelemente hinaus lässt der Entwurf den Mitgliedstaaten einen weiten Spielraum bei der Gestaltung des Tests. Der Entwurf gibt zum Beispiel den Mitgliedstaaten Spielraum bei der Festlegung:
 - Wann eine audiovisuelle Dienstleistung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks als "neu und wesentlich" anzusehen und daher einem Test zu unterziehen ist,
 - Welche Behörden eines Mitgliedstaates die Prüfung vornehmen. So wird im Entwurf die jeweilige nationale Rundfunkordnung—wie die föderale Rundfunkordnung in der Bundesrepublik—voll respektiert,
 - Wie das Verfahren im Detail aussehen soll (Fristen, Einbeziehung von Sachverständigen).

- **Zwingend ist aber**, die Transparenz des Verfahrens zu garantieren und die Unabhängigkeit und Wirksamkeit des Tests zu garantieren. **Stellungnahmen Dritter** und die Entscheidung am Ende des Tests sind zu veröffentlichen. Die Entscheidungen sind zu begründen. Insbesondere muss die **effektive Unabhängigkeit** des Entscheidungsträgers gegenüber der Intendanz der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt sichergestellt werden.

- Die Amsterdam Tests in den Mitgliedstaaten werden daher in Hinblick auf das Verfahren entsprechend den national gewachsenen Rahmenbedingungen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks gestaltet werden¹⁰, müssen aber diese Grundprinzipien garantieren—dies im allgemeinen öffentlichen Interesse und im Interesse des publizistischen Wettbewerbs.

¹⁰ So haben die Niederlande für ihren Amsterdam Test vorgesehen, dass Dritte gegen die Entscheidung des Kulturministers Berufung vor einem Verwaltungsgericht erheben können. In Deutschland wurde von dieser Möglichkeit nicht Gebrauch gemacht. Dritte werden nur gehört, sie können aber keine Berufung einlegen. Beide Lösungen sind mit dem Entwurf für die Rundfunkmitteilung vereinbar.

[Abschließend]

Die in den verschiedenen EU Mitgliedsstaaten bereits gemachten oder nun bevorstehenden Erfahrungen zum Public Value bzw. Amsterdam Test werden für die Sicherstellung eines fairen EU weiten publizistischen Wettbewerbs wesentlich sein.

Die Implementierung des Drei-Stufen-Tests in Deutschland wird hier einen wichtigen Beitrag leisten.