



**Institut für Rundfunkökonomie
an der Universität zu Köln**

OLSWANG

Dr. Manfred Kops

Karen Sokoll, LL.M.

Dr. Viola Bensinger

Rahmenbedingungen für die Durchführung des Drei-Stufen-Tests

– Gutachten erstellt für den Rundfunkrat des Westdeutschen Rundfunks –

Arbeitspapiere
des Instituts für Rundfunkökonomie
an der Universität zu Köln

Heft 252

Köln/Berlin, im März 2009

Arbeitspapiere des Instituts für Rundfunkökonomie

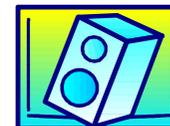
ISSN der Arbeitspapiere: 0945-8999

ISBN des vorliegenden Arbeitspapiers 252: 978-3-938933-56-5

Schutzgebühr 29,00 EUR

Die Arbeitspapiere können im Internet eingesehen
und abgerufen werden unter der Adresse
<http://www.rundfunk-institut.uni-koeln.de>

Mitteilungen und Bestellungen richten Sie bitte per E-Mail an:
rundfunk-institut@uni-koeln.de
oder an die u. g. Postanschrift



**Institut für Rundfunkökonomie
an der Universität zu Köln**

Hohenstaufenring 57a

50674 Köln

Telefon: (0221) 23 35 36

Telefax: (0221) 24 11 34

Inhalt

Abbildungsverzeichnis	5
Abkürzungsverzeichnis	6
Einleitung	7
1. Einführung	7
2. Gutachtauftrag.....	11
Zusammenfassung	15
Teil A: Aufgabe und Bedeutung des Drei-Stufen-Tests	39
1. Rechtliche Grundlagen des Drei-Stufen-Tests.....	39
1.1. Neu: Eigenständiger Auftrag für Telemedienangebote.....	40
1.1.1. Überblick über die Neuregelungen.....	40
1.1.2. Was bedeutet "Auftrag" im Bereich der Telemedien?	43
1.1.2.1. Vorgaben aus dem allgemeinen Funktionsauftrag.....	45
1.1.2.2. Speziell: Das Gebot inhaltlicher Vielfalt.....	48
1.1.2.2.1. Beschreibung der gegenständlichen Dimensionen des Auftrags.....	48
1.1.2.2.2. Gebote programminhaltlicher Vielfalt	51
1.1.2.3. Aufgabe des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im publizistischen Wettbewerb mit kommerziellen Anbietern	51
1.1.2.4. Gestufte Auftragsdefinition durch Programmleitlinien und Programmkonzepte	53
1.1.2.5. Spezielle Vorgaben zum Funktionsauftrag für Telemedien	54
1.1.2.5.1. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Auftrag für „neue Medien“	54
1.1.2.5.2. Gesetzliche Vorgaben zum Telemedien-Auftrag	55
1.1.2.5.3. Hinweise im RStV-E auf die Auslegung des allgemeinen Funktionsauftrags	56
1.1.2.5.4. Vorgaben aus Programmleitlinien und Telemedienkonzepten; Bedeutung des Telemedienkonzepts.....	57
1.2. Beihilferechtliche Vorgaben für das Verfahren und die Entscheidung im Drei-Stufen-Test.....	59
1.2.1. Zugeständnisse der Bundesregierung	60
1.2.2. Bewertung durch die Kommission.....	61
1.2.3. Speziell: Unabhängigkeit der Prüfung und Prüfungsgremien	62
1.3. Anforderungen an die Ausübung eines Beurteilungsspielraums.....	63
1.3.1. Neu: Eigenständige Beurteilung.....	63
1.3.2. Anforderungen an die Beurteilungsentscheidung	64
1.4. Besonderheiten der Stellung des Rundfunkrats im Drei-Stufen-Test.....	66
1.4.1. Traditionelle Stellung des Rundfunkrats in der Rundfunkanstalt	67

1.4.2. Befugnisse bei der Prüfung von Telemedienangeboten – insbesondere: Möglichkeit der Teilgenehmigung unter Rücksichtnahme auf die Vorlage der Intendanz	68
1.4.3. Absicherung der Unabhängigkeit des Rundfunkrats.....	70
1.4.3.1. Eigene Personal- und Sachausstattung.....	70
1.4.3.2. Begrenzung des Informationsaustausches mit der Intendantin	72
1.4.3.3. Unabhängigkeit der Beratung gegenüber der Rechtsaufsicht	72
2. Ökonomische Grundlagen des Drei-Stufen-Tests	74
2.1. Der Drei-Stufen-Test als Nutzen-Kosten-Abwägung	74
2.2. Die Bestimmung des publizistischen Nutzens öffentlich-rechtlicher Telemedienangebote.....	77
2.2.1. Medien als Wirtschafts- und Kulturgüter	77
2.2.2. Marktergebnisse als unzulänglicher Maßstab des publizistischen Nutzens von Telemedienangeboten	82
2.2.2.1. Externe Effekte	82
2.2.2.2. Mangelnde Ausschließbarkeit	83
2.2.2.3. Subadditive Kosten.....	84
2.2.2.4. Asymmetrisch verteilte Informationen	87
2.2.2.5. Intransitive Präferenzen.....	88
2.2.2.6. Fehlende kommunikative Chancengleichheit.....	89
2.2.2.7. Fehlende Äquivalenz von Nutzen und Kosten	90
2.2.2.8. Zwischenergebnis.....	90
2.2.3. Maßstäbe des publizistischen Nutzens von Telemedienangeboten	93
2.2.3.1. Publizistische Qualität als Maßstab des publizistischen Nutzens von Telemedienangeboten	93
2.2.3.2. Reichweite als Maßstab des publizistischen Nutzens von Telemedienangeboten.....	98
2.2.3.3. Zwischenergebnis.....	99
2.2.4. „Direkter“ publizistischer Nutzen neuer Angebote und veränderter „indirekter“ publizistischer Nutzen vorhandener Angebote	100
2.2.4.1. Worin besteht der „veränderte publizistische Nutzen“ der Telemedienangebote anderer Anbieter?	100
2.2.4.2. Angebote anderer öffentlich-rechtlicher Anbieter	102
2.2.4.3. Angebote anderer nicht-kommerzieller Anbieter.....	102
2.2.4.4. Angebote kommerzieller Anbieter	104
2.2.4.5. „Frei zugängliche“ Angebote	104
2.2.4.6. Das von der Ofcom entwickelte „Market Impact Assessment“ als Vorbild?.....	105
2.2.4.7. Saldierung der von einem neuen Angebot ausgehenden „direkten“ und „indirekten“ Veränderungen des publizistischen Nutzens	108
2.3. Die Bestimmung der Kosten öffentlich-rechtlicher Telemedienangebote.....	110
2.4. Der Nettonutzen neuer öffentlich-rechtlicher Telemedienangebote	112



Teil B: Der Drei-Stufen-Test im Verfahrensablauf	115
1. PHASE: Vorprüfung	116
1.1. Liegt ein neues oder geändertes Angebot vor?	117
1.1.1. Was ist ein Angebot?	119
1.1.2. Zur Anwendung der Aufgreifkriterien	120
1.2. Hinreichend konkrete Angebotsvorlage?	121
1.2.1. Angebotsbeschreibung: hinreichend konkrete Angaben zum Vorhaben	121
1.2.2. Begründung: hinreichend konkrete Darlegung der Drei-Stufen-Test-Kriterien	122
1.2.3. Zusätzliche Genehmigungsvorlage?	123
1.3. Ist das Angebot/sind Teilangebote bereits gesetzlich beauftragt?	124
1.3.1. Linear gestreamte Rundfunkprogramme	124
1.3.2. Sendungen auf Abruf	124
1.3.3. Sendungsbezogene Telemedien	125
1.3.4. Nach derzeitigem Wortlaut nicht schon gesetzlich beauftragt: Archive mit zeit- und kulturgeschichtlichen Inhalten	126
1.4. Ist das Angebot/sind Teilangebote bereits aufgrund gesetzlicher Beschränkungen nicht zulässig?	128
2. PHASE: Verfahrenseröffnung	134
2.1. Zeitlicher Ablaufplan	134
2.2. Beschluss über die Verfahrenseröffnung	135
2.3. Veröffentlichung der Angebotsbeschreibung	136
2.4. Aufforderung an Dritte zur Stellungnahme innerhalb einer Frist von mindestens 6 Wochen	136
2.5. Verschwiegenheitserklärungen	137
3. PHASE: Informationssammlung	138
3.1. Beauftragung des Marktgutachtens	138
3.1.1. Aufgaben des Gutachters	138
3.1.2. Einholung der Angebote und Auftragsvergabe	139
3.1.2.1. Aufforderung zur Angebotsabgabe und Prüfgegenstand	139
3.1.2.2. Empfehlung möglicher Kriterien für die Auswahl der Gutachter	140
3.2. Stellungnahmen Dritter und weitere mögliche Schritte zur Informationsermittlung	142
3.3. Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen	143
3.3.1. Geschäftsgeheimnisse der Rundfunkanstalt	144
3.3.2. Geschäftsgeheimnisse Dritter	144

4. PHASE: Entscheidung	146
4.1. Anwendung der Drei-Stufen-Test-Kriterien.....	146
4.1.1. Drei-Stufen-Test als Nutzen-Kosten-Abwägung	148
4.1.2. Der publizistische Nutzen von Telemedienangeboten als zentraler Maßstab des Drei-Stufen-Tests	150
4.1.2.1. Der Begriff des publizistischen Nutzens.....	150
4.1.2.2. Die begrenzte Aussagekraft von Marktwirkungen für den publizistischen Nutzen	154
4.1.2.3. Die begrenzte Aussagekraft von Gutachten zu den marktlichen Auswirkungen neuer Telemedienangebote	155
4.1.3. Bestimmung des publizistischen Nutzens eines geplanten Telemedienangebots innerhalb des Drei-Stufen-Tests	156
4.1.3.1. Prüfung auf den einzelnen Stufen	156
4.1.3.2. Berücksichtigung frei zugänglicher Angebote	157
4.1.3.3. Auswirkung auf den publizistischen Nutzen bereits vorhandener vergleichbarer Angebote	158
4.1.4. Bestimmung der Kosten eines geplanten Telemedienangebots.....	162
4.1.5. Vergleich des Nutzenüberschusses eines geplanten Angebotes mit dem Nutzenüberschuss anderer Angebote.....	163
4.1.6. Zusammenfassung – Kriterien für die Gesamtabwägung.....	164
4.2. Beschlussvorbereitung.....	165
4.3. Beschlussfassung	165
4.4. Begründung.....	166
5. PHASE: Abschluss des Verfahrens	166
5.1. Vorlage an die Rechtsaufsicht	167
5.2. Bekanntmachung der Entscheidung	167
5.3. Rechtsaufsichtliche Prüfung und Verfahrensabschluss.....	168
Schlusswort	170
Literatur	171

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Zulässigkeit gebührenfinanzierter Telemedienangebote nach dem RStV-E	41
Abbildung 2: Der Auftrag im Bereich der Telemedien	44
Abbildung 3: Die drei Stufen des Drei-Stufen-Tests.....	74
Abbildung 4: Der Drei-Stufen-Test als Nutzen-Kosten-Abwägung I	76
Abbildung 5: Der Drei-Stufen-Test als Nutzen-Kosten-Abwägung II	77
Abbildung 6: Privater und gesellschaftlicher Nutzen der Medien	80
Abbildung 7: Der individuelle Nutzen der Medien für den Konsumenten und der publizistische Nutzen der Medien für den Bürger	80
Abbildung 8: Starke Kostendegression der Medien als Ursache für Konzentration und mangelnde Vielfalt.....	85
Abbildung 9: Mangelnde Vielfalt der Medien trotz eines höheren Nutzens "individualisierter" Angebote.....	86
Abbildung 10: Art, Stärke und Folgen von Marktmängeln bei den Medien	92
Abbildung 11: Bestimmungsgrößen der Professionalität von Medien	94
Abbildung 12: Bestimmungsgrößen der Vielfalt von Medien.....	94
Abbildung 13: Bestimmungsgrößen journalistischer Qualität als Bestimmungsgrößen des publizistischen Nutzens von Medien	95
Abbildung 14: Perspektiven, Definitionen und Messverfahren von Qualität der Medien.....	96
Abbildung 15: Der Grad der Abweichungen zwischen Angebot und Nachfrage (D) bestimmt die Höhe des publizistischen Nutzens (N)	98
Abbildung 16: Einbeziehung der von eigenen Angeboten ausgehenden Veränderungen des publizistischen Nutzens anderer Angebote	101
Abbildung 17: Einbeziehung der von eigenen Angeboten ausgehenden, über Marktwirkungen beobachtbaren oder nicht beobachtbaren Veränderungen des publizistischen Nutzens anderer Angebote	103
Abbildung 18: Verfahren des Public Value Tests	106
Abbildung 19: Methodik für das „Market Impact Assessment“ der Ofcom, am Beispiel des „iPlayers“	107
Abbildung 20: Folgen einer Ausweitung (Option 1) oder Nicht-Ausweitung (Option 2) öffentlich-rechtlicher Telemedienangebote	109
Abbildung 21: Der Drei-Stufen-Test als Nutzen-Kosten-Abwägung	111
Abbildung 22: Ablauf des Prüfverfahrens.....	115
Abbildung 23: Gesetzlich unzulässige Angebote nach dem RStV-E	129
Abbildung 24: Prüfabfolge im Drei-Stufen-Test.....	147
Abbildung 25: Der Drei-Stufen-Test als Nutzen-Kosten-Abwägung	149
Abbildung 26: Der mittelbare Nutzen der Medien als publizistischer Nutzen.....	153
Abbildung 27: Publizistischer Nutzen eines neuen Angebots unter Berücksichtigung vergleichbarer vorhandener Angebote	159
Abbildung 28: Prüfung eines Telemedienangebots im Gesamtverfahren.....	169

Abkürzungsverzeichnis

ABI. EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften	KEF	Kommission zur Ermittlung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten
a. E.	am Ende	KEK	Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich
AfP	Archiv für Presserecht	KIKA	Kinderkanal von ARD und ZDF
Anm. d. Verf.	Anmerkung der Verfasser	K&R	Kommunikation und Recht
ARD	Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland	LKV	Landes- und Kommunalverwaltung
BBC	British Broadcasting Corporation	LPR Hessen	Hessische Landesanstalt für privaten Rundfunk und neue Medien
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch	MMR	Multimedia und Recht
BGH	Bundesgerichtshof	NJW	Neue Juristische Wochenschrift
BR	Bayerischer Rundfunk	NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report
BVerfG	Bundesverfassungsgericht	NDR	Norddeutscher Rundfunk
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Amtliche Sammlung)	NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht	RÄndStV	Rundfunkänderungsstaatsvertrag
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts	RStV-E	Entwurf der Novellierung des Rundfunkstaatsvertrags
c. p.	ceteris paribus	RStV	Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien (Rundfunkstaatsvertrag)
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt	st. Rspr.	Ständige Rechtsprechung
EG	Europäische Gemeinschaft; EG-Vertrag	RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
EPG	Electronic Programming Guide (elektronischer Programmführer)	Rn.	Randnummer
EU	Europäische Union	Rz.	Randziffer
FRAG	Freie Rundfunk AG	TKG	Telekommunikationsgesetz
GG	Grundgesetz	TMG	Telemediengesetz
GRUR	Zeitschrift für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht	VOF	Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen
GVK	ARD-Gremienvorsitzendenkonferenz	VPRT	Verband Privater Rundfunk und Telemedien e.V.
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen	ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht

Einleitung*

1. Einführung

Am 18. Dezember 2008 beschlossen die Ministerpräsidenten der deutschen Bundesländer den 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrag (RÄndStV), der nach seiner Ratifizierung durch die Landesparlamente voraussichtlich am 1. Juni 2009 in Kraft treten wird.¹ Mit diesem Staatsvertrag werden insbesondere die §§ 11ff. des Rundfunkstaatsvertrags (RStV) geändert, die den Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks regeln. Für die Beauftragung von Telemedienangeboten – dies sind insbesondere die Online-Angebote der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten – wird in § 11f RStV-E ein neues Verfahren eingeführt, für das sich mittlerweile der Name "Drei-Stufen-Test" etabliert hat.²

Äußerer Anlass für die Einführung dieses Tests waren die Zusagen, die die Bundesrepublik Deutschland der Europäischen Kommission im Rahmen eines Beihilfeverfahrens zu Aspekten der Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks gemacht hat. Diese Zusagen sollten die Bedenken der Kommission daran ausräumen, dass die (mit Rundfunkgebühren finanzierten) Online-Angebote der Rundfunkanstalten vom öffentlichen Auftrag gedeckt seien. Der Drei-Stufen-Test soll also den entscheidenden Bestandteil

* Die Verfasser danken Herrn Prof. Dr. Martin Stock, emeritierter Professor an der Universität Bielefeld, für wertvolle Anregungen und Hinweise, sowie den Herren Sebastian Leitao Ferreira, wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Rundfunkökonomie, und Rechtsanwalt Dr. Christoph Enaux, Olswang, für ihre Mitarbeit.

¹ Text und Begründung abrufbar über www.rlp.de und jetzt auch als Parlamentsdrucksache erhältlich, z. B. Landtag NRW, Drucks. 14/8630 vom 2.3.2009. Der durch den 12. RÄndStV geänderte Rundfunkstaatsvertrag in der ab dem 1. Juni 2009 geltenden Fassung wird im Folgenden als "**RStV-E**" bezeichnet.

² Der RStV-E selbst spricht allerdings nicht von Stufen, und auch die Beschränkung auf drei Stufen greift lediglich drei Anforderungen auf, die im Gesetzestext besonders hervorgehoben sind. Tatsächlich sind im Laufe des Verfahrens mehr als drei "Stufen" zu absolvieren. Auch wir halten – schon aus Gründen der Verfahrenskonsistenz – in diesem Gutachten an dem Begriff Drei-Stufen Test fest, zumal jedenfalls die Amtliche Begründung zum RStV-E die Begriffe "[Verfahrens]Stufen" verwendet, vgl. Amtliche Begründung zu § 11f Abs. 4 RStV-E.

der staatlichen Beauftragung darstellen, die schon im Amsterdamer Protokoll zum EG-Vertrag³ als Voraussetzung für eine zulässige Ausnahme vom grundsätzlichen Beihilfeverbot genannt wird. In der Tat stellte die Kommission das Verfahren infolge des mit den Zusagen erreichten sog. Beihilfekompromisses im April 2007 ein.⁴

Die Zusagen waren innerhalb von zwei Jahren umzusetzen, und zwar wegen der besonderen Zuständigkeit für Rundfunkangelegenheiten durch die Länder. Ihre Umsetzung im 12. RÄndStV erfolgt eingebettet in zum Teil modifizierte Regelungen zum öffentlich-rechtlichen Funktionsauftrag für Rundfunkanstalten, die auch eine neue, erweiterte Bestimmung des Auftrags im Telemedienbereich enthalten. Das Gesetz stellt klar, dass es sich bei dem Drei-Stufen-Test durch den Rundfunkrat um ein Verfahren handelt, um festzustellen, ob ein konkretes Telemedienangebot vom öffentlich-rechtlichen Funktionsauftrag umfasst ist. Hintergrund dieses komplexen Verfahrens ist die Notwendigkeit, einerseits den Forderungen der EU-Kommission nach einer staatlichen Beauftragung und Kontrolle der Auftragserfüllung zu genügen, und andererseits die nach deutschem Verfassungsrecht gewährleistete Rundfunkfreiheit, insbesondere das Gebot der Programmautonomie der Rundfunkanstalten, nicht zu verletzen.

Nach den neuen Regelungen müssen nun also die Rundfunkräte Telemedienangebote, die die Rundfunkanstalten ins Netz stellen möchten, einem Drei-Stufen-Test unterziehen, bevor die formale Beauftragung durch das Land und die Veröffentlichung im Amtlichen Verkündungsblatt erfolgt. Auch für herkömmliche Rundfunkprogramme haben Rundfunkräte schon

³ Mit dem Amsterdamer Protokoll wird anerkannt, dass die Bestimmung des Funktionsauftrags grundsätzlich in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt. Vgl. Vertrag von Amsterdam zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union, der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften sowie einiger damit zusammenhängender Rechtsakte, Amtsblatt Nr. C 340 vom 10. November 1997, abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/de/treaties/dat/11997D/htm/11997D.html#0109010012>.

⁴ Vgl. Mitteilung der Kommission an die Bundesregierung vom 24. April 2007 über die Einstellung des Beihilfeverfahrens, Az.: 24.04.2007, K (2007) 1761 endg., Staatliche Beihilfe E 3/2007 (im Folgenden: "**Einstellungsschreiben**"), epd medien Nr. 39/2007 und abrufbar unter: http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2005/e003-05.pdf.

bislang daran mitgewirkt, dass die Programme dem Funktionsauftrag entsprechen. Der Drei-Stufen-Test soll nun für die Telemedienangebote ein formalisiertes Verfahren für die Feststellung der Auftragsgemäßheit festschreiben. Hierbei sollen auch die "marktlichen Auswirkungen" des Angebots (als Teilaspekt der Auswirkungen des Angebots im publizistischen Wettbewerb) Berücksichtigung finden – was bei herkömmlichen Rundfunkangeboten nicht relevant ist.

In das EU-Beihilfeverfahren eingebracht wurde der Drei-Stufen-Test von deutscher Seite. Gewissermaßen als Fortschreibung des schon mit dem 7. RÄndStV etablierten Systems der "regulierten Selbstregulierung"⁵ schien der Test einen gangbaren Kompromiss darzustellen. Das Konzept selbst ist angelehnt an den sog. Public Value Test, den in Großbritannien seit 2007 die externen Aufsichtsgremien der BBC – der BBC Trust und das Office for Communications (Ofcom) – für neue oder wesentlich veränderte digitale Angebote der BBC durchführen.⁶ Die britischen Erfahrungen mit dem Public Value Test sind zwar für einzelne Auslegungs- oder Verfahrensfragen in Deutschland von Interesse; gleichwohl lassen sich diese Erfahrungen nicht eins zu eins auf den deutschen Drei-Stufen-Test übertragen. So erfordern die grundsätzlich anderen, (im ARD-Verbund) föderalen und binnenpluralen Strukturen der deutschen Rundfunkanstalten eine andere Verfahrensstruktur. Vor allem aber ist in Deutschland auch die spezifische verfassungsgerichtliche Bestimmung des Funktionsauftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zu beachten, der grundsätzlich nicht auf eine Nischenfunktion für vom Markt nicht bereitgestellte Angebote reduziert werden darf.⁷

⁵ 7. RÄndStV (u. a. GVBl. NRW 2004, 34), in Kraft seit 1.4.2004. Dazu Eifert/Eicher (2008), RStV § 11 m.w.N.

⁶ Bislang wurden vier solcher Public Value Tests durchgeführt, vgl. dazu http://www.bbc.co.uk/bbctrust/framework/public_value_test/decisions.html. Zuletzt hat der BBC Trust ein geplantes Angebot der BBC von lokalen Videozusatzangeboten in 60 Regionen mit Wetter-, Nachrichten- und Sportinformationen nicht genehmigt, vgl. dazu Pressemitteilung vom 21. November 2008, abrufbar unter: http://www.bbc.co.uk/bbctrust/news/press_releases/2008/local_video_prov.html.

⁷ Vgl. hierzu ausführlich unten A.1.1.2.3. Zu Unterschieden zwischen dem Public Value Test und dem deutschen Drei-Stufen-Test vgl. Meyer (2008), 32ff.

Auch wenn Telemedienangebote der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten durch diesen Test nun anderen, strengeren Voraussetzungen unterliegen (und sei es nur die, ein formales Verfahren durchlaufen zu müssen), wird auf der anderen Seite die Zulässigkeit von Telemedienangeboten nicht mehr nur auf "programmbegleitende" Angebote beschränkt: Anders als bisher dürfen die Rundfunkanstalten nun grundsätzlich auch nicht-sendungsbezogene Telemedien anbieten.⁸ Kern des Drei-Stufen-Tests ist die Prüfung, ob das betreffende Angebot *den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen einer Gesellschaft entspricht*, sowie ob es *in qualitativer Hinsicht zum publizistischen Wettbewerb beiträgt*. Außerdem ist zu berücksichtigen, *welcher finanzielle Aufwand für das Angebot erforderlich ist*.⁹

Schlüsselbegriff für den Drei-Stufen-Test ist also der "Auftrag". Die hierbei maßgeblichen Kriterien sind einmal in dem allgemeinen (für Rundfunk- und Telemedienangebote geltenden) Auftrag in § 11 Abs. 1 RStV-E geregelt. Noch einmal finden sie sich dann in der für den Drei-Stufen-Test maßgeblichen Vorschrift § 11f Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 RStV-E: Auf der ersten Stufe muss gezeigt werden, dass ein verändertes oder neues Angebot den *demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen* der Gesellschaft entspricht.

Grundsätzlich kann man also auch für den Bereich der Telemedien an die deutsche Verfassungsrechtsprechung anknüpfen, die allerdings keine fertigen Lösungen für die Frage anbietet, wie genau der Auftragsbegriff auf die nichtlinearen Angebote zu übertragen ist. Vielmehr muss sie hierzu erst ausgestaltet und konkretisiert werden, und zwar gemeinsam durch die Länder als die Rundfunkgesetzgeber sowie durch die Intendanten und Rundfunkräte als die Anwender.

Auf der zweiten Stufe des Prüfverfahrens ist zu klären, ob das jeweilige Angebot *"in qualitativer Hinsicht zum publizistischen Wettbewerb beiträgt"*. Hier

⁸ Für alle sendungs- und nicht-sendungsbezogenen Telemedienangebote gelten aber weitere Voraussetzungen und Negativkataloge, die ihre Zulässigkeit ausschließen können, vgl. § 11d Abs. 2 Nr. 3, Abs. 5 und § 11f Abs. 4 RStV-E.

⁹ § 11f Abs. 4 Satz 2 RStV-E

wird berücksichtigt, dass das veränderte oder neue Angebot in der Regel einem Markt bereits bestehender kommerzieller und nicht-kommerzieller ähnlicher Angebote gegenüber steht und diesen zwangsläufig beeinflussen wird. Es tritt also in einen Wettbewerb ein, der sowohl ökonomische als auch publizistische Dimensionen hat. Für die Abwägung auf der zweiten Stufe sind beide Dimensionen relevant, also nicht nur in *quantitativ-quotenmäßiger*, sondern vor allem auch in *qualitativer* Hinsicht, d. h. das neue Angebot kann und soll sich auf das vorgefundene Marktsegment bei günstigem Verlauf qualitätsfördernd auswirken. Der hier angesprochene publizistische Wettbewerb betrifft wiederum die Gewährleistung *freier Meinungsbildung*, ein Kriterium, das auch auf der ersten Stufe relevant ist. Neu ist unter anderem, dass bei dieser Betrachtung auch andere öffentlich-rechtliche sowie nicht-kommerzielle Angebote Dritter berücksichtigt werden müssen.

Auf der dritten Stufe schließlich sind die Kosten für das geplante Angebot zu berücksichtigen. Auch das ist insofern neu, als die Kosten für konkrete öffentlich-rechtliche Programme bislang jedenfalls nicht zur öffentlichen Diskussion gestellt und ausdrücklich Gegenstand von Stellungnahmen Dritter werden sollten.

Die Diskussion über die genaue Ausgestaltung der Kriterien des Drei-Stufen-Tests und insbesondere des Begriffs der Qualität eines Angebots ist erst am Anfang, und es herrscht eine oft beklagte allgemeine Theoriearmut. Darunter leidet die Diskussion über die nähere Ausgestaltung der zweiten Prüfungsstufe, also die Bestimmung des qualitativen Beitrags eines bestimmten Angebots zum publizistischen Wettbewerb, in besonderem Maß.

Die Formulierungen des § 11ff. RStV-E machen es nicht leicht, eindeutige und klare Verfahrensschritte zu erkennen. Auch die zur Interpretation heranzuziehende Amtliche Begründung hilft nur begrenzt weiter. Die Regelungen sind oft widersprüchlich, mehrdeutig und wenig konkret – ein Ergebnis, das dem Entstehungsprozess und nicht zuletzt dem Umstand geschuldet scheint, dass hier viele Beteiligte und Betroffene einen Kompromiss erwirkt haben. Zu erkennen ist aber trotzdem eine Fortsetzung der Forderung nach der Auseinandersetzung mit der Qualität der öffentlich-rechtlichen Angebote

und ihrem Beitrag zum publizistischen Wettbewerb. Diese Auseinandersetzung hat nun auch und gerade die Telemedienangebote erreicht, die auf nicht nur quantitativ, sondern auch qualitativ herausfordernde Konkurrenz treffen. Auch wenn erstmalig ausdrücklich Stellungnahmemöglichkeiten Dritter gewährt werden, sind doch primär hier wiederum die Gremien angesprochen, die Angebotsgestaltung "*zuverlässiger und kompetenter als bisher zu begleiten*".¹⁰

Die den Gremien entsprechend eingeräumten Spielräume sind groß. Ihre Ausübung und Ausnutzung wird angesichts der schwierigen Aufgabe und des Mangels an hilfreichen Anhaltspunkten sicherlich einigen Aufwand und auch Koordination erfordern: "*Auch für die Gremien ist es hingegen nicht einfach, einen Qualitätsbegriff anzuwenden. Dies liegt auch an der Ausgangssituation. So liefert die wissenschaftliche Diskussion nur wenige zusammenhängende Anhaltspunkte für eine differenzierte Qualitätsdefinition. Die anstaltseigene Forschung ist eher allgemein ausgerichtet, und senderinterne Qualitäts-Maßnahmen – die meist unter dem Stichwort des Programm-Controlling laufen – sind in der Regel auf wenige spezifische Sendungen beschränkt. Hier verbinden sich Fragestellungen mit Blick auf offenkundige professionelle und handwerkliche Regeln mit jenen, die sich auf die Einstellung und Einschätzung durch die Zuschauer beziehen.*"¹¹

Die Funktion der Rundfunkräte hat eine klare Aufwertung erfahren. Dies bringt aber auch größere Herausforderungen und ein größeres abzuarbeitendes Pflichtprogramm mit sich. Die Aufgaben werden einerseits theoretischer; hier wird es vor allem auf ein neues Zusammenspiel von publizistischer Profession und Zivilgesellschaft bei der Konkretisierung des Funktionsauftrags und der Bestimmung genauerer publizistischer Qualitätskriterien ankommen.¹² Andererseits kann schon jetzt ein beträchtlicher Anstieg des Aufwands prognostiziert werden, der allein dazu erforderlich sein wird, den

¹⁰ Vgl. Kammann/Jurkuhn/Wolf (2007), 143.

¹¹ Vgl. Kammann/Jurkuhn/Wolf (2007), 143.

¹² Siehe unten, Abschnitt A.1.2.

Rundfunkrat mit der Informations- und Wissensbasis zu versorgen, die für die anfallenden Bewertungen benötigt wird. Diese ist nicht mit derjenigen zu vergleichen, die die Rundfunkräte in den ersten Jahren nach der Einführung dieses Modells der gesellschaftlichen Binnenkontrolle des öffentlich-rechtlichen Rundfunks¹³ in Deutschland in den Blick zu nehmen hatten. Bereits in den Zeiten des analogen linearen Rundfunks hat sich im Zuge der veränderten Übertragungstechniken die Zahl der Hörfunk- und Fernsehprogramme stark erhöht, vor allem nach der Zulassung privater Anbieter. Durch die sukzessive Digitalisierung des Rundfunks ist sie weiter stark gestiegen.¹⁴

Spätestens seit Ende der neunziger Jahre hat das Internet die mediale Landschaft nochmals radikal verändert: Der Anteil der Bevölkerung, der gelegentlich online ist, ist in Deutschland von 28,6 % im Jahr 2000 über 55,3 % im Jahr 2004 auf 65,8 % im Jahr 2008 gestiegen.¹⁵ Ebenso hat sich die Anzahl an Domains rapide vervielfacht.¹⁶ Es ist eine Vielzahl neuer Telemedienangebote entstanden, angefangen von über das Internet verbreiteten linearen Fernsehprogrammen (Webcasting) über zeitversetzt abrufbare Programme und Filme (On-Demand-Dienste), Portale, Archive, Suchkataloge und -maschinen bis hin zu Newsgroups, Newslettern und elektronischen Zeitungen und Zeitschriften. Ein wachsender Anteil dieser Dienste wird – Stichwort Web 2.0 – mittlerweile interaktiv genutzt; Beispiele hierfür sind Videoportale, Wikis, Fotosammlungen und -communities, Lesezeichensammlungen, berufliche und private Netzwerke und Communities, Weblogs und

¹³ Dessen Entstehungsgeschichte ist unlängst nochmals nachgezeichnet worden von Lilienthal (2009), 11ff.

¹⁴ Heute werden in Deutschland 23 öffentlich-rechtliche Fernsehprogramme und 387 Programme privater Veranstalter, darunter 63 Programme des Bürgerfernsehens, verbreitet. Siehe Arbeitsgemeinschaft der Landesmedienanstalten: Katalog – TV Senderdatenbanken, <http://www.alm.de/programmveranstalter>.

¹⁵ Siehe die ARD-ZDF-Onlinestudie 1998-2008; <http://ard-zdf-onlinestudie.de/index.php?id=116>. Danach war der Anteil der Bevölkerung, der innerhalb der letzten vier Wochen online war, nur unwesentlich niedriger: 52,6 % im Jahr 2004, 64,3 % im Jahr 2008.

¹⁶ Die Zahl der ".de" Domains ist von ca. 1 Mio. im Jahr 2000 auf ca. 12 Mio. im letzten Jahr angestiegen, insgesamt existierten im letzten Jahr weltweit ca. 150 Mio. Domains. Siehe http://www.denic.de/de/domains/statistiken/domainvergleich_tlds/index.html.

virtuelle Spielwelten.¹⁷ Mehr als die Hälfte aller Zugriffe im Internet bezieht sich mittlerweile auf sog. User Generated Content.¹⁸

Nach den Vorgaben des Drei-Stufen-Tests muss der Rundfunkrat die Folgen berücksichtigen, die von neuen öffentlich-rechtlichen Telemedienangeboten auf andere Angebote ausgehen, und zwar nicht nur auf Angebote kommerzieller Anbieter, etwa die im Mittelpunkt der medienpolitischen Auseinandersetzungen stehenden Online-Angebote der Verleger, sondern auch auf andere öffentlich-rechtliche Angebote und auf Angebote anderer nicht-kommerzieller Anbieter, etwa des nichtkommerziellen Lokalfunks (freier Radios, offener Kanäle, des Bürgerrundfunks und des Hochschulradios) und der Vielzahl privater Internet-Foren und Weblogs.

Unabhängig von der im Mittelpunkt des vorliegenden Gutachtens stehenden Notwendigkeit, die formal-rechtlichen Vorgaben des Drei-Stufen-Tests zu beachten, muss sich der Rundfunkrat der erhöhten Komplexität und Anforderungen bewusst sein, die diese Veränderungen der medialen Landschaft mit sich bringen. Und er muss die Strukturen schaffen, um für diese erhöhten Anforderungen gerüstet zu sein. Dazu gehört eine Ausweitung der Ressourcen und Arbeitshilfen¹⁹, auf die er bei der Erfüllung seiner Aufgaben zurückgreifen kann, z. B. durch eine Vergrößerung des Gremienbüros oder/und durch den Aufbau einer zentralen Service-Einrichtung, auf die die Rundfunkräte aller Anstalten zugreifen können.²⁰ Auch wird – fallweise nach Bedarf oder regelmäßig in festen Bahnen – für die Beteiligung unabhängigen Sachverständs zu sorgen sein, wie er sich insbesondere in interdisziplinär ausgewiesenen Forschungseinrichtungen entwickeln und anreichern könnte. Damit allein kann es aber nicht getan sein. Auch an die Mitglieder des Rundfunkrates selbst stellt der Drei-Stufen-Test höhere und wohl auch zeitintensivere Anforderungen als bisher. Inwieweit diese noch mit einer Ehrenamt-

¹⁷ Siehe Fisch/Gscheidungle (2008).

¹⁸ Vogel (2008), 245f.

¹⁹ Näher hierzu Lilienthal (2009).

²⁰ Siehe unten, A.1.4.3.1.

lichkeit vereinbar sind oder organisatorische Veränderungen erfordern, ist bereits im Vorfeld des 12. RÄndStV intensiv diskutiert worden.²¹ Diese Diskussion wird unter Berücksichtigung der mit der Durchführung des Tests gewonnenen Erfahrungen fortzusetzen sein. Man kann dies als lästige Folge des „bürokratischen Monsters“ Drei-Stufen-Test betrachten, oder auch als Chance für eine auch ohne den Drei-Stufen-Test erforderliche und wünschenswerte Fortentwicklung der Public-Service-Idee.

2. Gutachtenauftrag

Zu dieser vorrangig politischen Diskussion kann und soll das vorliegende Gutachten nur einen vergleichsweise bescheidenen Beitrag leisten. Es dient in erster Linie dazu, für die künftige Verfahrenspraxis des Rundfunkrates einen Gesamtüberblick über den Verfahrensverlauf zu bieten. Hierbei soll ein erster Versuch unternommen werden, die anwendbaren Rechtsbegriffe und Verfahrensvorgaben zu konkretisieren. Ferner soll die neue Aufgabe des Rundfunkrats im Zuge des Drei-Stufen-Tests in den Gesamtzusammenhang der Neuregelungen zum Auftrag im Telemedienbereich gestellt werden.

Das Gutachten zeigt die Spielräume auf, die sich bei der Anwendung der relevanten Rechtsvorschriften ergeben. Ob, in welche Richtung und zu welchem Grad der Rundfunkrat solche Spielräume im Einzelfall ausnutzt, bleibt seiner Entscheidung überlassen. Das Gutachten kann hier nur die äußeren Grenzen solcher Spielräume sowie Argumente für die damit bestehenden Entscheidungsoptionen aufzeigen, um den Rundfunkrat so in die Position zu versetzen, solche Entscheidungen informiert und damit unabhängig zu treffen. Angesichts der komplexen neuen Aufgaben mag eine konkretere Bestimmung und Eingrenzung der vom Rundfunkrat zu leistenden Schritte auf den ersten Blick attraktiv erscheinen. Aber der Zweck und der Wert der neuen Kompetenzen liegt genau in der eigenverantwortlichen und bewussten

Ausübung der gewährten und übertragenen Spielräume. Wie das Gutachten zeigt, gibt es zwar viele zu beachtende Regeln, aber nur wenige Fallstricke für regelrecht falsche Entscheidungen. Das sollte Mut machen, aktiv ein öffentlich-rechtliches Profil für Telemedien zu erarbeiten, das seine Verwurzelung in der Gesellschaft findet und festigt.

Der Rundfunkrat des WDR hat dieses Gutachten noch vor Inkrafttreten des 12. RÄndStV und noch vor Durchführung eines eigenen Drei-Stufen-Tests in Auftrag gegeben. Die Bearbeitungszeit betrug knappe drei Monate. Angesichts dieser kurzen Zeit war der Auftrag limitiert auf eine praxisorientierte Darstellung der Verfahrensvorgaben und eine summarische Einordnung des Drei-Stufen-Tests in die bestehenden rechtlichen und ökonomischen Rahmenbedingungen. Aufgrund dieses Auftrags musste eine vertiefte wissenschaftliche Auseinandersetzung insbesondere mit diesen Rahmenbedingungen, den dahinter stehenden Prämissen und den Wechselwirkungen mit den neuen Regelungen notgedrungen zu kurz kommen. In gewisser Hinsicht war dies aber auch sinnvoll, da die wissenschaftliche Diskussion gerade erst begonnen hat und erst die praktische Durchführung von Drei-Stufen-Tests in Deutschland die Informationen liefern und die Tendenzen aufzeigen wird, die für einen wissenschaftlichen Diskurs über die angemessene Ausgestaltung dieses Tests benötigt werden. Es ist deshalb jetzt auch nicht möglich, eine umfassende Analyse aller sich bei der praktischen Anwendung des Drei-Stufen-Tests stellenden Fragen zu liefern.

Beispielhaft seien nur zwei (wichtige) Fragen herausgegriffen, mit denen sich das vorliegende Gutachten nicht beschäftigen kann: Die Frage der Verfassungsmäßigkeit der neuen Regelungen unter dem Blickwinkel der in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG garantierten Rundfunkfreiheit²² sowie die Frage nach der (gerichtlichen) Durchsetzung der Bestimmungen im RStV durch die

²¹ Siehe hierzu die seit Anfang 2007 in den epd medien veröffentlichten Beiträge zur „Gremiendebatte“, kürzlich auch als Sammelband veröffentlicht von Lilienthal (2009).

²² Zweifel an der Vereinbarkeit der Begrenzungen des Telemedien-Auftrags mit der Rundfunkfreiheit der Rundfunkanstalten äußert etwa Hahn (2008), 217ff. Die ARD-Anstalten haben ein Gutachten zur Verfassungsmäßigkeit der Bestimmungen des 12. RÄndStV in Auftrag gegeben, vgl. Funkkorrespondenz Nr.10/2009: "ARD und ZDF lassen neuen Rundfunkstaatsvertrag auf Rechtmäßigkeit prüfen".

Intendantin,²³ den Rundfunkrat – und durch Dritte.²⁴ Beides sind Fragen von großer Komplexität, aber gleichzeitig sind sie für den Rundfunkrat nicht von unmittelbarer Relevanz. Eine eventuelle Verfassungswidrigkeit kann nur das BVerfG feststellen, und bis das geschieht, sind auch verfassungswidrige Gesetze grundsätzlich anzuwenden. Auch die Frage, ob der Rundfunkrat notfalls Rechte im Drei-Stufen-Testverfahren gerichtlich durchsetzen kann oder befürchten muss, dass die Intendantin oder Dritte dies tun, ist natürlich grundsätzlich bedeutsam. Zeitlich wird dies aber erst dann relevant werden, wenn ein Drei-Stufen-Testverfahren durchlaufen wurde, so dass wir diesen Teil vereinbarungsgemäß ausgeklammert haben.

Das Gutachten dient insofern in erster Linie als Leitfaden für die erstmalige Durchführung des Drei-Stufen-Tests durch den WDR-Rundfunkrat. Erst diese Durchführung wird eine Reihe von Konstellationen und Fragen aufwerfen, die in diesem Gutachten noch nicht bedacht werden konnten. Soweit im jetzigen Stadium möglich, soll das Gutachten gleichwohl erste Denkanstöße dafür geben, welche grundsätzlichen offenen Fragen sich abzeichnen, die im Lauf der Etablierung des neuen Verfahrens vermutlich einer vertieften Untersuchung bedürfen.

²³ Wenn im Folgenden der Begriff "die Intendantin" verwendet wird, ist dies als Hinweis auf das Organ "die Intendantin oder der Intendant" des WDR im Sinne von § 13 Abs. 1 Nr. 3 WDR-Gesetz zu verstehen. Gleiches gilt sinngemäß für die Intendantinnen oder die Intendanten der anderen Rundfunkanstalten.

²⁴ Vgl. Schulz (2008), 41, Fn. 49.

Aus diesen Zielsetzungen ergibt sich folgender Aufbau des Gutachtens:

Dieser Einleitung folgt eine verhältnismäßig ausführliche Zusammenfassung. Sie ist dazu gedacht, dem Leser die wichtigsten Erkenntnisse des Gutachtens und vor allem den Verfahrensgang zu verdeutlichen. Sie kann deshalb auch dazu dienen, bestimmte Teile des Gutachtens nur dort und damit summarisch zu lesen, um sich auf ausgewählte, vertiefte Ausführungen im Hauptteil konzentrieren zu können. Dem dienen auch die der Zusammenfassung angehängten, im Text selbst nochmals enthaltenen Schaubilder.

Teil A liefert den theoretischen Hintergrund für die praktischen Erkenntnisse und Verfahrensregeln in Teil B. Im ersten Kapitel werden die **rechtlichen Grundlagen für den Drei-Stufen-Test** dargestellt, wobei die wesentlichen Ergebnisse sich wie folgt zusammenfassen lassen: Mit dem 12. RÄndStV wird ein neuer eigenständiger Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks für Telemedienangebote eingeführt. Der Schlüsselbegriff für die Drei-Stufen-Test-Prüfung ist der "Auftrag". Was der Auftrag im Telemedienbereich ist, ergibt sich sowohl aus den allgemein gültigen Vorgaben zum Funktionsauftrag, die dem Rundfunkrat bereits aus seiner bisherigen Tätigkeit bekannt sind, als auch aus neuen speziellen Vorgaben für Telemedien. Bei der Auslegung ist auch der beihilferechtliche Hintergrund des Drei-Stufen-Tests zu berücksichtigen. Für die neuen Aufgaben des Rundfunkrats, eine eigenständige Beurteilungsentscheidung im Drei-Stufen-Test zu treffen, lassen sich aus den verwaltungsrechtlichen Grundsätzen zum Beurteilungsspielraum die auch hier zu beachtenden Regeln entwickeln. Bei der Entscheidungsfindung ist auch die Zuständigkeitsverteilung zwischen dem Rundfunkrat und der Intendantin der Rundfunkanstalt zu beachten.

Im zweiten Kapitel von Teil A werden **ökonomische Grundlagen für den Drei-Stufen-Test** behandelt. Ein erster Schwerpunkt ist dabei die Auslegung dieses Tests als eine klassische Nutzen-Kosten-Abwägung, wie sie von öffentlichen Aufgabenträgern, aber auch im privaten Bereich vorgenommen werden muss. Bei einer solchen Auslegung hat der Rundfunkrat unter Berücksichtigung der auf den beiden ersten Stufen des Tests genannten Gesichtspunkte den publizistischen Nutzen des neuen öffentlich-recht-

lichen Telemedienangebots zu bestimmen und gegen die auf der dritten Stufe des Tests festzustellenden Kosten dieses Angebots abzuwägen. Dabei werden Gesichtspunkte dargestellt, die der Rundfunkrat bei der adäquaten Auslegung und Umsetzung der dritten Prüfstufe zu berücksichtigen hat. Ein zweiter Schwerpunkt des ökonomischen Grundlagenteils befasst sich mit der Bestimmung des publizistischen Nutzens von Telemedien. Dabei wird vor allem auch die Frage behandelt, ob und bei welchen Telemedien sich dieser Nutzen in Marktwirkungen ausdrückt. Aus den Antworten werden dann auch Schlussfolgerungen für die Zielsetzungen des obligatorischen Gutachtens gezogen, das der Rundfunkrat zu den marktlichen Auswirkungen neuer Telemedienangebote einholen muss, und zum (begrenzten) Stellenwert, der diesem Gutachten innerhalb der vom Rundfunkrat vorzunehmenden Gesamtabwägung zukommt.

In **Teil B** wird auf der Grundlage dieses Vorverständnisses ein am Verfahrensablauf orientierter **Leitfaden** für die Durchführung der Prüfverfahren entwickelt. Dabei werden zugleich die ökonomisch abgeleiteten Zielsetzungen und die rechtlichen Grenzen und Spielräume für die Auslegung und die Verfahrensgestaltung des Tests erörtert. Diese Ausführungen sollen auch als Anregungen für die Entscheidungsfindung bei der anstehenden Verabschiedung von Verfahrenssatzungen dienen. Soweit theoretische Erörterungen zur Herleitung der Ergebnisse erforderlich sind, wird auf die entscheidenden Passagen in Teil A zurückverwiesen.

Teil B gliedert sich in die fünf Verfahrensphasen der Vorprüfung, Verfahrenseröffnung, Informationssammlung, Entscheidung sowie des Verfahrensabschlusses.



Zusammenfassung

A: Aufgabe und Bedeutung des Drei-Stufen-Tests

1. Rechtliche Grundlagen des Drei-Stufen-Tests

Die Durchführung des Drei-Stufen-Tests verlangt die Anwendung von **Rechtsvorschriften**, die den Rahmen für die Beurteilungsentscheidung des Rundfunkrats bilden. Dies sind die §§ 11ff. des Rundfunkstaatsvertrags in der im Entwurf vorliegenden künftigen Fassung des 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrags ("RStV-E"), das WDR-Gesetz und die das Verfahren ausgestaltenden Satzungen der Rundfunkanstalten, die bis zum 1. Juni 2009 erlassen werden sollen.

1.1. Neu: Eigenständiger Auftrag für Telemedienangebote

Bislang dürfen die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zusätzlich zu ihren Hörfunk- und Fernsehprogrammen nur programmbegleitende Telemedien mit programmbezogenem Inhalt anbieten. Der zum 1. Juni 2009 in Kraft tretende Rundfunkstaatsvertrag ("RStV-E") erlaubt es ihnen künftig, **journalistisch-redaktionell veranlasste und gestaltete Telemedien** auch unabhängig von einer Bezugnahme auf konkrete Rundfunkprogramme anzubieten.

Einzelne Angebotsformen und Inhalte sind vom **Auftrag ausdrücklich ausgenommen**. So sind (wie bisher) Werbung und Sponsoring in Telemedien sowie künftig auch presseähnliche nicht-sendungsbezogene Telemedien nicht gestattet. Ferner sind in § 11d Abs. 5 RStV-E und einer beigefügten "Negativliste" eine Reihe weiterer unzulässiger gebührenfinanzierter Angebote aufgeführt.

Bestimmte öffentlich-rechtliche Telemedienangebote werden künftig **unmittelbar durch das Gesetz beauftragt**: Sendungen von Programmen und sendungsbezogene Telemedien dürfen während eines Zeitraums von 7 Tagen nach ihrer Ausstrahlung (bzw. bei Fußball-Bundesligaspielen und anderen "Großereignissen" für 24 Stunden) zum elektronischen Abruf be-

reitgestellt werden. Für sie ist also kein Drei-Stufen-Test notwendig. Sendungsbezogene Telemedien sind allerdings in einem Telemedienkonzept zu beschreiben.

Im Übrigen sind die Angebote nur nach Maßgabe eines Telemedienkonzepts und nach **Durchführung eines Drei-Stufen-Tests** gestattet. Das betrifft die Bereitstellung zum Abruf von *Sendungen von Programmen* und *sendungsbezogene Telemedien* über die 7-Tage- (bzw. 24-Stunden-)Frist hinaus, das Angebot *nicht sendungsbezogener Telemedien* und ferner zeitlich unbefristete *Archive mit zeit- und kulturgeschichtlichen Inhalten*. Bis Ende August 2010 sind zusätzlich auch alle (nicht schon unter die „7-Tage-Regel“ fallenden) bereits vorhandenen Telemedienangebote dem Test zu unterziehen (**„Bestand“**), sofern sie über den 31. Mai 2009 hinaus *fortgeführt* werden sollen.

Sowohl für Rundfunkprogramme als auch für Telemedien gilt der **allgemeine Funktionsauftrag** der Rundfunkanstalten, als Medium und Faktor freier individueller und öffentlicher Meinungsbildung zu wirken, d. h. dem Publikum vorhandene Informationen und Meinungen medial zu vermitteln (Medium), und durch eine selbständige journalistische Vermittlung von Meinungen aktiv zum öffentlichen Diskurs beizutragen (Faktor).

Der Funktionsauftrag besagt auch, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk sein (Gesamt-)Angebot in die gegenständlichen Bereiche Bildung, Information, Beratung, Unterhaltung und Kultur ausdifferenzieren und so möglichst umfassend ein alle Bereiche und Bandbreiten gesellschaftlichen Lebens abdeckendes Programmangebot zur Verfügung stellen muss. Für die Bereiche Information, Bildung, Unterhaltung und Kultur zählt der RStV-E nun in nicht abschließender Weise Inhalte auf, die diesen Bereichen jeweils zuzuordnen sind. Bemerkenswert ist der Hinweis in § 11 RStV-E, "*auch Unterhaltung soll[e] einem öffentlich-rechtlichen Angebotsprofil entsprechen*." Laut der Amtlichen Begründung soll hierdurch eine "*Trivialisierung*" und "*Boulevardisierung*" vermieden werden, wobei diese Zielvorgabe noch einer wertenden Auslegung bedarf. Im Bereich der Kultur gilt unverändert ein "weiter" Kulturbegriff, der außer anspruchsvollen auch populäre Sendungen umfasst.

Auch die Gebote programminhaltlicher Vielfalt – etwa *Objektivität und Unparteilichkeit der Berichterstattung, Meinungsvielfalt sowie Ausgewogenheit der Angebote* – gelten unverändert (vgl. § 5 WDR-Gesetz).

Der öffentlich-rechtliche Rundfunk erfüllt seine Aufgabe im "**publizistischen Wettbewerb**", der – als Gegenbegriff zum "wirtschaftlichen Wettbewerb" – den Wettbewerb nicht um Marktanteile, sondern um die Meinungsbildung der Rezipienten betrifft. Nach den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts sollen dabei im klassischen Rundfunkbereich im "dualen System" die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ein Gegengewicht gegenüber den privaten Veranstaltern bilden, da die publizistische Vielfalt im Bereich des privatwirtschaftlich finanzierten Rundfunks vor allem aufgrund von Werbefinanzierung und Wettbewerbsdruck Defizite aufweise. Der Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks darf daher nicht auf eine Mindestversorgung reduziert werden. Soweit für seine Aufgabe erforderlich, genießt der öffentlich-rechtliche Rundfunk vielmehr eine Bestands- und Entwicklungsgarantie. Beschränkungen des Programmumfangs der Rundfunkanstalten zum Zweck der Sicherung von Marktchancen Dritter sind hier nicht zulässig, wohl aber möglicherweise zum Zweck der Sicherung der Meinungsvielfalt (z. B. Sicherung der Chancen Dritter, zum publizistischen Wettbewerb beizutragen).

Bei der Bestimmung dessen, was zum Auftrag des WDR und der ARD gehört, sind auch ihre **Programtleitlinien** zu berücksichtigen.

Ferner führt der RStV-E auch das **Telemedienkonzept** als neues Instrument der "regulierten Selbstregulierung" für die Rundfunkanstalten ein, ihren Auftrag selbst im Bereich der Telemedien näher zu beschreiben.

Der Gesetzgeber lässt hier bei der Verwendung der Begriffe Telemedienkonzept und Angebotskonzept einiges unklar. Folgende Bestimmung der Begriffe erscheint am ehesten stimmig und wird daher in diesem Gutachten gewählt: **Telemedienkonzept** (oder **Angebotskonzept**) bezeichnet das auf konkrete Angebote bezogene Konzept der Rundfunkanstalt zu den Telemedien, und zwar sowohl in der Form, in der es von der Intendantin als **Antrag** auf Durchführung eines Drei-Stufen-Tests dem Rundfunkrat vorge-

legt wird (auch als **Angebotsbeschreibung** oder **Angebotsvorlage** bezeichnet), als auch in der Form, in der es im Lauf des Drei-Stufen-Tests möglicherweise noch verändert und nach abschließender Prüfung durch die Rechtsaufsicht in den Amtlichen Verkündungsblättern veröffentlicht wird. Das veröffentlichte Telemedienkonzept stellt die verbindliche Konkretisierung des Auftrags für bestimmte Telemedienangebote dar.

Die Grundsätze des allgemeinen Funktionsauftrags gelten künftig auch im Telemedienbereich. Mit Telemedienangeboten dürfen und sollen die Rundfunkanstalten von ihrer Rundfunkfreiheit in dem vom Funktionsauftrag gebotenen Umfang Gebrauch machen. Ihre Bestands- und Entwicklungsgarantie im Rundfunk erstreckt sich auf alle neuen Inhalte, Formate und Genres sowie neue Verbreitungsformen, soweit damit eine vergleichbare Funktion für die freie Meinungsbildung erfüllt wird.

Was das aber im Einzelnen bedeutet, wird vom Rundfunkstaatsvertrag nicht vorgegeben. Das heißt, dass der **Rundfunkrat**, unter Berücksichtigung von Programmleitlinien und Telemedienkonzepten, **selbst Grundsätze dazu entwickeln muss**, wie

- der Funktionsauftrag im Bereich neuer Medien zu konkretisieren ist, z. B. aufgrund besonderer Nutzerbedürfnisse, technischer Anforderungen, Vielfaltsgefährdungen usw., und
- sich die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts zur Aufgabe des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im "dualen System" auf den publizistischen Wettbewerb mit anderen meinungsbildenden Angeboten im Online-Bereich (kommerzielle und nicht-kommerzielle) übertragen lassen.

Neben den allgemeinen Grundsätzen gibt der Gesetzgeber als Leitlinie drei Merkmale vor, worin der **spezifische Funktionsauftrag im Bereich der öffentlich-rechtlichen Telemedienangebote** besteht. Durch die Angebote soll

- allen Bevölkerungsgruppen die Teilhabe an der Informationsgesellschaft ermöglicht,
- Orientierungshilfe geboten sowie
- die technische und inhaltliche Medienkompetenz aller Generationen und von Minderheiten gefördert werden.

Diese Zielvorgaben dienen der Verwirklichung des Selbstanspruchs der Rundfunkanstalten, der Gesellschaft als ein verlässlicher Führer durch das Internet ("Trusted Guide") dienen zu wollen. Wenn ein Angebot der Rundfunkanstalten diese Kriterien erfüllt, kann dies als ein gewichtiges Argument dafür dienen, dass es dem Auftrag entspricht.

1.2. Beihilferechtliche Vorgaben für das Verfahren und die Entscheidung im Drei-Stufen-Test

Die Vorgaben des RStV für Telemedienangebote im öffentlich-rechtlichen Rundfunk allgemein und für den Drei-Stufen-Test im Speziellen dienen der Umsetzung eines Kompromisses mit der Europäischen Kommission und führten zur **Einstellung** eines gegen die Bundesrepublik Deutschland eingeleiteten **Beihilfeverfahrens** bei der Europäischen Kommission. Die von der Bundesregierung namens der Länder im Rahmen dieses Verfahrens gegenüber der Kommission gemachten Zugeständnisse sowie die Ausführungen der Kommission sollten bei der **Auslegung** der einschlägigen Vorgaben im RStV beachtet werden, um so das Risiko einer Wiederaufnahme des Beihilfeverfahrens zu minimieren.

In ihrem Einstellungsschreiben zum Vertragsverletzungsverfahren, bei den anschließenden Beratungen zum 12. RÄndStV sowie in ihrem kürzlich veröffentlichten Entwurf für eine neue Rundfunkmitteilung hat die Kommission

deutlich gemacht, dass sie von den Mitgliedstaaten die Durchführung **objektiver und einheitlicher Prüfverfahren** erwartet.

Bei der Durchführung des Verfahrens durch ein internes Prüfungsgremium wie dem Rundfunkrat ist für die Kommission die Unabhängigkeit dieses Gremiums von der Geschäftsleitung der Rundfunkanstalt von zentraler Wichtigkeit. Dafür fordert die Europäische Kommission unter anderem eine Ausstattung der internen Prüfstelle mit ausreichenden Finanz- und Humanressourcen, ihre funktionale Unabhängigkeit bei der Organisation und beim Einsatz dieser Ressourcen sowie Maßnahmen zur Verhinderung unangemessener Informationsflüsse zur Geschäftsführung.

Diese Ausführungen der Kommission entfalten zwar keine unmittelbare Rechtswirkung für den Rundfunkrat, können aber als Hinweis auf die Auslegung der einschlägigen Vorgaben des Beihilferechts und der Vorgaben des RStV-E durch die Kommission verstanden werden.

1.3. Anforderungen an die Ausübung eines Beurteilungsspielraums

Im Drei-Stufen-Test ist vom Rundfunkrat zu entscheiden, ob ein Telemedienangebot gemäß den Drei-Stufen-Kriterien **dem Auftrag entspricht**. Dieser Schlüsselbegriff des Drei-Stufen-Tests ist – ebenso wie auch die einzelnen im Rahmen seiner Prüfung anzuwendenden Abwägungskriterien – ein unbestimmter Rechtsbegriff, der der wertenden Auslegung durch den Rundfunkrat bedarf.

Aufgrund der Besonderheiten des Verfahrens – vor allem wegen des Umstands, dass der Rundfunkrat als unabhängiges Gremium mit der Entscheidung betraut ist und der im Programmbereich nur sehr beschränkt zulässigen Rechtsaufsicht – ist davon auszugehen, dass dem Rundfunkrat bei seiner Entscheidung ein **Beurteilungsspielraum** zusteht.

Das bedeutet, dass die eigentliche Beurteilungsentscheidung des Rundfunkrats von der Rechtsaufsicht oder ggf. den Gerichten nur sehr eingeschränkt überprüft werden kann. Allerdings gelten für die Entscheidungsfindung bestimmte Regeln, deren Einhaltung die Rechtsaufsicht überprüfen kann. Der

Rundfunkrat sollte diese Regeln sorgfältig beachten, um Beurteilungsfehler zu vermeiden, die von der Rechtsaufsicht beanstandet werden könnten.

Diese Regeln lauten:

1. **Verfahrensvorschriften sind einzuhalten.**
2. **Rechtsbegriffe sind zutreffend auszulegen.**
3. **Das Gremium muss eine eigene Abwägungsentscheidung treffen.**
4. **Die Entscheidung muss auf einem zutreffenden und vollständigen Sachverhalt beruhen.**
5. **Allgemeingültige Bewertungsmaßstäbe sind zu beachten.**
6. **Es dürfen keine sachfremden Erwägungen angestellt werden.**

Zur Dokumentation der Beachtung dieser Regeln gegenüber der Rechtsaufsicht dient in erster Linie die schriftliche Entscheidungsbegründung.

1.4. Besonderheiten der Stellung des Rundfunkrats im Drei-Stufen-Test

Bis auf den Bereich bereits gesetzlich beauftragter Angebote soll künftig der Rundfunkrat, unbeschadet der nur begrenzten rechtsaufsichtlichen Prüfung, verbindlich über die Zulässigkeit aller Online-Angebote der Rundfunkanstalt befinden. Mit der Durchführung des Drei-Stufen-Tests hat der Rundfunkrat damit eine gegenüber seinen bisherigen Aufgaben **auch qualitativ neue Aufgabe als unabhängiges Prüfungsgremium** und "Herr" des Verfahrens wahrzunehmen.

Andererseits gibt es unveränderte organisationsrechtliche Grundsätze und Regelungen zur Stellung des Rundfunkrats innerhalb der Rundfunkanstalt. Hierzu zählt in erster Linie, dass die Zuständigkeit für die konkrete Programmgestaltung und Programmplanung bei der Intendantin liegt (sog. Intendantenprinzip). Dagegen ist der Rundfunkrat zwar das "höchste" Organ der Anstalt und nimmt zahlreiche Aufgaben bei der Beratung von Programmprojekten und der Programmstrategie wahr, hat jedoch Entschei-

dungsbefugnisse nur für grundsätzliche Angelegenheiten und im Übrigen in Bezug auf das Programm Beratungs- und nachträgliche Kontrollfunktionen.

Für den Drei-Stufen-Test sind diese beiden Aspekte in einen angemessenen Ausgleich zu bringen. Der Rundfunkrat sollte daher bei seiner Entscheidung über die Auftragskonformität von Telemedienangeboten die **Programmgestaltungshoheit der Intendantin** berücksichtigen und keine Eingriffe in das von ihr vorgelegte Telemedienkonzept vornehmen, die nicht aufgrund der gesetzlich vorgeschriebenen Prüfung erforderlich sind.

Zwar kann die Entscheidung des Rundfunkrats auch in einer **Teilgenehmigung** des geplanten Angebots bestehen, solange diese sich im Rahmen des Antrags der Intendantin bewegt. Wegen des Intendantenprinzips sollte der Rundfunkrat aber von dieser Möglichkeit der Teilgenehmigung nur **zurückhaltend** Gebrauch machen und im Prüfungsablauf eher darauf achten, dass die Intendantin bei einer Unvereinbarkeit des vorgelegten Konzepts mit den gesetzlichen Vorgaben ihr **Telemedienkonzept** nachbessert und in einer genehmigungsfähigen Fassung vorlegt.

Da der Rundfunkrat bei seiner Entscheidung einen Beurteilungsspielraum wahrnimmt, der ein unabhängiges und weisungsfrei agierendes Gremium voraussetzt, ist bei der Beschlussvorbereitung besonders auf die **Unabhängigkeit der Willensbildung und Beschlussfassung** der Rundfunkratsmitglieder zu achten.

Bei der Übertragung konkreter Aufgaben der Entscheidungsvorbereitung an interne Ausschüsse und Arbeitsgruppen, an die Mitarbeiter der Geschäftsstelle oder auch an externe Gutachter oder Berater hat der WDR-Rundfunkrat innerhalb der vorgegebenen gesetzlichen Grenzen einen **weiten Spielraum**.

Neben der Einholung des obligatorischen Marktgutachtens kann der Rundfunkrat angesichts der Komplexität der von ihm erwarteten Entscheidung und auch angesichts der konzeptionellen und empirischen Fragen, die diese neue Aufgabe aufwirft, wenn nötig auch auf externe Beratung zurückgreifen. Diese kann z. B. in der fallweisen Einholung von fakultativen Gutachten bestehen oder auch in einer dauerhaften Beratung durch Experten, die im

Gremienbüro des WDR oder einem einzurichtenden zentralen „Service Center“ tätig sind, das die Rundfunkräte aller öffentlich-rechtlichen Anstalten in Anspruch nehmen können.

Um die erforderlichen Informationen, z. B. Daten der Markt- oder Nutzungsforschung, einzuholen, darf und sollte der Rundfunkrat auch auf die Ressourcen der Rundfunkanstalt zurückgreifen. Zur Sicherung seiner Unabhängigkeit muss der Rundfunkrat die Bewertung dieser Informationen im Rahmen der Beurteilungsentscheidung hingegen ohne die Inanspruchnahme der Rundfunkanstalt selbst vornehmen.

Die regelmäßige Teilnahme eines Vertreters der Rechtsaufsicht an allen Beratungen des Rundfunkrats im Drei-Stufen-Test-Verfahren erscheint nicht unproblematisch, da der Rundfunkrat eine eigenständige Beurteilungsentscheidung zu treffen hat, die von der Rechtsaufsicht nur eingeschränkt überprüft werden kann. Entscheidend dürfte aus rundfunkrechtlicher Sicht sein, dass die Rechtsaufsicht keine Möglichkeit haben darf, faktisch auf die Entscheidungsfindung Einfluss zu nehmen.

2. Ökonomische Grundlagen des Drei-Stufen-Tests

2.1. Der Drei-Stufen-Test als Nutzen-Kosten-Abwägung

Im ökonomischen Teil dieses Gutachtens wird der Public-Value-Test als eine Form der **Nutzen-Kosten-Abwägung** interpretiert. Das erleichtert dessen teleologische Auslegung und ermöglicht Hinweise zu den Beurteilungskriterien, die die Gremien bei dessen Durchführung zu berücksichtigen haben, und zur Verfahrensabfolge.

Aus einer solchen Sicht geht es sowohl bei der ersten als auch bei der zweiten Stufe des Tests abstrakt darum, den **Nutzen** eines geplanten Telemedienangebotes zu bestimmen. Auf der ersten Stufe werden als Maßstab für diese Beurteilung „*die demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnisse der Gesellschaft*“ genannt; auf der zweiten Stufe wird sein „*qualitativer Beitrag zum publizistischen Wettbewerb*“ angeführt. Beide Maßstäbe können in der durch den Drei-Stufen-Test vorgegebenen sequentiellen Abfolge

geprüft werden; es ist aber auch möglich, die beiden ersten Stufen des Tests zusammenzufassen, zumal die für die erste Stufe gestellte Frage, „*inwieweit das Angebot den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft entspricht*“, besser (oder möglicherweise auch anders) zu beantworten ist, nachdem der für die zweite Stufe angesprochene Beitrag zum publizistischen Wettbewerb geprüft worden ist.

Auf der dritten Stufe des Tests ist dann der „*finanzielle Aufwand für das Angebot*“ darzulegen. Dabei geht es aber nicht in erster Linie darum, eine rechnerische Überprüfung vorzunehmen (dies ist primär die Aufgabe anderer Beteiligter, insbesondere der KEF), sondern darum, den **Finanzbedarf** gegen den in den beiden ersten Stufen zu bestimmenden Nutzen abzuwägen. Dieser Zweck wird im Gesetzestext selbst nicht explizit erwähnt, aber in der Amtlichen Begründung angesprochen. Die **Nutzen-Kosten-Abwägung** ist somit eine weitere, im Drei-Stufen-Test nur implizit enthaltene, für den Sinn des Tests aber zentrale Aufgabe. Aus ökonomischer Sicht wäre es angebracht gewesen, diese Aufgabe als weitere (dann vierte) Stufe des Tests zu regeln, auch weil innerhalb dieser vierten Stufe mehrere Teilaufgaben gelöst werden müssen (s. u.).

2.2. Der publizistische Nutzen von Telemedienangeboten

Für eine solche Nutzen-Kosten-Abwägung muss der durch ein neues Telemedienangebot gestiftete Nutzen bestimmt werden. Das erfordert zunächst dessen begriffliche Präzisierung, auf dieser Basis dann aber auch seine empirische Messung oder zumindest annähernde Abschätzung.

Für die erstere Aufgabe gehen wir vom sog. Doppelcharakter der (Tele-)Medien aus, einmal als einem privaten Wirtschaftsgut, das seinen Rezipienten („Usern“) einen direkten „Konsumentennutzen“ verschafft, zum anderen als einem kollektiven „Kulturgut“, das zur freien Meinungsbildung beiträgt. In dieser letzteren Eigenschaft stärken die (Tele-)Medien die Funktions- und Leistungsfähigkeit der Gesellschaft, sie stiften deren Mitgliedern „indirekt“ dadurch ebenfalls einen individuellen Nutzen. Dessen Höhe wird aber, anders als beim direkt anfallenden „Konsumentennutzen“, nicht durch Art und

Umfang der Mediennutzung des einzelnen Users bestimmt, sondern hängt davon ab, in welcher Weise und in welchem Umfang der Einzelne als Bürger an der durch die freie Meinungsbildung gestärkten Funktions- und Leistungsfähigkeit der Gesellschaft partizipiert. Hierfür verwenden wir im vorliegenden Gutachten den Begriff des „Bürgernutzens“ oder auch des „**publizistischen Nutzens**“, der auch bereits in der Literatur vereinzelt anzutreffen ist, wenngleich uneinheitlich und zum Teil undeutlich.

„Doppelcharakter“ heißt auch, dass weder Medien existieren, die überhaupt keinen direkten Konsumentennutzen stiften (dann würden sie nicht rezipiert), noch solche, die überhaupt keinen publizistischen Nutzen stiften (d. h. überhaupt nicht zur freien Meinungsbildung beitragen). Das „Mischungsverhältnis“ kann aber ganz unterschiedlich sein. Zum Beispiel werden die in der „Negativliste“ des RStV-E aufgeführten Telemedien (Anzeigenportale, Weten, Routenplaner, Veranstaltungskalender u. ä.) sehr häufig genutzt, und sie stiften den Usern einen vergleichsweise hohen Konsumentennutzen. Zur freien Meinungsbildung tragen sie aber kaum bei, d. h. ihr *publizistischer Nutzen ist gering*. Andere Telemedien, wie z. B. digitale Archive mit zeit- und kulturgeschichtlichen Inhalten, Mediatheken mit politischer Berichterstattung oder Weblogs „investigativ“ arbeitender Journalisten, finden oftmals nur einen kleinen Nutzerkreis, stiften den wenigen Usern möglicherweise auch keinen besonders hohen Konsumentennutzen, tragen aber, zum Teil auch durch eine „Anschlusskommunikation“ in anderen Medien, in ganz erheblichem Maß zur freien Meinungsbildung bei, d. h. stiften *einen hohen publizistischen Nutzen*.

Telemedien, bei denen der „Privatgutcharakter“ dominiert, können eher über den Markt bereit gestellt werden, weil der bei ihnen hohe Anteil des Konsumentennutzens mit der Zahlungsbereitschaft korrespondiert. Bei Telemedien, bei denen der publizistische Nutzen im Vordergrund steht, ist dies nicht der Fall: Vom publizistischen Nutzen eines Telemedienangebotes (als einem Kollektivgut) profitiert der Bürger unabhängig davon, ob er es selbst rezipiert oder nicht. „Trittbrettfahren“ ist hier aus Sicht des Einzelnen ratio-

nal, und zwar um so mehr, je geringer der zugleich durch das Angebot gestiftete direkte Konsumentennutzen ist.

Daraus lässt sich zum einen schließen, dass der Markt zur Bereitstellung von Telemedien mit vorrangigem Kollektivgutcharakter nicht geeignet ist, zum anderen aber auch, dass Marktergebnisse keinen geeigneten Maßstab für den durch Telemedien gestifteten publizistischen Nutzen abgeben. Marktergebnisse spiegeln nur (allerdings auch das nur mit Einschränkungen, s. u.) den direkten „Konsumentenutzen“ wider, den Telemedien den einzelnen Usern stiften und für den sie auch zu zahlen bereit sind.

Ökonomisch kann dies als Folge eines **Marktmangels**, nämlich der Existenz sog. externer Effekte interpretiert werden, die von dem Angebot dadurch ausgehen, dass es die freie Meinungsbildung nicht nur der User, sondern aller Mitglieder der Gesellschaft fördert. Die Medien weisen aber auch noch eine Reihe anderer Besonderheiten auf, die ihre marktliche Bereitstellung erschweren und von der Ökonomie als Marktmängel betrachtet werden. (Über deren Umfang und darüber, wie stark kommerzielle Medienangebote dadurch von den gesellschaftlich gewünschten Angeboten abweichen, sind sich die Ökonomen allerdings nicht einig.)

Dazu gehören unter anderem technisch, ökonomisch oder gesellschaftspolitisch bedingte *Erschwernisse eines „Ausschlusses“* nicht zahlungsbereiter Rezipienten, infolge derer kommerzielle Angebote ganz unterbleiben oder sich an leichter ausschließbare Abnehmer, vor allem an Werbung Treibende, richten. Das ermöglicht ihre privatwirtschaftliche Finanzierung, die Marktergebnisse bringen dann aber nicht die Wertschätzung der Rezipienten, sondern der Werbung Treibenden zum Ausdruck. Ein weiterer Marktmangel von Telemedien besteht darin, dass die Kosten der Inhalteproduktion fix sind (sog. „First Copy Costs“), so dass die *„Stückkosten“ mit zunehmender Zahl von Nutzern bzw. Zugriffen rasch fallen*. Das bewirkt hohe Anreize zur horizontalen, vertikalen und diagonalen Konzentration für jeden der Anbieter, aber auch einen Druck, sich an ein möglichst großes Publikum (den „Mainstream“) zu richten. Die Folge ist ein „more of the same“, und mangelnde *Angebotsvielfalt*. In dem Umfang, in dem die User den durch Telemedien

gestifteten individuellen Nutzen vor dem „Konsum“ – oder zum Teil sogar auch danach – nicht beurteilen können, etwa bei Nachrichten oder politischen Kommentaren, deren „Wahrheitsgehalt“ unklar ist, besteht überdies die Gefahr, dass schlechtere (und billigere) Angebote bessere (aber teurere) Angebote verdrängen (sog. „adverse Selektion“), die *Qualität* der Angebote also hinter den Wünschen der User zurückbleibt.

Aus diesen und weiteren Gründen spiegeln Marktergebnisse für Medien selbst den gestifteten individuellen Nutzen nicht ausreichend genau wider. Als Ausdruck ihres publizistischen Nutzens sind sie (aufgrund der hier noch stärkeren Bedeutsamkeit externer Effekte, aber auch anderer Marktmängel) noch weniger geeignet. Die im Drei-Stufen-Test erwartete Beantwortung der Frage, „in welchem Umfang ein neues Telemedienangebot in qualitativer Hinsicht zum publizistischen Wettbewerb beiträgt“ (bzw. in unserer Interpretation: welchen publizistischen Nutzen es stiftet), wird durch die Kenntnis seiner Marktergebnisse deshalb kaum ermöglicht; am wenigsten für solche Angebote, die den in der ersten Stufe des Tests genannten „*demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft*“ entsprechen, primär der freien Meinungsbildung dienen und somit einen dominanten Kollektivgutcharakter aufweisen.

Aus diesem Grund muss der Rundfunkrat die nicht oder nicht hinreichend über Marktwirkungen erkennbaren Bestimmungsgrößen des publizistischen Nutzens von Telemedien anhand **anderer Kriterien** zu beurteilen versuchen. Dabei hat er vor allem die verfassungsrechtlichen Ausführungen zum Nutzen linearer öffentlich-rechtlicher Rundfunkangebote und zu dessen Funktionsauftrag zu berücksichtigen, die zum Teil allerdings noch an die Besonderheiten nicht-linearer Telemedien angepasst und fortentwickelt werden müssen. Berücksichtigen sollte er aber auch die Erkenntnisse anderer Disziplinen, die sich mit dem publizistischen Nutzen von Medien im Allgemeinen und von Telemedien im Besonderen befassen haben.

Lässt man diese einmal Revue passieren, so zeigt sich allerdings, dass sie für die vom Rundfunkrat erwartete Abwägung im konkreten Fall kaum weiter helfen: In einem bestimmten Kontext mögen sie alle richtig und wichtig sein;

sie sind aber auch sämtlich zeit- und kontextgebunden und damit weder allgemein gültig noch konsensfähig. Zudem sind sie oft so „weich“, dass sie sich kaum operationalisieren lassen und ihr Beitrag zum publizistischen Nutzen mithin auch nicht empirisch überprüft werden kann. Schließlich beziehen sich die meisten dieser Kriterien auf die Qualität von Medienangeboten, die aber nur *eine* Determinante des publizistischen Nutzens ist, die nicht isoliert zu maximieren, sondern unter Beachtung der Zusammenhänge mit der Akzeptanz durch die Nutzer („Quote“) zu *optimieren* ist.

Diese Schwierigkeiten rechtfertigen andererseits nicht, dass die im Drei-Stufen-Test vorzunehmende Beurteilung des publizistischen Nutzens eines neuen Angebotes anhand beliebiger oder gar anhand nicht offen gelegter Kriterien erfolgen könnte. Das widerspräche der grundsätzlichen Zielsetzung des Tests, die Frage transparent und nachvollziehbar zu beantworten, ob ein neues Angebot dem Auftrag entspricht. Sie bestätigen aber den bereits aus rundfunkrechtlicher Sicht hergeleiteten **beträchtlichen Beurteilungsspielraum**, den der Rundfunkrat bei der Bewertung des publizistischen Nutzens eines neuen Angebotes besitzt. Die auf den beiden ersten Stufen des Drei-Stufen-Tests genannten Kriterien zielen deshalb auch weniger darauf ab, die vom Rundfunkrat getroffene Abwägung angreifbar zu machen (etwa durch ihre inhaltliche Überprüfung durch die Rechtsaufsicht), sondern darauf, dass der Rundfunkrat seine **Entscheidung überhaupt explizit begründet** und damit den gesellschaftlichen Diskurs über diese Entscheidungen ermöglicht und befördert.

Weil Marktergebnisse nicht viel über den publizistischen Nutzen von Telemedien aussagen, ist auch die **Aussagekraft des** nach § 11f Abs. 4 Satz 3 RStV-E **obligatorischen Gutachtens** zu den marktlichen Auswirkungen eines geplanten Angebotes gering. Höher wäre sie, wenn darin die bestehenden (oder eben fehlenden) Zusammenhänge zwischen den mit dem Angebot verbundenen Marktwirkungen und den Veränderungen des publizistischen Nutzens qualitativ aufgezeigt würden. Noch höher wäre sie, wenn diese Veränderungen anhand geeigneter Indikatoren auch annähernd quantifiziert würden. Das ist allerdings, wie auch die entsprechenden Versuche

der Ofcom in Großbritannien zeigen („market *impact* assessment“), analytisch und empirisch um so schwieriger, zeitaufwändiger, teurer und hinsichtlich der Ergebnisse auch unsicherer und für den Rundfunkrat weniger nachvollziehbar, je mehr Rück- und Wechselwirkungen dabei einbezogen werden.

Ob die marktlichen Auswirkungen in einem **engeren oder weiteren Verständnis** untersucht werden sollen, hat der Rundfunkrat bei der Beauftragung des obligatorischen Gutachters zu entscheiden. Der Wortlaut des RStV-E legt eine eher enge, der Zweck des Drei-Stufen-Tests eine eher weite Auslegung nahe. Für den Rundfunkrat besteht deshalb (auch) in dieser Frage ein **Beurteilungsspielraum**. Wichtig ist allerdings, dass mit der Auftragsvergabe die vom Gutachter erwartete engere oder weitere Auslegung des Begriffs der marktlichen Auswirkungen vorgegeben wird.

Damit legt der Rundfunkrat zugleich fest, in welchem Ausmaß der obligatorische Gutachter außer den auf Märkten beobachtbaren Auswirkungen des neuen Angebotes auch andere relevante Kriterien des publizistischen Nutzens zu berücksichtigen hat. In dem Umfang, in dem er den Gutachter von dieser Verpflichtung entbindet (durch eine enge Auslegung des Begriffs der marktlichen Auswirkungen), hat er solche Gesichtspunkte bei der Gesamtabwägung selbst einzubeziehen. Gegebenenfalls kann er hierzu auch fakultative Gutachten einholen.

2.3. Berücksichtigung der mit dem neuen Angebot verbundenen Veränderungen des publizistischen Nutzens bereits vorhandener Angebote

Die Bewertung des publizistischen Nutzens eines neuen Telemedienangebotes gestaltet sich noch schwieriger, weil der Rundfunkrat – wie § 11f Abs. 6 Satz 3 RStV-E bestimmt – hierbei Veränderungen des publizistischen Nutzens „*bereits vorhandener vergleichbarer Angebote*“ zu berücksichtigen hat.

Dass ein neues Angebot sich auf bereits vorhandene vergleichbare Angebote auswirken kann, ist offensichtlich. Zum einen kann es die *Menge* der vorhandenen vergleichbaren Angebote verringern (wenn diese, wie üblich, in einer substitutiven Beziehung zum neuen Angebot stehen) oder auch erhö-

hen (wenn sie in einer komplementären Beziehung zum neuen Angebot stehen); zum anderen kann es die *Qualität* der vorhandenen vergleichbaren Angebote verändern; auch hier ist, je nach Wirkungsannahmen, eine Verringerung denkbar (in diesem Zusammenhang als „Konvergenz nach unten“ oder „race to the bottom“ bezeichnet) oder eine Erhöhung („Konvergenz nach oben“ oder „race to the top“). Ein neues Angebot kann auch zugleich sowohl die Menge als auch die Qualität der vorhandenen vergleichbaren Angebote verändern.

Dass solche Veränderungen bei der Beurteilung des neuen Angebotes zu berücksichtigen sind, ist ebenfalls einsichtig. Ökonomisch formuliert geht es dabei wieder um die Beurteilung des publizistischen Nutzens dieses neuen Angebotes, jetzt allerdings unter Berücksichtigung der damit verbundenen Veränderungen des publizistischen Nutzens anderer Angebote, d. h. des der Gesellschaft insgesamt verfügbaren Angebotes. Diesen Nutzen hat der öffentlich-rechtliche Rundfunk zu maximieren, nicht den ausschließlich durch seine eigenen Angebote gestifteten publizistischen Nutzen.

Grundsätzlich sind dabei alle vorhandenen vergleichbaren Angebote zu berücksichtigen. Das beinhaltet erstens die anderen Angebote des WDR und der *anderen öffentlich-rechtlichen Anstalten*, zweitens die Angebote nicht öffentlich-rechtlicher, *nicht-kommerzieller Anbieter* („Dritter Sektor“), wie z. B. gemeinnütziger Stiftungen, der Universitäten, des sog. „Bürgerfunks“ und nicht zuletzt von Einzelpersonen, die keine Erwerbsinteressen verfolgen, und es beinhaltet drittens die Angebote *kommerzieller Anbieter*, wie vor allem der kommerziellen Rundfunkveranstalter, der Verleger und der Telekommunikations-Unternehmen bzw. Netzbetreiber.

Welche dieser Angebote mit dem geplanten Angebot „vergleichbar“ sind, ist schwer zu entscheiden, geht es doch auch hier nicht um deren „Konsumentenutzen“, sondern um ihren publizistischen Nutzen, der – siehe oben – durch „marktliche Auswirkungen“ nicht adäquat erfasst werden kann. Deshalb ist auch das für wettbewerbs- und kartellrechtliche Auseinandersetzungen entwickelte Instrumentarium, das „**relevante**“ **Märkte** anhand der erwarteten marktlichen Auswirkungen abgrenzt, hierzu nicht in der Lage. Will ein sol-

cher Ansatz nicht Äpfel mit Birnen vergleichen, so muss er sich anderer, **publizistischer Abgrenzungsmerkmale** bedienen, und er muss Einflüsse berücksichtigen, die sich bei einer allein marktlichen Betrachtung nicht erkennen lassen. Damit stellt sich wieder die oben bereits erörterte Frage nach der adäquaten Auslegung des Begriffs der „marktlichen Auswirkungen“ und nach der Aussagekraft des obligatorischen Gutachtens für die vom Rundfunkrat vorzunehmende Gesamtabwägung.

Auch der in den medienpolitischen Auseinandersetzungen mit kommerziellen Anbietern im Vordergrund stehende Fall, in dem ein neues öffentlich-rechtliches Telemedienangebot mit bereits vorhandenen „vergleichbaren“ kommerziellen Angeboten in Konkurrenz tritt, erfordert den Nachweis der Vergleichbarkeit anhand hierfür geeigneter, publizistischer Kriterien. Das liegt auch im Interesse der kommerziellen Anbieter. (Nur) sofern sich eine solche Vergleichbarkeit bestätigt, ist es zulässig, aus dem Umfang negativer Marktwirkungen für vorhandene private Anbieter auf die damit verbundene Verringerung des publizistischen Angebotes privater Anbieter zu schließen. In diesem Fall zeigt die Saldierung eines durch das neue öffentlich-rechtliche Angebot gestifteten publizistischen Nutzens und des damit zugleich verbundenen Verlusts an publizistischem Nutzen, den die verdrängten kommerziellen Angebote gestiftet hätten, dass das neue Angebot insgesamt (d. h. für die Summe der öffentlich-rechtlichen und privaten Angebote) keinen zusätzlichen publizistischen Nutzen stiftet. Das neue Angebot ist dann **nicht vom Auftrag umfasst**.

Das heißt umgekehrt aber auch, dass ein neues öffentlich-rechtliches Angebot den publizistischen Nutzen anderer Angebote auch dann beeinträchtigen kann, wenn dies über marktliche Auswirkungen nicht zum Ausdruck kommt. Unmittelbar einsichtig ist dies für die Auswirkungen auf Angebote des nicht-kommerziellen („dritten“) Sektors, die sich nicht über den Markt finanzieren, sondern aus intrinsisch motivierten und unentgeltlichen redaktionellen Beiträgen gespeist werden. Es gilt aber auch für die Auswirkungen auf kommerzielle Angebote: Auch der von ihnen gestiftete publizistische Nutzen kann durch ein neues öffentlich-rechtliches Angebot beeinträchtigt werden, even-

tuell auch in einem Umfang, der über den direkten Zugewinn an publizistischem Nutzen dieses neuen Angebots hinaus geht (das dann vom Rundfunkrat wieder als nicht vom Auftrag umfasst zu bewerten wäre). Auch hier ist es aber in der Regel nicht möglich, dies ausschließlich anhand marktlicher Auswirkungen nachzuweisen.

2.4. Die notwendige Abwägung zwischen publizistischem Nutzen und Kosten des geplanten Angebots

Auf der dritten Stufe des Drei-Stufen-Tests ist der **finanzielle Aufwand** für das geplante Angebot darzulegen. Unsere Interpretation dieses Tests als Nutzen-Kosten-Abwägung verdeutlicht, dass diese dritte Stufe eine Voraussetzung für die Entscheidung bildet, ob dieser Aufwand sich gemessen am publizistischen Nutzen des Angebotes rechtfertigt.

Ökonomisch betrachtet sind dafür nochmals mehrere Teilschritte erforderlich. Zunächst ist der sog. **Nutzenüberschuss** oder „Nettonutzen“ des geplanten Angebotes zu bestimmen, indem der auf den beiden ersten Stufen des Tests ermittelte („Brutto-“)Nutzen mit dem auf der dritten Stufe bestimmten Finanzbedarf saldiert wird. Da beides erhebliche konzeptionelle und empirische Probleme aufwirft, dürfte es ausreichen, wenn der Rundfunkrat diese Größen nur annähernd abschätzt. Beim derzeitigen Stand der theoretischen Durchdringung und bei der derzeitigen Datenlage kann er sich wohl sogar darauf beschränken, die wichtigsten Gesichtspunkte qualitativ darzulegen und ihren Stellenwert innerhalb des Gesamtkataloges berücksichtigter Kriterien aufzuzeigen.

Im Sinne einer Nutzen-Kosten-Analyse müsste der Rundfunkrat diese Betrachtung auch für den (derart grob bestimmten) **Nettonutzen anderer denkbarer Angebote** anstellen. Darauf kann er in der Regel zwar verzichten, weil er davon ausgehen kann, dass die Intendantin im Rahmen der ihr obliegenden Programmgestaltungshoheit dem Rundfunkrat aus der Menge der denkbaren und innerhalb des Hauses mehr oder minder intensiv erörterten Telemedienangebote dasjenige Angebot zur Prüfung vorlegt, das

aus ihrer Sicht zu diesem Zeitpunkt den höchsten Nettonutzen erzielt. Der Rundfunkrat sollte allerdings in die Lage versetzt werden, diese Vermutung zumindest auf ihre Plausibilität hin zu überprüfen. Hierzu wäre es empfehlenswert, wenn sich die Angebotsvorlage auch mit erwogenen, aber letzten Endes verworfenen Alternativen sowie den Gründen dafür auseinandersetzen würde.

B: Der Drei-Stufen-Test im Verfahrensablauf

Das Drei-Stufen-Test-Verfahren lässt sich in fünf Verfahrensabschnitte untergliedern:

- Phase 1: Vorprüfung,
- Phase 2: Verfahrenseröffnung,
- Phase 3: Informationssammlung,
- Phase 4: Entscheidung,
- Phase 5: Abschluss des Verfahrens.

1. PHASE: Vorprüfung

Vor der Eröffnung eines Drei-Stufen-Test-Verfahrens hat der Rundfunkrat zu prüfen, ob und inwiefern die gesetzlichen Voraussetzungen hierfür vorliegen. Dabei sind folgende Fragen zu klären:

1.1. Ist ein **neues oder geändertes Telemedienangebot** der Rundfunkanstalt geplant?

Die Prüfung, ob ein neues oder verändertes Angebot geplant ist, obliegt in erster Linie der Intendantin; gleichwohl hat auch der Rundfunkrat eine **eigenständige Prüfverantwortung**. Nach den vorliegenden Satzungsentwürfen hat der Rundfunkrat hierzu ein "Holrecht", d. h. er darf von der Intendantin die Einleitung eines Drei-Stufen-Tests verlangen, wenn er der Auffassung ist, dass ein genehmigungspflichtiges Angebot vorliegt. Daraus ergibt

sich für den Rundfunkrat auch die Obliegenheit verstärkter Programmbeobachtung im Telemedien-Bereich.

Inhaltlich liegt ein verändertes Telemedienangebot insbesondere dann vor, wenn die *inhaltliche Gesamtausrichtung eines Angebots* oder die *angestrebte Zielgruppe* verändert wird. Genauere **Aufgreifkriterien** hierfür werden in den Satzungen und Richtlinien festgelegt. Die vorliegenden Satzungsentwürfe sehen vor, dass neue oder veränderte Angebote in einer abwägenden Gesamtschau anhand von vier Positiv- und acht Negativkriterien zu ermitteln sind. Ein neues oder verändertes Angebot ist nach dieser **Kriterienliste** insbesondere dann anzunehmen, wenn 1. grundlegende Änderungen der thematisch-inhaltlichen Ausrichtung des Gesamtangebots, 2. substantielle Änderungen der Angebotsmischung, 3. eine Veränderung der Zielgruppe oder 4. mit wesentlichen Kostensteigerungen verbundene Änderungen des Gesamtangebots erfolgen. Die Rundfunkanstalten bzw. die Rundfunkräte können auch gemeinsam mit den übrigen Anstalten, dem ZDF und dem Deutschlandradio die Abgrenzungskriterien fortentwickeln und entsprechende Satzungsänderungen vornehmen.

Der Rundfunkstaatsvertrag definiert nicht, was ein **Angebot** ist. Dieser Begriff muss daher vom Rundfunkrat, vor allem unter Zuhilfenahme des Maßstabs im Gesetz und den künftig in den Satzungen niedergelegten Kriterien, je nach den Besonderheiten der Fallgestaltung, konkretisiert werden. Wird der Begriff des Angebots eher weit ausgelegt, hat das zur Folge, dass nur wenige, aber unter Umständen sehr komplexe Verfahren durchzuführen sind. Demgegenüber ist bei einer engen Abgrenzung eine größere Anzahl von Drei-Stufen-Test-Verfahren erforderlich. Im Sinne einer einheitlichen Handhabung sollte sich der Rundfunkrat hierzu mit anderen Rundfunkräten und mit der Intendantin abstimmen. Auch bei den einzelnen Aufgreifkriterien bestehen Auslegungsspielräume. Hier erscheint es ebenfalls sinnvoll und geboten, dass sich der WDR-Rundfunkrat nicht nur mit anderen Rundfunkräten, sondern auch mit der Intendantin abstimmt und möglichst einheitliche und nachvollziehbare Auslegungsmaßstäbe entwickelt. Aufgrund seiner eigenständigen Verantwortung für die Drei-Stufen-Test-Prüfung ist der Rundfunkrat

bei der konkreten Prüfung aber gehalten, auch insofern eine eigenständige Prüfung vorzunehmen.

1.2. Liegt ein **hinreichend konkretes Angebotskonzept** vor?

Damit der Rundfunkrat das Angebot anhand der gesetzlichen Vorgaben prüfen kann, muss das vorgelegte Angebotskonzept hinreichend konkret sein. Hierzu gehören auch Darlegungen, inwiefern durch das Angebot alle vom Rundfunkrat zugrunde gelegten Kriterien des Drei-Stufen-Tests aus Sicht der Intendantin erfüllt werden. Soweit erforderlich sollte der Rundfunkrat noch vor der Verfahrenseröffnung mögliche Sachverhaltslücken oder Begründungsmängel durch Rückfragen bei der Intendantin klären und auf eine **Präzisierung des Antrags und der Begründung hinwirken**. Auch im Interesse der Antragstellerin erspart dies Rückfragen in einem späteren Stadium, wenn aufgrund der Verfahrensbeteiligung Dritter und der Begutachtung der marktlichen Auswirkungen des Vorhabens nachträgliche Abänderungen des Angebotskonzepts und der Begründung schwieriger sind. Es ist zu empfehlen, diese Möglichkeit zu nutzen und sie nicht etwa durch zu eng gesetzte Zeitfenster zwischen der Angebotsvorlage und der Verfahrenseröffnung einzuschränken.

Aus Transparenzgesichtspunkten und unter dem Aspekt der Verpflichtung, Stellungnahmen einzuholen, wäre es bedenklich, eine etwaige von der Angebotsbeschreibung abweichende "Genehmigungsvorlage" der Intendantin zur Grundlage der Entscheidung zu machen. Grundsätzlich sind alle von der Intendantin vorgelegten Unterlagen zu veröffentlichen; Ausnahmen sind lediglich zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen der Intendantin oder Dritter – so z. B. von Vertragspartnern der Rundfunkanstalt – zulässig.

1.3. Ist das Angebot/sind Teilangebote **bereits gesetzlich beauftragt**?

Bestimmte (Teil-)Angebote innerhalb eines beantragten Vorhabens können bereits aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen zulässig sein und unterliegen nicht dem Drei-Stufen-Test. Es ist verfahrensökonomisch sinnvoll, solche Bestandteile von vornherein aus der Prüfung auszunehmen. Daher sollte

auch in der Angebotsbeschreibung dargestellt werden, welche Teile des beantragten Vorhabens das betrifft. Im Einzelnen sind dies:

- Rundfunkprogramme (auch zeitgleich im Internet gestreamt),
- Sendungen auf Abruf bis zu sieben Tage nach ihrer Ausstrahlung bzw. bis zu 24 Stunden bei Großereignissen oder Spielen der 1. und 2. Fußball-Bundesliga,
- sendungsbezogene Telemedienangebote, die in einem Telemedienkonzept beschrieben sind, bis zu 7 Tage nach Ausstrahlung der Sendung.

Dagegen sind zeit- und kulturgeschichtliche Archive nach dem jetzigen Gesetzeswortlaut, vermutlich aufgrund eines Redaktionsversehens des Gesetzgebers, einem Drei-Stufen-Test zu unterziehen. Möglicherweise wird dies aber in der Begründung zum RStV-E noch korrigiert.

1.4. Ist das Angebot/sind Teilangebote bereits aufgrund gesetzlicher Beschränkungen **nicht zulässig**?

Bestimmte Telemedienangebote bzw. Teile davon sind nach den neuen gesetzlichen Vorgaben unzulässig. Es erscheint sinnvoll, noch vor der Veröffentlichung der Angebotsbeschreibung zu prüfen, ob dies für das geplante Angebot oder Teile davon der Fall ist. So kann der Rundfunkrat der Intendantin, falls es Anlass zu entsprechenden Rückfragen gibt, Gelegenheit geben, vor Verfahrenseröffnung den Antrag entsprechend zu ergänzen oder zu korrigieren.

Unzulässig sind alle Angebote, die nicht journalistisch-redaktionell veranlasst oder gestaltet sind. Der Begriff *journalistisch-redaktionell* nimmt unter anderem Bezug auf das bereits bisher geltende Verständnis des Funktionsauftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, zur Meinungsbildung beizutragen, indem Inhalte professionell journalistisch aufbereitet und verbreitet werden.

Unzulässig sind auch nichtsendungsbezogene *presseähnliche* Angebote. Ein nichtsendungsbezogenes Angebot muss daher, um zum Drei-Stufen-

Test "zugelassen" zu werden, eine rundfunk-typische Kombination von Text, Ton und Bild aufweisen und darf den gestalterischen Schwerpunkt nicht allein in den Texten setzen. Unzulässig sind weiterhin Werbung oder Sponsoring, Angebote, die gekaufte Spielfilme oder Serien enthalten, flächendeckende Lokalberichterstattung sowie detaillierte weitere Angebotsformen gemäß der "Negativliste" zu § 11d Abs. 5 RStV-E. Bei der Auslegung der gesetzlichen Verbote ist eine verfassungskonforme Auslegung geboten, d. h. von mehreren Auslegungsmöglichkeiten ist diejenige zu wählen, die die Rundfunkfreiheit der Rundfunkanstalten am ehesten berücksichtigt. So ist etwa das in der Amtlichen Begründung genannte Motiv des Gesetzgebers für die "Negativliste", dass damit Angebote ausgenommen würden, die für Erwerbszwecke kommerzieller Anbieter relevant sind, nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts allein kein zulässiges Motiv für eine Begrenzung des Auftrags der Rundfunkanstalten.

2. PHASE: Verfahrenseröffnung

2.1. Zeitlicher Ablaufplan

Sobald dem Rundfunkrat eine vollständige Angebotsvorlage vorliegt, sehen die Satzungsentwürfe vor, dass der Rundfunkrat zunächst einen zeitlichen Ablaufplan erstellt, der hilft, das komplexe Verfahren zu organisieren.

Für die gebotene eigenständige Beurteilungsentscheidung des Rundfunkrats, vor allem für die hinreichende Sachverhaltsermittlung, ist es wichtig, ausreichende Fristen zu wählen, um auch bei der Prüfung neuer Fragestellungen im Lauf des Verfahrens im vorgegebenen Zeitplan bleiben zu können. Auch sollte der Rundfunkrat sicherstellen, dass ausreichende Möglichkeiten für die Beratung im Plenum nicht nur einer "letzten" Entscheidungsvorlage, sondern auch z. B. von Berichten aus den Ausschüssen und Entscheidungsentwürfen von Berichterstattern oder Bericht erstattenden Arbeitsgruppen etc. verbleiben.

Die Satzungsentwürfe sehen eine Gesamtverfahrensdauer von sechs Monaten vor, beginnend mit der Zuleitung der ausgearbeiteten Vorlage an den

Rundfunkrat. Im Interesse der möglichst baldigen Umsetzbarkeit eines geplanten Angebots erscheint eine feste zeitliche Begrenzung der Verfahrensdauer zwar sinnvoll. Jedoch wird der notwendige Verfahrensaufwand voraussichtlich stark vom konkreten Einzelfall sowie davon abhängen, ob es sich um ein sendereigenes oder um ein Gemeinschaftsangebot handelt. Es empfiehlt sich in jedem Fall, eine ausreichende Zeitspanne für das Vorverfahren einzuplanen.

2.2. Beschluss zur Verfahrenseröffnung

Als weiterer Schritt ist ein Beschluss des Rundfunkrats zur Verfahrenseröffnung erforderlich. Das gilt auch für die Prüfung der bereits vorhandenen und fortgeführten Angebote ("Bestand").

2.3. Veröffentlichung

Der Rundfunkrat hat das Vorhaben zu veröffentlichen. Neben der Veröffentlichung auf der Internetseite des Rundfunkrats ist es sinnvoll, auch eine Pressemitteilung mit dem Hinweis auf die Möglichkeit zur Stellungnahme herauszugeben.

2.4. Gelegenheit zur Stellungnahme

Sinnvollerweise zusammen mit der Veröffentlichung der Angebotsvorlage gibt der Rundfunkrat Dritten Gelegenheit zur Stellungnahme und setzt eine Frist zur Abgabe der Stellungnahmen fest. Der RStV-E sieht eine Mindestfrist von sechs Wochen ab der Veröffentlichung vor, die je nach Angebot vom Rundfunkrat auch angemessen verlängert werden kann.

2.5. Verschwiegenheitserklärungen

Die Satzungsentwürfe sehen zur Verfahrenseröffnung eine Abgabe von schriftlichen Verschwiegenheitserklärungen durch die Mitglieder des Rundfunkrats bezüglich möglicher im Verfahren bekannt gewordener Geschäftsgeheimnisse vor, die zusätzlich zu der bereits aufgrund des Amtes als Rundfunkratsmitglied bestehenden Verschwiegenheitspflicht abgegeben werden sollen.

3. PHASE: Informationssammlung

3.1. Beauftragung des Marktgutachtens

Der Rundfunkrat muss zur Entscheidungsbildung ein Marktgutachten einholen (obligatorisches Gutachten). Für die medienökonomischen Fragestellungen hat der Gesetzgeber also die Hinzuziehung externen Sachverständigen für zwingend erforderlich gehalten, während publizistische Fragestellungen vom Rundfunkrat auch ohne Hinzuziehung von Sachverständigen beurteilt werden können. Falls der Rundfunkrat es für notwendig erachtet, kann er aber auch für diese und weitere Fragen externe Beratung hinzuziehen (fakultative Gutachten).

Unterhalb des Schwellenwerts von € 206.000,-, der eine Ausschreibungspflicht auslöst, kann der Gutachtauftrag grundsätzlich frei vergeben werden. Es bietet sich aber ein freiwilliges Interessenbekundungsverfahren an, wie es vom MDR-Rundfunkrat und dem NDR-Rundfunkrat in ihren bereits eingeleiteten Drei-Stufen-Testverfahren durchgeführt wurde. Dabei empfiehlt es sich, die ausgeschriebene Leistung möglichst genau zu spezifizieren und transparent darzulegen, worin genau der Gutachtauftrag besteht und anhand welcher Kriterien eine Auswahlentscheidung getroffen wird.

3.2. Stellungnahmen Dritter und weitere mögliche Schritte zur Informationsermittlung

Ein zentrales Element des neuen Prüfverfahrens ist die Möglichkeit für Dritte, zu dem geplanten Vorhaben Stellung zu nehmen. Sinn und Zweck der Stellungnahmen Dritter ist es, die Informations- und Entscheidungsgrundlage für den Rundfunkrat zu verbessern und ihn so in die Lage zu versetzen, eine möglichst objektive Entscheidung zu treffen.

Über diese obligatorischen (Erst-)Stellungnahmen hinaus hat der Rundfunkrat im Rahmen seiner Befugnis zur Informationsermittlung die Möglichkeit, Dritte z. B. zu den Ergebnissen des Marktgutachtens, zu im Lauf des Verfahrens modifizierten Angebotsvorlagen oder beabsichtigten Teilgenehmigungen ergänzend mündlich anzuhören bzw. schriftliche Rückfragen an sie

zu richten. Für die Informationsgewinnung kann der Rundfunkrat auch auf die Ressourcen der Anstalt zurückgreifen. Zur Vermeidung von Missverständnissen ist darauf hinzuweisen, dass der Rundfunkrat zu diesen weiteren Schritten lediglich berechtigt, nicht aber verpflichtet ist, zumal der Gesetzgeber davon ausgeht, dass das Verfahrensrecht zur Stellungnahme den Dritten keine subjektiven Rechte verleiht.

3.3. Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen

Wenn es Daten gibt, die die **Rundfunkanstalt** nicht offen legen kann, z. B. Informationen, für die sie selbst einer Verschwiegenheitspflicht unterliegt, sollte der Rundfunkrat, um die Stellungnahmemöglichkeit Dritter auch in diesen Fällen nicht leerlaufen zu lassen, darauf achten, dass die Intendantin

- in ihrer Vorlage dem Rundfunkrat darlegt, dass ein objektives Interesse an der Geheimhaltung der entsprechenden Information besteht, das auch unter Berücksichtigung der Ziele des Drei-Stufen-Tests Bestand hat, und
- dem Rundfunkrat bzw. Gutachter **für die Veröffentlichung** auch **eine nichtvertrauliche Fassung** vorlegt, in der die schützenswerten Details geschwärzt oder umschrieben sind.

Betriebs- und **Geschäftsgeheimnisse Dritter** – sofern solche in den Stellungnahmen enthalten sein sollten – hat der Rundfunkrat ebenfalls zu wahren. Diese Verpflichtung besteht **auch gegenüber der Intendantin**, so dass die Stellungnahmen Dritter sowie das Marktgutachten der Intendantin zur Kommentierung nur in einer nicht vertraulichen Fassung zugeleitet werden sollten.

Zum Schutz der Intendantin und zur Wahrung ihrer Möglichkeiten, zu allen eingegangenen Stellungnahmen und dem Marktgutachten Kommentare abgeben zu können, sollten allerdings – wie es beispielsweise in kartellrechtlichen Verfahren gängige Praxis ist – die als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse geschwärzten Stellen mit entsprechenden Erklärungen versehen werden, aus denen sich ergibt, was Gegenstand der geschwärzten Passage ist. Zudem sollte sich die Entscheidung auf geschützte Informationen nur insofern stützen, als ihr Inhalt im Verfahren vorgetragen wurde.

4. PHASE: Entscheidung

4.1. Anwendung der Drei-Stufen-Test-Kriterien

Mit dem Drei-Stufen-Test hat der Rundfunkrat zu prüfen, ob das geplante Angebot unter den unbestimmten Rechtsbegriff des **Auftrags** zu fassen ist. Der Gesetzgeber hat diese Prüfung in drei Stufen aufgegliedert, die er in der Amtlichen Begründung sowohl als *drei Bereiche* als auch als *drei Verfahrensstufen* bezeichnet. Daher empfiehlt es sich, die vom Gesetz vorgezeichneten **drei "Stufen" der Prüfung zu berücksichtigen** und alle dort genannten Prüfpunkte formell einzuhalten.

Das Verhältnis der drei Stufen zueinander ist allerdings in mehrfacher Hinsicht unklar, so dass die Anwendung der drei Stufen inhaltlich am ehesten als eine **Gesamtabwägung** unter Berücksichtigung aller genannter Faktoren zu verstehen ist. Das entspricht auch der aus ökonomischer Sicht angezeigten Interpretation des Drei-Stufen-Tests als einer Nutzen-Kosten-Abwägung, bei der auf den beiden ersten Stufen der (publizistische) Nutzen des geplanten Angebotes zu bestimmen und mit dem auf der dritten Stufe zu bestimmenden Finanzbedarf abzuwägen ist.

Bei dieser Abwägung hat der Rundfunkrat einen weiten Spielraum, sowohl was die integrierte oder separate Bestimmung des Nutzens des geplanten Angebots auf den beiden ersten Stufen des Tests betrifft, als auch, was die Auswahl und Gewichtung der Kriterien anbelangt, die z. B. die Publizistik, die Journalistik, die Ökonomie und andere Disziplinen für die Bestimmung des publizistischen Nutzens von (Tele-)Medienangeboten vorgeschlagen haben. Entscheidend ist aus rechtlicher Sicht lediglich, dass er alle gesetzlich genannten Prüfkriterien berücksichtigt und angemessen miteinander abwägt.

4.2. Beschlussvorbereitung

Der Rundfunkrat hat im Drei-Stufen-Test eine unabhängige Entscheidung zu treffen. Diese Unabhängigkeit muss auch in organisatorischer Hinsicht gewährleistet sein. Angesichts des zeitlichen und inhaltlichen Umfangs der

Prüfung und der Vielzahl der in dieser Prüfung zu berücksichtigenden Punkte ist die interne Willensbildung und Beschlussvorbereitung von wesentlicher Bedeutung für die Durchführung des Drei-Stufen-Tests. Hierbei hat der Rundfunkrat einen hohen Gestaltungsspielraum. Angesichts der Komplexität des Verfahrens erscheint es sinnvoll, in den jeweiligen Verfahrensstadien durch eine **Bericht erstattende Person oder Arbeitsgruppe** eine **vorläufige Bewertung**, vorläufige Stellungnahmen sowie später ggf. einen vorläufigen Entscheidungsentwurf zu entwickeln. Eine solche "etappenweise" Entwicklung der Entscheidung sollte möglichst frühzeitig, am besten bereits in der Phase der Vorprüfung, begonnen werden.

4.3. Beschlussfassung

Bei der Entscheidungsfindung ist stets zu beachten, dass Ausschüsse, Arbeitsgruppen und die Geschäftsstelle die eigenständige Entscheidung durch alle Mitglieder des Rundfunkrats nur vorbereiten können. Der Rundfunkstaatsvertrag sieht für die Genehmigungsentscheidung ein doppelt qualifiziertes Mehrheitserfordernis vor, d. h. die Entscheidung muss mit einer Mehrheit von mindestens 2/3 der anwesenden Mitglieder und mehr als der Hälfte der gesetzlichen Mitglieder des Rundfunkrats getroffen werden.

4.4. Begründung

Die Entscheidungsbegründung kann als zentrales Instrument dafür dienen, die Entscheidungsfindung des Rundfunkrats im Verlauf des Verfahrens zu entwickeln (im Austausch mit den beteiligten Ausschüssen, Arbeitsgruppen sowie ggf. Stellung nehmenden Gremien anderer Rundfunkanstalten) und gegenüber der Rechtsaufsicht sowie nach außen hin zu dokumentieren. Sie kann ferner dazu dienen, eine kontinuierliche Spruchpraxis der Rundfunkräte zu entwickeln. Die Begründung ist zu veröffentlichen und somit neben der veröffentlichten Angebotsbeschreibung das wichtigste Instrument, um die Transparenz der Entscheidung und des Verfahrens gegenüber der Öffentlichkeit herzustellen.

5. PHASE: Abschluss des Verfahrens

5.1. Vorlage an die Rechtsaufsicht

Im Anschluss an die Entscheidungsfindung durch den Rundfunkrat ist die Rundfunkanstalt verpflichtet, die für eine rechtsaufsichtliche Prüfung erforderlichen Unterlagen an die Rechtsaufsicht zu übermitteln. Dies werden regelmäßig alle Unterlagen und Materialien sein, derer sich der Rundfunkrat bei seiner Entscheidungsfindung bedient hat. Da diese Unterlagen zum Teil auch Geschäftsgeheimnisse Dritter enthalten können, empfiehlt es sich trotz des insofern unklaren Gesetzeswortlauts, dass der Rundfunkrat selbst diese Materialien an die Rechtsaufsicht übersendet und dies nicht – wie es in den Satzungsentwürfen vorgesehen ist – der Intendantin überlässt.

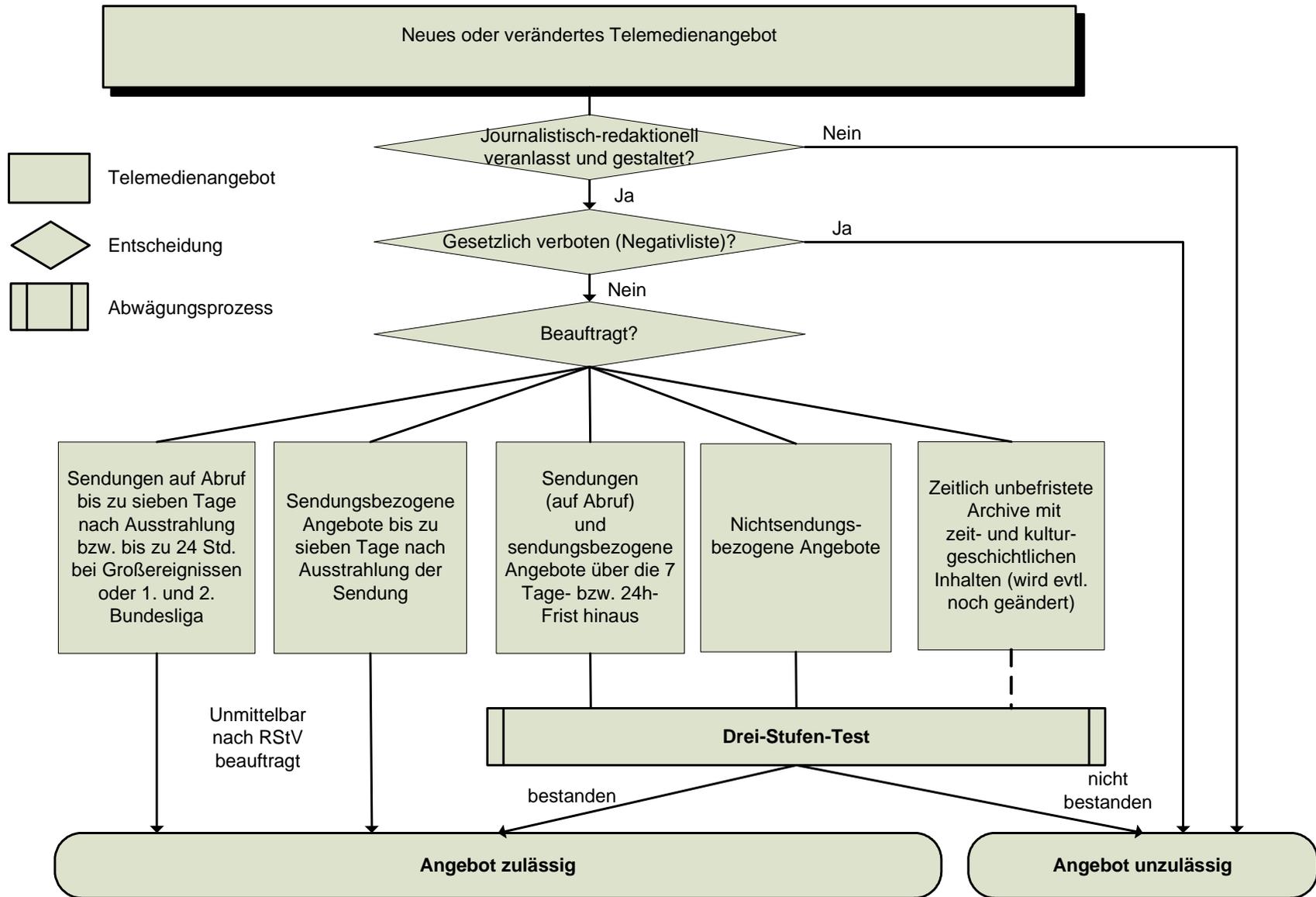
5.2. Bekanntmachung der Entscheidung

Des Weiteren sind das Prüfungsergebnis sowie die eingeholten Gutachten in gleicher Weise wie das Vorhaben bekannt zu machen. Wie auch die Veröffentlichung des Vorhabens sollte dies dem Rundfunkrat als Entscheidungsträger obliegen.

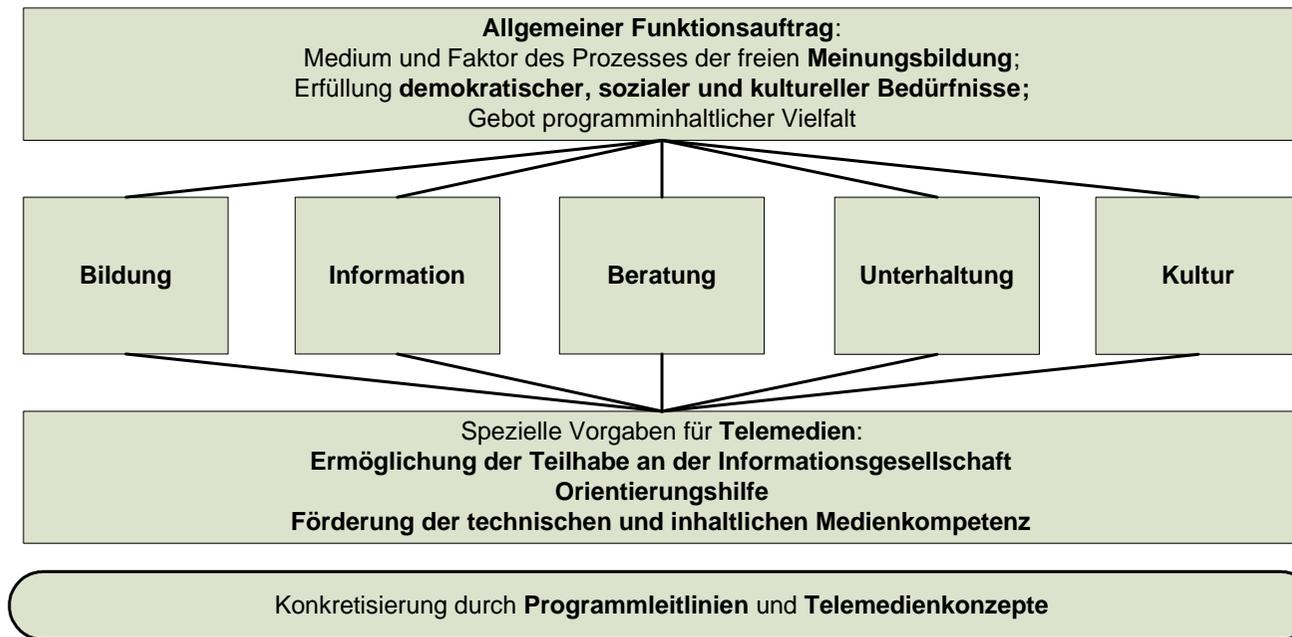
5.3. Rechtsaufsichtliche Prüfung und Verfahrensabschluss

Die Rechtsaufsicht überprüft, ob der Rundfunkrat bei seiner Entscheidung die einschlägigen gesetzlichen Grundlagen eingehalten und keine rechtlich angreifbaren Beurteilungsfehler gemacht hat. Nach Abschluss der rechtsaufsichtlichen Prüfung endet das Verfahren mit der Veröffentlichung der Angebotsbeschreibung in den Amtlichen Verkündungsblättern. Durch diese Veröffentlichung wird das Angebot formell beauftragt und kann verbreitet werden.

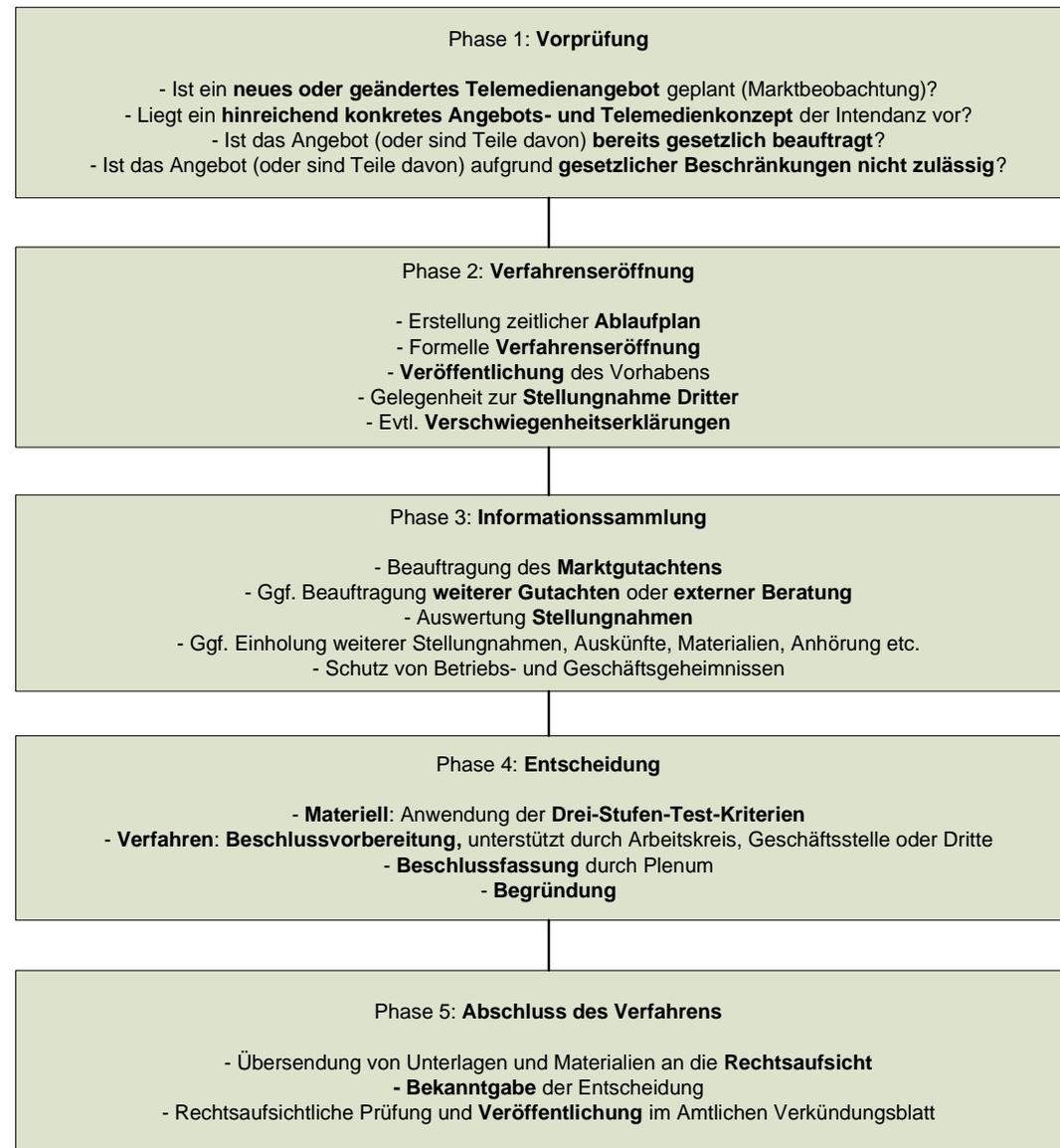
Auf den folgenden Seiten haben wir die wichtigsten der im Text verwendeten Schemata zusammengestellt.



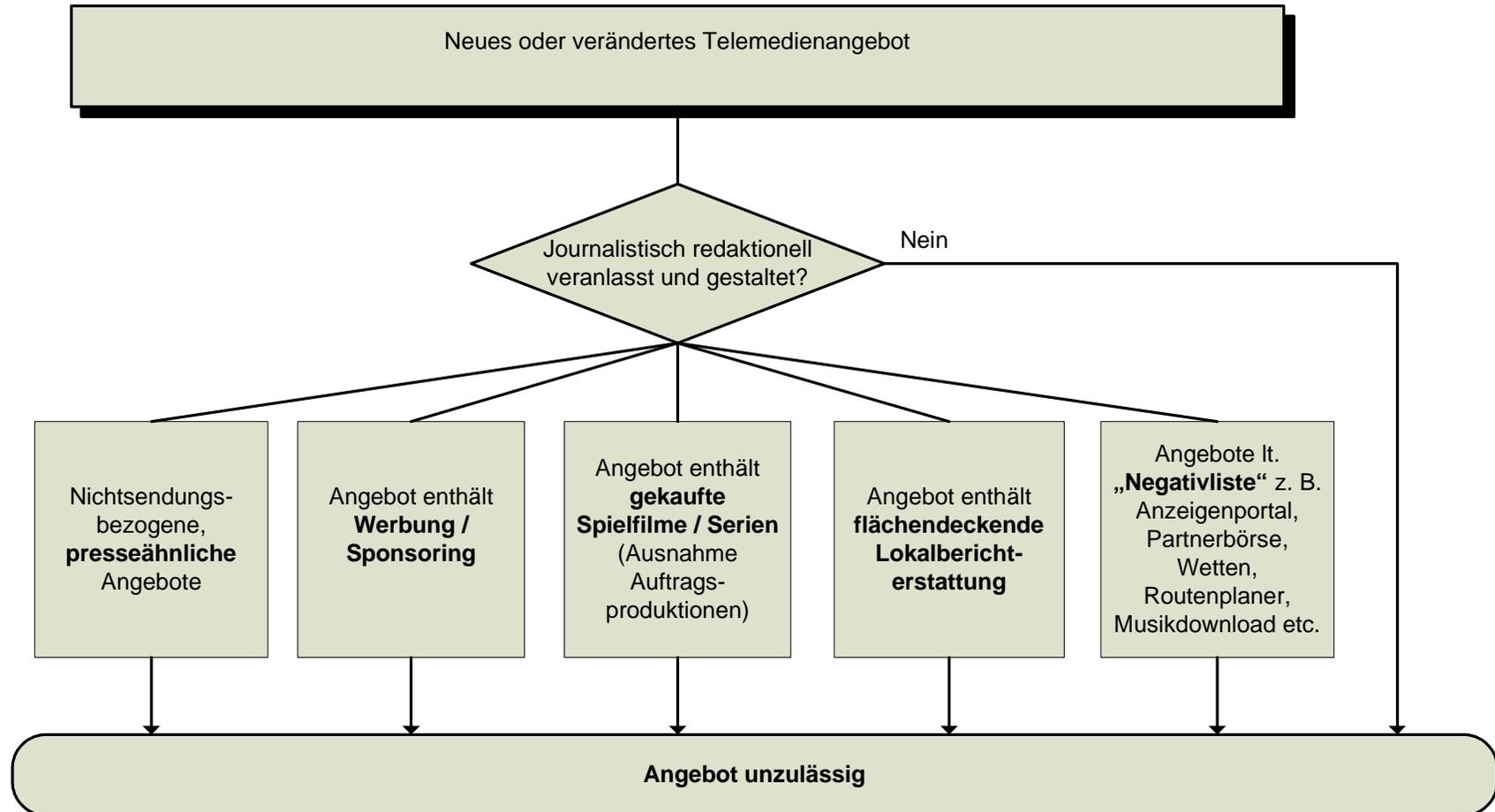
Zulässigkeit gebührenfinanzierter Telemedienangebote nach dem RStV-E



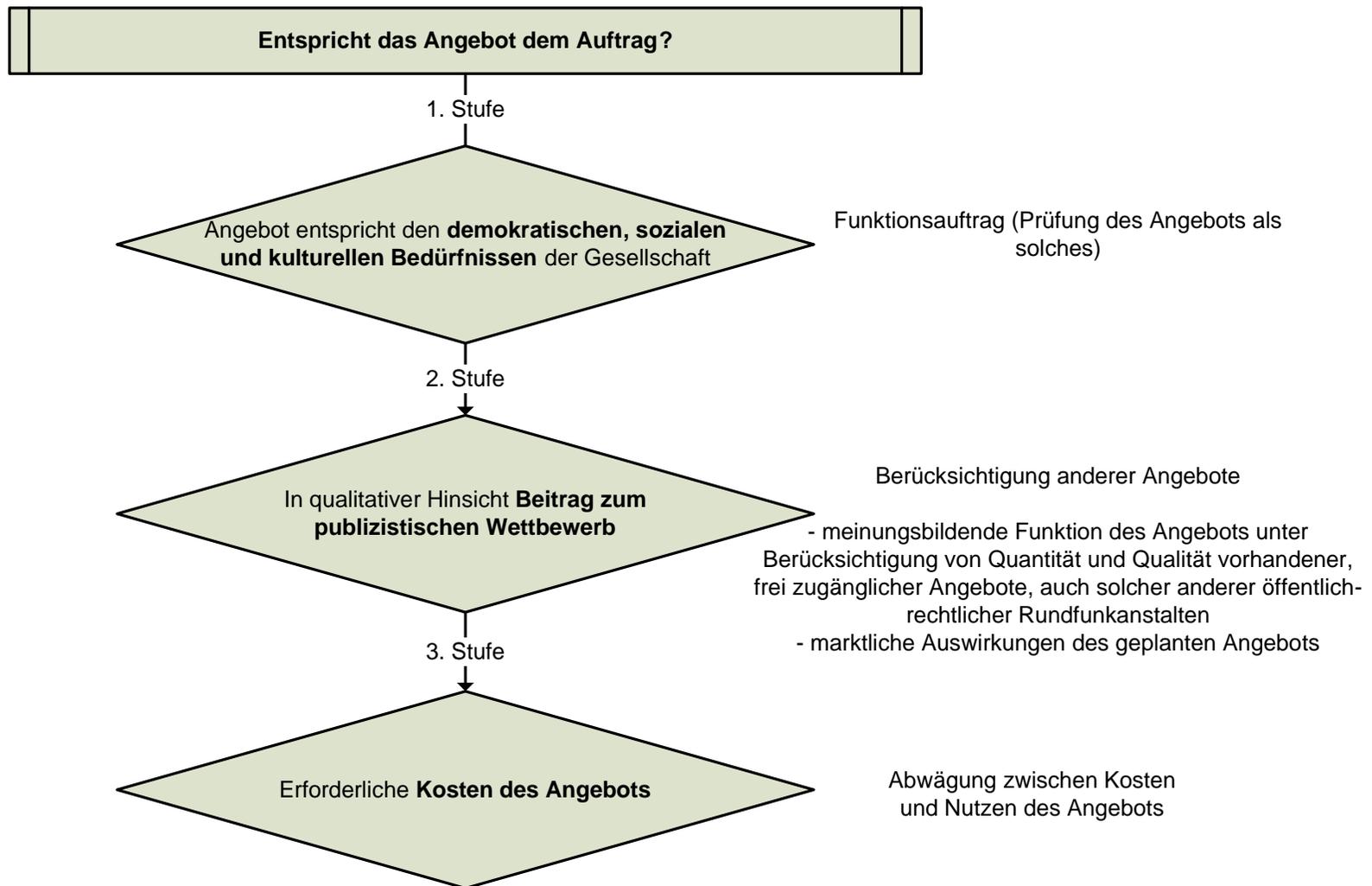
Der Auftrag im Bereich der Telemedien



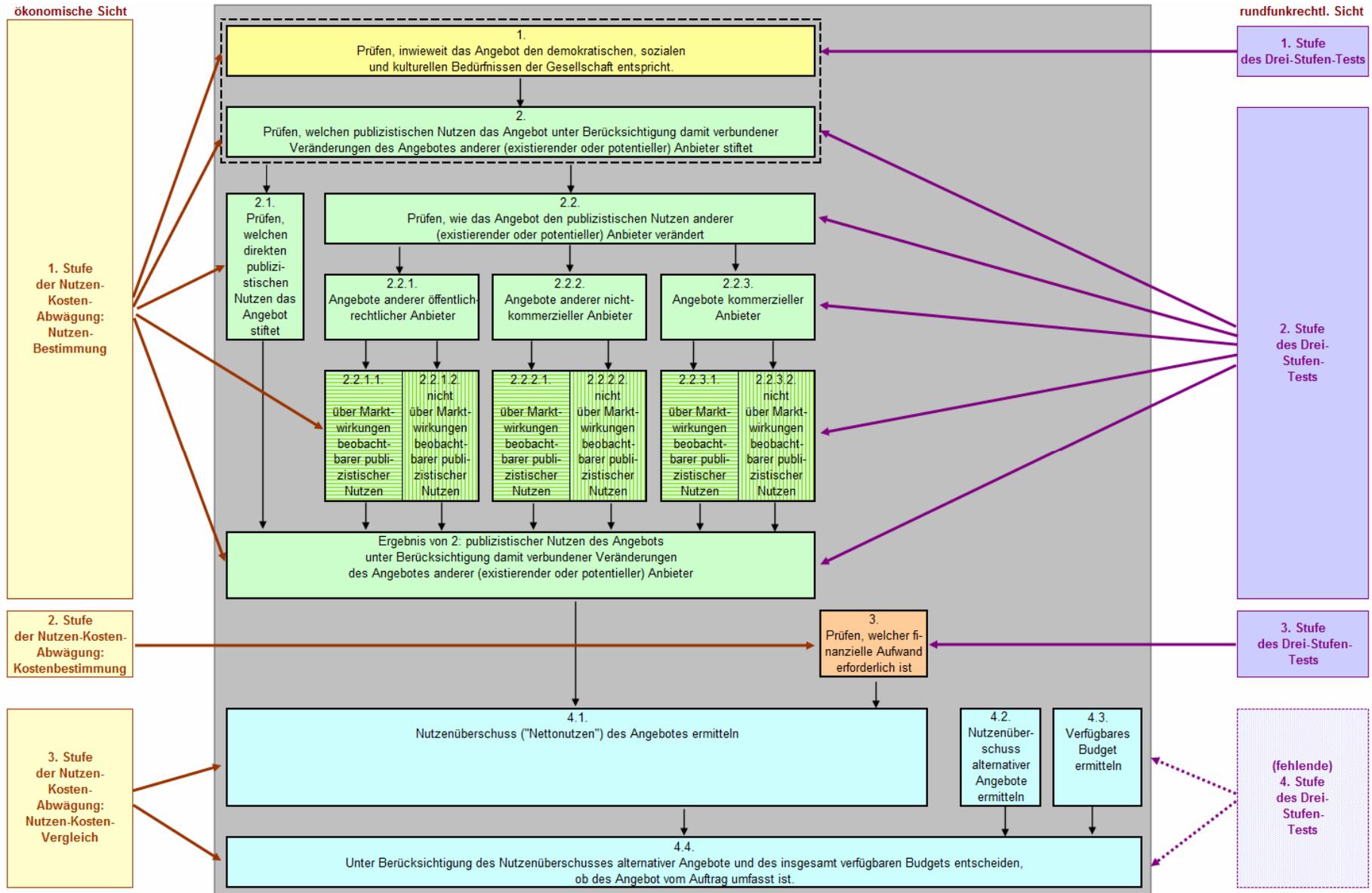
Ablauf des Prüfverfahrens



Gesetzlich unzulässige Angebote nach dem RStV-E

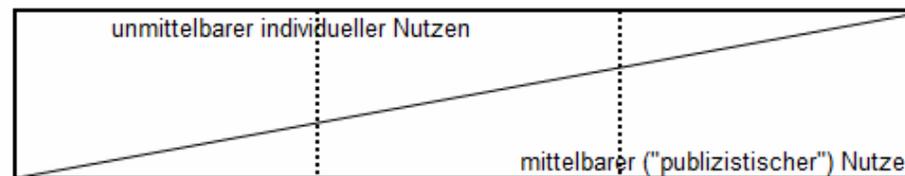


Prüfabfolge im Drei-Stufen-Test

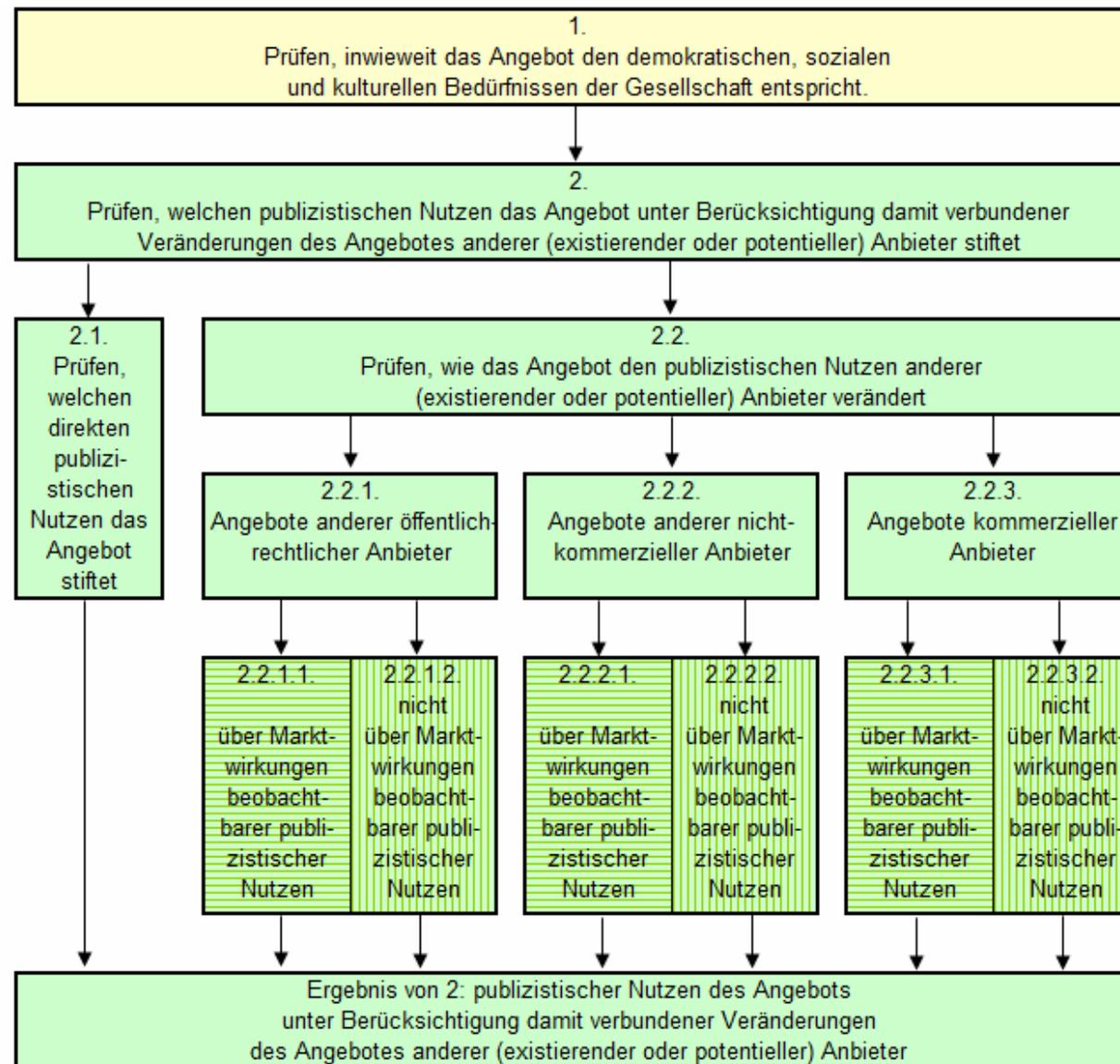


Der Drei-Stufen-Test als Nutzen-Kosten-Abwägung

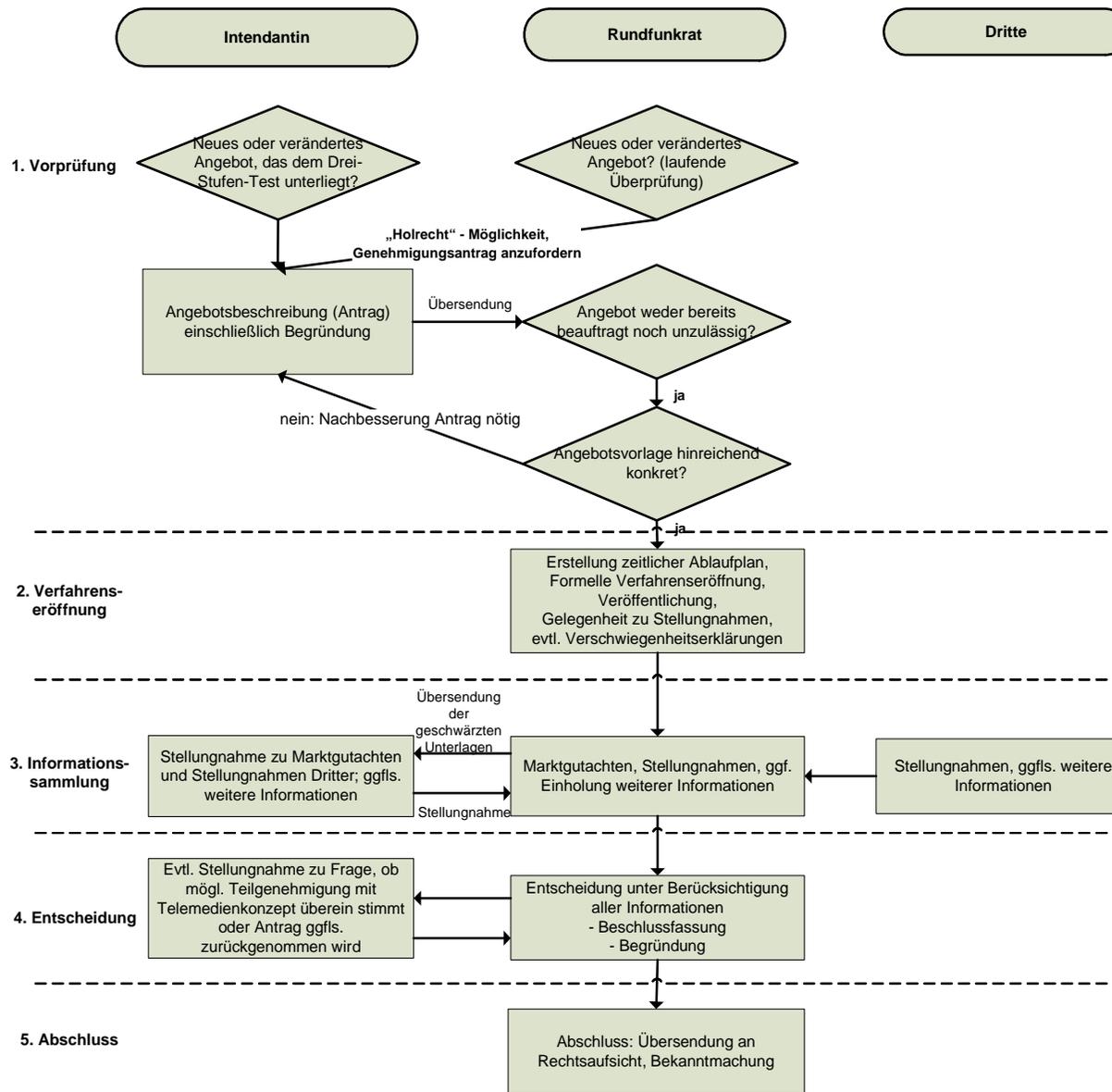
	Medien als Mittel zur Befriedigung privater Bedürfnisse	Medien als Mittel zur Befriedigung privater Bedürfnisse und Mittel zur freien Meinungsbildung	Medien als Mittel zur freien Meinungsbildung	
1. allokativer Marktmängel				1. Folgen allokativer Marktmängel
a) Existenz externer Effekte	•	●	●●	a) mangelnde Gemeinwohlorientierung und -förderung
b) fehlende Ausschließbarkeit	•	●	●●	b) mangelnde Tendenzfreiheit (gegenüber kommerziellen Interessen)
c) fehlende Additivität der Kosten	•	●	●●	c) mangelnde Vielfalt
d) fehlende Symmetrie der Informationen	•	●	●●	d) mangelnde Qualität
e) fehlende Transitivität d. Konsumentenpräferenzen	•	●	●●	e) mangelnde Beachtung/Stärkung von Medienkompetenz
2. distributive Marktmängel				2. Folgen distributiver Marktmängel
a) fehlende Gerechtigkeit d. Ausgangsverteilung	•	●	●●	a) fehlende (Chancengerechtigkeit der) Zugänglichkeit der Angebote
b) fehlende Äquivalenz von Nutzen und Kosten	●	•	•	b) fehlende Äquivalenz zwischen Nutzen und Traglast



Der mittelbare Nutzen der Medien als publizistischer Nutzen und dessen mangelhafte Beurteilbarkeit anhand marktlicher Wirkungen



Der publizistische Nutzen eines neuen Angebotes unter Berücksichtigung damit verbundener Veränderungen des Angebotes anderer Anbieter



Prüfung eines Telemedienangebots im Gesamtverfahren

TEIL A: AUFGABE UND BEDEUTUNG DES DREI-STUFEN-TESTS

1. Rechtliche Grundlagen des Drei-Stufen-Tests

Die Durchführung des Drei-Stufen-Tests verlangt die Anwendung von Rechtsvorschriften, die den Rahmen für die Beurteilungsentscheidung des Rundfunkrats bilden.

Für die Auslegung von Rechtsnormen sind immer ihr Zweck und ihr Gesamtzusammenhang wichtig. Es ist daher sinnvoll, vor der Entwicklung der "Matrix" für das Prüfverfahren in Teil B des Gutachtens zunächst die zugrunde liegenden Prinzipien zu erläutern. Im Rahmen von Teil B wird dann jeweils auf relevante Ausführungen in Teil A verwiesen.

Den rechtlichen Rahmen für den Drei-Stufen-Test bilden die **§§ 11 ff. des Rundfunkstaatsvertrags**²⁵ in der im Entwurf vorliegenden künftigen Fassung des 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrags ("**RStV-E**")²⁶ und die das Verfahren ausgestaltenden **Satzungen** oder Richtlinien der Rundfunkanstalten, die bis zum 1. Juni 2009 erlassen werden sollen.

Der RStV-E ist für den Drei-Stufen-Test maßgeblich. Soweit es Abweichungen zwischen seinen Vorgaben und denen des jeweiligen Landesrundfunkgesetzes (hier: des WDR-Gesetzes)²⁷ oder ausführender Verordnungen gibt, etwa weil bestimmte Staatsvertragsänderungen (noch) nicht in das WDR-

Gesetz übernommen sind, gilt **vorrangig der RStV-E**.²⁸ **Ergänzend** und sofern sie nicht im Widerspruch zum RStV stehen, sind die **Vorschriften des WDR-Gesetzes von Bedeutung**. Insbesondere gelten ergänzend seine Bestimmungen zum **Programmauftrag** des WDR und zu **Organisation und Zuständigkeiten** im WDR und innerhalb des Rundfunkrats.

Für die **Auslegung** heranzuziehen sind vor allem die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Rundfunkfreiheit, beihilferechtliche Vorgaben sowie die Amtliche Begründung zum RStV, in der der Gesetzgeber die Vorschriften erläutert und Hinweise auf ihre Entstehungsgeschichte gibt. Unabhängig davon, ob Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit einzelner Vorschriften (vor allem: der Vereinbarkeit mit der Rundfunkfreiheit) bestehen,²⁹ sind **alle gesetzlichen Vorschriften für den Rechtsanwender verbindlich**. Bei der Rechtsanwendung ist das Verfassungsrecht insoweit zu berücksichtigen, als in Zweifelsfällen eine der Verfassung entsprechende ("**verfassungskonforme**") **Auslegung** vorzunehmen ist.³⁰

Ergänzend sind die **Verfahrenssatzungen** oder -richtlinien gemäß § 11e Abs.1 Satz 2 und § 11f Abs. 3 RStV-E zu beachten. Sie sollen bis zum 1. Juni 2009 von den einzelnen Rundfunkanstalten verabschiedet werden. Nach Kenntnis der Gutachter liegen derzeit ein Satzungsentwurf für das Drei-Stufen-Test-Verfahren bei ARD-Gemeinschaftsangeboten,³¹ ein Muster-Entwurf für die Satzungen der einzelnen ARD-Anstalten für ihre sender-

²⁵ Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien (Rundfunkstaatsvertrag – RStV) vom 31.08.1991 in der Fassung von Artikel 1 des Zehnten Staatsvertrages zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge vom 19.12.2007 (10. RÄndStV, vgl. GBl. 2008, 237), in Kraft getreten am 1.9.2008. Der zum 1. 1. 2009 in Kraft getretene 11. RÄndStV enthält keine Änderungen speziell des RStV.

²⁶ Der Entwurf der Novellierung des Rundfunkstaatsvertrags ("**RStV-E**") durch den 12. Staatsvertrag zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge ("**12. RÄndStV**") ist abrufbar unter: http://www.lfk.de/home/download/RStv_Entwurf_20081022.pdf. Er wurde von den Ministerpräsidenten der Länder beschlossen, aber noch nicht von den Landesparlamenten ratifiziert.

²⁷ Gesetz über den Westdeutschen Rundfunk Köln (WDR-Gesetz) vom 23. März 1985, in der Fassung vom 30.11.2004.

²⁸ § 1 Abs. 2 RStV.

²⁹ Zweifel an der Vereinbarkeit der Begrenzungen des Telemedien-Auftrags mit der Rundfunkfreiheit der Rundfunkanstalten äußert etwa Hahn (2008), 217ff. Vgl. grundsätzlich zur möglichen Verfassungswidrigkeit von Konkurrenzverboten im "dualen System" Stock (2008), 48f. Die ARD-Anstalten haben ein Gutachten zur Verfassungsmäßigkeit der Bestimmungen des 12. RÄndStV in Auftrag gegeben, vgl. Funkkorrespondenz Nr. 10/2009: "ARD und ZDF lassen neuen Rundfunkstaatsvertrag auf Rechtmäßigkeit prüfen".

³⁰ Zu den juristischen Auslegungsregeln vgl. unten A.1.3.2.

³¹ Vgl. Satzungsentwurf "ARD-Genehmigungsverfahren für neue oder veränderte Gemeinschaftsangebote von Telemedien" in der Fassung vom 25. November 2008, nachfolgend: "**Satzungsentwurf ARD-Gemeinschaftsangebote**". Dieser Satzungsentwurf wurde bereits im Kreis der GVK am 4.2.2009 beschlossen, muss jedoch noch jeweils von den Rundfunkräten der ARD-Anstalten verabschiedet werden.

eigenen Angebote³² sowie Satzungsentwürfe des NDR³³ und des BR³⁴ für sendereigene Angebote vor. Ein Satzungsentwurf für das Verfahren bei sendereigenen Angeboten des WDR soll dem WDR-Rundfunkrat demnächst von der Intendantin vorgelegt werden. Die Verfahrenssatzungen des WDR werden vom Rundfunkrat verabschiedet.³⁵

1.1. Neu: Eigenständiger Auftrag für Telemedienangebote

1.1.1. Überblick über die Neuregelungen

Bereits bislang dürfen die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zusätzlich zu ihren Hörfunk- und Fernsehprogrammen auch Telemedien anbieten. Jedoch gehört dies bisher nicht zu ihren originären gesetzlichen Aufgaben. Vielmehr sind Telemedien ebenso wie Druckwerke derzeit nur im Zusammenhang mit der Veranstaltung von Rundfunkprogrammen *programmbegleitend* und *mit programmbezogenem Inhalt* zulässig.³⁶

Das ändert sich durch den 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrag, der am 18. Dezember 2008 von den Ministerpräsidenten der Länder beschlossen wurde und nach der Ratifikation durch die Landesparlamente zum 1. Juni 2009 in

³² Musterentwurf für Satzungen der ARD-Anstalten "Genehmigungsverfahren des [LRA] für neue oder veränderte Telemedien und für ausschließlich im Internet verbreitete Hörfunkprogramme", Fassung vom 4.2.2009, nachfolgend: "**Satzungsentwurf ARD-sendereigene Angebote**".

³³ Vgl. "Entwurf zur Ergänzung der Programmrichtlinie des NDR um den Bereich Telemedien – Stand 19.11.2008 – nachfolgend: "**Satzungsentwurf NDR**".

³⁴ Vgl. Satzungsentwurf "Genehmigungsverfahren des Bayerischen Rundfunks für neue oder veränderte Telemedien und digitale Angebote", in der Fassung vom November 2008, nachfolgend: "**Satzungsentwurf BR**".

³⁵ § 16 Abs. 2 Nr. 1 WDR-Gesetz.

³⁶ § 11 Abs. 1 Satz 2 RStV. Ebenso § 3 Abs. 1 Satz 2 und 3 WDR-Gesetz, sowie § 4 Abs. 3 Satz 1 ARD-Staatsvertrag. Für den Programmbezug wird eine organisatorische, inhaltliche und zeitliche Verbindung zum Rundfunkprogramm verlangt. Vgl. Held in: Hahn/Vesting (2008), § 11 Anhang Rz. 66ff. und Amtliche Begründung zu § 11 Abs. 1 Satz 2 des 7. RÄndStV, "programmbegleitendes Material", a. a. o. § 11 Rz. 14.

Kraft treten soll.³⁷ Die darin enthaltenen Neuregelungen zum Rundfunkstaatsvertrag führen **erstmals einen eigenständigen Auftrag** der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten für journalistisch-redaktionell veranlasste und gestaltete **Telemedien** ein. Sie dürfen künftig auch *unabhängig von einer Bezugnahme auf konkrete Rundfunkprogramme* angeboten werden³⁸, sofern sie den Bestimmungen des RStV-E entsprechen. Wann das der Fall ist, zeigt Abbildung 1.

Unter den Begriff der **Telemedien** fallen insbesondere alle online abrufbaren Inhalteangebote mit Ausnahme linear gestreamter Rundfunkprogramme, z. B. Informationsdienste, Video-on-Demand-Dienste, Podcasts und sonstige Abrufdienste, Websites, Onlinespiele, Suchmaschinen und Chatrooms, sowie, im Bereich der Individualkommunikation, private Homepages, Blog-Seiten u. ä.; auch Abrufdienste über das Handy würden darunter fallen.³⁹

³⁷ Siehe oben, Fn. 26.

³⁸ Vgl. § 11a RStV-E: "*Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks sind Rundfunkprogramme (Hörfunk- und Fernsehprogramm) und Telemedien nach Maßgabe dieses Staatsvertrages und der jeweiligen landesrechtlichen Regelungen.*"

³⁹ Telemedien sind gemäß § 1 Abs. 2 RStV und § 1 Abs. 1 Telemediengesetz "*alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste, soweit sie nicht Telekommunikationsdienste nach § 3 Nr. 24 des Telekommunikationsgesetzes, die ganz überwiegend in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen, telekommunikationsgestützte Dienste nach § 3 Nr. 25 des Telekommunikationsgesetzes oder Rundfunk nach § 2 des Rundfunkstaatsvertrages sind.*" Nicht um Telemedien handelt es sich dagegen bei körperlichen Angebotsformen wie CDs, CD-ROMs oder DVDs, auch wenn sie über das Internet bestellbar sind. Keine Telemedien sind ferner (Übertragungs-)Dienste, die allein den Zugang zum Internet ("Access") vermitteln. Ausgenommen von den vom Drei-Stufen-Test erfassten Telemedien ist der die öffentlich-rechtlichen digitalen Fernsehprogramme begleitende Teletext, vgl. Amtliche Begründung zum RStV-E, zu § 11b, a. E.

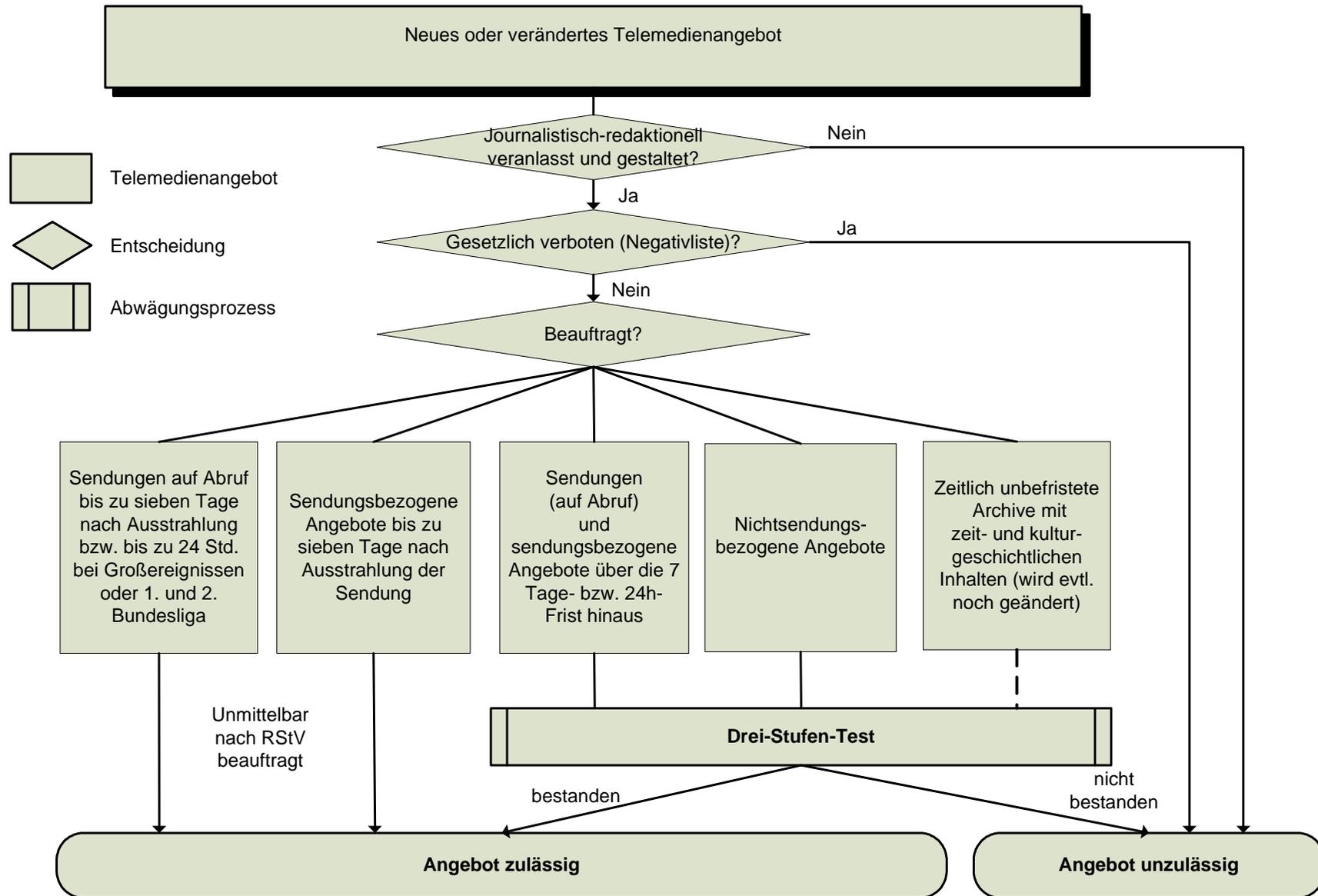


Abbildung 1: Zulässigkeit gebührenfinanzierter Telemidienangebote nach dem RStV-E

Der Telemedienauftrag für die Rundfunkanstalten bezieht sich auf **journalistisch-redaktionell veranlasste und gestaltete** Telemedien.⁴⁰ Dabei sind **bestimmte Angebotsformen und Inhalte vom Auftrag ausdrücklich ausgenommen**.

So sind (wie bisher) *Werbung und Sponsoring* in Telemedien sowie künftig auch *presseähnliche nicht-sendungsbezogene* Telemedien⁴¹ nicht gestattet. Ferner sind in § 11d Abs. 5 RStV-E und einer beigefügten "Negativliste" eine Reihe weiterer unzulässiger gebührenfinanzierter Angebote aufgeführt. Aufgrund des gesetzlichen Verbots stellt sich bei diesen Angeboten nicht erst die Frage, ob sie zu den gesetzlich beauftragten Telemedien gehören oder ein Drei-Stufen-Test durchzuführen ist.

Diese Einschränkungen des Auftrags und die hierfür relevanten Abgrenzungskriterien werden im Verfahrensteil (B.1.4) im Einzelnen dargestellt.⁴²

In begrenztem Umfang sind **Telemedienangebote** der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten künftig **unmittelbar auf gesetzlicher Grundlage zulässig**, wie das auch für die Rundfunkprogramme der Fall ist:⁴³ *Sendungen von Programmen* und *sendungsbezogene Telemedien* dürfen während eines Zeitraums von 7 Tagen nach ihrer Ausstrahlung (bzw. bei Fußball-Bundesligaspielen und anderen "Großereignissen" für 24 Stunden) zum elektronischen Abruf bereitgestellt werden.⁴⁴ Für sie ist also kein Drei-Stufen-Test notwendig. Für die sendungsbezogenen Telemedien ist allerdings vorgese-

⁴⁰ Zum Begriff *journalistisch-redaktionell veranlasst und gestaltet* siehe unten B.1.4. Auch für Rundfunkprogramme ist *journalistisch-redaktionell gestaltet* künftig ein Definitionsmerkmal, vgl. § 2 Abs. 3 RStV-E.

⁴¹ Zum Begriff der *presseähnlichen nicht-sendungsbezogenen* Angebote siehe unten, B.1.4.

⁴² § 11d Abs. 5 RStV-E und die dem RStV-E als Anlage beigefügte Negativliste.

⁴³ Ebenso werden öffentlich-rechtliche Fernseh- und Hörfunkprogramme, die nicht ausschließlich im Internet verbreitet werden, bereits durch das Gesetz beauftragt (so genannte "geschlossene Beauftragung"). Vgl. für die Fernsehprogramme der ARD und des ZDF sowie die Hörfunkprogramme von Deutschlandradio §§ 11b und c RStV-E; für die landesweiten Fernseh- und Hörfunkprogramme der ARD-Anstalten §§ 11b Abs. 2, 11c Abs. 1 RStV-E i.V.m. den jeweiligen Landesgesetzen, d. h. für die WDR-Programme dem WDR-Gesetz.

⁴⁴ § 11d Abs. 2 Nr. 1 RStV-E. Zu den Begriffen im Einzelnen siehe unten, B.1.3.

hen, dass sie jeweils in einem Telemedienkonzept zu beschreiben sind.⁴⁵ Dies ist unten im Rahmen des Prüfrasters (B.1.3) erläutert.

Im Übrigen sind **Telemedienangebote nach Maßgabe eines Telemedienkonzepts und nach Durchführung eines Drei-Stufen-Tests gestattet**: Das betrifft die Bereitstellung zum Abruf von *Sendungen von Programmen* und *sendungsbezogene Telemedien* über die 7-Tage-(bzw. 24-Stunden)-Frist hinaus, das Angebot *nicht sendungsbezogener Telemedien* und ferner zeitlich unbefristete *Archive mit zeit- und kulturgeschichtlichen Inhalten*.⁴⁶ Dem Drei-Stufen-Test unterliegen zudem ausschließlich im Internet verbreitete *Hörfunkprogramme*.⁴⁷

Die Zulässigkeit dieser Angebote hängt also davon ab, dass

- 1) sie hinreichend konkret in einem Telemedienkonzept der Rundfunkanstalt beschrieben werden und
- 2) vor Aufnahme jedes neuen oder geänderten Angebots die zuständigen Gremien einen Drei-Stufen-Test durchgeführt und entschieden haben, dass das geplante Angebot vom Auftrag umfasst ist.⁴⁸

Die eigentliche "Beauftragung" im förmlichen Sinne erfolgt für diese Angebote jeweils nach Prüfung durch die Rechtsaufsicht durch Veröffentlichung der Angebotsbeschreibung im Amtlichen Verkündungsblatt.

Diesem Verfahren sind bis Ende August 2010 auch alle (nicht schon unter die 7-Tage-Regel fallenden) bereits **vorhandenen Telemedienangebote** zu unterziehen (der so genannte „Bestand“), sofern sie über den 31. Mai 2009

⁴⁵ Vgl. § 11d Abs. 2 RStV-E.

⁴⁶ Zu den Begriffen *Sendungsbezug*, *zeitgeschichtliche Inhalte* usw. und zu dem Problem, dass die zeitlich unbefristeten Archive offensichtlich nur aufgrund eines Versehens des Gesetzgebers auch dem Drei-Stufen-Test unterliegen, vgl. B.1.3.

⁴⁷ Vgl. § 11c Abs. 1 Satz 2 RStV-E.

⁴⁸ Vgl. § 11d Abs. 2 Nr. 2 bis 4 i. V. m. § 11f Abs. 4 RStV-E.

hinaus *fortgeführt* werden.⁴⁹ Bis zu dieser Entscheidung darf das vorhandene Angebot fortgesetzt werden. Für den Bestand muss also der Rundfunkrat entscheiden, ob die Fortführung des jeweiligen Angebots zum Auftrag gehört.

Die Entscheidung und anschließende Beauftragung durch die Rechtsaufsicht erfolgt jeweils konkret für im Einzelnen zu beschreibende Angebote, und ggf. auch nur für einen beschränkten Zeitraum ("Verweildauer").⁵⁰ Es sei darauf hingewiesen, dass vorliegend für die Entscheidung des Rundfunkrats im Drei-Stufen-Test auch der Begriff "**Genehmigung**" verwendet wird, entsprechend der Formulierung in den vorliegenden Entwürfen für die Verfahrensentscheidungen. Dieser Begriff passt insofern, als der Rundfunkrat in diesem Verfahren dem Antrag der Intendantin stattgibt oder auch nicht. Hierbei handelt es sich jedoch nicht um eine der Behördenentscheidung gegenüber einem Bürger vergleichbare Genehmigung,⁵¹ sondern eher um eine Stufe im Rahmen eines Normsetzungsverfahrens, innerhalb dessen der gesetzliche Auftrag festgelegt wird.

1.1.2. Was bedeutet "Auftrag" im Bereich der Telemedien?

Nach den soeben beschriebenen neuen Regelungen sind gebührenfinanzierte Telemedienangebote zulässig, wenn sie nicht bereits gesetzlich untersagt sind und entweder unter die unmittelbar gesetzlich beauftragten Angebote fallen ("7-Tage-Abwurf"), oder im Rahmen des Drei-Stufen-Tests der Rundfunkrat festgestellt – und die Rechtsaufsicht bestätigt – hat, dass *das Angebot vom Auftrag umfasst* ist.⁵²

⁴⁹ Vgl. die Übergangsvorschrift Art. 7 Abs. 1 des 12. RÄndStV. Kritik an der Entscheidung des Gesetzgebers, auch den Bestand dem Drei-Stufen-Test zu unterwerfen, der an sich als Prognoseentscheidung angelegt ist, übt Dörr (2008), 7.

⁵⁰ Vgl. § 11f Abs. 4 RStV-E am Ende: „*Darzulegen ist der voraussichtliche Zeitraum, innerhalb dessen das Angebot stattfinden soll.*“

⁵¹ Eine solche Genehmigung durch die Verwaltung gegenüber dem Bürger ergeht in Form eines Verwaltungsakts, vgl. Stelkens in: Stelkens/Bonk/Sachs (2008), § 35 Rz. 10.

⁵² Vgl. §§ 11f Abs. 4 Satz 1 i. V. m. Abs. 6 Satz 1 RStV-E.

Entscheidender **Schlüsselbegriff** für die Prüfung ist also der Begriff des **Auftrags** (auch als **Funktionsauftrag** oder **Programmauftrag** bezeichnet). Früher wurde zudem der missverständliche Begriff "Grundversorgung" verwendet.⁵³

Im Weiteren werden die rechtlichen Vorgaben für die Auftragsbestimmung in folgendem **Gliederungsablauf** dargestellt:

Auch für öffentlich-rechtliche Telemedienangebote gilt der allgemeine Funktionsauftrag (s. u. A.1.1.2.1). Er wird u. a. in dem Gebot, bestimmte Gegenstände im Programm abzudecken, und in inhaltlichen Leitgrundsätzen näher beschrieben (s. u. A.1.1.2.2). Im Zusammenhang mit dem Funktionsauftrag gibt es ferner grundsätzliche Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts dazu, in welcher Weise im "dualen System" öffentlich-rechtliche Rundfunkprogramme mit privatwirtschaftlich finanzierten Rundfunkprogrammen im publizistischen Wettbewerb stehen sollen (s. u. A.1.1.2.3). Der Auftragsbegriff wird ferner in Programmleitlinien der Rundfunkanstalten näher konkretisiert (s. u. A.1.1.2.4). Speziell für den Telemedienbereich gibt es (in Ansätzen) in der Verfassungsrechtsprechung und in den künftigen Regelungen des RStV-E Vorgaben dazu, wie der Auftrag zu verstehen ist (s. u. A.1.1.2.5).

⁵³ Der Begriff "Grundversorgung" könnte insofern missverstanden werden, als er eine Beschränkung des Auftrags oder gegenständliche Abgrenzung im Verhältnis zum Tätigkeitsbereich privater Anbieter suggeriert, wonach sich der öffentlich-rechtliche Rundfunk auf die Deckung von "Grundbedürfnissen" beschränken sollte. Dies ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts jedoch nicht der Fall, st. Rspr., vgl. BVerfGE 74, 297, 325f. - Baden-Württemberg; BVerfGE 87, 181ff. - 7. Rundfunkurteil.

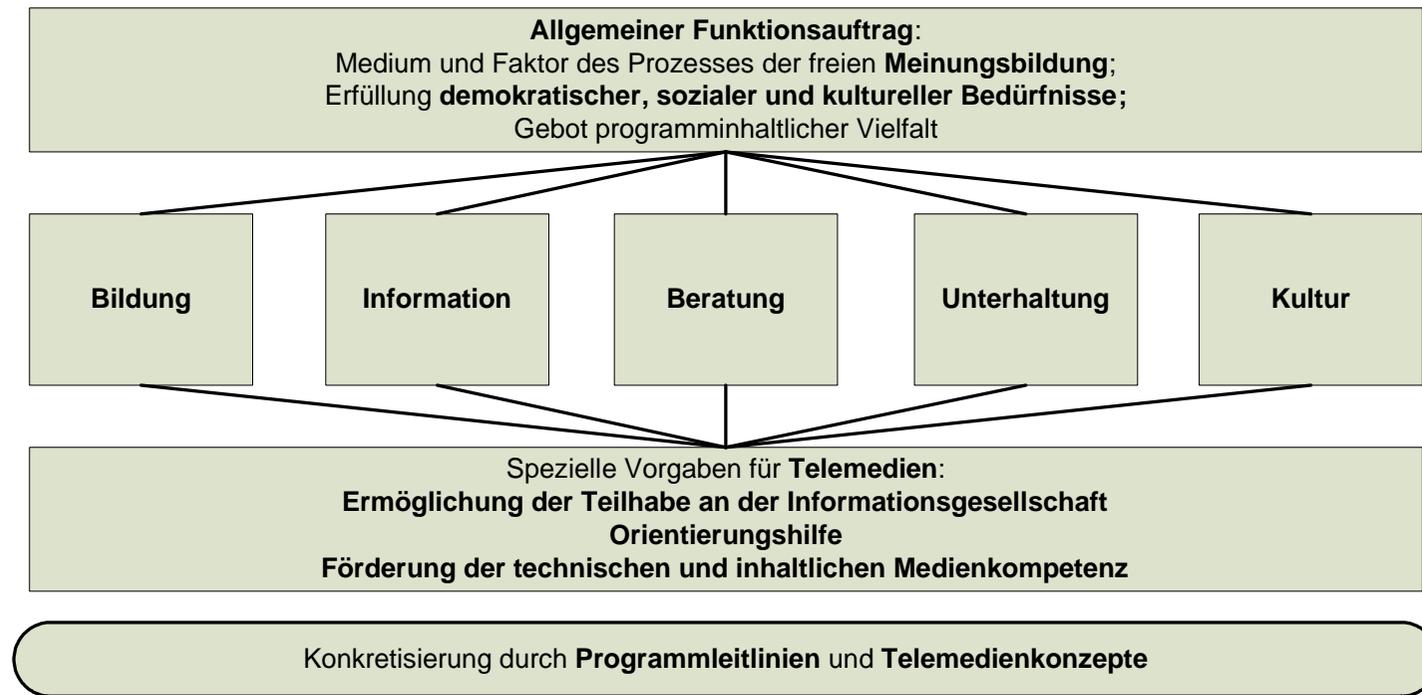


Abbildung 2: Der Auftrag im Bereich der Telemedien

1.1.2.1. Vorgaben aus dem allgemeinen Funktionsauftrag

Auch für den Telemedienbereich gelten künftig die Vorgaben aus dem allgemeinen Funktionsauftrag.⁵⁴

Der *Auftrag* der Rundfunkanstalten ist die Rechtsgrundlage, auf der sie gebührenfinanziert tätig werden dürfen. Wie alle Anstalten des öffentlichen Rechts werden Rundfunkanstalten aufgrund einer gesetzlichen Vorschrift tätig, die ihren Anstaltszweck (Auftrag) bestimmt. Aufgrund von verfassungsrechtlichen Besonderheiten der Rundfunkfreiheit ist der **Auftrag der Rundfunkanstalten nur in vergleichsweise unbestimmter und breiter Weise im Gesetz beschrieben** und seine Umsetzung vom Staat nur eingeschränkt kontrollierbar.⁵⁵ Die **Auftragsdefinition**⁵⁶ wird künftig durch den RStV-E geringfügig umformuliert und lautet dann:

⁵⁴ Vgl. Amtliche Begründung zum Zwölften Staatsvertrag zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge, vorliegend in der Fassung vom 18.12.2008, "Amtliche Begründung", § 11f RStV-E, 1. Absatz: *Neben Absatz 3 gilt für die Inhalte der Telemedienangebote insbesondere die Grundnorm des § 11.*" Zum Funktionsauftrag vgl. auch Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner (2008), § 11 Rz. 3.

⁵⁵ Stichworte sind in diesem Zusammenhang: *Staatsferne* des Rundfunks, *Programmautonomie* der Rundfunkanstalten sowie ein umfassender Programmauftrag aufgrund einer besonderen *Garantenstellung* auch für die gesellschaftliche Integration, die das Bundesverfassungsgericht dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk im dualen System zuweist. Vor allem gilt gegenüber anderen Bereichen staatlicher Beauftragung die Besonderheit, dass die Tätigkeit der Rundfunkanstalten zwar als eine öffentliche Aufgabe gilt, jedoch "*staatsfern*" erfolgen muss und daher dem Gesetzgeber vermittelt der Auftragsdefinition keine allzu konkreten Einflussnahmen auf die Programmgestaltung bzw. allzu konkrete Vorgaben für die Programminhalte gestattet sind (Programmautonomie). Vgl. dazu Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner (2008), vor § 11 RStV, Rz. 10.

⁵⁶ Bislang lautet der Auftrag nach § 11 Abs. 1 Satz 1 RStV und den ähnlich lautenden Regelungen in den Landesrundfunkgesetzen, "*durch die Herstellung und Verbreitung von Rundfunkprogrammen (Hörfunk und Fernsehen) als Medium und Faktor des Prozesses freier individueller und öffentlicher Meinungsbildung zu wirken.*" Für den WDR ist der Auftrag auch beschrieben in § 1 Abs. 1, § 3 Abs. 1 und § 4 WDR-Gesetz ("*Programmauftrag*": § 3 Abs. 1: "*Aufgabe des WDR ist die für die Allgemeinheit bestimmte Veranstaltung und Verbreitung von Darbietungen aller Art in Wort, in Ton und in Bild unter Benutzung elektromagnetischer Schwingungen ohne Verbindungsleitung oder längs oder mittels eines Leiters (Rundfunk).*" Zusätzlich darf der WDR gemäß § 3 Abs. 4 WDR-Gesetz Bildungssendungen mit Schulcharakter in Form von Unterrichtsprogrammen veranstalten.

§ 11 Abs. 1 RStV-E: "*Auftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ist es, durch die Herstellung und Verbreitung ihrer Angebote als Medium und Faktor des Prozesses freier individueller und öffentlicher Meinungsbildung zu wirken und dadurch die demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnisse der Gesellschaft zu erfüllen.*"

Angebote in diesem Sinne sind außer Rundfunkprogrammen (Hörfunk und Fernsehen) nunmehr auch **Telemedien** nach Maßgabe der rundfunkrechtlichen Vorschriften.⁵⁷ Die allgemeine Auftragsdefinition enthält im Kern die Zielvorgabe, durch die Angebote als **Medium und Faktor** freier individueller und öffentlicher Meinungsbildung zu wirken – also dem Publikum vorhandene Informationen und Meinungen medial zu vermitteln ("Medium") und durch eine selbständige journalistische Vermittlung von Meinungen aktiv zum öffentlichen Diskurs beizutragen ("Faktor").⁵⁸

Ergänzt wird, dass dadurch "**die demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnisse der Gesellschaft**" erfüllt werden sollen.⁵⁹ Die gleiche Formulierung wird auch speziell für die Beschreibung der ersten Stufe des Drei-Stufen-Tests gewählt.⁶⁰

Es spricht viel dafür, dass diese Ergänzung im Gesetzestext am Grundverständnis der bisherigen Auftragsdefinition nichts ändert: Die Formulierung stammt aus dem Amsterdamer Protokoll über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, einer dem EG-Vertrag beigefügten Erklärung der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, das für die Auslegung der deutschen rundfunkrechtli-

⁵⁷ §11a Abs. 1 Satz 1 RStV-E. Die Beschränkung auf programmbegleitende Online-Angebote gemäß § 3 Abs. 1 Satz 2 WDR-Gesetz ist künftig wegen Verstoßes gegen die vorrangigen Regelungen des Rundfunkstaatsvertrags zum eigenständigen Online-Auftrag nicht mehr anwendbar.

⁵⁸ Diese Mitwirkung kann z. B. durch politische Kommentare, durch die Produktion oder durch die Auswahl des gesendeten Materials oder das Angebot eines Forums für die gesellschaftliche Auseinandersetzung erfolgen. Lucht (2009), 28, weist den Massenmedien die drei Leistungsfunktionen Forumsfunktion, Legitimations- und Kontrollfunktion (politischer Macht) sowie Integrationsfunktion zu.

⁵⁹ § 11 Abs. 1 Satz 1 a. E. RStV-E

⁶⁰ § 11f Abs. 3. RStV-E; vgl. hierzu auch unten B. 4.1.

chen Normen ohnehin bereits verbindlich war.⁶¹ Zudem war auch bisher schon anerkannt, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk eine demokratische, eine sozial (staatlich)e und vor allem auch eine kulturelle Legitimation und Funktion hat und dies eine besondere Verantwortung gegenüber den Bürgern begründet.⁶² Auch die Amtliche Begründung weist darauf hin, dass sich an der bisherigen Auftragsdefinition im Kern nichts ändern soll.⁶³ Somit dürfte der Einfügung der Formulierung aus dem Amsterdamer Protokoll allenfalls eine **Akzentverschiebung** bei der Auftragsbestimmung zu entnehmen sein, wodurch das Ziel der Erfüllung gesellschaftlicher Bedürfnisse durch eine entsprechende Vielfalt der Angebotsinhalte noch mehr als bisher betont wird.⁶⁴

Insgesamt ist – abgesehen von der aus der Rundfunkfreiheit folgenden Vorgabe, "Rundfunk" zu veranstalten – der **Auftrag** der Rundfunkanstalten **nicht gegenständlich abzugrenzen**, sondern von seiner **Funktion für die freie individuelle und öffentliche Meinungsbildung** her ("**funktional**") zu

bestimmen.⁶⁵ Um Begriffsverwirrungen zu vermeiden: Der für die Bestimmung des Schutzbereichs der Rundfunkfreiheit relevante weite verfassungsrechtliche Rundfunkbegriff schließt außer den "Rundfunkprogrammen" auch (bestimmte) Telemedien mit ein.⁶⁶ **Meinung** wird dabei in einem umfassenden Sinn verstanden und bezieht sich neben politischen Meinungen auch auf alle sonstigen möglichen Gegenstände der Diskussion sowie der Identitäts- und Wertebildung.⁶⁷

Im Einzelnen ist von den Rundfunkanstalten grundsätzlich selbst zu entscheiden, **wie** – d. h. durch welche Inhalte und auf welchen Übertragungswegen und Plattformen – sie ihre Funktion erfüllen.⁶⁸ Dagegen wird der **Umfang** der Programmleistungen im Rundfunkbereich in gewissem Maße gesetzlich begrenzt. So geben, was die Zahl der Fernsehprogramme und terrestrisch verbreiteten Hörfunkprogramme betrifft, die Rundfunkgesetze den Rundfunkanstalten vor, wie viele (im Fernsehbereich auch: welche) Programme sie veranstalten dürfen.⁶⁹

Der Auftrag ermächtigt die Rundfunkanstalten nicht nur zur *Herstellung und Verbreitung* ihrer Angebote, sondern auch zu allen damit im Zusammenhang stehenden Tätigkeiten.

⁶¹ Mit dem Amsterdamer Protokoll wird anerkannt, dass die Bestimmung des Funktionsauftrags grundsätzlich in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt. Vgl. Vertrag von Amsterdam zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union, der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften sowie einiger damit zusammenhängender Rechtsakte, Amtsblatt Nr. C 340 vom 10. November 1997, abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/de/treaties/at/11997D/htm/11997D.html#0109010012>.

⁶² Vgl. BVerfGE 74, 297ff. - Baden-Württemberg -, NJW 1987, 239, 241:- "*Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts umfasst der klassische Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks neben seiner Rolle für die Meinungs- und politische Willensbildung, neben Unterhaltung und über laufende Berichterstattung hinausgehende Information seine kulturelle Verantwortung. Darin und in der Gewährleistung der Grundversorgung für alle finden der öffentlich-rechtliche Rundfunk und seine besondere Eigenart, namentlich die Finanzierung durch Gebühren, ihre Rechtfertigung.*"

⁶³ Vgl. Amtliche Begründung zu § 11, Abs. 1 Satz 1 RStV-E: "*Unverändert bleibt der Kern des öffentlich-rechtlichen Auftrags, durch die Verbreitung der Angebote als "Medium und Faktor" des Prozesses freier und öffentlicher Meinungsbildung zu wirken.*"

⁶⁴ Vgl. a. a. O. am Ende: "*Diese Anforderungen ergeben sich aus dem Amsterdamer Protokoll über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk. (...) Das für die Funktionsweise einer Demokratie besonders wichtige Ziel der inhaltlichen Vielfalt, das sich z. B. in den in einer Gesellschaft verfügbaren Informationen, Erfahrungen, Werthaltungen und Verhaltensmustern abbildet, steht damit im Mittelpunkt der Norm.*"

⁶⁵ Ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, vgl. etwa BVerfGE 12, 205ff.; 57, 295ff.; 73, 118ff.; zuletzt: BVerfGE 119, 181, 214 - 2. Gebührenerurteil.

⁶⁶ Zum verfassungsrechtlichen Begriff des Rundfunks – nicht zu verwechseln mit der engeren Definition des RStV – siehe sogleich unten A.1.1.2.5.1.

⁶⁷ BVerfGE 61, 1, 8; 42, 163, 170f.; 71, 162, 175.

⁶⁸ Deutlich insoweit auch §11a RStV-E: "*Rundfunkprogramme, die über unterschiedliche Übertragungswege zeitgleich verbreitet werden, gelten zahlenmäßig als ein Angebot.*" Die Autonomie der Rundfunkanstalten, die geeigneten Verbreitungswege zu bestimmen, gilt allerdings nicht uneingeschränkt (vgl. z. B. § 11b Abs. 5 RStV-E).

⁶⁹ Für die Fernsehprogramme der ARD und des ZDF, einschließlich der digitalen Programme, sowie die Hörfunkprogramme des Deutschlandradios vgl. §§ 11b und c RStV-E; für die landesweiten Fernseh- und Hörfunkprogramme der ARD-Anstalten vgl. §§ 11b Abs. 2, 11c Abs. 1 RStV-E i. V. m. den jeweiligen Landesgesetzen. Das Bundesverfassungsgericht hat quantitative Programmmzahlbegrenzungen nicht beanstandet, auch wenn grundsätzlich die Rundfunkanstalten auch über den gebotenen Programmmumfang entscheiden können sollen, vgl. BVerfGE 87, 181, 201 - 7. Rundfunkurteil.

Diese gesetzliche Auftragsdefinition setzt die **Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts** zur Rundfunkfreiheit um, die für den Gesetzgeber und den Rechtsanwender (hier: den Rundfunkrat) **verbindlich** ist.

Die Rundfunkfreiheit dient demnach dem Zweck der freien individuellen und öffentlichen Meinungsbildung, d. h. Rundfunk soll unter den Bedingungen moderner Massenkommunikation den Prozess der freien und umfassenden Meinungsbildung gewährleisten. Das Bundesverfassungsgericht entnimmt dem Grundrecht der Rundfunkfreiheit⁷⁰ eine Gewährleistungspflicht insbesondere des öffentlich-rechtlichen Rundfunks dafür, dass die Vielfalt der bestehenden Meinungen im Rundfunk in möglicher Breite und Vollständigkeit Ausdruck findet.

Das Bundesverfassungsgericht betont **drei Elemente** des Funktionsauftrags:

1. Durch die Wahl der **Übertragungstechnik**, bei der der **Empfang der Sendungen für alle sichergestellt** ist, muss im Prinzip dafür Sorge getragen sein, dass für die Gesamtheit der Bevölkerung Programme geboten werden, die umfassend und „in der vollen Breite des Rundfunkauftrags“ informieren.
2. Der **Inhalt** der Programme muss dem Funktionsauftrag voll entsprechen.
3. Es muss eine **gleichgewichtige Vielfalt in der Darstellung der bestehenden Meinungsrichtungen** sichergestellt sein.⁷¹

Soweit es zur Erfüllung dieser Aufgabe erforderlich ist, genießt der öffentlich-rechtliche Rundfunk verfassungsrechtlich eine **umfassende Bestands- und Entwicklungsgarantie**, an allen technischen Übertragungsmöglichkeiten und Programmformen teilhaben zu dürfen und dafür die erforderlichen finanziellen Mittel zu erhalten⁷². Zugleich gelten aber **besondere normative**

⁷⁰ Artikel 5 Abs. 1 Satz 2 Grundgesetz ("GG"): "Die Freiheit der Berichterstattung durch den Rundfunk (...) wird gewährleistet."

⁷¹ BVerfGE 73, 118, 123 - Niedersachsen-Entscheidung und BVerfGE 74, 297, 325f. - Baden-Württemberg; BVerfGE 83, 238, 298 - Nordrhein-Westfalen.

⁷² Ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, grundlegend: BVerfGE 83, 238, 326; vgl. zuletzt BVerfGE 119, 181 - 2. Gebührenurteil : "Um der Bestands- und Entwick-

Erwartungen an sein Programmangebot: Es muss seine umfassende Gewährleistungsfunktion für die Meinungsvielfalt auch erfüllen und sich dadurch von privatwirtschaftlich finanzierten Angeboten abgrenzen.⁷³ Rundfunkanstalten müssen sich daher **stets ausschließlich an ihrem Funktionsauftrag orientieren**. Sie sind schließlich unter dem Aspekt der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der Verwendung von Gebührengeldern dazu verpflichtet, ihren **Programmumfang** und den damit mittelbar verbundenen Geldbedarf **nicht über den Rahmen dessen** hinaus auszuweiten, was für die **Auftragserfüllung erforderlich** ("funktionsgeboten") ist.⁷⁴

lungsgarantie für den öffentlichrechtlichen Rundfunk im Rahmen eines solchen Systems [d. h. des dualen Systems, siehe Rz. 122, Anm. d. Verf.] gerecht zu werden und die Erfüllung seines Funktionsauftrags zu ermöglichen, muss der Gesetzgeber vorsorgen, dass die dafür erforderlichen technischen, organisatorischen, personellen und finanziellen Vorbedingungen bestehen".

⁷³ BVerfGE 119, 181, 217 - 2. Gebührenurteil.

⁷⁴ BVerfGE 119, 181, 219 - 2. Gebührenurteil.

1.1.2.2. Speziell: Das Gebot inhaltlicher Vielfalt

§ 11 RStV-E Auftrag

*"Auftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ist, durch die Herstellung und Verbreitung ihrer Angebote als Medium und Faktor des Prozesses freier individueller und öffentlicher Meinungsbildung zu wirken und dadurch die demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnisse der Gesellschaft zu erfüllen. **Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten haben in ihren Angeboten einen umfassenden Überblick über das internationale, europäische, nationale und regionale Geschehen in allen wesentlichen Lebensbereichen zu geben. Sie sollen hierdurch die internationale Verständigung, die europäische Integration und den gesellschaftlichen Zusammenhalt in Bund und Ländern fördern. Ihre Angebote haben der Bildung, Information, Beratung und Unterhaltung zu dienen. Sie haben Beiträge insbesondere zur Kultur anzubieten. Auch Unterhaltung soll einem öffentlich-rechtlichen Angebotsprofil entsprechen.***

Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten haben bei der Erfüllung ihres Auftrags die Grundsätze der Objektivität und Unparteilichkeit der Berichterstattung, die Meinungsvielfalt sowie die Ausgewogenheit ihrer Angebote zu berücksichtigen."

Vgl. zum Programmauftrag auch § 4, § 4a und § 5 WDR-Gesetz (ergänzt durch Regelungen des WDR und der ARD zu inhaltlicher Vielfalt in den Programmleitlinien)

Die Rundfunkgesetze formulieren **inhaltliche Erwartungen** an den Beitrag zur Meinungsvielfalt durch die öffentlich-rechtlichen Angebote, entsprechend den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts. Zum einen werden Gegenstandsbereiche benannt, die in den Angeboten abgedeckt werden sollen, und zum anderen allgemeine Programmgrundsätze vorgegeben. Die entsprechenden Regelungen finden sich sowohl im Rundfunkstaatsvertrag als auch in den jeweils anwendbaren Landesrundfunkgesetzen, hier dem WDR-Gesetz.

Die Gebote inhaltlicher Vielfalt gelten für alle öffentlich-rechtlichen Angebote – Telemedien wie Rundfunkprogramme – und sind dem Rundfunkrat bereits aus seiner bisherigen Aufgabenwahrnehmung vertraut. Diese Gebote werden durch den RStV-E nur geringfügig umformuliert; vor allem diese Änderungen sollen im Folgenden erläutert werden.⁷⁵

1.1.2.2.1. Beschreibung der gegenständlichen Dimensionen des Auftrags

Der öffentlich-rechtliche Rundfunk muss sein (Gesamt-)Angebot insbesondere in die Gegenstandsbereiche **Bildung, Information, Beratung, Unterhaltung** und **Kultur** ausdifferenzieren⁷⁶ und so möglichst umfassend ein alle Bereiche und Bandbreiten gesellschaftlichen Lebens abdeckendes Programmangebot zur Verfügung stellen. Das kann man so verstehen, dass Inhalte aus diesen Bereichen mit einer gewissen Kontinuität angeboten werden müssen.⁷⁷

⁷⁵ Zur vertieften Lektüre zum Programmauftrag und den einzelnen Elementen vgl.: Eifert/Eicher in: Hahn/Vesting (2008), § 11 Rz. 32ff., 49; Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner (2008), § 11 Rz. 11ff.

⁷⁶ § 11 Abs. 1 Satz 4 RStV-E: "*Die Angebote haben der Bildung, Information, Beratung und Unterhaltung zu dienen.*"

⁷⁷ Vgl. Eifert/Eicher in: Hahn/Vesting (2008), § 11, Rz. 60 mit weiterführenden Hinweisen; vgl. auch Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner (2008), § 11 RStV Rz. 3.

Die Bereiche Bildung, Information, Unterhaltung und Kultur sind neuerdings in § 2 Abs. 2 Nr. 14 – 17 RStV-E **näher beschrieben**:

- **Information** (§ 2 Abs. 2 Nr. 14 RStV-E)

„Unter Information (ist) insbesondere Folgendes zu verstehen: Nachrichten und Zeitgeschehen, politische Information, Wirtschaft, Auslandsberichte, Religiöses, Sport, Regionales, Gesellschaftliches, Service und Zeitgeschichtliches.“

- **Bildung** (§ 2 Abs. 2 Nr. 15 RStV-E)

„Unter Bildung ist insbesondere zu verstehen: Wissenschaft und Technik, Alltag und Ratgeber, Theologie und Ethik, Tiere und Natur, Gesellschaft, Kinder und Jugend, Erziehung, Geschichte und andere Länder.“

- **Kultur** (§ 2 Abs. 2 Nr. 16 RStV-E)

„Unter Kultur ist insbesondere zu verstehen: Bühnenstücke, Musik, Fernsehspiele, Fernsehfilme und Hörspiele, bildende Kunst, Architektur, Philosophie und Religion, Literatur und Kino“.

- **Unterhaltung** (§ 2 Abs. 2 Nr. 17 RStV-E)

„Unter Unterhaltung (ist) insbesondere Folgendes zu verstehen: Kabarett und Comedy, Filme, Serien, Shows, Talk-Shows, Spiele und Musik.“

Grundsätzlich ist dazu Folgendes zu beachten:

Diese Zuordnungen möglicher Inhalte zu den gegenständlichen Bereichen sind zwar bei der Beurteilung, ob ein Angebot den Funktionsauftrag erfüllt, zu berücksichtigen. Sie enthalten jedoch **keine abschließende Aufzählung** aller zuzuordnenden Inhalte, sondern nur die aus Sicht des Gesetzgebers

wesentlichen Fallgestaltungen.⁷⁸ **Es ist also keineswegs ausgeschlossen, den jeweiligen Bereichen weitere Inhalte oder auch bestimmte Angebote mehreren Bereichen zugleich zuzuordnen.** Zudem haben die Rundfunkanstalten selbst in ihren Programmleitlinien bereits ausführlichere Konkretisierungen der möglichen Inhalte in den Angebotsbereichen vorgenommen, die durch die neuen Beschreibungen nicht ersetzt werden. Somit kommt diesen Beschreibungen eher ein **begrenzter Aussagegehalt** zu.

Ergänzende Hinweise zu den einzelnen Bereichen:

Information: In erster Linie ist die Vorschrift des § 11 Abs. 1 Satz 2 und 3 RStV-E zu beachten (s. oben Schaukasten), die bestimmt, über welche Inhalte der öffentlich-rechtliche Rundfunk informieren soll. Die Amtliche Begründung betont, dass sich die Integrationsfunktion vor dem Hintergrund der Globalisierung über die Bundesrepublik Deutschland hinaus besonders auf europäische und internationale Themen bezieht.⁷⁹ Auch in § 4 Abs. 2 WDR-Gesetz ist ein umfassender Integrationsauftrag formuliert. Ähnlich wie andere Landesrundfunkgesetze enthält das WDR-Gesetz darüber hinaus einen besonderen Hinweis darauf, dass den Belangen von Menschen mit Migrationshintergrund Rechnung getragen werden sollte.⁸⁰

Kultur: Die Aufzählung in § 2 Abs. 2 RStV-E ist nur eine sehr begrenzte Auswahl aus der Fülle möglicher kultureller Inhalte. Der Kulturauftrag hat einen besonders hohen Stellenwert.⁸¹ Als "Kulturträger" soll der öffentlich-rechtliche Rundfunk Kultur vermitteln, also für Kulturschaffende der verschiedensten Kulturbereiche ein Forum anbieten, und die Schaffung kultureller Ereignisse und Werke fördern. Neben der Präsentation kultureller Inhalte

⁷⁸ Vgl. Amtliche Begründung: zu § 2 Abs. 2 Nr. 14 – 17 RStV-E: „Genannte Inhalte sind nicht abschließend.“ und Amtliche Begründung zu § 11 RStV-E, 8. Absatz. „Die Begriffsbestimmungen des § 2 Abs. 2 Nr. 14 – 17 enthalten die wesentlichen Fallgestaltungen der von den Rundfunkanstalten abzudeckenden Angebotsbereiche.“

⁷⁹ Amtliche Begründung zu § 11 RStV-E, Absatz 1 Satz 3. Vgl. im Einzelnen dazu Eifert/Eicher in: Hahn/Vesting, § 11 Rz. 55ff. und 58ff.

⁸⁰ Vgl. § 4 Abs. 3 WDR-Gesetz.

⁸¹ Vgl. zum Begriff des Kulturauftrags Steiner (1984), 8ff., Rossen-Stadtfeld (2005), 5ff.

soll der Kulturauftrag auch das Gebot umfassen, gesellschaftliche Grundwerte des Grundgesetzes zu vermitteln (Bekennnis zur Menschenwürde, Schutz der Ehe und Familie, Toleranzgebot u. a.).⁸²

Es bleibt weiterhin dabei, dass die Rundfunkgesetze keinen engen Kulturbegriff zugrunde legen, der nur auf "Hochkultur" wie zum Beispiel Oper, klassische Musik und Theater bezogen wäre. Es gilt vielmehr ein "**weiter**" **Kulturbegriff**, der außer anspruchsvollen auch populäre Sendungen sowie allgemeinbildende und Special-Interest-Themen umfasst (wenn auch andererseits wohl dem Begriff Kultur ein gewisses qualitatives Element zu entnehmen ist). Dieser weite Kulturbegriff gilt gemäß der Amtlichen Begründung zum RStV-E unverändert.⁸³

Unterhaltung: Der Versuch, durch Aufzählung bestimmter Formate einen eigenständigen inhaltlichen Bereich "Unterhaltung" abzugrenzen, wird vom Gesetzgeber selbst in der Amtlichen Begründung durch den Hinweis darauf relativiert, dass die Bewertung eines Formats als unterhaltend keine Zuordnung zu diesem Gegenstandsbereich bedeuten müsse: Ein den anderen Bereichen zugeordnetes Angebot könne sehr wohl auch unterhaltend aufbereitet sein, ohne dadurch die Qualifikation z. B. als Bildungs- oder Beratungsformat zu verlieren.⁸⁴ So können auch unterhaltsame Beiträge, z. B. Übertragungen von Pop- oder Volksmusikkonzerten, dem Gegenstandsbereich Kultur zugeordnet werden.

⁸² So jedenfalls Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner (2008), § 11 Rz. 15ff.

⁸³ Vgl. Amtliche Begründung zu § 11 Abs. 1 Satz 5 RStV-E. Der Hinweis in § 11 Abs. 1 Satz 5 RStV-E, der öffentlich-rechtliche Rundfunk habe Beiträge "*insbesondere*" zur Kultur anzubieten", verweist auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur besonderen kulturellen Verantwortung.

⁸⁴ So ausdrücklich die Amtliche Begründung zum RÄndStV, zu § 2 Abs. 2 Nrn. 14-17 RStV-E. Weiter heißt es: "*Da grundsätzlich auch die in Nummer 14 bis 16 genannten Inhalte unterhaltend aufbereitet sein können, knüpft die Konkretisierung des Begriffs "Unterhaltung" überwiegend an genretypische Darbietungsformen an."*

In die Auftragsbestimmung des § 11 Abs. 1 RStV-E wurde für den Bereich Unterhaltung neu hinzugefügt: "*Auch Unterhaltung soll einem **öffentlich-rechtlichen Angebotsprofil** entsprechen.*"

Damit beabsichtigt der Gesetzgeber, die "*erforderliche qualitative Abgrenzung der öffentlich-rechtlichen Angebote von denen anderer Anbieter zu gewährleisten*". Dieser Passus betont demnach noch einmal besonders für den Unterhaltungsbereich, dass die Rundfunkanstalten ihren Funktionsauftrag zu erfüllen haben. Ein öffentlich-rechtliches Angebot sei, so die konkrete Erläuterung dazu in der Amtlichen Begründung, etwa dadurch gekennzeichnet, dass insbesondere **Trivialisierung** und **Boulevardisierung** als programmliche Instrumente **vermieden** würden.⁸⁵

Dieser Hinweis auf ein "*öffentlich-rechtliches Angebotsprofil*" **bedarf der wertenden Interpretation**. Jedenfalls bedeutet das nicht pauschal, dass künftig bestimmte Unterhaltungsformate von vornherein nicht mehr zulässig seien. Solange es keine verbindlichen Programmleitlinien der Rundfunkanstalten zu diesem Begriff gibt, bleibt es in weitem Umfang der Konkretisierung durch den Rundfunkrat überlassen, wo er im Einzelfall eine zu große Trivialisierung oder Boulevardisierung eines Formats feststellt oder aus anderen Gründen einem bestimmten Angebot kein "öffentlich-rechtliches Angebotsprofil" zuerkennt.

Beratung: Die Kategorie Beratung wird vom RStV-E nicht näher beschrieben. Vielmehr wird Beratung vom Gesetzgeber offenbar als ein Unterfall der Kategorie Bildung angesehen; so enthält die o. g. Auflistung zur Bildung *Ratgeber*-Sendungen. Die Abgrenzung eines eigenständigen Bereichs "Beratung" wird in der juristischen Kommentarliteratur als Hinweis auf die besondere Orientierungsaufgabe des öffentlich-rechtlichen Rundfunks verstanden.⁸⁶ Sie ist zu auch berücksichtigen bei der Auslegung der gesetzlichen

⁸⁵ Amtliche Begründung zum RStV-E, zu § 11 RStV-E, 12. Absatz

⁸⁶ Vgl. Eifert/Eicher in: Hahn/Vesting (2008), § 11 Rz. 60.

Begrenzungen von Beratungsangeboten in Telemedien in der "Negativliste" zu § 11d Abs. 5 RStV-E.⁸⁷

1.1.2.2.2. Gebote programminhaltlicher Vielfalt

Der Programmauftrag wird in § 11 Abs. 2 RStV-E durch Gebote programminhaltlicher Vielfalt näher umschrieben. Diese Gebote bleiben durch die Reform des RStV unverändert. Die Rundfunkanstalten haben *die Grundsätze der Objektivität und Unparteilichkeit der Berichterstattung, die Meinungsvielfalt sowie die Ausgewogenheit ihrer Angebote zu berücksichtigen*.⁸⁸ Hierin kommt ihre besondere Verantwortung für die Meinungsvielfalt zum Ausdruck.⁸⁹ In **§ 5 WDR-Gesetz** sind die Komponenten programminhaltlicher Vielfalt ausführlicher niedergelegt.

1.1.2.3. Aufgabe des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im publizistischen Wettbewerb mit kommerziellen Anbietern

"Publizistischer Wettbewerb" bezeichnet im Allgemeinen, als Gegenbegriff zum "wirtschaftlichen Wettbewerb", den Wettbewerb nicht um Marktanteile, sondern um die Meinungsbildung der Rezipienten.⁹⁰

Das Bundesverfassungsgericht befasst sich mit dem publizistischen Wettbewerb speziell in Bezug auf die Anforderungen an die Meinungsvielfalt in der "**dualen Rundfunkordnung**". Hiernach existieren öffentlich-rechtliche **Rundfunkanstalten und privatwirtschaftlich finanzierte Fernsehveranstalter** nebeneinander, wobei die Rundfunkgesetze unterschiedliche Anforderungen

an sie stellen, insbesondere weniger strenge (wenn auch durchaus vorhandene) Vielfaltsanforderungen an die Programme privater Rundfunkveranstalter.

Es gibt zwei idealtypische Modelle, mit denen die gebotene Ordnung des Rundfunks zur Gewährleistung der Meinungsvielfalt im Programm gesichert werden kann: zum einen das im öffentlich-rechtlichen Rundfunk eingeführte Modell des Binnenpluralismus, bei dem die gesellschaftlich relevanten Gruppen in plural zusammengesetzten Gremien an der Kontrolle des Rundfunks beteiligt werden, zum anderen das Modell des Außenpluralismus, bei dem jeder Veranstalter grundsätzlich seine eigene Tendenz verfolgt und die Summe der Einzelprogramme ein alle Meinungsrichtungen widerspiegelndes Gesamtprogramm ergeben soll. Für das binnenplurale Modell wird eine größere Gewährleistung der Meinungsvielfalt unterstellt; zudem gelten für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk strengere Programmgrundsätze. Allerdings gelten auch für die privaten Rundfunkveranstalter Programmgrundsätze und Vielfaltsanforderungen. Insbesondere muss eine *gleichgewichtige Vielfalt* ihres (Gesamt-)Angebots sichergestellt sein und darf im Bereich privaten Rundfunks keine *vorherrschende Meinungsmacht* entstehen.⁹¹

Das Bundesverfassungsgericht hat im Zuge der Einführung privaten Rundfunks die Rahmenbedingungen für das duale System festgelegt und diese (im Lauf der Zeit etwas modifizierten) Grundsätze zuletzt im Zweiten Gebührenerurteil vom 9. September 2007 bestätigt:⁹² Die publizistische Vielfalt wird im Bereich des privaten Rundfunks nach der Feststellung des Gerichts durch Konzentrationstendenzen gefährdet. Dabei verweist das Gericht auf medienökonomische Erkenntnisse, wonach Rundfunkprogramme im Vergleich zu anderen Gütern besondere ökonomische Eigenschaften hätten, die sich auf die Inhalte negativ auswirkten, d. h. **Vielfaltsdefizite** bewirkten. Sie entstünden insbesondere durch **Werbefinanzierung** und einen dadurch bewirkten Trend zu Massenattraktivität und Standardisierung, sowie durch

⁸⁷ Zu den gesetzlichen Begrenzungen im Einzelnen: unten B.1.4.

⁸⁸ Vgl. § 11 Abs. 1 Satz 2ff. und Abs. 2 RStV-E.

⁸⁹ BVerfGE 73, 118, 160; BVerfGE 74, 297, 326.

⁹⁰ Siehe dazu auch Gutachtenteil A.2.2. Der Begriff des „publizistischen Wettbewerbs“ wird auch im Zusammenhang mit dem ebenfalls aus der Rundfunkfreiheit abgeleiteten Erfordernis verwendet, im Bereich des privaten Rundfunks Fehlentwicklungen für die Meinungsvielfalt zu verhindern. Vgl. dazu 1. Konzentrationsbericht der KEK, Kapitel 4.1.2: Publizistischer und wirtschaftlicher Wettbewerb (abrufbar unter: www.kek-online.de/publikationen).

⁹¹ Vgl. Paschke (2001), 22f., und Rossen-Stadtfeld in: Hahn/Vesting (2008), § 25 Rz. 2ff.

⁹² Vgl. BVerfGE 119, 181, 215f. - 2. Gebührenerurteil.

wirtschaftlichen Wettbewerbsdruck, der u. a. einen Trend zu wirklichkeitsverzerrenden Darstellungen bewirkt.⁹³

Die reduzierten Vielfaltsanforderungen an private Rundfunkveranstalter entsprechen dem Bundesverfassungsgericht zufolge den Anforderungen der Rundfunkfreiheit nur, **solange die Erfüllung des Funktionsauftrags durch die öffentlich-rechtlichen Anstalten gewährleistet** ist.⁹⁴ Im publizistischen Wettbewerb sollen öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten ein Gegengewicht gegenüber den privaten Veranstaltern bilden. Ihre Aufgabe sei es, die Erfüllung der Funktion des Rundfunks zu sichern. Dazu seien sie imstande, weil sie nahezu die gesamte Bevölkerung erreichten und nicht in gleicher Weise wie private Veranstalter auf hohe Einschaltquoten angewiesen seien. Nur solange die öffentlich-rechtlichen Anstalten diese Aufgabe erfüllten, sei es gerechtfertigt, an die Breite des Programmangebotes und die Sicherung gleichgewichtiger Vielfalt im privaten Rundfunk nicht gleich hohe Anforderungen zu stellen wie im öffentlich-rechtlichen Rundfunk. Die wesentlichen **Folgerungen** des Bundesverfassungsgerichts **zur Aufgabe** des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Verhältnis zu kommerziellen Fernsehveranstaltern lassen sich wie folgt zusammenfassen:

a) Dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk kommt im dualen System eine **Gewährleistungspflicht** dafür zu, dass im Prozess der Meinungsbildung die gleichgewichtige Vielfalt der Meinungen und gesellschaftlichen Strömungen durch die Vermittlung und Darstellung aller Meinungsrichtungen wirksam gesichert wird.⁹⁵ Dies wird dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk unter anderem durch seine Gebührenfinanzierung ermöglicht.⁹⁶

⁹³ Vgl. zuletzt BVerfGE 119, 181, 215 f. - 2. Gebührenurteil.

⁹⁴ Vgl. BVerfGE 73, 118, 157 und 159; BVerfGE 74, 297, 325; BVerfGE 90, 60, 90.

⁹⁵ BVerfGE 73, 118, 160; BVerfGE 74, 297, 326.

⁹⁶ BVerfGE 119, 181, 219 - 2. Gebührenurteil: Die Finanzierung auf Grundlage des Gebührenaufkommens soll eine weitgehende Abkoppelung vom ökonomischen Markt bewirken und dadurch sichern, dass sich das Programm an publizistischen Zielen, insbesondere an dem der Vielfalt, orientiert, und zwar unabhängig von Einschaltquoten und Werbeaufträgen. Zur Gefahr der "Selbstkommerzialisierung" des öffentlich-rechtlichen Rundfunks Stock (1988), 159. Zum

- b) Der Funktionsauftrag darf im „dualen System“ **nicht** so verstanden werden, dass er auf eine **Mindestversorgung** oder die Ausfüllung publizistischer Nischen reduziert werden dürfte.⁹⁷
- c) Die **Aufgabenverteilung** darf vom Gesetzgeber auch **nicht in einer gegenständlichen Art und Weise** vorgenommen werden, dass etwa bestimmte Programme oder Sendungen (z. B. Bildung und Information) dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk zugerechnet würden, alle übrigen Angebote (z. B. Unterhaltung) aber privaten Anbietern vorbehalten werden dürften.⁹⁸
- d) Der öffentlich-rechtliche Rundfunk soll **im publizistischen Wettbewerb** mit privaten Anbietern **bestehen** können. Dem entspricht die bereits erwähnte vom Bundesverfassungsgericht dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk zugestandene Bestands- und Entwicklungsgarantie.⁹⁹
- e) Rundfunkrechtliche **Beschränkungen** des Programmumfangs der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten dürfen **nicht dem Zweck der Sicherung von Marktchancen privater Anbieter** dienen, sondern nur aus Gründen der Sicherung der Rundfunkfreiheit bzw. der Meinungsvielfalt erfolgen.¹⁰⁰

"strukturellen Dilemma" zwischen Anpassungsdruck und Funktionsauftrag vgl. auch Hoffmann-Riem (2000), 62.

⁹⁷ BVerfGE 74, 297, 325f. - Baden-Württemberg. Vgl. auch: BVerfGE 83, 238, 300 und 302.

⁹⁸ A.a.O.

⁹⁹ BVerfGE 119, 181, 217f. - 2. Gebührenurteil: „Die gesetzlichen Regelungen sollen es dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk ermöglichen, seinen klassischen Funktionsauftrag zu erfüllen, der neben seiner Rolle für die Meinungs- und Willensbildung neben Unterhaltung und Information seine kulturelle Verantwortung umfasst. Nur wenn ihm das gelingt und er im publizistischen Wettbewerb mit den privaten Veranstaltern bestehen kann, ist das duale System in seiner gegenwärtigen Form, in der die privatwirtschaftlich finanzierten Programme weniger strengen Anforderungen unterliegen als die öffentlich-rechtlichen, mit Art. 5 Abs. 1 GG vereinbar.“

¹⁰⁰ BVerfGE 74, 297, 325f., 335 - Baden-Württemberg: „Diese wirtschaftlichen Gründe rechtfertigen indessen kein Verbot von Beiträgen zur regionalen und lokalen Meinungsbildung durch den Rundfunk. Marktchancen können eine Frage wirtschaftlicher, nicht aber der Meinungsfreiheit sein. Was diese betrifft, so bedeutet es selbst für die Begünstigten kein Mehr an eigener Meinungsfreiheit, wenn anderen Meinungsäußerungen verboten werden. Auch davon abgesehen ist nicht ersichtlich, inwiefern das Verbot der Aufgabe dienen könnte, die Vielfalt der bestehenden Meinungen in möglicher Breite und Vollständigkeit zum Ausdruck zu bringen.“

- f) Andererseits darf den privaten Veranstaltern durch die Rundfunkgesetze auch nicht ihre Tätigkeit gänzlich unmöglich gemacht oder unzumutbar erschwert werden. Vielmehr wird **auch die Möglichkeit der privaten Rundfunkveranstaltung** (jedenfalls insgesamt als solche) **gewährleistet**.¹⁰¹
- g) Außerdem ist es **möglich**, dass eine **Begrenzung der Tätigkeit der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten** auch zum Zweck der Sicherung der Meinungsvielfalt legitim sein kann. So hat das Bundesverfassungsgericht nicht ausgeschlossen, dass es etwa im Fall einer deutlichen Überlegenheit öffentlich-rechtlicher Anstalten in einem bestimmten Bereich, die einen Wettbewerb für private Anbieter praktisch aussichtslos mache bzw. ihre wirtschaftliche Lebensfähigkeit entfallen lasse, gerechtfertigt sein könne, mit rundfunkrechtlichen Regelungen die öffentlich-rechtliche Programmtätigkeit zu beschränken, um insgesamt ein breiteres Programm- und Informationsangebot zu erhalten. Die Einschränkung der Programmtätigkeit der Rundfunkanstalten müsse aber verhältnismäßig sein.¹⁰²

1.1.2.4. Gestufte Auftragsdefinition durch Programmleitlinien und Programmkonzepte

Bei der Bestimmung dessen, was zum Auftrag des WDR und der ARD gehört, sind auch ihre Programmleitlinien zu berücksichtigen.

Aufgrund der gebotenen Staatsferne des Rundfunks darf der Gesetzgeber keine konkrete Präzisierung des Funktionsauftrags in inhaltlicher Hinsicht vornehmen. Andererseits ist es zur Rechtfertigung der Finanzierung der Er-

füllung der öffentlichen Aufgabe durch die Rundfunkgebühr geboten, den breit formulierten Programmauftrag näher zu konkretisieren. Um diese gegensätzlichen rechtlichen Vorgaben miteinander in Einklang zu bringen, hat der Rundfunkgesetzgeber das Instrument der **Satzungen bzw. Richtlinien** eingeführt, durch die die Rundfunkanstalten selbst – je nach Landesrundfunkgesetz unter unterschiedlich intensiver Beteiligung der Rundfunkräte – ihren Programmauftrag näher konkretisieren und in Berichten die Einhaltung der darin niedergelegten Programmgrundsätze selbst überprüfen und öffentlich transparent machen (so genannte "regulierte Selbstregulierung" oder "gestufte Auftragsdefinition", vgl. auch § 4a WDR-Gesetz).¹⁰³

Ziel ist sowohl eine Präzisierung des Auftrags als auch, wie die Veröffentlichungspflicht zeigt, die Herstellung von Transparenz und die Legitimierung gegenüber der Öffentlichkeit.¹⁰⁴ Zu beachten sind die Programmleitlinien vor allem bei der Auslegung der oben beschriebenen Programmgrundsätze. In den Programmleitlinien des WDR und der ARD finden sich bereits Ausführungen speziell für den Online-Bereich.¹⁰⁵

Eine neue Variante der gestuften Auftragsdefinition ist die Art und Weise, wie nunmehr die digitalen Zusatzkanäle von ARD und ZDF beauftragt werden. In **Programmkonzepten** legen sich ARD und ZDF auf die Ausrichtung

¹⁰¹ BVerfGE 83, 238, 297f. - 6 Rundfunkurteil. In Übertragung dieses Aspekts auf den Telemedienbereich äußert sich die Bundesregierung in ihrem aktuellen Medien- und Kommunikationsbericht (173), der Drei-Stufen-Test solle „auch dazu dienen, die Wettbewerbsfähigkeit der privaten Anbieter nicht zu gefährden.“ [http://www.bundesregierung.de/Content/DE/ Artikel/2008/12/Anlagen/2008-12-17-medienbericht-teil1.property=publicationFile.pdf](http://www.bundesregierung.de/Content/DE/Artikel/2008/12/Anlagen/2008-12-17-medienbericht-teil1.property=publicationFile.pdf).

¹⁰² BVerfGE 74, 297, 337 - Baden-Württemberg. Im konkreten Fall hielt das Gericht ein Verbot der Betätigung im regionalen und lokalen Rundfunk für unverhältnismäßig, nicht dagegen ein Werbeverbot für diesen Bereich für die öffentlich-rechtlichen Anstalten.

¹⁰³ Dies wird auch als "gestufte Auftragsdefinition" bezeichnet (vgl. Amtliche Begründung zum 10. RÄndStV, zu § 11 Absatz 5). In den Satzungen oder Richtlinien legen die Rundfunkanstalten dar, wie sie in ihrer Programmplanung den Funktionsauftrag und die daraus abgeleiteten Programmsätze umsetzen werden. Im Detail bleibt die inhaltliche Ausgestaltung aber weiterhin den Rundfunkanstalten selbst überlassen. Nach Ablauf von 2 Jahren wird jeweils die Einhaltung der Programmleitlinien von der Rundfunkanstalt selbst überprüft und das Ergebnis in Form eines Berichts veröffentlicht. Vgl. dazu Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner (2008), § 11 Rz. 4 und Eifert/Eicher, in: Hahn/Vesting (2008), § 11 Rz. 99ff. Zur Beteiligung der Rundfunkräte im Rahmen der Verabschiedung und Selbstkontrolle vgl. Eifert/ Eicher, in: Hahn/Vesting (2008), § 11 Rz. 111ff. Zu den bestehenden Bestimmungen zum Online-Bereich in den Programmleitlinien des WDR und der ARD siehe unten, A.1.1.2.5.4.

¹⁰⁴ Eifert/Eicher, in: Hahn/Vesting (2008), § 11 Rz. 77; Protokollerklärung aller Länder zu § 11 Rundfunkstaatsvertrag; weiteres Ziel ist auch die Entwicklung von Qualitätsbewusstsein in den Anstalten, vgl. Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner (2008), § 11 Rz. 4.

¹⁰⁵ Siehe unten, A.1.1.2.5.4.

dieser Fernsehprogramme fest.¹⁰⁶ Zu diesen Konzepten haben die Länder Anhörungen unter Beteiligung privater Drittanbieter durchgeführt und auf dieser Grundlage festgestellt, dass die digitalen Zusatzkanäle "vom Auftrag umfasst sind".¹⁰⁷

1.1.2.5. Spezielle Vorgaben zum Funktionsauftrag für Telemedien

Zum Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Bereich der Telemedien finden sich in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und den Rundfunkgesetzen die im folgenden dargelegten verbindlichen Vorgaben.

1.1.2.5.1. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Auftrag für „neue Medien“

Das Bundesverfassungsgericht bezieht in die Bestands- und Entwicklungsgarantie des öffentlich-rechtlichen Rundfunks die Möglichkeit mit ein, neben klassischen Rundfunkangeboten auch "*rundfunkähnliche Dienste*" bzw. "*neue Medien*" anzubieten, sofern sie eine **vergleichbare Funktion für die freie Meinungsbildung** wahrnehmen.¹⁰⁸ Das ist nur verständlich, wenn man folgende Besonderheit beachtet:

Während der RStV und das WDR-Gesetz zwischen *Rundfunkprogrammen* (linear, entlang eines Sendeplans) und *Telemedien*, d. h. nicht-linearen In-

¹⁰⁶ Vgl. "*Programmkonzept Digitale Fernsehprogramme der ARD*" (Anlage zu § 11b Abs. 1 Nr. 2 des RStV) und "*Konzepte für die Zusatzangebote des ZDF*" (Anlage zu § 11b Abs. 1 Nr. 3 des RStV). Das betrifft die Spartenprogramme der ARD "EinsExtra", "EinsPlus" und "EinsFestival" sowie die ZDF-Programme "ZDFinfokanal", "ZDFkulturkanal" und "ZDF-Familienkanal".

¹⁰⁷ Vgl. dazu im Einzelnen Amtliche Begründung zu § 11b RStV-E: Damit kommt der Gesetzgeber zugleich der Verpflichtung größerer Konkretisierung des Auftrags im Bereich digitaler Angebote nach, die er gegenüber der Europäischen Kommission im Rahmen der Zusagen zur Einstellung des Beihilfeverfahrens eingegangen ist; alternativ war auch für diesen Bereich die Durchführung von Drei-Stufen-Tests diskutiert worden. Vgl. dazu unten A.1.2.1.

¹⁰⁸ Ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, vgl. BVerfGE 74, 297, 304 f. Baden-Württemberg; BVerfGE 83, 238, 240 - 6 Rundfunkurteil.

formations- und Kommunikationsdiensten, unterscheiden,¹⁰⁹ ist **verfassungsrechtlich** die Rundfunkfreiheit weiter gefasst. Die verfassungsrechtlich geschützte Rundfunkfreiheit umfasst sämtliche *für die Allgemeinheit bestimmten Angebote*, die *unter Benutzung elektromagnetischer Schwingungen verbreitet* werden. Entscheidend ist ihr besonderes Einflusspotenzial aufgrund der Verbindung von Wort und Ton und/oder bewegtem Bild, aus der sich eine *besondere Breitenwirkung, Aktualität und Suggestivkraft* des Rundfunks ergebe.¹¹⁰ Unter diesen Rundfunkbegriff fasst das Bundesverfassungsgericht **auch rundfunkähnliche Dienste**, etwa Abruf- und Verteildienste, sofern sie eine **vergleichbare Funktion für die Meinungsbildung** erfüllen. Diese vergleichbare Funktion hängt u. a. davon ab, ob mit den Angeboten eine vergleichbare Zahl von Teilnehmern erreicht wird.¹¹¹

Bereits 1987 hat das Gericht festgestellt, dass die Reichweite der Rundfunkfreiheit im Bereich von Ton- und Bewegtbilddiensten auf Abruf und auf Zugriff **grundsätzlich nicht anders zu bestimmen sei als im Bereich des „herkömmlichen“ Rundfunks**.¹¹²

¹⁰⁹ Zur Definition von Telemedien s. o. Fn. 41. Rundfunk wird künftig wie folgt definiert (§ 2 Abs. 1 RStV-E): "*Rundfunk ist ein linearer Informations- und Kommunikationsdienst; er ist die für die Allgemeinheit und zum zeitgleichen Empfang bestimmte Veranstaltung und Verbreitung von Angeboten in Bewegtbild oder Ton entlang eines Sendeplans unter Benutzung elektromagnetischer Schwingungen.*"

¹¹⁰ Im Einzelnen zu den Elementen Suggestivkraft, Breitenwirkung und Aktualität vgl. Beschluss der KEK vom 10.01.2006, Az. KEK 293, Ziff. III 5.3ff., abrufbar unter www.kek-online.de/entscheidungen.

¹¹¹ Vgl. BVerfGE 74, 297, 353, Baden-Württemberg. Zuletzt hat das Bundesverfassungsgericht im 2. Gebührenurteil angedeutet, dass dies nunmehr der Fall sei, indem das Gericht ausführte, die Wirkungsmöglichkeiten des Rundfunks hätten sich durch neue Technologien, neue Verbreitungsformen und -wege sowie neuartige programmbezogene Dienstleistungen noch verstärkt, BVerfGE 119, 181, 216.

¹¹² Das Bundesverfassungsgericht führte im Baden-Württemberg-Urteil aus, es könne keinen Unterschied bei der Beurteilung einer Beschränkung der Rundfunkfreiheit der Rundfunkanstalten im herkömmlichen Rundfunkbereich und im Bereich der genannten neuen Dienste erkennen. Die entscheidenden Punkte seien der Inhalt der Sendungen und die am Kommunikationsprozess Beteiligten (eine unbestimmte Vielzahl von Teilnehmern). Unerheblich sei demgegenüber, dass herkömmlicher Rundfunk "*zum gleichzeitigen Empfang bestimmt*" sei und sich "*an die Allgemeinheit*" richte, während Sendungen auf Abruf jedermann (nur) auf Abruf zugänglich seien, vgl. BVerfGE 74, 297, 304.

Der Funktionsauftrag ist den **sich wandelnden Bedürfnissen der Rezipienten anzupassen**.¹¹³ Das Gericht stellte fest: *"Da das Programmangebot auch für neue Inhalte, Formate und Genres sowie für neue Verbreitungsformen offen bleiben muss, der Auftrag also dynamisch an die Funktion des Rundfunks gebunden ist, darf der öffentlich-rechtliche Rundfunk nicht auf den gegenwärtigen Entwicklungsstand in programmlicher, finanzieller und technischer Hinsicht beschränkt werden."*¹¹⁴

Demnach lässt sich folgender Grundsatz festhalten: Auch mit Telemedienangeboten dürfen und sollen die Rundfunkanstalten von ihrer Rundfunkfreiheit in dem vom Funktionsauftrag gebotenen Umfang Gebrauch machen. Ihre Bestands- und Entwicklungsgarantie im Rundfunkbereich erstreckt sich auch auf **neue Inhalte, Formate und Genres** sowie **neue Verbreitungsformen**, soweit damit eine vergleichbare Funktion für die Meinungsbildung erfüllt wird. Die Rundfunkfreiheit ist damit Grundlage der Auftragsbestimmung auch im Telemedienbereich.

Allerdings hatte das Bundesverfassungsgericht bislang keinen Anlass zu entscheiden, ob und ggf. wie möglicherweise eine **Abgrenzung** der zum „Rundfunk“ gehörenden „Neuen Medien“ von Angeboten vorzunehmen ist, die der Pressefreiheit zuzuordnen sind. Hier besteht noch **Klärungsbedarf**. Nach der Systematik der Grundrechte aus Artikel 5 GG werden (individuelle) Meinungsäußerungsfreiheit, Pressefreiheit und Rundfunkfreiheit unterschieden. Rundfunk und Presse sind aus diesem Grund grundsätzlich voneinander zu trennen. Grundsätzlich werden jedenfalls elektronisch übermittelte Angebote, die Text und Ton sowie ggf. zusätzlich (Bewegt-)Bilder kombinieren, verfassungsrechtlich dem Rundfunk zugeordnet.¹¹⁵ Abgrenzungsfragen

¹¹³ Vgl. 6. Rundfunkurteil - WDR-Urteil -, BVerfGE 83, 238, 299f., 301.

¹¹⁴ BVerfGE 119, 181ff. - 2. Gebührenurteil; ebenso in der Entscheidung zum Hessischen Privatfunkgesetz vom 12.03.2008, BVerfG, Urt. V. 12.03.2008 – 2 BvF 4/03, Rz. 91, AfP 2008, 174, 177. Zur funktionalen Abgrenzung des Rundfunkbegriffs im Bereich neuer Medien vgl. etwa Jarass (1998), 135, 136. Gersdorf (2007), 71ff., stellt auch auf die (Rezipienten-) Reichweite ab.

¹¹⁵ Diese Kombination wird in ständiger Rechtsprechung vom Bundesverfassungsgericht als rundfunktypisch herausgehoben, vgl. zuletzt BVerfGE 119, 181, 216 - 2. Gebührenurteil.

werden sich in der Praxis vor allem wegen des neuen Verbots „**presseähnlicher**“ nichtsendungsbezogener Angebote für Rundfunkanstalten ergeben.¹¹⁶

Da es im publizistischen Wettbewerb nach den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts vor allem die Aufgabe des öffentlich-rechtlichen Rundfunks ist, die Meinungsvielfalt insgesamt trotz bestehender **Vielfaltsgefahren** zu bewahren,¹¹⁷ könnte die Analyse, welche Vielfaltsgefahren im Telemedienbereich bestehen, Aufschluss darüber geben, welche Besonderheiten die Rundfunkanstalten bei der Erfüllung ihrer Aufgabe im Bereich neuer Medien beachten sollten. Zum Beispiel weist das Bundesverfassungsgericht darauf hin, dass Gefahrenpotenziale für die Meinungsvielfalt im Bereich digitaler Angebote darin bestehen, dass die Software von Navigatoren und elektronischen Programmführern zur Beeinflussung der Auswahlentscheidung von Rezipienten genutzt werden kann.¹¹⁸ Daraus kann man ableiten, dass ein wichtiger Aspekt zur Erfüllung des Funktionsauftrags auch die Sicherung der **Auffindbarkeit** des öffentlich-rechtlichen Angebots ist.

1.1.2.5.2. Gesetzliche Vorgaben zum Telemedien-Auftrag

Neben den allgemeinen Anforderungen gibt der Gesetzgeber **drei Merkmale** vor, worin der spezifische Auftrag im Bereich der öffentlich-rechtlichen Telemedienangebote besteht.¹¹⁹

„Die besondere Suggestivkraft des Mediums ergibt sich insbesondere aus der Möglichkeit, die Kommunikationsformen Text und Ton sowie beim Fernsehfunk zusätzlich bewegte Bilder miteinander zu kombinieren...“. Zu Grundrechtskonflikten zwischen Rundfunk- und Pressefreiheit in Onlinebereich vgl. Ladeur (1998), 141.

¹¹⁶ Siehe dazu unten B.1.4.

¹¹⁷ S. o. A.1.1.2.3.

¹¹⁸ BVerfGE 119, 181, 216f. - 2. Gebührenurteil.

¹¹⁹ Zu den einzelnen Kriterien vgl. Michel (2009), 13ff.

§ 11d Abs. 3 RStV-E: "Durch die Telemedienangebote soll

- allen Bevölkerungsgruppen die Teilhabe an der Informationsgesellschaft ermöglicht,
- Orientierungshilfe geboten sowie
- die technische und inhaltliche Medienkompetenz aller Generationen und von Minderheiten gefördert werden."

Die Amtliche Begründung führt aus, dass sich **vor allem anhand dieser Merkmale** das öffentlich-rechtliche Angebot **von kommerziellen Angeboten inhaltlich eindeutig abgrenze** und damit den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen unserer Gesellschaft gerecht werde. Mit der Beachtung dieser inhaltlichen Zielvorgabe, so der Gesetzgeber, entsprächen öffentlich-rechtliche Telemedien dem von den Rundfunkanstalten selbst formulierten Anspruch, der Gesellschaft als ein **verlässlicher Führer durch das Internet** ("trusted guide") dienen zu wollen.¹²⁰ Wenn also ein Angebot der Rundfunkanstalten diese Kriterien erfüllt, ist dies ein gewichtiges Argument dafür, dass dieses Angebot dem Auftrag entspricht.

Das Gebot, die Teilhabe aller an der Informationsgesellschaft zu ermöglichen, ist noch durch zwei Hinweise im RStV-E und der Amtlichen Begründung näher beschrieben:

- Verpflichtung zum Angebot in elektronischen Portalen unter Verwendung von elektronischen Programmführern (EPGs) wegen des **Nutzerinteresses an einem erleichterten Zugriff**,¹²¹
- Gebot, möglichst **barrierefreie Angebote** aufzunehmen.¹²²

¹²⁰ Vgl. Amtliche Begründung zu § 11d Abs. 3 RStV-E.

¹²¹ § 11d Abs. 4 RStV-E enthält den Hinweis darauf, dass die ARD-Anstalten, das ZDF und das Deutschlandradio ihre Angebote in elektronischen Portalen anbieten und unter elektronischen Programmführern zusammenfassen. Dies dient nach der Amtlichen Begründung zu dieser Vorschrift dem Interesse des Nutzers an einem erleichterten Zugriff. Siehe auch den Hinweis des Bundesverfassungsgerichts im Gebührenurteil auf die Bedeutung der Auffindbarkeit von Angeboten für die Meinungsvielfalt, oben 1.1.2.5.1 a. E. Zu Vielfaltsgefährdung durch die Möglichkeit der Steuerung der Auswahlentscheidung von Mediennutzern vgl. Wiedemann (2007), 803.

1.1.2.5.3. Hinweise im RStV-E auf die Auslegung des allgemeinen Funktionsauftrags

Außer diesen drei Kriterien zum Auftrag im Bereich der Telemedien gelten, wie bereits erwähnt, auch für sie die dargelegten Vorgaben aus dem allgemeinen Funktionsauftrag.¹²³ Wie sie jedoch auf den Telemedienbereich zu übertragen sind, wird vom Gesetzgeber nicht vorgegeben. **Das bedeutet, dass der Rundfunkrat ggf. selbst Grundsätze dazu entwickeln muss,**

- **wie der allgemeine Programmauftrag im Bereich neuer Medien zu verstehen ist**, z. B. aufgrund spezifischer Nutzungsbedürfnisse, technischer Anforderungen, Vielfaltsgefährdungen usf., und
- wie sich die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts zur Aufgabe des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im dualen System auf den **publizistischen Wettbewerb** mit anderen meinungsbildenden Angeboten im Online-Bereich (kommerzielle und nicht-kommerzielle) übertragen lassen.

Diese Fragen, die der Rundfunkrat im Rahmen seiner Beurteilung konkreter Angebote zu beurteilen hat, können im Rahmen dieses Gutachtens nur allgemein angesprochen werden. Insofern sei auf die **Auslegungsleitlinien** in der Amtlichen Begründung hingewiesen.

In der Amtlichen Begründung deutet der Gesetzgeber an, dass der **Funktionsauftrag** im Bereich (journalistisch-redaktionell gestalteter) Telemedien jedenfalls grundsätzlich **ebenso zu verstehen sei wie im „klassischen“ Rundfunkbereich**. So begründet der Gesetzgeber den neuen eigenständigen Telemedien-Auftrag der Rundfunkanstalten mit der *wachsenden publizistischen Bedeutung* des Internets, das zunehmend *als eigenständiger Ange-*

¹²² § 2 Abs. 2 RStV-E: Demnach sollen die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten "über ihr bereits bestehendes Engagement hinaus im Rahmen ihrer technischen und finanziellen Möglichkeiten barrierefreie Angebote vermehrt aufnehmen."

¹²³ Amtliche Begründung zu § 11f Abs. 3 RStV-E: „Neben Absatz 3 gilt für die Inhalte der Telemedienangebote insbesondere die Grundnorm des § 11.“ Bei der Erfüllung des Funktionsauftrags im Internetbereich sind z. B. die Trends zur Individualisierung der Nutzerbedürfnisse und zur crossmedialen Verknüpfung von Inhalten zu berücksichtigen, vgl. (mit Beispielen aus der Praxis) Michel (2009), 12f.

botssektor wahrgenommen werde, und betont, dass die verfassungsrechtlichen Grundsätze des Funktionsauftrags für die mit der neuen Technologie verbundenen Anforderungen *fortgeschrieben* würden.¹²⁴

Auch im Hinblick auf den **publizistischen Wettbewerb** geht der Gesetzgeber offenbar davon aus, dass sich die **verfassungsrechtlichen Grundsätze** zur Rolle der Rundfunkanstalten für den Telemedienbereich **fortschreiben lassen**. So heißt es in der Amtlichen Begründung zu § 11d (1. Absatz): „Die in der Vergangenheit lediglich innerhalb des dualen Rundfunksystems von öffentlich-rechtlichen und privaten Rundfunkveranstaltern notwendige Abgrenzung bedarf wegen der beschriebenen Entwicklung ebenfalls einer Aktualisierung. Nicht anders als bisher für die öffentlich-rechtlichen Rundfunkprogramme gefordert, müssen sich auch die öffentlich-rechtlichen Telemedien auf der Grundlage ihres staatsvertraglichen **Auftrags von kommerziellen Angeboten unterscheiden**, die nicht nur von privaten Rundfunkveranstaltern, sondern auch einer Vielzahl weiterer Marktakteure über das Internet zur Verfügung gestellt werden.“

Daraus folgt als allgemeine Richtschnur: Auch für die Bestimmung dessen, ob das Angebot gesellschaftliche Bedürfnisse erfüllt und in qualitativer Hinsicht einen Beitrag zum publizistischen Wettbewerb leistet, ist **entscheidend darauf abzustellen, dass die öffentlich-rechtlichen Angebote die oben beschriebenen Merkmale des Funktionsauftrags erfüllen und dadurch einen Beitrag zur Meinungsvielfalt leisten**.

¹²⁴ Amtliche Begründung zu § 11d RStV-E: „In Folge einer stark gewachsenen Dichte von Haushalten, die technisch an das Internet angeschlossen sind und über das Internet verfügbare Angebote nutzen, werden öffentlich-rechtliche Telemedien von den Nutzern zunehmend als eigenständiger Angebotssektor wahrgenommen. Öffentlich-rechtliche Telemedien haben im Zuge der technischen und inhaltlichen Entwicklung Marktrelevanz erlangt. (...) Damit werden die vom BVerfG entwickelten inhaltlichen Grundsätze des öffentlich-rechtlichen Rundfunkauftrags für die mit der neuen Technologie verbundenen Anforderungen fortgeschrieben.“ Lucht (2009), 32, vertritt die Ansicht, auch die Gefahren für die Meinungsvielfalt im Internet seien mit denen im Fernsehen vergleichbar. Vgl. ausführlich und differenziert zum Funktionsauftrag im Bereich neuer Medien Klaes (2005), 182ff.

Andererseits spricht die gegenüber der Beauftragung im "klassischen" Rundfunkbereich differenziertere Ausgestaltung des Drei-Stufen-Tests als Prüfverfahren mit der Pflicht zur Abwägung verschiedener Kriterien (vor allem durch die Berücksichtigung bereits vorhandener Angebote auf der zweiten Stufe) dafür, dass der Funktionsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Telemedienbereich in einer **differenzierteren Weise** als im Bereich des klassischen Rundfunks zu bestimmen ist. Dies dürfte zumindest als eine **verstärkte Begründungslast** zu verstehen sein, die Auftragserfüllung bzw. den Beitrag des Angebots zum publizistischen Wettbewerb so konkret darzulegen, dass sich daraus die **Abgrenzung von den kommerziellen Angeboten hinreichend deutlich** ergibt.¹²⁵

1.1.2.5.4. Vorgaben aus Programmleitlinien und Telemedienkonzepten; Bedeutung des Telemedienkonzepts

Wie oben ausgeführt, sind für die Auftragsbeschreibung auch die von den Rundfunkanstalten aufgestellten Programmleitlinien heranzuziehen. Zu Online-Angeboten enthalten die Programmleitlinien des WDR,¹²⁶ die ARD-Leitlinien und Programmschwerpunkte 2009/2010 sowie die Selbstverpflichtungen für Gemeinschaftsprogramme und -angebote der ARD¹²⁷ nähere Hinweise.

¹²⁵ Die Amtliche Begründung zum RStV-E, insbesondere zu § 11f RStV-E, betont mehrfach das Erfordernis, dass das Telemedienkonzept und die Begründung der Genehmigung die hinreichend „konkret umrissene Aufgabenstruktur“ darlegen muss.

¹²⁶ Vgl. **WDR-Programmleitlinien**, verabschiedet vom WDR-Rundfunkrat am 19. September 2008. Demnach verpflichtet sich der WDR u. a., für Internetangebote auf Sponsoring zu verzichten; es gelten die WDR-Grundsätze zur Trennung von Werbung und Programm im Internet, und ein Schwerpunkt soll auf der Vermittlung von Medienkompetenz für Kinder und Jugendliche sowie die kindgerechte Aufbereitung von Inhalten liegen (S. 8, 12, 25, 34, 36).

¹²⁷ Vgl. **ARD Leitlinien und Programmschwerpunkte** 2009/10, Telemedienangebote/Onlineangebote, abgedruckt in: ARD-Jahrbuch 2008, 490. Demnach verpflichtet sich die ARD, ihre gebührenfinanzierten Inhalte über ihre Onlineangebote mehr Menschen in flexibler Form zugänglich zu machen, ihre Mediatheken zu optimieren sowie Audios und Videos über verschiedene Zugänge anzubieten (Mehrfachnutzung) und dafür entsprechende einheitliche Standards zu aktualisieren. Als neue Formen der Partizipation sollen u. a. Online-Communities und Plattformen angeboten werden. Ferner werden Eckpunkte eines publizistischen Konzepts zur Verweildauer von Inhalten und Kriterien, nach denen zeit- und kulturgeschichtliche Inhalte zur Verfügung stehen sollen, angekündigt. Vgl. ferner: Grundsätze für

Ferner geht der Gesetzgeber davon aus, dass die Rundfunkanstalten insbesondere in den **Telemedienkonzepten** darlegen, wie sie ihre Aufgabe im Bereich der Telemedienangebote im Einzelnen wahrnehmen. Insofern können die Telemedienkonzepte auch als ein zusätzliches neues Instrument der oben beschriebenen gestuften Auftragsdefinition gelten.

Dem *Telemedienkonzept* kommt im gesamten neuen Regelungskomplex zu den Telemedien und in seiner Erläuterung in der Amtlichen Begründung – wie auch bereits in den Zusagen der Bundesrepublik gegenüber der EU-Kommission – als eine Art bindender Konkretisierung des Auftrags durch die Rundfunkanstalten **eine zentrale Bedeutung zu**:

- So sollen Zielgruppe, Inhalt, Ausrichtung und Verweildauer der geplanten Angebote jeweils im Telemedienkonzept beschrieben werden.¹²⁸
- Ein Telemedienkonzept ist Zulässigkeitsvoraussetzung für jedes Angebot mit Ausnahme der gesetzlich beauftragten Angebote.¹²⁹ Das Telemedienkonzept dient auch dazu, der KEF ggf. eine Nachprüfung des Bedarfs zu ermöglichen.¹³⁰
- Laut der Amtlichen Begründung soll "in erster Linie" das Telemedienkonzept zur Konkretisierung des Angebots dienen.¹³¹
- Gemäß den Zusagen gegenüber der Europäischen Kommission bilden die Telemedienkonzepte ein Gesamtkonzept im Bereich der neuen Medien.¹³²

die Zusammenarbeit im ARD-Gemeinschaftsprogramm "Erstes Deutsches Fernsehen" und anderen Gemeinschaftsprogrammen und -angeboten, abrufbar unter www.br-online.de, Ziff. 4: Besondere Anforderungen für Onlineangebote.

¹²⁸ § 11f Abs. 1 RStV-E.

¹²⁹ Vgl. Amtliche Begründung zu § 11f Absatz 1 RStV-E.

¹³⁰ § 11f Abs. 2 RStV-E: "*Die Beschreibung aller Telemedien muss eine (sic!) Nachprüfung des Finanzbedarfs durch die KEF ermöglichen.*"

¹³¹ Amtliche Begründung zu § 11f RStV-E, 1. Absatz: "*Zur Konkretisierung dient im Wesentlichen ein von den Anstalten selbst vorzulegendes (Gesamt-) Konzept für neue Medien*" (unter Verweis auf das Einstellungsschreiben, Rz. 369, wobei dort allerdings auf ein von den Ländern gebilligtes Gesamtkonzept für den Bestand, also eine "geschlossene Beauftragung" des Bestands Bezug genommen wird, die letztlich nicht umgesetzt wurde).

¹³² Vgl. Einstellungsschreiben, Rz. 369; vgl. hierzu unten A.1.2., Fn. 142.

Der RStV-E enthält allerdings **keine Hinweise** darauf, was genau mit dem Telemedienkonzept gemeint ist. Vielmehr gehen dazu die Begrifflichkeiten durcheinander. So ist im Gesetz zunächst das "Angebotskonzept" erwähnt, dessen Erstellung vom Verfahren für neue und geänderte Angebote unterschieden wird¹³³ – dieser Begriff wird aber dann nicht mehr aufgenommen. Sodann wird das "Telemedienkonzept" als Beschreibung der dem Drei-Stufen-Test unterliegenden Angebote durch die Rundfunkanstalt genannt, während an späterer Stelle das Drei-Stufen-Test-Verfahren (ohne Verwendung dieser Begriffe) behandelt wird.¹³⁴ Sendungsbezogene Angebote, deren Verweildauer 7 Tage nicht überschreitet (und die schon nach dem Gesetz zulässig sind), sollen in einem Telemedienkonzept *entsprechend* § 11f Abs. 1 RStV-E beschrieben werden. Unklar bleibt dabei, in welcher Weise mit einem solchen *entsprechenden* Telemedienkonzept zu verfahren ist und welche Rolle dem Rundfunkrat hierbei zukommt.¹³⁵ Schließlich wird in der Amtlichen Begründung zu § 11f RStV-E sowohl das Telemedienkonzept als auch die Angebotsvorlage der Intendantin im Drei-Stufen-Test (also der Antrag) als auch die Beschreibung des Angebots in der Veröffentlichung im Amtsblatt nach Abschluss des Prüfverfahrens als "Telemedienkonzept" bezeichnet.

Angesichts dieser Unklarheiten¹³⁶ und unter Berücksichtigung der bereits in den Satzungsentwürfen verwendeten Begriffe erscheint die folgende Verwendung der Begriffe praktikabel und wird daher im Rahmen dieses Gutachtens zugrunde gelegt. Die diesbezüglichen Regelungen und zur Verfügung

¹³³ Vgl. § 11e Abs. 3 RStV-E.

¹³⁴ Vgl. § 11f Abs. 1 RStV-E: "*Die in der ARD zusammengeschlossenen Landesrundfunkanstalten konkretisieren die inhaltliche Ausrichtung ihrer Telemedien (...) jeweils in Telemedienkonzepten, die Zielgruppe, Inhalt, Ausrichtung und Verweildauer der geplanten Angebote näher beschreiben.*" § 11f Abs. 4 Satz 1: "*Ist ein neues Angebot oder die Veränderung eines bestehenden Angebots nach Absatz 1 geplant,...*".

¹³⁵ Das richtet sich nach den allgemeinen Zuständigkeitsregelungen des WDR-Gesetzes.

¹³⁶ Diese Unklarheiten ergeben sich möglicherweise daraus, dass zunächst vorgesehen war, den "Bestand" insgesamt vom Gesetzgeber zu beauftragen, statt ihn auch dem Drei-Stufen-Test zu unterwerfen (entsprechend den Ausführungen im Einstellungsschreiben, Rz. 369), vgl. Amtliche Begründung zu § 11f RStV-E, 1. Absatz.

stehenden Auslegungsmaterialien sind jedoch so mehrdeutig, dass eine Vielzahl anderer Interpretationen denkbar ist.

Mit **Telemedienkonzept** bezeichnen wir zunächst das auf konkrete Angebote bezogene Konzept **der Intendantin**, mit dessen Vorlage sie zugleich den **Antrag** auf Durchführung des Drei-Stufen-Tests stellt (auch als "**Angebotsbeschreibung**" oder "**Angebotsvorlage**" bezeichnet). Das Konzept kann "*ein einziges oder eine Vielzahl von Angeboten umfassen*".¹³⁷ Es kann im Lauf des Drei-Stufen-Tests Änderungen unterworfen sein, die die Intendantin z. B. auf Vorschlag des Rundfunkrats einbringt. In der am Ende vom Rundfunkrat als auftragskonform beschiedenen Form wird das **Telemedienkonzept** dann von der Rechtsaufsicht überprüft und veröffentlicht. Dies stellt dann die verbindliche Konkretisierung des Auftrags dar, die auch als "**genehmigtes Angebot**" bezeichnet wird. Nach der Veröffentlichung ist das Telemedienkonzept in Bezug auf das konkrete Angebot eine verbindliche Beschreibung.¹³⁸

1.2. Beihilferechtliche Vorgaben für das Verfahren und die Entscheidung im Drei-Stufen-Test

Mit der Einführung des neuen Drei-Stufen-Tests für gebührenfinanzierte Telemedienangebote kommt der deutsche Gesetzgeber **Zusagen** nach, die die bundesdeutsche Regierung gegenüber der Europäischen Kommission

im Rahmen eines von privaten Fernsehveranstaltern angestrebten **Beihilfeverfahrens** abgab. In diesem Verfahren überprüfte die Kommission, inwiefern Teilaspekte der Gebührenfinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks gegen das Beihilfeverbot gem. Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag ("EG") verstoßen.

Unbeschadet ihres Rechtsstandpunktes, dass die Rundfunkgebühr keine staatliche Beihilfe sei, erklärte sie sich nach einer vorher erzielten Einigung zwischen den Ländern und der EG-Kommission¹³⁹ in einem Schreiben vom 28. Dezember 2006 zu bestimmten Zugeständnissen bereit. Auf der Grundlage dieser Zugeständnisse stellte die Europäische Kommission das Beihilfeverfahren im April 2007 ein.¹⁴⁰

Der **12. RÄndStV dient der Umsetzung dieser Zugeständnisse** und schafft die erforderlichen gesetzlichen Grundlagen für die darin vorgeschlagenen Verfahren, insbesondere den Drei-Stufen-Test. Die Kommission hat bereits erklärt, dass mit dem Inkrafttreten des durch den 12. RÄndStV formulierten RStV-E die Gebührenfinanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, die nach ihrer Auffassung eine staatliche Beihilfe darstellt, mit dem europäischen Beihilferecht in Einklang steht.¹⁴¹

Trotz der Einstellung des Verfahrens ist die Kommission befugt, die **Umsetzung** dieses Kompromisses **fortwährend zu überprüfen** und das Beihilfeverfahren jederzeit wieder aufzunehmen, sofern sie der Auffassung ist, dass

¹³⁷ Amtliche Begründung zu § 11f Abs. 1: "*Die Konzepte müssen genauer als die gesetzliche Ermächtigung sein und können ein einziges oder eine Vielzahl von Angeboten umfassen.*" Unklar ist, ob das Telemedienkonzept in jedem Fall identisch ist mit dem "Angebotskonzept" (§ 11e Abs. 1 RStV-E) oder ob es sich dabei ggf. um ein "gröberes" Konzept, ähnlich den Programmleitlinien handelt. Dann wäre – ebenso wie es bei den Programmleitlinien im Fernseh- und Hörfunkbereich und bei generell allen Angelegenheiten von grundsätzlicher Bedeutung der Fall ist – ein solches allgemeines Konzept vom WDR-Rundfunkrat zu beschließen (§ 4a und § 16 Abs. 1 WDR-Gesetz). Der Rundfunkrat muss bei späteren Drei-Stufen-Tests die in diesen Leitlinien niedergelegten Grundsätze beachten und sollte sich daher, wenn dort bereits konkrete Angebote beschrieben würden, ihre genauere Prüfung durch den Drei-Stufen-Test ausdrücklich vorbehalten.

¹³⁸ Vgl. Amtliche Begründung zu § 11f Abs. 1 RStVE: "Zulässigkeitsvoraussetzung".

¹³⁹ Vgl. gemeinsame Presseerklärung von Kommissarin Kroes und den Ministerpräsidenten Kurt Beck und Edmund Stoiber, MEMO/06/273 vom 7. Juli 2006. Für einen kurzen Überblick zur Entstehungsgeschichte der Vorschriften zum Drei-Stufen-Test vgl. Sokoll (2009).

¹⁴⁰ Vgl. Mitteilung der Kommission an die Bundesregierung vom 24. April 2007 über die Einstellung des Beihilfeverfahrens, Az.: 24.04.2007, K (2007) 1761 endg., Staatliche Beihilfe E 3/2007 (im Folgenden: "**Einstellungsschreiben**"), abrufbar unter: http://ec.europa.eu/communitylaw/state_aids/comp-2005/e003-05.pdf.

¹⁴¹ Einstellungsschreiben, Rz. 397 und Presseerklärung der Europäischen Kommission vom 18. Dezember 2008, abrufbar unter: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/08/804&format=HTML&aged=0&language=DE&guiLanguage=en>.

die tatsächliche Umsetzung des 12. RÄndStV in der Praxis nicht mit den von der Bundesrepublik gemachten Zusagen in Einklang steht.¹⁴²

Aufgrund der engen Verbindung zwischen dem RStV-E und dem europäischen Beihilfeverfahren ist es daher erforderlich, bei der **Interpretation und Auslegung** der Vorgaben des RStV-E für den Drei-Stufen-Test auch die **Zugeständnisse der Bundesrepublik sowie die hierzu im Einstellungsschreiben getroffenen Aussagen der Kommission zu berücksichtigen**. Sie sollen daher im Folgenden kurz dargestellt werden.

1.2.1. Zugeständnisse der Bundesregierung

Für den Bereich der "neuen Mediendienste" hielt die Kommission die bislang geltende Regelung, wonach öffentlich-rechtliche Telemedienangebote "programmbegeleitend mit programmbezogenem Inhalt" zulässig sind¹⁴³, nicht für eine hinreichend präzise Definition des öffentlichen Auftrags. Zudem sei nicht sichergestellt, dass Kontrollorgane die Erfüllung des Auftrags wirksam überwachen könnten.¹⁴⁴

In ihrem Schreiben vom 28. Dezember 2006 verpflichtete sich die Bundesregierung u. a. dazu, im Hinblick auf digitale Zusatzkanäle und Telemedienangebote eine **präzisere und besser kontrollierbare gesetzliche Beauftragung** sicher zu stellen und Verfahren zu entwickeln, mit Hilfe derer neue und veränderte Angebote auf die Einhaltung dieser Kriterien überprüft werden können.¹⁴⁵ Angebote, die nicht von diesem konkretisierten gesetzlichen Auftrag erfasst seien, dürften von den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten nicht offeriert werden.¹⁴⁶

¹⁴² Vgl. Art. 19 Abs. 1 Satz 2 Beihilfe-Verfahrensverordnung und die Möglichkeit fortlaufender Überprüfung der Einhaltung der Beihilfeschriften gemäß Art. 88 EG-Vertrag.

¹⁴³ Vgl. § 11 Abs. 1 Satz 2 RStV.

¹⁴⁴ Einstellungsschreiben, Rz. 234, 236, 248, 252 und 310.

¹⁴⁵ Einstellungsschreiben, Rz. 327ff.

¹⁴⁶ Einstellungsschreiben, Rz. 334.

Die Bundesregierung sagte zu, für alle **neuen und veränderten digitalen Angebote** die Rundfunkanstalten dazu zu verpflichten, einen **dreistufigen Test** durchzuführen. Die drei Stufen würden gesetzlich festgelegt und erforderten eine Prüfung durch die Rundfunkanstalten (d. h. ihre internen Gremien) für jedes Angebot, dass

1. es zum öffentlichen Auftrag gehört und damit den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen einer Gesellschaft entspricht,
2. es in qualitativer Hinsicht zum publizistischen Wettbewerb beiträgt und
3. der Aufwand für die Erbringung des Angebotes vorgesehen ist.¹⁴⁷

Neben dieser allgemeinen Verpflichtung zur Einführung eines Drei-Stufen-Tests machte die Bundesrepublik Deutschland zu den **inhaltlichen Anforderungen an Telemedienangebote** der öffentlich-rechtlichen Sender weitere Zugeständnisse, um eine deutlichere **Abgrenzung zwischen vom öffentlichen Auftrag erfassten und unzulässigen Angeboten** zu ermöglichen:

- Begrenzung der Beauftragung auf journalistisch-redaktionelle Angebote, was aber auch journalistisch-redaktionell veranlasste Angebote wie Internet-Chats umfasst.¹⁴⁸
- Erstellung einer (Positiv/Negativ-) Liste von Telemedien, die illustrativen Charakter hat und auch Angebote bezeichnet, die – wie beispielsweise E-Commerce – als nicht vom Auftrag erfasst anzusehen sind.¹⁴⁹
- Ausschluss flächendeckender lokaler Berichterstattung, von Werbung und Sponsoring sowie von unmittelbaren Verweisungen zu direkten Kaufaufforderungen.¹⁵⁰

¹⁴⁷ Einstellungsschreiben, Rz. 328 und 331; vgl. dazu Meyer (2008), 14.

¹⁴⁸ Einstellungsschreiben, Rz. 338. Die Bundesregierung führte hierzu noch aus, dass der Begriff "journalistisch-redaktionell" hinreichend durch die Gesetzesbegründung konkretisiert werde und sich aus dem durch die Rechtsprechung bereits konkretisierten Begriff in anderen Gesetzen ableite.

¹⁴⁹ Einstellungsschreiben, Rz. 339.

¹⁵⁰ Einstellungsschreiben, Rz. 341.

- Verpflichtung für sendungsbegleitende Angebote, die betreffende Sendung und den zeitlichen Bezug in den Konzepten für diese Angebote transparent zu machen.¹⁵¹
- Vorgabe von Kriterien für Vorhaben im Online-Bereich, die sich auf Funktionen beziehen, die gerade durch das öffentlich-rechtliche Online-Angebot erfüllt werden müssen, um den unverändert bestehenden Auftrag der Anstalten unter Bedingungen des Medienwandels zu erfüllen. Hierzu zählen beispielsweise:
 - allen Bevölkerungsgruppen die Teilhabe an der Informationsgesellschaft zu ermöglichen,
 - Minderheiten adäquaten Zugang zu Angeboten zu verschaffen,
 - Bürgern den Nutzen der neuen digitalen Angebote nahe zu bringen,
 - glaubwürdige Orientierungshilfe bei neuen digitalen Diensten zu bieten,
 - Medienkompetenz zu fördern und
 - Rundfunksendungen dem Wandel der Mediennutzung entsprechend zu begleiten.¹⁵²

Neben diesen inhaltlichen Vorgaben für öffentlich-rechtliche Telemedienangebote machte die Bundesregierung auch Zugeständnisse zu **verfahrensrechtlichen Fragen**. So sagte sie zu,

- in Satzungen und Richtlinien transparente und überprüfbare Kriterien dazu niederzulegen, wann ein neues Angebot vorliegt und das beschriebene Prüfverfahren greift¹⁵³,
- den Rundfunkanstalten aufzuerlegen, dass die Begründungen zu dem Vorhaben nach Durchführung der Prüfung hinreichend konkret sind, um der jeweils zuständigen Aufsicht, aber auch Dritten eine Beurteilung des Angebots zu ermöglichen,¹⁵⁴

¹⁵¹ Einstellungsschreiben, Rz. 341.

¹⁵² Einstellungsschreiben, Rz. 340.

¹⁵³ Einstellungsschreiben, Rz. 329.

¹⁵⁴ Einstellungsschreiben, Rz. 330.

- dafür zu sorgen, dass Dritte Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten, und den internen Gremien der öffentlichen Rundfunkanstalten aufzuerlegen, sich vor ihrer Entscheidung mit Stellungnahmen Dritter zu den marktlichen Auswirkungen zu befassen,¹⁵⁵
- die Einhaltung dieser Anforderungen über die Rechtsaufsicht – entweder von Amts wegen oder aufgrund von Beschwerden – zu gewährleisten und sicherzustellen, dass das Verfahren mit einer förmlichen Prüfung und Feststellung durch die Länder im Rahmen ihrer Rechtsaufsicht endet und die Genehmigung durch die Aufsichtsgremien in den Amtlichen Veröffentlichungsblättern der Länder veröffentlicht wird,¹⁵⁶ sowie
- für alle bereits bestehenden Telemedien eine förmliche Bestätigung der Länder einzuholen, dass diese Angebote vom öffentlichen Auftrag, wie er durch den neuen Rundfunkstaatsvertrag konkretisiert ist, abgedeckt sind, und zu diesem Zweck den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten aufzugeben, den Ländern ein Gesamtkonzept zu neuen Medien vorzulegen.¹⁵⁷

1.2.2. Bewertung durch die Kommission

Die Kommission hielt die Zusagen der Bundesregierung für geeignet, den öffentlichen Auftrag hinreichend genau und klar zu definieren und gleichzeitig solche Tätigkeiten auszuschließen, die als „offenkundige Fehler“ anzusehen wären.¹⁵⁸

Sie führte aus, "*dass die Darlegung der einzelnen Funktionen und der Rolle, die die Telemedienangebote der öffentlichen Rundfunkanstalten übernehmen sollen, sowie die Anforderung, dass die Telemedien qualitativ zum „publizistischen Wettbewerb“ beitragen, als angemessene Kriterien und Bedingungen angesehen werden können, um zu ermitteln, inwieweit diese*

¹⁵⁵ Einstellungsschreiben, Rz. 331.

¹⁵⁶ Einstellungsschreiben, Rz. 327, 332.

¹⁵⁷ Einstellungsschreiben, Rz. 333.

¹⁵⁸ Einstellungsschreiben, Rz. 367.

Angebote den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft entsprechen".¹⁵⁹ Die Kommission war ferner der Auffassung, "dass die Zusagen der deutschen Behörden, dass bei der näheren Bestimmung des Begriffs des publizistischen Wettbewerbs der Umfang und die Qualität der bereits bestehenden kostenlosen Angebote ebenso berücksichtigt werden wie die meinungsbildende Funktion des vorgesehenen Angebots gemessen an den bereits auf dem Markt vorhandenen Angeboten und die Auswirkungen des geplanten Angebots auf den Markt, als geeignet angesehen werden können, um Bedenken hinsichtlich eventueller wettbewerbsverfälschender Auswirkungen neuer Mediendienste, die mit bereits angebotenen Diensten vergleichbar oder identisch sind, auszuräumen."¹⁶⁰

Bezüglich der durchzuführenden **Prüfverfahren** verwies die Kommission darauf, dass die endgültige **Beauftragung** sämtlicher Telemedienangebote erst durch die **Länder** erfolge. Die präzisere Bestimmung des öffentlichen Auftrags versetze diese in die Lage, eine wirksame externe Kontrolle auch im Hinblick darauf durchzuführen, inwieweit sich die öffentlichen Rundfunkanstalten innerhalb der Grenzen ihres Auftrags bewegen.¹⁶¹

1.2.3. Speziell: Unabhängigkeit der Prüfung und Prüfungsgremien

Nicht nur in ihrem Einstellungsschreiben zum Vertragsverletzungsverfahren, sondern auch bei den anschließenden Beratungen zum 12. RÄndStV sowie in ihrem kürzlich veröffentlichten Entwurf für eine neue Rundfunkmitteilung¹⁶² – in dem sie die verbindliche Einführung des Drei-Stufen-Tests auch in allen anderen europäischen Mitgliedstaaten vorschlägt – hat die Kommission deutlich gemacht, dass sie von den Mitgliedstaaten die **Durchführung objektiver**

und einheitlicher Prüfverfahren erwartet.¹⁶³ Nach Ansicht der Kommission sollte ein objektives Prüfverfahren idealerweise von externen Aufsichtsgremien durchgeführt werden.¹⁶⁴ Bei der Durchführung durch ein internes Prüfungsgremium – wie es der Rundfunkrat ist – ist für die Kommission daher die **Unabhängigkeit der internen Aufsichtsgremien bei ihrer Entscheidungsfindung** im Verhältnis zur Geschäftsleitung der Rundfunkanstalten von zentraler Wichtigkeit, um auf diese Weise die **Unvoreingenommenheit der Gremien und den Schutz von Belangen Dritter** sicherzustellen. Dafür fordert die Europäische Kommission unter anderem eine Ausstattung der internen Prüfstelle mit **ausreichenden Finanz- und Humanressourcen** und ihre **funktionale Unabhängigkeit** bei der Organisation und beim Einsatz dieser Ressourcen. Ferner sei ein unangemessener Informationsfluss zur Geschäftsführung der Rundfunkanstalt zu verhindern und die Vertraulichkeit der von Dritten übermittelten Informationen zu wahren.¹⁶⁵

Zwar äußerte die Kommission diese Auffassung lediglich in einem Mitteilungsentwurf, der keine Rechtswirkung entfaltet und mittlerweile von zahlreichen Seiten – darunter auch von den öffentlich-rechtlichen Sendern in Deutschland – **heftig kritisiert** wurde.¹⁶⁶ Ungeachtet dieser Kritik und ihrer Berechtigung zeigt der Entwurf aber, dass die Kommission die Umsetzung der Drei-Stufen-Tests in Deutschland kritisch überwachen und dabei ein besonderes **Augenmerk auf die Unabhängigkeit des Rundfunkrats** bei seiner Entscheidungsfindung legen wird. Die Ausführungen der Kommission

¹⁵⁹ Einstellungsschreiben, Rz. 362.

¹⁶⁰ Einstellungsschreiben, Rz. 362.

¹⁶¹ Einstellungsschreiben, Rz. 374.

¹⁶² Vgl. Entwurf der Rundfunkmitteilung vom 4. November 2008, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/reform/reform.cfm.

¹⁶³ Vgl. auch öffentliche Äußerungen der allerdings nicht für das Beihilferecht zuständigen Kommissarin *Viviane Reding*, z. B. Rede vom 10. November 2008: "Brüssel, ARD und ZDF – Zu Gast bei Peter Müller „Europa contra ARD und ZDF? Welche Perspektive lässt die EU-Kommission dem gebührenfinanzierten öffentlich-rechtlichen Rundfunk in Deutschland?“ abrufbar unter: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/08/597&format=HTML&aged=0&language=FR&guiLanguage=nl>.

¹⁶⁴ Einstellungsschreiben, Rz. 255.

¹⁶⁵ Entwurf der neuen Rundfunkmitteilung vom 4. November 2008 (s. o., Fn. 162), Rz. 62. Die Kommission spricht sogar von "*Chinesischen Mauern*", die zu errichten seien.

¹⁶⁶ Auch der WDR-Rundfunkrat kritisierte den Entwurf der Rundfunkmitteilung in zwei Stellungnahmen vom 26.2.2008 und 18.12.2008, vgl. http://www.wdr.de/unternehmen/rundfunkrat/_media/pdf/WDR-Rundfunkrat_Stellungnahme%20zum%20Entwurf%20Rundfunkmitteilung.pdf.

im Entwurf der Rundfunkmitteilung können daher auch als **Hinweis auf die Auslegung der einschlägigen Vorgaben des Beihilferechts und der Vorgaben des RStV-E durch die Kommission** verstanden werden. Auch wenn sie keine direkte Rechtswirkung entfalten, ist davon auszugehen, dass die Kommission die Durchführung der Drei-Stufen-Tests kritisch beobachten wird.

Zudem ist zu berücksichtigen, dass auch andere Marktteilnehmer – vor allem der private Rundfunk sowie Zeitungs- und Zeitschriftenverleger – bereits angekündigt haben, die Art und Weise ihrer verfahrensmäßigen Beteiligung sowie die transparente und unabhängige Durchführung der Drei-Stufen-Tests genau zu beobachten und, falls aus ihrer Sicht Defizite bestehen, bei der Europäischen Kommission die Wiederaufnahme des Beihilfeverfahrens zu beantragen.¹⁶⁷

Das Risiko einer derartigen Wiederaufnahme wird um so geringer sein, je eher das Verfahren eine unabhängige Entscheidung des WDR-Rundfunkrat gewährleistet und – sofern nötig – auch **Vertraulichkeit von sensiblen Informationen Dritter** schützt.

1.3.v Anforderungen an die Ausübung eines Beurteilungsspielraums

1.3.1. Neu: Eigenständige Beurteilung

Wie bereits dargelegt, ist im Drei-Stufen-Test vom Rundfunkrat zu **entscheiden**, ob ein Telemedienangebot¹⁶⁸ gemäß den Drei-Stufen-Kriterien *dem Auftrag entspricht*.¹⁶⁹

¹⁶⁷ Vgl. Interview mit Axel Kroll und Carl-Eugen Eberle (2009), 62ff. Vgl. z. B. auch Pressemitteilung des Verbandes privater Rundfunk und Telekommunikation (VPRT) vom 5. November 2008, abrufbar unter: <http://www.vprt.de/index.html/de/press/article/id/167/?or=0&year=%7B0%7D&page=1>, und Pressemitteilung des Bundes deutscher Zeitungsverleger (BDZV), abrufbar unter: <http://www.bdzv.de/pressemitteilungen+M594632dba6e.html>.

¹⁶⁸ Sofern es sich um ein journalistisch-redaktionell veranlassetes und gestaltetes Angebot handelt, keine gesetzliche Beauftragung erfolgt und kein gesetzliches Verbot entgegensteht.

¹⁶⁹ Vgl. § 11f Abs. 6 Satz 1 in Verbindung mit § 11f Abs. 4 Satz 1 RStV-E.

Bei dieser "eigentlichen" Drei-Stufen-Test-Prüfung ist außer der Darlegung der zu erwartenden Kosten (3. Stufe) eine **Prognose** vorzunehmen, inwieweit das künftige Angebot "*den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft entspricht*" (1. Stufe) und in welchem Umfang durch das Angebot "*in qualitativer Hinsicht zum publizistischen Wettbewerb beigetragen wird*" (2. Stufe). Beides sind, ebenso wie der Begriff des "*Auftrags*", **unbestimmte Rechtsbegriffe**, d. h. breit angelegte Rechtsbegriffe, die einer wertenden Auslegung bedürfen.¹⁷⁰ Auch aus dem Gesamtzusammenhang ergibt sich, dass es sich bei der Drei-Stufen-Test-Entscheidung um eine wertende Entscheidung unter Abwägung verschiedener Elemente handelt.¹⁷¹ Die Bewertung erfolgt durch das *zuständige Gremium*, d. h. den Rundfunkrat.¹⁷²

Bei der Überprüfung neuer Angebote durch den Rundfunkrat ist der Drei-Stufen-Test der entscheidende Verfahrensschritt¹⁷³ zur staatlichen Beauftragung und außerdem ein **formalisiertes Verfahren** unter Beteiligung von verschiedenen Verfahrensbeteiligten. Mangels ausdrücklicher Regelungen im RStV-E liegt es also nahe, für die Entscheidung des Rundfunkrats vergleichbare Maßstäbe anzuwenden, wie sie allgemein für vergleichbare Entscheidungen im Rahmen von Verwaltungsverfahren gelten.

¹⁷⁰ Vgl. Sachs in: Stelkens/Bonk/Sachs (2008), § 40 Rz. 157. Unbestimmte Rechtsbegriffe sind häufig in den Gesetzen enthalten. "Klassische" Beispiele sind die Begriffe öffentliche Sicherheit und Ordnung, Wohl der Allgemeinheit, öffentliche Belange, Zuverlässigkeit und Eignung etc. Grundsätzlich ist ihre Anwendung durch die Behörde von der Rechtsaufsicht und den Gerichten umfassend überprüfbar, es sei denn, der Behörde ist ein Beurteilungsspielraum eingeräumt.

¹⁷¹ In die Abwägung sind zumindest der Sachverhaltsvortrag und die rechtlichen Argumente aus dem Antrag (Angebotsvorlage nebst Begründung), aus den Stellungnahmen Dritter und aus dem externen Gutachten zu marktlichen Auswirkungen einzubeziehen, vgl. § 11f Abs. 6 Satz 3 RStV-E.

¹⁷² Vgl. § 11f Abs. 6 Satz 1 in Verbindung mit § 11f Abs. 4 Satz 1 RStV-E.

¹⁷³ Da die anschließende rechtsaufsichtliche Prüfung aus verfassungsrechtlichen Gründen nur begrenzt stattfindet (siehe unten, A.1.3.1), obliegt die Entscheidung im Wesentlichen dem Rundfunkrat.

Nach diesen Grundsätzen wird dem Rundfunkrat bei der Auslegung der unbestimmten Tatbestandsmerkmale ein **Beurteilungsspielraum** eingeräumt, dessen Wahrnehmung von der Rechtsaufsicht und, falls es zu gerichtlichen Verfahren kommen könnte, von den Gerichten nur begrenzt überprüfbar ist.

So werden Beurteilungsermächtigungen von den Verwaltungsgerichten typischerweise dann angenommen, wenn die Entscheidung weisungsfreien Gremien übertragen ist, die wie der Rundfunkrat interessenpluralistisch oder aufgrund besonderer Sachkunde der Mitglieder zusammengesetzt sind.¹⁷⁴ Zudem trifft der Rundfunkrat vorliegend eine (Prognose-)Entscheidung im Kernbereich der Rundfunkfreiheit. Solche Entscheidungen dürfen grundsätzlich nur unter Sicherung der Staatsferne und möglichst aufgrund einer pluralistischen Meinungsbildung ergehen. Für vergleichbare wertende Entscheidungen im Bereich der Presse-, Kunst- oder Rundfunkfreiheit ist von den Gerichten ein Beurteilungsspielraum anerkannt worden.¹⁷⁵ Hinzu kommt, dass den Rundfunkanstalten ein Selbstverwaltungsrecht zusteht¹⁷⁶ und sie nur einer sehr begrenzten Rechtsaufsicht unterliegen.¹⁷⁷ In der Amtlichen Begründung zum RStV-E findet sich ebenfalls ein Hinweis auf die begrenzte

Überprüfbarkeit der Entscheidung der zuständigen Gremien.¹⁷⁸ Man kann daher davon ausgehen, dass dem Rundfunkrat für seine Entscheidung eine Beurteilungsermächtigung erteilt wird.

1.3.2. Anforderungen an die Beurteilungsentscheidung

Die Einräumung eines Beurteilungsspielraums bedeutet, dass der Rundfunkrat (innerhalb der vorgegebenen Grenze) eine freie und eigene Entscheidung trifft und die **eigentliche Beurteilungsentscheidung** von der Rechtsaufsicht oder ggf. den Gerichten nur sehr **eingeschränkt überprüft** wird.¹⁷⁹ Dagegen gelten bestimmte **Regeln für die Entscheidungsfindung**,¹⁸⁰ die im Rahmen der vorliegend obligatorisch durchzuführenden Prüfung durch die Rechtsaufsicht **überprüfbar** sind.¹⁸¹ Der Rundfunkrat sollte daher diese Regeln sorgfältig beachten, um Beurteilungsfehler zu vermeiden, die möglicherweise von der Rechtsaufsicht beanstandet werden könnten. Diese Regeln lauten:

- 1. Verfahrensvorschriften sind einzuhalten.**
- 2. Rechtsbegriffe sind zutreffend auszulegen.**
- 3. Das Gremium muss eine eigene Abwägungsentscheidung treffen.**

¹⁷⁴ Sachs in: Stelkens/Bonk/Sachs (2008), § 40 Rz. 204; ständige Rechtsprechung: BVerwG, z. B.: NJW; 1987, 1429, 1431; NJW-RR 1986, 788f.; NVwZ 1991, 268, 269; Beurteilungsspielräume wurden in der Rechtsprechung u. a. anerkannt für die Annahme einer besseren Gewähr für größere Meinungsvielfalt im publizistischen Wettbewerb (VG Weimar, ThürVBl 1993, 136, 138) und bei Rundfunkveranstaltern (VGH München, NJW 1997, 1385, 1386f) sowie für Entscheidungen der Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften, vgl. BVerwGE 91, 211, 216f im Anschluss an BVerfGE 83, 130, 150; vgl. auch Aschke in: Beck'scher Onlinekommentar zum VwVfG, § 40 Rz. 120.

¹⁷⁵ Beispiele: Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften, die Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) (vgl. Urteil des VG München vom 8.11.2007, Az.: M 17 K 06/2675, ZUM 2008, 343) oder die Kommission für Jugendmedienschutz (KJM) (vgl. Urteil des VG Augsburg vom 31.7.2008, Az.: Au 7 S 08/659, MMR 2008, 772).

¹⁷⁶ Vgl. Gotzmann (2003), 117, 118.

¹⁷⁷ Aus Gründen der Staatsferne des Rundfunks gilt für den Bereich der Rundfunkfreiheit der Rundfunkanstalten in besonderem Maße das Prinzip der **begrenzten Rechtsaufsicht**. Die Staatsaufsicht gegenüber Rundfunkanstalten im Programmbereich ist auf ein absolutes Mindestmaß reduziert und umfasst nur eine Evidenzkontrolle. Vgl. Gotzmann (2003), 117, 118, 152, insbes. FN. 900; vgl. den Subsidiaritätsgrundsatz des § 54 Abs. 4 WDR-Gesetz.

¹⁷⁸ Amtliche Begründung zu § 11f RStV-E, 1. Absatz: "...hat Deutschland gegenüber der Generaldirektion Wettbewerb zugesagt, ein Verfahren zur Konkretisierung des allgemeinen Telemedienauftrages einzuführen, das die Ausgestaltung des Gesetzesrahmens den pluralistisch besetzten Rundfunkgremien überlässt und die staatliche Beauftragung auf eine Prüfung der Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben beschränkt."

¹⁷⁹ Sachs in: Stelkens/Bonk/Sachs (2008), § 40 Rz. 221; BVerwG NJW 1986, 796, 798; 1987, 1429

¹⁸⁰ Die Kontrollmaßstäbe wurden in der verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung entwickelt; vgl. dazu Sachs in: Stelkens/Bonk/Sachs (2008), § 40 Rz. 180; Beck'scher Online-Kommentar zum VwVfG, § 40 Rz. 133; Aschke in: Bader/Ronellenfisch (2009) § 40, Rz. 133; BVerfGE 84, 34, 53f.; BVerwGE 99, 74, 77; NVwZ 2004, 1375, 1376.

¹⁸¹ Nach allgemeinen Grundsätzen führt ein Beurteilungsfehler allerdings nur dann zur Aufhebung einer Entscheidung (bzw. hier wegen der begrenzten Rechtsaufsicht wohl eher zur Zurückweisung an den Rundfunkrat zur erneuten Entscheidung), wenn sich der Beurteilungsfehler auf die Entscheidung ausgewirkt hat, also bei Beachtung der Regel möglicherweise eine andere Entscheidung getroffen worden wäre. Vgl. Sachs in: Stelkens/Bonk/Sachs (2008), § 40 Rz. 225.

4. Die Entscheidung muss auf einem zutreffenden und vollständigen Sachverhalt beruhen.
5. Allgemeingültige Bewertungsmaßstäbe sind zu beachten.
6. Es dürfen keine sachfremden Erwägungen angestellt werden.

Das bedeutet insbesondere:

Zu 1: Verfahrensvorschriften sind einzuhalten.

In Teil B im Rahmen des "Verfahrensrasters" sind die speziell für den Drei-Stufen-Test geltenden Verfahrensvorgaben dargestellt. Sie sind noch durch konkretere Vorschriften in den Verfahrenssatzungen des WDR zu ergänzen.

Zu 2: Rechtsbegriffe sind zutreffend auszulegen.

Bei der Auslegung der im Gesetz verwendeten Rechtsbegriffe sind juristische Auslegungsregeln zu beachten.

Bestehen für die Bedeutung eines Rechtsbegriffs verschiedene Auslegungsmöglichkeiten, finden juristische **Auslegungsmethoden** Anwendung. Dies sind insbesondere: (1) die Auslegung nach dem Wortlaut, (2) die systematische (insbesondere: verfassungskonforme), die (3) historische und (4) die teleologische Auslegung (d. h. Auslegung entsprechend dem Zweck der Vorschrift).¹⁸²

Ausgangspunkt und Grenze der Auslegung ist der Wortlaut. Enthält das Gesetz für den Ausdruck eine Beschreibung (z. B. die Definition des *sendungsbezogenen Angebots*), so ist sie zu berücksichtigen. Eine Auslegung, die dem Wortlaut widerspricht, ist nicht zulässig. Dies bedeutet z. B., dass bei einem *sendungsbezogenen* Ratgeberportal ein – wie auch immer geariteter – Bezug zu einer bestimmten Sendung gegeben sein muss.

¹⁸² Vgl. BVerfGE 79, 106, 120; 110, 33, 56f.; Sachs in: Stelkens/Bonk/Sachs (2008), § 40 Rz. 153.

Neben der Auslegung des Wortlauts ist das einzelne Tatbestandsmerkmal auch in seinem Gesamtzusammenhang auszulegen ("systematische Auslegung"). So ergibt eine systematische Auslegung, dass beispielsweise ein sendungsbezogenes Ratgeberportal zu einer Reisesendung zwar grundsätzlich zulässig ist, auf diesem für die Reiseplanung allerdings kein Routenplaner eingestellt werden darf.¹⁸³

Ein Unterfall der systematischen Auslegung ist die verfassungskonforme Auslegung: Von mehreren Auslegungsmöglichkeiten hat **stets** diejenige den Vorrang, bei der die Rechtsnorm mit der Verfassung in Einklang steht.¹⁸⁴ Diesem Gesichtspunkt kommt im Rundfunkrecht besondere Bedeutung zu, da die Rundfunkgesetze der Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit dienen.

Die historische Auslegung dient der Ermittlung des Gesetzeszwecks. Sie berücksichtigt insbesondere die Entstehungsgeschichte einer Regelung. Hierbei sind z. B. auch Veränderungen an den Vorentwürfen im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens auslegungsrelevant.

Von entscheidender Bedeutung ist die teleologische Auslegung, die sich am (objektiven) Gesetzeszweck orientiert. Findet sich in den Materialien eine ausdrückliche Stellungnahme des Gesetzgebers, verdeutlicht sie den (subjektiven) Gesetzeszweck und ist daher in der Regel zu befolgen.¹⁸⁵ Deshalb ist vorliegend die Amtliche Begründung zum Rundfunkstaatsvertrag eine wichtige Auslegungshilfe.

Allgemein gilt zudem der **Grundsatz der Selbstbindung** durch eine bisherige Spruchpraxis.¹⁸⁶ Der Rundfunkrat sollte daher auf eine **einheitliche Begriffsauslegung** achten, die sowohl konsistent ist mit seinen vorangehenden Drei-Stufen-Test-Entscheidungen als auch mit der Verwendung der Be-

¹⁸³ Negativliste zu § 11d Abs. 5 Satz 3 RStV-E, Nr. 6, 11.

¹⁸⁴ St. Rspr., vgl. BVerfGE 2, 282, 48, 40; 64, 241. Vgl. Sachs in: Stelkens/Bonk/Sachs (2008), § 40 Rz. 153; Heinrichs in: Palandt (2009), Einleitung, Rz. 42ff.

¹⁸⁵ BGHZ 46, 74/80; 62, 340/50; GBH NJW 2003, 290.

¹⁸⁶ A. a. O. Rz. 134 (abgeleitet aus dem Gleichheitssatz, Art. 3 Abs. 1 Grundgesetz).

griffe in anderem Zusammenhang, etwa in Programmleitlinien, die der Rundfunkrat verabschiedet hat.¹⁸⁷

Zu 3: Eigene Abwägung

Der Rundfunkrat ist berechtigt und verpflichtet, eine eigenständige Beurteilungsentscheidung zu treffen. Die Regeln zum Beurteilungsspielraum verlangen eine eigenständige Entscheidungsfindung, d. h. eine selbständige Prüfung und Anwendung der Rechtsbegriffe auf den konkreten Sachverhalt. Hier liegt der Kern dessen, was im RStV-E in Umsetzung der beihilferechtlichen Vorgaben mit "**Unabhängigkeit der Gremienentscheidungen**" bezeichnet wird.¹⁸⁸ Das wäre zum Beispiel nicht hinreichend der Fall, wenn der Rundfunkrat die Argumentationsweise der Angebotsvorlage schlicht übernehme oder nur überprüfe, ob sie in sich schlüssig oder plausibel ist, anstatt eine eigene Abwägung unter Berücksichtigung aller dafür relevanten Belange vorzunehmen.

Aus dem Erfordernis einer eigenständigen Entscheidung ergibt sich auch die Möglichkeit, ggf. in Form einer **Teilgenehmigung** nur Teile des geplanten Angebots zu beauftragen.¹⁸⁹

Zu 4: Zutreffende und vollständige Sachverhaltsermittlung

In engem Zusammenhang mit Regel Nr. 3 steht die Regel Nr. 4: Die Entscheidung muss auf einem **zutreffenden** und **vollständig ermittelten Sachverhalt** beruhen. Der Rundfunkrat muss also, **sofern** ein Sachverhaltsaspekt für seine Abwägung beachtlich ist, alle bestehenden Informationsmängel

oder Zweifel, soweit möglich, aufklären.¹⁹⁰ Daraus kann z. B. folgen, dass der Rundfunkrat entweder selbst oder über den Marktgutachter ergänzende Informationen zum Sachverhalt von der Intendantin oder von Dritten einholen muss.

Beispiel: In der Drei-Stufen-Test-Entscheidung sind die Kosten des Angebots anzugeben. Enthält eine Stellungnahme eines Dritten nachvollziehbare Anhaltspunkte dafür, dass die entsprechende Kostenschätzung in der Angebotsvorlage nicht vollständig sein könnte, muss der Rundfunkrat dies z. B. durch eine Nachfrage bei der Intendantin aufklären.

Zu 5 und 6: Keine Entscheidung entgegen allgemeingültiger Bewertungsmaßstäbe oder aufgrund sachfremder Erwägungen.

Die Entscheidung darf schließlich nicht willkürlich entgegen allgemeingültiger Bewertungsmaßstäbe oder aufgrund sachfremder Erwägungen getroffen werden.¹⁹¹ Das wäre etwa der Fall, wenn eine Entscheidung aufgrund von Erwägungen getroffen würde, die mit den vorgegebenen Kriterien der Abwägung offensichtlich nichts zu tun haben.

Zur Dokumentation der Beachtung dieser Regeln gegenüber der Rechtsaufsicht dient in erster Linie die schriftliche Entscheidungsbeurteilung. Auf sie ist daher besonderer Wert zu legen.¹⁹²

1.4. Besonderheiten der Stellung des Rundfunkrats im Drei-Stufen-Test

Für die Durchführung des Drei-Stufen-Test-Verfahrens ergeben sich Besonderheiten daraus, dass nicht ein externes Prüfungsgremium den Test durchführt

¹⁸⁷ Der Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung wird insbesondere aus Artikel 3 Abs. 1 Grundgesetz (Gleichbehandlungsgrundsatz) abgeleitet. Zur Parallele der Selbstbindung der Verwaltung an norminterpretierende Richtlinien vgl. Sachs in: Stelkens/Bonk/Sachs (2008), § 40 Rz. 156.

¹⁸⁸ § 11e Abs. 1 Satz 3 RStV-E und siehe oben, A. 1.3.2.

¹⁸⁹ Siehe zur Möglichkeit der Teilgenehmigung durch den Rundfunkrat unten A. 1.4.2.

¹⁹⁰ Entscheidend ist der aus Sicht der prüfenden Behörde für die Bewertung maßgebliche Sachverhalt, vgl. BVerwGE 60, 245 (Ziff. 3.b).

¹⁹¹ BVerwG NJW 1984, 2650; 1987, 1434; 1988, 1864; NVwZ 1985, 187, 189; Sachs in: Stelkens/Bonk/Sachs (2008), § 40 Rz. 228.

¹⁹² Vgl. zur Begründungspflicht im Einzelnen B. 4.4.

(wie etwa in Großbritannien der BBC Trust den Public Value Test für neue oder wesentlich veränderte BBC-Angebote), sondern mit der Prüfung der Rundfunkrat betraut ist, der zwar mit externen Vertretern der Allgemeinheit besetzt, aber gleichwohl als Organ in die Organisation der antragstellenden Rundfunkanstalt eingegliedert ist.

Insofern gibt es zwei Grundsätze, die potenziell in einem **Spannungsverhältnis zueinander** stehen: Einerseits erhält der Rundfunkrat, wie soeben eingehend unter A 1.3. dargelegt, eine (auch qualitativ) **neue Aufgabe** als **unabhängiges Prüfungsgremium** und "Herr" des Drei-Stufen-Test-Verfahrens. Bis auf den Bereich bereits gesetzlich beauftragter Angebote soll künftig der Rundfunkrat verbindlich über die Zulässigkeit aller Telemedienangebote der Rundfunkanstalt befinden. Andererseits gibt es unveränderte **organisationsrechtliche Grundsätze und Regelungen** zur Stellung des Rundfunkrats innerhalb der Rundfunkanstalt. Insofern gilt, dass der **Rundfunkrat zwar das höchste Organ der Rundfunkanstalt** und als solches u. a. für die Beratung in Programmangelegenheiten, die Entscheidung über Angelegenheiten von grundsätzlicher Bedeutung und die (*nachträgliche*) Programmkontrolle berufen ist. Die **Zuständigkeit für die konkrete Programmgestaltung und Programmplanung liegt bei der Intendantin. Für den Drei-Stufen-Test sind diese beiden Grundsätze in einen angemessenen Ausgleich zu bringen.**

1.4.1. Traditionelle Stellung des Rundfunkrats in der Rundfunkanstalt

Der Rundfunkrat besteht aus Vertretern der gesellschaftlich relevanten Gruppen und Institutionen. Als Kontrollgremium und oberstes Organ der Rundfunkanstalt bildet er nach dem binnenpluralistischen Modell die **Vertretung der Allgemeinheit** innerhalb der Rundfunkanstalt. Der Rundfunkrat ist weder (wie etwa ein Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft) in erster Linie "seiner" Anstalt noch der ihn jeweils entsendenden Gruppe verpflichtet. Gemäß § 15 Abs. 2 Satz 2 WDR-Gesetz und entsprechenden Vorschriften anderer Landesrundfunkgesetze haben die Mitglieder des Rundfunkrates

bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben die Interessen der Allgemeinheit zu vertreten. Die Tätigkeit des Rundfunkrats dient dazu, die **Meinungsvielfalt** im Rundfunk anstaltsintern zu sichern.¹⁹³ Das ist organisatorisch vor allem durch die **Weisungsungebundenheit** der Rundfunkratsmitglieder und gewisse Inkompatibilitätsregeln abgesichert¹⁹⁴, die die Unabhängigkeit der Rundfunkratsmitglieder sowohl von der Intendantin als auch von einzelnen gesellschaftlichen Gruppen gewährleisten sollen.

Der Rundfunkrat hat **Beratungs-, Überwachungs- und (in wesentlichen Angelegenheiten) Gestaltungsbefugnisse**.¹⁹⁵ Auf einer für die Programmgestaltung durch die Intendantin nicht bindenden Ebene wird er im Rahmen der Programmplanung und Aufgabenkritik beratend tätig. Ferner beschließt der Rundfunkrat über Angelegenheiten von grundsätzlicher Bedeutung und nimmt durch seine Entscheidung über die Haushaltsplanung und die Besetzung von Leitungspositionen mittelbar auch Einfluss auf die Programmentwicklung. Zu den grundsätzlichen Angelegenheiten gehören auch vom Rundfunkrat verabschiedete **Programmleitlinien**, die eine Konkretisierung des Funktionsauftrags darstellen.¹⁹⁶ Das von der Rundfunkanstalt veranstaltete Programm muss sich an ihnen orientieren. Der Rundfunkrat hat also durchaus Einflussmöglichkeiten auf die Programmgestaltung, auch im Rahmen seiner Beratungsfunktion; jedoch hat er grundsätzlich keine Befugnis zur Vorabkontrolle von Programmentscheidungen, sondern nur zu ihrer nachträglichen Überwachung.¹⁹⁷

¹⁹³ BVerfGE 12, 205, 261; 83, 238, 333. Zur Funktion des Rundfunkrats vgl. Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner (2008), vor § 11 Rz. 53 und 56; vgl. auch § 16 Abs. 1 Satz 1 WDR-Gesetz: "Der Rundfunkrat vertritt im WDR die Interessen der Allgemeinheit und berücksichtigt dabei die Vielfalt der Meinungen der Bürgerinnen und Bürger."

¹⁹⁴ Vgl. § 13 Abs. 2 bis 5 WDR-Gesetz sowie die gewisse Durchbrechung durch Teilnahmeerlaubnis von Mitgliedern der Landesregierung und ggf. auch der Landesparlamente gem. § 15 Abs. 2 WDR-Gesetz.

¹⁹⁵ §§ 1, 16 WDR-Gesetz; vgl. Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner (2008), vor § 11, Rz. 62; Ricker (1987), 10ff.

¹⁹⁶ §§ 4a, 16 WDR-Gesetz.

¹⁹⁷ Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner (2008), vor § 11, Rz. 64; § 16 Abs. 4 Satz 3 WDR-Gesetz.

Demgegenüber liegt die **vorrangige Zuständigkeit** für die **konkrete Programmplanung und -gestaltung** bei der **Intendantin**. Gemäß dem gesetzlich festgelegten "Intendantenprinzip"¹⁹⁸ kommt die zentrale (umfassende) **Leitungskompetenz** in den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der vom Rundfunkrat gewählten Intendantin zu.¹⁹⁹ Neben der Vertretung der Anstalt nach außen und im Rechtsverkehr obliegt der Intendantin auch die interne Geschäftsführung, z. B. die Auswahl- und Weisungskompetenz gegenüber programmgestaltenden Mitarbeitern.²⁰⁰

Das Intendantenprinzip dient der Optimierung der Ausübung der Rundfunkfreiheit; vor allem soll es eine **einheitliche, professionelle Programmplanung und -gestaltung** der Rundfunkanstalt sicherstellen.²⁰¹ Ihm liegt der Gedanke zugrunde, dass der Rundfunk eine Vermittlungsfunktion als unabhängige journalistische Einrichtung hat, was ein möglichst hohes Maß an journalistischer Professionalität, also auch die Gesamtkonzeption von Programmvorhaben durch die hauptberuflichen Mitarbeiter der Programmredaktionen voraussetzt.²⁰²

Die deutliche Trennung der Organe Rundfunkrat und Intendantin schließt ein einvernehmliches Zusammenwirken der Organe nicht aus.²⁰³

¹⁹⁸ Vgl. z. B. § 25 WDR-Gesetz.

¹⁹⁹ Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner (2008), vor § 11, Rz. 46, 47.

²⁰⁰ Daher ist auch keine umfassende Mitbestimmung der Mitarbeiter zulässig, die die Vielfalts- und Ausgewogenheitspostulate des Rundfunkgrundrechts überschreiten würde, Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner (2008), vor § 11, Rz. 49, 50, insb. Fn. 143.

²⁰¹ Vgl. Stock (1985), 373 und 375: "Das Intendantenprinzip soll auf organisationsrechtlicher Ebene jenes Maß an Professionalität und Zusammenhang absichern, das auf programmrechtlicher Ebene in dem Begriff des "Gesamtprogramms" beschlossen liegt. Es bezweckt auch den Schutz einer entsprechenden "positiven Neutralität" des Mediums." Vgl. auch Ricker (1987), 21, wonach eine positive Programmgestaltungsbefugnis des Rundfunkrats für das tägliche Programm vor allem deshalb nicht in Betracht komme, weil der Rundfunkrat ein Gremium ist, das nur sporadisch zusammentritt.

²⁰² BVerfG NJW 1981, 1774, 1776 - FRAG.

²⁰³ Vgl. dazu Cromme (1985), 356.

1.4.2. Befugnisse bei der Prüfung von Telemedienangeboten – insbesondere: Möglichkeit der Teilgenehmigung unter Rücksichtnahme auf die Vorlage der Intendanz

Die neuen Regelungen zum Drei-Stufen-Test enthalten keine ausdrücklichen organisationsrechtlichen Regelungen, die diese traditionelle Zuständigkeitsverteilung zwischen Rundfunkrat und Intendantin bei der Programmplanung für den Bereich der Telemedien ändern. Damit bleiben auch hier die Zuständigkeitsregelungen des WDR-Gesetzes²⁰⁴ anwendbar.

Allerdings verändert sich die grundsätzliche Zuständigkeitsverteilung dadurch, dass der Drei-Stufen-Test als ein "Genehmigungsverfahren"²⁰⁵ für ein von der Intendantin bzw. den Programmredaktionen entwickeltes Telemediakonzept ausgestaltet ist, das zwingend vor Aufnahme der in diesem Konzept aufgeführten Angebote durchgeführt werden muss. Im Drei-Stufen-Test-Verfahren ist der Rundfunkrat erstmals mit einer eigenständigen, unabhängigen Entscheidungsfindung über künftige Angebote betraut.

Auch bei der Frage nach der Zulässigkeit von Teilgenehmigungen durch den Rundfunkrat zeigt sich ein (wenngleich geringfügiger) Wandel zu einer größeren Programmverantwortung des Rundfunkrats. Die grundsätzliche Möglichkeit, Telemediakonzepte der Intendantin auch nur teilweise zu genehmigen, erschließt sich schon aus der Rechtsnatur der Drei-Stufen-Test-Entscheidung als Beurteilungsentscheidung. Hieraus folgt, dass der Rundfunkrat auch zu dem Ergebnis gelangen kann, dass nicht das gesamte vorgelegte Telemediakonzept, sondern nur bestimmte Teile davon vom Auftrag umfasst sind.

Auch aus dem Wortlaut und der Auslegung im Regelungszusammenhang ergibt sich, dass die Entscheidung des Rundfunkrats auch in einer Teilge-

²⁰⁴ Vgl. insb. § 16 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 sowie § 25 Abs. 1 Satz 1 WDR-Gesetz.

²⁰⁵ Vgl. zu diesem Begriff bereits oben A.1.1.2.1.

nehmung des geplanten Angebots bestehen kann, solange diese sich im Rahmen des Antrags der Intendantin bewegt:

- Gegenstand der Entscheidung des Rundfunkrats ist, *inwieweit* ein neues oder verändertes Angebot den Bedürfnissen der Gesellschaft entspricht und *in welchem Umfang* durch das Angebot in qualitativer Hinsicht zum publizistischen Wettbewerb beigetragen wird. Insbesondere die Kriterien des qualitativen Beitrags zum publizistischen Wettbewerb und der marktlichen Auswirkungen können hier für einzelne (Teil-)Angebote unterschiedlich zu beurteilen sein.
- Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit spricht ebenfalls dafür, dass der Rundfunkrat, sofern er einen Teilaspekt des Angebots als nicht vom Auftrag umfasst erachtet, die Möglichkeit haben muss, das verbleibende Angebot im Rahmen des eingeleiteten Verfahrens zu beauftragen, und er nicht etwa wegen eines Teilaspekts stets das gesamte Angebot als nicht auftragungsgemäß zurückweisen und ggf. das gesamte Verfahren wiederholen muss.

Allerdings hat der Rundfunkrat nach den oben dargelegten Grundsätzen unter dem Aspekt der **Rundfunkfreiheit der Rundfunkanstalten** – die eine Bestands- und Entwicklungsgarantie auch für den Bereich der "Neuen Medien" umfasst²⁰⁶ – bei seiner Entscheidung zu berücksichtigen, dass innerhalb der Rundfunkanstalt die Intendantin die **Programmverantwortung** für die Gestaltung und Weiterentwicklung der Telemedienangebote trägt und der Rundfunkrat diese Angebote im Rahmen des Drei-Stufen-Tests lediglich überprüft. **Diese Zuständigkeitsverteilung zwischen Intendantin und Rundfunkrat** sollte der Rundfunkrat auch bei der Wahrnehmung seiner Befugnisse im Drei-Stufen-Test beachten.

Der Rundfunkrat kann also stets nur eine von der Intendantin zur Genehmigung vorgelegte Angebotsvorlage überprüfen und der Vorlage – vollständig oder in Teilen – stattgeben, nicht aber eine eigene Vorlage an die Stelle der

Angebotsvorlage der Intendantin setzen. Zur **Klarstellung**: Das schließt jedoch nicht aus, dass der Rundfunkrat an der Entwicklung des Telemedienkonzepts im Vorfeld der Vorlage zum Drei-Stufen-Test in seiner oben beschriebenen Beratungsfunktion beteiligt wird. Eine Teilgenehmigung wäre außerdem nur dann zulässig, wenn sie das Angebot nur reduziert – beispielsweise, indem bestimmte Verweildauern herabgesetzt werden –, ohne dass sich dies auf die Konzeption des geplanten Angebots auswirkt. Die Grenze einer Zulässigkeit von Teilgenehmigungen dürfte erreicht sein, wenn einzelne Angebote durch die Teilgenehmigung derart verändert werden, dass sie mit dem **zugrunde liegenden Konzept des Angebots nicht mehr übereinstimmen**. Dies könnte z. B. der Fall sein, wenn innerhalb einer zusammenhängenden Gesamtplanung, z. B. einer Mediathek über regionale und lokale Inhalte, sämtliche lokalen Inhalte mangels eines öffentlichen Bedürfnisses gestrichen würden.²⁰⁷

Zur weiteren Wahrung der Programmhoheit der Intendantin räumen beispielsweise einige **Satzungsentwürfe der Intendantin** die Möglichkeit ein, auf die Stellungnahmen, das Marktgutachten und sonstige Erkenntnisse mit einer Abänderung der ursprünglichen Angebotsbeschreibung zu reagieren.²⁰⁸ Im Hinblick auf das oben dargestellte Verhältnis zwischen Intendantin und Rundfunkrat könnte (und sollte) der Rundfunkrat bei einer beabsichtigten Teilgenehmigung auch **zunächst die Stellungnahme der Intendantin einholen, ob sie die Angebotsvorlage entsprechend abändern möchte, um den Bedenken des Rundfunkrats zu entsprechen**.

In diesem Zusammenhang ist indes darauf hinzuweisen, dass jede Modifizierung der Angebotsvorlage nach Einholung von Stellungnahmen die Gefahr birgt, dass zu dem modifizierten Antrag erneut ein Marktgutachten sowie die Stellungnahmen Dritter einzuholen sind. Zwar ist es grundsätzlich denkbar, dass ein modifizierter Antrag, der lediglich ein Minus zum vorheri-

²⁰⁶ Siehe oben, A. 1.1.2.5.1.

²⁰⁷ Außerdem wird die Intendantin auch berechtigt sein, ihren Antrag wieder zurückzuziehen, wenn die Durchführung des nur teilweise genehmigten Angebots unzumutbar ist.

²⁰⁸ Vgl. z. B. Satzungsentwurf ARD-Gemeinschaftsangebote, Ziff II 10.

gen Antrag darstellt – so z. B., wenn ein in sich geschlossener Teil des Angebots entfernt wird – keine erneute Pflicht zur Einholung von Stellungnahmen und Marktgutachten begründet. Angesichts dessen kann die Möglichkeit einer Teilgenehmigung für die Intendantin sogar Vorteile gegenüber einer nachträglichen Modifikation der Angebotsvorlage bieten.

1.4.3. Absicherung der Unabhängigkeit des Rundfunkrats

Die Entscheidung, ob das von der Intendantin beantragte Telemedienangebot vom Auftrag erfasst ist, obliegt hingegen allein dem Rundfunkrat. Im Verfahren des Drei-Stufen-Tests hat der Rundfunkrat daher eine eigenständige und unabhängige **Entscheidungsfindung** vorzunehmen. Das erfordert eine eigenständige Sachverhaltsermittlung und -analyse sowie eine Abwägungsentscheidung, die insbesondere nicht die Argumentation des Telemedienkonzepts lediglich ungeprüft übernimmt.²⁰⁹ Die Unabhängigkeit des Rundfunkrats bei der Entscheidungsfindung muss auch in organisatorischer Hinsicht gewährleistet sein.

Der Gesetzgeber verlangt dementsprechend, dass **die künftigen Verfahrens-satzungen** der Rundfunkanstalten **spezielle Regelungen zur Absicherung der Unabhängigkeit der Gremienentscheidungen** enthalten.²¹⁰ Ein unabhängiger Beratungsprozess werde u. a. durch die Absicherung der *eigenständigen Sachermittlung*, der *unabhängigen Gutachtensbeauftragung* und der für die Verfahrensdurchführung *notwendigen Personal- und Sachausstattung* gewährleistet.²¹¹ Diese Prinzipien dürften in der Praxis für die Durchführung unabhängiger Tests von außerordentlicher Bedeutung sein.²¹²

²⁰⁹ Siehe oben, A. 1.3.1.

²¹⁰ § 11e Abs. 1 Satz 2 RStV-E.

²¹¹ Vgl. Amtliche Begründung zu § 11e Abs. 1 RStV-E.

²¹² Die praktische Bedeutung "angemessener Kontrollkapazität" betont auch Klickermann (2008), 795.

Allerdings enthalten die bislang vorliegenden Satzungsentwürfe insbesondere im Hinblick auf die Absicherung der eigenständigen Sachverhaltsermittlung keine Regelungen.

Wie noch im Einzelnen erörtert wird, hat der Rundfunkrat einen **weiten Spielraum, wie er das Verfahren sinnvoll ausgestaltet**. Bezüglich der **internen Organisation** innerhalb des WDR-Rundfunkrats ist z. B. eine arbeitsteilige Vorbereitung und Durchführung des Drei-Stufen-Tests durch einen der bestehenden drei Ausschüsse des Rundfunkrats denkbar. Ebenso können auch neue ad hoc oder auf Dauer eingerichtete Arbeitsgruppen oder gemeinsame (Unter-)Ausschüsse die wesentlichen Informationen zusammentragen und die Entscheidung des Plenums vorbereiten.

1.4.3.1. Eigene Personal- und Sachausstattung

Unterstützt werden kann der Rundfunkrat bei der Durchführung des Drei-Stufen-Tests und der Entscheidungsvorbereitung durch seine Geschäftsstelle, eine gemeinsame Geschäftsstelle mehrerer Rundfunkanstalten oder auch in gewissem Umfang durch externe Dienstleister, solange dabei gewährleistet ist, dass der Rundfunkrat diejenige Stelle bleibt, die aufgrund einer eigenständigen Beurteilung die Entscheidung trifft.²¹³

In den Satzungsentwürfen ist bislang zur Personal- und Sachausstattung in allgemeiner Form vorgesehen, dass im Rahmen der jährlichen Etatplanung der Rundfunkanstalten sicherzustellen ist, dass der Rundfunkrat über **angemessene eigene, getrennt ausgewiesene Haushaltsmittel zur Deckung der Personal- und Sachkosten** für die Durchführung von Prüfverfahren verfügt. Ferner ist vorgesehen, dass der/die Vorsitzende des Rundfunkrats das **fachliche Weisungsrecht** gegenüber den für den Rundfunkrat tätigen Personen ausübt.²¹⁴

²¹³ Vgl. hierzu auch unten B. 4.2.

²¹⁴ Satzungsentwurf ARD-sendereigene Angebote, Ziff. I (11), Satzungsentwurf ARD-Gemeinschaftsangebote, Ziff II.

Der WDR plant, die **Geschäftsstelle** des Rundfunkrats um weitere hauptamtliche Mitarbeiter zu erweitern, an die der Rundfunkrat organisatorische und inhaltliche Aufgaben des Drei-Stufen-Tests delegieren kann. Bislang ist für die Geschäftsstelle des WDR-Rundfunkrats vorgesehen, dass sie zwar in fachlicher Hinsicht allein der Aufsicht des Rundfunkratsvorsitzenden und seinem **Weisungsrecht** unterliegt, organisatorisch jedoch in den Verantwortungsbereich des Intendanten eingegliedert ist.²¹⁵ **Dienstherrin** der Angestellten ist somit die Intendantin. Hier besteht ein gewisses Konfliktpotenzial, da die Dienstherreneigenschaft, die beispielsweise Fragen der Eingruppierung zur Besoldung sowie mögliche disziplinarische Maßnahmen betrifft, faktisch eine Einflussnahme auf die Personalpolitik des Rundfunkrats ermöglichen könnte. Da der Rundfunkrat aber nicht selbst über eine Teilrechtsfähigkeit verfügt, ist insofern nach derzeitigem Stand keine andere organisationsrechtliche Lösung möglich; jedoch könnte überlegt werden, ob und inwiefern die Intendantin Teile der Dienstherrnen-Befugnisse, z. B. die fachliche Beurteilung, auf den Rundfunkratsvorsitzenden **übertragen kann**. In der konkreten Ausgestaltung der Dienstverhältnisse sollte zudem auf eine möglichst große Unabhängigkeit dieser Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter von der Intendantin geachtet werden. So sollten sie durch den Rundfunkrat selbst ausgewählt werden.

Im Hinblick auf die Absicherung des **eigenständigen Haushalts** für die Drei-Stufen-Testverfahren können Parallelen im Bereich der Aufsicht über den privaten Rundfunk hilfreich sein. So wird unabhängigen Kommissionen der Landesmedienanstalten, die keine eigene Rechtsfähigkeit haben, wie z. B. der KEK, durch Absicherung eines eigenen Haushaltstitels und Bevollmächtigung zur Tätigkeit von Ausgaben in einem bestimmten finanziellen Rahmen die Möglichkeit der eigenständigen **Haushaltsführung** gegeben. Das erstreckt sich auch auf die Möglichkeit, in gewissem Rahmen Generalvollmacht für Vertragsschlüsse mit Dritten zu bekommen, was z. B. den eigenständigen **Vertragsabschluss mit externen Gutachtern** ermöglichen würde.

²¹⁵ § 12 Geschäftsordnung WDR-Rundfunkrat.

Hier könnten sich Vereinbarungen zwischen dem WDR und dem Rundfunkrat an den vorhandenen Kommissionsfinanzierungssatzungen orientieren.²¹⁶

Bei der Übertragung konkreter Aufgaben der Entscheidungsvorbereitung an die Mitarbeiter der Geschäftsstelle oder andere dem Rundfunkrat zuarbeitende Stellen hat der WDR-Rundfunkrat innerhalb der vorgegebenen gesetzlichen Grenzen²¹⁷ einen **weiten Spielraum**. Es gibt keine festen rechtlichen Vorgaben dazu, inwieweit der Rundfunkrat mit der Sachverhaltsermittlung und -aufbereitung, der Sammlung der Informationen und auch der Vorbereitung von Beschlussvorlagen **eigene Mitarbeiter oder ggf. auch Dritte** betrauen darf, solange die eigene "Entscheidungshoheit" und Unabhängigkeit gewahrt bleibt. Der dem Rundfunkrat insoweit zustehende Spielraum erstreckt sich beispielsweise darauf, welche Mitarbeiter mit welcher Qualifikation zusätzlich für welche Tätigkeiten eingestellt und eingesetzt werden oder inwieweit bei der Prüfung von Gemeinschaftsangeboten und bei der **Informationssammlung und Fortentwicklung der Spruchpraxis** auch **gemeinsame Ressourcen** der Rundfunkräte der ARD-Anstalten genutzt werden.²¹⁸

Gemeinsam finanzierte und genutzte Einrichtungen sind hierbei sicher eine effiziente Alternative, können aber nicht alle Aufgaben übernehmen, derer die Rundfunkratsmitglieder zur Vorbereitung ihrer (höchstpersönlichen) Entscheidung bedürfen. Die Informationssammlung und -auswertung durch die Mitglieder des Rundfunkrats sowohl in den Prüfverfahren als auch im Rahmen der kontinuierlichen Programmbeobachtung im Telemedienbereich könnte auch durch den bereits angedachten Aufbau eines zentralen "Informationspools", d. h. einer professionell verwalteten Datenbank z. B. für Informationen zur Nutzung von Onlinemedien und Marktstudien, erheblich

²¹⁶ Vgl. Satzung der Landesanstalt für Kommunikation Baden-Württemberg über die Zurverfügungstellung der notwendigen personellen und sachlichen Mittel für die Kommissionen nach § 35 Abs. 2 RStV, abrufbar unter: http://www.alm.de/fileadmin/Download/Gesetze/Kommissionsfinanzierungssatzung_LFK-Version.pdf.

²¹⁷ Insbesondere, dass die abschließende Entscheidung durch das Plenum des Rundfunkrats selbst zu treffen ist, hierzu sogleich B. 4.3.

²¹⁸ Zur Debatte um mögliche Ansätze zur Stärkung der Organisation der Rundfunkräte vgl. Lilienthal (2009).

erleichtert werden. Hier ist allerdings darauf zu achten, dass die für ein konkretes Testverfahren relevanten Informationen für den zuständigen Rundfunkrat nicht zu stark "vorgefiltert" werden. Dies kann etwa dadurch gewährleistet werden, dass die Rundfunkratsmitglieder immer auch die Zugriffsmöglichkeit auf die Originaldokumente erhalten.²¹⁹ Ein solcher Informationspool könnte im Übrigen auch die Möglichkeiten des Rundfunkrats zur vollständigen Sachverhaltsermittlung fördern sowie helfen, die verstärkte Programmbeobachtung im Online-Bereich sowie eine einheitliche und kontinuierliche Spruchpraxis der Rundfunkräte zu entwickeln.

1.4.3.2. Begrenzung des Informationsaustausches mit der Intendantin

Da der Rundfunkrat bei seiner Entscheidung einen **Beurteilungsspielraum** wahrnimmt, der ein unabhängiges und weisungsfrei agierendes Gremium voraussetzt,²²⁰ ist bei der Beschlussvorbereitung besonders auf die **Unabhängigkeit der Willensbildung und Beschlussfassung der Rundfunkratsmitglieder** zu achten.²²¹

Greift der Rundfunkrat im Rahmen der Entscheidungsvorbereitung auf Ressourcen der Anstalt zurück, ist demnach zu differenzieren, ob dieser Rückgriff die **Beschaffung und Aufbereitung der erforderlichen Informationen** oder die eigentliche Beschlussvorbereitung betrifft. Daher wird der Rundfunkrat zwar bei der Gewinnung der erforderlichen Informationen – so z. B. zur Analyse des Nutzungsverhaltens und der Medienforschung – auf die Ressourcen der Anstalt zurückgreifen können und sollte dies auch möglichst umfassend tun. Die Bewertung dieser Informationen im Rahmen der Beurteilungsentscheidung muss der Rundfunkrat hingegen ohne die Inanspruchnahme derartiger Ressourcen selbst vornehmen.

²¹⁹ So vorgesehen in den Satzungsentwürfen, z. B. Satzungsentwurf ARD-Gemeinschaftsangebote, Ziff. II (6).

²²⁰ Siehe oben, A. 1.3.1.

²²¹ Vgl. Ramsauer in: Kopp/Ramsauer (2008), § 92 Rz. 13.

Die Unabhängigkeit des Entscheidungsprozesses wird möglicherweise ferner dann beeinträchtigt, wenn die Intendantin an internen Beratungen des Rundfunkrats teilnimmt und so die Möglichkeit erhält, auf den Entscheidungsprozess Einfluss zu nehmen. Grundsätzlich nimmt gemäß § 19 Abs. 1 WDR-Gesetz die Intendantin an jeder Sitzung des Rundfunkrats teil und ist auf Wunsch zu hören. Demgegenüber ist im Rahmen des Drei-Stufen-Tests im Hinblick auf die gebotene Unabhängigkeit des Entscheidungsprozesses zu empfehlen, die **Teilnahme der Intendantin** auf die Teile der Sitzungen zu beschränken, die nicht der unmittelbaren Entscheidungsfindung und Beratung dienen. Dies könnte in der Verfahrenssatzung niedergelegt und entsprechend im WDR-Gesetz angepasst werden.

1.4.3.3. Unabhängigkeit der Beratung gegenüber der Rechtsaufsicht

Schließlich ist auch die Unabhängigkeit der Entscheidungsfindung im Verhältnis zur Rechtsaufsicht zu beachten.

An den Sitzungen des WDR-Rundfunkrats darf gemäß § 19 Abs. 2 WDR-Gesetz regelmäßig ein Vertreter der Rechtsaufsicht teilnehmen und sich jederzeit äußern.²²² Für die Beratungen des Rundfunkrats im Drei-Stufen-Test-Verfahren erscheint die regelmäßige Teilnahme eines Vertreters der Rechtsaufsicht an allen Sitzungen des Rundfunkrats nicht unproblematisch.

Der Rundfunkrat hat eine eigenständige Beurteilungsentscheidung zu treffen, die von der Rechtsaufsicht aus Gründen der Staatsferne des Rundfunks nur auf die Einhaltung von Verfahrensfehlern und Beachtung der äußeren Grenzen des Beurteilungsspielraums überprüft werden kann.²²³ Insofern könnten, in Abweichung zu den sonstigen vom Rundfunkrat beratenen Angelegenheiten, das Selbstverwaltungsrecht und die Rundfunkfreiheit der Rundfunkanstalt

²²² § 19 Abs. 2 WDR-Gesetz: "Die Landesregierung ist berechtigt, zu den Sitzungen des Rundfunkrats und seiner Ausschüsse mit Ausnahme des Programmausschusses eine Vertreterin oder einen Vertreter zu entsenden. Die entsandte Person ist jederzeit zu hören."

²²³ Siehe bereits oben A. 1.3.1.

verletzt oder zumindest beeinträchtigt sein, sofern der Rundfunkrat nicht für den Beratungsprozess einen internen, dem Einblick Dritter entzogenen Bereich freier Beratung und unbefangener Entscheidungsfindung wahren kann.

Andererseits kann es zur Beschleunigung der anschließenden Prüfung durch die Rechtsaufsicht durchaus sinnvoll sein, die Rechtsaufsicht frühzeitig über den Entscheidungsprozess informiert zu halten, zumal der RStV-E keine Fristen für die Entscheidung der Rechtsaufsicht vorsieht.

Weder der RStV noch die Amtliche Begründung enthalten zu dieser Frage nähere Hinweise. Mangels der konkreten Vergleichbarkeit des Drei-Stufen-Tests mit anderen verwaltungsrechtlichen Verfahren lassen sich Vorgaben aus anderen Rechtsbereichen auch nur begrenzt heranziehen, zumal diese auch keine eindeutige Antwort vorgeben.²²⁴

Entscheidend dürfte aus rundfunkrechtlicher Sicht sein, dass die Rechtsaufsicht keine Möglichkeit haben darf, faktisch auf die Entscheidungsfindung Einfluss zu nehmen. Die Prinzipien der Staatsferne des Rundfunks und des Selbstverwaltungsrechts der Rundfunkanstalten verbieten, dass es durch die Anwesenheit der Aufsichtsbehörde zu deren Einmischung in die Entscheidungsprozesse des Rundfunkrats kommt.

Angesichts möglicher Konflikte in diesem Zusammenhang erscheint es ratsam, diesen Punkt in der Verfahrenssatzung näher zu klären und gegebenenfalls eine Änderung des WDR-Gesetzes vorzunehmen, die den Besonderheiten der Durchführung des Drei-Stufen-Tests durch den Rundfunkrat Rechnung trägt.

²²⁴ Für den Bereich der Hochschulen hat das OVG Hamburg entschieden, dass die regelmäßige Teilnahme eines Beauftragten der Rechtsaufsicht an Sitzungen des Senats der Hochschule mit deren Befugnissen zur Selbstverwaltung unvereinbar ist (OVG Hamburg, NVwZ-RR 1994, 587, 588). Anders wird dies im Bereich der Sitzungen der Selbstverwaltungsorgane der Kommune gesehen, wo die Rechtsaufsicht regelmäßig über ein umfassendes Informationsrecht verfügt, vgl. v. Mutius/Ruge (1998), 377-382.

2. Ökonomische Grundlagen des Drei-Stufen-Tests

In Teil A.1. sind die rechtlichen Grundlagen des Drei-Stufen-Tests dargestellt worden. Daran wird in Teil B anzuknüpfen sein, in dem der Drei-Stufen-Test im Verfahrensablauf betrachtet und Empfehlungen für seine Umsetzung durch den Rundfunkrat gegeben werden.

Zuvor soll die Darstellung der rechtlichen Grundlagen des Drei-Stufen-Tests allerdings ergänzt werden durch eine ökonomische Betrachtung. Beide Perspektiven sind auch bei diesem Gegenstand – wie oft – nicht deckungsgleich; wie oft können sich aus ihrer Gegenüberstellung und dem Versuch, sie miteinander in Übereinstimmung zu bringen, aber zusätzliche Einsichten ergeben, vor allem zur adäquaten systematischen und teleologischen Auslegung des Drei-Stufen-Tests und damit auch zu den Beurteilungskriterien, die die Gremien bei dessen Durchführung zu berücksichtigen haben. Verdeutlichen soll diese Sichtweise schließlich auch, dass sich das durch den Drei-Stufen-Test für neue Telemedien vorgeschriebene Verfahren von seiner Logik her nicht von demjenigen unterscheidet, das die Gremien auch bisher schon für die Kontrolle des Programmauftrags durchzuführen hatten; es nur wesentlich formaler, komplizierter und aufwändiger geworden ist.

2.1. Der Drei-Stufen-Test als Nutzen-Kosten-Abwägung

In § 11f Abs. 4 RStV-E wird der im Mittelpunkt des vorliegenden Gutachtens stehende Test als dreistufiges Verfahren beschrieben, das ein neues oder verändertes Angebot durchlaufen muss.²²⁵ Danach haben die Gremien, wie im rundfunkrechtlichen Teil bereits dargestellt wurde, die Aufgabe, das ihnen von der Intendantin vorgelegte Telemedienkonzept darauf hin zu prüfen,

1. inwieweit das Angebot den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft entspricht,

²²⁵ Siehe dazu im Einzelnen die im rundfunkrechtlichen Grundlagenteil A.1. gemachten Ausführungen.

2. in welchem Umfang durch das Angebot in qualitativer Hinsicht zum publizistischen Wettbewerb beigetragen wird und
3. welcher finanzielle Aufwand für das Angebot erforderlich ist.

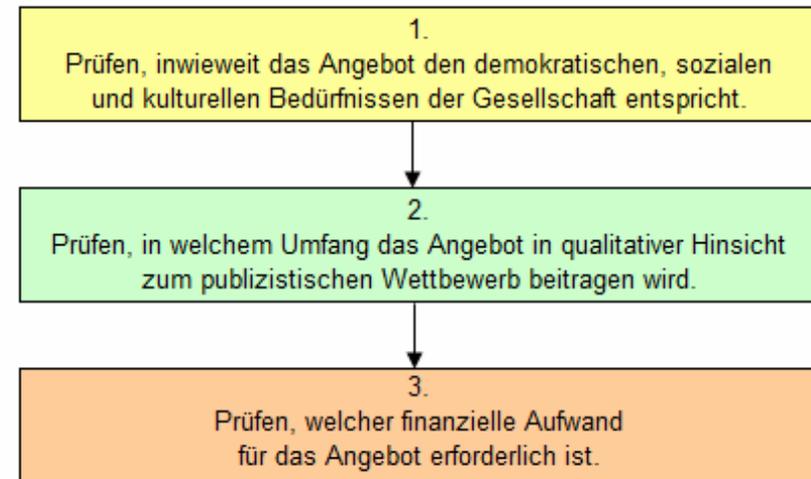


Abbildung 3: Die drei Stufen des Drei-Stufen-Tests

Auch in der Amtlichen Begründung zum 12. RÄndStV klingt eine solche in Abbildung 3 beschriebene sequentielle Prüfung an, wenn es dort heißt: „Absatz 4 bestimmt die drei Verfahrensstufen, die ein neues oder verändertes Angebot durchlaufen muss, bevor es Bestandteil des Rundfunkauftrages wird.“²²⁶ Angebote wären danach vom Rundfunkrat zu genehmigen, falls sie die für jede Stufe geltenden Prüfkriterien erfüllen.

Bei einer solchen Sichtweise müssten die auf jeder Stufe anzuwendenden Prüfkriterien präzisiert werden, und es müsste geklärt werden, für welche anhand dieser Kriterien ermittelten Ergebnisse das Angebot anzunehmen oder abzulehnen ist.

²²⁶ Siehe die Amtliche Begründung zu § 11f Abs. 4 des 12. RStV-E.

- So wäre für die erste Prüfstufe zu klären, in welchem Maß ein Angebot den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft zu entsprechen hätte, und ob das vorgelegte Angebot diese Anforderungen erfüllt;²²⁷
- für die zweite Prüfstufe müsste der Umfang präzisiert werden, mit dem ein Angebot in qualitativer Hinsicht zum publizistischen Wettbewerb beitragen müsste, und ob das vorgelegte Angebot diese Anforderungen erfüllt;
- und für die dritte Prüfstufe wäre zu bestimmen, wie exakt, detailliert und transparent und unter Beachtung welcher Haushaltsgrundsätze²²⁸ der für ein Angebot erforderliche finanzielle Aufwand dargelegt werden muss, und ob das vorgelegte Angebot auch diese Anforderungen erfüllt.

Gerade die Präzisierung der Voraussetzungen zur erfolgreichen Absolvierung der dritten Prüfstufe verdeutlicht aber auch, dass eine solche sequentielle Prüfung den beabsichtigten Zweck des Verfahrens nicht erfüllen könnte. Vielmehr sind die drei Stufen inhaltlich nicht unabhängig voneinander, sondern aufeinander bezogen. Die beiden ersten Stufen liefern Informationen für die in der dritten Stufe geforderte Prüfung des finanziellen Aufwandes (Finanzbedarfs), der für die Erbringung eines Angebotes erforderlich ist. Diese Prüfung setzt nämlich nicht nur voraus, dass der Finanzbedarf mit der erforderlichen Exaktheit, Detailliertheit und Transparenz und unter Beachtung vorgegebener Haushaltsgrundsätze dargelegt worden ist, sondern sie erfordert vor allem, dass dieser Aufwand in Beziehung gesetzt wird zum in den beiden ersten Prüfstufen zu ermittelnden Nutzen des Angebots. Das

²²⁷ Diese Prüfkriterien werden in der Begründung zum 12. RÄndStV-E näher erläutert. Dort wird zur ersten Prüfstufe zunächst ausgeführt, dass „(e)rstens, die häufig schon bisher bei der internen Willensbildung angestellte Überlegung, in welchem Umfang... für die Demokratie, die Gesellschaft oder die Kultur ein Beitrag geleistet (wird), ... nunmehr schriftlich darzulegen (ist). Es sind nur Angebote zulässig, die diesen Bedürfnissen gerecht werden.“

²²⁸ Siehe hierzu B.1.2.: Zu beachten sind hier einmal allgemeine Haushaltsgrundsätze der öffentlichen Verwaltung, vgl. z. B. Heller (1998), zum anderen die für die Bedarfsanmeldungen der Anstalten gegenüber der KEF geltenden Grundsätze, siehe Goerlich (2008).

wird in der Amtlichen Begründung zum 11. RStV-E klar gestellt,²²⁹ hätte aber auch durch eine klarere Formulierung im Gesetzestext selbst deutlich gemacht werden können, etwa indem man dort nicht von der Notwendigkeit gesprochen hätte, den finanziellen Aufwand für das Angebot zu „ermitteln“, sondern ihn gegen den auf den vorgelagerten Stufen zu prüfenden Nutzen der Angebote „abzuwägen“.

Die letzte Formulierung zeigt auch, dass der Drei-Stufen-Test ökonomisch nichts anderes darstellt als eine klassische Nutzen-Kosten-Abwägung (vgl. Abbildung 4): Die Rundfunkräte haben zu entscheiden, ob der Nutzen des neuen oder veränderten Angebotes den zu seiner Erbringung erforderlichen finanziellen Aufwand rechtfertigt. Analytisch sollte dabei die Ermittlung des erforderlichen finanziellen Aufwands (in Abbildung 4 als Schritt 3 dargestellt) getrennt werden von der Entscheidung, ob dieser Aufwand im Vergleich zu dem damit verbundenen Nutzen gerechtfertigt ist (in Abbildung 4 als separater Schritt 4 ausgewiesen). Insofern ist auch ein ökonomischer Nutzen-Kosten-Vergleich ein aus drei Elementen (Nutzenbestimmung, Kostenbestimmung, Nutzen-Kosten-Vergleich) bestehendes Verfahren, mit einer allerdings im Vergleich zum Drei-Stufen-Test anderen Abgrenzung der einzelnen Bestandteile.

²²⁹ Dort heißt es: „Drittens, um die Verhältnismäßigkeit von Nutzen und Aufwand dabei berücksichtigen zu können, muss die Unternehmensleitung Angaben zu den erforderlichen Kosten und deren Finanzierung machen.“

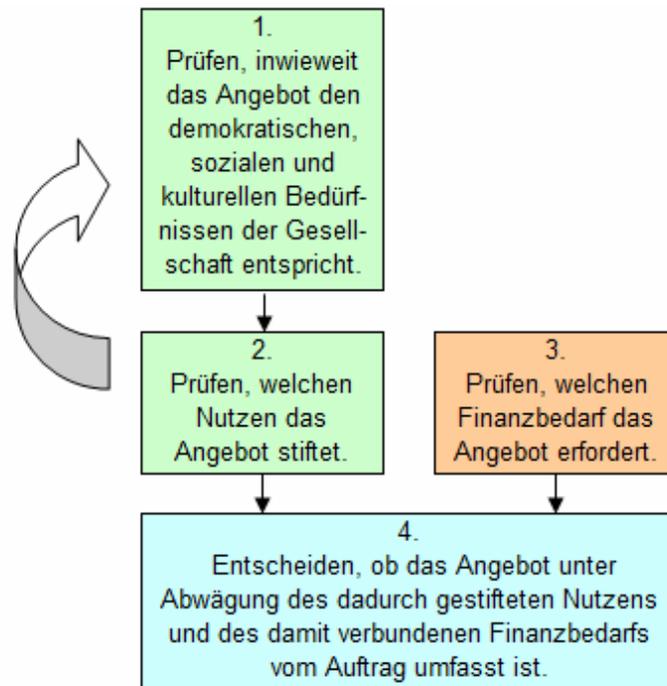


Abbildung 4: Der Drei-Stufen-Test als Nutzen-Kosten-Abwägung I

Zu erwägen wäre dann, ob auch die auf der ersten Stufe des Drei-Stufen-Tests vorzunehmende Prüfung, „inwieweit das Angebot den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft entspricht“, in der ökonomischen Sichtweise als Teilaufgabe der Nutzenbestimmung anzusehen ist. Dafür spricht, dass die auf der zweiten Stufe des Drei-Stufen-Tests geforderte Bestimmung des publizistischen Nutzens der Angebote ganz maßgeblich von der Beantwortung dieser ersten Prüffrage abhängt und es deshalb umgekehrt auch schwer vorstellbar ist, „vorab“, d. h. ohne die auf der zweiten Stufe vorgeschriebene Betrachtung des publizistischen Nutzens eines Angebotes, zu entscheiden, ob es diesen Bedürfnissen entspricht. Auch bei der Darstellung der rechtlichen Grundlagen ist deutlich geworden, dass die im RStV-E enthaltene Auftragsdefinition sowohl auf der ersten Prüf-

stufe genannte Kriterien wie auch auf der zweiten Prüfstufe angesprochene Kriterien enthält.

Wollte man die in § 11f Abs. 4 RStV-E beschriebene Abfolge einhalten, so wäre es zumindest erforderlich, die auf der ersten Prüfstufe getroffenen Entscheidungen als vorläufig zu behandeln, um sie gegebenenfalls revidieren zu können, wenn auf der zweiten Stufe – bei der Bestimmung des publizistischen Nutzens des Angebots – zusätzliche Informationen anfallen. Dies um so mehr, als die erste Prüffrage für den geringsten Teil aller Angebote mit einem klaren „ja“ oder „nein“ zu beantworten sein dürfte, sondern nur im Vergleich mit dem Ausmaß, in dem andere – explizit vorgelegte oder auch nur denkbare – Angebote den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft entsprechen.²³⁰ Auch dies spricht dafür, die beiden ersten Stufen des Drei-Stufen-Tests nicht als sequenziell abgegrenzt oder gar als sachlich voneinander unabhängig zu verstehen, sondern als miteinander verzahnte, somit auch simultan oder zumindest rückgekoppelte Prüfungsaufgaben. Das entspräche dann auch vollständig der sich aus ökonomischer Sicht anbietenden Systematisierung als Nutzen-Kosten-Vergleich (vgl. Abbildung 5).

Auf der anderen Seite hat die im RStV-E vorgenommene Unterscheidung zwischen den beiden ersten Prüfstufen aber auch Vorteile. Sie strukturiert die Vielzahl der Kriterien, die bei der Bewertung des Nutzens der geplanten Angebote von den Rundfunkräten berücksichtigt werden müssen. Falls zwischen beiden Schritten bestehende Zusammenhänge und eventuell erforderliche Rückkopplungen beachtet werden, wie sie etwa in Abbildung 4 angedeutet sind, kann dies durchaus zu der mit dem 12. RÄndStV generell beabsichtigten Zielsetzung beitragen, die Bestimmung des Auftrags des öffentlich rechtlichen Rundfunks für seine Telemedienangebote stärker zu strukturieren und damit auch transparenter zu machen.²³¹

²³⁰ Zu einer solchen erforderlichen Abwägung mit anderen denkbaren Angeboten siehe ausführlicher unten, Abschnitt A.2.4.

²³¹ Siehe hierzu ausführlicher unten, A.1.3.2.

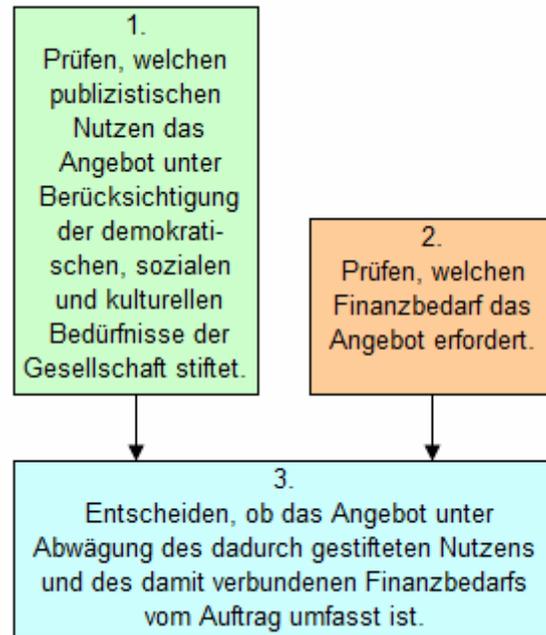


Abbildung 5: Der Drei-Stufen-Test als Nutzen-Kosten-Abwägung II

Für die Beibehaltung der im 12. RÄndStV getroffenen Unterscheidung zwischen den beiden ersten Prüfstufen spricht auch, dass die auf der ersten Prüfstufe vorgegebenen Kriterien von den Gremien „häufig schon bisher bei der internen Willensbildung“²³² der Gremien berücksichtigt wurden und sie von daher auch an hierzu vorliegende (insbesondere rechts-)wissenschaftliche Betrachtungen anknüpfen können.²³³ Hinzu kommt schließlich das pragmatische Argument, dass es bei einer logischen und dann eventuell auch prozessualen Zusammenfassung der beiden ersten Prüfstufen erforderlich wäre, begrifflich und sprachlich stets zwischen der sich dadurch ergebenden ökonomischen

²³² So der Hinweis in der Amtlichen Begründung zu § 11f Abs. 4 RStV-E.

²³³ Siehe oben, A.1.1.2.1.

mischen Stufung und der davon dann abweichenden, im 12. RÄndStV vorgegebenen rechtlichen Stufung unterscheiden zu müssen.

Aus diesen Gründen verzichten wir im Folgenden darauf, die beiden ersten Prüfstufen (wie in Abbildung 5 dargestellt) zu einer Stufe zusammenzufassen: Vielmehr beibehalten wir (wie in Abbildung 4 dargestellt) diese Unterscheidung bei der weiteren ökonomischen Strukturierung der mit dem Drei-Stufen-Test zu erfüllenden Aufgaben, in Übereinstimmung mit der in Teil A.1. beschriebenen Rechtsgrundlage. Wir betrachten aber beide Stufen als eng miteinander verzahnte Elemente einer Bestimmung des Nutzens neuer bzw. veränderter Telemedienangebote, die die Rundfunkräte nicht in der im RStV-E angelegten sukzessiven Abfolge prüfen müssen, sondern wegen ihrer mangelnden sachlichen Trennbarkeit integral prüfen können.

2.2. Die Bestimmung des publizistischen Nutzens öffentlich-rechtlicher Telemedienangebote

2.2.1. Medien als Wirtschafts- und Kulturgüter

Die Interpretation des Drei-Stufen-Tests als Nutzen-Kosten-Abwägung mag vor allem bei der in Deutschland hauptsächlich aus rechtswissenschaftlicher Sicht geführten Diskussion über die Ausgestaltung unserer Rundfunk- und Medienordnung ungewöhnlich erscheinen. Andererseits könnte die in der Amtlichen Begründung zu § 11f Abs. 4 RStV-E enthaltene Formulierung, dass nur Angebote zulässig seien, die den *Bedürfnissen* nach einem Beitrag für die Demokratie, die Gesellschaft oder die Kultur gerecht werden, darauf hindeuten, dass auch der Gesetzgeber – ökonomisch formuliert – diese Angebote als Mittel zur Deckung von Bedürfnissen und somit als Nutzen stiftende Güter ansieht. Worin dieser Nutzen genau besteht und wie hoch er ist, wird vom Gesetzgeber aber nicht näher spezifiziert, zumindest in § 11f Abs. 4 RStV-E finden sich dazu mit Bezug auf die erste Prüfstufe des Drei-Stufen-Tests keine Ausführungen. Diese Frage bedarf jedoch der Klärung, wenn man den Drei-Stufen-Test als Nutzen-Kosten-Abwägung verstehen und durchführen will.

Dazu sind zunächst die vorliegenden verfassungsrechtlichen Ausführungen zur Bewertung des Nutzens öffentlich-rechtlicher Rundfunkangebote heran zu ziehen, die auch für die Beurteilung des Nutzens öffentlich-rechtlicher Telemedien zu beachten sind,²³⁴ gegebenenfalls auch an deren Besonderheiten und Unterschiede gegenüber linearen Angeboten angepasst werden müssen. Darüber hinaus finden sich im Gebührener Urteil vom September 2007 auch bereits explizit auf Telemedien bezogene Ausführungen.²³⁵ Zu berücksichtigen sind auch die Ergebnisse rechtswissenschaftlicher Erörterungen, wie auch anderer Disziplinen, die sich mit dem Wert oder Nutzen von Medien im allgemeinen und von öffentlich-rechtlichen (Tele-)Medien im Besonderen auseinandergesetzt haben, wie z. B. der Publizistik, der Politikwissenschaft, der Soziologie, der Kommunikationswissenschaft und der Wirtschaftswissenschaft.²³⁶

Deutlich wird aus all diesen Ansätzen ein für die Medien, auch für die Telemedien, charakteristischer „Doppelcharakter“,²³⁷ der sich daraus ergibt, dass diese sowohl Mittel zur Befriedigung individueller, privater Bedürfnisse sind, als auch dem kollektiven Ziel einer freien Meinungsbildung dienen.

Letzteres betont vor allem die Rechtswissenschaft. So hat in Deutschland das Bundesverfassungsgericht in seiner ständigen Rechtsprechung immer wieder darauf hingewiesen, dass die Medien zur freien Meinungsbildung beitragen, indem sie die bestehenden Meinungen verbreiten (Mediumfunktion) und dadurch einen öffentlichen Diskurs ermöglichen und anstoßen, innerhalb dessen diese Meinungen beeinflusst und ggf. auch verändert werden (Faktorfunktion).²³⁸ Sie leisten dadurch sowohl einen Beitrag zur Funk-

tionsfähigkeit der demokratischen Gesellschaftsordnung, die informierte, mündige und zur politischen Partizipation (zumindest über Wahlen) bereite Bürger erfordert, aber auch zur Erreichung anderer sozialer und kultureller Bedürfnisse, die nicht durch die Politik, sondern durch andere Formen kollektiver Willensbildung (z. B. durch zivilgesellschaftliches Engagement) gestaltet werden können. Auch diese beeinflussen die Funktionsfähigkeit und Leistungsfähigkeit der Gesellschaft, sowohl was ihre allokativen Ergebnisse (z. B. die wirtschaftliche Effizienz und Leistungsfähigkeit) betrifft, als auch was ihre distributiven Ergebnisse anbelangt (z. B. die Fairness und Anreizkompatibilität der Einkommensverteilung, die Chancengleichheit oder die kommunikativen Partizipationsmöglichkeiten), die ihrerseits wiederum die soziale Kohärenz der Gesellschaft und damit auch die allokativen Leistungsfähigkeit beeinflussen.²³⁹

Dass eine freie Meinungsbildung auch zum Nutzen derjenigen sein kann, die sich als Sender und Empfänger an dieser Kommunikation beteiligen, steht aus dieser Sicht, anders als bei einer ökonomischen Betrachtung, nicht im Vordergrund. Sinn und Zweck freier Meinungsbildung ist vielmehr ihr Beitrag zur Funktions- und Leistungsfähigkeit der Gesellschaft und der daraus erwachsende Nutzen für alle Mitglieder dieser Gesellschaft, also auch für diejenigen, die zur freien Meinungsbildung weder als Sender noch als Empfänger beitragen. Es ist mithin der Kollektivgutcharakter, der Wert der Medien für die Gesellschaft, der von der Rechtswissenschaft herausgestellt wird.

Demgegenüber wird von Ökonomen traditionell stärker der Individualgut- oder „Warencharakter“ der Medien betont. Der grundsätzlichen Sichtweise dieser Disziplin entsprechend sind Telemedien, wie Medien allgemein, Wirtschaftsgüter, die der Befriedigung privater Bedürfnisse dienen, etwa nach Information oder Unterhaltung. Sie werden folglich von den „Konsu-

²³⁴ Siehe oben, A.1.1.2.

²³⁵ Siehe ebenda.

²³⁶ Siehe unten A.2.2.3.

²³⁷ Vgl. statt vieler Kiefer (2005), 20, m. w. H.

²³⁸ „Die Freiheit des Rundfunks dient nach der Interpretation des Bundesverfassungsgerichts der freien individuellen und öffentlichen Meinungsbildung. Freie Meinungsbildung vollzieht sich hiernach in einem Prozess der Kommunikation, der darin besteht, dass Meinungen frei geäußert, zur Kenntnis genommen und von den jeweiligen Zuhörern und Zuschauern als Material und Impuls für die eigene Meinungsbildung (und ggf. nachfolgende -äußerung) ge-

nützt werden. Indem Meinungs- und Informationsfreiheit als Jedermannsrechte betätigt werden und im Rahmen öffentlicher Dispute – auch mit wechselnden Rollen, bei offenem Zugang – ineinander greifen, entsteht der Idee nach jenes öffentliche Kontinuum, das freie Meinungsbildung möglich macht.“ Stock (2003), 30.

²³⁹ Siehe dazu Kops (2008), 55ff.

menten“ (bei Telemedien: den Nutzern oder „Usern“) nachgefragt, weil sie ihnen einen individuellen Nutzen stiften („**Konsumentennutzen**“). Dieser ist um so höher, je besser das Angebot den Präferenzen des Konsumenten entspricht. Insofern bestimmt dieser individuelle Nutzen auch die Zahlungsbereitschaft und – bei einer entgeltlichen Bereitstellung über den Markt – den Preis, den er zu zahlen bereit ist. Der Marktpreis ist dann, wie in der Ökonomie üblich, Ausdruck des individuellen Nutzens, den das Gut stiftet, und die in einer Volkswirtschaft beobachtbaren Marktwirkungen sind Ausdruck seines gesamtwirtschaftlichen Nutzens.

Dagegen haben andere, insbesondere wohlfahrtsökonomisch ausgerichtete Arbeiten schon früh versucht, den von der Rechtswissenschaft hervorgehobenen Beitrag der Medien zur freien Meinungsbildung in ihre Theorie zu integrieren, auch und vor allem in Deutschland.²⁴⁰ Neuerdings werden sie sogar in den Mittelpunkt der Überlegungen gestellt.²⁴¹ Hier wird gesehen,

²⁴⁰ Siehe etwa die Lehrbücher zur Medienökonomie von Heinrich (1999) und Kiefer (2005), verschiedene Beiträge in dem von Ridder u. a. (2006) herausgegebenen Sammelband mit „Bausteinen einer Theorie des öffentlich-rechtlichen Rundfunks“ oder die Monographie von Lobigs (2005).

²⁴¹ Hutter (2006) z. B. entwickelt unter Bezug auf neuere amerikanische Arbeiten (insbesondere Caves (2000)) eine „Medienökonomik der Neuheit“, deren Zielsetzungen weitgehend mit denjenigen übereinstimmen, die die Rechtswissenschaft von der freien Meinungsbildung erwartet. Deutlich wird dies vor allem, wenn er auf S. 178 zwischen „Marktarenen“ unterscheidet, auf denen wirtschaftlicher Wettbewerb herrscht (und auf denen – in unserer Terminologie: Medien als Mittel der individuellen Bedürfnisbefriedigung gehandelt werden), und „Qualitätsarenen“ (in unserer Terminologie: Medien als Mittel der freien Meinungsbildung): „Der Unterschied liegt in den grundlegend verschiedenen Funktionen des gesellschaftlichen Überlebens, die die beiden Arenen erfüllen. In den Qualitätsarenen geht es um Ausdrucksformen. Alte Inhalte werden wiederholt, neue werden ausprobiert. Im Publikum wird darüber kommuniziert, welche Formen verstanden werden, welche mit Bedeutung aufgeladen werden können und welche nicht mehr als angemessener Ausdruck wahrgenommen werden. Im ständigem Spiel mit der Unterscheidung zwischen der Form des Inhalts und dessen Medium entstehen neue Formfindungen. Formerfindungen, also der Ausdruck selbst erhält einen Eigenwert. Der ist am deutlichsten ausgeprägt und artikuliert in den Arenen der Kunstgattungen. Aber die gleiche Verhaltenskompetenz der Ausdruckswertung wird in jeder Arena erwartet, in der Lebensäußerungen durch Beobachtung, Wiederholung, Kommentierung, Karikierung oder irgendeine andere Methode „künstlich“ gemacht werden. Das gilt für den gesamten Bereich der so genannten „Kulturaktivitäten“, einschließlich der Arenen der Medienformate. In einem sehr weiten, aber durchaus zwingenden Sinn operieren auch die oberflächlichsten reality-show-Formate mit künstlerischen Mitteln. Hier wie dort wird die Ausdrucksinformation des aufgeführten Werkes geliefert und die Eindrucksinformation der

dass die Medien nicht allein oder nicht einmal vorrangig einen unmittelbaren individuellen Nutzen für die Konsumenten bzw. Rezipienten stiften, sondern darüber hinaus auch einen kollektiven Nutzen für alle Gesellschaftsmitglieder.²⁴²

Gesehen wird auch, dass auch Letzterer mittelbar die Wohlfahrt der einzelnen Gesellschaftsmitglieder beeinflusst, insofern also ebenfalls eine Form des individuellen Nutzens darstellt. Dessen Höhe bestimmt sich allerdings, anders als der „Konsumentennutzen“, nicht nach der Art und Menge der vom Einzelnen als Konsument genutzten Medien, sondern nach dem Umfang, in dem der Einzelne als Bürger an der Funktions- und Leistungsfähigkeit der Gesellschaft partizipiert (wir bezeichnen diese Form des Nutzens deshalb auch zwecks Unterscheidung vom oben eingeführten Begriff des „Konsumentennutzens“ im folgenden als „**Bürgernutzen**“).

Diesen hier aus ökonomischer Sicht abgeleiteten „Bürgernutzen“ der Medien setzen wir im Folgenden gleich mit dem Begriff des **publizistischen Nutzens**, der von anderen Disziplinen, vor allem eben von der Rechtswissenschaft, aber auch z. B. von der Publizistik und Journalistik (allerdings nicht einheitlich und zum Teil auch widersprüchlich) verwendet wird: Wir verstehen in diesem Gutachten unter dem **publizistischen Nutzen eines (Tele-)Medien-Angebotes denjenigen Nutzen, den es dadurch stiftet, dass es zur freien**

Publikumswertung nachgefragt. – Die Parallelen zur verfassungsrechtlichen Sichtweise, wie sie z. B. im Zitat der entsprechenden Überlegungen von Stock (2003), siehe oben, Fn. 240, zum Ausdruck kommen, sind unübersehbar, wenngleich Hutter (2006) sie in seinem Text nicht zieht.

²⁴² Aus der ökonomischen Sicht, die die Medien primär als Mittel zur Befriedigung privater Bedürfnisse betrachtet, sind externe Effekte demgegenüber ungewünscht: Sie beeinträchtigen die Lenkungsfunction der Preise, weil ein Teil des Nutzens nicht dem Konsumenten, sondern Dritten zufließt. Folglich werden externe Effekte als „Marktmängel“ betrachtet, die es zu vermeiden gilt, etwa indem die Bereitstellung des Gutes auf diejenigen beschränkt wird, die bereit sind, den dafür geforderten Preis zu bezahlen (sog. Ausschluss) oder indem die Folgen externer Effekte nachträglich „internalisiert“ werden (z. B. durch Kompensationszahlungen, die die durch positive externe Effekte Begünstigten an die Bereitsteller entrichten oder die die durch negative externe Effekte Geschädigten von den Verursachern erhalten). Siehe hierzu auch die nachstehenden Erläuterungen zu externen Effekten als Form von Marktmängeln in Abschnitt A.2.2.2.

Meinungsbildung, damit zur Funktions- und Leistungsfähigkeit der Gesellschaft und damit wiederum zum individuellen Nutzen der Mitglieder dieser Gesellschaft beiträgt. Abbildung 6 zeigt die Herleitung und Funktion des in diesem Sinn definierten publizistischen Nutzens der Medien.

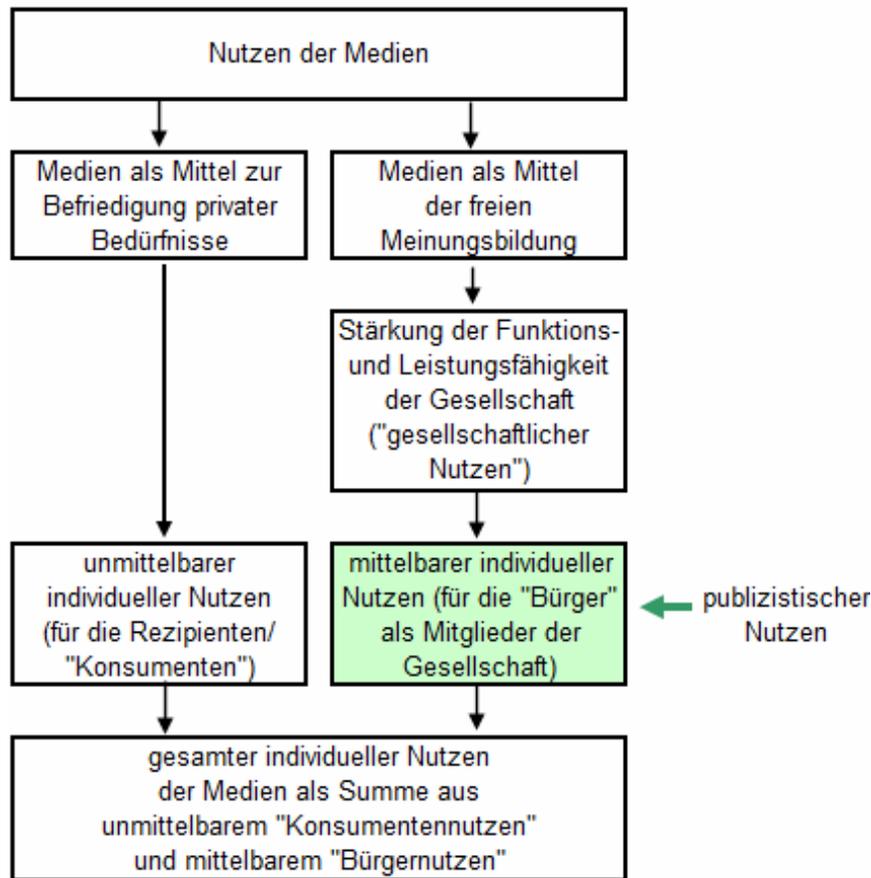


Abbildung 6: Privater und gesellschaftlicher Nutzen der Medien

Abbildung 7 stellt diesen Doppelcharakter der Medien noch stärker heraus. Dort wird unterschieden zwischen Medien, die ausschließlich der Befriedigung privater Bedürfnisse dienen und ausschließlich private Wirkungen entfalten, was die ökonomische Betrachtung der Medien als „Waren“ wiedergibt (linker Teil von Abbildung 7), und Medien, die ausschließlich der freien Meinungsbildung dienen, ohne zugleich private Bedürfnisse der Rezipienten zu befriedigen (rechter Teil von Abbildung 7).

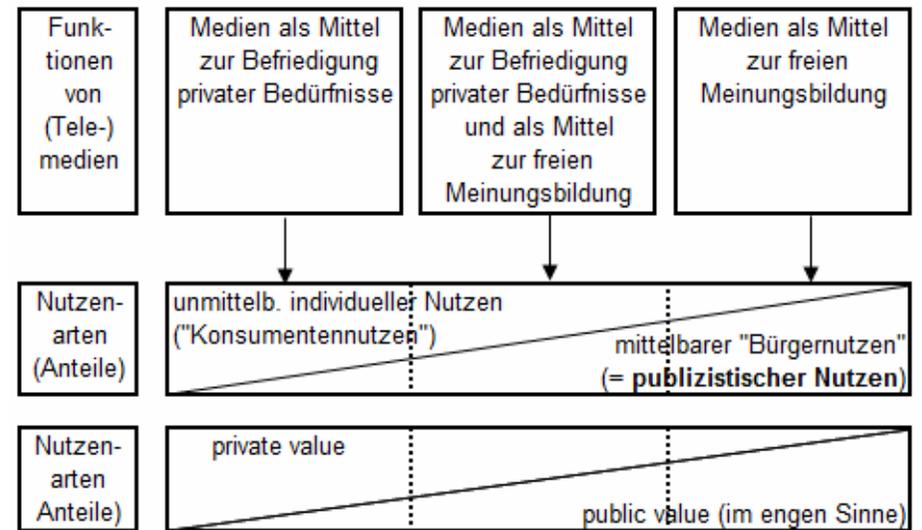


Abbildung 7: Der individuelle Nutzen der Medien für den Konsumenten und der publizistische Nutzen der Medien für den Bürger

Beide Formen sind zwar denkmöglich, materiell sind aber alle Medien dem in Abbildung 7 ausgewiesenen mittleren Typus zuzuordnen. Die in Abbildung 7 getroffene Unterscheidung ist dennoch hilfreich, weil sie die unterschiedliche Bedeutsamkeit der beiden Funktionen verdeutlicht (siehe den unteren Teil von Abbildung 7):

- Bei einigen (Tele-)Medienangeboten dominiert die Funktion, individuelle Bedürfnisse zu befriedigen (linke Gruppe in Abbildung 7). Die meisten der in der sog. „Negativliste“ des RStV-E genannten Angebote,²⁴³ wie z. B. Anzeigenportale, Preisvergleichsportale und Routenplaner, können dieser Gruppe zugerechnet werden. Bei diesen Angeboten ist der Markterfolg ein wichtiger, möglicherweise sogar ein hinreichender Bewertungsmaßstab des durch sie gestifteten Nutzens.
- Andere (Tele-)Medienangebote (rechte Gruppe in Abbildung 7) dienen zwar auch der Befriedigung privater Bedürfnisse (und ermöglichen *insofern* auch die Erfassung des dadurch gestifteten Konsumentennutzens anhand von Marktdaten), tragen aber in allererster Linie zur freien Meinungsbildung bei. Zu nennen sind etwa journalistisch-redaktionell veranlasste Internet-Foren und Blogs zu gesellschaftlich und politisch relevanten Themen,²⁴⁴ die für die freie individuelle und öffentliche Meinungsbildung mittlerweile von erheblicher Bedeutung sind.²⁴⁵ Bei ihnen dominiert der publizistische Nutzen, der von ihrem Beitrag zur freien Meinungsäußerung ausgeht. Markterfolge bilden hierfür keinen geeigneten Bewertungsmaßstab; zum überwiegenden Teil werden sie von diesen Anbietern auch nicht angestrebt.
- Bei wiederum anderen Medien sind beide Funktionen bedeutsam (mittlere Gruppe in Abbildung 7). Dazu gehören etwa die Online-Ableger der großen deutschen Wochenzeitschriften (spiegel.de, kicker.de, focus.de, stern.de)²⁴⁶ und Tageszeitungen (bild.de, welt.de, sueddeutsche.de,

²⁴³ Siehe unten, B.1.4.6.

²⁴⁴ Z. B. Blogger.com, wordpress.com oder kwick.de.

²⁴⁵ Siehe dazu etwa Neuberger/Nuernbergk/Rischke (2007), Quandt/Schweiger (2008). Das wird mittlerweile auch von den Internet-Nutzern mehrheitlich so gesehen. In einer im September 2008 unter Internet-Nutzern durchgeführten Befragung stimmten der Aussage „Blogs sind für die Meinungsbildung wichtig, da dort unabhängige Meinungen vertreten werden“ 17 % „voll und ganz zu“ und 40 % „eher zu“; 19 % stimmten „eher nicht zu“ und 6 % stimmten „überhaupt nicht zu“. Siehe <http://de.statista.com/statistik/diagramm/studie/89007/umfrage/zustimmung-zur-bedeutsamkeit-von-blogs-fuer-die-meinungsbildung/>

²⁴⁶ Hier aufgelistet in der Reihenfolge des von Alexa (www.alexa.com) vorgenommenen Traffic Ranking.

faz.net)²⁴⁷ und die Online-Angebote der kommerziellen Rundfunkveranstalter (rtl.de, prosieben.de, sat1.de).²⁴⁸ Diese Angebote sind ertragsorientiert, und ihre (Werbe-)Einnahmen sind, anders als die Erlöse aus den Printausgaben bzw. den linearen Fernsehprogrammen, in der Vergangenheit beträchtlich gewachsen und werden auch in Zukunft weiter ansteigen.²⁴⁹ Auch die großen Online-Communities, wie facebook.com, studiverzeichnis.com, wer-kennt-wen.de, msn.com, schuelervz.net, myspace.com oder meinvz.net,²⁵⁰ erzielen beträchtliche Werbeerlöse. Neben diesen Markterfolgen tragen diese Angebote aber auch zur freien Meinungsbildung bei, und sie stiften damit einen publizistischen Nutzen. Für die Online-Ableger der Printmedien und die Online-Angebote der kommerziellen Rundfunkveranstalter ist dies offensichtlich und unstrittig, es gilt aber auch für die Online-Communities, die sich zumindest für ihre meist jugendlichen Nutzer zu wichtigen Foren der freien Meinungsbildung entwickelt haben. Mit einem Modell, das ausschließlich die von ihnen ausgehende Befriedigung privater Bedürfnisse betrachtet, wird man auch diesen Angeboten nicht gerecht. Als Bewertungsmaßstab müssen hier neben dem Markterfolg (als Maßstab des Konsumentennutzens) Kriterien des publizistischen Nutzens einbezogen werden.

Dem publizistischen Nutzen entspricht dann übrigens auch der englische Begriff des „Public Value“ (siehe Abbildung 7, unten). Obwohl auch dieser Begriff, ebenso wie derjenige des publizistischen Nutzens (s. o.) oder auch derjenige des „gesellschaftlichen Mehrwerts“ der Medien, nicht einheitlich verwendet wird,²⁵¹ eröffnet dies den Zugang zur umfangreichen angelsächsischen De-

²⁴⁷ ebenda

²⁴⁸ ebenda

²⁴⁹ <http://www.blogspan.net/2143-online-werbung-boomt-weltweit.html>

²⁵⁰ www.alexa.com

²⁵¹ Siehe Niggemeier (2008) oder Meyer (2008), S. 1, der darauf hinweist, dass es „auch jüngst auf den Mainzer Tagen der Fernsehkritik ... nicht gelungen (sei), eine objektiv überprüfbare Definition dafür zu liefern.“ – In der ökonomischen Debatte wird unter dem public value z. B. zum einen die Summe aus individuellem Konsumentennutzen und mittelbarem Bürgernutzen verstanden (man könnte hier vom „public value im weiten Sinn“ sprechen),

batte, die um diesen Begriff allgemein geführt wird,²⁵² und speziell auch zu dem Public Value Test, der in Großbritannien seit 2007 vom BBC Trust durchgeführt wird und dessen Übertragungsmöglichkeiten auf den deutschen Drei-Stufen-Test noch untersucht werden müssen.²⁵³

2.2.2. Marktergebnisse als unzulänglicher Maßstab des publizistischen Nutzens von Telemedienangeboten

Unsere ökonomische Unterscheidung zwischen „Konsumentennutzen“ und „Bürger Nutzen“ könnte die Vermutung nahe legen, dass für diejenigen Telemedienangebote, die ganz überwiegend auf die Befriedigung eines individuellen Nutzens abzielen und nur in einem geringen Umfang zur freien individuellen und öffentlichen Meinungsbildung beitragen, Marktergebnisse als Maßstab für die Bewertung des von ihnen gestifteten Nutzens herangezogen werden können.

Selbst davon kann aber nicht zwingend ausgegangen werden. Vielmehr sind Marktergebnisse auch für die Höhe des individuellen Nutzens, den sie den Konsumenten bzw. Rezipienten stiften, nur ein begrenzt geeigneter Nutzenmaßstab. Ursache hierfür sind sog. Marktmängel oder Marktunvollkommenheiten, aufgrund derer die vom Markt erbrachten Angebote mehr oder weniger stark von den Präferenzen der Nachfrager abweichen, im Extrem auch gar kein marktliches Angebot zustande kommt.²⁵⁴

zum anderen wird nur denjenigen Teil des Nutzens als public value (dann: im engen Sinne) verstanden, der über den individuellen Konsumentennutzen hinaus geht. Siehe unten, Abschnitt A.2.2.4.

²⁵² Siehe Meyer (2008), ders. (2008a), Collins (2009).

²⁵³ Siehe unten, A.2.2.4.6.

²⁵⁴ Der letztere Fall ist selten anzutreffen. Er wird bisweilen auch als „Marktversagen“ bezeichnet (andere verwenden ihn als Oberbegriff für ein vom Markt gar nicht erbrachtes Angebot und ein erbrachtes, aber von den Präferenzen der Nachfrager mehr oder minder stark abweichendes Angebot im oben genannten Sinn von „Marktmängeln“ oder „Marktunvollkommenheiten“). Umgekehrt kann die Tatsache, dass Märkte Angebote bereitstellen, nicht als Nachweis für dessen Marktfähigkeit angesehen werden. Vieles wird von Märkten erbracht, was bei näherem Hinsehen nicht den Präferenzen der Nachfrager entspricht und insofern

Als wichtigste Formen solcher Marktmängel sind für die Medienmärkte und im vorliegenden Zusammenhang speziell für die Telemedienmärkte zu erörtern:²⁵⁵

1. *externe Effekte*, d. h. Wirkungen, die über den Kreis der am Marktaustausch Beteiligten hinausgehen,
2. die begrenzte *Ausschließbarkeit vom Konsum*, d. h. die Möglichkeit privater Anbieter, denjenigen Nachfragern die Nutzung des Gutes vorzuenthalten, die nicht bereit oder in der Lage sind, den dafür geforderten Marktpreis zu entrichten,
3. die fehlende *Additivität der Kosten*, d. h. von mit der Ausbringungsmenge nicht linear ansteigenden Kosten,
4. die sog. *asymmetrische Verteilung der Informationen* zwischen den Anbietern und Nachfragern des Gutes über dessen Eigenschaften,
5. die fehlende *Übereinstimmung zwischen den Präferenzen*, die den Konsumentenscheidungen unter den für eine rationale Wahl erforderlichen Bedingungen zugrunde gelegt werden, und denjenigen, die den tatsächlichen Konsumentenscheidungen zugrunde liegen.

2.2.2.1. Externe Effekte

Eine wichtige Voraussetzung für die volle Funktionsfähigkeit von Märkten besteht darin, dass sich ihre Wirkungen auf die an den Markttransaktionen Beteiligten beschränken. Andernfalls kommt es zu positiven oder negativen „externen Effekten“, die die Wohlfahrt Dritter, d. h. nicht an den Entscheidungen Beteiligten beeinflussen.

Der oben bei der Definition des publizistischen Nutzens der Medien herausgestellte Beitrag der Medien zur freien öffentlichen Meinungsbildung ist ökonomisch betrachtet ein solcher externer Effekt. Da dieser vom Markt nicht

geringere oder auch massive Marktmängel aufweist. Siehe hierzu allgemein Fritsch/Wein/Ewers (2007), bezogen auf Medienmärkte auch Heinrich (1999), 21ff., 139ff., Schulz/Held/Kops (2001), 107ff., Kiefer (2005), 130ff., Lobigs (2005), 49ff.

²⁵⁵ Schulz/Held/Kops (2002), 107ff.

abgeholten wird, tragen kommerzielle Angebote nur in dem (gesellschaftlich suboptimalen) Umfang zur freien Meinungsbildung bei, in dem sie auf die Anwendung des Ausschlusses verzichten (z. B. bei einer Werbefinanzierung) oder diesen nicht durchsetzen können (z. B. bei einer illegalen Weitergabe der Inhalte an Dritte).²⁵⁶ Umgekehrt können die Medien durch die Befriedigung privater Bedürfnisse (speziell wenn die Konsumentenpräferenzen „intransitiv“ sind),²⁵⁷ auch negative externe Effekte verursachen, was bei einer marktlichen Bereitstellung ebenfalls außer Betracht bleibt. Die Funktion der Medien als einem Instrument zur Befriedigung privater Bedürfnisse konkurriert dann mit ihrer Funktion als Medium und Faktor freier Meinungsbildung, und Angebote, die sich aus Erwerbsinteressen stärker auf erstere Zielsetzung konzentrieren, verursachen dann zugleich höhere negative externe Effekte – mit nachteiligen Wirkungen für die öffentliche Kommunikation und den durch die Medien gestifteten Bürgernutzen.

2.2.2.2. Mangelnde Ausschließbarkeit

Bei manchen Medien ist es technisch schwierig, zu teuer oder aus gesellschaftspolitischen Gründen nicht möglich, Personen von der Nutzung auszuschließen, die nicht bereit oder in der Lage sind, das geforderte Entgelt zu entrichten (sog. „fehlende Ausschließbarkeit“). Ein privates Angebot kommt dann nicht zustande.

Für analoge lineare Rundfunkprogramme ist der Ausschluss und damit eine Entgeltfinanzierung deshalb erst möglich geworden, seit diese infolge des technischen Fortschritts, insbesondere der Digitalisierung, vergleichsweise einfach ver- und entschlüsselt werden können. Gleiches gilt für Telemedienangebote. Allerdings kann ein solcher Ausschluss mit gesellschaftspolitischen,

insbesondere verteilungspolitischen Zielsetzungen kollidieren,²⁵⁸ möglicherweise auch mit darauf bezogenen verfassungsrechtlichen Vorgaben.²⁵⁹

Möglich war demgegenüber schon immer der Ausschluss von Werbebotschaften, die in das Programm eingebettet sind, zunächst üblicherweise in der Form der sog. Unterbrecherwerbung, später auch durch Formen von parallel zum Programm verbreiteter Werbung (z. B. auf „split screens“ oder auf „virtuellen“ Banden) oder von in das Programm integrierten Themen und Produkten (Product Placement).²⁶⁰ Dadurch konnte Rundfunk im Ausland, anders als in Deutschland, wo der kommerzielle Rundfunk erst Mitte der achtziger Jahre zugelassen wurde, schon früh kommerziell betrieben werden. Ausschließbar sind bei diesem Finanzierungsmodell aber nicht die Programmangebote, sondern die darin eingebetteten Werbebotschaften, und ausgeschlossen werden dabei nicht die Rezipienten der Programme, sondern diejenigen Werbung Treibenden, die nicht bereit sind, für Werbezeiten zu bezahlen. Die Programmangebote fungieren bei diesem Modell nur als „Werberahmenprogramm“, mit dem die Aufmerksamkeit des Publikums auf die Werbebotschaften gerichtet wird. Folglich werden die Programminhalte und -gestaltungsmerkmale auch von dieser Zielsetzung bestimmt und nicht von den Präferenzen der Rezipienten. Daraus erklären sich die „negativen Programmstruktureffekte“ werbefinanzierter Angebote,²⁶¹ insbesondere die Dominanz kommerzieller Interessen, die sich sowohl in der Auswahl der Programminhalte zeigt (Stichworte: fehlende Angebote für nicht werberelevante Publika, Mangel an konsumkritischen Inhalten) als auch in der journalistischen, technischen und ästhetischen Gestaltung (Stichworte: Aufmerksamkeit erheischend, simplifizierend, boulevardisierend und personalisierend).²⁶² Der Markterfolg werbefinanzierter Angebote ist deshalb nur ein

²⁵⁶ Siehe hierzu den folgenden Abschnitt A.2.2.2.2.

²⁵⁷ Siehe Abschnitt A.2.2.2.5.

²⁵⁸ Schulz/Held/Kops (2002), 213ff.

²⁵⁹ ebenda, S. 55ff.

²⁶⁰ Siehe Kurp (2009a).

²⁶¹ Zum Begriff und den Ausprägungen siehe Näheres bei Schulz/Held/Kops (2002), 137ff., mit weiteren Literaturhinweisen.

²⁶² ebenda

begrenzt aussagefähiger Indikator für den individuellen Nutzen, den diese den Rezipienten stiften. Das gilt für lineare Rundfunkprogramme ebenso wie für nichtlineare werbefinanzierte Telemedien.

Durch die Digitalisierung kann ein solcher indirekter Ausschluss von Werbebotschaften gegenüber der Werbung treibenden Wirtschaft durch den direkten Ausschluss von Programmangeboten gegenüber den Rezipienten ersetzt werden, indem der Anteil der entgeltfinanzierten Angebote gegenüber den werbefinanzierten Angeboten erhöht wird. Die Digitalisierung und die Verbesserung von Abrechnungsverfahren vereinfachen es zudem, entgeltfinanzierte Angebote mit einer geringeren Äquivalenz zwischen Nutzung und Preis (Pay-per-Channel) durch Angebote mit einer höheren Äquivalenz (Pay-per-View) zu ersetzen, wobei der Markt hierfür zum Teil selbst Impulse setzt („Selbstregulierung“), aber auch hoheitlich unterstützt werden kann, etwa durch den Schutz von Eigentumsrechten („regulierte Selbstregulierung“).²⁶³

In dem Maß, in dem beides geschieht, reduzieren sich die finanzierungsbedingten Abweichungen zwischen dem von den Rezipienten gewünschten und dem vom Markt erbrachten Angebot. Zugleich steigen aber auch die (vor allem sozial-, bildungs-, kultur- und verteilungs-)politischen Vorbehalte gegenüber einer Medienordnung, in der ein zunehmender Anteil der Angebote nur mehr über Entgelte und damit nach Maßgabe der individuellen Zahlungsfähigkeit verfügbar ist,²⁶⁴ vor allem bei Angeboten, die nicht nur der Befriedigung individueller Rezipientenwünsche, sondern auch oder gar in erster Linie der freien Meinungsbildung dienen.

²⁶³ Zum Begriff und den Möglichkeiten einer regulierten Selbstregulierung siehe etwa Hoffmann-Riem (2000), Kops (2001), Vesting (2001), Schulz/Held (2004).

²⁶⁴ Dazu Schulz (1998), Schulz/Held/Kops (2002), 2007ff.

2.2.2.3. Subadditive Kosten

Eine weitere wichtige Voraussetzung für die volle (allokative) Leistungsfähigkeit von Märkten ist die sog. Additivität der Kosten, d. h. ein mit der Ausbringungsmenge linearer Anstieg der Produktionskosten. Bei den Medien ist dies nicht der Fall. Für sie sind subadditive Kostenverläufe konstitutiv: Die Stückkosten steigen mit der Ausbringungsmenge (und auch mit der Breite der Produktpalette) nur unterproportional oder sind sogar davon unabhängig („fix“). Das ergibt sich in erster Linie aus der Größenunabhängigkeit der Kosten für die erste Wertschöpfungsstufe, die Produktion der Inhalte, die unabhängig davon sind, wie häufig die „first copy“ (z. B. der Text eines Buches, die Mastercopy eines Films, die im Internet eingestellte Website oder der von dort abrufbare Audio- oder Videofile) genutzt wird (sog. „nicht rivalisierender Konsum“). Das führt zu extrem hohen Größenvorteilen der Produktion („economies of scale“), aufgrund derer die Stückkosten mit der Zahl der Nutzungen rasch und durchgängig fallen (siehe die Kostenverläufe in Abbildung 8).²⁶⁵ -- Ähnlich wirken Fühlungsvorteile („economies of scope“) als andere Form subadditiver Kosten: Auch sie resultieren aus einer nicht rivalisierenden Mehrfachnutzung von Ressourcen (vor allem wieder: von Inhalten) und dem damit verbundenen fehlenden oder nur unterproportionalen Anstieg der Stückkosten, jetzt aber nicht bei einer Ausweitung der Ausbringungsmenge, sondern bei einer Verwertung auf anderen medialen Märkten.²⁶⁶

²⁶⁵ Z. B. belaufen sich die Stückkosten einer Audiodatei, deren First Copy (im Jahr 2008) 10.000 € kostet, auf 1.000 €, wenn sie 10 mal genutzt wird, aber nur auf 1 €, wenn sie 10.000 mal genutzt wird, und nur auf 0,01 €, wenn sie 1 Million mal genutzt wird. -- Dieser charakteristische asymptotische Verlauf ergibt sich unabhängig von der absoluten Höhe der Kosten der First Copy; in Abbildung 8 also sowohl für die für das Jahr 2008 angenommenen Kosten in Höhe von z. B. 10.000 € als auch für die für das Jahr 2000 angenommenen Kosten in Höhe von z. B. 12.000 €. -- Zusätzlich sind aber auch die Kosten der sich anschließenden Wertschöpfungsstufen und deren Vertrieb/Verbreitung mehr oder weniger subadditiv, z. B. für die Produktion der Inhaltsträger als Buch, Magnetband, CD/DVD oder Speicherplatz für Internet-Server.

²⁶⁶ So kann z. B. ein Zeitungsbericht ohne größere Kosten auch in einem Internet-Portal verwertet werden, und ein linear ausgestrahlter Fernsehfilm lässt sich ohne größere Kosten innerhalb einer nicht linear genutzten Mediathek verwerten.

Üblicherweise wird versucht, solche Fühlungsvorteile mit Größenvorteilen zu kombinieren.

Diese subadditiven Kostenverläufe erklären die für Medienmärkte beobachtbaren starken Tendenzen zur horizontalen, vertikalen und diagonalen Konzentration: Es kommt zu monopolistischen und oligopolistischen Angebotsstrukturen, zu einer Verminderung der Meinungsvielfalt und – je nachdem, welche anderen Marktmängel von Gewicht sind – auch zu einer Verringerung der Produktqualität.²⁶⁷ Die Märkte können dies auch nicht selbst verhindern („Selbstregulierung“). Allenfalls eine hoheitliche Regulierung, z. B. durch proaktive Maßnahmen zur Begrenzungen von Marktmacht und von (auch crossmedialen) Unternehmenszusammenschlüssen kann dem entgegenwirken.

Dass diese Gefahr für die Telemedien zur Zeit kaum gesehen wird, etwa im Vergleich zu Printangeboten, erklärt sich wohl daraus, dass in den letzten Jahren infolge der Digitalisierung und der gesunkenen Kosten der Internetnutzung viele neue Anbieter und Angebote von Telemedien entstanden sind. In Abbildung 8 zeigt sich dies durch die Verschiebung der Kostenkurve und die damit verbundene Verlagerung des „Nettonutzens“²⁶⁸ (als Differenz aus Kosten und Konsumentennutzen) in den positiven Bereich, innerhalb dessen das Angebot rentabel ist (bei einer marktlichen Abwägung kommerzieller Anbieter) bzw. gesellschaftlich geboten (bei einer wohlfahrtsökonomischen Abwägung, etwa durch hoheitliche Anbieter oder Akteure der nicht hoheitlichen non-profit-Sektors).

Das verstellt den Blick darauf, dass private Anbieter, die eine Maximierung ihrer Erlöse anstreben, ganz unabhängig von den erwähnten Konzentrationstendenzen und ungeachtet des digitalisierungsbedingten Markteintritts

neuer Anbieter einem hohen ökonomischen Druck unterliegen, ihre Angebote am Mehrheitsgeschmack auszurichten und auf Angebote für kleine Nutzerkreise („Minderheiten“) zu verzichten: Je größer das Publikum ist, an das sich ihr Angebot richtet, um so höher ist c. p. die erreichbare Ausbringungsmenge; um so höher ist c. p. auch der Nettonutzen und damit der Gewinn je abgesetzter Einheit (vgl. hierzu nochmals Abbildung 8, die zeigt, dass die Stückerlöse durchgängig mit der Ausbringungsmenge steigen).²⁶⁹

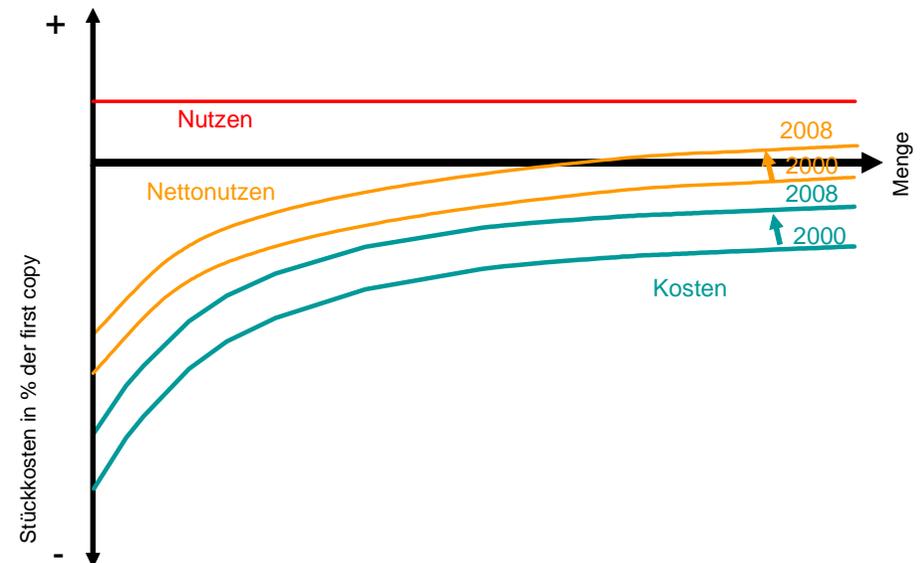


Abbildung 8: Starke Kostendegression der Medien als Ursache für Konzentration und mangelnde Vielfalt

²⁶⁷ Siehe hierzu ausführlicher Kiefer (2005).

²⁶⁸ Die hier zugrunde gelegte (in der Ökonomie übliche) Logik entspricht derjenigen, die wir auch für den Drei-Stufen-Test vorschlagen (Nutzen minus Kosten gleich Nettonutzen). Der Begriff des Nettonutzens bezieht sich hier aber auf einen anderen Inhalt als derjenige, der in Abschnitt A.2.1. als Erkenntnisgegenstand des Drei-Stufen-Tests eingeführt wurde.

²⁶⁹ Diese Eigenschaft des Marktes, „more of the same“ bereit zu stellen, ist durch die Modelle der so genannten „TV-Economics“-Schule (siehe z.B. Hotelling (1929), Steiner (1952), Spence/Owen (1977), Owen/Wildman (1992)) auch formal nachgewiesen worden. Sie ist Ausdruck eines bei den Medien bestehenden Marktmanagements subadditiver Kostenverläufe, der in den neueren Lehrbüchern zur Medienökonomie als ökonomische Hauptursache für die mangelnde Vielfalt kommerzieller Medienangebote betrachtet wird (siehe Heinrich (1999), 120ff.; Schulz/Held/Kops (2002), 115ff.; Ludwig (2004); Hoskins/McFadyen/Finn (2004), Sjurts (2004); Kops (2005), 346ff. Zu den damit verbundenen sozialen, kulturellen und politischen Konsequenzen siehe z.B. Grant/Wood (2004), Helm u. a. (2005) oder Croteau/Hoynes (2006).

Dabei ist der ökonomische Druck zum „Mainstream“ um so höher, je stärker die Stückkosten mit zunehmender Ausbringungsmenge fallen. Weil bei audiovisuellen Angeboten die Subadditivität der Kosten im Zeitablauf digitalisierungsbedingt steigt, sowohl auf der zweiten Wertschöpfungsstufe der Kostenträgerproduktion (Stichwort: „Entmaterialisierung“) als auch auf der dritten Wertschöpfungsstufe der Verbreitung (Stichwort: das Internet als kostengünstiges universales Verteilmedium), wächst dieser Mainstream-Druck im Zeitablauf; und für die neuen elektronischen Medien ist er höher als für den über eigene Netze verbreiteten (und damit insgesamt weniger subadditiven) linearen Rundfunk oder gar für die materialisiert verbreitete Presse. -- Durch die Globalisierung der Medien wird diese Tendenz zum „more of the same“ noch verstärkt.²⁷⁰

Andererseits reduziert sich der Druck zum Mainstream, wenn thematisch engere Angebote die Präferenzen kleiner Publika besser bedienen, diesen einen höheren Nutzen stiften und damit auch höhere Stückpreise ermöglichen („long tail“).²⁷¹ In der Regel dürfte der mit einer Eingrenzung des Publikums verbundene Anstieg der Stückkosten aber wesentlich größer sein als der damit zugleich durchsetzbare Anstieg des Verkaufspreises. Es bleibt dann bei dem bereits erwähnten Mainstream-Druck (in Abbildung 9 zeigt sich das darin, dass der Nettonutzen trotz eines mit der Ausbringungsmenge fallenden Nutzens noch immer mit der Ausbringungsmenge ansteigt). Nur für wenige Angebote, die sich an (dann in der Regel zahlungsfähige) kleine Publika richten, dürfte eine so hohe Zahlungsbereitschaft bestehen, dass sie sich am Markt gegen die hohen Größenvorteile von Mainstream-Angeboten durchsetzen können.²⁷²

Diese können in der Regel auch nur über direkte Entgelte refinanziert werden, weil eine Werbefinanzierung den überdurchschnittlichen Nutzen, den

die Angebote den Konsumenten stiften, nicht in die erforderlichen überdurchschnittlichen Einkünfte umsetzen kann. Auch vor diesem Hintergrund haben die Rundfunkräte bei der durch § 11f Abs. 4 RStV-E vorgeschriebenen Abwägung zu prüfen, ob die öffentlich-rechtlichen Anstalten sich im Premium-Segment mit Telemedienangeboten zurückhalten müssen, um den kommerziellen Anbietern (und hier wohl vor allem der Qualitätspresse) Marktchancen zu belassen, die dann möglicherweise indirekt (über die Sicherung ihrer marktlichen Existenz) auch die Vielzahl und Vielfalt der in der dualen Medienordnung insgesamt erbrachten Angebote erhöhen, eventuell sogar positive Wirkungen auf die Qualität anderer kommerzieller Anbieter (Boulevardpresse, kommerzielle Fernsehveranstalter) oder auch der öffentlich-rechtlichen Angebote nach sich ziehen.²⁷³

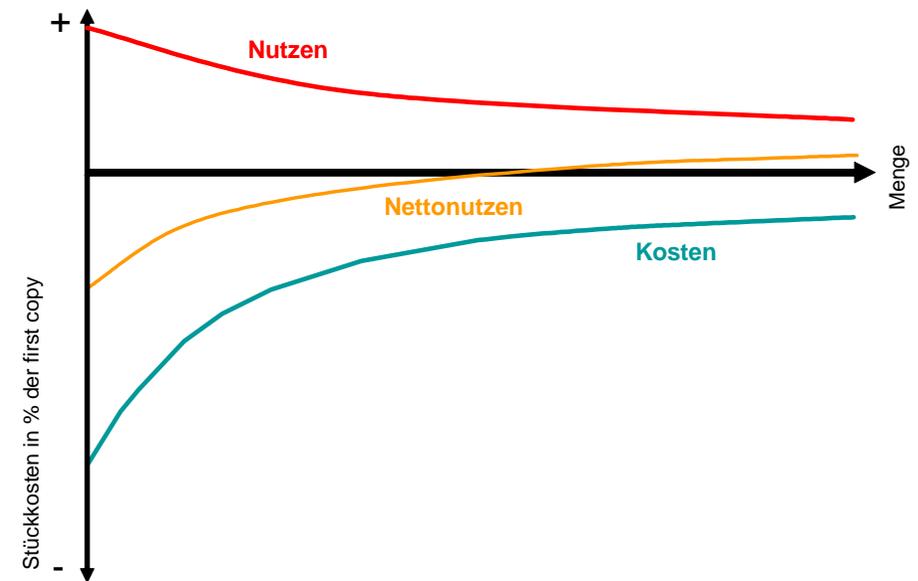


Abbildung 9: Mangelnde Vielfalt der Medien trotz eines höheren Nutzens „individualisierter“ Angebote

²⁷⁰ Hallin (2004), Kops (2006).

²⁷¹ Anderson 2007

²⁷² In Abbildung 9 läge das Maximum des Nettonutzens für diese Angebote dann unterhalb der maximalen Ausbringungsmenge.

²⁷³ Vgl. A.2.2.5.3.

Auf der anderen Seite sind bei dieser Abwägung aber auch verteilungspolitische Gesichtspunkte zu beachten. Weil hochwertige Angebote in der Regel nicht durch Werbung, sondern nur über Entgelte refinanziert werden können, wird deren ausschließliche oder auch nur überwiegende Bereitstellung durch private Anbieter mit gesellschaftlichen, insbesondere sozial- und verteilungspolitischen Zielsetzungen kollidieren. Angeboten, die für die freie öffentliche Meinungsbildung wichtig sind, wird es deshalb auch in Zukunft an der oben erörterten („politischen“) Ausschließbarkeit fehlen, selbst wenn der Ausschluss technisch und ohne größere Kosten möglich ist.²⁷⁴ Eher gegeben ist er bei Angeboten, die primär der Befriedigung privater Bedürfnisse dienen, z. B. bei einigen der Telemedien, die in der sog. „Negativliste“ genannt sind,²⁷⁵ bei Live-Übertragungen von Konzerten und bei bestimmten Sportveranstaltungen.²⁷⁶

Massive Größenvorteile der Medienproduktion verstärken im Übrigen nicht nur deren Mainstream-Orientierung, sondern sie führen auch dazu, dass die Meinungen der Medienrezipienten als Folge der mangelnden Vielfalt des Medienangebotes tatsächlich an Vielfalt verlieren. In den Medien häufig geäußerte Mehrheitsmeinungen werden noch bekannter, populärer und vorbehaltloser übernommen; selten anzutreffende Meinungen werden immer unbekannter und als Minderheitenmeinungen immer weniger Ernst genommen.²⁷⁷ Das wiederum kann die Vielfalt der Meinungen weiter einschränken.²⁷⁸

²⁷⁴ Siehe unten, A.2.2.2.6.

²⁷⁵ Siehe unten, B.1.4.6.

²⁷⁶ Die gesellschaftspolitische Diskussion über die Beschränkung von Fußballübertragungen auf Pay-TV-Anbieter zeigt aber, dass auch hierüber sehr unterschiedliche Auffassungen bestehen.

²⁷⁷ Noelle-Neumann (1980) ist noch einen Schritt weiter gegangen, indem sie behauptete, dass selbst ursprüngliche Mehrheitsmeinungen an Einfluss verlieren, falls sie in den Medien nicht als solche gekennzeichnet sind. Nach ihrer Theorie der „Schweigespirale“ werden sie dann von den Befürwortern der Mehrheitsmeinungen, die dem Konformitätsdruck nicht Stand halten und befürchten, isoliert zu werden, nicht (mehr) öffentlich vertreten und dadurch tatsächlich zu Minderheitenmeinungen.

²⁷⁸ Betriebswirtschaftlich ist eine solche „Homogenisierung“ der Nutzerpräferenzen vorteilhaft, wie z. B. aus der ökonomischen Clubgütertheorie abgeleitet werden kann. Diese Sichtweise verdeutlicht, dass ein Anstieg der Klubgröße (des Publikums) nicht nur die Kosten je Clubmitglied reduziert, sondern auch, dass bei einem Klub, dessen Mitglieder homogene Präfe-

Auch das ist ein Beispiel für den im „Doppelcharakter“ der Medien grundsätzlich angelegten und oben bereits allgemein angesprochenen Konflikt zwischen ihrem individuellen Konsumentennutzen und ihrem publizistischen Nutzen.

2.2.2.4. Asymmetrisch verteilte Informationen

Die volle Funktionsfähigkeit von Märkten setzt voraus, dass die Nachfrager über die Produkteigenschaften ebenso gut informiert sind wie die Anbieter (sog. symmetrische Verteilung der Informationen). Ist diese Voraussetzung nicht erfüllt, sind die Rezipienten nicht in der Lage, den durch die Angebote gestifteten Nutzen einzuschätzen; und dann ist es für sie rational, ihre Entscheidungen am Preis auszurichten. Schlechtere (und billigere) Angebote verdrängen dann bessere (und teurere) Angebote (sog. „adverse Selektion“).

Das Ausmaß von Informationsasymmetrien und der damit verbundenen adversen Selektion variiert mit der Art der Angebote. Bei (Tele-)Medien, bei denen die Qualitätsmerkmale schwer erkennbar sind, ist es höher als bei (Tele-)Medien, die von den Rezipienten leicht inspiziert werden können.²⁷⁹ Das bedeutet trotz aller erforderlichen Differenzierung, dass Angebote, bei denen der Nutzen für den einzelnen User im Vordergrund steht (die Angebote der „Negativliste“), grundsätzlich eher inspizierbar sind und eher über den Markt bereitgestellt werden können als Angebote, bei denen der Beitrag zur freien Meinungsbildung im Vordergrund steht.²⁸⁰ Und es bedeutet auch, dass Marktwirkungen den („Konsumenten“-)Nutzen Ersterer besser (oder zumindest weniger schlecht) abbilden als den publizistischen Nutzen Letzterer.

Die sich bei allen Formen von Marktmängeln stellende Frage, inwieweit der Markt in der Lage ist, seine Mängel selbst zu heilen, stellt sich bei der asymmetrischen Informationsverteilung in besonderem Maß. Hingewiesen wird

renzen aufweisen, der (Grenz-)Nutzen des Klubgutes mit steigender Klubgröße weniger stark zurück geht als bei einem heterogenen Klub. Siehe Hansmeyer/Kops (1998).

²⁷⁹ Zwischen den verschiedenen Telemedien bestehen diesbezüglich große Unterschiede. Siehe Schulz/Held/Kops (2002), 186ff.

²⁸⁰ Siehe A.2.2.1.

dabei einerseits auf Möglichkeiten der Anbieter, im eigenen Interesse Informationen über ihre Produkte offen zu legen (z. B. durch Referenzen, Zertifikate oder Garantien), die die Asymmetrien verringern oder beseitigen (sog. „signalling“), andererseits auf die Möglichkeiten der Nachfrager (z. B. in Internet-Foren) zusätzliche Informationen über die Angebote einzuholen (sog. „signalling“)..

Die mit dem Internet verbundenen Veränderungen der medialen Landschaft werden deshalb auch sehr unterschiedlich beurteilt. Einerseits wird eine damit verbundene Unüberschaubarkeit der Angebote beklagt, die erhöhte Informationsasymmetrien und eine verminderte Funktionsfähigkeit des Marktes nach sich zieht. Andererseits werden die sich durch das Internet eröffnenden Möglichkeiten begrüßt, Informationsasymmetrien zu beseitigen und die Funktionsfähigkeit des Marktes zu steigern. Gerade für die Vielzahl neuer Telemedien, für die sich derartige Instrumente gerade erst entwickelt haben oder noch entwickeln müssen, muss diese Diskussion noch vertieft werden.²⁸¹

2.2.2.5. Intransitive Präferenzen

Transitive Präferenzen bedeutet, dass die von den Marktteilnehmern unter den konkreten Bedingungen getroffenen Entscheidungen (auf der Basis sog. „Marktpräferenzen) mit denjenigen übereinstimmen, die sie auch unter einer rationalen Entscheidungsfindung förderlicheren Bedingungen (auf der Basis sog. reflexiver Präferenzen)²⁸² treffen würden.

Diese Annahme ist nicht immer erfüllt. Manchmal weichen die „Marktpräferenzen“ von den „reflexiven Präferenzen“ ab.²⁸³ Ob dies als Marktangel anzu-

²⁸¹ Siehe ebenda, anders etwa Schröder (2008), 89ff., Meyer-Lucht/Rott (2008), 7.

²⁸² Zur Unterscheidung zwischen Marktpräferenzen und reflexiven Präferenzen siehe Lobigs (2005), insb. 293ff.

²⁸³ Sog. „Türklingengeschäfte“ sind ein bekanntes Beispiel: Die an der Tür unter Zeitdruck und mit suggestiven Methoden angebotenen und erworbenen Waren werden später, unter besseren Bedingungen (auf der Basis „reflexiver Präferenzen) oft als Fehleinkauf erkannt;

sehen sind, ist unter Ökonomen umstritten. Auch die Frage, bei welchen Gütern und in welchem Umfang solche intransitiven Präferenzen praktisch relevant sind, wird – wie z. B. die Diskussion über die gesellschaftlichen Wirkungen von gewalthaltigen Spielen im Netz zeigt²⁸⁴ – sehr unterschiedlich beantwortet.²⁸⁵ Angesichts der Dynamik, mit der sich Telemedien derzeit entwickeln, sind auch hierzu noch keine gesicherten Antworten möglich.

Grundsätzlich bietet dieses Konzept aber die Möglichkeit, die ökonomische Theorie des Marktversagens mit einigen von anderen Disziplinen angeführten Beeinträchtigungen des publizistischen Nutzens von Medien zu verknüpfen. Die etwa vom Bundesverfassungsgericht betonte hohe Suggestivkraft des Rundfunks kann dann – als eine Form intransitiver Präferenzen – in die ökonomische Theorie integriert werden, ebenso wie etwa die von Medienwissenschaftlern kritisierte extensive Nutzung bestimmter Telemedien (vor allem von interaktiven Computerspielen), die auch von den Nutzern selbst als schädlich oder gar pathologisch bewertet wird, wenn man sie dazu unter günstigeren (z. B. Labor-)Bedingungen befragt.²⁸⁶

Marktliche Anbieter können sich in der Verfolgung ihrer Erwerbsinteressen intransitive Präferenzen zunutze machen. Indem sie (Tele-)Medien mit stark suggestiven Inhalten oder Gestaltungsmerkmalen anbieten,²⁸⁷ sprechen sie die Marktpräferenzen der Rezipienten an und maximieren deren individuellen Nutzen. Das vermindert andererseits den Wert, den diese Angebote für

dementsprechend hat der Gesetzgeber für solche „Türklingengeschäfte“ weitergehende Rücktrittsrechte geschaffen.

²⁸⁴ Vgl. Richard/Schöning (2007), Grimm/Rhein/Clausen-Muradian (2008).

²⁸⁵ Siehe Schulz/Held/Kops (2002), 203ff.

²⁸⁶ Siehe Kratzer (2008) mit weiteren Literaturhinweisen, siehe auch: o. V.: Digitale Spielwelten. Über gute Gefühle und grosse Gefahren, http://www.medienforum.nrw.de/develop/fileadmin/medienforum/content/bilder_downloads/magazin/magazin_0208/pdf_dateien/Digitale_Spielwelten_Fritz.pdf

²⁸⁷ Stichworte: Simplifizierung, Boulevardisierung, Personalisierung. In diesem Zusammenhang ist auch die in der Amtlichen Begründung zum 12. RStV-E, enthaltene Erläuterung der Regelung von Interesse, nach der "auch Unterhaltung ... einem öffentlich-rechtlichen Angebotsprofil entsprechen" solle, um eine "Trivialisierung" und "Boulevardisierung" zu vermeiden. Siehe dazu oben, A.1.1.2.2.1.

die freie Meinungsbildung haben.²⁸⁸ Auch intransitive Präferenzen sind somit eine Ursache für die erwähnte Rivalität zwischen dem individuellen Nutzen und dem publizistischen Nutzen der Medien, und die mit einer Beeinträchtigung des publizistischen Nutzens verbundenen Wohlfahrtsverluste können höher sein als die direkten Wohlfahrtsgewinne, die sich für die Rezipienten durch die verbesserte Bedienung ihrer Marktpräferenzen ergeben.²⁸⁹ Für den einzelnen Rezipienten bestehen auch keine Anreize, auf den Konsum solcher, intransitive Präferenzen ausnutzender Angebote zu verzichten, weil er dadurch deren Markterfolg (und die Beeinträchtigung des publizistischen Nutzens) nur in einem verschwindend geringen Maß reduzieren würde, während sein individueller Nutzen durch einen solchen Verzicht merklich abnehme.²⁹⁰

²⁸⁸ Mit zunehmender Kommerzialisierung der Medien dürfte der ökonomische Druck auf die Anbieter steigen, intransitive Präferenzen in ihre Geschäftsmodelle einzubauen, selbst wenn dadurch die Qualität und Glaubwürdigkeit der Medien insgesamt in einem für alle Anbieter schädlichen Umfang beeinträchtigt wird (das spieltheretische „Gefangenendilemma“). Das stellt die Verbindung her zu der etwa in der Publizistik oder Medienethik geführten Diskussion über die gesellschaftliche Verantwortung der Medien und über die Frage, wie diese mit einer ertragswirtschaftlichen Zielsetzung vereinbar ist. Siehe hierzu Göhler u. a. (2008).

²⁸⁹ Siehe A.2.2.2.1.

²⁹⁰ Man kann Marktpräferenzen bedienende Medien deshalb auch als Medien mit negativen externen Effekten betrachten, sie sind dann eine Ausprägung dieser oben bereits erörterten Form von Marktängeln. Es ergibt sich dann wiederum das „Gefangenendilemma“, vor dem der einzelne Bürger steht, wenn ihm eine Gemeinwohl schädigende Verhaltensweise einen individuellen Nutzen verschafft. Einen Ausweg bietet dann nur das hoheitliche Verbot, bei beobachtbarem Gemeinwohl schädigendem Verhalten möglicherweise auch die soziale Sanktionierung (vgl. Schulz/Held/Kops (2001), 21ff.). Lobigs (2005), 293ff., hat daran anknüpfend den Versuch unternommen, den öffentlich-rechtlichen Rundfunk als Institution zur Bereitstellung „meritorischer Fernsehleistungen“ zu rechtfertigen. Die Meritorik braucht als Begründung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks andererseits gerade *nicht* bemüht zu werden, wenn man konzediert, dass die Marktpräferenzen von den reflexiven Präferenzen abweichen (vgl. dazu Kops (2005), 355ff.). Die Ökonomie, die ihren Modellen grundsätzlich die Annahme der „Konsumentenouveränität“ zugrunde legt, tut sich damit schwer; für andere, empirisch ausgerichtete Gesellschaftswissenschaften ist es demgegenüber nicht strittig, dass es den meisten Rezipienten an der „Konsumentenouveränität“ (dort dann etwa als „Medienkompetenz“ bezeichnet) fehlt, um den publizistischen Nutzen („reflexive Präferenzen“) von Medien beurteilen zu können. Für eine Übersicht über die hierzu z. B. von der Landesanstalt für Medien NRW in Auftrag gegebenen Forschungsprojekte siehe <http://www.lfm-nrw.de/forschung/projekte/abgeschlossen/>.

2.2.2.6. Fehlende kommunikative Chancengleichheit

In sozialen Marktwirtschaften wird es aus gesellschaftspolitischen Erwägungen als erforderlich erachtet, dass bestimmte Güter, die der Befriedigung von Grundbedürfnissen dienen, allgemein zugänglich sind und/oder dass ihre Verteilung zumindest weniger ungleich ist als die „Ausgangsverteilung“ (der Einkommen und Vermögen). Dazu gehören in Deutschland auch Güter der „informationellen Grundversorgung“: Würden alle zur freien Meinungsbildung beitragenden Medienangebote entgeltlich über Märkte bereit gestellt, würden vermutlich gerade diejenigen Bevölkerungsgruppen nicht hinreichend versorgt, deren Einbeziehung in die freie Meinungsbildung als besonders wichtig angesehen wird. Es fehlte die „kommunikative Chancengleichheit“; und es käme zu Ungleichheiten in der Einkommens- und Vermögensverteilung, und damit verbunden auch in den Bildungs- und Erwerbschancen und in den Chancen, in der öffentlichen Kommunikation individuellen oder gruppenspezifischen Interessen Gehör zu verschaffen. Soziale Ungleichheiten würden sich damit im Zeitablauf verstärken; soziale Segmentierung und Desintegration und eine beeinträchtigte Funktions- und Leistungsfähigkeit der Gesellschaft könnten die Folgen sein.

Auch aus diesem Grund können Marktwirkungen alleine, etwa der Markterfolg von Telemedien mit hochwertigen Inhalten für zahlungskräftige Zielgruppen, nicht den publizistischen Nutzen von Medien zum Ausdruck bringen (selbst wenn die oben erwähnten allokativen Marktängel nicht vorliegen). Vielmehr kommt es auch darauf an, welchen Bevölkerungsgruppen die Angebote (nicht) zugänglich sind und in welchem Maß dadurch ihre freie Meinungsbildung ermöglicht bzw. eingeschränkt wird. Und es kommt wiederum darauf an, ob bei den Angeboten vor allem der individuelle Nutzen für den einzelnen Rezipienten im Vordergrund steht (für den eine Verteilung nach Maßgabe der individuellen Zahlungsfähigkeit und -bereitschaft gesellschaftspolitisch eher akzeptiert wird) oder der publizistische Nutzen für die Gesellschaft.

2.2.2.7. Fehlende Äquivalenz von Nutzen und Kosten

Bei über Märkte bereitgestellten Gütern korrespondiert der durch sie gestiftete Nutzen üblicherweise mit den für ihre Bereitstellung zu entrichtenden Finanzierungsbeiträgen („Äquivalenzprinzip“). Bei dem durch Medien gestifteten publizistischen Nutzen ist dies nicht der Fall (siehe die obige Interpretation der freien Meinungsbildung als einem öffentlichen Gut bzw. als Folge externer Effekte).

In dem Maß, in dem die kommerziellen Medien nicht über direkte Entgelte, sondern über Werbung oder andere indirekte Einnahmen (Sponsoring, Transaktionsgeschäfte etc.) finanziert werden, fehlt diese Äquivalenz aber auch für den individuellen „Konsumentennutzen“ („You pay when you wash, not when you watch“). Wie sich der Nutzen dieser Angebote auf die einzelnen Bevölkerungsgruppen verteilt, ist dann über Marktergebnisse nicht erkennbar.

Eine solche fehlende Äquivalenz zwischen Nutzen und Finanzierungsbeitrag wird in der ökonomischen Theorie grundsätzlich als Marktmangel betrachtet (vor allem mit Blick auf die dann fehlende Lenkungsfunktion der Preise und falsche Anreizwirkungen). Bei bestimmten Gütern, zu denen auch Güter der „informationellen Grundversorgung“ zählen können, kann eine marktliche Erbringung dennoch geboten sein, wenn dadurch andere, höherrangige Ziele erreicht werden. So könnte im vorliegenden Zusammenhang eine Werbefinanzierung (=keine Äquivalenz) einer Entgeltfinanzierung (=Äquivalenz) vorgezogen werden, weil diese eine höhere „kommunikative Chancengerechtigkeit“ herstellt, zumindest für solche Angebote, bei denen eine Entgeltfinanzierung gerade diejenigen Bevölkerungsgruppen ausschließt, die hierdurch erreicht und an der freien individuellen und öffentlichen Meinungsbildung beteiligt werden sollen. Das Beispiel verdeutlicht nochmals, dass die verschiedenen Formen von Marktmängeln nicht immer unabhängig voneinander sind, bisweilen auch ein Marktmangel akzeptiert werden muss, um einen anderen, als nachteiliger erachteten Marktmangel zu vermeiden.

2.2.2.8. Zwischenergebnis

Telemedien kennzeichnen sich, wie Medien generell, durch ihren Doppelcharakter: Sie dienen zum einen als „Wirtschaftsgüter“ der individuellen Bedürfnisbefriedigung; der daraus für den Einzelnen resultierende Nutzen hängt von seinen Marktpräferenzen und der dadurch bestimmten Art und Menge der „konsumierten“ Medienangebote ab („Konsumentennutzen“). Zum anderen befördern Medien als „Kulturgüter“ das Kollektivgut der freien Meinungsbildung, das zur Funktions- und Leistungsfähigkeit der Gesellschaft beiträgt. Darin besteht der „Bürger Nutzen“ oder „publizistische Nutzen“ der Medien. Dieser stiftet wiederum auch den einzelnen Mitgliedern der Gesellschaft einen individuellen Nutzen, dessen Höhe allerdings (anders als der „Konsumentennutzen“) nicht vom Umfang abhängt, in dem der Einzelne die Medien nutzt, sondern davon, wie er als Bürger an der Funktions- und Leistungsfähigkeit der Gesellschaft partizipiert.

Medien, die ausschließlich der individuellen Bedürfnisbefriedigung dienen, ohne zur freien Meinungsbildung beizutragen, bilden ebenso einen nur theoretisch vorstellbaren Grenztypus wie Medien, die ausschließlich der freien Meinungsbildung dienen, ohne individuelle Bedürfnisse zu befriedigen; tatsächlich überlagern sich beide Funktionen. Es gibt allerdings große Unterschiede bezüglich ihrer relativen Bedeutsamkeit, und daraus resultierende Unterschiede in der relativen Höhe des durch sie bewirkten „Konsumentennutzens“ einerseits und „Bürger Nutzens“ (publizistischen Nutzens) andererseits (vgl. dazu den unteren Teil in Abbildung 10, die die Ergebnisse des letzten Abschnittes zusammenfasst).

Folglich eignet sich der Markt auch in unterschiedlichem Maß als Bereitstellungsverfahren, und der publizistische Nutzen von Medien kann in unterschiedlichem Maß anhand von Marktergebnissen beurteilt werden: (Tele-)Medien, die primär der Befriedigung privater Bedürfnisse dienen und damit primär von der individuellen Wertschätzung ihrer Rezipienten abhängen, können grundsätzlich eher über den Markt bereitgestellt werden; bei ihnen sind Marktergebnisse auch ein besser geeigneter Maßstab für die Höhe des durch sie gestifteten (individuellen) Nutzens. Dagegen ist der Markt zur Bereitstellung von Medien, die in erster Linie der öffentlichen Meinungsbildung

dienen, kein geeignetes Verfahren, und Marktergebnisse sind hier auch kein geeigneter Maßstab für die Höhe ihres publizistischen Nutzens.

Dieser Befund lässt sich im Einzelnen aus der ökonomischen Theorie der Marktmängel herleiten. Dadurch wird zum ersten deutlich, dass sich der Beitrag zur freien Meinungsbildung, den die Medien leisten, nicht nur oder nicht einmal vordringlich auf den internen Nutzen für die „Konsumenten“ beschränkt, sondern zu einem erheblichen Teil auf andere, letztlich auf alle Mitglieder der Gesellschaft erstreckt. Externe Effekte, hier vor allem positive externe Effekte, die über den Markt nicht abgegolten werden, erklären somit wesentlich, warum der publizistische Nutzen von Medien bei einer rein marktlichen Erbringung hinter dem gesellschaftlich wünschenswerten (in Deutschland vor allem vom Bundesverfassungsgericht eingeforderten) Ausmaß zurückbleibt. Daneben existieren aber auch andere Formen von Marktmängeln (vgl. die linke Spalte von Abbildung 10), aufgrund derer Marktergebnisse nicht in der Lage sind, den durch die Medien gestifteten publizistischen Nutzen auszudrücken.

In der rechten Spalte von Abbildung 10 sind stichwortartig einige Folgen dieser Marktmängel angedeutet, die deren publizistischen Nutzen beeinträchtigen, wobei diese Stichworte überwiegend Disziplinen entstammen, in denen sie (dort meistens auch nicht unter Rückgriff auf ökonomische Überlegungen) intensiver erörtert wurden: mehr oder minder starke Verstöße gegen das Gebot der Tendenzfreiheit der Medien, unterschiedlich hohe Mängel in der Vielfalt und Qualität der Medien, ein unterschiedlicher Umgang mit mangelnder Medienkompetenz der Nutzer, ein unterschiedlich hohes Ausmaß der durch die Medien bewirkten Gemeinwohlorientierung und -förderung, wie auch unterschiedlich starke Abweichungen von der gesellschaftlich gewünschten Verteilung des durch die Medien gestifteten Nutzens.

Da sich die ökonomische Theorie einer theoretisch-abstrakten Sprache bedienen muss, um auf alle Güter angewandt werden zu können,²⁹¹ kann sie

²⁹¹ Marktmängel sind z. B. wesentliche Bestandteile der Gesundheitsökonomie, der Bildungsökonomie, der Umweltökonomie oder der Theorie natürlicher Ressourcen.

sich mit den Besonderheiten der Medien zwangsläufig nicht so präzise auseinandersetzen wie z. B. die Publizistik oder Journalistik, für die die Medien den einzigen oder zentralen Erkenntnisgegenstand bilden. Schon aufgrund dieser terminologischen Unterschiede ist es der ökonomischen Theorie noch nicht gelungen, die Argumente dieser Disziplinen vollständig zu integrieren.²⁹²

Welche Marktmängel bei den verschiedenen Medienarten und -inhalten, speziell auch bei Telemedien, auftreten, wie gravierend diese Mängel sind und inwieweit der Markt selbst in der Lage ist, sie zu korrigieren oder zu verhindern („Selbstregulierung“), eventuell mit hoheitlicher Unterstützung („regulierte Selbstregulierung“), ist deshalb auch innerhalb der Ökonomie umstritten.²⁹³

Unstrittig ist aber, dass das Ausmaß von Marktmängeln bei Medien, die primär der Befriedigung individueller Bedürfnisse dienen, tendenziell geringer ist als bei Medien, die vor allem der freien Meinungsbildung dienen. Das gilt nicht nur für externe Effekte, für die dieser Zusammenhang qua Definition besteht, sondern z. B. auch für die Asymmetrie der Informationsverteilung zwischen Anbietern und Nachfragern, die bei den ersteren (Beispiel fiktionale Unterhaltung) geringer ist als bei den letzteren (Beispiel politische Berichterstattung), oder für die fehlende Ausschließbarkeit, die sich, z. B. bei einer ersatzweise gewählten Werbefinanzierung, in mangelnder Tendenzfreiheit niederschlägt: Für Angebote, die primär der freien öffentlichen Meinungsbildung dienen, ist dies weniger akzeptabel als für Angebote, bei denen der Warencharakter und der Nutzen für den einzelnen Rezipienten im Vordergrund steht.²⁹⁴

²⁹² Auf der anderen Seite ist gerade die Ökonomie gefordert und wohl auch in der Lage, einer ausschließlich auf den Warencharakter der Medien abgeleiteten Politik entgegen zu treten, wie sie insbesondere von Teilen der Europäischen Kommission verfolgt wird.

²⁹³ Massive Marktmängel auf Medienmärkten haben z. B. Heinrich (1999), Grant/Wood (2004), Helm u. a. (2005), Kiefer (2005), Lobigs (2005) oder Holznagel/Dörr/Hildebrand (2008) aufgezeigt. Andere Ökonomen sind der Ansicht, dass diese Mängel nicht höher sind als auf anderen Märkten. Siehe aktuell etwa Meyer-Lucht/Rott (2008) oder Schröder (2008).

²⁹⁴ In Abbildung 10 wird dieser Zusammenhang zwischen der unterschiedlichen Bedeutsamkeit der verschiedenen Medienangebote für die freie Meinungsbildung und der unterschiedlichen Stärke dieser Marktmängel durch die Größe der Punkte in den verschiedenen Zellen zum Ausdruck gebracht.

	Medien als Mittel zur Befriedigung privater Bedürfnisse	Medien als Mittel zur Befriedigung privater Bedürfnisse und Mittel zur freien Meinungsbildung	Medien als Mittel zur freien Meinungsbildung	
1. allokativer Marktängel				1. Folgen allokativer Marktängel
a) Existenz externer Effekte	•	●	●●	a) mangelnde Gemeinwohlorientierung und -förderung
b) fehlende Ausschließbarkeit	•	●	●●	b) mangelnde Tendenzfreiheit (gegenüber kommerziellen Interessen)
c) fehlende Additivität der Kosten	•	●	●●	c) mangelnde Vielfalt
d) fehlende Symmetrie der Informationen	•	●	●●	d) mangelnde Qualität
e) fehlende Transität d. Konsumentenpräferenzen	•	●	●●	e) mangelnde Beachtung/Stärkung von Medienkompetenz
2. distributive Marktängel				2. Folgen distributiver Marktängel
a) fehlende Gerechtigkeit d. Ausgangsverteilung	•	●	●●	a) fehlende (Chancengerechtigkeit der) Zugänglichkeit der Angebote
b) fehlende Äquivalenz von Nutzen und Kosten	●	•	•	b) fehlende Äquivalenz zwischen Nutzen und Traglast

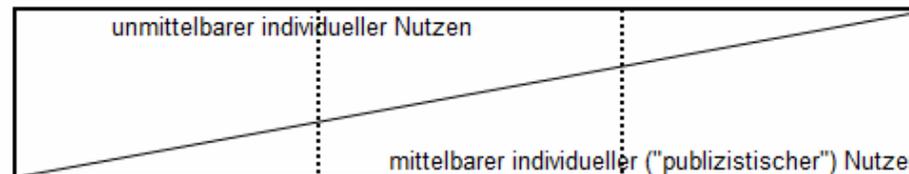


Abbildung 10: Art, Stärke und Folgen von Marktängel bei den Medien

2.2.3. Maßstäbe des publizistischen Nutzens von Telemedienangeboten

2.2.3.1. Publizistische Qualität als Maßstab des publizistischen Nutzens von Telemedienangeboten

In dem Maß, in dem der publizistische Nutzen von Telemedienangeboten nicht durch ihren Markterfolg zum Ausdruck kommt, rückt die Benennung hierfür geeigneter Bestimmungsgründe noch stärker in den Vordergrund. Man muss nicht so pessimistisch sein wie Russ-Mohl (1992), 85, der diese Aufgabe mit Bezug auf die Definition von Qualität im Journalismus mit dem Versuch verglich, einen Pudding an die Wand zu nageln. Richtig ist aber zweifellos, dass die seit Langem aus verschiedenen Perspektiven geführte Diskussion darüber, welche Kriterien den publizistischen Nutzen von Medien bestimmen, bislang keine eindeutigen und einheitlichen Antworten hervorgebracht hat; zumindest keine Kriterien, die ähnlich eindeutig, eindimensional und quantifizierbar sind wie der in Hellern und Pfennigen bezifferbare Markterfolg.

Andererseits existiert eine lange und umfangreiche Rechtsprechung und Rechtsauslegung über den Nutzen linearer öffentlich-rechtlicher Rundfunkangebote und über den öffentlich-rechtlichen Funktionsauftrag,²⁹⁵ der zur Beantwortung dieser Frage herangezogen werden kann und muss. Zum Teil müssen diese Arbeiten allerdings den Besonderheiten nicht-linearer Telemedien angepasst und fortentwickelt werden.²⁹⁶ Dazu finden sich auch schon im Gebührenurteil vom September 2007 erste Ausführungen.²⁹⁷

Neben der Rechtswissenschaft haben sich auch andere Disziplinen mit dem publizistischen Nutzen von Medien im Allgemeinen und von Telemedien im Besonderen befasst. Vor allem die Publizistik hat eine Fülle von Befunden zum publizistischen Nutzen der Medien und zu deren Determinanten vorge-

legt, obwohl diese sich naturgemäß ganz überwiegend auf lineare Programmangebote beziehen und insofern an die Besonderheiten nicht-linearer Telemedien angepasst werden müssen.²⁹⁸

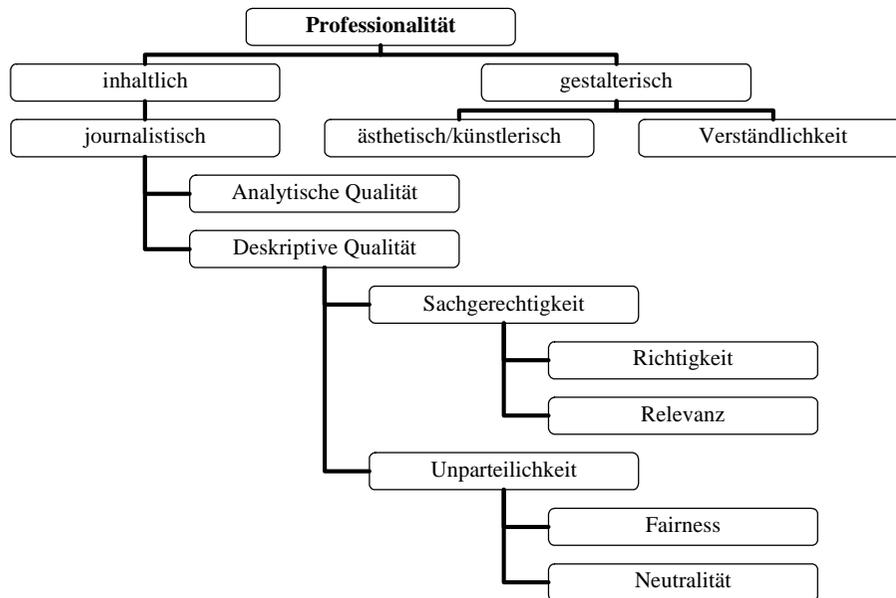
So haben z. B. Schatz/Schulz (1994) in einer viel beachteten Arbeit die Bestimmungsgründe der Professionalität und der Vielfalt von Medien zu systematisieren versucht. Dabei haben sie die „Professionalität“ und die „Vielfalt“ als wesentliche Bestimmungsgrößen für die Qualität der Medien hervorgehoben und die hinter diesen beiden Merkmalen stehenden Faktoren systematisiert (vgl. die Abbildungen 11 und 12). Nicht erörtert wurde aber die weitergehende Frage, in welcher Weise und in welchem Umfang Professionalität und Vielfalt ihrerseits den publizistischen Nutzen von Medien beeinflussen.

²⁹⁵ Siehe oben, A.1.1.2.

²⁹⁶ Siehe oben, A.1.1.2.5.

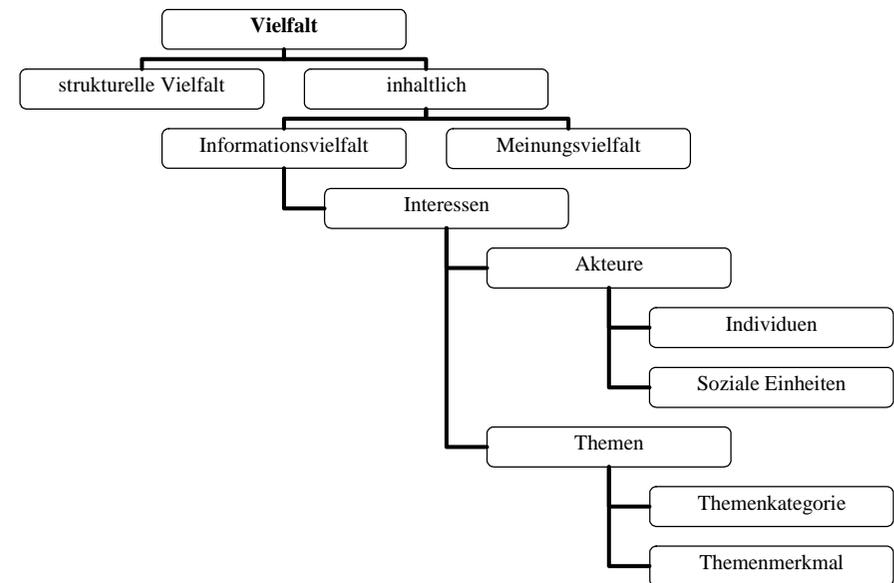
²⁹⁷ ebenda

²⁹⁸ In diese Richtung gehen Überlegungen von Neuberger/Tonnemacher (2003), Fasel (2005), Neuberger (2006), ders. (2007), Neuberger/Nuernbergk/Rischke (2007), Alterman (2008), Vogel (2008), Meyer-Lucht (2008a), ders. (2008b), Kurp (2009), ders. (2009c), Niggemeier (2009).



Quelle: in Anlehnung an Schatz/Schulz (1992), 705

Abbildung 11: Bestimmungsgrößen der Professionalität von Medien

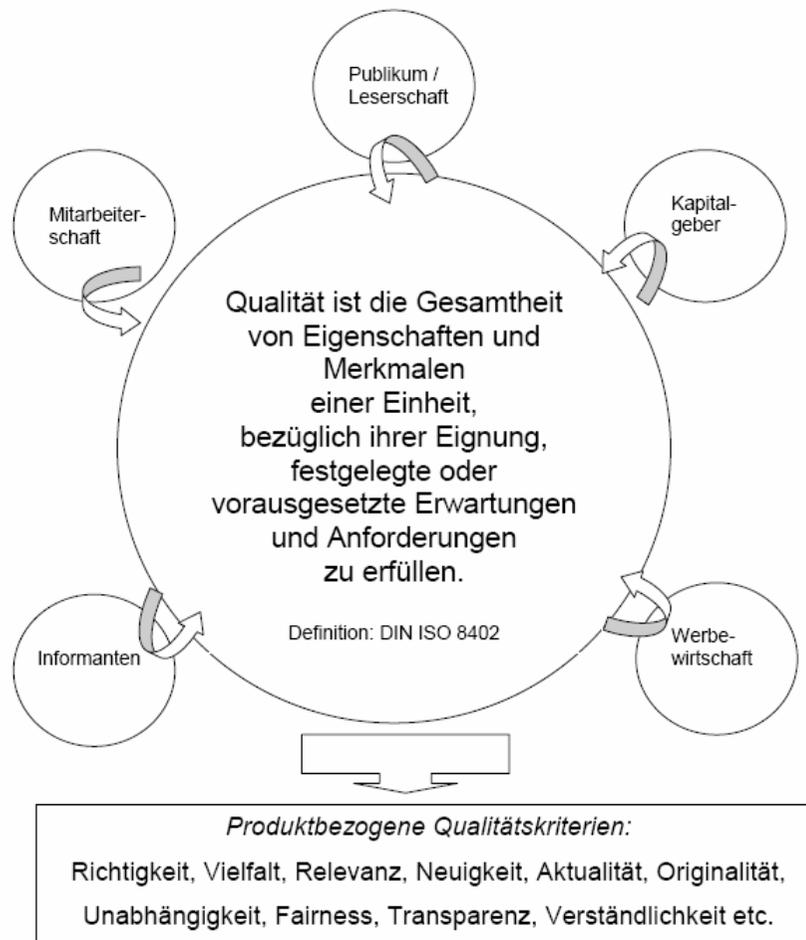


Quelle: in Anlehnung an Schatz/Schulz (1992), 694

Abbildung 12: Bestimmungsgrößen der Vielfalt von Medien

Auch Wyss (o.J, S. 2), der sich an der Qualitätsdiskussion in einer für Ökonomen sympathischen Weise beteiligt, indem er die Qualitätsdefinition nach der Norm der Internationalen Standard Organisation (ISO 8401) auf die Medien anwendet („Qualität ist die Gesamtheit von Eigenschaften und Merkmalen einer Einheit, bezüglich ihrer Eignung, festgelegte oder vorausgesetzte Erwartungen und Anforderungen zu erfüllen“, siehe Abbildung 13), lässt diese Frage offen. Er interpretiert die ISO-Norm als „multiperspektivisches Qualitätsverständnis“: „An die Qualität der Leistungen einer Redaktion (werden) verschiedenste Anforderungen und Erwartungen gestellt. Solche gehen etwa von der Mitarbeiterschaft aus, den Zulieferern von Informationen, selbstverständlich vom rezipierenden Publikum oder der Zielgruppe, der Medien-gesetzgebung, den Kapitalgebern, der Werbewirtschaft oder von anderen Interessengruppen. Die Anforderungen können sich zudem auf das journa-

listische Produkt, den Produktionsprozess oder auf andere Einheiten beziehen“ (siehe Abbildung 13).



Quelle: Wyss o.J., S. 2

Abbildung 13: Bestimmungsgrößen journalistischer Qualität als Bestimmungsgrößen des publizistischen Nutzens von Medien

Daraus schließt Wyss, dass der Stellenwert von Qualitätskriterien (er nennt „Richtigkeit, Vielfalt, Relevanz, Neuigkeit, Aktualität, Originalität, Unabhängigkeit, Fairness, Transparenz, Verständlichkeit etc.“) nur in Verbindung mit diesen unterschiedlichen Anforderungen bestimmt werden kann.

Institutionen	Definition von Qualität	Messung von Qualität
Programmnutzung: Publikumperspektive		
Rezipient als Individuum	erwartete Gratifikationen	Nutzung, Befragungen
organisiertes Publikum	erwartete Gratifikationen, gesellschaftliche Erwartungen	diskursiv in Gremien
Programmherstellung: professionelle Perspektive		
Redaktionen	Arbeitsnormen (Mischung unterschiedlicher Umwelterwartungen)	Qualitätsmanagement
Medienberufe	Berufsnormen (Mischung unterschiedlicher Umwelterwartungen)	diskursiv in Selbstkontrollgremien, Fachöffentlichkeiten
Programmherstellung: ökonomische Perspektive		
Medienmanagement	ökonomische Parameter (Formalziel: allokativer und produktiver Effizienz)	Kosten- und Qualitätsmanagement
Programmbewertung: Expertenperspektive		
Medienkritik	vor allem Berufsnormen und Publikumserwartungen	journalistische Kritik von Einzelwerken
Preise	abhängig vom Preisstifter	diskursiv in Jurys, Bestleistungen
(Kommunikations-)Wissenschaft	Wertungen als Gegenstand der Analyse	empirische Methoden
Programmkontrolle: gesellschaftliche Perspektive		
Recht/Politik	gesellschaftliche Erwartungen	Rechtsetzung und -sprechung, Mindeststandards
Selbstkontrollorgane	Berufsnormen, gesellschaftliche Erwartungen	diskursiv in Gremien, Mindeststandards
Rundfunkräte	gesellschaftliche Erwartungen	diskursiv in Gremien

Quelle: Neuberger (2009), unter Bezug auf Gehrau (2008)

Abbildung 14: Perspektiven, Definitionen und Messverfahren von Qualität der Medien

Ähnlich argumentiert Neuberger (2009), der abhängig von der von unterschiedlichen Institutionen (als solche unterscheidet er Programmnutzer, Programmhersteller, Management, Experten, Gesellschaft) eingenommenen Perspektive verschiedene Definitionen und Messverfahren beschreibt (vgl. Abbildung 14). Damit erklärt er zum einen die Fülle der in der Literatur genannten, sich zum Teil auch widersprechenden Qualitätskriterien, beantwortet zum anderen aber zumindest im Grundsatz auch die Frage, welche Kriterien der *Rundfunkrat* der von ihm erwarteten Abwägung zugrunde zu legen hat: Nach Neuberger hat er die „gesellschaftliche Perspektive“ einzunehmen (siehe ebenda). Dabei hat er die bestehende „Rechtsetzung und -sprechung“ und „Mindeststandards“ zu beachten, zum anderen aber hat er die Qualität „diskursiv“ zu bestimmen²⁹⁹ – was ihm den oben bereits aus rundfunkrechtlicher Sicht entwickelten erheblichen Entscheidungsspielraum eröffnet.

Wenn sowohl Wyss als auch Neuberger darauf aufmerksam machen, dass die Wahl der Bewertungskriterien von den unterschiedlichen Erwartungen und Anforderungen abhängt, die ganz unterschiedliche „Institutionen“ an die Medien stellen, bestätigt dies auch die von Kammann/Jurkuhn/Wolf (2007), 6, auf die Qualität öffentlich-rechtlicher Fernsehprogramme bezogene Einschätzung, dass „Programmqualität ... nur schwer als eine Matrix mit klar umgrenzten normativen Kriterien zu formulieren“ ist. Kammann/Jurkuhn/Wolf (ebenda) nennen dafür, neben den unterschiedlichen Erwartungen der verschiedenen Institutionen, auch andere Gründe: „Die jeweiligen positiven und negativen Eigenschaften und die dabei vermuteten Wirkungsfaktoren von Programmangeboten sind eher fallbezogen. Sie sind – zeit- und konsensgebunden – nur in einem kontinuierlichen und offenen dynamischen Prozess zu ermitteln und zu beschreiben.“

Einfach beobachtbare und messbare Beurteilungskriterien sind hierzu nicht in der Lage. Erforderlich sind vielmehr komplexe und „weiche“ Attribute, deren Ausprägung für das jeweilige Angebot und dessen Bedeutsamkeit für

²⁹⁹ Ausführlicher hierzu Stock (2003), Hömberg (2003), aus Sicht der Rundfunkräte z. B. Grätz (2004), Kunert (2007).

die Gesamtbeurteilung aber kaum von allen Mitgliedern des Rundfunkrates gleich eingeschätzt werden dürften.³⁰⁰ Das verdeutlichen z. B. einige der von Kammann/Jurkuhn/Wolf (2007), 129ff., in ihrer informativen Zusammenstellung wichtiger Ansätze zur Qualitätsmessung genannten Kriterien, wie z. B. die „Komplexität von Rollenbildern“,³⁰¹ die „hohe Vermittlungsleistung statt Gleichgültigkeit“,³⁰² die „Komplexitätsreduktion“,³⁰³ die „Reflexion des Dargestellten“,³⁰⁴ die „inhaltliche und ästhetische Provokation“,³⁰⁵ die „Gegenläufigkeit zu Trends“³⁰⁶ oder gar die „Warmherzigkeit“.³⁰⁷ Obwohl diese Kriterien zum Teil im Konflikt zueinander stehen oder sich gar gegenseitig ausschließen, können sie sämtlich richtig und wichtig sein – aber immer nur in einem bestimmten inhaltlichen und zeitlichen Kontext, mit Bezug auf bestimmte Zielgruppen und im Verhältnis zu anderen Angeboten. Auch das wird in einigen der referierten Arbeiten angesprochen, z. B. wenn darauf hingewiesen wird, dass „es in der Qualitätsdebatte nichts Ewiges und Absolutes gebe, sondern Qualität eine gebundene Größe sei, die sich im Wertewandel vollziehe und zu tun habe mit Zeitpunkten, Grundgefühlen, Atmosphäre und Angemessenheit.“³⁰⁸

³⁰⁰ In der empirischen Sozialforschung wird dieses Problem erörtert als Konflikt zwischen dem Anspruch nach Gültigkeit (Validität) einer Messung (d. h. „das zu messen, was gemessen werden soll“) und Zuverlässigkeit (Reabilität) einer Messung (d. h. durch deren Standardisierung reproduzierbare Ergebnisse zu erzielen, z. B. bei einer Wiederholung des Verfahrens oder bei seiner Anwendung mit anderen Beteiligten). Vgl. etwa Lamnek (1995), 169.

³⁰¹ Glotz (1997), zitiert nach Kammann/Jurkuhn/Wolf (2007), 129

³⁰² Schneider (2006), zitiert nach Kammann/Jurkuhn/Wolf (2007), 130

³⁰³ Elitz/Stammler (2006)

³⁰⁴ ebenda

³⁰⁵ Elitz/Stammler (2005), zitiert nach Kammann/Jurkuhn/Wolf (2007), 130

³⁰⁶ Kammann (1997), zitiert nach Kammann/Jurkuhn/Wolf (2007), 132

³⁰⁷ ebenda

³⁰⁸ Kammann/Jurkuhn/Wolf (2007), 132, mit Bezug auf ein Referat von Kammann (siehe epd medien, Heft 37/38/1997) auf einer Tagung der Evangelischen Akademie in Tutzing 1997: „Das beste Fernsehen der Welt. Public Television im Zeitalter der Entgrenzung“.

2.2.3.2. Reichweite als Maßstab des publizistischen Nutzens von Telemedienangeboten

Erschwerend kommt hinzu, dass nicht klar ist, in welchem Verhältnis Qualität und Reichweite eines Angebotes dessen publizistischen Nutzen bestimmen. In der wissenschaftlichen Debatte steht die Qualität – anders als in der Programmpolitik – zu stark im Mittelpunkt der Diskussion.³⁰⁹ Oft wird sie implizit auch als Synonym des publizistischen Nutzens eines Angebotes verwendet. Dass auch dessen Reichweite eine Rolle spielt, wird deutlicher, wenn man sich nochmals vergegenwärtigt, dass sich der publizistische Nutzen eines Angebotes aus seinem Beitrag zur freien Meinungsbildung ergibt,³¹⁰ sozusagen als "Produkt" aus publizistischer Qualität des Angebotes (der "Multiplikant") und der Zahl der Bürger, die das Angebot direkt (als Rezipienten des Angebotes) oder auch indirekt, d. h. durch eine sich über andere Medien oder durch interpersonale Kommunikation vollziehende Anschlusskommunikation, erreicht (der "Multiplikator").³¹¹

Eine solche Sichtweise entspricht der häufig geäußerten Meinung, dass Angebote mit hoher publizistischer Qualität, die niemanden erreichen, ebenso wenig einen publizistischen Nutzen stiften wie Angebote, die ein großes Publikum erreichen, aber keine publizistische Qualität oder Relevanz haben.³¹² Deutlich wird dann auch, dass es – anders als in den oben referierten Arbeiten der Publizistik – bei der Konkretisierung des öffentlich-recht-

lichen Auftrags nicht um die *Maximierung* von Qualität geht, sondern um deren *Optimierung*: Es ist weder die (für manche Themen, Zielgruppen und Umfeldler möglicherweise geringere) Qualität gefragt, bei der die Angebote den individuellen Bedürfnissen der Rezipienten voll entsprechen (und insofern die höchstmöglichen „Quoten“ erreichen), noch ist eine maximale publizistische Qualität anzustreben. Vielmehr es geht um den Grad an Qualität, der beide Ziele bestmöglich vereinbart, der also – um nochmals das obige Bild zu verwenden – das Produkt aus Qualität und Quote maximiert.³¹³

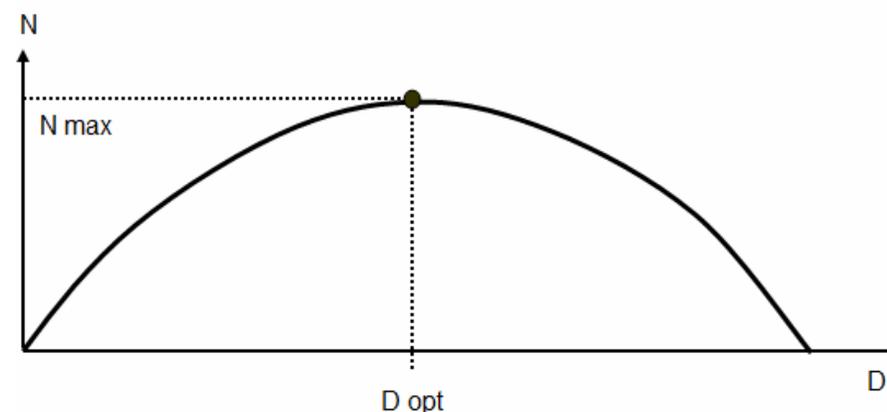


Abbildung 15: Der Grad der Abweichungen zwischen Angebot und Nachfrage (D) bestimmt die Höhe des publizistischen Nutzens (N)

Die beiden Ziele überlagern sich; und im Normalfall stehen sie in einem Spannungsverhältnis zueinander.³¹⁴ So kann die Reichweite von Angeboten z. B. durch die Bedienung von „Mainstream“ und leichter Unterhaltung, ggf.

³⁰⁹ Vgl. Kammann/Jurkuhn/Wolf (2007), 142: „Schlüsselbegriff bei allen Diskussionen um die Erfüllung und damit auch die politische Absicherung des besonderen gesellschaftlichen Auftrags und damit auch der solidarischen Finanzierung ist die Qualität. In der Regel wird dieser Begriff ohne weitere Spezifizierung verwendet und nicht differenziert.“

³¹⁰ Siehe oben, Abschnitt A.2.2.

³¹¹ Vgl. Schulz/Held/Kops (2002), 104f.

³¹² Das wird auch in der in Fn. 318 erwähnten „Rundfrage“ mit unterschiedlichen Nuancen – ganz überwiegend so gesehen, z. B. von Darkow (ebenda, 442): „Für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk ist nicht alles Quote, aber ohne Quote ist alles nichts.“ Für Grätz (ebenda, 447) ist offen, „ob und in welcher Größenordnung die Umsetzung des Auftrags vom Publikum angenommen werden muss. Somit bewegt sich öffentlich-rechtliche Programmgestaltung zwischen den im Auftrag liegenden inhaltlichen und qualitativen Ansprüchen und den tatsächlichen Publikumsinteressen“.

³¹³ Das ist offensichtlich ein anderer Qualitätsbegriff (als die Eigenschaft eines Medienangebotes, die die gerade angesprochene Optimierung erreicht) als derjenige, der den oben referierten Arbeiten zugrunde liegt.

³¹⁴ Nur in Ausnahmefällen sind sie auch voll kompatibel. Solche „glücklichen Konstellationen“ werden auch von Vertretern des öffentlich-rechtlichen Rundfunks gern als Beispiel für die These angeführt, Qualität und Quote ließen sich sehr wohl miteinander „vereinbaren“. Dadurch kann aus dem Blick geraten, dass es sich hierbei eben nicht um den Normalfall handelt.

auch durch die verstärkte Ausrichtung an den „Marktpräferenzen“ der Rezipienten (etwa durch die erwähnte „Simplifizierung“, „Boulevardisierung“ und „Personalisierung“) gesteigert werden; das geht dann aber zulasten der publizistischen Qualität der Angebote. In welchem Ausmaß die vom öffentlich-rechtlichen Rundfunk erbrachten Angebote sich an den Wünschen der Rezipienten ausrichten sollten, um ihrer Funktion als „Medium und Faktor freier Meinungsbildung“ bestmöglich gerecht zu werden (D_{opt} in Abbildung 15),³¹⁵ wird in Deutschland unter dem Schlagwort „Qualität versus Quote“ seit langem intensiv und kontrovers diskutiert. Diese Diskussion muss hier nicht nachgezeichnet werden.³¹⁶ Festgehalten sei nur, dass der Rundfunkrat dieses Spannungsverhältnis zwischen Qualität und Quote auch bei seiner Abwägung, ob ein neues Telemedienangebot vom öffentlich-rechtlichen Auftrag umfasst ist, zu berücksichtigen hat. Hierin unterscheiden sich seine Aufgaben nicht von denjenigen, die er auch bisher schon für die linearen Programmangebote zu erfüllen hatte und weiter zu erfüllen hat.³¹⁷

2.2.3.3. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis lässt sich festhalten: Die vom Rundfunkrat auf der ersten und zweiten Stufe des Drei-Stufen-Tests erwartete Beurteilung eines

³¹⁵ Die in Abbildung 15 graphisch dargestellte Optimierungsaufgabe entspricht derjenigen, die in der Steuerlehre unter dem Begriff des „Swiftschen Steuereinkommens“ oder auch der Laffer-Kurve erörtert und auch formal gelöst worden ist. Danach führt die sukzessive Erhöhung des Steuersatzes (dann: D) zwar zu einer Erhöhung des Steueraufkommens (dann: N), weil ein höherer Anteil der Steuerbasis abgeschöpft wird, zum anderen aber mit zunehmendem Steuersatz auch dazu, dass infolge von Ausweichreaktionen (z. B. legalen Wohnortverlagerung oder illegalen Steuerhinterziehungen) die Steuerbasis selbst abnimmt – bis hin zum Grenzfall, in dem ein Staat das gesamte Einkommen einem Steuersatz von 100 % unterwirft, aber keinerlei Einkommen mehr für die Besteuerung verfügbar ist. Vgl. hierzu etwa Homburg (2004), 30, oder Wernsmann (2005), 202.

³¹⁶ Siehe hierzu z. B. die Antworten Hansjörg Bessler, Michael Darkow, Bernd Gabler, Reinhard Grätz, Uwe Hasebrink, Ernst Gottfried Mahrenholz, Helmut Reitze, Markus Schächter, Norbert Schneider, Dietrich Schwarzkopf und Günter Struve auf die „Rundfrage“: „Was hat die Quote im öffentlich-rechtlichen Rundfunk zu suchen?“ In Ridder/Langenbucher/Saxer/Steininger (2005), 439ff., oder die informative Beschreibung dieser Diskussion bei Kammann/Jurkuhn/Wolf (2007), 17ff.; Stock (2005), ders. (2008).

³¹⁷ Siehe A.1.3.

neuen Telemedienangebotes, die in diesem Gutachten aus einer abstrakten ökonomischen Sicht als Bewertung des publizistischen Nutzens des Angebotes definiert worden ist, erweist sich bei genauerem Hinsehen als eine schwierige Aufgabe. Marktergebnisse eignen sich hierzu kaum (vor allem nicht bei Angeboten, die in erster Linie der freien Meinungsbildung dienen). Andere, etwa von der Journalistik und Publizistik vorgeschlagene Bewertungskriterien helfen auch nicht viel weiter, weil sie zeit- und kontextgebunden und damit weder allgemein gültig noch konsensfähig sind. Zudem sind sie oft so „weich“, dass sie sich kaum operationalisieren lassen und ihr Beitrag zum publizistischen Nutzen mithin auch nicht empirisch überprüft werden kann. Schließlich beziehen sich die meisten dieser Kriterien auf die Qualität von Medienangeboten, die aber nur eine Determinante des publizistischen Nutzens ist, die nicht isoliert zu maximieren, sondern unter Beachtung der Zusammenhänge mit der Akzeptanz durch die Nutzer („Quote“) zu *optimieren* ist.

All diese Schwierigkeiten rechtfertigen andererseits nicht, dass die im Drei-Stufen-Test vorzunehmende Beurteilung des publizistischen Nutzens eines neuen Angebotes anhand beliebiger oder gar anhand nicht offen gelegter Kriterien erfolgen könnte. Das widerspräche der Zielsetzung des Tests, die Frage transparent und nachvollziehbar zu beantworten, ob ein neues Angebot dem Auftrag entspricht.³¹⁸ Diese an den Rundfunkrat gestellte Anforderung, seine Abwägungsentscheidung explizit zu begründen, betont auch Schulz (2008a), der an der Konzeption des Drei-Stufen-Tests beteiligt war, wenn er zunächst feststellt, dass „als Erkenntnis aus der wissenschaftlichen Auseinandersetzung über den Qualitätsbegriff... festgehalten werden (kann), dass Qualität kein feststehendes, objektiv in messbare Kriterien zerlegbares

³¹⁸ Das wird u. a. auch in der Amtlichen Begründung zum § 11f Abs. 4 RfStV-E deutlich, wo es bezogen auf die erste Stufe des Drei-Stufen-Tests heißt: „Die häufig schon bisher bei der internen Willensbildung angestellte Überlegung, in welchem Umfang ... für die Demokratie, die Gesellschaft oder die Kultur ein Beitrag geleistet (wird), ist nunmehr schriftlich darzutun.“ Und es kommt auch bezogen auf die zweite Stufe zum Ausdruck, zu der die Amtliche Begründung z. B. ausführt, es sei „... zu belegen, dass es sich nicht nur um ein weiteres Angebot handelt, sondern dass durch das neue Angebot der Wettbewerb der Veröffentlichungen und Meinungen qualitativ verbessert wird.“ Siehe hierzu auch A.1.3. und A.2.2.5.

Ziel sein kann“ und dann fortfährt: „(V)ielmehr ist Qualität als Prozess zu begreifen, der allerdings um so rationaler verläuft, je stärker er kriteriengeleitet ist.“ Auch nach Schulz' Auffassung kann der (Programm-)Auftrag folglich nicht anhand „objektiver“ und „messbarer“ Kriterien bestimmt werden, sondern er ergibt sich „als Prozess seiner Begründung“.³¹⁹

Dem ist insofern zuzustimmen, als „eher Einigkeit über strukturelle Kriterien erzielt werden kann als über am Produkt selber ablesbare Merkmale.“³²⁰ Schulz weist aber auch darauf hin, dass der Programmauftrag nicht auf den „Prozess seiner Begründung“ reduziert werden kann, weil auch eine prozessuale Kontrolle materielle Kriterien nicht vollständig ersetzen, sondern allenfalls sicherstellen kann, dass diese eher beachtet und adäquat ausgelegt werden.³²¹ Das unterstreicht, dass der Drei-Stufen-Test dem Rundfunkrat bei der Bewertung des publizistischen Nutzens neuer Angebote einen großen Entscheidungsspielraum einräumt. Seine Zielsetzung besteht nicht darin, die vom Rundfunkrat bei seiner Abwägung zugrunde gelegten Kriterien einer inhaltlichen Prüfung zugänglich zu machen (etwa durch die Rechtsaufsicht), sondern darin, dass er überhaupt explizite Kriterien benennt, anhand derer er seine Entscheidung trifft und damit einen gesellschaftlichen Diskurs über diese Entscheidungen ermöglicht.³²²

³¹⁹ So der Titel des Aufsatzes von Schulz (2008).

³²⁰ „Ventiliert man denkbare Kriterien, so wird schnell klar, dass eher Einigkeit über strukturelle Kriterien erzielt werden kann als über am Produkt selber ablesbare Merkmale. Insofern können ein eigenes Korrespondentennetz oder besondere Maßnahmen zur Aus- und Weiterbildung unzweifelhaft als Qualitätsmerkmal angeführt werden. Ebenso wird sichtbar, dass es einfacher erscheint, Kriterien für journalistisch-redaktionelle Angebote im Informationsbereich zu entwickeln als im Feld der Unterhaltungsangebote.“ (Schulz (2008), 162).

³²¹ Schulz (2008), 162: „Was die Bewertungskriterien angeht, liegt es bei den Anstalten, zu entwickeln und weiterzuentwickeln, wie sie den gesetzlichen Auftrag konkret ausfüllen. Hier haben also die Gremien das zu prüfende Konzept an den Satzungen und Richtlinien zu messen. Sinnvoll wäre ein kontinuierlicher interner Optimierungsprozess, der dafür sorgt, dass Satzungen und Richtlinien auf der Grundlage der Erfahrungen, die beim Drei-Stufen-Test mit konkreten Angeboten gemacht werden, angepasst werden.“

³²² Sowohl die sich für den Rundfunkrat aus dieser Betonung prozessualer Anforderungen ergebenden Verpflichtungen als auch die damit verbundenen materiellen Entscheidungsspielräume sind oben aus rundfunkrechtlicher Sicht bereits dargelegt worden. Siehe A.1.3.

2.2.4. „Direkter“ publizistischer Nutzen neuer Angebote und veränderter „indirekter“ publizistischer Nutzen vorhandener Angebote

2.2.4.1. Worin besteht der „veränderte publizistische Nutzen“ der Telemedienangebote anderer Anbieter?

Unsere bisherigen Überlegungen beschränkten sich auf den publizistischen Nutzen eines dem Drei-Stufen-Test unterworfenen neuen oder veränderten Telemedienangebots. Man könnte hier auch vom „direkten“ publizistischen Nutzen des Angebotes sprechen. Dieses kann aber auch Auswirkungen auf den publizistischen Nutzen anderer Anbieter haben. § 11f Abs. 4 Satz 3 RStV-E spricht dies an, wenn er verlangt, innerhalb des Drei-Stufen-Tests die „Quantität und Qualität der vorhandenen frei zugänglichen Angebote ... sowie dessen meinungsbildende Funktion *angesichts bereits vorhandener vergleichbarer Angebote*, auch des öffentlich-rechtlichen Rundfunks“, zu berücksichtigen.

Solche Auswirkungen auf andere Anbieter und Angebote werden in der Ökonomie traditionell unter dem Stichwort „Crowding Out“ erörtert, wobei darunter primär eine Verdrängung kommerzieller Aktivitäten durch den Staat diskutiert wird: Indem der Staat Leistungen erbringt, etwa im Bereich der örtlichen Daseinsvorsorge, verringert sich die Nachfrage nach vergleichbaren kommerziell erbrachten Gütern, so dass ein Teil oder auch alle privaten Anbieter aus dem Markt ausscheiden und damit das Angebot insgesamt an Vielfalt, möglicherweise auch an Qualität verliert.³²³

³²³ Siehe dazu z. B. Böttger (1984).

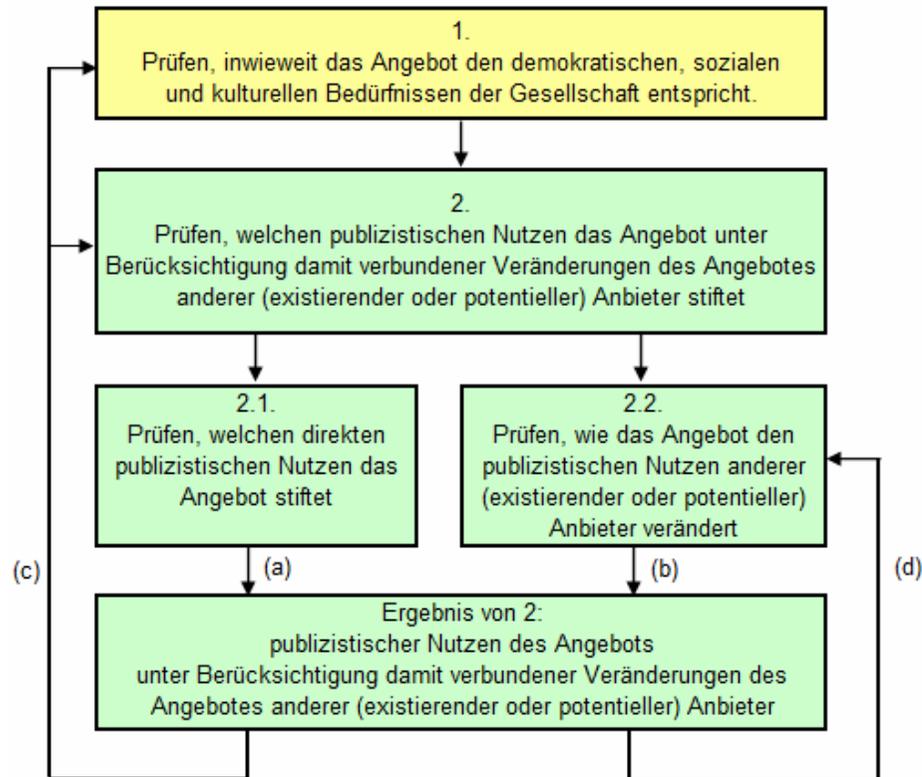


Abbildung 16: Einbeziehung der von eigenen Angeboten ausgehenden Veränderungen des publizistischen Nutzens anderer Angebote

Da sich die Entscheidungen staatlicher Aufgabenträger am Gemeinwohl auszurichten haben, versteht es sich von selbst, dass für ihre Entscheidungen nicht nur der damit verbundene „direkte“ Nutzen maßgeblich ist, sondern auch damit eventuell verbundene Veränderungen der Quantität oder/ und Qualität anderer Angebote. Auch dadurch eventuell eintretende Rückwirkungen auf die Qualität und Quantität der eigenen Angebote sollten in die Entscheidung einbezogen werden.

Gleiches gilt für die hier zu betrachtenden Telemedienangebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten (vgl. Abbildung 16). Auch deren Auftrag hat sich am Gemeinwohl zu orientieren; seine Entscheidungen dürfen sich nicht ausschließlich am („direkten“) publizistischen Nutzen seiner Angebote ausrichten (in Abbildung 16 dargestellt durch den Pfeil a), sondern haben auch die damit verbundenen Veränderungen des publizistischen Nutzens der Angebote anderer Anbieter zu berücksichtigen (Pfeil b). Dabei sind auch eventuell zu erwartende Rückwirkungen dieser Veränderungen auf den publizistischen Nutzen der eigenen Angebote (Pfeil c) und der Angebote anderer Anbieter (Pfeil d) einzubeziehen.³²⁴

Grundsätzlich sind die Angebote aller „anderen“ Anbieter von Telemedien in eine solche Betrachtung einzubeziehen. Das können sein (vgl. Abbildung 17):

- a) Angebote anderer öffentlich-rechtlicher Anbieter, in Deutschland also die Angebote der Landesrundfunkanstalten der ARD, des ZDF, des DLR und auch der Deutschen Welle,
- b) Angebote anderer nicht-kommerzieller Anbieter, wie z. B. von nicht kommerziell ausgerichteten Privatpersonen, Organisationen des „Dritten Sektors“, Universitäten, Stiftungen und nicht-kommerziellem Bürgerfunk (Lokalradios etc.),
- c) Angebote kommerzieller Anbieter, wie der privaten Rundfunkveranstalter und Verlage, aber auch von Unternehmen des Nicht-Medien-Sektors.

³²⁴ Man könnte diese in Abbildung 16 durch die Pfeile c und d repräsentierten Wirkungen in Anlehnung an die von der Ofcom bei ihren „Market Impact Assessments“ (MIA) als „dynamische Effekte“ bezeichnen. Die durch die Pfeile a und b repräsentierten Wirkungen wären dann „statische Effekte“. Siehe zu dieser Unterscheidung und allgemein zum Verfahren die von der Ofcom für die Public Value Tests des BBC Trust erstellten Market Impact Assessments (MIA) unter www.ofcom.org.uk. Als wichtigste und methodisch anspruchsvollste MIAs wird verwiesen auf BBC new on-demand proposals vom 23. 1. 2006 (http://www.ofcom.org.uk/research/tv/bbcmias/ondemand/bbc_ondemand/bbc_ondemand.pdf) sowie BBC iPlayer Market Impact Assessment: Consumer Survey (http://www.ofcom.org.uk/research/tv/bbcmias/ondemand/bbc_ondemand/bbcplayersurvey/bbcmiasurvey.pdf).

2.2.4.2. Angebote anderer öffentlich-rechtlicher Anbieter

Als „andere Angebote“ sind zum ersten Angebote anderer öffentlich-rechtlicher Anbieter zu berücksichtigen. In § 11f Abs. 4 Satz 3 RStV-E wird auf diese Notwendigkeit hingewiesen, die Wirkungen der Angebote auf bereits vorhandene vergleichbare Angebote „auch des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, zu berücksichtigen.“ Je stärker neue öffentlich-rechtliche Angebote bereits existierende ähnliche oder identische öffentlich-rechtliche Angebote anderer Anstalten substituieren, um so eher wird der durch das neue Angebot gestiftete („direkte“) publizistische Nutzen durch den „indirekte“ entstehenden Verlust publizistischen Nutzens der bestehenden Angebote ausgeglichen. Im Extrem ist der „publizistische Nutzen des neuen öffentlich-rechtlichen Angebotes unter Berücksichtigung damit verbundener Veränderungen des publizistischen Nutzens anderer öffentlich-rechtlicher Angebote“ gleich Null. Selbst bei vergleichsweise geringen Kosten ergibt sich dann ein (auf der nächsten Stufe zu bestimmender) *negativer* Nettonutzen, so dass ein solches Angebot vom Rundfunkrat nicht befürwortet werden könnte.³²⁵

Das Beispiel unterstreicht den oben allgemein dargestellten Befund, dass sich die mit einem neuen öffentlich-rechtlichen Telemedienangebot verbundenen Auswirkungen auf den publizistischen Nutzen anderer Angebote oft nicht über marktliche Auswirkungen bestimmen lassen. In dem hier betrachteten Fall wird dies unmittelbar deutlich, da die öffentlich-rechtlichen Angebote insgesamt nur in einem geringen Umfang – die öffentlich-rechtlichen Telemedienangebote selbst überhaupt nicht – durch marktliche Einnahmen finanziert werden. Die in Abbildung 17 durch das Feld 2.2.1.1. repräsentierten öffentlich-rechtlichen Angebote schlagen quantitativ deshalb kaum zu Buche.

³²⁵ Auf dieses Erfordernis ist bereits für die Programmierung im linearen Rundfunk hingewiesen worden, etwa Meier (2002). Allerdings dürfte die dabei wichtige Frage, wann Angebote vergleichbar sind, für Telemedien noch schwerer zu beantworten sein als für lineare Rundfunkprogramme, bei denen z. B. die Zielgruppen, die Einschaltquoten und auch die Wirkungen von Programmen mit nahezu gleichen Inhalten je nach Sendeplatz und „Audience Flow“ differieren können.

2.2.4.3. Angebote anderer nicht-kommerzieller Anbieter

Als andere Angebote sind des Weiteren Angebote anderer nicht-kommerzieller Anbieter zu berücksichtigen (Feld 2.2.2. in Abbildung 17). Dazu gehören z. B. die Angebote gemeinnütziger Einrichtungen, der Universitäten, in Deutschland auch des sog. „Bürgerfunks“ und „Lokalradios“, und nicht zuletzt von Einzelpersonen, die keine Erwerbsinteressen verfolgen, sondern Telemedien aus intrinsischen (journalistischen, karikativen, künstlerischen etc.) Motiven anbieten.³²⁶

Die Anzahl solcher nicht-kommerzieller Anbieter ist im Zuge der Digitalisierung, der erhöhten Reichweite und Bandbreite des Internets und der gesunkenen Kosten für die Produktion und Verbreitung von Telemedien in den letzten Jahren explosionsartig angestiegen. In diesen Beiträgen findet sich eine Fülle unterschiedlicher Sichtweisen, Ausdrucks- und Gestaltungsformen, die sich zum Teil deutlich sowohl von den Angeboten kommerzieller Anbieter als auch öffentlich-rechtlicher Anbieter unterscheiden. Selbst wenn nur ein – möglicherweise geringer – Teil dieser Angebote deren Professionalität und Qualität erreicht, tragen sie in ihrer Summe erheblich zur freien individuellen und öffentlichen Meinungsbildung bei und stiften insofern einen publizistischen Nutzen. Auch insofern ist es geboten, bei der Bestimmung des Nutzens neuer öffentlich-rechtlicher Telemedien die Auswirkungen auf den publizistischen Nutzen solcher nicht-kommerzieller Angebote zu berücksichtigen. Dabei ist zu beachten, dass diese sich nicht bzw. nur in dem geringen Umfang in marktlichen Auswirkungen niederschlagen, in dem sie sich über den Markt finanzieren. Dieser Anteil (in Abbildung 17 das Feld 2.2.2.1.) ist definitionsgemäß für diese Art von Angeboten nachrangig.

³²⁶ Siehe zu diesen intrinsischen Motiven einer Bereitstellung von Medien allgemein etwa Kops (2007), 14ff. Zur ihrer Bedeutung für Weblogs siehe etwa Neuberger/Nuernbergk/Rischke (2007).

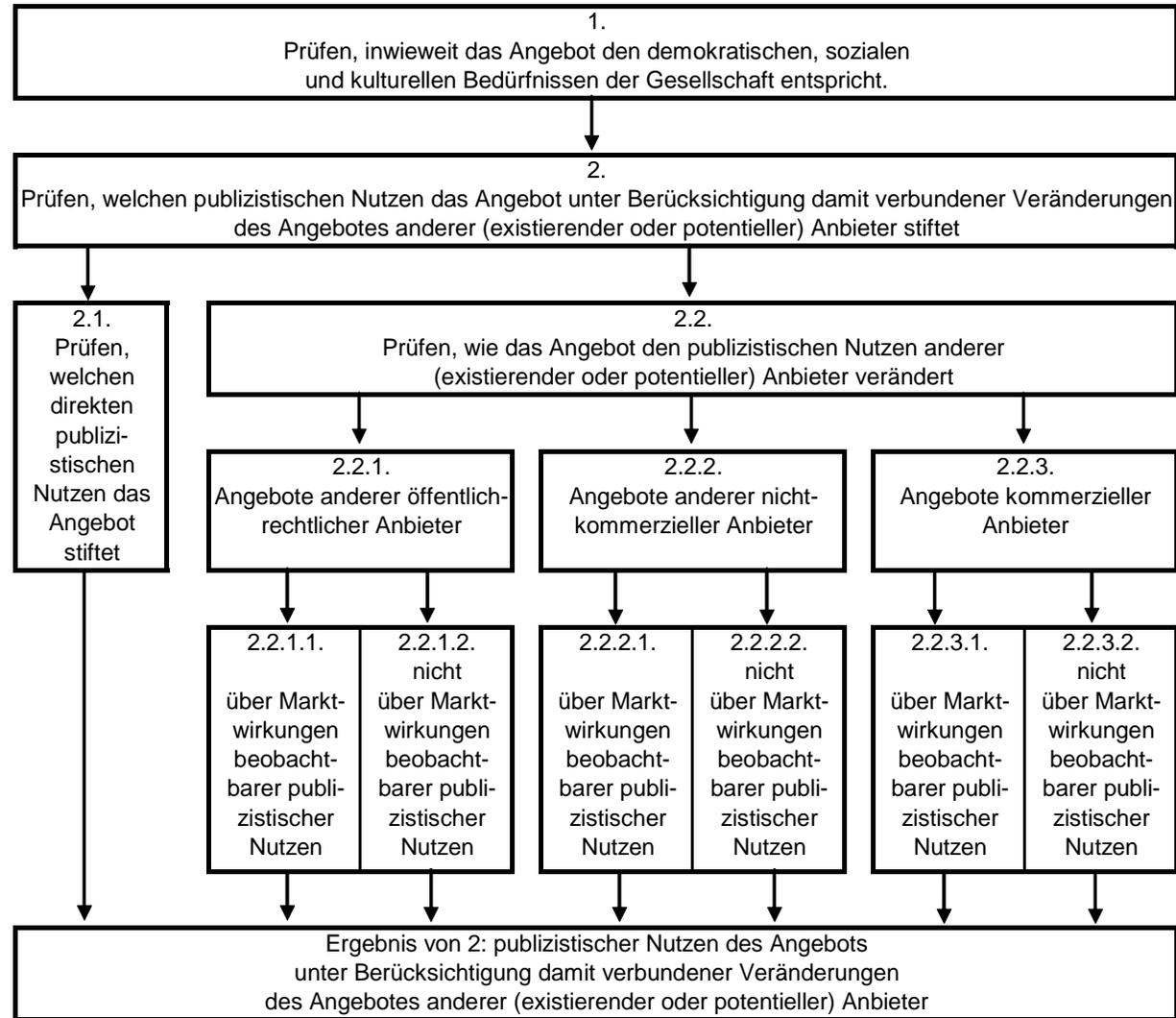


Abbildung 17: Einbeziehung der von eigenen Angeboten ausgehenden, über Marktwirkungen beobachtbaren oder nicht beobachtbaren Veränderungen des publizistischen Nutzens anderer Angebote

2.2.4.4. Angebote kommerzieller Anbieter

Schließlich ist auch für die Angebote kommerzieller Anbieter zu prüfen, wie sich deren publizistischer Nutzen durch ein neues öffentlich-rechtliches Telemedienangebot verändert (Feld 2.2.3. in Abbildung 17). Die medienpolitische Diskussion bezieht sich in erster Linie auf diese Angebote. Sie bilden auch den Ausgangspunkt für die Beschwerde des VPRT in Brüssel sowie für den daraus entstandenen Beihilfekompromiss, zu dessen Umsetzung unter anderem auch der Drei-Stufen-Test beitragen soll.³²⁷ Auch die in § 11f Abs. 4 Satz 3 RStV-E angesprochenen „*marktlichen Auswirkungen*“ des geplanten Angebotes beziehen sich, obwohl auch dies im Gesetzestext nicht eindeutig zum Ausdruck kommt, ausschließlich oder in allererster Linie auf die Angebote kommerzieller Anbieter.

Als solche sind vor allem die Telemedienangebote kommerzieller Fernsehveranstalter, von Zeitungs- und Zeitschriftenverlegern und von anderen privaten Unternehmen der Medienbranche (etwa der Filmwirtschaft) zu berücksichtigen, aber auch anderer Branchen, die mit ihren Telemedienangeboten – wenn auch möglicherweise nur in geringerem Umfang – zur freien individuellen und öffentlichen Meinungsbildung beitragen.³²⁸ Zu beachten ist dabei, dass sich die Geschäftsziele und -modelle dieser Anbieter und mithin auch der publizistische Nutzen ihrer Angebote erheblich unterscheiden.³²⁹ Es ist Aufgabe eines die marktlichen Auswirkungen untersuchenden Gutachters, diese kommerziellen Angebote zu identifizieren.

Natürgemäß ist der Anteil, zu dem sich kommerzielle Anbieter über den Markt finanzieren, im Vergleich zu demjenigen öffentlich-rechtlicher Anbieter

und sonstiger nicht-kommerzieller Anbieter wesentlich höher. So wie Markteinkommen bei Letzteren die Ausnahme bilden, sind sie bei kommerziellen Anbietern die Regel. In Abbildung 17 kommt dem Feld 2.2.3.1. im Vergleich zum Feld 2.2.3.2. deshalb eine wesentlich größere Bedeutung zu, wenngleich auch kommerzielle Anbieter einen zunehmenden Anteil ihrer Angebote (Stichwort User Generated Content) nicht über den Markt beschaffen und insofern auch die Veränderungen des publizistischen Nutzens dieser nicht-marktlichen Bestandteile ihrer Angebote nicht oder zumindest nicht ausschließlich aus Marktwirkungen abgeleitet werden können. Hinzu kommt, dass selbst für die am Markt finanzierten kommerziellen Angebote die Marktwirkungen infolge der oben beschriebenen Mängel medialer Märkte allenfalls grobe Rückschlüsse auf den dadurch gestifteten publizistischen Nutzen erlauben. Folglich sagen auch die mit einem neuen öffentlich-rechtlichen Telemedienangebot verbundenen marktlichen Auswirkungen nur wenig über die damit verbundenen Veränderungen des publizistischen Nutzens anderer Anbieter aus. Das gilt vor allem für werbefinanzierte Angebote, aber – etwa hinsichtlich ihrer verteilungspolitischen Wirkungen – auch und gerade für entgeltfinanzierte Angebote.

2.2.4.5. „Frei zugängliche“ Angebote

Die in § 11f Abs. 4 Satz 3 RStV-E enthaltenen Bestimmungen haben wir bisher darauf hin erörtert, welche „vergleichbaren Angebote“ in die Betrachtung einzubeziehen sind. Berücksichtigt wurde dabei noch nicht, dass diese Betrachtung auf die Quantität und Qualität der vorhandenen „*frei zugänglichen Angebote*“ bezogen wird.

Im RStV-E bleibt allerdings offen, welche Angebote „frei zugänglich“ sind. Nach dem Wortlaut könnte man vermuten, dass es sich dabei um für den Nutzer kostenlose Angebote handelt, etwa um aus Werbung, Sponsoring oder Transaktionsgeschäften finanzierte kommerzielle Angebote oder um kostenfreie Angebote des „Dritten Sektors“. Eine solche Auslegung würde aber dem Zweck des Drei-Stufen-Tests widersprechen, der ja auch und gerade die Marktchancen entgeltfinanzierter vergleichbarer Angebote schützt.

³²⁷ Siehe oben, A.1.2.

³²⁸ Eine ausführliche Beschreibung der unterschiedlichen Arten kommerzieller Medienangebote und ihrer Marktwirkungen findet sich bei Holznagel/Dörr/Hildebrand (2008), 11ff.

³²⁹ Das gilt vor allem im Vergleich zwischen den verschiedenen Anbietergruppen, es gilt aber auch innerhalb der einzelnen Anbietergruppen. Unter dem Stichwort „Qualitätspresse versus Boulevardpresse“ werden diese Unterschiede mit Bezug auf die Presse-Angebote der Verleger seit langem diskutiert; diese Diskussion wird mittlerweile auch für deren Telemedienangebote geführt.

zen soll. Deshalb dürften darunter sowohl unentgeltliche als auch entgeltliche Angebote zu verstehen sein, sofern deren Zugänglichkeit nicht von der Zugehörigkeit zu bestimmten Gruppierungen, etwa bestimmten Berufsgruppen oder zu beantragenden Mitgliedschaften, abhängt.

Dass die freie Zugänglichkeit bereits dann fehlt, wenn die Nutzung eines Telemedienangebotes eine Anmeldung oder Registrierung erfordert, z. B. für Internet-Foren oder Chat-Rooms, dürfte ebenfalls zu verneinen sein, solange sich eine solche Mitteilung auf einige wenige Informationen (Name, Email-Adresse, Alter, Wohnort u. ä.) beschränkt. Dagegen könnte man sie bejahen, sobald solche Angaben nur mit größerem Aufwand beigebracht werden können (Bescheinigungen, Zeugnisse etc.), möglicherweise dann auch nicht mehr online, sondern auf dem Postweg oder gar durch persönliche Gespräche.

Das verdeutlicht, dass es sich beim Kriterium der freien Zugänglichkeit von Angeboten nicht um eine klar abgrenzbare, sondern im Einzelfall auszuwegende Bewertung handelt. Sie dürfte auch nicht lediglich abhängen von der Höhe des für die Nutzung geforderten Entgelts oder dem vorab erforderlichen Anmeldungs- oder Registrierungsaufwand, sondern von vielen anderen Faktoren, wie z. B. dem Grad der erforderlichen technischen Ausstattung, den für die Nutzung benötigten Kenntnissen der Bedieneroberflächen und der Beherrschung gruppenspezifischer Kommunikationstechniken.

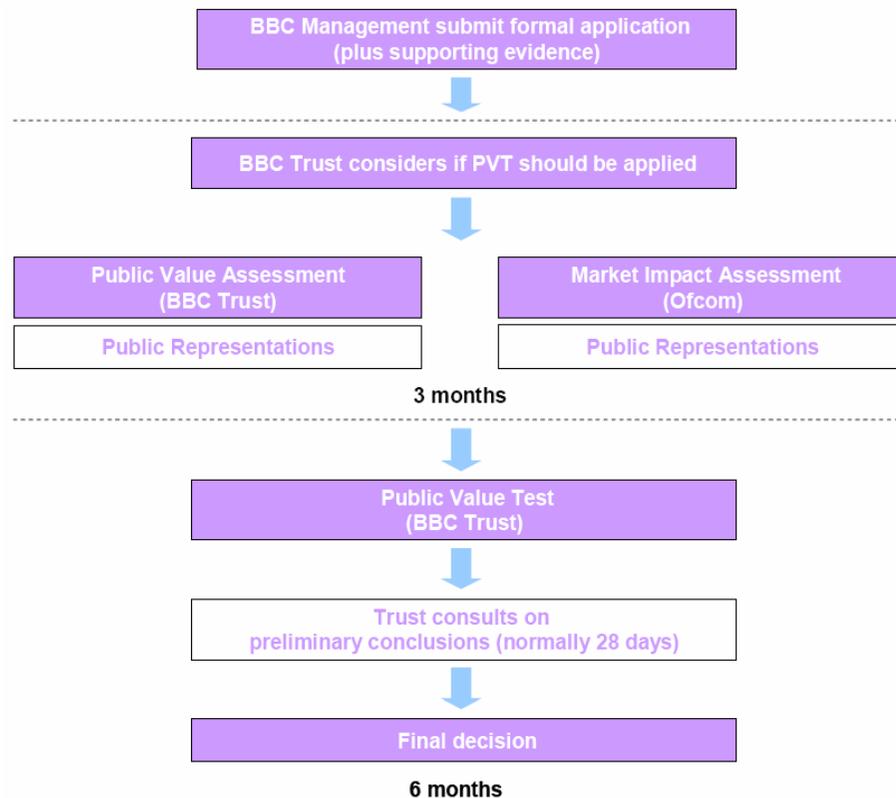
Da mit abnehmendem Grad der freien Zugänglichkeit auch der Beitrag eines Angebotes zur freien Meinungsbildung sukzessive sinkt, dürfte es andererseits gerechtfertigt und geboten sein, die Wirkungen des geplanten Angebotes auf andere Angebote zu vernachlässigen, bei denen die freie Zugänglichkeit einen – vom Gesetzgeber nicht genau bestimmten – Schwellenwert überschritten hat. Es dürfte Aufgabe des mit der Untersuchung der marktlichen Auswirkungen eines Angebotes beauftragten Gutachters sein, den Kreis der „frei zugänglichen“ Angebote anhand dafür geeigneter Kriterien zu bestimmen. Es ist aber auch Aufgabe des Rundfunkrates, diese Entscheidungen des Gutachters zu überprüfen und gegebenenfalls zu korrigieren.

2.2.4.6. Das von der Ofcom entwickelte „Market Impact Assessment“ als Vorbild?

Wie schon in Abbildung 16 angedeutet, ist bei der Beurteilung der von einem neuen Angebot ausgehenden Auswirkungen auf den publizistischen Nutzen anderer Anbieter eine Vielzahl „statischer“ und „dynamischer“ Effekte zu berücksichtigen. Das zeigt sich etwa in den unterschiedlichen Erwartungen, die mit der Zulassung kommerzieller Rundfunkveranstalter in Deutschland verbunden wurden (Stichworte: Konvergenz, „Race to the Top“, „Race to the Bottom“). Diese Fragen stellen sich auch und vielleicht verstärkt für die Wechselwirkungen zwischen öffentlich-rechtlichen und kommerziellen Telemedienangeboten, zumal die kommerziellen Angebote ganz unterschiedliche Zielsetzungen und Geschäftsmodelle verfolgen.

Um diese Effekte mit der erforderlichen Genauigkeit zu erfassen, bedarf es einer aufwändigen Methodik. Diese ist für den deutschen Drei-Stufen-Test erst noch zu entwickeln. Auch hierbei ist, wie für viele Fragen, die dieser Test aufwirft, „Learning By Doing“ nötig. Allerdings empfiehlt es sich auch, auf Erfahrungen und bereits entwickelte Instrumente anderer Länder zurückzugreifen. Hierbei ist vor allem der seit 2007 in Großbritannien angewandte „Public Value Test“ zu berücksichtigen, den der BBC Trust für vom BBC Management geplante Angebote vornimmt. Mit diesem Test stellt der Trust das von ihm selbst vorgenommene sog. „Public Value Assessment“ dem von der Britischen Regulierungsbehörde Ofcom erstellten sog. „Market Impact Assessment“ gegenüber. Abbildung 18 beschreibt die Hauptbestandteile dieses Verfahrens.³³⁰

³³⁰ Für eine ausführliche Beschreibung des Verfahrens siehe BBC 2008. Die Ergebnisse für die anhand dieses Verfahrens vom Trust bisher geprüften Angebote finden sich unter http://www.bbc.co.uk/bbctrust/framework/public_value_test/decisions.html.



Quelle: BBC 2007, 5

Abbildung 18: Verfahren des Public Value Tests

An dieser Stelle kann die Frage, inwieweit das Verfahren des Public Value Tests mit dem deutschen Drei-Stufen-Test vergleichbar ist, nicht vertieft werden.³³¹ Betrachtet man den Drei-Stufen-Test als Nutzen-Kosten-Abwägung, so verfolgt er zumindest auf einer abstrakten Ebene die gleiche Zielsetzung wie der Public Value Test in Großbritannien. Allerdings gilt dies

³³¹ Siehe hierzu ausführlich Meyer (2008), ders. (2008a).

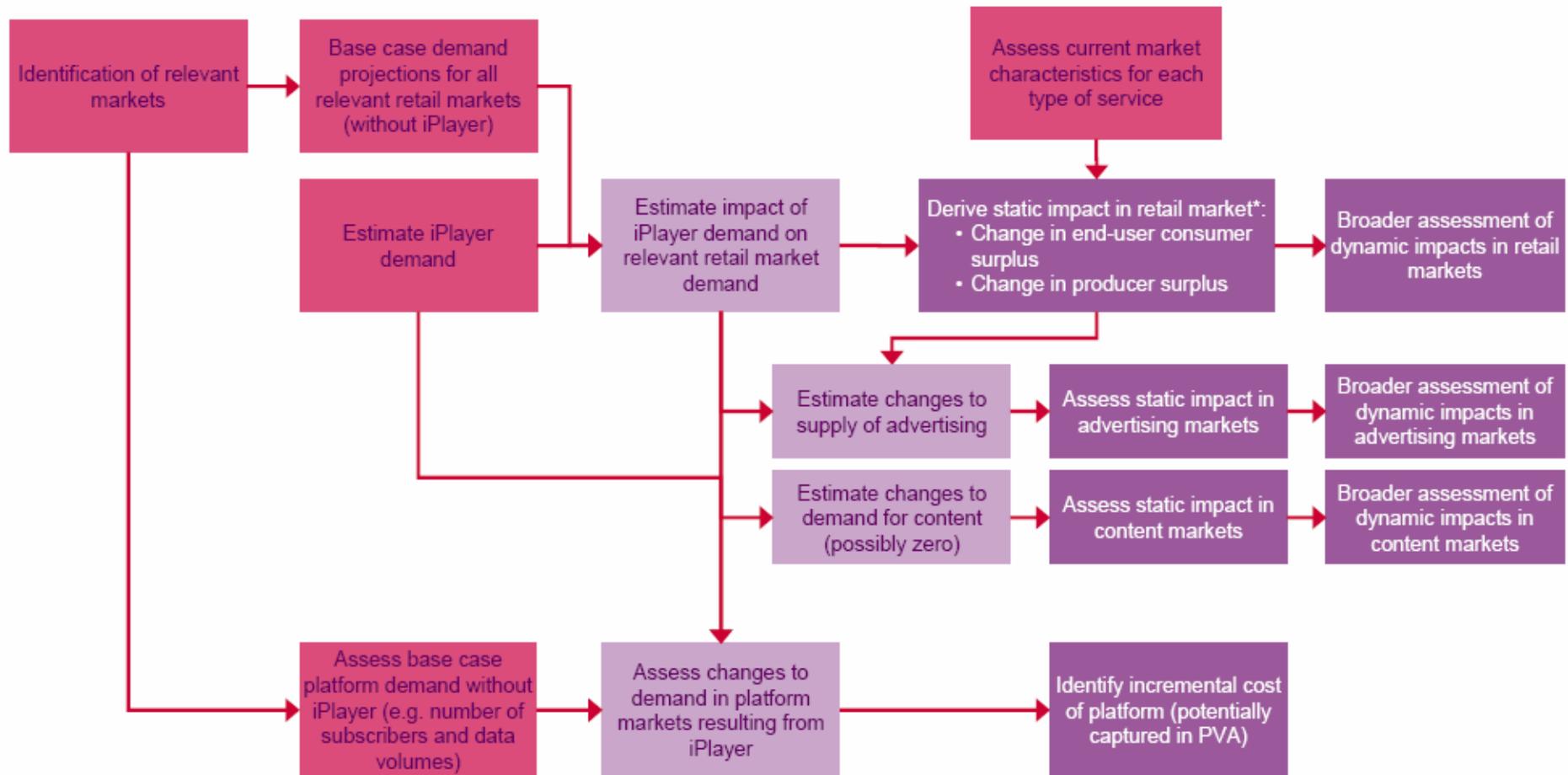
nicht für die einzelnen Elemente bzw. Stufen beider Verfahren. So entspricht das vom BBC Trust vorgenommene Public Value Assessment *nicht* der im Drei-Stufen-Test auf den beiden ersten Stufen vorzunehmenden Nutzenbestimmung, und das von der Ofcom vorgenommene Market Impact Assessment entspricht *nicht* der im Drei-Stufen-Test auf der dritten Stufe vorzunehmenden Kostenbestimmung. Vielmehr enthält das Market Impact Assessment sowohl Elemente, mit denen die positiven Auswirkungen (Nutzen) als auch die negativen Auswirkungen (Kosten) der betrachteten Angebote zu bestimmen versucht werden. Diese erweitert der BBC Trust dann um andere Formen von Nutzen und Kosten, die durch marktliche Auswirkungen nicht erkennbar sind. Er führt dann beide Formen von Nutzen und Kosten im eigentlichen Public Value Test zusammen, und bei dieser Stufe handelt es sich dann ebenso um eine Nutzen-Kosten-Abwägung, wie sie im Drei-Stufen-Test auch vom Rundfunkrat vorgenommen werden muss.³³²

Die von der Ofcom für das Market Impact Assessment verwendete Methode ist äußerst komplex. Auch sie kann im vorliegenden Gutachten nicht im Einzelnen dargestellt werden, zumal sie sich für die verschiedenen Angebote, die der BBC Trust dem Public Value Test unterzogen hat, unterscheidet. Abbildung 19 beschreibt die Methode exemplarisch für den sog. iplayer, der 2007 als Bestandteil eines Bündels von On-Demand-Angeboten den Public Value Test (erfolgreich) durchlaufen hat:³³³ Ausgehend von der Abgrenzung relevanter Märkte und der Bestimmung der Nachfrage mit und ohne geplantem iplayer hat diese Methode für unterschiedliche (retail, advertising und content) Märkte „statische“ und „dynamische“ Wirkungen zu bestimmen versucht.³³⁴

³³² Bei der oben von uns oben (A.2.1.) vorgenommenen ökonomischen Systematisierung des Drei-Stufen-Tests auf der dritten Stufe, bei der rundfunkrechtlichen Systematisierung auf der – im RÄndStV nicht explizit erwähnten – vierten Stufe). Vgl. dazu auch die unten (Abbildung 21 in Abschnitt A.2.4.) zusammenfassende Systematik des Drei-Stufen-Tests.

³³³ Zum Verfahren und zu den Ergebnissen vgl. http://www.bbc.co.uk/bbctrust/consult/closed_consultations/ondemand.html

³³⁴ ebenda



**Distinguishing between different commercial models (advertising funded; pay per view; subscription, etc).*

Quelle: http://www.ofcom.org.uk/research/tv/bbcmias/ondemand/bbc_ondemand/bbc_ondemand.pdf, 24

Abbildung 19: Methodik für das „Market Impact Assessment“ der Ofcom, am Beispiel des „iPlayers“

Ohne auf die Methodik hier im Detail einzugehen, wird deutlich, dass die Ofcom mit ihren Market Impact Assessments versucht, über die Modellierung von Wirkungszusammenhängen die in Marktergebnissen selbst nicht erkennbaren Veränderungen des publizistischen Nutzens eines Angebots (hier: des Iplayers) und vorhandener vergleichbarer Angebote anderer Anbieter zu erfassen. Sie bedient sich dazu eines Instrumentenmix, der neben Marktdaten z. B. auch Umfragedaten und Experten-Hearings umfasst.³³⁵ Das bestätigt die bereits mehrfach betonte Notwendigkeit, dem nach § 11f Abs. 4 RStV-E obligatorisch einzuholenden Gutachten zu den marktlichen Auswirkungen eines geplanten Angebotes einen weiten Auftragsbegriff zugrunde zu legen, der auch die über Marktergebnisse nicht erkennbaren Veränderungen des publizistischen Nutzens erfasst.

2.2.4.7. Saldierung der von einem neuen Angebot ausgehenden „direkten“ und „indirekten“ Veränderungen des publizistischen Nutzens

Eine abschließende Teilaufgabe der Nutzenbestimmung besteht darin, den vom geplanten Angebot erwarteten „direkten“ publizistischen Nutzen (Zelle 2.1. in Abbildung 17) und die von ihm erwarteten Veränderungen des publizistischen Nutzens anderer Anbieter (Feld 2.2) zu saldieren (Zelle 2.3.). Aufgrund der Vielzahl der dabei zu berücksichtigenden Faktoren, der Heterogenität der Bewertungsmaßstäbe des publizistischen Nutzens, aber auch wegen des Prognosecharakters dieser Nutzenbestimmung, handelt es dabei um eine äußerst komplizierte und mit großen Unsicherheiten behaftete Form der Nutzenbestimmung.³³⁶ In einem noch stärkerem Umfang, als dies oben bereits für die Abschätzung des direkten publizistischen Nutzens eines ge-

³³⁵ ebenda

³³⁶ Das gilt vor allem für die mit einem neuen öffentlich-rechtlichen Telemedienangebot verbundenen Wirkungen für noch gar nicht existente („potentielle“) Anbieter. Diese Wirkungen spielen z. B. bei kartellrechtlichen Auseinandersetzungen eine Rolle, bei denen ein marktbeherrschender Anbieter den Marktzugang anderer Anbieter verhindert. -- Auf der anderen Seite unterscheidet sie sich darin nicht von den Schwierigkeiten, vor die sich auch andere Aufgabenträger gestellt sehen. Siehe hierzu etwa Breuer (2001).

planten Telemedienangebots betont wurde, besitzt der Rundfunkrat deshalb auch bei der Abschätzung der damit verbundenen Veränderungen des publizistischen Nutzens anderer Angebote und bei der Saldierung dieser Wirkungen einen großen Beurteilungsspielraum.

Abbildung 20 zeigt beispielhaft eine von Holznagel/Dörr/Hildebrand (2008), 319f., vorgelegte Synopse, die die Möglichkeiten und Grenzen einer solchen Saldierung illustriert. Dort werden die ökonomischen Effekte abgeschätzt, die für zwei Optionen zu erwarten sind:

- Option 1: „Öffentlich-rechtliche Fernsehanbieter werden zu Multimediaunternehmen: sie bieten zunehmend neue und veränderte digitale Angebote Online an“,
- Option 2: „Öffentlich-rechtliche Fernsehanbieter dehnen ihr Angebot nicht weiter aus“.

Damit wird hier zwar ein pauschales „Angebot“ betrachtet, das wesentlich weiter ist als dasjenige, das einem Drei-Stufen-Test zu unterziehen wäre,³³⁷ man kann die Vorgehensweise aber auf engere oder auch bereits dem Drei-Stufen-Test unterworfenen neue Angebote anwenden, etwa die Telemedienangebote KiKa-plus und KiKaninchen des Kinderkanals.³³⁸

Als Marktteilnehmer beziehen Holznagel/Dörr/Hildebrand (2008) in die Betrachtung ein: „öffentlich-rechtliche Fernsehanbieter“, „private Free TV-Anbieter“, „private Pay TV-Anbieter“, „elektronische Presse“, „Telekommunikationsnetzbetreiber“, „Kabelnetzbetreiber“, „Satellitenbetreiber“ und „Nutzer“. Für jede dieser Gruppen werden die „ökonomischen Effekte“ der beiden Optionen ordinal bewertet, als „sehr positiv“, „positiv“, „neutral“, „negativ“ oder „sehr negativ“.

³³⁷ Vgl. unten, B.1.1.1.

³³⁸ Siehe unten, Fn. 539.

DIE ÖFFENTLICH-RECHTLICHE SENDER VERÄNDERN IHR ANGEBOT		
	Option 1: Öffentlich-rechtliche Fernseh-anbieter werden zu Multi-media-unternehmen: sie bieten zunehmend neue und veränderte digitale Angebote Online an.	Option 2: Öffentlich-rechtliche Fernseh-anbieter dehnen ihr Angebot nicht weiter aus.
MARKT-TEILNEHMER	ÖKONOMISCHE EFFEKTE	
Öffentlich-rechtliche Fernseh-anbieter	+/+ : Die öffentlich-rechtlichen Anbieter passen sich an das veränderte Nutzerverhalten der Fernsehzuschauer an und können ihrem Funktionsauftrag – das Marktversagen zu heilen – umfassend gerecht werden. Sie passen ihr Angebot an die Entwicklungen an.	-/- : Die öffentlich-rechtlichen Anbieter verharren auf ihren Positionen und stehen der Dynamik der Märkte tatenlos gegenüber. Dies führt auch zu negativen Implikationen für das bestehende Angebot. Innovation und Qualität sinken ab.
Private Free TV- Anbieter	-/- : Der Wettbewerb um die Zuschaueraufmerksamkeit wird intensiviert. Die privaten Free TV-Anbieter sind gefordert, innovativer und dynamischer zu sein. Dies gilt im Fernsehen und bei den Online-Angeboten.	+ : Die privaten Free TV- Anbieter können davon profitieren, dass der publizistische Wettbewerb um die Zuschaueraufmerksamkeit reduziert wird.
Private Pay TV- Anbieter	-/- : Die Erlösmöglichkeiten der privaten Pay TV-Anbieter nehmen ab, da die Qualität der Free TV-Angebote insgesamt zunimmt.	+ : Die Erlösmöglichkeiten der privaten Pay TV-Anbieter nehmen zu, da Nutzer auf der Suche nach ansprechenden Angeboten sind.
Elektronische Presse	-/- : Die Presse sieht sich in ihrem qualitätsorientierten Gebiet im Online-Bereich einem weiteren sehr starken Player gegenüber. Die Exploitation von neuen Geschäftsmodellen wird deutlich erschwert.	+/+ : Die Presse kann vor allem im Online-Bereich ihre Unique Selling Position (USP) einsetzen.

Abbildung 20: Folgen einer Ausweitung (Option 1) oder Nicht-Ausweitung (Option 2) öffentlich-rechtlicher Telemedienangebote

Telekommunikations-netzbetreiber	+ : Die neuen Angebote der öffentlich-rechtlichen Anbieter bewirken, dass Nutzer vermehrt Online-Angebote nutzen wollen. Die Nachfrage nach Breitbandinternetzugängen nimmt zu. Umsätze nehmen ebenfalls zu. Neue Geschäftsfelder in der Inhalteverbreitung eröffnen sich.	- : Das Nichttätigwerden einer solch großen Sendergruppe führt zu einer Verlangsamung der Innovationsgeschwindigkeit im Breitband. Umsätze nehmen langsamer zu.
Kabelnetz-betreiber	+ : Eine Zunahme an Inhalten erhöht die Attraktivität der zu übertragenden Angebote. Die Nachfrage nach digitalen Kabelanschlüssen steigt. Die Umsätze nehmen zu. Neue Geschäftsfelder in der Inhalteverbreitung eröffnen sich.	- : Das Nichttätigwerden einer solch großen Sendergruppe führt zu einer Verlangsamung der Innovationsgeschwindigkeit im Breitband. Umsätze nehmen langsamer zu.
Satelliten-betreiber	0 : Eine Zunahme an Inhalten erhöht die Attraktivität der zu übertragenden Angebote. Der Satellit kann davon profitieren. Die Umsätze nehmen zu. Problematisch ist bei einer Zunahme der interaktiven Online-Angebote die Rückkanalfähigkeit.	+ : Das Nichttätigwerden einer solch großen Sendergruppe führt zu einer Verlangsamung der Innovationsgeschwindigkeit im Breitband. Dies ist aus Sicht des Satelliten nicht wirklich negativ.
Nutzer	+ : Die neuen Online-Angebote schaffen öffentlichen Mehrwert/Public Value. Die Dynamik im Mediensektor nimmt zu. Eine mögliche Gefahr ist, dass private Angebote eingestellt werden müssen. Dies würde eine Vielfaltreduktion bedeuten. Ein weiterer möglicher Effekt kann eine Erhöhung der Rundfunk-gebühr sein. Digitalisierung und Breitbandpenetration erhöhen sich. Dies ist für alle Nutzer von Vorteil. Die Konsumentenrente erhöht sich.	- : Nutzer bezahlen Rundfunkgebühren, um dem Marktversagen im Rundfunk entgegenzuwirken. Ändert sich das Nutzerverhalten dahingehend, dass mehr Online-Angebote nachgefragt werden, erwarten die Nutzer auch in der Online-Welt ein präferenzgerechtes Angebot, das öffentlichen Mehrwert/ Public Value bietet. Ist dies nicht der Fall, kann es zu einer Verlangsamung der Konvergenzprozesse kommen. Die Konsumentenwohlfahrt nimmt ab.

Lesebeispiel: +/+ Sehr positiv, + positiv, 0 neutral, - negativ, -- sehr negativ

Quelle: Holznagel/Dörr/Hildebrand (2008), 419f.

Nicht deutlich wird, auf welche Arten ökonomischer Effekte sich die Bewertung stützt.³³⁹ Nicht möglich ist es auch, auf der Grundlage der ordinalen Bewertung der sich für die einzelnen Marktteilnehmer ergebenden „ökonomischen Effekte“ eine Saldierung der Gesamtwirkungen vorzunehmen, wie sie bei einer Interpretation des Drei-Stufen-Tests als Nutzen-Kosten-Abwägung erforderlich ist. Das bestätigt die bereits erwähnten konzeptionellen und empirischen Probleme bei der Umsetzung des Drei-Stufen-Tests, die dazu führen, dass die vom Rundfunkrat vorgenommenen Abwägungsentscheidungen nicht die aus der modelltheoretischen Herleitung zu vermutende Exaktheit und Überprüfbarkeit aufweisen werden. Es zeigt andererseits, dass man es mit einer Gegenüberstellung ordinaler Einschätzungen anhand eines eklektizistischen Kriterienkatalogs nicht bewenden lassen sollte. Auch hier muss man mit der Durchführung der ersten Drei-Stufen-Tests im Zuge des „Learning by Doing“ wohl weiter kommen.

2.3. Die Bestimmung der Kosten öffentlich-rechtlicher Telemedienangebote

Auf der dritten Stufe des Drei-Stufen-Tests ist der finanzielle Aufwand für das geplante Angebot darzulegen. Das Gesetz gibt nicht eindeutig vor, ob dies eine reine Feststellung der Kosten (oder auch nur die Plausibilitätsprüfung der Kostenschätzung der Intendanz) durch den Rundfunkrat, oder aber eine Verhältnismäßigkeitsprüfung in dem Sinn bedeutet, dass der finanzielle Aufwand in einem angemessenen Verhältnis zum öffentlichen Nutzen stehen

³³⁹ So werden (ebenda) die für private Free TV-Anbieter angenommenen negativen ökonomischen Effekte z. B. damit begründet, dass „der Wettbewerb um die Zuschaueraufmerksamkeit ... intensiviert (wird) und die privaten Free TV-Anbieter ... gefordert (sind), innovativer und dynamischer zu sein.“ Die für die privaten Pay-TV-Anbieter vermuteten sehr negativen Effekte werden damit begründet, dass „die Erlösmöglichkeiten der privaten Pay TV-Anbieter (ab-)nehmen ..., da die Qualität der Free TV-Angebote insgesamt zunimmt.“ Und die für die elektronische Presse angenommenen, ebenfalls sehr negativen Effekte werden damit begründet, dass diese sich „in ihrem qualitätsorientierten Gebiet im Online-Bereich einem weiteren sehr starken Player gegenüber“ sieht und die „Exploitation von neuen Geschäftsmodellen ... deutlich erschwert“ wird.

muss.³⁴⁰ Die Amtliche Begründung lässt dies ebenfalls offen und führt aus: *„Drittens ist der finanzielle Aufwand für das Angebot festzustellen. Die Gremien tragen ganz wesentlich die Verantwortung für einen effektiven, auftragskonformen Mitteleinsatz.“*³⁴¹

Die dritte Stufe dient damit nach dem reinen Wortlaut der Gesetzesformulierung zunächst der Schaffung von Transparenz über die Kosten des geplanten Angebots. Dies scheint auch in erster Linie die Vorgabe aus den Selbstverpflichtungen gegenüber der Europäischen Kommission zu sein. So hat die Kommission im Einstellungsschreiben zum Beihilfverfahren gegen die Bundesrepublik vorgegeben, dass im Drei-Stufen-Test festzustellen ist, dass der *Aufwand für die Erbringung des Angebots vorgesehen ist.*³⁴² Demnach dient die dritte Stufe der Prüfung vor allem dazu, die Kosten des geplanten Angebots hinreichend konkret darzulegen.

Andererseits gibt es für die Ermittlung und Feststellung der Kosten auch andere Mechanismen, insbesondere das KEF-Verfahren, die nicht durch das Verfahren beim Rundfunkrat ersetzt, sondern vielmehr ergänzt werden.³⁴³ Zudem hat der Rundfunkrat bei seiner Prüfung auch allgemeine verfassungs- und verwaltungsrechtliche Prinzipien wie z. B. den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu berücksichtigen. Insbesondere in Verbindung mit dem ebenfalls für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk geltenden Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit bleibt es dem Rundfunkrat daher unbenommen, möglicherweise auch gewisse Grenzen der noch auftragsgemäßen Kosten eines Angebots festzustellen. So könnte er den Auftragsbezug eines Angebots in der Gesamtwertung verneinen, wenn er den Beitrag eines Angebots zum publizistischen Wettbewerb als gering und die Kosten dieses Angebots demgegenüber als unverhältnismäßig hoch einschätzen würde.

³⁴⁰ So Dörr (2008), II 2.b.

³⁴¹ Amtliche Begründung zu § 11f Abs. 4 RStV-E, 4. Absatz

³⁴² Vgl. Einstellungsschreiben Rz. 331.

³⁴³ § 11f Abs. 2 RStV-E sieht zudem vor, dass die Beschreibung aller Telemedien eine Nachprüfung des Finanzbedarfs durch die KEF ermöglichen muss. – Die Häuser erarbeiten zur Zeit in Abstimmung mit der KEF Regelungen, um diese Vorgaben zu erfüllen.

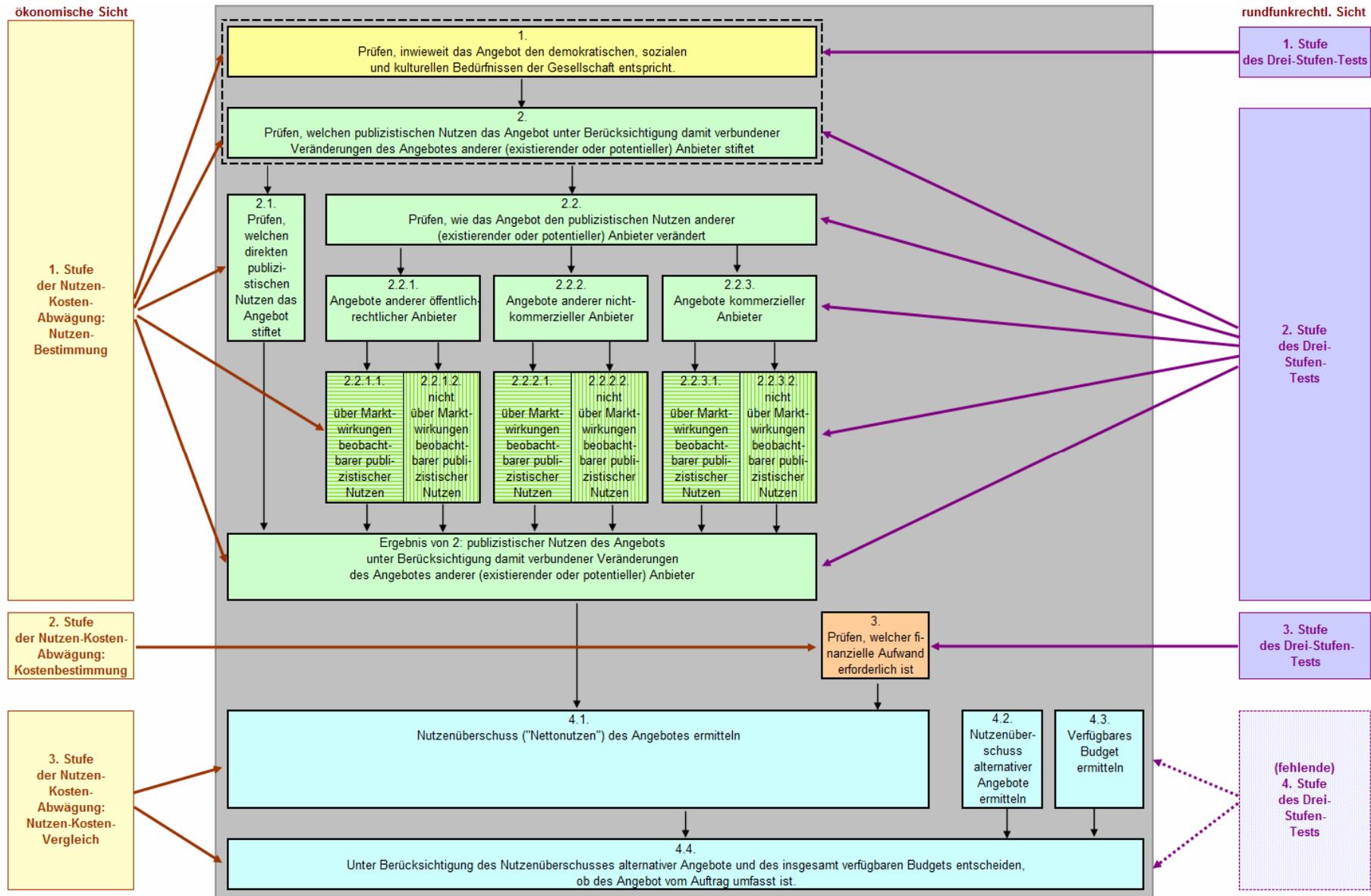


Abbildung 21: Der Drei-Stufen-Test als Nutzen-Kosten-Abwägung

Unsere Interpretation des Drei-Stufen-Tests als Nutzen-Kosten-Abwägung³⁴⁴ hat außerdem bereits verdeutlicht, dass die Ermittlung des finanziellen Aufwands des geplanten Angebotes aus ökonomischer Sicht in erster Linie dazu dient, zu entscheiden, ob dieser Aufwand („Finanzbedarf“) sich im Verhältnis zum publizistischen Nutzen des Angebotes rechtfertigt. Das hätte durch eine klarere Formulierung im Gesetzestext selbst deutlich gemacht werden können, etwa indem man dort nicht von der Notwendigkeit gesprochen hätte, den finanziellen Aufwand für das Angebot zu „ermitteln“, sondern ihn gegen den auf vorgelagerten Stufen zu prüfenden Nutzen der Angebote „abzuwägen“.

Um diesen Zweck erfüllen zu können, müssen die Kosten des geplanten Telemedienangebotes dem Rundfunkrat detailliert dargelegt werden. Wegen der grundsätzlich möglichen Teilgenehmigung von Angeboten muss der Rundfunkrat dadurch auch die bei einer solchen Teilgenehmigung anfallenden Kosten erkennen können. Das bedeutet zum Beispiel, dass in der Angebotsbeschreibung zwischen Kosten unterschieden wird, die unabhängig von den einzelnen Bestandteilen des Angebotes, sozusagen als fixe Kosten, anfallen, und solchen Kosten, die davon abhängen, welche Bestandteile des Angebotes letztlich vom Rundfunkrat als vom Auftrag umfasst beurteilt werden (z. B. eindeutig zurechenbare variable Herstellungs- und Rechtekosten).

Dabei sind die – auch bisher bereits bei der Bedarfsanmeldung gegenüber der KEF geltenden – Anforderungen zu beachten.³⁴⁵ Eine grobe Beschreibung der Kosten, wie sie z. B. der MDR für die geplanten Telemedienangebote des Ki.Ka vorgenommen hat, dürfte nicht ausreichen. Die daran auch von Dritten geübte Kritik³⁴⁶ zeigt im Übrigen, dass nach den Bestimmungen des Drei-Stufen-Tests nicht nur der Rundfunkrat in die Lage versetzt werden muss, die Angemessenheit der für das geplante Angebot erforderlichen Aus-

gaben zu beurteilen, sondern auch Dritte, denen das Verfahren die Möglichkeit bietet, ihre Ansichten gegebenenfalls dem Rundfunkrat oder auch dem Gutachter zu übermitteln.³⁴⁷

Hingegen ist es nicht Aufgabe des Rundfunkrates – noch des obligatorischen Gutachters – die von der Intendanz vorgelegte Berechnung der für die Erbringung des Angebotes erforderlichen Finanzmittel im Detail zu überprüfen. Hier bleibt es grundsätzlich bei der bisherigen Aufgabenteilung zwischen der Geschäftsführung der Anstalten einerseits und dem Verwaltungsrat der Anstalten und der KEF, auch der Rechnungshöfe, andererseits.³⁴⁸ Allerdings stellen sich bei der praktischen Umsetzung dieser Vorgaben im Drei-Stufen-Test im Detail noch verschiedene Fragen, die in Absprache zwischen den Beteiligten vor Einleitung der ersten obligatorischen Drei-Stufen-Test-Verfahren geklärt werden sollten, eventuell aber auch erst bei deren Durchführung erkennbar werden.

2.4. Der Nettonutzen neuer öffentlich-rechtlicher Telemedienangebote

Nachdem der (publizistische) Nutzen eines geplanten Angebotes und der für seine Erbringung erforderliche Finanzbedarf bestimmt worden sind, sind beide Größen gegeneinander abzuwägen. Dies ist die dritte Stufe der in der linken Leiste von Abbildung 21 beschriebenen Nutzen-Kosten-Abwägung; und es ist ein Arbeitsschritt, der im Drei-Stufen-Test (rechte Leiste in Abbildung 21) nicht explizit genannt ist, dort (als dann vierte Stufe) aber implizit erwartet wird.

Dabei unterteilt sich auch diese Stufe in mehrere Schritte (vgl. den mittleren Teil von Abbildung 21, dort die Felder 4.1. – 4.4.). In einem ersten Teilschritt (4.1.) ist der Nutzenüberschuss oder „Nettonutzen“ des geplanten Angebotes zu bestimmen, indem der zuvor ermittelte (Brutto-)Nutzen mit dem ebenfalls bestimmten Finanzbedarf saldiert wird. Da sowohl die Messung des

³⁴⁴ Vgl. A.2.1.

³⁴⁵ Vgl. Goerlich (2008), m. w. N.

³⁴⁶ Vgl. etwa die Stellungnahmen der ProSiebenSat.1 Media AG vom 14.1.2009, 3f., oder des BDZV vom 14.1.2009, 6f.

³⁴⁷ Siehe B.3.2.

³⁴⁸ Ausführlich hierzu Goerlich (2008).

Nutzens wie auch des Finanzbedarfs erhebliche konzeptionelle und empirische Schwierigkeiten beinhaltet, reicht es aus, wenn der Rundfunkrat beide Größen mit einem daraus ableitbaren Grad minderer Genauigkeit bestimmt.

Deshalb wird es beim derzeitigen Stand der theoretischen Kenntnisse und bei der derzeitigen Datenlage wohl ausreichen, die wichtigsten Gesichtspunkte qualitativ darzulegen und ihren Stellenwert innerhalb des Gesamtkataloges berücksichtigter Kriterien aufzuzeigen. Das bedeutet andererseits aber auch, dass seine Entscheidung keinen Bestand hat und von der Rechtsaufsicht dann wohl auch nicht akzeptiert wird, falls er wichtige Kriterien übersieht oder deren Gewicht nachweisbar falsch veranschlagt, oder falls er wichtige neue Erkenntnisse über die Art und Stärke der Bestimmungsgründe für den Nutzen und die Kosten von Telemedien außer Acht lässt.³⁴⁹

Aus diesem Grund wird auch geraten, sich bei der Argumentation am Konzept des Funktionsauftrags und der daraus abgeleiteten Rolle des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im dualen System auszurichten. Die Argumentation sollte ihren Ausgang stets beim gesetzlich vorgegebenen Tatbestandsmerkmal "qualitativer Beitrag zum publizistischen Wettbewerb" nehmen; in diesem Rahmen können dann alle Überlegungen des Rundfunkrats, Erkenntnisse der Markt- und Nutzungsforschung, Medienökonomie, Publizistik etc. in Form der beschriebenen Nutzen-Kosten-Abwägung einfließen.

Anhand des in dieser Weise – wohl nur grob – bestimmten Nettonutzens, den das geplante Angebot stiftet, kann der Rundfunkrat die Frage, ob dieses Angebot vom Auftrag umfasst wird, allerdings immer noch nicht beantworten. Hierfür ist es vielmehr erforderlich, auch den Nettonutzen alternativ denkbarer Telemedienangebote zu kennen und die sich dadurch ergebende Rangfolge (Dringlichkeit) der unterschiedlichen Angebote zu bestimmen

³⁴⁹ Zur Begründungspflicht siehe auch unten B.4.4; das unterstreicht die Notwendigkeit, dass sich der Rundfunkrat permanent mit der Beobachtung der Medienmärkte und auch mit der analytischen Durchdringung ihrer Funktionsmechanismen zu befassen hat (siehe B.1.1), wie auch das Erfordernis, sich hierbei durch Sachverstand in den Gremienbüros unterstützen zu lassen; nach unserer Einschätzung aber auch durch den Sachverstand einer den Rundfunkräten aller Anstalten zugänglichen zentralen Serviceeinrichtung (siehe B.3.1.2.2.).

(Zelle 4.2. in Abbildung 21). Zudem ist das für Telemedien-Projekte insgesamt verfügbare Budget zu ermitteln (Zelle 4.3. in Abbildung 21). Erst bei Kenntnis dieses Budgets könnte festgestellt werden, ob das vorgelegte Angebot im Vergleich zu anderen denkbaren Angeboten den höchsten Nettonutzen aufweist bzw. zu denjenigen – eventuell dann mehreren – Angeboten zählt, die beim verfügbaren Budget (in der Rangfolge ihres Nettonutzens) finanziert werden können.³⁵⁰

Eine solche idealtypische Vorgehensweise ist aber nicht praktikabel. Der hierfür erforderliche analytische und empirische Aufwand würde den damit verbundenen Erkenntnisgewinn aller Voraussicht nach erheblich übersteigen,³⁵¹ zumal er nicht nur für die Auswahl aus mehreren Telemedienangeboten betrieben werden müsste, sondern auch für die Auswahl von Telemedienangeboten im Vergleich zu anderen, etwa zu linearen Hörfunk- und Fernsehprogrammen.

Der Rundfunkrat kann aber in der Regel auch deshalb darauf verzichten, den Nettonutzen, den er für das vorgelegte Angebot erwartet, mit dem Nettonutzen alternativer Angebote zu vergleichen, weil er davon ausgehen kann, dass keine anderen Angebote existieren, die einen höheren Nettoüberschuss aufweisen.

Für eine solche Vermutung spricht, dass die Intendantin, die das Angebot zur Prüfung vorlegt, die Programmgestaltungshoheit besitzt, und dass sie aufgrund der dafür erforderlichen Sachkenntnis aus der Summe denkbarer Telemedienangebote, die innerhalb des Hauses mehr oder minder intensiv

³⁵⁰ Diese Fragen werden im RStV-E nicht gestellt, geschweige denn beantwortet. Insofern erweist es sich als nachteilig, dass das Gesetz diese Entscheidungsstufe nicht explizit als eigenständige Prüfstufe vorgibt, sondern nur implizit und unzureichend anspricht, indem in der Amtlichen Begründung zu § 11f, Abs. 4 RStV-E darauf hingewiesen wird, dass es in der dritten Stufe nicht nur darum geht, den finanziellen Aufwand festzustellen, der für ein Angebot erforderlich ist, sondern auch darum, „die Verhältnismäßigkeit von Nutzen und Aufwand“ berücksichtigen zu können.

³⁵¹ Siehe zur erforderlichen Abwägung zwischen dem Nutzen und den Kosten einer erhöhten Planungsintensität und -ausweisung etwa Institut für Rundfunkökonomie (1996).

erörtert und präzisiert worden sind, dem Rundfunkrat dasjenige Angebot vorlegt, das zum jeweiligen Zeitpunkt den höchsten Nettonutzen aufweist.

Bei einer solchen Sichtweise ist es allerdings erforderlich, dass die Intendantin die dem Rundfunkrat vorgelegten Angebote in einer für die Beurteilung auch dieser Frage geeigneten Weise aufbereitet. Dabei müssen der Nutzen und die Kosten alternativer Angebote nicht ebenso detailliert dargelegt werden wie für das letztlich von der Intendantin vorgelegte Angebot. Es müssen aber Aussagen darüber getroffen werden, ob und gegebenenfalls welche alternativen Telemedienangebote sie verfolgt hat (oder weiterhin verfolgt) und bis zu welcher Tiefe sie diese geplant hat (oder weiterhin plant), bevor sie sie dann als weniger Nutzen stiftend bewertet hat als das letztlich vorgelegte Angebot.

Sollte sich der Rundfunkrat von einem alternativen, nicht vorgelegten Angebot einen höheren Nettonutzen erwarten als vom vorgelegten Angebot,³⁵² kann er von der Intendantin zusätzliche Informationen zu diesem alternativen Angebot einholen. Dabei sind, ähnlich wie bei einer Teilgenehmigung von Angeboten, die mit der Verantwortung für den Drei-Stufen-Test verbundenen Verpflichtungen des Rundfunkrates gegen die Risiken abzuwägen, hierdurch die Programmgestaltungshoheit der Intendantin zu verletzen.

³⁵² Ein mit dieser Konstellation nicht völlig vergleichbarer Fall verdient in diesem Zusammenhang der genaueren Analyse: Der BBC-Trust hat unlängst ein von der BBC geplantes Angebot von Videos on Demand zur lokalen Berichterstattung mit dem Argument abgelehnt, dass eine Verstärkung der lokalen Berichterstattung im linearen Fernsehprogramm einen höheren (Netto-)Nutzen stifte. Vgl. Pressemitteilung des BBC Trust vom 23.02.2009, abrufbar unter: http://www.bbc.co.uk/bbctrust/news/press_releases/2009/local_video_decision.html. Erste Kommentierungen dazu finden sich bei Meyer-Lucht (2008).

Teil B: Der Drei-Stufen-Test im Verfahrensablauf

Das Drei-Stufen-Test-Verfahren lässt sich in fünf Verfahrensabschnitte untergliedern:

Phase 1: Vorprüfung,

Phase 2: Verfahrenseröffnung,

Phase 3: Informationssammlung,

Phase 4: Entscheidung,

Phase 5: Abschluss des Verfahrens.

Im zweiten Teil des Gutachtens werden im Rahmen dieser einzelnen Verfahrensabschnitte die rechtlichen Vorgaben für das Drei-Stufen-Test-Verfahren durch den Rundfunkrat erläutert. Damit soll der WDR-Rundfunkrat ein erstes grobes "Prüfraster" für die Verfahrensgestaltung an die Hand bekommen. Zugleich werden vorhandene Spielräume für die Auslegung unbestimmter Begriffe und die Verfahrensorganisation aufgezeigt.³⁵³

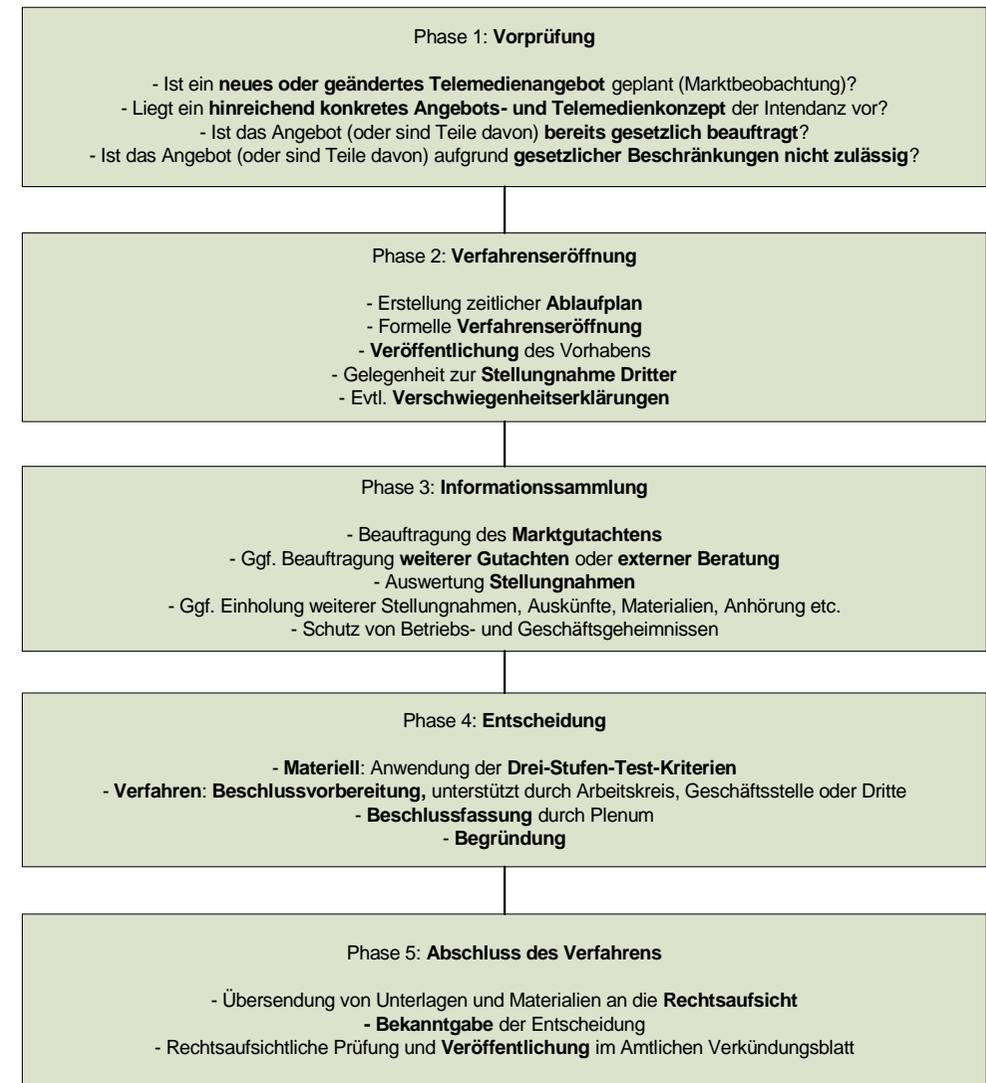


Abbildung 22: Ablauf des Prüfverfahrens

³⁵³ Es sei noch einmal darauf hingewiesen, dass für die Entscheidung des Rundfunkrats im Drei-Stufen-Test auch der Begriff "Genehmigung" verwendet wird, damit jedoch nicht suggeriert werden soll, es handle sich um eine Genehmigung im engeren verwaltungsrechtlichen Sinne.

1. PHASE: Vorprüfung

Der Rundfunkrat ist zuständig für die Eröffnung des Drei-Stufen-Test-Verfahrens. Er hat vor der Verfahrenseröffnung zu prüfen, ob und inwiefern die **Voraussetzungen** dafür vorliegen. Vier Fragen sind zu prüfen:

1.1 Ist ein **neues oder geändertes Telemedienangebot** der Rundfunkanstalt geplant?³⁵⁴

Falls ja:

1.2 Hat dafür die Intendantin eine **hinreichend konkrete Angebotsvorlage** eingereicht? Es umfasst

(a) die Angebotsbeschreibung,

(b) die Darlegung, dass die Genehmigungsvoraussetzungen erfüllt sind.

1.3 Ist das Angebot/sind Teilangebote bereits **gesetzlich beauftragt**?

1.4 Ist das Angebot/sind Teilangebote bereits **aufgrund gesetzlicher Beschränkungen nicht zulässig**?

Plant die Rundfunkanstalt ein neues Vorhaben im Telemedienbereich, muss die Intendantin prüfen, ob dies ein *neues* oder *geändertes Angebot* ist und somit ein Antrag an den Rundfunkrat zur Einleitung des Drei-Stufen-Tests erforderlich ist. In diesem Fall reicht sie einen entsprechenden Antrag (Angebotsvorlage) ein.³⁵⁵

Der Drei-Stufen-Test ist also ein **Antragsverfahren**, und in erster Linie und im Regelfall wird die Intendantin als potenzielle Antragstellerin prüfen, ob sie einen Antrag stellen muss. So sehen der vorliegende Entwurf der Verfahrenssatzung für ARD-Gemeinschaftsangebote und der Muster-Entwurf für sender-

³⁵⁴ Dieser Punkt entfällt im Rahmen der zwingend vorgesehenen Prüfung der bereits vorhandenen, fortgeführten Angebote ("Bestand").

³⁵⁵ Vgl. §11f Abs. 4 RStV-E: "[...] die Rundfunkanstalt [hat] gegenüber ihrem zuständigen Gremium darzulegen, dass das geplante, neue oder veränderte, Angebot vom Auftrag umfasst ist." Die Rundfunkanstalt muss also einen begründeten Antrag stellen. Siehe zum Begriff Telemedienkonzept oben A.1.1.2.5.4.

eigene Angebote der ARD-Anstalten³⁵⁶ vor, dass bei geplanten Angebotsänderungen der zuständige Intendant bzw. die zuständige Intendantin³⁵⁷ die **Vorprüfung** vornimmt, ob ein *neues oder geändertes Angebot* geplant ist oder es sich bei einem Vorhaben um genehmigungsfreie Änderungen handelt. Die Intendantin bereitet für genehmigungspflichtige Vorhaben einen Antrag – die Angebotsvorlage, auch Angebotsbeschreibung genannt – vor, in dem das Telemedienkonzept beschrieben und das Vorliegen der Genehmigungsvoraussetzungen dargelegt wird.³⁵⁸ Die Aufgaben des Rundfunkrats im Stadium vor der Verfahrenseröffnung sind dagegen im RStV-E nicht beschrieben. Das bedeutet jedoch nicht etwa, dass der Rundfunkrat stets die Angebotsvorlage abzuwarten und diese sodann umgehend ohne nähere Prüfung zu veröffentlichen hätte. Vielmehr obliegt auch dem Rundfunkrat als "Herrn" des Verfahrens eine Vorprüfung:

(Zu 1.1) Auch der Rundfunkrat prüft, ob ein neues oder geändertes Telemedienangebot vorliegt, das einen Drei-Stufen-Test erfordert.

Diese Verantwortung folgt daraus, dass der Rundfunkrat für die Durchführung der Drei-Stufen-Tests und die Entscheidung darüber zuständig ist, ob die jeweiligen Telemedienangebote auftragsgemäß sind. Damit nimmt der Rundfunkrat eigenständig eine öffentliche Aufgabe wahr und trägt die Verantwortung dafür, dass alle erforderlichen Drei-Stufen-Tests durchgeführt werden und insofern kein rechtswidriger Zustand eintritt.

Dieser Verpflichtung des Rundfunkrats zur Vorprüfung tragen bereits die vorliegenden Satzungsentwürfe Rechnung. Demnach hat der Rundfunkrat ein "**Holrecht**", d. h. er darf von der Intendantin die Einleitung eines Genehmigungsverfahrens verlangen, sofern er der Auffassung ist, dass ein genehmi-

³⁵⁶ Vgl. zum Stand der Satzungsentwürfe siehe oben, A.1.1.1.

³⁵⁷ Bei Gemeinschaftsangeboten ist dies der Intendant oder die Intendantin der federführenden Anstalt, vgl. Satzungsentwurf ARD-Gemeinschaftsangebote, Ziff. I Abs. 1 Satz 1.

³⁵⁸ § 11f Abs. 4 Satz 1 RStV-E.

gungspflichtiges Angebot vorliegt.³⁵⁹ Dieses Holrecht besteht bei entsprechenden Anhaltspunkten auch dann, wenn die Intendantin von sich aus zunächst keine Vorprüfung durchgeführt hat. Daraus ergibt sich für den Rundfunkrat auch die **Obliegenheit verstärkter Programmebeobachtung** im Telemedien-Bereich.

(Zu 1.2) Der Rundfunkrat hat vorab zu prüfen, ob ein hinreichend konkretes Angebotskonzept vorliegt.

Der RStV-E schreibt vor, dass die Angebotsvorlage *hinreichend konkret* sein muss (vgl. dazu im Einzelnen unten B.1.2).

Der Rundfunkrat sollte daher, **soweit erforderlich, auf eine Präzisierung des Antrags und der Begründung hinwirken**. Bei Unklarheiten sollte er vor der formellen Verfahrenseröffnung **Nachfragen** an die Intendantin zum Sachverhalt und zur Begründung richten. Das erspart, auch im Interesse der Antragstellerin, Rückfragen in einem späteren Stadium, wenn aufgrund der Verfahrensbeteiligung Dritter und der Begutachtung der marktlichen Auswirkungen des Vorhabens nachträgliche Abänderungen des Angebotskonzepts und der Begründung schwieriger sein dürften.

(Zu 1.3 und zu 1.4) Eingrenzung des Prüfgegenstands

Die Drei-Stufen-Test-Prüfung ist nicht erforderlich im Hinblick auf gesetzlich beauftragte oder gesetzlich ohnehin unzulässige Angebote und Angebotsteile (vgl. dazu im Einzelnen unten B.1.3 und 1.4). Auch diese Eingrenzung des Prüfgegenstands sollte der Rundfunkrat möglichst bereits vor Verfahrenseröffnung vornehmen. So lassen sich Rückfragen auch in diesem Zusammenhang mit der Intendantin bereits vorab klarstellen. Die einzelnen Verfahrensschritte werden im Folgenden im Einzelnen erläutert.

1.1. Liegt ein neues oder geändertes Angebot vor?

§ 11f Abs. 4 Satz 1 RStV-E: *Ist ein neues Angebot oder die Veränderung eines bestehenden Angebots geplant, hat die Rundfunkanstalt gegenüber ihrem zuständigen Gremium darzulegen, dass das geplante, neue oder veränderte, Angebot vom Auftrag umfasst ist.*

Die Prüfung, ob ein neues oder verändertes Angebot geplant ist, obliegt in erster Linie der Intendantin; gleichwohl hat auch der **Rundfunkrat eine eigenständige Prüfverantwortung**. Daher muss der Rundfunkrat im Extremfall, wenn ein Angebot geplant oder sogar schon verfügbar ist, das nach seiner Einschätzung eines Drei-Stufen-Tests bedarf, von sich aus ein Prüfverfahren einleiten bzw. die Intendantin zur Einreichung einer Angebotsvorlage veranlassen. Zum Beispiel müsste der Rundfunkrat Anhaltspunkten, z. B. möglicherweise berechtigten Beschwerden Dritter, nachgehen, wonach eine genehmigungspflichtige Angebotsänderung erfolgt ist. In der Praxis dürfte das nicht immer leicht festzustellen sein. Um ein Beispiel zu nennen: Ein allmählicher *vollständiger Austausch der Zielgruppe* eines Angebots stellt, wie im nachstehenden Schaubild dargestellt, nach den sogleich erläuterten Kriterien der Satzungsentwürfe eine genehmigungspflichtige Änderung dar. Eine solche Entwicklung wird aber möglicherweise erst im Nachhinein festgestellt werden können und zudem schwer zu ermitteln sein, wenn die Zielgruppe nur langsam verändert wird.

Bei der zunächst anstehenden Prüfung des **Bestands**, also der bereits existierenden und weitergeführten Telemedienangebote, braucht dieser Punkt **nicht geprüft** zu werden.

³⁵⁹ Vgl. Satzungsentwurf ARD-Gemeinschaftsangebote, Ziff. I Abs. 3 Satz 4, sowie Satzungsentwurf ARD-sendereigene Angebote, Ziff. I Abs. 3 Satz 4.

Satzungsentwurf ARD-Genehmigungsverfahren für neue oder veränderte
Gemeinschaftsangebote von Telemedien, Stand: 25. November 2008

- (1) Bei einem geplanten Vorhaben der in der ARD zusammengeschlossenen Landesrundfunkanstalten prüft die durch die Intendantinnen und Intendanten beauftragte federführende Landesrundfunkanstalt in jedem Einzelfall anhand von folgenden Kriterien, ob es sich um ein neues oder verändertes Gemeinschaftsangebot von Telemedien handelt, das das nachfolgende Genehmigungsverfahren durchlaufen muss. Über das Ergebnis der Prüfung ist der Rundfunkrat der federführenden Landesrundfunkanstalt zu unterrichten.
- (2) Ausgangspunkt für die Beurteilung, ob ein neues oder verändertes Angebot vorliegt, sind die jeweiligen Konzepte der bereits bestehenden Telemedienangebote. Maßgeblich sind die nachfolgend aufgeführten Positiv- bzw. Negativkriterien. Entscheidend ist eine Abwägung in der Gesamtschau aller in Frage kommenden Kriterien unter Berücksichtigung der ursprünglichen Angebotskonzepte. Die Änderung muss sich danach auf die Positionierung eines Angebots im publizistischen Wettbewerb beziehen. Zu berücksichtigen ist auch, inwieweit aus Nutzersicht bereits vergleichbare Angebote der Landesrundfunkanstalten bestehen.
- a) Folgende Kriterien sprechen für das Vorliegen eines neuen oder veränderten Angebots (Positivkriterien):**
1. Grundlegende Änderung der thematisch-inhaltlichen Ausrichtung des Gesamtangebots, d. h., z. B. das Thema des Gesamtangebots wird ausgewechselt (z. B. der Wechsel von einem Unterhaltungsangebot zu einem allgemeinen Wissensangebot);
 2. Substantielle Änderung der Angebotsmischung, d. h. z. B. ein Wechsel von einem unterhaltungsorientierten zu einem informationsorientierten Angebot;
 3. Veränderung der angestrebten Zielgruppe, z. B. im Hinblick auf einen signifikanten Wechsel in der Altersstruktur (z. B. der Wechsel von einem Kinderprogramm zu einem Seniorenprogramm);
 4. Wesentliche Steigerung des Aufwands für die Erstellung eines Angebots, wenn diese im Zusammenhang mit inhaltlichen Änderungen des Gesamtangebots steht.
- b) Ein neues oder verändertes Angebot liegt insbesondere unter folgenden Voraussetzungen nicht vor (Negativkriterien):**
1. Veränderung oder Neueinführung einzelner Elemente, Weiterentwicklung einzelner Formate ohne Auswirkung auf die Grundeinrichtung des Angebots;
 2. Veränderung des Designs ohne direkte Auswirkungen auf die Inhalte des betroffenen Angebots;
 3. Verbreitung bereits bestehender Telemedien auf neuen technischen Verbreitungsplattformen (Technikneutralität);
 4. Weiterentwicklung im Zuge der technischen Entwicklung auf bereits bestehenden Plattformen;
 5. Weiterentwicklung oder Änderung aufgrund gesetzlicher Verpflichtungen (z. B. Barrierefreiheit);
 6. Änderung im Bereich der sendungsbezogenen Telemedienangebote, die auf einer Änderung des begleiteten Fernsehprogramms beruhen, sofern es sich nicht um eine grundlegende Änderung handelt;
 7. Vorliegen einer zeitlichen Beschränkung (z. B. gesetzliche Verweildauer von sieben Tagen bzw. 24 Stunden gemäß § 11d Abs. 2 Nr. 1 und 2 RStV);
 8. Vorliegen eines Testbetriebs (d. h. das Angebot dauert maximal zwölf Monate, ist bezüglich des Nutzerkreises und der räumlichen Ausweitung begrenzt und wird mit dem Ziel durchgeführt, hierdurch Erkenntnisse zu neuen Technologien, innovativen Diensten oder Nutzerverhalten zu erhalten).

Neues oder geändertes Telemedienangebot

Kein neues/geändertes Angebot

Inhalt:

- Neue oder geänderte Elemente oder Formate ohne Änderung der Grundausrichtung
- Bei Sendungsbezug: Änderung lediglich infolge nicht grundlegender inhaltlicher Veränderung der Fernsehprogramme

Design:

- Veränderungen ohne Auswirkung auf Inhalt

Technische Verbreitung

- Zusätzliche Verbreitungsplattformen
- Technische Weiterentwicklung

Zeitliche Begrenzung

- zeitliche Beschränkung
- Testbetrieb

Neues/geändertes Angebot

Inhalt:

- Grundlegende Änderungen der thematisch-inhaltlichen Ausrichtung des Gesamtangebots
- Substantielle Änderungen der Angebotsmischung
- Veränderung der Zielgruppe
- Änderungen des Gesamtangebots, die wesentliche Kostensteigerung bewirken

Gesamtabwägung unter Berücksichtigung aller Kriterien:

Neues / geändertes Angebot wegen neuer/geänderter Positionierung oder inhaltlicher Gestaltung des (Gesamt-)Angebots?

Ein verändertes Telemedienangebot liegt insbesondere dann vor, wenn die **inhaltliche Gesamtausrichtung eines Angebots** oder die **angestrebte Zielgruppe** verändert wird. Das gibt bereits der RStV-E vor.³⁶⁰ Wann jeweils im Einzelfall ein neues oder verändertes Angebot anzunehmen ist, richtet sich nach **übereinstimmenden Kriterien**, die die ARD-Anstalten, das ZDF und das Deutschlandradio in Satzungen oder Richtlinien festlegen.³⁶¹ Diese "Aufgreifkriterien" sollen eine klare Abgrenzung ermöglichen.³⁶²

Die derzeit vorliegenden Satzungsentwürfe sehen vor, dass neue oder veränderte Angebote in einer **abwägenden Gesamtschau anhand von vier Positiv- und acht Negativkriterien** zu ermitteln sind. Dieser Kriterienkatalog setzt die Zusage des Gesetzgebers gegenüber der EU-Kommission um, einheitliche Kriterien einzuführen und anzuwenden.³⁶³ Dies spricht dafür, dass der Katalog abschließend zu verstehen ist und der Rundfunkrat die Annahme eines neuen Angebots nicht auch auf andere Kriterien stützen könnte.³⁶⁴ Denn dies gewährleistet, dass die ARD-Anstalten, das ZDF und Deutschlandradio **einheitliche Abgrenzungskriterien** anwenden, die eine **klare** Abgrenzung ermöglichen.³⁶⁵ Die ARD-Rundfunkanstalten, das ZDF und Deutschlandradio können aber gemeinsam die Abgrenzungskriterien fortentwickeln und entsprechende Satzungsänderungen vornehmen.

1.1.1. Was ist ein Angebot?

Für die Beurteilung, ob ein *neues oder verändertes Angebot* vorliegt, soll das geplante mit dem bisher vorhandenen Angebot verglichen werden.³⁶⁶

³⁶⁰ § 11f Abs. 3 Satz 2 RStV-E.

³⁶¹ § 11f Abs. 3 Satz 1 RStV-E.

³⁶² Vgl. Amtliche Begründung zu §§ 11f Abs. 3 RStV-E.

³⁶³ Vgl. oben, A.1.2.1.

³⁶⁴ Vgl. Satzungsentwurf ARD-Gemeinschaftsangebote, Ziff. I Abs. 2: "*Maßgeblich sind die nachfolgend aufgeführten Positiv- und Negativkriterien. (...) a) Folgende Kriterien sprechen für das Vorliegen... b) Ein neues oder verändertes Angebot liegt insbesondere unter folgenden Voraussetzungen nicht vor.*"

³⁶⁵ Vgl. dazu Amtliche Begründung zu § 11f RStV-E, zu Absatz 3.

³⁶⁶ Diese Vorgehensweise ist möglicherweise nicht erforderlich für gänzlich neue Angebote.

Hier stellt sich die schwierige Abgrenzungsfrage, was zunächst in diesem Zusammenhang ein *Angebot* ist (im Gegensatz zu einem bloßen Teil eines Angebots). Das ist nicht klar definiert und wird jeweils im Zuge der Prüfverfahren herauszuarbeiten sein.

Das *vorhandene Angebot* ergibt sich aus der Beschreibung der bestehenden Telemedienangebote in den jeweiligen Telemedienkonzepten.³⁶⁷ Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, welche "*vergleichbaren*" Angebote der Rundfunkanstalt aus Nutzersicht tatsächlich angeboten werden.³⁶⁸ Zwischenzeitlich erfolgte Weiterentwicklungen, z. B. der Austausch einzelner inhaltlicher Formate, die nicht genehmigungspflichtig waren, werden also mit einbezogen.

Mit dem bestehenden Angebot in dieser aktuellen Form ist sodann das *geplante Angebot*³⁶⁹ anhand der oben³⁷⁰ dargestellten Aufgreifkriterien zu vergleichen. Dabei stellt sich die Frage, was zu vergleichen ist, d. h., ob ggf. Teile eines (größeren) Angebots jeweils gesondert als Angebote zu betrachten sind. Das kann entscheidend sein. Denn je nachdem, ob der Rundfunkrat z. B. ein bestimmtes Segment eines Onlineauftritts einer Rundfunkanstalt, wie etwa eine spezielle (Unter-)Seite für Kinder, für sich genommen als Angebot oder aber nur als Teil eines (Gesamt-)Angebots, erachtet, mag eine Änderung nur dieses Segments nach dem Kriterienkatalog genehmigungspflichtig sein oder nicht. **Im RStV und in den Satzungsentwürfen ist nicht festgelegt, was jeweils ein Angebot ist.**

Es gibt zwar rundfunkrechtliche Definitionen des Begriffs Telemedienangebot; sie helfen für diese Abgrenzung aber kaum weiter, da sie in anderen Regelungszusammenhängen stehen.³⁷¹ Auch die Satzungsentwürfe bieten keine

³⁶⁷ Satzungsentwurf ARD-Gemeinschaftsangebote, I Abs. 2, Satz 1 und Satz 3 ("*unter Berücksichtigung der ursprünglichen Angebotskonzepte*"). In diesem Sinne auch § 11f Abs. 4 Satz 1 RStV-E: ("*eines bestehenden Angebots nach Abs. 1*").

³⁶⁸ Satzungsentwurf ARD-Gemeinschaftsangebote, I Abs. 2 Satz 5.

³⁶⁹ Nach § 11f Abs. 4 RStV-E ist Gegenstand des Drei-Stufen-Tests *ein Angebot*.

³⁷⁰ Vgl. oben B.1.1.

³⁷¹ So definiert § 11a RStV-E "Angebot" als Oberbegriff für *Rundfunkprogramm* und *Telemedien*. Für Telemedien ist auch in §§ 54 ff. RVStV-E durchgängig von "*Angeboten*" die Rede, dort

Auslegungshilfe: Sie verwenden beide Begriffe *Gesamtangebot* und *Angebot*, ohne jedoch das Verhältnis zwischen ihnen festzulegen.³⁷² Schließlich ist auch im allgemeinen Sprachgebrauch mit dem Ausdruck "Angebot" kein bestimmter Umfang des Angebots verbunden. Als "Online-Angebot" bezeichnet man im Allgemeinen eine gesamte Internetpräsenz bzw. einen Webauftritt.

Der Angebotsbegriff bleibt also durch den Rundfunkstaatsvertrag weitgehend unbestimmt und muss vom Rundfunkrat vor allem unter Zuhilfenahme der künftig in den Satzungen und Richtlinien niedergelegten Kriterien und je nach den Besonderheiten der Fallgestaltung **konkretisiert** werden. Die Frage lässt sich am konkreten Fall auch meist einfacher beantworten als abstrakt. Sollte es doch einmal schwierig werden, könnte der Rundfunkrat zum Beispiel folgende Erwägungen beachten:

- Ausgangspunkt der Prüfung ist nach den Satzungsentwürfen das Telemedienkonzept des schon bestehenden Angebots. Das hilft sicherlich nicht immer weiter, weil, wie dargelegt, ein Telemedienkonzept nicht notwendigerweise nur ein einziges Angebot umfasst.³⁷³ Insbesondere werden anfangs im Rahmen der Bestandsprüfungen eher größere (Gesamt-)Angebote, wie etwa der gesamte Onlineauftritt einer Rundfunkanstalt, jeweils einem einzigen Drei-Stufen-Test unterworfen werden, ohne dass damit geklärt wäre, ob es sich dabei nicht um mehrere Angebote handelt.³⁷⁴ Die Beurteilung der Genehmigungspflicht kann sicherlich

bezogen auf die jeweiligen Angebote einzelner *Anbieter*. Ferner wird für den linearen Rundfunkbereich der Begriff der "*Darbietung*" künftig durch den des "*Angebots*" ersetzt. Schließlich ist in § 3 Abs. 2 Nr. 1 Jugendmedienschutzstaatsvertrag "Angebot" als *Rundfunksendung oder Inhalt von Telemedien* definiert. Dieser letztgenannte Angebotsbegriff weicht wiederum von demjenigen des RStV ab, indem er sich für den Rundfunk auf die kleinere Einheit der "*Sendung*" anstatt auf die größere des "*Programms*" bezieht (vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 2 RStV-E).

³⁷² Die Satzungsentwürfe nehmen an einer Stelle auf das *Gesamtangebot* Bezug (z. B. Satzungsentwurf ARD-Gemeinschaftsangebote Ziffer I Abs. 2 a Nr. 1), an anderer Stelle auf das *Angebot*, das "aus verschiedenen Inhalten" bestehen könne, vgl. Satzungsentwurf ARD-Gemeinschaftsangebote I Abs. 3 Satz 1.

³⁷³ Nach der Amtlichen Begründung zu § 11f Abs. 1 RStV-E können Telemedienkonzepte ein einziges Angebot oder aber eine Vielzahl von Angeboten umfassen.

³⁷⁴ Nach § 11f Abs. 4 RStV-E ist zwar Gegenstand des Drei-Stufen-Tests ein Angebot. Dies schließt aber begrifflich nicht aus, dass hiermit ein (in irgendeiner Form einheitliches oder in

nicht allein davon abhängen, welche Gesamtheit von Angeboten jeweils gemeinsam in ein Testverfahren eingebracht wird.

- Jedoch spricht die Vorgabe im RStV-E, wonach es insbesondere auf eine Änderung der inhaltlichen Gesamtausrichtung oder Zielgruppe ankommt, dafür, dass bei der Anwendung der Aufgreifkriterien eher von einem **umfassenden** Angebotsbegriff auszugehen ist.³⁷⁵ Zudem dürfte es nicht Sinn und Zweck eines zeit- und ressourcenaufwändigen Prüfverfahrens wie des Drei-Stufen-Tests sein, dass jede kleinere Angebotsveränderung dem Testverfahren unterliegt.

Hier besteht demnach ein Beurteilungsspielraum für die Wahl zwischen einer weiteren oder engeren Abgrenzung, wobei die Kriterien für ein geändertes Angebot umso strenger anzuwenden sind, je weiter der Angebotsbegriff definiert wird.

1.1.2. Zur Anwendung der Aufgreifkriterien

Die Aufgreifkriterien in den Satzungsentwürfen geben die konkreten Maßstäbe für die Bewertung, ob ein neues oder geändertes Angebot vorliegt, vor. Bei mehreren dieser Aufgreifkriterien bestehen **Auslegungsspielräume**.

Das gilt zum Beispiel für die Feststellung, ob eine bestimmte inhaltliche Änderung eine *wesentliche* Steigerung des Aufwands bewirkt, oder ab wann eine Änderung der thematischen Ausrichtung einzelner Teile eines Angebots eine *grundlegende* Änderung der Ausrichtung des Gesamtangebots bewirkt.³⁷⁶

sich geschlossenes) Gesamtangebot gemeint sein kann, das sich in verschiedene einzelne Angebote ausdifferenzieren lässt.

³⁷⁵ Andererseits findet sich in § 11d Abs. 2 RStV-E eine differenziertere Kategorisierung von Angebotsformen.

³⁷⁶ Schwierig dürfte bei schrittweisen Veränderungen eines Angebots zu beurteilen sein, wann sie zu einer *substanziellen Änderung der Angebotsmischung* führen, z. B., wenn eine angestrebte Zielgruppe durch allmählichen Austausch von einzelnen Formaten, die für sich genommen noch keine Änderung des Angebots darstellen, im Lauf der Zeit zur Veränderung der Angebotsmischung führen.

Bei der Auslegung des Angebotsbegriffs und der Abstimmung der Kriterien erscheint es sinnvoll und geboten, dass sich der WDR-Rundfunkrat hierbei nicht nur mit anderen Rundfunkräten, sondern auch mit der Intendantin abstimmt und **möglichst einheitliche und nachvollziehbare Auslegungsmaßstäbe entwickelt**. Aufgrund seiner eigenständigen Verantwortung für Die Drei-Stufen-Test-Prüfung ist der Rundfunkrat bei der konkreten Prüfung aber gehalten, auch insofern **eine eigenständige Prüfung vorzunehmen**.

1.2. Hinreichend konkrete Angebotsvorlage?

Der Rundfunkrat muss prüfen, ob die Angebotsbeschreibung *hinreichend konkret* ist, damit er auf dieser Grundlage das Angebot anhand der gesetzlichen Vorgaben zu den Telemedien und der Drei-Stufen-Test-Kriterien prüfen kann. **Das bietet dem Rundfunkrat die Gelegenheit, im Interesse eines zügigen, effizienten Verfahrens mögliche Sachverhaltslücken oder Begründungsmängel durch Rückfragen bei der Intendantin noch vor der Veröffentlichung des Vorhabens zu klären**. Es ist zu empfehlen, diese Möglichkeit zu nutzen und sie nicht etwa durch zu eng gesetzte Zeitfenster zwischen der Angebotsvorlage und der Verfahrenseröffnung einzuschränken.

Ergibt die Vorprüfung durch die Intendantin oder durch den Rundfunkrat – der dann, wie dargelegt, von seinem "Holrecht" Gebrauch machen muss³⁷⁷ –, dass ein neues oder verändertes Angebot geplant ist, folgt als **nächster Verfahrensschritt**, dass *die Rundfunkanstalt gegenüber ihrem zuständigen Gremium darlegt, dass das geplante neue oder veränderte Angebot vom Auftrag umfasst ist*.³⁷⁸

Das bedeutet zweierlei:³⁷⁹ Zum einen hat die Intendantin einen **Genehmigungsantrag** für das konkret zu beschreibende Angebot vorzulegen. Die

³⁷⁷ Siehe oben, B 1.1.

³⁷⁸ Vgl. § 11f Abs. 4 RStV-E.

³⁷⁹ So auch Amtliche Begründung zu § 11f RStV-E, zu Absatz 4, 1. Absatz: "*die hinreichend genaue Beschreibung (siehe oben, Absätze 1 und 2) und eine Begründung vor, warum damit der Auftrag aus § 11 erfüllt wird*". Auf diese Funktion und die damit verbundene "Be-

Satzungsentwürfe bezeichnen den Antrag als *Angebotskonzept* oder *Angebotsbeschreibung*.³⁸⁰ Zum anderen legt die Intendantin dar, aus welchen Gründen nach ihrer Auffassung die Voraussetzungen zur Genehmigung des Angebots im Drei-Stufen-Test erfüllt sind (**Begründung**).³⁸¹

Ein **wesentlicher Zweck** des Drei-Stufen-Test-Verfahrens ist es, eine **möglichst genaue Beschreibung** des beauftragten Angebots zu erhalten.³⁸² Das ist eine wesentliche Anforderung auch an die spätere Entscheidung des Rundfunkrats. Die Angebotsbeschreibung ist dafür die Grundlage. **Bereits im Vorverfahren sollte der Rundfunkrat daher auf eine für seine spätere Prüfung ausreichende Konkretisierung der Angebotsvorlage hinwirken**.

1.2.1. Angebotsbeschreibung: hinreichend konkrete Angaben zum Vorhaben

Der Mindestinhalt der Angebotsvorlage ergibt sich aus den Vorgaben zum Telemedienkonzept.³⁸³ Darin müssen *insbesondere* die intendierte **Zielgruppe** sowie **Inhalt, Ausrichtung und Verweildauer** des geplanten Angebots näher beschrieben werden.³⁸⁴

a) Zielgruppe ist die Gruppe, die nach dem Konzept der Rundfunkanstalt angesprochen werden soll.³⁸⁵

gründungslast" für die Rundfunkanstalten weist Schulz hin (2008a), 12. Ebenso, vor dem beihilferechtlichen Hintergrund Grzeszick, 614.

³⁸⁰ Vgl. z. B. Satzungsentwurf ARD-sendereigene Angebote, II (1).

³⁸¹ § 11f Abs. 4 Satz 1 RStV-E und Satzungsentwurf ARD-Gemeinschaftsangebote Ziff. II (1) b.

³⁸² Vgl. zum Beispiel Amtliche Begründung zu § 11 RStV-E, 1. Absatz: "*Nach einem dreistufigen Test müssen die Begründungen zu den Vorhaben so konkret sein, dass die zuständige Rechtsaufsicht das Angebot beurteilen kann*." Amtliche Begründung zu § 11f Abs. 2 RStV-E, a. E.: "*Für Telemedien leistet erst ein hinreichend genaues Telemedienkonzept eine Prüfgrundlage*"; zu Absatz 4, 3. Absatz: "*Um eine genaue Prüfung zu ermöglichen, sind Beginn und Dauer des Angebots anzugeben*."

³⁸³ Zu den Begriffen Telemedienkonzept und Angebotsvorlage siehe oben, A.1.1.2.5.4.

³⁸⁴ § 11f Abs. 1 RStV-E und Satzungsentwurf ARD-Gemeinschaftsangebote, Ziff. II (1) a). Zur Kategorisierung kann auf die Beschreibung der Programmgegenstände im Rahmen des Funktionsauftrags zurückgegriffen werden (§ 11 RStV-E und § 4 Abs. 2, 3 WDR-Gesetz).

³⁸⁵ Vgl. Amtliche Begründung zu § 11f RStV-E, zu Absatz 2.

b) Besonders wichtig für den Drei-Stufen-Test ist die Beschreibung der geplanten **Inhalte**. Es ist für die Prüfung erforderlich, dass **sämtliche geplanten Inhalte** (Angebotsformen, Angebotsbestandteile) jedenfalls ihrer Kategorie **nach** beschrieben sind.³⁸⁶ Das gilt auch für **Zusatzfunktionen** wie z. B. einen EPG, zusätzliche Downloadmöglichkeiten, Recherche-funktionen usf. Vor allem für die Beurteilung des *Beitrags der einzelnen* (Teil-)Angebote *zum publizistischen Wettbewerb* und für die Beurteilung der *Kosten* muss der Rundfunkrat Umfang, Ausrichtung und Inhalt der einzelnen Teilangebote und -elemente kennen. Auch ist es bei Unklarheiten über die Reichweite des Angebots dem Rundfunkrat später nicht möglich zu überprüfen, ob sich im Nachhinein inhaltliche Veränderungen ergeben haben, die ihrerseits genehmigungspflichtig sind.

Da andererseits die Weiterentwicklung einzelner Formate und ggf. Teilangebote so lange *genehmigungsfrei* ist, als sich die Grundausrichtung des Angebots nicht ändert, ist es nicht erforderlich, dass die Beschreibung der Einzelheiten zu den Angebotsinhalten **allzu detailliert** ist. Erforderlich ist eine Beschreibung, die den Rundfunkrat in die Lage versetzt, das geplante Angebot nachvollziehen, in den marktlichen und publizistischen Kontext setzen und den Drei-Stufen-Test durchführen zu können.

c) Mit "**Ausrichtung**" dürfte gemeint sein, welche inhaltlichen Schwerpunkte das Angebot setzen und welche Nutzerbedürfnisse es erfüllen soll. Für die Beurteilung, welche Nutzerbedürfnisse erfüllt werden sollen, können je nach Fallgestaltung außer den Angaben zur Zielgruppe zusätzliche Sachverhaltsangaben wichtig sein – z. B., welche Plattformen, Übertragungswege oder Verbreitungsgebiete geplant sind.

d) Den Angaben zur **Verweildauer** ist **besondere Bedeutung** zuzumessen. Das bezieht sich auf die Obergrenze der zeitlichen Verfügbarkeit,

z. B. Abrufbarkeit im Internet, die künftig für jedes Angebot in der Entscheidung des Rundfunkrats anzugeben und zu begründen ist.³⁸⁷ Entsprechend muss auch in der Angebotsvorlage der voraussichtliche Zeitraum dargelegt werden, innerhalb dessen das Gesamtangebot bzw. die einzelnen abrufbaren Inhalte verfügbar sein soll(en).³⁸⁸ Das soll eine genaue Prüfung des Angebots ermöglichen.³⁸⁹

1.2.2. Begründung: hinreichend konkrete Darlegung der Drei-Stufen-Test-Kriterien

Die Begründung enthält Aussagen dazu, inwiefern durch das Angebot alle später auch vom Rundfunkrat zugrunde gelegten Kriterien des Drei-Stufen-Tests aus Sicht der Intendantin erfüllt werden.³⁹⁰ Insofern kann auf die spätere Darstellung zu den Drei-Stufen-Test-Kriterien verwiesen werden (s. u. Abbildung 24). Die Intendantin soll ihre Sichtweise dem Rundfunkrat "**darlegen**". Nach den Grundsätzen des Verwaltungsverfahrenrechts ist dies so zu verstehen, dass die Intendantin ihre Sichtweise plausibel darlegen und die erforderlichen Prüfunterlagen vorlegen muss.³⁹¹

Nicht ausreichend könnten etwa lediglich beispielhafte Aufzählungen von Inhalten oder Verweildauerkonzepten oder auch allzu allgemeine Kategorisierungen der Beiträge sein, so dass unklar bliebe, welcher Beitrag im Rahmen welchen Teilangebots angeboten werden soll.

³⁸⁶ Vgl. dazu Amtliche Begründung zu § 11f Abs. 1: "Aus dem Text (der Konzepte) muss sich ablesen lassen, wer angesprochen werden soll, was vorrangig angeboten wird und wie das Angebot sich ausrichtet, ob es sich zum Beispiel um informative, unterhaltende, bildende oder kulturelle Inhalte handelt."

³⁸⁷ Vgl. Amtliche Begründung zu § 11f Absatz 1 RStV-E, vorletzter Satz.

³⁸⁸ § 11f Abs. 4 letzter Satz i. V. m. § 11f Abs. 6 RStV-E.

³⁸⁹ Vgl. Amtliche Begründung zu § 11f Abs. 4 RStV-E, 3. Abs., a. E.

³⁹⁰ § 11f Abs. 4 RStV-E. Vgl. Amtliche Begründung zu § 11f Abs. 4 Satz 2 RStV-E: "Steht fest, dass das geplante Angebot nicht von der allgemeinen Ermächtigung oder einem bestehenden Telemedienkonzept umfasst ist, legt der Intendant der Rundfunkanstalt dem zuständigen Gremium die hinreichend genaue Beschreibung (siehe oben, Absätze 1 und 2) und eine Begründung vor, warum damit der Auftrag aus § 11 erfüllt wird...Im Telemedienkonzept sind drei Bereiche auszuführen... erstens ist schriftlich darzulegen... (Es folgen die Kriterien des Drei-Stufen-Tests, Anm. der Verf.)."

³⁹¹ Vgl. Kopp/Ramsauer (2008), § 24 Rz. 10a und 10b.

Beispiele für einen Anlass zur Nachfrage können sein:

- a) Ein Bedürfnis der Nutzer für ein neues Angebot wird zwar prognostiziert, dies wird jedoch nicht auf empirische Anhaltspunkte gestützt, etwa entsprechende Ergebnisse von Marktstudien, Nutzerbefragungen, Prognosen von Nutzungsveränderungen o. ä. Dies ist möglicherweise kein Grund, den Antrag als nicht hinreichend konkret zurückzuweisen, da die Intendantin keine "Beweislast" im strengen Sinne trägt, sondern die Antragsvoraussetzungen nur plausibel darlegen muss. Allerdings müssten die offenen Fragen später vom Rundfunkrat im Rahmen seiner Sachverhaltsermittlung ohnehin untersucht werden. Daher erscheinen Nachfragen des Rundfunkrats bei der Intendantin sinnvoll.
- b) Eine bestimmte Fragestellung, die sich aus den Drei-Stufen-Test-Kriterien ergibt, wird nicht behandelt. Ein Begründungsmangel liegt etwa vor, wenn ein mit einem geplanten Angebot vergleichbares öffentlich-rechtliches Angebot bereits vorhanden ist, aber im Angebotskonzept nicht erörtert wird, warum das neue Angebot gleichwohl einen Beitrag zum publizistischen Wettbewerb darstellt.
- c) **Kosten** werden nur pauschal beziffert, ohne hinreichend zwischen Teilangeboten zu differenzieren; einzelne Kostenfaktoren werden nicht angegeben.

Der Rundfunkrat sollte bei solchen nicht hinreichend konkreten Angaben die Intendantin um Ergänzung des Antrags bitten.

1.2.3. Zusätzliche Genehmigungsvorlage?

Die vorliegenden Satzungsentwürfe unterscheiden begrifflich zwischen dem Angebotskonzept und einer – möglicherweise nicht für die Veröffentlichung vorgesehenen – so genannten *Genehmigungsvorlage*, die dem Rundfunkrat zeitgleich mit der Einstellung ins Internet von der Intendantin vorgelegt werden und dann Gegenstand der Beratungen sein soll.³⁹²

Für diese weitere Kategorie findet sich jedoch – bis auf den notwendigen Schutz von Geschäftsgeheimnissen – im Gesetz keine Grundlage. Vielmehr erscheint es zweifelhaft, ob der Rundfunkrat eine über das Angebotskonzept hinausgehende Genehmigungsvorlage zum Gegenstand seiner Entscheidung machen dürfte. Der Rundfunkrat hat zur Eröffnung des Verfahrens das Vorhaben zu veröffentlichen, um Dritten *in geeigneter Weise Gelegenheit zur Stellungnahme* zu geben.³⁹³ Dies dürfte nur dann möglich sein, wenn die **vollständige Angebotsbeschreibung veröffentlicht** wird.³⁹⁴ Aus Transparenzgesichtspunkten und um umfassendes rechtliches Gehör zu gewähren, schließt dies auch die Veröffentlichung der vollständigen Begründung ein.³⁹⁵ Lediglich zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen der Intendantin oder Dritter – so z. B. von Vertragspartnern der Rundfunkanstalt – kann hierbei gegebenenfalls eine Ausnahme gemacht werden.³⁹⁶ Zudem könnte eine nicht veröffentlichte Genehmigungsvorlage Zweifel an der notwendigen Unabhängigkeit des Rundfunkrats bei der Entscheidungsfindung wecken und sollte auch daher vermieden werden.

³⁹² Vgl. Satzungsentwurf ARD-Gemeinschaftsangebote, Ziff. II (4) und (7).

³⁹³ § 11f Abs. 5 Satz 1 und Satz 2 RStV-E.

³⁹⁴ Die Gelegenheit zur Stellungnahme bezieht sich nämlich auf alle Aspekte des Vorhabens und ist nicht inhaltlich z. B. nur auf mögliche marktliche Auswirkungen beschränkt, dazu B.2.4. Siehe zum Thema der Geschäftsgeheimnisse unten B.3.3.2

³⁹⁵ Vgl. u. a. den Hinweis in der Amtliche Begründung auf möglichst durchgängige Transparenz des Prüfverfahrens, § 11f Abs. 6 RStV-E: "*Im Sinne eines durchgehend transparenten Verfahrens...*".

³⁹⁶ Hierzu B.3.3.1.

1.3. Ist das Angebot/sind Teilangebote bereits gesetzlich beauftragt?

Bereits nach RStV beauftragt			
Rundfunkprogramme (auch wenn zeitgleich im Internet gestreamt)	Sendungen auf Abruf bis zu sieben Tage nach Ausstrahlung bzw. 24 Stunden bei Großereignissen oder 1. und 2. Bundesliga	Sendungsbezogene Angebote, die in einem Telemedienkonzept beschrieben sind, bis zu 7 Tage nach Ausstrahlung der Sendung.	Zeit- und kulturgeschichtliche Archive (derzeit wohl nicht - jedoch evtl. nach noch erfolgreicher Korrektur durch den Gesetzgeber) ³⁹⁷

Bestimmte (Teil-)Angebote innerhalb eines beantragten Vorhabens können bereits auf gesetzlicher Grundlage zulässig sein und unterliegen also nicht dem Drei-Stufen-Test.³⁹⁸ Es ist verfahrensökonomisch sinnvoll, solche Bestandteile von vornherein aus der Prüfung auszunehmen. Daher sollte auch in der Angebotsbeschreibung dargestellt werden, welche Teile des beantragten Vorhabens das betrifft.

Im Einzelnen müssen also die im Folgenden genannten Angebote nicht nach den Drei-Stufen-Test-Kriterien geprüft werden.

1.3.1. Linear gestreamte Rundfunkprogramme

Die bereits gesetzlich zulässige Veranstaltung von Rundfunkprogrammen schließt auch die zeitgleiche und unveränderte Übertragung von Fernseh- und Hörfunkprogrammen im Internet (lineares Streaming) ein.³⁹⁹ Das gilt

³⁹⁷ Vgl. sogleich unten, B.1.3.3.

³⁹⁸ Vgl. bereits oben A.1.1.1., Abbildung 1.

³⁹⁹ Vgl. § 11a Abs. 2 RStV-E: "Rundfunkprogramme, die über unterschiedliche Übertragungswege zeitgleich verbreitet werden, gelten zahlenmäßig als ein Angebot." Zum Rundfunkbegriff vgl. § 2 Abs. 1 Satz 1 RStV. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass die rundfunkrechtliche Zulässigkeit des Streamens von Rundfunkprogrammen nicht gleichzeitig

auch für den begleitenden Teletext.⁴⁰⁰ Demgegenüber müssen zusätzliche, **ausschließlich im Internet verbreitete Hörfunkprogramme** den Drei-Stufen-Test durchlaufen.⁴⁰¹

1.3.2. Sendungen auf Abruf

Wie in Teil A beschrieben,⁴⁰² gilt für den Telemedienauftrag ein abgestuftes System, wonach der Abruf von Sendungen und sendungsbezogenen Telemedien bis zu sieben Tagen bereits gesetzlich beauftragt ist und damit nicht den Drei-Stufen-Test durchlaufen muss. Dies gilt also insbesondere für nur kurzfristig zum Abruf bereitgehaltene Hörfunk- und Fernsehsendungen (Letzteres wird auch catch-up-tv genannt).

§ 11d Abs. 2 Nr. 1: "Der Auftrag nach Absatz 1 umfasst das Angebot von (...) Sendungen von Programmen auf Abruf bis zu sieben Tage nach deren Ausstrahlung, Sendungen auf Abruf von Großereignissen gemäß § 4 Abs. 2 RStV sowie von Spielen der 1. und 2. Fußball-Bundesliga bis zu 24 Stunden danach."

Mit der unglücklichen Formulierung "Sendungen von Programmen auf Abruf bis zu sieben Tage nach deren Ausstrahlung" ist ganz offensichtlich die Bereitstellung von Sendungen aus Rundfunkprogrammen zum individuellen Abruf gemeint.⁴⁰³ Zur *Sieben-Tage-Frist* führt die Amtliche Begründung aus,

auch die urheberrechtliche Zulässigkeit einer solchen Nutzung der Programminhalte bedeutet. Das muss vielmehr mit den Urhebern und Leistungsschutzberechtigten so vereinbart worden sein.

⁴⁰⁰ Vgl. Amtliche Begründung zu § 11b RStV-E a. E.

⁴⁰¹ § 11c Abs. 2 RStV-E.

⁴⁰² Siehe oben, A.1.1.1.

⁴⁰³ Gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 1 RStV-E "Rundfunkprogramm" (bzw. "Programm") ist eine nach einem Sendeplan zeitlich geordnete Folge von Inhalten. "Sendung" ist ein inhaltlich zusammenhängender, geschlossener, zeitlich begrenzter Teil eines Rundfunkprogramms. Die Sendung erfolgt auf Abruf und nicht im Verfahren des automatischen Streaming. Gleichzeitig ist urheberrechtlich die Sendung eines Programms gerade nicht die Zurverfügungstellung zum Abruf, sondern die Ausstrahlung zum Empfang im selben Zeitpunkt vgl. v. Ungern-Sternberg, in: Schricker, § 20 UrhG Rn. 46.

dass beispielsweise eine Sendung, die am Tag 1 um 20:00 Uhr ausgestrahlt wurde, maximal bis zum Tag 7 um 19:59 Uhr im Angebot verfügbar gehalten werden könne.⁴⁰⁴ Mit der Ausstrahlung ist die Ausstrahlung im Fernsehen oder Hörfunk gemeint, und zwar sowohl die Erstausstrahlung als auch jede Wiederholungsausstrahlung.

Für den Abruf von Übertragungen von (sportlichen) Großereignissen im Sinne von § 4 Abs. 2 RStV und von Spielen der 1. und 2. Fußball-Bundesliga ist nur eine verkürzte 24-Stunden-Frist vorgesehen. **Großereignisse** im Sinne von § 4 Abs. 2 RStV sind 1. Olympische Sommer- und Winterspiele, 2. bei Fußball-Europa- und Weltmeisterschaften alle Spiele mit deutscher Beteiligung sowie unabhängig von einer deutschen Beteiligung das Eröffnungsspiel, die Halbfinalspiele und das Endspiel, 3. die Halbfinalspiele und das Endspiel um den Vereinspokal des Deutschen Fußball-Bundes, 4. Heim- und Auswärtsspiele der deutschen Fußballnationalmannschaft und 5. Endspiele der europäischen Vereinsmeisterschaften im Fußball (Champions League, UEFA-Cup) bei deutscher Beteiligung. Die Amtliche Begründung nennt als Motiv für die sehr enge zeitliche Begrenzung, dass hier höhere Rechtenkosten zu erwarten seien, die im Interesse der Rundfunkgebührenzahler vermieden werden sollten.⁴⁰⁵ Diese Erwägung des Gesetzgebers ist vom Rundfunkrat auch bei der Abwägung im Drei-Stufen-Test zu berücksichtigen, sofern die Beauftragung der Abrufmöglichkeit dieser Sportübertragungen für einen längeren Zeitraum beantragt wird.

⁴⁰⁴ Vgl. Amtliche Begründung zu § 11d Abs. 2 Nr.1 RStV-E.

⁴⁰⁵ Amtliche Begründung zu § 11d Abs. 2 Nr. 1 RStV-E.

1.3.3. Sendungsbezogene Telemedien

§ 11d Abs. 2 Nr. 2 RStV-E: "*Der Auftrag nach Absatz 1 umfasst das Angebot von (...) inhaltlich und zeitlich bis zu sieben Tage danach **auf eine konkrete Sendung bezogenen Telemedien**, soweit auf für die jeweilige Sendung genutzte Materialien und Quellen zurückgegriffen wird und diese Telemedien thematisch und inhaltlich die Sendung unterstützend vertiefen und begleiten, ohne jedoch bereits ein eigenständiges Telemedienangebot nach § 11f Abs. 3 darzustellen.*

Was **sendungsbezogen** ist, definiert § 2 Abs. 2 Nr. 18 RStV-E: "*Angebote, die der Aufbereitung von Inhalten aus einer konkreten Sendung einschließlich Hintergrundinformationen dienen, soweit auf für die jeweilige Sendung genutzte Materialien und Quellen zurückgegriffen wird und diese Angebote thematisch und inhaltlich die Sendung unterstützend vertiefen und begleiten, ohne jedoch bereits ein eigenständiges neues oder verändertes Angebot nach § 11f Abs. 3 darzustellen.*" Darunter fallen auch *rein textliche Wiedergaben eines Sendungsinhalts.*⁴⁰⁶

Der Gesetzgeber hat den **Sendungsbezug sehr eng** beschrieben. Zugleich sind zwar künftig auch *nicht sendungsbezogene* Telemedien erlaubt, aber nur unter strengeren Voraussetzungen (u. a. nach Maßgabe eines Drei-Stufen-Tests). Der *Sendungsbezug* ist also nicht identisch mit dem bislang vorgeschriebenen *Programmbezug* von Online-Angeboten.

So soll bereits bei Verwendung - auch - *anderer Materialien und Quellen* als derjenigen, *die für die jeweilige Sendung genutzt* wurden, kein Sendungsbezug mehr vorliegen.⁴⁰⁷ Wann das Material "für die Sendung genutzt" wurde, ist allerdings nicht näher bestimmt. Insbesondere ergibt sich daraus nicht, dass etwa nur in der Sendung *gezeigtes* Material gemeint ist. Dies wäre

⁴⁰⁶ Vgl. Amtliche Begründung zu § 2 Nr. 18 RStV-E.

⁴⁰⁷ Vgl. Amtliche Begründung. zu § 2 RStV-E: "*Bei der Gestaltung wird gefordert, dass die konkrete Sendung thematisch und inhaltlich vertieft und begleitet wird, was bei einem Rückgriff auf die für die Sendung genutzten Materialien und Quellen gewährleistet ist.*"

auch keine sinnvolle Auslegung, da typischerweise bei sendungsbegleitenden Online-Angeboten verschiedene die Informationen der Sendung vertiefende Materialien und Quellen zusätzlich angeboten werden.

Zudem darf das Angebot nur die *Sendung unterstützend vertiefen und begleiten*. Das ist dann nicht mehr der Fall, wenn sich das Telemedienangebot im Vergleich zur Sendung als "*eigenständig*" darstellt. Zu dieser Beurteilung können auch die oben beschriebenen Kriterien für ein *neues oder verändertes Angebot* gemäß § 11f Abs. 3 RStV-E bzw. den Satzungen entsprechend herangezogen. Das bedeutet zum Beispiel, dass eine sendungsbezogene Webseite nicht eine ganz andere Zielgruppe ansprechen darf als die Sendung.

Sendungsbezogene Telemedien dürfen aufgrund der gesetzlichen Ermächtigung für einen Zeitraum von sieben Tagen nach der Sendung, auf die sie sich beziehen, zum Abruf zur Verfügung stehen. Vorankündigungen in Form von Telemedien vor Ausstrahlung der Sendung sind zeitlich unbegrenzt möglich.⁴⁰⁸ Außerdem ist zu beachten, dass der *zeitliche und inhaltliche Bezug* zu der jeweiligen Sendung ausdrücklich **ausgewiesen** werden muss.⁴⁰⁹ Mit dieser bürokratisch anmutenden Regelung soll es ermöglicht werden, den Sendungsbezug ohne Rechercheaufwand festzustellen.⁴¹⁰

Obgleich sie dem Drei-Stufen-Test nicht unterliegen, sind auch die zeitlich begrenzten sendungsbezogenen Angebote in einem **Telemedienkonzept** zu beschreiben.⁴¹¹

⁴⁰⁸ Vgl. § 11d Abs. 2 Nr. 2 a. E. RStV-E und Amtliche Begründung dazu.

⁴⁰⁹ Vgl. § 11d Abs. 3 Satz 2 RStV-E.

⁴¹⁰ Vgl. Amtliche Begründung zu § 11d Abs. 2 Nr. 2 RStV-E.

⁴¹¹ Vgl. § 11d Abs. 2 Nr. 2 RStV-E.

1.3.4. Nach derzeitigem Wortlaut nicht schon gesetzlich beauftragt: Archive mit zeit- und kulturgeschichtlichen Inhalten

§ 11d Abs. 2 Nr. 4 RStV-E: "*Der Auftrag nach Absatz 1 umfasst das Angebot von (...) Nr. 4: zeitlich unbefristeten Archiven mit zeit- und kulturgeschichtlichen Inhalten nach Maßgabe der gemäß § 11f zu erstellenden Telemedienkonzepte.*"

§ 11f Abs. 1 RStV-E: "*Die in der ARD zusammengeschlossenen Landesrundfunkanstalten (...) konkretisieren die inhaltliche Ausrichtung ihrer Telemedien nach § 11d Abs. 2 Nr. 3 und 4 jeweils in Telemedienkonzepten (...).*" in Verbindung mit § 11f Abs. 4 RStV-E: "*Ist ein neues Angebot oder die Veränderung eines bestehenden Angebots nach Absatz 1 geplant,*" ist ein Drei-Stufen-Test durchzuführen.

Die oben zitierte Formulierung des § 11d Abs. 2 Nr. 4 RStV-E deutet darauf hin, dass in einem Telemedienkonzept beschriebene zeit- und kulturgeschichtliche Archive bereits gesetzlich beauftragt sein sollten.

Dafür spricht auch die Amtliche Begründung zu § 11d Abs. 2 Nr. 4 RStV-E: "*...die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten [haben] jeweils seit ihrer Gründung Archive mit Ton- und Bilddokumenten angelegt (...), deren Zurverfügungstellung in Form von Telemedien den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft entspricht. (...) Telemedien der Rundfunkanstalten, die sich mit Inhalten dieses Charakters befassen, entsprechen der Beauftragung.*"

Gleichwohl ist nach dem eindeutigen Wortlaut des § 11f Abs. 1 und 4 RStV-E auch für zeit- und kulturgeschichtliche Archive ein Drei-Stufen-Test durchzuführen. Dem Gesetzgeber ist an der einen oder der anderen Stelle ein **Redaktionsversehen** unterlaufen, wobei es wahrscheinlich ist, dass versehentlich der Verweis in § 11f Abs. 4 RStV-E auf die dem Drei-Stufen-Test unterliegenden Angebote zu weit gefasst wurde.

Allerdings lässt sich dies nicht eindeutig feststellen, so dass der Rundfunkrat an den Gesetzeswortlaut gebunden ist. Es bleibt abzuwarten, ob der Gesetzgeber hier zumindest in der Erläuterung zu § 11f Abs. 4 RStV-E noch bis zur Ratifizierung des RStV-E entweder im Gesetz oder in der Amtlichen Begründung eine klarstellende **Änderung vornimmt**,⁴¹² um die anscheinend gewollte Herausnahme der zeit- und kulturgeschichtlichen Archive aus dem Drei-Stufen-Test zu ermöglichen.

Auch wenn der Gesetzgeber keine Änderungen mehr vornimmt, gelten für zeit- und kulturgeschichtliche Archive (als Telemedienangebote) jedenfalls Besonderheiten. Zwar müssen auch sie dann einen drei Stufen-Test durchlaufen. Anders als bei anderen Telemedienangeboten muss bei ihnen aber keine Verweildauer der einzelnen abrufbaren Beiträge angegeben werden.

Deshalb ist es in jedem Fall erforderlich, den Begriff der zeit- und kulturgeschichtlichen Archive näher zu bestimmen. Die **Begriffe Zeitgeschichte** und **Kulturgeschichte** werden in der Amtlichen Begründung unter Verweis auf die allgemeine Wortbedeutung erläutert:⁴¹³

*"Unter **Zeitgeschichte** wird allgemein der geschichtliche Zeitraum, der der Gegenwart unmittelbar vorausgeht, verstanden." Zeitlich wird diese historische Phase im allgemeinen dadurch abgegrenzt, dass die zeitgeschichtlichen Ereignisse von den gegenwärtigen Zeitgenossen noch erlebt wurden.⁴¹⁴*

*"Gegenstand von **Kulturgeschichte** sind nach allgemeiner Ansicht die Entwicklungen und Wandlungen im Bereich des geistig-kulturellen Lebens sowie deren Erforschung und Darstellung. Betrachtet wird das Handeln von Personen, Gesellschaften und Staaten im Hinblick auf kulturelle Muster und Orientierungen sowie deren institutionelle Verfestigung. Kulturgeschichte in diesem Sinn hinterfragt die individuellen und gruppenspezifischen Erfahrungen und Wahrnehmungen, Symbole, Wertesysteme und Sinndeutungen. Zusammenfassend formuliert betrachtet die Kulturgeschichte Ablauf und Wandlung des gesellschaftlichen, geistigen, künstlerischen und wissenschaftlichen Lebens und ist damit Teil der Bildung."*

Nicht eindeutig klären lässt sich, welche Inhalte von § 11d Abs. 2 Nr. 4 RStV-E umfasst sind. Die Amtliche Begründung erklärt es als ein gesellschaftliches Bedürfnis, die seit ihrer Gründung von den Rundfunkanstalten geführten Archive mit Ton- und Bilddokumenten der Öffentlichkeit zur Verfügung zu stellen.⁴¹⁵ Das würde dafür sprechen, sämtliche archivierten Beiträge, die als zeit- oder kulturgeschichtliche Dokumente klassifizieren, hier einzu beziehen. Andererseits würde diese Auslegung nahezu jede in den Archiven befindliche Aufzeichnung erfassen, da ein "Dokument der Zeitgeschichte" jede Quelle oder jedes Beispiel für zeitgeschichtliche Themen sein kann. Ähnliches gilt für "kulturgeschichtliche Dokumente". Das würde eher dafür sprechen, hierunter nur solche Materialien zu verstehen, die sich selbst mit zeit- oder kulturgeschichtlichen Themen auseinandersetzen. Der Wider-

⁴¹² Grundsätzlich gilt der Wortlaut des Gesetzes verbindlich. Bei offensichtlichen Redaktionsfehlern im Gesetz, die dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers entgegenstehen, ist eine einschränkende Auslegung möglich; dies müsste aber in der Amtlichen Begründung klargestellt sein. Vgl. zur Auslegung von Gesetzen Heinrichs in: Palandt (2009), Einleitung, Rn. 40ff.

⁴¹³ Vgl. Amtliche Begründung zu § 11d Abs. 2 Nr. 4 RStV-E, die auf die entsprechenden Definitionen im Brockhaus-Lexikon verweist.

⁴¹⁴ Vgl. Conrad (1999), 220ff.

⁴¹⁵ Amtliche Begründung zu § 11d Abs. 2 Nr. 4 RStV-E.

spruch lässt sich möglicherweise dadurch auflösen, dass nur solche zeitgeschichtlichen Dokumente erfasst werden, die "wichtige, prägende oder herausragende" zeitgeschichtliche Ereignisse betreffen. Auch diese Kriterien sind aber denkbar subjektiv. Eine genaue Definition der Inhalte, die von § 11d Abs. 2 Nr. 4 RStV-E erfasst sind, lässt sich gegenwärtig aber nicht finden und wird deshalb anhand konkreter Bezugnahmen auf die Vorschrift zu entwickeln sein.

1.4. Ist das Angebot/sind Teilangebote bereits aufgrund gesetzlicher Beschränkungen nicht zulässig?

Bestimmte gebührenfinanzierte Telemedienangebote bzw. Teile davon sind aufgrund der neuen detaillierten **gesetzlichen Beschränkungen** unzulässig. Das ist allgemein für alle Telemedienangebote zu beachten. Falls der Rundfunkrat im Drei-Stufen-Test feststellt, dass unzulässige Angebote (oder unzulässige Teilaspekte eines Angebots) im Angebotskonzept enthalten sind, muss er sie als nicht genehmigungsfähig aus der Drei-Stufen-Prüfung herausnehmen. Es erscheint sinnvoll, möglichst noch vor der Veröffentlichung des Angebots zu prüfen, ob dies der Fall sein könnte. So kann der Rundfunkrat der Intendantin, falls es Anlass zu entsprechenden Rückfragen gibt, Gelegenheit geben, vor Verfahrenseröffnung den Antrag entsprechend zu ergänzen oder zu korrigieren.

Im Folgenden wird ein Prüfraster für die Ausschlussstatbestände vorgeschlagen. Grundsätzlich ist bei den gesetzlichen Verboten zu beachten, dass mehrere Auslegungsmöglichkeiten dieser Regelungen in Frage kommen können, von denen dann mit Rücksicht auf die Rundfunkfreiheit der Rundfunkanstalten der verfassungskonformen Auslegung der Vorzug zu geben ist.⁴¹⁶

⁴¹⁶ Siehe oben A.1.3.2.

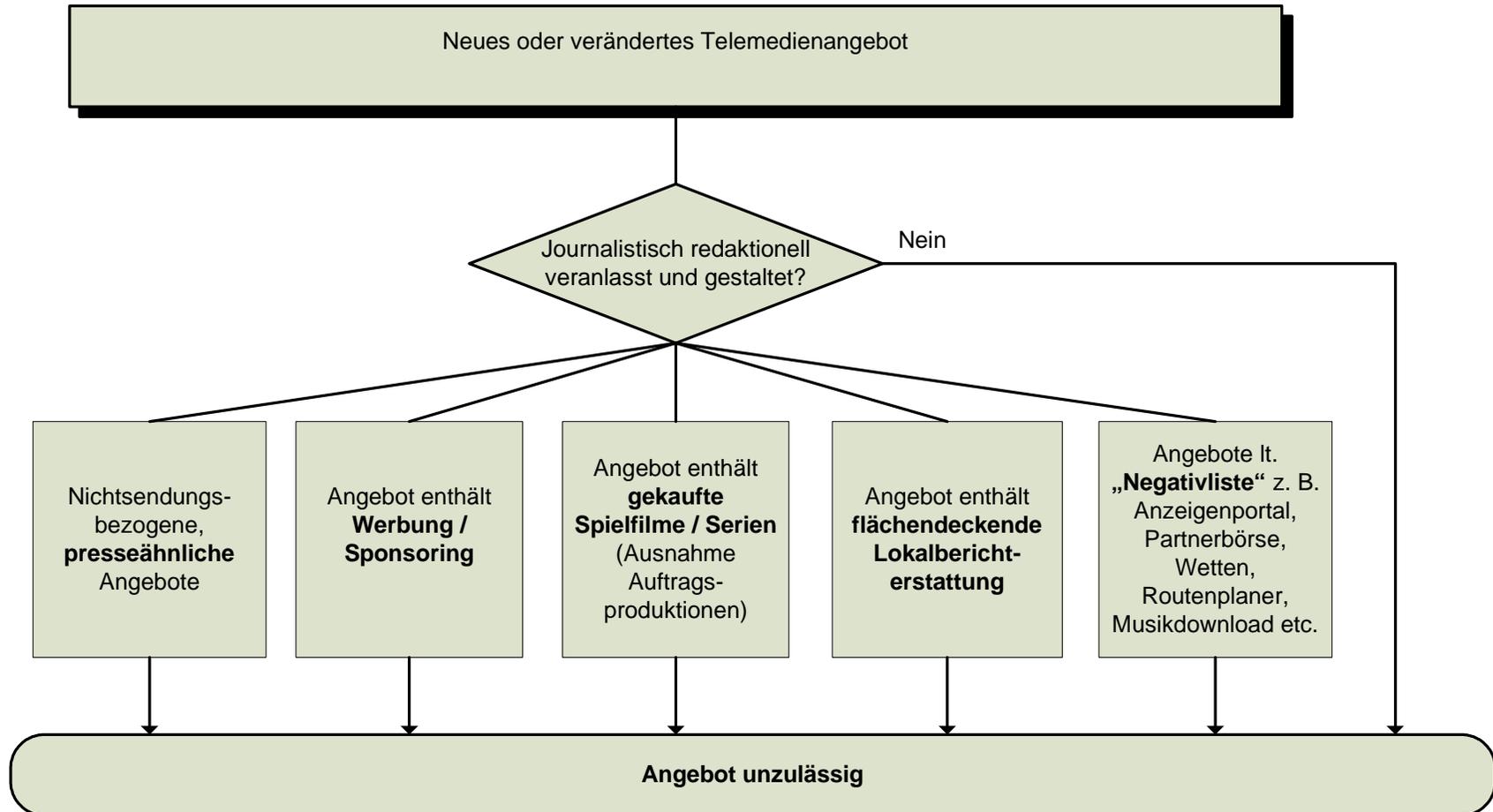


Abbildung 23: Gesetzlich unzulässige Angebote nach dem RStV-E

1.4.1. Zulässig sind nur journalistisch-redaktionell veranlasste und journalistisch-redaktionell gestaltete Angebote.⁴¹⁷

Alle Telemedienangebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks müssen journalistisch-redaktionell veranlasst und gestaltet sein.⁴¹⁸

Journalistisch-redaktionell beschreibt nach der Amtlichen Begründung⁴¹⁹ "eine planvolle Tätigkeit mit dem Ziel der Herstellung und zeitnahen Weitergabe eines Angebots, das den **Anforderungen des § 11 als Beitrag zur Meinungsbildung** genügt. Als *journalistisch-redaktionelle Tätigkeitsschwerpunkte* kommen demnach insbesondere die *recherchierende Sammlung, die auswählende und gewichtende Bewertung recherchierter Quellen sowie die systematisierende und strukturierende sprachliche oder sonstige Aufbereitung in Betracht.*"

Der Begriff **journalistisch-redaktionell** nimmt also Bezug auf das bereits bisher geltende Verständnis des Funktionsauftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, zur Meinungsbildung beizutragen, indem Inhalte professionell journalistisch aufbereitet und verbreitet werden. Dieser Grundsatz kommt in verschiedenen Bestimmungen zum Ausdruck.⁴²⁰ Zudem sind zum Begriff *journalistisch-redaktionell* von der rundfunkrechtlichen Rechtsprechung eine Fülle von ähnlichen Kriterien entwickelt worden. Dazu zählen etwa folgende Merkmale: Auswahl und Strukturierung; journalistische Arbeitsweise; redaktionelle Organisation; gesellschaftliche Relevanz; Ausrichtung an Tatsachen,

Aktualität und Professionalisierung.⁴²¹ Bei der Ausfüllung dieses Begriffs speziell für den Telemedienbereich kann der Rundfunkrat auch auf Anregungen aus den aktuellen Fachdiskussionen zum Thema Journalismus im Internet zurückgreifen.

Das Kriterium der **journalistisch-redaktionellen Veranlassung** betrifft den Anlass und Gegenstand der Berichterstattung. Es kann nach der Amtlichen Begründung bejaht werden, *wenn der journalistisch-redaktionell gestaltete Gegenstand öffentliche Relevanz aufweist.*⁴²² Das ist möglicherweise bei reinen Privatangelegenheiten nicht gegeben. Jedoch dürfte die Einordnung eines gesamten Angebots als nicht *journalistisch-redaktionell veranlasst* schon dank der unbestimmten Weite dieses Begriffs eher selten in Betracht kommen.

Journalistisch-redaktionelle Gestaltung ist nach der Amtlichen Begründung anzunehmen, wenn das für das Angebot *ausgewählte Material in eigenständiger Weise in Text, Bild oder Ton geformt wird.* Die Begründung nennt (in Anlehnung an das Einstellungsbeschreiben der Europäischen Kommission) Beispiele, für welche Angebotsformen dies nicht erfüllt ist: "*zufällige Ansammlungen*" – beispielhaft werden dafür *unredigierte Chats* und *Messengergebnisse* genannt, *nicht bearbeitete Wiedergaben (Web-Kamera, Foto-Galerie)* oder *nicht gewichtete Inhalte (aufgelistete Agenturmeldungen).*

Hier dürfte nicht bereits ein einzelnes nicht journalistisch-redaktionell gestaltetes Teilelement das gesamte Angebot unzulässig machen, sondern es vielmehr nach dem Sinn und Zweck der Regelung auf die Beurteilung des **Gesamtangebots** ankommen.

⁴¹⁷ § 11d Abs. 1 RStV-E.

⁴¹⁸ § 11d Abs. 1 RStV-E. Das Erfordernis "*journalistisch-redaktioneller Gestaltung*" wird, im Zusammenhang mit der Änderung der Rundfunkdefinition im RStV, auch für Rundfunkprogramme eingeführt, vgl. § 2 Abs.3 Nr. 4 RStV-E.

⁴¹⁹ Amtliche Begründung zu § 11d Abs. 1 RStV-E.

⁴²⁰ Zum Funktionsauftrag vgl. ausführlich oben A.1.1.2 und die Abbildung 2. Vgl. auch die Programmgrundsätze in §§ 4, 4a und 5 WDR-Gesetz z. B. die Anforderungen zur Sicherung journalistischer Qualitätsstandards in den Programmleitlinien des WDR gemäß § 4a Abs. 1 WDR-Gesetz (z. B. 3. Spiegelstrich: "*Grundsätze zur Sicherung journalistischer und qualitativer Standards*").

⁴²¹ Vgl. ausführlich mit weiteren Nachweisen dazu Held in: Hahn/Vesting (2008), § 54 RStV, Rz. 48ff. Gersdorf bezieht das Merkmal *journalistisch-redaktionell gestaltet* dagegen auf die Gestaltung eines wie auch immer gearteten Gesamtprogramms, Gersdorf (2007), 70.

⁴²² Amtliche Begründung zu § 11d Abs. 1 RStV-E.

1.4.2. Keine nichtsendungsbezogenen presseähnlichen Angebote

Nichtsendungsbezogene presseähnliche Telemedienangebote sind den Rundfunkanstalten nicht gestattet.⁴²³ Wie oben erläutert, hat der Gesetzgeber an dieser Stelle eine Abgrenzung zu möglicherweise der Pressefreiheit unterliegenden Angeboten unternommen.⁴²⁴

Nach dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift gilt das Verbot presseähnlicher Angebote **nur für die nichtsendungsbezogenen**, nicht aber für sendungsbezogene Angebote. Sendungsbezogen sind z. B. auch **rein textliche Wiedergaben eines Programm-Mitschnitts** zulässig.⁴²⁵ Der Begriff des Sendungsbezugs ist bereits oben in B.1.3.3 näher ausgeführt.

Vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 19 RStV-E: "(...) ein **presseähnliches** Angebot [umfasst] nicht nur elektronische Ausgaben von Printmedien, sondern alle journalistisch-redaktionell gestalteten Angebote, die **nach Gestaltung und Inhalt Zeitungen oder Zeitschriften entsprechen**."

Gemäß der Amtlichen Begründung

- soll damit der Tendenz begegnet werden, dass von Rundfunkanstalten angebotene nichtsendungsbezogene Telemedien den inhaltlichen und gestalterischen Schwerpunkt in Texten setzen;
- kann dies vermieden werden, wenn der Schwerpunkt dieser Angebote in einer Hörfunk- und/oder fernsehähnlichen Gestaltung liegt;

⁴²³ Vgl. § 11d Abs. 2 Nr. 3 RStV. Von einem Verbot "sendungsbezogener presseähnlicher Angebote" wurde offenbar nur deshalb abgesehen, weil der Gesetzgeber davon ausgeht, dass sendungsbezogene Angebote nicht "presseähnlich" sein können. Ansonsten wäre die Differenzierung schwer nachvollziehbar. Für die Annahme, dass der Gesetzgeber bei sendungsbezogenen Telemedien davon ausgeht, dass diese nicht presseähnlich sind, spricht auch die Amtliche Begründung zu § 11f Abs. 2 Nr. 3: "Bei Telemedien sind presseähnliche Angebote unzulässig."

⁴²⁴ Siehe oben A.1.1.2.5.1.

⁴²⁵ Vgl. Amtliche Begründung zu § 2 Nr. 18 RStV-E, wonach ein sendungsbezogenes Telemedienangebot "über die rein textliche Wiedergabe des Sendungsinhalts hinausgehen kann".

- dürfen aber auch nichtsendungsbezogene Telemedienangebote der Rundfunkanstalten Texte aufweisen. Texte würden beispielsweise benötigt, um dem Nutzer den zielgerichteten Zugriff auf ein Telemedium zu ermöglichen, oder um durch Ton und Bild dargestellte Gestaltungselemente kognitiv erfassbar zu machen;
- ist es angemessen, dass nichtsendungsbezogene Telemedien eine dem jeweiligen Thema entsprechende Kombination von Text, Ton und Bild aufweisen.⁴²⁶

Zusammenfassend: Ein nichtsendungsbezogenes Angebot muss eine dem **konkreten Thema entsprechende rundfunk-typische Kombination von Text, Ton und Bild aufweisen** und darf den **gestalterischen Schwerpunkt nicht in den Texten** setzen.

1.4.3. Keine Werbung und kein Sponsoring

Werbung und Sponsoring sind, wie bereits bisher, in Telemedienangeboten der Rundfunkanstalten unzulässig.⁴²⁷ Die Definition von Werbung findet sich in § 2 Abs. 2 Nr. 5 RStV. Sponsoring ist definiert in § 2 Abs. 2 Nr. 7 RStV.

⁴²⁶ Amtliche Begründung zu § 2 Abs. 2 Nr. 19 RStV-E.

⁴²⁷ § 11d Abs. 5 Satz 1 RStV-E. Vgl. bereits § 3 Abs. 1 Satz 3 WDR-Gesetz.

1.4.4. Keine Angebote auf Abruf von angekauften Spielfilmen und angekauften Folgen von Fernsehserien, die keine Auftragsproduktionen sind⁴²⁸

Angekaufte Spielfilme und Fernsehserien sind Formate, die reine Kaufproduktionen, also weder Auftragsproduktionen noch echte Ko-Produktionen sind.

Eine *Auftragsproduktion* liegt vor, wenn die Durchführung der Herstellung eines Films ganz oder teilweise einem anderen übertragen wird.⁴²⁹ Fernsehproduktionen stellen meist entweder Eigenproduktionen des Senders oder Auftragsproduktionen dar. Sender beteiligen sich aber auch gelegentlich als Ko-Produzenten an Spielfilm- oder TV-Produktionen. Dann sind sie Mithersteller des betreffenden Films. Echte Ko-Produktionen sind entsprechend nicht als "angekauft" anzusehen. Allein die angekauften Produktionen, bei denen der Sender weder als (Mit-)Hersteller noch als Auftraggeber tätig war, sind demnach von dem Verbot umfasst.

1.4.5. Keine flächendeckende lokale Berichterstattung⁴³⁰

Zum Verbot *flächendeckender lokaler Berichterstattung* in Telemedienangeboten und seiner Begründung findet sich in der Amtlichen Begründung kein Hinweis. Der Begriff "flächendeckende lokale Berichterstattung" ist aber durchaus interpretationsbedürftig.

Nachrichten und sonstige Meldungen mit einem lokalen Schwerpunkt stellen einen wichtigen Bereich für Zeitungen und andere Presseorgane und ihre Telemedienangebote dar. Es lässt sich vermuten, dass der Begriff der "loka-

len Berichterstattung" an entsprechende Angebote der Zeitungsverlage (Lokalteil einer Zeitung) angelehnt ist. Bei der Abgrenzung könnte sich der Rundfunkrat also daran orientieren, welche Inhalte typischerweise Gegenstand der Berichterstattung durch lokale Tageszeitungen sind.

Aus der Entstehungsgeschichte dieses Verbotstatbestands, der sich bereits in den Selbstverpflichtungen gegenüber der Europäischen Kommission findet,⁴³¹ ist bekannt, dass es insbesondere um die elf "Lokalzeiten" des WDR ging, bei denen umstritten war, ob sie als lokale oder eher als regionale Berichterstattung einzuordnen sind.

Bei der Auslegung dieses Verbots ist zu berücksichtigen, dass es ganz wesentlich zum Auftrag des WDR (wie auch der anderen Landesrundfunkanstalten) gehört, **regionale** Berichterstattung zu leisten.⁴³² Insofern darf das Verbot nicht so ausgelegt werden, dass der WDR darin eingeschränkt wird, Telemedienangebote zu veranstalten, die eine regionale, d. h. überörtlich für die Nutzer relevante Berichterstattung bieten. In diesem Zusammenhang ist es interessant, dass zum Beispiel für BBC-Angebote weitaus differenziertere Betrachtungen angestellt werden. So hat der BBC Trust soeben für geplante lokale Video-Nachrichtenangebote entschieden, diese Angebote nicht zu genehmigen, wobei er im Rahmen einer umfassenden Kosten-Nutzen-Abwägung insbesondere ein fehlendes Nutzerbedürfnis für das konkret geplante Angebot feststellte.⁴³³

⁴²⁸ § 11d Abs. 5 Satz 2. Dazu Amtliche Begründung: "(...) weil die öffentlich-rechtlichen Angebote nicht in Konkurrenz treten sollen zu kommerziellen Video-on-Demand-Angeboten oder Videotheken. Außerdem soll vermieden werden, dass bei den Rundfunkanstalten hohe Rechtekosten für den Erwerb von Abrufrechten entstehen."

⁴²⁹ Vgl. Schwarz/ Reber in: v. Hartlieb/Schwarz (2004), Kap. 84, Rz. 1.

⁴³⁰ § 11d Abs. 5 Satz 3 RStV-E.

⁴³¹ Vgl. § 11 Abs. 1.2 RStV-E und Einstellungsschreiben, Rz. 341.

⁴³² Vgl. § 4 Abs. 3 WDR-Gesetz und § 11 Abs. 1 Satz 2 RStV.

⁴³³ Vgl. Pressemitteilung des BBC Trust vom 23.02.2009, abrufbar unter: http://www.bbc.co.uk/bbctrust/news/press_releases/2009/local_video_decision.html. Zu den drei weiteren bislang vom BBC Trust durchgeführten förmlichen Public Value Tests, betreffend On-Demand-Abrufdienste, einen HDTV-Kanal sowie ein Digitalangebot in gälischer Sprache vgl. http://www.bbc.co.uk/bbctrust/framework/public_value_test/decisions.html.

1.4.6. Kein Angebot gemäß der Negativliste zu § 11d Abs. 5 Satz 3**Negativliste unzulässiger Angebote nach § 11d Abs. 5 Satz 3 RStV-E**

1. Anzeigenportale, Anzeigen oder Kleinanzeigen;
2. Branchenregister und -verzeichnisse;
3. Preisvergleichsportale sowie Berechnungsprogramme (z. B. Preisrechner, Versicherungsrechner);
4. Bewertungsportale für Dienstleistungen, Einrichtungen und Produkte;
5. Partner-, Kontakt-, Stellen- oder Tauschbörsen;
6. Ratgeberportale ohne Sendungsbezug;
7. Business-Networks;
8. Telekommunikationsdienstleistungen im Sinne von § 3 Nr. 24 Telekommunikationsgesetz;⁴³⁴
9. Wetten im Sinne von § 762 BGB;⁴³⁵
10. Softwareangebote, soweit nicht zur Wahrnehmung d. eigenen Angebots erforderl.;
11. Routenplaner;
12. Verlinkung ohne redaktionelle Prüfung; Verlinkungen sollen ausschließlich der unmittelbaren Ergänzung, Vertiefung oder Erläuterung eines Eigeninhalts (auch von Beteiligungsunternehmen) dienen und nicht unmittelbar zu Kaufaufforderungen führen;
13. Musikdownload von kommerziellen Fremdproduktionen;
14. Spieleangebote ohne Sendungsbezug;
15. Fotodownload ohne Sendungsbezug;
16. Veranstaltungskalender (sendungsbez. Hinweise auf Veranstaltungen sind zulässig);
17. Foren, Chats ohne Sendungsbezug und redaktionelle Begleitung; Foren, Chats unter Programm- oder Sendermarken sind zulässig. Foren und Chats dürfen nicht inhaltlich auf Angebote ausgerichtet sein, die nach den Nummern 1 bis 16 unzulässig sind.

⁴³⁴ Telekommunikationsdienste i. S. v. § 3 Nr. 24 TKG sind in der Regel gegen Entgelt erbrachte Dienste, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen. Ihre Auflistung ist lediglich eine Klarstellung, denn solche Dienste sind ohnehin nicht vom Begriff der Telemedien umfasst.

⁴³⁵ Wetten i. S. v. § 762 BGB sind gegenseitige Versprechen zur Bekräftigung widerstreitender Behauptungen, dass dem, dessen Behauptung sich als richtig erweist, ein Gewinn zufallen soll. Wetten sind auch einseitige Wetten, bei denen nur der eine Partner einen Einsatz macht. Die Wette wird unterschieden vom Spiel, z. B. Glücksspiel, Geschicklichkeitsspiel. Vgl. Sprau in: Palandt (2009), § 762 Rz. 3.

Für die einzelnen Tatbestände gibt die Amtliche Begründung zum RStV-E keinerlei Erläuterungen. Der Begriff des *Sendungsbezugs* ist, wie erläutert, an anderer Stelle definiert.⁴³⁶ Allgemein enthält nach der Begründung des Gesetzgebers die "Negativliste" insbesondere solche Angebote, die **für Erwerbszwecke kommerzieller Anbieter relevant** sind.⁴³⁷ Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist dies allein jedoch kein zulässiges Motiv für eine Begrenzung des Auftrags der Rundfunkanstalten durch den Rundfunkgesetzgeber. Vielmehr müssen sich rundfunkrechtliche Regelungen allein an der Funktion der Rundfunkfreiheit, also der Sicherung der Meinungsvielfalt, orientieren.⁴³⁸ Dieser Aspekt sollte bei der Auslegung der Rechtsbegriffe aus der Negativliste vom Rundfunkrat berücksichtigt werden.⁴³⁹

⁴³⁶ Zum Begriff des *Sendungsbezugs* vgl. oben bereits A.1.3.3.

⁴³⁷ Vgl. Amtliche Begründung zu § 11d Abs. 5 RStV-E a. E.

⁴³⁸ Vgl. dazu oben, A.1.1.2.3.

⁴³⁹ Ein Beispiel hierfür ist die Lehrstellenaktion des WDR, die dieser im Radio-, im Fernseh- aber auch im Internetprogramm unter <http://www.wdr-lehrstellenaktion.de/radio/lehrstellen/> anbietet. Hier stellt sich die Frage, ob eine Börse für Lehrstellen unter den in Ziffer 5 des Negativkatalogs genannten Begriff der "Stellenbörse" zu subsumieren ist. Bei der Auslegung ist zu berücksichtigen, dass es sich um ein sendungsbezogenes Angebot handelt, und dass der WDR im Bereich Jugend und Bildung innerhalb seines Funktionsauftrags handelt. Vor diesem Hintergrund kann eine solche Lehrstellenbörse gegebenenfalls anders zu bewerten sein als eine herkömmliche Stellenbörse.

2. PHASE: Verfahrenseröffnung

Verfahrenseröffnung durch den Rundfunkrat

- Zeitlicher Ablaufplan
- Formeller Beschluss über Verfahrenseröffnung
- Veröffentlichung des "Vorhabens"
- Gelegenheit zur Stellungnahme Dritter
- ggf. Verschwiegenheitserklärungen

Sobald dem Rundfunkrat eine – hinreichend konkrete⁴⁴⁰ – Angebotsvorlage vorliegt, besteht der **nächste gesetzliche Verfahrensschritt** darin, dass **er das Vorhaben veröffentlicht** und zugleich **Dritten Gelegenheit zur Stellungnahme** zu den Anforderungen des Drei-Stufen-Tests gibt.⁴⁴¹ Zusätzlich sehen die Satzungsentwürfe vor, dass der Rundfunkrat noch vor der Veröffentlichung einen **zeitlichen Ablaufplan erstellt** und die **Einleitung des Genehmigungsverfahrens beschließt**.⁴⁴² Schließlich sehen die Satzungsentwürfe zum Teil schriftliche **Vertraulichkeitserklärungen** für die Rundfunkratsmitglieder vor, mit Hilfe derer der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im Verfahren abgesichert werden soll.

In chronologischer Reihenfolge sind damit folgende Schritte erforderlich:

2.1. Zeitlicher Ablaufplan

Die Satzungsentwürfe sehen vor, dass der Rundfunkrat für jedes Projekt einen Ablaufplan erstellt (für ARD-Gemeinschaftsangebote jeweils in Abstimmung mit der GVK).⁴⁴³

Im Rahmen der laufenden Genehmigungsverfahren des MDR für zwei KIKA-Onlineangebote und des NDR für die NDR Mediathek hat jeweils der Rundfunkrat einen solchen Zeitplan erstellt. Neben der zeitlichen Strukturierung des Verfahrens können die Ablaufpläne dazu dienen, die verschiedenen Aufgaben der Vorbereitung und Entscheidungsfindung sowie die Mitwirkung der verschiedenen Stellung nehmenden Gremien vorab zuzuordnen und zu **koordinieren**. Der Ablaufplan kann demnach dabei helfen, das komplexe Verfahren zu organisieren.

Allerdings ergibt sich aus dem in Teil A dargelegten Erfordernis einer eigenständigen Beurteilungsentscheidung des Rundfunkrats, vor allem dem Gebot umfassender Sachverhaltsermittlung, dass es sinnvoll ist, **ausreichende und dem Fall angemessene Fristen zu wählen**. Im Lauf des Verfahrens neu ermittelte Sachverhaltsmomente oder neue Argumente können weitere Recherchen erforderlich machen, die im Rahmen des vorgegebenen Zeitplans möglich sein sollten.

Aufgrund des Erfordernisses der Unabhängigkeit und Eigenständigkeit der Beurteilungsentscheidung sollte der Rundfunkrat auch sicherstellen, dass **ausreichend Möglichkeit für die Beratung** im Plenum nicht nur einer "letzten" Entscheidungsvorlage, sondern auch etwa von Vorentwürfen der Entscheidung, des externen Marktgutachtens, der Stellungnahmen Dritter sowie der Stellungnahmen der Intendantin, des Programmbeirats und anderer gewährleistet ist.⁴⁴⁴ Es empfiehlt sich ferner, **möglichst frühzeitig** im Verfahrensverlauf Vorentwürfe der Entscheidung, die ggf. vom WDR-Rundfunkrat oder vom Bericht erstattenden Arbeitskreis entworfen werden,⁴⁴⁵ zur Beratung zu stellen und dann sukzessive im Verfahrensverlauf weiterzuentwickeln. Diese Faktoren sollten bei der Entwicklung des Ablaufplans berücksichtigt werden.

⁴⁴⁰ Zu den Erfordernissen, denen die Angebotsvorlage genügen muss, siehe oben, B.1.2.

⁴⁴¹ Vgl. § 11f Abs. 5 Satz 1 und 2 RStV-E.

⁴⁴² Vgl. Satzungsentwurf ARD-sendereigene Angebote, I 2.

⁴⁴³ Satzungsentwurf ARD-Gemeinschaftsangebote, II Abs. 2 Satz 1.

⁴⁴⁴ Vgl. zur Entscheidungsfindung auch unten, B.4.2.

⁴⁴⁵ Zur Frage der Übertragung von Aufgaben im Rahmen der Entscheidungsvorbereitung siehe oben, A.1.4.3.

Der Rundfunkstaatsvertrag enthält keine Vorgabe für die **Gesamtdauer** des Drei-Stufen-Testverfahrens. Die Satzungsentwürfe sehen dazu vor, dass Drei-Stufen-Tests, beginnend mit der Zuleitung der ausgearbeiteten Vorlage an den Rundfunkrat, **innerhalb von sechs Monaten abgeschlossen sein sollen**.⁴⁴⁶ Diese Frist hätten demnach die Rundfunkräte nach Verabschiedung der Satzungen verbindlich zu beachten, es sei denn, es läge aus konkreten Gründen ein begründeter Ausnahmefall für eine längere Verfahrensdauer vor.⁴⁴⁷

Zwar erscheint im Interesse der möglichst baldigen Umsetzbarkeit eines geplanten Angebots gerade im schnelllebigen Bereich neuer Medien eine zeitliche Begrenzung der Verfahrensdauer sinnvoll.⁴⁴⁸ Jedoch wird der notwendige Verfahrensaufwand voraussichtlich stark vom konkreten Einzelfall sowie von dem Umstand abhängen, ob es sich um ein sendereigenes oder um ein Gemeinschaftsangebot handelt. Bei Letzterem sollen bekanntlich auch diverse zusätzliche Stellungnahmen in den Entscheidungsprozess einbezogen werden.⁴⁴⁹

Die in den Satzungsentwürfen vorgesehene **6-Monats-Frist** ist offenbar dem Public Value Test-Verfahren durch den BBC Trust entlehnt. Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, dass das Verfahren dort erst nach einem komplexen Vorverfahren eröffnet wird, in dem die hinreichende Konkretisierung des Antrags der BBC, im intensiven Austausch zwischen Trust, Ofcom und der antragstellenden BBC, sichergestellt wird. Für diese Verfahrensabschnitte vor Eröffnung des Prüfverfahrens werden beim BBC Trust mehr als 3 Monate eingeplant. Ein entsprechend ausreichendes Zeitfenster für das Vorprüfverfahren sollte daher auch bei der Bemessung der Sechs-Monats-

⁴⁴⁶ Vgl. Satzungsentwurf ARD-Gemeinschaftsangebote, Ziffer II Abs. 13.

⁴⁴⁷ Der Begriff "sollen" bedeutet im Verwaltungsrecht "müssen", sofern kein begründeter Ausnahmefall vorliegt, vgl. BVerwGE 49, 16, 23; 90, 88, 93.

⁴⁴⁸ So auch Martini (2008), 1483.

⁴⁴⁹ Vgl. Satzungsentwurf ARD-Gemeinschaftsangebote Ziff. II 4: Übermittlung der Vorlage an die ARD-Vorsitzenden, die Gremienvorsitzendenkonferenz (GVK) und den Programmbeirat Erstes Deutsches Fernsehen.

Frist berücksichtigt werden. Der Rundfunkrat könnte aber auch erwägen, die Möglichkeit längerer Verfahrensfristen vorzusehen, was sicherlich vor allem für die notwendige Abstimmung bei Gemeinschaftsangeboten sinnvoll sein könnte. So rechnet etwa das ZDF angesichts der Komplexität der Drei-Stufen-Tests mit einer Verfahrensdauer von ca. einem Jahr.⁴⁵⁰

2.2. Beschluss über die Verfahrenseröffnung

Die Satzungsentwürfe sehen vor, dass bei jedem Drei-Stufen-Test der Rundfunkrat die Einleitung des Verfahrens förmlich beschließt.⁴⁵¹

Das erscheint schon deshalb geboten, weil der Rundfunkrat mit der Verfahrenseinleitung zugleich feststellt, dass ein neues oder geändertes Angebot geplant ist (außer im Fall der Bestandsprüfung) und ein hinreichend konkretes Angebotskonzept vorliegt (dies auch im Fall der Bestandsprüfung).⁴⁵² Die Einleitung des Prüfverfahrens erscheint auch insofern als eine Zäsur, als von diesem Zeitpunkt an besondere Anforderungen an die Unabhängigkeit des Rundfunkrats als Prüfungsgremium zu beachten sind. Zudem ist selbst ohne ausdrückliche Regelung in der Satzung die Einleitung des Verfahrens als eine wesentliche Angelegenheit anzusehen, für die ein Beschluss des Rundfunkrats erforderlich ist.⁴⁵³

Es gelten dafür die allgemeinen Vorschriften des WDR-Gesetzes, der WDR-Satzung und der Geschäftsordnung des WDR-Rundfunkrats zur Beschlussfassung.⁴⁵⁴

⁴⁵⁰ Vgl. Eberle (2008).

⁴⁵¹ Vgl. Satzungsentwurf ARD-Gemeinschaftsangebote, Ziff. II; Satzungsentwurf BR und Satzungsentwurf NDR, jeweils Ziff. II 2.

⁴⁵² Siehe oben, B.1.

⁴⁵³ Vgl. § 16 Abs. 2 Satz 1 WDR Gesetz: "Der Rundfunkrat beschließt über alle Fragen von grundsätzlicher Bedeutung für die Anstalt" sowie § 16 Abs. 5 WDR-Gesetz: "Der Rundfunkrat beschließt [...] über die Zustimmung zu allen Maßnahmen, die von grundsätzlicher Bedeutung für das Programm oder die Entwicklung des WDR sind."

⁴⁵⁴ Vgl. insbesondere § 18 WDR-Gesetz, § 9 Abs. 1 WDR-Satzung, § 7 Geschäftsordnung des WDR-Rundfunkrats.

2.3. Veröffentlichung der Angebotsbeschreibung

Der Rundfunkrat hat das Vorhaben zu veröffentlichen.⁴⁵⁵ Die Veröffentlichung dient insbesondere dazu, Dritte über das Verfahren zu informieren und ihnen **Gelegenheit zur Stellungnahme** zu geben (dazu sogleich unten B. 2.4).

Die Stellungnahmen dienen der möglichst umfassenden Information des Rundfunkrats (siehe dazu sogleich unten).⁴⁵⁶ Es liegt daher im Interesse eines funktionsgerechten Verfahrens sicherzustellen, dass möglichst viele Bürger und interessierte Dritte, wie z. B. Unternehmen oder Verbände, von der Veröffentlichung Kenntnis erhalten. Daher ist es sinnvoll, dass die Rundfunkräte neben der Veröffentlichung auf ihrer Internetseite jeweils auch eine Pressemitteilung mit dem Hinweis auf die Möglichkeit zur Stellungnahme herausgeben.⁴⁵⁷ Im Rahmen der laufenden Prüfverfahren des MDR-Rundfunkrats sowie des NDR-Rundfunkrats wurde außerdem von Seiten Dritter angeregt, alle Angebotsvorlagen für Drei-Stufen-Test Verfahren auf einer **zentralen Webseite aller ARD-Anstalten** zu veröffentlichen.

2.4. Aufforderung an Dritte zur Stellungnahme innerhalb einer Frist von mindestens 6 Wochen

§ 11f Abs. 5 RStV-E: *"Zu den Anforderungen des Absatzes 4 ist vor Aufnahme eines neuen oder veränderten Angebots durch das zuständige Gremium Dritten in geeigneter Weise, insbesondere im Internet, Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Die Gelegenheit zur Stellungnahme besteht innerhalb einer Frist von mindestens sechs Wochen nach Veröffentlichung des Vorhabens."*

⁴⁵⁵ § 11f Abs. 5 Satz 2 RStV-E.

⁴⁵⁶ Vgl. Amtliche Begründung zu § 11f Abs. 5 RStV-E, 3. Satz: "(...) weil dies allein der Information der Gremienmitglieder dient."

⁴⁵⁷ So z. B. vorgesehen im Satzungsentwurf NDR, Ziff. II 2.

Der Rundfunkrat gibt also – sinnvollerweise zusammen mit der Veröffentlichung der Angebotsvorlage – **Dritten Gelegenheit zur Stellungnahme** und setzt eine **Frist zur Abgabe** dieser Stellungnahmen fest.

Die Gelegenheit zur Stellungnahme steht allen **Dritten** offen.⁴⁵⁸ Der Kreis der *Dritten* ist nicht eingegrenzt und umfasst demnach neben privaten Medienanbietern auch Interessenverbände, zivilgesellschaftliche Gruppen, sonstige Mitglieder der Öffentlichkeit und auch Individualpersonen.

Die Gelegenheit zur Stellungnahme muss **in geeigneter Weise** geboten werden. Was darunter zu verstehen ist, hat der Gesetzgeber der Interpretation durch die Verfahrenssatzungen bzw. Konkretisierung durch den Rundfunkrat überlassen. Das heißt einmal, dass den Dritten Stellungnahmen zu dem Angebotskonzept ermöglicht und nicht unangemessen erschwert werden sollten. Daher sollte, wie bereits ausgeführt, die Veröffentlichung der Angebotsbeschreibung gut auffindbar sein und die Stellungnahme nicht durch unangemessene formale Bedingungen erschwert werden.

Insofern sehen die Satzungsentwürfe als formale Bedingungen lediglich vor, dass in den Stellungnahmen eventuelle Geschäftsgeheimnisse kenntlich zu machen sind und die Stellungnahmen auf dem traditionellen Postweg an den Vorsitzenden des Rundfunkrats zu erfolgen haben.⁴⁵⁹ Zum Teil soll auch die Übermittlung der Stellungnahme per E-Mail ausreichen.⁴⁶⁰

Der RStV-E sieht eine **Mindestfrist von sechs Wochen** ab der Veröffentlichung vor, die nach der Amtlichen Begründung je nach Angebot vom Rundfunkrat auch angemessen verlängert werden kann. Entgegen diesem eindeutigen Gesetzeswortlaut sieht der Satzungsentwurf des NDR für die Veröffentlichung der Angebotsvorlage und auch für die Stellungnahmefrist vor, dass der Rundfunkrat keine längere als die Sechswochenfrist gewähren

⁴⁵⁸ Siehe dazu unten B.3.2.

⁴⁵⁹ Satzungsentwurf NDR, Ziffer II (3).

⁴⁶⁰ So Satzungsentwurf BR, Ziffer II (3), der zugleich vorsieht, dass mit Blick auf die zu wahrenen Geschäftsgeheimnisse die Stellungnahmen in sicherer Form zu übermitteln sind.

dürfe.⁴⁶¹ Demgegenüber erwähnt die Amtliche Begründung zum RStV-E ausdrücklich, dass "[i]e nach Angebot (...) das Gremium die Anhörungsfristen angemessen verlängern und weitere Informationen einholen" kann.⁴⁶² So sehen auch die übrigen vorliegenden Satzungsentwürfe vor, dass der Rundfunkrat eine **angemessene Frist** zur Stellungnahme festsetzt, die mindestens sechs Wochen betragen muss.⁴⁶³ Sinnvollerweise sollte im Fall der Verlängerung der Anhörungsfrist zugleich auch die Angebotsbeschreibung entsprechend länger als sechs Wochen auf der Internetseite der Rundfunkanstalt veröffentlicht bleiben.⁴⁶⁴

Der Satzungsentwurf des NDR begrenzt, wohl angelehnt an die Forderungen der Europäischen Kommission im Einstellungsschreiben,⁴⁶⁵ den Gegenstand der Stellungnahmen Dritter auf marktliche Auswirkungen.⁴⁶⁶ Dies ist jedoch mit der künftigen Gesetzeslage nicht zu vereinbaren; § 11f Abs. 5 Satz 1 RStV-E sieht vielmehr vor, dass Dritte Gelegenheit zur Stellungnahme *zu den Anforderungen des Absatzes 4*, d. h. **zu sämtlichen Drei-Stufen-Test Kriterien** erhalten.⁴⁶⁷ Dies wird in anderen Satzungsentwürfen berücksichtigt.⁴⁶⁸

Nach Auffassung des Gesetzgebers werden einklagbare subjektive Rechte Dritter durch die Möglichkeit, eine Stellungnahme abzugeben bzw. die Pflicht des Rundfunkrats, diese Stellungnahmen zu berücksichtigen, nicht begründet.⁴⁶⁹ Allerdings ist dies im Gesetz nicht eindeutig geregelt, und die Amtliche

Begründung ist für die Auslegung nur ein (wenn auch gewichtiges) Indiz. Es kann daher nicht ausgeschlossen werden, dass ein von übergangenen Dritten angerufenes Gericht zum Schluss kommt, dass ein subjektives Recht Dritter auf Veröffentlichung des Vorhabens und des Marktgutachtens sowie auf die Möglichkeit zur Abgabe von Stellungnahmen besteht.⁴⁷⁰ Es empfiehlt sich auch aus diesem Grund für den Rundfunkrat, die gesetzlichen Verfahrensvorgaben im Zusammenhang mit Stellungnahmen Dritter zu beachten.

2.5. Verschwiegenheitserklärungen

Zur Verfahrenseröffnung müssen die Mitglieder des Rundfunkrats gemäß den Satzungsentwürfen zu ARD-Gemeinschaftsangeboten und für die Mustersatzung ARD, zusätzlich zu ihrer aufgrund ihres Amtes bestehenden Verschwiegenheitspflicht,⁴⁷¹ schriftliche **Vertraulichkeitserklärungen** abgeben. Darin verpflichten sie sich zur unbedingten Vertraulichkeit und Verschwiegenheit bezüglich der Geschäftsgeheimnisse Dritter, die ihnen im Rahmen des Drei-Stufen-Tests bekannt werden könnten.⁴⁷² Der WDR könnte eine entsprechende Regelung in seiner Satzung für die sendereigenen Angebote vorsehen. Die Mitglieder des Rundfunkrats sollten dann zur Verfahrenseröffnung die entsprechenden Erklärungen abgeben.

⁴⁶¹ Vgl. Satzungsentwurf NDR, Ziffer II Abs. 2 Satz 1 sowie Absatz 3 Satz 1.

⁴⁶² Amtliche Begründung zu § 11f Abs. 5 RStV-E.

⁴⁶³ Vgl. z. B. Satzungsentwurf ARD-Gemeinschaftsangebote Ziffer II Abs. 3 Satz 1 und 2. Das ZDF hat bereits angekündigt, einen längeren Zeitraum für die Stellungnahmen vorzusehen; vgl. Eberle (2008).

⁴⁶⁴ Zum Teil sehen die Satzungsentwürfe anderes vor vgl. Satzungsentwurf BR, Ziff. I Abs. 2: Veröffentlichung der Angebotsbeschreibung für einen Zeitraum von 6 Wochen.

⁴⁶⁵ Einstellungsschreiben, Rz. 370.

⁴⁶⁶ Satzungsentwurf NDR, Ziffer II Abs. 2 Satz 2.

⁴⁶⁷ § 11 ff Abs. 5 Satz 1 RStV-E.

⁴⁶⁸ Vgl., Satzungsentwurf ARD-Gemeinschaftsangebote II Abs. 2 Satz 1 sowie Abs. 3 Satz 1.

⁴⁶⁹ Vgl. Amtliche Begründung zu § 11f Abs. 5 RStV-E: "Um den Rundfunk, Fernseh- und Hörfunkräten eine objektive Prüfung zu ermöglichen, sollen Dritte die Möglichkeit zur Äußerung

haben. Damit werden jedoch keine subjektiven Rechte Dritter begründet. Weil dies allein der Information der Gremienmitglieder dient, werden nur allgemeine Festlegungen zum Publikationsorgan und zur Mindestfrist einer Anhörung getroffen."

⁴⁷⁰ Eine andere Frage ist, ob Dritte auch ein subjektives Recht darauf haben, dass ihre Stellungnahmen vom Rundfunkrat und vom Marktgutachter in die Bewertung einbezogen und ggf. sogar tatsächlich umgesetzt werden. Ein solches Recht dürfte nach allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen nicht vorliegen; ebenso Schulz (2008), 41, Fn. 49; vgl. zur sog. Schutznormtheorie im öffentlichen Recht Wahl in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (2008), Vorbemerkung zu § 42 Abs. 2 VwGO, Rn. 94ff.

⁴⁷¹ So etwa § 10 Abs. 3 Geschäftsordnung des Rundfunkrates des Westdeutschen Rundfunks Köln vom 21. Juni 1989 in der Fassung der 2. Änderung vom 21. Januar 2003.

⁴⁷² Vgl. etwa Satzungsentwurf ARD-sendereigene Angebote, Ziff. II 3, die zudem noch vorsieht, dass bei der Beratung vertraulicher Informationen die Gremienmitglieder erneut über ihre Verschwiegenheitspflicht zu belehren sind, Ziff. II 8.

3. PHASE: Informationssammlung

3.1. Beauftragung des Marktgutachtens

§ 11f Abs. 5 Satz 4 – 6 RStV-E: "Das zuständige Gremium kann zur Entscheidungsbildung gutachterliche Beratung durch unabhängige Sachverständige auf Kosten der jeweiligen Rundfunkanstalt in Auftrag geben; zu den marktlichen Auswirkungen ist gutachterliche Beratung hinzuzuziehen. Der Name des Gutachters ist bekanntzugeben. Der Gutachter kann weitere Auskünfte und Stellungnahmen einholen; ihm können Stellungnahmen unmittelbar übersandt werden."

Ergänzend sehen die Satzungsentwürfe Folgendes vor: Die Bekanntgabe des Namens des Gutachters erfolgt im Internetangebot der zuständigen (bei Gemeinschaftsangeboten: der federführenden) Landesrundfunkanstalt. Dem Gutachter sind die Stellungnahmen Dritter vom Rundfunkrat zu übermitteln; ihm können Stellungnahmen auch unmittelbar übersandt werden. Der Gutachter soll dem Rundfunkrat das Gutachten innerhalb von zwei Monaten nach Beauftragung vorlegen. Im Rahmen des Gutachtens sind auch die Stellungnahmen Dritter zu berücksichtigen.⁴⁷³

Der Rundfunkrat muss zur Entscheidungsbildung ein Marktgutachten einholen (obligatorisches Gutachten). Für die medienökonomischen Fragestellungen hat der Gesetzgeber also die Hinzuziehung externen Sachverständigen für zwingend erforderlich gehalten, während publizistische Fragestellungen vom Rundfunkrat auch ohne Hinzuziehung von Sachverständigen beurteilt werden können. Falls der Rundfunkrat es für erforderlich hält, kann er weitergehende gutachterliche Beratung hinzuziehen (fakultative Gutachten). Vorliegend wird in erster Linie auf die Vergabe des Marktgutachtens eingegangen, wobei die allgemeinen Ausführungen zur Auftragsvergabe generell für die Beauftragung von Gutachtern gelten.

⁴⁷³ Vgl. Satzungsentwurf ARD-Gemeinschaftsangebote, II (5); Satzungsentwurf ARD-sender-eigene Angebote, II 5.

3.1.1. Aufgaben des Gutachters

Der Rundfunkrat hat einen **weiten Spielraum** zu entscheiden, **welche Rolle er externen Gutachtern im Rahmen des Drei-Stufen-Testverfahrens zuweisen will**.

Das obligatorische wie auch ein eventuelles zusätzliches Gutachten soll – neben der Angebotsvorlage sowie den Stellungnahmen Dritter, etc. – als ein **Hilfsmittel** für die Entscheidungsfindung des Rundfunkrats dienen, d. h., den Rundfunkrat in Stand setzen, das geplante Angebot unter Berücksichtigung der Analysen der Gutachter zu beurteilen.⁴⁷⁴ **Wie** der Rundfunkrat die Ausführungen des Gutachters würdigt, obliegt in großem Umfang seiner eigenen Beurteilung. Die rechtlichen Vorgaben dafür ergeben sich daraus, dass der Rundfunkrat auch bei der Einholung und Würdigung des Sachverständigengutachtens in Wahrnehmung seines Beurteilungsspielraums handelt.⁴⁷⁵ Da zum Beispiel der Sachverhalt vom Rundfunkrat *vollständig und zutreffend* zu ermitteln und umfassend zu würdigen ist, darf der Rundfunkrat nicht einfach die Bewertung durch den Gutachter an die Stelle seiner eigenen Bewertung setzen. Auch muss er ggf. nachfragen, wenn er etwa die Argumentation des Gutachters nicht nachvollziehen kann oder der Gutachter ohne plausible Begründung einer offensichtlich relevanten Fragestellung nicht nachgegangen ist.

In diesem Rahmen kann der Rundfunkrat aber durchaus dem Gutachter, der sich schließlich auch mit den Stellungnahmen Dritter auseinandersetzen hat und selbständig Dritte, die sich nicht geäußert haben, befragen darf,⁴⁷⁶

⁴⁷⁴ Vgl. § 11f Abs. 6 Satz 3 RStV-E: "In den Entscheidungsgründen muss unter Berücksichtigung der eingegangenen Stellungnahmen und der eingeholten Gutachten dargelegt werden, ob das neue oder veränderte Angebot vom Auftrag umfasst ist."

⁴⁷⁵ Siehe dazu ausführlich oben A.1.3.1.

⁴⁷⁶ Vgl. § 11f Abs. 5 a. E. RStV-E und Amtliche Begründung dazu: "Um möglichst unabhängig zu handeln und auch vertrauliche Daten nutzen zu können, erhält der Gutachter mit der Beauftragung das Recht, auch solche Dritte zu befragen, die sich nicht auf die Veröffentlichung hin gemeldet haben. Der Gutachter tritt mit diesen unmittelbar in Kontakt, kann sich aber auch mit dem Gremium abstimmen."

neben dem reinen Verfassen des schriftlichen Gutachtens auch **weitergehende Funktionen** zuweisen. Dies kann zum Beispiel die fachkundige Auswertung und Ermittlung ggf. notwendiger Nachfragen zu den Stellungnahmen Dritter oder anderweitige Sachverhaltsermittlungen betreffen, wobei die Beurteilungskompetenz beim Rundfunkrat verbleibt. Es besteht aber ebenso die Möglichkeit, dass vielmehr der Rundfunkrat bzw. interne Mitarbeiter dies selbst übernehmen.

3.1.2. Einholung der Angebote und Auftragsvergabe

Der Rundfunkrat steht zunächst vor der Aufgabe, geeignete Gutachter für das Marktgutachten zu finden.

Wenn der Auftrag für das Marktgutachten den **Schwellenwert von 206.000,00 €** überschreitet, ist dafür nach der Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF) ein **förmliches Vergabeverfahren** erforderlich.⁴⁷⁷ Das bedeutet vor allem, dass die formalen und materiellen Kriterien der VOF einzuhalten sind.

Ob die Kosten des Gutachtens voraussichtlich unter diesem Schwellenwert bleiben, ist im Wege einer plausiblen Schätzung zu ermitteln. Nach § 3 Abs. 1 VOF ist dafür von der geschätzten Gesamtvergütung auszugehen; dabei wäre es unzulässig, den Gutachtauftrag aufzuteilen, nur um die Schwellenwerte zu unterschreiten.⁴⁷⁸ Gegebenenfalls können dazu potenzielle Bewerber im Wege einer Markterkundung unverbindlich um Auskunft gebeten werden. Voraussetzung für eine plausible Schätzung ist es, zunächst eine Vorstellung davon zu entwickeln, worin im konkreten Fall der

⁴⁷⁷ Wenn es sich beim Gutachten für den Drei-Stufen-Test um eine Leistung im Zusammenhang mit ... *Kauf, Entwicklung, Produktion oder Koproduktion von Programmen* i. S. v. § 100 lit. j) GWB handelte, wäre auch oberhalb des Schwellenwerts keine förmliche Ausschreibung erforderlich. Diese Auffassung erscheint jedoch schwer vertretbar. Zur Reichweite des Programmbezugs i. S. v. § 100 lit j) GWB liegt bislang noch keine Rechtsprechung vor.

⁴⁷⁸ Vgl. § 3 Abs. 2 VOF.

Leistungsumfang des Marktgutachtens bestehen soll (z. B.: welche Märkte zu analysieren sind; auf welche Vorarbeiten, z. B. Gutachten der vorliegenden Rundfunkanstalt etc., zurückgegriffen werden kann), um anhand dessen konkrete Angaben von den potenziellen Bewerbern erhalten zu können.

Unterhalb des Schwellenwerts kann grundsätzlich der Gutachtauftrag frei vergeben werden. Es bietet sich aber ein freiwilliges **Interessenbekundungsverfahren** an, wie es vom MDR-Rundfunkrat und dem NDR-Rundfunkrat in ihren bereits eingeleiteten Drei-Stufen-Test-Verfahren durchgeführt wurde. Dazu fordert der Rundfunkrat – sinnvollerweise ebenfalls auf seiner Internetpräsenz – die Bewerber zur Abgabe von Angeboten auf.

3.1.2.1. Aufforderung zur Angebotsabgabe und Prüfgegenstand

Vergaberechtlich bestehen zwar unterhalb der Schwellenwerte keine Rechtsschutzmöglichkeiten für übergangene Bieter. Jedoch gilt der **Grundsatz der Gleichbehandlung** (Art. 3 GG). Aus diesem Grund, und weil es auch im Interesse des Rundfunkrats liegt, möglichst aussagekräftige und an einheitlichen Kriterien ausgerichtete Bewerbungen zu erhalten, wird empfohlen, folgende aus dem Vergabeverfahren entlehnte Regeln bei der Aufforderung zur Interessenbekundung zu beachten. Das sind vor allem die Grundsätze von Transparenz, Wettbewerb und Gleichbehandlung.

- Die Aufforderung zur Angebotsabgabe sollte öffentlich bekannt gemacht werden. Um sicherzustellen, dass man vergleichbare Angebote bekommt, empfiehlt es sich, die **ausgeschriebene Leistung möglichst genau zu spezifizieren** und transparent darzulegen, worin genau der Gutachtauftrag besteht und **anhand welcher Kriterien** eine Auswahlentscheidung getroffen wird (Preis, Erfahrung, Qualität usw.).
- Andererseits können bestimmte, für die Komplexität und den Aufwand des Gutachtens relevante Merkmale nicht in der Ausschreibung spezifiziert werden. Das betrifft z. B. die Art der zu untersuchenden Medienmärkte und Marktwirkungen, die zu ermitteln gerade Aufgabe der zu beauftragenden Gutachter ist.

- Geklärt werden sollte durch die Aufforderung zur Angebotsabgabe allerdings, wie der Gutachter den Begriff der "marktlichen Auswirkungen" auszulegen hat. Hierüber besteht bisher noch keine einheitliche Auffassung. Wie im ökonomischen Grundlagenteil im Einzelnen dargelegt,⁴⁷⁹ ist vor allem zu klären, ob der Auftrag sich darauf beschränken sollte, die marktlichen Auswirkungen des Angebotes zu ermitteln, oder ob es auch Rückschlüsse auf die Höhe des publizistischen Nutzens (in dem an anderer Stelle dieses Gutachtens definierten Sinne)⁴⁸⁰ ermöglichen sollte, indem es die (bestehenden oder fehlenden) Zusammenhänge zwischen den mit dem Angebot verbundenen Marktwirkungen und den damit verbundenen Veränderungen des publizistischen Nutzens qualitativ aufzeigt oder gar quantifiziert.
- Bei dieser Entscheidung ist einerseits zu berücksichtigen, dass die Aussagekraft bei einer engen, auf die Ermittlung der marktlichen Auswirkungen beschränkten Auslegung für die erforderliche Gesamtabwägung einen vergleichsweise geringen Stellenwert hat. Von daher wäre eine weitere Auslegung des Gutachterauftrags vorzuziehen, wobei mit zunehmender Weite des Auftrags allerdings um so mehr „weiche“ Kriterien und Annahmen des Gutachters einfließen und die Methoden, Prämissen und Ergebnisse um so schwerer nachvollzogen und beurteilt werden können.
- In dem Umfang, in dem wichtige Bestimmungsgrößen des publizistischen Nutzens des Angebotes innerhalb des obligatorischen Gutachtens zu den Marktwirkungen nicht berücksichtigt werden, hat der Rundfunkrat sie selbst in die Entscheidungsfindung einzubeziehen. Es steht ihm auch frei, dazu anderen externen Sachverstand einzuholen, z. B. durch die Beauftragung weiterer, fakultativer Gutachter oder durch die Anhörung von Experten.

⁴⁷⁹ Siehe oben A.2.2.

⁴⁸⁰ ebenda

- Ein eng abgegrenzter Gutachterauftrag kann mit geringerem Aufwand erfüllt werden; seine begrenzte Aussagekraft innerhalb des Katalogs der in die Beurteilungsentscheidung einzubeziehenden Kriterien rechtfertigt auch eine geringere Untersuchungstiefe. Beides spricht für eine entsprechend geringere Dotierung des obligatorischen Gutachtens. Für diesen Fall wäre andererseits zu erwägen, fakultativ weitere Gutachten einzuholen, in denen der publizistische Nutzen des Angebotes aus der Sicht anderer Disziplinen, etwa der Publizistik, Journalistik oder Kommunikationswissenschaft, beurteilt wird.
- Die Ausschreibung sollte auch darlegen, in welchem Umfang die Gutachter auf von den Anstalten erhobene oder von dritter Seite erworbene Daten zurückgreifen können, die sich für die empirische Bestimmung der marktlichen Auswirkungen eignen.
- Da die Inhalte des Gutachtens und die Prüfungstiefe, von den oben genannten grundsätzlichen konzeptionellen Entscheidungen abgesehen, vorab nicht genau spezifiziert werden können, wäre zu erwägen, in der Ausschreibung die Höhe des dafür zu Verfügung stehenden Entgelts festzulegen. Das würde den Gutachtern Rückschlüsse auf die im vorgegebenen finanziellen Rahmen mögliche Prüfungsbreite und -tiefe ermöglichen. Die Auswahl des zu beauftragenden Gutachters wäre dann anhand der diesbezüglichen Darlegungen der Gutachter-Anträge vorzunehmen.

Nach der Auswahlentscheidung sollte den unterlegenen Bewerbern mitgeteilt werden, dass der Auftrag nicht an sie vergeben wurde. Zu einer Begründung ist der Rundfunkrat dabei grundsätzlich nicht verpflichtet.

3.1.2.2. Empfehlung möglicher Kriterien für die Auswahl der Gutachter

Für die **Auswahl** des Gutachters hat der Rundfunkrat, wie bei der Beauftragung von Gutachtern generell, Informationen einzuholen, die es ihm ermöglichen, die Eignung der Gutachter vorab zu beurteilen. Dazu gehört vor allem die Reputation der Gutachter, hier innerhalb einer enger oder weiter abzugrenzenden Disziplin „Medienökonomie“. Kriterien hierfür sind z. B. die

Qualität und Anzahl wissenschaftlicher Veröffentlichungen und die Qualität und Anzahl bereits erstellter medienökonomischer Gutachten sowie deren Thematik und Auftraggeber. Auch Merkmale der personellen und sachlichen Ausstattung, die Rückschlüsse auf die zu erwartende Breite und Tiefe und den benötigten Bearbeitungszeitraum erlauben, wie vor allem die Zahl der wissenschaftlichen Mitarbeiter und die Leistungsfähigkeit des ihnen verfügbaren „back office“, sollten berücksichtigt werden.

Der WDR-Rundfunkrat sollte sich, sinnvoller Weise gemeinsam mit den Rundfunk-, Fernseh- und Hörfunkräten der anderen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten oder durch eine für die koordinierte Durchführung des Drei-Stufen-Tests einzurichtende Gemeinschaftseinrichtung (Servicecenter) und möglicherweise unterstützt durch damit beauftragte externe Experten, einen Überblick darüber verschaffen, welche potentiellen Gutachter diese Kriterien in welchem Umfang erfüllen. Diese Informationen könnten in einer allen Mitgliedern des Rundfunkrats zugänglichen Gutachter-Datenbank geführt werden. Wenn diese potentiellen Gutachter im Zuge der anstehenden Drei-Stufen-Tests Gutachten erstellen, können diese Informationen aktualisiert und detailliert werden.

Zu erwägen wäre auch, ob potentiellen Gutachtern die Möglichkeit eingeräumt werden sollte, von sich aus die Eintragung in eine solche Datenbank zu beantragen. In diesem Fall hat der Rundfunkrat die Modalitäten für die öffentliche Bekanntmachung dieser Möglichkeit und für die Form der Beantragung zu regeln. Auch die Art und Detailliertheit der dazu von den Antragstellern erwarteten Angaben sowie eventuell als erforderlich angesehene Verfahren zur Validierung dieser Angaben müsste er festlegen. Es ist dem Rundfunkrat zu empfehlen, solche Möglichkeiten einzuräumen, da er so Transparenz und Gleichbehandlung bei der Auswahl von Gutachtern gewährleisten und demonstrieren kann.

Ein wichtiges Kriterium für die Auswahl der Gutachter ist deren wissenschaftliche Verortung und die sich daraus ergebende Auswahl der angewandten Methoden und Instrumente. Bei einer engen Auslegung des Begriffs der marktlichen Auswirkungen kommen hier beispielsweise eher Gut-

achter in Betracht, die einen wettbewerbsökonomischen Ansatz verfolgen. Bei einer weiteren Auslegung des Begriffs, der auch die begrenzte Aussagekraft marktlicher Auswirkungen für die vom Rundfunkrat vorzunehmende Gesamtabwägung berücksichtigt,⁴⁸¹ eventuell sogar den über Marktwirkungen nur indirekt oder gar nicht beobachtbaren publizistischen Nutzen eines öffentlich-rechtlichen Telemedienangebotes aufzeigt,⁴⁸² kommen eher Gutachter in Betracht, die auch im Bereich der nicht-marktlichen Wohlfahrtsökonomie verortet sind und dabei auch die Erkenntnisse anderer Wissenschaften integrieren, etwa der Publizistik oder der Rechtswissenschaft.⁴⁸³

Mit Blick auf die oben angesprochene Möglichkeit des Rundfunkrates, neben den obligatorischen Gutachten zu den marktlichen Auswirkungen weitere Gutachten einzuholen, die der Relativierung und adäquaten Auslegung des Gutachtens zu den marktlichen Auswirkungen dienen oder auch gesondert davon andere Fragen behandeln, die bei der Gesamtabwägung zu berücksichtigen sind, wäre zu erwägen, auch für diese Aufgaben geeignete Gutachter in die Datenbank aufzunehmen.

⁴⁸¹ Siehe A.2.2.2.8.

⁴⁸² ebenda

⁴⁸³ Siehe A.2.2.3.

3.2. Stellungnahmen Dritter und weitere mögliche Schritte zur Informationsermittlung

§ 11f Abs. 5 Satz 1 – 3 und 6 RStV-E: *"Zu den Anforderungen des Absatzes 4 ist vor Aufnahme eines neuen oder veränderten Angebots durch das zuständige Gremium Dritten in geeigneter Weise, insbesondere im Internet, Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Die Gelegenheit zur Stellungnahme besteht innerhalb einer Frist von mindestens sechs Wochen nach Veröffentlichung des Vorhabens. Das zuständige Gremium hat die eingegangenen Stellungnahmen zu prüfen. (...) Der Gutachter kann weitere Auskünfte und Stellungnahmen einholen; ihm können Stellungnahmen unmittelbar übersandt werden."*

§ 11f Abs. 6 Satz 2 RStV-E: *"In den Entscheidungsgründen muss unter Berücksichtigung der eingegangenen Stellungnahmen (...) dargelegt werden, ob das neue oder veränderte Angebot vom Auftrag umfasst ist."*

Ein **zentrales Element** des neuen Prüfverfahrens ist die Möglichkeit für Dritte, zu dem geplanten Vorhaben Stellung zu nehmen. Sinn und Zweck der Stellungnahmen Dritter ist es, die Informations- und Entscheidungsgrundlage für den Rundfunkrat zu verbessern und ihn so in die Lage zu versetzen, eine **möglichst objektive Entscheidung** zu treffen.⁴⁸⁴

Die Stellungnahmen Dritter sind für den Rundfunkrat eine **wertvolle Informationsquelle** im Drei-Stufen-Test. Die Erfahrungen mit dem Public Value Test in Großbritannien zeigen, dass neben eigenen Erhebungen und Gutachten in ganz erheblichem Umfang auch die Stellungnahmen Dritter dem BBC Trust und Ofcom zur Ermittlung des relevanten Sachverhalts und der

⁴⁸⁴ Amtliche Begründung zu § 11f Abs. 6 RStV-E: *"Um den Rundfunk-, Fernseh- und Hörfunkräten eine objektive Prüfung zu ermöglichen, sollen Dritte die Möglichkeit zur Äußerung haben. Damit werden jedoch keine subjektiven Rechte Dritter begründet. Weil dies allein der Information der Gremienmitglieder dient, werden nur allgemeine Festlegungen zum Publikationsorgan und zur Mindestfrist einer Anhörung getroffen."*

Einschätzung der Marktsituation dienen.⁴⁸⁵ Stellungnahmen können insbesondere zu den marktlichen Auswirkungen aufgrund der Beschreibung der Geschäftsmodelle Dritter und der Darlegung der Marktsituation aus ihrer Sicht sehr aufschlussreich sein. Daher hat das Marktgutachten auch diese Stellungnahmen zu berücksichtigen.⁴⁸⁶ Da der Kreis der zur Stellungnahme berechtigten Dritten nicht eingegrenzt ist,⁴⁸⁷ könnten zudem insbesondere Stellungnahmen, die Aufschluss über Nutzerbedürfnisse nach einem geplanten Angebot geben, zum Beispiel von Verbraucherverbänden, wertvolle Informationen liefern.

Bei der Weiterleitung von Stellungnahmen an die Intendantin oder der Veröffentlichung des Marktgutachtens sind mögliche **Geschäftsgeheimnisse** der Dritten zu wahren.⁴⁸⁸ Die Satzungsentwürfe sehen insoweit vor, dass die Dritten aufgefordert werden, Angaben, die sie als eigene oder angebotsbezogene Geschäftsgeheimnisse betrachten, entsprechend kenntlich zu machen.⁴⁸⁹

Über diese obligatorische (Erst-)Stellungnahme hinaus kann es der Rundfunkrat für erforderlich erachten, Dritte, z. B. zu im Lauf des Verfahrens modifizierten Angebotsvorlagen, beabsichtigten Teilgenehmigungen oder aufgrund von Nachfragen, die sich aus ihrem Erstvortrag oder den Analysen des Gutachtens ergeben, **ergänzend anzuhören** bzw. schriftliche Rückfragen an sie zu richten. Alle für **erforderlich** erachteten Möglichkeiten der

⁴⁸⁵ Vgl. BBC Trust (2007), 5.

⁴⁸⁶ Vgl. § 11f Abs. 5 Satz 6 RStV-E. Dort wird ausgeführt, dass der Gutachter *"weitere Auskünfte und Stellungnahmen einholen [kann]"* und ihm *"Stellungnahmen unmittelbar übersandt werden"* können. Hieraus ergibt sich, dass dem Gutachter auch die unmittelbar an den Rundfunkrat übersandten Stellungnahmen bekannt sein müssen. Um dem Rundfunkrat ein vollständiges Bild für die Prüfung zu geben, ist im Gegenzug auch darauf zu achten, dass der Gutachter die weiteren Auskünfte und Stellungnahmen, die er eingeholt hat oder die an ihn übersendet wurden, auch dem Rundfunkrat zur Entscheidungsfindung zur Verfügung stellt.

⁴⁸⁷ Siehe oben, B.2.4.

⁴⁸⁸ Siehe dazu ausführlich B.3.3.2.

⁴⁸⁹ Vgl. z. B. Satzungsentwurf ARD-sendereigene Angebote, Ziff II 3.

Sachverhaltsermittlung stehen dem Rundfunkrat offen.⁴⁹⁰ Rechte Dritter auf eine solche Anhörung sind im Gesetz dagegen nicht vorgesehen.⁴⁹¹

Auch der **Gutachter** hat **die Möglichkeit, Dritte, die nicht innerhalb der Fristen Stellung genommen haben**, deren Stellungnahme aber möglicherweise von Bedeutung sein könnte, **um Stellungnahme zu bitten**. Die Amtliche Begründung betont, dass er dies in Abstimmung mit dem Rundfunkrat tun kann.⁴⁹² Auch dem Rundfunkrat steht es frei, den Gutachter dazu zu veranlassen.

Weitere in der Praxis bereits angedachte Schritte zur Sachverhaltsermittlung und Klärung strittiger Fragen im Austausch mit Dritten sind beispielsweise:

- eine Anhörung interessierter Parteien zu den Ergebnissen des Marktgutachtens;⁴⁹³ sofern eine solche Anhörung geplant wird, sollten die Ergebnisse des Marktgutachtens – zumindest in einer Zusammenfassung – sinnvollerweise schon im Vorfeld der Anhörung veröffentlicht oder den an der Anhörung teilnehmenden Parteien zur Verfügung gestellt werden;
- die Gründung eines sog. Kontaktausschusses unter Beteiligung privater Rundfunkanbieter und Vertreter der Online- und Printmedien, der sich mit der Frage auseinandersetzt, welche Angebote im Bereich der Onlinetätigkeiten noch den gesetzlichen Vorgaben entsprechen und welche hiervon ausgeschlossen sind.⁴⁹⁴

Neben den gesetzlich vorgesehenen Stellungnahmen kann der Rundfunkrat im Rahmen seiner Kompetenz zur Sachverhaltsaufklärung und Prüfung

⁴⁹⁰ Vgl. dazu unten, B.4.2.

⁴⁹¹ Etwas anderes könnte sich lediglich dann ergeben, wenn die Beschreibung des geplanten Angebots von der Intendantin im laufenden Prüfungsverfahren wesentlich geändert würde.

⁴⁹² Amtliche Begründung zu § 11f Abs. 5 RStV-E.

⁴⁹³ Dieser Schritt ist beispielsweise vom ZDF geplant, das nach Erstellung des Gutachtens eine Anhörung Dritter durch den Richtlinien- und Koordinierungsausschuss plant. An dieser Anhörung sollen auch Intendant, Gutachter und Vertreter eines mit der administrativen Verfahrensbegeleitung beauftragten Instituts teilnehmen.

⁴⁹⁴ Vgl. den ähnlichen Vorschlag in der Protokollerklärung der Länder Baden-Württemberg, Sachsen und Thüringen zu § 11 Abs. 1 des 10. RÄndStV.

auch **weitere Informationen einholen**. Wie bereits oben ausführlich dargelegt, verfügt der Rundfunkrat nicht nur über die im Gesetz ausdrücklich genannten Verfahrensinstrumente. Vielmehr hat er die jeweils erforderliche Sachverhaltsaufklärung durchzuführen und kann dafür je nach Fallkonstellation alle verfügbaren Informationsquellen (z. B. anstaltseigene und externe Expertise, Marktstudien und Informationen von Seiten Dritter) nutzen.⁴⁹⁵ Hierzu sind dem Rundfunkrat allerdings keine besonderen Verfahrens- oder Auskunftsrechte eingeräumt, und im Verhältnis zur Rundfunkanstalt und zur Intendantin wird er die allgemeinen Verfahrensregeln zu beachten haben. Insgesamt hat der Rundfunkrat einen erheblichen Spielraum, das jeweils funktionsgerechte Verfahren durchzuführen, das ihn am besten in die Lage versetzt, die für seine Prüfung erforderlichen Informationen zusammenzustellen.

Um Missverständnisse zu vermeiden, ist darauf hinzuweisen, dass der Rundfunkrat zu diesen weiteren Schritten lediglich **berechtigt, nicht aber verpflichtet** ist, zumal der Gesetzgeber davon ausgeht, dass schon das Verfahrensrecht zur Stellungnahme den Dritten keine subjektiven Rechte verleiht.⁴⁹⁶

3.3. Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen

§ 11f Abs. 6 Satz 4 RStV-E: *"Die jeweilige Rundfunkanstalt hat das Ergebnis ihrer Prüfung einschließlich der eingeholten Gutachten unter Wahrung von Geschäftsgeheimnissen in gleicher Weise wie die Veröffentlichung des Vorhabens bekannt zu machen."*

Die Abwägung zwischen dem notwendigen Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen und möglichen Stellungnahmerechten von Verfahrensbeteiligten ist bei allen verwaltungsrechtlichen Genehmigungsverfahren von großer Bedeutung.

⁴⁹⁵ Vgl. oben, A.1.3.2.

⁴⁹⁶ Vgl. Amtliche Begründung zu § 11 RStV-E.

Unter **Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen** sind allgemein mit einem Betrieb in Zusammenhang stehende Tatsachen zu verstehen, die nicht offenkundig, sondern nur einem eng begrenzten Personenkreis bekannt sind und nach dem Willen des Betriebsinhabers auf Grund eines berechtigten wirtschaftlichen Interesses geheim gehalten werden sollen.⁴⁹⁷

Geschäftsgeheimnisse können im Verfahren des Drei-Stufen-Tests in zweifacher Hinsicht vorliegen:

- mögliche Geschäftsgeheimnisse der Landesrundfunkanstalt,
- mögliche Geschäftsgeheimnisse Dritter, die Stellungnahmen abgeben.

3.3.1. Geschäftsgeheimnisse der Rundfunkanstalt

Um Dritten die Gelegenheit zu geben, Stellungnahmen zu dem Vorhaben und zur Einhaltung der Kriterien des Drei-Stufen-Tests abzugeben, muss die Angebotsvorlage der Intendantin nach den gesetzlichen Vorgaben veröffentlicht werden. Diese Veröffentlichung dient in erster Linie dazu, Transparenz über das Vorhaben zu schaffen und Dritten die Gelegenheit zu geben, hierzu Stellung zu nehmen.⁴⁹⁸ Ein umfangreicher Schutz des gesamten Vorhabens oder auch wesentlicher in der Vorhabenbeschreibung enthaltener Daten – so z. B. zu den geplanten Kosten des Angebots – nähme Dritten dieses gesetzlich ausdrücklich vorgesehene Recht zur Stellungnahme und wäre auch nicht vereinbar mit der Zielsetzung, dass der Drei-Stufen-Test Transparenz über die neuen Angebote schaffen soll.⁴⁹⁹

Andererseits muss es grundsätzlich auch möglich sein, dass die Intendantin während des Verfahrens dem insofern zur Verschwiegenheit verpflichteten Rundfunkrat oder auch dem Marktgutachter Informationen zukommen lässt,

⁴⁹⁷ Vgl. RGZ 149, 329, 333; BGH GRUR 1955, 424; ausführlich dazu: Harte-Bavendamm in: Gloy/Loschelder (2005), § 48 "Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen".

⁴⁹⁸ Dazu siehe oben, B.2.3.

⁴⁹⁹ Vgl. dazu bereits oben, wo dargelegt wird, dass nicht zwischen veröffentlichter "Angebotsbeschreibung" und als Beratungsgrundlage dienender "Genehmigungsvorlage" zu unterscheiden werden sollte, wie dies in den Satzungsentwürfen vorgesehen ist, siehe oben, B.1.2.

bei denen ein objektiv berechtigtes Interesse am Geheimnisschutz besteht. Dies kann z. B. der Fall sein bei Informationen, bezüglich derer die Rundfunkanstalt selbst einer Verschwiegenheitspflicht unterliegt, oder bei Informationen, die nicht mit dem geplanten Angebot zusammenhängen.

Um die Möglichkeit zur Stellungnahme für Dritte auch in diesen Fällen nicht leer laufen zu lassen, **sollte in der Praxis darauf geachtet werden, dass** die Intendantin

- in der Vorlage dem Rundfunkrat darlegt, dass ein objektives Interesse an der Geheimhaltung der entsprechenden Information besteht, das auch unter Berücksichtigung der Ziele des Drei-Stufen-Tests Bestand hat, und
- dem Rundfunkrat bzw. Gutachter für die Veröffentlichung auch eine nicht-vertrauliche Fassung vorlegt, in der die schützenswerten Details geschwärzt oder umschrieben sind.

Zur Veröffentlichung des Prüfungsergebnisses sieht der Rundfunkstaatsvertrag vor, dass die Rundfunkanstalt das Ergebnis ihrer Prüfung (d. h. der Prüfung des Rundfunkrats) einschließlich der eingeholten Gutachten unter Wahrung von Geschäftsgeheimnissen auf ihrer Unternehmensseite bekannt gibt.⁵⁰⁰

3.3.2. Geschäftsgeheimnisse Dritter

Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse Dritter, die diese im Rahmen ihrer Stellungnahmen an den Rundfunkrat oder den Marktgutachter übermitteln, sind nach dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut bei der Veröffentlichung von Entscheidung und Gutachten zu schützen. Die Rundfunkratsmitglieder und Mitglieder anderer beteiligter Gremien haben nach den Satzungsentwürfen entsprechende Vertraulichkeitserklärungen abzugeben. Zweck dieser Regelung ist es sicherzustellen, dass Dritte Stellungnahmen möglichst umfangreich abgeben – was sie möglicherweise nicht tun würden, wenn sie befürchten müssten, dass vertrauliche Informationen weitergegeben werden könnten.

⁵⁰⁰ § 11f Abs. 6 Satz 4 RStV-E.

Nicht gesetzlich geklärt ist hingegen die Frage, ob Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse Dritter **auch gegenüber der Intendantin** des WDR geschützt werden müssen. Hierzu sehen die aus anderen Anstalten vorliegenden Satzungsentwürfe bzw. die Mustersatzung vor, dass sämtliche Stellungnahmen sowie das Marktgutachten unverzüglich nach Eingang an die Intendantin der federführenden Rundfunkanstalt zur Kommentierung weitergereicht werden.⁵⁰¹ Schon weil die Intendantin nicht den speziellen Verschwiegenheitsverpflichtungen unterliegt, muss dies so verstanden werden, dass die Stellungnahmen (und ggf. auch das Marktgutachten) an die Intendantin **nur in einer Form zugeleitet wird, in der die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Dritten gewahrt sind (Schwärzung)**.⁵⁰²

Zudem hat die Europäische Kommission in ihrem Entwurf einer Rundfunkmitteilung gefordert, dass bei einer Prüfung neuer Telemedienangebote durch ein internes Gremium wie den Rundfunkrat dafür gesorgt sein müsse, dass vertrauliche Informationen Dritter nicht vom Rundfunkrat als Prüfungsgremium an die Intendantin als Antragsteller weitergeleitet, sondern vielmehr geschützt werden.⁵⁰³ Zwar ist der Entwurf der Rundfunkmitteilung keinesfalls verbindlich für die Durchführung des Drei-Stufen-Tests.⁵⁰⁴ Allerdings ist er insbesondere bezüglich der Verfahrensfragen als Indikator für die Rechtsposition der Europäischen Kommission von gewissem Wert. Je mehr der Rundfunkrat sich bei der Prüfung an diese Vorgaben hält, umso geringer erscheint das Risiko einer Anrufung der Europäischen Kommission durch Dritte und einer Überprüfung des Prüfprozesses durch die Kommission.

⁵⁰¹ Vgl. z. B. Satzungsentwurf ARD-sendereigene Angebote, Ziff. II 6. Eine Regelung zum Geheimnisschutz ist nach der Amtlichen Begründung zu § 11f Abs. 6 RStV, a. E., in den Verfahrenssatzungen vorzusehen.

⁵⁰² Vgl. auch Amtliche Begründung zu § 11f Abs. 6 "Geschäftsgeheimnisse zu wahren, die dem Gutachter oder den Gremienmitgliedern im Laufe des Verfahrens bekannt geworden sind."

⁵⁰³ Entwurf der neuen Rundfunkmitteilung vom 4. November 2008 (siehe oben, Fn. 162), Rz. 62. Die Kommission spricht sogar von "Chinesischen Mauern", die zu errichten seien.

⁵⁰⁴ Vgl. oben A.1.2.

Zum Schutz der Intendantin und zur Wahrung ihrer Möglichkeiten, zu allen eingegangenen Stellungnahmen und dem Marktgutachten Kommentare abgeben zu können, sollten allerdings – wie beispielsweise in kartellrechtlichen Verfahren gängige Praxis – die als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse geschwärzten **Stellen mit entsprechenden Erklärungen versehen werden, aus denen sich ergibt, was Gegenstand der geschwärzten Passage ist**. Des Weiteren sollte darauf geachtet werden, dass der Rundfunkrat seine Entscheidung **nicht maßgeblich auf als Geheimnis geschützte Stellungnahmen stützt**.

In ähnlicher Weise sieht beispielsweise das Kartellrecht einen Mechanismus zum sinnvollen Ausgleich der widerstreitenden Interessen zwischen größtmöglicher Offenheit der zur Verfügung gestellten Informationen und notwendigem Geheimnisschutz vor. So ist z. B. nach § 72 Abs. 2 Satz 2 GWB im kartellrechtlichen Beschwerdeverfahren eine Akteneinsicht in die Behördenakten zu versagen, "soweit dies aus wichtigen Gründen, insbesondere zur Wahrung von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen geboten ist." Allerdings dürfen diese Unterlagen der Entscheidung auch nur insoweit zugrunde gelegt werden, "als ihr Inhalt vorgetragen worden ist."

Eine ähnliche Abwägung erscheint auch für den Drei-Stufen-Test sinnvoll, da sie einerseits den notwendigen Geheimnisschutz berücksichtigt, andererseits aber auch nur diejenigen Informationen der Entscheidung des Rundfunkrats zugrunde gelegt werden, zu deren Kommentierung die Intendantin die Möglichkeit hatte. Notfalls sollten daher geschützte Passagen der Intendantin in einer abgeänderten Form zugeleitet und nur insofern zur Grundlage der Entscheidung gemacht werden.

Ob die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen in der Praxis ein Problem wird, bleibt abzuwarten. So enthielten die Stellungnahmen Dritter in dem Drei-Stufen-Test-Verfahren zu den KIKA-Angeboten offenbar keinerlei Geschäftsgeheimnisse.⁵⁰⁵

⁵⁰⁵ Vgl. Marktgutachten "Prüfung der marktrelevanten Auswirkungen bei www.kikaninchen.de", 12ff. (Stellungnahmen Dritter).

4. PHASE: Entscheidung

4.1. Anwendung der Drei-Stufen-Test-Kriterien

§ 11f Abs. 6 Satz 1 bis 3 RStV-E: "*Die Entscheidung, ob die Aufnahme eines neuen oder veränderten Angebots den Voraussetzungen des Absatzes 4 entspricht (...), ist zu begründen. In den Entscheidungsgründen muss (...) dargelegt werden, ob das neue oder veränderte Angebot vom Auftrag umfasst ist.*"

§ 11f Abs. 4 RStV-E: "*(...) hat die Rundfunkanstalt gegenüber ihrem zuständigen Gremium darzulegen, dass das geplante, neue oder veränderte, Angebot vom Auftrag umfasst ist. Es sind Aussagen darüber zu treffen,*

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

Dabei sind 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. Darzulegen ist der voraussichtliche Zeitraum, innerhalb dessen das Angebot stattfinden soll."

Wie bereits ausführlich dargestellt, soll durch den Drei-Stufen-Test sichergestellt werden, dass ein geplantes Angebot zum (Funktions-)Auftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten gehört. Die eigentliche vom Rundfunkrat zu prüfende Frage ist, ob das geplante Angebot unter den unbestimmten Rechtsbegriff des Auftrags zu fassen ist. Daher sind auch die rundfunkrechtlichen Vorgaben zum Funktionsauftrag für Telemedien die entscheidenden Rahmenvorgaben für die Entscheidung.

Der Gesetzgeber hat – in Umsetzung der Zusagen gegenüber der Europäischen Kommission⁵⁰⁶ – diese **Prüfung des unbestimmten Rechtsbegriffs des Auftrags in drei Stufen aufgegliedert**, die er in der Amtlichen Begründung sowohl als "*drei Bereiche*" als auch als "**drei Verfahrensstufen**" bezeichnet.⁵⁰⁷ **Es wird daher empfohlen, die formelle Prüfung und deren Darstellung in der Entscheidung in diesen drei Verfahrensschritten zu strukturieren.**

Abbildung 24 zeigt die Abfolge dieser drei Verfahrensschritte.

⁵⁰⁶ Vgl. dazu oben, A.1.2.1.

⁵⁰⁷ Vgl. § 11f Abs. 4 Satz 2 RStV-E und Amtliche Begründung zu § 11f Abs. 4, Satz 1 "*drei Verfahrensstufen, die ein neues oder verändertes Angebot durchlaufen muss, bevor es Bestandteil des Rundfunkauftrags wird*", und Satz 2 "*drei Bereiche*".

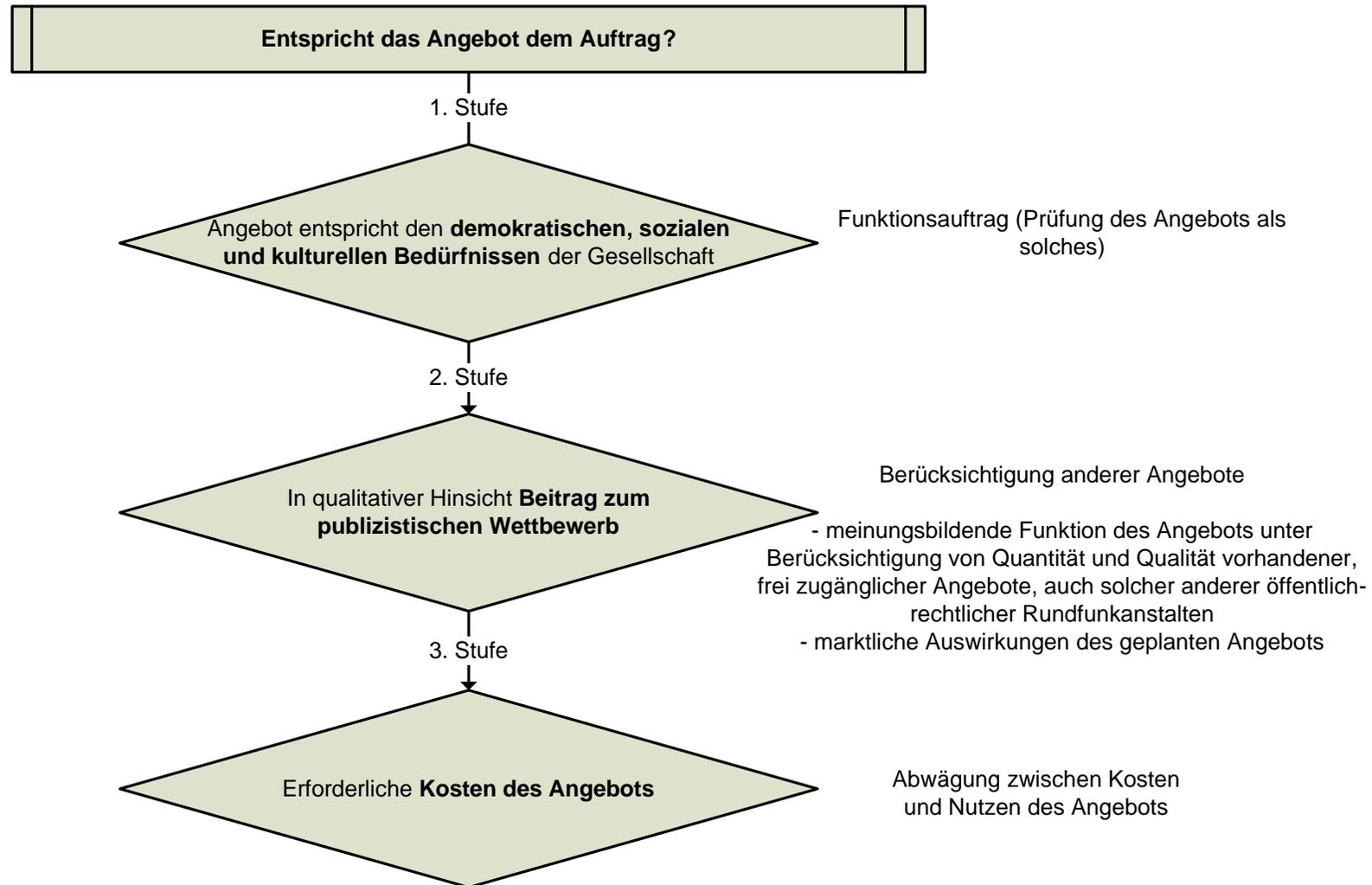


Abbildung 24: Prüfabfolge im Drei-Stufen-Test

Das durch eine solche Logik beschriebene Verhältnis der drei Stufen zueinander ist allerdings schon im Vorfeld der Anwendung dieser Norm diskutiert worden.⁵⁰⁸ Wie bereits erläutert,⁵⁰⁹ ist der Gesetzestext diesbezüglich in mehrfacher Hinsicht unklar.

So wird als maßgeblicher Schlüsselbegriff für den Drei-Stufen-Test der Auftragsbegriff vorangestellt: Im Rahmen des Drei-Stufen-Tests soll insgesamt überprüft werden, ob und inwiefern ein bestimmtes Angebot dem gesetzlichen Auftrag entspricht. Andererseits findet sich gesondert nur auf der 1. Stufe ein Bezug auf den Auftrag, und zwar in Form des Verweises auf die demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnisse der Gesellschaft (eine Formulierung des Amsterdamer Protokolls). Ferner erwähnt der Gesetzgeber im Anschluss an die vorgegebenen drei Stufen scheinbar losgelöst von diesen die Notwendigkeit, Quantität und Qualität der vorhandenen frei zugänglichen Angebote bei der Prüfung zu berücksichtigen, ohne dass klar gestellt wird, für welche Stufe diese Kriterien gelten („dabei“). Unklar ist schließlich auch insbesondere die Bedeutung der „3. Stufe“ (Bezifferung der Kosten), die wie eine bloße Transparenzverpflichtung formuliert ist, von der Systematik und Zielrichtung des Drei-Stufen-Tests aber eher als ein Gewichtungsfaktor ausgestaltet ist, der mit den Ergebnissen der beiden anderen Stufen abgewogen werden muss.

Schon die Auslegung des Wortlauts des § 11f Abs. 4 RStV-E spricht also dafür, die Anwendung der drei Stufen des Drei-Stufen-Tests inhaltlich eher als eine **Gesamtabwägung** unter Berücksichtigung aller genannter Faktoren

⁵⁰⁸ Die Diskussion um das Verhältnis der drei Stufen zueinander wird jedoch nur in Ansätzen geführt. Im Grundsatz sind sich die Autoren darin einig, dass vielmehr der Auftragsbegriff für den Drei-Stufen-Test entscheidend ist. Schulz (2008), 30, spricht von den drei Stufen als „Basis, um den Begründungsprozess zu strukturieren“, Dörr (2008), 7, von einem „komplexen Abwägungsprozess“; Stock (2008) verweist ebenfalls darauf, dass der Funktionsauftrag entscheidend ist; Peters (2009), 30, geht noch einen Schritt weiter und führt aus, dass die drei Stufen nicht notwendigerweise die einzigen Kriterien für die Bestimmung sein müssten, ob ein Angebot dem Auftrag entspricht. Vgl. auch Martini (2008), 1483, der kritisiert, dass mangels einer gesetzlichen Vorgabe zum Verhältnis der Prüfungsstufen zueinander die Steuerungsvorgaben nicht ausreichend klar seien.

⁵⁰⁹ Siehe A.2.1.

zu verstehen. Die rechtlichen Rahmenbedingungen, unter denen der Rundfunkrat seine Gesamtabwägung zu treffen hat, sind damit denkbar weit.

Unter Berücksichtigung des Sinns und Zwecks der Einführung des Drei-Stufen-Tests und insbesondere der ausdrücklichen Bezugnahme auf marktliche Aspekte und den publizistischen Wettbewerb ergibt ein **rundfunkökonomischer Ansatz** das Verständnis des Drei-Stufen-Tests als **Kosten-Nutzen-Abwägung**. Sinn und Zweck des Tests lassen sich dadurch besser erkennen; auch die an den Rundfunkrat gestellten Anforderungen sowie die adäquate Vorgehensweise zur Durchführung des Tests werden dadurch deutlicher. Allerdings sei darauf hingewiesen, dass dieser Ansatz nicht das einzig denkbare und einzig richtige Verständnis der Regelungen zum Drei-Stufen-Test im Rundfunkstaatsvertrag darstellt, sondern nur eine von mehreren denkbaren Möglichkeiten zur Bestimmung des Auftrags und der im Gesetz dafür genannten besonderen Kriterien.

4.1.1. Drei-Stufen-Test als Nutzen-Kosten-Abwägung

Abbildung 25 beschreibt diese Herangehensweise im Überblick. Dort sind im mittleren, grau unterlegten Teil die verschiedenen Prüfaufgaben dargestellt, die innerhalb des Drei-Stufen-Tests erfüllt werden müssen. In der Leiste rechts werden diese Prüfaufgaben den einzelnen Stufen des Drei-Stufen-Tests zugeordnet, entsprechend der im Gesetzestext vorgenommenen Stufenbildung. In der Leiste links werden die Prüfaufgaben den Stufen einer Nutzen-Kosten-Abwägung zugeordnet, wie sie sich aus ökonomischer Sicht anbietet.

Nach dem Gesetzestext ist auf der ersten Stufe des Drei-Stufen-Tests zu prüfen, „inwieweit das Angebot den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft entspricht“. Bei der Erfüllung dieser Prüfaufgabe hat der Rundfunkrat die auch bereits bisher bei der Bestimmung des Programmauftrags relevanten Gesichtspunkte zu berücksichtigen und eventuell an die Besonderheiten der Telemedien anzupassen.⁵¹⁰

⁵¹⁰ Siehe hierzu A.1.1.2.

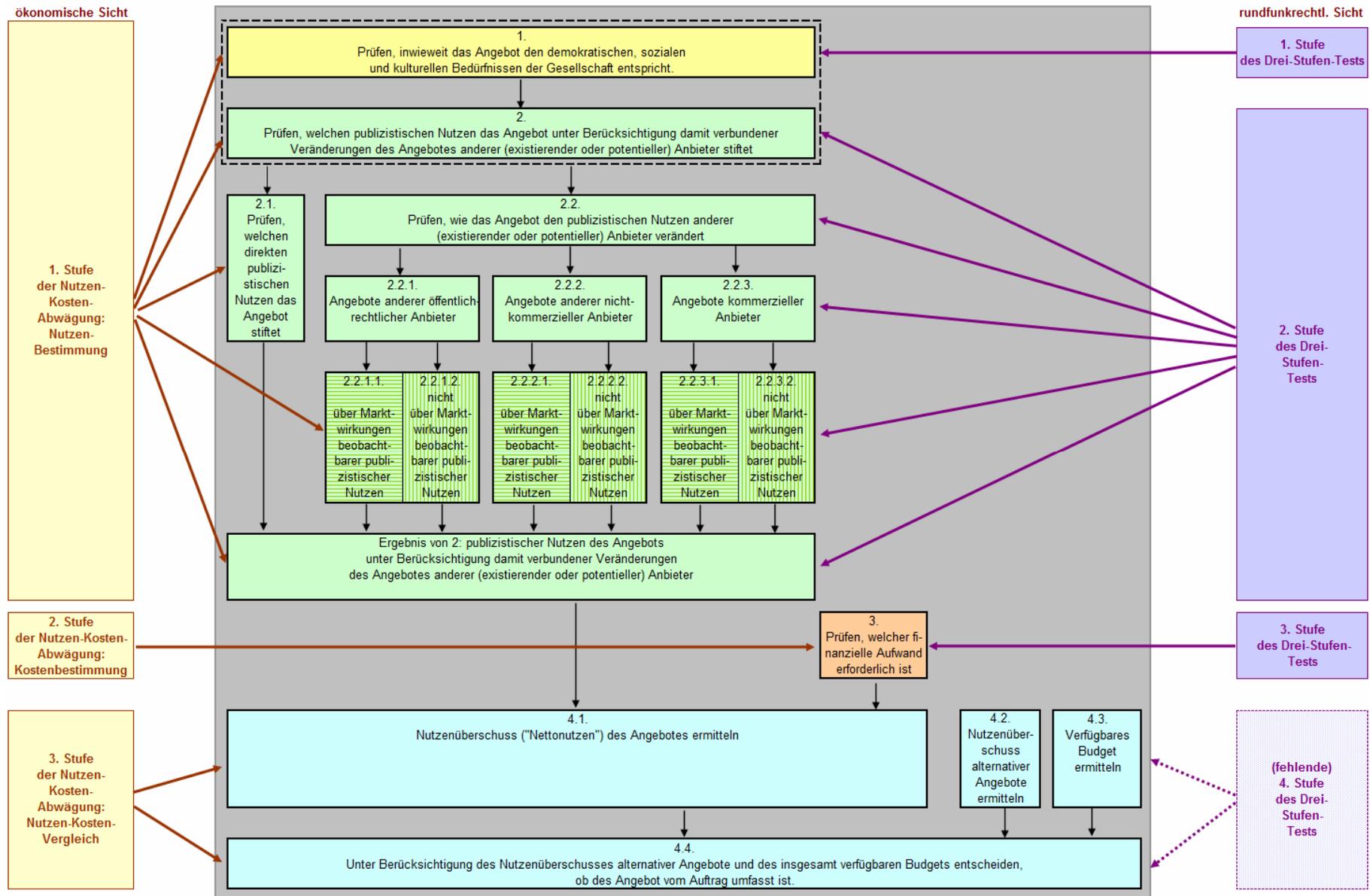


Abbildung 25: Der Drei-Stufen-Test als Nutzen-Kosten-Abwägung

Auf der zweiten Stufe des Drei-Stufen-Tests ist sodann zu prüfen, „in welchem Umfang durch das Angebot in qualitativer Hinsicht zum publizistischen Wettbewerb beigetragen wird.“ Diese Prüfaufgabe setzt sich aus einer Reihe von Teilaufgaben zusammen, die im ökonomischen Teil im Einzelnen entwickelt worden sind⁵¹¹ und sogleich zusammenfassend dargestellt werden.

Sowohl die erste als auch die zweite Prüfstufe des Drei-Stufen-Tests sind Bestandteil des 1. Schritts der Nutzen-Kosten-Abwägung (siehe linke Leiste in Abbildung 25): Beide dienen der Bestimmung des durch das Angebot gestifteten Nutzens.⁵¹² Aus ökonomischer Sicht ist daher eine **integrierte, gleichzeitige Durchführung beider Stufen** im Sinne einer Gesamtbetrachtung sinnvoll, deren Aufgabe etwa umschrieben werden kann, „zu prüfen, **welchen publizistischen Nutzen das Angebot unter Berücksichtigung der demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnisse der Gesellschaft stiftet.**“ Dazu muss der Begriff des „publizistischen Nutzens“ präzisiert werden (siehe den folgenden Abschnitt 4.1.2.).

Der Rundfunkrat ist aber in der Entscheidung frei, ob er eine solche integrierte oder eine voneinander getrennte Prüfung der ersten beiden Teststufen vornimmt. Entscheidend ist aus rechtlicher Sicht in erster Linie, **dass** der Rundfunkrat alle für die erste und zweite Prüfstufe im Gesetz genannten Argumente und Sachverhaltselemente in die Beurteilung einstellt und **nachvollziehbar** anhand der vom Gesetz aufgestellten Kriterien gewichtet.⁵¹³ Allerdings ist aus rechtlicher Sicht zu empfehlen, sich bei der Begründung an das im Gesetzestext vorgegebene Raster der drei Verfahrensstufen zu halten.

Als dritte Stufe des Drei-Stufen-Tests ist nach § 11f Abs. 4 RStV-E zu prüfen, „welcher finanzielle Aufwand für das Angebot erforderlich ist.“ Diese aus rundfunkrechtlicher Sicht dritte Stufe (rechte Leiste in Abbildung 25) entspricht der aus ökonomischer Sicht zweiten Stufe (linke Leiste in Abbildung

25) einer Nutzen-Kosten-Abwägung. Sie hat zu prüfen, ob in der Vorlage der für den Auftrag erforderliche finanzielle Aufwand (ökonomisch besser: Finanzbedarf) mit der erforderlichen Exaktheit, Detailliertheit und Transparenz und unter Beachtung vorgegebener Haushaltsgrundsätze dargelegt worden ist.

Darüber hinaus ist es aber auch und vor allem erforderlich, diesen Finanzbedarf in Beziehung zu setzen zum in den beiden ersten Prüfstufen zu ermittelnden Nutzen, den das Angebot stiftet. Diese Aufgabe – in der ökonomischen Betrachtung ist das der „Nutzen-Kosten-Vergleich“ als dritte Stufe der Nutzen-Kosten-Abwägung – kann aus dem Gesetzestext aus dem Zweck hergeleitet werden, der mit dem Drei-Stufen-Test erreicht werden soll. Sie ist kein expliziter Bestandteil des Drei-Stufen-Tests (insofern wäre sie dieser als 4. Stufe des Drei-Stufen-Tests hinzuzufügen, siehe rechte Leiste in Abbildung 25), kann aber durch Auslegung begründet werden.⁵¹⁴

4.1.2. Der publizistische Nutzen von Telemedienangeboten als zentraler Maßstab des Drei-Stufen-Tests

4.1.2.1. Der Begriff des publizistischen Nutzens

Die Interpretation des Drei-Stufen-Tests als Nutzen-Kosten-Abwägung wirft die Frage auf, wie der Nutzen von Telemedien für die Zwecke des Drei-Stufen-Tests präzisiert und dann auch operationalisiert werden kann.

Ausgangspunkt ist hierbei der für die Medien, auch für die Telemedien, charakteristische „**Doppelcharakter**“, der sich daraus ergibt, dass diese sowohl Mittel zur Befriedigung individueller, privater Bedürfnisse sind als auch „Medium und Faktor der freien individuellen und öffentlichen Meinungsbildung“.

⁵¹¹ Siehe A.2.

⁵¹² Siehe ausführlich hierzu Abschnitt A. 2.2.

⁵¹³ Dies ergibt sich aus der Natur der Entscheidung als einer Beurteilungsentscheidung, siehe oben, die "6 Regeln" A. 1.3.2.

⁵¹⁴ Aus ökonomischer Sicht hätte es sich empfohlen, sie als eine ausdrücklich genannte 4. Stufe in diesen (dann „Vier-Stufen-“) Test aufzunehmen (vgl. rechte Leiste in Abbildung 25) und dort auch zu präzisieren. Auch auf dieser (vierten) Stufe müssen wiederum mehrere Teilaufgaben gelöst werden (siehe die in Abbildung 25 unterschiedenen Felder 4.1. - 4.4.). Siehe hierzu ausführlicher oben, A.2.2.

Von der wettbewerbspolitischen Denkrichtung der Ökonomie wird üblicherweise die erstere Funktion, der „Warencharakter“ der Medien betont. Der Sichtweise dieser Disziplin entsprechend sind Telemedien, wie Medien allgemein, als Wirtschaftsgüter zu betrachten, die der Befriedigung privater Bedürfnisse dienen, etwa nach Information oder Unterhaltung. Sie werden vom „Konsumenten“ (bei Telemedien: vom Nutzer) nachgefragt, weil sie ihm einen individuellen Nutzen stiften („**Konsumentennutzen**“).

Dieser ist um so höher, je besser das Angebot den Präferenzen des Konsumenten entspricht. Insofern bestimmt dieser individuelle Nutzen auch die Zahlungsbereitschaft und – bei einer entgeltlichen Bereitstellung über den Markt – den Preis, den ein Nutzer zu zahlen bereit ist. Der Marktpreis ist dann, wie in der Ökonomie üblich, Ausdruck des individuellen Nutzens, den das Gut stiftet, und die in einer Volkswirtschaft beobachtbaren Marktwirkungen sind Ausdruck seines gesamtwirtschaftlichen Nutzens.

Demgegenüber entspricht es in Deutschland dem vom Bundesverfassungsgericht durch seine Rechtsprechung zur Rundfunkfreiheit vorgegebenen Verständnis, dass die *Medien zur freien Meinungsbildung beitragen*, indem sie die bestehenden Meinungen verbreiten (Mediumfunktion) und dadurch einen öffentlichen Diskurs ermöglichen und anstoßen, innerhalb dessen diese Meinungen beeinflusst und ggf. auch verändert werden (Faktorfunktion).⁵¹⁵

Dadurch leisten die Medien sowohl einen Beitrag zur Funktionsfähigkeit der demokratischen Gesellschaftsordnung, die informierte, mündige und zur politischen Partizipation (zumindest über Wahlen) bereite Bürger erfordert, als auch zur Erreichung anderer sozialer und kultureller Bedürfnisse, die nicht durch die Politik, sondern durch andere Formen kollektiver Willensbildung (z. B. durch zivilgesellschaftliches Engagement) gestaltet werden.

Dass eine freie Meinungsbildung auch zum Nutzen derjenigen sein kann, die sich als Sender und Empfänger an dieser Kommunikation beteiligen, steht dabei, anders als bei einer ökonomischen Betrachtung, nicht im Vor-

⁵¹⁵ Siehe oben, A.2.2.

dergrund. Sinn und Zweck freier Meinungsbildung ist vielmehr ihr Beitrag zur Funktions- und Leistungsfähigkeit der Gesellschaft. Von dem daraus erwachsenden Nutzen profitieren *alle* Mitglieder dieser Gesellschaft, also auch diejenigen, die zur freien Meinungsbildung weder als „Sender“ noch als „Empfänger“ beitragen.⁵¹⁶

Neuere (wohlfahrts-)ökonomische Arbeiten haben diese Sichtweise in ihre Theorie integriert, zum Teil sogar in den Mittelpunkt ihrer Überlegungen gestellt.⁵¹⁷ Sie interpretieren den von der Rechtswissenschaft in den Vordergrund gestellten Umstand, dass die Medien nicht allein oder nicht einmal vorrangig einen unmittelbaren individuellen Nutzen für die Konsumenten bzw. Rezipienten stiften, sondern darüber hinaus auch einen Nutzen für *alle* Gesellschaftsmitglieder, als Nebeneinander von individuellem („internem“) und gesellschaftlichem („externem“) Nutzen.

Sie erkennen aber auch, dass auch der gesellschaftliche Nutzen mittelbar die Wohlfahrt des Einzelnen beeinflusst, insofern also ebenfalls eine Form des individuellen Nutzens darstellt. Dessen Höhe bestimmt sich allerdings, anders als der „Konsumentennutzen“, nicht nach der Art und Menge der vom Einzelnen als Konsument genutzten Medien, sondern nach dem Umfang, in dem der Einzelne als Bürger an der Funktions- und Leistungsfähigkeit der Gesellschaft partizipiert (wir bezeichnen diese Form des Nutzens deshalb auch als „**Bürgernutzen**“). In diesem Sinn verwenden wir im Folgenden auch den Begriff des publizistischen Nutzens, der im Schrifttum nicht eindeutig, z. T. auch widersprüchlich, verwendet wird.⁵¹⁸

Unter dem **publizistischen Nutzen** eines Telemedienangebotes verstehen wir den Nutzen, den dieses Angebot den Mitgliedern einer Gesellschaft dadurch stiftet, dass es zur freien Meinungsbildung und damit zur Funktions- und Leistungsfähigkeit der Gesellschaft beiträgt.

⁵¹⁶ Siehe ebenda.

⁵¹⁷ Siehe ebenda.

⁵¹⁸ Siehe ebenda.

Eine solche Abgrenzung des Begriffs des publizistischen Nutzens ermöglicht die Interpretation des Drei-Stufen-Tests als Nutzen-Kosten-Abwägung. Dadurch kann der auf der ersten und zweiten Stufe dieses Tests angesprochene publizistische Nutzen von Telemedien präzisiert werden. Er kann dann auch eher gegen den damit verbundenen finanziellen Aufwand abgewogen werden; auch ein Vergleich mit konkurrierenden Telemedienangeboten wird dadurch möglich.

Der publizistische Nutzen in diesem Sinne ist bei den verschiedenen Arten von (Tele-)Medien unterschiedlich bedeutsam. Manche (Tele-)Medien tragen kaum zur freien Meinungsbildung bei, sie besitzen im Vergleich zum individuellen Nutzen, den sie den Rezipienten unmittelbar stiften, einen **geringen publizistischen Nutzen**. Ein Teil der in der sog. „Negativliste“ des RStV-E genannten Angebote, wie z. B. Anzeigenportale, Preisvergleichsportale und Routenplaner, können dieser Gruppe zugerechnet werden.⁵¹⁹ Andere (Tele-)Medien, wie z. B. journalistisch-redaktionell veranlasste Internet-Foren, Weblogs und zeitversetzt abrufbare Fernsehsendungen zu gesellschaftlich und politisch relevanten Themen, tragen in hohem Maß zur freien Meinungsbildung bei, sie haben einen **hohen publizistischen Nutzen**.⁵²⁰

Der untere Teil von Abbildung 26 verdeutlicht dies. Er zeigt auch, dass Medien, die ausschließlich der individuellen Bedürfnisbefriedigung dienen, ohne zur freien Meinungsbildung beizutragen, einen nur theoretisch vorstellbaren Grenztypus bilden, ebenso wie Medien, die ausschließlich der freien Meinungsbildung dienen, ohne individuelle Bedürfnisse zu befriedigen. In der Praxis dienen alle Medien beiden Zielen (ihr oben angesprochener „Doppelcharakter“).

Die Beurteilung des publizistischen Nutzens von Medien und speziell auch die Frage, inwieweit Marktwirkungen Ausdruck dieses publizistischen Nutzens sind, wird durch diese Überlagerung beider Ziele erschwert. Um so wichtiger ist es, die Angebote hinsichtlich der relativen Bedeutsamkeit der

⁵¹⁹ Siehe ebenda.

⁵²⁰ Siehe ebenda.

beiden Ziele sowie auch hinsichtlich der Art der zwischen ihnen bestehenden (harmonischen, indifferenten oder konkurrierenden) Beziehungen zu unterscheiden.⁵²¹

(Tele-)Medien, die primär der Befriedigung privater Bedürfnisse dienen und damit primär von der individuellen Wertschätzung ihrer Rezipienten abhängen, können grundsätzlich eher über den Markt bereitgestellt werden als (Tele-)Medien, die primär der öffentlichen Meinungsbildung dienen. Bei Ersteren sind Marktergebnisse auch ein besser geeigneter Maßstab für die Höhe des durch sie gestifteten Nutzens. Dagegen ist zur Bereitstellung von Medien, bei denen der publizistische Nutzen („Bürger Nutzen“) im Mittelpunkt steht, der Markt kein geeignetes Verfahren, und Marktergebnisse sind hier auch kein geeigneter Maßstab für die Höhe ihres Nutzens.

Die Ursachen hierfür lassen sich im Einzelnen herleiten, wenn man die allgemeine ökonomische Theorie des Marktversagens auf die Medien anwendet. Dabei ist zu unterscheiden zwischen „allokativen“ Marktmängeln, die die marktliche Ressourcenkombination betreffen, und „distributiven“ Marktmängeln, die die Verteilung der Marktergebnisse betreffen.

Die von anderen Disziplinen, die sich mit den Medien befassen, gewonnenen Ergebnisse sind noch nicht hinreichend in diese ökonomische Theorie des Marktversagens integriert worden. Aber auch innerhalb der Ökonomie unterscheiden sich die Auffassungen darüber, welche Marktmängel bei den Medien bestehen, welches Ausmaß sie haben und inwieweit der Markt selbst in der Lage ist („Selbstregulierung“), gegebenenfalls unterstützt durch hoheitliche Regeln („regulierte Selbstregulierung“), diese Mängel zu beseitigen oder zu verringern. Im ökonomischen Grundlagenteil (A.2.2.) wird dies näher ausgeführt; dabei wird auch zwischen sog. allokativen und distributiven Mängeln unterschieden.

⁵²¹ Bei einer harmonischen (auch: komplementären) Beziehung erleichtert die Verfolgung und Beförderung des einen Ziels die Erreichung des anderen, bei einer konfliktierenden (auch substitutiven) Beziehung erschwert sie dies. In Abschnitt A.2.2.2. wurden verschiedene Beispiele genannt, in denen mit der Erhöhung des durch die Medien gestifteten individuellen Nutzens ihr publizistischer Nutzen beeinträchtigt wird.

	Medien als Mittel zur Befriedigung privater Bedürfnisse	Medien als Mittel zur Befriedigung privater Bedürfnisse und Mittel zur freien Meinungsbildung	Medien als Mittel zur freien Meinungsbildung	
1. allokativer Marktängel				1. Folgen allokativer Marktängel
a) Existenz externer Effekte	•	●	●●	a) mangelnde Gemeinwohlorientierung und -förderung
b) fehlende Ausschließbarkeit	•	●	●●	b) mangelnde Tendenzfreiheit (gegenüber kommerziellen Interessen)
c) fehlende Additivität der Kosten	•	●	●●	c) mangelnde Vielfalt
d) fehlende Symmetrie der Informationen	•	●	●●	d) mangelnde Qualität
e) fehlende Transität d. Konsumentenpräferenzen	•	●	●●	e) mangelnde Beachtung/Stärkung von Medienkompetenz
2. distributive Marktängel				2. Folgen distributiver Marktängel
a) fehlende Gerechtigkeit d. Ausgangsverteilung	•	●	●●	a) fehlende (Chancengerechtigkeit der) Zugänglichkeit der Angebote
b) fehlende Äquivalenz von Nutzen und Kosten	●	•	•	b) fehlende Äquivalenz zwischen Nutzen und Traglast

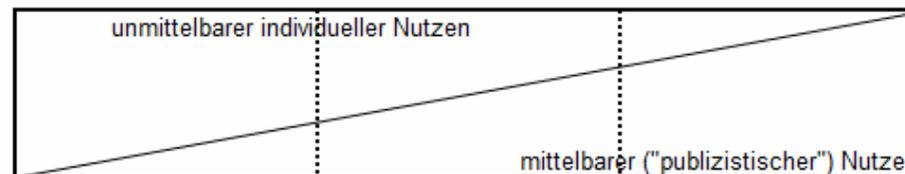


Abbildung 26: Der mittelbare Nutzen der Medien als publizistischer Nutzen

4.1.2.2. Die begrenzte Aussagekraft von Marktwirkungen für den publizistischen Nutzen

In der rechte Spalte von Abbildung 26 sind die sich aus Marktmängeln für Medien ergebenden wichtigsten Folgen zusammengestellt: mehr oder minder starke Verstöße gegen das Gebot der Tendenzfreiheit, unterschiedlich hohe Mängel in der Vielfalt und Qualität der Angebote, ein unterschiedlicher Umgang mit mangelnder Medienkompetenz der Nutzer, eine unterschiedlich hohe Gemeinwohlorientierung und -förderung wie auch unterschiedlich starke Abweichungen von der gesellschaftlich gewünschten Verteilung der für die Bereitstellung der Medien aufzuwendenden Kosten und des durch sie gestifteten individuellen und publizistischen Nutzens.

Ersichtlich wird aus Abbildung 26 auch, dass das Ausmaß dieser Marktmängel sich für die verschiedenen (Tele-)Medien unterscheidet.⁵²² Tendenziell sind die Mängel um so geringer, je stärker die Funktion der Medien als Mittel zur Befriedigung privater Bedürfnisse dominiert. Umgekehrt sind sie um so höher, je stärker ihre Funktion für die freie öffentliche Meinungsbildung im Vordergrund steht. Diese Tendenzaussagen müssen zwar je nach Geschäftsmodell, Zielgruppe, dem Grad publizistischer Verantwortung und vielen anderen Merkmalen von (Tele-)Medien differenziert werden.⁵²³ Gleichwohl ist die Grundaussage richtig, dass infolge solcher Marktmängel **der publizistische Nutzen von Telemedien durch Marktergebnisse und Marktwirkungen nicht adäquat beurteilt werden kann, vor allem nicht für Medien, bei denen die gesellschaftliche Funktion, ihr Beitrag zur freien Meinungsbildung im Vordergrund steht.**

Auch der in den medienpolitischen Auseinandersetzungen mit kommerziellen Anbietern herausgestellte Fall, dass ein neues öffentlich-rechtliches Telemedienangebot mit bereits vorhandenen „vergleichbaren“ kommerziellen

⁵²² In Abbildung 26 wird dies durch die unterschiedliche Größe der Punkte in den einzelnen Feldern der Tabelle angedeutet.

⁵²³ Innerhalb der privaten Presse unterscheidet sich z. B. die sog. Boulevardpresse in vielen publizistischen Eigenschaften von der sog. Qualitätspresse. Siehe oben, Abschnitt A.2.2.2.

Angeboten in Konkurrenz tritt, erlaubt keinen ausschließlich marktliche Auswirkungen berücksichtigenden Vergleich; vielmehr müssen auch hier nicht-marktliche, publizistische Kriterien hinzugezogen werden. Das liegt auch im Interesse der kommerziellen Anbieter. (Nur) sofern beide Angebote publizistisch vergleichbar sind, ist es zulässig, aus dem Umfang negativer Marktwirkungen für vorhandene private Anbieter auf die damit verbundene Verringerung des publizistischen Angebotes privater Anbieter zu schließen. In diesem Fall lässt sich aus der Saldierung eines durch das neue öffentlich-rechtliche Telemedienangebot gestifteten publizistischen Nutzens und des damit zugleich verbundenen Verlusts an publizistischem Nutzen, den die verdrängten kommerziellen Angebote gestiftet hätten, erkennen, dass das neue Angebot insgesamt (d. h. für die Summe der öffentlich-rechtlichen und privaten Angebote) keinen zusätzlichen publizistischen Nutzen stiftet. Der Rundfunkrat hätte in diesem Fall folglich zu befinden, dass das neue Angebot nicht vom Auftrag umfasst ist.⁵²⁴

Das heißt umgekehrt aber auch, dass neue öffentlich-rechtliche Telemedienangebote auch dann den publizistischen Nutzen anderer Angebote beeinträchtigen können, wenn dies über marktliche Auswirkungen nicht zum Ausdruck kommt. Unmittelbar einsichtig ist dies für die Angebote des nicht-kommerziellen („dritten“) Sektors, die sich nicht über den Markt finanzieren, sondern aus intrinsisch motivierten und unentgeltlichen (professionellen oder nicht-professionellen) redaktionellen Beiträgen gespeist werden.⁵²⁵ Es gilt aber auch für kommerzielle Angebote: Auch der von ihnen gestiftete

⁵²⁴ Siehe ebenda.

⁵²⁵ Hier fehlen Marktwirkungen schon wegen des Geschäftsmodells der betroffenen Angebote; aber gerade hier besteht deshalb auch die Gefahr, dass neue öffentlich-rechtliche Telemedienangebote solche intrinsischen Motive zerstören, z. B. weil sie dadurch ihre „Alleinstellung“ für die informationelle Versorgung bestimmter Minderheiten verlieren. Allerdings kann auch in diesen Fällen der damit verbundene Verlust an publizistischem Nutzen mehr als ausgeglichen werden (und damit die Entscheidung des Rundfunkrates rechtfertigen, dass das neue öffentlich-rechtliche Telemedienangebot vom Auftrag umfasst ist), z. B. wenn dieses Angebot im Vergleich zu den verdrängten Angeboten des dritten Sektors eine höhere Qualität oder einen höheren Bekanntheitsgrad (und eine höhere Verbreitung) findet oder unter verteilungspolitischen Gesichtspunkten (bessere Möglichkeit einer gezielten Ansprache bestimmter Zielgruppen) vorzuziehen ist.

publizistische Nutzen kann durch neue öffentlich-rechtliche Telemedienangebote beeinträchtigt werden, eventuell auch in einem Umfang, der über den direkten Zugewinn an publizistischem Nutzen des neuen öffentlich-rechtlichen Telemedienangebots hinaus geht (das dann vom Rundfunkrat als nicht vom Auftrag erfasst zu bewerten wäre). Auch für solche kommerziellen Angebote ist es nicht möglich, allein anhand marktlicher Auswirkungen auf den mit einer Verdrängung dieser Angebote verbundenen Verlust an publizistischem Nutzen zu schließen; zum einen, weil die von einem neuen Angebot ausgehenden Marktwirkungen wegen der indirekten und schwer zurechenbaren Finanzierungsformen kommerzieller Angebote (Werbung, Sponsoring, Transaktionseinkünfte) nur schwer identifiziert werden können, zum anderen, weil aus der Höhe (und den Veränderungen) der Marktwirkungen eines kommerziellen Angebotes – Stichwort: Marktmängel – keine ausreichenden Schlüsse auf die Höhe (und die Veränderungen) des damit verbundenen publizistischen Nutzens gezogen werden können.

4.1.2.3. Die begrenzte Aussagekraft von Gutachten zu den marktlichen Auswirkungen neuer Telemedienangebote

Aus diesem Grund ist auch die Aussagekraft des obligatorisch einzuholenden Gutachtens zu den marktlichen Auswirkungen neuer Telemedienangebote gering. Höher wäre sie, wenn darin die bestehenden (oder eben fehlenden) Zusammenhänge zwischen den mit dem Angebot verbundenen Marktwirkungen und den Veränderungen des publizistischen Nutzens qualitativ aufgezeigt würden.⁵²⁶ Noch höher wäre sie, wenn diese Veränderungen anhand geeigneter Indikatoren auch annähernd quantifiziert würden. Das ist analytisch und empirisch aber um so schwieriger, zeitaufwändiger, teurer und hinsichtlich der Ergebnisse auch unsicherer und für den Rundfunkrat

⁵²⁶ Z. B. darüber, in welcher Weise ein neues öffentlich-rechtliches Angebot die Qualität anderer, nicht nur kommerzieller Angebote verändert („Race to the Top“ oder „Race to the Bottom“), wie es die Präferenzen seiner Nutzer beeinflusst (Faktorfunktion der Medien) und wie sich dies wiederum auf die Nutzung anderer Angebote auswirkt. Vgl. Abschnitt A.2.2.4.

weniger nachvollziehbar, je mehr Rück- und Wechselwirkungen dabei einbezogen werden.⁵²⁷

Unter Berücksichtigung dieser Aspekte hat der Rundfunkrat bei der Beauftragung des obligatorischen Gutachters vorzugeben, ob die marktlichen Auswirkungen des geplanten Telemedienangebotes in dem beschriebenen engeren oder weiteren Verständnis untersucht werden sollen. Auch dabei hat er einen erheblichen Entscheidungsspielraum. Der Wortlaut des RStV-E legt eine eher enge, der Zweck des Drei-Stufen-Tests eine eher weite Auslegung nahe. Die vom Rundfunkrat gewünschte Auslegung des Begriffs der marktlichen Auswirkungen und damit indirekt auch die für diese Auslegung adäquate Methodik muss er in der Ausschreibung vorgeben.⁵²⁸

Damit legt der Rundfunkrat zugleich fest, in welchem Ausmaß der obligatorische Gutachter außer den auf Märkten beobachtbaren Auswirkungen des neuen Angebotes auch andere relevante Kriterien des publizistischen Nutzens zu berücksichtigen hat. In dem Umfang, in dem er den Gutachter von dieser Verpflichtung entbindet (durch eine enge Auslegung des Begriffs der marktlichen Auswirkungen), hat er solche Gesichtspunkte bei der Gesamtabwägung selbst einzubeziehen. Dazu kann er fakultativ auch weitere Gutachten einholen.

Bei seiner Entscheidung muss der Rundfunkrat – sei es durch eine entsprechende Auftragsbeschreibung für das obligatorische Gutachten, sei es durch eine dieses ergänzende Betrachtung – in jedem Fall die nicht oder nicht hinreichend über Marktwirkungen erkennbaren Bestimmungsgrößen des publizistischen Nutzens von Telemedienangeboten in den Blick nehmen. Dabei sind insbesondere die verfassungsrechtlichen Ausführungen zum Nutzen linearer öffentlich-rechtlicher Rundfunkangebote und zu dessen Funktionsauftrag zu berücksichtigen, die zum Teil allerdings noch an die Besonderheiten nicht-linearer Telemedien angepasst und fortentwickelt werden müssen.

⁵²⁷ Das zeigt sich deutlich an dem von der Ofcom in Großbritannien entwickelten „market impact assessment“. Siehe Abschnitt A.2.2.4.3.

⁵²⁸ Siehe hierzu auch die Überlegungen zur Bestellung des Gutachters unter B.3.1.2.2.

Auch die Erkenntnisse anderer Disziplinen, die sich mit dem publizistischen Nutzen von Medien im Allgemeinen und von Telemedien im Besonderen befassen haben, wie z. B. der Publizistik, der Journalistik, der Politikwissenschaft, der Soziologie, der Kommunikationswissenschaft und der Wirtschaftswissenschaft, sollte er berücksichtigen. Allerdings sind diese zeit- und kontextgebunden und oft so „weich“, dass sie sich kaum operationalisieren lassen; zudem beziehen sie sich überwiegend auf die *Qualität* von Medienangeboten, die aber nur eine Determinante des publizistischen Nutzens ist und im Zusammenhang mit der Akzeptanz durch die Nutzer gesehen werden muss.

Diese Schwierigkeiten rechtfertigen andererseits nicht, dass die im Drei-Stufen-Test vorzunehmende Beurteilung des publizistischen Nutzens eines neuen Angebotes anhand beliebiger oder gar anhand nicht offen gelegter Kriterien erfolgen könnte. Das widerspräche der grundsätzlichen Zielsetzung des Tests, die Frage transparent und nachvollziehbar zu beantworten, ob ein neues Angebot dem Auftrag entspricht. Sie bestätigen aber den bereits aus rundfunkrechtlicher Sicht hergeleiteten beträchtlichen Spielraum, den der Rundfunkrat bei der Bewertung des publizistischen Nutzens eines neuen Angebotes besitzt.⁵²⁹ Die auf den beiden ersten Stufen des Drei-Stufen-Tests genannten Kriterien bezwecken deshalb auch weniger, die vom Rundfunkrat getroffene Abwägung angreifbar zu machen (etwa durch ihre detaillierte inhaltliche Überprüfung durch die Rechtsaufsicht), sondern eher, dass der Rundfunkrat seine Entscheidung überhaupt explizit begründet („Der Programmauftrag als Prozess seiner Begründung“)⁵³⁰ und damit einen gesellschaftlichen Diskurs über diese Entscheidungen ermöglicht.

⁵²⁹ Siehe oben, A.1.3.

⁵³⁰ So der Titel des Aufsatzes von Schulz (2008).

4.1.3. Bestimmung des publizistischen Nutzens eines geplanten Telemedienangebots innerhalb des Drei-Stufen-Tests

Nach diesen Erläuterungen zum publizistischen Nutzen eines neuen Angebotes und den dabei zu beachtenden Gesichtspunkten können wir uns den dabei im Drei-Stufen-Test vorgegebenen Verfahrensvorschriften zuwenden.

Die durch die beiden ersten Stufen des Drei-Stufen-Tests verlangte Prüfung des Nutzens eines vorgelegten Telemedienangebotes hat mehrere Teilaufgaben zu unterscheiden (siehe hierzu nochmals die in Abbildung 25 unterschiedenen Felder).

4.1.3.1. Prüfung auf den einzelnen Stufen

1. Stufe

Inwieweit entspricht das Angebot den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft?

Auf der ersten Stufe ist zu prüfen, inwieweit das Angebot *den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft entspricht*. Wie bereits dargelegt, gibt dies Elemente der aus dem Amsterdamer Protokoll entlehnten Formulierung wieder, die nun in die allgemeine Auftragsdefinition des § 11 Abs. 1 RStV-E aufgenommen wurden.⁵³¹

Das geplante Angebot ist mithin unter den Funktionsauftrag zu subsumieren, und es ist darzulegen, inwieweit es diesem Auftrag entspricht. Dafür sind einerseits die entsprechenden vom Auftragsbegriff umfassten kommunikativen Bedürfnisse der Bevölkerung nach Bildung, Information, Beratung und Unterhaltung zu ermitteln; und in einem zweiten Schritt ist die Eignung des geplanten Angebots zur Erfüllung dieser Bedürfnisse darzulegen. Bei der

⁵³¹ Siehe oben, A.1.1.2.1.

Prüfung der Auftragsrelevanz sind auch die verfassungsrechtlichen Konkretisierungen des Auftrags⁵³² sowie die spezifischen Vorgaben der Rundfunkgesetze zum Auftrag (vor allem § 4 WDR-Gesetz, § 11 RStV) zu beachten.⁵³³ Hierzu zählen beispielsweise die Berücksichtigung der in § 11 Abs. 2 Satz 1 RStV genannten Objektivität und Unparteilichkeit der Berichterstattung, der Meinungsvielfalt sowie der Ausgewogenheit der Angebote, aber auch die Forderung in § 11 Abs. 1 Satz 6 RStV, dass auch Unterhaltung einem öffentlich-rechtlichen Angebotsprofil entsprechen soll.

2. Stufe

In welchem Umfang wird durch das Angebot in qualitativer Hinsicht zum publizistischen Wettbewerb beigetragen?

Die auf der zweiten Prüfstufe angesprochene Frage, „in welchem Umfang durch das Angebot in qualitativer Hinsicht zum publizistischen Wettbewerb beigetragen wird“, und die Frage, was unter dem „publizistischen Nutzen“ eines Angebotes zu verstehen ist, haben wir aus ökonomischer Sicht bereit im vorigen Abschnitt erörtert.⁵³⁴ Diese Frage bildet den Mittelpunkt des Drei-Stufen-Tests. Er verlangt vom Rundfunkrat zu beurteilen, ob ein geplantes Angebot *„in qualitativer Hinsicht ein Beitrag zum publizistischen Wettbewerb“* ist.

Dieses neue unbestimmte Tatbestandsmerkmal lässt Spielraum für Interpretationen. Der Begriff des publizistischen Wettbewerbs wurde für den „klassischen“ Rundfunk vom Bundesverfassungsgericht mit Blick auf das bestehende duale Rundfunksystem aus öffentlich-rechtlichen und privaten Rundfunkveranstaltern entwickelt und ist für den Internetbereich erst noch zu konkretisieren.⁵³⁵ Das Konzept eines „Beitrags“ oder Mehrwerts findet sich

⁵³² Vgl. hierzu oben, insbesondere A.1.1.2.5.1.

⁵³³ Vgl. ausführlich oben, A. 1.1.

⁵³⁴ Siehe dazu ausführlicher auch A.2.2.

⁵³⁵ Vgl. zuletzt BVerfGE 119, 181 ff - 2.Gebührenurteil. Ausführlich dazu oben, A.1.1.2.3.

auch im Amsterdamer Protokoll und im Einstellungs-Schreiben der EU-Kommission.⁵³⁶

Bei der hier geforderten Bewertung der publizistischen Wettbewerbssituation und der Bestimmung, inwiefern das neue Angebot zu diesem publizistischen Wettbewerb einen qualitativen Beitrag leistet, ist von den oben dargestellten Begrifflichkeiten und Auslegungsmöglichkeiten auszugehen. Dabei sind die angestellten ökonomischen Überlegungen zur Präzisierung des publizistischen Nutzens von Telemedien zu beachten.

4.1.3.2. Berücksichtigung frei zugänglicher Angebote

Zusätzliche Vorgaben zu den im Gesetz unterschiedenen drei Prüfstufen finden sich in § 11f Abs. 4, Satz 3 RStV-E. Dort heißt es: *„Dabei sind 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. Darzulegen ist der voraussichtliche Zeitraum, innerhalb dessen das Angebot stattfinden soll.“*

Das Wort „dabei“ lässt offen, welche dieser Vorgaben sich auf welche der in § 11f Abs. 4, Satz 2 RStV-E genannten drei Prüfstufen beziehen. Allerdings bietet sich am ehesten der Zusammenhang mit den Kriterien der zweiten Stufe an, so dass wir eine Prüfung dieser Vorgaben im Kontext der zweiten Stufe – bzw. der integrierten Abwägung der ersten und zweiten Stufe – vorschlagen.

Die Frage, welche Angebote als „frei zugänglich“ in die Betrachtung einzubeziehen sind, bleibt im RStV-E offen, und auch die Amtliche Begründung nimmt dazu nicht Stellung. Nach dem Wortlaut könnte man annehmen, es handele sich dabei um für den Nutzer kostenlose Angebote, etwa um aus

⁵³⁶ Vgl. hierzu auch Stock (2008), 36.

Werbung, Sponsoring oder Transaktionsgeschäften finanzierte kommerzielle Angebote oder um kostenfreie Angebote des „dritten Sektors“.⁵³⁷ Eine solche Bewertung aber würde dem Zweck des Drei-Stufen-Tests widersprechen, da ein bestimmtes öffentlich-rechtliches Telemedienangebot durchaus auch mit kommerziellen Angeboten im publizistischen Wettbewerb stehen kann, die sich durch Nutzerentgelte, z. B. in Form von Abonnementgebühren, finanzieren. Vielmehr dürften darunter sowohl unentgeltliche als auch entgeltliche Angebote zu verstehen sein, deren **Zugänglichkeit nicht von der Zugehörigkeit zu bestimmten Gruppierungen** abhängt, etwa bestimmten Berufsgruppen oder zu beantragenden Mitgliedschaften.

Das wirft die Frage auf, ob die freie Zugänglichkeit bereits dann fehlt, wenn die Nutzung eines Telemedienangebotes eine Anmeldung oder Registrierung erfordert, z. B. für Internet-Foren oder Chat-Rooms. Das dürfte zu verneinen sein, solange sich eine solche auf die Mitteilung einiger weniger Informationen (Name, Email-Adresse, Alter, Wohnort u. ä.) beschränkt, muss aber wohl bejaht werden, sobald solche Angaben nur mit größerem Aufwand beigebracht werden können, eine besondere Eignung oder Befähigung des Nutzers erforderlich ist oder eine Teilnahme beispielsweise nur durch persönliche Vermittlung oder gar Aufnahmegespräche möglich ist. Diese Beispiele verdeutlichen, dass es sich beim Kriterium der freien Zugänglichkeit von Angeboten nicht um eine klar abgrenzbare, sondern im Einzelfall auszulegende Bewertung handelt. Sie hängt auch nicht lediglich ab von der Höhe des für die Nutzung geforderten Entgelts oder dem vorab erforderlichen Anmeldungs- oder Registrierungsaufwand, sondern von vielen anderen Faktoren, wie z. B. dem Grad der erforderlichen technischen Ausstattung, den für die Nutzung benötigten Kenntnissen und der Beherrschung gruppenspezifischer Kommunikationstechniken.

⁵³⁷ So verstanden zahlreiche Wettbewerber beispielsweise die Angebotsbeschreibungen für die Portale KI.KAplus (<http://www.mdr.de/DL/5957224.pdf>) sowie Kikaninchen (<http://www.mdr.de/DL/5957242.pdf>) angesichts des Hinweises auf die Werbe- und Entgeltfreiheit der geplanten Angebote, vgl. hierzu die Stellungnahmen der RTL-Gruppe (http://www.medien-gruppe-rtl.de/de/pub/ueber_uns/medienpolitik/drei-stufen-tests.cfm) sowie die Pressemeldung des VPRT vom 5. März 2009 (<http://www.vprt.de/index.html/de/press/article/id/182/or/2/>).

Da mit abnehmendem Grad der freien Zugänglichkeit auch der Beitrag eines Angebotes zur freien Meinungsbildung sukzessive sinkt, dürfte es andererseits gerechtfertigt und geboten sein, die Wirkungen des geplanten Angebotes nur auf die anderen Angebote zu berücksichtigen, bei denen die freie Zugänglichkeit einen – vom Gesetzgeber nicht genau bestimmten – Schwellenwert überschritten hat.⁵³⁸

Es ist in erster Linie Aufgabe des mit der Untersuchung der marktlichen Auswirkungen eines Angebotes beauftragten Gutachters, den Kreis der „frei zugänglichen“ Angebote anhand dafür geeigneter Kriterien zu bestimmen. Es ist aber auch Aufgabe des Rundfunkrates, diese Entscheidungen des Gutachters zu überprüfen und gegebenenfalls zu korrigieren. Um keinen Bewertungsfehler zu begehen, darf der Rundfunkrat seine Entscheidungen z. B. nicht auf ein Gutachten stützen, das die marktlichen Auswirkungen auf andere Angebote untersucht hat, durch eine unzulässig enge Definition des Begriffs der freien Zugänglichkeit aber festgestellt hat, dass keine anderen Angebote existieren.

4.1.3.3. Auswirkung auf den publizistischen Nutzen bereits vorhandener vergleichbarer Angebote

Neben der Bestimmung des „direkten“ publizistischen Nutzens eines geplanten Angebotes ist auch eine Prognose seiner Auswirkungen auf den publizistischen Nutzen anderer Angebote erforderlich (Feld 2.2. in Abbildung 27). Das ergibt sich aus dem Wortlaut des § 11f Abs. 4 Satz 3 RStV-E, wonach bei der Prüfung „*bereits vorhandene vergleichbare Angebote*“ zu berücksichtigen sind.⁵³⁹

⁵³⁸ Siehe zu den damit verbundenen Bewertungen des publizistischen Nutzens von Telemedienangeboten anhand verteilungspolitischer Kriterien oben, Abschnitt A.2.2.2.7.

⁵³⁹ Der Zielsetzung des Tests als Prognoseentscheidung nach sind abweichend von dieser Formulierung aber nicht nur die „vorhandenen“ Angebote existierender Anbieter, sondern auch solche „*potentielle*“ Anbieter zu berücksichtigen, deren Aktivitäten (insbesondere mit Bezug auf kommerzielle Anbieter: die Förderung oder Erschwerung ihres Markteintritts) durch das neue Telemedienangebot beeinflusst wird. Siehe dazu Teil A.2.2.4.1.

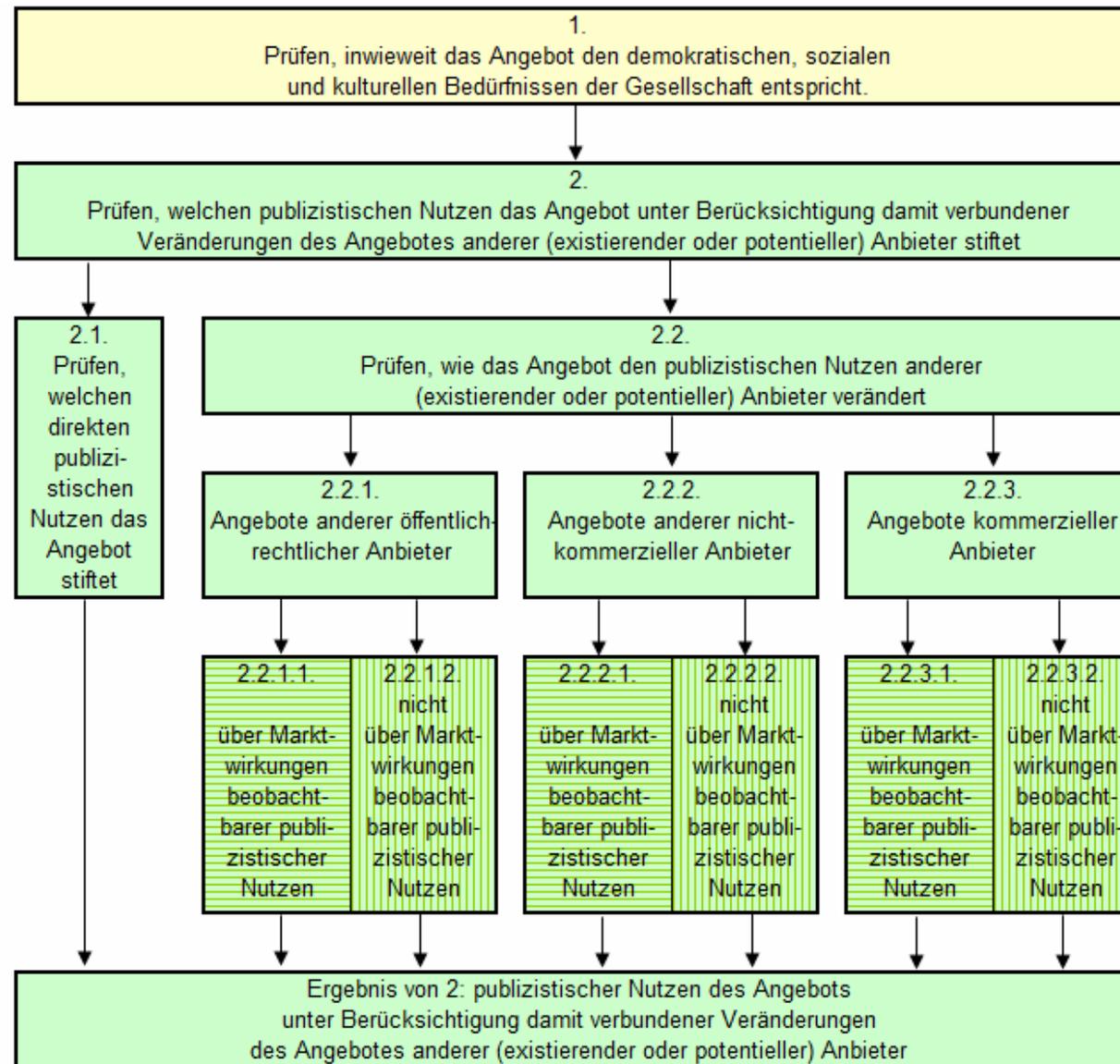


Abbildung 27: Publizistischer Nutzen eines neuen Angebots unter Berücksichtigung vergleichbarer vorhandener Angebote

Als „andere Angebote“ sind zum ersten **Angebote anderer öffentlich-rechtlicher Anbieter** zu berücksichtigen. § 11f Abs. 4 Satz 3 RStV-E weist auf diese Notwendigkeit hin, die Wirkungen der Angebote auf bereits vorhandene vergleichbare Angebote „auch des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, zu berücksichtigen.“ Je stärker neue öffentlich-rechtliche Angebote bereits existierende ähnliche oder vollkommen identische öffentlich-rechtliche Angebote anderer Anstalten substituieren, desto eher wird der durch das neue Angebot gestiftete („direkte“) publizistische Nutzen durch den „indirekt“ entstehenden Verlust publizistischen Nutzens der bestehenden Angebote aufgezehrt. Im Extrem ist der „publizistische Nutzen des neuen öffentlich-rechtlichen Angebotes unter Berücksichtigung damit verbundener Veränderungen des publizistischen Nutzens anderer öffentlich-rechtlicher Angebote“ gleich Null; selbst bei vergleichsweise geringen Kosten ergäbe sich dann ein (auf der nächsten Stufe zu bestimmender) **negativer Nettonutzen**, so dass ein solches Angebot vom Rundfunkrat nicht zu befürworten wäre.^{540, 541}

Als andere Angebote sind des weiteren **Angebote anderer nicht-kommerzieller Anbieter** zu berücksichtigen (Feld 2.2.2.). Dazu gehören z. B. die Angebote gemeinnütziger Einrichtungen, der Universitäten, in Deutschland auch des sog. „Bürgerfunks“ und „Lokalradios“, und nicht zuletzt von Einzelpersonen, die keine Erwerbsinteressen verfolgen, sondern Telemedien aus intrinsischen (journalistischen, karikativen, künstlerischen etc.) Motiven anbieten.

⁵⁴⁰ Auf dieses Erfordernis ist bereits für die Programmierung im linearen Rundfunk hingewiesen worden (vgl etwa Meier 2002 mit weiteren Literaturhinweisen.) Allerdings dürfte die dabei wichtige Frage, wann Angebote vergleichbar sind, für Telemedien noch schwerer zu beantworten sein als für lineare Rundfunkprogramme, bei denen z. B. die Zielgruppen, die Einschaltquoten und auch die Wirkungen von Programmen mit nahezu gleichen Inhalten je nach Sendeplatz und „Audience Flow“ differieren können.

⁵⁴¹ Das Beispiel unterstreicht den oben allgemein dargestellten Befund, dass sich die mit einem neuen öffentlich-rechtlichen Telemedienangebot verbundenen Auswirkungen auf den publizistischen Nutzen anderer Angebote oft nicht über marktliche Auswirkungen bestimmen lassen. In dem hier betrachteten Fall wird dies unmittelbar deutlich, da die öffentlich-rechtlichen Angebote insgesamt nur in einem geringen Umfang, die öffentlich-rechtlichen Telemedienangebote selbst überhaupt nicht durch marktliche Einnahmen finanziert werden. Die in Abbildung 27 durch das Feld 2.2.1.1. repräsentierten öffentlich-rechtlichen Angebote schlagen quantitativ deshalb kaum zu Buche.

Die Anzahl solcher nicht-kommerzieller Anbieter ist im Zuge der Digitalisierung, der erhöhten Reichweite und Bandbreite des Internets und der gesunkenen Kosten für die Produktion und Verbreitung von Telemedien in den letzten Jahren explosionsartig angestiegen.⁵⁴² In diesen Beiträgen findet sich eine Fülle unterschiedlicher Sichtweisen und Gestaltungsformen, die sich zum Teil auch deutlich sowohl von den Angeboten kommerzieller Anbieter als auch öffentlich-rechtlicher Anbieter unterscheiden. Selbst wenn nur ein geringer Teil dieser Angebote deren Professionalität und Qualität erreicht,⁵⁴³ tragen sie in ihrer Summe nicht unerheblich zur freien individuellen und öffentlichen Meinungsbildung bei und stiften insofern einen publizistischen Nutzen.⁵⁴⁴ Von daher ist es geboten, bei der Bestimmung des Nutzens neuer öffentlich-rechtlicher Telemedien die Auswirkungen auf den publizistischen Nutzen solcher nicht-kommerzieller Angebote zu berücksichtigen. Dabei ist zu beachten, dass diese sich nicht bzw. nur in dem geringen Umfang in marktlichen Auswirkungen niederschlagen, in dem sie sich über den Markt finanzieren. Dieser Anteil (Feld 2.2.2.1.) ist definitionsgemäß für diese Art von Angeboten nachrangig.

Schließlich ist auch für die **Angebote kommerzieller Anbieter** zu prüfen, wie sich deren publizistischer Nutzen durch ein neues öffentlich-rechtliches Telemedienangebot verändert (Feld 2.2.3.). Die medienpolitische Diskussion bezieht sich in erster Linie auf diese Angebote. Diese bilden auch den Ausgangspunkt für die Beschwerde des VPRT in Brüssel sowie für den daraus entstandenen Beihilfekompromiss, zu dessen Umsetzung unter anderem auch der Drei-Stufen-Test beitragen soll.⁵⁴⁵ Auch die in § 11f Abs. 4 Satz 3 RStV-E angesprochenen „marktlichen Auswirkungen“ des geplanten Angebotes beziehen sich, obwohl auch dies im Gesetzestext nicht eindeutig zum

⁵⁴² Siehe oben, A.2.2.4.2.

⁵⁴³ ebenda

⁵⁴⁴ ebenda

⁵⁴⁵ Siehe oben, A.1.2.

Ausdruck kommt, ausschließlich oder in allererster Linie auf die Angebote kommerzieller Anbieter.

Als solche sind vor allem die Telemedienangebote kommerzieller Fernsehveranstalter, von Zeitungs- und Zeitschriftenverlegern und von anderen privaten Unternehmen der Medienbranche (etwa der Filmwirtschaft) zu berücksichtigen, aber auch anderer Branchen, die mit ihren Telemedienangeboten – wenn auch möglicherweise nur in geringerem Umfang – zur freien individuellen und öffentlichen Meinungsbildung beitragen und insofern auch einen publizistischen Nutzen stiften. Zu beachten ist dabei, dass sich die Geschäftsziele und -modelle dieser Anbieter und mithin auch der publizistische Nutzen dieser Angebote erheblich voneinander unterscheiden.⁵⁴⁶ Es ist Aufgabe eines die marktlichen Auswirkungen untersuchenden Gutachtens, diese kommerziellen Angebote zu identifizieren.

Naturgemäß ist der Anteil, zu dem sich kommerzielle Anbieter über den Markt finanzieren, im Vergleich zu demjenigen öffentlich-rechtlicher Anbieter und sonstiger nicht-kommerzieller Anbieter wesentlich höher. So wie Markteinkommen bei Letzteren die Ausnahme bilden, sind sie bei kommerziellen Anbietern die Regel. In Abbildung 27 kommt dem Feld 2.2.3.1. im Vergleich zum Feld 2.2.3.2. deshalb eine wesentlich größere Bedeutung zu, wenngleich auch kommerzielle Anbieter einen zunehmenden Anteil ihrer Angebote (Stichwort "User-Generated-Content") nicht über den Markt beschaffen und insofern auch die Veränderungen des publizistischen Nutzens dieser nicht-marktlichen Bestandteile ihrer Angebote nicht oder zumindest nicht ausschließlich aus Marktwirkungen abgeleitet werden können. Hinzu kommt, dass selbst für die am Markt finanzierten kommerziellen Angebote die Marktwirkungen infolge der oben beschriebenen Mängel medialer Märkte allenfalls grobe Rückschlüsse auf den dadurch gestifteten publizistischen Nutzen erlauben. Das beeinträchtigt die Aussagekraft des obligatorisch einzuholenden Gutachtens zu den marktlichen Auswirkungen neuer Angebote.⁵⁴⁷

⁵⁴⁶ Vgl. A.2.2.4.3.

⁵⁴⁷ Darauf wurde bereits unter A.2.2.2. eingegangen.

Andererseits ist zu beachten, dass nach dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut – im Unterschied zum Fernsehbereich, bei dem eine entsprechende Regelung fehlt – die marktlichen Auswirkungen von Relevanz und speziell durch ein Gutachten zu analysieren sind. Die Entscheidung des Rundfunkrats muss deshalb in jedem Fall erkennen lassen, dass diese Auswirkungen berücksichtigt wurden – entweder dadurch, dass der Begriff der marktlichen Auswirkungen im obligatorischen Gutachten ausreichend weit gefasst worden ist, oder dadurch, dass der Rundfunkrat seine auf einer unzweckmäßig engen Definition beruhenden Ergebnisse nachträglich durch eine eigenständige Bewertung relativiert und korrigiert hat.

Diese Gesamtabwägung kann analytisch als abschließende Teilaufgabe der Nutzenbestimmung verstanden werden. Dabei sind der vom geplanten Angebot erwartete „direkte“ publizistische Nutzen (Zelle 2.1. in Abbildung 27) und die durch ihn erwarteten Veränderungen des publizistischen Nutzens anderer Anbieter (Zelle 2.2.) zu saldieren (Zelle 2.3.). Wegen der Vielzahl und „Weichheit“ der dabei relevanten Faktoren und wegen der analytisch und empirisch schwierigen Modellierung der zwischen dem geplanten Angebot und den bestehenden (oder gar potentiellen) Angeboten anderer Anbieter bestehenden Wirkungen und Rückwirkungen ist dies eine äußerst komplizierte und mit großen Unsicherheiten behaftete Aufgabe. In einem noch stärkerem Umfang, als dies oben bereits für die Abschätzung des direkten publizistischen Nutzens eines geplanten Telemedienangebots betont wurde, besitzt der Rundfunkrat deshalb auch bei der Abschätzung der damit verbundenen Veränderungen des publizistischen Nutzens anderer Angebote und bei der Saldierung dieser Wirkungen einen großen Beurteilungsspielraum.

4.1.4. Bestimmung der Kosten eines geplanten Telemedienangebots

3. Stufe:

Welcher finanzielle Aufwand ist erforderlich?

Auf der letzten Stufe ist der finanzielle Aufwand für das geplante Angebot darzulegen. Das Gesetz gibt nicht eindeutig vor, ob dies eine reine Feststellung der Kosten (oder auch nur die Plausibilitätsprüfung der Kostenschätzung der Intendanz) durch den Rundfunkrat oder aber eine Verhältnismäßigkeitsprüfung in dem Sinn bedeutet, dass der finanzielle Aufwand in einem angemessenen Verhältnis zum öffentlichen Nutzen stehen muss.⁵⁴⁸ Die Amtliche Begründung lässt dies ebenfalls offen und führt aus: *"Drittens ist der finanzielle Aufwand für das Angebot festzustellen. Die Gremien tragen ganz wesentlich die Verantwortung für einen effektiven, auftragskonformen Mitteleinsatz."*⁵⁴⁹

Die dritte Stufe dient damit nach dem reinen Wortlaut der Gesetzesformulierung zunächst der Schaffung von **Transparenz** über die Kosten des geplanten Angebots. Dies scheint auch in erster Linie die Vorgabe aus den Selbstverpflichtungen gegenüber der Europäischen Kommission zu sein. So hat die Kommission im Einstellungsschreiben zum Beihilfeverfahren gegen die Bundesrepublik vorgegeben, dass im Drei-Stufen-Test festzustellen ist, dass der Aufwand für die Erbringung des Angebots vorgesehen ist.⁵⁵⁰ Demnach dient die dritte Stufe der Prüfung vor allem dazu, die Kosten des geplanten Angebots **hinreichend konkret darzulegen**.

Andererseits gibt es für die Ermittlung und Feststellung der Kosten auch andere Mechanismen, insbesondere das KEF-Verfahren, die nicht durch das Verfahren beim Rundfunkrat ersetzt, sondern vielmehr ergänzt werden. Zudem hat der Rundfunkrat bei seiner Prüfung auch allgemeine verfas-

sungs- und verwaltungsrechtliche Prinzipien; wie z. B. den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; zu berücksichtigen. Insbesondere in Verbindung mit dem ebenfalls für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk geltenden Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit bleibt es dem Rundfunkrat daher unbenommen, möglicherweise auch gewisse Grenzen der noch auftragsgemäßen Kosten eines Angebots festzustellen. So könnte er den Auftragsbezug eines Angebots in der Gesamtwertung verneinen, wenn er den Beitrag eines Angebots zum publizistischen Wettbewerb als gering und die Kosten dieses Angebots demgegenüber als unverhältnismäßig hoch einschätzen würde.

Unsere Interpretation des Drei-Stufen-Tests als Nutzen-Kosten-Abwägung⁵⁵¹ hat außerdem verdeutlicht, dass die Ermittlung des finanziellen Aufwands des geplanten Angebotes aus ökonomischer Sicht **in erster Linie dazu dient, zu entscheiden, ob dieser Aufwand („Finanzbedarf“) sich im Verhältnis zum publizistischen Nutzen des Angebotes rechtfertigt**. Das hätte durch eine klarere Formulierung im Gesetzestext selbst deutlich gemacht werden können, etwa indem man dort nicht von der Notwendigkeit gesprochen hätte, den finanziellen Aufwand für das Angebot zu „ermitteln“, sondern ihn gegen den auf vorgelagerten Stufen zu prüfenden Nutzen der Angebote „abzuwägen“.

Um diesen Zweck erfüllen zu können, müssen die Kosten des geplanten Telemedienangebotes dem Rundfunkrat detailliert dargelegt werden. Wegen der grundsätzlich möglichen Teilgenehmigung von Angeboten muss der Rundfunkrat dadurch auch die bei einer solchen Teilgenehmigung anfallenden Kosten erkennen können. Das bedeutet zum Beispiel, dass in der Angebotsbeschreibung zwischen Kosten unterschieden wird, die unabhängig von den einzelnen Bestandteilen des Angebotes, sozusagen als fixe Kosten, anfallen, und solchen Kosten, die davon abhängen, welche Bestandteile des Angebotes letztlich vom Rundfunkrat als vom Auftrag umfasst beurteilt werden (z. B. eindeutig zurechenbare variable Herstellungs- und Rechtekosten).

⁵⁴⁸ So Dörr (2008), II 2.b.

⁵⁴⁹ Amtliche Begründung zu § 11f Abs. 4 RStV-E, 4. Absatz.

⁵⁵⁰ Vgl. Einstellungsschreiben Rz. 331.

⁵⁵¹ Vgl. A.2.1.

Dabei sind die – auch bisher bereits bei der Bedarfsanmeldung gegenüber der KEF geltenden – Anforderungen zu beachten.⁵⁵² Eine grobe Beschreibung der Kosten, wie sie z. B. der MDR für die geplanten Telemedienangebote des Ki.Ka vorgenommen hat, dürfte nicht ausreichen. Die daran auch von Dritten geübte Kritik zeigt im Übrigen, dass nach den Bestimmungen des Drei-Stufen-Tests nicht nur der Rundfunkrat in die Lage versetzt werden muss, die Angemessenheit der für das geplante Angebot erforderlichen Ausgaben zu beurteilen, sondern auch Dritte, denen das Verfahren die Möglichkeit bietet, ihre Ansichten gegebenenfalls dem Rundfunkrat oder auch dem Gutachter zu übermitteln.⁵⁵³

Hingegen ist es nicht Aufgabe des Rundfunkrates – noch des Gutachters – die von der Intendanz vorgelegte Berechnung der für die Erbringung des Angebotes erforderlichen Finanzmittel im Detail zu überprüfen. Hier bleibt es grundsätzlich bei der bisherigen Aufgabenteilung zwischen der Geschäftsführung der Anstalten einerseits und dem Verwaltungsrat der Anstalten und der KEF, auch der Rechnungshöfe, andererseits. Allerdings stellen sich bei der praktischen Umsetzung dieser Vorgaben im Drei-Stufen-Test im Detail noch verschiedene Fragen, die in Absprache zwischen den Beteiligten vor Einleitung der ersten obligatorischen Drei-Stufen-Test-Verfahren geklärt werden sollten, eventuell aber auch erst bei deren Durchführung erkennbar werden.

4.1.5. Vergleich des Nutzenüberschusses eines geplanten Angebotes mit dem Nutzenüberschuss anderer Angebote

Nachdem der für das geplante Telemedienangebot erforderliche Finanzbedarf bestimmt worden ist, kann er gegen dessen publizistischen Nutzen abgewogen werden. Dies ist die dritte Stufe der in der linken Leiste von Abbildung 25 beschriebenen Nutzen-Kosten-Abwägung; und es ist ein Arbeitsschritt, der im Drei-Stufen-Test (rechte Leiste in Abbildung 25) nicht explizit

genannt ist, dort (als dann vierte Stufe) aber implizit erwartet wird. Dabei unterteilt sich auch diese Stufe in mehrere Schritte (vgl. den mittleren Teil von Abbildung 25, dort die Felder 4.1. - 4.4.).

In einem ersten Schritt (4.1.) ist der Nutzenüberschuss oder „Nettonutzen“ des geplanten Angebotes zu bestimmen, indem der zuvor ermittelte (Brutto-) Nutzen mit dem ebenfalls bestimmten Finanzbedarf saldiert wird. Da sowohl die Messung des publizistischen Nutzens als auch des Finanzbedarfs erhebliche konzeptionelle und empirische Schwierigkeiten beinhaltet, reicht es aus, wenn der Rundfunkrat beide Größen mit einem daraus ableitbaren Grad minderer Genauigkeit bestimmt. Beim derzeitigen Stand der theoretischen Durchdringung und bei der derzeitigen Datenlage dürfte es ausreichen, die wichtigsten Gesichtspunkte qualitativ darzulegen und ihren Stellenwert innerhalb des Gesamtkataloges berücksichtigter Kriterien aufzuzeigen. Wichtige Kriterien sollten dabei aber nicht übersehen werden, und der Rundfunkrat sollte begründen, weshalb er welche Faktoren wie gewichtet hat. Hierbei sollte er auch neue wichtige Erkenntnisse über die Art und Stärke der Bestimmungsgründe für den Nutzen und die Kosten von Telemedien berücksichtigen.⁵⁵⁴

Aus diesen Gründen raten wir auch, die Argumentation am Konzept des Funktionsauftrags und der daraus abgeleiteten Rolle des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im dualen System auszurichten. Die Argumentation sollte ihren Ausgang stets beim gesetzlich vorgegebenen Tatbestandsmerkmal "qualitativer Beitrag zum publizistischen Wettbewerb" nehmen; in diesem Rahmen können dann alle Überlegungen des Rundfunkrats, Erkenntnisse der Markt- und Nutzungsforschung, Medienökonomie, Publizistik etc. in Form der beschriebenen Nutzen-Kosten-Abwägung einfließen.

⁵⁵² Vgl. Goerlich (2008),. m. w. N.

⁵⁵³ Siehe B.3.2.

⁵⁵⁴ Zur Begründungspflicht siehe unten; B.4.4. Das unterstreicht die Notwendigkeit, dass sich der Rundfunkrat permanent mit der Beobachtung der Medienmärkte und auch mit der analytischen Durchdringung ihrer Funktionsmechanismen zu befassen hat (siehe oben, A.2.2.4.), eventuell auch durch externe fakultative Gutachter unterstützen lassen sollte (B.3.1.2.2.).

Streng genommen kann der Rundfunkrat auch anhand des in dieser Weise – wohl nur grob – bestimmbaren Nettonutzens die Frage, ob das geplante Angebot vom Auftrag umfasst wird, aus ökonomischer Sicht immer noch nicht beantworten. Hierfür müsste er auch den Nettonutzen alternativ denkbarer Telemedienangebote und die sich dadurch ergebende Rangfolge (Dringlichkeit) der unterschiedlichen Angebote kennen (Zelle 4.2. in Abbildung 25). Zudem müsste ihm das für Telemedien insgesamt verfügbare Budget bekannt sein (Zelle 4.3. in Abbildung 25). Erst dann könnte er beurteilen, ob das vorgelegte Angebot im Vergleich zu anderen denkbaren Angeboten den höchsten Nettonutzen aufweist bzw. zu denjenigen – eventuell dann mehreren – Angeboten zählt, die beim verfügbaren Budget (in der Rangfolge ihres Nettonutzens) finanzierbar sind.⁵⁵⁵

Aus ökonomischer Sicht ist dieser Aspekt der Nutzen-Kosten-Abwägung fester Bestandteil vergleichbarer Prüfungen. Allerdings würde der mit einer solchen Vorgehensweise verbundene analytische und empirische Aufwand den mit einer besser fundierten Beurteilung des vorgelegten Telemedienangebots verbundenen Zusatznutzen aller Voraussicht nach erheblich übersteigen, zumal er nicht nur für die Auswahl aus mehreren Telemedienangeboten betrieben werden müsste, sondern auch für die Auswahl von Telemedienangeboten im Vergleich zu anderen Angeboten, auch und vor allem zu den linearen Hörfunk- und Fernsehprogrammen.

Abgesehen von diesem prozessökonomischen Argument kann der Rundfunkrat auf eine solche Prüfung aber auch aus inhaltlichen Erwägungen verzichten, weil er grundsätzlich davon ausgehen kann, dass ihm die Intendantin im Rahmen der ihr obliegenden Programmgestaltungshoheit aus der Menge der denkbaren und innerhalb des Hauses mehr oder minder intensiv

⁵⁵⁵ Diese Fragen werden im RStV-E nicht gestellt, geschweige denn beantwortet. Insofern erweist es sich als nachteilig, dass der Gesetzgeber diese Entscheidungsstufe nicht explizit als eigenständige Prüfstufe vorgibt, sondern nur implizit und unzureichend anspricht, indem er in der Amtlichen Begründung zu § 11 Abs. 4 RStV-E darauf hinweist, dass es in der dritten Stufe nicht nur darum geht, den finanziellen Aufwand festzustellen, der für ein Angebot erforderlich ist, sondern auch darum, „die Verhältnismäßigkeit von Nutzen und Aufwand“ berücksichtigen zu können.

erörterten Telemedienangebote dasjenige Angebot zur Prüfung vorlegt, das den höchsten Nettonutzen erzielt.⁵⁵⁶ Um ihm die Möglichkeit zu geben, dies zumindest grob nachvollziehen zu können, sollte die Angebotsvorlage solche eventuell erwogenen, aber letzten Endes verworfenen alternativen Angebote darlegen.⁵⁵⁷ Sollte sich der Rundfunkrat von einem solchen alternativen, nicht vorgelegten Angebot einen höheren Nettonutzen erwarten als vom vorgelegten Angebot, sollte er dies mit der Intendanz erörtern und ggf. auf eine Modifizierung des Telemedienkonzepts hinwirken.⁵⁵⁸

4.1.6. Zusammenfassung – Kriterien für die Gesamtabwägung

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der Rundfunkrat bei seiner Entscheidung, ob ein bestimmtes Angebot vom Auftrag umfasst ist, insgesamt die Kriterien des § 11 Abs. 4 RStV-E zu überprüfen hat. Dazu hat er eine **Gesamtabwägung** vorzunehmen, die sämtliche dort genannten Kriterien in die Prüfung einbezieht. Diese kann als Nutzen-Kosten-Abwägung verstanden und strukturiert werden.

Dabei sind die **marktlichen Auswirkungen auf die Angebote anderer Anbieter nur einer von mehreren Faktoren** bei der Entscheidungsfindung

⁵⁵⁶ Für eine solche Sichtweise sprechen auch die diesbezüglichen Ausführungen von Schulz (2008a): „Der Beihilfekompromiss macht zum Verfahren keine Vorgaben, es ist den Anstalten überantwortet. Die Expertise zur Erhebung der nötigen Informationen steht den Anstalten zur Verfügung. Es spricht jedenfalls wenig dafür, auf dieser Ebene Externen die Informationserhebung voll zu überlassen. Damit fällt diese Aufgabe der jeweiligen Anstalt zu; intern scheint es angemessen, die Aufgabe der Exekutive, dem Intendanten oder der Intendantin und den Stäben, zuzuweisen; auch da die Gremien derzeit über keinen administrativen Apparat verfügen. Das Ziel, sie zu stärken, wird nicht dadurch erreicht, dass man ihnen dysfunktional Aufgaben zuweist.“

⁵⁵⁷ Dazu muss die Intendantin die Vorlage in einer geeigneten Weise aufbereiten. Nutzen und Kosten alternativer Angebote brauchen hierbei nicht ebenso detailliert dargelegt zu werden wie für das letztlich von der Intendanz vorgelegte Angebot. Es müssen aber Aussagen darüber getroffen werden, ob und gegebenenfalls welche alternativen Telemedienangebote in den Häusern verfolgt wurden (oder weiterhin verfolgt werden) und bis zu welcher Tiefe diese geplant wurden (oder weiterhin geplant sind), bevor sie dann als weniger Nutzen stiftend erkannt wurden als das letztlich vorgelegte Angebot.

⁵⁵⁸ Zu den Entscheidungsmöglichkeiten des Rundfunkrats und den Auswirkungen des Intendantenprinzips hierauf vgl. A.1.4.2.

und Bewertung des qualitativen Vielfaltbeitrags. Die Abwägung darf also nicht entscheidend allein auf die marktlichen Auswirkungen gestützt werden, ohne vor allem die publizistische Relevanz des Angebots zu berücksichtigen.

Unabhängig vom Ausgang der Gesamtabwägung ist aus rechtlicher Sicht vor allem entscheidend, dass alle für die Prüfung relevanten Kriterien auch tatsächlich in die Prüfung einbezogen, ihre Sachverhaltsgrundlage umfassend ermittelt und sie vom Rundfunkrat gewichtet wurden. Neben der notwendigen Auslegung der verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe wird es daher bei der Entscheidungsvorbereitung in erster Linie erforderlich sein, zum einen für jeden der Zwischenschritte darzulegen, wie diese Kriterien zu bestimmen sind, und zum anderen darzulegen, in welcher Weise die Kriterien in die Gesamtwertung eingeflossen sind und welche Beurteilungsspielräume der Rundfunkrat hier hatte. Sinnvollerweise sollte sich der Rundfunkrat bei seiner Prüfung an einem intern zu erstellenden **Prüfraster** orientieren, das die Einbeziehung aller erforderlichen Parameter gewährleistet.

4.2. Beschlussvorbereitung

Wie oben (A.1.3.2) ausführlich dargelegt, hat der Rundfunkrat eine eigenständige Beurteilungsentscheidung zu treffen, wobei er bei der internen Organisation sowie der Möglichkeit, insbesondere die Sachverhaltsermittlung und Beschlussvorbereitung auf interne Gremien, eigene Geschäftsstellen oder auch Dritte zu übertragen, einen weiten Spielraum hat.

Da für den Drei-Stufen-Test programminhaltliche, strategische und wirtschaftliche Aspekte relevant sind, wird für einen Beschluss von so grundsätzlicher Bedeutung und solcher Komplexität ein **verstärkter Informationsaustausch** zwischen den Ausschüssen und deren **Koordinierung** notwendig sein. Es könnte sein, dass dafür das derzeit übliche und bewährte Verfahren der schriftlichen Berichterstattung aus den Ausschüssen⁵⁵⁹ nicht ausreicht.

⁵⁵⁹ § 17 Abs. 5 WDR-Gesetz.

Hat der Rundfunkrat sich auf ein Verfahren verständigt, sollten sinnvoller Weise dafür die Bestimmungen des WDR-Gesetzes, der Satzung oder der Geschäftsordnung des Rundfunkrats entsprechend ergänzt werden.⁵⁶⁰ Insofern könnte die **Geschäftsordnung** auch zunächst nur vorläufig auf einen bestimmten Zeitraum befristet geändert werden.

Angesichts der Komplexität des Verfahrens erscheint es sinnvoll, in den jeweiligen Verfahrensstadien durch eine **Bericht erstattende Person oder Arbeitsgruppe** eine vorläufige Bewertung bzw. vorläufige Stellungnahmen und später ggf. einen **vorläufigen Grundsatzbeschluss** zu entwickeln. Eine solche "etappenweise" Entwicklung der Entscheidung sollte möglichst frühzeitig, am besten bereits in der Phase der Vorprüfung, begonnen werden. Eine kontinuierliche Aufbereitung der eingegangenen Informationen und Vorbereitung für die Beschlussfassung durch das Plenum kann gewährleisten, dass alle für die Abwägung relevanten Punkte erfasst und bei der Abwägung berücksichtigt werden.

4.3. Beschlussfassung

§ 11f Abs. 5 RStV-E: *"Die Entscheidung, ob die Aufnahme eines neuen oder veränderten Angebots den Voraussetzungen des Absatzes 3 entspricht, bedarf der Mehrheit von zwei Dritteln der anwesenden Mitglieder, mindestens der Mehrheit der gesetzlichen Mitglieder des zuständigen Gremiums."*

Bei der Entscheidungsfindung ist stets zu beachten, dass Ausschüsse, Geschäftsstelle und Externe die Entscheidung durch das Plenum nur vorbereiten können. Entscheidungsgremium ist der gesamte Rundfunkrat, d. h. die Entscheidung kann nur im Plenum aller Rundfunkratsmitglieder getroffen werden. Der Rundfunkstaatsvertrag sieht für die Entscheidung ein **doppelt qualifiziertes Mehrheitserfordernis** vor, d. h. sie erfordert eine 2/3-Mehr-

⁵⁶⁰ Z. B. § 17 Abs. 1 WDR-Gesetz.

heit der anwesenden Mitglieder, die aber mindestens auch der Mehrheit der gesetzlichen Mitglieder des Rundfunkrats entsprechen muss. Dies soll der Bedeutung der Entscheidung und den *"Besonderheiten der Gremienpräsenz"* Rechnung tragen.⁵⁶¹

Im Übrigen sieht der RStV-E keine weiteren speziellen Regelungen für die Entscheidungsfindung vor, so dass die allgemeinen Regelungen im WDR-Gesetz, in der WDR-Satzung und der Geschäftsordnung des WDR-Rundfunkrats gelten. Das betrifft z. B. den Modus der Beschlussfassung, die Gültigkeit der Stimmen, die Möglichkeit, für vertrauliche Angelegenheiten die Öffentlichkeit auszuschließen etc.⁵⁶²

4.4. Begründung

§ 11f Satz 2 RStV-E: *"Die Entscheidung ist zu begründen. In den Entscheidungsgründen muss unter Berücksichtigung der eingegangenen Stellungnahmen und eingeholten Gutachten dargelegt werden, ob das neue oder veränderte Angebot vom Auftrag umfasst ist."*

Wie bereits mehrfach erwähnt, ist die Begründung von zentraler Bedeutung für den Nachweis einer unabhängigen Entscheidungsfindung, bei der sämtliche abwägungsrelevante Gesichtspunkte berücksichtigt wurden. Eine im Lauf des Prüfverfahrens sukzessive entwickelte Entscheidungsbegründung ist daher der für die Gestaltung des Entscheidungsfindungsprozesses entscheidende "rote Faden". Sie dient zugleich zum Nachweis vor allem gegenüber der Rechtsaufsicht, dass der Drei-Stufen-Test ordnungsgemäß durchgeführt wurde und der Rundfunkrat alle Anforderungen an die Wahrnehmung des Beurteilungsspielraums erfüllt hat.

⁵⁶¹ Vgl. Amtliche Begründung zu § 11f Abs. 6 RStV-E.

⁵⁶² Vgl. die Synopse: Geschäftsordnung des Rundfunkrats des Westdeutschen Rundfunks Köln, in der Fassung der 2. Änderung vom 21. Januar 2003.

Die **Entscheidungsbegründung kann als zentrales Instrument** dienen, um die Entscheidungsfindung des Rundfunkrats im Verlauf des Verfahrens zu entwickeln (auch im Austausch mit den beteiligten Ausschüssen, Arbeitsgruppen sowie ggf. Stellung nehmenden Gremien anderer Rundfunkanstalten sowie gegenüber der Rechtsaufsicht) und nach außen hin zu dokumentieren. Sie kann ferner dazu dienen, eine kontinuierliche Spruchpraxis der Rundfunkräte zu entwickeln. Die Begründung ist zu veröffentlichen;⁵⁶³ sie ist somit neben der veröffentlichten Angebotsbeschreibung das **wichtigste Instrument**, um **Transparenz** herzustellen und die Entscheidung und den Verfahrensablauf gegenüber der Öffentlichkeit als glaubwürdig und ernstzunehmend zu legitimieren.

5. PHASE: Abschluss des Verfahrens

§ 11f Abs. 6 aE RStV-E: *"Die jeweilige Rundfunkanstalt hat das Ergebnis ihrer Prüfung einschließlich der eingeholten Gutachten unter Wahrung von Geschäftsgeheimnissen in gleicher Weise wie die Veröffentlichung des Vorhabens bekannt zu machen."*

§ 11f Abs. 7 RStV-E: *"Der für die Rechtsaufsicht zuständigen Behörde sind vor der Veröffentlichung alle für eine rechtsaufsichtliche Prüfung notwendigen Auskünfte zu erteilen und Unterlagen zu übermitteln. Nach Abschluss des Verfahrens nach Absatz 5 und 6 und nach Prüfung durch die für die Rechtsaufsicht zuständige Behörde ist die Beschreibung des neuen oder veränderten Angebots in den Amtlichen Verkündungsblättern der betroffenen Länder zu veröffentlichen."*

Im Anschluss an die Entscheidungsfindung durch den Rundfunkrat ist die jeweilige Rundfunkanstalt verpflichtet, 1. die für eine rechtsaufsichtliche Prüfung erforderlichen Unterlagen an die **Rechtsaufsicht zu übermitteln** und 2. das **Prüfungsergebnis sowie die eingeholten Gutachten** in gleicher

⁵⁶³ Siehe sogleich unten, B.5.2.

Weise wie das Vorhaben **bekannt zu machen**. Nach Abschluss der rechtsaufsichtlichen Prüfung endet das Verfahren mit der **Veröffentlichung der Angebotsbeschreibung** in den Amtlichen Verkündungsblättern. Mit ihr wird das Angebot formell beauftragt.

5.1. Vorlage an die Rechtsaufsicht

Vor der Veröffentlichung der Angebotsbeschreibung ist die Rundfunkanstalt zunächst verpflichtet, der für die Rechtsaufsicht zuständigen Behörde – für den WDR ist dies die nordrhein-westfälische Landesregierung⁵⁶⁴ – "*alle für eine rechtaufsichtliche Prüfung notwendigen Auskünfte zu erteilen und Unterlagen zu übermitteln*".

Welche Unterlagen der Behörde zu übergeben sind, richtet sich nach dem Umfang der rechtsaufsichtlichen Prüfung. In ihrem Rahmen wird u. a. auch überprüft, ob alle im Verfahren vorgebrachten Argumente tatsächlich auch in die Abwägung einbezogen wurden. Aus diesem Grund wird es regelmäßig notwendig sein, der Rechtsaufsicht **alle Unterlagen und Materialien** zukommen zu lassen, derer sich der Rundfunkrat bei seiner Entscheidungsfindung bedient hat. Hierzu zählen neben der Entscheidungsbegründung in erster Linie die Angebotsvorlage, die Gutachten und die eingegangenen Stellungnahmen. Je nach Ausgestaltung des Verfahrens durch den Rundfunkrat können aber noch weitere Unterlagen wie z. B. Protokolle, Stellungnahmen oder Marktanalysen hinzukommen, die für die Entscheidung relevant waren. Da diese Unterlagen zum Teil auch **Geschäftsgeheimnisse** Dritter enthalten können, empfiehlt es sich trotz des insofern unklaren Gesetzeswortlauts, dass der **Rundfunkrat** selbst diese **Materialien an die Rechtsaufsicht übersendet** und dies nicht – wie es in den Satzungsentwürfen vorgesehen ist⁵⁶⁵ – der Intendantin überlässt.

⁵⁶⁴ Vgl. § 54 WDR-Gesetz.

⁵⁶⁵ Vgl. z. B. Satzungsentwurf ARD-Gemeinschaftsangebote Ziff. IV.1; Satzungsentwurf NDR, Ziff. III. 1; Satzungsentwurf BR Ziff. III. 1.

5.2. Bekanntmachung der Entscheidung

Nach Übersendung der erforderlichen Unterlagen an die Rechtsaufsicht hat die Rundfunkanstalt das Ergebnis ihrer Prüfung einschließlich der eingeholten Gutachten in gleicher Weise wie die Veröffentlichung des Vorhabens bekannt zu machen.

Die Bekanntmachung obliegt der "*jeweilige[n] Rundfunkanstalt*", für die die Intendantin üblicherweise das nach außen hin tätige geschäftsführende Organ ist. Allerdings kann sich die Formulierung "ihrer Prüfung" notwendigerweise nur auf den Rundfunkrat beziehen, der die Prüfung durchführt. Als Entscheidungsträger **sollte dem Rundfunkrat auch die Bekanntmachung der Entscheidung obliegen**. Dies ist auch insofern sinnvoll, als der Rundfunkrat ebenfalls die Veröffentlichung des Vorhabens vorgenommen hat und die Bekanntmachung des Prüfungsergebnisses in gleicher Weise wie die Veröffentlichung des Vorhabens erfolgen muss. Zwar hat der Rundfunkrat keine eigene Rechtspersönlichkeit. Er ist aber bezüglich der Durchführung des Drei-Stufen-Tests mit einer vergleichbaren Stellung ausgestattet, die die Befugnis zur Veröffentlichung des Prüfungsergebnisses umfasst.

Unklar ist nach dem Gesetzeswortlaut des Weiteren, ob nur das Prüfungsergebnis, d. h. die Entscheidung des Rundfunkrats, oder auch die Begründung für die Entscheidung zu veröffentlichen ist. Die Amtliche Begründung führt hierzu aus, dass maßgeblicher Zweck der Veröffentlichung die Sicherung eines durchgehend transparenten Verfahrens ist, aus dem sich die Abwägung erkennen lässt.⁵⁶⁶ Dies spricht dafür, dass auch die den Abwägungsprozess darstellende Begründung in einer um Geschäftsgeheimnisse bereinigten Fassung zu veröffentlichen ist. Neben der Begründung sind auch die – ebenfalls um Geschäftsgeheimnisse bereinigten – Gutachten zu veröffent-

⁵⁶⁶ Vgl. Begründung zu § 11f Abs. 6 RStV-E: "*Die Begründung muss einen Abwägungsprozess erkennen lassen und darstellen, wie sich die Stellungnahmen und neuen Erkenntnisse auf das ursprünglich geplante Vorhaben auswirkten. Im Sinne eines durchgehend transparenten Verfahrens ist dieses Ergebnis ebenfalls zu veröffentlichen.*"

lichen, während eine Veröffentlichungspflicht für die Stellungnahmen Dritter (und deren Kommentierung durch die Intendantin) nicht besteht.

5.3. Rechtsaufsichtliche Prüfung und Verfahrensabschluss

Nach Erhalt der erforderlichen Unterlagen prüft die Rechtsaufsicht obligatorisch, ob das Verfahren ordnungsgemäß durchgeführt wurde und somit das Angebot dem gesetzlichen Auftrag entspricht.⁵⁶⁷ Die Prüfung und **Veröffentlichung durch die Rechtsaufsicht** soll nach Vorstellung der Europäischen Kommission sicherstellen, *"dass die öffentlichen Rundfunkanstalten neue Telemediendienste erst anbieten dürfen, nachdem ihnen der Auftrag von den Ländern ordnungsgemäß übertragen worden ist"*.⁵⁶⁸

Wie bereits mehrfach erwähnt, verfügt der Rundfunkrat bei seiner Entscheidung allerdings über einen weiten Beurteilungsspielraum, so dass seine Abwägung und Entscheidung von der Rechtsaufsicht **nicht inhaltlich überprüft wird**, sondern nur daraufhin, ob er dabei die einschlägigen gesetzlichen Grundlagen eingehalten und keine rechtlich angreifbaren Beurteilungsfehler gemacht hat. Ein solcher Fehler liegt insbesondere vor, wenn die oben beschriebenen Regeln für die Ausübung von Beurteilungsspielräumen⁵⁶⁹ nicht beachtet worden sind.⁵⁷⁰ Auch aus diesem Grund ist es geboten, den Abwägungsprozess und die Einhaltung dieser Regeln detailliert in der Entscheidungsbegründung darzulegen.

Nach Abschluss des rechtsaufsichtlichen Verfahrens, für das keine Entscheidungsfrist vorgesehen ist, veröffentlicht die Rechtsaufsicht die Beschrei-

⁵⁶⁷ Vgl. Amtliche Begründung zu § 11f Abs. 7 RStV-E.

⁵⁶⁸ Einstellungsschreiben, Ziff. 370.

⁵⁶⁹ Siehe oben A.1.3.1.

⁵⁷⁰ Hinzu kommt, dass die Rechtsaufsicht, falls sie die Entscheidung des Rundfunkrats wegen eines Beurteilungsfehlers beanstandet, im Bereich der Ausübung der Rundfunkfreiheit wegen des Grundsatzes der Staatsferne des Rundfunks auch nur sehr reduzierte Aufsichtsmittel hat, vgl. dazu Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner (2008), vor § 11 Rz. 3, mwN.

bung des geplanten Angebots⁵⁷¹ im Amtlichen Verkündungsblatt des jeweiligen Landes. Die zugrunde liegende Entscheidung durch den Rundfunkrat ist hingegen nicht im Verkündungsblatt zu veröffentlichen.⁵⁷² Mit dieser Veröffentlichung kann das Angebot verbreitet werden.

⁵⁷¹ Gemäß der Gesetzesbegründung zu § 11f Abs. 7 RStV-E ist das *geplante Telemedienkonzept* zu veröffentlichen.

⁵⁷² Vgl. die Gesetzesbegründung zu § 11f Abs. 7 RStV-E.

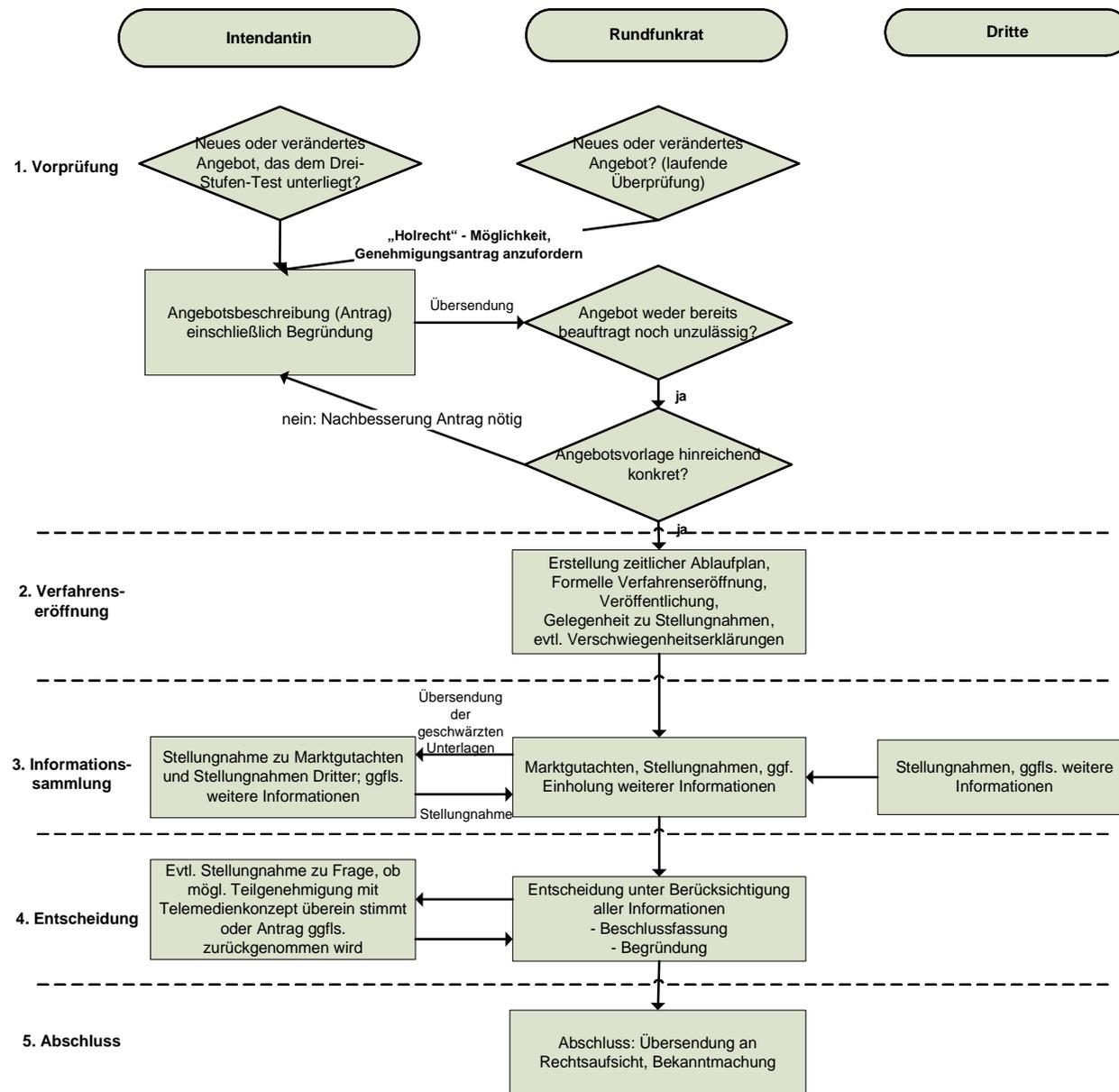


Abbildung 28: Prüfung eines Telemedienangebots im Gesamtverfahren

Schlusswort

Die gedankliche Auseinandersetzung zum Drei-Stufen-Test hat gerade erst begonnen. Das Gutachten hat gezeigt, dass viele Fragen zur praktischen Handhabung des Drei-Stufen-Tests und seiner Kriterien noch offen sind und erst im Laufe der Zeit mit der Durchführung von Drei-Stufen-Tests vertieft und dann hoffentlich auch beantwortet werden können.

Deutlich geworden ist aber bereits, dass der Drei-Stufen-Test dem Rundfunkrat eine neue Rolle zuweist, die mit größerer Selbständigkeit, größerer Verantwortung und mehr Aufgaben verbunden ist. Das gilt nicht nur dann, wenn ein konkreter Test durchzuführen ist. Auch in der Zwischenzeit muss sich der Rundfunkrat über die Welt weiter informieren, in der sich die Rundfunkanstalten nun verstärkt bewegen wollen und sollen: das Internet. Natürlich gehörte Programmbeobachtung schon immer zu seinen Aufgaben, aber auch wenn es in Deutschland, verglichen mit anderen Ländern, sehr viele Rundfunkprogramme gibt, so ist deren Zahl im Vergleich zu den verfügbaren Telemedienangeboten verschwindend gering. Hier gilt es also auch, ein System zu entwickeln, und wohl auch eine Infrastruktur zu etablieren, die eine effektive Beobachtung und Kontrolle durch den Rundfunkrat möglich macht.

Ein Aspekt, der nach Lektüre des Gutachtens hoffentlich in Erinnerung bleibt, ist die neue Bedeutung der Begründung. Rundfunkanstalten müssen ihre Telemedienangebote begründen, um hierfür einen Auftrag zu erhalten, und Rundfunkräte müssen ihre Entscheidung begründen, warum sie diesen Auftrag erteilen, oder auch nicht erteilen. Dritte dürfen hierbei mitdiskutieren, und zwar auf informiertem Niveau. Um mit Wolfgang Schulz zu sprechen: *"Künftig muss es den Anstalten jedenfalls gelingen, so effektiv wie gute Programmideen auch gute Gründe dafür zu produzieren"*.⁵⁷³

⁵⁷³ Schulz (2008), 30.

Literatur

- Alexa – The Web Information Company, http://www.alexa.com/site/ds/top_sites?cc=DE&ts_mode=country&lang=none
- ALM: Katalog – TV-Senderdatenbank – Bürgerfernsehen, [http:// www.alm.de/programmveranstalter/listview.php](http://www.alm.de/programmveranstalter/listview.php).
- Alterman, Eric: Out of Print. The Death and Life of American Newspaper, http://www.newyorker.com/reporting/2008/03/31/080331fa_fact_alterman
- Anderson, Chris: The Long Tail. Der lange Schwanz. Nischenprodukte statt Massenmarkt. Das Geschäft der Zukunft, München 2007
- ARD/ZDF: ARD/ZDF-Onlinestudie – Entwicklung Onlinenutzung, <http://ard-zdf-onlinestudie.de/index.php?id=116>
- Aschke, Manfred in: Bader, Johann/Ronellenfitsch, Michael (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum VwVfG, München 2009
- BBC Trust, Public Value Test (PVT), Guidance on the conduct of the PVT, http://www.bbc.co.uk/bbctrust/assets/files/pdf/regulatory_framework/pvt/vt_guidance.pdf, August 2007
- Böttger, Geert: Grundlagen des Crowding Out-Effektes, Frankfurt/Main 1984
- Breuer, Wolfgang: Investition, Bd.2, Entscheidungen bei Risiko, Wiesbaden 2001
- Brockhaus, Enzyklopädie, Bd. 16, 21. Auflage 2006
- Brockhaus, Enzyklopädie, Bd. 30, 21. Auflage 2006
- Caves, R. E.: Creative Industries. Contracts between Art and Commerce. Cambridge, Harvard University Press 2000
- Conrad, Sebastian: Auf der Suche nach der verlorenen Nation, 1999
- Collins, Richard: Die BBC, das Internet und „public value“, in: Aus Politik und Zeitgeschichte, Heft 9/10, 2009, 32-38
- Cromme, Franz: Die Programmüberwachung des Rundfunkrats, in: NJW 1985, 351ff.
- Croteau, David/Hoynes, William: The Business of Media. Corporate Media and the Public Interest, 2. Aufl., Sage, London/New Delhi 2006
- DENIC Domain Verwaltungs- und Betriebsgesellschaft eG: Statistiken – Domainentwicklung, ohne Datum, <http://www.denic.de/de/domains/statistiken/domainentwicklung/index.html>
- Dörr, Dieter: Gestaltungsspielraum. Der 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrag – ein gelungener Kompromiss? In: Funkkorrespondenz 48/2008 vom 28.11.2008
- Duden, Das große Wörterbuch der deutschen Sprache, Bd. 5, 3. Aufl. 1999
- Eberle, Carl-Eugen: Der Drei-Stufen-Test in der Praxis, ZDF-Jahrbuch 2008, <http://www.zdf-jahrbuch.de/2008/schwerpunkte/eberle.php>
- Eberle, Carl-Eugen: Der Funktionsauftrag des ZDF im Digitalzeitalter, in: Stern, Klaus u. a.: Neue Mediendienste und öffentlich-rechtlicher Rundfunk, Beck München 2009, 83-101 (2008a)
- Elitz, Ernst/Stammler, Dieter: Programmliche Selbstverpflichtungen und Medienqualität. Ein Projekt zur Sicherung der Qualität in den elektronischen Medien; Arbeitspapiere des Instituts für Rundfunkökonomie, Heft 217, Köln 2006, <http://www.rundfunk-institut.uni-koeln.de/institut/pdfs/21706.pdf>
- Eifert, Martin/Eicher, Hermann in: Hahn, Werner/Vesting, Thomas (Hrsg.), Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 2. Auflage, 2008
- Fasel, Christoph (Hrsg.): Qualität und Erfolg im Journalismus. Grundlagen eines zukunftsfähigen Journalismus, Konstanz 2005
- Fisch, Martin/Gscheidle, Christoph: Mitmachnetz Web 2.0. Rege Beteiligung nur in den Communitys, in: Media Perspektiven, Heft 7, 2008, 356-364, http://www.media-perspektiven.de/uploads/tx_mppublications/Fisch_II.pdf
- Fritsch, Michael/Wein, Thomas/Ewers, Hans-Jürgen: Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 7. Aufl., München 2007
- Funkkorrespondenz: Drei Stufen-Tests: Enormer Prüfaufwand für ARD-Gremien, <http://cinomat.kim-info.de/fkarchiv/fkartikel.php?nr=6884&ref=archiv>
- Gehrau, Volker: Fernsehbewertung und Fernsehhandlung, München 2008
- Gersdort, Hubertus: Der Rundfunkbegriff, Vom technologieorientierten zum technologieutralen Begriffsverständnis, Schriftenreihe der LPR Hessen, Februar 2007

- Goerlich, Helmut: Kommentar zu §§ 1 – 7 RFinStV, in: Beckscher Kommentar zum Rundfunkrecht, 2. Aufl., München 2008, 1278ff.
- Göhler, Gerhard u. a. (Hrsg.): Markt – Macht – Medien: Reflexionen zur Praxis der vierten Gewalt, Frankfurt/Main 2008
- Gotzmann, Claudia: Die Staatsaufsicht über die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten unter besonderer Berücksichtigung ihrer Organisation als rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts, München 2003
- Grant, Peter S./Wood, Chris: Blockbusters and Trade Wars. Popular Culture in a Globalized World, Vancouver 2004
- Grätz, Reinhard: Pflichten und Rechte der Mitglieder in den Rundfunk- und Verwaltungsräten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, Friedrich-Ebert-Stiftung, vervielf. Manuskript, Köln 2004, http://fes-stabsabteilung.de/docs/graetz_vortrag.pdf
- Grimm, Petra/Rhein, Stephanie/Clausen-Muradian, Elisabeth: Gewalt im Web 2.0, Berlin 2008
- Grzeszick, Bernd: Der Telemedien-Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zwischen Verfassungs- und Gemeinschaftsrecht, NVwZ 2008, 608ff.
- Haas, Sabine/Trump, Thilo/Gerhards, Maria/Klingler, Walter: Web 2.0: Nutzung und Nutzertypen. Eine Analyse auf der Basis quantitativer und qualitativer Analysen, in: Media Perspektiven, Heft 4/2007, 215-222, http://www.media-perspektiven.de/uploads/tx_mppublications/04-2007_Haas.pdf
- Hagen, Lutz: Informationsqualität von Nachrichten: Meßmethoden und ihre Anwendungen auf Dienste von Nachrichtenagenturen, 1. Auflage, Opladen 1995
- Hahn, Caroline: Der Online-Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, ZRP 2008, 217ff.
- Hallin, Daniel: Commercialisation of News and Current Affairs, in: Sinclair, John (Hrsg.): Contemporary World Television, Berkely 2004
- Hansmeyer, Karl-Heinrich/Kops, Manfred: Rundfunkprogramme als Klubgüter, in: Matschke, Manfred/Schildbach, Thomas (Hrsg.): Unternehmensberatung und Wirtschaftsprüfung, Stuttgart 1998, 201-222, auch erschienen als Arbeitspapier Nr. 91 des Instituts für Rundfunkökonomie, Köln 1998, www.rundfunk-institut.uni-koeln.de/institut/publikationen/arbeitspapiere/ap91.php
- Harte-Bavendamm, in: Gloy/Loschelder, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 3. Aufl. 2005
- Hartstein, Reinhard/Ring, Wolf-Dieter/Kreile, Johannes/Dörr, Dieter/Stettner, Rupert (Bearb.): Rundfunkstaatsvertrag Kommentar, Stand 2008
- Hassemer, Gregor/Rager, Günther: Das Bessere als Feind des Guten. Qualität in der Tageszeitung, in: Rager, Günther u. a. (Redaktion): Zeitungsjournalismus. Empirische Leserschaftsforschung, Konstanz 2006, 19-26, http://www.uvk.de/buchdetail/pdf/9783896695031_1.pdf
- Heinrich, Jürgen: Medienökonomie. Band 2: Fernsehen und Hörfunk. Opladen 1999
- Heinrichs, Helmut in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 68. Auflage. München 2009
- Held, Thorsten in: Hahn, Werner/Vesting, Thomas (Hrsg.): Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 2. Aufl. 2008
- Heller, Robert: Haushaltsgrundsätze für Bund, Länder und Gemeinden, Systematische Gesamtdarstellung, München 1998
- Helm, Dieter u. a.: Can the Market Deliver? Funding Public Service Television in the Digital Age, Eastleigh 2005
- Hoffmann-Riem, Wolfgang: Regulierung der dualen Rundfunkordnung – Grundfragen, Baden-Baden 2000
- Holznagel, Bernd/Dörr/Dieter/Hildebrand, Doris: Elektronische Medien. Entwicklung und Regulierungsbedarf, München 2008
- Homburg, Stefan: Allgemeine Steuerlehre, München 2004

- Hömberg, Walter: Rundfunk der Bürger. Chancen und Probleme der gesellschaftlichen Kontrolle, in: Kops, Manfred (Hrsg.): Öffentlich-rechtlicher Rundfunk in gesellschaftlicher Verantwortung. Anspruch und Wirklichkeit, Münster 2003, 73-96
- Hoskins, Colin/McFadyen, Stuart/Finn Adam: Media Economics. Applying Economics to New and Traditional Media, Sage, London/New Delhi 2004
- Hotelling, Harold: Stability in Competition. Economic Journal 39/1929, 41-57
- Hutter, Michael: Neue Medienökonomik, München 2006
- Institut für Rundfunkökonomie: Möglichkeiten und Grenzen von Kennziffern zur Beurteilung der Wirtschaftlichkeit öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, Kurzfassung, Arbeitspapiere des Instituts für Rundfunkökonomie, Heft 68, Köln 1996, <http://www.rundfunk-institut.uni-koeln.de/institut/pdfs/6896.pdf>
- Jarass, Hans: Rundfunkbegriffe im Zeitalter des Internet, in: AfP 1998, 133ff.
- Kammann, Uwe/Jurkuhn, Katrin/Wolf, Fritz: Im Spannungsfeld – Zur Qualitätsdiskussion öffentlich-rechtlicher Fernsehprogramme, Studie im Auftrag der Friedrich-Ebert-Stiftung, Berlin 2007
- Kiefer, Marie Luise: Medienökonomik. Einführung in eine ökonomische Theorie der Medien. München/Wien, 2. Aufl. 2005
- Klaes, Roland L.: Informationsauftrag und Programmautonomie des Rundfunks unter den Bedingungen der Digitalisierung und im Zeitalter von "Multimedia", München 2005
- Klickermann, Paul H.: Reichweite der Onlinepräsenz von öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten nach dem 12. RÄndStV, in: MMR 2008, 793ff.
- Kops, Manfred: Diversifizierte Verfahren zur Bereitstellung von Informationsgütern, in: Kops, Manfred/Schulz, Wolfgang/Held, Thorsten (Hrsg.): Von der dualen Rundfunkordnung zur dienstespezifisch diversifizierten Informationsordnung? Baden-Baden/Hamburg 2001, 57-109
- Kops, Manfred (Hrsg.): Öffentlich-rechtlicher Rundfunk in gesellschaftlicher Verantwortung. Anspruch und Wirklichkeit, Münster 2003
- Kops, Manfred: Soll der öffentlich-rechtliche Rundfunk die Nachfrage seiner Zuhörer und Zuschauer korrigieren? In: Ridder, Christa-Maria u. a. (Hrsg.): Bausteine einer Theorie des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, Wiesbaden 2005, 341-366, auch erschienen als Arbeitspapier Nr. 196 des Instituts für Rundfunkökonomie, Köln 2005, unter www.rundfunk-institut.uni-koeln.de/institut/publikationen/arbeitspapiere/ap196.php
- Kops, Manfred: Globalisierung der Medienwirtschaft. Nutzen und Kosten, Gewinner und Verlierer; Arbeitspapiere des Instituts für Rundfunkökonomie, Heft 211d, Köln, im Mai 2006, <http://www.rundfunk-institut.uni-koeln.de/institut/pdfs/21106.pdf>
- Kops, Manfred: A Revenue-Based Methodology for the Comparison and Classification of Broadcasting Systems, Berlin 2007
- Kops, Manfred: Die Globalisierung als Herausforderung für den deutschen Auslandsrundfunk, in: ders. (Hrsg.): Die Aufgaben des öffentlich-rechtlichen Auslandsrundfunks in einer globalisierten Medienwelt, Berlin 2008, 45-87
- Kops, Manfred/Schulz, Wolfgang/Held, Thorsten (Hrsg.): Von der dualen Rundfunkordnung zur dienstespezifisch diversifizierten Informationsordnung? Baden-Baden/Hamburg 2002
- Kunczik, Michael/Zipfel, Astrid: Publizistik. Ein Studienhandbuch, 1. Aufl., Köln/Weimar/Wien 2001
- Kurp, Matthias: Online First: Zeitungs-Offensiven für das Internet, <http://www.medienforum.nrw.de/medientrends/printmedien/zeitungs-offensiven-fuer-das-internet.html> (2009)
- Kurp, Matthias: Wenn Werbung und Programm verschmelzen, 17. Transatlantischer Dialog: „Vorbild USA? – Spielräume für neue Werbeformen“, <http://www.lfm-nrw.de/downloads/17transatla/17transatla-bericht.pdf> (2009a)
- Kurp, Matthias: Drei-Stufen-Test: Was dürfen ARD & ZDF im Internet, <http://www.medienforum.nrw.de/medientrends/specials/drei-stufen-test-was-duerfen-ard-zdf-im-internet.html> (2009b)
- Kurp, Matthias: Testfall für hybride Berichterstattung, <http://www.medienforum.nrw.de/medientrends/printmedien/hybride-berichterstattung.html> (2009c)

- Kratzer, Silvia: Pathologische Internetnutzung als Begleiterscheinung psychischer Störungen. Eine klinische Studie, in: Kaminski, Winfried/Lorber, Martin (Hrsg.): Spielen in digitalen Welten, München 2008, 133-148
- Kunert, Timo: Starke Beratung sichert die Zukunft, in: epd-medien Nr. 65 vom 18.8.2007, unter dem Titel „Spannungsfeld (15): Starke Beratung sichert die Zukunft“, wiederabgedruckt in: Lilienthal, Volker (Hrsg.): Professionalisierung der Medienaufsicht, Wiesbaden 2009, 107-113
- Ladeur, Karl-Heinz: Grundrechtskonflikte in der "dualen Rundfunkordnung", in: AfP 1998, 141ff.
- Lamnek, Siegfried: Qualitative Sozialforschung, 3. Aufl., Weinheim 1995
- Lilienthal, Volker (Hrsg.): Professionalisierung der Medienaufsicht. Neue Aufgaben für die Rundfunkräte – Die Gremiendebatte in epd medien, Wiesbaden 2009
- Lobigs, Frank: Funktionsfähiger journalistischer Wettbewerb – Institutionenökonomische Herleitung einer fundamentalen publizistischen Institution. In: Siegert, Gabriele/Lobigs, Frank (Hrsg.): Zwischen Marktversagen und Medienvielfalt. Medienmärkte im Fokus neuer medienökonomischer Anwendungen. Baden-Baden, Nomos 2004, 53-68
- Lobigs, Frank: Niveauvolle Unterhaltung im öffentlich-rechtlichen Fernsehen: Notwendige Voraussetzungen eines Arguments der Meritorik. In: Friedrichsen, Mike/Göttlich, Udo (Hrsg.): Diversifikation in der Unterhaltungsproduktion. Köln, Herbert von Halem 2004, 48-63 (2004a)
- Lobigs, Frank: Medienmarkt und Medienmeritorik – Beiträge zur ökonomischen Theorie der Medien, Diss. Zürich 2005, <http://www.dissertationen.unizh.ch/2006/lobigs/diss.pdf>
- Lucht, Jens: Öffentlich-rechtlicher Rundfunk in der Demokratie, in: "Öffentlich-rechtlicher Rundfunk", APuZ 9/10/2009, Beilage zur Wochenzeitung Das Parlament, 23. Februar 2009, 26ff.
- Ludwig, Johannes: Mediale Vielfalt: Ein (Nicht)-Ergebnis von Anbieter- und/oder Nachfrageinteressen, Marktdefiziten und/oder Regulierungsdefiziten, in: Friedrichsen, Mike/Seufert, Wolfgang (Hrsg.): Effiziente Medienregulierung. Marktdefizite oder Regulierungsdefizite? Baden-Baden 2004, 11-28
- Martini, Mario: Auch im Internet in der ersten Reihe? – Online-Aktivitäten öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten im Spannungsfeld zwischen Funktionsauftrag und europäischem Wirtschaftsrecht, in: DVBl. 2008, 1477ff.
- Meier, Henk Erik: Strategieanpassungsprozesse im öffentlich-rechtlichen Rundfunk. Schriften zur Rundfunkökonomie, Band 9, Berlin 2003
- Meyer, Rudolph: Der Drei-Stufen-Test und „public value“. Modell für Deutschland. Masterarbeit, Mainz 2008, [http://dju.verdi.de/schwerpunkte/medienpolitik/meyer_drei-stufen-test_.../data/rudolph_meyer_masterarbeit_-_drei-stufen-test_und_public_\(2008\)](http://dju.verdi.de/schwerpunkte/medienpolitik/meyer_drei-stufen-test_.../data/rudolph_meyer_masterarbeit_-_drei-stufen-test_und_public_(2008))
- Meyer, Rudolph: Falschmünzerei. Drei-Stufen-Test oder „public value“ - was passt? In: epd medien Nr. 29 vom 12.04.08, [http://dju.verdi.de/schwerpunkte/medienpolitik/meyer_drei-stufen-test_/data/rudolph_meyer_epd_14_04_08_2_pdf_\(2008a\)](http://dju.verdi.de/schwerpunkte/medienpolitik/meyer_drei-stufen-test_/data/rudolph_meyer_epd_14_04_08_2_pdf_(2008a))
- Meyer-Lucht, Robin : BBC unterliegt im Public-Value-Test, in: carta vom 22. 11. 2008, <http://carta.info/1907/bbc-unterliegt-im-public-value-test/> (2008)
- Meyer-Lucht, Robin: Das Benzin des Internets, <http://www.perlentaucher.de/artikel/4353.html> (2008a)
- Meyer-Lucht, Robin: Das 2.0 Gefühl. Dezentrale Medien und immer mächtigere Plattformen, <http://www.perlentaucher.de/artikel/3551.html> (2008b)
- Meyer-Lucht, Robin/Gollatz, Kirsten: Öffentlich-rechtliche Online-Angebote der nächsten Generation, hrsg. v. der Friedrich-Ebert-Stiftung, Berlin 2008, <http://library.fes.de/pdf-files/stabsabteilung/05385.pdf>
- Meyer-Lucht, Robin/Rott, Armin: Die Mär vom Marktversagen, in: epd medien Nr. 13/2008, 6-9
- Michel, Eva-Maria: Die Individualisierung der Medien – Herausforderungen und Chancen für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, Arbeitspapiere des Instituts für Rundfunkökonomie an der Universität zu Köln, Heft 251, 2009, <http://www.rundfunk-institut.uni-koeln.de/institut/pdfs/25109.pdf>
- Neuberger, Christoph: „Weblogs = Journalismus“? Kritik einer populären These, in: Diemand, Vanessa/Mangold, Michael/Weibel, Peter (Hrsg.): Weblogs, Podcasting und Videojournalismus. Neue Medien zwischen demokratischen und ökonomischen Potenzialen, Heidelberg 2006, 107-135

- Neuberger, Christoph: Thesen zum Öffentlichkeitswandel: Neupositionierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. In: Hall, Peter Christian (Hrsg.): Öffentlichkeit im Wandel. Fernsehen im digitalen Wettbewerb. 40. Mainzer Tage der Fernseh-Kritik. Mainz 2007, 295-303
- Neuberger, Christoph: Wissenschaftliche Qualitätsdebatte: Forschungsstand und praktische Konsequenzen, Präsentation auf dem 2. GVK-Forum „Qualität - machen, messen, managen“ am 5. Februar 2009 in Hamburg
- Neuberger, Christoph/Nuernbergk, Christian/Rischke, Melanie: Weblogs und Journalismus: Konkurrenz, Ergänzung oder Integration? In: Media Perspektiven, Heft 2/2007, 96-112
- Neuberger, Christoph/Tonnemacher, Jan (Hrsg.): Online – Die Zukunft der Zeitung? Das Engagement deutscher Tageszeitungen im Internet. 2., Aufl., Wiesbaden 2003, 16-109
- Niggemeier, Stefan: Public Value ist, wenn ..., in: Appel, Eva (Hrsg.): Ware oder Wert? Fernsehen zwischen Cash Cow und Public Value, Mainz 2008, 155-162
- Noelle-Neumann, Elisabeth: Die Schweigespirale. Öffentliche Meinung – unsere soziale Haut, München u. a. 1980
- Owen, Bruce M./Wildman, Steven S.: Video Economics. Cambridge 1992
- Quandt, Thorsten/Schweiger, Wolfgang (Hrsg.): Journalismus Online, Partizipation oder Profession? Wiesbaden 2008
- Paschke, Marian: Medienrecht, Berlin, 2. Auflage 2001
- Peters, Butz: Der "Drei-Stufen-Test": Die Zukunft der öffentlich-rechtlichen Onlineangebote, in: K&R 2009, 26ff.
- Schatz, Heribert/Schulz, Winfried: Qualität von Fernsehprogrammen, Kriterien und Methoden zur Beurteilung von Programmqualität im dualen Fernsehsystem, in: Media Perspektiven, Heft 11/1992, 690-712
- Schulz, Wolfgang: Gewährleistung kommunikativer Chancengleichheit als Freiheitsverwirklichung, Baden-Baden 1998
- Schulz, Wolfgang: Der Programmauftrag als Prozess seiner Begründung, Kurzstudie im Auftrag der Friedrich-Ebert-Stiftung, Berlin 2008
- Schulz, Wolfgang: Freiraum gestalten. Vorschläge zu Verfahren und Organisation des "Drei-Stufen-Tests", in: epd medien 9/2008 (2008a)
- Schulz, Wolfgang/Held, Thorsten: Regulated Self-Regulation as a Form of Modern Government, Luton 2004
- Schulz, Wolfgang/Held, Thorsten/Kops, Manfred: Perspektiven der Gewährleistung freier öffentlicher Kommunikation, Baden-Baden 2002
- Spence, A. Michael/Owen, Bruce M.: Television Programming, Monopolistic Competition and Welfare. Quarterly Journal of Economics 91/1977, 103-126
- Steiner, Peter O.: Program patterns and preferences, and the workability of competition in radio broadcasting, in: Quarterly Journal of Economics, No. 66/1952, 194-223
- Ramsauer, in: Kopp, Ferdinand O./Ramsauer, Ulrich (Hrsg.): Verwaltungsverfahrensgesetz, 10. Auflage, München 2008
- Richard, Rainer/Krafft-Schöning, Beate: Nur ein Mausclick bis zum Grauen..., Jugend und Medien, Berlin 2007
- Ricker, Reinhart: Die Kompetenzen der Rundfunkräte im Programmbereich, München 1987
- Ridder, Christa-Maria u.a. (Hrsg.): Bausteine einer Theorie des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, Wiesbaden 2005
- Ritzer, George: Die McDonaldisierung der Gesellschaft, 4. Aufl., Konstanz 2006
- Rossen-Stadtfeld, Helge: Gesteigerte Differenz, Funktion des öffentlich-rechtlichen Kulturauftrags, in: epd medien Nr. 16/2005, 5ff.
- Rossen-Stadtfeld, Helge, in: Hahn, Werner/Vesting, Thomas (Hrsg.), Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 2. Aufl., 2008
- Ruß-Mohl, Stephan: Am eigenen Schopfe... Qualitätssicherung im Journalismus – Grundfragen, Ansätze, Näherungsversuche, in: Publizistik, Vol. 37, Heft 1, 1992, 83-96
- Sachs, Michael in: Stelkens, Paul/Bonk, Heinz/Sachs, Michael (Hrsg.): Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, München, 7. Auflage 2008
- Schröder, Guido: Positive Medienökonomik. Institutionenökonomischer Ansatz für eine rationale Medienpolitik, Baden-Baden 2008

- Schulz, Andrea: Internet lange nicht ernst (genug) genommen, <http://www.medienforum.nrw.de/medientrends/printmedien/zeitungs-offensiven-fuer-das-internet/standpunkt.html>
- Schwarz, Mathias/Reber, Ulrich in: v. Hartlieb, Holger/Schwarz, Mathias (Hrsg.): Handbuch des Film-, Fernseh- und Videorechts, 4. Aufl., München 2004
- Sjurts, Insa: Einfalt trotz Vielfalt in den Medienmärkten: Eine ökonomische Erklärung, in: Friedrichsen, Mike/Seufert, Wolfgang (Hrsg.): Effiziente Medienregulierung. Marktdefizite oder Regulierungsdefizite? Baden-Baden 2004, 71-88
- Sokoll, Karen: Der neue Drei-Stufen-Test für Telemedienangebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, in: NJW 13/2009
- Sprau, Hartwig in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, München, 68. Aufl. 2009
- Steiner, Udo/Grimm, Dieter: Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen, in: VVDStRL 42/1984, 7ff.
- Stelkens, Ulrich in: Stelkens, Paul/Bonk, Heinz Joachim/Sachs, Michael (Hrsg.): Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, München, 7. Aufl. 2008
- Stock, Martin: Medienfreiheit als Funktionsgrundrecht, München 1985
- Stock, Martin: Rundfunkrecht und Wettbewerbsrecht im dualen Rundfunksystem, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang (Hrsg.): Rundfunk im Wettbewerbsrecht, Baden-Baden 1988, 38ff.
- Stock, Martin: Wettbewerbsfragen in der Verfassungsrechtsprechung, in: Mahle, Walter A. (Hrsg.): Intermediärer Wettbewerb nach dem Ende des öffentlich-rechtlichen Monopols, Berlin 1988, 153ff. (1988a)
- Stock, Martin: Medienfreiheit in der EU-Grundrechtscharta: Art 10 EMRK ergänzen und modernisieren! Frankfurt am Main 2000
- Stock, Martin: "Dienende Freiheit". Die Verantwortung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks für die Gesellschaft und die Verantwortung der Gesellschaft für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, in: Kops, Manfred (Hrsg.): Öffentlich-rechtlicher Rundfunk in gesellschaftlicher Verantwortung. Anspruch und Wirklichkeit, Münster 2003, 29-71
- Stock, Martin: Zum Reformbedarf im "dualen Rundfunksystem": Public-Service-Rundfunk und kommerzieller Rundfunk – können sie koexistieren? Arbeitspapiere des Instituts für Rundfunkökonomie an der Universität zu Köln, Heft 204, Sept. 2005, <http://www.rundfunk-institut.uni-koeln.de/institut/pdfs/20405.pdf>
- Stock, Martin: Noch einmal zum Reformbedarf im "dualen Rundfunksystem": Public-Service-Rundfunk und kommerzieller Rundfunk – wie können sie koexistieren? Arbeitspapiere des Instituts für Rundfunkökonomie an der Universität zu Köln, Heft 244, Köln 2008, gekürzt auch in: Werneke, Frank (Hrsg.): Funk und Fernsehen für alle. Für einen zukunftsfähigen öffentlich-rechtlichen Rundfunk. Hamburg 2008, 47ff.
- v. Mutius, Albert/Ruge, Kay: Rechtsgrundlagen und Grenzen des Rede-rechts der Rechtsaufsicht in Sitzungen kommunaler Vertretungskörperschaften, in: LKV 1998, 377-382
- v. Ungern-Sternberg, in: Schricker, Urheberrecht, Kommentar, 3. Auflage, München 2006
- Vesting, Thomas: Das Internet als Herausforderung des „dualen Rundfunksystems“. Zur Umstellung des Rundfunkrechts auf Selbstregulierung und privat-öffentliche Kooperation. In: Kops, Manfred/Schulz, Wolfgang/Held, Thorsten (Hrsg.): Von der dualen Rundfunkordnung zur dienstespezifisch diversifizierten Informationsordnung? Baden-Baden/Hamburg 2001, 275-306
- Vogel, Andreas: Online-Geschäftsfelder der Pressewirtschaft. Web 2.0 führt zu neuem Beteiligungsboom der Verlage, in: Media Perspektiven, Heft 5/2008, 236-246
- Wahl, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner: Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, Stand: 16. Ergänzungslieferung, März 2008
- Wernsmann, Rainer: Verhaltenslenkung in einem rationalen Steuersystem, Tübingen 2005
- Wiedemann, Verena: Der Programmauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in der digitalen Ära in Deutschland und Europa, in: ZUM 2007, 800ff.
- Wyss, Vinzenz: Qualitätsmanagement im Journalismus: Das Konzept TQM auf Redaktionsstufe, ohne Datum, <http://www.medienheft.ch/kritik/bibliothek/TQM.pdf>

ISSN 0945-8999

ISBN 978-3-938933-56-5