



Die Erstbesteigung der drei Stufen

Die Aufsichtsgremien der ARD und der Dreistufentest

Von Harald Augter und Susanne Pfab

In einem Kompromiss zwischen den Forderungen der EU-Kommission und den deutschen verfassungsrechtlichen Vorgaben haben die Bundesländer zum 1.6.2009 die Behandlung von Telemedienangeboten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks per Staatsvertrag neu geregelt. Danach sind ARD, ZDF und Deutschlandradio bestimmte Online-Angebote verboten und viele andere, auch die bereits bestehenden, nur erlaubt, wenn sie vorher bzw. bis zum 31.8.2010 einen so genannten Dreistufentest der Aufsichtsgremien bestehen. Geprüft wird dabei

- 1. inwieweit das Angebot den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft entspricht,**
- 2. in welchem Umfang durch das Angebot in qualitativer Hinsicht zum publizistischen Wettbewerb beigetragen wird und**
- 3. welcher finanzielle Aufwand für das Angebot erforderlich ist.**

Die Aufsichtsgremien der ARD befassen sich nun seit mehr als zwei Jahren mit den Konsequenzen aus der Entscheidung der EU-Kommission im so genannten VPRT-Verfahren. Inzwischen befinden wir uns mitten in den konkreten Prüfverfahren zum Telemedienbestand der ARD. An dieser Stelle ist Zeit und Raum für einen ersten Zwischenstandsbericht aus Sicht der Gremien zum Verfahrensneuling »Dreistufentest«.

In der ARD ist unmittelbar nach Veröffentlichung der Kommissionsentscheidung am 24. 4. 2007 mit den Überlegungen zur Umsetzung und zur Ausgestaltung der Dreistufentest-Verfahren begonnen worden, häufig kontrovers zwischen den Gremien und Anstalten. Es hat viele Anläufe gebraucht, um zu dem jetzt gültigen Staatsvertragstext und den diversen Ausführungsregelungen auf Ebene der ARD und der Landesrundfunkanstalten zu gelangen. Vieles hat der Rundfunkstaatsvertrag dann am 1. 6. 2009 klargestellt, vieles hat er offen gelassen. Offen gelassen hat er nicht, dass die Verfahrenshoheit allein bei den Gremien liegt. Dies hat die Gremien gestärkt und ihre Rolle im Kompetenzgefüge der Anstalten verändert. Diese Veränderung ist geprägt von mehr Verantwortung, mehr Gestaltungskraft, mehr Unabhängigkeit und nicht zuletzt: mehr Arbeit.

Das Dreistufentest-Verfahren in § 11 f Rundfunkstaatsvertrag ist nicht nur ein neues Prüf- oder Genehmigungsverfahren, sondern ihm wird gesetzeresetzende Funktion zur ordnungspolitischen Grenzziehung zwischen den kommerziellen Anbietern und dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk im Online-Bereich

nachgesagt. Die Rundfunkräte sollen quasi behördengleich als neutrale Instanz zwischen den widerstreitenden Interessen eine verhältnismäßige Regelung finden. Mit dem Test soll der »Public Value« eines öffentlich-rechtlichen Telemedienangebots vermessbar werden. Das Verfahren wird insofern als wichtige Legitimations Säule für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk gesehen. Auch gilt der Test als Bewährungsprobe für die binnenplurale Gremienkontrolle an sich. Darüber, wann diese bestanden ist, gibt es naturgemäß und interessenspezifisch unterschiedlichste Ansichten. Wir haben es also mit einem Verfahren zu tun, welches mit vielen Erwartungen aufgeladen ist und über dem nicht wenige Damoklesschwerer hängen.

Um diesen Anforderungen und Ansprüchen zu genügen, haben die Gremien schon viele Schritte unternommen: u. a. Bildung von Ausschüssen, Vervielfachung der Sitzungsanzahl,

– bevor auch nur an eine inhaltliche Prüfung zu denken ist – unterschiedlichste Verfahrensfragen zu beantworten und zu entscheiden sind. Die Lösung dieser Fragen wird in Bezug auf die laufenden Verfahren noch dadurch erschwert, dass es sich um die Prüfung des Online-Bestands handelt und damit um einen Gegenstand, für den der Test als Ex-Ante-Prüfung neuer Angebote nicht »gestrickt« ist.

Die Verfahrenshoheit der Gremien ist zwar inzwischen unstrittig – wie sie jedoch im Einzelnen wahrzunehmen ist, wird intern wie extern fleißig kommentiert. Nicht nur die Gremien, sondern auch Dritte wie der Verband Privater Rundfunk und Telekommunikation (VPRT) und die Landesmedienanstalten haben verfahrensbezogene Gutachten angefertigt oder anfertigen lassen. Den Gremien der ARD ist es wichtig, dass sie in wohlverstandener Föderalität eine einheitliche Linie bei der Anwendung und Ausfüllung der staatsvertraglichen Regelungen verfolgen, nicht zuletzt um größtmögliche Verfahrenssicherheit auch gegenüber Dritten zu gewährleisten. Die entsprechende Diskussion, der Meinungs- und Erfahrungsaustausch sowie die ggf. notwendige Abstimmung erfolgen über die Gremienvorsitzendenkonferenz (GVK), in der bei Dreistufentest-Fragen nicht nur die Rundfunk- und Verwaltungsräte zusammenkommen, sondern auch die Vorsitzenden der von den Rundfunkräten gebildeten Dreistufentest-Ausschüsse. Auf der Arbeitsebene ist eine entsprechende Arbeitsgruppe der Referenten gebildet worden, die zeitnah den Austausch zwischen den »Zuarbeitern« sicherstellt und für die Gremien Lösungs- und Vorgehensvorschläge erarbeitet.

Den Gremien ist es wichtig, in allen Dreistufentest-Fragen ihre Position – ggf. unter Zuhilfenahme externer Expertisen – selbst zu entwickeln und entsprechend nach außen zu vertreten (siehe hierzu beispielsweise die Pressemitteilungen der GVK auf www.ard.de/gvk). Ob wir immer die richtigen Antworten auf die Auslegungsfragen gefunden haben, wird sich erst am Ende der jetzigen Verfahren erweisen, entweder dadurch, dass die Entscheidungen vor den diversen Instanzen wie Rechtsaufsicht und EU-Kommission Bestand haben, oder dadurch dass sie gerichtlich überprüft werden. Ob, durch wen und inwieweit die Dreistufentest-Verfahren justiziabel sind, ist ebenfalls eine viel



Die Mitglieder der Gremienvorsitzendenkonferenz mit ihrem Vorsitzenden Harald Augter (v.M.) und der GVK-Geschäftsführerin Susanne Pfab (v.r.) am 30.3.2009

Aufstockung des eigenen Personals, regelmäßige Beratungs- und Abstimmungsrunden zwischen den Gremien und deren Arbeitsebenen, Schaffung von Informations- und Fortbildungsangeboten für die Gremien, Vergabe von Gutachten zu diversen Themen – nicht nur zu den marktlichen Auswirkungen. Am Ende werden es unzählige Schritte gewesen sein, die notwendig waren, um die »Drei Stufen« erstmals zu erklimmen. Denn die Schwierigkeit liegt darin, dass die Gremien von ARD, ZDF und Deutschlandradio quasi als Erstanwender Pionierarbeit zu leisten haben bei der Auslegung des noch jungen 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrags und

diskutierte Frage. Für die Beantwortung dieser wie für die vieler anderer Verfahrensfragen sind die Natur des Dreistufentests, sein Kontext und vor allem sein Sinn und Zweck entscheidend.

— Die Natur des Dreistufentests

Das Verfahren ist entstanden aus der Suche nach einem Kompromiss zwischen den europarechtlichen Forderungen und den verfassungsrechtlichen Grenzen für die Festlegung des Telemedien-Funktionsauftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Die EU-Kommission hätte sich eine staatliche Detailregelung gewünscht, was aber aufgrund der verfassungsrechtlich verbürgten Staatsferne des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Deutschland nicht möglich ist. An die Stelle des Staates traten dann sozusagen die Gremien, die in einem sehr komplexen und komplizierten Verfahren zu ermitteln haben, ob das konkrete Telemedienangebot Teil des öffentlich-rechtlichen Auftrags ist. Insofern scheint das Verfahren parlamentarische Züge aufzuweisen. Andererseits erinnert es in einigen Elementen schon fast an ein Planfeststellungsverfahren oder andere Verwaltungsverfahren. Letztlich ist es wohl ein völlig neues, noch nie dagewesenes Verfahren »sui generis«, wie die Juristen sagen.

Eines ist aber bei aller »Neuheit« nicht zu vergessen: Im Vordergrund steht der publizistische Kontext, denn geregelt ist der Dreistufentest auf nationaler Ebene nicht etwa im Wettbewerbsgesetz, sondern im Rundfunkstaatsvertrag. Im Rundfunkrecht geht es in erster Linie um den Beitrag der Medien, im Besonderen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, zur Meinungsbildung, um die Festlegung des Funktionsauftrags. In diesem Zusammenhang wird häufig von einer Vereinbarung zwischen der Gesellschaft und dem Rundfunk gesprochen. Dieser Begriff passt auf den Dreistufentest in ganz besonderer Weise, weil die Gremien als Vertreter der Gesellschaft die Aufgabe erhalten haben, den gesetzlich abstrakt erteilten Telemedienauftrag zu konkretisieren. »Private« Dritte wie zum Beispiel Wettbewerber haben hier grundsätzlich keine eigenständige Position. Dementsprechend dienen die Stellungnahmen Dritter – wie die Begründung zum 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrag explizit betont – ausschließlich der Information der Rundfunkräte, ebenso wie die obligatorischen Marktgutachten oder sonstige fakultative Expertenbefragungen beispielsweise in Form von Sachverständigenanhörungen. Der

jeweilige Rundfunkrat ist frei und gleichzeitig aufgefordert, sich alle Informationen, Materialien, Auskünfte und Unterlagen zu verschaffen, die er benötigt, um den publizistischen Beitrag des zu prüfenden Angebots umfassend beurteilen zu können. Die Auswirkungen des öffentlich-rechtlichen Angebots auf den Markt sind hierbei ein Abwägungsbestandteil, wenn auch ein gesetzlich vorgegebener. Entsprechend ist es nicht etwa die Marktsituation der Konkurrenten, die den Ausschlag gibt, sondern es ist die Werthaltigkeit des öffentlich-rechtlichen Angebots im Hinblick auf die Befriedigung demokratischer, kultureller und sozialer Bedürfnisse der Gesellschaft. Es geht also wie bisher um die Frage, welchen gesellschaftlichen Wert – gerne auch bezeichnet als »Public Value« – der öffentlich-rechtliche Rundfunk zu erbringen hat. Die Entscheidung trifft der Rundfunkrat gegenüber dem Intendanten, der ihm das An-



Sitzung der Gremiovorsitzendenkonferenz
am 30.3.2009

gebot zur Prüfung vorgelegt hat. Eine regelnde Außenwirkung – wie es Voraussetzung für die Annahme eines Verwaltungsakts ist – geht von der Entscheidung des Rundfunkrats nicht aus.

— Formelle Verfahrenserfordernisse

Die Verfahrensfragen, mit denen sich die Gremien bisher auseinandergesetzt haben, sind zahlreich und vielfältig. In der Praxis der Verfahrensdurchführung tauchen nahezu täglich weitere auf. Die Antworten müssen in der Regel schnell und pragmatisch gefunden werden.

Einige der Verfahrensfragen beantwortet der Staatsvertrag selbst. Spätestens aber dessen amtliche Begründung und der Sinn und Zweck der Dreistufentest-Verfahren geben eindeutigen Aufschluss darüber, wie bestimmte Fragen zu beantworten sind:

— Die Sechs-Wochen-Stellungnahmefrist ist die staatsvertragliche Mindestfrist, die der Rundfunkrat verlängern kann, wenn er es für angemessen hält, aber kein Verfahrensbeteiligter oder -betroffener hat einen Anspruch auf Verlängerung. (Die Gremien haben übrigens in allen laufenden Bestandsverfahren die Fristen um zwei bis sechs Wochen verlängert.)

— Die gesetzliche Frist ist zwar keine materielle Ausschlussfrist, in dem Sinne, dass Äußerungen in der Sache nicht mehr berücksichtigt werden dürften, stellt aber jedenfalls eine formelle Voraussetzung dafür dar, dass die Stellungnahme vom Rundfunkrat bei seiner Entscheidung berücksichtigt werden muss. Der Rundfunkrat kann sich – soweit nach dem Verfahrensstand überhaupt noch möglich – auch mit verspätet eingegangenen Stellungnahmen befassen (insbesondere wenn er einen entsprechenden Informationsbedarf hat), ein Anspruch darauf, dass die Stellungnahme dann ebenso behandelt wird wie eine fristgemäß eingegangene, besteht aber nicht.

— Mit marktlichen Gutachten sind nach der Entscheidung des Rundfunkrats zu veröffentlichen, also grundsätzlich nicht etwa während des laufenden Verfahrens. Diese klare Aussage im Staatsvertragstext korreliert auch mit der Vertraulichkeitsverpflichtung, der alle Gremienmitglieder in den Dreistufentest-Verfahren unterliegen.

— Anhörungen von Sachverständigen und Dritten sind kein vorgeschriebener Verfahrensbestandteil, sondern es liegt in der Verfahrenshoheit des Rundfunkrats, ggf. auf diesem Weg weiteren Informationsbedarf zu decken.

Für die Gremien sind immer die gesetzlichen Vorgaben relevant und bindend. Dort, wo der Staatsvertrag Raum für Verfahrensausgestaltung gibt, werden sie nach Bedarf und einzelfallbezogen von ihren Gestaltungsmöglichkeiten Gebrauch machen. Zu einer grundlegenden Modifikation des Dreistufentest-Verfahrens kann es dadurch aber nicht kommen – auch wenn einige Dritte, die ihre Position im Staatsvertrag als unzureichend empfinden, auf eine »Nachbesserung« durch die Gremien drängen.

— Marktliche Auswirkungen

Um den Gremien die Beurteilung der marktlichen Auswirkungen zu erleichtern, sieht der Staatsvertrag die Einholung von externen Gutachten hierzu vor. Dies erfordert, Gutachter auszuwählen und zu beauftragen. Die Gremien

haben hierfür zunächst mittels Interessenbündlungsverfahren eruiert, welche Institute, Institutionen oder Unternehmen sich selbst zur Erstellung solcher medienökonomischen Gutachten in der Lage sehen. Der Kreis derer, die die erforderlichen Kenntnisse und Erfahrungen besitzen, ist (noch) überschaubar. Auch dies liegt nicht zuletzt daran, dass es sich bei den Dreistufentests um ein neues Verfahren handelt.

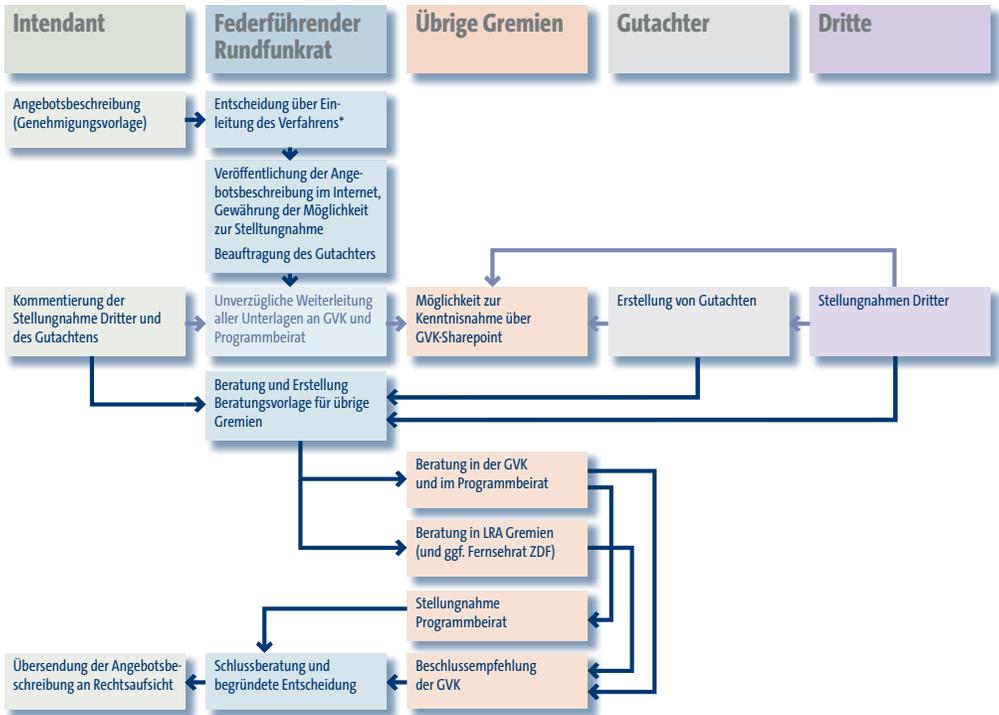
Wie spezifisch dieses Verfahren ist, hat die Diskussion um die bei den Gutachten anzuwendende Methodik gezeigt. Zwar geben insbesondere die wettbewerbsrechtlichen EU-Verfahren einen gewissen Aufschluss, wie Märkte abzugrenzen sind, aber dies betraf bisher nie Telemedienmärkte.

Für den so genannten Amsterdam Test, mit dem der Dreistufentest europaweiter Standard für die Einführung neuer Telemedienangebote wird, verlangt die neue Rundfunkmitteilung der Generaldirektion Wettbewerb eine Marktsimulation, d. h. eine Betrachtung des Markts mit dem zu prüfenden Angebot und ohne dieses. Mit welchen Instrumenten diese Simulation vorzunehmen ist, lässt die Mitteilung allerdings offen. Auch der Blick auf den Public-Value-Test der BBC mag hilfreich sein; die Prüfmethode der britischen Aufsichtsbehörde Ofcom ist aber wegen der Unterschiedlichkeit der Verfahren nicht ohne Weiteres übernehmbar. Außerdem ist auch diese noch nicht auf »Europafestigkeit« geprüft worden.

Die Dreistufentest-Verfahren befördern insofern eine wissenschaftliche Auseinandersetzung im Bereich der Medienökonomie, wie sich auch daran zeigt, dass es bereits – wie zu erwarten war – Gutachten zu den Gutachten gibt. Im Übrigen wurde bei den Gesprächen mit den Gutachtern sehr deutlich, dass bei den Rundfunkräten nicht nur der entsprechende ökonomische Sachverstand vorhanden ist, um die marktökonomischen Ergebnisse einschätzen zu können, sondern dass auch eine große Bereitschaft besteht, sich in bisher eher rundfunkfremde Gebiete einzuarbeiten.

Zur Frage, ob bei der Prüfung des publizistischen und ökonomischen Wettbewerbs auch Pay-Angebote zu berücksichtigen sind, haben die Gremienvorsitzenden bereits bei den Dreistufentest-Verfahren zu KI.KAplus und kikaninchen.de folgende Position entwickelt: Die GVK ist nach dem Stand der bisherigen Diskussion der Ansicht, dass nach textlicher, systematischer

Übersicht über das Dreistufentest-Verfahren der ARD bei Gemeinschaftsangeboten



* entfällt bei Online-Bestandsüberführung

und teleologischer Auslegung des Staatsvertrages davon auszugehen ist, dass der Gesetzgeber durch das Merkmal »frei zugänglich« eine Eingrenzung des publizistischen Wettbewerbs auf kostenfreie Angebote beabsichtigt hat. Bei der Prüfung der Auswirkungen auf den ökonomischen Wettbewerb sind hingegen sämtliche Medienangebote unabhängig von ihrer Finanzierung in die Betrachtung einzubeziehen. Die GVK empfiehlt, im Zweifel auch vergleichbare entgeltfinanzierte Angebote in die Abwägung einzubeziehen. Eine gesetzliche Pflicht hierzu besteht aber nur insofern, als das öffentlich-rechtliche Angebot Auswirkungen auf den Pay-Markt als solchen nach sich zieht, da hierdurch die publizistische Vielfalt verkürzt werden könnte.

— Zulässigkeit von »Teilgenehmigungen«

Die Frage nach den Entscheidungsmöglichkeiten des Rundfunkrats betrifft ein sehr grundsätzliches Thema, nämlich ob das Gremium über die Dreistufentest-Prüfungsaufgabe auch programmgestalterische Kompetenzen bekommen

hat. Zunächst ist hier aber nochmals zu betonen, dass der Rundfunkrat keine »Genehmigung« erteilt, sondern laut Rundfunkstaatsvertrag zu prüfen hat, ob das Telemedienangebot vom öffentlich-rechtlichen Auftrag umfasst ist. Dies heißt auch, dass er – wenn er eine Änderung des Angebots für geboten hält – nicht etwa unter Bedingungen oder Auflagen genehmigt, sondern lediglich feststellt, dass das Angebot – seiner Ansicht nach – nur unter bestimmten Voraussetzungen den gesetzlichen Anforderungen entspricht. Eine solche Bandbreite im Prüfungsergebnis gegenüber der reinen Ja- oder Nein-Antwort ist schon in der Struktur der zweiten Prüfstufe angelegt, die vom Rundfunkrat eine umfassende Abwägung zwischen den marktlichen Auswirkungen und dem publizistischen Beitrag des Angebots fordert.

Wenn es sich gegenüber dem Antrag um ein (quantitatives) »Minus« handelt, kann wohl regelmäßig davon ausgegangen werden, dass der Antrag des Intendanten dieses Weniger umfasst (z. B. eine punktuelle Verkürzung der Verweildauer). Sofern aber die Angebotsstruktur und

oder -konzeption durch die vom Rundfunkrat als notwendig erachtete Modifikation verändert würde, ist davon auszugehen, dass es sich um ein anderes Angebot handelt (»Aliud«). In der Konsequenz wäre ein neues Dreistufentest-Verfahren zu durchlaufen, wenn der Intendant einen entsprechend abgeänderten Antrag stellte.

In allen Fällen sollten dem Intendanten die Bedenken des Rundfunkrats vorab mitgeteilt werden und ihm sollte die Möglichkeit zur Äußerung und ggf. Abänderung bzw. Zurücknahme des Antrags gegeben werden. Auch muss dem Programmverantwortlichen die Beurteilung überlassen bleiben, ob in den vom Rundfunkrat vorgeschlagenen Modifikationen ein »Minus« oder ein »Aliud« zu sehen ist.

— Der Wert des Dreistufentest-Verfahrens

Das Dreistufentest-Verfahren hat die Funktion, die Vereinbarkeit des konkreten Medienangebots mit dem öffentlich-rechtlichen Auftrag festzustellen. Darüber hinaus hat der Dreistufentest einige sehr wertvolle »Nebeneffekte«.

Gremienfachtagung »Qualität – machen, messen, managen« Anfang 2009 in Hamburg



Der Diskurs mit der Gesellschaft über Auftrag und Rolle des öffentlich-rechtlichen Rundfunks ist neu angefacht worden; die Stellungnahmen der Dritten zeigen hier die ganze Meinungsbandbreite auf, die von der Forderung nach zeitlich wie inhaltlich unbegrenzter Online-Präsenz bis zur Ansicht reichen, der öffentlich-rechtliche Rundfunk habe sich auf kommerziell nicht lukrative Nischen zu beschränken. Dieser nachhaltig und fortgesetzt zu führende Diskurs ist auch in den ARD-Anstalten intensiviert worden, zwischen den Programmverantwortlichen und Programmachern, aber ebenso mit den

Gremien – und zwar auch unabhängig von den konkreten Dreistufentest-Verfahren bzw. über diese hinaus. Die Qualitätsdebatte, die wahrscheinlich so alt ist wie der gebührenfinanzierte Rundfunk, jedenfalls aber mindestens so alt wie der kommerzielle Rundfunk, wird dank des aktuellen Impulses mit dem Ziel konkreter, zeitnaher und operabler Ergebnisse geführt.

Die GVK hatte bereits Anfang 2009 eine Gremienfachtagung mit dem Titel »Qualität – machen, messen, managen« veranstaltet und ein Thesenpapier zur Bewertung von Qualität erarbeitet. Die Erkenntnisse, die aus den Dreistufentest-Verfahren in Bezug auf die Prüfung der Qualität von Telemedienangeboten gewonnen werden, werden auch auf Fernsehen und Hörfunk »durchschlagen«. In den Häusern gibt es zwar bereits diverse Qualitätsmanagementsysteme, diese dienen aber vor allem der internen Evaluation. Qualität von Medienangeboten bestimmbarer und nach außen nachweisbarer bzw. argumentativ fassbarer zu machen, ist einer der wichtigsten Bausteine für die Legitimation des öffentlich-rechtlichen Rundfunks.

Die Legitimationsdebatte wird derzeit vor allem anhand der laufenden Dreistufentest-Verfahren geführt, sie wird es aber – wie vorher – auch nachher oder nebenher noch geben, insbesondere mit Blick auf die Rechtfertigung der Gebührenfinanzierung. Und hier ist die Qualität der Inhalte der Schlüssel oder Leitfaden. Die Beantwortung der Auslegungsfragen, denen die Gremien bei der Prüfung der zweiten Stufe (»publizistischer Beitrag in qualitativer Hinsicht«) begegnen, lohnt sich also noch weit über den Dreistufentest hinaus.

Ein weiterer gewichtiger – vom Gesetzgeber beabsichtigter – »Nebeneffekt« ist noch zu nennen: die Stärkung der Gremien. Dieser Effekt ist bereits eingetreten, und zwar – wie wohl alle aktiven Gremienmitglieder zustimmen würden – unumkehrbar.



Dr. Harald Augter,
Vorsitzender der Gremienvorsitzen-
denkonferenz der ARD und des SWR-Rundfunkrats



Dr. Susanne Pfab,
Geschäftsführerin der
Gremienvorsitzendenkonferenz der ARD