



**Entwurf einer überarbeiteten Mitteilung der Kommission
über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen
auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk
vom 4. November 2008**

Gemeinsame Stellungnahme von ARD und ZDF

15. Januar 2009

ARD und ZDF bedanken sich für die Möglichkeit, zu dem vorgelegten Entwurf Stellung nehmen zu können. Angesichts der ausführlichen Stellungnahmen sowohl der ARD als auch des ZDF im Rahmen der von der Kommission Anfang 2008 durchgeführten ersten Konsultation, beschränkt sich die folgende Stellungnahme auf zwei aus Sicht von ARD und ZDF wesentliche Bereiche des Mitteilungsentwurfs: *Definition des Auftrags/Einführung eines ex ante-Tests (1.)* sowie *Fragen der Aufsicht (2.)*.

Der Entwurf beschäftigt sich zunächst mit der besonderen Rolle des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und dem einschlägigen rechtlichen Rahmen. Unter Hinweis auf das Amsterdamer Protokoll sowie die europäische Rechtsprechung wird hierbei immer wieder die Kompetenz der Mitgliedstaaten betont, den Auftrag zu definieren. Entsprechende Festlegungen könnten auch ein großes Programmspektrum beinhalten und der Entwicklung im digitalen Zeitalter Rechnung tragen, - daher auch Dienste umfassen, die keine Programme im herkömmlichen Sinne seien.

Diesen Ausführungen ist aus Sicht von ARD und ZDF nichts hinzuzufügen.

1. Definition des Auftrags/Einführung eines *ex ante*-Tests

Das „Herzstück“ der vorgesehenen neuen Mitteilung bilden Ausführungen, die die GD Wettbewerb als „Verfahrensvorkehrungen“ tituliert und die letztlich einen *ex ante*-Test festschreiben (Rn 56 ff.):

Zwar bestätigt der Entwurf zunächst, dass es „in erster Linie“ den Mitgliedstaaten obliege, den Umfang der Dienstleistung zu definieren. Dann heißt es jedoch, dass die Mitgliedstaaten *vor* Markteinführung wesentlicher neuer Dienste prüfen müssten, ob diese zur Befriedigung der demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnisse der Gesellschaft beitragen, wobei die Mitgliedstaaten auch die potenziellen Auswirkungen auf die Handels- und Wettbewerbsbedingungen zu berücksichtigen hätten (Rn 57). Dabei soll es „in erster Linie“ Aufgabe der Mitgliedstaaten sein, festzulegen, was unter einem „wesentlichen neuen Dienst“ zu verstehen sei. Diese Definitionshoheit muss – erst recht – die Zuständigkeit dafür einschließen, wie auf der *Verfahrenebene* entsprechende Prüfungen vorzunehmen sind. Es muss also, mit anderen Worten, auch Sache der Mitgliedstaaten sein, entsprechend ihrer jeweils einzelstaatlichen Ordnung das Mandatierungsverfahren prozedural auszugestalten. Im Mitteilungsentwurf folgen dann aber Kriterien der *GD Wettbewerb* (Rn 58), die den Mitgliedstaaten vorschreiben, Betroffenen das Recht einzuräumen, zu den geplanten Diensten vor deren Genehmigung Stellung nehmen zu können (Rn 59). In den sich anschließenden Randziffern werden den Mitgliedstaaten eine Vielzahl von *Faktoren vorgegeben*, die sie „unter anderem“ bei der Prüfung des *Public Value* und der finanziellen Marktauswirkungen zu berücksichtigen haben (Rn 60, 61).

Weder die Beihilfavorschriften noch das *Amsterdamer Protokoll* schreiben jedoch ausdrücklich oder implizit die Durchführung eines *ex ante*-Verfahrens vor. Ein solches durchzuführen kann die Kommission den Mitgliedstaaten allenfalls *empfehlen*, nicht aber auferlegen. Die Einführung eines solchen Vorabprüfverfahrens – sowohl mit Blick auf den *Public Value* als auch etwaige Marktauswirkungen – verstößt daher gegen die primärrechtliche Kompetenzordnung. Dies gilt erst recht für die außerordentlich kleinteiligen und detaillierten Vorgaben dessen, was die Mitgliedstaaten bei der Durchführung dieses Tests zukünftig zu beachten haben.

Die Verpflichtung, vor der Einführung eines jeden neuen Angebotes und vor jeder wesentlichen Änderung bestehender Angebote jenseits traditioneller Programme einen zweigliedrigen Test zu durchlaufen, der zudem einen enormen finanziellen, zeitlichen und bürokratischen Aufwand bedeuten wird, kommt einer Innovationsbremse gleich, die verhindern oder jedenfalls erheblich erschweren wird,

dass sich der öffentlich-rechtliche Rundfunk mit seinen Angeboten an sich wandelnde (technische und gesellschaftliche) Verhältnisse anpassen oder diese gar mit gestalten kann. Das in Rn. 10 ff zum Ausdruck kommende Bekenntnis zur Bedeutung eines *wettbewerbsfähigen* öffentlich-rechtlichen Rundfunks im digitalen Zeitalter, das nachdrücklich sowohl vom Rat in seiner EntschlieÙung vom 25.01.1999 (vgl. Rn. 15) als auch vom Übereinkommen der UNESCO zum Schutz und zur Förderung der Vielfalt kultureller Ausdrucksformen aus dem Jahre 2005 (Rn. 17) sowie vom Ministerkomitee des Europarates in seinen Empfehlungen vom Januar 2007 (vgl. Rn. 18) hervorgehoben und bekräftigt wird, wird damit nicht nur erschüttert, sondern in sein Gegenteil verkehrt. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk kann nicht wettbewerbsfähig sein und bleiben, wenn ihm nur dann Entwicklungsmöglichkeiten eröffnet werden, wenn dadurch bestehende oder potentielle Angebote in keiner Weise tangiert werden; denn dann wäre er – so aber offensichtlich die Intention der Europäischen Kommission – auf Angebote beschränkt, die der Markt nicht bedient. Gerade dies wollen das Amsterdamer Protokoll und die vorgenannten drei Institutionen mit ihren Erklärungen verhindern. Die Ausführungen in den Rn. 56 – 61 stellen einen Affront gegen deren klare Positionierungen und Forderungen dar. Darüber hinaus wird der erhebliche administrative Aufwand, der hier zukünftig – allein - dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk auferlegt wird, zu einer erheblichen Schiefelage zu Lasten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im publizistischen Wettbewerb führen. Damit wird der an anderer Stelle immer wieder erhobene Anspruch eines *level playing field* sowie das Bekenntnis zum dualen System konterkariert.

Weder die Beihilfevorschriften noch das *Amsterdamer Protokoll* differenzieren zwischen neuen/wesentlich veränderten bestehenden Diensten einerseits und sonstigen bestehenden Diensten andererseits. Eine solche Aufspaltung entspricht nicht dem Verständnis der *Gesamtveranstaltung* Rundfunk. Der Entwurf basiert auf einem überholten Verständnis des Rundfunks. Andernorts (AVMD-Richtlinie, Europaratsdokumente) ist längst anerkannt, dass die sog. neuen Medien untrennbar zu den Angeboten des Rundfunks gehören.

Unverkennbar basieren die Vorgaben auf den Inhalten der VPRT-Entscheidung. Letztere aber sind Ausfluss von *Zusagen*, die die Bundesrepublik in Gestalt sog. zweckdienlicher Maßnahmen zur Beendigung eines langjährigen anhängigen Verfahrens gemacht hat und die im Kontext der spezifischen deutschen Medienordnung und –landschaft zu sehen sind. Dies legitimiert jedoch nicht die Kommission, derart weitreichende Festlegungen nunmehr europaweit festzuschreiben. Der EG-Vertrag selbst bietet hierfür keine Ermächtigungsgrundlage.

Der Entwurf und hier vor allem das konkret vorgesehene *market impact assessment* basieren auf einem bestimmten Konzept des *Marktversagens*, das öffentlich-rechtlichen Rundfunk nur zum Ausgleich einer Mangelsituation zulässt. Diesem aber hat zuletzt das Europäische Gericht eine klare Absage erteilt: Danach kann nicht darauf abgestellt werden, ob oder wie weit sich Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks von jenen kommerzieller Rundfunkveranstalter unterscheiden; zudem kann ein öffentlich-rechtlicher Rundfunkveranstalter nicht darauf beschränkt werden, nicht-profitable Programme anzubieten (Urteil vom 22. Oktober 2008, *TV2/Danmark*, verb. Rs T-309/04, T-317/04, T-329/04 und T-336/04, Rn 122, 123 sowie 109). Auch muss sich die Kommission fragen lassen, ob es tatsächlich im Interesse der „Verbraucher“ bzw. im öffentlichen Interesse liegt, bei der Beschreibung des Auftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks darauf abzustellen, bestehende Marktangebote und die gewinnorientierten Interessen kommerzieller Unternehmen zu berücksichtigen.

Der Kompetenzübergreifung wiegt umso schwerer als sich die Kommission hier des Instrumentariums einer *Mitteilung* bedient, also bloßen Kommissions**innen**rechts. Diesem kommt formal zwar keine Bindungswirkung gegenüber den Mitgliedstaaten zu. Dessen ungeachtet wird die Mitteilung jedoch, wie bereits die Vorgängerfassung, normative Kraft entfalten und damit die Befugnisse der Mitgliedstaaten faktisch einschränken. Inhaltlich geht die Mitteilung weit über die bloße Anwendung des EG-Vertrages hinaus. Werden die Befugnisse der Mitgliedstaaten jedoch in dieser Weise beschnitten, darf dies nicht durch ein *soft-law*-Instrument der Kommission erfolgen. Ein solcher Schritt obliegt allein den gesetzgebenden Organen, d.h. dem Europäischen Parlament und dem Rat.

Vor diesem Hintergrund hatte sich bekanntlich die große Mehrheit der Mitgliedstaaten bereits im Oktober 2008 an Wettbewerbskommissarin Kroes gewandt und hier nicht nur deutlich gemacht, keinen nennenswerten Überarbeitungsbedarf zu sehen, sondern sich auch gegen einen damit einhergehenden Kompetenzübergreifung verwahrt.

2. Kontrolle der Auftragserfüllung

Der Entwurf der Beihilfenmitteilung verlangt die Kontrolle darüber, ob der öffentlich-rechtliche Auftrag so erfüllt wurde wie dies der Betrauungsakt vorsieht. Wenn die Kommission in diesem Zusammenhang davon ausgeht, ein Aufsichtsgremium „*dürfte seiner Aufgabe nur gerecht werden können, wenn es sich dabei um eine externe Stelle*

handelt“, liegt dem ein allzu formales und damit unrichtiges Verständnis von Unabhängigkeit zugrunde. Für eine unabhängige Kontrolle kommt es nicht darauf an, ob eine Stelle „extern“ ist, also eine vom Kontrollierten verschiedene rechtliche Persönlichkeit hat. Entscheidend ist vielmehr die Zusammensetzung der kontrollierenden Stelle und inwieweit die öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt auf die Zusammensetzung dieser Stelle Einfluss nehmen kann.

In Deutschland erfolgt die Kontrolle durch Aufsichtsgremien in Gestalt der Rundfunkräte (bzw. dem Fernsehrat (ZDF)/dem Hörfunkrat (DR)). Diese Gremien sind als eigenständige Organe eingerichtet, die gegenüber den Intendanten rechtlich selbständig und mit eigenen Befugnissen ausgestattet sind. Sie wählen die Intendantinnen und Intendanten und beschließen über den Haushalt. Damit verfügen sie über weitreichende Sanktionsmöglichkeiten bei Verstößen gegen den gesetzlichen Auftrag. Die überragende Programmqualität des deutschen öffentlich-rechtlichen Rundfunks beruht neben der Gebührenfinanzierung maßgeblich auf der sachkundigen und effektiven Kontrolle durch die Rundfunkräte.

Die Rundfunkräte (bzw. der Fernsehrat/der Hörfunkrat) setzen sich entsprechend gesetzlicher Vorgaben aus Repräsentanten verschiedener Gruppen der Gesellschaft zusammen und bilden dadurch die unterschiedlichsten Strömungen und Interessen der Bevölkerung ab. Die Mitglieder der Aufsichtsgremien werden nicht von der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt oder ihren Organen berufen, sondern von gesetzlich festgelegten gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Interessengruppen benannt. Die Anstalten haben weder auf die konkret entsandten Personen noch auf ihre Amtsführung Einfluss. Dadurch unterscheiden sich die Aufsichtsgremien des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Deutschland maßgeblich von den Aufsichtsgremien privatwirtschaftlicher Unternehmen, die durch die Gesellschaftsorgane bestimmt werden. Während private Aufsichtsgremien nämlich dem Wohl des Unternehmens verpflichtet sind, wird die Aufsicht über den öffentlich-rechtlich Rundfunk im Interesse der ganzen Gesellschaft, d.h. der Allgemeinheit, wahrgenommen.

Das Anknüpfen an eine eigene Rechtspersönlichkeit verkennt, dass auch innerhalb einer juristischen Person ein wirksames System von „*Checks and Balances*“ eingerichtet werden kann. Ein Beispiel dafür ist die Gewaltenteilung zwischen Regierung, Parlament und Justiz in den europäischen Demokratien. Dies gilt in gleicher Weise für die Organe der Gemeinschaft. Europäisches Parlament, Rat, Kommission, Gerichtshof und Rechnungshof sind in ein System von „*Checks and Balances*“ eingebunden, ohne dass es sich dabei um „externe Stellen“ handelt.

Die Beihilfemitteilung sollte daher nicht an das formale Kriterium der Externalität oder der Rechtspersönlichkeit der Aufsicht abstellen. Entscheidend muss – auch im Sinne einer effizienten Kontrolle – die Frage der tatsächlichen Unabhängigkeit der Aufsichtsinstanz sein. Deshalb sind auch Gremien, deren Zusammensetzung gesetzlich geregelt ist, deren Besetzung von Dritten vorgegeben ist und deren Mitglieder frei von Weisungen der öffentlich-rechtlichen Anstalt sind, als externe und unabhängige Stellen anzuerkennen. Das gilt insbesondere, wenn das Gremium seine Aufgaben im Allgemeininteresse wahrnimmt.

Mit der Formulierung in Rn. 69 des Mitteilungsentwurfs erfolgt eine gravierende Vorgabe für Struktur und Organisation des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in den Mitgliedstaaten. Nach dem Amsterdamer Protokoll und dem Subsidiaritätsgrundsatz sind jedoch grundlegende Organisations- und Strukturentscheidungen durch die Mitgliedstaaten zu treffen. In diesen Gestaltungs- und Entscheidungsspielraum greift der Entwurf der Beihilfenmitteilung tief ein, wenn für bestimmte Kontrollfunktionen die Einrichtung bzw. Betrauung spezifischer Behörden verlangt wird. Dies gilt vor allem, weil eine staatliche Kontrolle von Medieninhalten nach dem Recht vieler Mitgliedstaaten unzulässig ist.

Köln/Mainz

15. Januar 2009

Für weitere Informationen stehen Ihnen zur Verfügung:

Jürgen Burggraf
ARD-Liaison Office Brussels
28, Rue Jacques de Lalaing
B-1040 Bruxelles
T: +32 2 235 9600
F: +32 2 235 9700
juergen.burggraf@wdr.de

Pascal Albrechtskirchinger
ZDF Europe Office
50, Rue Wiertz
B-1050 Bruxelles
T: +32 2 286 9130
F: +32 2 286 9136
Zdf.albrecht@ebu.ch