

Mediengruppe RTL Deutschland · Aachener Straße 1036 · 50858 Köln

An den  
Vorsitzenden des MDR-Rundfunkrats  
Herrn Dr. Karl-Heinz Ducke  
Mitteldeutscher Rundfunk  
Rundfunkrat  
04360 Leipzig

Köln, 28. Juli 2009

**Stellungnahme zum Drei-Stufen-Test  
zum Telemedienkonzept „kika.de“**

Sehr geehrte Damen und Herren,

im Rahmen des 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrags wurde die Einführung der sogenannten Drei-Stufen-Tests für neue oder veränderte Telemedienangebote der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten beschlossen. Dies geht auf den Brüsseler Beihilfekompromiss vom 24.04.2007 zurück. Mit Inkrafttreten des neuen Rundfunkstaatsvertrags muss dabei auch einmalig der bereits existierende Bestand der Telemedienangebote von ARD und ZDF einen solchen Tests durchlaufen. Kernanliegen eines solchen Tests ist die Analyse, ob das entsprechende Angebot vom öffentlich-rechtlichen Auftrag umfasst ist, ob es in qualitativer Hinsicht das vorhandene publizistische Angebot erweitert sowie die Überprüfung des damit verbundenen finanziellen Aufwands. In diesem Zusammenhang sind auch die Quantität und Qualität der vorhandenen Angebote, die marktlichen Auswirkungen des geplanten Angebots, seine meinungsbildende Funktion im Vergleich zu bestehenden privaten und öffentlich-rechtlichen Angeboten sowie der Zeitraum des geplanten Angebots zu prüfen. Den Kern des Verfahrens bildet dabei insbesondere die Abwägung zwischen dem publizistischen Mehrwert und den marktlichen Auswirkungen.

Neben der Hinzunahme einer gutachterlichen Beratung durch einen externen Sachverständigen besteht zudem für Dritte die Gelegenheit, zu dem geplanten Angebot Stellung zu nehmen. Die Frist zur Einreichung einer Stellungnahme zum Angebot „kika.de“ endet am 29.07.2009. Die Mediengruppe RTL Deutschland bedankt sich für die Möglichkeit, auch im Namen des Unternehmens RTL DISNEY Fernsehen GmbH & Co. KG (im Folgenden als SUPER

Mediengruppe RTL Deutschland GmbH  
Aachener Straße 1036  
D-50858 Köln

Telefon +49(0)221/456 0  
Telefax +49(0)221/456 16 90

Sitz der Gesellschaft:  
Köln  
Handelsregister:  
Köln HRB 62896  
USt-Identifikations-Nummer:  
DE 814 967 412

Geschäftsführerin:  
Anke Schäferkordt

Bankverbindung:  
Sparkasse KölnBonn  
Kto.-Nr. 1901553782, BLZ 370 501 98  
Swift Code: COLSDE33  
IBAN DE11 3705 0198 1901 5537 82

RTL bezeichnet) ihre Einschätzung des Angebots einreichen zu können.

### Über uns: Die Mediengruppe RTL Deutschland

Die Mediengruppe RTL Deutschland gehört zur Bertelsmann-Tochter RTL Group mit Sitz in Luxemburg und ist eines der führenden Medienunternehmen in Deutschland. Mit unseren Marken erreichen wir rund 90 Millionen Zuschauer in Deutschland, Österreich und in der Schweiz. Dabei setzen wir sowohl auf klassische Verbreitungswege als auch auf neue Medien und Technologien. Neben den Free-TV-Sendern RTL Television, VOX und n-tv sowie den Beteiligungen an SUPER RTL und RTL II gehören die drei digitalen Spartenkanäle RTL Crime, Passion und RTL Living zum Programmangebot der Mediengruppe RTL Deutschland. Alle online- und transaktionsbasierten Geschäftsfelder jenseits des klassischen Fernsehens sind unter dem Dach des Tochterunternehmens RTL interactive gebündelt. Zentrale Funktionen innerhalb der Mediengruppe RTL Deutschland werden außerdem vom Vermarkter IP Deutschland, von der News- und Magazingesellschaft infoNetwork sowie vom Broadcast- und Produktionsunternehmen CBC (Cologne Broadcasting Center) übernommen.

Das Unternehmen RTL DISNEY Fernsehen GmbH & Co. KG, an dem die RTL Group sowie die Walt Disney Company zu je 50 Prozent beteiligt sind, hat mit SUPER RTL den beliebtesten Fernsehsender bei Kindern. Sein hochwertiges Programm entspricht den Bedürfnissen der Kinder und wird zugleich den pädagogischen Ansprüchen der Eltern gerecht. Auch im Online-Bereich stellt das Unternehmen seine Kompetenz in Sachen Kinderunterhaltung unter Beweis. So hat der Sender neben [www.TOGGO.de](http://www.TOGGO.de), der meistbesuchten Internetseite für Kinder, mit dem TOGGOLINO CLUB und dem TOGGO CleverClub zwei weitere sehr erfolgreiche, edukative Clubsites etabliert.

Die Mediengruppe RTL Deutschland fühlt sich von Anbeginn den Grundsätzen des dualen Rundfunksystems verpflichtet. Sie ist der Überzeugung, dass öffentlich-rechtlicher und privater Rundfunk eine gemeinsame Funktion für die unabhängige öffentliche Meinungsbildung wahrnehmen und dass beide Säulen für die Funktionsfähigkeit der Demokratie von entscheidender Bedeutung sind. Vor diesem Hintergrund begreifen wir die Durchführung des Drei-Stufen-Tests als einen wesentlichen Beitrag zur Stabilisierung der Balance zwischen den unterschiedlichen Teilen des dualen Mediensystems.

Zusammenfassung des Angebots kika.de sowie erste Einschätzung der Mediengruppe RTL Deutschland

Das Internet-Angebot kika.de richtet sich an drei verschiedene Zielgruppen: an die Vorschüler (drei bis fünf Jahre), die Grundschüler (sechs bis neun Jahre) und die Preteens (ab zehn Jahre). Die Eltern der Kinder werden als erweiterte Zielgruppe betrachtet, da diese gerade bei den jüngeren Kindern die Entscheidung treffen, ob und welches Online-Angebot wie lange genutzt wird.

Ziel des Angebots ist die Information, Bildung, Beratung und Unterhaltung der Kinder sowie die Förderung der Medienkompetenz bei Kindern. Zudem dient kika.de der Bündelung aller öffentlich-rechtlichen Kinderangebote.

Thematisch gliedert sich kika.de in drei Bereiche, nämlich den Bereich „Fernsehen“, „Spiel und Spaß“ sowie „Der KI.KA“.

Der Bereich „Fernsehen“ fasst das aktuelle TV-Programm zusammen, bietet eine Programmvorschau für die nächsten sechs Wochen und bündelt Informationen über Filme, Serien und Sendungen. Außerdem ist auf kika.de das gesamte TV-Programm parallel über das Internet abrufbar.

Der Bereich „Spiel und Spaß“ vertieft die Programminhalte spielerisch und soll zum Mitmachen und zur Interaktion anregen. Dabei besteht für die Kinder auch die Möglichkeit, eigene Beiträge hochzuladen.

In dem Bereich „Der KI.KA“ präsentiert sich das Unternehmen KI.KA. Zudem bieten Elternseiten zahlreiche Informationen und Hinweise für die Eltern der Kinder.

Die Beiträge sollen die im Rundfunkstaatsvertrag als verbindlicher Grundsatz vorgesehene Verweildauer von sieben Tagen bzw. 24 Stunden weitläufig überschreiten. Konkret sollen die Beiträge zwischen drei Monaten und fünf Jahren bereitgestellt werden. Die Zuordnung der Beiträge zu den verschiedenen Kategorien basiert auf der Relevanz, dem Nutzwert und der Aktualität der Themen sowie auf programmlich-journalistischen Kriterien. Eine konkrete Begründung für die einzelnen Kategorien fehlt leider.

Die Mediengruppe RTL Deutschland hat vor dem Hintergrund des 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrags keine grundsätzlichen Einwände gegen ein Online-Angebot für Kinder wie kika.de. Fraglich ist jedoch, welches Ausmaß das geplante Angebot tatsächlich annehmen darf. Um dies beurteilen zu können, muss neben dem vermeintlichen publizistischen Mehrwert auch berücksichtigt werden, welche Auswirkungen das Angebot auf den Markt haben wird. Dies entspricht der Grundlage des Beihilfekompromisses, nachdem ein staatlicher Eingriff in den Markt dann und nur dann zulässig ist, wenn er der Erreichung eines bestimmten Ziels dient, das über den Markt allein nicht darstellbar ist. Ein Eingriff in den Markt der Telemedien mit öffentlich-rechtlichen Gebührengeldern ist also nur

zu rechtfertigen wenn er i) einen erkennbaren publizistischen Mehrwert erzielt und wenn ii) der Markt nicht unverhältnismäßig verzerrt wird. Mit der Stärke der potentiell zu erwartenden Marktverzerrungen muss dementsprechend auch das Ausmaß des publizistischen Mehrwerts ansteigen.

Nach Meinung der Mediengruppe RTL Deutschland handelt es sich bei kika.de um ein medienpädagogisches und für die entsprechende Zielgruppe attraktives Angebot. Dies alleine genügt jedoch den Anforderungen des 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrags ausdrücklich nicht. Zu berücksichtigen ist auch, dass es bereits eine Vielzahl kommerzieller wie auch anderer öffentlich-rechtlicher Anbieter auf dem Markt gibt, die vergleichbare Angebote produzieren. Aus diesem Grund ist das Angebot weder exklusiv noch einzigartig, was den publizistischen Mehrwert von kika.de reduziert. Aufgrund der starken Marktposition des KI.KA im gesamten Kinderbereich ist zudem mit erheblichen marktlichen Auswirkungen zu rechnen. Dies ist nicht zuletzt der Fülle der geplanten neuen Online-Angebote des KI.KA geschuldet, deren wettbewerbsverzerrende Auswirkungen nicht nur separat voneinander, sondern auch im Verbund betrachtet werden müssen. Demzufolge ist unserer Meinung nach das Verhältnis zwischen publizistischem Mehrwert und marktlichen Auswirkungen nicht ausgeglichen. Das Angebot kika.de ist nicht in dem Ausmaß zu genehmigen, wie es im Telemedienkonzept gefordert wird. Stattdessen müssen die marktlichen Auswirkungen durch eine Beschränkung des Angebots mittels Auflagen oder konzeptionellen Anpassungen an geeigneten Stellen reduziert werden. Auf diesen Punkt werden wir später noch konkret eingehen.

Nachfolgend möchten wir zu dem Angebot Stellung nehmen sowie die marktlichen Auswirkungen auf die Angebote der Mediengruppe RTL Deutschland im Detail darstellen.

Im Einzelnen:

#### Prüfmaßstab und rechtliche Überprüfbarkeit

Rechtlicher Prüfmaßstab für das Angebotskonzept ist § 11f Abs. 4 RStV. Diese Vorschrift legt auf drei Stufen Kriterien fest, nach denen sich die rechtliche Zulässigkeit des geplanten Angebots beurteilt. Professor Dr. iur. Dieter Dörr, Direktor des Mainzer Medieninstituts, hat im Juni 2009 in einem Gutachten „Das Verfahren des Drei-Stufen-Tests“ die rechtlichen Rahmenbedingungen untersucht. Auf dieses Gutachten nehmen wir im Folgenden an geeigneten Stellen Bezug, um die gesetzlichen Anforderungen näher zu konkretisieren.

Nach § 11f Abs. 4 RStV gliedert sich die Prüfung in drei Stufen:<sup>1</sup>

- Auf einer ersten Stufe (§ 11f Abs. 4 S. 2 Nr. 1 RStV) ist zu prüfen, inwieweit das Angebot den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft entspricht. Dies zielt auf die Frage ab, ob das Angebot überhaupt unter den öffentlich-rechtlichen Auftrag fallen kann, was zum Beispiel von vornherein nicht der Fall ist, wenn es unter einen in der Negativliste genannten Sachverhalt fällt.<sup>2</sup>
- Auf der zweiten Stufe (§ 11f Abs. 4 S. 2 Nr. 2 RStV) ist zu prüfen, in welchem Umfang das Angebot in qualitativer Hinsicht zum publizistischen Wettbewerb beiträgt. Diese Stufe bildet das „Herzstück“<sup>3</sup> des neuen Verfahrens, weshalb ihr ganz besondere Aufmerksamkeit zu widmen ist. Nach § 11f Abs. 4 S. 3 und 4 RStV sind dabei Quantität und Qualität der vorhandenen frei zugänglichen Angebote, die marktlichen Auswirkungen des geplanten Angebots sowie dessen meinungsbildende Funktion angesichts bereits vorhandener vergleichbarer Angebote, auch des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, zu berücksichtigen, ebenso der geplante Zeitraum, innerhalb dessen das Angebot stattfinden soll.

Hier soll, auf den Punkt gebracht, gefragt werden: Bringt das geplante Angebot einen öffentlichen Mehrwert, ohne dabei den Wettbewerb auf dem Markt unangemessen zu verzerren?

Diese zweite Stufe gliedert sich also in zwei Unterpunkte:

- Zunächst ist zu prüfen, ob das geplante Angebot vor dem Hintergrund bereits bestehender Angebote überhaupt noch einen publizistischen Mehrwert bieten kann.
  - Nur wenn dies der Fall ist, kommt es sodann darauf an, wie sich das geplante Angebot auf bereits vorhandene Angebote marktlich auswirkt und ob diese Auswirkungen in einem angemessenen Verhältnis zum vorher festgestellten publizistischen Mehrwert stehen.
- Auf der dritten Stufe (§ 11f Abs. 4 S. 2 Nr. 3 RStV) schließlich ist die Frage zu klären, ob die Kosten des geplanten Angebots für den Rundfunkgebührenzahler in einem angemessenen Verhältnis zum publizistischen Mehrwert stehen.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> *Kops/Sokoll/Bensinger*, Rahmenbedingungen für die Durchführung des Drei-Stufen-Tests, Arbeitspapiere des Instituts für Rundfunkökonomie, Heft 252, Köln/Berlin 2009, S. 147.

<sup>2</sup> *Dörr*, Das Verfahren des Drei-Stufen-Tests, Gutachten, Mainz 2009, S. 9.

<sup>3</sup> *Dörr*, Das Verfahren des Drei-Stufen-Tests, Gutachten, Mainz 2009, S. 9.

<sup>4</sup> *Dörr*, Das Verfahren des Drei-Stufen-Tests, Gutachten, Mainz 2009, S. 9.

Nur wenn alle diese Kriterien erfüllt sind, darf eine Betrauung der öffentlich-rechtlichen Anstalt mit dem geplanten Angebot stattfinden. Der endgültige Betrauungsakt ist in Form der Entscheidung der Rechtsaufsicht und deren Veröffentlichung gerichtlich überprüfbar. Von dem Angebot marktlich betroffene andere Sender können diese Überprüfung durch eine Konkurrentenklage erreichen.<sup>5</sup>

Das Gericht überprüft in einem solchen Fall auch, ob der jeweilige Rundfunk- bzw. Fernsehrat seinen Beurteilungsspielraum in rechtmäßiger Weise ausgeübt hat. Entscheidend ist dabei, ob das Gremium

- von ausreichend ermittelten und zutreffenden tatsächlichen Angaben ausgegangen ist,
- ob seine Entscheidungen vor dem Hintergrund der rechtlichen Vorgaben vertretbar sind, insbesondere
- ob es nachvollziehbare Prognosen angestellt hat.<sup>6</sup>

#### Bewertung des Konzepts aus Sicht der Mediengruppe RTL Deutschland

##### I. Öffentlich-rechtlicher Auftrag / Negativliste (§ 11f Abs. 4 S. 2 Nr. 1 RStV)

Einige Teile der inhaltlichen Beschreibung des geplanten Angebots werfen die Frage auf, ob sie grundsätzlich vom öffentlich-rechtlichen Auftrag umfasst sein können und nicht unter die Negativliste fallen. Die Angebotsbeschreibung enthält allerdings keine ausreichenden Angaben, um diese Fragen abschließend zu beantworten. Nur eine hinreichend präzise Beschreibung der Inhalte versetzt aber den Rundfunkrat in die Lage, das geplante Vorhaben an den gesetzlichen Maßstäben zu messen.<sup>7</sup>

Im Einzelnen:

- Auf S. 164 der Angebotsbeschreibung heißt es lapidar: „Die Redaktion wählt die jeweiligen passenden Formen aus.“ Jedoch sind „die jeweiligen passenden Formen“ gerade in der Angebotsbeschreibung darzulegen und vom Rundfunkrat auf

<sup>5</sup> Dörr, Das Verfahren des Drei-Stufen-Tests, Gutachten, Mainz 2009, S. 35.

<sup>6</sup> Dörr, Das Verfahren des Drei-Stufen-Tests, Gutachten, Mainz 2009, S. 36.

<sup>7</sup> Dörr, Das Verfahren des Drei-Stufen-Tests, Gutachten, Mainz 2009, S. 12; Kops/Sokoll/Bensinger, Rahmenbedingungen für die Durchführung des Drei-Stufen-Tests, Arbeitspapiere des Instituts für Rundfunkökonomie, Heft 252, Köln/Berlin 2009, S. 121 f.

ihre rechtliche Zulässigkeit hin zu überprüfen. Eine Pauschalermächtigung zur Weiterentwicklung des Angebots durch die Redaktion darf der Rundfunkrat nicht genehmigen.

- Zudem lässt das Angebotskonzept an vielen Stellen bewusst offen, ob ein Inhalt sendungsbezogen sein soll oder nicht. So ist auf S. 164 teilweise die Rede von sendungsbezogenen Inhalten, teilweise von der Begleitung „saisonaler und aktueller Themen“, wieder an anderer Stelle von Inhalten zu „verschiedensten Sendungen und Anlässen“ (S. 166). Es ist rechtlich allerdings ein großer Unterschied, ob ein Inhalt zu einer Sendung oder einem „Anlass“ angeboten wird – im Zweifel genau der Unterscheid, der darüber entscheidet, ob der Inhalt nach der Negativliste rechtlich zulässig ist oder nicht. Nach der Negativliste sind die meisten der genannten Angebote (Spiele, Fotodownload, Foren, Chats und Ratgeber) nur mit striktem Sendungsbezug zulässig. Soweit dieser Sendungsbezug offen bleibt, darf der Rundfunkrat das Angebot nicht genehmigen. Hierunter dürften zum Beispiel Adventskalender (S. 164), Stunden- und Ferienpläne, Grußkarten, Votings, Hintergrundbilder, Bildschirmschoner und Mauszeigersets (S. 165 f.) fallen.
- Ersichtlich unzulässig ist ein „Kummerkasten“ (S. 166). Er verstößt gegen Nr. 6 der Negativliste (Ratgeber ohne Sendungsbezug).
- „Ausgewählte Audiodateien“ sollen zum Download angeboten werden. Hier fehlen die notwendigen Angaben, um überprüfen zu können, ob dieser Angebotsteil mit Nr. 13 der Negativliste (Musikdownload von kommerziellen Fremdproduktionen) im Einklang steht.
- Zudem soll eine „Community-Plattform“ entstehen, auf der Nutzer sich ein eigenes Profil anlegen und miteinander kommunizieren und selbstgenerierte Inhalte hochladen und austauschen können (S. 166). Eine Gesamtschau der Negativliste (verboten sind u.A. Kontaktbörsen, Business-Networks, Musik- und Fotodownload ohne Sendungsbezug sowie im Grundsatz Foren und Chats) und der Begründung zum 12. RÄStV (z.B. S. 19: keine unbearbeitete Wiedergabe von Inhalten, z.B. Fotogalerien) macht hingegen deutlich, dass der Betrieb einer solchen „Community-Plattform“ öffentlich-rechtlichen Veranstaltern gerade nicht erlaubt ist.

Auf keinen Fall rechtlich genehmigungsfähig sind also Kummerkasten, „Community-Plattform“, Adventskalender, Stunden- und Ferienpläne, Grußkarten, Votings, Hintergrundbilder, Bildschirmschoner und Mauszeigersets. Ob die übrigen genannten Angebotsteile rechtlich genehmigungsfähig sind, kann erst mit weiteren, viel konkreteren Angaben zum geplanten Angebot geklärt

werden. Insbesondere müssten zu einem notwendigen Sendungsbezug konkrete Angaben nachgeholt werden. Zu diesen Angaben müsste Dritten dann erneut Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben werden.

## II. Publizistischer Mehrwert / marktliche Auswirkungen (§ 11f Abs. 4 S. 2 Nr. 2, S. 3 und 4 RStV)

### II.1. Ermittlung und Bedeutung

Diese Stufe ist das „Herzstück“<sup>8</sup> des neuen Verfahrens, weshalb ihr ganz besondere Aufmerksamkeit zu widmen ist. Die Entscheidung des Rundfunk- bzw. Fernsehrats muss vor allem in jedem Fall erkennen lassen, dass er die marktlichen Auswirkungen berücksichtigt hat.<sup>9</sup>

#### II.1.a) Anforderungen an den publizistischen Mehrwert

Zu klären ist in einem ersten Schritt, ob vor dem Hintergrund dieser Angebote noch ein Grundversorgungsbedarf mit dem geplanten Angebot besteht. Hier darf sich die Angebotsbeschreibung nicht damit begnügen, einige vorhandene ähnliche Angebote aufzulisten. Vielmehr muss ganz konkret festgestellt werden, welchen publizistischen Mehrwert das geplante Angebot vor dem Hintergrund bereits vorhandener Angebote noch darstellt. Hierzu fehlen im Angebotstext konkrete Ausführungen.

Dabei ist auch zu berücksichtigen, wenn verschiedene Teile des geplanten Angebots bereits ausreichend im Internet existieren, die das geplante Angebot nur zusammengefasst nachbildet. Das Kriterium kann nicht sein, ob es schon ein Angebot gibt, das dem geplanten Angebot „bis aufs i-Tüpfelchen“ gleicht. Es kann also nicht nur auf eine neue Kombination verschiedener Inhaltsteile ankommen, wenn zu jedem Inhaltsteil für sich der Grundversorgungsbedarf im Internet mehr als gedeckt ist. Jedes andere Verständnis würde diesen Prüfungspunkt sinnlos machen. Der Angebotstext zielt aber maßgeblich darauf ab, dass die Kombination der verschiedenen Inhaltsteile einzigartig sei.

---

<sup>8</sup> Dörr, Das Verfahren des Drei-Stufen-Tests, Gutachten, Mainz 2009, S. 9.

<sup>9</sup> Kops/Sokoll/Bensinger, Rahmenbedingungen für die Durchführung des Drei-Stufen-Tests, Arbeitspapiere des Instituts für Rundfunkökonomie, Heft 252, Köln/Berlin 2009, S. 161.

## II.1.b) Vergleichsmaßstab für den publizistischen Mehrwert und die marktlichen Auswirkungen

Gesetzlicher Vergleichsmaßstab zur Bestimmung des publizistischen Mehrwerts ebenso wie zur Feststellung der marktlichen Auswirkungen sind grundsätzlich alle bestehenden Internetangebote.<sup>10</sup>

Dies ergibt sich aus der Formulierung von § 11f Abs. 4 S. 3 RStV, wonach „dabei“ die „Quantität und Qualität der vorhandenen frei zugänglichen Angebote“ zu berücksichtigen sind. Das Wort „dabei“ nimmt Bezug auf die Bestimmung des publizistischen Mehrwerts; der Begriff der „marktlichen Auswirkungen“ steht im Gesetzeswortlaut in keinem Zusammenhang mit der Formulierung „frei zugängliche Angebote“.

Die Feststellung der möglichen marktlichen Auswirkungen darf sich also ausdrücklich nicht nur auf frei zugängliche Angebote beschränken – es müssen alle Angebote in die Betrachtung einbezogen werden.<sup>11</sup> Zu prüfen sind daher stets die Auswirkungen auf den Markt insgesamt, auch und gerade auf bestehende kostenpflichtige Angebote. Dies war ein Kernpunkt des Streits zwischen Europäischer Kommission und den Ländern in Deutschland. In einem langen Verfahren wurde mühsam eine Lösung gefunden, die der Rundfunkstaatsvertrag durch folgenden Interessenausgleich umsetzt: Öffentlich-rechtliche Anstalten sollen dort die Grundversorgung sichern, wo hierfür Bedarf besteht – allerdings dabei privaten Wettbewerbern keine gebührenfinanzierte Konkurrenz machen und so den Wettbewerb europarechtswidrig verzerren. Sollte über diesen wesentlichen grundsätzlichen Punkt keine Einigkeit bei der Anwendung des Drei-Stufen-Tests bestehen, würde die Frage alsbald wieder bei der europäischen Kommission zur Klärung landen.

Entscheidend ist nach dem Willen des Gesetzgebers, dass kein öffentlich-rechtliches Angebot „andere Marktteilnehmer davon abhalten würde, ihrerseits neue Dienste zu entwickeln“ (Begründung zum 12. RÄStV, S. 20). Dieses Konzept wird bei einem Blick auf die Negativliste des Staatsvertrags sehr deutlich: Sie verbietet kategorisch durchweg Angebote, die „für Erwerbszwecke kommerzieller Anbieter relevant sind“ (Begründung zum 12. RÄStV, S. 19). In dieselbe Richtung geht § 11d Abs. 5 Satz 2 RStV, der den Abruf von gekauften Spielfilmen und Serien, die nicht Auftragsproduktion sind, generell verbietet. Die Begründung zum 12. RÄStV (S. 19) führt hierzu aus: Diese Angebote „sind unzulässig, weil öffentlich-rechtliche Angebote nicht in Konkurrenz treten sollen zu kommerziellen Video-on-Demand-Angeboten oder Videotheken“.

<sup>10</sup> Dörr, Das Verfahren des Drei-Stufen-Tests, Gutachten, Mainz 2009, S. 26 ff.

<sup>11</sup> Dörr, Das Verfahren des Drei-Stufen-Tests, Gutachten, Mainz 2009, S. 26.

Bei der Bestimmung des publizistischen Mehrwerts kommt es dann auf die vorhandenen „frei zugänglichen“ Angebote an. „Frei zugänglich“ bedeutet auch hier jedoch nicht kostenfrei. Der Begriff ist nach seinem Sinn und Zweck weit auszulegen: Erfasst sein sollen alle Angebote, die sich – gegen Entgelt oder nicht – an die Allgemeinheit richten, also nicht nur bestimmten Gruppen offen stehen.<sup>12</sup> Sie machen die Gesamtheit des bestehenden publizistischen Angebots aus, zu dem das geplante Angebot einen Mehrwert schaffen muss.

#### II.1.c) Bedeutung der Kosten- und Werbefreiheit für den publizistischen Mehrwert

Kosten- und Werbefreiheit öffentlich-rechtlicher Angebote folgen zwingend aus §§ 11d Abs. 5 S. 1, 13 Abs. 1 S. 2 RStV. Sie können daher kein Ausschlag gebendes Kriterium für den publizistischen Mehrwert sein. Andernfalls hätte jedes öffentlich-rechtliche Internetangebot per se einen publizistischen Mehrwert, und diese Prüfungsstufe wäre überflüssig. Auch wenn die Angebotsbeschreibung maßgeblich auf Werbe- und Kostenfreiheit hinweist, so kann dies kein relevantes Kriterium sein.<sup>13</sup>

#### II.1.d) Bedeutung der Verweildauer

Ein grundlegender Eckpfeiler der neuen Regelung für öffentlich-rechtliche Telemedienangebote ist eine zeitliche Befristung des Angebots. Dies belegt schon anschaulich die Entstehungsgeschichte des 12. RÄStV: Die Begrenzung der Vorhaltezeit war von Anfang an einer der größten und wichtigsten Diskussionspunkte, über den bis zuletzt verhandelt wurde, um einen angemessenen Interessenausgleich für alle Beteiligten zu finden. Diese Diskussion spiegelt sich nun im Gesetzestext wider. § 11d RStV gibt ein fein differenziertes Konzept für die erlaubten Vorhaltefristen vor:

- Der *Grundsatz* lautet: Sieben Tage für eigene Sendungen und sendungsbezogene Telemedien, bei Großereignissen sogar nur 24 Stunden (§ 11d Abs. 2 Nr. 1 und 2 RStV). Dieser Grundsatz hat bei der gesamten Anwendung des Drei-Stufen-Tests eine "Leitbildfunktion"<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Dörr, Das Verfahren des Drei-Stufen-Tests, Gutachten, Mainz 2009, S. 26; Kops/Sokoll/Bensinger, Rahmenbedingungen für die Durchführung des Drei-Stufen-Tests, Arbeitspapiere des Instituts für Rundfunkökonomie, Heft 252, Köln/Berlin 2009, S. 158.

<sup>13</sup> Dörr, Das Verfahren des Drei-Stufen-Tests, Gutachten, Mainz 2009, S. 31.

<sup>14</sup> Dörr, Das Verfahren des Drei-Stufen-Tests, Gutachten, Mainz 2009, S. 26.

- Die *Ausnahme* lautet: Unter den engen Voraussetzungen des § 11f RStV länger als sieben Tage, in jedem Fall aber befristet (§ 11d Abs. 2 Nr. 3 RStV).

Längere Fristen wollte der Gesetzgeber nur ausnahmsweise gestatten – er ging davon aus, dass bei einer längeren Verweildauer regelmäßig erhebliche marktliche Auswirkungen drohen und auch ein bedeutender finanzieller Aufwand erforderlich ist.<sup>15</sup> Dies bedeutet für den Rundfunk- bzw. Fernsehrat: Eine längere Verweildauer bedarf einer besonderen Begründung, muss also an sich einen publizistischen Mehrwert schaffen und darf gleichzeitig keine unangemessenen marktlichen Auswirkungen und Kosten verursachen.<sup>16</sup> Eine längere Verweildauer muss also explizit bei der Frage des publizistischen Mehrwerts, bei den marktlichen Auswirkungen und bei den Kosten erörtert werden. In jeder dieser Kategorien muss für eine längere Verweildauer ein besonders gelagerter Ausnahmefall positiv festgestellt werden.<sup>17</sup> Das geplante Angebot darf also das differenzierte Regel-Ausnahmekonzept des Gesetzgebers nicht auf den Kopf stellen und durch Pauschalbegründungen aushebeln.

## II.2. Angebotsbeschreibung von TOGGO.de

Die Internetplattform [www.TOGGO.de](http://www.TOGGO.de) ist ein kostenfreies, Unterhaltungsangebot von SUPER RTL für Kinder von 8-12 Jahren (erw. Zielgruppe 6-13 Jahren). Alle Angebote aus dem TV-Programm werden den Kindern hier auch online angeboten, so z.B. Informationen zu den TV-Serien und Shows, Spiele und Interaktionen mit ihren Zeichentrick-Helden, Serienstars und Moderatoren. TOGGO.de geht damit intensiv auf die Bedürfnisse (Spaß haben, Spiele spielen, sich mit Gleichaltrigen messen, Anerkennung bekommen, rätseln, kreativ sein, Freunde treffen, Orientierung finden, sich mit den eigenen Helden und Stars beschäftigen, Wissensdurst stillen, sich zu ihren Interessen informieren (Sport, Tiere etc.), Musik hören, Filme anschauen) dieser Altersgruppe ein.

Ein zentraler Gedanke dabei ist die Kommunikation der Zielgruppe mit SUPER RTL und untereinander. Auf [www.TOGGO.de](http://www.TOGGO.de) finden sich laufend auch Senderthemen, die die Kinder bereits von anderen Plattformen wie Fernsehen, Live-Shows oder dem Print-Magazin kennen, wie bspw. die TOGGO Bühnen-Tour durch viele Städte, die TOGGO Sommercamps, das TOGGO Magazin aber auch Aktionen wie der Astrid-Lindgren-Geburtstags-Wettbewerb, Saisonalitäten, die Europameisterschaft mit Moderator Florian und Philipp Lahm,

<sup>15</sup> Dörr, Das Verfahren des Drei-Stufen-Tests, Gutachten, Mainz 2009, S. 25.

<sup>16</sup> Dörr, Das Verfahren des Drei-Stufen-Tests, Gutachten, Mainz 2009, S. 25.

<sup>17</sup> Dörr, Das Verfahren des Drei-Stufen-Tests, Gutachten, Mainz 2009, S. 25.

Sonderprogrammierungen, sowie Gewinnspiele, Aktionen und Kampagnen zu ihren Lieblingsserien.

#### II.2.a) Werbekennzeichnung, Jugendschutz und Wissensvermittlung

Dabei achtet SUPER RTL stets auf eine kindgerechte und zielgruppenorientierte Umsetzung. Die Werbekennzeichnung, der Daten- und der Jugendschutz gehen weit über das hinaus, was der Gesetzgeber vorschreibt. Rubriken wie das „Thema der Woche“, „Bilder der Woche“ und das „Infostudio“ erklären Kindern behutsam das aktuelle Weltgeschehen. Somit wissen Eltern ihre Kinder stets sicher und gut informiert und unterhalten.

Eine explizite Förderung der Medienkompetenz erhalten die Kinder bspw. über die Rubrik „Mission Internet“ oder „Mediasmart“, sowie in vielen erklärenden Tools und Spielen zum Ausprobieren und Mitmachen.

Auch werden die Kinder dazu aufgerufen, sich aktiv an der Gestaltung der Website zu beteiligen, beispielweise bei den TOGGO-Reportern ihre Geschichten und Fotos einzuschicken, die dann veröffentlicht werden. Auch bei vielen Fotowettbewerben und Erzählgewinnspielen stehen kreative Veröffentlichungen immer wieder im Fokus. Innerhalb der kostenlosen Community TOGGO Treff gibt es weitere Möglichkeiten sich einzubringen.

#### II.2.b) Kostenlose Community mit interaktivem Charakter

Der TOGGO Treff soll Kinder in ihrem enormen Kommunikationsbedürfnis eine große, sichere und kostenlose Community bieten, in der sie sich sicher mit Gleichaltrigen via E-Mail, in Chats und per Instant Messaging austauschen können. Jedes Treff-Mitglied erhält eine eigene TOGGO.de-Mail-Adresse und einen persönlichen Bereich mit Postfach, Pass (Profil), Freundesliste etc. Die Kinder können sich über ein bestimmtes Tool, den „Avatar-Creator“, einen persönlichen Repräsentanten zusammenstellen (der immer wieder verändert werden kann), mit dem sie in der Community auftreten und beispielsweise an Wettbewerben teilnehmen können.

Im TOGGO Treff werden die User von Community-Moderatoren begleitet. Bei Problemen oder Auseinandersetzungen können sich die Kinder umgehend an die „Treff Polizei“ wenden, die den Hinweisen sofort nachgeht und ggf. entsprechende Maßnahmen ergreift.

Mit dem „Toggel“ erhalten die Kinder zu ihrem selber erstellten Repräsentanten im TOGGO Treff seit kurzem eine weitere Interaktionsmöglichkeit. Toggel sind virtuelle Haustiere, die von den Kindern erstellt werden und um die sie sich kümmern müssen. Sie

können ihr Toggel in Spielen gegen Toggel anderer Community-Mitglieder antreten lassen. Gut umsorgte Toggel sind in Spielen besonders vital und erfolgreich – und sammeln so Pokale in ihrer persönlichen Trophäensammlung. Hierbei lernen die Kinder spielerisch Verantwortung zu übernehmen.

### II.2.c) Aufbau der Seite

Beim Aufbau der Seite wird besonderer Wert auf die Sicherheit der Kinder im Internet gelegt. Die Gestaltung und Navigation der Seite kommt gleichzeitig den Ansprüchen der Kinder entgegen: klar strukturiert, „Alles auf einen Blick“, modern, innovativ, verspielt und mit hohem Aufforderungscharakter. In eigens durchgeführten, regelmäßigen Studien werden die Entwicklungen von Kindern getestet, worauf die Seiten permanent optimiert wurden und werden. So wurde die Seite im vergangenen Jahr mit einem sehr kostenintensiven Relaunch noch einmal mehr an den Bedürfnissen der Kinder ausgerichtet.

### II.3. Publizistischer Mehrwert

#### II.3.a) Bestimmung des publizistischen Mehrwerts

Bei der Frage, ob ein öffentlich-rechtliches Angebot einen publizistischen Mehrwert hat, bietet sich die Betrachtung der konkreten Angebotsleistung an.<sup>18</sup> Die Angebotsleistung sei hier als der spezifische Mehrwert definiert, den der Zuschauer aus dem Bestehen eines Angebots erfährt. Geht man davon aus, dass nur solche Angebote, die auch tatsächlich einen spezifischen Mehrwert und damit eine positive Angebotsleistung haben, überhaupt auf dem Markt in entsprechendem Umfang nachgefragt werden, so lässt sich daraus ableiten, dass private Angebote per se eine positive Angebotsleistung haben. Oder anders ausgedrückt: Hätten sie keine positive Angebotsleistung, so würden sie nicht nachgefragt, wären dadurch auch nicht kommerziell refinanzierbar und könnten nicht auf dem Markt existieren.

Dieses Argument gilt für öffentlich-rechtliche Angebote jedoch nicht, da diese aufgrund ihrer marktunabhängigen Gebührenfinanzierung nicht der ökonomischen Notwendigkeit unterliegen, den Zuschauer auch tatsächlich zu erreichen. Öffentlich-rechtliche Angebote

---

<sup>18</sup> Vgl. hierzu und im Folgenden: *Schröder, Guido*, Öffentlich-rechtliche Anbieter im Dilemma zwischen Massengeschmack und Gemeinwohl, in: *Wentzel, Dirk* (Hg.), *Medienökonomik – Theoretische Grundlagen und ordnungspolitische Gestaltungsalternativen*, Schriften zu Ordnungsfragen der Wirtschaft, Band 89, Stuttgart 2009.

müssen nicht zwangsläufig in einem Mindestumfang nachgefragt werden, um finanziert werden und existieren zu können.

Es muss also berücksichtigt werden, dass anders als bei kommerziellen Angeboten bei öffentlich-rechtlichen Angeboten nicht nur Angebot und Nachfrage weit auseinanderfallen können, sondern auch die Kosten für die Bereitstellung des Angebots und die Zahlungsbereitschaft der Nutzer.

Um die tatsächliche Angebotsleistung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks identifizieren zu können, müsste theoretisch untersucht werden, ob ein angebotenes bisher öffentlich-rechtliches Produkt auch weiterhin – d.h. zukünftig von kommerzieller Seite – angeboten würde, wenn es das öffentlich-rechtliche Produkt nicht mehr gäbe. Dies beträfe z.B. viele Sport- oder Unterhaltungsformate, da diese auch für private Anbieter hinreichend attraktiv sind. Wäre dies der Fall, so gilt der Umkehrschluss, dass durch die Existenz des gebührenfinanzierten Angebots ein privates Angebot am Markteintritt gehindert bzw. vom Markt verdrängt würde. Die öffentlich-rechtliche Angebotsleistung wäre in diesem Falle sehr gering.

Eine solche Analyse ist jedoch in der Praxis nur schwer durchführbar und bedürfe zahlreicher Daten und Untersuchungen. Dennoch lassen sich hieraus zwei notwendige Kriterien identifizieren, die erfüllt sein müssen, damit ein öffentlich-rechtliches Angebot mit einem spezifischen Mehrwert für den Zuschauer einhergeht:

- Fehlende Substituierbarkeit aus Nachfragersicht (Exklusivität)  
Das öffentlich-rechtliche Angebot ist aus Sicht des Konsumenten durch kein anderes Angebot ersetzbar bzw. es besteht keine wesentliche Übereinstimmung mit bereits bestehenden Konkurrenzangeboten.
  
- Fehlende Substituierbarkeit aus Anbietersicht (Einzigartigkeit)  
Das öffentlich-rechtliche Angebot könnte und würde nicht ohne Weiteres von einem kommerziellen Wettbewerber ersetzt werden.

Sind diese beiden Kriterien erfüllt, so ist eindeutig von einer positiven Angebotsleistung des öffentlich-rechtlichen Angebots auszugehen. Dennoch beschreibt dieser Fall eine Extremsituation und bedeutet nicht zwangsläufig, dass in dem Fall, wenn beide Kriterien nicht gleichermaßen und in vollem Umfang erfüllt sind, auch keine Existenzberechtigung für das öffentlich-rechtliche Angebot bestünde. Hier gilt es dann aber, die vermeintliche Angebotsleistung mit den jeweiligen marktlichen Auswirkungen abzuwägen. Je stärker die Auswirkungen auf den Markt sind, desto eindeutiger muss auf der anderen Seite die Angebotsleistung des öffentlich-rechtlichen Angebots sein, um einen staatlichen Eingriff in den Marktmechanismus rechtfertigen zu können.

### II.3.b) Der publizistische Beitrag von kika.de

Bei der Bestimmung der publizistischen Wettbewerbssituation von kika.de wurden insgesamt 277 Angebote identifiziert, darunter 24 öffentlich-rechtliche Angebote. Obwohl die vorherrschende Meinung inzwischen besagt, dass auch entgeltpflichtige Angebote Berücksichtigung finden müssen<sup>19</sup>, umfasst die Liste der Angebote wie schon in den ersten beiden Drei-Stufen-Tests des MDR zu kikaninchen.de und KI.KAplus.de auch diesmal keine kostenpflichtigen Angebote. Insofern ist davon auszugehen, dass die Auflistung nicht abschließend ist und die tatsächlichen publizistischen Wettbewerber die Zahl 277 sogar noch überschreiten. Auch scheint sich der MDR hier erneut auf die bereits bei kikaninchen.de und KI.KAplus verwandte Erhebung zu stützen, deren unzureichende Erfassung inzwischen einheitlich festgestellt wurde.

Fünf der genannten Angebote (kindernetz.de, kids4quiz.de, kindercampus.de, kindermax.ch und TOGGO.de) werden als relevante, d.h. umfassende Wettbewerber identifiziert. Die Zuordnung zu den relevanten Wettbewerbern erfolgt dabei sehr restriktiv, so dass es sich bei den genannten Angeboten sowohl bei der Zielgruppe als auch bei den Inhalten und der Ausgestaltung des Online-Portals bereits um sehr vergleichbare Angebote handelt. Das Ziel der Betrachtung der publizistischen Wettbewerbssituation sollte jedoch nicht nur die Identifikation potentieller 1:1-Abbildungen von kika.de sein. Vielmehr sollte die Frage im Vordergrund stehen, ob die von kika.de angestrebte medienpädagogische Versorgung von Kindern im Online-Bereich nicht schon von bereits existierenden Angeboten abgebildet wird. Ob diese Versorgung durch die Nutzung eines einzelnen oder mehrerer verschiedener Angebote erfolgt, spielt dabei zunächst nur eine untergeordnete Rolle. Allein die Bündelung mehrerer Angebote kann jedenfalls nicht als publizistischer Mehrwert erachtet werden. Zudem rühmt sich in ähnlicher Weise auch das Angebot „kindernetz.de“ vom SWR ausdrücklich seiner Bündelung der öffentlich-rechtlichen Angebote, womit eine weitere Dopplung zu erkennen ist.

Der publizistische Beitrag von kika.de wird anhand der folgenden elf Kriterien beschrieben: Informationsangebote, Bildungs-/Wissensangebote, Unterhaltungsangebote, Kulturangebote, Interaktivität und Impulse zur aktiven Beteiligung, Verankerung in der realen Lebenswelt der Kinder, Schutz vor kommerziellen Interessen, Medienpädagogisches Konzept bzw. Betreuung, Kind- und altersgruppengerechte Gestaltung, Begleitinformationen für Eltern sowie Integration und Vernetzung medialer Inhalte. Jedes dieser Kriterien wird von mindestens einem der relevanten

<sup>19</sup> Dörr, Das Verfahren des Drei-Stufen-Tests, Gutachten, Mainz 2009, S. 26; Kops/Sokoll/Bensinger, Rahmenbedingungen für die Durchführung des Drei-Stufen-Tests, Arbeitspapiere des Instituts für Rundfunkökonomie, Heft 252, Köln/Berlin 2009, S. 158.

Wettbewerber ebenfalls erfüllt, d.h. auch hier ist kein exklusiver publizistischer Beitrag von kika.de zu erkennen.

Es ist unbestritten, dass die Daseinsberechtigung eines öffentlich-rechtlichen Angebots wie kika.de nicht nur dann gegeben ist, wenn kein einziges vergleichbares Angebot auf dem Markt existiert. Dennoch wird hier das publizistische Wettbewerbsumfeld so eng definiert, dass kika.de als nahezu einzigartig dargestellt werden kann. Dies entspricht jedoch nicht der Realität. Es gibt kein inhaltliches Alleinstellungsmerkmal, das kika.de von den Wettbewerbern in relevantem Maße abgrenzt. Dies gilt vor allem auch vor dem Hintergrund öffentlich-rechtlicher Angebote wie kindernetz.de, die für diese Betrachtung unbedingt mit ausschlaggebend sein müssen. Insoweit ist es bezeichnend, dass den festgestellten Überschneidungen keine Konsequenz folgt. Vielmehr wird an dieser Stelle der Eindruck erweckt, dass mit der Darstellung des publizistischen Mehrwerts der Versuch gestartet werden soll, die auf der nächsten Stufe zu untersuchenden negativen marktlichen Auswirkungen vollumfänglich zu legitimieren. kika.de leistet sicherlich einen Beitrag zum publizistischen Wettbewerb. Da aber alle abgebildeten Inhalte auch bei den relevanten Wettbewerbern in gleichem oder ähnlichem Umfang abzurufen sind, ist dieser Beitrag nicht so hoch, dass er jegliche marktlichen Auswirkungen zu rechtfertigen vermag. Es gilt vielmehr, den publizistischen Beitrag in Relation zu den ökonomischen Effekten auf den Markt zu setzen. Erst dann kann die Beurteilung erfolgen, ob kika.de in dem im Telemedienkonzept genannten Ausmaß tatsächlich mit dem Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zu vereinbaren ist und mittels Gebührengelder angeboten werden darf.

#### II.4. Marktliche Auswirkungen durch das Angebot kika.de

In der bereits kritisierten Abgrenzung der publizistischen Wettbewerber bei kika.de wird die Wettbewerbssituation wie erwähnt verkürzt dargestellt. Wesentlich ist, dass sich diese Eingrenzung des publizistischen Wettbewerbsumfeldes keinesfalls auch auf die Bewertung der marktlichen Auswirkungen beziehen darf, da hierbei ausdrücklich alle Angebote in die Betrachtung miteinbezogen werden müssen.<sup>20</sup>

Zu prüfen sind daher stets die Auswirkungen auf den Markt insgesamt, auch und gerade auf bestehende Angebote, die zum Teil durchaus auch kostenpflichtige Bestandteile enthalten können. Dies war ein Kernpunkt des Streits zwischen Europäischer Kommission und den Ländern in Deutschland. In einem langen Verfahren wurde mühsam eine Lösung gefunden, die der Rundfunkstaatsvertrag

---

<sup>20</sup> Dörr, Das Verfahren des Drei-Stufen-Tests, Gutachten, Mainz 2009, S. 26.

durch folgenden Interessenausgleich umgesetzt: Öffentlich-rechtliche Anstalten sollen dort die Grundversorgung sichern, wo hierfür Bedarf besteht – allerdings dabei privaten Wettbewerbern keine gebührenfinanzierte Konkurrenz machen und so den Wettbewerb europarechtswidrig verzerren. Sollte über diesen wesentlichen grundsätzlichen Punkt keine Einigkeit bei der Anwendung des Drei-Stufen-Tests bestehen, würde die Frage alsbald wieder bei der europäischen Kommission zur Klärung landen.

Demzufolge darf sich die folgende Betrachtung der marktlichen Auswirkungen explizit nicht nur auf die in der Betrachtung des publizistischen Wettbewerbs bei kika.de genannten Angebote beschränken.

#### II.4.a) Allgemeine Kategorisierung / Balancing

Wie bereits erwähnt ist das Balancing das eigentliche „Herzstück“ des Drei-Stufen-Tests. Dabei müssen zwei Aspekte Beachtung finden. Die Markteinführung des betrachteten öffentlich-rechtlichen Telemedienangebots beeinflusst zum einen über den Beitrag zum publizistischen Wettbewerb die Meinungsvielfalt und zum anderen über die marktlichen Auswirkungen den Wettbewerb und damit die Erlösstrukturen bereits bestehender privater Angebote, womit mittelbar wiederum die Meinungsvielfalt tangiert werden kann.

Voraussetzung für das Balancing ist somit zunächst die Existenz eines erkennbar positiven publizistischen Beitrags oder wie oben dargestellt einer positiven Angebotsleistung. Ist dies nicht der Fall, muss denktheoretisch auch kein Drei-Stufen-Test durchgeführt werden. Die Markteinführung eines öffentlich-rechtlichen Angebots erfüllt keinen Selbstzweck und dient auch nicht der Beförderung der Wirtschaft. Gerade im Hinblick auf einen sinnvollen und verantwortungsbewussten Umgang mit öffentlichen Geldern besteht demnach bei einem nicht ausreichenden publizistischen Mehrwert selbst bei positiven Marktauswirkungen (z.B. in Form einer Stabilisierung des Marktes) kein Grund, das Angebot einzuführen.

Die nachfolgend dargestellte Kategorisierung basiert auf den Erfahrungen der ersten Tests und kann als Bewertungshilfe in den laufenden Verfahren dienen. Bislang beschränkt sich die Einteilung bewusst auf nur drei Kategorien und sieht insbesondere keine konkrete quantitative Bewertung vor. Eine drohende Wettbewerbsverzerrung ist in den meisten Fällen der Drei-Stufen-Tests klar erkennbar, weshalb der Nachweis auch keiner quantitativen „Beweise“ bedarf. Diese Vorgehensweise entspricht auch den Anforderungen des EuGH an die EU-Kommission bei der Darlegung einer Wettbewerbsverfälschung in Beihilfeverfahren. Demnach werden eine summarische Auflistung der wettbewerbsrelevanten Umstände sowie eine plausible Begründung der tatsächlichen oder drohenden Wettbewerbsverfälschung als

ausreichend betrachtet, um eine drohende Marktverzerrung durch den Einsatz staatlicher Mittel darzulegen.<sup>21</sup>

Ob dennoch eine detailliertere Unterteilung sinnvoll sein könnte, werden die zukünftigen Verfahren zeigen. Die Zuteilung der einzelnen Verfahren zu den Kategorien erfolgt anhand zweier wesentlicher Kriterien in aufsteigender Bedeutsamkeit, nämlich der „inhaltlichen Relevanz“ und der „kommerziellen Relevanz“.

- Inhaltliche Relevanz

Das zu prüfende öffentlich-rechtliche Telemedienangebot ist in mindestens einem inhaltlichen Angebotsaspekt privaten Konkurrenzangeboten, respektive den Angeboten der Mediengruppe RTL Deutschland ähnlich und damit aus Konsumentensicht substituierbar. Es besitzt daher eine inhaltliche Relevanz und steht auf dem relevanten Markt in direkter Konkurrenz zu den privaten Angeboten.

- Kommerzielle Relevanz

- Werbefinanzierte Angebote

Das zu prüfende öffentlich-rechtliche Telemedienangebot ist im Bezug auf seine erzielte Nutzerreichweite ein relevanter Marktteilnehmer. Ist eine solche Reichweitenrelevanz gegeben, so ist davon auszugehen, dass ein wesentlicher Teil des nutzerseitigen Medienzeitbudgets auf die Nutzung dieser öffentlich-rechtlichen Angebote entfällt und damit den privaten Konkurrenzangeboten entgeht. In der Folge führt dies bei privaten Anbietern zu Umsatzausfällen, da die verlorene Reichweite nicht mehr im Rahmen der Werbevermarktung monetarisiert werden kann.

- Entgeltpflichtige Angebote

Das zu überprüfende öffentlich-rechtliche Telemedienangebot steht in der Art und Weise seines Angebotes in direkter Konkurrenz zu einem kostenpflichtigen Pay-Angebot auf privater Anbieterseite. Das gebührenfinanzierte und daher unmittelbar kostenlose Angebot der Öffentlich-Rechtlichen schmälert in der Folge durch Nutzerabwanderung den Umsatz auf privater Seite, verzerrt den Wettbewerb und verdrängt zunehmend kommerzielle, private Anbieter vom Markt.

---

<sup>21</sup> EuG, Urteil vom 15. Juni 1999, Rs. T-288/97, Friuli Venezia Giulia/Kommission, Slg. 1999, II-1871, Rn. 48/50; Urteil vom 15. Juni 2000, Rs. T-298/97, Alzetta Mauro/Kommission, Slg. 2000, II-2319, Rn. 95; Urteil vom 13. Juni 2000, Rs. T-204/97, EPAC/Kommission, Slg. 2000, II-2267, Rn. 35/47 f.; Urteil vom 29. September 2000, Rs. T-55/99, CETM/Kommission, Slg. 2000, II-3207, Rn. 102 ff.

Aus diesen Relevanzkriterien ergeben sich folgende Einstufungsmöglichkeiten:

#### Kategorie 1: Dominanz positiver Effekte

Zu dieser Kategorie gehören jene Fälle, in denen keine nennenswerten oder sogar positive Marktauswirkungen zu erwarten sind. Dies könnte zum Beispiel bei solchen Angeboten der Fall sein, die aufgrund einer zu geringen Nachfrage kommerziell nicht refinanzierbar wären und darum von privater Seite nicht angeboten werden.

Die Abwesenheit privater Angebote muss jedoch nicht zwingend ein Merkmal dafür sein, dass es auch in Zukunft kein entsprechendes privates Angebot geben könnte, weswegen der Markt auch perspektivisch betrachtet werden muss. Um keine Markteintrittsbarrieren aufzubauen, ist zu untersuchen, ob für private Anbieter aufgrund der zu geringen Nachfrage eine Bereitstellung finanziell nicht darstellbar ist oder ob es sich eher um ein strukturelles Problem handelt, bei dem das Angebot aufgrund der gesetzlichen Rahmenbedingungen (z.B. in Form fehlender Lizenzrechte) oder auch aufgrund mangelnder technischer Voraussetzungen nicht realisierbar ist. In diesen Fällen würde ein gebührenfinanziertes Angebot den zukünftigen Markteintritt für private Anbieter zusätzlich erschweren, da den ohnehin hohen Kosten zudem noch geringere Erträge gegenüber stünden.

Tendenziell kann in dieser Kategorie die Markteinführung des öffentlich-rechtlichen Angebots dennoch befürwortet werden. Sofern die Gefahr des Aufbaus von Markteintrittsbarrieren besteht, sollte über mögliche Auflagen des Angebotskonzepts nachgedacht werden, mit denen der Eintritt in den Markt auch für private Anbieter und damit eine weitere Steigerung der Meinungsvielfalt in der Zukunft realisierbar bleibt.

#### Kategorie 2: Schwache negative Marktauswirkungen

Diese Kategorie beinhaltet jene Fälle, in denen mit negativen Marktauswirkungen zu rechnen ist. Diese werden zwar zu einer Wettbewerbsverzerrung führen und die Erlöse privater Anbieter schmälern, stellen aber keine existentielle Bedrohung einzelner privater Angebote dar. Durch entsprechende Modifikationen könnte das neue öffentlich-rechtliche Angebot gegebenenfalls sogar mit dem Wettbewerb vereinbar gemacht werden, da das Angebot keine rein substitutive, sondern auch komplementäre Wirkung zu bestehenden privaten Angeboten hat.

Aufgrund der Dynamik des Online-Marktes ist jedoch auch hier eine perspektivische Marktbetrachtung unerlässlich. Der Umstand, dass beispielsweise eine mittelbare Auswirkung der Marktbeeinflussung auf die Meinungsvielfalt häufig erst nach einer gewissen Zeit ihre volle Wirksamkeit entfaltet, verlangt eine eingehende Analyse auch zukünftiger Einflüsse vor der Markteinführung.

Vor dem Hintergrund, dass ein staatlicher Eingriff in Form eines gebührenfinanzierten Angebots nur über einen hohen publizistischen Mehrwert rechtfertigt werden kann, darf die Markteinführung des öffentlich-rechtlichen Angebots also nur dann genehmigt werden, wenn das Ausmaß der Wettbewerbsverzerrung mittels Auflagen im Angebotskonzept bestmöglich reduziert wird und damit die negativen marktlichen Auswirkungen in ein ausgewogenes Verhältnis zum publizistischen Mehrwert gebracht werden können. Dies wiegt umso mehr, als dass die Wettbewerbsverzerrung aufgrund staatlicher Beihilfen ja gerade den Kern des Streits zwischen der Europäischen Kommission und den Ländern darstellt und damit eine besondere Wertigkeit erfährt.

### Kategorie 3: Dominanz negativer Effekte

Die dritte Kategorie umfasst die Fälle, in denen die negativen Auswirkungen der Markteinführung des gebührenfinanzierten Angebots so hoch sind, dass sie in keiner Relation zum erwarteten publizistischen Mehrwert stehen und damit auch theoretisch nicht kompensiert werden könnten. Dies ist z.B. dann der Fall, wenn das neue Angebot keine Bestandteile enthält, die nicht auch bereits von privater Seite angeboten werden oder sogar eine Nachahmung eines erfolgreichen privaten Konzepts darstellt. Die konkrete Verdrängungsgefahr eines oder mehrerer Wettbewerber ist ein deutliches Indiz dafür, dass ein vergleichbares Angebot bereits auf kommerzieller Seite besteht.

Angebote, deren Auswirkungen in Kategorie 3 einzustufen sind, können demnach nur unter strengsten Auflagen genehmigt werden. Im Fall, dass es sich um eine Nachahmung eines privaten Geschäftsmodells handelt, ist jedoch davon auszugehen, dass die negativen marktlichen Auswirkungen selbst mit massiven Einschränkungen nicht ausreichend reduziert werden können. Das Problem könnte weniger über eine strukturelle Ausgestaltung einzelner Beiträge gelöst werden, als vielmehr über eine grundsätzliche Änderung des inhaltlichen Fokus. Dies müsste letztlich zu einer Ablehnung des Konzepts führen.

#### II.4.b) Konkrete Kritikpunkte am Angebot kika.de aus Wettbewerbersicht

Wie aus der oben dargestellten Angebotsbeschreibung zu erkennen ist, ist die Ausrichtung von TOGGO.de sehr vergleichbar mit der von kika.de. Beide Angebote sprechen die gleiche Zielgruppe an und bieten ein vergleichbares Portfolio auf ihrer Plattform an. Aus Sicht der Kinder sind die Angebote somit als Substitute zu betrachten und stehen in direktem Wettbewerb zueinander. Dieser Wettbewerb basiert jedoch aufgrund der unterschiedlichen Finanzierungsart nicht auf rein marktwirtschaftlichen Mechanismen, sondern wird durch die Finanzierung von kika.de mittels Gebührengeldern bewusst verzerrt.