

Mediengruppe RTL Deutschland · Aachener Straße 1036 · 50858 Köln

An den
ZDF Fernsehrat
z. H. des Vorsitzenden
Herrn Ruprecht Polenz
55100 Mainz

Köln, 21.08.2009

**Stellungnahme zum Drei-Stufen-Test
zum Telemedienkonzept „ZDFmediathek“**

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 Angebots, seine meinungsbildende Funktion im Vergleich zu bestehenden privaten und öffentlich-rechtlichen Angeboten sowie der Zeitraum des 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 Angebot Stellung zu nehmen. Die Frist zur Einreichung einer Stellungnahme zum Angebot „ZDFmediathek“ endet am 24.08.2009. Die Mediengruppe RTL Deutschland bedankt sich für die Möglichkeit, auch im Namen der Unternehmen RTL Television GmbH und der VOX Television GmbH ihre Einschätzung des Angebots einreichen zu können.

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

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.

RTL Television ist Deutschlands erfolgreichster Privatsender und wird täglich von über 20 Millionen Zuschauern eingeschaltet. Beim jungen Publikum (14-49 Jahre) ist RTL seit über 16 Jahren ohne Unterbrechung die klare Nummer 1. Der Sender hat mit RTLaktuell und dem Nachtjournal zwei der erfolgreichsten Nachrichtensendungen sowie die Highlights aus allen Genres im Programm, darunter Serien wie „Dr. House“ oder „Doctor's Diary“, Real-Life-Formate wie „Die Supernanny“, „Die Ausreißer“, „Der Schuldnerberater“ oder „Bauer sucht Frau“, Kinohighlights sowie Sport-Events wie die Formel 1.

RTL Television setzt auf klassische Verbreitungswege ebenso wie auf neue Medien und Technologien. Die starken Programmmarken sind somit auf allen Plattformen präsent.

VOX ist ein Fernsehvollprogramm, das sich durch spannende Serien, starke Eigenformate und erstklassige Spielfilme auszeichnet. Mit Krimi-Serien wie „CSI:NY“ und „Criminal Intent“ hat sich VOX im Bereich „Crime“ eine ebenso hohe Programmkompetenz erworben wie bei den Eigenproduktionen im Bereich „Kochen“. Hier hat sich das mit dem Deutschen Fernsehpreis ausgezeichnete Vorabendformat „Das perfekte Dinner“ ebenso etabliert wie die Eigenformate „Das perfekte Promi Dinner“, „Unter Volldampf“ und die „Kocharena“. Die Gesellschafter von VOX sind RTL Television (49,9 %), RTL Group (49,8 %) und DCTP (0,3 %).

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 ZDFmediathek sowie erste Einschätzung der Mediengruppe RTL Deutschland

Das Online-Angebot ZDFmediathek ist das Angebot des ZDF für Abruffernsehen und interaktive Module im Internet. Als zentrale Stelle bietet die ZDFmediathek On-Demand-Videos, Livestreams, Bilderserien und Multimedia-Anwendungen zum ZDF-Hauptprogramm, den ZDF-Digitalkanälen und der Partnerprogramme des ZDF an. Einige Sendungen und Beiträge sind auch schon vor Ausstrahlung der TV-Sendung im Internet verfügbar. Darüber hinaus bietet das Angebot Sendungen und Beiträge als Langfassungen oder in Originalsprache an. Im Rahmen von nachrichtlichen Großereignissen, ZDF-Programmschwerpunkten, für die politische Bildung, bei zeitgeschichtlich relevanten Themen oder zur Ergänzung der Fernsehprogramme können auch eigens für die Online-Angebote erstellte bzw. aufbereitete Inhalte angeboten werden. Die Nutzung des Angebots ist auf unterschiedlichen Endgeräten möglich.

Das Angebot ZDFmediathek sieht in Bezug auf die einzelnen Inhalte erheblich ausgedehnte Verweildauern von bis zu fünf Jahren vor. Dies steht jedoch im Gegensatz zur Konzeption des Gesetzgebers in § 11d Abs. 2 RStV, wonach eine Verweildauer, die über den Zeitraum von sieben Tagen bzw. 24 Stunden hinausgeht, gerade die Ausnahme bilden soll. Eine konkrete Begründung der Verweildauer einzelner Inhalte findet nicht statt.

Die Mediengruppe RTL Deutschland hat vor dem Hintergrund des 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrags keine grundsätzlichen Einwände gegen ein Online-Angebot wie die ZDFmediathek. 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 hat und 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 der ZDFmediathek um ein für eine breite Zielgruppe verwendbares Angebot. Dies allein 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 bereitstellen. Aus diesem Grund ist das Angebot weder exklusiv noch einzigartig, was den publizistischen Mehrwert der ZDFmediathek deutlich reduziert. Durch die umfangreichen interaktiven und kommunikativen Darstellungsformen wie auch die technischen Verbreitungsformen werden durch das ZDF neue Standards im Onlinebereich gesetzt. Mit diesen Standards geht das ZDF weit über das für die Erfüllung seines Auftrags und die Bereitstellung eines adäquaten und vom Nutzer akzeptierten Online-Angebots hinaus. Mit diesem quasi „überzüchteten“ Angebot, das ausschließlich auf die finanzielle Privilegierung des ZDF zurückzuführen ist, werden private Anbieter, die diese Standards aufgrund mangelnder Refinanzierungsmöglichkeiten nicht erfüllen können, unter einen erheblichen und völlig unnötigen Wettbewerbsdruck gesetzt. Demzufolge ist unserer Meinung nach das Verhältnis zwischen publizistischem Mehrwert und marktlichen Auswirkungen im vorliegenden Verfahren nicht ausgeglichen. Das Angebot ZDFmediathek ist nicht in dem Ausmaß zu genehmigen, wie es im Telemedienkonzept gefordert wird. Stattdessen sollten 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:¹

- 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.²
- 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“³ 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.

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

² Dörr, Das Verfahren des Drei-Stufen-Tests, Gutachten, Mainz 2009, S. 9.

³ Dörr, Das Verfahren des Drei-Stufen-Tests, Gutachten, Mainz 2009, S. 9.

- 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.⁴

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.⁵

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.⁶

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 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.⁷ Besonders problematisch ist hierbei auch die unklare Verwendung des Ausdrucks „programmbezogen“ auch an Stellen,

⁴ Dörr, Das Verfahren des Drei-Stufen-Tests, Gutachten, Mainz 2009, S. 9.

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

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

⁷ 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.

an denen der Gesetzgeber ausdrücklich einen Sende- statt Programmbezug vorschreibt (S. 16).

Im Einzelnen:

- Das Angebot sieht „Bilderserien“ vor (S. 29). Diese können gegen Nr. 15 der Negativliste (Fotodownload ohne Sendungsbezug) verstoßen. Zu einem Sendungsbezug fehlen konkrete Angaben.
- Zudem werden umfangreiche „Multimedia-Anwendungen“ angeboten (S. 31). Hierbei kann es sich gemäß Nr. 10 der Negativliste um Anwendungen handeln, die nicht zur Wahrnehmung des eigenen Angebots erforderlich sind.

Ob die 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“⁸ des neuen Verfahrens, weshalb ihr ganz besondere Aufmerksamkeit zu widmen ist. Die Entscheidung des Fernsehrats muss vor allem in jedem Fall erkennen lassen, dass er die marktlichen Auswirkungen berücksichtigt hat.⁹

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.

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

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

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 stellt aber maßgeblich darauf ab, dass die Kombination der verschiedenen Inhaltsteile einzigartig sei.

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.¹⁰

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“.

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.¹¹ Sie machen die Gesamtheit des bestehenden publizistischen Angebots aus, zu dem das geplante Angebot einen Mehrwert schaffen muss.

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

¹¹ 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.

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 (S. 32), so kann dies kein relevantes Kriterium sein.¹²

Insoweit irreführend bzw. irrelevant ist der Hinweis auf S. 10 des Konzeptes, wonach der Mehrwert vor allem in der unterstellten kommerziellen und politischen Unabhängigkeit läge. Auch wenn ein solches Argument den eigenen subjektiven Wertungsfragen entsprechen mag, so ist es für die Genehmigung des Angebots im Rahmen des Drei-Stufen-Tests schlichtweg nicht von Bedeutung. Relevant ist hier einzig und allein die Frage, ob ein Angebot wie die ZDFmediathek auch über den Markt darstellbar wäre.

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".¹³
- 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

¹² Dörr, Das Verfahren des Drei-Stufen-Tests, Gutachten, Mainz 2009, S. 31.

¹³ Dörr, Das Verfahren des Drei-Stufen-Tests, Gutachten, Mainz 2009, S. 26.

ein bedeutender finanzieller Aufwand erforderlich ist.¹⁴ 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.¹⁵ 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.¹⁶ Das geplante Angebot darf also das differenzierte Regel-Ausnahmekonzept des Gesetzgebers nicht auf den Kopf stellen und durch Pauschalbegründungen aushebeln. Den diesbezüglich eher wertenden Ausführungen bezüglich der Praktikabilität der Verweildauern (S. 8ff.) ist der Gesetzgeber eben gerade nicht gefolgt.

II.2. Beschreibung der mit der ZDFmediathek konkurrierenden Angebote der Mediengruppe RTL Deutschland

II.2.a) RTLNOW.de

RTLNOW.de ist die Marke für zeitsouveräne TV-Nutzung von RTL-Formaten. Seit Januar 2007 können die Zuschauer auf dem Video-Abruf-Portal RTLNOW.de einen großen Teil des RTL-Programms für sieben Tage nach Ausstrahlung kostenlos per Stream ansehen. Das Portal bietet zusätzlich die Möglichkeit, Serien vor dem Sendetermin im RTL-Programm sowie im Archiv gegen Entgelt anzusehen. Die Nutzungskosten richten sich nach der jeweiligen Sendung. Kostenpflichtige Inhalte können nach Erwerb 24 Stunden lang beliebig oft angesehen werden. Mittlerweile beinhalten immer mehr kostenlose Sendungen kurze Werbeclips in Form von Videowerbung, um die Refinanzierung über Werbeeinnahmen zu gewährleisten und dem Nutzer die Videos kostenlos anbieten zu können.

Bereits vor TV-Ausstrahlung werden die drei Soaps „Unter uns“, „Alles was zählt“ und „Gute Zeiten, schlechte Zeiten“ sowie einige weitere ausgewählte Serien (Alarm für Cobra 11, CSI) gegen Entgelt angeboten. Nach TV-Ausstrahlung werden die Daytime-Angebote 30 Tage kostenlos angeboten. Soweit dies rechtlich mit dem Lizenzgeber vereinbar ist, werden die Abendformate sieben Tage kostenfrei und anschließend wenn möglich kostenpflichtig weitergeführt.

¹⁴ Dörr, Das Verfahren des Drei-Stufen-Tests, Gutachten, Mainz 2009, S. 25.

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

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

II.2.b) VOXNOW.de

VOXNOW.de ist die Marke für die zeitsouveräne TV-Nutzung von VOX-Formaten. Seit Juli 2009 können die Zuschauer auf dem Video-Abruf-Portal VOXNOW.de einen großen Teil des VOX-Programms für sieben Tage nach Ausstrahlung kostenlos per Stream ansehen. Die Finanzierung und Verweildauer ist analog zu RTLNOW.de. Bisher werden nur Sendungen zum Abruf nach TV-Ausstrahlung angeboten, eine Ausweitung auf den Pre-TV-Bereich (also vor Ausstrahlung) ist ab September für zwei bis drei Formate geplant.

Obwohl es sich bei VOXNOW.de um ein neues Angebot handelt, wurde aufgrund des aktuellen Kostendrucks auf eine Neuentwicklung verzichtet. Stattdessen bedient sich VOXNOW.de der Technologie von RTLNOW.de. Alle Videos liegen in einem System und auch das Frontend ist identisch und nur dem Auftritt von VOX entsprechend anders eingefärbt. Im Gegensatz zu den öffentlich-rechtlichen Portalen, die oftmals einen völlig unterschiedlichen Aufbau (andere Bildgrößen, anderes technisches System) aufweisen, was sowohl in der Entwicklung als auch in der Pflege mit jedem weiteren Portal zu höheren Kosten führt, können in der Mediengruppe RTL Deutschland Neuentwicklungen auf diese Weise immer direkt für beide NOW-Portale getätigt werden, womit erhebliche Kosteneinsparungen realisiert werden können.

II.3. Publizistischer Mehrwert

Gesetzlicher Vergleichsmaßstab zur Bestimmung des publizistischen Mehrwerts ebenso wie zur Feststellung der marktlichen Auswirkungen sind grundsätzlich alle bestehenden Internetangebote.¹⁷

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.¹⁸ 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

¹⁷ Dörr, Das Verfahren des Drei-Stufen-Tests, Gutachten, Mainz 2009, S. 26 ff.

¹⁸ 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.

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 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 der ZDFmediathek

Wie bereits erwähnt, liegt ein wesentlicher Prüfschritt des Drei-Stufen-Tests in der Bestimmung des publizistischen Beitrags des öffentlich-rechtlichen Angebots in Abgrenzung zu bereits bestehenden Angeboten. Diesem Aspekt wird jedoch im Telemedienkonzept des ZDF so gut wie keine Bedeutung beigemessen. So heißt es dort lediglich, dass das Angebot ZDFmediathek zwar im publizistischen Wettbewerb mit zahlreichen kommerziellen Abrufangeboten stehe, dass aber keine andere Plattform dem Nutzer die Möglichkeit böte, die ZDF-Formate zeitversetzt abzurufen (S. 54). Auch an anderer Stelle des Telemedienkonzepts heißt es hierzu, „die besondere Qualität der ZDFmediathek“ bestünde darin, „dass nur dieses Angebot umfassenden Zugang zu den Sendungen und Beiträgen des ZDF ermöglicht“. Das Angebot sei „durch die besondere Qualität der ZDF-Sendungsmarken“ geprägt (S. 32). Zum einen ist diese Behauptung nicht ganz richtig, da es in der Vergangenheit bereits sehr wohl die Situation gab, dass ein öffentlich-rechtliches Angebot auch auf einem kommerziellen Portal angeboten wurde. So war der ZDF-Dreiteiler „Die Krupps“ nicht nur kostenfrei in der ZDFmediathek, sondern zeitgleich auch gegen Entgelt bei maxdome.de abzurufen. Zum anderen aber mag dieser Aspekt zwar absolut betrachtet bis auf wenige Ausnahmen stimmen, er gilt aber keinesfalls als hinreichende Existenzberechtigung für eine öffentlich-rechtliche Mediathek. So wäre es beispielsweise durchaus denkbar, die ZDF-Inhalte über die Online-Portale der Mediengruppe RTL Deutschland mitzuverbreiten. Selbst wenn die Inhalte nicht werbevermarktet würden, so stiege durch die Ergänzung der ZDF-Angebote die Reichweite unserer Angebote erheblich, damit verbesserte sich deren Refinanzierbarkeit bei einer gleichzeitigen Entlastung des Gebührenzahlers. Dass die ZDF-Inhalte nur auf den ZDF-Portalen abrufbar sind, liegt also weniger an der technischen Unmöglichkeit anderer Optionen als vielmehr an dem Begehren des ZDF, ein eigenes Telemedienangebot bereitzustellen.

Eine Identifizierung der potentiellen publizistischen Wettbewerber der ZDFmediathek mit einer konkreten inhaltlichen Abgrenzung findet nicht statt. Stattdessen werden sieben der „zahlreichen kommerziellen Abrufangebote“ recht willkürlich genannt. Eine Abgrenzung erfolgt eher über eine Aufzählung dessen, was die ZDFmediathek im Vergleich zu den anderen Angeboten nicht anbietet, nämlich die Bereitstellung von Spielfilmen, angekauften Serienfolgen sowie Sendungen und Beiträge von anderen Fernsehsendern. Hier wirkt es etwas eigentümlich, dass ein publizistischer Mehrwert über den Ausschluss bestimmter Angebotsbestandteile verargumentiert werden soll.

Die übrigen wenigen Angaben, die das ZDF zum publizistischen Wettbewerb macht, beziehen sich nicht speziell auf die ZDFmediathek, sondern auf alle ZDF-Online-Angebote und werden gemeinsam mit den marktlichen Auswirkungen auf knappste Weise abgehandelt. Dies führt allerdings zu einer Vermischung von Umständen, die dem ZDF keineswegs zum Vorteil gereicht. So heißt es auf S. 54: „Die Onlineangebote des ZDF spielen im publizistischen Wettbewerb keine dominierende Rolle“. Belegt wird diese Aussage mit einer Darlegung der geringen Nutzungszahlen der ZDF-Angebote im Vergleich zu allen anderen Onlineangeboten. Daraus abgeleitet wird der Schluss, dass „angesichts dieser Verhältnisse die Onlineangebote des ZDF keine relevanten Auswirkungen auf die Werbeeinnahmen anderer Onlineanbieter“ haben (S. 54). An dieser Stelle wird augenscheinlich übersehen, dass die Werbeeinnahmen zwar für die Auswirkungen auf dem ökonomischen Markt, nicht aber für die Betrachtung des publizistischen Wettbewerbs von Bedeutung sind.¹⁹ Wenn aber die ZDFmediathek im publizistischen Wettbewerb keine dominierende Rolle spielt, so kann man folgern, dass bereits so viele mit der ZDFmediathek vergleichbaren Angebote auf dem Markt existieren, dass die ZDFmediathek in dieser Vielfalt nicht auffällt. Dies bedeutet aber auch, dass die ZDFmediathek keinerlei publizistischen Mehrwert liefert, welcher jedoch für die Genehmigung des Angebots im Rahmen des Drei-Stufen-Tests von essentieller Bedeutung ist. Liegt kein publizistischer Mehrwert vor, so bedarf es im Grunde auch keiner weiteren Prüfung, da den negativen marktlichen Auswirkungen kein publizistischer Mehrwert gegenüber zu stellen ist. Das Balancing (siehe Punkt II.4.b) müsste demzufolge zu dem Schluss kommen, dass die Ausgewogenheit zwischen dem

¹⁹ So könnte man allenfalls argumentieren, dass ein Angebot mit hohen Werbeerlösen im Vorfeld eine entsprechende Akzeptanz bei den Nutzern erreicht haben muss. Die höheren Umsätze könnten dann wiederum in die Weiterentwicklung des Angebots investiert werden, wodurch sich die Qualität des Angebots verbessern und somit auch dessen Beitrag zum publizistischen Wettbewerb steigen könnte. Ganz offensichtlich kann diese Argumentation hier aber nicht vom ZDF intendiert sein, würde sie doch aussagen, dass das ZDF keine Akzeptanz bei den Nutzern findet und demzufolge keinen publizistischen Mehrwert liefern kann, der aber, wie oben dargestellt, zweifelsohne für die Genehmigung des Angebots von fundamentaler Bedeutung ist.

publizistischen Beitrag und den marktlichen Auswirkungen nicht allein durch eine Reduzierung der ökonomischen Auswirkungen erreicht werden kann, weswegen das Angebot denktheoretisch nicht genehmigt werden dürfte.

Im Übrigen ist die Frage der unterstellten fehlenden Dominanz der marktlichen Auswirkungen nur eine Frage der Relation zwischen dem publizistischen Mehrwert und den marktlichen Auswirkungen und bietet somit keinen generellen Freifahrtschein.

Wie auch bereits in allen Telemedienkonzepten der ARD, so hebt auch das ZDF die Kosten- und Werbefreiheit der ZDFmediathek im Vergleich zu allen anderen Angeboten hervor. Diesen Aspekt jedoch als publizistischen Mehrwert zu bezeichnen zeugt von einem eklatanten Unverständnis über diesen Prüfungspunkt. Gegenstand der Prüfung ist hier der publizistische Mehrwert und nicht dessen Finanzierung. Den eigentlichen Grund des Drei-Stufen-Tests, nämlich die Verwendung von Gebührengeldern, zum Grund für die Zulässigkeit zu erklären, taugt zwar als kafkaeskes Stilelement, geht im Übrigen aber fehl. So wird davon abgesehen die Situation völlig verzerrt dargestellt, wenn Werbung im Internet als etwas Negatives dargestellt wird. Werbung erfüllt keinen Selbstzweck, sondern dient ausschließlich dem entgeltfreien Angebot im Internet. Aufgrund des „Gratis-Anspruchs“ der meisten Nutzer im Internet ist die Darbietung vergleichbarer Angebote gegen Entgelt schwer bis kaum auf dem Online-Markt durchzusetzen. In diesem Zusammenhang wirkt es durchaus befremdlich, wenn an anderer Stelle werbefreie und dafür entgeltfinanzierte Angebote explizit aus der Betrachtung des publizistischen Wettbewerbs ausgeschlossen werden – eben mit dem Argument, dass diese nicht frei zugänglich und nicht für jedermann erreichbar seien, und hier aber Werbung als einzige alternative Finanzierungsart neben Gebühren und direkten Entgeltzahlungen als etwas für den Konsumenten Schlechtes dargestellt wird.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass aufgrund der fehlenden Angaben zunächst davon auszugehen sein müsste, dass die ZDFmediathek keinen oder zumindest keinen nennenswerten Beitrag zum publizistischen Wettbewerb leistet. Den Widerspruch des ZDF bzw. die Nachlieferung entsprechender Unterlagen antizipierend, unterstellen wir jedoch im Folgenden trotz der mangelnden Darlegung im Konzept, dass auch bei der ZDFmediathek sicherlich ein – wenn auch geringer – positiver publizistischer Beitrag zu finden ist. Entscheidend ist aber nicht allein, ob ein publizistischer Beitrag absolut betrachtet existiert, sondern vielmehr die Frage, wie hoch dieser Beitrag in Relation zu bereits bestehenden Angeboten auf dem Markt tatsächlich ist, d.h. welches Mehr das öffentlich-rechtliche Angebot dem Nutzer bietet, das der Markt sonst nicht anbieten würde und auch nicht anbieten könnte. Genau diese Frage wird aber im Telemedienkonzept nicht beantwortet. Ganz offenbar ist dieser Beitrag jedenfalls 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 die ZDFmediathek in dem im Telemedienkonzept genannten inhaltlichen und technischen Ausmaß tatsächlich mit dem Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zu vereinbaren ist und mittels Gebührengeldern angeboten werden darf. Das wie in Punkt II.3.a) dargestellte Idealbild der Exklusivität und Einzigartigkeit eines öffentlich-rechtlichen Angebotes ist dabei jedenfalls eindeutig in Frage zu stellen.

II.4. Marktliche Auswirkungen durch das Angebot ZDFmediathek

Wesentlich für die Bewertung der marktlichen Auswirkungen ist, dass ausdrücklich alle Angebote in die Betrachtung miteinbezogen werden müssen.²⁰ 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 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.

II.4.a) Theoretische Ausführungen zu den marktlichen Auswirkungen

Die folgenden Ausführungen basieren unter anderem auf dem Gutachten der Professoren Haucap und Dewenter, das die marktlichen Auswirkungen im Rahmen der Drei-Stufen-Tests untersucht.²¹

Ein entscheidendes Charakteristikum von (kommerziellen) Medienmärkten ist ihre Zweiseitigkeit, d.h. das Zusammentreffen zweier unterschiedlicher, zum Teil interdependenter Wettbewerbsmärkte: die Seite zum Rezipienten und die Seite zur werbetreibenden Industrie. Der Nutzen der Teilnehmer auf beiden

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

²¹ Haucap, J. und R. Dewenter (2009): Ökonomische Auswirkungen von öffentlich-rechtlichen Online-Angeboten – Marktauswirkungen innerhalb von Drei-Stufen-Tests, Gutachten.

Marktseiten hängt wesentlich davon ab, wie viele Teilnehmer es auf der jeweils anderen Marktseite gibt. So hängt der Nutzen der Internet-Konsumenten unter anderem davon ab, wie viel Werbung eine Website beinhaltet. Entsprechend hängt der Nutzen der werbetreibenden Industrie davon ab, wie viele Nutzer das Internet-Portal hat. Je größer das Publikum, desto attraktiver ist die Plattform für die Werbetreibenden und desto höher ist ihre Zahlungsbereitschaft, um Werbung auf diesem Portal zu schalten. Tritt nun ein weiteres Angebot in den Markt, das die Aufmerksamkeit der Nutzer von dem bisherigen Portal weg auf ein neues Portal hinzieht, so sinkt die Attraktivität der Plattform für die Werbetreibenden und damit ihre Bereitschaft, für Werbung auf diesem Portal zu zahlen. Demzufolge sinken die Kontaktpreise, also der Werbepreis dividiert durch die Reichweite des Angebots. In der Folge sinken die Werbeerlöse des Anbieters der Website, was sich mittelfristig in einem Qualitätsrückgang widerspiegeln kann, da die Ressourcen fehlen, um die bekannte Qualität aufrecht zu erhalten. Die Konsequenz sind weitere Rückgänge in der Nutzerzahl und weitere sinkende Kontaktpreise.

Bewertungsmaßstab

Entgegen der Vorgehensweise bisheriger Gutachten²², welche auch bereits auf einigen Podiumsdiskussionen mehr oder minder als neuer, wenn auch sehr umstrittener Standard präsentiert wurde, muss bei der prognostischen Bewertung der marktlichen Auswirkungen im Rahmen eines Beihilfeverfahrens nicht nur die Konsumentenwohlfahrt, sondern vielmehr die Gesamtwohlfahrt, d.h. die Summe aus Konsumenten- und Produzentenwohlfahrt, betrachtet werden. So bezeichnen die Professoren Haucap und Dewenter in ihrem Gutachten die Verwendung eines reinen Konsumentenstandards in Beihilfeverfahren sogar als „absurd“, da diese der Logik des Beihilfeverfahrens zuwider läuft.²³ Denn anders als in den meisten Kartellrechtsverfahren geht es bei der Kontrolle von Beihilfen um staatlich subventionierte Preise, die künstlich niedrig gehalten werden (in Form entgelt- und werbefreier Internet-Portale). Während bei der Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen im Kartellrecht die Preise in der Ausgangssituation künstlich hoch sind und dem Konsumenten schaden, nutzen im Beihilfeverfahren die geringen Preise dem Konsumenten zunächst einmal. Wie im Falle der genannten Gutachten kann die Folge eine zu positive und falsche Bewertung der Beihilfen sein. Mittel- bis langfristig gehen diese geringen Preise jedoch zu Lasten des Wettbewerbs, indem sie beispielsweise Markteintrittsbarrieren für effiziente neue Unternehmen bilden und damit zu Marktanteilsgewinnen etablierter, aber ineffizienter

²² Hildebrand, D. und U. Böge (2009), Prüfung der marktrelevanten Auswirkungen bei www.kikaninchen.de und www.KI.KAplus.de, EE&MC GmbH: Bonn.

²³ Haucap, J. und R. Dewenter (2009): Ökonomische Auswirkungen von öffentlich-rechtlichen Online-Angeboten – Marktauswirkungen innerhalb von Drei-Stufen-Tests, Gutachten, S. 36.

Unternehmen führen können. Konkurrenten der begünstigten Unternehmen werden geschädigt, was letztlich das Angebot reduziert und damit wiederum dem Konsumenten schadet. Während also der Konsumentenstandard im Kartellrecht ein besonders harter Maßstab ist, bildet er im Beihilfeverfahren einen besonders niedrigen Maßstab, der völlig ins Leere läuft.²⁴

Aus den genannten Gründen muss darum die Gesamtwohlfahrt betrachtet werden, die dann noch aus dynamischer und statischer Perspektive bewertet werden muss.

Statische Betrachtung

Da die Konsumentenseite ein Teil der Gesamtwohlfahrt ist, muss sie dennoch als Beurteilungskriterium entsprechend betrachtet werden. Allerdings darf dabei nicht nur der zusätzliche Nutzen aufgrund neuer entgelt- und werbefreier Angebote betrachtet werden. Stattdessen sollte dieser Nutzengewinn auf jeden Fall auch in Relation zu den Kosten der Erstellung des Angebots (die letztlich ja doch der Gebührenzahler trägt) gesetzt werden, sowie zu den möglichen Verlusten der Konsumentenrente auf der Werbeseite und letztlich natürlich dem Nutzenrückgang bei einer Verdrängung kommerzieller Angebote vom Markt.²⁵

Bei der Betrachtung der Produzentenwohlfahrt der konkurrierenden Angebote muss indes zwischen werbefinanzierten und entgeltpflichtigen Angeboten unterschieden werden. Während sich abwandernde Nutzerzahlen auf die Erlöse der Bezahl-Angebote direkt auswirken, sind die Effekte auf werbefinanzierte Angebote indirekt. Diese wirken sich wie bereits oben beschrieben über abnehmende Nutzerzahlen, damit eine sinkende Attraktivität für Werbekunden, sinkende Kontaktpreise und schließlich über sinkende Erlöse negativ auf die Produzentenwohlfahrt aus.

Dynamische Betrachtung

Zusätzlich zu dieser bislang statischen Betrachtung müsste eine umfassende Bewertung der marktlichen Auswirkungen jedoch auch die dynamische Effizienz analysieren. Die bereits erwähnten bisherigen Gutachten bemerken hierzu, dass durch die Markteinführung öffentlich-rechtlicher Angebote grundsätzlich die Innovationsleistung der privaten Anbieter befördert wird, weswegen mögliche kurzfristig eintretende Nutzerrückgänge mittelfristig kompensiert, wenn nicht gar überkompensiert werden. Diese Betrachtung ist jedoch verkürzt und so nicht richtig. Die Frage, wie sich (neue) öffentlich-rechtliche Angebote auf die Dynamik des

²⁴ Haucap, J. und R. Dewenter (2009): Ökonomische Auswirkungen von öffentlich-rechtlichen Online-Angeboten – Marktauswirkungen innerhalb von Drei-Stufen-Tests, Gutachten, S. 36 f.

²⁵ Haucap, J. und R. Dewenter (2009): Ökonomische Auswirkungen von öffentlich-rechtlichen Online-Angeboten – Marktauswirkungen innerhalb von Drei-Stufen-Tests, Gutachten, S. 56 f.

Marktes – die Innovationsbereitschaft der Privaten – auswirken, ist nicht klar zu beantworten. Grundsätzlich erhöht zwar ein weiteres Angebot den Wettbewerbsdruck und steigert somit den Anreiz für andere Anbieter, innovativ tätig zu werden, um einen eigenen Vorteil aus der neuen Situation zu erzielen. Zu berücksichtigen ist hier aber, dass ein werbe- und entgeltfreies öffentlich-rechtliches Angebot den Marktanteil privater Konkurrenten senkt. Aufgrund der wie bereits erwähnten unterstellten negativen Wertschätzung der Nutzer für Werbung ist anzunehmen, dass dieser Nutzerrückgang der werbefinanzierten Angebote umso stärker ausfällt, wenn das neue Angebot keine Werbung enthält und sogar entgeltfrei ist. Durch den sinkenden Marktanteil wird den privaten Angeboten also Aufmerksamkeit entzogen, wodurch die Werbeerlöse respektive bei den Bezahl-Angeboten die Umsätze sinken. Dies führt dann dazu, dass durch den verzerrten Wettbewerb mit gebührenfinanzierten Angeboten sogar die Innovationsbereitschaft der privaten Anbieter geschmälert wird und deren wirtschaftliche Erfolgsaussichten auch langfristig betrachtet sinken.

II.4.b) 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