

- > Präzisierung des öffentlichen Auftrags ist der Kern des 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrages
- > Drei-Stufen-Test führt zu einer größeren Verantwortung der binnenpluralen Aufsicht
- > Kommerziellen Tätigkeiten der Öffentlich-Rechtlichen sollen in Tochtergesellschaften ausgliedert werden

Die Umsetzung des EU-Kompromisses im 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrag

> Von Rechtsanwalt Thomas Kleist, Staatssekretär a.D., Direktor des Instituts für Europäisches Medienrecht (EMR), Saarbrücken/Brüssel



> Thomas Kleist

Geboren: **1955**

Studium der Rechtswissenschaften

1980 bis 1983 wissenschaftlicher Mitarbeiter

1985 Direktor und Vorstandsvorsitzender der Landesanstalt für das Rundfunkwesen des Saarlandes

Bis **1999** Staatssekretär im Saarland

Seit **2000** Rechtsanwalt und Unternehmensberater in den Bereichen Medien und Krankenhausmanagement

Seit **2000** Direktor des Instituts für Europäisches Medienrecht, Saarbrücken und Brüssel

Vorsitzender des Verwaltungsrates des SR

Ende 2006 erzielten Deutschland und die EU-Kommission im Rahmen eines Verfahrens über die beihilferechtliche Zulässigkeit der deutschen Rundfunkgebühr eine Einigung über die Eckpunkte der Aufgabenbeschreibung und Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Deutschland verpflichtete sich, die nationale Regelung anzupassen. Die Kommission stellte das Beihilfverfahren am 24. April 2007 ein, und zwar auf Basis der Zusagen der Bundesrepublik Deutschland, welche durch die Bundesländer als Rundfunkgesetzgeber umzusetzen sind. Nachfolgend werden einige Eckpunkte vorgestellt, die im Verfahren des 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrages, der frühestens ab 2009 gelten wird, eine Rolle spielen werden.

I. Öffentlicher Auftrag und seine Finanzierung

I. Bestimmung des Auftrags

Zentrale Bedeutung kommt der Präzisierung des Begriffs des „öffentlichen Auftrags“ zu. Die Kommission hatte bemängelt, dass eine präzise Definition des dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk übertragenen „öffentlichen Auftrags“ fehle, insbesondere im Hinblick auf digitale Kanäle und Telemedien sowie die nachvollziehbare Abgrenzung zu kommerziellen Tätigkeiten; des Weiteren ermangele es einer angemessenen Beauftragung.

Das gemeinschaftsrechtliche Erfordernis einer klaren, präzisen und gesetzlich verankerten Auftragsdefinition steht dem Grundsatz

der Unabhängigkeit von staatlicher Einflussnahme und der Programmautonomie des öffentlich-rechtlichen Rundfunks gegenüber, was im Urteil des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 11. September 2007 erneut herausgestellt wurde. Das BVerfG sieht die Programmautonomie der Rundfunkanstalten als unantastbaren Kern ihrer Rundfunkfreiheit an. Dadurch sei der Gesetzgeber gehindert, den Rundfunkanstalten detailliert vorzugeben, wie diese ihren Auftrag zu erfüllen haben. Es sei ihm aber unbenommen, den Auftrag der Rundfunkanstalten gesetzlich näher auszugestalten. Hier gilt es also, einen angemessenen Ausgleich zu finden zwischen den konkreten Vorstellungen der Kommission und den eher abstrakten Erfordernissen der Verfassung. Absehbar ist, dass

der Gesetzgeber abstrakte Aufgabenbeschreibungen vornimmt. Die jeweiligen Konkretisierungen müssten durch die Rundfunkanstalten selbst erfolgen.

Für neue und veränderte Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in der digitalen Welt wird ein sogenannter Drei-Stufen-Test (gerne auch als Public-Value-Test bezeichnet) aufgestellt, der realiter allerdings ein Vier-Stufen-Test sein wird:

- Erste Stufe: Inwieweit entspricht ein neues Angebot den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft?

- Zweite Stufe: In welchem Umfang wird das Angebot in qualitativer Hinsicht zum publizistischen Wettbewerb beitragen?

- Dritte Stufe: Wie hoch wird der erforderliche finanzielle Aufwand für das Angebot sein?

- Vierte Stufe: Prüfung der Rechtmäßigkeit durch die Länder (s. dazu weiter unten).

Insoweit ist der Gesetzgeber zunächst gefordert, einen Test zu kodifizieren. Die genaueren Kriterien im Hinblick auf das „Ob“ und „Wie“ werden die Rundfunkanstalten im Rahmen von Selbstverpflichtungen festlegen. Die Bestimmung der einer Prüfung unterliegenden Vorhaben soll sich unter anderem nach der Dauer, der finanziellen Relevanz und der Abgrenzung zu bereits angebotenen Diensten richten. Zumindest muss sich für private Anbieter daraus ableiten lassen, welche Tragweite das Vorhaben hat. Die Anforderungen an den Detaillierungsgrad der Vorhabendarstellung bestimmen die Länder und die Rundfunkanstalten gemeinsam. Die Länder geben den Rahmen vor, während die öffentlichen Rundfunkanstalten die Kriterien

konkretisieren und das Verfahren durchführen.

Die Prüfung und Kontrolle durch die Gremien muss nachvollziehbar dargestellt sein. Dies setzt voraus, dass die Prüfung der Vereinbarkeit mit den staatsvertraglichen Anforderungen und den Auswirkungen auf die Marktteilnehmer transparent erfolgt. Privaten Anbietern steht kein Vetorecht im Rahmen dieses Verfahrens zu.

Auch muss sichergestellt sein, dass Angebote, die wegen ihres Umfangs auf andere Marktteilnehmer spürbare Auswirkungen haben, einem solchen Test unterzogen werden. Die Beteiligung Dritter ist auf der zweiten Stufe vorzunehmen. Dabei ist im Voraus zu regeln, welche Vorhaben überhaupt prüfungsrelevanten Charakter besitzen. Bislang scheint ungeklärt, ob es den Ländern im Rahmen ihrer Aufsichtsfunktion rechtlich möglich sein wird, ein solches Prüfungsverfahren verbindlich einzufordern. Der Drei-Stufen-Test wird jedenfalls dazu führen, dass der binnenpluralen Aufsicht eine stärkere Verantwortung wächst.

Auf der Basis der Mitteilung über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk („Rundfunkmitteilung“) aus dem Jahr 2001 und des Kompromisses mit Deutschland wird die Kommission ihre Kontrolle auf die Fälle unverhältnismäßiger Auswirkungen beschränken, also der Frage nachgehen, ob im nationalen Prüfverfahren offensichtliche Mängel vorliegen und massive Wettbewerbsverzerrungen festzustellen sind. Der Stufentest kann jedoch nicht dazu führen, dass die Rundfunkanstalten nur noch Dienste anbieten können, die noch nicht am Markt angeboten werden. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk erfüllt nach ständiger Verfassungsrechtsprechung keine Nischenfunktion. Es wird vielmehr in eine Verhältnismäßigkeitsprüfung einzusteigen sein, in der es darum geht, festzustellen, inwieweit die Ziele und Aufgaben des öffentlichen Rundfunks erreicht werden und dabei negative Auswirkungen auf private Anbieter auf das geringste Maß begrenzt werden können.

2. Beauftragung und nachträgliche Kontrolle

Der Kompromiss mit der Kommission macht die präzisere Definition des Auftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks *und* eine vorherige Beauftragung durch die Länder erforderlich, für die allerdings keine bestimmte Rechtsform vorgesehen ist. Nach einem

bestätigenden Abschluss des Drei-Stufen-Tests ist ein konkreter Betrauungsakt zugunsten der jeweiligen Rundfunkanstalt(en) erforderlich sowie eine Prüfung durch die Länder im Rahmen ihrer Rechtsaufsicht („4. Stufe“). Nach Auffassung der Kommission war es in der Vergangenheit ausreichend, wenn die Beauftragung durch Rechtsakt, Vertrag oder Aufgabenbeschreibung erfolgte. Eine gesetzlich vorgesehene Erlaubnis allein soll jedoch dann nicht ausreichend sein, wenn das Gesetz nur allgemeine Ausführungen der Tätigkeit regelt.

Die Gremien werden vor neue Herausforderungen gestellt, in deren Zusammenhang den entsprechenden Fachkompetenzen großes Gewicht zukommen wird. Externe Beratung, ein durchgängiges Qualitätsmanagement im öffentlich-rechtlichen Rundfunk oder gar die Errichtung eines „ARD-Rates“ bzw. eine gestärkte Gremienkonferenz der ARD (GVK) für die Aufsicht über das ARD-Gemeinschaftsprogramm werden im Hinblick auf die neuen Herausforderungen bereits diskutiert. Die Bestimmung der konkreten weiteren Schritte scheint die Politik als Aufgabe der Rundfunkanstalten selbst zu betrachten, so dass insoweit eher keine neuen Aufsichtsstrukturen zu erwarten sein werden.

3. Finanzierungsgarantie/Nettokosten

Die neuen Regelungen müssen sicherstellen, dass sich die Finanzierungsgarantie der Rundfunkanstalten nur auf die gemeinwirtschaftlichen Aufgaben und nicht auf die kommerziellen Aktivitäten erstreckt (dazu sowie zum Themenkreis Tochtergesellschaften mehr unter II. 2.).

Eine weitere Verpflichtung besteht darin, künftig die für die Auftragsbefreiung anfallenden Nettokosten zu ermitteln. Nur in deren Höhe soll die Gebührenfinanzierung gerechtfertigt sein. Dementsprechend sind Einnahmen (Nettoerlöse) aus der gewerblichen Verwertung der mit dem öffentlichen Auftrag im Zusammenhang stehenden Tätigkeiten von den Kosten in Abzug zu bringen. Diese Einnahmen müssen zudem „marktkonform“ erwirtschaftet worden sein. Hierzu müssen Preisvergleiche durchgeführt werden, sofern die entsprechenden Leistungen überhaupt auch von anderen angeboten werden; ansonsten sind fiktive Preise zu ermitteln. Ferner müssten eigentlich Erwerbskosten von solchen Programmen, die weiterverwertet werden, als Aufwendungen für kommerzielle Tätigkeit klassifiziert werden. Wegen der schwierigen Berechnung sollen diese Kosten, jedenfalls nach Ansicht der

Kommission in der Rundfunkmitteilung von 2001, ausnahmsweise insgesamt dem öffentlichen Bereich zugeordnet werden. Nicht geklärt ist allerdings die Zuordnung von Positionen wie Kosten für Personal, Studios und Geräte, die für kommerzielle *und* auftragsgemäße Tätigkeiten eingesetzt werden. Die Kommission schlägt vor, hier die Differenz, die bei der zusätzlichen Nutzung für kommerzielle Tätigkeiten anfällt, zu ermitteln.

Die Bundesregierung hat für den Fall, dass am Ende eines Haushaltsjahres überschüssige Beträge im Rahmen der Auftragsbefreiung 10 Prozent der Gebühreneinnahmen übersteigen, zugesagt, dass diese einer zu verzinsenden Rückstellung zuzuführen sind. Dadurch soll eine systembedingte Unterdeckung in den Folgejahren der laufenden Gebührenperiode abgedeckt werden. Die KEF wird dann prüfen, ob die öffentlichen Rundfunkanstalten die Gelder aus der Rückstellung nur für im Voraus festgelegte Zwecke verwenden.

II. Kommerzielle Aktivitäten

I. Getrennte Buchführung

Kommerzielle Aktivitäten sind von gemeinwirtschaftlichen Aktivitäten durch getrennte Buchführung und Kostenzuordnung zu separieren. Hierbei sind die Grundsätze der Transparenzrichtlinie zu beachten. Fraglich ist allerdings, wie der Begriff der „kommerziellen Aktivität“ zu definieren ist. Allgemein formuliert soll für den betreffenden Dienst oder das Produkt ein Austauschmarkt vorhanden sein. Darüber hinaus soll diese Aktivität nicht vom Rundfunkauftrag ausdrücklich vorgeschrieben sein. Nach der Kommissionsentscheidung sollen die folgenden - nicht abschließend aufgezählten - Geschäftsbereiche darunter fallen: „E-Commerce (Verkauf von Waren und Dienstleistungen über das Internet), Werbung, Sponsoring, Merchandising über das Internet oder andere neue Medien, Pay-TV und Pay-Per-View“. Hinzutreten könnten andere Verwertungsaktivitäten, wie die Produktion und die Vermietung von Senderstandorten.

Nicht zwingend erforderlich, wengleich von den Ländern angedacht, ist die Ausgliederung aller kommerziellen Tätigkeiten in Tochtergesellschaften. Die Bundesregierung hatte jedoch gerade das vorgeschlagen. Durch getrennte Rechnungskreise und Buchführung wird die notwendige Transparenz dafür gewährleistet, dass eine Quersubventionierung kommerzieller Aktivitäten vermieden wird.

2. Beteiligungen

Im Fall von kommerziellen Tätigkeiten wird marktconformes Handeln grundsätzlich in allen Beziehungen der Rundfunkanstalten zu ihren Tochtergesellschaften wie auch zu Dritten verlangt. Nach dem „private investor test“ dürfen Rundfunkanstalten nur dann in Aktivitäten von Tochtergesellschaften investieren, wenn dies auch ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber täte. Noch nicht geklärt scheint die Frage, ab welcher Größenordnung der Test anzuwenden ist und ob die Gremien den Test durchführen.

Die Bundesregierung hat zugesagt, für Beteiligungen einheitliche Vorgaben analog § 36 SWR-Staatsvertrag einzuführen. Demnach ist die Gründung von oder Beteiligung an Unternehmen mit wirtschaftlichem Zweck grundsätzlich nur zulässig, wenn dies zu den gesetzlichen Aufgaben der Rundfunkanstalt gehört, das Unternehmen die Rechtsform einer juristischen Person besitzt, die Satzung des Unternehmens einen Aufsichtsrat oder ein entsprechendes Organ vorsieht und sich die Anstalt durch geeignete Abmachungen den nötigen Einfluss auf die Geschäftsleitung des Unternehmens sichert. Auch in diesem Zusammenhang gilt es zu prüfen, ob und wie die Aufsichtsgremien einzubinden sind.

3. Sportübertragungsrechte

Die Finanzierung des Erwerbs von Sportrechten durch die Rundfunkanstalten soll auf den Betrag beschränkt sein, der für die Erfüllung eines ordnungsgemäß übertragenen öffentlichen Auftrags erforderlich ist. Ungenutzt bleibende Rechte zur Sportberichterstattung müssen Dritten zur Sublizenzierung angeboten werden.

III. Tendenzen

Es zeichnet sich deutlich ab, dass sich der öffentlich-rechtliche Rundfunk und mit ihm auch die Gremien den neuen Aufgaben und der damit verbundenen Verantwortung verstärkt stellen müssen. Die Politik bringt ihnen dabei ein großes Maß an Vertrauen entgegen. Der Gesetzgeber wird im Rahmen der Bestimmung des öffentlichen Auftrages wohl nur einen groben Rahmen vorgeben, dessen Ausgestaltung er den jeweiligen Anstalten überlässt. Daraus leitet sich die Frage ab, wer innerhalb der Anstalten welche Aufgaben übernimmt. Auch hier scheint sich die Politik in Zurückhaltung zu üben und den Anstalten die Konkretisierung zu überlassen. ARD und ZDF haben zum Drei-Stufen-Test bereits Vorschläge unterbreitet, nach denen

bis zur - abweichenden - Regelung per Gesetz verfahren wird. In Bezug auf Gemeinschaftsprogramme von ARD und ZDF hat der Fernsehrat vorgeschlagen, entsprechend dem zur ARD-Mediathek innerhalb der Landesrundfunkanstalten angewandten Verfahren, ebenfalls das Federführungsprinzip vorzuziehen.

Das BVerfG hat die Programmfreiheit als den unantastbaren Kernbereich der Rundfunkfreiheit bestätigt, wodurch es dem Gesetzgeber verwehrt ist, den Rundfunkanstalten im Einzelnen die Art und Weise vorzugeben, wie diese ihren Auftrag zu erfüllen haben. Gleichzeitig hat das Gericht betont, dass der Gesetzgeber die Aufgabe und den medienpolitischen Spielraum habe, den Auftrag der Rundfunkanstalten näher auszugestalten. Im Zusammenhang ergibt sich daraus ein System der Co-Regulierung bzw. regulierten Selbstregulierung, in dem das Instrument der Selbstverpflichtung verstärkt zum Einsatz kommen wird, was die Kommission auch anerkannt hat. Die Zuständigkeiten der Gremien und der KEF werden weder vom BVerfG noch von der Kommission in Frage gestellt, so dass es aus Sicht des Gesetzgebers Sinn macht, das Zusammenspiel im binnenplural organisierten öffentlich-rechtlichen Rundfunk nicht grundsätzlich in Frage zu stellen, wohl aber fein zu justieren.

Die Europäische Kommission hat am 10. Januar 2008 ein Konsultationspapier zum künftigen Rahmen für die staatliche Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks veröffentlicht. Die bereits erwähnte Rundfunkmitteilung aus dem Jahr 2001 soll überarbeitet werden. Sowohl die Mitgliedstaaten als auch alle Beteiligten können damit ihre Standpunkte zu etwaigen Änderungen der geltenden Rechtslage vorbringen. Eine aktualisierte Fassung des Papiers könnte im ersten Halbjahr 2009 angenommen werden. Bereits jetzt kann man ablesen, dass sich die Tendenz zur „Hochzönung“ von Verpflichtungen, die in Einzelfällen der Aufsichtspraxis wie etwa dem Kompromiss mit Deutschland festgelegt wurden, zu generell-abstrakten Regelungen verstärkt. So z.B., wenn die Kommission verlangt, dass die Auswirkungen auf den Markt mit in die Beurteilung im Rahmen des Drei-Stufen-Tests einfließen sollen. Es bleibt zu hoffen, dass sich daraus keine „Sollbruchstelle“ ergibt, die zum fortdauernden Streit um die Leistungen der öffentlich-rechtlichen Medien als Kulturfaktor führt. Der neue Vorstoß der Kommission kommt aus deutscher Sicht wohl zur Unzeit und gibt den rundfunkpolitischen EU-Skeptikern neue Nahrung. ■

KEF: Erhöhung der Rundfunkgebühr um 0,95 Euro auf 17,98 Euro

Zum 1. Januar 2009 ist nach Auffassung der KEF eine Anhebung der Rundfunkgebühr um 0,95 Euro erforderlich. Ab diesem Zeitpunkt soll die monatliche Rundfunkgebühr somit 17,98 Euro betragen, wovon 5,76 Euro auf die Grundgebühr und 12,22 Euro auf die Fernsehgebühr entfallen. Von der Gebührenerhöhung entfallen 0,565 Euro auf die ARD, 0,345 Euro auf das ZDF, 0,02 Euro auf das Deutschlandradio und 0,02 Euro auf den Gebührenanteil der Landesmedienanstalten.

Die Kommission hat für die nächste Gebührenperiode 2009 bis 2012 im Ergebnis einen zusätzlichen Finanzbedarf von rd. 944 Mio. Euro bei der ARD, rd. 524 Mio. Euro beim ZDF und rd. 43 Mio. Euro beim Deutschlandradio festgestellt.

Die ursprünglichen Anmeldungen der ARD vom Mai 2007 von rd. 1,8 Mrd. Euro, des ZDF von rd. 770 Mio. Euro, des Deutschlandradios von rd. 90 Mio. Euro und ARTE mit rd. 80 Mio. Euro hätten eine Gebührenerhöhung von 1,50 Euro bedeutet, bei Berücksichtigung der Nachmeldungen von rd. 260 Mio. Euro sogar 1,69 Euro.

Die Kommission war der Auffassung, dass bei den größeren Anstalten ein noch höheres Potenzial an Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit im Bereich Personal mobilisiert werden kann als von den Anstalten vorgesehen. Außerdem war die bei Einbeziehung der Verbreitungskosten festgestellte Überschreitung der von den Anstalten durch Selbstverpflichtung festgelegten Obergrenze für die Online-Angebote von 0,75 Prozent des Gesamtaufwands zu berücksichtigen.

Für die bei der Kommission angemeldeten Projekte wurde für die Periode 2009 bis 2012 bei der ARD rd. 234 Mio. Euro, beim ZDF 132 Mio. Euro, beim Deutschlandradio rd. 20 Mio. Euro und bei ARTE rd. 12 Mio. Euro anerkannt. Kürzungen wurden insgesamt in Höhe von rd. 185 Mio. Euro vorgenommen; davon entfallen allein rd. 166 Mio. Euro auf das Projekt DAB. Hier ist die Kommission zu dem Ergebnis gekommen, dass eine Fortführung der DAB-Finanzierung nicht in Frage kommt, da weder die Zahl der DAB-Empfangsgeräte signifikant vergrößert werden konnte, noch eine Abstimmung mit den privaten Programmanbietern erreicht wurde. Mittel wurden nur in einer Größenordnung anerkannt, die den Betrieb der DAB-Sender über die aktuelle Gebührenperiode hinaus ermöglicht. Dagegen wurden Mittel in Höhe von 42 Mio. Euro für den Digitalen Hörfunk eingesetzt, über deren Freigabe die Kommission nach Vorlage des Projektantrages entscheiden wird.