

ausgelegt. Die Entscheidung des OLG Köln wiederum verkürzt den Schutzbereich des urheberrechtlichen Datenbankschutzes ganz erheblich. Dies ist insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass die Gerichte in der Regel den ergänzenden Leistungsschutz nach dem UWG eher zurückhaltend anwenden,<sup>39</sup> nicht unproblematisch, da so ei-

ne dem Ziel der Datenbankrichtlinie zuwiderlaufende Schutzlücke entstehen könnte.

39 So auch hier OLG Köln, Urt. v. 14. 11. 2008 – 6 U 57/08, K&R 2009, 52 ff.

RA Dr. Butz Peters, Berlin\*

## Der „Drei-Stufen-Test“: Die Zukunft der öffentlich-rechtlichen Onlineangebote

*Von diesem Jahr an dürfen die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten Onlineangebote nur noch ins Netz stellen, wenn sie den „Drei-Stufen-Test“ „bestanden“ haben. Das Verfahren ist von den Rundfunkräten der Anstalten durchzuführen. So bestimmt es der zwölfte Rundfunkänderungsstaatsvertrag, der am 1. 6. 2009 in Kraft treten soll. Die Auswirkungen sind erheblich. Das aufwändige Verfahren stellt die Öffentlich-Rechtlichen vor große Herausforderungen.*

### I. Vorschriften für die digitale Welt

Es geht um Medienmacht, Meinungsvielfalt und Millionen Euro: Nach jahrelangem Tauziehen zwischen öffentlich-rechtlichen Internetbeschickern und privaten (Verlage, Privatsender) unterzeichneten die Ministerpräsidenten am 18. 12. 2008 den zwölften RÄndStV, in dem die Zukunft der öffentlich-rechtlichen Onlineangebote geregelt wird. In den nächsten Monaten soll das Werk von den Landesparlamenten ratifiziert werden, damit es – entsprechend den Vorgaben der EU-Kommission – zum 1. 6. 2009 in Kraft tritt. Nach den neuen Vorschriften hat der Rundfunkrat<sup>1</sup> der Anstalt über die Aufnahme von allen neuen sowie bereits bestehenden, aber veränderten Onlineangeboten (§ 11 f Abs. 4 S. 1 E<sup>2</sup>) zu entscheiden. Prüfungsmaßstab für ihn ist der „Drei-Stufen-Test“. Durch ihn ist zu klären (§ 11 f Abs. 4 S. 2 E),

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

2. in welchem Umfang durch das Angebot in qualitativer Hinsicht zum publizistischen Wettbewerb beitragen wird und

3. welcher finanzielle Aufwand für das Angebot erforderlich ist.“

Ebenso auf diesen „Drei-Stufen“-Prüfstand müssen „alle bestehenden Angebote, die über den 1. 6. 2009 hinaus fortgeführt werden,“ und zwar bis 31. 8. 2010 (Art. 7 Abs. 1 E)<sup>3</sup>. Das bedeutet für die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, so der ARD-Vorsitzende *Fritz Raff*, „einen erheblichen Mehraufwand“.

### II. Gang des neuen Verfahrens

#### 1. Vorprüfung

##### a) Aufgreifkriterien: Relevante Angebotsänderung

Will die Anstalt ihr Telemedienangebot verändern, hat sie zu prüfen, ob es sich um „ein neues Angebot oder die Veränderung eines bestehenden Angebots“ handelt (§ 11 f Abs. 3 E). Der Entwurf enthält dazu zwei Vorgaben: Erstens liegt ein verändertes Angebot „insbesondere vor, wenn die inhaltliche Gesamtausrichtung des Angebots oder die angestrebte Zielgruppe verändert wird“ (§ 11 f Abs. 3 S. 2 E). Zum anderen haben die Anstalten „in den Satzungen oder Richtlinien übereinstimmende Kriterien“ festzulegen, „die sie im Einzelfall bei der Entscheidung anzuwenden haben, in welchen Fällen ein neues oder verändertes Telemedienangebot vorliegt“ (§ 11 f Abs. 3 S. 1 E). Dementsprechend entwickelte die ARD auf der Grundlage des Gesetzesentwurfes ein „Genehmigungsverfahren für neue oder veränderte Gemeinschaftsaufgaben von Telemedien“. Die ARD-Regelungen enthalten<sup>4</sup> „Positivkriterien“ für das „Vorliegen eines neuen oder veränderten Angebots“ – wie „Substantielle Änderungen der Angebotsmischung“ oder „Veränderung der angestrebten Zielgruppe“ – und auch „Negativkriterien“ wie „Veränderung oder Neueinführung einzelner Elemente“ oder „Veränderung des Designs ohne direkte Auswirkung auf die Inhalte des betroffenen Angebots“. Sind die Aufgreifkriterien nicht erfüllt, kann die Anstalt ihr Onlineangebot ohne Drei-Stufen-Test ändern. Ist hingegen eines der Kriterien erfüllt, muss sie das Genehmigungsverfahren einleiten. Aussicht auf Erfolg hat es nur, wenn die geplante Ände-

\* Der Autor ist Partner der Medienrechtskanzlei Brehm & v. Moers. Der Artikel entstand unter Mitarbeit seines Partners Dr. Benedikt Wemmer. Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. VIII.

1 Der Entwurf (z. B. § 11 f Abs. 4) – Stand: 15. 12. 2008 – spricht von den „zuständigen Gremien“. Bei fast allen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ist das damit gemeinte „Gremium“ der „Rundfunkrat“ (z. B. §§ 16 ff. NDR-StV). Anders ist die Bezeichnung nur beim ZDF („Fernsehrat“, § 19 f. ZDF-StV) und beim Deutschlandradio („Hörfunkrat“, § 19 f. DLR-StV). Im Folgenden wird die Bezeichnung „Rundfunkrat“ verwendet.

2 Im Folgenden werden die Regelungen des Entwurfs zum zwölften RÄndStV mit einem E gekennzeichnet, während Vorschriften des geltenden Rundfunkstaatsvertrages, die unverändert bleiben sollen, mit dem üblichen Kürzel RStV zitiert werden.

3 Alle öffentlich-rechtlichen Anstalten haben „bestehende Angebote“: Eine Übersicht enthält der 16. KEF-Bericht, S. 40 ff.

4 Stand: 5. 11. 2008, Ziffer I. (2).

rung nicht gegen inhaltliche oder zeitliche Beschränkungen der neuen Vorschriften verstößt – es handelt sich um materielle und formale Grenzen:

#### b) Inhaltliche Beschränkungen

##### aa) Verbot von nicht „journalistisch-redaktioneller“ Veranlassung oder Gestaltung

Der öffentlich-rechtliche Onlineauftrag<sup>5</sup> ist auf Angebote beschränkt, „die journalistisch-redaktionell veranlasst und journalistisch-redaktionell gestaltet sind“ (§ 11 d Abs. 1 E). „Journalistisch-redaktionell gestaltet“ bedeutet, dass das Angebot von einer Redaktion der Anstalt nach journalistischen Gesichtspunkten zu erfolgen hat. Maßgeblich hierfür sind insbesondere die „Grundsätze der Objektivität und Unparteilichkeit der Berichterstattung, der Meinungsvielfalt sowie der Ausgewogenheit der Angebote“ (§ 11 Abs. 2 E). Zu beachten ist auch das Trennungsgebot von Programm und Werbung (§ 7 RStV). So wäre es unzulässig, einen der heute zahlreich von PR-Agenturen (für ihre Auftraggeber, die oftmals gar nicht erkennbar sind) verbreiteten Texte aufzunehmen oder die redaktionelle Gestaltung des Angebots einem Dritten zu überlassen. Das schließt natürlich nicht aus, dass sich die Anstalt eines Dienstleisters bedienen darf, wenn bei ihr die redaktionelle Verantwortung liegt.

##### bb) Sonstige Verbote

Unzulässig in den Telemedien sind (§ 11 d Abs. 5 E)

- Werbung und Sponsoring,
- „das Angebot auf Abruf von angekauften Spielfilmen und angekauften Folgen von Fernsehserien, die keine Auftragsproduktionen sind“,
- „eine lokale flächendeckende Berichterstattung“,
- die in der Anlage zum Staatsvertrag in einer „Negativliste“ angeführten Telemedienangebote, wie „Anzeigenportale“, „Branchenregister“, „Preisvergleichsportale“, „Ratgeberportale ohne Sendebezug“, „Veranstaltungskalender (sendungsbezogene Hinweise auf Veranstaltungen sind zulässig)“ sowie „Foren, Chats ohne Sendungsbezug und redaktionelle Begleitung“.

##### c) Zeitliche Begrenzungen

Der Auftrag umfasst, dass zum einen Sendungen und zum zweiten – schwerfällig formuliert<sup>6</sup> – auf eine „konkrete Sendung bezogene 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“ als Regel bis zu sieben Tagen nach der Ausstrahlung abgerufen werden können (§ 11 d Abs. 2 E). Sollen sie länger im Netz stehen, müssen sie ebenso wie „nichtsendungsbezogene Telemedien“ durch den Drei-Stufen-Test (§ 11 d Abs. 2 Nr. 3 E). Für Archive mit „zeit- und kulturgeschichtlichen“ Inhalten bestimmt § 11 d Abs. 2 Nr. 4 E, dass sie nach den gemäß § 11 f Abs. 1 E zu erstellenden Telemedienkonzepten unbefristet im Netz stehen dürfen, wenn das Angebot den Drei-Stufen-Test passiert hat. Eine Ausnahme von der Sieben-Tage-Regel gilt für Sendungen auf Abruf von „Großereignissen“ und von Spielen der ersten und zweiten Bundesliga: Sie dürfen nur 24 Stunden lang angeboten werden (§ 11 d Abs. 2 Nr. 1 E).

Ergibt die Prüfung, dass eine im Sinne des § 11 f Abs. 4 E relevante Veränderung vorliegt oder für das Angebot die Sieben-Tage-Regel nicht gelten soll, leitet der Intendant

das Genehmigungsverfahren ein. Für das bestehende Telemedienangebot – Stichtag: 1. 6. – hat er die Genehmigungsverfahren zu veranlassen. Bis Ende August 2010 sind sie „abzuschließen“.<sup>7</sup>

## 2. Das Genehmigungsverfahren

Das Genehmigungsverfahren beginnt damit, dass der Intendant dem Rundfunkrat eine Angebotsbeschreibung (u. a. intendierte Zielgruppe, Inhalt, Verweildauer) zuleitet. Ihm obliegt die gestalterische Verantwortung. In seinem Papier hat er darzulegen, dass das Angebot vom öffentlich-rechtlichen Auftrag umfasst ist<sup>8</sup>. Und er hat „Ausagen“ zum Drei-Stufen-Test zu treffen.<sup>9</sup> „Herr des Verfahrens“ ist der Rundfunkrat (§ 11 f Abs. 6 E). Er hat „Dritten in geeigneter Weise, insbesondere im Internet, Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben“ und die eingegangenen Stellungnahmen „zu prüfen“ (§ 11 f Abs. 5 E). Zur Entscheidungsbildung kann er „gutachterliche Beratung durch unabhängige Sachverständige auf Kosten der jeweiligen Rundfunkanstalt in Auftrag geben; zu den marktlichen Auswirkungen ist gutachterliche Beratung hinzuzuziehen“ (§ 11 f Abs. 5 E). Der Gutachter kann weitere Auskünfte und Stellungnahmen einholen. Ihm können Stellungnahmen unmittelbar übersandt werden. Ob das Angebot den Voraussetzungen des § 11 f Abs. 4 E entspricht, entscheidet der Rundfunkrat mit einer Mehrheit von zwei Dritteln der anwesenden Mitglieder, mindestens der gesetzlichen Mehrheit der Mitglieder (§ 11 f Abs. 6 S. 1 E). Die Entscheidung ist zu begründen. Und zwar unter „Berücksichtigung der eingegangenen Stellungnahmen und eingeholten Gutachten“ (§ 11 f Abs. 6 E). Nach Prüfung der Entscheidung durch die Rechtsaufsicht ist die Beschreibung des Angebots in den amtlichen Verkündungsblättern der betroffenen Länder zu veröffentlichen (§ 11 f Abs. 7 E). Nach den ARD-Regularien soll das Verfahren „innerhalb von sechs Monaten“ ab Zuleitung der Vorlage an den Rundfunkrat abgeschlossen sein.<sup>10</sup>

## III. Hintergrund: Ein Kompromiss zwischen EU-Vorgaben und deutschem Verfassungsrecht

Die Intention dieses in Deutschland neuen Verfahrens wird nur verständlich, wenn man sieht, dass die Regelungen Ergebnis eines Kompromisses zwischen den Brüssler Vorgaben aufgrund des EU-Beihilferechts und des deutschen Verfassungsrechts sind, insbesondere der Rechtsprechung des BVerfG zur Rundfunkfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG).

### 1. Das EU-Beihilfeverfahren

Im April 2003 reichte der Verband Privater Rundfunk und Telemedien (VPRT), die Interessengemeinschaft der kommerziellen Anbieter, bei der EU-Kommission eine Beschwerde wegen der Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ein<sup>11</sup>. Unter anderem äußerte er

<sup>5</sup> Dazu unten, IV. 1.

<sup>6</sup> Dies geschah auf Drängen der EU-Kommission kurz vor „Toresschluss“, nachdem sie den Entwurf vom 22. 10. 2008 erhalten hatte.

<sup>7</sup> Art. 7 Abs. 1 S. 4 E.

<sup>8</sup> Oben, II. 1.

<sup>9</sup> § 11 f Abs. 4 E, ARD-Genehmigungsverfahren (Fn. 4), Ziffer II (1). Zu den im Gesetz genannten Kriterien: oben, I. Zu den einzelnen inhaltlichen Aspekten unten, V.

<sup>10</sup> ARD-Genehmigungsverfahren (Fn. 4), Ziffer II (13). Die Regelungen der einzelnen Anstalten sehen für ihre Angebote teilweise kürzere Fristen vor, beispielsweise vier Monate.

<sup>11</sup> Europäische Kommission, Staatliche Beihilfe E 3/2005 u. a. – Die Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in Deutschland, Schreiben vom 24. 4. 2007, Rn. 70.

sich „besorgt über eine den Rundfunkanstalten selbst überlassene Ausweitung ihrer Tätigkeiten im Bereich der neuen Mediendienste“. Im Kern ging es um die Vereinbarkeit der deutschen Rundfunkfinanzierung mit dem Verbot unzulässiger Beihilfen in Art. 87 Abs. 1 EGV<sup>12</sup>. Die Kommission leitete ein Vorverfahren ein, kein formelles Beihilfeverfahren.<sup>13</sup> Zwei Jahre später, im März 2005, erhielt die Bundesregierung einen „Blauen Brief“ aus Brüssel, als „Ansprechpartner“ der EU (auch wenn Rundfunk Ländersache ist<sup>14</sup>). In ihm vertrat die Kommission (Generaldirektion Wettbewerb) die Auffassung, „dass die uneingeschränkte staatliche Garantie und die Gebührenfinanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten sowie möglicherweise die steuerliche Sonderbehandlung der kommerziellen Tätigkeiten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten als staatliche Beihilfe anzusehen seien“<sup>15</sup>. Dem lag die Rechtsauffassung der EU-Kommission zugrunde – zusammengefasst:<sup>16</sup> Bei Rundfunkgebühren handelt es sich um eine „Beihilfe“ nach Art. 87 Abs. 1 EGV. Europarechtlich zulässig ist sie nur unter den Voraussetzungen des Art. 86 Abs. 2 EGV, nämlich:

- „Definition“: Die Dienstleistung muss „von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse und von dem Mitgliedstaat klar als solche definiert sein“;
- „Beauftragung“: „Das betreffende Unternehmen muss von dem Mitgliedstaat ausdrücklich mit der Ausführung der Dienstleistung beauftragt worden sein“;
- „Verhältnismäßigkeitskriterium“: Die Freistellung von den Wettbewerbsregeln „darf die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem Maße beeinträchtigen, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft“.

Um ihre Bedenken auszuräumen, regte die Kommission mehrere gesetzgeberische Maßnahmen in Deutschland an – unter anderem eine „weitere Konkretisierung des öffentlichen Auftrags der Rundfunkanstalten hinsichtlich der Erbringung von neuen Mediendiensten“ sowie eine „klare Beauftragung der Rundfunkanstalten (insbesondere im Hinblick auf Online-Dienste ...) sowie eine angemessene nachträgliche Kontrolle“.<sup>17</sup> Nach umfangreichen Verhandlungen beider Seiten schlug die Bundesregierung mit Schreiben vom 28. 12. 2006 ihrerseits Maßnahmen vor, um die EU-Bedenken auszuräumen – unter Aufrechterhaltung ihrer Rechtsauffassung, dass die Rundfunkgebühr keine Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EGV ist<sup>18</sup>. In Anbetracht einer Reihe von „vereinbarten zweckdienlichen Maßnahmen“ stellte die EU-Kommission das Verfahren am 24. 4. 2007 ein<sup>19</sup>. Diese „vereinbarten zweckdienlichen Maßnahmen“ sind im Wesentlichen:

(I.) Die Länder präzisieren den Auftrag für „Telemedien“ durch „verbindliche Kriterien“<sup>20</sup>. Dazu zählen staatsvertragliche Regelungen über:

- eine Begrenzung auf „journalistisch-redaktionelle Angebote“<sup>21</sup>,
- die Erstellung einer Positiv-Negativ-Liste mit einem exemplarischen Charakter, was vom öffentlich-rechtlichen Auftrag erfasst ist<sup>22</sup>,
- Kriterien einer Funktionsbeschreibung, „die gerade durch das öffentlich-rechtliche Online-Angebot erfüllt werden müssen“<sup>23</sup>.

(II.) Gesetzliche Verpflichtung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, „für alle neuen und veränderten digitalen Angebote einen dreistufigen Test durchzuführen“, bei dem geprüft wird, 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.“<sup>24</sup>

Durch diesen so genannten „Beihilfekompromiss“ konnte die Bundesregierung – im Zusammenwirken mit den Ländern – verhindern, dass ein formelles Beihilfeverfahren gegen sie eingeleitet wird. Wäre das geschehen, wäre zu befürchten gewesen, dass das gesamte gebührenrechtlich finanzierte öffentlich-rechtliche Rundfunksystem auf den EU-rechtlichen Prüfstand kommt. Mit ungewissem Ausgang.

Für die Umsetzung der „zweckdienlichen Maßnahmen“ setzte die EU-Kommission in ihrem Schreiben vom 24. 4. 2007 Deutschland eine Frist für die Neuregelung von „... zwei Jahre(n) ab Datum des vorliegenden Schreibens“<sup>25</sup>. Dieses Ultimatum brachte Bund und Länder unter immensen Zeitdruck – Stichtag: 1. 6. 2009. Wohl in der Hoffnung, durch den „Beihilfekompromiss“ Schlimmeres für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in Deutschland abgewendet zu haben, erklärte die Bundesregierung im Juni 2008<sup>26</sup>, es sei „oberstes Ziel von Bund und Ländern, die Zusagen der Bundesrepublik Deutschland an die EU-Kommission ... in der Gestalt umzusetzen, dass es zu keiner Wiederaufnahme des Verfahrens gegen die Bundesrepublik Deutschland kommt.“

## 2. Deutsches Verfassungsrecht

Zweiter zentraler Faktor für die gesetzgeberische Gestaltung der digitalen Medienordnung war und ist die Rechtsprechung des BVerfG zur Rundfunkfreiheit. Auf sie pochten insbesondere die Vertreter der öffentlich-rechtlichen Anstalten in ihren Stellungnahmen zum Entwurf für den zwölften RÄndStV<sup>27</sup>. Das Gericht hatte in seiner jüngsten Gebührenrechts-Entscheidung vom 11. 9. 2007<sup>28</sup>

12 Eingehend: *Wemmer*, Die neuen Kulturklauseln des EG-Vertrages 1995, S. 183 ff.

13 Eingehend dazu: EU-Kommission (Fn. 11), Rn. 70 f.; *Meyer*, Der Drei-Stufen-Test und „public value“, 2008, S. 6 ff.; *Stock*, Noch einmal zum Reformbedarf im „dualen Rundfunksystem“: Public-Service-Rundfunk und kommerzieller Rundfunk – wie können sie koexistieren?, 2008, S. 28 ff.; *Schulz*, Der Programmauftrag als Prozess seiner Begründung, 2008, S. 6 f.

14 BVerfG, 28. 2. 1961 – 2 BvG 1, 2/60, BVerfGE 12, 205, 249 – 1. Rundfunkurteil (Deutschland-Fernsehen).

15 EU-Kommission (Fn. 11), Rn. 75.

16 Siehe: EU-Kommission (Fn. 11), Rn. 218 ff.; 74 ff.; EU-Kommission, Bericht über die Wettbewerbspolitik 2007 vom 16. 6. 2008, Rn. 61 f.; Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über Staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk („Rundfunkmitteilung“) vom 15. 11. 2001, 52001XC1115(01), Rn. 29 ff.; Protokoll über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in den Mitgliedsstaaten („Amsterdamer Protokoll“), Amtsblatt C 340 vom 10. 11. 1997; *Schulz* (Fn. 13), S. 6 f.

17 EU-Kommission (Fn. 11), Rn. 76.

18 Im so genannten „Berliner Brief“; Mitteilung der Bundesregierung an die Europäische Kommission – Staatliche Beihilfen E 3/2005 u. a., Schreiben vom 5. 5. 2005, S. 1.

19 EU-Kommission (Fn. 11), Rn. 398.

20 EU-Kommission (Fn. 11), Rn. 327; in dem so genannten Beihilfekompromiss wurden weitere derartige Kriterien vereinbart: siehe dort Rn. 328 ff.

21 EU-Kommission (Fn. 11), Rn. 338.

22 EU-Kommission (Fn. 11), Rn. 339.

23 EU-Kommission (Fn. 11), Rn. 340.

24 EU-Kommission (Fn. 11), Rn. 328.

25 EU-Kommission (Fn. 11), Rn. 399.

26 BT-Drs. 16/9546, S. 2.

27 *Eberle* (ZDF-Justiziar), AFP 2008, 329, 330; *Schächter* (ZDF-Intendant), Vorlage an den Fernsehrat FR 7/08 vom 24. 6. 2008, S. 2, 9, *Gruber* (Intendant des Bayerischen Rundfunks), BR-Geschäftsbericht 2007, Der Bericht des Intendanten vom 10. 7. 2008.

geurteilt, dass der Funktionsauftrag des öffentlich-rechtlichen Systems grundsätzlich auch für die digitale Welt besteht:

„Um der Bestands- und Entwicklungsgarantie für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk im Rahmen eines solchen Systems [des „dualen Systems“, der Verfasser] (vgl. BVerfGE 74, 297, 324 f., 342, 90, 60, 91, stRspr.) 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 (vgl. BVerfGE 73, 118, 158). 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 (vgl. BVerfGE 83, 238, 299, siehe schon BVerfGE 74, 297, 350), darf der öffentlich-rechtliche Rundfunk nicht auf den gegenwärtigen Entwicklungsstand in programmlicher, finanzieller und technischer Hinsicht beschränkt werden (vgl. BVerfGE 74, 297, 350 f., 83, 238, 298).“

In der Sache ebenso urteilte der zweite Senat des BVerfG ein halbes Jahr später. In seiner Entscheidung zum Hessischen Privatrundfunkgesetz vom 12. 3. 2008 entschied er, dass „die Anforderungen an die gesetzliche Ausgestaltung der Rundfunkordnung zur Sicherung der Rundfunkfreiheit i. S. des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG durch die Entwicklung von Kommunikationstechnologie und Medienmärkten nicht überholt“ seien.<sup>29</sup> Angesichts dieser jungen Entscheidungen aus Karlsruhe bleibt festzuhalten: In Anknüpfung an frühere Entscheidungen hat das BVerfG dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk seine „Entwicklungsgarantie“ auch für das Internet bescheinigt. Außerdem sprach es ihm dort eine besondere Funktion für die Sicherung von Vielfalt und verlässlicher Information zu.

#### IV. Die neuen Regelungen für die Onlineangebote der Öffentlichen-Rechtlichen

Aufgrund dieser Vorgaben aus Brüssel und Karlsruhe war es Ziel von Bund und Ländern, im zwölften RÄndStV beide unter einen Hut zu bringen. Also Regelungen zu finden, die weder mit dem EU- noch mit dem bundesdeutschen Recht kollidieren. Ergebnis:

##### 1. Genuiner öffentlich-rechtlicher Online-Auftrag

Erstmals erteilt der Gesetzgeber – in Übereinstimmung mit der zuvor ergangenen Rechtsprechung des BVerfG<sup>30</sup> – dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk einen genuinen Online-Auftrag, und zwar durch eine erweiterte Fassung des § 11 Abs. 1 E, der auch für Telemedienangebote gilt – wenn auch mit einigen Restriktionen (§ 11 a Abs. 1 E)<sup>31</sup>. Anders ausgedrückt: Durch die Neufassung wird der öffentlich-rechtliche Funktionsauftrag, der bislang für den Rundfunk – also Hörfunk und Fernsehen – bestand, auf die Telemedien erweitert, sprich: Onlinedienste.<sup>32</sup> Dieser Auftrag besteht darin, „durch 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.“ In ihren Angeboten haben die Anstalten „einen umfassenden Überblick über das internationale, europäische, nationale und regionale Geschehen in allen wesentlichen Lebensbereichen zu geben. Ihre Angebote haben der Bildung, Information, Beratung und Unterhaltung zu dienen.“ Durch die Telemedienangebote der Anstalten soll – so die Vorgabe des Gesetzgebers (§ 11 d

Abs. 3 E) – „allen Bevölkerungsgruppen die Teilhabe an der Informationsgesellschaft ermöglicht, Orientierungshilfe geboten sowie die technische und inhaltliche Medienkompetenz aller Generationen und von Minderheiten gefördert werden.“

#### 2. Der Drei-Stufen-Test

##### a) Warum?

Die Funktion des Drei-Stufen-Tests besteht darin, bei jedem (beabsichtigten) Onlineangebot der Anstalt zu überprüfen, ob es tatsächlich vom Auftrag des Gesetzgebers umfasst ist. Mit diesem Herzstück des neuen Verfahrens werden die Vorgaben des Beihilfekompromisses umgesetzt, nämlich, dass es Kriterien gibt, nach denen zu bestimmen ist, ob diese Angebote „qualitativ zum ‚publizistischen Wettbewerb‘“ beitragen, um zu ermitteln, „inwieweit diese Angebote den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft entsprechen“.<sup>33</sup> Wie nun ist angesichts der abstrakten Vorgaben (§ 11 f E) der Drei-Stufen-Test im Einzelnen durchzuführen? Nicht selten wird auf den Public-Value-Test (PVT)<sup>34</sup> der britischen BBC verwiesen<sup>35</sup>. Er stand Pate, als der deutsche Drei-Stufen-Test kreiert wurde. Trotz struktureller Unterschiede lohnt sich bei der Durchführung des Drei-Stufen-Tests stets ein Blick auf das britische Modell, da beide Verfahren auf das gleiche Ziel gerichtet sind.<sup>36</sup>

##### b) Was ist „publizistischer Mehrwert“?

Der zentrale Gesichtspunkt des Drei-Stufen-Tests, nämlich die Frage, „in welchem Umfang durch das Angebot in qualitativer Hinsicht zum publizistischen Wettbewerb beigetragen wird“ (§ 11 f Abs. 3 Nr. 2 E), geht auf den für den PVT maßgeblichen „Public Value“-Begriff zurück. Entwickelt wurde er in den Organisationswissenschaften in den USA. Er besagt, dass öffentliche Einrichtungen ihren Zweck im Interesse des Gemeininteresses effizienter erreichen, wenn Management und Nutzer zusammenarbeiten, mit dem Ziel, das Handeln der Einrichtung an den Bedürfnissen der Öffentlichkeit auszurichten<sup>37</sup>. So basiert das PVT-Konzept auf drei Grundgedanken<sup>38</sup>: Angebote der BBC haben sich an gesellschaftlichen Zielsetzungen zu orientieren. Um das zu gewährleisten, muss es eine transparente Evaluation geben: den Nachweis durch die Marktforschung, dass dieses Ziel auch erreicht wird. Und das Ganze kann nur unter „aktiver“ Einbeziehung der Öffentlichkeit geschehen. Für die Bestimmung des Public Value gibt es drei maßgebliche Aspekte<sup>39</sup>:

28 Urteil des ersten Senats – 1 BvR 2270/06, 1 BvR 809/06, 1 BvR 830/06, Rn. 123 [abrufbar unter [www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen](http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen)]; veröffentlicht in AfP 2007, 457.

29 BVerfG, Urt. v. 12. 3. 2008 – 2 BvF 4/03, Rn. 91, AfP 2008, 174, 177.

30 Siehe oben, III. 2.

31 Siehe oben (II. 1. b) und unten (V.).

32 Siehe auch Müller-Terpitz, AfP 2008, 335, 336 f.

33 Vgl. EU-Kommission, (Fn. 11), Rn. 362 f.; 231 f.; siehe auch: Müller-Terpitz, AfP 2008, 335, 336.

34 Mehr Informationen zum PVT unter [www.bvm-law.de/aktuelles.cfm?iang=de](http://www.bvm-law.de/aktuelles.cfm?iang=de).

35 Henle, epd medien 92/2007, S. 3; Bauer/Bienefeld, Funkkorrespondenz 49/2007, S. 3; Meyer (Fn. 13); Meyer-Lucht/Gollatz, Öffentlich-rechtliche Online-Angebote der nächsten Generation, 2008, S. 5; Schulz (Fn. 13), S. 5 m. w. N.

36 Mehr Informationen unter [www.bvm-law.de/aktuelles.cfm?iang=de](http://www.bvm-law.de/aktuelles.cfm?iang=de).

37 Grundlegend war das Werk von Mark Moore, *Creating Public Value. Strategic Management in Government*, 1995.

38 Meyer (Fn. 13), S. 22; Hasebrink, Rundfunk und Geschichte 2007, 38, 40.

39 BBC Trust, *Public Value Test (PVT): Guidance on the conduct of the PVT*, Ziffer 5.10.

- Wert für die Nutzer,
  - Wert für die Gesellschaft als Ganzes (unter dem Blickwinkel des „Public Purpose“),
  - Gegenwert des Angebots im Vergleich zu den Kosten.
- Dieser Sicht im Kern gedanklich folgend, bestimmen die neuen Regelungen drei Prüf-Stufen:

## V. Die drei Stufen

### 1. Erste Stufe: Inwieweit entspricht das Angebot dem öffentlich-rechtlichen Auftrag (§ 11 f Abs. 4 S. 2 Nr. 1 E)?

Zu klären ist zunächst, ob das projektierte Angebot vom öffentlich-rechtlichen Auftrag (§ 11 E) umfasst ist. Im ersten Schritt ist dafür festzustellen, ob an dem Angebot ein „Bedürfnis der Gesellschaft“ i. S. v. § 11 f Abs. 4 S. 2 Nr. 1 E besteht. Dazu ist das aktuelle Nutzerverhalten zu ermitteln (durch Auswertung von vorliegendem bzw. zu erhebendem empirischen Material, Publikums- oder Expertenbefragungen). Künftiges Nutzungsverhalten spielt insbesondere dann eine Rolle, wenn mit dem Angebot auf einen prognostizierten Trend reagiert werden soll. Beispiel: zeitversetztes Fernsehen.<sup>40</sup> Hier kann sich die Frage stellen, in welchem Umfang durch veränderte Lebensgewohnheiten (Verlängerung der Ladenschlusszeiten, vermehrte Nutzung des Internets) das Bedürfnis besteht oder zunehmen wird, die Hauptausgabe der Tagesschau nicht nur um 20 Uhr sehen zu können. Führt die Prüfung zu dem Ergebnis, dass ein „Bedürfnis der Gesellschaft“ an dem projektierten Angebot besteht, ist zu ermitteln, ob es vom öffentlich-rechtlichen Auftrag umfasst ist.

Als Prüfungsmaßstab spricht § 11 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 E von den „demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft“. Diese Formulierung stammt aus dem Europarecht<sup>41</sup>, geht zurück auf das Amsterdamer Protokoll<sup>42</sup>. Prüfgegenstand können aber nicht nur diese drei Begriffe sein, insbesondere angesichts der Tatsache, dass der Onlineauftrag durch den zwölften RÄndStV weitergehend definiert wurde<sup>43</sup>. Maßgeblich ist vielmehr der gesamte Auftrag, einschließlich der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG, insbesondere im Lichte der jüngsten Gebühren-Entscheidung<sup>44</sup>. Deshalb ist in Anbetracht des projektierten Angebots dieser Auftrag auszulegen und festzustellen, ob es von ihm umfasst ist. Dafür können auch die Kriterien von Bedeutung sein, die die Anstalten in Satzungen oder Richtlinien gemäß § 11 e S. 1 E „zur näheren Durchführung ihres jeweiligen Auftrags“ erließen.<sup>45</sup>

### 2. Zweite Stufe: In welchem Umfang trägt das Angebot zum publizistischen Wettbewerb bei (§ 11 f Abs. 4 S. 2 Nr. 2 E)?

Auf dieser Stufe ist zu ergründen, wie sich durch das projektierte Angebot der publizistische Wettbewerb verändern würde<sup>46</sup>. Zu betrachten ist der Markt, auf dem der publizistische Wettbewerb stattfindet – unter dem Blickwinkel, wie er sich ohne und mit dem Angebot darstellt. Angesichts dessen spielt der ökonomische Wettbewerb hier grundsätzlich keine Rolle. Anders – nämlich: bei der Abwägungsentscheidung zu berücksichtigen – ist dieser Aspekt allerdings, wenn davon auszugehen ist, dass andere Angebote durch das Hinzutreten des neuen eingeschränkt werden oder verschwinden. Also der publizistische Wettbewerb auf den ökonomischen nachhaltig „durchschlägt“. Die Existenz bereits vorhandener, ähnlicher Angebote schließt nicht aus, dass das Angebot einer

öffentlich-rechtlichen Anstalt hinzutritt, da ihnen Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG nicht die Rolle eines Lückenfüllers zuweist<sup>47</sup>. Für dieses Erkenntnisziel – Optimierung des publizistischen Wettbewerbs im Interesse der „Konsumentenwohlfaht“ – gibt es keine Schablone, die für alle Fälle passt. Zu beleuchten sind vier Aspekte<sup>48</sup>:

#### a) Bestimmung der augenblicklichen publizistischen Wettbewerbssituation

Ausgehend von der Angebotsbeschreibung nach § 11 f Abs. 4 S. 1 E sind – unter Verifizierung der dort definierten Zielgruppe – die Wettbewerber zu identifizieren: Durch eine primär publizistische Untersuchung ist der Markt zu quantifizieren, im Hinblick auf die Zahl der Angebote wie deren Nutzung („Visits“, „Page-Impressions“, Verhältnis „Page-Impressions“/„Visits“, „Unique Users“, also Nutzern eines Angebots pro Monat, u. ä.). In der Regel wird dies durch Nutzung bereits existierender Datenmaterials möglich sein, insbesondere von INFOline bzw. IVW<sup>49</sup>. Dort, wo es an derartigem Material fehlt – beispielsweise, weil der Anbieter nicht IVW-gelistet ist, sind die identifizierten Wettbewerber zu bitten, ihre Frequenzierung verifizierbar anzugeben. Falls sinnvoll, kann eine Priorisierung der Marktteilnehmer in wettbewerbsrelevante Gruppen erfolgen.

Der so herausgearbeitete Konkurrenzmarkt ist anschließend qualitativ zu bewerten. Eine nicht einfache Aufgabe, da es in der digitalen Welt ebenso wenig wie in den klassischen Bereichen Print und Rundfunk eine allgemein gültige feststehende Qualitätsdefinition gibt. „Hat eine überregionale Tageszeitung oder eine Wochenzeitung per se eine höhere Qualität als eine Boulevardzeitung?“ fragt der einstige ZDF-Intendant und heutige „Die Welt“-Herausgeber Dieter Stolte. Seine Antwort: „Nein! Jede Zeitung hat ihre eigene Qualität, die sich nach der Zielgruppe richtet, die man ansprechen und vor allem erreichen will. Erreicht man sie, stimmt die Qualität.“<sup>50</sup> Oder ganz einfach ausgedrückt – mit den Worten des ehemaligen RTL-Chefs Helmut Thoma: „Der Köder muss dem Fisch schmecken, nicht dem Angler.“ Und so fand auch die Qualitätsforschung zum Onlinejournalismus heraus, dass Nutzer Onlinequalität anders als Journalisten bewerten: Beispielsweise ergab eine Untersuchung der Online News Association, dem Berufsverband der Onlinejournalisten in den USA, dass Nutzer größeren Wert auf die Präsentation der Nachricht als die Journalisten legen, die ihrerseits die Quellen-Transparenz als wichtiger einstufen.<sup>51</sup>

40 Mehr Informationen zur Bedeutung der sprunghaft gestiegenen Online-Nutzung für den Drei-Stufen-Test: [www.bvm-law.de/aktuelles.cfm?iang=de](http://www.bvm-law.de/aktuelles.cfm?iang=de).

41 Siehe: EU-Kommission (Fn. 11), Rn. 119, 220, 221, 222, 229, 231, 234, 310, 328, 362; Rundfunkmitteilung (Fn. 16), Rn. 34.

42 Amtsblatt Nr. C 340 vom 10. 11. 1997.

43 Oben, IV. 1.

44 Oben, III. 2.

45 Vgl. Schulz (Fn. 13), S. 35.

46 Vgl. Schulz (Fn. 13), S. 31 f.

47 Vgl. BVerfG, 11. 9. 2007 – 1 BvR 2270/05, AfP 2007, 460 f. (Rn. 210 ff.) – Zweites Gebührengesetz; 24. 3. 1987 – 1 BvR 147, 478/86, BVerfGE 74, 297, 325 – 5. Rundfunkurteil (LMedienG Baden-Württemberg).

48 Diese Darstellung folgt dem instruktiven Ansatz von Schulz (Fn. 13), S. 30 ff.

49 So ergab sich beispielsweise für den Monat September 2007 aufgrund des Datenmaterials von INFOline, dass Spiegel-Online, der deutsche Spitzenreiter bei den Nachrichten-Onlineangeboten, 92,4 Mio. Visits mit 576,3 Mio. PI hatte – und damit 6,2 PI/Visit.

50 Zitiert nach Meyer, Was ist Qualität im (Online-)Journalismus?, 2005, S. 3.

51 Eingehend zu dieser Untersuchung: Neuberger, Media Perspektiven 3/ 2003, 131, 133 ff.

Angesichts dessen skizzieren die in der Wissenschaft angeführten „Qualitätsdimensionen“ nicht mehr als den Rahmen der im Hinblick auf das projektierte Angebot zu untersuchenden Qualitätskriterien – sowohl im Hinblick auf das journalistische Handeln<sup>52</sup> wie auch das publizistische Produkt<sup>53</sup>. Ausgehend von der Zielgruppe des Angebots ist an Hand der mittlerweile umfangreichen Internetnutzungsforschung die jeweilige Bedeutung der einzelnen „Qualitätsdimensionen“ zu bestimmen, unter Beachtung der Qualitätskriterien, die sich aus dem öffentlich-rechtlichen Auftrag ergeben. Bestehen aus Sicht der Zielgruppe Defizite in der publizistischen Wettbewerbssituation, sind auch diese zu erfassen, da sie Teil dieser Situation sind und aus ihnen Aufschlüsse über den publizistischen Mehrwert des projektierten Angebots erwachsen können.

#### b) Prognose der ökonomischen Wettbewerbssituation

Als nächstes ist zu prognostizieren, was sich durch die Realisierung des neuen Angebots wirtschaftlich auf dem Markt ändern würde<sup>54</sup>. Die Aufgabe besteht darin, an Hand des vorliegenden Zahlenmaterials zu untersuchen, wie sich diese Entwicklung fortsetzt – und was ökonomisch auf diesem Markt passiert, wenn das neue Angebot hinzutritt. Angesichts der rasant gestiegenen Internetnutzung<sup>55</sup> ist zunächst zu analysieren, wie sich die Nutzung in den nächsten Jahren weiter entwickeln wird, und zwar im Hinblick auf das Nutzer- und Nutzungswachstum der Zielgruppe. Methodisch bedeutet das, dass die Entwicklungen aus der Vergangenheit unter Berücksichtigung des künftigen prognostizierten Nutzerverhaltens fortzuschreiben sind. Das übliche Verfahren für die Darstellung ist die Entwicklung von Szenarien – Worst-, Best- und Realistic-Case-Betrachtungen. Diese prognostizierte Nutzungsänderung ist sodann im Hinblick auf die ökonomische Wettbewerbssituation zu untersuchen. Die entscheidende Frage: Wie wirkt sich das in Rede stehende gebührenfinanzierte Angebot auf die wirtschaftliche Situation der anderen Anbieter aus? Betrachtet man die ökonomische Situation auf dem Onlinemarkt, folgen aus dieser „Oberfrage“ eine Reihe weiterer Fragen. Denn seine Situation ist dadurch geprägt, dass sich die meisten professionellen Anbieter darum bemühen, von Dritten finanzierte Werbung auf ihre Seiten zu bekommen, um dadurch die Kosten ihres Angebots zu refinanzieren, zumindest partiell.

So ist in Anbetracht dessen zu analysieren: Würden durch das neue Angebot andere Anbieter, die sich durch Werbung finanzieren, weniger Visits bekommen, also weniger „abrechnungsfähige“ Einheiten? In Anbetracht des allgemein prognostizierten weiteren Anstieges der Internetnutzung muss das nicht zwangsläufig der Fall sein. Aber wenn es so sein sollte: Werden andere Anbieter wegen gesunkener Visits tatsächlich weniger Einnahmen erzielen? Oder können sie das verhindern, indem sie ihren „Tausenderkontaktpreis“ (TKP) erhöhen? So gelang es beispielsweise vielfach privaten Hörfunksendern, nachdem ihre „Reichweite“ gesunken war, Einnahmeverluste durch eine Erhöhung ihres TKP zu vermeiden. Und falls andere Anbieter tatsächlich weniger Einnahmen erzielen würden, erhebt sich die Frage: Könnte sie das davon abhalten, ihr Geschäftsmodell weiter zu verfolgen? Zu berücksichtigen ist insbesondere, dass viele Verlage den Content ihrer Portale ausgesprochen kostengünstig generieren, da es sich bei den Beiträgen um eine „Vorabveröffentlichung“ kurz darauf erscheinender Print-Artikel handelt. Zu berücksichtigen sind auch ökonomische Verflechtungen, „Crossmedia-Strategien“ und zusätzliche Einnahmen der Anbieter

(z. B. bild.de, sueddeutsche.de), die sie durch den Vertrieb über ihr – für sich genommen – defizitäres „Internetangebot“ erzielen. Falls durch das neue Angebot Geschäftsmodelle in Frage stünden, wäre zu klären: Mit welchen Konsequenzen? Verschwindet das bisherige Angebot? Verändert es sich? Und was passiert mit dem entsprechenden Onlineetat des Werbetreibenden? Wird im „Streuplan“ für die einzelnen Werbegattungen die Onlinewerbung gestrichen? Oder fließt der Betrag für die Onlinewerbung – festgelegt aufgrund eines bestimmten „Mediamixes“ des Werbetreibenden – einem anderen oder gar demselben Onlineanbieter für einen anderen Internetauftritt zu, so dass am Ende ein anderer Onlineauftritt gestärkt wird?

Von besonderer Bedeutung ist bei all diesen Überlegungen, dass den Öffentlich-Rechtlichen Werbung und Sponsoring im Internet untersagt ist (§ 11 d Abs. 5 S. 1 E). Mit den Privaten konkurrieren sie deshalb nur auf dem „Publikumsmarkt“, nicht aber auf dem „Werbemarkt“. Angesichts dessen ist, wie eben skizziert, zu klären, ob es für den Fall des Hinzutretens eines öffentlich-rechtlichen – werbefreien – Angebots tatsächlich Anhaltspunkte dafür gibt, dass sich dadurch die Werbeeinnahmen privater Anbieter reduzieren. Erhebungsmethoden für diesen Prüfungsabschnitt sind insbesondere der Desk Research, Expertenbefragungen und -diskussionen einschließlich der Delphi-Methode<sup>56</sup>. Besonders aufschlussreich kann auch hier die Stellungnahme der potentiell Betroffenen sein. Vor allem, wenn sie, wie im PVT vorgesehen<sup>57</sup>, gebeten werden, ihre Beurteilung verifizierbar nachvollziehbar zu machen.

#### c) Bestimmung des publizistischen Mehrwerts

Auf dieser Stufe ist zu untersuchen, welchen publizistischen Mehrwert die Einführung des projektierten öffentlich-rechtlichen Angebots hätte, und zwar im Hinblick auf den Einzelnen und Deutschlands Bevölkerung insgesamt<sup>58</sup>. Beispiel: qualitativ hochwertige Fernsehnachrichten on Demand: Der Einzelne könnte die Sendung auch sehen, wenn er die TV-Ausstrahlung verpasste, beispielsweise weil er arbeiten oder seine Kinder ins Bett bringen musste. Die Gemeinschaft hat Zugriff auf ein hochwertiges Informationsangebot und wäre dadurch mutmaßlich partiell besser informiert.

Für diese Prüfung ist im ersten Schritt herauszuarbeiten, welche Qualität das Angebot für die Zielgruppe hat, insbesondere, ob es unikal ist, also im Vergleich zu anderen Angeboten einzigartig. Auch ist zu prognostizieren, wie sich die Existenz dieses Angebots auf die anderen auswir-

52 Es handelt sich um Unabhängigkeit/Recherchequalität, Sorgfaltspflicht/Interaktivität, Meyer (Fn. 50), S. 6.

53 Es handelt sich um: Einhaltung des Trennungsgebots zwischen redaktionellem Text und Werbung/Richtigkeit, Originalität/Aktualität/interaktive Elemente/Vielfalt, Informationsgehalt/Verständlichkeit, Usability/Accessibility/Spannung, Sinnlichkeit, Anschaulichkeit/Nutzwert/Transparenz, Meyer (Fn. 50), S. 6.

54 Zu dem Gutachten über die „marktlichen Auswirkungen“ siehe unten, V. 2. e).

55 Fn. 40.

56 Bei dieser Methode – benannt nach dem Orakel von Delphi, das seinen Zuhörern Ratschläge für die Zukunft gab – wird eine Gruppe von Experten im weitesten Sinne in mehreren Runden zu bestimmten Themen befragt. Ab der zweiten Runde wird den Befragten gesagt, was andere Experten sagten („Informationsrückkopplung“). Dadurch werden die Befragten herausgefordert, ihre ursprüngliche Antwort zu reflektieren, also entweder zu begründen oder zu ändern. Durch dieses Verfahren sollen gruppendynamische Prozesse von Gemeinschaftsbefragungen vermieden werden, in denen nicht selten den dominanten Teilnehmern die übrigen folgen (s. Häder, Delphi-Befragungen. Ein Arbeitsbuch, 2002).

57 Ofcom, Methodology for Market Impact Assessments of BBC services, Ziffer 3.2.

58 Siehe oben, IV. 2. b).

ken würde. Es geht um die möglichen Interdependenzen – Konkurrenz belebt den Markt. Zu beleuchten ist also, ob es zu Ergänzungen bzw. Verstärkungen der anderen Angebote kommt. So war beispielsweise im Nachrichtenmagazin-Markt nach dem Hinzutreten von „Focus“ im Jahr 1993 festzustellen, dass der „Spiegel“ aufgrund umfangreicher Leserforschungen einem grundlegenden Relaunch unterzogen wurde, so dass er aus der Sicht der Nutzer optimiert wurde. Für diesen Schritt kommen verschiedene Erhebungsmethoden in Betracht:

- Die Inhaltsanalyse: Zum einen im Hinblick auf die Frage: Was ist neu (was hat das Angebot, das andere nicht haben)? Und zum anderen im Hinblick auf die Qualitätskriterien, die für die Zielgruppe maßgeblich sind<sup>59</sup> – unter Beachtung des öffentlich-rechtlichen Auftrags: Welchen Wert hat das neue Angebot für sie?
- Die Expertenbefragung: So können bei einem für Jugendliche projektierten Angebot Wissenschaftler befragt werden, die sich mit dem Internetrezeptionsverhalten der Altersgruppe befassen.
- Die Publikumsbefragung: In Betracht kommen verschiedene Formen. Etwa eine „öffentliche Debatte“ im Internet, wie mit großer Resonanz beim PVT erlebt<sup>60</sup>. Oder: Angehörige der Zielgruppe beurteilen anhand eines „Piloten“ des projektierten Angebots, welchen besonderen Nutzen es im Vergleich zu anderen hätte.

#### d) Vergleich der publizistischen Wettbewerbssituation

Zu untersuchen ist, welche Gesamtsituation für den publizistischen Wettbewerb aus Sicht der Nutzer, unter besonderer Beachtung der Qualitätskriterien der Zielgruppe, die bessere wäre: der fortgeschriebene Status quo ohne das in Rede stehende Angebot oder das Hinzutreten dieses Angebots mit möglicherweise negativen Auswirkungen auf andere Anbieter. Begrenzt ist diese zentrale Abwägungsentscheidung in dem Verfahren durch zwei rechtliche Vorgaben: Eine Strategie der Verdrängung privater Anbieter ist den Anstalten untersagt, sowohl aufgrund des EU-Rechts<sup>61</sup> wie auch des nationalen Verfassungsrechts<sup>62</sup>. Auf der anderen Seite gilt die „Bestands- und Entwicklungsgarantie“ der öffentlich-rechtlichen Anstalten auch in der digitalen Welt im Rahmen ihres verfassungsrechtlichen Auftrags.<sup>63</sup> Das bedeutet, dass es den Anstalten gerade auch unter dem Gesichtspunkt der Meinungsvielfalt nicht untersagt ist, ähnliche Angebote wie private Anbieter ins Netz zu stellen. Sie sind nicht zur Beschickung publizistischer Nischen verdammt.<sup>64</sup>

Das Hauptaugenmerk bei der Abwägung muss darauf liegen, dass es um publizistische Vielfalt geht. Nicht um Vielzahl. Je mehr sich das projektierte Angebot durch Alleinstellungsmerkmale von anderen absetzt, desto mehr spricht für einen publizistischen Mehrwert für die Nutzer. So liegt bei einem Angebot der publizistische Mehrwert auf der Hand, wenn eine öffentlich-rechtliche Anstalt die von ihr produzierten qualitativ hochwertigen Beiträge Nutzern nicht-linear zugänglich macht, nicht aber, wenn sich herausstellt, dass bereits etliche inhaltsgleiche Angebote im Netz stehen. Grundsätzlich kein durchschlagendes Argument sind für sich genommen die Marktchancen anderer Anbieter, die sich durch die Realisierung des geplanten Angebots ändern. Denn Marktchancen können lediglich eine „Frage wirtschaftlicher, nicht aber der Meinungsfreiheit sein“, wie das BVerfG in seinem „5. Rundfunkurteil“ entschied<sup>65</sup>, in dem es um den Wettbewerb zwischen öffentlich-rechtlichen und privaten Rundfunkanbietern im

dualen System ging. In diesem Beschluss erklärten die Richter das vom baden-württembergischen Gesetzgeber erlassene Verbot von regionalen und lokalen Rundfunkprogrammen der Anstalten für unzulässig, weil es allein zum Schutz privater Anbieter vor öffentlich-rechtlicher Konkurrenz erlassen worden war. Nichts anderes kann für das Verhältnis zwischen Privaten und Anstalten in der digitalen Welt gelten, insbesondere in Anbetracht der Gebühren-Entscheidung des BVerfG 2007<sup>66</sup>. Oberster Gesichtspunkt ist auch hier die Ratio legis des Drei-Stufen-Tests: Er soll publizistischen Wettbewerb fördern. Nicht aber Erwerbchancen Einzelner sichern.

#### e) Vom Gesetz vorgegebene Parameter

Bei der Abwägung sind nach der Konzeption der Neuregelung drei Aspekte auf jeden Fall „zu berücksichtigen“ (§ 11 f Abs. 4 S. 3 E):

- „Quantität und Qualität der vorhandenen frei zugänglichen Angebote“,
- „marktliche Auswirkungen des geplanten Angebots“ sowie
- „dessen meinungsbildende Funktion angesichts bereits vorhandener vergleichbarer Angebote“, auch denen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks.

Diese drei Aspekte wurden durch den Beihilfekompromiss ausdrücklich vorgegeben<sup>67</sup>. Zur Beurteilung der „marktlichen Auswirkungen des geplanten Angebots“ ist vom Rundfunkrat „gutachterliche Beratung hinzuzuziehen“: In diesem Gutachten könnten im Hinblick auf das vorgeschlagene neue Angebot beispielsweise folgende Gesichtspunkte untersucht werden<sup>68</sup>:

- Wettbewerbsangebote,
- Wettbewerber,
- Markt und Wettbewerb ohne neues Angebot,
- Gesetzmäßigkeiten für den Wettbewerb in dem Teilmarkt zur Beurteilung der Auswirkungen,
- Veränderungen des Wettbewerbs durch das neue Angebot,
- ökonomische Bedeutung („Bewertung“) „der prognostizierten Veränderung der Konsumentenwohlfahrt“.

Die Ergebnisse dieses Gutachtens können dem Rundfunkrat eine Grundlage für die Beurteilung aller vier Aspekte auf der zweiten Stufe bieten. Er kann, wenn er den Ergebnissen folgt, bei der Beurteilung eines jeden dieser Aspekte aus dem Gutachten „schöpfen“, hat aber die Abwägungsentscheidung – nämlich: gäbe es durch das neue Angebot einen publizistischen Mehrwert? – selbst zu treffen.

59 Oben, V. 2. a).

60 Fn. 36.

61 Art. 86 Abs. 2 EGV; siehe auch EU-Kommission (Fn. 11), Rn. 230, sowie oben, III. 1.

62 Schulz (Fn. 13), S. 32 m. w. N.

63 BVerfG (Fn. 28); EU-Kommission (Fn. 11), Rn. 229.

64 Vgl. BVerfG, 24. 3. 1987 – 1 BvR 147/86, BVerfGE 74, 297, 325 f. – 5. „Rundfunkurteil“ (LMedienG Baden-Württemberg).

65 BVerfGE 74, 297, 334 f. (Fn. 64).

66 Oben, III. 2.

67 EU-Kommission (Fn. 11), Rn. 328.

68 So die Kriterien in der „Aufforderung zur Abgabe einer Interessensbekundung“ des MDR für ein „medienökonomisches Gutachten“ zu „KI.KA plus“ und einem „Vorschulportal des Kinderkanals“ im Oktober 2008.

### 3. Dritte Stufe: Welcher finanzielle Aufwand ist für das Angebot erforderlich (§ 11 f Abs. 4 S. 2 Nr. 3 E)?

Die Aussage über den finanziellen Aufwand dient der Finanztransparenz<sup>69</sup>. Allen Beteiligten, den zur Entscheidung berufenen Gremienmitgliedern, aber auch betroffenen Dritten und der Öffentlichkeit, soll klar sein, was der zusätzliche Public Value kostet. Es geht nicht um „Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit“, zu denen die öffentlich-rechtlichen Anstalten ohnehin verpflichtet sind<sup>70</sup>. Sondern darum, dass bei der Abwägung die Kosten bekannt sind und als Abwägungskriterium vom Rundfunkrat herangezogen werden.

## VI. Abschließende Entscheidung über die Aufnahme des Angebots

### 1. Prüfungstiefe

Der Rundfunkrat hat infolge des Beihilfekompromisses<sup>71</sup> die neue Aufgabe erhalten, über „Angebote“ der Anstalt in der digitalen Welt zu entscheiden. Neu ist diese Aufgabe auch funktionaler Art, weil das Gremium als Wahrer der „Interessen der Allgemeinheit“<sup>72</sup> bislang im Wesentlichen drei Funktionen hatte: Kontrolle, dass die „Programmanforderungen“ eingehalten werden, einschließlich der Beratung des Intendanten in „allgemeinen Programmangelegenheiten“, Genehmigung von wirtschaftlichen Dispositionen der Anstalt (z. B. Wirtschaftsplan) und Personalentscheidungen (z. B. Wahl des Intendanten und der Direktoren)<sup>73</sup>. Die neue Qualität der Funktion des Rundfunkrats verdeutlicht auch der Blick auf die Situation beim Rundfunk – Hörfunk und Fernsehen: Dort ist der Auftrag vom Gesetzgeber weitgehend klar definiert, insbesondere im Hinblick auf die Anzahl bzw. Gestaltung der Programme<sup>74</sup>: Der Rundfunkrat besitzt primär eine Kontrollfunktion, hat zu überwachen, dass die Programmgrundsätze u. ä. eingehalten werden. In Anbetracht der Schnelligkeit der Internetentwicklung<sup>75</sup> ist dies nun bei Onlineangeboten grundlegend anders: Der Gesetzgeber gibt die Koordinaten für den Onlineauftrag vor<sup>76</sup>. Und der Rundfunkrat hat diesen Auftrag durch den Drei-Stufen-Test zu „konkretisieren“<sup>77</sup>: Er entscheidet, ob das von der Anstalt beantragte Angebot tatsächlich vom Online-Auftrag gedeckt ist. Dadurch wird die Gremienkontrolle gestärkt.

Dieser Weg scheint nicht nur mit den Vorgaben des Beihilfekompromisses kompatibel zu sein<sup>78</sup>, sondern auch mit dem deutschen Rundfunkrecht.<sup>79</sup> Denn seit je her sind Entscheidungen des Rundfunkrats nach seiner Funktion – im Gegensatz zu der des Aufsichtsrates einer Aktiengesellschaft – nicht primär am Wohl des Unternehmens orientiert. Das folgt aus seiner „binnenpluralistischen Struktur“<sup>80</sup>, einer der zentralen Säulen der Rundfunkordnung: Die von ihr dem einzelnen Rundfunkratsmitglied zugeordnete Funktion besteht auch nicht darin, dass es sich in dem Gremium an den „besonderen Zielsetzungen und Auffassungen“ seines Entsenders ausrichtet, sondern darin, dass es im Zusammenwirken mit Vertretern anderer „gesellschaftlich relevanter“ Gruppen dafür sorgt, dass die Anstalt ihren Auftrag bestmöglich erfüllt<sup>81</sup>. Sozusagen im Spannungsverhältnis der diversen Pole der Gesellschaft. In Anbetracht dieser funktionalen Aufgabe des Gremiums fragt sich, wie „tief“ es die drei Stufen im Einzelnen zu prüfen hat, nachdem bei ihm der Antrag der Anstalt eingegangen ist – in dem der Intendant erklärt, dass die Zulässigkeitsvoraussetzungen für das Angebot vorliegen (§ 11 f Abs. 4 S. 1, 2 E). Die Neuregelung verlangt, dass der

Rundfunkrat darüber entscheidet, ob das projektierte Angebot „den Voraussetzungen des Absatzes 4 (= des Drei-Stufen-Tests) entspricht“, und dass diese Entscheidung „zu begründen“ ist (§ 11 f Abs. 6 E). Die EU-Kommission spricht von einer „angemessenen“ bzw. „wirksamen Kontrolle“<sup>82</sup>. Den Rundfunkrat trifft deshalb eine „Begründungslast“<sup>83</sup>. Es geht also nicht um Billigung oder Zurenkennung. Sondern um eine echte Prüfung. Die Mitglieder des Gremiums – jedes für sich (!), jedes Vertreter einer „gesellschaftlich-relevanten“ Gruppe, aber nur ausnahmsweise Rundfunkrechtsexperte oder Medienökonom – werden in der Regel aufgrund eigener Kenntnis kaum beurteilen können, ob alles stimmt, was in der Vorlage steht. Beispielsweise, ob die angegebenen Kosten zutreffend sind oder das projektierte Angebot tatsächlich vom öffentlich-rechtlichen Auftrag erfasst ist.

Und auch die Mitarbeiter der Anstalt werden dem Gremium regelmäßig nicht weiterhelfen können. Denn sie können ihm aufgrund ihrer Sichtweise kaum etwas anderes sagen, als dass die von ihnen zuvor in der Vorlage gemachten Angaben zutreffend sind. Angesichts dessen wird sich der Rundfunkrat bei jeder Prüfung eines projektierten Angebots fragen müssen, ob er die Angaben in der Vorlage tatsächlich selbst aufgrund eigener Fachkenntnis verlässlich überprüfen kann. Verneint er das, hat er die Möglichkeit, für alle Aspekte der Drei-Stufen-Prüfung „zur Entscheidungsbildung gutachterliche Beratung durch unabhängige Sachverständige auf Kosten der jeweiligen Rundfunkanstalt in Auftrag [zu] geben“ (§ 11 f Abs. 5 S. 4 E).

### 2. Rechtsaufsicht

Auch fragt sich, inwieweit die Rechtsaufsicht die Entscheidung des Rundfunkrates überprüfen kann, darf oder muss (§ 11 f Abs. 7 E). Die gesetzgeberische Festlegung, dass der pluralistisch besetzte Rundfunkrat über den Drei-Stufen-Test zu befinden hat – und nicht etwa eine, wie von den Verlegern gefordert<sup>84</sup>, andere Instanz –, zeigt, dass die Entscheidung gerade im pluralistischen Widerspiel der Vertreter „gesellschaftlich relevanter“ Gruppen erfolgen soll. In Anbetracht dessen ist dem Rundfunkrat ein relativ breiter Beurteilungsspielraum eingeräumt, wenn er die Fakten für seine Abwägung zutreffend ermittelt hat. Davon abgesehen ist die Rechtsaufsicht auf die Überprüfung der Verfahrensvorschriften und die Missbrauchskontrolle beschränkt.

69 Schulz (Fn. 13), S. 33.

70 § 14 Abs. 1 RStV sowie entsprechend die einzelnen Landesrundfunkgesetze. Zudem bestimmt § 11 f Abs. 2: „Die Beschreibung aller Telemedien muss eine Nachprüfung des Finanzbedarfs durch die KEF ermöglichen.“

71 EU-Kommission (Fn. 11), Rn. 368 ff., 374.

72 Z. B. § 18 Abs. 1 NDR-StV; § 16 Abs. 1 WDR-G.

73 Z. B. §§ 18, 23 NDR-StV.

74 Z. B. §§ 6, 3 NDR-StV, §§ 2, 6, 7 DLR-StV.

75 Mehr Informationen zu diesem Aspekt im Hinblick auf den Drei-Stufen-Test: [www.bvm-law.de](http://www.bvm-law.de).

76 Siehe oben, IV. 1.

77 Schulz (Fn. 13), S. 28 ff.

78 EU-Kommission (Fn. 11), Rn. 372.

79 Schulz (Fn. 13), S. 13 ff.

80 BVerfG, 4. 11. 1986 – 1 BvF 1/84, BVerfGE 73, 118, 153 – 4. Rundfunkurteil (LRG Niedersachsen); 28. 2. 1961 – 2 BvG 1, 2/60, BVerfGE 12, 205, 261 – 1. Rundfunkurteil (Deutschland-Fernsehen).

81 BVerfG, 9. 2. 1982 – 2 BvK 1/81, BVerfGE 60, 53, 65 f. – NDR-Rundfunkrat.

82 EU-Kommission (Fn. 11), Rn. 368, 374.

83 Schulz (Fn. 13), S. 29 f.

84 Zeitungs- und Zeitschriftenverleger verlangten in ihrer Münchner Erklärung vom 17. 7. 2007, dass der Drei-Stufen-Test von „unabhängigen Dritten“ durchgeführt wird, [epd.medien.de](http://epd.medien.de), 57/2008, S. 25 f.

## VII. Ausblick

Die Änderungen durch den zwölften RÄndStV stellen die öffentlich-rechtlichen Anstalten vor große Herausforderungen. Innerhalb kurzer Zeit müssen sie ihr gesamtes Onlineangebot durch den Drei-Stufen-Test laufen lassen. Und zwar in einer Weise, die den Vorgaben des Gesetzes, der Rechtsprechung des BVerfG sowie den Kommissions-Vorgaben entspricht. In Anbetracht der Vorgaben des Beihilfekompromisses ist es unerlässlich, transparente Verfahren zu entwickeln. Angesichts der mannigfaltigen, oftmals diffizilen Aspekte kann die Lösung nur interdisziplinär erfolgen. Gefordert sind publizistischer (kommunikationswissenschaftlicher und journalistischer), ökonomischer, insbesondere medienökonomischer, sowie juristischer Sachverstand. Bei der Umsetzung des Drei-Stufen-Tests werden die Anstalten unter erheblicher öffentlicher Beobachtung stehen. Vor allem durch die Berichterstattung von Medienunternehmen, mit deren Angeboten sie im Internet publizistisch konkurrieren. Einen Vorgesmack auf das, womit zu rechnen ist, gab die in den vergangenen Jahren in den Medien geführte Debatte über die öffentlich-rechtliche Internetpräsenz<sup>85</sup>. Auch unter diesem Blickwinkel ist Test-Transparenz unerlässlich. Juristisch entscheidend ist für die Online-Zukunft der Öffentlich-Rechtlichen, dass die durchgeführten Verfahren rechtlich Bestand haben. Sowohl vor deutschen Gerichten wie auch vor der EU-Kommission. Ein Debakel ersten Ranges wäre es für sie, wenn die Kommission aufgrund von – aus ihrer Sicht – mit dem EU-Recht nicht kompatiblen Drei-Stufen-Tests das Verfahren wieder aufnimmt oder ein neues einleitet<sup>86</sup>. Dann stünden wieder die Rundfunkgebühren auf dem EU-Prüfstand. Und damit die Zukunft der Rundfunkanstalten insgesamt.

Juristische Auseinandersetzungen können sich aus einer Vielzahl von Konstellationen ergeben: Ein Wettbewerber oder sonstiger Dritter (z. B. Verband) hält einen durchgeführten Drei-Stufen-Test für rechtswidrig oder macht geltend, ein Angebot im Netz entspreche nicht (mehr) dem im Drei-Stufen-Test genehmigten Angebot. Austragungsort für derartige Streitigkeiten sind die Verwaltungsgerichte. Unter Umständen auch die Zivilgerichte, wenn es um wettbewerbsrechtliche Fragen geht. Endstation: BVerfG. Oder der Betreffende beschwert sich bei der EU-Kommission, behauptet, die Durchführung des Drei-Stufen-Tests insgesamt oder in einem Einzelfall verstoße gegen die Vorgaben in Art. 87, 86 Abs. 2 EGV<sup>87</sup>. Endstation: Europäischer Gerichtshof<sup>88</sup>. In Anbetracht dieser Fülle von Konfliktvarianten empfiehlt es sich für die Rundfunkräte, wenn sie den Drei-Stufen-Test durchführen, sich nicht ausschließlich an ihrem Verständnis der Dinge zu orientieren, sondern strikt darauf zu achten, dass ihr Vorgehen stets im Einklang mit den deutschen und den EU-Vorschriften erfolgt.

Für die öffentlich-rechtlichen Angebote im Internet gilt nun das, was in vielen anderen Schaffensbereichen gilt, deren sich die EU angenommen hat: Die eigentliche Arbeit ist nicht nur schwieriger geworden. Sondern auch erheblich aufwändiger.

# Rechtsprechung

## Bildberichterstattung im Gerichtssaal nur anonymisiert erlaubt

BVerfG, Beschluss vom 27. 11. 2008 – 1 BvQ 46/08  
Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG

**Die besondere Schwere einer angeklagten Tat kann im Einzelfall nicht nur ein gesteigertes Informationsinteresse der Öffentlichkeit, sondern auch die Gefahr begründen, dass der Angeklagte eine Stigmatisierung erfährt, die ein Freispruch möglicherweise nicht mehr zu beseitigen vermag. Die in dem Anonymisierungsgebot liegende Beschränkung der Berichterstattung wiegt nicht so schwer, als dass sie es rechtfertigte, dass das Gericht eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts des Angeklagten im Falle seines Freispruchs durch die beabsichtigte Bildberichterstattung zuzulassen hätte. (Leitsatz der Redaktion)**

### Sachverhalt

Die Antragstellerin wendet sich gegen eine sitzungspolizeiliche Anordnung, mit der die nicht anonymisierte Bildberichterstattung über den Angeklagten eines Strafverfahrens untersagt wird. Hilfsweise begehrt sie Klarstellung der Reichweite des Anonymisierungsgebotes und des für den Fall der Zuwiderhandlung angedrohten Ausschlusses. Die Antragstellerin betreibt einen privaten Rundfunksender. Sie beabsichtigt, die im Zuge ihrer Berichterstattung über das am LG Oldenburg (Oldb) anhängige Strafverfahren gegen N.H. (Geschäfts-Nr. 5 Ks 8/08) gefertigten Fernsehaufnahmen von dem Angeklagten in nicht anonymisierter Form zu veröffentlichen. Gegenstand des Strafprozesses ist der sogenannte „Holzklotz-Fall“. Die Staatsanwaltschaft wirft dem Angeklagten vor, am 23. 3. 2008 von einer in Oldenburg gelegenen Autobahnbrücke einen von ihm mitgebrachten Holzklotz auf die Fahrbahn der BAB 29 geworfen zu haben. Der Holzklotz soll die Windschutzscheibe eines sich nähernden Pkw durchschlagen und die Beifahrerin getroffen haben, die an ihren Verletzungen verstarb. Der Fall hat bundesweites Aufsehen erregt und eine umfangreiche Medienberichterstattung ausgelöst, auch weil die Verstorbene Mutter zweier Kinder ist und ihre Familie sich zur Tatzeit mit ihr im Auto befunden hat. Die Hauptverhandlung begann am 4. 11. 2008 und wurde auf zunächst 16 Verhandlungstage bis zum 30. 1. 2009 angesetzt. Die Anfertigung von Fernseh- und Fotoaufnahmen im Gerichtssaal wurde im Rahmen einer „Pool-Lösung“ mit der Maßgabe zugelassen, dass die Aufnahmen auf die Aufforderung des Vorsitzenden hin einzustellen sind. Als Poolführer wurden zwei Kamerteams und zwei Fotografen zugelassen, die sich jeweils verpflichten müssen, die Aufnahmen Konkurrenzunternehmen zur Verfügung zu stellen. Die Poolführerschaft für die privatrechtlichen Fernsehsendeanstalten hat die Antragstellerin zumindest vorläufig übernommen. Nach zunächst mündlicher Anordnung des Vorsitzenden Richters der 5. Strafkammer bei Prozessbeginn erging am 14. 11. 2008 ergänzend die angegriffene schriftliche Anordnung,

85 Mehr Informationen dazu unter [www.bvm-law.de/aktuelles.cfm?iang=de](http://www.bvm-law.de/aktuelles.cfm?iang=de).

86 Siehe oben, III. 1, insbesondere Fn. 26.

87 Siehe oben, III. 1.

88 Siehe jüngst: EuGH, Erste Instanz, 26. 6. 2008 – T-442/03 – SIC (Portugal).