

Amsterdam-Test unter kritischer Beobachtung

Für eine Würdigung des publizistischen Wettbewerbs / Von Reinhold Kopp

epd MDR und NDR haben den Drei-Stufen-Test bereits vor Inkrafttreten des 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrages (RfÄStV) am 1. Juni 2009 freiwillig angewandt. Die gesetzlich vorgeschriebenen ökonomischen Gutachten über die Marktauswirkungen der Telemedien-Angebote auf kommerzielle Anbieter („Market impact“) hatten sich umfassend mit einer Methodik auseinanderzusetzen, die sowohl kartellrechtlichen Vorgaben als auch medienökonomischen Realitäten gerecht werden musste.

Die Veröffentlichung der Gutachten ist nicht vorgeschrieben, wäre aber im Sinne einer umfassenden Transparenz des Verfahrens wünschenswert gewesen. Die Gutachten erreichten dennoch nicht nur die Adressaten, sondern auch die interessengeleiteten Beobachter; die Kritik an Gutachten und Verfahren aus Sicht der privaten Wettbewerber und der Landesmedienanstalten war fundiert, erreichte aber sogleich polemisches Niveau.

Die heftigen Reaktionen rufen in Erinnerung, dass die Verfahren des sog. „Amsterdam-Tests“, wie die EU-Kommission den Drei-Stufen-Test in geschickter Umdeutung und Anwendung wettbewerbsrechtlicher Grundsätze des Protokolls zum Amsterdam-Vertrag nennt, unter skeptischer Beobachtung der Brüsseler Wächter über die Dienstleistungen im allgemeinen öffentlichen Interesse in den Mitgliedsstaaten stehen. Bei der deutschen Variante des „Public Value Tests“, dem Drei-Stufen-Test, wird die von Brüssel geforderte ausgewogene Balance zwischen den Online-Angeboten zur umfassenden Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrages und den Entfaltungsmöglichkeiten privater Anbieter auf prinzipiell nicht abgeschotteten und unausgewogen finanzierten Märkten angestrebt.

Sensibel die Erwägungen mit bedenken

Die zur Genehmigung des Bestandes und neuer Telemedien-Angebote erforderliche Interessenabwägung durch die Rundfunkräte, die die Europäische Kommission als Binnenkontrolle nur widerwillig akzeptiert hat, sollte daher nicht nur unabhängig, professionell und kritisch sein, sondern auch sensibel die Erwägungen mit bedenken, die dem sog. Beihilfekompromiss zwischen Deutschland und der Europäischen Kommission vom 27. August 2007 zugrunde gelegen haben. Hinweise auf die bei der Interessenabwägung zu berücksichtigenden Kriterien finden sich in zahlreichen Beihilfeentscheidungen der Generaldirektion Wettbewerb zum Rundfunk.

Die Abwägung zwischen publizistischem Mehrwert und marktlichen Auswirkungen findet in der zweiten Stufe des Drei-Stufen-Tests statt. Dort ist zunächst zu prüfen, in welchem Umfang das öffentlich-rechtliche Telemedien-Angebot in qualitativer Hinsicht zum publizistischen Wettbewerb beiträgt. Beim publizistischen Wettbewerb sind dann drei Kriterien einzubeziehen: die vorhandenen frei zugänglichen Angebote, die marktlichen Auswirkungen des geplanten Angebots und dessen meinungsbildende Funktion angesichts vergleichbarer Angebote. Umstritten ist, inwieweit kostenpflichtige Angebote privater Anbieter in die Prüfung einzubeziehen sind, ob also beispielsweise die Mediathek „KI.KAplus“ und das Vorschulangebot www.kikaninchen.de mit dem SuperRTL-Bezahlangebot Toggolino.de abgewogen werden müssen.

Die Meinungsverschiedenheiten rühren daher, dass die drei Prüfkriterien nicht streng auseinandergehalten werden. Bei der Ermittlung der Quantität und Qualität der vorhandenen frei zugänglichen Angebote sind kostenpflichtige Angebote in der Tat nicht mit einzubeziehen. Dies ergibt sich aus dem Vergleich zum Wortlaut des § 4 Abs. 1 RStV und auch aus der historischen und gemeinschaftskonformen Auslegung. In Randziffer 362 des Einstellungsschreibens bezieht sich die EU-Kommission auf eine Korrespondenz mit den deutschen Behörden. In dieser Randziffer ist explizit von kostenfreien Angeboten die Rede.

Die Gegenmeinung, die sich auf eine teleologische Interpretation stützt, wonach attraktive kostenfreie Angebote gerade kostenpflichtige Konkurrenzangebote in besonderem Maße bedrängen, möchte bereits in diesem ersten Schritt ein „level playing field“ im Wettbewerb der Dienstleistungen herstellen. Eine Interpretation gegen den eindeutigen Wortlaut des § 11f RStV verkennt, dass diese durchaus schützenswerten Interessen in einem späteren Schritt der Prüfung berücksichtigt werden.

Im Rahmen des zweiten und dritten Prüfkriteriums, der marktlichen Auswirkungen und der meinungsbildenden Funktion, sind dagegen zwingend auch die kostenpflichtigen Programme zu berücksichtigen. Im Rahmen der beihilferechtlich vorgegebenen Prüfung des relevanten Marktes wäre es ein methodischer Fehler, die kostenpflichtigen Angebote außen vor zu lassen. Denn nach dem Kartellrecht sind primär die funktionale Austauschbarkeit von Produkten oder Dienstleistungen zu ermitteln, wobei maßgebliches Kriterium die Gleichwertigkeit bestimmter Leistungen ist. Für die Beurteilung

der Funktionalität ist der Preis nur eines von mehreren Kriterien. Von der hier beschriebenen Marktgleichgewichtigkeit geht auch die Europäische Kommission aus, für die die Telemedien der öffentlichen und privaten Anbieter natürlich in einem Wettbewerbsverhältnis stehen (Randziffer 189 des Einstellungsschreibens).

In der Endredaktion schnell gestrickt

Zugegebenermaßen trägt die amtliche Begründung des RfÄStV, wonach die Beurteilung des Beitrags zum publizistischen Wettbewerb unter Einbeziehung publizistischer Angebote zu erfolgen hat, die sich an ein allgemeines Publikum richten und frei zugänglich sind, ihren Teil zur Verwirrung bei. Es ist aber nicht die einzige Unklarheit dieses in der Endredaktion schnell gestrickten Staatsvertrages.

Die Rundfunkräte sollten also nicht rabulistisch einengenden Interpretationen folgen. Für Anbieter von Bezahlleistungen sind die marktlichen Auswirkungen eines kostenfreien Telemedienangebotes öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten gravierender als für Dritte, die ebenfalls kostenlose, funktional vergleichbare Leistungen anbieten. Die Rundfunkräte müssen anspruchsvoll sein, wenn sie die Frage nach dem publizistischen Mehrwert prüfen. Von ihnen wird eine nuancierte Abwägung des publizistischen Mehrwertes des öffentlich-rechtlichen Angebotes auf den publizistischen Wettbewerb mit allen potenziell konkurrierenden privaten Angeboten erwartet.

Die ersten Gutachten scheinen hinsichtlich der Marktauswirkungen eine eher etwas unsensible und medienökonomisch nicht immer belastbare Sicht auf die Interessen des Wettbewerbs zu haben. Die Schwelle, wann Wettbewerbsverzerrungen spürbar sind, ist nicht schematisch zu definieren; sie darf aber auch nicht pauschal wegdefiniert oder auf den endgültigen Marktaustritt des Wettbewerbers eingeschränkt werden. In der Markteinführungsphase neuer Angebote können

bereits kleine Wettbewerbsbeeinträchtigungen gravierende Auswirkungen auf die Finanzierbarkeit eines Dienstes haben.

System kommunizierender Röhren

Natürlich haben die Rundfunkräte im Rahmen des Genehmigungsverfahrens einen von den Aufsichtsbehörden und auch gerichtlich nicht zu überprüfenden Beurteilungsspielraum. Aber sie müssen die Beurteilung bei der Genehmigung wie bei der Festlegung der Verweildauer der Angebote sachgerecht ausüben und die Gründe nachvollziehbar aufführen. Insbesondere ist darzulegen, wie die Stellungnahmen und Einwände Dritter berücksichtigt wurden. Es könnte sich als hohes Risiko für die Glaubwürdigkeit der Entscheidungen erweisen, wenn bei der umfassenden Würdigung des publizistischen Mehrwertes medienökonomische Betrachtungen gering geschätzt oder ganz beiseitegeschoben würden.

Publizistische Qualität und die Zulässigkeit marktlicher Auswirkungen verhalten sich ohnehin wie ein System kommunizierender Röhren: Je höher das Qualitätsniveau des öffentlich-rechtlichen Angebotes, desto eher ist eine Beeinträchtigung frei zugänglicher oder kostenpflichtiger Wettbewerbsangebote zu akzeptieren. Denn solange der publizistische Wettbewerb das Niveau an Kultur, Information und Unterhaltung hebt, hat es auch die Kritik schwer; ein Nivellierungswettbewerb um Massenattraktivität würde die Legitimationsbasis der öffentlich-rechtlichen Telemedien gefährden, gleich wie aufwendig die Gutachten auch immer gestaltet wären.

*

Der Autor ist Rechtsanwalt bei der Heussen Rechtsanwaltsgesellschaft mbH am Standort Berlin und Honorarprofessor an der UMC Potsdam (FH). Er war früher Vorsitzender des Verwaltungsrates des SR. ■