

27.08.2009

VPRT-Gutachten zum Drei-Stufen-Test wiederholen die altbekannten Positionen des Auftraggebers

Im Rahmen der Drei-Stufen-Tests zum Telemedienbestand von ARD, ZDF und DLR hat der **VPRT zwei Gutachten** in Auftrag gegeben. Das erste Gutachten von Herrn Professor Dörr befasst sich mit juristischen **Verfahrensfragen**. Das zweite Gutachten der Professoren Haucap und Dewenter beschäftigt sich mit den von den Gremien einzuholenden Gutachten zu den **marktlichen Auswirkungen**. Wenig überraschend wiederholen die beiden Gutachten die altbekannten Positionen des Auftraggebers.

VPRT-Gutachten zu Verfahrensfragen enthält gravierende Defizite, Rundfunkreferent stuft es öffentlich als „schwer nachvollziehbar“ ein

Der VPRT hat sein Gutachten zu den Verfahrensfragen, das die bekannten Forderungen des Auftraggebers hinsichtlich Sieben-Tage-Frist, Aufgabe der Rechtsaufsicht, Klagemöglichkeit Dritter, etc. wiederholt, unter anderem an die Staatskanzleien der Länder verschickt. Der **Rundfunkreferent** des Landes **Schleswig-Holstein**, Dr. Matthias Knothe, hat in der epd-Ausgabe vom 1. August in einem Artikel unter dem Titel „Schwer nachvollziehbar“ hierauf reagiert und seine **Position zu den Ergebnissen des Gutachtens veröffentlicht**. Er sieht die Gefahr, dass der „**Wille des Gesetzgebers überinterpretiert** wird“, und kommt zu dem Ergebnis, „**die Ausführungen (des Gutachters) Dörrens an vielen Stellen unscharf, nicht belegbar und einseitig zu Gunsten der privaten Konkurrenz ausfallen**“. Korrigierend stellt er zu den zentralen Aussagen des Gutachtens folgendes fest:

- Angebotsbeschreibung: eine vollständige, nachvollziehbare und transparente Darstellung des finanziellen Aufwands ist ausreichend. Anders als im VPRT-Gutachten gefordert, ist eine **Abwägung mit dem publizistischen Mehrwert in der Angebotsbeschreibung nicht erforderlich**.
- Frist: eine **Fristverlängerung** über die gesetzlich vorgeschriebenen sechs Wochen hinaus liegt **einzig und allein im Ermessen der Gremien**.
- Veröffentlichung der Gutachten: die Einräumung einer **nochmaligen Möglichkeit zur Stellungnahme** für Dritte **nach der Vorlage des marktlichen Gutachtens ist nicht notwendig** und verzögert grundlos den Entscheidungsprozess, da die Dritten bereits im Rahmen der Analyse angehört werden.
- Die Sieben-Tage-Frist besitzt **keine "Leitbildfunktion"**. Längere Verweildauern müssen zwar begründet werden; sie stellen aber keine Ausnahme von der Regel dar.

- Bezahlangebote müssen gemäß den Vorgaben des Rundfunkstaatsvertrages **nur bei marktlichen Auswirkungen berücksichtigt** werden und nicht - wie im VPRT-Gutachten gefordert - auch bei der Analyse des publizistischen Wettbewerbs.
- Die Prüfung der Rechtsaufsicht bezieht sich **allein** auf die Erfüllung des Auftrags und die **Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben**. Mit dem Verweis auf die Staatsferne des öffentlich-rechtlichen Rundfunks führt Knothe aus, dass sich die Prüfung im sensiblen Bereich der Inhalte auf eine Evidenz- und Vertretbarkeitsprüfung beschränken muss.
- Ein Rechtsschutz gegenüber dem staatlichen Betrauungsakt der Länder **besteht** laut Knothe **nicht**, weshalb eine Anfechtungsklage nicht möglich ist.

VPRT-Gutachten zu den marktlichen Auswirkungen enthält ebenfalls deutliche Mängel, seine Ergebnisse sind nicht haltbar

Gutachten wiederholt das Postulat des Auftraggebers

Das zweite vom VPRT beauftragte Gutachten wiederholt zu Beginn das altbekannte Postulat des Auftraggebers, dass der **Markt** bereits aus sich selbst heraus **Vielfalt und Qualität garantiere**. In Bezug auf die marktlichen Gutachten wird gefordert, dass bei der Erstellung derselben **nicht** die **Methoden** aus dem **Kartellrecht bzw. der Fusionskontrolle** angewendet werden dürften, da der Markt zu eng abgegrenzt und eine Reihe privater Angebote eventuell nicht berücksichtigt würden. Darüber hinaus wird verlangt, dass die **Produzentenwohlfahrt**, sprich die Renditen der Unternehmen, gleichberechtigter Maßstab für die Bewertung der marktlichen Auswirkungen neben dem Verbraucher- bzw. Konsumentennutzen sein müsse.

Für die marktlichen Gutachten entwickeln die VPRT-Gutachter ein **eigenes Prüfraster**, ausgehend von ihrer Prämisse, dass der Markt allein bereits Vielfalt und Qualität garantiere. Beim anschließenden Versuch der Anwendung des Prüfmodells auf die aktuellen Drei-Stufen-Tests kommen die VPRT-Gutachter zu dem Ergebnis, dass die **Telemedienkonzepte** der öffentlich-rechtlichen Anbieter **nicht ausführlich genug** seien, um auf Basis des VPRT-Modells Aussagen treffen zu können. Die Gutachter führen in der Folge exemplarisch eine eigene Analyse für zwölf selbstdefinierte Online-Kategorien durch und gelangen zu dem Ergebnis, dass der **gesellschaftliche Mehrwert** öffentlich-rechtlicher Angebote **gering** sei. **Am ehesten** könnten nach Ansicht der VPRT-Gutachter noch öffentlich-rechtliche Angebote bei **überregionalen und regional-allgemeinen Nachrichten**, teilweise bei **Wirtschafts- und Finanzinhalten** sowie **mit Abstrichen bei speziell auf Kinder zugeschnittenen Angeboten** sinnvoll sein.

Bereits die Grundannahme ist wissenschaftlich nicht haltbar

Die **Grundannahme** des VPRT-Gutachtens, dass im Free-TV und im Bereich der frei zugänglichen Online-Angebote **kein Marktversagen** vorliege, **entspricht nicht** dem aktuellen **Stand der medienökonomischen Forschung**. So hat der renommierte **Münchener Kreis** im letzten Jahr eine **Studie** zum Regulierungsbedarf im Bereich der elektronischen Medien vorgelegt¹, die zu dem Ergebnis kommt, dass im **Free-TV** und

¹ Vgl. Bernd Holznapel, Dieter Dörr und Doris Hildebrand: Elektronische Medien: Entwicklung und Regulierungsbedarf. München 2008.

im Bereich der **freizugänglichen Online-Angebote Marktversagen** vorliegt, da es sich aus ökonomischer Sicht bei beiden Angeboten um **öffentliche Güter** handelt und bei diesen **subadditive Kostenstrukturen, Informationsasymmetrien** und **externe Effekte** vorliegen. Die Studie wurde von einem ganzen Reihe von Unternehmen und Organisationen wie z.B. den Landesmedienanstalten, RTL, Premiere, Burda, Kabel Deutschland, Astra und dem ZDF beauftragt und finanziert. Diese Erkenntnis wurde nicht erst im Rahmen der Studie gewonnen, sondern ist **in der medienökonomischen Fachliteratur** bereits **hinlänglich bekannt**.² Die Behauptung des VPRT, dass diese – zum Großteil technikunabhängigen - Erkenntnisse aufgrund der Digitalisierung inzwischen nicht mehr gelten würden bzw. grundsätzlich nicht stimmten, ist nicht nachvollziehbar und wissenschaftlich nicht haltbar. Auch der Verweis der Gutachter auf den **Nobelpreisträger Coase** ist unverständlich, da die VPRT-Gutachter anscheinend übersehen haben, dass dieser bereits 1968 in einer Diskussion mit Edward Barrett die **systematische Fehlsteuerung von werbefinanziertem Fernsehen** herausgearbeitet hat und seinerseits für eine marktliche Bereitstellung als Pay TV plädiert.³

EU empfiehlt Methoden des Kartell- und Fusionsrechts bei Beihilfetests

Hinsichtlich der These der VPRT-Gutachter, dass bei den marktlichen Gutachten nicht auf das Instrumentarium des **Kartell- und Fusionsrechts** zurückgegriffen werden darf, ist auf den aktuellen Mitteilungsentwurf der **EU-Kommission** „Allgemeine Grundsätze für eine ökonomisch ausgerichtete Prüfung der Vereinbarkeit staatlicher Beihilfen nach Artikel 87 Absatz 3 EG-Vertrag“⁴ zu verweisen. In diesem Papier führt die EU-Kommission aus, dass die **im Kartellrecht angewandten ökonomischen Instrumente** auch **heranzuziehen** sind, wenn es darum geht, zu prüfen, ob **staatliche Beihilfen** erforderlich und angemessen sind. In Fußnote 34 zu Randziffer 53 heißt es: "Bei Bedarf greift die Kommission auf die Instrumente zurück, die für Kartell- und Fusionsfälle für die Abgrenzung dieser Märkte zur Verfügung stehen." Wenn die EU Kommission in ihren Grundsätzen zur Beihilfekontrolle auf die Methoden aus dem Kartell- und Fusionsrecht verweist, sollte man schon aus pragmatischen Gesichtspunkten auf diese zurückgreifen. Die Ablehnung derselben sowie das wiederholte Infragestellen der durch den 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrag geschaffenen gesetzlichen Vorgaben in Deutschland durch die VPRT-Gutachter ist schwer nachvollziehbar. Es macht keinen Sinn, in einem laufenden Verfahren die Spielregeln der Verfahrensdurchführung ändern zu wollen.

EU stellt den Verbraucher in den Mittelpunkt und befürwortet die Berücksichtigung von Gleichheits- und Verteilungsfragen

Auch bezüglich der Forderung nach einer stärkeren Berücksichtigung der Produzentenwohlfahrt ist auf das EU-Papier zu verweisen. Die EU betont hierin, dass bei der

² Eine Übersicht über den medienökonomischen Forschungsstand bietet ein Artikel von Kettering und Köhler, der im September in der Fachzeitschrift MedienWirtschaft erscheinen wird.

³ Ronald H. Coase & Edward W. Barrett: "Educational TV. Who should pay?", Washington 1968. Für eine Darstellung des Marktversagens im Free-TV und der Ineffizienzen von Pay-TV siehe Kettering: „Wettbewerbsverzerrung durch öffentlich-rechtlichen Rundfunk. Zur Korrektur eines Vorurteils“, in „Wettbewerb, Transparenz und Qualität im Mediensektor“, FAR-Tagungen 2007, 2008, Berlin 2009, S. 13-30.

⁴ EU-Mitteilung „Allgemeine Grundsätzen für eine ökonomisch ausgerichtete Prüfung der Vereinbarkeit staatlicher Beihilfen nach Artikel 87 Absatz 3 EG-Vertrag“, http://ec.europa.eu/competition/state_aid/reform/economic_assessment_de.pdf

Abgrenzung der sachlich relevanten Märkte „vor allem **nachfragebezogene** Erwägungen herangezogen werden sollen.“ Die EU Kommission erweitert in ihrem Mitteilungsentwurf sogar ihre bisherige Position und plädiert bei Beihilfefragen für einen „**Gemeinwohlstandsstandard**“, der **neben ökonomischen Effizienzerwägungen** zusätzlich **auch nicht-ökonomische**, d.h. politische **Gleichheits- und Verteilungserwägungen berücksichtigt**. Der neue Gemeinwohlstandsstandard unterstreicht, dass bei der Gesamtabwägung im Drei-Stufen-Test **marktliche Auswirkungen** und **Effizienzüberlegungen** nur einen Baustein neben anderen wie dem Beitrag zum **publizistischen** Wettbewerb und dem Beitrag zu den **demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen** der Gesellschaft bilden.

Vorgeschlagenes Prüfraster missachtet nationale und europäische Vorgaben und beruht auf einer falschen Prämisse

In Bezug auf das von den VPRT-Gutachtern entwickelte **Prüfraster** und der **exemplarischen Analyse** für zwölf selbstdefinierte Online-Kategorien ist anzumerken, dass sich die VPRT-Gutachter **über die Vorgaben der EU** für die Anwendung ökonomischer Methoden in Beihilfeverfahren **sowie die nationalen Vorgaben** aus dem 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrag **hinwegsetzen**. Darüber hinaus ist auch die **Grundannahme**, dass der Markt im werbefinanzierten Free-TV und bei werbefinanzierten Online-Angeboten Qualität und Vielfalt garantiert, wie bereits ausgeführt **wissenschaftlich nicht haltbar**. Des Weiteren übersehen die Gutachter, dass es einen **Unterschied** zwischen dem **publizistischen** und dem **ökonomischen Wettbewerb** gibt und eine **Vielzahl** von Angeboten **nicht automatisch** mit **Vielfalt** gleichgesetzt werden kann.⁵ Mehr Angebot vom Gleichen hat nichts mit Vielfalt zu tun. Die Aussagen der Gutachter, die auf einer wissenschaftlich nicht haltbaren Prämisse aufbauen und bei denen wichtige Abgrenzungen nicht berücksichtigt wurden, sind entsprechend substanzlos.

Ebenso wenig hilfreich ist der Hinweis auf die **britische Ofcom**, da der **Public-Value-Test** sich in mehrfacher Hinsicht **grundsätzlich** von dem deutschen **Drei-Stufen-Test unterscheidet**. Im deutschen Test geht es im Kern um den Beitrag öffentlich-rechtlicher Angebote zum **publizistischen** Wettbewerb, wobei marktliche Auswirkungen in den Abwägungsprozess mit einbezogen werden sollen. Marktliche Auswirkungen per se führen - anders als vom VPRT gewünscht - nicht zwangsläufig zu einer Ablehnung des Angebots, da die **Analyse der marktlichen Auswirkungen nur ein Datum** für die Entscheidung des Fernsehrates **neben anderen** liefert.

Hinsichtlich des Vorwurfs, die Konzepte von ARD und ZDF zum Telemedienbestand seien nicht ausführlich genug, ist anzumerken, dass sich die **Telemedienkonzepte** a) **streng** an die **Vorgaben des 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrags halten** und b) der Telemedien**bestand** von ARD und ZDF für jedermann in allen seinen Details **frei einsehbar** ist.

⁵ Siehe hierzu auch Kettering „Publizistischer und ökonomischer Wettbewerb im deutschen Medienmarkt. Zwei konkurrierende Konzepte“, in „Wettbewerb, Transparenz und Qualität im Mediensektor“, FAR-Tagungen 2007, 2008, Berlin 2009, S. 53-66.