

Positionspapier der Landesmedienanstalten zum Drei-Stufen-Test

1. Einführung

Der öffentlich-rechtliche und der private Rundfunk konstituieren gemeinsam in einem balancierten System jeweiliger Rechte und Pflichten das erfolgreiche duale Rundfunksystem in Deutschland. Veränderungen der Systembedingungen haben nur im privaten Rundfunk relevante wirtschaftliche Konsequenzen. Im Interesse der Aufrechterhaltung eines ohnehin prekären Gleichgewichts, das durch öffentlich-rechtliche Telemedien weiter gefährdet sein kann, unterbreiten die Landesmedienanstalten Vorschläge zu den Grundlagen und Abläufen des Drei-Stufen-Tests. Ziel ist die Unterstützung eines Verfahrens, das Transparenz und eigenständige Willensbildung der gesellschaftlichen Kräfte auf umfassender Entscheidungsgrundlage ermöglicht.

Bei dem sog. Drei-Stufen-Test (DST) geht es im Kern darum, dass öffentlich-rechtliche online-Angebote darauf überprüft werden, ob und in welchem Umfang sie noch dem öffentlich-rechtlichen Auftrag entsprechen. Das Verfahren geht zurück auf ein Beihilfeverfahren, in dem die EU-Kommission festgestellt hatte, dass eine allgemeine Ermächtigung unscharf definierter öffentlich-rechtlich Online-Angebote gegen Beihilferecht verstoße. Aufgrund des im 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrag (12. RÄndStV), niedergelegten DST hat die Kommission das Verfahren eingestellt.

Maßgebliche Vorschrift ist vor allem § 11 f des 12. RÄndStV, der am 01.07.2009 in Kraft treten wird. Die Dreistufigkeit besteht danach in zweierlei Hinsicht:

- zum einen in verfahrenstechnischer Hinsicht:
 1. Vorlage eines inhaltlichen Konzeptes für ein online-Angebot durch die Intendanz der jeweiligen Anstalt
 2. Prüfung und Entscheidung über die Vereinbarkeit des Angebotes mit den materiellen DST-Vorgaben durch das Gremium der jeweiligen Anstalt
 3. Prüfung durch die Rechtsaufsicht und Veröffentlichung in den jeweiligen Verkündungsblättern.

- zum anderen in materieller Hinsicht:
 1. besteht ein Bedarf für ein derartiges öffentlich-rechtliches online-Angebot?
 2. Beitrag zum publizistischen Wettbewerb und Prüfung der marktlichen Auswirkungen
 3. Darlegung des finanziellen Aufwandes

Eine Stellungnahmemöglichkeit Dritter ist jeweils auf der zweiten Stufe vorgesehen.

2. Ausgangspunkt: Beihilfverfahren

Bevor im Weiteren die bisherigen Verfahren dargestellt und bewertet werden, soll zunächst der Ausgangspunkt des DST, das Beihilfverfahren vor der EU-Kommission nochmals zusammengefasst werden.

2.1 Der Beihilfekompromiss zwischen Brüssel und Karlsruhe

Der Drei-Stufen-Test markiert den Kompromiss zwischen den Anforderungen des EU-Beihilferechtes und der Rundfunkfreiheit nach der deutschen Verfassungsrechtsprechung.

Beihilfen sind nach EG-Vertrag (EGV) – vereinfacht – staatliche bzw. aus staatlichen Mitteln stammende Gelder, die geeignet sind, den Wettbewerb im zwischenstaatlichen Handel tatsächlich oder potentiell zu verfälschen. Die Anwendung auf die Rundfunkgebühr ist zwar mit Blick auf die Kriterien „staatliche Leistung“ und „Amsterdamer Protokoll von 1997“ bestritten. Im Ergebnis hat die Kommission ihren Anspruch auf Beihilfeaufsicht auf dem Feld der Rundfunkgebühren auch nach dem Amsterdamer Protokoll nicht aufgegeben. Im Gegenteil: Es sind eine Reihe von beihilferechtlichen Prüfungsverfahren zu den Gebühren des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in einigen Mitgliedsstaaten Westeuropas eingeleitet worden.

Seit der ersten sog. Rundfunkmitteilung 2001 hat die Europäische Rechtsprechung die auf den Rundfunk anwendbare Ausnahmeregelung des Artikel 86 (2) konkretisiert. Nach dem so genannten „Altmark-Trans-Urteil“ des EuGH stellen Ausgleichszahlungen für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen keine staatliche Beihilfe dar, sofern vier Kriterien erfüllt sind:

- Auftrag/Betrauung
- transparente Ausgleichsfinanzierung,
- keine Überkompensation,
- Vergabeverfahren oder marktorientierte Bedarfsermittlung) gegeben sind, hat

Mit Blick auf das Amsterdamer Protokoll betont die Kommission allerdings ihre restriktive Anwendung des EGV unter besonderer Rücksichtnahme auf die Rolle des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Konkret beschränkt sich die Kommission auf die Beanstandung offensichtlicher Fehler der Mitgliedsstaaten bei der Anwendung der beihilferechtlichen Kriterien und enthält sich selbst einer programmlichen Qualitätsprüfung.

Auf die Beschwerde des Verbandes privater Rundfunk und Telekommunikation (VPRT) aus dem Jahr 2005 bedurfte es etlicher Zusagen der deutschen Bundesländer zur Definition des Programmauftrages, zur Kontrolle der Einhaltung sowie zur Vermeidung der Überkompensation, ehe die Kommission das anhängige Verfahren gegen Deutschland im Jahr 2007 eingestellt hat.

Mit Blick auf die verfassungsgerichtlich verbürgte Rundfunkfreiheit sind konkrete materielle Vorgaben für Programm und Telemedien im Rundfunkstaatsvertrag nur schwer zu vereinbaren. Der Ausweg wird vielmehr in einem Public Value-Test nach BBC-Vorbild gesucht, mithin in einer prozeduralen Lösung, die ihren Ausdruck in den §§ 11 ff. des Entwurfs des 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrages (E 12. RÄStV) gefunden hat.

2.2 Revidierter Entwurf der (Rundfunk-)Beihilfemitteilung der Kommission vom November 2007 und E 12. RÄStV

Wählt man den Entwurf der jüngsten Rundfunkgebührenmitteilung vom November 2008 in der revidierten Fassung vom März 2009 als Maßstab für die beihilferechtliche Prüfung, so ergeben sich folgende Kriterien:

a) Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrages

Die Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrages ist Kompetenz der Mitgliedsstaaten (Ziff. 44). Der öffentlich-rechtliche Auftrag muss von den Mitgliedsstaaten so genau wie möglich definiert werden (Ziff. 45). Damit soll den privaten Rundfunkveranstaltern eine Planung erleichtert werden. Zudem soll den „Behörden der Mitgliedsstaaten“ die Kontrolle einer wirksamen Erfüllung ermöglicht werden (Ziff. 46).

„Angesichts der Besonderheiten des Rundfunksektors und der Notwendigkeit zum Schutz der redaktionellen Unabhängigkeit der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten erscheint es jedoch unter Berücksichtigung der Auslegungsbestimmungen des Protokolls von Amsterdam legitim, eine qualitative Auftragsbestimmung als von Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag gedeckt anzusehen, der zufolge die betreffende Rundfunkanstalt mit der Aufgabe betraut wird, 'ein großes Programmspektrum und ein ausgewogenes und abwechslungsreiches Programm' zu bieten. Eine solche Definition wird in der Regel als mit dem Ziel, die demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnisse der Gesellschaft zu befriedigen und den Pluralismus einschließlich der kulturellen und sprachlichen Vielfalt zu wahren, im Einklang stehend, erachtet“ (Ziff. 47).

„Der öffentlich-rechtliche Auftrag muss von den Mitgliedsstaaten so genau wie möglich definiert werden. Aus der Definition sollte unmissverständlich hervorgehen, ob der Mitgliedsstaat eine bestimmte Tätigkeit des betrauten Anbieters in den öffentlich-rechtlichen Auftrag aufnehmen will oder nicht. Wenn die der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt auferlegten Verpflichtungen nicht klar und genau festgelegt sind, kann die Kommission ihre Aufgaben nach Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag nicht erfüllen und keine Freistellung auf dieser Grundlage gewähren.“ (Ziff. 48)

b) Betrauung und Kontrolle

Nach der Mitteilung reicht es jedoch nicht aus, „die öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt förmlich mit der Erfüllung eines genau definierten öffentlich-rechtlichen Auftrages zu betrauen. Der öffentlich-rechtliche Auftrag muss auch tatsächlich erfüllt werden (Ziff. 53). „Daher sollte eine geeignete Behörde oder benannte Stelle die Erfüllung des Auftrages transparent und wirksam kontrollieren. Dass eine solche Kontrolle notwendig ist, zeigt sich im Falle von Qualitätsstandards, die der betraute Anbieter einhalten muss“ (Ziff. 53). Die Kommission will die Einhaltung der Qualitätsstandards nicht selbst kontrollieren. Das sei vielmehr Aufgabe der Mitgliedsstaaten. „Das Aufsichtsgremium dürfte seiner Aufgabe allerdings nur gerecht werden können, wenn es sich dabei um eine Stelle handelt, die effektiv von der Geschäftsführung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten unabhängig und mit den erforderlichen Befugnissen und Ressourcen ausgestattet ist, um eine regelmäßige (!*)

* Hervorhebung durch Verfasser.

Kontrolle vornehmen und zur Gewährleistung der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung nötigenfalls geeignete Abhilfemaßnahmen beschließen zu können“ (Ziff. 54).*

c) Vermeidung der Überkompensierung

Die Mitteilung beschränkt in den Ziff. 73 und 74 Rücklagen für Kosten- und Einnahmeschwankungen sowie spezielle Rücklagen.

„Die Mitgliedsstaaten sind verpflichtet, geeignete Mechanismen einzurichten, um sicherzustellen, dass es nicht zu einer Überkompensierung kommt. Sie haben insbesondere eine regelmäßige und wirksame Aufsicht über die Verwendung der öffentlichen Finanzmittel zu gewährleisten, um Überkompensierung und Quersubventionierung auszuschließen sowie Höhe und Verwendung der Rücklagen zu kontrollieren“. Dazu bedarf es einer am Besten jährlich durchgeführten Kontrolle durch eine externe Stelle (Ziff. 78).

d) Diversifizierung

Um die „fundamentale“ Bedeutung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten im neuen, digitalen Umfeld zu sichern, dürfen die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten staatliche Beihilfen einsetzen, um über neue Verbreitungsplattformen audiovisuelle Dienste bereitzustellen ..., „sofern diese Dienste den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der jeweiligen Gesellschaft entsprechen und keine unverhältnismäßigen und bei der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrages vermeidbaren Auswirkungen auf den Markt haben“ (Ziff. 81). Auch entgeltliche Angebote sind nicht per se ausgeschlossen (Ziff. 83).

Die Mitgliedsstaaten müssen allerdings für Telemedien „im Wege eines vorherigen Beurteilungsverfahrens, das sich auf eine öffentliche Anhörung stützt, prüfen, ob von öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten geplante wesentliche neue audiovisuelle Dienste die Anforderungen des Protokolls von Amsterdam erfüllen und somit den sozialen, demokratischen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft dienen, und dabei auch den potentiellen Auswirkungen auf die Handels- und Wettbewerbsbedingungen Rechnung tragen“ (Ziff. 84). „Es ist Aufgabe der Mitgliedsstaaten festzulegen, was unter einem 'wesentlichen neuen Dienst' zu verstehen ist“ (Ziff. 85).

„Um sicherzustellen, dass die öffentliche Finanzierung wesentlicher neuer audiovisueller Dienste den Handel und den Wettbewerb nicht in einem Ausmaß verzerrt, dass dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft, haben die Mitgliedsstaaten auf der Grundlage der Ergebnisse der öffentlichen Anhörung die Gesamtauswirkungen neuer Dienste auf dem Markt zu untersuchen, in dem sie die Situation bei Bestehen des geplanten neuen Dienstes mit der Situation ohne ihn vergleichen“ (Ziff. 88). Im Rahmen der Prüfung der Auswirkungen auf den Markt sind u. a. folgende Aspekte zu untersuchen:

- das Vorhandensein ähnlicher redaktioneller Angebote,
- die Marktstruktur,
- die Marktstellung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt,
- der Grad des Wettbewerbs und
- die potentiellen Auswirkungen auf Initiativen privater Marktteilnehmer.

* Transparenz und Kostentrennung hier vernachlässigt – Ziff. 60 bis 69.

„Sind die Auswirkungen auf den Markt überwiegend nachteilig, so dürfte eine staatliche Finanzierung zu Gunsten der audiovisuellen Dienste nur dann verhältnismäßig sein, wenn sie der Gesellschaft auch gegenüber dem gesamten bestehenden öffentlich-rechtlichen Angebot einen klaren Mehrwert bietet“ (Ziff. 88).

Auch insofern ist im Interesse einer effektiven Prüfung eine von der Geschäftsführung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten unabhängige Stelle vorzusehen (Ziff. 89).

e) Fazit

Misst man die Vorschriften des Entwurfes 12. RÄStV an diesem Mitteilungsentwurf, so ist vor allem zu prüfen:

- Wie soll die im Mitteilungsentwurf reklamierte Kompetenz der EU-Kommission „zur Feststellung eines klaren Mehrwertes“ gehandhabt werden? ggf:
- Ist/wird die strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung zum Mehrwert bei erheblichen Marktauswirkungen ausreichend in deutsches Rundfunkrecht umgesetzt (Ziff. 48)?
- Genügen die finanzaufsichtlichen Prüfungsmechanismen den Vorgaben zur Rücklagenbildung im Interesse einer Vermeidung der Überkompensierung in den Ziff. 70 bis 77?

3. Derzeitiger Sachstand des nationalen DST-Verfahrens

Auch wenn der 12. RÄndStV noch nicht in Kraft getreten ist, waren die öffentlich-rechtlichen Anstalten bereits aktiv. Zum einen wurden drei Musterverfahren durchgeführt, zum anderen Verfahrensrichtlinien verabschiedet.

3.1 NDR-Mediathek

Die NDR-Mediathek ist seit dem 15.04.2009 unter www1.ndr.de/mediathek/ abrufbar. Zum 03.05.2009 waren je 240 Hörfunk und Fernsehbeiträge mit primär regionalem Inhalt verfügbar (z.B. Nord-Magazin, 3. Fussball-Liga, NDR-Talk-Show).

Vorausgegangen war der Beschluss des NDR-Rundfunkrates vom 27.03.2009. Darin wird festgestellt: „Die NDR Mediathek ist vom gesetzlichen Auftrag des Norddeutschen Rundfunks umfasst“. Die Kritik aus den Kreisen von Privatsendern und Verlegern wird unter Hinweis auf das Marktgutachten (s.u.) zurückgewiesen. Sofern marktliche Auswirkungen bestünden, würden diese durch die publizistische Qualität aufgewogen. Lediglich hinsichtlich der Kritik zum Verfahren war der Rundfunkrat zu Zugeständnissen bereit: „Für künftige Verfahren spricht sich das Gremium dafür aus, parallel zu der Einleitung eines Drei-Stufen-Tests eine Pressemitteilung herauszugeben und damit **die** 6-Wochen-Frist beginnen zu lassen.“ (Hervorhebung nicht im Original).

Zur Information: § 11 f Abs. 5 RÄndStV spricht von einer Stellungnahmefrist von **mindestens** sechs Wochen nach Veröffentlichung des Vorhabens“. (Hervorhebung nicht im Original)

Hinzuweisen ist zudem darauf, dass bislang noch keine – zumindest keine erkennbare – Prüfung des Vorhabens durch die Rechtsaufsicht stattgefunden hat oder eine „Beschreibung des neuen oder veränderten Angebots in den amtlichen Verkündungsblättern der betroffenen Länder“ veröffentlicht wurde, wie dies § 11 f Abs. 7 RÄndStV vorsieht. Allerdings ist natürlich zuzugestehen, dass diese Rechtsvorschrift bis dato noch nicht in Kraft getreten ist.

3.2 MDR: kikaninchen.de und KiKa.plus

Bei Kika.plus handelt es sich ausweislich der Angebotsbeschreibung vom 01.12.2008 um eine Mediathek, über die auf der heute schon existierenden Seite www.kika.de „ausgewählte Fernsehsendungen kostenfrei als Video-on-demand“ angeboten werden sollen. kikaninchen.de ist als online-Portal für Vorschüler konzipiert, in dem Fernsehinhalt vertieft, der Umgang mit Computer und Internet vermittelt und auch Eltern angesprochen werden sollen.

Das Marktgutachten von Frau Dr. Dr. Hildebrand liegt vor, ist aber noch nicht veröffentlicht. Der Rundfunkrat des MDR hat sich ausweislich einer Pressemitteilung bereits damit befasst, ein Beschluss ist bislang nicht veröffentlicht.

Beide Angebote sind bis dato (Stand: 03.05.2009) noch nicht realisiert. Geplanter Start für KIKAplus und Kikaninchen sind Oktober 2009, wenn der Rundfunkrat die Angebote genehmigt.

3.3 Verfahrensrichtlinien

Die ARD hat am 25.11.2008 Verfahrensrichtlinien für die Drei-Stufen-Tests verabschiedet, die einzelnen Anstalten haben ebensolche beschlossen (s. etwa für den hr: <http://www.hr-rundfunkrat.de/index.jsp?rubrik=45262>). Für das ZDF hat der Fernsehrat am 12.12.2008 entsprechende Richtlinien beschlossen.

Die ARD hat am 01.04.2009 bereits die Weichen für die zukünftigen Verfahren gestellt. Danach sollen die Angebotsbeschreibungen von den Intendanten an die Gremienvorsitzendenkonferenz (GVK) Ende Mai übergeben werden. Diese wird die Angebote am 03.06.2009 veröffentlichen und damit auch die Stellungnahmefrist einleiten. Die GVK hat in diesem Zusammenhang beschlossen „die staatsvertragliche Frist ausnahmsweise auf 8 Wochen zu verlängern“ (Pressemitteilung ARD vom 01.04.2009; **Anm.:** übersehen wird hierbei wohl, dass es sich bei der gesetzlichen Frist des § 11 f um eine Mindestvorgabe handelt; s.o. 3.2.). Alle Prüfverfahren sollen spätestens am 31.08.2010 abgeschlossen sein.

Es ist vorgesehen, dass auf den Internet-Seiten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten über die anstehenden Tests informiert wird. Nach einer Recherche vom 07.05.2009 haben folgende Anstalten entsprechende Seiten veröffentlicht:

ARD: <http://www.daserste.de/service/Leitlinien/>

ZDF: http://www.unternehmen.zdf.de/uploads/media/Beschluss_Fernsehrat_Drei-Stufen-Test.pdf

ndr

<http://www1.ndr.de/unternehmen/organisation/rundfunkrat/vorlagerundfunkratnovember100.pdf>

mdr: <http://www.mdr.de/drei-stufen-test/>

KiKa: <http://www.mdr.de/drei-stufen-test/>

BR: <http://www.br-online.de/content/cms/Universalseite/2008/03/10/cumulus/BR-online-Publikation--343419-20090430092826.pdf>

und

<http://www.br-online.de/unternehmen/organisation/unternehmensstruktur-DID1201788111401/unternehmensstruktur-rundfunkrat-drei-stufen-test-ID1240759315998.xml>

RBB: http://www.rbb-online.de/rundfunkrat/dst/drei_stufen_test.html

SWR: swr.de/drei-stufen-test

Folgende Anstalten machen im Internet bisher keine Angaben:

WDR

HR

arte

Radio Bremen

SR

Die Anstalten haben auf den genannten Seiten auch „Aufforderungen zur Abgabe von Interessensbekundungen für die Marktgutachten“ veröffentlicht. Diese sind bis Mitte Mai einzureichen.

Aus den bislang vorliegenden Informationen ergibt sich für die anstehenden Verfahren folgender Zeitplan:

Mitte Mai	Abgabe der Interessensbekundungen der Gutachter für die Marktanalyse
01.06.2009	12. RÄndStV tritt in Kraft
03.06.2009	Veröffentlichung der Beschreibungen der verschiedenen Vorhaben
29.07.2009	Ablauf der Stellungnahmefrist Dritter
30.09.2009	Abgabe der Gutachten an die Gremien
	Beschluss der Gremien
	Prüfung Rechtsaufsicht
	Veröffentlichung in den Verkündungsblättern
31.08.2010	Abschluss der Verfahren

4. Bewertung des Sachstandes

4.1 Verfahrensgestaltung

Der Verfahrensgestaltung kommt beim Drei-Stufen-Test eine besondere Bedeutung zu. Das zeigt sich bereits daran, dass im Rundfunkstaatsvertrag zu diesen Verfahren Vorgaben enthalten sind. Die Gestaltung eines Verfahrens kann Auswirkungen auf die inhaltlichen Ergebnisse haben. Auf der Grundlage der bisher vorliegenden Richtlinien zur Verfahrensdurchführung („ARD-Genehmigungsverfahren für neue oder veränderte Gemeinschaftsangebote von Telemedien vom 25. November 2008“, FK 11-12/2009; „GVK-Richtlinie zur Vereinheitlichung der Drei-Stufen-Tests“ (Entwurf), epd Nr. 13/2009; Beschluss des ZDF-Fernsehrates vom 12. Dezember 2008, epd 100/2008) wird untersucht, an welchen Stellen des Verfahrensablaufs möglicherweise Klarstellungen, Präzisierungen oder Ergänzungen erforderlich sein könnten. Bei dieser Prüfung wurde auch das Gutachten einbezogen („Rahmenbedingungen für die Durchführung des Drei-Stufen-Tests“, Arbeitspapiere des Instituts für Rundfunkökonomie an der Universität zu Köln, Heft 252), das für den Rundfunkrat des Westdeutschen Rundfunks erstellt wurde (zitiert: Gutachten)

a) Einleitung des Verfahrens

Das Verfahren beginnt mit einer Angebotsbeschreibung (ARD) bzw. Projektbeschreibung (ZDF), die dem Beschlussgremium (Rundfunkrat/Fernsehrat) zugeleitet wird. Das weitere Verfahren liegt in dessen Händen. Auf das Vorverfahren, mit dem festgestellt wird, ob ein Telemediengebot neu oder geändert und damit genehmigungsbedürftig ist, wird nachfolgend nicht näher eingegangen, da derzeit alle vorhandenen Angebote dem Genehmigungsverfahren unterzogen werden müssen.

Angebots- bzw. Projektbeschreibung enthalten jeweils auch eine Darlegung, warum die gesetzlichen Kriterien (§ 11 f. Abs. 4 12. RÄndStV) erfüllt sind. Während beim ZDF die – obligatorisch zu veröffentlichende – Projektbeschreibung Bestandteil der formellen Vorlage an den Fernsehrat ist, sieht die ARD parallel dazu „auf der Grundlage der Angebotsbeschreibung eine Vorlage an den Rundfunkrat zur Genehmigung“ (Ziff. II 4. GVK-Richtlinie E) vor. Es kommt hinzu, dass in der GVK-Richtlinie (Entwurf II. 10) auf diese mit dem Begriff „ausgearbeitete Vorlage“ Bezug genommen wird. Es ist von außen nicht ersichtlich, welche Zielsetzung diese Trennung zwischen einer zu veröffentlichenden Angebotsbeschreibung einerseits und einer separaten „ausgearbeiteten“ Vorlage mit Angebotsbeschreibung für die Gremien hat. Statt einer solchen Vorlage „auf der Grundlage der Angebotsbeschreibung“ könnte auch – wie beim ZDF – die zu veröffentlichende Angebotsbeschreibung direkt Bestandteil der Gremienvorlage sein.

Auch das Gutachten (a.a.O. S. 123) problematisiert diese Trennung. Es weist darauf hin, dass „eine nicht veröffentlichte Genehmigungsvorlage Zweifel an der notwendigen Unabhängigkeit des Rundfunkrats bei der Entscheidungsfindung wecken“ könnte und deshalb vermieden werden sollte.

b) Fristen

Zeiträume, die für die Erarbeitung von Stellungnahmen oder die Durchführung von Verfahrenshandlungen zur Verfügung stehen, entscheiden mit über die Qualität der jeweiligen Aktivitäten. So sieht § 11 f Abs. 5 Satz 2 12. RÄndStV vor, dass die Stellungnahme zu einem veröffentlichten im Genehmigungsverfahren befindlichen Telemedienangebot „innerhalb einer Frist von mindestens sechs Wochen nach Veröffentlichung des Vorhabens“ möglich sein muss. Diese Frist war von Anfang an als zu kurz kritisiert worden. Die Gremienvorsitzendenkonferenz der ARD hat dem gemäß in ihrem Beschluss am 1. April 2009 eine Heraufsetzung der Frist auf acht Wochen vorgesehen.

Es bleibt allerdings die Problematik, dass nach der GVK-Richtlinie (Entwurf II 10.) das Genehmigungsverfahren „– beginnend mit der Zuleitung der ausgearbeiteten Vorlage an den Rundfunkrat – innerhalb von sechs Monaten abgeschlossen sein“ soll. Auch das Gutachten (S. 134) weist auf „**ausreichende und dem Fall angemessene Fristen**“ (im Original fett) und deren Bedeutung hin. Die Sechs-Monats-Frist wird als ungeeignet angesehen (a.a.O. S. 135).

Dies gilt umso mehr, als eine solche Begrenzung angesichts der absehbaren Abläufe schwer nachvollziehbar ist. Die ARD-Anstalten gehen davon aus, dass sämtliche Projektbeschreibungen Anfang Juni den Rundfunkräten zugeleitet werden können. Der Rundfunkstaatsvertrag gibt eine Frist zur abschließenden Entscheidung bis zum 31. August 2010. Angesichts eines zur Verfügung stehenden Zeitraums von 15 Monaten ist die vorgesehene Beschränkung nicht plausibel.

Es kommt hinzu, dass zahlreiche Verfahren parallel durchgeführt werden. Auch wenn die betroffenen Dritten in vielen Fällen identisch sein werden und die zu erörternden Problemlagen sich in Teilen decken werden, stellt dennoch diese Kombination von kurzer Frist und kompakter paralleler Durchführung zahlreicher Verfahren eine erhebliche Erschwernis für Stellung nehmende Dritte dar.

Schließlich sollte die Sechs-Monats-Frist auch deshalb aufgegeben werden, weil (siehe dazu unten Punkt d) aufgrund weiterer Empfehlungen zu zusätzlichen Verfahrensschritten notwendigerweise eine Verlängerung des Verfahrenszeitraums eintritt.

c) Gutachter

Nach § 11 f Abs. 5 12. RÄndStV ist im Hinblick auf die marktlichen Auswirkungen des zu prüfenden Telemedienangebots „gutachterliche Beratung hinzuzuziehen“. Diese gutachterliche Bewertung unterliegt zwar im Endergebnis den Einschätzungen des Rundfunkrats, wird aber die einer der Überprüfung unterliegende Entscheidungsbegründung maßgeblich prägen. Aus diesem Grund kommt der Institution bzw. Person des Gutachters erhebliche Bedeutung zu. In diesem Zusammenhang kann darauf hingewiesen werden, dass im entsprechenden Verfahren in Großbritannien („Public Value Test“) diese Untersuchung („Market Impact Assessment“) von der nationalen Regulierungsbehörde OFCOM durchgeführt wird.

Aufgrund der zentralen Bedeutung dieses Gutachtens sollten besonders hohe Anforderungen an die Transparenz der Auswahl gestellt werden. Ein freiwilliges Interessenbekundungsverfahren für Gutachter (vgl. Gutachten S. 139) bzw. die Aufforderung zur Angebotsabgabe in öffentlicher Form (a.a.O. S. 135) sind dabei sinnvolle Verfahrenswege.

Von besonderer Bedeutung wird es sein, die Kriterien für die Auswahl des Gutachters offenzulegen und nachvollziehbar zu machen. Das Gutachten (S. 140 f.) hebt zu Recht hervor, dass die „wissenschaftliche Verortung“ des Gutachters von grundlegender Bedeutung ist. So stellt es bereits eine grundsätzliche Vorentscheidung dar, ob ein Gutachter eher einen wettbewerbsökonomischen Ansatz verfolgt oder eine nicht-marktliche Wohlfahrtsökonomie zugrunde legt.

Aufgrund der überragenden Bedeutung dieser Fragen wird darauf unten (Punkt e) noch einzugehen sein, wenn erörtert wird, in welchen Zusammenhängen eine gemeinsame und einheitliche Grundlegung aller Verfahren zu fordern ist, und zwar über die reinen Verfahrensabläufe hinaus auch in maßgeblichen materiellen Fundamententscheidungen (z.B. Vorgaben zur Marktdefinition).

Auf jeden Fall sollte nach der Bekanntgabe des Gutachters auch offengelegt werden, inwieweit dieser bereits früher für Landesrundfunkanstalten bzw. deren Beteiligungsgesellschaften tätig gewesen ist oder andere relevante Verbindungen bestehen.

d) Die Eigenständigkeit der Entscheidung des Rundfunkrats

Die Frage der Unabhängigkeit der Entscheidungsgremien im öffentlichen-rechtlichen Rundfunk hat im Beihilfeverfahren vor der EU-Kommission eine nicht unwesentliche Rolle gespielt. Aus diesem Grund wird es für die Akzeptanz des Verfahrens von Bedeutung sein, inwieweit sich diese Unabhängigkeit im Verfahren manifestiert. Zwar ist auch eine personelle Ausstattung der Gremien mit eigenen Mitarbeitern unter ihrer Fachaufsicht vorgesehen. Derzeit ist aber noch nicht erkennbar, dass alle Möglichkeiten einer unabhängigen Willensbildung der Gremien ausgeschöpft sind.

Dies betrifft insbesondere die Transparenz der Entscheidungsgrundlagen. Diese werden nur den „am Verfahren beteiligten Gremien“ (Ziff. II.6 GVK-Richtlinie E) zugänglich gemacht, auch das Gutachten wird erst nach Abschluss des Verfahrens veröffentlicht (a.a.O. II.9). Die Transparenz der Entscheidungsfindung im Rahmen des „Public Value Test“ der BBC beinhaltet dagegen, dass auch das Marktgutachten der OFCOM 28 Tage zur öffentlichen Diskussion gestellt wird, bevor das Verfahren fortgesetzt wird.

Deshalb sollte, sobald das Gutachten zu den marktlichen Auswirkungen vorliegt, dieses öffentlich gemacht werden. Erst durch die Möglichkeit, zu dem Gutachten Stellung zu nehmen, bevor die abschließende Entscheidung der Gremien fällt, wird eine breite Grundlage für deren eigene Bewertung geschaffen. So wird auch in der Untersuchung für den WDR ausgeführt (Gutachten S. 138), dass in Bezug auf das Gutachten Prüfungsbedarf durch Dritte besteht, um etwaige Defizite oder sonstige Auffälligkeiten anzusprechen, z.B. wenn „ohne plausible Begründung einer offensichtlich relevanten Fragestellung nicht nachgegangen“ wurde. Ergänzend sollte die Anhörung der Gutachter und ausgewählter – z.B. auch nach dem Gutachten besonders betroffener – Dritter als fixer Verfahrenspunkt verankert werden. Das ZDF sieht eine solche Vorgehensweise optional vor (Beschluss I.8). Weiterhin wäre die Gründung eines Kontaktausschusses unter Einbeziehung von Repräsentanten des privaten Rundfunks, der Online- und Printanbieter denkbar (Gutachten S. 143), in dem grundsätzliche Fragestellungen oder wichtige Einzelprobleme erörtert werden könnten.

Die Beratungsgrundlage, die schlussendlich dem Rundfunkrat vorliegt, ist die prägende Vorgabe für das Ergebnis. Nach der GVK-Richtlinie (E Ziff. II.7) erstellt der Rundfunkrat diese Unterlagen. Insoweit stellt sich die Frage, inwieweit die derzeit vorgesehene personelle Ausstattung eine solche Durchführung faktisch ermöglicht. In Bezug auf das ZDF wird dem Fernsehrat eine vom Intendanten fortgeschriebene Projektbeschreibung als Beratungsgrundlage zugeleitet (Beschluss Ziff. I.8, I.10), weiterhin übermittelt der Fernsehratsvorsitzende eine Zusammenfassung aller sonstigen Äußerungen im Verfahren. Auch hier wird es auf die faktische Möglichkeit in zeitlicher, personeller und organisatorischer Hinsicht ankommen, inwieweit eine eigenständige Vorlage durch Mitarbeiter des Fernsehrates angefertigt werden kann.

e) Sicherstellung einheitlicher Maßstäbe

In den Verfahren zur Genehmigung von Telemedien im öffentlich-rechtlichen Rundfunk gibt es einige fundamentale Entscheidungen, die für das Ergebnis vorentscheidend sind und die in gleicher Weise – oder mindestens strukturell vergleichbar – in allen Verfahren auftreten werden. Insoweit ist darauf hinzuwirken, dass eine Vereinheitlichung dieser Maßstäbe erfolgt. Wenn § 11 f Abs. 3 12. RÄndStV „übereinstimmende Kriterien“ für die Feststellung eines neuen oder geänderten Telemedienangebots von den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten verlangt, muss für die Prüfung der Auswirkungen des Angebots im Medienmarkt dieselbe Einheitlichkeit gefordert werden. Dem gemäß wären mindestens einheitlich anzuwenden:

- Marktdefinition (räumlich, sachlich)
- Bewertungsmethodik (z.B. Wettbewerbsökonomie / nicht wettbewerbliche Wohlfahrtsökonomie)
- unbestimmte Rechtsbegriffe (z.B. „frei zugängliche Angebote“ § 11 f. Abs. 4 S. 3 12. RÄndStV; „meinungsbildende Funktion“ (a.a.O.)).

4.2 Bewertung der Marktbetrachtung in den beiden Musterverfahren

Im Rahmen des DST kommt der Marktbetrachtung eine entscheidende Rolle zu. Hier werden die Auswirkungen der bestehenden und der neuen online-Angebote auf den Markt untersucht. Definiert man diesen Markt weit, dann fallen alle heute existierenden Online-Angebote von Sendern, Verlegern oder Dritten hierunter. Zu untersuchen wäre also, ob und inwieweit die gebührenfinanzierten Angeboten die wirtschaftliche Basis der privat finanzierten Angebote beeinflussen, etwa indem Nutzungszeiten, die auch im Internet die Basis für die Werbefinanzierung sind, zu den öffentlich-rechtlichen Anbietern abwandern. Bei einer engen Marktdefinition verringert sich naturgemäß die Zahl potentieller Wettbewerber.

Neben dieser rein ökonomischen Betrachtung sind aber auch die publizistischen Auswirkungen der öffentlich-rechtlichen online-Angebote zu untersuchen. Danach kann es grundsätzlich sein, dass negative Auswirkungen auf der Marktseite durch einen publizistischen Mehrwert, sprich durch eine Verbreiterung der Vielfalt ausgeglichen werden können.

Hier treffen der ökonomische Ansatz der EU-Kommission und das rundfunkrechtliche Gebot der Vielfaltssicherung aufeinander. Es bleibt abzuwarten, wie sich diese beiden Aspekte zueinander verhalten werden.

4.2.1 Gutachten EE&MC zu KIKAplus und Kikaninchen

a) Marktabgrenzung und Ergebnis

Die EE&MC-Gutachter (Dr. Dr. Hildebrand und Dr. Ulf Böge) haben sowohl im Fall von Kikaninchen als auch bei KIKAplus eine empirisch gestützte Marktabgrenzung vorgenommen. Als Instrumentarium wurde der in Kartellrechtsfällen auch von der EU-Kommission verwendete „Hypothetische Monopolistentest“ eingesetzt. Um den Markt für Vorschulkinder-Online-Angebote, Kinder-Online-Angebote und für Kinder-Mediatheken abzugrenzen, wurde im Rahmen des Testverfahrens eine empirische „Conjoint-Analyse“ durchgeführt.

Im Rahmen der notwendigen Marktabgrenzung wurden neben den werbefreien Online-Angeboten die werbefinanzierten und Pay-Online-Angebote für Vorschulkinder bzw. Kinder einbezogen. Der räumlich relevante Markt ist aus Sicht der Nutzer der deutschsprachige Raum.

In der weiteren Marktabgrenzung wird festgestellt, dass weder Kinder-DVDs noch Kinderzeitungen und -zeitschriften sowie auch nicht das Kinderfernsehen dem online-relevanten Markt zuzurechnen sind.

In der anschließenden Marktsimulation wurde ermittelt, dass

- die Markteinführung von www.Kikaninchen.de bei den privaten Angeboten zu einem Nutzerrückgang von 15,53 Prozent führt,
- die Markteinführung von KIKAplus bei den privaten Online-Anbietern zu einem Nutzerrückgang von 6,35 Prozent führt.

Im nächsten Schritt wurde von den EE&MC-Gutachtern geprüft, ob der Nutzerrückgang zu marktrelevanten Auswirkungen auf die Vorschul- bzw. Kinder-Online-Werbemärkte hat.

Auf Basis dieser Prüfungsschritte kommen die Gutachter zu dem Ergebnis, dass sowohl

- das geplante Angebot www.Kikaninchen.de als auch
- die geplante KIKAplus-Mediathek

mittel- bis langfristig keine negativen Auswirkungen auf private Online-Angebote haben werden. Dagegen würden die geplanten öffentlich-rechtlichen Online-Angebote für Kinder nicht nur den publizistischen Wettbewerb in diesem Bereich stärken, sondern im Fall von www.Kikaninchen.de auch den dualen Rundfunk im Internet. Damit werde die Konsumenten-Wohlfahrt zum Wohle der Kinder und der Gesellschaft erhöht.

b) Kritik an der Marktbetrachtungs-Methode von EE&MC:

Mit der notwendigen Abschätzung der wirtschaftlichen Auswirkungen von zusätzlichen öffentlich-rechtlichen Angeboten für private Anbieter betreten die EE&MC-Forscher zwar nicht vollkommenes Neuland. Dennoch hat sich in Deutschland auch im Zuge der Privatfunkentwicklung noch keine standardisierte Methodik herauskristallisiert.

Die von EE&MC vorgenommene Marktabgrenzung ist bezogen auf den Onlinemarkt grundsätzlich nachvollziehbar. In sachlich-logischen Schritten wurde eine Marktdefinition vorgenommen, auf deren Basis die möglichen Auswirkungen - soweit Prognosen dies überhaupt zulassen – auf die Nutzung privater Online-Angebote antizipiert werden können. Unbeantwortet bleibt bei dieser Vorgehensweise allerdings die Frage möglicher Auswirkungen auf private Kinderfernseh-Programme und Print-Angebote für Kinder. Angesichts der zunehmenden Konvergenz von Online- und Fernsehangeboten erscheint die Ausgrenzung von TV-Angeboten aus der Marktbetrachtung fraglich.

Den Gutachtern sind bei der Analyse aber handwerkliche Fehler unterlaufen. Zudem wurden aus dem Ergebnis zu den festgestellten Auswirkungen im Nutzermarkt falsche und unbegründete Schlüsse zu den Auswirkungen auf dem Werbemarkt gezogen.

Dies hängt u. a. mit der starken Anlehnung der Marktprüfung an das Kartellamt zusammen. Ziel des Kartellamtes ist es, Konzentration zu verhindern und den Wettbewerb zu stärken. Bei dieser Betrachtungsweise ist jedes zusätzliche Marktangebot grundsätzlich positiv zu bewerten, während die wirtschaftlichen Auswirkungen relativiert werden.

Die EE&MC-Gutachter gehen sogar noch über die Betrachtungsweise des Kartellamtes hinaus. Sie haben in ihrer Ergebnis-Analyse neben dem Argument Angebotsvielfalt zusätzlich den Beitrag zur Konsumenten-Wohlfahrt besonders positiv gewichtet, ohne dies im Einzelnen zu begründen. Die notwendige Analyse des Nettonutzens wegen des möglichen Wegfalls privater Online-Angebote wird gar nicht erst vorgenommen, da von einer Markterweiterung des Online-Werbemarkts ausgegangen wird, ohne dies belegen zu können. Bei dem geplanten Kikaninchen-Angebot wird als Begründung für die zu vernachlässigenden Auswirkungen des Reichweitenrückgangs von 15 Prozent die hohe Rendite von 35 Prozent angegeben, die von den privaten TV-Vollprogrammen im Jahre 2006 laut Gutachten der Landesmedienanstalten erzielt wurde.

Unabhängig von der in Zeiten der Finanzkrise nicht mehr bestehenden Aktualität der Daten ist nicht nachvollziehbar, warum sich die vergangenen Renditen privater TV-Vollprogramme als Beleg für verkraftbare Erlösrückgänge auf die privaten Angebote im Kinder-Online-Werbemarkt herangezogen werden, wobei doch zuvor Fernsehen aus der Marktbetrachtung

ausgegrenzt wurde. Neben diesem erheblichen Widerspruch ist auch nicht nachzuvollziehen, warum nicht die negativen Daten der TV-Spartenprogramme als Bewertungsmaßstab genommen werden.

Nicht nur die Ergebnisfindung, sondern auch die mangelnde Repräsentativität der durchgeführten Conjoint-Analysen sind zu kritisieren. Die Conjoint-Analysen wurden auf Basis von 100 Fällen durchgeführt. Das ZAW-Rahmenschema für Marktforschung von mindestens 500 Fällen wurde damit erheblich unterschritten.

c) Zusammenfassend lässt sich feststellen:

- Die von EE&MC angewendete Marktabgrenzung reduziert sich allein auf die Betrachtung der Online-Angebote. Angesichts der zunehmenden Konvergenz von Online-Angeboten und Fernsehen ist allerdings fraglich, ob es sachlich gerechtfertigt ist, die betroffenen Fernsehangebote aus der Marktbetrachtung auszugrenzen. Zur Klärung dieser Frage bedarf es einer neutralen wissenschaftlichen Analyse.
- Die für die Prognose der Reichweiten neuer Angebote angewandte Conjoint-Methode ist ein mögliches Instrument, Auswirkungen auf den Nutzermarkt festzustellen. Alternativen sollten aber geprüft werden. Ungeachtet des Ergebnisses der Alternativen-Prüfung müssen bei der Anwendung der Conjoint-Methode die Voraussetzungen der Repräsentativität aber gewährleistet sein. 100 Fälle sind deutlich zu wenig.
- Bei der Ergebnis-Analyse wurde keine Methode entwickelt für die Übertragung der Auswirkungen auf die Nutzer-Reichweite auf den Werbemarkt bzw. speziell auf die Online-Werbeerlöse der privaten Anbieter. Die Argumentationskette stellt lediglich Behauptungen auf, die keinerlei wissenschaftliche Begründung beinhaltet. Die Glaubwürdigkeit und Neutralität des Gutachtens wird in Frage gestellt durch die Relativierung des antizipierten Reichweitenrückgangs der privaten Online-Angebote in Verbindung mit der hohen Rendite privater Vollprogramme im Jahr 2006. Diese Schlussfolgerung ist nicht nur unseriös wegen der durch die Finanzkrise mangelnde Aktualität der Daten und des Verschweigens von Verlusten vergleichbarer Spartenprogramme zum damaligen Zeitpunkt, sondern auch nicht sachgerecht, da in der Marktabgrenzung TV-Programme herausdefiniert wurden. Die Ergebnisse sind damit angreifbar und eigentlich keine geeignete Basis für die Entscheidungsfindung.
- Bei der Ergebnisfindung ist auch in Frage zu stellen, den Beitrag öffentlich-rechtlicher Angebote zur Konsumenten-Wohlfahrt grundsätzlich höher zu bewerten als mögliche negative Auswirkungen auf private Angebote. Zudem fehlt die Prüfung möglicher Auswirkungen auf die Reichweiten anderer, nicht-kommerzieller Anbieter wie Stiftungen, Universitäten und Bürgerblogs. Erforderlich wäre in diesem Zusammenhang ein methodisches Modell für die Bestimmung des Netto-Nutzens geplanter öffentlich-rechtlicher Online-Angebote, der sich aus der Saldierung der positiven und negativen Effekte ergibt.

4.2.2 Gutachten Prof. Gundlach zu NDR-Mediathek

Ein Gutachten zu den marktlichen Auswirkungen der NDR-Mediathek ist vom NDR-Rundfunkrat bei der HAW Hamburg, Professor Hardy Gundlach, in Auftrag gegeben worden. Die Ergebnisse dieses Gutachtens haben den NDR-Rundfunkrat bereits dazu bewogen, die Online-Mediathek des Senders zu genehmigen. Seit dem 15.04.2009 ist die NDR-Mediathek frei geschaltet.

Trotz der offensichtlich faktischen Relevanz dieses Gutachtens hat eine öffentliche Diskussion über die Systematik und innere Logik dieses Gutachtens bisher nicht stattgefunden. Kritische Anmerkungen kamen bisher von ProSiebenSat1 und dem VPRT. Es steht zu befürchten, dass laut Gesetz der ersten Wellenfront sich mögliche Präzedenzeffekte dieses Gutachtens verselbstständigen. Dies könnte zur Folge haben, dass die Begrifflichkeit der Gutachtensystematik sich einübt, ihre Voraussetzung nicht mehr hinterfragt werden und so sich Automatismen für anstehende Drei-Stufen-Tests ausbilden.

Insgesamt gesehen bildet das Gutachten ein kohärentes System zwischen normativen Setzungen, modelltheoretischen Umsetzungen und daraus abgeleiteten Marktversetzungen ab, das dem Auftraggeber ein Höchstmaß an Erfolg verspricht. Die gewählte Analysestrategie vernachlässigt jedoch eine ausreichend empirische Ermittlung ihrer leitenden Kategorien zur Marktdefinition sowie eine hinreichende Messung der tatsächlichen marktlichen Auswirkungen.

Die zentrale Konzeption bei Marktuntersuchungen stellt der relevante Markt dar, d.h. wo und auf welchen Märkten besitzen Effekte der NDR-Mediathek Relevanz. Die Festlegung des relevanten Marktes bestimmt die Beobachtungsmenge, in der die Auswirkungen von Markteintritten überhaupt untersucht werden können.

In den von dritter Seite vorgenommenen Stellungnahmen wurde daher laut Gutachten auch empfohlen, den relevanten Markt möglichst umfassend zu definieren, um sicherzustellen, dass Effekte nicht durch eine zu enge Definition von vorneherein nicht beschrieben werden können.

Im Gutachten wird dieser Empfehlung nicht hinreichend entsprochen. Statt dessen wird eine Strategie des „Runterdefinierens“ (Trennung von Hörfunk- und Fernsehmarkt, geografische Limitation) gewählt.

Nutzerseitig wird der relevante Markt dabei über die Befriedigung von gleich gearteten Bedürfnissen definiert. Alles, was der Befriedigung des gleichen Bedürfnis dient, gehört zum relevanten Markt.

Die Bedürfnisse, die Online-Mediathek zu nutzen, dürften mannigfaltig sein. Sie sind empirisch zu ermitteln. Leider wird dies nicht geleistet. So wird beispielsweise das Bedürfnis, die Mediathek zur Informationsbeschaffung über ein konkretes Thema zu nutzen, nicht weiterverfolgt. Die Orientierung an diesem Bedürfnis hätte sicherlich einen anderen relevanten Markt bedeutet.

In der Perspektive des Gutachtens wird der relevante Markt formal als Teilmarkt des Marktes für Video on Demand inkl. des Marktes von Aufnahmegeräten, DVD's, VHS und Mitschnittdiensten begriffen. Die Mediathek sei ausschließlich Substitut für zeitsouveränes Fernsehen. Sie ersetze keine Themen- und Inhaltssuche der Rezipienten. Damit befinde sie sich nicht in einer direkten Marktkonkurrenz z.B. mit den Online-Plattformen von Presseunternehmen. Die Auswirkungen der Mediathek auf den so definierten Markt für zeitsouveräne Fernsehnutzung seien zur Zeit wahrscheinlich jedoch sehr gering, so das Gutachten.

Angebotsseitig untersucht das Gutachten mögliche Effekte der Freischaltung der Mediathek hinsichtlich der Marktverdrängung bereits bestehender Angebote (Substitutions- Crowding

Out) bzw. ob durch die Freischaltung der Mediathek zukünftige Marktteilnehmer vom Markteintritt abgehalten werden.

Die Feststellung eines möglichen Substitutions- Crowding Outs setzt jedoch voraus, dass ein privatwirtschaftliches und ein öffentliches Online-Angebot tatsächlich hinreichende Ähnlichkeiten aufweisen, damit es beim Nutzer zu Substitutionsaktivitäten kommen kann, die innerhalb des relevanten Marktes stattfinden.

Für das Gutachten tragend jedoch ist die Annahme, dass öffentlich-rechtliche und private Angebote unterschiedliche Qualitätsniveaus besitzen. Der „Vergleichsmarkt“ ohne das öffentlich-rechtliche Mediathekangebot wird als ein Markt geringerer Qualität definiert, der durch Marktversagen bei vielen Mediengütern (Information, Ratgeber, Bildung, Nachrichten) gekennzeichnet sei. Bei den privatwirtschaftlichen Digital- und Onlineangeboten könne der Anreiz zu höherer Qualität fehlen, so die Argumentation des Gutachtens.

Konsequenz sei, dass markttheoretisch die Mediathek eine qualitative Komplementärfunktion zu den gering-qualitativen Angeboten der privaten Seite bedeute. Der Markt werde mit öffentlich-rechtlicher Qualität aufgewertet. Auf Seiten des Nutzers bedeute dies eine Steigerung seiner Konsumentenwohlfahrt, weil er jetzt auch Qualitätsgüter nachfragen könne. Mögliche negative Effekte (Verdrängen und Verhinderung von privaten Angeboten) seien gegenüber der gewonnenen Konsumentenwohlfahrt von untergeordneter Bedeutung.

Der Effekt dieses Ansatzes ist: Durch die Qualitätszuschreibung zieht ein öffentlich-rechtliches Internetangebot zwangsläufig positive Marktergebnisse nach sich, weil sich die Konsumentenwohlfahrt erhöht.

Belegt wird die Qualitätszuschreibung des öffentlich-rechtlichen Angebotes nicht. Der gesellschaftliche Mehrwert der Mediathek wird im Gutachten nicht ausgeführt.

Der Einfluss eines zusätzlichen Mediathek-Angebotes auf den Markt der Online-Werbung wird unter dem Begriff der dualen Marktwirkung diskutiert. In der statischen Betrachtung wird zwar ein negativer Effekt von Online-Nutzern und damit von Werbeeinahmen für private Angebote gesehen, der sich aber in der dynamischen Analyse auflöse. Die absoluten Zuwächse der Werbeeinahmen im Online-Bereich seien insgesamt so hoch, dass die privaten Angebote lediglich zu befürchten hätten, dass ihre „Zuwächse etwas geringer ausfallen“.

Zusammenfassend ergibt sich folgende Argumentationskette:

1. Tendenz zur Marktdifferenzierung
2. Marktdifferenzierung über Qualitätssetzung,

Sind öffentlich-rechtliche und private Angebote überhaupt substituierbar?

- Qualität der öffentlichrechtlichen Internetangebote ist Komplementärangebot. Es bringt die Qualität, die wiederum erweitert das Angebot und steigert die Konsumentenwohlfahrt.
- Damit sind die Marktergebnisse positiv.

3. Eine zeitliche Befristung dieser Qualitätsangebote verletzt die Steigerung der Konsumentenwohlfahrt.

Die vorgelegte Argumentationskette lässt sich mühelos auf alle weiteren noch vorzunehmenden Drei-Stufen-Test anwenden, über deren Ergebnisaussagen bereits jetzt eine hohe Sicherheit besteht.

5. Weitere Entwicklung

5.1 zu erwartende Verfahren

Nach Artikel 7 Abs. 1 12. RÄndStV müssen alle bestehenden Telemedienangebote den DST durchlaufen.

Laut einer Pressemitteilung der ARD vom 01.04.2009 sollen „elf Telemedienkonzepte zur Prüfung an die Gremien übergeben“ werden. Beispielhaft genannt sind tagesschau.de, sport.ARD.de, ARD.de, DasErste.de oder die gemeinschaftlich mit dem ZDF betriebenen Seiten 3sat.de, phoenix.de und kika.de.

Ausweislich eines Beschlusses des Fernsehrates vom 12.12.2008 sind Gegenstand des Verfahrens „die Telemedienangebote des ZDF“. Dazu zählen auch die Telemedienangebote der gemeinsam mit der ARD veranstalteten Programme wie Phoenix, Kinderkanal und 3sat, wegen seines besonderen deutschfranzösischen Status nicht aber die Onlineangebote von ARTE. Aufgrund des mit der ARD vereinbarten Federführungsprinzips ist der ZDF-Fernsehrat für die Durchführung des Drei-Stufen-Tests für Telemedienangebote von Phoenix und 3sat zuständig.

Die im Rahmen der Musterverfahren behandelten online-Angebote – ndr-Mediathek, Ki.Ka.plus und kikaninchen.de - können als exemplarisch für alle weiteren online-Angebote angesehen werden. Es wird also in der Regel entweder um Mediatheken, also Internet-Seiten, die bereits im linearen Programm ausgestrahlte Sendungen zum Abruf bereithalten oder um Themen-Portale, also auf ein Thema oder eine Zielgruppe zugeschnittene Internet-Seiten, gehen.

Die im Zusammenhang mit dem DST behandelten Grundfragen lauten:

- Wie wird der Markt für online-Angebote definiert und wie verhalten sich in diesem Zusammenhang die marktlichen Auswirkungen und der Beitrag zum publizistischen Wettbewerb zueinander?
- Wie ist das Verfahren auszugestalten, dass eine ernsthafte, den EU-Vorgaben konforme Auseinandersetzung mit den Angeboten möglich ist?

Im Rahmen der DST wird für jedes dieser Angebote im Einzelnen zu prüfen sein:

- Wie lange dürfen die Sendungen zum Abruf bereit gehalten werden?
§ 11 d Abs. 2 RÄndStV macht hierzu Vorgaben. Danach dürfen Sendungen sieben Tage nach der Ausstrahlung zum Abruf bereit gehalten werden. Sofern dieser Zeitraum überschritten werden soll, ist gemäß § 11 d Abs. 2 Nr. 3 RÄndStV ein DST durchzuführen, in dem für jedes Angebot ein Verweildauerkonzept vorzulegen ist.
- Handelt es sich um ein sendungsbezogenes online-Angebot?
Nach § 11 d Abs. 2 Nr. 3 RÄndStV ist ein DST auch durchzuführen, wenn für dieses Angebot nicht mehr auf „für die jeweilige Sendung genutzte Materialien und Quellen zurückgegriffen wird“ und darin die jeweiligen Sendungen nicht mehr thematisch und

inhaltlich unterstützt und vertieft wird.

- Ist das in einem Portal behandelte Thema noch vom öffentlich-rechtlichen Auftrag abgedeckt?
Der Auftrag wird in § 11 RÄndStV definiert. Dabei sind die Vorgaben vergleichsweise allgemein gehalten. Die öffentlich-rechtlichen Angebote haben danach „der Bildung, Information, Beratung und Unterhaltung zu dienen“.
- Sind alle auf einer öffentlich-rechtlichen Internet-Seite zu findenden Angebote vom Auftrag gedeckt?
Nach § 11 d Abs. 5 RÄndStV und der dazu erlassenen Negativliste sind etwa Anzeigenportale, Kontaktbörsen ebenso unzulässig wie Rathgeberportale ohne Sendungsbezug.

5.2 Zusammenfassung der Erkenntnisse der DLM

a) Erkenntnisse zu den Verfahrensfragen:

- Die Angebotsbeschreibung, die dem Rundfunkrat in der Genehmigungsvorlage übermittelt wird, ist gleichzeitig das zur Veröffentlichung bestimmte Dokument.
- Auf eine Befristung des Verfahrens auf 6 Monate wird verzichtet. Sämtliche Fristen berücksichtigen auch die Parallelität aller laufenden Verfahren und damit die erhöhte Erschwernis Stellung nehmender Dritter.
- Kriterien für die Auswahl von Gutachtern werden offen gelegt. Über frühere Tätigkeiten für Landesrundfunkanstalten, deren Beteiligungsgesellschaften oder sonstige relevante Bezüge wird informiert.
- Das Gutachten zu den marktlichen Auswirkungen wird zum Zeitpunkt der Vorlage im Internet öffentlich gemacht.
- Anhörungen des Gutachters und ausgewählter – z.B. auch nach dem Gutachten betroffener - Dritter sind im Verfahren fest vorzusehen.
- Zur gemeinsamen Erörterung grundsätzlicher Fragen wird ein Kontaktausschuss aus Vertretern der GVK der ARD, des ZDF-Fernsehrates sowie Repräsentanten des privaten Rundfunks, der Online- und der Printanbieter eingerichtet, an dem auch die Landesmedienanstalten zu beteiligen sind. In dieser Runde wären insbesondere die einheitlich zu treffenden Grundentscheidungen (Marktdefinition, Bewertungsmethodik etc.) zu diskutieren.
- Wichtig für die Einstellungsentscheidung war insbesondere auch, dass eine externe Kontrolle stattfindet (s. etwa Randnummer 374 der Entscheidung vom 24.04.2007). Damit kommt der Rechtsaufsicht eine wichtige Bedeutung zu. Erst wenn hier eine ernsthafte Prüfung stattgefunden hat, darf der Betrieb des (neuen) Online-Angebotes aufgenommen werden. Im Falle der NDR-Mediathek wurde dies nicht beachtet. Darauf ist hinzuweisen.

b) Erkenntnisse zu den Marktgutachten:

Die Durchsicht der drei vorliegenden Gutachten zum Drei-Stufen-Test hat ergeben, dass die beauftragten Gutachter eine unterschiedliche Marktdefinition und Marktbetrachtung durchgeführt haben.

Beide Angebotstypen richten sich primär an die Rezipienten im Online-Markt und beinhalten damit für gleichartige Angebote in anderen Medien zudem die Gefahr, dass von diesen Nutzer bzw. Reichweiten abgezogen werden. Umso stärker ist davon auszugehen, je enger die Konvergenz zwischen Internet und einem klassischen Medium gegeben ist.

Die demnach sehr unterschiedliche Betrachtungsweise der Marktdefinition zeigt die Beliebigkeit bei der methodischen Vorgehensweise. Dagegen war die Ergebnisfindung in den drei Gutachten insoweit gleich, öffentlich-rechtliche Angebote per se als höherwertig für die Konsumenten-Wohlfahrt einzustufen als private Angebote. Eine Nutzenabwägung findet nicht statt sowie auch keine ernsthafte Risikoanalyse bezüglich der ökonomischen Auswirkungen auf die privaten Angebote. Vielmehr werden mögliche Auswirkungen mit falschen Interpretationen der Entwicklung der Werbemärkte und der Erlösaussichten privater Angebote relativiert. Eine sachlich ausgewogene Ergebnisfindung ist den vorliegenden Gutachten nicht gegeben, so dass die Ergebnisse beliebig gesehen werden können zum Vorteil der Auftraggeber.

c) Folgerungen

Nach den bisherigen Erkenntnissen der DLM sind die sich aus den rundfunkstaatsvertraglichen Bestimmungen zum Drei-Stufen-Test ergebenden verfahrensrechtlichen und inhaltlichen Vorgaben noch nicht hinreichend umgesetzt.