

Europarechtliche Beurteilung von Online-Angeboten öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten

**Inwieweit beeinflussen die Beihilferegeln die
Einbeziehung neuer Dienste in den Funktionsauftrag
öffentlich-rechtlichen Rundfunks?**

**Gutachten
im Auftrag der Friedrich-Ebert-Stiftung**

**Thorsten Held
Dr. Wolfgang Schulz**

Oktober 2004



ISBN 3-89892-316-9

Herausgeber: Stabsabteilung der Friedrich-Ebert-Stiftung

Redaktion: Klaus Reiff/Ilka Monheimius

Übersetzung: Katherine Vanovitch, Berlin

Copyright 2004 by Friedrich-Ebert-Stiftung

Friedrich-Ebert-Stiftung, Hiroshimastraße 17, D-10785 Berlin

Umschlag: Pellens Kommunikationsdesign GmbH, Bonn

Layout: PAPHYRUS – Schreib- und Büroservice, Bonn

Druck: Toennes Satz + Druck, Erkrath

Printed in Germany 2004

Vorwort

Das Online-Angebot der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten Deutschlands ist seit einiger Zeit Gegenstand intensiver Debatten. Inzwischen stehen diese Online-Dienste neben anderen Fragen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks auf dem Prüfstand der EU-Kommission.

Im Kern geht es dabei um die Frage, ob auf der Grundlage des Programmauftrages die Finanzierung von Online-Angeboten öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten aus Gebühren den Tatbestand einer wettbewerbsverzerrenden Beihilfe zum Nachteil der privaten Konkurrenz erfüllt. Diese Frage gewinnt aufgrund der wachsenden Bedeutung des Internets für die individuelle und öffentliche Meinungsbildung zunehmend an Gewicht.

Medien prägen unsere Gesellschaft und unsere Demokratie. Diejenigen, die ihre Inhalte gestalten, übernehmen eine gesellschaftliche Aufgabe und eine hohe Verantwortung. Medienpolitische Aktivitäten der Friedrich-Ebert-Stiftung stellen deshalb einen Schwerpunkt der Stiftungsarbeit dar, denn wir wissen, welche Bedeutung den Medien in unserer freiheitlichen, offenen Gesellschaft zukommt, wie sehr sie unser Leben beeinflussen und wie notwendig sie für das Funktionieren unserer demokratischen Ordnung sind.

Vor diesem Hintergrund hat die Friedrich-Ebert-Stiftung das Hans-Bredow-Institut für Medienforschung in Hamburg mit der Erstellung eines Gutachtens zum Thema „*Europarechtliche Beurteilung von Online-Angeboten öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten*“ betraut. Die Stiftung möchte hier einen Beitrag zu dieser wichtigen und hochaktuellen Debatte leisten.

Das Gutachten stärkt im Ergebnis die Rechtsposition der Mitgliedsstaaten bei der Gestaltung des Auftrags der öffentlich-rechtlichen Anstalten. Die in diesem Gutachten begründete Auslegung der europarechtlichen Beihilferegulungen ermöglicht ihnen, die Bestands- und Entwicklungsgarantie öffentlich-rechtlichen Rundfunks auch durch Integration von Online-Angeboten zu gewährleisten.

Bei der Präsentation des Gutachtens am 15. November 2004 in Brüssel, an der u.a. Staatsministerin Dr. Christina Weiss, Vertreter der EU-Kommission, der Intendant des Südwestrundfunks, Prof. Peter Voß, ZDF-Justiziar Prof. Dr. Carl-Eugen Eberle sowie der Chef der Staatskanzlei Rheinland-Pfalz, Martin Stadelmaier, teilnahmen, sind die Ergebnisse dieser Studie bereits auf lebhaftes Interesse gestoßen.

Die Friedrich-Ebert-Stiftung dankt den Autoren Wolfgang Schulz und Thorsten Held für die vorliegende Untersuchung.

Anke Fuchs
Vorsitzende der Friedrich-Ebert-Stiftung

Inhaltsübersicht

Thesen zur europarechtlichen Beurteilung von Online-Angeboten öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten	9
Some theses on the status of online services provided by public broadcasters under European law	11
1. Einleitung	13
2. Hintergrund: Die Bedeutung von Online-Angeboten für die öffentliche Kommunikation und die Rechtslage in der Bundesrepublik Deutschland	15
2.1 Die Bedeutung von Online-Angeboten für die öffentliche und individuelle Meinungsbildung	15
2.2 Die Rechtslage in der Bundesrepublik Deutschland	17
2.2.1 Gesetzliche Vorgaben.....	17
2.2.1.1 Die Rundfunkfreiheit in Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG und die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	17
2.2.1.2 Die einfachgesetzliche Regelung zu Online-Diensten öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten	19
2.2.2 Überblick über die rechtliche Diskussion.....	20
2.3 Gang der Prüfung.....	22
3. Überblick über die europäische Rechtslage.....	23
3.1 Grundsätzliches	23
3.1.1 Art. 10 EGV: Gebot loyaler Zusammenarbeit der EU und der Mitgliedstaaten...	23
3.1.2 Art. 16 EGV	23
3.1.3 Entwurf des Vertrages über eine Verfassung für Europa.....	24
3.2 Beihilferegeln	24
3.3 Amsterdamer Protokoll.....	25
3.4 Transparenzrichtlinie	25
3.5 Vorschlag einer Dienstleistungsrichtlinie	27
3.6 Entschließung des Rates und Mitteilungen und Entscheidungen der Kommission.....	27

3.6.1	Entschließung des Rates und der im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten vom 25. Januar 1999.....	27
3.6.2	Mitteilung der Kommission über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa....	28
3.6.3	Mitteilung der EU-Kommission zur Anwendung der Beihilferegelungen auf öffentlich-rechtlichen Rundfunk aus 2001	28
3.6.4	Entscheidung der Kommission vom 16.1.2004.....	29
3.6.5	Weißbuch der Kommission zu Dienstleistungen der Daseinsvorsorge vom 12. Mai 2004.....	30
3.6.6	Vorschlag eines Gemeinschaftsrahmens	30
4.	Die Einordnung der Finanzierung öffentlich-rechtlichen Rundfunks in das Beihilferegime im Überblick.....	31
4.1	Rundfunkgebühren als Beihilfen i.S.d. Art. 87 EGV.....	31
4.1.1	Begünstigung.....	31
4.1.1.1	Die Entscheidungen des Gerichts erster Instanz	31
4.1.1.2	Die Auffassung der Kommission vor dem Ferring- und dem Altmark Trans-Urteil des EuGH.....	32
4.1.1.3	Die Entscheidungen des EuGH.....	32
4.1.1.4	Die Auffassung der Kommission nach der Ferring- und Altmark Trans-Entscheidung.....	33
4.1.1.5	In der Literatur genannte ergänzende Aspekte	34
4.1.1.6	Die Konkretisierung der Kriterien, die bei der Überprüfung der durch die gewährten Mittel finanzierten Aktivitäten anzulegen sind	35
4.1.1.6.1	Definition der Aufgabe und Übertragung des Auftrags.....	35
4.1.1.6.2	Ausschluss einer Überkompensation.....	38
4.1.2	Unternehmen.....	40
4.1.3	Staatlich oder aus staatlichen Mitteln gewährt	40
4.1.4	Verfälschung oder drohende Verfälschung des Wettbewerbs und Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten	43
4.2	Art. 87 Abs. 3 EGV.....	44
4.2.1	Förderung der Kultur.....	44
4.2.2	Keine Beeinträchtigung in einem dem gemeinsamen Interesse zuwiderlaufenden Maß	45
4.2.3	Rechtsfolge: Ermessen der Kommission	45
4.3	Art. 86 Abs. 2 EGV.....	45
4.3.1	Betraugung mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse	46

4.3.2	Rechtliche oder tatsächliche Verhinderung der übertragenen besonderen Aufgabe und keine übermäßige Beeinträchtigung des Handelsverkehrs	47
4.4	Notifizierungspflicht	48
5.	Anwendung der Beihilferegelungen auf Online-Dienste öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten in Deutschland	51
5.1	Auslegungsprinzipien aus Art. 10 EGV	51
5.1.1	Der Grundsatz der Staatsfreiheit	52
5.1.2	Strukturmerkmale der dualen Rundfunkordnung	54
5.2	Vorliegen einer Beihilfe nach Art. 87 Abs. 1 EGV	55
5.2.1	Begünstigung	55
5.2.1.1	Umfang und Art der Beauftragung der Rundfunkanstalten mit dem Angebot von Online-Diensten	56
5.2.1.1.1	Online-Dienste als Teil des öffentlich-rechtlichen Auftrags	56
5.2.1.1.1.1	Die Kompetenz der Mitgliedstaaten zur Definition des Auftrags	56
5.2.1.1.1.2	Online-Dienste und Rundfunkbegriff	57
5.2.1.1.1.3	Bedeutung der Online-Dienste für die Erfüllung demokratischer, sozialer und kultureller Bedürfnisse in den Mitgliedstaaten	58
5.2.1.1.1.4	Die Relevanz der Unterscheidbarkeit der öffentlich-rechtlichen Dienste von privaten Angeboten	60
5.2.1.1.1.5	Die Erstreckung des Auftrags auf kommerziell erbrachte Online-Dienste der Rundfunkanstalten	63
5.2.1.1.2	Die Art der Beauftragung der Rundfunkanstalten im Hinblick auf Online-Dienste	66
5.2.1.1.2.1	Das Verfahren der Aufgabenkonkretisierung in Deutschland	67
5.2.1.1.2.2	Erfüllung des Kriteriums der klaren Beauftragung durch das Verfahren in Deutschland	69
5.2.1.1.3	Zwischenergebnis	71
5.2.1.2	Die Finanzierung des Angebots von Online-Diensten	71
5.2.1.2.1	Das Verfahren der Ermittlung der Gebührenhöhe in Deutschland	71
5.2.1.2.1.1	Die Parameter der Berechnung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten	72
5.2.1.2.1.2	Analyse der Kosten	74

5.2.1.2.1.3 Verhinderung von Quersubventionierungen und Missbrauch der Gebührengelder	75
5.2.1.2.2 Zwischenergebnis	76
5.2.2 Gebührenfinanzierung von Online-Diensten als staatliche Finanzierung i.S.d. Art. 87 Abs. 1 EGV?	76
5.2.3 Hilfsweise Rechtfertigung über Art. 86 Abs. 2 EGV	78
5.2.4 Unterscheidung zwischen bestehenden und neu eingeführten bzw. umgestal- teten Beihilfen nach Art. 88 EGV	79
6. Fazit	81
7. Zusammenfassung	83
8. Summary	87
Literaturverzeichnis	91
Die Autoren	95

Thesen zur europarechtlichen Beurteilung von Online-Angeboten öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten

1. Die Bedeutung von Online-Diensten für die öffentliche Kommunikation steigt und wird in der medienpolitischen Diskussion auf nationaler und europäischer Ebene häufig unterschätzt. Zwar kommt es nicht zu einer Substitution traditioneller Medien wie etwa des Rundfunks, wohl aber zu Funktionsverschiebungen, die für die Gewährleistung freier öffentlicher Kommunikation relevant sind.
2. Die Vorschriften der Beihilfekontrolle gem. Art. 87 ff. EG-Vertrag sind essentiell, um Wettbewerb im Gemeinsamen Markt sicherzustellen. Wegen des Gebots der Gemeinschaftstreue in Art. 10 EG-Vertrag darf die Zulässigkeit der Finanzierung allerdings nicht von Anforderungen an die Beauftragung der Rundfunkanstalten abhängig gemacht werden, die dem elementaren verfassungsrechtlichen Grundsatz der Staatsfreiheit widersprechen oder das deutsche Ordnungsmodell einer strukturellen Diversifizierung konterkarieren würden.
3. Die Einschätzung, welche Online-Dienste der Erfüllung demokratischer, sozialer und kultureller Bedürfnisse jeder Gesellschaft dienen, obliegt den Mitgliedstaaten. Die Kommission kann sich bei der Prüfung des Auftrags auf „offensichtliche Fehler“ nur dann darüber hinwegsetzen, wenn diese Einschätzung aufgrund derzeitiger empirischer Erkenntnisse völlig unvertretbar erscheint. Dies ist angesichts der nachweisbar steigenden Bedeutung von Internet-Angeboten für die öffentliche Kommunikation fern liegend.
4. Ob es sich bei den Online-Diensten um mit klassischem Rundfunk vergleichbare Angebote handelt, ist für die Anwendung des Amsterdamer Protokolls, das die Kompetenz der Mitgliedstaaten zur Beauftragung der Rundfunkanstalten ausdrücklich klarstellt, ohne Bedeutung. „Rundfunk“ im Sinne des Amsterdamer Protokolls ist funktional und für neue Entwicklungen offen zu verstehen.
5. Darauf, ob Online-Dienste auch von privaten Unternehmen angeboten werden, kommt es für die Einordnung dieser Dienste in das Beihilferegime nicht an. Mit einer privatwirtschaftlichen Finanzierung von Online-Diensten sind – bei verschiedenen Diensten in unterschiedlichem Ausmaß – strukturelle Defizite für die Erfüllung der demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnisse verbunden. Darüber hinaus können öffentlich-rechtliche Online-Dienste zum publizistischen Wettbewerb beitragen.
6. Die Art der Beauftragung in Deutschland genügt den vom EuGH und der Kommission aufgestellten Anforderungen. Für Annexdienste existiert bereits die konkrete gesetzliche Vorgabe, dass es sich bei ihnen um programmbegleitende Mediendienste mit programmbezogenem Inhalt handeln muss. Bei diesen sowie bei über ein Annexangebot hinausgehenden Diensten greift außerdem das neu geschaffene Verfahren zur Aufgabenkonkretisierung über Richtlinien, Selbstverpflichtungen und Berichte in § 11 RStV. Dadurch wird die europarechtlich geforderte Planungs-

- sicherheit für die privaten Wettbewerber gewährleistet. Die Durchführung dieses Verfahrens ist daher nicht nur nach deutschem Recht erforderlich, sondern auch für die europarechtliche Bewertung elementar.
7. Die Anforderungen des EuGH (Altmark Trans) an das Finanzierungsverfahren und den Ausschluss einer Überkompensation werden durch das Gebührenermittlungsverfahren unter Einbeziehung der KEF und durch das geltende Aufsichtsregime ebenfalls erfüllt. Es liegt daher bereits tatbestandlich keine Beihilfe im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag vor.
 8. Darüber hinaus ist die Einordnung der deutschen Rundfunkgebühren als staatliche bzw. aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen zu verneinen, wenn man die aktuellen Entscheidungen des EuGH (PreussenElektra, Stardust Marine) zur Zurechnung von Mitteln zum Staat zugrunde legt. Es ist den staatlichen Stellen in Deutschland nicht möglich, einen beherrschenden Einfluss auf das Gebührenverfahren auszuüben und damit steuernd in das Marktgeschehen einzugreifen. Dafür ist es aber erforderlich, dass die Staatsfreiheit des Gebührenverfahrens auch in der Praxis Beachtung findet.
 9. Es stellt daher keine unzulässige Beihilfe dar, wenn der Auftrag der deutschen Rundfunkanstalten auch Online-Dienste erfasst. Das gilt sowohl für programmbegleitende Annexdienste als auch für originäre Internetangebote, soweit diese zu den derzeitigen Aufgaben gehören oder vom Gesetzgeber diesen zugewiesen werden. Selbst bei einer Einordnung als Beihilfe wäre die Gebührenfinanzierung eines auch Online-Dienste umfassenden Auftrags der Rundfunkanstalten zulässig, da sie jedenfalls über Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag („Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“) gerechtfertigt wäre.
 10. Angesichts der zentralen Bedeutung nationaler Verfassungsgrundsätze für die Frage der Beauftragung der Rundfunkanstalten sollte eine Klarstellung im Amsterdamer Protokoll erfolgen, die den Mitgliedstaaten nicht nur beim Umfang, sondern auch bei der Art der Beauftragung einen Spielraum belässt, solange erkennbar ist, welche Dienste erfasst werden.

Some theses on the status of online services provided by public broadcasters under European law

1. Online services play an increasingly important role in public communication, but this is often underestimated in media policy debates at national and European level. Although they will not become a substitute for traditional media such as radio and television, the functional shifts taking place are of relevance to guaranteeing the freedom of public communication.
2. The State aid rules pursuant to Art. 87 ff. EC Treaty are vital to ensuring competition in the common market. However, due to the principle of loyalty and mutual solidarity set by Art. 10 EC Treaty, the admissibility of funding must not be made conditional on requirements of the broadcasting service remit which might contradict the elementary constitutional principles of freedom from state interference (*Staatsfreiheit*) or undermine Germany's regulatory model of structural diversification.
3. It is for Member States to appraise which online services are conducive to fulfilling the democratic, social and cultural needs of each society. In examining this remit for „manifest errors“, the Commission may only override this appraisal if it appears completely untenable in the light of current empirical knowledge. Given the demonstrably growing significance of Internet offerings in the field of public communication, this is unlikely.
4. When applying the Amsterdam Protocol, which explicitly confirms the competence of Member States to define the broadcasting service remit, it is irrelevant whether or not online services are comparable with classical radio and television offerings. The term „broadcasting“ is employed functionally by the Amsterdam Protocol and should be regarded as open to new developments.
5. The classification of online services under State aid rules does not depend on whether they are also being provided by private sector companies. Private funding for online services is associated – to different degrees for different services – with structural deficits in the fulfilment of democratic, social and cultural needs. In addition, online services by public broadcasters contribute to competition in the journalistic media.
6. Moreover, the manner in which entrustment is undertaken in Germany meets the terms described by the ECJ and the Commission. For ancillary services there is already a specific legal requirement that these shall be media services which accompany radio and television programmes and include programme-related content. For both these and such services as extend beyond the ancillary offering, the newly established procedure under § 11 of the Interstate Treaty on Broadcasting (RStV) defines tasks in more concrete form by way of guidelines, commitments and reports. This guarantees planning security for private competitors as required under European law. Implementing this procedure is, therefore, not merely a requirement of German law but also essential to evaluation under European rules.
7. The procedure for setting licence fees, which involves the KEF (*Commission for*

Establishing the Financial Requirements of Broadcasters), and the present supervisory rules meet the ECJ's requirements for funding procedures and for ruling out over-compensation (Altmark ruling). This precludes qualification as State aid as described in Art 87 (1) EC Treaty.

8. In addition, adopting the criteria set by recent ECJ rulings (Preussen Elektra, Stardust Marine) precludes the classification of Germany's licence fees as aid granted by a Member State or through state resources. It is not possible for government authorities in Germany to exert a dominant influence on the licence fee procedure and thereby to intervene as a controlling force in the market. This does, however, assume that the sovereignty of the fee procedure is respected in practice.
9. Hence it cannot be argued that inadmissible State aid has occurred if the public broadcasting remit includes online services. This applies both to ancillary services and also to offerings originated for the Web, providing that these fall within the present scope of a broadcaster's tasks or are allocated to the broadcaster by the legislative. Even if fee-based funding for a broadcasting remit that included online services were to be classified as State aid, it would nonetheless be admissible as it would be justified under Art 86 (2) EC Treaty („services of general economic interest“).
10. Given the pivotal role played by principles enshrined in national constitutions in defining the broadcasting remit, the Amsterdam Protocol should state clearly that Member States shall have leeway not only with regard to the scope of the remit they confer, but also to the manner of entrustment, as long as it remains clear which services are being covered.

1. Einleitung

Die Diskussion um die Aufgaben öffentlich-rechtlichen Rundfunks wird sowohl in den Mitgliedstaaten als auch auf europäischer Ebene geführt. Während die deutsche Debatte zumeist um die Auslegung des verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriffs und den Spielraum des Gesetzgebers im Spannungsfeld zwischen Ausgestaltungsverpflichtung, Wesentlichkeitstheorie und dem Grundsatz der Staatsfreiheit kreist, hält mit dem Europarecht eine andere Perspektive Einzug: Rundfunk wird mittlerweile nahezu unumstritten als Dienstleistung im Sinne des europäischen Primärrechts eingestuft, und so stellt sich die Frage der Vereinbarkeit der Gebührenfinanzierung öffentlich-rechtlichen Rundfunks mit dem Ziel des freien Wettbewerbs. Da sich dieser europäische Blick auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk von einer an den Zielen des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG orientierten Perspektive unterscheidet, sind Konflikte vorprogrammiert. Zwar enthält das europäische Recht Ausnahmen für so genannte Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse und erkennt auch die Kulturhoheit der Mitgliedstaaten an, zu Bereichsausnahmen für den Rundfunk ist es aber bisher nicht gekommen. In der Folge ist bei den einzelnen Merkmalen der europäischen Regeln, wie etwa zu staatlichen Beihilfen, der Frage nachzugehen, wie das Spannungsverhältnis zwischen den Kompetenzen der Kommission und der Ausgestaltungskompetenz des deutschen Gesetzgebers aufzulösen ist. Dass die Mitgliedstaaten grundsätzlich berechtigt sind, öffentlich-rechtlichen Rundfunk gemeinwirtschaftlich zu finanzieren, ist allgemeiner Konsens und wird auch durch das so genannte Amsterdamer Protokoll ausdrücklich anerkannt. Ob dies jedoch dazu führt, dass die Beihilferegeln auf die Finanzierung öffentlich-rechtlichen Rundfunks

gar nicht anwendbar sind (so genannte Tatbestandslösung) oder ob das Protokoll erst auf der Ebene der Rechtfertigung relevant ist (so genannte Rechtfertigungslösung), ist hoch umstritten und angesichts der mit dem Vorliegen einer Beihilfe verbundenen Pflichten der Mitgliedstaaten und Rechte der Kommission auch keinesfalls nur von akademischem Interesse.

Auch wenn das Amsterdamer Protokoll die Kompetenz der Mitgliedstaaten zur Festlegung der Aufgaben der Rundfunkanstalten anerkennt, sind neue Dienste Gegenstand von Verfahren der Kommission, und es wird die Frage aufgeworfen, inwieweit diese Dienste den „demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen jeder Gesellschaft“ (so die Formulierung im Amsterdamer Protokoll) dienen.

Das Internet-Angebot der Rundfunkanstalten, dessen rechtliche Grundlage durch den siebten Rundfunkänderungsstaatsvertrag novelliert wurde, ist ein zentraler Punkt eines Auskunftsersuchens der Kommission gegen die Bundesrepublik.

Im vorliegenden Gutachten wird untersucht, ob der nationale Gesetzgeber gegen europäisches Recht verstößt, wenn Internetdienste vom Programmauftrag der Anstalten umfasst sind und ob die Art der Beauftragung in Deutschland den europarechtlichen Vorgaben genügt.

2. Hintergrund: Die Bedeutung von Online-Angeboten für die öffentliche Kommunikation und die Rechtslage in der Bundesrepublik Deutschland

2.1 Die Bedeutung von Online-Angeboten für die öffentliche und individuelle Meinungsbildung

Der Grund, warum Rundfunk in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union einer besonderen Regulierung unterliegt und gemeinwirtschaftlich finanzierte Rundfunkanbieter existieren, liegt neben der historischen Entwicklung (etwa die Frequenzknappheit in der Anfangszeit) in der besonderen Bedeutung des Rundfunks für die Mitgliedstaaten. Medien haben – wie in Deutschland das Bundesverfassungsgericht betont – eine konstituierende Funktion für die Demokratie.¹ Unter den Medien hat der Rundfunk eine herausgehobene Stellung inne – wegen seiner Breitenwirkung, Aktualität und Suggestivkraft.² Auch wenn die Wirkung des Rundfunks im Einzelnen umstritten ist und monokausale Zusammenhänge nicht belegt werden können, besteht in den Sozialwissenschaften Einigkeit darüber, dass die Wirkungen der Rundfunknutzung eine besondere Qualität aufweisen,³ und zwar sowohl für den Einzelnen als auch für die Allgemeinheit. Spätestens seit Anfang dieses Jahrhunderts bedarf es aber auch keiner Diskussion mehr darüber, dass das Internet ebenfalls zu einem wichtigen Faktor der Meinungsbildung gewor-

den ist. Die Nutzerzahlen zeigen, dass es bereits fester Bestandteil des Kommunikations- und Mediensystems ist.⁴ 2004 nutzten 55,3 % der Deutschen das Internet.⁵ Damit liegt Deutschland in der EU im Mittelfeld – 2003 war im Durchschnitt der damals 15 Mitgliedstaaten ca. die Hälfte der Bürgerinnen und Bürger online.⁶ Die Zahl der Nutzer einiger Internet-Angebote erreicht bereits die Hörerzahlen von Radiosendern und die Zuschauerzahlen einzelner Fernsehsendungen.⁷

¹ BVerfGE 35, 202, 221: „Die Freiheit der Berichterstattung durch den Rundfunk gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG (Rundfunkfreiheit) ist ebenso wie die Pressefreiheit, die Freiheit der Meinungsäußerung und die Informationsfreiheit schlechthin konstituierend für die freiheitlich-demokratische Grundordnung.“ Vgl. auch BVerfGE 20, 162, 174.

² BVerfGE 90, 60, 87.

³ Vgl. Hasebrink, *Publikum*, S. 323ff.; Brosius, *Medienwirkung*, S. 128ff.

⁴ Während 1997 erst 6,5 % der Deutschen online waren, nutzen 1998 10,4 %, 1999 17,7 %, 2000 28,6 %, 2001 38,8 % und 2002 44,1 %, das Internet. 2003 betrug die Zahl der Nutzer bereits 53,5 % (dies ist der Anteil derjenigen, die das Internet zumindest gelegentlich nutzen; der Anteil der Personen, die innerhalb der letzten vier Wochen vor der Befragung online waren, betrug 2003 51,5 %), van Eimeren/Gerhard/Frees, *MP* 2004, S. 351; abrufbar unter <http://www.daserste.de/service/ardonl04.pdf>.

⁵ 55,3 % war der Anteil derjenigen, die das Internet zumindest gelegentlich nutzen. Der Anteil der Personen, die innerhalb der letzten vier Wochen vor der Befragung online waren, betrug 2004 52,6 %, a. a. O.

⁶ Vgl. <http://europa.eu.int/comm/enterprise/ict/studies/sif-04-04-27.pdf> sowie <http://europa.eu.int/comm/enterprise/ict/studies/is-stat-96-02.pdf>.

⁷ Die Suchmaschine Google wurde 2003 wöchentlich von 17,7 % der Gesamtbevölkerung zwischen 14 und 69 Jahren (gesamt 55,06 Millionen), d. h. von 9,73 Millionen Personen genutzt. T-Online erreichte 16,8 % (9,27 Millionen), AGIREV, *Online-Reichweiten Monitor ORM 2003 II*, <http://www.agirev.de/download/AGIREV ORM2003 II.pdf>. XXP, das Informationsprogramm von Spiegel TV und dctp hatte im vierten Quartal 2003 eine durchschnittliche Tagesreichweite von 655.000 Zuschauern, <http://www.infosat.lu/index.asp?command=news&id=10383&r=Digital-TV>. Laut der Media Analyse 2004 schalten täglich insgesamt 2,14 Millionen Hörerinnen und Hörer NDR 2 und rund eine Million N-Joy ein; Angaben zitiert nach http://www1.ndr.de/ndr_pages_std/0,2570,OID292462_REF882,00.html.

Anfänglich war der typische Nutzer männlich, jung und hoch gebildet, mittlerweile hat sich das Bild etwas verändert. Während sich der Anteil der Frauen an der Gesamtheit der Internetnutzer dem der Männer annähert,⁸ ist der Anteil jüngerer Menschen weiterhin deutlich höher als deren Anteil an der Gesamtbevölkerung; Gleiches gilt für den Anteil hochgebildeter Personen.⁹

Das zentrale Motiv der Internetnutzung ist die Suche nach Informationen.¹⁰ Bei den am häufigsten genutzten Internet-Seiten liegen Portale und Suchmaschinen vorne.¹¹ Aber auch die Online-Ableger klassischer Print- und Rundfunk-Angebote verzeichnen hohe Nutzerzahlen.¹²

⁸ Vgl. van Eimeren/Gerhard/Frees, MP 2004, S. 352; <http://europa.eu.int/comm/enterprise/ict/studies/sif-04-04-27.pdf>.

⁹ Vgl. van Eimeren/Gerhard/Frees, MP 2004, S. 352; <http://europa.eu.int/comm/enterprise/ict/studies/sif-04-04-27.pdf>.

¹⁰ 2004 befanden sich tagesaktuelle Informationen auf Platz 1 der regelmäßig genutzten Inhalte. Auch Ratgeberinformationen spielten eine wichtige Rolle, van Eimeren/Gerhard/Frees, MP 2004, S. 356. Laut den Ergebnissen des Online Reichweiten Monitor (ORM) der Münchner Arbeitsgemeinschaft Internet-Reichweiten e.V. (AGIREV) lagen Nachrichten zum Weltgeschehen 2003 auf dem ersten Platz der am meisten genutzten Online-Themengebiete (43 %), AGIREV, Online-Reichweiten Monitor ORM 2003 II; abrufbar unter http://www.agirev.de/download/AGIREV_ORM2003_II.pdf. Die Suche nach Informationen ist auch europaweit von hoher Bedeutung. Das gilt auch speziell für die Nutzung von Nachrichtenangeboten, vgl. <http://europa.eu.int/comm/enterprise/ict/studies/is-stat-96-02.pdf>, S. 70.

¹¹ Vgl. van Eimeren/Gerhard/Frees, MP 2003, S. 351 (33 %). Die Suchmaschine Google wurde in 2003 wöchentlich von 17,7 % der Gesamtbevölkerung zwischen 14 und 69 Jahren genutzt, AGIREV, Online-Reichweiten Monitor ORM 2003 II, http://www.agirev.de/download/AGIREV_ORM2003_II.pdf.

¹² Unter den 76 im Jahr 2003 in Deutschland am meisten genutzten Angeboten fanden sich zwölf Online-Angebote von Zeitungen bzw. Zeitschriften (fünf unter den ersten 33: Bild, Focus, Spiegel, Kicker, Stern), drei von Computer-Zeitschriften (Computerbild, Chip-Online, PC-Welt), acht von Rundfunkveranstaltern (MTV, RTL World, n-tv, DSF (Sport1), VIVA, Pro7, Sat.1, RTL II) und zwei zu bestimmten Fernsehsendungen (tv total, GZSZ). Auf Platz 14 befand sich außerdem „OMS netto“ (OMS-Kombi ist ein Zusam-

Inwieweit die Online-Nutzung zu Lasten des klassischen Rundfunks geht, ist nicht eindeutig festzustellen. Zwar geben etwa ein Drittel der deutschen Internet-Nutzer an, weniger fernzusehen, die Nutzungsdauer des Fernsehens steigt aber weiterhin stetig an.¹³

Theoretischen Ansätzen zufolge verdrängen neue Medien die alten in der Regel nicht, sondern treten neben sie¹⁴; soweit sich die Neuerungen auf die *Technik* beschränken, werden aber diejenigen Technologien ersetzt, die dieselben Funktionen für die Nutzer erfüllen wie die neuen Technologien (functional equivalence).¹⁵ Es genügt also nicht, nur auf die Nutzung insgesamt zu schauen. Erst Untersuchungen zu konkreten Funktionen können zeigen, inwieweit eine Substituierung der Nutzung klassischer Medien stattfindet. Da, wie gezeigt, die Suche nach Informationen (speziell Nachrichten- und Ratgeberangebote) zu den häufigsten Internet-Aktivitäten zählt, ist es nicht fern liegend anzunehmen, dass am ehesten in diesem Bereich (möglicherweise nur für bestimmte Nutzergruppen) Funktionen des klassischen Rundfunks übernommen werden.

menschluss von Online-Diensten regionaler Tageszeitungen), AGIREV, Online-Reichweiten Monitor ORM 2003 II, http://www.agirev.de/download/AGIREV_ORM2003_II.pdf.

¹³ Vgl. van Eimeren/Gerhard/Frees, MP 2004, S. 362 f. sowie Hasebrink/Weiß, Verhältnis von Fernseh- und Online-Nutzung, S. 67ff. Bei Erhebungen in den USA zeigt sich, dass insbesondere starke Nutzer (die mehr als 10 Stunden pro Woche online sind) angeben, erheblich weniger fernzusehen (65 %), Nie/Erbring, Internet and Society, Chart 7; abrufbar unter http://www.pkp.ubc.ca/bctf/Stanford_Report.pdf; sowie dass Internet-Nutzer tatsächlich weniger fernsehen, aber mehr lesen als „Nichtnutzer“, Robinson/Kestnbaum/Neustadl/Alvarez, IT & Society, Vol. 1, Issue 2, S. 21ff.; abrufbar unter <http://www.stanford.edu/group/siqss/itandsociety/v01i02/v01i02a02.pdf>.

¹⁴ So genanntes Riepl'sches Gesetz, auch Gesetz der Medienkomplementarität: Neue Medien werden zusätzlich zu den alten genutzt, wobei sich für die alten Medien gewisse Funktionsverschiebungen ergeben.

¹⁵ Robinson/Kestnbaum/Neustadl/Alvarez, IT & Society, Vol. 1, Issue 2, S. 21ff.; abrufbar unter <http://www.stanford.edu/group/siqss/itandsociety/v01i02/v01i02a02.pdf>.

Unabhängig davon, inwieweit Online-Angebote an die Stelle von klassischen Medien treten, weisen sie eine eigenständige gesellschaftliche Bedeutung auf. Insbesondere Dienste, die den Zugang zu anderen Angeboten vermitteln (Suchmaschinen, Portale) und publizistische Angebote (etwa Online-Zeitungen, Webcasting), aber auch Inhalte mit einer hohen Suggestivkraft (etwa Online-Spiele) sind von hoher Relevanz für die öffentliche und individuelle Meinungsbildung.¹⁶

Außerdem kommt es im Zuge der Konvergenz zunehmend zu Angeboten, die klassische und neue Medien verbinden. So gehört es nach der Erwartung der Zuschauer zum Fernsehen dazu, dass zusätzlich Informationen im Internet zu finden sind. Für den Aufbau von Marken, die den Nutzern Orientierung bieten,¹⁷ kann es erforderlich sein, auch außerhalb des Mediums Fernsehen bzw. Hörfunk mit der jeweiligen Marke präsent zu sein. Anderenfalls würde den Rundfunkveranstaltern eine Rezipientenbindung erschwert werden. Darüber hinaus weisen Fernsehangebote zunehmend Gestaltungsmerkmale von Online-Diensten (Bildästhetik, Darstellungsweise, Vernetzung mit anderen Diensttypen) auf, die aus den Erfahrungen der Anbieter im Internet resultieren.

Die Bedeutung von Diensten für die öffentliche und individuelle Meinungsbildung korrespondiert nicht immer mit der Erfüllung der gesellschaftlich gewünschten (und u.U. auch verfassungsrechtlich vorgegebenen) Funktionen. Studien zeigen, dass es bei journalistisch-redaktionellen Internetangeboten zunehmend zu einer Vermischung von publizistischer und kommerzieller Kommunikation kommt; Kritiker sprechen sogar schon von einem „Verschwinden der Publizistik“ im Netz.¹⁸

Außerdem zeigen erste empirische Untersuchungen, dass sich bei der Nutzung von Online-Angeboten die Themenagenda deutlich verengen kann.¹⁹

Wirtschaftswissenschaftliche Untersuchungen kommen zu dem Ergebnis, dass Online-Dienste – wie klassischer Rundfunk – zum Teil kein voll marktfähiges Gut darstellen, sondern vielmehr strukturelle Marktdefizite aufweisen.²⁰ Zu diesen Marktdefiziten zählen Informationsasymmetrien, externe Effekte, Unteilbarkeiten, die eine Konzentration begünstigen, fehlende Ausschließbarkeit im Falle der Werbung bzw. distributive Mängel bei über Entgelt finanzierten Angeboten und intransitive Präferenzen.

Die Bedeutung von Online-Diensten für die öffentliche und individuelle Meinungsbildung und die angesprochenen Marktdefizite führen dazu, dass über alternative Angebote zu den kommerziellen Diensten diskutiert wird.²¹ Dadurch werden diese ökonomischen Überlegungen für die vorliegende Untersuchung relevant (s. u. 5.2.1.1).

2.2 Die Rechtslage in der Bundesrepublik Deutschland

2.2.1 Gesetzliche Vorgaben

2.2.1.1 Die Rundfunkfreiheit in Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG und die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Der verfassungsrechtliche Schutz der Rundfunkfreiheit in Deutschland (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG) hat nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts nicht nur eine subjektive, abwehrrechtliche, sondern auch eine objektive Kom-

¹⁶ Schulz/Held/Kops, Gewährleistung, S. 77ff.

¹⁷ In Bezug auf Kinder zeigt sich dies in einer 2002 und 2003 durchgeführten Studie, Paus-Hasebrink/Neumann-Braun/Hasebrink/Aufenanger, Markenzeichen, S. 185ff.

¹⁸ Neuberger, M&K 2002, S. 103, Altmeppen, Online-Medien, S. 123ff.; Engels, Ausbildung, S. 293. Vgl. auch Engels, Online-Medien.

¹⁹ Untersuchungen zur Nutzung von Offline- und Online-Zeitungen zeigen, dass bei Online-Zeitungen gezielter einzelne Informationen angesteuert werden, während gedruckte Zeitungen durch ihr weites Spektrum an Inhalten die „Agenda“ der Nutzer erweitern. Dieser Unterschied besteht jedoch nicht bei Hochgebildeten, Schoenbach/de Waal/Lauf, Online newspaper readers: „Agenda-poor“?, February 2004 (Manuskript).

²⁰ Schulz/Held/Kops, Gewährleistung, S. 107ff.

²¹ Vgl. die Beiträge in Kops/Schulz/Held, Informati-
onsordnung.

ponente: Der Gesetzgeber ist verpflichtet, durch eine Ausgestaltung der Rundfunkordnung die Erfüllung der Ziele aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG zu gewährleisten.²² Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG enthält die Vorgabe der Sicherung freier öffentlicher und individueller Meinungsbildung, für den Rundfunk wird hieraus klassischerweise ein Vielfaltsgebot abgeleitet, in der Literatur werden – zum Teil stattdessen, zum Teil in Ergänzung – andere Ziele wie das Gebot kommunikativer Chancengerechtigkeit und die Offenheit des Kommunikationsprozesses aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG herausgelesen. Da der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung das Verhältnis der verschiedenen betroffenen Interessen austarieren muss, besitzt er laut Bundesverfassungsgericht einen weiten Beurteilungs- und Handlungsspielraum.²³ Die ergriffenen Maßnahmen müssen aber geeignet sein, das Ziel freier öffentlicher und individueller Meinungsbildung zu erreichen, und die einzelnen Interessen (etwa an der finanziellen Tragfähigkeit privaten Rundfunks) dürfen nicht untermäßig berücksichtigt werden.

Die Einrichtung, Beauftragung und Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks hat das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung als zur Erfüllung der verfassungsrechtlichen Vorgaben geeignetes Mittel anerkannt.²⁴ Private Anbieter leisten zwar ebenfalls einen wichtigen Beitrag zur öffentlichen und individuellen Meinungsbildung, die privatwirtschaftliche Finanzierung ist aber nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts mit Defiziten im Hinblick auf die Ziele aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG verbunden: Aus der Abhängigkeit von Einnahmen aus der Werbung folge eine Fixierung auf massenattraktive Programme, die zu möglichst niedrigen Kosten erstellt und verbreitet würden. Gefahren, auf die das Gericht in diesem Zusammenhang hinweist, sind die Vernachlässigung von an-

deren als Masseninteressen,²⁵ die starke Ausrichtung der Programmplanung an Einschaltquoten,²⁶ die fehlende gleichgewichtige, d.h. ausgewogene Darstellung der verschiedenen Meinungsrichtungen²⁷ und der Einfluss kommunikationsfremder Faktoren auf den publizistischen Prozess.²⁸

Auf dieser verfassungsrechtlichen Grundlage haben die Landesgesetzgeber ein duales Rundfunksystem errichtet, das keineswegs im Sinne einer trennscharfen Aufgabenteilung zu verstehen ist. Vielmehr handelt es sich um ein Modell, das von Verfassungsrechtlern als „strukturelle Diversifikation“²⁹ beschrieben wird. Das Angebot von Rundfunkprogrammen wird Anbietern mit unterschiedlicher Produktionslogik – einerseits überwiegend aus Werbung, andererseits überwiegend gemeinwirtschaftlich finanziert – in der Erwartung überlassen, dass die unterschiedlichen Produktionslogiken wechselseitig ihre Schwächen ausgleichen und so die Leistung des Rundfunksystems im Hinblick auf die verfassungsrechtlichen Vorgaben optimiert wird. Zudem kann sich öffentlich-rechtlicher Rundfunk allein an publizistischen Kriterien ausrichten und damit eine Vorbildfunktion erfüllen, sodass auch die Qualität im Rundfunk insgesamt steigt.

Das Bundesverfassungsgericht betont, dass vor allem im Bereich der so genannten Grundversorgung die Ziele aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG zu sichern sind,³⁰ dass aber öffentlich-rechtlicher Rundfunk auch jenseits dieses Bereichs zur freien öffentlichen und individuel-

²² BVerfGE 57, 295, 320; 74, 297, 334; 83, 238, 296; 87, 181, 198. Vgl. auch Hoffmann-Riem, Kommunikationsfreiheiten, S. 189ff.

²³ BVerfGE 57, 295, 321.

²⁴ BVerfGE 73, 118, 158 f.; 74, 297, 325; 83, 238, 297; 90, 60, 90.

²⁵ BVerfGE 73, 118, 155 f.

²⁶ BVerfGE 83, 238, 311.

²⁷ BVerfGE 73, 118, 156.

²⁸ BVerfGE 83, 238, 310; 90, 60, 87 f.

²⁹ Vgl. zu diesem von Hoffmann-Riem geprägten Begriff etwa Hoffmann-Riem, Erosionen, S. 38f.; Hoffmann-Riem, Regulierung, S. 67ff.

³⁰ Solange und soweit die Grundversorgung durch den öffentlich-rechtlichen Rundfunk wirksam gesichert sei, erscheine es gerechtfertigt, „an die Breite des Programmangebots und die Sicherung gleichgewichtiger Vielfalt im privaten Rundfunk nicht gleich hohe Anforderungen zu stellen wie im öffentlich-rechtlichen Rundfunk“, BVerfGE 73, 118, 158 f.; 74, 297, 325.

len Meinungsbildung beitrage, indem er die Vielfalt erhöhe und publizistische Konkurrenz ermögliche und erweitere.

Angebote jenseits der Grundversorgung sind laut Bundesverfassungsgericht daher nicht nur zulässig, sie können sogar *erforderlich* sein.³¹

Neue Dienste waren der Gegenstand der fünften und sechsten Rundfunkentscheidung des Bundesverfassungsgerichts. In der fünften Entscheidung aus dem Jahr 1987 zählte das Gericht so genannte rundfunkähnliche Dienste zwar noch nicht zur Grundversorgung, hielt es aber unabhängig davon für notwendig, dass sich öffentlich-rechtlicher Rundfunk an veränderte Umstände anpassen könne und wies auf den Beitrag der von den Rundfunkanstalten angebotenen Dienste zur Breite und Vielfalt des Angebots sowie das Entstehen publizistischer Konkurrenz hin.³² Außerdem urteilte das Gericht in der sechsten Rundfunkentscheidung aus dem Jahr 1991 mit Blick auf zukünftige Entwicklungen:

„Angesichts des beschleunigten medientechnischen Fortschritts kann nicht ausgeschlossen werden, dass rundfunkähnliche Kommunikationsdienste [...] künftig Funktionen des herkömmlichen Rundfunks übernehmen werden. Dieser Situation muss sich der öffentlich-rechtliche Rundfunk gegebenenfalls anpassen können. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass er seine Aufgaben eines Tages nicht mehr in vollem Umfang erfüllen könnte und so den klassischen Rundfunkauftrag verfehlen würde.“³³

Verlagert sich, wie oben gezeigt, die Informationsnutzung von traditionellen Medien zu Online-Angeboten, bleibt dies nicht ohne Folgen für die öffentliche Kommunikation. Wie gesagt zeigen erste empirische Untersuchungen, dass sich die Themen-Agenda deutlich verengen kann; die Basis für die Bildung einer öffentlichen Meinung wird schmaler. Dies kann für den Gesetzgeber mit Blick auf den

verfassungsrechtlichen Gewährleistungsauftrag Anlass sein, den Online-Bereich in seine Ausgestaltungsüberlegungen einzubeziehen, nicht nur, aber auch mit Blick auf den Aktionsradius öffentlich-rechtlichen Rundfunks.

2.2.1.2 Die einfachgesetzliche Regelung zu Online-Diensten öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten

Eine explizite Regelung der Online-Dienste der Rundfunkanstalten wurde durch den vierten Rundfunkänderungsstaatsvertrag eingeführt, der 2000 in Kraft trat. In § 4 Abs. 3 S. 1 ARD-/ZDF-/Deutschlandradio-StV hieß es, dass die Rundfunkanstalten berechtigt seien, „im Rahmen ihrer Aufgabenerfüllung Mediendienste im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 4 Mediendienste-Staatsvertrag mit vorwiegend programmbezogenem Inhalt anzubieten.“

Durch den Siebten Rundfunkänderungsstaatsvertrag (in Kraft seit dem 1. April 2004) wurde die Regelung des Angebots von Online-Diensten durch die Rundfunkanstalten geändert.

§ 11 Abs. 1 RStV lautet nun:

„Der öffentlich-rechtliche Rundfunk hat durch die Herstellung und Verbreitung von Hörfunk- und Fernsehprogrammen als Medium und Faktor des Prozesses freier individueller und öffentlicher Meinungsbildung zu wirken. Er kann programmbegleitend Druckwerke und Mediendienste mit programmbezogenem Inhalt anbieten.“

Damit wurde die Online-Ermächtigung in zweierlei Hinsicht verändert: Zum einen ist das Wort „vorwiegend“ weggefallen, zudem wurde der Zusatz „programmbegleitend“ aufgenommen. Die Gesetzgeber wollten damit den Aktionsradius der Anstalten im Onlinebereich weiter begrenzen.

Werbung und Sponsoring sind im Online-Angebot der Rundfunkanstalten verboten (§ 4 Abs. 3 S. 2 ARD-/ZDF-/DR-StV). Außerdem heißt es in der Begründung³⁴ unter Verweis

³¹ BVerfGE 87, 181, 204.

³² BVerfGE 74, 297, 354.

³³ BVerfGE 83, 238, 302 f.

³⁴ Abrufbar etwa unter

http://www.landtag.brandenburg.de/parladoku/w3/drs/ab_6600/6652.pdf und

<http://141.90.2.46/cache/DRS/16/2/01192.pdf>.

auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu Programmzeitschriften der Rundfunkanstalten,³⁵ dass die Online-Dienste der Erfüllung des Rundfunkauftrags dienen müssten; eigene wirtschaftliche Ziele, wie etwa elektronischer Handel, dürfen damit nicht verfolgt werden. Laut Begründung sind bei der Frage des Programmbezugs die medialen Besonderheiten bei Online-Diensten zu berücksichtigen. Anders als bei Druckwerken spielt hierbei z.B. häufiger auch die Aktualität ergänzender Hintergrundinformationen zu Programminhalten eine wichtige Rolle.

§ 11 Abs. 4 und 5 enthalten Vorgaben zur Konkretisierung des Auftrags, zu dem auch die in Abs. 1 S. 2 RStV aufgeführten „Mediendienste“ gehören:

„(4) Die in der ARD zusammengeschlossenen Landesrundfunkanstalten, das ZDF und das Deutschlandradio erlassen jeweils Satzungen oder Richtlinien zur näheren Ausgestaltung ihres jeweiligen Auftrags. Die Satzungen und Richtlinien nach Satz 1 sind in den amtlichen Verkündungsblättern der Länder zu veröffentlichen. Die in der ARD zusammengeschlossenen Landesrundfunkanstalten, das ZDF und das Deutschlandradio veröffentlichen alle zwei Jahre, erstmals zum 1. Oktober 2004, einen Bericht über die Erfüllung ihres jeweiligen Auftrags, über die Qualität und Quantität der Angebote und Programme sowie die geplanten Schwerpunkte der jeweils anstehenden programmlichen Leistungen.

(5) Die Länder überprüfen drei Jahre nach Inkrafttreten dieses Staatsvertrages die Anwendung der Bestimmungen des Absatzes 4.“

Durch diese gem. § 11 Abs. 4 RStV zu erlassenen Richtlinien und Satzungen sollen die Rundfunkanstalten ihren Auftrag konkretisieren, der in § 11 Abs. 1 und Abs. 2 RStV allgemein umschrieben wird. Damit bezieht sich § 11 Abs. 4 RStV auch auf § 11 Abs. 1 S. 2 RStV, wonach der öffentlich-rechtliche Rund-

funk programmbegleitend Druckwerke und Mediendienste mit programmbezogenem Inhalt anbieten kann.

Wie sich aus der Begründung ergibt, knüpft der Gesetzgeber mit dieser Regelung an die bereits existierenden internen Programmgrundsätze zur Präzisierung des gesetzlichen Programmauftrags an und verschafft diesen einen rechtsverbindlichen Charakter. Wesentliches Instrument der Konkretisierung des Programmauftrags sind Selbstverpflichtungen der Rundfunkanstalten:

„Insbesondere wird es Aufgabe der zuständigen Organe sein, regelmäßig bei der Erstellung der Selbstverpflichtungen die Besonderheiten des öffentlich-rechtlichen Programmauftrages herauszuarbeiten und im Detail fortzuentwickeln. Bestandteil der Satzungen oder Richtlinien sollen auch Bestimmungen zu Form, Verfahren und Inhalt von Selbstverpflichtungserklärungen sein; von diesen Selbstverpflichtungserklärungen werden konkrete Aussagen zu den Aktivitäten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks sowohl in qualitativer als auch quantitativer Hinsicht erwartet. Anhand dieser Vorgaben sollen die Erklärungen so abgegeben werden, dass sie nachvollziehbar sind und im Nachhinein die Prüfung zulassen, ob die Selbstverpflichtung in der praktischen Arbeit des Senders auch umgesetzt wurde.“

Damit eine solche Prüfung möglich ist, sind die Selbstverpflichtungserklärungen in den nach § 11 Abs. 4 S. 3 RStV zu veröffentlichen Bericht aufzunehmen.

2.2.2 Überblick über die rechtliche Diskussion

Online-Angebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten werden in Deutschland kontrovers diskutiert.³⁶ Streitpunkte sind hierbei die Zuordnung von Online-Diensten zum verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriff, die Erforderlichkeit einer speziellen gesetzlichen Er-

³⁵ BVerfGE 83, 238ff.

³⁶ Vgl. hierzu Held, Online-Angebote.

mächtigung und mögliche Aufgaben der Rundfunkanstalten im Netz.

Auf der Ebene des verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriffs wird zum Teil die Auffassung vertreten, Abrufdienste seien nicht als Rundfunk in Sinne des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG einzustufen. Nur einem „planhaft ablaufenden Gesamtprogramm“ komme die besondere Wirkung zu, aufgrund dessen Rundfunk einer Ausgestaltung durch den Gesetzgeber unterliege.³⁷ Andere wollen Angebote, die sie als Äquivalent zu traditionellen Presseerzeugnissen ansehen, der Pressefreiheit zuordnen (etwa Online-Zeitungen).³⁸ Nach wiederum anderer Ansicht können auch Abrufdienste unter den verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriff fallen. Für die Einstufung als Rundfunk sei es unerheblich, ob der Nutzer aus einem Angebot zeitlich frei wählen kann.³⁹ Auch beim klassischen Rundfunk liege die Möglichkeit der Einzelauswahl stets beim Rezipienten.⁴⁰ Die Beeinflussungsmöglichkeiten durch Medien wie dem Rundfunk ergäben sich vor allem daraus, dass der Allgemeinheit standardisierte Kommunikationsangebote gemacht würden. Auch wenn die starre Rollenverteilung der traditionellen Massenmedien zunehmend flexibilisiert werde, ändere dies nichts daran, dass die verbreiteten Inhalte vorfabriziert seien. Die dem Rezipienten eingeräumten Möglichkeiten würden durch die Technik und die Eigenart des Mediums festgelegt.⁴¹ Einer Einordnung von presseähnlichen Online-Diensten als „Presse“ im Sinne von Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG wird entgegengehalten, dass mit der elektronischen Verbreitung Besonder-

heiten verbunden seien, die für eine Zuordnung zum Rundfunk sprächen.⁴² Da vielfach Texte, Ton und Bewegtbilder gemeinsam übermittelt würden, würden organisatorische Verknüpfungen zerschnitten, wenn man Text- und Bilddienste der Pressefreiheit und Ton und Bewegtbilder der Rundfunkfreiheit zuzuordnete.⁴³

Konsens ist, dass Rundfunk von den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten nur auf gesetzlicher Grundlage veranstaltet werden darf. Umstritten ist allerdings, wie konkret die einzelnen Angebote in den gesetzlichen Grundlagen genannt sein müssen/dürfen (Frage der Wesentlichkeit und der Staatsfreiheit, s. u. 5.1.1) und ob neue Dienste aufgrund der Entwicklungsgarantie von der bisherigen Ermächtigung umfasst sind.⁴⁴ Außerdem wird diskutiert, ob auch für Annexdienste eine spezielle Ermächtigung notwendig ist⁴⁵ oder ob diese unter die Beauftragung mit dem Hauptangebot fallen.⁴⁶

Bei der Frage, welche Aufgaben die Rundfunkanstalten im Internet erfüllen können, wird zum Teil die Auffassung vertreten, dass eine Ausweitung des Auftrags auf Online-Angebote ausschließlich dann in Frage komme, wenn Dienste ein funktionales Äquivalent zum klassischen Rundfunk darstellten, d. h. sich Nutzerverhalten und Nutzererwartungen mit denen des klassischen Rundfunks wenigstens teilweise deckten.⁴⁷ Ein eigenständiges „nicht-kommerzielles Widerlager“ sei im Internet

³⁷ Degenhart, Online-Angebote, S. 55ff.; Bullinger/Mestmäcker, Multimedien, S. 53.

³⁸ Gersdorf, Rundfunkbegriff, S. 147, 165f.; Bullinger, AfP 1996, S. 3f.; Bullinger/Mestmäcker, Multimedien, S. 40, 61ff.; Libertus, ZG 1999, S. 164.

³⁹ Hoffmann-Riem, AfP 1996, S. 13ff.; Hoffmann-Riem, Pay TV, S. 56ff.; Jarass, AfP 1998, S. 134; Gersdorf, AfP 1995, S. 565, 572; Dill, Rundfunkbegriff, S. 87f.; Libertus, ZG 1999, S. 167; Brand, Rundfunk, S. 85ff. in Bezug auf die zeitliche und S. 94ff. in Bezug auf die inhaltliche Selektionsmöglichkeit.

⁴⁰ Vgl. etwa Scherer, Der Staat 1983, S. 359f.

⁴¹ Hoffmann-Riem, AfP 1996, S. 13ff.

⁴² Schulz, ZUM 1996, S. 496; Hoffmann-Riem, AfP 1996, S. 12f.; Scherer, AfP 1996, S. 218; Schoch, AfP 1998, S. 255.

⁴³ Jarass, AfP 1998, S. 136.

⁴⁴ Eine ausdrückliche Ermächtigung zum Angebot neuer, eigenständiger Dienste verlangen Jarass, Online-Dienste, S. 27 (allerdings mit Ausnahme von Erprobungsversuchen); Schulze-Fielitz, AfP 1998, S. 455; a. A. Michel, ZUM 1998, S. 354f.; Flechsig, CR 1999, S. 332; Gerstorff, NJW-CoR 1998, S. 239.

⁴⁵ So etwa Degenhart, Online-Angebote, S. 29ff., 73.

⁴⁶ Hoffmann-Riem, Regulierung, S. 232; Jarass, Online-Dienste, S. 27; Bullinger, Aufgaben, S. 51f.; Libertus, AfP 1992, S. 231f.; Gounalakis, AfP 2003, S. 398ff.

⁴⁷ Degenhart, Funktionsauftrag, S. 65.

nicht erforderlich,⁴⁸ da Vielfalt bereits durch die Vielzahl verschiedener Angebote und Anbieter hergestellt würde.⁴⁹ Außerdem sei das Modell einer gruppenpluralen Kontrolle des öffentlich-rechtlichen Rundfunks auf das Internet nicht übertragbar.⁵⁰ Schließlich laufe eine Segmentierung und Ausdifferenzierung öffentlich-rechtlicher Angebote dem Integrationsauftrag tendenziell zuwider.⁵¹

Andere weisen hingegen darauf hin, dass ein reines Abstellen auf die Funktionsäquivalenz zur Sicherung freier öffentlicher und individueller Meinungsbildung nicht ausreiche. Zwar ist auch nach dieser Ansicht eine Ausweitung der Aufgaben der Rundfunkanstalten auf das Internet erforderlich, wenn Online-Dienste – evtl. begrenzt auf bestimmte Nutzergruppen – Funktionen des klassischen Rundfunks übernehmen oder die Programmrezeption bei bestimmten Rezipientengruppen nur durch die Kopplung von klassischen Rundfunkprogrammen mit Online-Diensten zu sichern ist.⁵² Darüber hinaus wiesen Online-Dienste aber eine eigenständige Bedeutung für die öffentliche und individuelle Meinungsbildung auf, und es bestünden zum Teil bei einer rein privatwirtschaftlichen Erbringung *strukturelle* Mängel im Hinblick auf die Vorgaben aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG, sodass der Gesetzgeber verpflichtet sei, die Erfüllung dieser Vorgaben zu gewährleisten.⁵³ Bei bestimmten Online-Diensten erwiesen sich die Rundfunkanstalten aufgrund ihrer strukturellen Besonderheiten als im hohen Maße geeignet, zur Erreichung der verfassungsrechtlichen Ziele beizutragen.⁵⁴

2.3 Gang der Prüfung

Im Folgenden soll der Frage nachgegangen werden, inwieweit eine Erstreckung des Auftrags der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten auf das Angebot von Online-Diensten mit dem Primär- und Sekundärrecht der Europäischen Union vereinbar ist. Dazu werden zunächst kurz die relevanten Vorschriften des EG-Vertrages, Richtlinien und Entscheidungen sowie Mitteilungen der europäischen Institutionen dargestellt (3.). In einem zweiten Schritt werden die verschiedenen Ansichten zur Einordnung der Finanzierung öffentlich-rechtlichen Rundfunks in das Beihilferegime gezeigt, wobei der Schwerpunkt auf die Sichtweisen der europäischen Institutionen gelegt wird (4.). In einem dritten Schritt wird dann sowohl für Annexdienste (die derzeit in § 11 Abs. 1 S. 2 RStV geregelt sind) als auch für eigenständige Online-Angebote untersucht, inwieweit die Beihilferegeln einer Erstreckung des Auftrags auf diese Dienste entgegenstehen (5.). Dabei wird zu den zuvor dargestellten Meinungsstreitigkeiten nur insoweit Stellung genommen, als dies für die europarechtliche Zulässigkeit des Angebots von Online-Diensten durch die Rundfunkanstalten von Bedeutung ist.

⁴⁸ Degenhart, Funktionsauftrag, S. 74f.

⁴⁹ Degenhart, Funktionsauftrag, S. 82.

⁵⁰ Degenhart, Funktionsauftrag, S. 83f.

⁵¹ Degenhart, Funktionsauftrag, S. 84f.

⁵² Hoffmann-Riem, Regulierung, S. 241.

⁵³ Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 244; Schulz/Held/Kops, Gewährleistung, S. 217ff.

⁵⁴ Held, Online-Angebote. Vgl. auch Libertus, ZG 1999, S. 177; Gersdorf, NJW-CoR 1998, S. 239; Michel, ZUM 1998, S. 350ff.

3. Überblick über die europäische Rechtslage

3.1 Grundsätzliches

Nach dem „Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung“⁵⁵ verfügen die Europäischen Gemeinschaften nur dort über Kompetenzen, wo sie ihnen durch die Gründungsverträge explizit zugewiesen werden.⁵⁶ Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung gilt sowohl für die Gemeinschaft (begrenzte Verbandskompetenz; vgl. Art. 5 Abs. 1 EGV) als auch für die Organe (begrenzte Organkompetenz, vgl. Art. 7 Abs. 1 S. 2 EGV).⁵⁷

Während die Europäische Gemeinschaft im Hinblick auf die Freiheiten des Binnenmarktes, insbesondere den freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr, über weit reichende Kompetenzen verfügt, beschränken sich die Befugnisse in kulturellen Fragen auf fördernde Maßnahmen. Zwar umfasst nach Art. 3 Abs. 1 g) EGV die Tätigkeit der Gemeinschaft nach Maßgabe des EG-Vertrages auch „einen Beitrag zu einer qualitativ hoch stehenden allgemeinen und beruflichen Bildung sowie zur Entfaltung des Kulturlebens in den Mitgliedstaaten“, Art. 151 EGV ermächtigt jedoch nur zur Förderung,⁵⁸ und zwar „unter Ausschluss jeglicher Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten“ (Art. 151 Abs. 5 (erster Spiegelstrich) EGV), und zu Empfehlungen des Rates (einstimmig auf Vorschlag der Kom-

mission, Art. 151 Abs. 5 (zweiter Spiegelstrich) EGV).

Darüber hinaus enthält Art. 151 Abs. 4 EGV die Bestimmung, dass die Gemeinschaft „bei ihrer Tätigkeit aufgrund anderer Bestimmungen dieses Vertrags den kulturellen Aspekten Rechnung [trägt], insbesondere zur Wahrung und Förderung der Vielfalt ihrer Kulturen“.

Weitere Gebote, die bei der Anwendung der Vorschriften des EG-Vertrages auf die Aufgaben öffentlich-rechtlichen Rundfunks zu beachten sind, finden sich in Art. 10 und 16 EGV.

3.1.1 Art. 10 EGV: Gebot loyaler Zusammenarbeit der EU und der Mitgliedstaaten

Artikel 10 EGV lautet: „Die Mitgliedstaaten treffen alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zur Erfüllung der Verpflichtungen, die sich aus diesem Vertrag oder aus Handlungen der Organe der Gemeinschaft ergeben. Sie erleichtern dieser die Erfüllung ihrer Aufgabe. Sie unterlassen alle Maßnahmen, welche die Verwirklichung der Ziele dieses Vertrags gefährden könnten.“

Der EuGH interpretiert diese Vorschrift als grundsätzliche Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit und sieht auch die Gemeinschaft gegenüber den Mitgliedstaaten verpflichtet.⁵⁹

3.1.2 Art. 16 EGV

Art. 16 EGV, der durch den Amsterdamer Vertrag eingefügt wurde, betont den Stellenwert, den Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse innerhalb der gemeinsamen Werte der Union einnehmen, sowie ihre Bedeutung

⁵⁵ Vgl. Gutachten des EuGH vom 28.3.96, Gutachten 2/94, EMRK-Beitritt, Slg. 1996, S. I-1759, 1797. Vgl. hierzu König/Haratsch, Europarecht, Rdnr. 54ff.; Herdegen, Europarecht, Rdnr. 189ff.

⁵⁶ Für die Europäische Gemeinschaft: Art. 5 Abs. 1 EGV, Art. 7 Abs. 1 S. 2 EGV.

⁵⁷ König/Haratsch, Europarecht, Rdnr. 55, 57; Herdegen, Europarecht, Rdnr. 189f.

⁵⁸ Wobei zu Förderungen erforderlichenfalls auch eine Unterstützung und Ergänzung in bestimmten Bereichen gehören kann, Art. 151 Abs. 2 EGV.

⁵⁹ EuGH, Rs. C-2/88, „Imm., Zwartfeld u.a.“, Slg. 1990, I-3365, Rdnr. 17; Rs. 230/81, „Luxemburg/Parlament“, Slg. 1983, 255, Rdnr. 37.

bei der Förderung des sozialen und territorialen Zusammenhalts. In Anbetracht dessen tragen nach dieser Vorschrift – unbeschadet der Artikel 73, 86 und 87 – die Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse im Anwendungsbereich dieses Vertrags dafür Sorge, dass die Grundsätze und Bedingungen für das Funktionieren dieser Dienste so gestaltet sind, dass sie ihren Aufgaben nachkommen können. Im Hinblick auf die Aufgaben öffentlich-rechtlichen Rundfunks wird dies durch das sog. Amsterdamer Protokoll konkretisiert, auf das an späterer Stelle eingegangen wird (s. u. 3.3).

3.1.3 Entwurf des Vertrages über eine Verfassung für Europa

Auch im Entwurf der Europäischen Verfassung finden sich Vorgaben zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse.

Artikel II-36 lautet:

„Die Union anerkennt und achtet den Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, wie er durch die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten im Einklang mit der Verfassung geregelt ist, um den sozialen und territorialen Zusammenhalt der Union zu fördern.“

Zudem besagt Artikel III-6:

„Unbeschadet der Artikel III-55, III-56 und III-136 und in Anbetracht des von allen in der Union anerkannten Stellenwerts der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse sowie ihrer Bedeutung bei der Förderung des sozialen und territorialen Zusammenhalts tragen die Union und ihre Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse im Anwendungsbereich der Verfassung dafür Sorge, dass die Grundsätze und Bedingungen, insbesondere jene wirtschaftlicher und finanzieller Art, für das Funktionieren dieser Dienste so gestaltet sind, dass diese ihren Aufgaben nachkommen können. Diese Grundsätze und Bedingungen werden durch Europäische Gesetze festgelegt.“

Von Bedeutung für die hier behandelten Fragen ist außerdem Artikel II-11, Absatz 2: „Die Freiheit der Medien und ihre Pluralität werden geachtet.“

3.2 Beihilferegeln

Gemäß Art. 4 Abs. 1 ist die Gemeinschaft dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb verpflichtet. In diesem Kontext sind auch die Beihilferegelungen zu sehen.

Art. 86 – 89 EGV enthalten Bestimmungen zu staatlichen Beihilfen. Gemäß Art. 87 Abs. 1 EGV sind, soweit im EG-Vertrag nicht etwas anderes bestimmt ist, staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.

Eine im Hinblick auf den Bereich des Rundfunks diskutierte Ausnahme (s. u. 4.2) enthält Art. 87 Abs. 3 d) EGV. Hiernach können Beihilfen „zur Förderung der Kultur und der Erhaltung des kulturellen Erbes“ als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar angesehen werden, „soweit sie die Handels- und Wettbewerbsbedingungen in der Gemeinschaft nicht in einem Maß beeinträchtigen, das dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft.“

Soweit es um die Aufgaben öffentlich-rechtlichen Rundfunks geht, ist auch Art. 86 Abs. 2 EGV Gegenstand der Diskussion (s. u. 4.3):

„Für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, gelten die Vorschriften dieses Vertrags, insbesondere die Wettbewerbsregeln, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Die Entwicklung des Handelsverkehrs darf nicht in einem Ausmaß

beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft.“

Gemäß Art. 88 Abs. 1 EGV überprüft die Kommission fortlaufend in Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten die in diesen bestehenden Beihilferegelungen. Sie schlägt ihnen die zweckdienlichen Maßnahmen vor, die die fortschreitende Entwicklung und das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes erfordern.

Art. 88 Abs. 3 EGV schreibt vor, dass die Kommission von jeder beabsichtigten Einführung oder Umgestaltung von Beihilfen so rechtzeitig unterrichtet wird, dass sie sich dazu äußern kann. Ist die Kommission der Auffassung, dass ein derartiges Vorhaben nach Art. 87 mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar ist, so leitet sie unverzüglich ein Verfahren ein, das in Art. 88 Abs. 2 EGV beschrieben wird und das unter anderem zu der Entscheidung führen kann, dass der Mitgliedstaat die Beihilfe aufhebt oder umgestaltet.

3.3 Amsterdamer Protokoll

Im Rahmen des Amsterdamer Vertrages, der am 1. Mai 1999 in Kraft trat, wurde das Protokoll über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in den Mitgliedstaaten (sog. „Amsterdamer Protokoll“) aufgenommen; dieses ergänzt als auslegende Norm das Primärrecht. Das Protokoll besagt (in der Erwägung, „dass öffentlich-rechtlicher Rundfunk in den Mitgliedstaaten unmittelbar mit den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen jeder Gesellschaft sowie mit dem Erfordernis verknüpft ist, den Pluralismus in den Medien zu wahren“):

„Die Bestimmungen des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft berühren nicht die Befugnis der Mitgliedstaaten, den öffentlich-rechtlichen Rundfunk zu finanzieren, sofern die Finanzierung der Rundfunkanstalten dem öffentlich-rechtlichen Auftrag, wie er von den Mitgliedstaaten den Anstalten übertragen, festgelegt und ausgestaltet wird, dient und die Handels- und Wettbewerbsbedingungen in der Gemeinschaft nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt, das dem gemeinsamen

Interesse zuwiderläuft, wobei den Erfordernissen der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags Rechnung zu tragen ist.“⁶⁰

3.4 Transparenzrichtlinie

Auf der Ebene des Sekundärrechts ist für die hier behandelte Fragestellung vor allem die so genannte Transparenzrichtlinie von Bedeutung.⁶¹

Laut Art. 1 Abs. 1 der Transparenzrichtlinie gewährleisten die Mitgliedstaaten unter den in dieser Richtlinie vorgesehenen Bedingungen die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen der öffentlichen Hand und den öffentlichen Unternehmen. Folgendes ist hierzu offen zu legen: a) die unmittelbare Bereitstellung öffentlicher Mittel durch die öffentliche Hand für öffentliche Unternehmen, b) die Bereitstellung öffentlicher Mittel durch die öffentliche Hand über öffentliche Unternehmen oder Finanzinstitute und c) die tatsächliche Verwendung der öffentlichen Mittel. Die Mitgliedstaaten gewährleisten nach Art. 1 Abs. 2 – unbeschadet besonderer gemeinschaftlicher Vorschriften –, dass die Finanz- und Organisationsstruktur der Unternehmen, die zur Erstellung einer getrennten Buchführung verpflichtet sind, sich in den getrennten Büchern genau widerspiegelt, sodass Folgendes klar ersichtlich wird: a) eine nach den verschiedenen Geschäftsbereichen getrennte Aufstellung der Kosten und Erlöse, b) eine genaue Angabe der Methode, nach der die Kosten und Erlöse den verschiedenen Ge-

⁶⁰ Protokoll zum Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft; abrufbar unter <http://europa.eu.int/eur-lex/de/treaties/selected/livre347.html>.

⁶¹ Richtlinie 80/723/EWG vom 25. Juni 1980 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen, ABl. L 195 vom 19.7.1980, S. 35, zuletzt geändert durch Richtlinie 2000/52/EG der Kommission vom 26. Juli 2000, ABl. L 193 vom 29.7.2000, S. 75; abrufbar unter http://europa.eu.int/eur-lex/de/consleg/pdf/1980/de_1980L0723_do_001.pdf. Deutschland hat zur Umsetzung dieser Richtlinie das Transparenzrichtlinie-Gesetz vom 16. August 2001 erlassen.

schäftsbereichen zugeordnet und zugewiesen werden. Näher ausgeführt werden diese Gewährleistungspflicht und die hierzu zu ergreifenden Maßnahmen in Art. 3a. Art. 5 legt eine Aufbewahrungspflicht fest.⁶²

Ein Unternehmen, das zu einer getrennten Buchführung verpflichtet ist, wird in Art. 2 Abs. 1 d) definiert als

„Unternehmen, dem besondere oder ausschließliche Rechte nach Artikel 86 Absatz 1 EG-Vertrag gewährt werden oder das mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse nach Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag betraut ist und das für diese Dienstleistungen staatliche Beihilfen in jedweder Form einschließlich Geld- und Ausgleichsleistungen erhält und das in verschiedenen Geschäftsbereichen tätig ist“.

Was unter „verschiedenen Geschäftsbereichen“ zu verstehen ist, regelt Art. 2 Abs. 1 e):

„auf der einen Seite alle Produkte oder Dienstleistungen, für die ein Unternehmen besondere oder ausschließliche Rechte erhalten hat, oder alle Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, mit denen ein Unternehmen betraut worden ist sowie auf der anderen Seite jedes andere getrennte Produkt oder jede andere Dienstleistung des Unternehmens“.

Ausnahmeregelungen sind in Art. 4 der Richtlinie enthalten. Gemäß Art. 4 Abs. 2 c) gilt die Richtlinie, soweit die Transparenz im Sinne von Art. 1 Abs. 2 gemeint ist, nicht für Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Sinne von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag betraut wurden, sofern die ihnen gewährten staatlichen Beihilfen in jeglicher Form einschließlich Zuschüssen, Unterstützung oder Ausgleichsleistungen für einen angemessenen Zeitraum im Rahmen eines offenen, transparenten und nicht diskriminierenden Verfahrens festgesetzt wurden.

⁶² Eine aktive Vorlagepflicht besteht nicht, Roßnagel/Strothmann, Rundfunkordnung, S. 150.

Im fünften Erwägungsgrund der Richtlinie 2000/52/EG, die die Transparenzrichtlinie änderte, wird auf die „Auslegungsbestimmungen, die dem EG-Vertrag im Protokoll über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in den Mitgliedstaaten beigefügt sind“, verwiesen und es wird angeführt: „Um die Anwendung von Artikel 86 EG-Vertrag sicherzustellen, bedarf die Kommission der hierfür erforderlichen Informationen. Dies bedingt die Festlegung der Voraussetzungen für die Herstellung von Transparenz.“⁶³

Im März 2004 hat die Europäische Kommission einen Entwurf für eine Änderung der Transparenz-Richtlinie vorgestellt.⁶⁴

Art. 2 Abs. 1 d), der die Definition für Unternehmen, die verpflichtet sind, getrennte Bücher zu führen, enthält, bekommt hiernach folgende Fassung:

„Inhaber besonderer oder ausschließlicher von einem Mitgliedstaat gemäß Artikel 86 Absatz 1 EG-Vertrag verliehener Rechte, die mit der Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Sinne von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag betraut sind, eine Vergütung in unterschiedlicher Form im Zusammenhang mit dieser Dienstleistung erhalten, und die andere Tätigkeiten ausüben“.

Der Wortlaut dieser im Internet verfügbaren Fassung legt es nahe, dass nach der neuen Regelung die Verleihung besonderer oder ausschließlicher Rechte und die Betrauung mit der Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse kumulativ vorliegen müssen. Hier scheint aber ein Übersetzungsfehler vorzuliegen. In der englischen Fassung des Vorschlags heißt es:

⁶³ Vgl. zur Anwendbarkeit der Transparenzrichtlinie auf die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten Hain, MMR 2001, S. 219ff.; Eberle, Transparenzrichtlinie; Trzaskalik, Transparenzpflichten; Dörr, K&R 2001, S. 236f.

⁶⁴ Entwurf einer Richtlinie der Kommission zur Änderung der Richtlinie 80/723/EWS über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen; abrufbar unter http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/others/interest/directive_de.pdf.

„undertaking required to maintain separate accounts means any undertaking that enjoys a special or exclusive right granted by a Member State pursuant to Article 86(1) of the Treaty or [Hervorhebung durch Verf.] is entrusted with the operation of a service of general economic interest pursuant to Article 86(2) of the Treaty, that receives public service compensation in any form whatsoever in relation to such service and that carries on other activities“⁶⁵

Die oben genannte Ausnahmeregelung in Art. 4 Abs. 2 c) soll gestrichen werden.

3.5 Vorschlag einer Dienstleistungsrichtlinie

2004 wurde der Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rats über Dienstleistungen im Binnenmarkt vorgelegt.⁶⁶ Ziel dieses Richtlinienvorschlages ist es, einen Rechtsrahmen zu schaffen, durch den die Hindernisse für die Niederlassungsfreiheit von Dienstleistungserbringern und für den freien Dienstleistungsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten beseitigt werden und der den Dienstleistungserbringern ebenso wie den -empfängern die notwendige Rechtssicherheit bietet, die diese für die wirksame Wahrnehmung dieser beiden Grundfreiheiten des EG-Vertrags benötigen. Unter anderem sieht der Vorschlag das Herkunftslandprinzip und bestimmte verbindliche Grundsätze für die auf Dienstleistungstätigkeiten anwendbaren Genehmigungserfordernisse vor, insbesondere hinsichtlich der Voraussetzungen und der Verfahren für die Erteilung der Genehmigung.⁶⁷

In der Beschreibung des Verhältnisses zu „derzeitigen Initiativen“ heißt es, dass sich der

Anwendungsbereich des Richtlinienvorschlages weder auf die elektronische Kommunikation (diese Fragen seien im Legislativpaket geregelt, das im Jahr 2002 verabschiedet wurde) noch auf die Transportdienstleistungen erstreckt, soweit diese durch andere, auf die Artikel 71 oder 80 Absatz 2 des Vertrages gestützte Rechtsakte geregelt sind.

„Selbst in den Bereichen, in denen die Richtlinie Anwendung findet, berührt sie nicht die Freiheit der Mitgliedstaaten festzulegen, was diese für eine Dienstleistung von allgemeinem Interesse halten und wie diese funktionieren sollen. Insbesondere berührt die Richtlinie nicht die Freiheit der Mitgliedstaaten, den öffentlichen Rundfunk gemäß den Bestimmungen des Protokolls des Vertrages über die Rundfunksysteme in den Mitgliedstaaten zu organisieren.“

3.6 Entschließung des Rates und Mitteilungen und Entscheidungen der Kommission

3.6.1 Entschließung des Rates und der im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten vom 25. Januar 1999

In der Entschließung des Rates und der im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten vom 25. Januar 1999⁶⁸ wird hervorgehoben, dass durch die zunehmende Diversifizierung der in der neuen Medienumwelt angebotenen Programme der allgemeine Auftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten noch größere Bedeutung erlange. Die Entschließung bekräftigt die Aussagen des Amsterdamer Protokolls und stellt unter anderem fest, dass für die Erfüllung des Auftrags der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten weiterhin der technologische Fortschritt genutzt werden müsse. Der Zugang einer breiten Öffentlichkeit zu verschiedenen Kanälen und Diensten frei von jeglicher Diskriminie-

⁶⁵ http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/others/interest/directive_en.pdf.

⁶⁶ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt vom 13. Januar 2004 [SEK(2004) 21], KOM(2004) 2 endg.

⁶⁷ Vgl. die Darstellung unter <http://europa.eu.int/scadplus/leg/de/lvb/l23014.htm>.

⁶⁸ Entschließung des Rates und der im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten vom 25. Januar 1999, ABl. C 30 vom 5.2.1999, S. 1; abrufbar unter http://europa.eu.int/eur-lex/pri/de/oj/dat/1999/c_030/c_03019990205de00010001.pdf.

rung und auf der Grundlage der Chancengleichheit sei eine Vorbedingung für die Erfüllung der besonderen Verpflichtung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Entsprechend dem öffentlich-rechtlichen Auftrag, wie er von den Mitgliedstaaten definiert werde, komme dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk eine bedeutende Rolle dabei zu, der Öffentlichkeit die Vorteile der neuen audiovisuellen Dienste und Informationsdienste sowie der neuen Technologien nahe zu bringen.

Die Fähigkeit der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, der Öffentlichkeit Programme und Dienste von hoher Qualität anzubieten, müsse gewahrt und ausgebaut werden, einschließlich der Entwicklung und Diversifizierung der Tätigkeiten im digitalen Zeitalter.

3.6.2 Mitteilung der Kommission über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa

In der Zusammenfassung der Mitteilung der Kommission zu Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa⁶⁹ heißt es, es liege vor allem in der Verantwortung der staatlichen Stellen, die Aufgaben der Leistungen der Daseinsvorsorge und die Weise ihrer Erfüllung auf den entsprechenden lokalen, regionalen oder nationalen Ebenen in vollständiger Transparenz zu definieren. Punkt 9 lautet:

„Die betreffenden staatlichen Behörden müssen, um ihre Aufgaben wahrnehmen zu können, völlig transparent vorgehen und möglichst genau ermitteln, welchen Bedarf die Leistungen der Daseinsvorsorge aus der Sicht der Verbraucher decken sollen, wer für die Einführung und Durchsetzung der einschlägigen Verpflichtungen zuständig ist und wie diese Verpflichtungen erfüllt werden sollen. Auf der jeweils angemessenen Ebene – Gemeinschaft, Mitgliedstaat, Region, Kommune – sind Maßnahmen zur Festlegung von Kriterien für Leistungen der Daseinsvorsorge zu

treffen, die einander stützen und kohärent sein müssen.“

Anhang I stellt den Sachstand in einzelnen Bereichen dar. In Bezug auf Hörfunk und Fernsehen wird festgestellt, dass die audiovisuellen Medien „für das Funktionieren der heutigen demokratischen Gesellschaften und insbesondere für die Entwicklung und Vermittlung sozialer Werte von zentraler Bedeutung [sind]. Der Rundfunk- und Fernsehsektor unterliegt daher im Interesse der Allgemeinheit von Beginn an einer besonderen Regelung. Diese Regelung basiert auf gemeinsamen Werten wie freie Meinungsäußerung und Recht auf Gegendarstellung, Pluralismus, Urheberrecht und Förderung der kulturellen und sprachlichen Vielfalt, Jugendschutz, Schutz der Menschenwürde und Verbraucherschutz.“

Ferner heißt es:

„Nach dem EG-Recht können die Mitgliedstaaten selbst über die Einrichtung eines öffentlich-rechtlichen Rundfunksystems bestimmen und dessen genauen Auftrag sowie die Finanzierungsmodalitäten festlegen. Wegen der Art ihrer Finanzierung unterliegen öffentlich-rechtliche Rundfunk- und Fernsehanstalten den EG-Vorschriften über staatliche Beihilfen. Die Kommission hat insbesondere sicherzustellen, dass bei der Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks mit staatlichen Mitteln der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt bleibt, die sich nach dem von dem Mitgliedstaat definierten öffentlichen Auftrag richtet. Sie hat somit darauf zu achten, dass etwaige staatliche Ausgleichszahlungen die Nettomehrkosten der einer öffentlich-rechtlichen Sendeanstalt übertragenen besonderen Ausgabe nicht übersteigen.“

3.6.3 Mitteilung der EU-Kommission zur Anwendung der Beihilferegulungen auf öffentlich-rechtlichen Rundfunk aus 2001

2001 erließ die Kommission eine Mitteilung über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfe auf den öffentlich-rechtli-

⁶⁹ Mitteilung der Kommission über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa (2001/C 17/04), ABl. C 17 vom 19.01.2001, S. 4-23; abrufbar unter http://europa.eu.int/eur-lex/pri/de/oj/dat/2001/c_017/c_01720010119de00040023.pdf.

chen Rundfunk.⁷⁰ In dieser Mitteilung wird dargelegt, nach welchen Grundsätzen die Kommission bei der Anwendung von Artikel 87 und Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk verfahren wird. Dadurch werde die von der Kommission auf diesem Gebiet verfolgte Politik „so transparent wie möglich“. Die Mitteilung besagt, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk „trotz seiner klaren wirtschaftlichen Bedeutung nicht mit öffentlichen Anbietern anderer Wirtschaftszweige vergleichbar [ist]. Es gibt keinen Dienst, der gleichzeitig so viele Menschen erreicht, die Bevölkerung mit einer großen Menge an Informationen und Inhalten versorgt und damit individuelle Ansichten wie öffentliche Meinung verbreitet und beeinflusst.“ Betont wird aber auch, dass „nicht außer Acht gelassen werden darf, dass auch kommerzielle Sendeanstalten, von denen einige gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unterliegen, zur Erreichung der Ziele des Protokolls beitragen: sie helfen, den Pluralismus zu sichern, sie bereichern die kulturelle und politische Debatte und sie vergrößern die Programmauswahl.“ Die in der Mitteilung enthaltenen Grundsätze zur europarechtlichen Bewertung der Aufgaben und Finanzierung öffentlich-rechtlichen Rundfunks werden bei der Prüfung der Beihilferegeln (s. u. 4.1.1) dargestellt.

3.6.4 Entscheidung der Kommission vom 16.1.2004

Im Anschluss an die Altmark Trans-Entscheidung des EuGH erließ die Kommission am 16.1.2004 eine Entscheidung über die Anwendung des Artikels 86 EG auf staatliche Beihilfen.⁷¹

⁷⁰ Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, ABl. C 320 vom 15.11.2001, S. 5–11; abrufbar unter http://europa.eu.int/comm/avpolicy/legis/key_doc/legispdffiles/staid_de.pdf.

⁷¹ Entscheidung der Kommission über die Anwendung von Artikel 86 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen, die bestimmten Unternehmen als Ausgleich für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse gewährt werden; abrufbar unter

In den Erwägungsgründen wird auf die Verordnung (EG) Nr. 69/2002 der Kommission vom 12. Januar 2001 über die Anwendung der Art. 87 und 88 EG-Vertrag auf De-minus-Beihilfen verwiesen, wonach eine finanzielle Unterstützung, die in einem Zeitraum von drei Jahren 100000 EUR pro Unternehmen nicht übersteigt, nicht unter Art. 87 EGV fällt. Darüber hinaus heißt es in den Erwägungsgründen, dass Ausgleichszahlungen von geringer Höhe, die den mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betrauten Unternehmen mit begrenztem Umsatz gewährt werden, nicht geeignet seien, den Wettbewerb spürbar zu verfälschen (Art. 86 Abs. 2 EGV). Eine vorherige Anmeldung sei daher nicht notwendig.

In der Entscheidung selbst werden daher Unternehmen bis zu einem bestimmten Umsatz und bis zu einer bestimmten Höhe der Ausgleichszahlungen von der Notifizierungspflicht des Art. 88 Abs. 3 EGV freigestellt.

In Art. 5 Abs. 3 heißt es:

„Auf der Einnahmenseite sind mindestens sämtliche mit der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erwirtschafteten Erträge zu berücksichtigen. Wurden dem betreffenden Unternehmen besondere oder ausschließliche Rechte gewährt, die mit einer anderen Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zusammenhängen, und wirft dieser Bereich Gewinne ab, die über der angemessenen Rendite liegen, oder wurden dem Unternehmen vom Staat andere Vergünstigungen gewährt, müssen diese unabhängig von ihrer Bewertung nach Maßgabe von Artikel 87 mit berücksichtigt und zu den Einnahmen hinzugerechnet werden. Die Mitgliedstaaten können auch beschließen, dass die Gewinne aus Tätigkeiten, für die kein Versorgungsauftrag erteilt wurde, ganz oder teilweise zur Finanzierung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse herangezogen werden müssen.“

http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/others/interest/de.pdf.

3.6.5 Weißbuch der Kommission zu Dienstleistungen der Daseinsvorsorge vom 12. Mai 2004

Im Weißbuch der Kommission zu Dienstleistungen der Daseinsvorsorge vom 12. Mai 2004 legt die Kommission ihre Schlussfolgerungen vor, die sie aus der durch das Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse⁷² angestoßenen Debatte im Hinblick darauf gezogen hat, wie die Bereitstellung hochwertiger Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in der Europäischen Union am geeignetsten gefördert werden kann.⁷³

Unter anderem heißt es im Weißbuch mit Verweis auf das Amsterdamer Protokoll, dass im Bereich des Rundfunks der Bedeutung des öffentlichen Hör- und Fernsehfunks mit Blick auf die Bedürfnisse, die jede einzelne Gesellschaft hinsichtlich Demokratie und auf sozialem und kulturellem Gebiet habe, Rechnung zu tragen sei.

3.6.6 Vorschlag eines Gemeinschaftsrahmens

Als weiterer Teil des so genannten „Monti-Pakets“ in Reaktion auf das Altmark Trans-Urteil wurde 2004 neben der Entscheidung der Kommission vom 16.1.2004 (s.o. 3.6.4) und der geplanten Änderung der Transparenzrichtlinie (s.o. 3.4) der Vorschlag eines Gemeinschaftsrahmens für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden, vorgelegt.⁷⁴

Dieser Vorschlag betrifft Ausgleichszahlungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen, die unter Art. 87 Abs. 1 EGV fallen und

über dem in der Entscheidung vom 16.1.2004 genannten Schwellenwert liegen und daher bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen des Art. 88 Abs. 3 EGV zu notifizieren sind. Der Vorschlag enthält Ausführungen zur Höhe des Ausgleichs. Darüber hinaus finden sich im vorgeschlagenen Gemeinschaftsrahmen Vorgaben zur Verwendung etwaiger Überschüsse. Unter der Überschrift „Zweck und Anwendungsbereich“ heißt es in Nr. 4: „Der Gemeinschaftsrahmen gilt nicht für öffentliche Rundfunkdienste, auf die die Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk anwendbar ist.“

⁷² Grünbuch der Kommission zu den Dienstleistungen von allgemeinem Interesse vom 21.05.2003; KOM(2003) 270 endg.; abrufbar unter http://europa.eu.int/eur-lex/de/com/gpr/2003/com2003_0270de01.pdf.

⁷³ Weißbuch der Kommission zu Dienstleistungen der Daseinsvorsorge vom 12. Mai 2004, KOM(2004) 374; abrufbar unter http://europa.eu.int/eur-lex/de/com/wpr/2004/com2004_0374de01.pdf.

⁷⁴ Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden, DG D(2004); abrufbar unter http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/others/public_service_comp/de.pdf.

4. Die Einordnung der Finanzierung öffentlich-rechtlichen Rundfunks in das Beihilferegime im Überblick

Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH ist Rundfunk als Dienstleistung i.S.d. EGV anzusehen⁷⁵. Dies bedeutet laut EuGH jedoch keine Unterordnung des gesamten Rundfunkbereichs unter den EG-Vertrag, sondern umfasst nur das, was in einem liberalisierenden Sinne zur Herstellung der Grundfreiheiten erforderlich ist.⁷⁶ Damit stellt sich die Frage, inwieweit die Beihilferegulungen zur Anwendung kommen.

4.1 Rundfunkgebühren als Beihilfen i. S. d. Art. 87 EGV

Wie bereits dargestellt, sind nach Art. 87 Abs. 1 EGV, soweit im EG-Vertrag nicht etwas anderes bestimmt ist, staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.

Inwieweit Rundfunkgebühren als staatliche Beihilfen anzusehen sind, wird von der Kommission, den Gerichten und in der Literatur unterschiedlich beurteilt.

⁷⁵ EuGH, Rs. 155/73, „Sacchi“, Slg. 1974, 409, Rdnr. 6; Rs. 52/79, „Debauve“, Slg. 1980, 833, Rdnr. 8; vgl. hierzu Oppermann, Beihilferecht, S. 25ff. sowie Kugelman, Rundfunk, S. 64f.; Dörr, Spartenkanäle, S. 42ff., jeweils m.w.N. Anderer Auffassung war die deutsche Regierung in dem genannten Sacchi-Verfahren: Rundfunk sei eine öffentliche Aufgabe, die voll der nationalen Souveränität unterstehe.

⁷⁶ Insbes. EuGH, Rs. 52/79, „Debauve“, Slg. 1980, 833, Rdnr. 9.

4.1.1 Begünstigung

Bereits nach dem Wortlaut hängt die Anwendbarkeit von Art. 87 Abs. 1 davon ab, ob einem Unternehmen eine Begünstigung gewährt wird.

Laut EuGH ist eine Beihilfe sowohl die Zuweisung von Mitteln an ein Unternehmen als auch jede Verminderung von Lasten, die das Unternehmen normalerweise tragen müsste und deren Verminderung eine Einsparung ermöglicht.⁷⁷

Verschiedene Ansichten existieren zu der Frage, ob bei der Beurteilung des Vorliegens einer Begünstigung nicht allein auf die gewährte Leistung abzustellen ist, sondern auch die besonderen – gemeinwirtschaftlichen – Verpflichtungen einzubeziehen sind, die einem Unternehmen auferlegt werden und die zu Aufwendungen führen, die mit der Leistung ausgeglichen werden sollen.

4.1.1.1 Die Entscheidungen des Gerichts erster Instanz

Das Gericht erster Instanz vertritt in den vor dem Altmark Trans-Urteil des EuGH ergangenen Entscheidungen die Auffassung, dass der Umstand, dass einem Unternehmen ein finanzieller Vorteil gewährt werde, um die Kosten von übernommenen gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen auszugleichen, keine Auswirkung auf die Qualifikation der Maßnahme als

⁷⁷ EuGH, Rs. 30/59, „Gezamenlijke Steenkolenmijnen“, Slg. 1961, 3 (57); Rs. 61/79, „Denkavit Italiana“, Slg. 1980, 1205, Rdnr. 31; Rs. C-241/94, „Frankreich/Kommission“, Slg. 1996, I-4551, Rdnr. 34; Rs. C-39/94, „SFEI“, Slg. 1996, I-3547, Rdnr. 58; Rs. C-387/92, „Banco Exterior de Espana“, Slg. 1994, I-877, Rdnr. 13.

Beihilfe habe.⁷⁸ Zur Begründung verweist es darauf, dass der EuGH allein auf die Wirkung der Maßnahmen abstelle.⁷⁹ Der Beihilfebegriff sei somit ein objektiver, der sich nur danach bestimme, ob eine staatliche Maßnahme einem Unternehmen einen Vorteil verschaffe.

4.1.1.2 Die Auffassung der Kommission vor dem Ferring- und dem Altmark Trans-Urteil des EuGH

In der dem FFSA-Urteil des Gerichts erster Instanz zugrunde liegenden Entscheidung war die Kommission der Auffassung, dass nicht von einer Beihilfe auszugehen sei, wenn der gewährte Betrag unter den Mehrkosten aufgrund des öffentlichen Versorgungsauftrags liege.⁸⁰ In der Folge dieser Entscheidung ging sie zwar weiter davon aus, dass unter bestimmten Umständen keine Begünstigung besteht, wenn das Gewährte eine angemessene Gegenleistung für die Betätigungen des Empfängers darstellt. Die Kommission legte dieses Merkmal aber im Hinblick auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk restriktiv aus.

In der Entscheidung zu Kinderkanal und Phoenix vertritt die Kommission die Auffassung, dass eine Gegenleistung nur dann keine Beihilfe sei, wenn die Gegenleistung für die Verpflichtung, eine Dienstleistung von allgemeinem Interesse zu erbringen, „zu Marktbedingungen festgesetzt [wird], d.h. allen interessierten Unternehmen die Möglichkeit gegeben [wird], die Höhe der Gegenleistung anzugeben, die sie für die im Auftrag des Mitgliedstaats zu erbringende Gegenleistung fordern würden, und [...] das mit der Dienstleistung

betraute Unternehmen nach objektiven, geeigneten Kriterien ausgewählt [wird].“⁸¹

Bei der Auftragserteilung an die Rundfunkanstalten seien die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse nicht im Wege eines Verfahrens vergeben worden, bei dem ein Marktpreis für die Aufgaben und Auflagen eruiert wurde.

Nach der Präzisierung der Auffassung des Gerichts erster Instanz in den auf das FFSA-Urteil folgenden Entscheidungen ging auch die Kommission davon aus, dass „jeder Transfer staatlicher Mittel an ein bestimmtes Unternehmen – auch wenn damit die Nettokosten für die aus dem öffentlich-rechtlichen Auftrag erwachsenden Verpflichtungen gedeckt werden – als staatliche Beihilfe anzusehen [ist].“⁸²

4.1.1.3 Die Entscheidungen des EuGH

Der EuGH wertet hingegen Zuwendungen, die Unternehmen als Gegenleistungen für Verpflichtungen im öffentlichen Interesse zufließen, unter bestimmten Voraussetzungen nicht als Beihilfen.

Bereits in der Altöl-Entscheidung aus 1975 hat das Gericht entschieden, dass ein Zuschuss, der Unternehmen gewährt wird, die Altöle sammeln und/oder beseitigen, keine Beihilfe darstelle, da dieser Zuschuss als Ausgleich für die diesen Unternehmen obliegende Verpflichtung anzusehen sei.⁸³ Voraussetzung sei jedoch, dass der Zuschuss die ungedeckten, tatsächlich festgestellten jährlichen Kosten der Unternehmen unter Berücksichtigung eines angemessenen Gewinns nicht übersteige. In der Ferring-Entscheidung vom 22. November 2001 betont der Gerichtshof, dass aus der unterschiedlichen Behandlung von Unternehmen

⁷⁸ EuGH, Rs. T-106/95, „FFSA u.a./Kommission“, Slg. 1997, II-229, Rdnr. 167ff. (bestätigt durch EuGH, Rs. C-174/97 P); Rs. T-46/97, „SIC/Kommission“, Slg. 2000, II-2125, Rdnr. 82ff.; vgl. auch Rs. T-17/96, „TF1“, ABl. C 265, S. 6/7.

⁷⁹ Vgl. EuGH, Rs. 173/73, „Italien/Kommission“, Slg. 1974, I-709, Rdnr. 26/28: „Die Vorschrift unterscheidet [...] nicht nach den Gründen oder Zielen solcher Maßnahmen, sondern beschreibt diese nach ihren Wirkungen.“

⁸⁰ Vgl. EuG, Rs. T-106/95, „FFSA u.a./Kommission“, Slg. 1997, II-229, Rdnr. 163.

⁸¹ Entscheidung der Kommission im Fall NN 70/98 vom 24.02.1999, „Kinderkanal und Phoenix“, Ziff. 6.1.1. (vgl. ABl. C 238 vom 21.8.1999, S. 3 sowie <http://europa.eu.int/abc/doc/off/bull/de/9901/p103103.htm>).

⁸² Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, ABl. C 320 vom 15.11.2001, S. 5–11, Rdnr. 19.

⁸³ EuGH, Rs. C-240/83, „ADBHU“, Slg. 1985, 531, Rdnr. 18.

nicht automatisch auf das Bestehen eines Vorteils im Sinne des Beihilfebegriffs geschlossen werden könne. An einem solchen Vorteil fehle es, wenn die unterschiedliche Behandlung aus systemimmanenten Gründen gerechtfertigt sei. Erst wenn die Leistungen die zusätzlichen Kosten überstiegen, die durch die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Pflichten entstünden, liege eine Beihilfe vor.⁸⁴

Am 24. Juli 2003 hat der EuGH in der Altmark Trans-Entscheidung⁸⁵ die Voraussetzungen spezifiziert, die vorliegen müssen, damit eine Gegenleistung für übernommene gemeinwirtschaftliche Pflichten nicht als Beihilfe anzusehen ist.⁸⁶

„Erstens muss das begünstigte Unternehmen tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut sein, und diese Verpflichtungen müssen klar definiert sein. [...] Zweitens sind die Parameter, anhand deren der Ausgleich berechnet wird, zuvor objektiv und transparent aufzustellen, um zu verhindern, dass der Ausgleich einen wirtschaftlichen Vorteil mit sich bringt, der das Unternehmen, dem er gewährt wird, gegenüber konkurrierenden Unternehmen begünstigt. [...]“⁸⁷

⁸⁴ EuGH, Rs. C-53/00, „Ferring“, Slg. 2001, I-9067, Rdnr. 17ff., 23ff.

⁸⁵ In dem Verfahren ging es um die Erteilung von Genehmigungen für Liniendienste mit Omnibussen im Landkreis Stendal durch das Regierungspräsidium an das Unternehmen „Altmark Trans GmbH“. Dieses Unternehmen erhält eine Komplementärfinanzierung durch die öffentliche Hand. Unter anderem behandelt das Urteil die Frage, ob Zuschüsse zum Defizit ausgleich im öffentlichen Personennahverkehr dem Beihilfeverbot unterliegen, da diese Zuschüsse der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen wie einer ausreichenden Verkehrsbedienung und der Gewährung von Sondertarifen für bestimmte Gruppen von Reisenden dienen.

⁸⁶ EuGH, Rs. C-280/00, „Altmark Trans“, Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 87ff.

⁸⁷ „Gleicht daher ein Mitgliedstaat, ohne dass zuvor die Parameter dafür aufgestellt worden sind, die Verluste eines Unternehmens aus, wenn sich nachträglich herausstellt, dass das Betreiben bestimmter Dienste im Rahmen der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen nicht wirtschaftlich durchführbar war, so stellt dies ein finanzielles Eingreifen dar, das unter den Begriff der staatlichen Beihilfe [...] fällt.“

Drittens darf der Ausgleich nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen ganz oder teilweise zu decken. Nur bei Einhaltung dieser Voraussetzung ist gewährleistet, dass dem betreffenden Unternehmen kein Vorteil gewährt wird, der dadurch, dass er die Wettbewerbsstellung dieses Unternehmens stärkt, den Wettbewerb verfälscht oder zu verfälschen droht.

Wenn viertens die Wahl des Unternehmens, das mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut werden soll, im konkreten Fall nicht im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge erfolgt, das die Auswahl desjenigen Bewerbers ermöglicht, der diese Dienste zu den geringsten Kosten für die Allgemeinheit erbringen kann, so ist die Höhe des erforderlichen Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen, das so angemessen mit Transportmitteln ausgestattet ist, dass es den gestellten gemeinwirtschaftlichen Anforderungen genügen kann, bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte, wobei die dabei erzielten Einnahmen und ein angemessener Gewinn aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen zu berücksichtigen sind.“

4.1.1.4 Die Auffassung der Kommission nach der Ferring- und Altmark Trans-Entscheidung

Im Anschluss an die Ferring- und Altmark Trans-Entscheidung sieht auch die Kommission die Finanzierung öffentlich-rechtlichen Rundfunks unter bestimmten Voraussetzungen als nicht beihilferelevant an, soweit die bereitgestellten Mittel die „zusätzlichen Nettokosten“ für die Erfüllung des Auftrags der Rundfunkanstalten nicht überschreiten.⁸⁸

⁸⁸ Anders noch in der Entscheidung der Kommission im Fall N 548/2001 vom 13.02.2002, „Belgien“, C(2002) 446fin; abrufbar unter http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/comp-2001/n548-01_fr.pdf.

Nach der Ferring-, aber vor der Altmark Trans-Entscheidung wendet die Kommission bei der Beurteilung des Verhältnisses von bereitgestellten Mitteln und Kosten – in abgewandelter Form – die Kriterien an, die sie vor der Ferring-Entscheidung in Bezug auf Art. 86 Abs. 2 EGV aufgestellt hatte.⁸⁹ Die betreffende Dienstleistung müsse eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse und von dem Mitgliedstaat klar als solche definiert sein. Das betreffende Unternehmen müsse von dem Mitgliedstaat ausdrücklich mit der Ausführung der Dienstleistung beauftragt worden sein. Und schließlich dürften die bereitgestellten Mittel nicht die Nettokosten für die Erfüllung des öffentlichen Auftrags überschreiten, wobei andere direkte und indirekte Einkünfte, die aus der Erfüllung der öffentlichen Aufgabe stammen, angerechnet würden.⁹⁰

In den auf das Altmark Trans-Urteil folgenden Entscheidungen der Kommission legt diese die im Urteil genannten Kriterien zugrunde und kommt bei Anwendung des zweiten (vorherige objektive und transparente Festlegung der Parameter, auf deren Grundlage der Ausgleich berechnet wird) und des vierten Kriteriums (Soweit die Auswahl des Mittel-Empfängers nicht im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Ausschreibungsverfahrens erfolgte, ist der Umfang des erforderlichen Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse der Kosten festzulegen, zu denen ein effizient geführtes Unternehmen diese Verpflichtungen erfüllen könnte) zu dem Zwischenergebnis, dass in den untersuchten Fällen (RAI, RTP, BBC Digital Curriculum, TV2) eine Beihilfe vorliege.⁹¹ Die Kommission prüft dann auf der

Ebene der Ausnahmevorschrift des Art. 86 Abs. 2 EGV die in der Mitteilung von 2001 aufgestellten Kriterien.⁹²

4.1.1.5 In der Literatur genannte ergänzende Aspekte

In der Literatur ist umstritten, inwieweit die Finanzierung öffentlich-rechtlichen Rundfunks eine Begünstigung darstellt. Ansichten, die dies mit Hinweis auf die besondere Verpflichtung der Rundfunkanstalten verneinen, berufen sich im Wesentlichen auf die EuGH-Entscheidungen (vor der Ferring- und der Altmark Trans-Entscheidung vor allem auf die Altöl-Entscheidung).⁹³

Im Folgenden sollen nur in der Literatur genannte Aspekte referiert werden, die in den Auffassungen der Europäischen Institutionen nicht explizit zum Ausdruck kommen und daher hier noch nicht dargestellt wurden.

„Commission decides on public TV financing in Italy and Portugal“ (IP/03/1399), sowie einer vorläufigen Analyse des französischen Finanzierungssystems, vgl. Pressemitteilung der Kommission vom 10.12.2003, „Public financing of television in France between 1988 and 1994 proportional to the cost of its public service obligations“ (IP/03/1686). Die Pressemitteilungen sind abrufbar unter <http://europa.eu.int/rapid/setLanguage.do?language=en>.

⁸⁹ Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, ABl. C 320 vom 15.11.2001, S. 5–11, Rdnr. 29.

⁹⁰ Entscheidung der Kommission im Fall N 631/2001 vom 22.05.2002, „BBC licence fee“, C(2002)1886fin, Rdnr. 24ff.; abrufbar unter http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/comp-2001/n631-01.pdf.

⁹¹ So auch in der Entscheidung zur Finanzierung des spanischen öffentlich-rechtlichen Senders RTVE, vgl. Pressemitteilung der Kommission vom 15.10.2003,

⁹² Vgl. die Entscheidung der Kommission im Fall C 85/2001 (ex NN 133/B/01, NN 85/B/2001 and NN 94/B/99) vom 15.10.2003, „Portugal“; vgl. hierzu die Aufforderung zur Abgabe von Bemerkungen in diesem Verfahren; abrufbar unter http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2002/c_085/c_08520020409en00090025.pdf; die Entscheidung der Kommission Az. K(2003) 3528 vom 15.10.2003, „RAI“, 2004/339/EG; abrufbar unter http://europa.eu.int/eur-lex/pri/de/oj/dat/2004/l_119/l_11920040423de00010025.pdf; Entscheidung der Kommission im Fall N 37/2003 vom 01.10.2003, „BBC Digital Curriculum“, C(2003)3371 fin, Rdnr. 39ff.; abrufbar unter http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/comp-2003/n037-03.pdf; Entscheidung der Kommission im Fall C 2/03 (ex NN 22/02) vom 25.05.2004, „TV2“; abrufbar unter <http://www.europa-kommissionen.dk/upload/application/0377c992/udl.pdf>.

⁹³ Vgl. etwa Dörr, Rundfunkfinanzierung, S. 8ff. Im KEF-Verfahren werde sichergestellt, dass die Rundfunkanstalten nur das zur Erfüllung ihres Auftrags Erforderliche erhielten. Vgl. auch Eberle, ZUM 1995, S. 766; ders., Rundfunkgebühr, S. 122ff.; Holzer, ZUM 1996, S. 276ff.; Otten, ZUM 1997, S. 792 f.; Betz, MP 1997, S. 10.

Vor allem im Anschluss an die Auffassung von Müller-Graff⁹⁴ wird in der Literatur danach gefragt, ob die gewährten Mittel dem entsprechen, was auch unter Marktbedingungen als Gegenleistung erzielt worden wäre. Dem Normzweck des Art. 87 Abs. 1 EGV entsprechend seien Mittel, die über das am Markt zu Realisierende hinausgingen, als Beihilfe anzusehen.⁹⁵ Als Maßstab wird hierbei unter Berufung auf EuGH-Entscheidungen ein privater Kapitalgeber gewählt.⁹⁶ Nicht nur eine Entrichtung eines über den Marktpreis hinausgehenden Entgeltes, sondern auch Zuwendungen, mit denen eine Zielvorgabe verfolgt wird, für die auf dem Markt kein Kapital zur Verfügung steht, sind hiernach als Begünstigung anzusehen.⁹⁷ Da für öffentlich-rechtlichen Rundfunk kein Marktpreis existiert, stellt die Finanzierung der Rundfunkanstalten nach dieser Ansicht eine Beihilfe dar. In Auseinander-

setzung mit der Altöl-Entscheidung des EuGH wird zusätzlich betont, dass sich bei einer Altöl-Entsorgung die Kosten exakt bestimmen ließen, während die erforderlichen Kosten im Falle des Rundfunks erst in einem komplizierten Verfahren ermittelt werden könnten.⁹⁸ Als weiterer Aspekt findet sich in der Literatur das fehlende Gegenseitigkeitsverhältnis zwischen der Gebührenpflicht und dem Empfang öffentlich-rechtlicher Rundfunkprogramme, da die Gebührenpflicht in Deutschland allein an das Bereithalten eines Empfangsgeräts anknüpft.⁹⁹

4.1.1.6 Die Konkretisierung der Kriterien, die bei der Überprüfung der durch die gewährten Mittel finanzierten Aktivitäten anzulegen sind

4.1.1.6.1 Definition der Aufgabe und Übertragung des Auftrags

Hinsichtlich der Definition der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen (erstes Kriterium der Altmark Trans-Entscheidung) stellt sich die Frage, welche Prüfungscompetenz der Kommission hierbei zukommt.

Die Kommission hat klargestellt, dass die Definition des Auftrags der Rundfunkanstalten in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt. In Anbetracht des besonderen Charakters des Rundfunkbereichs und angesichts der auslegenden Bestimmungen des Protokolls sei eine „breit gefasste“ Definition, nach der ein bestimmter Sender damit betraut wird, ein ausgewogenes und breit gefächertes Programm im Einklang mit seinem Auftrag anzubieten, mit den Vorgaben des Europarechts vereinbar.¹⁰⁰ Dementsprechend geht die Kommission etwa in der TV2-Entscheidung davon aus,

⁹⁴ Müller-Graff, ZHR 152 (1988), S. 418ff. So genannte Theorie der marktrelativen Günstigkeit.

⁹⁵ Selmer/Gersdorf, Finanzierung, S. 26f.; Ruttig, Gebührenfinanzierung, S. 156ff.; Damm, Gebührenprivileg, S. 91ff.; Bleckmann, Spartenprogramme, S. 166f.; Cremer in: Callies/Ruffert, EUV/EGV, Art. 87 EGV, Rdnr. 7; Geiger, Art. 87 EGV, Rdnr. 9. Laut Wallenberg, Vereinbarkeit, S. 872, stellt jede Beihilfe letztlich einen Ausgleich von Nachteilen dar. Daher sei von einem extensiven Beihilfebegriff auszugehen.

⁹⁶ Damm, Gebührenprivileg, S. 92; Ruttig, Gebührenfinanzierung, S. 158ff. unter Berufung auf EuGH, Rs. 296/82 und 318/82, „Leeuwarder Papierfabrik“, Slg. 1985, 809, Rdnr. 20; Rs. 234/84, „Belgien/Kommission“, Slg. 1986, 2263, Rdnr. 14ff.; Rs. C-301/87, „Frankreich/Kommission“, Slg. 1990, I-307, Rdnr. 39ff.; Rs. 40/85, „Belgien/Kommission“, Slg. 1986, 2321, Rdnr. 13; Rs. C-305/89, „Italien/Kommission“, Slg. 1991, I-1603, Rdnr. 18ff.; Rs. C-278/92, C-279/92 und C-280/92, „Hylasa“, Slg. 1994, I-4103, Rdnr. 21. In Rs. C-305/89, „Italien/Kommission“, Slg. 1991, I-1603, Rdnr. 18f. heißt es: „Nach ständiger Rechtsprechung können Kapitalzuweisungen der öffentlichen Hand, in welcher Form auch immer, an Unternehmen staatliche Beihilfen darstellen, wenn die Voraussetzungen des Artikels 92 EWG-Vertrag erfüllt sind. Um festzustellen, ob solche Maßnahmen den Charakter staatlicher Beihilfen haben, ist zu prüfen, ob ein privater Investor von vergleichbarer Größe wie die Verwaltungseinrichtungen des öffentlichen Sektors in vergleichbarer Lage hätte veranlasst werden können, Kapitalhilfen dieses Umfangs zu gewähren.“

⁹⁷ Engel, Europarechtliche Grenzen, S. 22; Damm, Gebührenprivileg, S. 94.

⁹⁸ Ruttig, Gebührenfinanzierung, S. 154.

⁹⁹ Uphoff, Fernsehmarkt und Grundversorgung, S. 121f. Nach anderer Ansicht ist keine synallagmatische Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung erforderlich, Koenig/Kühling in: Streinz, EUV/EGV, Art. 87 EGV, Rdnr. 31.

¹⁰⁰ In Bezug auf Art. 86 Abs. 2 EGV: Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, ABl. C 320 vom 15.11.2001, S. 5–11, Rdnr. 33.

dass ein eher qualitativ und weit definierter Versorgungsauftrag berechtigt sei.¹⁰¹

Laut der Mitteilung von 2001, in der die Definition im Rahmen des Art. 86 Abs. 2 EGV behandelt wird, „könnte der öffentlich-rechtliche Auftrag Dienste (wie Online-Informationendienste) umfassen, die keine ‘Programme’ im traditionellen Sinne sind, sofern diese – auch unter Berücksichtigung der Entwicklung und Diversifizierung der Tätigkeiten im digitalen Zeitalter – den selben demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft dienen“.¹⁰²

Hinsichtlich der Definition des öffentlich-rechtlichen Sendeauftrags für Rundfunkanstalten beschränkt sich die Rolle der Kommission nach eigener Auffassung auf eine Überprüfung offensichtlicher Fehler.¹⁰³ Die Kommission habe weder darüber zu entscheiden, ob ein Programm oder eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse angeboten wird, noch Art und Qualität eines bestimmten Produkts in Frage zu stellen.¹⁰⁴ Ein offensichtlicher Fehler in der Definition des öffentlichen Auftrags läge allerdings vor, wenn dieser auch Tätigkeiten umfasse, die nicht den „demokra-

tischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen jeder Gesellschaft“ entsprechen (die Kommission übernimmt hier die Formulierung aus dem Erwägungsgrund des Amsterdamer Protokolls). Kommerzielle Tätigkeiten wie der Verkauf von Sendeplätzen für Werbung könnten zwar zu Finanzierungszwecken durchgeführt werden, sie seien aber nicht als Teil des öffentlich-rechtlichen Auftrags anzusehen.

In der Mitteilung aus 2001 nennt die Kommission als Beispiel für eine Tätigkeit, die nicht diesen Bedürfnissen entspreche, den elektronischen Handel.¹⁰⁵ 2004 hat die Kommission in der Entscheidung zum dänischen Anbieter TV2 und der Aufforderung zur Abgabe einer Stellungnahme im Hinblick auf die niederländischen Rundfunkanstalten und die NOB weitere Online-Angebote aufgeführt, die sie als nicht den genannten Bedürfnissen entsprechend ansieht.

Die Aufforderung zur Abgabe einer Stellungnahme im Verfahren des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in den Niederlanden enthält die Aussage der Kommission, dass über das Internet angebotene Informationsdienste als Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse definiert werden können, wenn die Notwendigkeit und die speziellen Eigenschaften solcher öffentlichen Dienste nachgewiesen würden.¹⁰⁶ Dabei stellt die Kommission darauf ab, ob sich diese Dienste von anderen ökonomischen Aktivitäten unterscheiden und auch von kommerziellen Anbietern angeboten werden und bezweifelt den Bedarf an öf-

¹⁰¹ Entscheidung der Kommission im Fall C 2/03 (ex NN 22/02) vom 25.05.2004, „TV2“, Rdnr. 83; abrufbar unter <http://www.europa-kommissionen.dk/upload/application/0377c992/udl.pdf>; vgl. auch die Aufforderung zur Abgabe von Bemerkungen in diesem Verfahren; abrufbar unter http://europa.eu.int/eur-lex/pri/de/oj/dat/2003/c_059/c_05920030314de00020013.pdf.

¹⁰² Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, ABl. C 320 vom 15.11.2001, S. 5–11, Rdnr. 34.

¹⁰³ Entscheidung der Kommission im Fall N 631/2001 vom 22.05.2002, „BBC licence fee“, C(2002)1886fin, Rdnr. 26; abrufbar unter http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/comp-2001/n631-01.pdf. So auch in der Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, ABl. C 320 vom 15.11.2001, S. 5–11, Rdnr. 32–39.

¹⁰⁴ Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, ABl. C 320 vom 15.11.2001, S. 5–11, Rdnr. 36.

¹⁰⁵ Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, ABl. C 320 vom 15.11.2001, S. 5–11, Rdnr. 36.

¹⁰⁶ Aufforderung zur Abgabe einer Stellungnahme gemäß Artikel 88 Abs. 2 EG-Vertrag im Verfahren C 2/04 (ex NN 170/03) – Ad-hoc-Beihilfe zugunsten der niederländischen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten und der NOB (2004/C 61/05), ABl. C 61 vom 10.03.2004, S. 8ff., Rdnr. 85, unter Verweis auf Punkt 9 der Mitteilung zu Leistungen der Daseinsvorsorge, wonach zu ermitteln ist, welchen Bedarf die Leistungen der Daseinsvorsorge aus der Sicht der Verbraucher decken sollen; abrufbar unter http://europa.eu.int/eur-lex/pri/de/oj/dat/2004/c_061/c_06120040310de00080021.pdf.

fentlich-rechtlichen SMS- und I-Mode-Angeboten, die auf individuelle Anfrage der Nutzer gegen Entgelt übermittelt werden.¹⁰⁷

In der TV2-Entscheidung wertete die Kommission eine „kommerzielle Internet-Seite“ von TV2 als rein kommerzielle Tätigkeit, da auf ihr interaktive Angebote wie Spiele und Chat Rooms zu finden seien, die sich nicht von kommerziellen Produkten unterschieden. Diese Dienste dienten nicht den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft.¹⁰⁸

Bereits in der Entscheidung zum News24-Angebot der BBC hatte die Kommission 1999 berücksichtigt, dass die Besonderheiten des Angebots nicht in Diensten zu finden sind, die von privaten Unternehmen angeboten werden. Hierbei sah es die Kommission als ausreichend an, dass der BBC-Dienst kostenlos und ohne Werbung angeboten wird.¹⁰⁹

In Bezug auf die Beauftragung bzw. Betrauung der Rundfunkanstalt mit dem Angebot untersucht die Kommission, auf welche Weise diese erfolgt. Laut der Mitteilung aus 2001 sollte der Auftrag so präzise wie möglich definiert werden, und aus der Definition sollte unmissverständlich hervorgehen, ob der Mitgliedstaat eine bestimmte Tätigkeit der jeweiligen Anstalt in den öffentlich-rechtlichen Auftrag aufnehmen will oder nicht.¹¹⁰

Im Fall der BBC bedauert die Kommission zwar aus Gründen der Rechtssicherheit und -klarheit, dass die Bedingungen der Beauftragung nicht präzise und klar in den rechtlichen Grundlagen erfolgte,¹¹¹ ließ aber die Anerkennung der von der BBC vorgeschlagenen neuen digitalen Fernseh- und Hörfunkangebote durch den Secretary of State in Form eines Briefes ausreichen. Auch die Anerkennung des BBC Digital Curriculums durch den Secretary of State hat die Kommission genügen lassen, wobei sie dem Fünf-Jahres-Plan, der mindestens fünfzehn Monate vor der Einführung des Angebots zu veröffentlichen ist und der weitere Konkretisierungen enthält, besondere Bedeutung beigemessen hat.¹¹²

Wie auch im Hinblick auf das News24-Angebot der BBC¹¹³ betonte die Kommission in der Digital Curriculum-Entscheidung im Anschluss an die Ausführungen zur fehlenden Präzisierung der Public Service-Angebote und speziell der Annexdienste in den gesetzlichen Grundlagen, dass zwar die BBC die neuen Dienste vorschläge und das Einverständnis des Secretary of State erst im Nachhinein erfolge, dass es aber nicht entscheidend sei, auf welche Art und Weise die Beauftragung erfolge. „What is decisive in this respect is the fact that, eventually, there is an official entrustment

¹⁰⁷ Aufforderung zur Abgabe einer Stellungnahme gemäß Artikel 88 Abs. 2 EG-Vertrag im Verfahren C 2/04 (ex NN 170/03) – Ad-hoc-Beihilfe zugunsten der niederländischen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten und der NOB (2004/C 61/05), ABl. C 61 vom 10.03.2004, S. 8ff.; Rdnr. 86; abrufbar unter http://europa.eu.int/eur-lex/pri/de/oj/dat/2004/c_061/c_06120040310de00080021.pdf.

¹⁰⁸ Entscheidung der Kommission im Fall C 2/03 (ex NN 22/02) vom 25.05.2004, „TV2“, Rdnr. 92; abrufbar unter <http://www.europa-kommissionen.dk/upload/application/0377c992/udl.pdf>.

¹⁰⁹ Entscheidung der Kommission im Fall NN 88/98 vom 14.12.1999, „BBC News24“, SG(99) D/10201, Rdnr. 53; abrufbar unter http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/comp-1998/nn088-98.pdf.

¹¹⁰ Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, ABl. C 320 vom 15.11.2001, S. 5–11, Rdnr. 37.

¹¹¹ Entscheidung der Kommission im Fall N 631/2001 vom 22.05.2002, „BBC Licence fee“, C(2002)1886fin, Rdnr. 36: „The Commission considers that a clear and precise identification of the activities covered by the public service remit, and the conditions under which such activities have to be performed, is important for non-public service operators, so that they can plan their activities; abrufbar unter http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/comp-2001/n631-01.pdf.

¹¹² Entscheidung der Kommission im Fall N 37/2003 vom 01.10.2003, „BBC Digital Curriculum“, C(2003) 3371fin, Rdnr. 40ff.; abrufbar unter http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/comp-2003/n037-03.pdf.

¹¹³ Entscheidung der Kommission im Fall NN 88/98 vom 14.12.1999, „BBC News24“, SG(99) D/10201, Rdnr. 69f.; abrufbar unter http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/comp-1998/nn088-98.pdf.

to the BBC of the task of providing a specific public service."¹¹⁴

In der Entscheidung zu Kinderkanal und Phoenix hat die Kommission kritisiert, dass der Programminhalt nicht gesetzlich festgelegt ist, die Beauftragung aber letztlich für die Rechtfertigung über Art. 86 Abs. 2 EGV (damals Art. 90 Abs. 2 EGV) als ausreichend angesehen, da die detaillierten Programmkonzepte von den Ministerpräsidenten „gebilligt worden“ seien. Zudem hat die Kommission darauf hingewiesen, dass „die offensichtlich komplexen Vorgänge, die mit der Festlegung und Übertragung der öffentlichen Aufgabe verbunden sind, im Rahmen der verfassungsrechtlich garantierten ‚Rundfunkfreiheit‘ in seiner spezifischen Ausprägung in Deutschland zu sehen“ seien.¹¹⁵

Auch laut EuGH ist für die Betrauung nicht zwingend eine Rechtsvorschrift erforderlich.¹¹⁶

In der BBC Digital Curriculum-Entscheidung hat die Kommission noch erwähnt („it is further noted that“), dass in der Anerkennung durch den Secretary of State zahlreiche Bedingungen aufgestellt sind, von denen eine lautet, dass der angebotene Dienst sich von den auf dem kommerziellen Markt angebo-

tenen Diensten unterscheiden und zu diesen eine Ergänzung darstellen müsse.¹¹⁷

Entscheidend ist nach Auffassung der Kommission auch, dass die öffentlich-rechtlichen Angebote entsprechend der Beauftragung erfolgen. Es müssten Mechanismen vorgesehen sein, die eine effektive Kontrolle der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags erlaubten. Welche Mechanismen dies sind, liege in der Kompetenz der Mitgliedstaaten. Die Kommission geht allerdings davon aus, dass eine Aufsicht nur dann als effektiv anzusehen sei, wenn sie durch eine Stelle erfolge, die unabhängig von dem Rundfunkunternehmen sei.¹¹⁸ In Bezug auf das Board of Governors der BBC hat sie dies bejaht.¹¹⁹

Laut Kommission sollten bei jeder Ausweitung des öffentlich-rechtlichen Auftrags auf neue Dienste die Definition und der Akt, mit dem der Anstalt der öffentlich-rechtliche Auftrag übertragen wird, geändert werden.¹²⁰

4.1.1.6.2 Ausschluss einer Überkompensation

Erfolgt die Prüfung des Verhältnisses von gewährten Mitteln und Nettokosten der besonderen Aufgaben bereits auf der Ebene des Art. 87 Abs. 1 EG-V (drittes Kriterium der Altmark Trans-Entscheidung), so stellt sich die Frage,

¹¹⁴ Entscheidung der Kommission im Fall N 37/2003 vom 01.10.2003, „BBC Digital Curriculum“, C(2003) 3371 fin, Rdnr. 48 ff.; abrufbar unter http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/comp-2003/n037-03.pdf.

¹¹⁵ Entscheidung der Kommission im Fall NN 70/98 vom 24.02.1999, „Kinderkanal und Phoenix“, Ziff. 6.3. (vgl. ABl. C 238 vom 21.8.1999, S. 3 sowie <http://europa.eu.int/abc/doc/off/bull/de/9901/p103103.htm>).

¹¹⁶ EuGH, Rs. C-159/94, „Kommission/Frankreich“, Slg. 1997, I-5815, Rdnr. 66: „Der Gerichtshof hat bereits anerkannt, dass ein Unternehmen mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse durch eine öffentlich-rechtliche Konzession betraut werden kann (siehe EuGH, Rs. C-393/92, „Almelo“, Slg. 1994, I-1477, Rdnr. 47). Erst recht muss dies gelten, wenn solche Konzessionen erteilt wurden, um die Verpflichtungen zu konkretisieren, die Unternehmen auferlegt sind, welche durch Gesetz mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind.“

¹¹⁷ Entscheidung der Kommission im Fall N 37/2003 vom 01.10.2003, „BBC Digital Curriculum“, C(2003) 3371 fin, Rdnr. 41 ff.; abrufbar unter http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/comp-2003/n037-03.pdf.

¹¹⁸ Entscheidung der Kommission im Fall N 631/2001 vom 22.05.2002, „BBC Licence fee“, C(2002)1886 fin, Rdnr. 37; abrufbar unter http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/comp-2001/n631-01.pdf; so in Bezug auf Art. 86 Abs. 2 EGV auch in der Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, ABl. C 320 vom 15.11.2001, S. 5–11, Rdnr. 42.

¹¹⁹ Entscheidung der Kommission im Fall N 631/2001 vom 22.05.2002, „BBC Licence fee“, C(2002)1886 fin, Rdnr. 38; abrufbar unter http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/comp-2001/n631-01.pdf.

¹²⁰ Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, ABl. C 320 vom 15.11.2001, S. 5–11, Rdnr. 35.

wann von einer Überkompensation auszugehen ist.

Mit einer solchen Überkompensation ist laut Kommission das Risiko verbunden, dass Aktivitäten, die nicht unter den öffentlich-rechtlichen Auftrag fallen, quersubventioniert werden. Daher sei sicherzustellen, dass die rechtlichen Grundlagen der Rundfunkanstalten eindeutige Bestimmungen enthielten, die Quersubventionierungen und einen Missbrauch der Kompensation verhinderten. Die Vorschriften hätten auch Mechanismen der Kontrolle vorzusehen. In diesem Zusammenhang betont die Kommission auch die Bedeutung von Transparenz und stellt dabei auf die Einhaltung der Transparenzrichtlinie (s. o. 3.4) ab.¹²¹

Um zu klären, ob eine Überkompensation vorliegt, ist die Frage zu beantworten, wie ermittelt wird, was „erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen ganz oder teilweise zu decken“. Die Kommission geht davon aus, dass das Unternehmen in der Regel die staatliche Finanzierung benötigt, um seinen öffentlich-rechtlichen Auftrag erfüllen zu können. Die Finanzierung dürfte aber nicht die Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags überschreiten.¹²²

Hierbei trennt die Kommission zwischen den Kosten, die aufgrund der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags entstehen, und denen, die den Tätigkeiten zuzuordnen sind, die nicht unter den Auftrag fallen. Ausgaben, die beiden Bereichen zugute kommen, können laut Kommission in voller Höhe dem öffentlich-rechtlichen Auftrag zugeordnet wer-

den.¹²³ Dies betrifft jedoch nicht den zusätzlichen Teil der gemeinsamen Ausgaben, der entfielen würde, man die nicht dem Auftrag zuzurechnenden Tätigkeiten wegdenken.¹²⁴

Von diesen Kosten seien nicht nur die direkten und indirekten mit dem öffentlich-rechtlichen Auftrag verbundenen Nettoeinkünfte abzuziehen, sondern auch diejenigen Einkünfte zu berücksichtigen, die absichtlich nicht erzielt wurden (etwa indem Preise für Werbung nicht kostendeckend festgesetzt werden).¹²⁵

Die Kommission wertet es auch als ein Indiz für eine Überkompensierung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen, wenn öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten die Preise für nicht öffentlich-rechtliche Tätigkeiten unter das Niveau drücken, das ein effizienter Anbieter in einer ähnlichen Situation zur Deckung seiner Kosten für die isolierte Tätigkeit benötigen würde.¹²⁶ Auch dies sei durch die rechtlichen Grundlagen der Rundfunkanstalten und eine entsprechende Aufsicht zu verhindern.

In der Entscheidung zum BBC Digital Curriculum setzte sich die Kommission auch mit dem Verfahren der Gebührenfinanzierung auseinander. Der Vorschlag der BBC, den Dienst anzubieten, hatte auch Angaben zur Höhe der Finanzierung enthalten. Dieser Betrag wurde vom Secretary of State im Rahmen des Ver-

¹²¹ Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, ABl. C 320 vom 15.11.2001, S. 5–11, Rdnr. 52.

¹²² Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, ABl. C 320 vom 15.11.2001, S. 5–11, Rdnr. 57.

¹²³ Dies könnte beispielsweise bei den Produktionskosten eines Programms der Fall sein, das im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Auftrags ausgestrahlt, jedoch auch an andere Sender verkauft wird.

¹²⁴ Entscheidung der Kommission Az. K(2003) 3528 vom 15.10.2003, „RAI“, 2004/339/EG; abrufbar unter http://europa.eu.int/eur-lex/pri/de/oj/dat/2004/l_119/l_11920040423de00010025.pdf.

¹²⁵ Entscheidung der Kommission Az. K(2003) 3528 vom 15.10.2003, „RAI“, 2004/339/EG; abrufbar unter http://europa.eu.int/eur-lex/pri/de/oj/dat/2004/l_119/l_11920040423de00010025.pdf.

¹²⁶ Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, ABl. C 320 vom 15.11.2001, S. 5–11, Rdnr. 58 (in Bezug auf Art. 86 Abs. 2 EGV); Entscheidung der Kommission im Fall N 631/2001 vom 22.05.2002, „BBC Licence fee“, C(2002) 1886 fin, Rdnr. 50; abrufbar unter http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/comp-2001/n631-01.pdf.

fahrens der Anerkennung überprüft. Im Zusammenhang mit den rechtlichen Absicherungen der Verhinderung von Quersubventionierungen hat die Kommission dies als ausreichend angesehen.¹²⁷

4.1.2 Unternehmen

Voraussetzung der Anwendbarkeit des Art. 87 Abs. 1 EGV auf Rundfunkanstalten ist außerdem, dass es sich bei diesen um „Unternehmen“ handelt. Dieser Begriff wird allgemein in einem weiten, funktionalen Sinne verstanden: Nach der Rechtsprechung des EuGH umfasst der Begriff des Unternehmens jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung; eine wirtschaftliche Tätigkeit ist hierbei jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten.¹²⁸

Im Verfahren vor dem Sacchi-Urteil des EuGH vom 30.04.1974 hatten die Regierungen Italiens und Deutschlands noch geltend gemacht, die Rundfunkanstalten seien keine Unternehmen, da sie eine im öffentlichen Interesse liegende kulturelle und informatorische Aufgabe erfüllten. Der EuGH stuft hingegen auch Rundfunkanstalten als Unternehmen ein, soweit die Erfüllung ihrer Aufgabe Tätigkeiten auch wirtschaftlicher Art mit sich bringt.¹²⁹ Die Kommission stellt allein darauf ab, ob für die angebotene Dienstleistung ein Markt existiert. In diesem Fall sei es unerheblich, ob die betreffende Einheit profitorientiert agiere oder nicht.¹³⁰

¹²⁷ Entscheidung der Kommission im Fall N 37/2003 vom 01.10.2003, „BBC Digital Curriculum“, C(2003) 3371 fin, Rdnr. 52ff.; abrufbar unter http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/comp-2003/n037-03.pdf. Vgl. auch Roßnagel/Strothmann, Rundfunkordnung, S. 115f.

¹²⁸ EuGH, Rs. C 41/90, „Höfner u. Elser/Macroton“, Slg. 1991, I-1979, Rdnr. 21; Rs. C-35/96, „Kommission/Italien“, Slg. 1998, I-3851, Rdnr. 36.

¹²⁹ EuGH, Rs. 155/73, „Sacchi“, Slg. 1974, 409ff., Rdnr. 14; Rs. C 260/89, „ERT“, Slg. 1991, I-2925ff. (2957), Rdnr. 10ff.

¹³⁰ Entscheidung der Kommission im Fall N 37/2003 vom 01.10.2003, „BBC Digital Curriculum“, C(2003) 3371 fin, Rdnr. 19; abrufbar unter http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/comp-2003/n037-03.pdf.

4.1.3 Staatlich oder aus staatlichen Mitteln gewährt

Ein weiteres Merkmal des Beihilfebegriffs ist die staatliche Gewährung oder die Gewährung aus staatlichen Mitteln.

Der EuGH sieht nur solche Vorteile als Beihilfen im Sinne von Artikel 87 Abs. 1 EGV an, die unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln gewährt werden. Schon der Wortlaut dieser Bestimmung wie auch die in Art. 88 EGV enthaltenen Verfahrensvorschriften zeigten, dass die aus anderen als staatlichen Mitteln gewährten Vorteile nicht in den Anwendungsbereich der fraglichen Vorschrift fallen. Die Unterscheidung zwischen staatlichen Beihilfen und aus staatlichen Mitteln gewährten Beihilfen diene dem Zweck, in den Beihilfebegriff nicht nur unmittelbar vom Staat gewährte Beihilfen, sondern auch jene Beihilfen einzubeziehen, die durch vom Staat benannte oder errichtete öffentliche oder private Einrichtungen gewährt werden.¹³¹

Dabei stellt der EuGH darauf ab, ob die Einrichtung bei der Festsetzung der gewährten Mittel völlig selbständig ist oder unter der Kontrolle und nach den Anweisungen öffentlicher Stellen handelt.¹³² Letzteres sei etwa der Fall, wenn die gewährten Mittel der staatlichen Genehmigung unterliegen, wodurch der Staat die Möglichkeit habe, Mittelgewährungen zu verhindern, wenn sie nicht den staatlichen Anforderungen entsprechen.¹³³

Außerdem sind laut EuGH aus Zwangsbeiträgen gespeiste Fonds, die gemäß innerstaatlicher Rechtsvorschriften verwaltet und verteilt werden, als staatliche Mittel anzusehen, selbst

¹³¹ EuGH, Rs. 82/77, „Van Tiggele“, Slg. 1978, S. 25, Rdnr. 23ff.; Rs. 290/83, „Kommission/Französische Republik“, Slg. 1985, S. 439, Rdnr. 14; Rs. C-72/91 und C-73/91, „Slovan Neptun“, Slg. 1993-I, S. 887, Rdnr. 19; Rs. C-189/91, „Kirsammer-Hack“, Slg. 1993 I, S. 6185, Rdnr. 16; Rs. C-379/98, „Preussen Elektra“, Slg. 2001, I-2099, Rdnr. 58.

¹³² EuGH, Rs. 67/85, 68/85 und 70/85, „van der Kooy ua/Kommission“, Slg. 1988, 219, Rdnr. 36ff.; Rs. C-305/89, „Alpha Romeo“, Slg. 1991-I, S. 1603, Rdnr. 14.

¹³³ EuGH, Rs. 67/85, 68/85 und 70/85, „van der Kooy ua/Kommission“, Slg. 1988, 219, Rdnr. 36ff.

wenn die Verwaltung nichtstaatlichen Organen anvertraut sei.¹³⁴

Im PreussenElektra-Urteil hat der EuGH entschieden, dass die Verpflichtung privater Elektrizitätsversorgungsunternehmen zur Abnahme von Strom aus erneuerbaren Energien zu festgelegten Mindestpreisen nicht zu einer unmittelbaren oder mittelbaren Übertragung staatlicher Mittel auf die Unternehmen führe, die diesen Strom erzeugen.¹³⁵ In den Schlussanträgen hatte der Generalanwalt Jacobs die Ansicht vertreten, dass eine Finanzierung aus staatlichen Mitteln eine irgendwie geartete Kontrolle des Staates über die fraglichen Mittel voraussetze. Da allerdings die nach dem Stromeinspeisungsgesetz zu zahlenden Beträge den deutschen Behörden zu keinem Zeitpunkt zur Verfügung stünden und daher niemals den privaten Sektor verließen, könne nicht von staatlichen Mitteln ausgegangen werden.¹³⁶

In der „Stardust“-Entscheidung hat der EuGH ausgeführt, dass alle Geldmittel erfasst seien, „auf die die Behörden tatsächlich zur Unterstützung von Unternehmen zurückgreifen können, ohne dass es dafür eine Rolle spielt, ob diese Mittel auf Dauer zum Vermögen des Staates gehören“.¹³⁷ Auch wenn die aus der

fraglichen Maßnahme resultierenden Beträge nicht auf Dauer dem Staat gehörten, genüge der Umstand, dass sie ständig unter staatlicher Kontrolle und somit den zuständigen nationalen Behörden zur Verfügung stehen, damit sie als staatliche Mittel qualifiziert werden könnten.¹³⁸

Die Kommission legt das Merkmal „staatlich oder aus staatlichen Mitteln“ zum Schutz des Wettbewerbs vor Verfälschungen (Art. 3 Abs. 1 g) EGV) weit aus.¹³⁹

In ihren Entscheidungen zur Rundfunkfinanzierung geht sie davon aus, dass das Kriterium erfüllt ist. Dies betrifft auch die Gebührensfinanzierung in Deutschland: In der Ent-

ligung am Erlass einer Maßnahme hinweist, wobei auch deren Umfang, ihr Inhalt oder ihre Bedingungen zu berücksichtigen sind), EuGH, Rs. C-482/59, „Stardust“, Slg. 2002, I-4397, Rdnr. 55 f.

¹³⁴ EuGH, Rs. C-173/73, „Italien/Kommission“ Slg. 1974, I-709, Rdnr. 33/35; vgl. auch EuGH, Rs. 78/76, „Steinike und Weinlig“, Slg. 1977, 595, Rdnr. 21 f.

¹³⁵ EuGH, Rs. C-379/98, „PreussenElektra“, Slg. 2001, I-2099, Rdnr. 59.

¹³⁶ Schlussanträge in der Rechtssache C-379/98, Rdnr. 165-167.

¹³⁷ Der EuGH hat in dieser Entscheidung mehrere Kriterien zur Beantwortung der Frage aufgelistet, ob die die Mittel gewährende Einrichtung dem Staat zuzurechnen ist (Abhängigkeit der Entscheidung der fraglichen Einrichtung von Anforderungen öffentlicher Stellen (etwa in Richtlinien), Eingliederung in die Strukturen der öffentlichen Verwaltung, die Art der Tätigkeit und deren Ausübung auf dem Markt unter normalen Bedingungen des Wettbewerbs mit privaten Wirtschaftsteilnehmern, der Rechtsstatus des Unternehmens (unterliegt es dem öffentlichen Recht oder dem allgemeinen Gesellschaftsrecht), die Intensität der behördlichen Aufsicht über die Unternehmensführung oder jedes andere Indiz, das im konkreten Fall auf eine Beteiligung der Behörden oder auf die Unwahrscheinlichkeit einer fehlenden Betei-

¹³⁸ EuGH, Rs. C-482/99, „Stardust“, Slg. 2002, I-4397, Rdnr. 37, unter Verweis auf EuGH, Rs. C-83/98 P, „Frankreich/Ladbroke Racing und Kommission“, Slg. 2000, I-3271, Rdnr. 50. In der Stardust-Entscheidung wurde dieses Kriterium bejaht, da der Staat in der Lage sei, durch die Ausübung seines beherrschenden Einflusses auf die Bank, die andere Unternehmen finanziert, die Verwendung der Mittel zu steuern, um gegebenenfalls besondere Vorteile zugunsten anderer Unternehmen zu finanzieren. Vgl. Rdnr. 57: „Jedoch kann die bloße Tatsache, dass ein öffentliches Unternehmen in Form einer allgemeinrechtlichen Kapitalgesellschaft gegründet worden ist, nicht in Anbetracht der Selbständigkeit, die ihm diese Rechtsform möglicherweise verleiht, als ausreichend angesehen werden, um auszuschließen, dass eine Beihilfemaßnahme einer solchen Gesellschaft dem Staat zuzurechnen ist [...]. Denn die Existenz einer Kontrollsituation und die tatsächlichen Möglichkeiten der Ausübung eines beherrschenden Einflusses, die sie in der Praxis mit sich bringt, verhindern es, von vornherein auszuschließen, dass eine Maßnahme einer solchen Gesellschaft dem Staat zugerechnet werden kann und die Gefahr einer Umgehung der Vertragsbestimmungen über staatliche Beihilfen besteht, auch wenn die Rechtsform des öffentlichen Unternehmens als Indiz unter anderem an sich erheblich ist, um in einem konkreten Fall festzustellen, ob der Staat beteiligt ist oder nicht.“ Vgl. hierzu auch Roßnagel/Strothmann, Rundfunkordnung, S. 119 ff.; Mederer/Triantafyllou in: von der Groeben/Schwarze, EUV/EGV, Band 2, Art. 87 EGV, Rdnr. 25 ff.

¹³⁹ Europäische Kommission, Wettbewerbsrecht in den europäischen Gemeinschaften, Band II B, abrufbar unter http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/legislation/vol2b_de.pdf.

scheidung zum Kinderkanal und zu Phoenix heißt es, dass die Einnahmen der Rundfunkanstalten als staatliche Mittel anzusehen seien, „da es sich um verbindliche, gesetzlich festgelegte Gebühren handelt“.¹⁴⁰

In ihrer Mitteilung aus 2001 betont die Kommission aber auch, dass im Einzelfall geprüft werden müsse, ob eine staatliche Beihilfe vorliege, und dass dies nicht zuletzt von der Art der jeweiligen Finanzierung abhängt.¹⁴¹

Im Anschluss an das Preussen-Elektra-Urteil des EuGH heißt es in einem Non-Paper aus dem Jahr 2002, dass für die Erbringung gemeinwirtschaftlicher Leistungen gewährte Ausgleichszahlungen, die über steuerähnliche Abgaben oder staatlich verfügte Pflichtbeiträge finanziert würden und deren Verwaltung und Verteilung durch Gesetz geregelt sei – vor allem wenn es sich um einen vom Staat geschaffenen Fonds handele – staatliche Mittel im Sinne von Artikel 87 EG-Vertrag seien.¹⁴²

In der Literatur ist umstritten, ob nur Mittel, die aus einem öffentlichen Haushalt stammen, auch aus Vergütungs- und Gebührenpflichten gespeiste Mittelflüsse oder sogar alle durch staatliche Regulierung bedingten geldwerten Vorteile als aus staatlichen Mitteln gewährt anzusehen sind.¹⁴³ Um nicht jede Wirtschafts-

lenkung unter den Beihilfebegriff fallen zu lassen, wird zum Teil auch auf die Selektivität der Maßnahme abgestellt.¹⁴⁴

In Bezug auf den Rundfunk in Deutschland wird dieses Kriterium vor allem mit Blick auf das besondere Gebührenermittlungs- und -einzugsverfahren diskutiert.

Zum Teil wird davon ausgegangen, dass die Rundfunkgebühren keine staatlichen Mittel darstellen, weil die Höhe von der vom Staat unabhängigen KEF ermittelt wird.¹⁴⁵ Es wird auch argumentiert, dass der deutsche Gesetzgeber bei seiner Entscheidung des Ob und Wie der öffentlichen Rundfunkfinanzierung nicht frei, sondern durch das Verfassungsrecht gebunden sei.¹⁴⁶ Damit fehle es an einer Freiheit der staatlichen Disposition bei der Begründung der Finanzierungsquelle.

Nach anderer Ansicht sprechen die gesetzliche Gebührenpflicht und die Tatsache, dass die Gebühren von der GEZ per als Verwaltungsakt zu qualifizierendem Bescheid erhoben und nach den Regeln des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes durchgesetzt werden, für eine staatliche Lenkung des Mittelflusses, der zur Qualifizierung der Gebühren als „staatliche Mittel“ führe.¹⁴⁷

¹⁴⁰ Entscheidung der Kommission im Fall NN 70/98 vom 24.02.1999, „Kinderkanal und Phoenix“, Ziff. 6.1.1. (vgl. ABl. C 238 vom 21.8.1999, S. 3 sowie <http://europa.eu.int/abc/doc/off/bull/de/9901/p103103.htm>).

¹⁴¹ Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, ABl. C 320 vom 15.11.2001, S. 5–11, Rdnr. 17.

¹⁴² Non-Paper der Kommission vom 12.11.2002 – Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse und staatliche Beihilfen, Rdnr. 41 (abrufbar unter http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/others/1759_sieg_de.pdf) unter Verweis auf EuGH, Rs. C-173/73, „Italien/Kommission“, Slg. 1974, I-709 und EuGH, Rs. C-78/90 – C-83/90, Slg. 1992, I-1847.

¹⁴³ Vgl. hierzu Cremer in: Callies/Ruffert, EUV/EGV, Art. 87 EGV, Rdnr. 10; Koenig/Kühling in: Streinz, EUV/EGV, Art. 87 EGV, Rdnr. 44; Roßnagel/Strothmann, Rundfunkordnung, S. 118ff.; Koenig/Kühling, ZUM 2001, S. 540 (in Abkehr von Koenig/Kühling, EuZW 2000, S. 199); jeweils m.w.N.

¹⁴⁴ Slotboom, ELR Vol. 20/1995, S. 297, der ansonsten von einem weiten Begriff ausgeht („a definition of state aid that does not include the criterion of a charge on the public account“); Engel, Spartenprogramme, S. 30; a.A. Soltész, EuZW 1998, S. 750f., der den Beihilfebegriff stattdessen mit dem Kriterium „Belastung öffentlicher Mittel“ eingrenzt, ebd. S. 751ff.

¹⁴⁵ Dörr, Finanzierung, S. 24f.; Eberle, ZUM 1195, S. 763ff. Vgl. auch Dörr/Cloß, ZUM 1996, S. 105ff.

¹⁴⁶ Oppermann, Rundfunkgebühren, S. 44. Der EuGH hat die Freiwilligkeit bei der Erfüllung von Rückerstattungsansprüchen verneint, etwa EuGH, Rs. 61/79, „Denkavit Italiana“, Slg. 1980, 1205, Rdnr. 31. Vgl. hierzu auch Ruttig, Gebührenfinanzierung, S. 172f.

¹⁴⁷ Selmer/Gersdorf, Finanzierung, S. 29; Damm, Gebührenprivileg, S. 105ff.

4.1.4 Verfälschung oder drohende Verfälschung des Wettbewerbs und Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten

Laut EuGH kann sich bereits aus den Umständen, unter denen die Beihilfe gewährt worden ist, ergeben, dass sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt und den Wettbewerb verfälscht oder zu verfälschen droht. Die Kommission habe jedoch diese Umstände in der Begründung ihrer Entscheidungen zu nennen.¹⁴⁸ Das EuG geht davon aus, dass die Kommission nicht verpflichtet ist, in ihrer Entscheidung den Markt abzugrenzen und seine Struktur und die hieraus folgenden Wettbewerbsbeziehungen zu prüfen.¹⁴⁹ Eine Wettbewerbsverfälschung setzt aber voraus, dass ein sachlich und räumlich relevanter Markt vorhanden ist oder entstehen könnte, auf dem einzelne Wettbewerber durch die Beihilfe gegenüber anderen einen Vorteil erhalten.¹⁵⁰ Als relevante Märkte kommen der Programmbeschaffungs-, Programmveranstaltungs-, Werbe- und Programmverwertungsmarkt in Betracht. Umstritten ist, ob es einen eigenständigen Programmveranstaltungsmarkt im Free TV gibt. Dagegen wird vorgebracht, dass es bei der Programmveranstaltung an einer direkten Gegenleistung der Nutzer fehle. Daher sei auf der Ebene der Programmveranstaltung allein der Werbemarkt als relevanter Markt anzusehen.¹⁵¹ Die Kommission geht hingegen von einem Markt für Rundfunkprogramme aus.¹⁵²

Nach Auffassung der Kommission stellt die besondere Finanzierung öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten eine Wettbewerbsverfälschung dar.¹⁵³

Schließlich ist zu fragen, ob der Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt wird. Dies ist der Fall, wenn sich die Beihilfe auf die Konkurrenzsituation von Unternehmen in oder aus anderen Mitgliedstaaten auswirkt oder zumindest auswirken kann. Verstärkt eine von einem Mitgliedstaat gewährte Finanzhilfe die Stellung eines Unternehmens gegenüber anderen Wettbewerbern im gemeinsamen Markt, muss laut EuGH dieser als von der Beihilfe beeinflusst erachtet werden.¹⁵⁴ Laut EuGH kann eine Beeinträchtigung auch dann vorliegen, wenn das begünstigte Unternehmen nur auf dem inländischen Markt tätig ist, jedoch im Wettbewerb mit Erzeugnissen aus anderen Mitgliedstaaten steht.¹⁵⁵

Die Kommission stellt bei der Frage der Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten auf die Höhe der Beihilfe ab und stellt Zuwendungen bis zu einem bestimmten Betrag von der Notifizierungspflicht des Art. 88 Abs. 3 EGV frei. Ansonsten geht sie von einer Beeinträchtigung aus, wenn ausländischen Unternehmen der Zutritt zum nationalen Markt erschwert wird, unabhängig davon, in welchem Umfang die Aktivitäten des

¹⁴⁸ EuGH, Rs. 57/86, „Griechenland/Kommission“, Slg. 1988, S. 2855, Rdnr. 15.

¹⁴⁹ EuG, Rs. T-298/97 u.a., „Alzetta Mauro/Kommission“, Slg. 2000, II-2319, Rdnr. 95, unter Berufung auf EuGH, Rs. 730/79, „Philip Morris/Kommission“, Slg. 1980, 2671, Rdnr. 9 ff. Vgl. hierzu auch Roßnagel/Strothmann, Rundfunkordnung, S. 130.

¹⁵⁰ Koenig/Kühling in: Streinz, EUV/EGV, Art. 87 EGV, Rdnr. 57.

¹⁵¹ Selmer/Gersdorf, Finanzierung; Giehl, Wettbewerb, S. 24.

¹⁵² Vgl. Entscheidung der Kommission 89/205/EWG vom 21.12.1988, „Magill TV Guide“, ABl. L 78 vom 21.3.1989, S. 43, 48. Vgl. auch Ruttig, Gebührenfinanzierung, S. 178 m.w.N.

¹⁵³ Entscheidung der Kommission im Fall N 631/2001 vom 22.05.2002, „BBC Licence fee“, C(2002)1886fin, Rdnr. 21; abrufbar unter http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/comp-2001/n631-01.pdf.

¹⁵⁴ EuGH, Rs. 730/79, „Philip Morris Holland/Kommission“, Slg. 1980, S. 2671, Rdnr. 11; Rs. C-303/88, „Italien/Kommission“, Slg. 1991, S. I-1433, Rdnr. 17; Rs. C-156/98, „Deutschland/Kommission“, Slg. 2000, S. I-6857, Rdnr. 33. Laut dem EuG 1. Instanz genügt der Nachweis der Eignung zur Handelsbeeinträchtigung, EuG, Rs. T-298/97 u.a., „Alzetta Mauro/Kommission“, Slg. 2000, II-2319, Rdnr. 76.

¹⁵⁵ EuGH, Rs. C-278 - 280/92, „Königreich Spanien v. Kommission“, Slg. 1994 I-4103, Rdnr. 40; Rs. C-303/88, „Italien/Kommission“, Slg. 1991, I-1433, Rdnr. 27.

Unternehmens, das Beihilfe erhält, für den internationalen Markt bestimmt sind.¹⁵⁶

In ihren Entscheidungen zur besonderen Finanzierung von öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten betont die Kommission, dass Erwerb und Verkauf von Programmrechten im internationalen Markt stattfinden und dass Rundfunkveranstalter zumindest zu einem Teil zu Unternehmen in anderen Mitgliedstaaten gehörten.¹⁵⁷ In der Literatur wird zudem darauf verwiesen, dass öffentlich-rechtlicher Rundfunk, etwa über Satellit, auch in anderen Mitgliedstaaten empfangbar ist und dass die Angebote der Rundfunkanstalten im Inland mit Programmen aus anderen Mitgliedstaaten konkurrieren, die über Satellit oder Kabel übertragen werden.¹⁵⁸

4.2 Art. 87 Abs. 3 EGV

Für den Fall, dass eine Prüfung der genannten Kriterien zu dem Ergebnis kommt, dass eine Beihilfe vorliegt, sind die Ausnahmeregelungen im EGV relevant. Gemäß Art. 87 Abs. 3 d können Beihilfen „zur Förderung der Kultur und der Erhaltung des kulturellen Erbes“ als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar angesehen werden, soweit sie die Handels- und Wettbewerbsbedingungen in der Gemeinschaft nicht in einem Maß beeinträchtigen, das dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft.

Auf das Verhältnis von Art. 87 Abs. 2 und 3 zu Art. 86 Abs. 2 EGV, insbesondere auf die Frage, ob Art. 87 als *lex specialis* anzusehen

ist, soll in diesem Gutachten nicht eingegangen werden.¹⁵⁹

4.2.1 Förderung der Kultur

Entscheidendes Merkmal dieser Ausnahmemöglichkeit ist das der „Kulturförderung“.

Die Kommission legt den Begriff der Kultur sehr eng aus. In der Mitteilung aus 2001 heißt es: „Wie die Kommission in ihrer Entscheidung in der Beihilfesache Kinderkanal und Phoenix festgestellt hat, muss zwischen den bildungsmäßigen und demokratischen Bedürfnissen der Gesellschaft in einem Mitgliedstaat und der Förderung der Kultur unterschieden werden.¹⁶⁰ In dieser Hinsicht sei auch darauf hingewiesen, dass das Protokoll zwischen kulturellen, sozialen und demokratischen Bedürfnissen einer Gesellschaft unterscheidet. Natürlich kann Bildung auch einen kulturellen Aspekt haben.“¹⁶¹

Daher könne eine Beihilfe im Allgemeinen nach Art. 87 Abs. 3 d) EGV nur genehmigt werden, wenn der betreffende Mitgliedstaat eine gesonderte Definition und eine gesonderte Finanzierung im Hinblick auf eine Beihilfe vorsehe, die ausschließlich der Kulturförderung diene.

Entsprechend diesem Verständnis hat die Kommission Angebote wie den Kinderkanal und Phoenix nicht unter den Kulturbegriff subsumiert.

In der Literatur wird hingegen zum Teil von einem weiten Kulturbegriff ausgegangen, der „gleichermaßen klassisches Theater, moderne

¹⁵⁶ Entscheidung der Kommission 97/238/EG vom 02.10.1996, „Société française de Production“, ABl. L 95 vom 10.04.1997, S. 19. Vgl. auch Entscheidung der Kommission im Fall NN 70/98 vom 24.02.1999, „Kinderkanal und Phoenix“, Ziff. 6.1. (vgl. ABl. C 238 vom 21.8.1999, S. 3 sowie <http://europa.eu.int/abc/doc/off/bull/de/9901/p103103.htm>).

¹⁵⁷ Entscheidung der Kommission im Fall N 631/2001 vom 22.05.2002, „BBC licence fee“, C(2002)1886fin, Rdnr. 22; abrufbar unter http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/comp-2001/n631-01.pdf.

¹⁵⁸ Damm, *Gebührenprivileg*, S. 129 f.; Ruttig, *Gebührenfinanzierung*, S. 185.

¹⁵⁹ Vgl. hierzu etwa Ruttig, *Gebührenfinanzierung*, S. 144ff.

¹⁶⁰ Entscheidung der Kommission im Fall NN 70/98 vom 24.02.1999, „Kinderkanal und Phoenix“, Ziff. 6.1.1. (vgl. ABl. C 238 vom 21.8.1999, S. 3 sowie <http://europa.eu.int/abc/doc/off/bull/de/9901/p103103.htm>).

¹⁶¹ Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, ABl. C 320 vom 15.11.2001, S. 5–11, Rdnr. 26.

Musik, Fernsehen und das Verlegen sowie Exportieren von Büchern“ erfasse.¹⁶²

Der EuGH hat das niederländische Rundfunkgesetz (Mediawet), das dem Ziel eines pluralistischen und nichtkommerziellen Hörfunk- und Fernsehens dient, als Teil einer Kulturpolitik anerkannt, „die die Meinungsfreiheit der verschiedenen gesellschaftlichen, kulturellen, religiösen und geistigen Strömungen im audiovisuellen Bereich in den Niederlanden schützen soll“¹⁶³.

4.2.2 Keine Beeinträchtigung in einem dem gemeinsamen Interesse zuwiderlaufenden Maß

Geht man von einem Kulturbegriff aus, der die Aufgaben der Rundfunkanstalten umfasst, ist auf der nächsten Stufe die Verhältnismäßigkeit zu prüfen. Diese erfolgt nach denselben Kriterien wie bei Art. 86 Abs. 2 EGV.¹⁶⁴ Daher wird hier auf die Ausführungen unter 4.3.2. verwiesen.

4.2.3 Rechtsfolge: Ermessen der Kommission

Auf der Rechtsfolgenseite wird der Kommission durch Art. 87 Abs. 3 EGV Ermessen eingeräumt („können angesehen werden“).

In der Literatur wird diskutiert, inwieweit die Grundrechte der Mitgliedstaaten bei der Ermessensausübung einzubeziehen sind. Dabei wird auf Entscheidungen des EuGH verwiesen, wonach bei Entscheidungen auf europäischer Ebene die gemeinschaftlichen Grundrechte zu beachten sind.¹⁶⁵ Nach Art. 6 Abs. 2

EU-Vertrag achtet die Union „die Grundrechte, wie sie in der am 4. November 1950 in Rom unterzeichneten Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ergeben.“ In Absatz 3 dieser Vorschrift heißt es, dass die Union „die nationale Identität ihrer Mitgliedstaaten“ achte.¹⁶⁶ Bei der Bestimmung der Konturen einer Kommunikationsfreiheit orientiert sich der EuGH deutlich an Art. 10 EMRK.¹⁶⁷

In der Literatur wird zum Teil hieraus gefolgert, dass die Kommission bei ihrer Entscheidung neben dem Grad der gemeinschaftlichen Wettbewerbsverfälschung auch die Auswirkungen auf den Medienpluralismus beachten müsse.¹⁶⁸

Als weiterer bei der Ermessensentscheidung zu berücksichtigender Aspekt wird das Gebot der Gemeinschaftstreue in Art. 10 Abs. 1 S. 2 EGV genannt (siehe hierzu unten 5.1.).¹⁶⁹

4.3 Art. 86 Abs. 2 EGV

Bejaht man das Vorliegen der in Art. 87 Abs. 1 enthaltenen Kriterien des Beihilfebegriffs und verneint eine Ausnahme nach Art. 87 Abs. 3 d) EGV, ist zu prüfen, ob die Finanzierung öffentlich-rechtlichen Rundfunks unter Art. 86 Abs. 2 EGV fällt.

Voraussetzung hierfür ist, dass es sich bei den Rundfunkanstalten um Unternehmen handelt, „die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind“, dass die Anwendung der Beihilferegeln „die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert“ und dass die Nicht-Geltung dieser Vorschriften die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht

¹⁶² Bär-Bouysiere in: Schwarze, EUV/EGV, Art. 87 EGV, Rdnr. 97; vgl. auch Ruttig, Gebührenfinanzierung, S. 203ff.

¹⁶³ EuGH, Rs. C-288/89, „Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda“, Slg. 1991, I-4007, Rdnr. 22f.; Rs. C-148/91, „Veronica“, Slg. 1993, I-487, Rdnr. 9. Vgl. auch EuGH, Rs. C-23/93, „TV10“, Slg. 1994, I-4795, Rdnr. 18.

¹⁶⁴ Vgl. Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, ABl. C 320 vom 15.11.2001, S. 5–11, Rdnr. 27.

¹⁶⁵ EuGH, Rs. 29/69, „Stauder“, Slg. 1969, 419, Rdnr. 7; Rs. 11/70, „Internationale Handelsgesellschaft“, Slg. 1970, 1125, Rdnr. 4.

¹⁶⁶ Laut BVerfG ist hiervon auch die Unabhängigkeit und Souveränität der Mitgliedstaaten erfasst; BVerfGE 89, 155.

¹⁶⁷ Vgl. die Nachweise bei Stumpf in: Schwarze, EUV/EGV, Art. 6 EUV, Rdnr. 24.

¹⁶⁸ Ruttig, Gebührenfinanzierung, S. 206f.

¹⁶⁹ Ruttig, Gebührenfinanzierung, S. 208.

in einem Ausmaß beeinträchtigt, „das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft“.

4.3.1 Betrauung mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse

Eine abschließende Definition der „allgemeinen wirtschaftlichen Interessen“ existiert nicht. Allgemein wird aber davon ausgegangen, dass nicht wirtschaftliche, etwa kulturelle Interessen zumindest dann erfasst sind, wenn sie mit wirtschaftlichen Interessen untrennbar verbunden sind.¹⁷⁰ Unstreitig ist, dass rein private Interessen nicht unter Art. 86 Abs. 2 EGV fallen.¹⁷¹

Dass es sich bei den Rundfunkanstalten grundsätzlich um Unternehmen¹⁷² handelt, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, ist weitgehend anerkannt,¹⁷³ wird aber auch zum Teil mit der

Begründung verneint, beim Rundfunk stünden nicht wirtschaftliche Interessen im Vordergrund.¹⁷⁴

Hinsichtlich der Anforderungen und des Umfangs einer solchen „Beträuung“ stellt die Kommission auf Voraussetzungen ab, die nach dem Altmark Trans-Urteil des EuGH auf der Ebene des Beihilfebegriffs zu prüfen sind: die Definition der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse und die ausdrückliche Beauftragung der Rundfunkanstalten mit dieser Dienstleistung. Soweit die Kommission die anderen im Altmark Trans-Urteil aufgestellten Anforderungen verneint (vorherige objektive und transparente Festlegung der Parameter des finanziellen Ausgleichs sowie Ausschreibung oder Festlegung des erforderlichen Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse der Kosten, zu denen ein effizient geführtes Unternehmen diese Verpflichtungen erfüllen könnte), prüft sie weiterhin die Definition und die Beauftragung im Rahmen des Art. 86 Abs. 2 EGV.¹⁷⁵ In Bezug auf die von der Kommission an die Definition und Beauftragung gestellten Anforderungen kann daher auf die Ausführungen unter 4.1.1.6. verwiesen werden.

¹⁷⁰ Von Burchard in: Schwarze, EUV/EGV, Art. 86 EGV, Rdnr. 64 m.w.N.

¹⁷¹ Ebd. Laut dem EuG 1. Instanz kommt den Mitgliedstaaten im Rahmen des Art. 86 Abs. 2 EGV kein Ermessen zu, EuG 1. Instanz, Rs. T-260/94, „Air Inter“, Slg. 1997, II-997, Rdnr. 135, unter Verweis auf EuGH, Rs. 127/73, „BRT“, Slg. 1974, 313, Rdnr. 19 („Da es sich um eine Vorschrift handelt, die unter bestimmten Umständen eine vom Vertrag abweichende Regelung zulässt, ist der Begriff der Unternehmen, die sich auf die Vorschrift berufen können, eng auszulegen.“) und EuGH, Rs. 41/83, „Italien/Kommission“, Slg. 1985, 873, Rdnr. 30 („Außerdem ist die Anwendung des Artikels 90 Abs. 2 EWG-Vertrag nicht dem Ermessen des Mitgliedstaats überlassen, der ein Unternehmen mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut. Nach Art. 90 Abs. 3 kommt vielmehr der Kommission eine Überwachungsfunktion zu, die sie unter Aufsicht des Gerichtshofs ausübt. Art. 90 Abs. 2 EWG-Vertrag gehört somit zu den Bestimmungen, auf deren Verletzung jeder Mitgliedstaat eine Anfechtungsklage stützen kann.“); Ruttig, Gebührenfinanzierung, S. 143; laut von Burchard, in: Schwarze, EUV/EGV, Art. 86 Abs. 63, kommt den Mitgliedstaaten ein gewisser, wenn auch begrenzter Ermessensspielraum bei der Konkretisierung der allgemeinen wirtschaftlichen Interessen zu.

¹⁷² Vgl. zum Unternehmensbegriff EuGH, Rs. 155/73, „Sacchi“, Slg. 1974, S. 409, Rdnr. 14; Rs. C-260/89, „ERT“, Slg. 1991 I-2925, Rdnr. 10f.; Rs. 52/76, „Benedetti“, Slg. 1977, 163, Rn. 20/22; von Burchard in: Schwarze, EUV/EGV, Art. 86 EGV, Rdnr. 61.

¹⁷³ EuGH, Rs. 155/73, „Sacchi“, Slg. 1974, 409, Rdnr. 15; Rs. C-260/89, „ERT“, Slg. 1991, I-2925, Rdnr. 33; Rs.

311/84, „Telemarketing“, Slg. 1985, 3261, Rdnr. 17. Zweifelnd Europäische Kommission, Grünbuch über die Errichtung des gemeinsamen Marktes für den Rundfunk, KOM (84) 300 endg., S. 196.

¹⁷⁴ Ruttig, Gebührenfinanzierung, S. 142ff. mit Verweis darauf, dass auch im Amsterdamer Protokoll nur von demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen, nicht jedoch von wirtschaftlichen Interessen die Rede sei. Vgl. hierzu auch von Burchard in: Schwarze, EUV/EGV, Art. 86 Abs. 64 m.w.N., wonach der Schwerpunkt der Aufgabenübertragung wirtschaftliche Interessen betreffen muss.

¹⁷⁵ Vgl. Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, ABl. C 320 vom 15.11.2001, S. 5–11, Rdnr. 29: „Die betreffende Dienstleistung muss eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse und von dem Mitgliedstaat klar als solche definiert sein (Definition). Das betreffende Unternehmen muss von dem Mitgliedstaat ausdrücklich mit der Ausführung der Dienstleistung beauftragt worden sein (Beauftragung).“

4.3.2 Rechtliche oder tatsächliche Verhinderung der übertragenen besonderen Aufgabe und keine übermäßige Beeinträchtigung des Handelsverkehrs

Laut Art. 86 Abs. 2 ist eine weitere Voraussetzung für die Nichtgeltung von Vorschriften wie den Beihilferegelungen, dass die Anwendung dieser Vorschriften die Erfüllung der den Unternehmen übertragenen besonderen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich behindert. Außerdem heißt es weiter, dass die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden darf, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft.

Die Kommission fasst diese beiden Voraussetzungen laut ihrer Mitteilung aus 2001 zu einem Verhältnismäßigkeitskriterium zusammen und verweist dabei auf die Besonderheiten des Amsterdamer Protokolls. Im besonderen Fall des öffentlich-rechtlichen Rundfunks müsse das Vorgehen im Hinblick auf die auslegenden Bestimmungen des Protokolls angepasst werden, wonach bei der Finanzierung öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten insoweit von den Bestimmungen des Vertrags abgewichen werden kann, wie „die Finanzierung der Rundfunkanstalten dem öffentlich-rechtlichen Auftrag [...] dient und die Handels- und Wettbewerbsbedingungen in der Gemeinschaft nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt, das dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft, wobei den Erfordernissen der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags Rechnung zu tragen ist“.

Die Kommission berücksichtigt bei ihrer Entscheidung sowohl die Auswirkungen auf den Handel als auch die Erforderlichkeit des öffentlich-rechtlichen Angebots.¹⁷⁶

¹⁷⁶ Vgl. hierzu auch EuGH, Rs. C-159/94, „Kommission/Französische Republik“, Slg. 1997 I-5815, Rdnr. 54: „Bereits der Wortlaut [...] zeigt, dass Ausnahmen von den Vorschriften des EG-Vertrags zulässig sind, wenn diese für die Erfüllung der einem Unternehmen, das mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut ist, übertragenen besonderen Aufgabe erforderlich sind“. Zur Frage der weiten oder restriktiven Handhabung des Kriteriums der Erforderlichkeit Pernice/Wernicke in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Band II, Art. 86 EGV, Rdnr. 66.

Dabei ist laut Kommission eine gewisse Auswirkung auf den Handel bzw. auf dessen Entwicklung wegen des mit der Dienstleistung verbundenen Allgemeininteresses hinzunehmen.¹⁷⁷ Die Grenze sei erst erreicht, wenn es Wettbewerbern unmöglich gemacht werde, ihr Unternehmen fortzusetzen oder potenzielle Wettbewerber vom Zugang zum Markt ausgeschlossen werden.¹⁷⁸

Bei der Prüfung der Erforderlichkeit geht die Kommission von der Überlegung aus, dass das Unternehmen die staatliche Finanzierung im Normalfall benötigt, um seinen öffentlich-rechtlichen Auftrag erfüllen zu können. Die staatliche Beihilfe dürfe jedoch die Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags nicht überschreiten.¹⁷⁹ Hierbei untersucht die Kommission in Übereinstimmung mit Entscheidungen des Gerichts erster Instanz, die vor dem Altmark Trans-Urteil ergingen, ob die Gewährung der Beihilfe erforderlich ist, um dem Unternehmen die Erfüllung seiner Verpflichtungen als öffentlicher Dienstleistungserbringer unter wirtschaftlich tragbaren Bedingungen zu ermöglichen.

An dieser Stelle wirft die Kommission also die Frage der Überkompensation auf, die laut EuGH (Altmark Trans-Urteil) bereits bei der Prüfung des Vorliegens einer Beihilfe zu berücksichtigen ist. Zur näheren Ausgestaltung eines solchen Verbots der Überkompensation

¹⁷⁷ Entscheidung der Kommission im Fall NN 70/98 vom 24.02.1999, „Kinderkanal und Phoenix“, Ziff. 6.1.1. (vgl. ABl. C 238 vom 21.8.1999, S. 3 sowie <http://europa.eu.int/abc/doc/off/bull/de/9901/p103103.htm>); Entscheidung der Kommission im Fall NN 88/98 vom 14.12.1999, „BBC News24“, SG(99) D/ 10201, Rdnr. 93; abrufbar unter http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/comp-1998/nn088-98.pdf.

¹⁷⁸ Entscheidung der Kommission im Fall NN 88/98 vom 14.12.1999, „BBC News24“, SG(99) D/ 10201, Rdnr. 93; abrufbar unter http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/comp-1998/nn088-98.pdf.

¹⁷⁹ Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, ABl. C 320 vom 15.11.2001, S. 5–11, Rdnr. 57.

wird auf die Ausführungen unter 4.1.1.6.2 verwiesen.

Laut der Mitteilung aus 2001 berücksichtigt die Kommission bei ihrer Prüfung der Verhältnismäßigkeit, dass in dem Maße, in dem staatliche Beihilfen zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Sendeauftrages notwendig sind, das System als Ganzes auch den positiven Effekt haben könnte, dass auf einigen relevanten Märkten eine alternative Quelle erhalten wird. Allerdings ist dieser Effekt gegen mögliche negative Auswirkungen der Beihilfe abzuwägen, die darin bestehen könnten, dass neue Veranstalter von diesen Märkten ferngehalten werden und damit eine starke oligopolartige Marktstruktur zugelassen oder ein mögliches wettbewerbsfeindliches Verhalten öffentlich-rechtlicher Veranstalter auf den jeweiligen Märkten bewirkt wird.¹⁸⁰

In der Literatur finden sich verschiedene Ansichten zur Erforderlichkeit der Gebührenfinanzierung der jeweiligen Aufgabe. Von einigen Autoren wird die Auffassung vertreten, nur solche Angebote seien erfasst, die von den Privaten nicht angeboten werden (können).¹⁸¹ Dieser Ansatz einer Zerlegung des Auftrags in einzelne Angebote findet sich auch in einem Diskussionspapier der Generaldirektion Wettbewerb über die Anwendung der Art. 86 Abs. 2, 87 und 88 EG-Vertrag im Rundfunksektor aus dem Jahr 1998.¹⁸² Zwar kann der öffentlich-rechtliche Auftrag laut Diskussionspapier auch Dienste umfassen, die auch von den privaten Sendern angeboten werden. Ist es jedoch den Rundfunkanstalten erlaubt, Einnahmen sowohl aus Gebühren als auch aus Werbung zu erzielen (Mischfinanzierung), sei eine Voraussetzung für das Angebot solcher Dienste, dass sie unmittelbar mit den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen jeder

Gesellschaft sowie mit dem Erfordernis verknüpft sind, den Pluralismus in den Medien zu wahren. Dies treffe – so das Diskussionspapier – nicht auf alle Programme zu. Als Beispiele in diese Kategorie fallender Dienste werden „Informationsdienste; Bildungsdienste; Kulturdienste; Programme mit regionaler Reichweite und/oder speziell für gesellschaftliche und ethische Minderheiten“ genannt. Nicht erfasst seien hingegen Sportveranstaltungen und Unterhaltungssendungen. Bei Serien und Spielfilmen hänge die Einordnung davon ab, ob die Rundfunkanstalten spezifische Verpflichtungen träfen. In den genannten Mitteilungen und Entscheidungen der Kommission spiegelt sich eine solche Ansicht nicht wider.

Andere betonen hingegen die Kompetenz der Mitgliedstaaten, den Funktionsauftrag der Rundfunkanstalten zu definieren.¹⁸³

Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne wird zum Teil darauf verwiesen, dass sich die Konkurrenzsituation zwischen öffentlich-rechtlichen und privaten Sendern – wegen sprachlicher und kultureller Unterschiede – weitgehend auf die nationalen Märkte beschränke, während dem durch die Gebührenfinanzierung gesicherten Pluralismus eine besondere Relevanz zukomme.¹⁸⁴

4.4 Notifizierungspflicht

Eine Rechtsfolge der Einordnung als Beihilfe ist – bei Vorliegen weiterer Voraussetzungen – die Pflicht zur Notifizierung. Eine solche Pflicht besteht laut Art. 88 Abs. 3 EGV nur bei einer „beabsichtigten Einführung oder Umgestaltung“ von Beihilfen. Für bereits bestehende Beihilfen gilt hingegen Art. 88 Abs. 1 EGV, wonach eine fortlaufende Überprüfung in Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten stattfindet. Bei neuen bzw. umgestalteten Beihilfen ordnet die Kommission im Falle der

¹⁸⁰ Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, ABl. C 320 vom 15.11.2001, S. 5–11, Rdnr. 61.

¹⁸¹ Selmer/Gersdorf, Finanzierung, S. 85ff.

¹⁸² EU-Diskussionspapier (GD IV) zum öffentlich-rechtlichen Rundfunk, in: epd medien Nr. 77 vom 03.10.1998, S. 26ff.

¹⁸³ Ruttig, Gebührenfinanzierung, S. 226ff. bei der Prüfung der Erforderlichkeit im Rahmen der Verhältnismäßigkeit gem. Art. 87 Abs. 3 d) EGV. Vgl. auch Damm, Gebührenprivileg, S. 153ff.

¹⁸⁴ Ruttig, Gebührenfinanzierung, S. 242ff.

Unvereinbarkeit der Beihilfe mit dem Markt Maßnahmen wie Umgestaltung oder Aufhebung mit Wirkung für die Vergangenheit an und trifft gegebenenfalls eine Rückforderungsentscheidung.¹⁸⁵

Die Abgrenzung zwischen bestehenden und neu eingeführten bzw. umgestalteten Beihilfen ist also von hoher Relevanz.

Regelungen hierzu finden sich in der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates vom 22. März 1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrags (Verfahrensordnung).¹⁸⁶

Nach Artikel 1 Buchstabe b) Ziffer i sind bestehende Beihilfen „alle Beihilfen, die vor Inkrafttreten des Vertrags in dem entsprechenden Mitgliedstaat bestanden, also Beihilferegulungen und Einzelbeihilfen, die vor Inkrafttreten des Vertrags eingeführt worden sind und auch nach dessen Inkrafttreten noch anwendbar sind“. Gem. Artikel 1 Buchstabe b) Ziffer v sind auch Beihilfen umfasst, „die als bestehende Beihilfen gelten, weil nachgewiesen werden kann, dass sie zu dem Zeitpunkt, zu dem sie eingeführt wurden, keine Beihilfe waren und später aufgrund der Entwicklung des Gemeinsamen Marktes zu Beihilfen wurden, ohne dass sie eine Änderung durch den betreffenden Mitgliedstaat erfahren haben.“¹⁸⁷

Auch genehmigte Beihilfen gelten als bestehende Beihilfen (Art. 1 Buchstabe b) Ziffer ii der Verfahrensordnung).

Ferner sind bestehende Beihilfen auch solche, die durch Fristablauf (Art. 4 Abs. 6 VfVO) oder Verjährung (Art. 15 VfVO) als genehmigt bzw. bestehend gelten.

In der Literatur wird darauf verwiesen, dass die Anstalten der ARD bereits vor dem Inkrafttreten des EWG-Vertrages am 1. Januar 1958 durch Gebühren finanziert wurden, das ZDF aber erst 1961 gegründet worden sei.¹⁸⁸ Zum Teil wird die mehrfache Gebührenerhöhung,¹⁸⁹ die Einführung des dualen Systems,¹⁹⁰ die Erweiterung des Begünstigtenkreises durch die Gründung des ZDF und die Entstehung neuer Rundfunkanstalten in den neuen Bundesländern¹⁹¹ oder die Einführung neuer Dienste¹⁹² als Umgestaltung gewertet.

In der Entscheidung zum BBC Digital Curriculum hatte die Kommission die Frage zu klären, ob die Finanzierung von Online-Diensten – in den rechtlichen Grundlagen als „Annexdienste“ bezeichnet – als bestehende Beihilfe anzusehen ist. Die Kommission stellte dabei auf die Natur des Dienstes und die Übereinstimmung mit der Reichweite der BBC Charta ab: „The Commission acknowledges that education has been an element of BBC’s public service throughout its existence. It further notes that it could be argued that the natural or logical evolution of a public service that manifests itself in an expansion of the scope of related activities and a deployment of more resources does not change the purpose of that public service.“ Die Kommission sieht die Finanzierung von Online-Diensten aber nur insoweit als bestehende Beihilfen an, als diese Dienste eng verbunden („closely associated“) mit den Fernseh- und Hörfunkdiensten sind. Dies sei bei dem Digital Curriculum, das Gegenstand der Prüfung war, nicht der Fall. Viel-

¹⁸⁵ Vgl. Art. 13 Abs. 1 S. 2 i.V.m. Art. 7 Abs. 5 („Negativentscheidung“) und Art. 14 Abs. 1 („Rückforderungsentscheidung“) der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates vom 22. März 1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrags (Verfahrensordnung), ABl. L 83 vom 27.3.1999; abrufbar unter http://europa.eu.int/eur-lex/pri/de/oj/dat/1999/l_083/l_08319990327de00010009.pdf.

¹⁸⁶ ABl. L 83 vom 27.3.1999; abrufbar unter http://europa.eu.int/eur-lex/pri/de/oj/dat/1999/l_083/l_08319990327de00010009.pdf.

¹⁸⁷ Weiter heißt es aber: „Werden bestimmte Maßnahmen im Anschluss an die Liberalisierung einer Tätigkeit durch gemeinschaftliche Rechtsvorschriften zu Beihilfen, so gelten derartige Maßnahmen nach dem für die Liberalisierung festgelegten Termin nicht als bestehende Beihilfen.“

¹⁸⁸ Ruttig, Gebührenfinanzierung, S. 249.

¹⁸⁹ Damm, Gebührenprivileg, S. 158 f.; a.A. Ruttig, Gebührenfinanzierung, S. 250.

¹⁹⁰ Engel, Spartenprogramme, S. 59 f.

¹⁹¹ Für die neuen Bundesländer ist der Stichtag der 3.10.1990; vgl. Bär-Bouyssièrè in: Schwarze, EUV/EGV, Art. 88 EGV, Rdnr. 8.

¹⁹² Ruttig, Gebührenfinanzierung, S. 250f.

mehr gehe das Angebot über das bisherige Angebot der BBC hinaus.¹⁹³

Der EuGH hat im Fall des „Office national du ducroire (OND)“ – einer öffentlichen Einrichtung, die insbesondere den Auftrag hat, die mit Außenhandelsgeschäften verbundenen Risiken zu decken – entschieden, bei einer weiten Rechtsgrundlage¹⁹⁴ könne die faktische Ausdehnung des Tätigkeitsgebiets einer öffentlichen Einrichtung, der der Staat aufgrund von Rechtsvorschriften, die vor dem Inkrafttreten des EWG-Vertrages erlassen wurden, Beihilfen gewährt, nicht als Einführung oder Umgestaltung einer Beihilfe angesehen werden, die der Verpflichtung zur vorherigen Anzeige und dem Verbot der Durchführung nach Art. 88 Abs. 3 EGV unterliege. Eine solche Ausdehnung berühre nicht die durch diese Rechtsvorschriften eingeführte Beihilferegelung.¹⁹⁵ Entscheidend sei, ob sich der rechtliche Rahmen verändert habe.¹⁹⁶

¹⁹³ Entscheidung der Kommission im Fall N 37/2003 vom 01.10.2003, „BBC Digital Curriculum“, C(2003) 3371 fin, Rdnr. 36; abrufbar unter http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/comp-2003/n037-03.pdf.

¹⁹⁴ Vgl. EuGH, Rs. C-44/93, „Assurances de Credit/OND und Belgien“, Slg. 1994, I-3829, Rdnr. 24: „Diese Rechtsvorschriften bestimmten den Zweck des OND und die Bereiche seines Handelns sehr allgemein.“

¹⁹⁵ EuGH, Rs. C-44/93, „Assurances de Credit/OND und Belgien“, Slg. 1994, I-3829, Rdnr. 22ff.; insbes. Rdnr. 35.

¹⁹⁶ EuGH, Rs. C-44/93, „Assurances de Credit/OND und Belgien“, Slg. 1994, I-3829, Rdnr. 28: „Maßstab für die Einstufung einer Beihilfe als neue oder umgestaltete Beihilfe sind die Bestimmungen, in denen sie vorgesehen ist, sowie die dort vorgesehenen Modalitäten und Beschränkungen.“

5. Anwendung der Beihilferegeln auf Online-Dienste öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten in Deutschland

Im Anschluss an die Darstellung der Ansichten zur Einordnung der Finanzierung öffentlich-rechtlichen Rundfunks in das Beihilferegime soll nun untersucht werden, inwieweit die Gebührenfinanzierung öffentlich-rechtlicher Online-Angebote mit dem Europäischen Primärrecht vereinbar ist. Zu den oben dargestellten strittigen Fragen soll insoweit Stellung bezogen werden, als diese Fragen im Hinblick auf Online-Dienste öffentlich-rechtlichen Rundfunks relevant sind. Dabei ist zwischen der expliziten Online-Ermächtigung in § 11 Abs. 1 Satz 2 RStV für so genannte Annexdienste und genuinen Online-Angeboten, die die Anstalten aufgrund des allgemeinen Programmauftrages – unterstellt, Online-Dienste seien davon erfasst – oder nach einer möglichen Erweiterung ihres Auftrages anbieten, zu unterscheiden.

Nach dem oben Gesagten stellt sich zunächst die Frage, ob überhaupt eine Beihilfe gemäß Art. 87 Abs. 1 EGV vorliegt und – falls dies bejaht wird – ob eine Ausnahme nach Art. 87 Abs. 3d oder Art. 86 Abs. 2 EGV vorliegt.

5.1 Auslegungsprinzipien aus Art. 10 EGV

Bei der Beantwortung dieser Frage aktualisiert sich an einem konkreten Beispiel das latente Problem der Abgrenzung der Kompetenzen von Mitgliedstaaten und Kommission im Bereich des Rundfunks. Werden Regelungskompetenzen nicht nach Sachbereichen getrennt, sondern sind für einen Sachbereich im Hinblick auf unterschiedliche Regelungsziele verschiedene Kompetenzträger zuständig, bedarf es Regeln zur Auflösung der Kollision. Für den Rundfunk zeigt sich dies auch innerhalb des Rechts der Mitgliedstaaten, in Deutsch-

land etwa im Hinblick auf die Bundesgesetzgebungskompetenz für Telekommunikation und das Recht der Wirtschaft (Art. 73 Nr. 7, Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) und der Zuständigkeit der Länder für die Rundfunkordnung.

Auf europäischer Ebene ist bei Kompetenzkonflikten Art. 10 EGV von Bedeutung:

Art. 10 EGV wird allgemein – und auch vom EuGH – als grundsätzliche Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit interpretiert, die auch die Gemeinschaft gegenüber den Mitgliedstaaten verpflichtet.¹⁹⁷ In diesem Zusammenhang wird auch Art. 6 Abs. 3 EUV angeführt, wonach die Gemeinschaft die nationale Identität der Mitgliedstaaten zu achten hat.¹⁹⁸

Im Verhältnis zwischen den Gemeinschaftsorganen und den Mitgliedstaaten wird aus Art. 10 EGV das aus der „Gemeinschaftstreue folgende Gebot wechselseitiger Rücksichtnahme“¹⁹⁹ hergeleitet, das auch einen „Grundsatz mitgliedstaatsfreundlichen Verhaltens“²⁰⁰ umfasst.

Wie weit diese Loyalitätspflicht der Gemeinschaft im Einzelnen geht, ist umstritten. Zum Teil wird davon ausgegangen, dass die Europäischen Organe nicht auf jede nationale Besonderheit, auch wenn sie verfassungsrechtlich geschützt ist, Rücksicht nehmen müssen.

¹⁹⁷ EuGH, Rs. C-2/88, „Imm., Zwartfeld u.a.“, Slg. 1990, I-3365, Rn. 17; Rs. 230/81, „Luxemburg/Parlament“, Slg. 1983, 255 Rn. 37.

¹⁹⁸ Hatje in: Schwarze, EUV/EGV, Art. 10 EGV, Rdnr. 52.

¹⁹⁹ Kahl in: Callies/Ruffert, EUV/EGV, Art. 10 EGV, Rdnr. 52; Hailbronner, JZ 1990, S. 153.

²⁰⁰ Kahl in: Callies/Ruffert, EUV/EGV, Art. 10 EGV, Rdnr. 50.

ten.²⁰¹ Auch die „nationale Identität“ wird nicht als absolut geschütztes Rechtsgut angesehen.²⁰²

Allerdings lassen sich daraus zumindest zwei Prinzipien ableiten, die die Rücksichtnahme bei der Kompetenzausübung betreffen und auf eine – nach deutscher Diktion – praktische Konkordanz hinauslaufen. Zum einen haben die Organe der Gemeinschaft wenn vielleicht auch nicht jede Verfassungsnorm der Mitgliedstaaten – das soll hier nicht entschieden werden – wohl aber die basalen Prinzipien der Verfassung zu beachten. Zum anderen besteht eine Strategie der Auflösung von Kollisionen in dem Test, welche Auswirkungen eine Lösungsmöglichkeit des Konfliktes auf die beiden Kompetenzträger hat. Diesem Prinzip zufolge darf eine Lösung nicht dazu führen, dass die Handlungsmöglichkeiten eines Kompetenzträgers vollständig konterkariert werden.²⁰³ Das erstgenannte Prinzip wird im Hinblick auf den Grundsatz der Staatsfreiheit des Rundfunks in Deutschland relevant, das zweite beim Verständnis des Auftrages der Rundfunkanstalten im dualen System.

²⁰¹ Hatje in: Schwarze, EUV/EGV, Art. 10 EGV, Rdnr. 53; Weitreichender Epiney, EuR 1994, S. 314. Vgl. auch Pernice, Kompetenzabgrenzung im Europäischen Verfassungsverbund, S. 24. Nach Kahl in: Callies/Ruffert, EUV/EGV, Art. 10 EGV, Rdnr. 477 sind „unverhältnismäßige Eingriffe in die Grundstrukturen des Verfassungsrechts“ untersagt. Hailbronner, JZ 1990, S. 152, zufolge sind die Gemeinschaftsorgane dazu verpflichtet, keine nationalen verfassungsrechtlichen Grundsätze zu verletzen. Laut Bundesverfassungsgericht ist im Zustimmungsgesetz zum Beitritt zu einer Staatengemeinschaft die demokratische Legitimation sowohl der Existenz der Staatengemeinschaft selbst als auch ihrer Befugnisse zu Mehrheitsentscheidungen, die die Mitgliedstaaten binden, zu sehen. „Allerdings findet das Mehrheitsprinzip gemäß dem aus der Gemeinschaftstreue folgenden Gebot wechselseitiger Rücksichtnahme eine Grenze in den Verfassungsprinzipien und elementaren Interessen der Mitgliedstaaten.“ BVerfGE 89, 155, 184.

²⁰² Hatje in: Schwarze, EUV/EGV, Art. 10 EGV, Rdnr. 53.

²⁰³ Vgl. Vesting, Prozedurales Rundfunkrecht, S. 262, der die Möglichkeit einer positiven, gegenseitig stimulierenden Konkurrenz zwischen europäischem und deutschem Recht anspricht.

5.1.1 Der Grundsatz der Staatsfreiheit

Die Frage der Definition der Aufgabe der Rundfunkanstalten ist nicht nur auf europäischer Ebene, sondern auch in Deutschland Gegenstand einer Debatte. Zentraler Punkt ist hierbei, welche Regelungstiefe die gesetzlichen Grundlagen der Rundfunkanstalten haben *müssen* (Frage des Gesetzesvorbehalts) und wie detailliert die Regelungen sein *dürfen* (primär eine Frage der Staatsfreiheit). Dabei ist unstreitig, dass öffentlich-rechtlicher Rundfunk nur auf gesetzlicher Grundlage erfolgen darf, eine staatliche Intervention in die Programminhalte aber gegen den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Staatsfreiheit des Rundfunks verstößt.

Der Aspekt der Staatsfreiheit wurde bereits in der ersten Rundfunkentscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1961 hervorgehoben. Art. 5 GG schließe es aus, dass der Staat unmittelbar oder mittelbar eine Anstalt oder Gesellschaft beherrscht, die Rundfunksendungen veranstaltet.²⁰⁴

Aufgrund der geschichtlichen Erfahrungen – der Umgestaltung des Rundfunks in einen „Staatsrundfunk“ in den 30er Jahren des letzten Jahrhunderts und dem Missbrauch des Rundfunks als Propagandamittel durch die Nationalsozialisten – enthält Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG nicht nur das Ziel des Pluralismus, sondern auch die Vorgabe, dass der Rundfunk weder dem Staat noch einzelnen gesellschaftlichen Gruppen ausgeliefert sein darf.²⁰⁵ Auch die folgenden Rundfunkentscheidungen durchzieht der Grundsatz der Staatsfreiheit als roter Faden.²⁰⁶

Die Staatsfreiheit schützt nicht nur vor unmittelbaren Einwirkungen auf die Inhalte des Rundfunks, sondern greift auch bei einer staat-

²⁰⁴ BVerfGE 12, 205, 263.

²⁰⁵ BVerfGE 12, 205, 262.

²⁰⁶ BVerfGE 31, 314, 329 (2. Rundfunkentscheidung), 57, 295, 320 (3. Rundfunkentscheidung), 73, 118, 182ff. (4. Rundfunkentscheidung); 74, 297, 349 (5. Rundfunkentscheidung), 83, 238, 322ff. (6. Rundfunkentscheidung); 87, 181, 197f. (7. Rundfunkentscheidung); 90, 60, 88ff. (8. Rundfunkentscheidung); 97, 298, 314 („extra radio“).

lichen Ausgestaltung von Organisation und Verfahren der Rundfunkveranstaltung, sofern hierdurch ein (mittelbarer) Einfluss auf die Inhalte ausgeübt werden kann. Das Gebot wendet sich – so das Bundesverfassungsgericht – auch gegen „die subtileren Mittel indirekter Einwirkung, mit denen sich staatliche Organe Einfluss auf das Programm verschaffen oder Druck auf die im Rundfunk Tätigen ausüben können“.²⁰⁷

So sah etwa das Bundesverfassungsgericht in der Festlegung der Gebührenhöhe ein Einfallstor staatlicher Intervention in das Programm und entschied, dass das damalige Modell wegen mangelnder Staatsferne und fehlender Sicherung der zur Erfüllung des Rundfunkauftrags erforderlichen finanziellen Mittel verfassungswidrig sei.²⁰⁸

Auch formale Festlegungen des Angebots der Rundfunkanstalten können den Grundsatz der Staatsfreiheit verletzen. Laut Bundesverfassungsgericht lässt sich die Frage nach Inhalt und Form der Darbietungen nicht völlig von derjenigen nach Anzahl und Umfang der Programme trennen.

„In der Entscheidung über die als nötig angesehenen Inhalte und Formen liegt zugleich eine Entscheidung über die zu ihrer Verwirklichung benötigte Zeit und damit auch über den Umfang des Programms. Diese Entscheidung wird daher ebenfalls grundsätzlich vom Schutz der Rundfunkfreiheit umfasst und ist folglich primär Sache der Rundfunkanstalten.“²⁰⁹

Inwieweit Programmzahlvorgaben mit dem Grundsatz der Staatsfreiheit vereinbar sind, ist umstritten.²¹⁰ Zum Teil wird die Programmzahl dem organisatorischen Rahmen zugerech-

net, dessen Setzung Aufgabe des Gesetzgebers sei.²¹¹ Die Staatsfreiheit stehe einer Programmzahlbegrenzung nicht entgegen, da bei einer rein numerischen Begrenzung keine inhaltliche Bewertung der Programme erfolge und somit das Risiko einer sachwidrigen Einflussnahme durch den Staat minimiert werde. Nach anderer Auffassung begrenzen und bestimmen solche Vorgaben die publizistischen Ausdrucksmöglichkeiten. Die Programmautonomie der Rundfunkanstalten umfasse auch Art und Umfang der Programme, da nur so sichergestellt werden könne, dass aus publizistischen Gründen getroffene Entscheidungen auch umgesetzt werden könnten und nicht von einer staatlichen Entscheidung abhängen.²¹²

Soweit eine Konkretisierung des Angebots den Grundsatz der Staatsfreiheit verletzt, ist sie dem Gesetzgeber in Deutschland untersagt. Sie ist auch nicht zur Wahrung des Gesetzesvorbehalts erforderlich. Laut Bundesverfassungsgericht sind zwar wesentliche Entscheidungen durch den Gesetzgeber zu treffen, es sei aber außerdem sicherzustellen,

„dass staatliche Entscheidungen möglichst richtig, das heißt von den Organen getroffen werden, die dafür nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen verfügen.“²¹³

Dieser Grundsatz der Funktionsgerechtigkeit kann es erforderlich machen, Konkretisierungsbefugnis auf sachnähere Einheiten zu übertragen, solange sichergestellt ist, dass die sich aus dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip ergebenden Anforderungen wie die Öffentlichkeit der Debatte, der Ausgleich widerstreitender Interessen, Rechtssicherheit,

²⁰⁷ BVerfGE 90, 60, 88 unter Verweis auf BVerfGE 73, 118, 183.

²⁰⁸ BVerfGE 90, 60, 97.

²⁰⁹ BVerfGE 87, 181, 201.

²¹⁰ Zum Teil wird von einer Verletzung der Staatsfreiheit ausgegangen: Hoffmann-Riem, Regulierung, S. 202ff.; Eifert, ZUM 1999, S. 601; a.A. in Bezug auf reine Programmzahlbegrenzungen Lerche, Gestaltungskompetenz, S. 244; Degenhart, ZUM 2000, S. 362.

²¹¹ Lerche, Gestaltungskompetenz, S. 244; Schreier, Selbstverwaltungsrecht, S. 350.

²¹² Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 202ff.; Eifert, ZUM 1999, S. 601.

²¹³ BVerfGE 68, 1, 86. Dies betont das Gericht auch in seiner Entscheidung zur Rechtschreibreform, BVerfGE 98, 218, 251.

Verlässlichkeit und Vorhersehbarkeit erfüllt werden.²¹⁴

Der Gesetzgeber hat sich also in jedem Fall eines inhaltlichen Einflusses zu enthalten. Er muss bei der Gestaltung der Rundfunkordnung inhaltliche Vorgaben auch formaler Art unterlassen und vorrangig an Organisation und Verfahren anknüpfen (wobei auch hierbei Rückwirkungen auf das Programm beachtet werden müssen).

Bei dem Grundsatz der Staatsfreiheit der Medien handelt es sich um einen elementaren verfassungsrechtlichen Grundsatz, der nicht nur in Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG, sondern auch im Demokratie- und im Gewaltenteilungsgebot in Art. 20 GG verankert ist.²¹⁵ Art. 20 GG gehört zu den von der Ewigkeitsgarantie in Art. 79 Abs. 3 GG²¹⁶ umfassten Grundprinzipien Deutschlands, die nicht einmal Gegenstand einer Verfassungsänderung sein dürfen. Es ist den deutschen Gesetzgebern daher rechtlich unmöglich, eine der Staatsfreiheit zuwiderlaufende Regelung in Bezug auf die Aufgabenzuweisung öffentlich-rechtlichen Rundfunks zu treffen. In einem Fall der Unmöglichkeit der Durchführung einer Entscheidung müssen laut EuGH die Kommission und der jeweilige Mitgliedstaat „gemäß dem Grundsatz, dass den Mitgliedstaaten und den Gemeinschaftsorganen gegenseitige Pflichten zur loyalen Zusammenarbeit obliegen, [...] redlich zusammenwirken, um die Schwierigkeiten unter vollständiger Beachtung der Bestimmun-

gen dieses Vertrags, insbesondere derjenigen über die Beihilfen, zu überwinden.“²¹⁷

Die europarechtlichen Vorschriften sind daher wegen des Grundsatzes der Gemeinschaftstreue Art. 10 EGV so auszulegen, dass sie sowohl dem Grundsatz der Staatsfreiheit als auch den Zielen der Art. 87 ff. EGV gerecht werden. In diesem Zusammenhang ist auch der Entwurf des Verfassungsvertrags relevant: Da Artikel II-11, Absatz 2 bestimmt, dass die Gemeinschaft die Freiheit der Medien und ihre Pluralität achtet, könnte sich auch daraus eine Pflicht zur Beachtung des Grundsatzes der Staatsfreiheit ableiten. Artikel II-36 erkennt zudem einen Spielraum der Mitgliedstaaten bei der Beauftragung der Anbieter von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse an, der auch eine Beauftragung auf anderem Wege als durch detaillierte Rechtsvorschriften ermöglicht. Nach dieser Norm anerkennt und achtet die Union den Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, wie er durch die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften *und Gepflogenheiten* im Einklang mit der Verfassung geregelt ist, um den sozialen und territorialen Zusammenhalt der Union zu fördern.

5.1.2 Strukturmerkmale der dualen Rundfunkordnung

Dem oben genannten Prinzip praktischer Konkordanz in Art. 10 EGV zufolge darf eine Lösung nicht dazu führen, dass die Handlungsmöglichkeit eines Kompetenzträgers vollständig konterkariert wird. Erzwänge etwa eine Auslegung des Europäischen Beihilferechts die Beauftragung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks mit exklusiven Dienstleistungen, wäre ein Strukturmerkmal des dualen Rundfunks in Deutschland aufgehoben, nämlich die strukturelle Diversifizierung (s.o. 2.2.1).²¹⁸ Umgekehrt würde eine andere Auslegung die

²¹⁴ In Bezug auf den Rundfunk hat das Gericht herausgestellt: „Unter der Voraussetzung, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk seine [...] Grundfunktion wahrnehmen kann und tatsächlich wahrnimmt, ist der Gesetzgeber verfassungsrechtlich nicht gehalten, detaillierte oder gar lückenlose Regelungen des in Frage stehenden Inhalts zu treffen und ihre Befolgung durch organisatorische und Verfahrensregelungen zu sichern. Es muss genügen, wenn er eine Grundregel schafft, in welcher das Wesentliche zum Ausdruck gelangt“, BVerfGE 73, 118, 163.

²¹⁵ Gersdorf, Staatsfreiheit, S. 50 ff., 72 f.

²¹⁶ „Eine Änderung dieses Grundgesetzes, durch welche die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden, ist unzulässig.“

²¹⁷ EuGH, Rs. C-52/84, „Kommission/Belgien“, Slg. 1986, 16, Rdnr. 16; Rs. C-94/87, „Kommission/Deutschland“, Slg. 1989, S. 175, Rdnr. 9.

²¹⁸ Vgl. hierzu auch Wiedemann, epd Nr. 68 vom 01.09.2004, S. 8.

Anwendung des Beihilferegimes der EU nicht grundsätzlich verändern, sondern nur für einen Bereich eine andere Interpretation der Grundsätze erforderlich machen.

Diese Auslegungsprinzipien sind bei der abschließenden Prüfung der Art. 86ff. EGV zu beachten.

5.2 Vorliegen einer Beihilfe nach Art. 87 Abs. 1 EGV

5.2.1 Begünstigung

Sowohl laut der Altmark Trans-Entscheidung des EuGH als auch den Kommissionsentscheidungen hängt es von mehreren Kriterien ab, ob eine Zuwendung an Anbieter, die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unterliegen, eine Begünstigung und damit eine Beihilfe im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EGV darstellt. Die Kriterien lassen sich in zwei Gruppen einteilen: die Definition der Aufgabe und die Finanzierung der Aufgabe.

Das erste Kriterium der Altmark Trans-Entscheidung betrifft die Aufgabendefinition. Dieses Kriterium besteht aus drei Anforderungen: Es muss sich bei der Bereitstellung des Angebots um eine gemeinwirtschaftliche Verpflichtung handeln, die Verpflichtung muss „klar definiert“ sein, und die öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt muss mit der Erfüllung der Verpflichtung betraut sein.

Dass eine Ausnahme auf Tatbestandsebene nur dann besteht, wenn sich die gemeinwirtschaftliche Verpflichtung auf einzelne, von den unter Marktbedingungen angebotenen Tätigkeiten sachlich abgrenzbare Dienstleistungen (wie etwa die Entsorgung von Altöl) bezieht, ist der Ferring- und Altmark Trans-Entscheidung nicht zu entnehmen. Auch Tätigkeiten, die sich in der Art der Erbringung von den sonstigen, am Markt angebotenen Dienstleistungen unterscheiden (etwa das ständige Bereithalten eines bestimmten Sortiments von Arzneimitteln oder die Gewährleistung einer ausreichenden Verkehrsbedienung und Sondertarife für bestimmte Gruppen von Reisenden), können als Gegenleistung für gewährte Mittel das Vorliegen einer Beihilfe ausschlie-

ßen. Im Falle des öffentlich-rechtlichen Rundfunks kommt die Produktion von Rundfunk, bei der bestimmte, von der Verfassung und dem ausgestaltenden Gesetzgeber vorgegebene Ziele berücksichtigt werden müssen, als „gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen“, für die die Rundfunkgebühr einen Ausgleich darstellt, in Betracht. Dies wird unter 5.2.1.1 untersucht.

Die weiteren Kriterien des Urteils haben die Finanzierung des Angebots zum Gegenstand. Zwei davon beziehen sich explizit auf das Verfahren der Ermittlung der Finanzierungshöhe:²¹⁹ Zum einen sind die Parameter, anhand deren der Ausgleich berechnet wird, zuvor objektiv und transparent aufzustellen, um zu verhindern, dass der Ausgleich einen wirtschaftlichen Vorteil mit sich bringt, der das Unternehmen, dem er gewährt wird, gegenüber anderen Unternehmen begünstigt. Zum anderen ist – soweit kein öffentliches Vergabeverfahren durchgeführt wurde – die Höhe des Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen, das so angemessen mit Mitteln ausgestattet ist, dass es den gestellten gemeinwirtschaftlichen Anforderungen genügen kann, bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte, wobei die dabei erzielten Einnahmen und ein angemessener Gewinn aus der Erfüllung dieser Verpflichtung zu berücksichtigen sind.

Schließlich – so das an dritter Stelle in der Entscheidung genannte Kriterium – darf der Ausgleich nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen ganz oder teilweise zu decken. Die Kommission hat in Konkretisierung des Kriteriums der Verhinderung einer Überkompensation auf eine Verfahrenskontrolle abgestellt: Die rechtlichen Grundlagen der Rundfunkanstalten hätten ein-

²¹⁹ Vgl. Santamato/Pesaresi, Competition Policy Newsletter, No. 1 2004, S. 18.

deutige Bestimmungen zu enthalten, die Quersubventionierungen und einen Missbrauch der Kompensation verhindern. Außerdem hätten die Vorschriften auch Mechanismen der Kontrolle vorzusehen. Von einer Überkompensation geht die Kommission aus, wenn Angebote aus den Zuwendungen finanziert werden, die nicht unter den öffentlich-rechtlichen Auftrag fallen. Hier besteht also wiederum eine Verbindung zu den Vorgaben der ersten Kategorie.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Vorgaben dieser Kategorie vor allem das Verfahren der Ermittlung der Gebühren betreffen, aber ebenso gesetzliche Vorgaben, die einen Missbrauch der Gebührengelder im Nachhinein ausschließen.

Darauf, ob ein privater Investor die Mittel ebenfalls gewährt hätte, stellt der Gerichtshof im Gegensatz zu einer in der Literatur vertretenen Auffassung (s. o. 4.1.1.5) nicht ab. Die Entscheidungen, in denen der EuGH einen privaten Investor als Maßstab wählte, bezogen sich auf Kapitalzuwendungen an auf dem Markt agierende Unternehmen. Nur wenn für die Dienstleistung auch ein kommerzieller Markt vorhanden ist, kann dieser zum Maßstab gemacht werden. Soll aber, wie in der Ferring- und Altmark Trans-Entscheidung deutlich wird, auch der Ausgleich für eine Dienstleistung aus dem Anwendungsbereich des Beihilferegimes herausfallen, die auf dem Markt nicht bzw. nicht in einer dem allgemeinen wirtschaftlichen Interesse entsprechenden Weise angeboten würde, sind andere Kriterien als die Sichtweise eines privaten Investors anzulegen, um die Angemessenheit des Ausgleichs festzustellen.²²⁰ Die Anforderungen an die Finanzierung werden unter 5.2.1.2 untersucht.

5.2.1.1 Umfang und Art der Beauftragung der Rundfunkanstalten mit dem Angebot von Online-Diensten

Da die vollständige Bewertung des Gebührenfestsetzungsverfahrens im Lichte der Altmark

Trans-Kriterien den Rahmen dieser Untersuchung übersteigen würde und das Verfahren das gesamte Angebot der Rundfunkanstalten betrifft und nicht nur die Online-Dienste, liegt der Schwerpunkt der Untersuchung auf den Anforderungen an die Aufgabendefinition in Bezug auf Online-Dienste. Die Aufgabendefinition ist an zwei Stellen der Prüfung relevant. Bei Vorliegen der weiteren Kriterien der Altmark Trans-Entscheidungen schließt eine den europäischen Vorgaben entsprechende Beauftragung bereits das Vorliegen einer Beihilfe aus. Fehlt es an einem der anderen Kriterien, ist die Definition im Rahmen des Art. 86 Abs. 2 EGV von Bedeutung.

Zu klären ist, inwieweit das Angebot von Online-Diensten eine gemeinwirtschaftliche Verpflichtung darstellt und auf welche Weise und wie detailliert die Festlegung der von der öffentlich-rechtlichen Aufgabe erfassten Dienste sein muss, um den in Abschnitt 4.1.1.6 dargestellten Anforderungen zu genügen.

5.2.1.1.1 Online-Dienste als Teil des öffentlich-rechtlichen Auftrags

5.2.1.1.1.1 Die Kompetenz der Mitgliedstaaten zur Definition des Auftrags

Die Kommission hat bereits in ihrer Mitteilung aus 2001 herausgestellt, dass die Definition der Aufgaben der Rundfunkanstalten in die Kompetenz der Mitgliedstaaten fällt. Dies entspricht auch dem Amsterdamer Protokoll, wonach der Auftrag „von den Mitgliedstaaten den Anstalten übertragen, festgelegt und ausgestaltet wird“. Da öffentlich-rechtlicher Rundfunk „in den Mitgliedstaaten unmittelbar mit den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen“ der Gesellschaft verknüpft ist, verbieten sich Maßnahmen europäischer Institutionen, die eine Harmonisierung der Aufgaben öffentlich-rechtlichen Rundfunks zur Folge hätten (vgl. auch Art. 151 EGV: „unter Ausschluss jeglicher Harmonisierung“). Vielmehr hat die Europäische Union nach Art. 6 EU-Vertrag neben den Grundrechten, „wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts

²²⁰ So auch Koenig/Kühling in: Streinz, EUV/EGV, Art. 87 EGV, Rdnr. 33.

ergeben“, auch die „nationale Identität ihrer Mitgliedstaaten“ zu achten. Auch Artikel II-36 des Entwurfs des Vertrags über eine Verfassung in Europa besagt, dass die Union den Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse anerkennt und achtet, „wie er durch die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten im Einklang mit der Verfassung geregelt ist.“

Die Definition des Auftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks ist somit Ausdruck der Identität der einzelnen Mitgliedstaaten.

Die Kommission prüft nach eigener Aussage nur „offensichtliche Fehler“. Sie beachtet daher Art. 10 EGV, indem sie sich auf eine Evidenzkontrolle beschränkt und folglich nur prüfen kann, ob der Mitgliedstaat seinen Spielraum dadurch überschritten hat, dass er den Begriff der demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnisse in nicht mehr vertretbarer Weise auslegt. Aufgrund der Entscheidungsprärogative der Mitgliedstaaten hat die Kommission ausführlich zu begründen, warum bestimmte Angebote nicht den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen jeder Gesellschaft dienen.

5.2.1.1.1.2 Online-Dienste und Rundfunkbegriff

In der Entscheidung zum BBC Digital Curriculum und in Aufforderung zur Abgabe einer Stellungnahme im Verfahren um den niederländischen öffentlich-rechtlichen Rundfunk lässt die Kommission die Auffassung erkennen, dass Rundfunk und Online-Dienste voneinander getrennte Bereiche und Internet-Angebote nur dann dem herkömmlichen Rundfunk zuzurechnen seien, wenn sie in enger Verbindung („close association“) mit diesem angeboten würden. Sofern diese enge Verbindung nicht bestehe, lägen spezifische, vom Rundfunk trennbare Dienstleistungen vor.²²¹

²²¹ Aufforderung zur Abgabe einer Stellungnahme gemäß Artikel 88 Abs. 2 EG-Vertrag im Verfahren C 2/04 (ex NN 170/03) – Ad-hoc-Beihilfe zugunsten der niederländischen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten und der NOB (2004/C 61/05), ABl. C 61 vom 10.03.2004, S. 8ff.; Rdnr. 84 (abrufbar unter <http://europa.eu.int/eur-lex/pri/de/oj/dat/2004/>

In der Entscheidung zum BBC Digital Curriculum hat die Kommission trotz ihrer Auffassung, dass es sich bei dem Dienst um ein neues, von den Hörfunk- und Fernsehaktivitäten unabhängiges Angebot handele, in der Beauftragung der BBC mit diesem Dienst keinen offensichtlichen Fehler gesehen und die Bedeutung für die „demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnisse“ anerkannt.²²²

Relevant ist die Frage des Rundfunkbegriffs vor allem im Hinblick auf die Auslegung des Amsterdamer Protokolls.

Zum Teil wird von einem einheitlichen Rundfunkbegriff auf europäischer Ebene ausgegangen.²²³ Eine Definition des Begriffs des Rundfunks findet sich jedoch im Europarecht nicht, lediglich eine Teil-Definition in der Fernsehrichtlinie.²²⁴ Laut Art. 1a ist eine „Fernsehsendung“

„die drahtlose oder drahtgebundene, erdgebundene oder durch Satelliten vermittelte, unverschlüsselte oder verschlüsselte Erstsendung von Fernsehprogrammen, die zum Empfang durch die Allgemeinheit bestimmt ist. Der Begriff schließt die Übermittlung an andere Veranstalter zur Weiterverbreitung an

c_061/c_06120040310de00080021.pdf) unter Verweis auf EuGH, Rs. 320/91, „Corbeau“, Slg. 1993, I-2533, Rdnr. 19 und 21. In dieser Entscheidung sieht der EuGH bestimmte Leistungen, die der herkömmliche Postdienst nicht anbietet (wie Abholung beim Absender oder die Möglichkeit, den Bestimmungsort während der Beförderung zu ändern), als „spezifische, von der Dienstleistung von allgemeinem Interesse trennbare Dienstleistungen“ an.

²²² Entscheidung der Kommission im Fall N 37/2003 vom 01.10.2003, „BBC Digital Curriculum“, C(2003) 3371 fin, Rdnr. 40; abrufbar unter http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/comp-2003/n037-03.pdf.

²²³ Schäfer, *Betätigungsfelder*, S. 186, ist der Auffassung, „dass der europarechtliche Rundfunkbegriff das Internet nicht umfasst“.

²²⁴ So genannte „Fernsehen ohne Grenzen“-Richtlinie, Richtlinie 89/552/EWG des Rates vom 3. Oktober 1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität, ABl. L 298 vom 17.10.1989, S. 23, geändert durch Richtlinie 97/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Juni 1997, ABl. L 202 vom 30.7.1997, S. 60.

die Allgemeinheit ein. Nicht eingeschlossen sind Kommunikationsdienste, die auf individuellen Abruf Informationen oder andere Inhalte übermitteln, wie Fernkopierdienste, elektronische Datenbanken und andere ähnliche Dienste“.

Abrufdienste sind nicht von dieser Definition umfasst. Sie fallen in den Anwendungsbereich der E-Commerce-Richtlinie,²²⁵ wie sich aus den Erwägungsgründen 17 und 18 und dem Verweis auf die Definitionen in den Richtlinien 98/34/EG und 98/84/EG ergibt.

Diese Definitionen benennen aber nur den Anwendungsbereich bestimmter Richtlinien. Ein allgemein gültiger, europarechtlicher Rundfunkbegriff kann hieraus nicht abgeleitet werden.

Derzeit wird über eine Änderung der Fernsehrichtlinie diskutiert. Im Entschließungsantrag des Europäischen Parlaments (im Rahmen des genannten Perry-Berichts²²⁶) heißt es, das Parlament

„ist der Ansicht, dass die Definition audiovisueller Inhalte dahingehend ausgeweitet werden sollte, dass darin die technische Konvergenz der Medien berücksichtigt wird; ist ferner der Ansicht, dass die Prinzipien, die der Richtlinie zugrunde liegen, und insbesondere die Prinzipien, die der audiovisuellen Politik der Gemeinschaft zugrunde liegen, in einem Rahmenpaket von abgestufter Regelungsdichte für Inhalte festgelegt werden sollten, das einen übergreifenden Rahmen für den audiovisuellen Sektor bieten würde“.

In dem Verfassungsentwurf wird nicht zwischen verschiedenen Medien differenziert, vielmehr heißt es in Artikel II-11, Absatz 2: „Die

Freiheit der Medien und ihre Pluralität werden geachtet.“

Das Amsterdamer Protokoll betrifft zwar „öffentlich-rechtlichen Rundfunk“, seine Anwendung ist aber nicht ausdrücklich auf „Rundfunk“-Angebote der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanbieter beschränkt. Vielmehr heißt es in der Erwägung, dass das Erfordernis bestehe, „den Pluralismus in den Medien zu wahren“. Angesichts dieser Definitionskompetenz der Mitgliedstaaten ist im Amsterdamer Protokoll von einem funktionalen Rundfunkbegriff auszugehen. Die Entscheidung darüber, welche Dienste wie der klassische Rundfunk eine wichtige Funktion für die demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnisse der Gesellschaft des jeweiligen Mitgliedstaates erfüllen, obliegt den Mitgliedstaaten selbst. Eine Harmonisierung des Rundfunkbegriffs auf der Ebene des Europarechts würde im Bereich des öffentlich-rechtlichen Rundfunks die im Amsterdamer Protokoll zum Ausdruck kommende Achtung der Identität der Mitgliedstaaten konterkarieren.

Für die Erstreckung des Auftrags der Rundfunkanstalten auf Online-Dienste ist es entscheidend, welche Bedeutung die Mitgliedstaaten diesen Diensten im Hinblick auf die demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnisse zumessen. Die Einordnung als „Rundfunk“ im herkömmlichen Sinne ist hierfür nicht erheblich.

5.2.1.1.1.3 Bedeutung der Online-Dienste für die Erfüllung demokratischer, sozialer und kultureller Bedürfnisse in den Mitgliedstaaten

Unter 2.1. wurde gezeigt, dass auch Online-Dienste für die öffentliche Kommunikation bedeutsam sind und damit Funktionen erfüllen, die dem „klassischen Rundfunkauftrag“ entsprechen, der – wie es das Bundesverfassungsgericht ausdrückt – „neben seiner Rolle für die Meinungs- und politische Willensbildung, neben Unterhaltung und über laufende Berichterstattung hinausgehender Information seine kulturelle Verantwortung umfasst“.²²⁷

²²⁵ Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“), ABl. L 178 vom 17.7.2000, S. 1 ff.

²²⁶ A5-0251/2003.

²²⁷ BVerfGE 73, 118, 158.

Insbesondere publizistische Angebote und Angebote, die für die Nutzung anderer Dienste von hoher Bedeutung sind (etwa Portale), nähern sich der Relevanz herkömmlichen Rundfunks für die öffentliche und individuelle Meinungsbildung, sodass der Gesetzgeber diese Dienste bei der Gewährleistung freier öffentlicher Kommunikation mit in den Blick zu nehmen hat.²²⁸ Hier kann öffentlich-rechtlicher Rundfunk dazu beitragen, dass die verfassungsrechtlichen Vorgaben wie Vielfalt und kommunikative Chancengerechtigkeit erfüllt werden (s.o. 2.2.1.1).

Daneben kann es für die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags im herkömmlichen Rundfunk erforderlich sein, dass die Rundfunkanstalten auch Online-Dienste anbieten, etwa um bestimmte Nutzergruppen (z.B. Jugendliche) in einem Umfang zu erreichen, der eine freie Meinungsbildung erlaubt.²²⁹ Ob hier ergänzende, zum klassischen Programm hinzuführende Angebote ausreichen oder ob die Aufgabe nur durch das Angebot zusätzlicher, originär für das Internet erstellter Inhalte zu erfüllen ist, hängt davon ab, inwieweit bestimmte Funktionen (etwa Informationen über das Weltgeschehen, Unterhaltung, Bildung) für bestimmte Nutzergruppen in das Internet abwandern.

Um die Bedeutung von Diensten für die Erfüllung der den Rundfunkanstalten übertragenen Aufgabe zu beurteilen, genügt es nicht, das jeweilige Angebot isoliert zu betrachten. Auch wenn einzelne Sparten und Dienste nicht mehr in klassische Vollprogramme eingebunden sind, bleiben sie doch Teile eines Gesamtangebots, das etwa über wechselseitige Verweisungen oder eine gemeinsame Markenführung und ein „Corporate Design“ zusammengehalten wird und dazu beiträgt, dass Übergänge zwischen verschiedenen Nutzergruppen möglich bleiben.

Soweit der Gesetzgeber den Rundfunkanstalten die Aufgabe überträgt, auch bei Online-

Diensten die Erfüllung der verfassungsrechtlichen Vorgaben zu sichern, liegt hierin also kein „offensichtlicher Fehler“.

Dies entspricht der Sicht der Kommission. Laut der Mitteilung aus 2001 „könnte der öffentlich-rechtliche Auftrag Dienste (wie Online-Informationendienste) umfassen, die keine ‘Programme’ im traditionellen Sinne sind, sofern diese – auch unter Berücksichtigung der Entwicklung und Diversifizierung der Tätigkeiten im digitalen Zeitalter – den selben demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft dienen“.²³⁰ Angesichts der Tatsache, dass Online-Dienste teilweise über die Funktionen klassischen Rundfunks hinaus von hoher Bedeutung für die öffentliche und individuelle Meinungsbildung sind, kann die Kommission hier nicht so verstanden werden, dass mit „den selben [...] Bedürfnissen“ gemeint ist, dass es sich um identische Funktionen handeln muss. Anderenfalls würde die Meinungsbildung auf dem Stand eingefroren, der durch Hörfunk und Fernsehen zu erreichen ist, und neue Entwicklungen in der öffentlichen Kommunikation blieben unberücksichtigt. Daher ist die Mitteilung hier so zu interpretieren, dass der Auftrag auch Online-Dienste erfassen kann, wenn dies – wie auch das öffentlich-rechtliche Hörfunk- und Fernsehangebot – der Verwirklichung der unter besonderem (verfassungsrechtlichen) Schutz stehenden kommunikativen Zielen der Gesellschaft dient.

Allerdings vertritt die Kommission in neueren Verfahren die Ansicht, dass bestimmte Online-Dienste nicht dem öffentlich-rechtlichen Auftrag der Rundfunkanstalten entsprechen, weil kein spezieller „Bedarf“ an ihnen bestehe.²³¹

²²⁸ Vgl. hierzu Schulz/Held/Kops, Gewährleistung, S. 77ff.

²²⁹ Näher hierzu Held, Online-Dienste.

²³⁰ Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, ABl. C 320 vom 15.11.2001, S. 5–11, Rdnr. 34.

²³¹ Aufforderung zur Abgabe einer Stellungnahme gemäß Artikel 88 Abs. 2 EG-Vertrag im Verfahren C 2/04 (ex NN 170/03) – Ad-hoc-Beihilfe zugunsten der niederländischen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten und der NOB (2004/C 61/05), ABl. C 61 vom 10.03.2004, S. 8ff.; Rdnr. 85ff.; abrufbar unter <http://europa.eu.int/eur-lex/pri/de/oj/dat/>

Dabei stellt die Kommission auch darauf ab, dass sich die betroffenen Online-Angebote nicht von den kommerziell erbrachten unterscheiden.

Bei der Analyse dieser Position sind verschiedene Aspekte zu unterscheiden:

Zunächst könnte die Kommission hier so zu verstehen sein, dass sie die Bedeutung der Dienste für die Erfüllung der „demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnisse“ der Gesellschaft verneint. Wie aber gezeigt, fällt diese Beurteilung in die Kompetenz der Mitgliedstaaten. Inwieweit Dienste wie Chats, Online-Spiele, SMS-Angebote von Bedeutung für die freie Meinungsbildung sind, ist Folge einer umfangreichen und komplexen Bewertung, die zunächst die Aufstellung der Bewertungsmaßstäbe und im Anschluss das Messen der Angebote an diesen Maßstäben beinhaltet. Daher kann die Bedeutung dieser Dienste umstritten sein, ein „offensichtlicher Fehler“ liegt jedenfalls nicht vor, wenn ein Mitgliedstaat den Diensten eine relevante Bedeutung zumisst. Die Kommission selbst erkennt in ihrer Mitteilung und den folgenden Entscheidungen den weiten Spielraum der Mitgliedstaaten an.

Des Weiteren könnte die Kommission mit ihrer Einschätzung zum Ausdruck bringen, dass es für die Beurteilung des Auftrags der Rundfunkanstalten von Bedeutung ist, inwieweit private Anbieter die erfassten Dienste ebenfalls anbieten können. Dieses Argument wird im Anschluss untersucht.

Schließlich könnte die Kommission mit dieser Bewertung lediglich ihre auch schon in Bezug auf andere Angebote vertretene Auffassung bekräftigen, dass kommerzielle Aktivitäten zwar erforderlich sein können, um die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags zu finanzieren, dass diese Aktivitäten selbst aber nicht zu diesem Auftrag gehören. Hierauf wird unter 5.2.1.1.1.5 eingegangen.

5.2.1.1.1.4 Die Relevanz der Unterscheidbarkeit der öffentlich-rechtlichen Dienste von privaten Angeboten

Sollte die Kommission in den genannten Verfahren so zu verstehen sein, dass nur solche Angebote zum öffentlich-rechtlichen Auftrag gehören können, die sich von den privatwirtschaftlich erbrachten Diensten unterscheiden, sind hier wiederum zwei Sichtweisen zu unterscheiden, die auch in der deutschen Debatte um die Aufgaben des öffentlich-rechtlichen Rundfunks eine Rolle spielen: Bestehen bei einem kommerziellen Angebot von Rundfunk lediglich punktuelle Defizite, die durch bestimmte öffentlich-rechtliche Programme ausgeglichen werden können, oder folgen aus der privatwirtschaftlichen Finanzierung strukturelle Defizite, sodass nur bei einem umfassenden öffentlich-rechtlichen Angebot die verfassungsrechtlichen Vorgaben erfüllt werden können?

Der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts liegt, wie oben gezeigt, die Sichtweise struktureller Defizite kommerziellen Rundfunks zugrunde (s. o. 2.2.1.1). Bei einer überwiegend privatwirtschaftlichen Finanzierung von Rundfunk kommt es nach Ansicht des Gerichts zu einer Vernachlässigung von anderen als Masseninteressen,²³² zu einer starken Ausrichtung der Programmplanung an den Interessen der Werbewirtschaft, insbesondere dem Interesse an hohen Einschaltquoten,²³³ zum Risiko einer fehlenden gleichgewichtigen, d. h. ausgewogenen Darstellung der verschiedenen Meinungsrichtungen²³⁴ und zum Einfluss kommunikationsfremder Faktoren auf den publizistischen Prozess.²³⁵ Auch bei den vom Gericht als „rundfunkähnlich“ bezeichneten Diensten könne eine Beteiligung der öffentlich-rechtlichen Anstalten nur zur Breite und Vielfalt des Angebots in diesen Diensten beitragen und publizistische Konkurrenz entstehen lassen.²³⁶

2004/c_061/c_06120040310de00080021.pdf; Entscheidung der Kommission im Fall C 2/03 (ex NN 22/02) vom 25.05.2004, „TV2“, Rdnr. 92; abrufbar unter <http://www.europa-kommissionen.dk/upload/application/0377c992/udl.pdf>.

²³² BVerfGE 73, 118, 155f.

²³³ BVerfGE 83, 238, 311.

²³⁴ BVerfGE 73, 118, 156.

²³⁵ BVerfGE 83, 238, 310; 90, 60, 87f.

²³⁶ BVerfGE 74, 297, 354.

In der Annahme, dass bei einer rein privatwirtschaftlichen Finanzierung strukturelle und nicht nur punktuelle Defizite bestehen, können sich die Mitgliedstaaten auf Auffassung in der Medienökonomie berufen.

In der Medienökonomie werden verschiedene strukturelle Defizite ausgemacht: Informationsasymmetrien, Unteilbarkeiten, fehlende Ausschließbarkeit, externe Effekte und intransitive Präferenzen. Die wirtschaftswissenschaftliche Argumentation kann an dieser Stelle nicht ausführlich dargestellt werden, vielmehr wird auf vorangegangene Publikationen verwiesen.²³⁷ Insbesondere sorgt die fehlende Ausschließbarkeit nichtzahlender Nutzer bei werbefinanzierten Online-Angeboten, die wie der klassische Rundfunk ein so genanntes öffentliches Gut darstellen, dafür, dass die Interessen der Werbewirtschaft, die über das Koppelprodukt Werbung einfließen, die Gestaltung der Inhalte beeinflussen. Erschwerend kommt hinzu, dass es sich insbesondere bei publizistischen Angeboten um so genannte Vertrauensgüter handelt, da der Nutzer dem Angebot nicht ansehen kann, ob bei seiner Erstellung publizistische Kriterien beachtet wurden. Dies ist vor allem relevant bei Diensten, die eine Auswahl für den Nutzer treffen (Nachrichtensangebote, Portale), da der Nutzer in der Regel nicht beurteilen kann, ob bestimmte relevante Themen ausgeklammert und ob die Themen ihrer Relevanz entsprechend gewichtet wurden sowie ob die Auswahl der konkreten Inhalte ausgewogen oder einseitig erfolgt ist. Die Tatsache, dass einzelne große Unternehmen Online-Inhalte effizienter anbieten können als mehrere kleinere (sog. Unteilbarkeiten), sorgt außerdem auch im Internet für Konzentrationstendenzen bei den für die Meinungsbildung besonders relevanten Diensten (z. B. Portale, Suchmaschinen).

Auch bei rein fiktiven Inhalten existieren Defizite im Hinblick auf die Erfüllung der de-

mokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnisse. Wie bei Rundfunkinhalten besteht bei der Erstellung von Online-Inhalten gegenüber der Produktion sonstiger Güter die Besonderheit, dass keine eindeutige Beziehung zwischen Input und Output dergestalt besteht, dass mit einem steigenden Input auch der Output zunimmt. Die damit verbundene Unsicherheit bei der Programmproduktion wird in der Regel durch Imitationsstrategien (Imitation erfolgreicher Handlungsrahmen, -orte, -träger, -elemente, -konzepte und -personen) kompensiert.²³⁸

Wirtschaftswissenschaftliche Überlegungen zeigen zudem, dass nicht nur werbe-, sondern auch entgeltfinanzierte Angebote Marktängel aufweisen. Auch bei Pay-Angeboten werden primär die Interessen möglichst vieler bzw. möglichst zahlungskräftiger Nutzer bedient. Minderheiteninteressen, die nicht mit einer entsprechenden Zahlungsfähigkeit einhergehen, werden nicht oder zumindest nicht dauerhaft gesichert angeboten.²³⁹

Strukturelle Defizite treten nicht bei allen Online-Diensten in gleicher Intensität auf. Die Wertung, inwieweit bestimmte Defizite hinnehmbar sind, weil die Erfüllung der gesellschaftlichen Ziele nicht in erheblichem Maße beeinträchtigt wird, liegt innerhalb des Beurteilungsspielraums der Mitgliedstaaten, der nicht überschritten wird, wenn diese auf der Grundlage wissenschaftlich plausibler Annahmen entscheiden, sodass die Aufnahme bestimmter Dienste in den öffentlich-rechtlichen Auftrag auch unter diesem Gesichtspunkt keinen offensichtlichen Fehler darstellt.

Diese Sichtweise, die nicht auf punktuelle Defizite privatwirtschaftlich erbrachter Dienste, sondern auf die strukturellen Vorteile gemeinwirtschaftlich finanzierter Angebote abstellt,

²³⁷ Vgl. Schulz/Held/Kops, Gewährleistung, S. 107ff. Kops weist in diesem Gutachten nach, dass strukturelle Defizite in unterschiedlichem Maße auch bei kommerziellen Online-Diensten bestehen.

²³⁸ Vgl. Heinrich, Medienökonomie 2, S. 129f., der aber sog. Billigproduktionen nur als Tendenz interpretiert und darauf hinweist, dass Privatsender zum Teil auch versuchen, mit recht teuren Programminvestitionen einen Markterfolg zu erzwingen.

²³⁹ Schulz/Held/Kops, Gewährleistung, S. 207ff., insbesondere für Online-Dienste: S. 213ff.

entspricht auch dem Ansatz der europäischen Institutionen.²⁴⁰

In der Rechtsprechung des EuGH findet sich kein Hinweis, dass eine „gemeinwirtschaftliche Verpflichtung“ voraussetzt, dass bestimmte Dienstleistungen ohne diese Verpflichtung nicht angeboten würden. Dies kann auch nicht aus Entscheidungen geschlossen werden, die die Anwendung des Art. 86 Abs. 2 EGV davon abhängig machen, ob an der jeweiligen Dienstleistung ein allgemeines wirtschaftliches Interesse besteht, das sich von dem Interesse an anderen Tätigkeiten des Wirtschaftslebens besonders unterscheidet (verneint für Hafendarbeiten²⁴¹ und die Herstellung und den Verkauf von Fernsprengeräten²⁴²). Der EuGH fragt hier danach, ob ein *besonderes Interesse* der Öffentlichkeit an der jeweiligen Dienstleistung besteht. Dieses Interesse hängt erst einmal allein von der Bedeutung der Dienstleistung für die Gesellschaft im Mitgliedstaat ab. In der Entscheidung zu Fernsprengeräten stellt der EuGH außerdem darauf ab, ob Mängel in Bezug auf bestimmte Regulierungsziele durch die Regulierung privater Anbieter ausgeglichen werden können.²⁴³ In diesem Urteil ging es um einen Monopolisten, der befugt war, Normen für Fernsprengeräte zu erlassen

und deren Einhaltung durch die Wirtschaftsteilnehmer zu überwachen. Selbst wenn man diese Argumentation auf Fälle der gemeinwirtschaftlichen Finanzierung bestimmter Anbieter für übertragbar hält, steht sie einer Beauftragung der Rundfunkanstalten mit dem Angebot von Online-Diensten nicht entgegen: Wie gezeigt, bestehen bei einer rein marktwirtschaftlichen Finanzierung von Online-Diensten *strukturelle* Mängel in Bezug auf die Erfüllung der demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnisse (wobei das Ausmaß der Mängel bei verschiedenen Dienststypen unterschiedlich hoch ist), die wie beim klassischen Rundfunk durch eine Regulierung privater Anbieter nicht vollständig ausgeglichen werden können.

Dass nicht nur ohne die „besondere Verpflichtung“ unterbleibende Dienstleistungen vom öffentlich-rechtlichen Auftrag erfasst sein können, zeigt sich auch darin, dass der EuGH wie in der Altmark Trans-Entscheidung Kriterien aufstellt, die dem Schutz von konkurrierenden Unternehmen dienen. Dies setzt voraus, dass diese Dienstleistungen auch von Privaten angeboten werden oder zumindest angeboten werden könnten. Wettbewerb kann nur da bestehen, wo aus der Sicht der Verbraucher im Prinzip austauschbare Produkte und Dienstleistungen angeboten werden.²⁴⁴ Aus der Rechtsprechung ergibt sich also, dass die gemeinwirtschaftliche Verpflichtung das „Wie“, nämlich die Art und Weise der Erbringung der Dienstleistungen betrifft und nicht das „Ob“, das heißt die Frage, ob die Dienstleistung überhaupt angeboten wird. Während diese Interpretation der Rechtsprechung des EuGH mit Blick auf den herkömmlichen Rundfunk der Kritik ausgesetzt sein könnte, dass die relevante Dienstleistung die Veranstaltung von Rundfunk insgesamt sei mit der Folge, dass von einem Rundfunkmarkt auszugehen sei, bei dem sich die verschiedenen Angebote hinsichtlich des „Ob“ bestimmter Pro-

²⁴⁰ Vgl. auch Nettesheim, EWS 2002, S. 254: Das EU-Recht beschränke die Formulierung gemeinwohlbezogener Dienstleistungsaufträge nicht auf Fälle des Marktversagens.

²⁴¹ EuGH, Rs. 179/90, „Merci Convenzionali Porto di Genova“, Slg. 1991, I-5889, Rdnr. 27.

²⁴² EuGH, Rs. 18/88, „RTT/INNO“, Slg. 1991, I 5941, Rdnr. 22.

²⁴³ EuGH, Rs. 18/88, „RTT/INNO“, Slg. 1991, I 5941, Rdnr. 22: „Die Herstellung und der Verkauf von Endgeräten, insbesondere von Fernsprengeräten, sind eine Tätigkeit, die jedes Unternehmen ausüben können muss. Um sicherzustellen, dass die Geräte den wesentlichen Anforderungen entsprechen, die insbesondere in der Sicherheit der Benutzer, der Sicherheit der Betreiber des Netzes und dem Schutz der öffentlichen Fernmeldenetze gegen Beschädigungen bestehen, genügen der Erlass der Spezifikationen, denen sie entsprechen müssen, und die Einführung eines Zulassungsverfahrens, in dem geprüft werden kann, ob sie diesen Spezifikationen genügen.“ Vgl. auch EuGH, Rs. 320/91, „Corbeau“, Slg. 1993, I-2533, Rdnr. 19.

²⁴⁴ Vgl. Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. C 372 vom 9.12.1997, S. 5-13.

grammbestandteile unterscheiden könnten, greift dies bei Online-Angeboten nicht. Es ist nicht von einem einheitlichen „Internet-Markt“ auszugehen, vielmehr konkurrieren verschiedene Dienstetypen (Internet-Zeitungen, Internet-Radio, Chats etc.) auf verschiedenen Märkten miteinander.

Auch den Entscheidungen der Kommission ist zu entnehmen, dass sie im Grundsatz die Auffassung vertritt, dass es bei der Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrags nicht auf punktuelle Defizite des privaten Angebots ankommt.

Die Ansicht, die im Diskussionspapier von 1998 vertreten wurde, wonach bestimmte Sparten (Unterhaltungssendungen, Sportprogramme) nicht zum öffentlich-rechtlichen Auftrag gehörten, weil entsprechende Angebote auch von privaten Unternehmen erbracht werden könnten, hat die Kommission nicht aufrecht erhalten, sondern, wie gezeigt, eine weite, alle Bereiche umfassende Definition des Auftrags der Rundfunkanstalten anerkannt.

Sofern die Kommission – zumindest vor den Verfahren zum niederländischen Rundfunk und zu TV2 – auf eine Unterscheidbarkeit zwischen öffentlich-rechtlichen und privaten Angeboten abstellt, lässt sie das Fehlen von Werbung und einer Entgeltspflicht genügen. So konnte die Kommission etwa im Verfahren um das News24-Angebot der BBC keinen offensichtlichen Fehler erkennen, wobei sie berücksichtigte, dass die spezifischen Eigenschaften des Angebots nicht bei Diensten privater Anbieter zu finden seien: „None of the available existing channels, in fact, is provided free of charge and with no advertising.“²⁴⁵

Die zuvor dargestellten wirtschaftswissenschaftlichen Erkenntnisse zeigen, dass ein Abstellen auf die Art der Finanzierung sinnvoll ist, da diese einen für die Erfüllung der demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürf-

nisse der Gesellschaft relevanten Unterschied macht (was nicht bedeutet, dass die mit einer gemeinwirtschaftlichen Finanzierung verbundenen Vorteile nur bei einer vollständigen nichtmarktlichen Finanzierung bestehen). Die Gebührenfinanzierung schafft den Freiraum für die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, sich bei der Erstellung der Angebote an anderen als wirtschaftlichen Kriterien auszurichten. Dass aufgrund dieses Freiraums die Erstellung der Inhalte tatsächlich auf andere Weise erfolgt als bei privatwirtschaftlichen Anbietern (unterschiedliche Ausbildung der Mitarbeiter, Umgang mit Quellen etc.), ist theoretisch plausibel und kann zum Teil auch empirisch belegt werden.²⁴⁶ Inwieweit dies am konkreten Inhalt abzulesen ist, ist umstritten;²⁴⁷ es ist daher nicht als offensichtlicher Fehler anzusehen, wenn die Mitgliedstaaten auf die Unterschiede bei der *Erstellung* der Inhalte aufgrund der Gebührenfinanzierung und der besonderen Organisation öffentlich-rechtlichen Rundfunks abstellen.

Dass mit den Aussagen in den Verfahren um den niederländischen Rundfunk und um TV2 hiervon abgewichen werden soll, ist daher nicht anzunehmen. Dies wird darin deutlich, dass die Kommission in beiden Fällen allein auf die Finanzierungsart abstellte und die Zugehörigkeit zum öffentlich-rechtlichen Auftrag bei Diensten verneinte, die von den Rundfunkanstalten kommerziell angeboten wurden.

5.2.1.1.1.5 Die Erstreckung des Auftrags auf kommerziell erbrachte Online-Dienste der Rundfunkanstalten

Wie gezeigt, geht die Kommission davon aus, dass kommerzielle Aktivitäten der Rundfunkanstalten nicht zu deren öffentlich-rechtlichem Auftrag gehören. Laut der Mitteilung aus 2001 könnten kommerzielle Tätigkeiten wie der Verkauf von Sendeplätzen für Werbung zwar zu Finanzierungszwecken durchgeführt werden, sie seien aber nicht als Teil des öffentlich-rechtlichen Auftrags anzusehen. Auch die Auf-

²⁴⁵ Entscheidung der Kommission im Fall NN 88/98 vom 14.12.1999, „BBC News24“, SG(99) D/10201, Rdnr. 53; abrufbar unter http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/comp-1998/nn088-98.pdf.

²⁴⁶ Vgl. hierzu im Einzelnen Held, Online-Angebote.

²⁴⁷ Vgl. zur sog. Konvergenzhypothese etwa Schatz/Immer/Marcinkowski, RuF 1989, S. 5ff.

forderung zur Abgabe einer Stellungnahme im Verfahren um den niederländischen öffentlich-rechtlichen Rundfunk und die TV2-Entscheidung macht deutlich, dass gegen Entgelt angebotene Dienste nicht als zum öffentlich-rechtlichen Auftrag zugehörig anerkannt werden.

Die derzeitige Rechtslage in Deutschland untersagt den Rundfunkanstalten sowohl Werbung als auch E-Commerce-Angebote innerhalb ihrer Online-Dienste: Gemäß § 4 Abs. 3 S. 2 ARD-/ZDF-DR-StV finden Werbung und Sponsoring in diesen Mediendiensten nicht statt. Außerdem heißt es in der Begründung zur Neuregelung des § 11 RStV, das Annexangebot der Rundfunkanstalten habe eine „dienende Funktion zur Erfüllung des Auftrags, ist also nicht Selbstzweck; eigene wirtschaftliche Ziele, wie etwa elektronischer Handel, dürfen damit nicht verfolgt werden“. Dementsprechend spielt das Kriterium der kommerziellen Aktivitäten insoweit keine Rolle bei der Beurteilung des Angebots des deutschen öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Inwieweit der Ausschluss des elektronischen Handels auch den Fall erfasst, dass vereinzelt die Bestellung von Merchandising-Artikeln wie etwa Büchern und CDs zu den Rundfunkprogrammen ermöglicht wird, die durch ihre Finanzierungsfunktion der Erfüllung des Auftrags dienen, kann hier nicht abschließend beurteilt werden.

Selbst wenn und soweit kommerzielle Aktivitäten in den Online-Diensten erlaubt sind, sind diese als reine Randnutzung stets an die Erfüllung des Auftrags der Rundfunkanstalten gebunden.

So lautet § 13 Abs. 1 RStV:

„Der öffentlich-rechtliche Rundfunk finanziert sich durch Rundfunkgebühren, Einnahmen aus Rundfunkwerbung und sonstigen Einnahmen; vorrangige Finanzierungsquelle ist die Rundfunkgebühr. Rundfunkprogramme und Angebote gegen besonderes Entgelt sind unzulässig.“

Die Angebote bestimmter Dienste und Programme gegen Entgelt sind also bereits unab-

hängig von einer speziellen Regelung in den Online-Ermächtigungen untersagt.²⁴⁸ Erlaubt sind den Rundfunkanstalten aber so genannte Randnutzungen. Diese umfassen zum einen die Verwertung von ohnehin im Rahmen der Rundfunkveranstaltung vorhandenen Ressourcen (etwa Vermietung von Studioräumen) und zum anderen den Vertrieb von Merchandising-Artikeln wie CDs, DVDs, Büchern etc.

Diese Randnutzungen sind aber nur unter sehr engen Voraussetzungen zulässig:

Zum einen muss ein enger Programmbezug bestehen. Der Vertrieb von Produkten ohne engen Bezug zu den im Rundfunk angebotenen Inhalten ist unzulässig. Zum anderen muss die Dominanz der Gebührenfinanzierung gewahrt bleiben. Angesichts der dargestellten Vorteile einer Gebührenfinanzierung gegenüber einer marktwirtschaftlichen Finanzierung für die Erfüllung der verfassungsrechtlichen Vorgaben würde es den Auftrag der Rundfunkanstalten gefährden, wenn kommerzielle Erträge einen erheblichen Anteil der Finanzierung ausmachen würden.²⁴⁹

Beispielsweise betrug laut dem 14. Bericht der KEF der Anteil so genannter „sonstiger betrieblicher Erträge“ an den Gesamterträgen (inkl. Gebühren) in den Jahren 2001–2004 bei der ARD ca. 8 % und beim ZDF ca. 6 %, wobei hierzu neben Programmverwertungen auch Koproduktionen und Kofinanzierungen, Sendermitnutzung, Mieten und Pachten sowie Erträge aus der Auflösung finanzbedarfswirksamer Rückstellungen gehörten.

Jedoch hat das Bundesverfassungsgericht klargestellt, dass eine Ergänzung der Gebührenfinanzierung durch andere Einnahmen wie etwa aus Werbung auch positive Effekte auf die Erfüllung der Ziele aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG hat:

²⁴⁸ Vgl. zur verfassungsrechtlichen Bewertung von Pay-TV Hoffmann-Riem, Pay-TV.

²⁴⁹ Vgl. Libertus in Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, Art. 12 RStV, Rdnr. 81 ff.; Mand, Erwerbswirtschaftliche Betätigung.

„Während die Finanzierung durch Gebühren oder Haushaltsmittel Möglichkeiten der politischen Einflussnahme auf die Programmgestaltung eröffnet, verschafft die Werbefinanzierung kommerziellen Interessen Einfluss auf das Programm. Die Mischfinanzierung ist demgegenüber geeignet, einseitige Abhängigkeiten zu lockern und die Programmgestaltungsfreiheit der Rundfunkveranstalter zu stärken.“²⁵⁰

Der EuGH und die Kommission werten es ebenfalls als selbstverständlich, dass bei der Erfüllung der besonderen Aufgabe der Rundfunkanstalten Erlöse erzielt werden. Diese sind bei der Berechnung des finanziellen Bedarfs der Rundfunkanstalten einzubeziehen. Die Kommission sieht die Rundfunkanstalten sogar in der Pflicht, das Potenzial möglicher Erträge auszuschöpfen. So seien auch die Erlöse zu berücksichtigen, die absichtlich nicht erzielt wurden.²⁵¹

Es stellt sich jedoch die Frage, ob die Tätigkeiten, die der Finanzierung dienen, zum öffentlich-rechtlichen Auftrag gehören. Die Kommission verneint dies wie gezeigt.

In der Entscheidung der Kommission vom 16.01.2004 heißt es hingegen, es seien auf der Einnahmeseite „mindestens sämtliche mit der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erwirtschafteten Erträge zu berücksichtigen“ (Art. 5 Abs. 3). Darüber hinaus könnten die Mitgliedstaaten auch beschließen, dass „Gewinne aus Tätigkeiten, für die kein Versorgungsauftrag erteilt wurde, ganz oder teilweise zur Finanzierung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse herangezogen werden müssen.“ Aus dieser Entscheidung ergibt sich, dass zwischen Erträgen, die „mit“ der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erwirt-

schaftet wurden, und sonstigen, davon losgelösten Einnahmen zu unterscheiden ist.²⁵²

Auch die Transparenzrichtlinie stellt ihrem Wortlaut nach nicht darauf ab, ob bestimmte Tätigkeiten kommerzieller Natur sind, sondern darauf, ob neben der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse andere getrennte Produkte oder Dienstleistungen angeboten werden.

Entsprechend der Entscheidung aus 2004 könnte zu unterscheiden sein zwischen einer Erlöserzielung, die allein aus der Verwertung von bei der Erfüllung der besonderen Verpflichtung ohnehin vorhandener Ressourcen und dem Verkauf aus dieser Erfüllung hervorgehenden Produkte (Vertrieb einzelner Sendungen auf DVD, CDs mit Filmmusik) folgt, und organisatorisch und inhaltlich eigenständigen kommerziellen Angeboten, wie sie etwa in Großbritannien zu finden sind. (Die BBC bietet neben ihrem Public Service-Angebot ein eigenständiges kommerzielles Programm für das Ausland, BBC Worldwide, dessen Angebote zum Teil durch Abonnements und zum Teil durch Werbung finanziert werden.)

An dieser Stelle kann die Entscheidung, ob kommerzielle Angebote zum öffentlich-rechtlichen Auftrag gehören, offen bleiben. Wie gezeigt, ist es auch nach Ansicht der europäischen Institutionen zulässig, wenn den Rundfunkanstalten die Möglichkeit eingeräumt wird, Erlöse zu erzielen. Inwieweit diese zum Auftrag gehören, ist erst bei der Frage der Überkompensation (die voraussetzt, dass Tätigkeiten jenseits des öffentlich-rechtlichen Auftrags mitfinanziert werden) und bei der Frage der Anwendbarkeit der Transparenzrichtlinie relevant.

²⁵⁰ BVerfGE 83, 238, 310f.

²⁵¹ Entscheidung der Kommission Az. K(2003) 3528 vom 15.10.2003, „RAI“, 2004/339/EG, Rdnr. 124; abrufbar unter http://europa.eu.int/eur-lex/pri/de/oj/dat/2004/l_119/l_11920040423de00010025.pdf.

²⁵² Dass Hilfstätigkeiten zur Dienstleistung selbst hinzuzurechnen sind, legen auch Erwägungsgrund 25 und Art. 16 der Richtlinie 2004/18/EG nahe. Jedoch bezieht sich diese Regelung nur auf Vorbereitungsdienste wie den Ankauf und die Produktion der Programme; Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. L 134/114 vom 30. April 2004.

Unerheblich wäre die Entscheidung, sofern Dienste werbefinanziert würden (in Deutschland ist dies wie gezeigt im Online-Bereich untersagt). Unabhängig davon, ob die Werbung selbst als kommerzielle Tätigkeit vom Auftrag umfasst ist, fallen die Angebote, die werbefinanziert werden, nicht aus dem Auftrag heraus. Auch bei einer teilweisen Werbefinanzierung gehen die Vorteile einer gemeinwirtschaftlichen Finanzierung nicht vollständig verloren. Außerdem führt die Mischfinanzierung wie angesprochen zu einer Verminderung der politischen Einflussmöglichkeiten auf das Programm. Da die Werbezeit und nicht das Programm selbst verkauft wird, bedeutet eine Mischfinanzierung der Programme auch noch keine Querfinanzierung (siehe hierzu unten 5.2.1.2.1.3). Aus einer teilweisen Werbefinanzierung allein kann daher noch nicht automatisch auf den kommerziellen Charakter des Dienstes geschlossen werden.

Zusammenfassend kann also festgestellt werden, dass es keinen offensichtlichen Fehler darstellt, wenn der Auftrag der Rundfunkanstalten auch Online-Dienste umfasst, soweit diese dazu dienen, die herkömmlichen Aufgaben unter veränderten technischen und gesellschaftlichen Entwicklungen erfüllen zu können, oder soweit die Dienste eine eigenständige wichtige Bedeutung für die Erfüllung der demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnisse jeder Gesellschaft haben. Dass Dienste auch von privaten Unternehmen angeboten werden, führt nicht zu einem offensichtlichen Fehler.

5.2.1.1.2 Die Art der Beauftragung der Rundfunkanstalten im Hinblick auf Online-Dienste

Entscheidendes Kriterium der Altmark Trans-Entscheidung ist, dass die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen, mit denen das Unternehmen betraut ist, klar definiert sind.

Aufgrund der Betonung von Definition und Betrauung können zwei Aspekte unterschieden werden: Wie konkret muss die Definition sein? Und: Auf welche Weise (Gesetz, Richtlinien etc.) und durch wen (Gesetzgeber, Aufsichtsinstanz, Rundfunkanstalt selbst) erfolgt

die Konkretisierung? Entspricht es den vom EuGH aufgestellten Anforderungen, wenn der Gesetzgeber die Rundfunkanstalten mit einem allgemein gehaltenen Auftrag betraut und die klare Definition auf einer zweiten Verfahrensstufe unter Einbeziehung der Rundfunkanstalten erfolgt (wie nach § 11 RStV in Deutschland)?

An anderer Stelle hat der EuGH entschieden, dass eine Betrauung nicht zwingend eine Rechtsvorschrift erfordert. So hat er etwa die Betrauung durch eine öffentlich-rechtliche Konzession anerkannt²⁵³ und betont, dass eine solche Konzession erst recht ausreiche, wenn gesetzliche Vorgaben existierten, die durch die Konzession konkretisiert würden.²⁵⁴

Die Kommission hat eine „breit gefasste“ und „eher qualitativ“ definierte Aufgabe nicht kritisiert, gleichzeitig aber in ihrer Mitteilung den Grundsatz aufgestellt, dass die Definition „so präzise wie möglich“ sein und aus ihr „unmissverständlich“ hervorgehen sollte, welche Tätigkeiten umfasst sind und welche nicht.

In den Entscheidungen zur BBC hat die Kommission ein zweistufiges Verfahren akzeptiert, bei dem auf der ersten Stufe ein weiterer gesetzlicher Rahmen existiert und die Festlegung des konkreten Angebots auf der zweiten Stufe erfolgt. Die zweite Stufe ist so ausgestaltet, dass die BBC zunächst einen Dienst vorschlägt und anschließend der Secretary of State prüft, ob er oder sie ein Einverständnis zu diesem Vorschlag erteilen kann.²⁵⁵

Entscheidendes Kriterium ist für die Kommission, dass es eine offizielle Beauftragung an die BBC gebe, einen konkreten Dienst anzubieten.

²⁵³ EuGH, Rs. C-393/92, „Gemeente Almelo“, Slg. 1994, I-1477, Rdnr. 47.

²⁵⁴ EuGH, Rs. C-159/94, „Kommission/Frankreich“, Slg. 1997, I-5815, Rdnr. 66.

²⁵⁵ Entscheidung der Kommission im Fall N 631/2001 vom 22.05.2002, „BBC licence fee“, C(2002)1886fin, abrufbar unter http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/comp-2001/n631-01.pdf.

Als Begründung für das Erfordernis einer klaren und präzisen Definition führt die Kommission die Rechtsklarheit für die Wettbewerber an, die ihre Aktivitäten planen können müssen.²⁵⁶

Die Kommission hat zudem verlangt, dass eine von den Rundfunkanstalten unabhängige Stelle zu überprüfen habe, ob die Rundfunkanstalt ihren öffentlich-rechtlichen Auftrag auch erfüllt.

Im Amsterdamer Protokoll ist die Art der Beauftragung nicht festgelegt, vielmehr heißt es dort, dass der öffentlich-rechtliche Auftrag von den Mitgliedstaaten den Anstalten „übertragen, festgelegt und ausgestaltet“ wird. Bei dieser Ausgestaltung haben die Mitgliedstaaten die jeweils geltenden verfassungsrechtlichen Vorgaben zu beachten.

5.2.1.1.2.1 Das Verfahren der Aufgabenkonkretisierung in Deutschland

Aufgrund der oben dargestellten verfassungsrechtlichen Vorgaben (Grundsatz der Staatsfreiheit) sehen die Gesetze ein zweistufiges Verfahren der Aufgabenkonkretisierung vor: Auf der ersten Stufe wird den Rundfunkanstalten der Auftrag zur Rundfunkveranstaltung übertragen. Dieser Auftrag ist in erster Linie qualitativ ausgestaltet, indem spezielle Programmgrundsätze aufgestellt werden, außerdem enthalten die gesetzlichen Grundlagen zum Teil Pflichtaufgaben (wie etwa die Aufgabe des ZDF, ein Fernsehprogramm zu veranstalten). Die gesetzlichen Vorgaben für einige Rundfunkanstalten weisen zusätzlich – trotz der dargestellten verfassungsrechtlichen Problematik – Angaben zur Programmzahl auf (MDR-StV). Diese werden zum Teil als reine Beschreibungen oder Pflichtaufgaben ohne Be-

grenzungsfunktion aufgefasst,²⁵⁷ jedoch sind auch explizite Beschränkungen in Verbindung mit einem Staatsvertragsvorbehalt zu finden (SWR-StV, § 19 RStV).

Auf der zweiten Stufe erfolgt die Konkretisierung in einem Verfahren, das in § 11 RStV festgelegt ist.

Zentraler Bestandteil dieses Verfahrens ist eine Konkretisierung des Auftrags durch die Rundfunkanstalten selbst, wobei Veröffentlichungs- und Begründungspflichten diese Konkretisierung flankieren. Zunächst haben die Rundfunkanstalten zur näheren Ausgestaltung ihres jeweiligen Auftrags Satzungen oder Richtlinien zu erlassen. Bestandteil dieser Satzungen oder Richtlinien sollen laut der Begründung zu § 11 RStV auch Bestimmungen zu Form, Verfahren und Inhalt von Selbstverpflichtungserklärungen sein. Von den Selbstverpflichtungserklärungen werden konkrete Aussagen zu den Aktivitäten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks sowohl in qualitativer als auch quantitativer Hinsicht erwartet. Die Erklärungen sollen so abgegeben werden, dass sie nachvollziehbar sind und im Nachhinein die Prüfung zulassen, ob die Selbstverpflichtung in der praktischen Arbeit des Senders auch umgesetzt wurde.

Alle zwei Jahre haben die Rundfunkanstalten einen Bericht über die Erfüllung ihres jeweiligen Auftrags, über die Qualität und Quantität der Angebote und Programme sowie die geplanten Schwerpunkte der jeweils anstehenden programmlichen Leistungen zu veröffentlichen. Die Anwendung dieser Bestimmungen wird durch die Länder drei Jahre nach Inkrafttreten des § 11 RStV überprüft.

Wie beim Fünf-Jahres-Plan für das BBC Digital Curriculum, den die Kommission als wichtiges Instrument für die Konkretisierung des

²⁵⁶ Entscheidung der Kommission im Fall N 631/2001 vom 22.05.2002, „BBC licence fee“, C(2002)1886fin, Rdnr. 36; abrufbar unter http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/comp-2001/n631-01.pdf; vgl. auch Depypere/Tigchelaar, Competition Policy Newsletter, No. 2 2004, S. 22, wonach es für die Wettbewerber von hoher Bedeutung ist, die Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrags zu kennen.

²⁵⁷ In Bezug auf den MDR-StV ging das Bundesverwaltungsgericht davon aus, der Staatsvertrag regle „eine Mindestzahl, nicht aber eine Höchstzahl der terrestrisch zu verbreitenden Hörfunkprogramme“, BVerwG ZUM 1999, S. 339.

Angebots angesehen hat,²⁵⁸ erfolgt hier eine Veröffentlichung der Pläne für die Entwicklung des Online-Bereichs.

Der Einsatz von Veröffentlichungs- und Begründungspflichten zur Regulierung der Aufgabenkonkretisierung entspricht der Einschätzung in der Wissenschaft, dass Öffentlichkeit als Steuerungsressource ein geeignetes Instrument dafür ist, die Staatsfreiheit zu wahren, aber gleichzeitig den durch die Konkretisierung betroffenen Interessen gerecht zu werden.²⁵⁹

Außerdem erfolgt eine Einbeziehung des Rundfunkrats. Über Angebotspläne ist der Rundfunkrat zu informieren, und über die Beratung des Intendanten fließen die Einschätzungen der von den gesellschaftlich relevanten Gruppen entsandten Mitglieder des Rundfunkrats mit in die Entscheidung ein. Darüber hinaus unterliegt die Erfüllung der Selbstverpflichtungen der Kontrolle des Rundfunkrats. Schließlich wird die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben durch eine – aus Gründen der Staatsfreiheit beschränkte – Staatsaufsicht überwacht.

Auch bei Online-Diensten greift dieses Verfahren. Auf der ersten Stufe existiert eine gesetzliche Normierung des Auftrags, wonach der öffentlich-rechtliche Rundfunk „programmbegleitend [...] Mediendienste mit programmbezogenem Inhalt anbieten“ kann (§ 11 Abs. 1 S. 2 RStV). Damit erfolgt bereits eine Konkretisierung auf bestimmte Dienste, die nach deutschem Recht unter den Begriff der Mediendienste fallen.

In Abgrenzung zu so genannten Telediensten handelt es sich bei Mediendiensten um an die Allgemeinheit gerichtete Angebote. Ob ein Mediendienst nur dann vorliegt, wenn eine redaktionelle Gestaltung des Dienstes vorliegt,

ist in der deutschen Literatur umstritten.²⁶⁰ Die gesetzlichen Grundlagen (§ 4 Abs. 3 ARD-/ZDF-/DR-StV) beschränken das Annex-Angebot der Rundfunkanstalten nicht nur auf Mediendienste, sondern darüber hinaus auf die Unterkategorie der Abrufdienste nach § 2 Abs. 2 Nr. 4 MdStV. Diese Norm umfasst

„Abrufdienste, bei denen Text-, Ton- oder Bild Darbietungen auf Anforderung aus elektronischen Speichern zur Nutzung übermittelt werden, mit Ausnahme von solchen Diensten, bei denen der individuelle Leistungsaustausch oder die reine Übermittlung von Daten im Vordergrund steht, ferner von Telespielen“.

Eine weitere Konkretisierung erfolgt dadurch, dass § 11 Abs. 1 S. 2 RStV nur das programmbegleitende Angebot von Diensten erfasst, die einen „programmbezogenen Inhalt“ aufweisen. Damit sind die Aktivitäten im Internet – dem Charakter eines Annex-Angebots entsprechend – stark an das Hauptangebot in Hörfunk und Fernsehen gebunden. Ein eigenständiges Angebot ohne einen Programmbezug fällt nicht hierunter – dies stellt die Begründung zum Vierten Rundfunkstaatsvertrag, durch den die Online-Regelung erstmalig eingeführt wurde, klar. Inwieweit hierdurch über ein reines Annex-Angebot hinausgehende Dienste ausgeschlossen werden, die erforderlich sind, damit die Rundfunkanstalten trotz der möglichen Abwanderung bestimmter Funktionen klassischen Rundfunks in das Internet ihren Auftrag erfüllen können, ist in der Literatur umstritten.²⁶¹

Dass § 11 Abs. 1 S. 2 RStV als „Kann“-Vorschrift formuliert ist, steht einer Zuordnung der Online-Dienste zum Auftrag der Rundfunkanstalten nicht entgegen. Als Annexdienste sind sie ohnehin schon von der Beauftragung mit der Hauptaufgabe umfasst. Da die Rundfunkanstalten aus den oben genannten Gründen ihrem Auftrag nicht nachkommen können, wenn sie nicht zumindest mit Annex-

²⁵⁸ Entscheidung der Kommission im Fall N 37/2003 vom 01.10.2003, „BBC Digital Curriculum“, C(2003) 3371fin, Rdnr. 40ff.; abrufbar unter http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/comp-2003/n037-03.pdf.

²⁵⁹ Schulz, Öffentlichkeit; Hoffmann-Riem, Regulierung, S. 290; Eifert, Konkretisierung, S. 134.

²⁶⁰ Vgl. etwa Spindler in: Roßnagel, § 2 TDG, Rdnr. 31; Meier in: Roßnagel, § 2 MdStV, Rdnr. 66.

²⁶¹ Vgl. hierzu Held, Online-Angebote.

angeboten im Netz vertreten sind, beinhaltet die Pflicht, Rundfunk zu veranstalten, auch die Beauftragung mit entsprechenden Online-Diensten. Durch das „kann“ wird daher ausweislich der Begründung zum Vierten Rundfunkänderungsstaatsvertrag eher die Begrenzung auf Mediendienste mit programmbezogenem Inhalt zum Ausdruck gebracht.

Diese bereits detaillierte gesetzliche Definition des Online-Angebots öffentlich-rechtlichen Rundfunks durch den Gesetzgeber wird ergänzt durch das in § 11 RStV genannte Verfahren. Da sich die Konkretisierung des Auftrags auch auf das Angebot von Internetdiensten bezieht, haben die Selbstverpflichtungen der Rundfunkanstalten auch Aussagen zu den Aktivitäten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Online-Bereich zu enthalten. Hierbei gilt, was laut Begründung auch für das klassische Rundfunkprogramm erwartet wird:

„Der Umfang einzelner Programmteile soll benannt und geplante Veränderungen – Erweiterungen oder Streichungen – frühzeitig kenntlich gemacht werden.“

Durch die Veröffentlichungspflichten erfolgt eine öffentliche Kontrolle sowohl im Vorhinein (Selbstverpflichtung) als auch im Nachhinein (Bericht über die Erfüllung des Auftrags). Außerdem hat der Gesetzgeber durch die Evaluierungsklausel sichergestellt, dass eine ständige Beobachtung des Verfahrens stattfindet, die nach drei Jahren nach Inkrafttreten der Norm in eine Beurteilung des Funktionierens dieses Verfahrens mündet. Darüber hinaus führt die Konkretisierung des Angebots in den Selbstverpflichtungserklärungen dazu, dass die kontinuierliche Kontrolle durch den Rundfunk- bzw. Fernsehrat der jeweiligen Anstalt auch die Einhaltung des durch die Selbstverpflichtungen gesteckten Rahmens umfasst.

5.2.1.1.2 Erfüllung des Kriteriums der klaren Beauftragung durch das Verfahren in Deutschland

Wie vom EuGH betont, ist auch bei der Rücksichtnahme auf verfassungsrechtliche Besonderheiten der Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass die Bestimmungen des EGV beachtet wer-

den. Dies steht jedoch einer Auslegung der europäischen Vorschriften nicht entgegen, wonach Zuwendungen auch dann nicht als Beihilfe einzuordnen sind, wenn die Beauftragung aus Gründen der Staatsfreiheit nicht durch eine staatliche Festlegung der einzelnen Angebote erfolgt. Bei der Beauftragung muss aber sichergestellt werden, dass der von den Art. 87 ff. EGV bezweckte Schutz des freien Wettbewerbs erreicht wird. Wenn der EuGH verlangt, dass das begünstigte Unternehmen tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut ist und diese Verpflichtungen klar definiert sind, so soll damit vor allem Rechtssicherheit für die beauftragten Unternehmen und für ihre Wettbewerber gewährleistet werden. Wie es auch die Kommission betont, müssen sich die Konkurrenten der Rundfunkanstalten darauf einstellen können, welche Dienste von den Rundfunkanstalten angeboten werden können und welche nicht. Außerdem muss Rechtsklarheit auch insoweit bestehen, als es möglich sein muss, bei der Berechnung der Kosten zur Erfüllung des Auftrags eine Überkompensation auszuschließen.

Dies entspricht der Sichtweise im deutschen Recht, wonach der verfassungsrechtliche Gesetzesvorbehalt einer Verlagerung von Entscheidungskompetenzen auf die Verwaltung oder nicht-staatliche Organisationen nicht entgegensteht, solange gewährleistet ist, dass die sich aus dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip ergebenden Anforderungen wie die Öffentlichkeit der Debatte, der Ausgleich widerstreitender Interessen, Rechtssicherheit, Verlässlichkeit und Vorhersehbarkeit erfüllt werden. Zu beachten ist außerdem, dass die Anforderungen an die Regelungstiefe im Beihilferecht andere sind als diejenigen, die aus dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip folgen. Es geht in den europarechtlichen Vorgaben zum Schutz des Wettbewerbs nicht um die Wahrung der demokratischen Gestaltungsmacht des mitgliedstaatlichen Gesetzgebers,²⁶² sondern allein um die Möglichkeit, die mit der

²⁶² Nettesheim, EWS 2002, S. 257.

Aufgabe verbundenen Lasten bestimmen zu können, die Gegenstand eines Ausgleichs sein können, und um den Schutz der Wettbewerber.

Indem die Rundfunkanstalten in ihren zu veröffentlichen Selbstverpflichtungen bekannt geben, welches Angebot sie planen, können sich Konkurrenten bereits im Vorfeld darauf einstellen. Darüber hinaus ermöglichen die Veröffentlichungspflichten eine öffentliche Debatte um die Sinnhaftigkeit der geplanten Angebote, bei der auch die Konkurrenten ihre Interessen zum Ausdruck bringen können. Indem der Gesetzgeber nach drei Jahren das Funktionieren dieses Verfahrens evaluiert, behält er außerdem seine Position als steuernde Kraft bei.

Voraussetzung für einen wirksamen Schutz der Wettbewerber ist jedoch, dass sich die Rundfunkanstalten bei ihrer Entscheidung für neue Dienste auch tatsächlich mit den betroffenen Interessen auseinandersetzen. Zur Sicherung der Bedeutung der Dienste entsprechenden Einsatzes von Ressourcen innerhalb der Rundfunkanstalten, dem Schutz der Rezipienten als Gebührenzahler und der Ermöglichung publizistischen Wettbewerbs, zu dem auch die privaten Anbieter beitragen, ist es erforderlich, dass die Rundfunkanstalten sowohl die Bedeutung der Dienste für die öffentliche und individuelle Meinungsbildung als auch die Auswirkungen auf den publizistischen Wettbewerb abschätzen und diese Aspekte auch in die Begründung ihrer Pläne, neue Dienste anzubieten, einbeziehen. Sofern man davon ausgeht, dass auch öffentliche Unternehmen Adressaten des EGV sind²⁶³ – dies soll hier nicht näher untersucht werden –, kommt sogar eine unmittelbare Verpflichtung der Rundfunkanstalten in Frage.

Den europäischen Vorgaben (dem ersten Kriterium der Altmark Trans-Entscheidung wie den Anforderungen der Kommission) wird also auch ein die Staatsfreiheit beachtendes Verfahren gerecht, bei dem die Beauftragung zwar grundsätzlich per Gesetz erfolgt, die Ent-

scheidung, welche Dienste konkret angeboten werden, aber den Rundfunkanstalten selbst obliegt, wobei Verfahrensregeln Transparenz und somit Rechtssicherheit für die Konkurrenten sicherstellen. Daher kommt es hier gar nicht darauf an, ob aus Art. 10 EGV gewonnene Auslegungsprinzipien anzuwenden sind, die dem Grundsatz der Staatsfreiheit des Rundfunks in Deutschland zur Geltung verhelfen.

In Zweifelsfällen ist aber Art. 10 EGV auch bereits auf der Tatbestandsebene von Art. 87 Abs. 1 EGV relevant. Nach Art. 87 Abs. 1 EGV sind Beihilfen grundsätzlich mit dem Markt unvereinbar. Folge dieser Unvereinbarkeit ist – soweit nicht die Ausnahmen greifen – nach Art. 88 Abs. 2 EGV die Entscheidung der Kommission, dass der betreffende Staat die Beihilfe binnen einer von ihr bestimmten Frist aufzuheben oder umzugestalten hat. Selbst wenn am Ende des in Art. 88 Abs. 2 EGV beschriebenen Verfahrens die Zulässigkeit der Beihilfe festgestellt wird, bewirkt das Verbot der Durchführung der beabsichtigten Maßnahmen durch den betreffenden Mitgliedstaat bis zur Entscheidung der Kommission eine die Programmautonomie der Rundfunkanstalten berührende Verzögerung. Zwar führt eine Auslegung der Anforderung an die Definition, die dem Grundsatz der Staatsfreiheit gerecht wird, jedenfalls zu einer Rechtfertigung der Finanzierung, zu beachten ist aber, dass auch eine zulässige neue bzw. umgestaltete Beihilfe der Notifizierungspflicht (Art. 88 Abs. 3) und der fortlaufenden Kontrolle durch die Kommission (Art. 88 Abs. 1 EGV) unterliegt. Auch die Rechtsunsicherheit, die damit verbunden ist, dass die Kommission im Rahmen von Art. 86 Abs. 2 EGV eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durchführt und betont, dass jeweils im Einzelfall die Auswirkungen auf Wettbewerb und Entwicklung des Handelsverkehrs zu analysieren sind,²⁶⁴ beeinträchtigen die freie Programmgestaltung.

²⁶³ Hatje in: Schwarze, EUZB/EGV, Art. 10 EGV, Rdnr. 5 m.w.N.

²⁶⁴ Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, ABl. C 320 vom 15.11.2001, S. 5–11, Rdnr. 60.

5.2.1.1.3 Zwischenergebnis

Soweit die gesetzlichen Vorgaben selbst konkrete Ermächtigungen enthalten wie die Regelung der Annexdienste in § 11 Abs. 1 S. 2 RStV, ist das erste Kriterium der Altmark Trans-Entscheidung in jedem Fall erfüllt.

Eine bereits den Inhalt der Angebote betreffende Regelung („mit programmbezogenem Inhalt“) ist nach dem Grundsatz der Staatsfreiheit aber nur im Annex-Bereich möglich. Soweit darüber hinaus originäre Online-Dienste bereits nach dem geltenden Recht zulässig sind bzw. der Gesetzgeber in Erfüllung der verfassungsrechtlichen Vorgaben den Aufgabenbereich der Rundfunkanstalten erweitert, sichern auch bei einer weiten Definition (etwa einem weiten Verständnis des Begriffs des Rundfunks in den gesetzlichen Grundlagen der Rundfunkanstalten) die Vorgaben für das Verfahren der Entscheidung für neue Dienste in § 11 Abs. 4 und 5 RStV, dass die Rundfunkanstalten und ihre Wettbewerber frühzeitig Rechtssicherheit erhalten. Damit wird sowohl das erste Kriterium der Altmark Trans-Entscheidung erfüllt als auch dem Grundsatz der Staatsfreiheit Rechnung getragen.

5.2.1.2 Die Finanzierung des Angebots von Online-Diensten

Inwieweit das deutsche Verfahren der Gebührensatzung den Anforderungen des Altmark Trans-Urteils an die Finanzierung der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen entspricht, ist eine Frage, die nicht nur die Online-Dienste, sondern das gesamte Angebot der Rundfunkanstalten betrifft. Entsprechend der Fokussierung auf Online-Dienste sollen diese Anforderungen daher keinen Schwerpunkt bilden, hier aber dennoch angesprochen werden.

Die Vorgaben des Altmark Trans-Urteils betreffen, wie gezeigt, in erster Linie das Verfahren der Gebührensatzung: Die Parameter, anhand derer der Ausgleich für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen berechnet wird, sind zuvor objektiv und transparent aufzustellen und – da in Deutschland kein öffentliches Vergabeverfahren durchge-

führt wird – die Höhe des Ausgleichs ist auf der Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen, das so angemessen mit Mitteln ausgestattet ist, dass es den gestellten gemeinwirtschaftlichen Anforderungen genügen kann, bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte, wobei die dabei erzielten Einnahmen und ein angemessener Gewinn aus der Erfüllung dieser Verpflichtung zu berücksichtigen sind.²⁶⁵ Schließlich darf der Ausgleich nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen zu decken. Daher ist durch gesetzliche Vorgaben und Kontrollmechanismen sicherzustellen, dass Quersubventionierungen und ein Missbrauch der Kompensation verhindert werden. Im Folgenden soll nun das Verfahren der Ermittlung der Gebührenhöhe in Deutschland und die anschließende Kontrolle der ordnungsgemäßen Verwendung der Gebühren mit Blick auf diese Vorgaben dargestellt werden.

5.2.1.2.1 Das Verfahren der Ermittlung der Gebührenhöhe in Deutschland

Das Bundesverfassungsgericht betont, dass der Gesetzgeber den Rundfunkanstalten die Finanzierung derjenigen Programme ermöglichen müsse, deren Veranstaltung ihrer spezifischen Funktion nicht nur entspricht, sondern auch zur Wahrung dieser Funktion erforderlich ist.²⁶⁶ Es weist zugleich auf die Schwierigkeiten hin, eine genaue Bestimmung dessen vorzunehmen, was zur Wahrung der Funktion des öffentlich-rechtlichen Rundfunks finanziell jeweils erforderlich ist.²⁶⁷ Ausdrücklich klar-

²⁶⁵ Laut Roßnagel/Strothmann, Rundfunkordnung, S. 115f., ergibt sich hieraus die Erforderlichkeit einer Benchmarking-Analyse.

²⁶⁶ BVerfGE 87, 181, 202; 90, 60, 92.

²⁶⁷ BVerfGE 90, 60, 95: „Weder kann genau bestimmt werden, welchen Programmumfang die Erfüllung der Funktion des öffentlich-rechtlichen Rundfunks erfordert, noch ist exakt festzustellen, welche Mittel zur Finanzierung der erforderlichen Programme wiederum erforderlich sind. Dasselbe gilt für die Frage, ob die Rundfunkanstalten alle Rationalisierungsmöglichkeiten ausgeschöpft haben, die die Erfüllung ihrer Funktion noch nicht beeinträchtigen.“

gestellt hat es, dass nicht bei jedem einzelnen Angebot eine Erforderlichkeitsprüfung vorzunehmen sei:

„Bezugsgröße für die Bestimmung des Erforderlichen ist das gesamte Programm einer Rundfunkanstalt. In diesem, nicht in jedem einzelnen Programm oder gar in jeder Sendung, muss sie den Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in vollem Umfang verwirklichen.“²⁶⁸

Aufgrund der Schwierigkeit, die Erforderlichkeit genau zu bestimmen, betont das Gericht die Grundrechtsrelevanz der Verfahrenssicherung.²⁶⁹

Das Verfahren zur Ermittlung der Gebührenhöhe in Deutschland ist dreistufig aufgebaut:

Die Rundfunkanstalten melden ihren Finanzbedarf bei der Kommission zur Ermittlung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten (KEF) an, die diesen zu überprüfen hat (§ 3 Abs. 1 S. 2 RFinStV). Die KEF hat zu ermitteln, „ob sich die Programmentscheidungen im Rahmen des rechtlich umgrenzten Rundfunkauftrags halten und ob der aus ihnen abgeleitete Finanzbedarf zutreffend und im Einklang mit den Grundsätzen von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit ermittelt worden ist“. Der Gebührenvorschlag der KEF ist Grundlage für die Entscheidung des Gesetzgebers. Abweichungen vom Gebührenvorschlag sind möglich, sie sollen aber von den Rundfunkkommissionen der Länder mit den Rundfunkanstalten unter Einbeziehung der KEF erörtert werden. Zudem sind Abweichungen zu begründen (§ 6 Abs. 2 RFinStV). Die KEF prüft auch den für die Online-Aktivitäten angemeldeten Finanzbedarf.

5.2.1.2.1.1 Die Parameter der Berechnung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten

Laut § 1 Abs. 2 RFinStV haben die Rundfunkanstalten die für die Gebührenfestsetzung erforderlichen und zur Bewertung geeigneten, vergleichbaren Zahlenwerke und Erläuterungen über ihren mittelfristigen Finanzbedarf in der von der KEF vorgegebenen Form vor-

zulegen. Diese Unterlagen sind, aufgeteilt nach dem Hörfunk- und Fernsehbereich, insbesondere nach Bestand, Entwicklung sowie Darlegung von Wirtschaftlichkeits- und Sparsamkeitsmaßnahmen aufzubereiten. Erträge und Aufwendungen sind jeweils nach Ertrags- und Kostenarten gesondert auszuweisen. Die KEF kann weitere Anforderungen an die vorzulegenden Unterlagen stellen, insbesondere im Hinblick auf die Vergleichbarkeit der Zahlenwerke und die Strukturierung von Kostenarten. Entsprechen die Unterlagen nicht den gesetzlichen Voraussetzungen, kann sie die KEF zurückweisen. Angeforderte Unterlagen zur fachlichen Überprüfung der Bedarfsanmeldungen sowie für erforderlich gehaltene ergänzende Auskünfte, Erläuterungen und Zahlenangaben sind der KEF fristgerecht vorzulegen.

Damit stehen die Parameter, anhand derer der Ausgleich berechnet wird, vor der Berechnung fest: Die Rundfunkanstalten legen ihren gesamten Bedarf für die Erfüllung ihres Auftrags (einschließlich aller damit verbundenen Kosten von der Beschaffung des Materials bis zur Verbreitung und Annextätigkeiten) dar. Außerdem haben sie die zu erwartenden Einnahmen darzulegen; diese werden vom Bedarf abgezogen.

Der Bedarf gliedert sich laut gesetzlicher Vorgabe in den Bedarf für die Bestandsfortschreibung und den Entwicklungsbedarf. Die Rundfunkanstalten müssen der KEF ihren Finanzbedarf auf der Grundlage eines indexgestützten integrierten Prüf- und Berechnungsverfahrens (IIVF) melden. Die technische Durchführung dieses Verfahrens wird in einem „Verfahrensheft“ geregelt.

Der Bestandsbedarf setzt sich zusammen aus Programmaufwendungen, Personalaufwendungen, den übrigen betrieblichen Aufwendungen/Geschäftsaufwendungen, Verstärkungsmitteln und Sachinvestitionen.²⁷⁰

Zu den Programmaufwendungen gehören vor allem Urheber-, Leistungs- und Herstellervergütungen, Programmgemeinschaftsaufgaben,

²⁶⁸ BVerfGE 87, 181, 203.

²⁶⁹ BVerfGE 90, 60, 96.

²⁷⁰ Vgl. 14. KEF-Bericht.

Koproduktionen und programmbezogene Fremdleistungen und technische Leistungen für die Rundfunkversorgung.

Die Fortschreibung wird auf der Grundlage einer rundfunkspezifischen Preissteigerungsrate durchgeführt.

Bei den übrigen betrieblichen Aufwendungen handelt es sich vor allem um Fremdleistungen, Mieten und Pachten, Kosten für Unterhalt und Bewirtschaftung, Reparaturen, Marketing und Öffentlichkeitsarbeit.

Unter den Entwicklungsbedarf fallen vor allem neue Programmvorhaben und neue Dienste, Erhöhung von Eigenproduktionsanteilen, Sendezeitausweitungen, neue Übertragungstechniken.

Da die Rundfunkanstalten schon seit längerer Zeit Online-Dienste anbieten, wertet die KEF diese Aktivitäten nicht als Entwicklungsprojekt, sondern rechnet sie dem Bestandsbedarf zu.²⁷¹ Um eine Überprüfung des Bedarfs durch die KEF zu ermöglichen, geben die Rundfunkanstalten bei ihrer Bedarfsanmeldung auch die mit den Online-Aktivitäten verbundenen Ziele an (etwa Nutzerbindung, Erschließung jüngerer Zielgruppen).

Abgezogen werden vom Gebührenbedarf die Erträge aus Werbung, Sponsoring, Zinsen, Kostenerstattungen und sonstige betriebliche Erträge, die insbesondere durch Programmverwertungen, Koproduktionen und Kofinanzierungen, Sendermitnutzung, Mieten und Pachten sowie aus der Auflösung finanzbedarfswirksamer Rückstellungen erzielt werden, sowie Beteiligungserträge. Auch anrechenbare Eigenmittel werden berücksichtigt.

Die gesetzlichen Vorgaben machen deutlich, dass die KEF bei ihrer Überprüfung zum einen den gesetzlichen Auftrag der Rundfunkanstalten und zum anderen die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zugrunde legt.

Objektiv steht also vor der Berechnung fest, dass nur solche Kosten einbezogen werden, die dem Auftrag der Rundfunkanstalten entsprechen. Innerhalb dieses Rahmens steht es grundsätzlich den Rundfunkanstalten zu, ihr Programm zu bestimmen, und daher auch die damit verbundenen Kosten als Bedarf anzumelden. Genauere gesetzliche Vorgaben für die Bedarfsanmeldung würden wiederum dem Grundsatz der Staatsfreiheit widersprechen. Das Bundesverfassungsgericht hat explizit entschieden, dass für die Gebührenfinanzierung der Grundsatz der Programmneutralität gilt. Im Verfahren der Gebührenfestsetzung sei von den Programmentscheidungen der Rundfunkanstalten auszugehen. Die Überprüfung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten dürfe sich nur darauf beziehen, ob sich ihre Programmentscheidungen im Rahmen des rechtlich umgrenzten Rundfunkauftrags halten und ob der aus ihnen abgeleitete Finanzbedarf zutreffend und im Einklang mit den Grundsätzen von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit ermittelt worden ist.²⁷²

Das derzeitige Verfahren entspricht den Vorgaben, die das Gericht in der Gebührenentscheidung aufgestellt hat. Es sichert die Staatsfreiheit, gleichzeitig gewährleistet es, dass die Gebühren nicht die Kosten der Auftrags Erfüllung übersteigen, dass dabei die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit eingehalten werden (dass also die Finanzierung sich auf das zur Auftrags Erfüllung Erforderliche beschränkt) und dass die Zusammensetzung und geplante Verwendung der Gebühren transparent ist (die Berichte der KEF werden veröffentlicht).

Das neu geschaffene Verfahren in § 11 RStV erhöht auch in diesem Bereich die Transparenz. Indem die Rundfunkanstalten in ihren zu veröffentlichenden Selbstverpflichtungen ihre Pläne im Online-Bereich beschreiben müssen, liegen damit objektive und transparente Kriterien für die Überprüfung durch die KEF vor. Zu den den Programmauftrag betreffenden Vorgaben, deren Einhaltung die KEF prüft,

²⁷¹ Vgl. 14. KEF-Bericht, S. 102, Rz. 233. Vgl. zur Frage, inwieweit die von den Rundfunkanstalten vorgelegten Daten zu ihren Online-Aktivitäten hinreichend objektivierte Indikatoren für eine Berechnung des Finanzierungsbedarfs darstellen, ebd., S. 20, Rz. 38.

²⁷² BVerfGE 90, 60ff.

gehören auch die Selbstverpflichtungen. Nur was dort angekündigt wird, ist von der KEF bei der Berücksichtigung des Finanzierungsbedarfs auch zu berücksichtigen.

5.2.1.2.1.2 Analyse der Kosten

Laut dem vierten Kriterium der Altmark Trans-Entscheidung ist die Höhe des Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen, das so angemessen mit Mitteln ausgestattet ist, dass es den gestellten gemeinwirtschaftlichen Anforderungen genügen kann, bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte, wobei die dabei erzielten Einnahmen und ein angemessener Gewinn aus der Erfüllung dieser Verpflichtung zu berücksichtigen ist.

Bereits aus der Formulierung („dass es den gestellten gemeinwirtschaftlichen Anforderungen genügen kann“) zeigt, dass Vergleichsmaßstab nur ein Unternehmen sein kann, das wie die Rundfunkanstalten mit einem besonderen Auftrag betraut wurde.²⁷³ Zu diesem besonderen Auftrag gehört es gerade, sich bei der Angebotserstellung nicht an kommerziellen Gesichtspunkten zu orientieren, sondern den verfassungsrechtlichen Anforderungen wie Vielfaltssicherung und kommunikativer Chancengerechtigkeit gerecht zu werden. Wie gezeigt, sichert die Gebührenfinanzierung diese Orientierung an kommunikativen Kriterien. Kommerzielle Aktivitäten sind daher nur in

dem Maße nicht der Auftragserfüllung abträglich, als die Dominanz der Gebührenfinanzierung gewahrt bleibt und gewährleistet ist, dass der kommerzielle Einfluss auf das Programm begrenzt ist. Die Möglichkeit, Einnahmen zu erzielen, ist also begrenzt. Die KEF prüft jedoch auch Möglichkeiten der Ertragsverbesserung,²⁷⁴ sodass eine relevante Unterschreitung des Marktpreises etwa bei der Werbung in Deutschland nicht möglich ist.

Die Angemessenheit der Finanzierungsmittel wird dadurch gewährleistet, dass eine Überprüfung des angemeldeten Finanzbedarfs durch die KEF erfolgt. § 3 Abs. 1 RFinStV lautet:

„Die KEF hat die Aufgabe, unter Beachtung der Programmautonomie der Rundfunkanstalten den von den Rundfunkanstalten angemeldeten Finanzbedarf fachlich zu überprüfen und zu ermitteln. Dies bezieht sich darauf, ob sich die Programmentscheidungen im Rahmen des rechtlich umgrenzten Rundfunkauftrages halten und ob der aus ihnen abgeleitete Finanzbedarf zutreffend und im Einklang mit den Grundsätzen von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit ermittelt worden ist. Die Prüfung, ob der Finanzbedarf im Einklang mit den Grundsätzen von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit ermittelt worden ist, umfasst auch, in welchem Umfang Rationalisierungseinschließlich Kooperationsmöglichkeiten genutzt werden. Bedarfsanmeldungen, die sich auf technische oder programmliche Innovationen im Sinne von § 13 Abs. 2 Nr. 2 Rundfunkstaatsvertrag beziehen, können von der KEF nur anerkannt werden, wenn sie Beschlüssen der zuständigen Gremien der Rundfunkanstalten, soweit das jeweils geltende Landesrecht solche Beschlussfassungen vorsieht, entsprechen.“

Indem auch Rationalisierungseinschließlich Kooperationsmöglichkeiten berücksichtigt werden und die KEF bei ihrer Überprüfung einen Vergleich mit den jeweils anderen Rund-

²⁷³ Vgl. hierzu EuGH, Rs. C-83/01 P, C-93/01 P und C-94/01 P, „Chronopost“, EuZW 2003, S. 504, Rdnr. 33: „Diese Würdigung, die verkennt, dass sich ein Unternehmen wie die Post in einer ganz anderen Situation befindet als ein privates Unternehmen, das unter normalen Marktbedingungen tätig ist, ist mit einem Rechtsfehler behaftet“, sowie Rdnr. 36: „Aufgrund der Besonderheiten der Dienstleistung, deren Erbringung das Netz der Post ermöglichen muss, gehorchen die Errichtung und Aufrechterhaltung dieses Netzes nicht rein kommerziellen Erwägungen“, sowie Rdnr. 38: „Da es unmöglich ist, die Situation der Post mit der einer privaten Unternehmensgruppe zu vergleichen, die keine Monopolstellung hat, sind die zwangsläufig hypothetischen normalen Marktbedingungen daher anhand der verfügbaren objektiven und nachprüfaren Faktoren zu ermitteln“.

²⁷⁴ Vgl. 14. KEF-Bericht, S. 173ff., Rz. 396ff.

funkanstalten, zum Teil sogar mit privaten Unternehmen, aufstellt,²⁷⁵ sind Verfahren vorhanden, die dazu dienen, Misswirtschaft zu vermeiden und keinen überdurchschnittlichen, nicht für die Auftragserfüllung erforderlichen Bedarf anzuerkennen. Dies ist im Hinblick darauf relevant, dass der EuGH als Maßstab ein „durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen“ wählt.

5.2.1.2.1.3 Verhinderung von Quersubventionierungen und Missbrauch der Gebührengelder

Als letztes (in der Entscheidung an dritter Stelle genanntes) Kriterium verlangt der EuGH in der Altmark Trans-Entscheidung, dass der Ausgleich nicht über das hinausgehen darf, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen ganz oder teilweise zu decken. Dies entspricht den Aussagen des Bundesverfassungsgerichts in der Gebührenentscheidung:

„Auf die Verwirklichung von Programmen, die für diese Funktion nicht erforderlich sind, hat er von Verfassungs wegen keinen Anspruch. Vielmehr ist die Heranziehung der Rundfunkteilnehmer, die die Mittel für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk vor allem aufbringen müssen, nur in dem Maß gerechtfertigt, das zur Funktionserfüllung geboten ist (vgl. BVerfGE 87, 181, 201).“²⁷⁶

Wie bereits gezeigt, wird die Erforderlichkeit der Finanzierung dadurch gewährleistet, dass die KEF prüft, ob sich die Bedarfsanmeldung im Rahmen des gesetzlichen Auftrags hält und ob die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit beachtet wurden.

Die Europäische Kommission leitet aus diesem Kriterium ab, dass sichergestellt werden muss, dass Quersubventionierungen und ein Missbrauch der Gebührengelder ausgeschlossen sind. Dies wird gewährleistet, wenn die gebührenfinanzierten und die kommerziellen Tätigkeiten voneinander getrennt sind. Dies

entspricht auch wiederum den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts, wobei dieses nicht primär den Schutz des Wettbewerbs, sondern den Schutz der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags im Blick hat:

In Bezug auf Kooperationen mit privaten Veranstaltern hat es zwar dem Grundsatz einer „Modellkonsistenz“ eine Absage erteilt, gleichzeitig aber klargestellt:

„Die freie Meinungsbildung, die Art. 5 Abs. 1 GG im Blick hat, hängt bei dem derzeitigen Entwicklungsstand des dualen Rundfunksystems davon ab, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk seine Grundversorgungsaufgabe ungeschmälert erfüllt [...]. Soweit der Gesetzgeber daher die Möglichkeit einer Veranstalterkooperation oder einer sonstigen gemeinschaftlichen Programmträgerschaft eröffnet, muss er zugleich dafür Sorge tragen, dass der Programmauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks nicht auf diesem Weg von anderen, insbesondere tendenziösen oder kommerziellen Orientierungen überlagert und schließlich ausgehöhlt wird.

[...]

Die Einhaltung dieses Erfordernisses kann allerdings nur gesichert und überprüft werden, wenn die Mitwirkung [...] in einem abgrenzbaren und ihm zurechenbaren Anteil an dem Gemeinschaftsprogramm besteht. Nur in einem derart fest umrissenen Segment des Gemeinschaftsprogramms können Auftrag und Verantwortlichkeit des öffentlich-rechtlichen Rundfunks gewahrt und gesichert werden.“²⁷⁷

Hieraus kann der allgemeine Grundsatz abgeleitet werden, dass kommerzielle und gebührenfinanzierte Tätigkeiten organisatorisch voneinander getrennt sein müssen, um einen Einfluss der kommerziellen Kriterien auf das gebührenfinanzierte Programm zu verhindern.

Auch an dieser Stelle ist es daher unerheblich, ob die kommerziellen Randbetätigungen der Rundfunkanstalten zum Auftrag gehören oder nicht. Jedenfalls ist von Verfassungs wegen zu

²⁷⁵ Vgl. zu den Personalkosten den 14. KEF-Bericht, S. 59, Rz. 112.

²⁷⁶ BVerfGE 90, 60, 92.

²⁷⁷ BVerfGE 83, 238, 298ff., 306ff.

gewährleisten, dass kommerzielle Gesichtspunkte keinen erheblichen Einfluss auf die Programmgestaltung haben, und aus der Altmark Trans-Entscheidung ergibt sich, dass umgekehrt sicherzustellen ist, dass die Gebührengelder nicht zu einer Quersubventionierung der kommerziellen Aktivitäten verwendet werden dürfen. Als Indiz für einen solchen Verdrängungswettbewerb könnte es gewertet werden, wenn die Rundfunkanstalten bei ihren kommerziellen Tätigkeiten die Marktpreise in einem erheblichen Maße unterschreiten würden. Der Erfüllung dieser Anforderungen dient eine Trennung der Bereiche.

Wie weit diese Trennung organisatorisch vollzogen werden muss und inwiefern diese Voraussetzung bei den Rundfunkanstalten erfüllt ist (vgl. die Werbe-Töchterfirmen der Rundfunkanstalten), kann im Rahmen dieses Gutachtens nicht abschließend geklärt werden.

Nach den geltenden gesetzlichen Vorgaben ist es den Rundfunkanstalten untersagt, Werbung und Sponsoring und ein eigenständiges E-Commerce-Angebot zu betreiben. Dies steht der Gefahr einer Quersubventionierung weitestgehend entgegen (nur soweit vereinzelt Angebote programmbegleitender Bücher etc. im Internet zu finden sind, besteht überhaupt eine kommerzielle Betätigung).

Inwieweit bei Kooperationen mit Dritten im Internet Quersubventionierungen ausgeschlossen sind, ist nicht Gegenstand dieses Gutachtens.²⁷⁸

Dass die Gebühren nicht zweckentfremdend verwendet werden, wird durch ein komplexes Aufsichtssystem gewährleistet, zu dem neben dem Rundfunk- bzw. Fernsehrat der Verwaltungsrat, die Rechnungshöfe, die KEF und letztendlich auch die Rechtsaufsicht gehören.

5.2.1.2.2 Zwischenergebnis

Die dargestellten Überlegungen zeigen, dass nach dem in dieser Studie möglichen Umfang der Prüfung die die Finanzierung betreffenden Anforderungen der Altmark Trans-Entscheidung bei der Gebührenfinanzierung von Online-Diensten erfüllt sind und daher nicht von einer Beihilfe auszugehen ist. Eine abschließende Prüfung ist hier jedoch nicht möglich, sodass im Weiteren zumindest hilfsweise darauf eingegangen wird, wie die weitere Beurteilung aussieht, wenn man unterstellt, dass nicht alle die Finanzierung des Angebots betreffenden Voraussetzungen des Altmark Trans-Urteils gegeben sind.

5.2.2 Gebührenfinanzierung von Online-Diensten als staatliche Finanzierung i. S. d. Art. 87 Abs. 1 EGV?

Unterstellt man, dass die Altmark Trans-Kriterien nicht vollständig erfüllt sind, ist zu untersuchen, ob die Gebührenfinanzierung in Deutschland als Finanzierung „aus staatlichen Mitteln“ i. S. d. Art. 87 Abs. 1 EGV anzusehen ist. Dem Wortlaut nach ist dies zweifelhaft, weil die Gebühren zwar aufgrund gesetzlicher Pflichten erhoben werden, aber unmittelbar den Rundfunkanstalten zufließen. Stellt man auf Sinn und Zweck des Art. 87 EGV ab, erscheint es allerdings erklärungsbedürftig, warum es für die Frage der staatlichen Zurechnung darauf ankommt, ob die zugewendeten Mittel einen „Umweg“ über den staatlichen Haushalt oder eine vom Staat benannte oder errichtete Einrichtung machen, da die Auswirkungen auf den Wettbewerb in beiden Fällen dieselben sind. Gegen eine Auslegung, wonach auch Mittel unter Art. 87 EGV fallen, die von den Belasteten direkt dem Begünstigten zufließen, könnte aber sprechen, dass der europäische Gesetzgeber mit dem Merkmal „staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte“ gerade eine Einschränkung vornehmen und nur spezifische Begünstigungen, die einem Unternehmen zufließen, als verbotene Beihilfen erfassen wollte. Der EuGH geht von einem engen Anwendungsbereich des Art. 87 EGV aus. Diese Norm (bzw. ihr Vorgänger,

²⁷⁸ Ein zwischen dem ZDF und T-Online geschlossener Kooperationsvertrag lief zum Ende des Jahres 2004 aus und wurde nicht verlängert.

Art. 92 a.F.) stelle ein in sich vollständiges Verbot der von ihm erfassten staatlichen Handlungen dar. Art. 10 EGV (bzw. Art 5 a.F.), der bestimmt, dass die Mitgliedstaaten alle Maßnahmen unterlassen, die die Verwirklichung der Ziele des Vertrags gefährden könnten, könne nicht zur Ausdehnung des Anwendungsbereichs auf nicht erfasste staatliche Handlungen herangezogen werden. Der Umstand, dass eine gesetzliche Pflicht bestehe (in der Preussen-Elektra-Entscheidung war es die Pflicht zur Abnahme von Strom aus erneuerbaren Energiequellen zu Mindestpreisen), die zur Gewährung von Vorteilen für bestimmte Unternehmen führe, könne der Regelung nicht den Charakter einer staatlichen Beihilfe verleihen.²⁷⁹

In diese Richtung weist auch bereits die Entscheidung des EuGH, dass die Festsetzung von Mindestpreisen für ein bestimmtes Produkt keine Beihilfe sei, sofern allein der Verbraucher und nicht der Staat die Mehrkosten trage.²⁸⁰

Bei einer solchen engen Auslegung erfüllt die Tatsache, dass die Finanzierung der Rundfunkanstalten aufgrund einer gesetzlichen Gebührenpflicht erfolgt, allein noch nicht das Merkmal der Staatlichkeit. Da laut EuGH auch Mittel unter Art. 87 EGV fallen, die durch vom Staat benannte oder errichtete öffentliche oder private Einrichtungen gewährt werden, ist die Rolle der KEF oder der GEZ zu untersuchen. Die GEZ ist bereits keine vom Staat benannte oder errichtete Einrichtung. Grundlage der GEZ ist eine Verwaltungsvereinbarung der Rundfunkanstalten. Die Rundfunkanstalten ziehen somit die Rundfunkgebühren selbst ein und bedienen sich der GEZ als bloße „Annahme- und Weiterleitungseinheit“.²⁸¹ Die KEF kann zu keinem Zeitpunkt über die Rundfunkgebühren verfügen, und diese gelangen auch

nicht in ihren Haushalt,²⁸² sie ermittelt lediglich die Höhe der Gebühr.

Auch eine staatliche Kontrolle über die Beträge, die der EuGH in der Stardust-Entscheidung ausreichen lässt, liegt bei der Gebührenfinanzierung in Deutschland nicht vor.

Die KEF unterliegt nicht der staatlichen Aufsicht. Um die Staatsfreiheit der Gebührenermittlung zu sichern, ist die KEF eine von staatlichen Stellen unabhängige Einrichtung, die nur die gesetzlichen Vorgaben zu beachten hat. Diese regeln aber nur das Verfahren und enthalten als inhaltliche Vorgaben allein die Beachtung der Grenzen des Auftrags der Rundfunkanstalten und die Grundsätze von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit. In der Stardust-Entscheidung stellt der EuGH jedoch auch auf die „tatsächlichen Möglichkeiten der Ausübung eines beherrschenden Einflusses“ ab.²⁸³ Entscheidend für die Einordnung nach europäischem Recht ist also auch die Beachtung des Grundsatzes der Staatsfreiheit in der Praxis.

Die Auslegung, wonach die Gebühren in Deutschland nicht als „staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen“ anzusehen sind, wird noch durch eine weitere Überlegung gestützt:

Die Art. 87ff. EGV dienen dem Schutz des freien Wettbewerbs. Freiheit des Wettbewerbs bedeutet aber nicht Freiheit von jeglicher Regulierung durch den Staat, da es etwa das Ziel staatlicher Regelungen sein kann, den Wettbewerb – etwa vor Vermachtungen – zu schützen (vgl. Art. 81ff. EGV). Entscheidend ist daher, ob der Staat eine Lenkung des Wettbewerbs betreibt. Eine solche Lenkung durch den Staat kann im Fall finanzieller Vorteile nur dann vorliegen, wenn der Staat einen Einfluss auf die Höhe der Vorteile hat. Nach dem geltenden Recht wird die Gebühr aber in einem Verfahren festgelegt, bei dem die Rundfunkanstalten ihren Bedarf anmelden und dieser Bedarf durch eine vom Staat unabhängige

²⁷⁹ EuGH, Rs. C-379/98, „Preussen Elektra“, Slg. 2001, I-2099, Rdnr. 61.

²⁸⁰ EuGH, Rs. 82/77, „van Tiggele“, Slg. 1978, 25, Rdnr. 23ff.

²⁸¹ Koenig/Kühling, ZUM 2001, S. 546.

²⁸² Koenig/Kühling, ZUM 2001, S. 545.

²⁸³ EuGH, Rs. C-482/99, „Stardust“, Slg. 2002, I-4397, Rdnr. 57.

Stelle geprüft wird. Nur in begründeten Ausnahmefällen dürfen die Länderparlamente von dem Gebührenvorschlag der KEF abweichen, etwa eine *Absenkung* unter sozialen Gesichtspunkten vornehmen.

Im Falle des öffentlich-rechtlichen Rundfunks nimmt der Staat also zwar mit der Gründung einer gebührenfinanzierten Anstalt und der Festlegung ihres Auftrags Einfluss auf den Wettbewerb, nicht jedoch mit der anschließenden Finanzierung, soweit das gewählte Verfahren eine Möglichkeit der Steuerung der Finanzierungshöhe durch den Staat weitgehend ausschließt.

Es sprechen daher Erwägungen gegen eine Einordnung der Rundfunkgebühren als staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen. Allerdings ist zu beachten, dass die Kommission ausweislich ihres Non-Papers bei steuerähnlichen Abgaben oder staatlich verfügbaren Pflichtbeiträgen weiterhin von aus staatlichen Mitteln gewährten Beihilfen ausgeht.

5.2.3 Hilfsweise Rechtfertigung über Art. 86 Abs. 2 EGV

Unterstellt man dennoch das Vorliegen einer Beihilfe, kommen die Ausnahmenvorschriften in Betracht. Zur Frage des Kulturbegriffs in Art. 87 Abs. 3 d EGV soll hier nicht Stellung bezogen werden, da sich aus den bisherigen Ausführungen ergibt, dass jedenfalls die Ausnahme in Art. 86 Abs. 2 EGV greift.

Das Erfordernis einer Betrauung mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse ist auch bei der Beauftragung mit dem Angebot von Online-Diensten erfüllt. Dass diese Dienstleistung eine von allgemeinem Interesse ist, wurde oben gezeigt (5.2.1.1); hier wird wie in der herrschenden Auffassung davon ausgegangen, dass das Interesse selbst nicht allein wirtschaftlich sein muss.

Auch eine Konkretisierung des Auftrags in einem Verfahren, wie es in § 11 RStV vorgeschrieben ist, genügt den europarechtlichen Anforderungen.

Einem strengeren Maßstab bei der Auslegung von Art. 86 Abs. 2 EGV, wie er in der Phoe-

nix/Kinderkanal- und den BBC-Entscheidungen der Kommission zum Ausdruck kommt, steht Art. 10 EGV entgegen. Wie oben dargestellt (5.1) folgt aus dem in Art. 10 EGV enthaltenen Grundsatz der Gemeinschaftstreue zum einen, dass im Wege praktischer Konkordanz eine Auslegung zu finden ist, die nicht nur den wettbewerbsspolitischen Zielen der Beihilferegulungen Rechnung trägt, sondern auch die elementaren Verfassungsgrundsätze der Mitgliedstaaten achtet. Zu diesen gehört der Grundsatz der Staatsfreiheit und damit das Prinzip, bei der Beauftragung möglichst weitgehend auf Verfahren und Organisationsvorgaben zurückzugreifen und nicht an konkrete Angebote anzuknüpfen. Inhaltliche Vorgaben sind vollständig ausgeschlossen. Zum anderen darf die Kompetenz – in diesem Fall der Kommission zur Bestimmung der Ausnahme nach Art. 86 Abs. 2 EGV – nicht in einer Weise ausgeübt werden, die es den Mitgliedstaaten grundsätzlich unmöglich macht, ein gewähltes Ordnungsmodell öffentlicher Kommunikation zu realisieren.

Bei den Fragen der rechtlichen Verhinderung der übertragenen besonderen Aufgabe und der Beeinträchtigung des Handelsverkehrs bei Nicht-Geltung der Art. 87ff. EGV ist das Verhältnis zwischen der Erforderlichkeit der Finanzierung und den Auswirkungen auf den Handel zu berücksichtigen (s.o. 4.3.2). Dass das geltende Gebührenermittlungsverfahren in Deutschland einer dem Grundsatz der Staatsfreiheit entsprechenden Weise gewährleistet, dass die Rundfunkanstalten das für die Erfüllung ihrer Aufgaben Erforderliche erhalten, wurde bereits gezeigt (s.o. 5.2.1.2.1.1). Unter 5.2.1.2.1.3 wurde außerdem dargestellt, auf welche Weise Quersubventionierungen verhindert werden. Im Hinblick auf Online-Dienste kommt hinzu, dass nach den gesetzlichen Grundlagen der Rundfunkanstalten Werbung, Sponsoring und ein eigenständiges E-Commerce-Angebot im Internet untersagt sind.

Dass es Wettbewerbern unmöglich gemacht wird, ihr Unternehmen fortzusetzen oder potenzielle Wettbewerber vom Zugang vom Markt ausgeschlossen werden, ist nicht erkenn-

bar. Es ist den Rundfunkanstalten bereits der Verfassung wegen untersagt, einen Verdrängungswettbewerb zu betreiben.²⁸⁴ Damit ist es auch Aufgabe der Aufsicht (insbesondere des Rundfunk- bzw. Fernsehrats), die Auswirkungen von Angeboten auf private Anbieter mit in den Blick zu nehmen. Das in § 11 RStV geregelte Verfahren sorgt außerdem dafür, dass Wettbewerber frühzeitig die Pläne der Rundfunkanstalten erfahren, ihr Angebot darauf einstellen bzw. öffentlich auf die negativen Folgen für den Wettbewerb in einem bestimmten Markt hinweisen können, womit ein Rechtfertigungsdruck auf die Rundfunkanstalten ausgeübt wird.

Selbst wenn die Gebührenfinanzierung des Online-Angebots öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten eine Beihilfe darstellen würde, ist sie jedenfalls durch Art. 86 Abs. 2 EGV gerechtfertigt.

5.2.4 Unterscheidung zwischen bestehenden und neu eingeführten bzw. umgestalteten Beihilfen nach Art. 88 EGV

Wird unterstellt, dass die Gebührenfinanzierung von Online-Diensten öffentlich-rechtlichen Rundfunks eine Beihilfe darstellt, ist im Hinblick auf die Notifizierungspflicht die Frage zu klären, ob eine bestehende oder eine neu eingeführte bzw. umgestaltete Beihilfe vorliegt. Inwieweit die Gebührenfinanzierung in Deutschland grundsätzlich als bestehende Beihilfe zu werten ist, soll hier nicht geklärt werden. Untersucht werden soll aber, ob die Erreckung des Auftrags der Rundfunkanstalten auf Online-Dienste eine Umgestaltung im Sinne des Art. 88 Abs. 3 EGV bedeutet.

Wie gezeigt geht die Kommission nur dann nicht von einer Umgestaltung aus, wenn die Dienste mit dem klassischen Rundfunkprogramm „eng verbunden“ sind (closely associated). Gleichzeitig erkennt sie aber auch an, dass die Funktionen der Online-Dienste eine Fortführung der Funktionen des klassischen Rundfunks sein können.

Von einer bestehenden Beihilfe ist nicht nur dann auszugehen, wenn Annexangebote zum klassischen Programm existieren (auf die Frage, inwieweit sich der Begriff der engen Verbundenheit von dem des Programmbezuges in § 11 Abs. 1 S. 2 RStV unterscheidet, soll hier daher nicht eingegangen werden), vielmehr liegt auch dann keine Umgestaltung vor, wenn Online-Dienste Funktionen klassischen Rundfunks übernehmen und die Rundfunkanstalten diese Dienste – als eigenständige und nicht nur als Annexdienste – anbieten, um ihren klassischen Auftrag erfüllen zu können. Die Rundfunkanstalten in Deutschland sind primär mit einer bestimmten Funktion betraut worden. Die einzelnen Angebote sind Mittel, um diese Funktion zu erfüllen. Werden daher Dienste angeboten, die Funktionen klassischen Rundfunks übernehmen, liegt keine Veränderung des Auftrags vor. Erst wenn der Gesetzgeber die Rundfunkanstalten mit dem eigenständigen Angebot von Diensten beauftragt, die *neue* Funktionen für die öffentliche und individuelle Meinungsbildung erfüllen, stellt dies eine Erweiterung des Auftrags dar, die im Rahmen von Art. 88 Abs. 3 EGV als Umgestaltung zu werten ist (soweit anders als in dieser Untersuchung von einem Vorliegen einer Beihilfe ausgegangen wird).²⁸⁵

²⁸⁴ Vgl. Held, Online-Angebote.

²⁸⁵ Auch der EuGH stellt auf die Änderung der gesetzlichen Grundlage und nicht allein auf die Ausweitung der Tätigkeit durch die öffentlich-rechtlichen Unternehmen ab, s.o.

6. Fazit

Die Untersuchung hat gezeigt, dass auf der Grundlage des Programmauftrages und des Verfahrens seiner Konkretisierung in § 11 RStV die Finanzierung von Online-Aktivitäten aus der Rundfunkgebühr nicht gegen Europäisches Recht verstößt. Voraussetzung ist allerdings, dass im Verfahren nach § 11 Abs. 4 RStV die Anstalten selbst hinreichend klar definieren, welche Onlinedienste zum Auftrag gehören. Unter dieser Voraussetzung liegt schon keine Beihilfe vor.

Rechtlich zeigt das Beispiel, wie wichtig im Prozess der Europäischen Integration der Grundsatz der Gemeinschaftstreue in Art. 10 EGV ist. Kompetenzfragen können nicht immer durch das Benennen sachbereichsorientierter Grenzen eindeutig beantwortet werden. Die Grundfreiheiten und das Prinzip des freien Wettbewerbs im Binnenmarkt gelten universell. Die „pragmatisch-funktionelle Integration“²⁸⁶ bedarf Prinzipien der Kompetenzanwendung, um im Wege praktischer Konkordanz die verfassungsrechtlichen Grundsätze der Mitgliedstaaten und die Prinzipien des Vertrages möglichst weitgehend zu realisieren. Dadurch wird ausgeschlossen, dass das Beihilferegime Grundsätze wie die Staatsfreiheit des Rundfunks erodiert und dass ganze Organisationsmodelle wie das duale Rundfunksystem konterkariert werden. Die Kompetenzfrage beinhaltet aber nicht nur Zielkonflikte, es können sich im Mehr-Ebenen-System auch produktive Verschränkungen ergeben, etwa die aus dem Europarecht folgende Motivation zur Konkretisierung des Programmauftrages durch Selbstverpflichtungen, die der deutsche Gesetzgeber aus anderen Gründen vorgesehen hat.

Mit Blick auf den Gegenstandsbereich zeigen die Entscheidungen und Positionspapiere, dass die Bedeutung von Online-Diensten für die öffentliche Kommunikation unterschätzt wird. Die Tatsache, dass sich Mediennutzung langsamer verändert als die technischen Möglichkeiten es nahe legen, kann zu dem Schluss verleiten, man könne sie in den Überlegungen zur Ordnung öffentlicher Kommunikation vernachlässigen. Dies wäre ein Fehler, den der deutsche Gesetzgeber mit Blick auf Art. 5 Abs. 1 GG nicht machen darf und die Europäischen Institutionen nicht machen sollten.

²⁸⁶ Schwarze, Das schwierige Geschäft mit Europa und seinem Recht, JZ 1998, 1084.1077-1088.

7. Zusammenfassung

1. Die Diskussion um den Programmauftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in Deutschland wird nicht nur national, sondern auch auf europäischer Ebene geführt. Es ist unbestritten, dass es nicht die Aufgabe europäischer Institutionen ist, den Auftrag öffentlich-rechtlicher Anstalten zu bestimmen. Da Rundfunk aber laut EuGH als Dienstleistung im Sinne des EG-Vertrages anzusehen ist, stellt sich die Frage der Anwendbarkeit des Beihilferegimes und in der Folge auch die nach der zur Erfüllung des Programmauftrages erforderlichen Finanzierung. Ein aktuelles und angesichts technischer Veränderungen bedeutendes Beispiel bilden Online-Angebote. Verstößt der nationale Gesetzgeber gegen europäisches Recht, wenn Internetdienste vom Programmauftrag der Anstalten umfasst sind? Genügt die Art der Beauftragung in Deutschland den europarechtlichen Vorgaben? Das Gutachten beantwortet diese Fragen, allerdings begrenzt auf die spezifisch mit Online-Angeboten verbundenen Probleme.

Die Bedeutung von Online-Angeboten für die öffentliche Kommunikation und die Rechtslage in der Bundesrepublik Deutschland

2. Konnten vor einigen Jahren Online-Angebote noch als Randphänomen betrachtet werden, wird das Internet in Europa und auch in Deutschland nun von mehr als der Hälfte der Bevölkerung genutzt. Häufig frequentierte Seiten erreichen schon jetzt mehr Bürgerinnen und Bürger als einzelne Magazinsendungen im Fernsehen. Erkenntnisse der Nutzungsforschung lassen eine schlichte Substitution von klassischem Rundfunk durch Onlineangebote zwar als unwahrscheinlich erscheinen, aber für bestimmte Zielgruppen und Nutzungs-

zwecke verändert sich das Medienmenü. Dabei steht für die Nutzerinnen und Nutzer derzeit die Informationsfunktion des WWW im Vordergrund. Es gibt Hinweise darauf, dass die Umstellung auf Onlinequellen das gemeinsame Themenspektrum – die Basis für die Bildung der öffentlichen Meinung – verengen kann. Vor diesem Hintergrund optimieren die Mitgliedstaaten – so auch Deutschland – ihre Kommunikations- und Medienordnung.

3. In Deutschland ist den Landesgesetzgebern durch Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG der Gewährleistungsauftrag übertragen, die Rundfunkordnung so zu gestalten, dass eine freie individuelle und öffentliche Meinungsbildung ermöglicht wird. Das Bundesverfassungsgericht geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass die überwiegende Werbefinanzierung privaten Rundfunks mit strukturellen Defiziten in Bezug auf die Erfüllung der verfassungsrechtlichen Funktionserwartungen an öffentliche Kommunikation verbunden ist. Auf dieser Grundlage haben die Länder eine duale Rundfunkordnung geschaffen, die keineswegs von einer klaren Aufgabenteilung zwischen öffentlich-rechtlichen und privaten Rundfunkanstalten ausgeht. Vielmehr baut sie auf eine strukturelle Diversifizierung, bei der die unterschiedlichen Produktionslogiken wechselseitig ihre Schwächen ausgleichen sollen. Zudem kann der überwiegend gebührenfinanzierte öffentlich-rechtliche Rundfunk sich rein an publizistischen Kriterien ausrichten und so nicht nur die unerlässliche Grundversorgung strukturell sichern, sondern auch eine Vorbildfunktion erfüllen, die die Qualität der Programme im dualen System insgesamt befördert.

4. Das duale System ist auf der öffentlich-rechtlichen Seite aktuell neu justiert worden. Der Rundfunkstaatsvertrag enthält seit 1. April

2004 den generell formulierten Programmauftrag, durch die Herstellung und Verbreitung von Hörfunk- und Fernsehprogrammen als Medium und Faktor des Prozesses freier individueller und öffentlicher Meinungsbildung zu wirken (§ 11 Abs. 1 RStV). Zu diesem Auftrag gehört es auch, dass die Rundfunkanstalten programmbegleitend Mediendienste mit programmbezogenem Inhalt anbieten können. Der Auftrag einschließlich der Online-Ermächtigung ist von den Rundfunkanstalten selbst in einem im RStV festgelegten Verfahren in Satzungen oder Richtlinien und detaillierten Selbstverpflichtungen zu konkretisieren (§ 11 Abs. 4 RStV).

Europarechtlicher Rahmen

5. Neben anderen Fragen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Deutschland steht das Online-Angebot derzeit auf dem Prüfstand der EU-Kommission. Abstrakt stellt sich die Frage, ob überhaupt eine Beihilfe gem. Art. 87 Abs. 1 EGV vorliegt, und, wenn dies bejaht wird, ob eine Ausnahme gemäß Art. 87 Abs. 3 EGV oder Art. 86 Abs. 2 EGV einschlägig ist. Die europarechtlichen Regelungen stellen mittelbar auf Art und Umfang der Beauftragung ab, sodass die Öffnung des Auftrages für Online-Dienste Auswirkungen darauf haben kann, ob eine Beihilfe vorliegt bzw. ob sie zulässig ist.

6. Der Begriff der Beihilfe ist im Einzelnen hoch umstritten. Die Auffassung des Gerichtes erster Instanz, des EuGH und der Kommission werden im Gutachten nachgezeichnet. Nach Art. 87 Abs. 1 EGV sind, soweit im EG-Vertrag nicht etwas anderes bestimmt ist, staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.

7. Zunächst muss also eine Begünstigung vorliegen. Werden lediglich die Kosten für eine

bestimmte auferlegte Last ausgeglichen, besteht keine Gefahr einer Wettbewerbsverfälschung und daher auch keine Notwendigkeit der Anwendung des Beihilferegimes. Seit der Altmark Trans-Entscheidung des EuGH geht auch die Kommission davon aus, dass keine Begünstigung vorliegt, wenn die folgenden in der Entscheidung genannten Kriterien vorliegen:

- klare Beauftragung mit einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung
- objektive und transparente Parameter, anhand derer der Ausgleich berechnet wird,
- keine Überkompensation
- Durchführung eines Vergabeverfahrens oder Bestimmung des erforderlichen Ausgleichs auf der Grundlage der Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen durch ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen.

Das erste genannte Kriterium bezieht sich auf die Art der Beauftragung, die anderen betreffen vor allem die Finanzierung.

8. Nimmt man eine Beihilfe an, kann dennoch eine Ausnahme nach Art. 87 Abs. 3 EGV oder nach Art. 86 Abs. 2 EGV vorliegen. Nach Art. 86 Abs. 2 EGV gelten für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, die Vorschriften des EGV, insbesondere die Wettbewerbsregeln, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Die Entwicklung des Handelsverkehrs darf nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft.

An die Beauftragung legt die Kommission die gleichen Maßstäbe an wie bei dem ersten Altmark Trans-Kriterium im Rahmen des Art. 87 Abs. 1.

Anwendung auf Online-Dienste

9. Bei der Beantwortung der Frage, inwieweit das Angebot von Online-Diensten durch öf-

fentlich-rechtliche Anstalten gegen Beihilferecht verstößt, aktualisiert sich an einem konkreten Beispiel das latente Problem der Abgrenzung der Kompetenzen von Mitgliedstaaten und Kommission im Bereich des Rundfunks. Werden Regelungskompetenzen nicht nach Sachbereichen getrennt, sondern sind für einen Sachbereich im Hinblick auf unterschiedliche Regelungsziele verschiedene Kompetenzträger zuständig, bedarf es Regeln zur Auflösung der Kollision. Hier spielt Art. 10 EGV eine zentrale Rolle. In Deutschland ist der Staat angehalten, soweit wie möglich auf inhaltliche Vorgaben für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk zu verzichten und durch Organisation und Verfahren zu steuern. Art. 10 EGV gebietet den EU-Organen eine Gemeinschaftstreue im Sinne einer mitgliedstaatsfreundlichen Auslegung des Vertrages. Dies muss nicht bedeuten, dass alle verfassungsrechtlichen Normen zu achten sind. Grundprinzipien sind aber in jedem Fall zu wahren. Zudem darf gemäß Art. 10 EGV im Sinne praktischer Konkordanz die Kompetenz nicht so ausgeübt werden, dass die Mitgliedstaaten ein aus Gründen der freien Meinungsbildung geschaffenes Ordnungsmodell nicht mehr verwirklichen können, wenn auf der anderen Seite nur die Auslegung des Beihilferechts für einen bestimmten Sektor „auf dem Spiel steht“. Eine auf konkrete – womöglich exklusiv von den Anstalten zu erbringende – Angebote abzielende europäische Regelung würde mit dem Konstruktionsprinzip der dualen Rundfunkordnung – der strukturellen Diversifizierung – brechen.

10. Da sich bei Online-Diensten öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten in erster Linie die Frage stellt, inwieweit sie von deren Auftrag umfasst sind, stehen die europarechtlichen Anforderungen an die Beauftragung im Mittelpunkt der Untersuchung. Dem Amsterdamer Protokoll zufolge berühren die europarechtlichen Vorschriften nicht die Befugnis der Mitgliedstaaten, den öffentlich-rechtlichen Rundfunk zu finanzieren, sofern die Finanzierung der Rundfunkanstalten dem öffentlich-rechtlichen Auftrag, wie er von den Mitgliedstaaten den Anstalten übertragen, festgelegt

und ausgestaltet wird, dient und die Handels- und Wettbewerbsbedingungen in der Gemeinschaft nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt, das dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft, wobei den Erfordernissen der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags Rechnung zu tragen ist. Die Kommission schließt daraus zu Recht, dass sie auf eine Kontrolle offensichtlicher Fehler beschränkt ist, wenn sie die Beauftragung öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten im Rahmen der Beihilferegeln prüft.

11. Was den Gegenstand der Beauftragung angeht, ist es angesichts der oben skizzierten wachsenden Bedeutung von Online-Diensten für die individuelle und öffentliche Meinungsbildung fern liegend davon auszugehen, ein Mitgliedstaat richte seinen Auftrag „offensichtlich“ nicht mehr an „demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen jeder Gesellschaft“ aus (so der Erwägungsgrund des Amsterdamer Protokolls), sobald dieser Auftrag Online-Dienste mit einschließt. Nach der im Gutachten vertretenen Auffassung wird der Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten erst dann verlassen – und damit der Fehler offensichtlich –, wenn die Einschätzung des Mitgliedstaates, bestimmte Dienste seien bedeutsam zur Erfüllung der demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnisse jeder Gesellschaft, als völlig unvertretbar erscheint.

12. Die Klarheit dieser Beauftragung soll nach Auffassung der Kommission vor allem die Berechnung der Kosten ermöglichen und Transparenz für andere Marktteilnehmer gewährleisten. Das System der Beauftragung in Deutschland, das aus einem Zusammenspiel aus gesetzlichen Vorgaben, Selbstverpflichtungen, Öffentlichkeitspflichten und der Einbeziehung des Rundfunk- bzw. Fernsehrats besteht, erfüllt diese Voraussetzungen und sichert somit die Vereinbarkeit der gemeinschaftlichen Finanzierung mit dem freien Markt. Voraussetzung ist allerdings, dass es für private Anbieter hinreichend klar ist, welche Dienste angeboten werden können. Der Durchführung des Verfahrens gem. § 11 Abs. 4 RStV kommt daher nicht nur nationale Be-

deutung zu, es ist auch konstitutiv dafür, dass die Beauftragung so hinreichend konkretisiert ist, dass keine unzulässige Beihilfe nach dem EGV vorliegt. Allerdings würde eine Klarstellung zum Amsterdamer Protokoll, dass derartige Formen der Beauftragung explizit zugelassen sind, helfen, Rechtsunsicherheiten zu vermeiden.

13. Da auch das KEF-Verfahren die Anforderungen wie Objektivität, Transparenz, Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit erfüllt und eine Überkompensation verhindert, fehlt es an einer Begünstigung der öffentlich-rechtlichen Anstalten.

14. Legt man die Kriterien der Preußen-Elektra- und der Stardust-Entscheidung des EuGH zugrunde, bestehen außerdem Zweifel daran, dass es sich bei den Gebühren um staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen handelt. Das Merkmal soll sicherstellen, dass nur solche Praktiken erfasst werden, die es den staatlichen Stellen der Mitgliedstaaten ermöglichen, steuernd in das Marktgeschehen einzugreifen. Daran fehlt es, wenn der Staat keinen Zugriff auf die Mittel hat. In Deutschland hat der Gesetzgeber nach der im RFinStV festgelegten, an die verfassungsrechtlichen Anforderungen angepassten Verfahren nur die Möglichkeit, über den Programmauftrag das dazu erforderliche Finanzvolumen indirekt zu bestimmen. Der konkrete Finanzbedarf wird von einer unabhängigen Instanz – der KEF – geprüft. Nur in begründeten Ausnahmefällen können die Länderparlamente vom Vorschlag der KEF abweichen. Insoweit fehlt es an der wettbewerbsgefährdenden Steuerungsmöglichkeit des Staates.

15. Es liegt also unter den genannten Voraussetzungen keine Beihilfe vor. Geht man hilfsweise davon aus, es handle sich um eine Beihilfe, stellt sich die Frage nach einer Ausnahme gem. Art. 86 Abs. 2 EGV. Das System der prozeduralen Konkretisierung des Auftrages ist einem Grundprinzip der deutschen Verfassung – der Staatsfreiheit der öffentlichen Kommunikation – geschuldet. Aus dem Grundsatz der Gemeinschaftstreue (Art. 10 EGV) folgt

daher, dass jedenfalls im Rahmen von Art. 86 Abs. 2 EGV keine strengeren Anforderungen an die Beauftragung gestellt werden können, die etwa auf eine konkrete Betrauung mit einzelnen Online-Diensten durch Gesetz hinauslaufen. Geht man also von einer Beihilfe aus, wäre sie nach Art. 86 Abs. 2 EGV gerechtfertigt.

Summary

1. The debate about the remit of public broadcasters in Germany is being conducted not only at national but also at European level. It is beyond dispute that European institutions do not have the task of co-defining the remit of public broadcasters. However, as the ECJ regards broadcasting as a service in the terms of the EC Treaty, there is a need to clarify whether State aid rules might apply depending on whether the funding needed to fulfil the remit can be classified as State aid. Online offerings are a topical and, in the light of technological change, important case in point. Is the national legislative infringing European law if Web-based services are included in the broadcasters' remit? Does the manner in which the remit is conferred in Germany comply with European requirements? This expertise provides answers to these questions, limited though they are to the problems specifically associated with online offerings.

The role of online offerings in public communication and the legal scenario in Germany

2. Whereas only a few years ago online services could still have been regarded as marginal phenomena, over half the population of Europe and Germany now use the Internet. Popular websites already attract more visitors than certain TV magazine formats attract viewers. Research into the use people make of these offerings suggests that online services are unlikely to become a substitute for classical radio and television, but for some target groups and uses the media menu is changing. Users consider the search for information to be the primary motivation for using the Web. There are indications that switching to online sources may narrow down the common spectrum of themes,

the basis for the formation of public opinion. That is the backdrop against which Member States, including Germany, are updating their rules on communication and the media.

3. In Germany, state legislators are entrusted by Art. 5 (1) sentence 2 of the Constitution with guaranteeing that broadcasting regulations will enable individuals and the general public to form opinions freely. In its constant jurisprudence the Constitutional Court presupposes a link between the advertising revenue which provides the bulk of funding for private broadcasters and structural deficits in fulfilling the Constitutional requirements to which public communication is subjected. This is the basis for the dual system of broadcasting established by the states, which by no means assumes a clear division of tasks between public and private broadcasters. It is a foundation, rather, of structural diversification, with different production logics compensating one another's weaknesses. Moreover, because it is predominantly funded from licence fees, public broadcasting can be guided by purely journalistic criteria, which means that apart from ensuring the structural provision of an essential basic service it can also exercise an exemplary function in promoting programme quality throughout the whole dual system.

4. The dual system has recently witnessed an adjustment on the side of public broadcasters. Since 1 April 2004 the Interstate Treaty on Broadcasting (RStV) has incorporated a remit formulated in general terms for public broadcasters to act as a medium and factor in the free formation of individual and public opinion by producing and transmitting radio and television programmes (§ 11 (1) RStV). As part of this remit, public broadcasting corporations are also permitted to offer media services to

accompany their radio and television programmes with programme-related content. This mission, including the authorisation for online offerings, is to be specified in more concrete terms by the broadcasting corporations themselves in charters, guidelines and detailed commitments, following a procedure laid down in the Treaty (§ 11 (4) RStV).

The European legal framework

5. Alongside other issues relating to public broadcasting in Germany, online services are currently under the scrutiny of the EU Commission. An abstract question is raised as to whether their inclusion constitutes State aid under Art. 87 (1) EC Treaty and, if so, whether an exception is then to be granted under Art. 87 (3) or Art. 86 (2) EC Treaty. The provisions of European law are indirectly dependent on the nature and scope of the remit, which means that opening it to include online services could have implications for deciding whether this is an instance of State aid and whether this State aid is compatible with the common market.

6. The concept of State aid is vehemently disputed when it comes to the details. This expert report outlines the position of the court of first instance, the ECJ and the Commission. According to Art. 87 (1) EC Treaty, save as otherwise provided in the Treaty, any aid granted by a Member State or through State resources in any form whatsoever which distorts or threatens to distort competition by favouring certain undertakings or the production of certain goods shall, in so far as it affects trade between Member States, be incompatible with the common market.

7. Firstly, then, some party must be enjoying favoured treatment. If the costs incurred in the course of exercising a particular obligation are simply being compensated, there is no threat of distortion to competition and hence no need to apply the State aid rules. Since the Altmark ruling by the ECJ, the Commission has also taken the view that favoured treatment is not deemed to occur if the following criteria described in the ruling apply:

- there are clearly defined public service obligations
- objective, transparent parameters are applied in calculating the compensation
- there is no overcompensation
- if no public procurement procedure has been conducted, the level of compensation needed must be determined on the basis of an analysis of the costs which a typical, well run undertaking would have incurred in discharging the obligations concerned.

The first of these criteria concerns the nature of the remit, while the others relate essentially to its funding.

8. If it is deemed that State aid has occurred, an exception may be considered in accordance with Art. 87 (3) or Art. 86 (2) EC Treaty. Under Art. 86 Abs. 2 undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest or having the character of a revenue-producing monopoly shall be subject to the rules contained in this Treaty, in particular to the rules on competition, in so far as the application of such rules does not obstruct the performance, in law or in fact, of the particular tasks assigned to them. The development of trade must not be affected to such an extent as would be contrary to the interests of the Community.

Here the Commission applies the same yardsticks to the definition of a public service remit as those expressed in the first Altmark Trans criterion in relation to Art. 87 (1).

How this applies to online services

9. In deciding to what extent State aid law is infringed by allowing public broadcasters to offer online services, the latent problem surrounding the demarcation of competence between the Member State and the Commission in the field of broadcasting acquires a topical dimension in the form of a concrete example. If regulatory competence is not allocated according to purview, but different bodies are granted competence for regulating different objectives within the same purview, there is a

need for rules to resolve the collision. Art. 10 EC Treaty plays a pivotal role in this respect. In Germany, the state is called upon to refrain as far as possible from gaining influence on broadcasting content, exercising its guiding influence on public broadcasters rather by means of structures and procedures. Art. 10 of the EC Treaty imposes a duty of loyalty and mutual solidarity on both the member states and the EU institutions, requiring that the EU institutions interpret the Treaty in a manner considerate to Member States. This does not necessarily imply that all provisions of constitutional law has to be taken into account, but fundamental principles must at all events be respected. Moreover, in accordance with Art. 10 and in pursuit of practical concordance, competence shall not be exerted in such manner that Member States are prevented from implementing regulatory models created to further the free formation of opinion when all that is „at stake“ on the other side is the uniform interpretation of State aid rules within the sector. A European regime which targeted specific offerings of public broadcasters – possibly to be provided exclusively by these public corporations – would break with the principle of structural diversification underlying the very construction of the dual broadcasting system.

10. As the cardinal question about online services provided by public broadcasters is to what extent they are embedded in the public broadcasting remit, this study focuses on the requirements of European law with regard to that entrustment. According to the Amsterdam Protocol, the provisions of the Treaty establishing the European Community shall be without prejudice to the competence of Member States to provide for the funding of public service broadcasting insofar as such funding is granted to broadcasting organisations for the fulfilment of the public service remit as conferred, defined and organised by each Member State, and insofar as such funding does not affect trading conditions and competition in the Community to an extent which would be contrary to the common interest, while the

realisation of the remit of that public service shall be taken into account. The Commission correctly concludes from this that its role in examining and determining the remit of public broadcasters with a view to the State aid rules is confined to ensuring that no manifest error has occurred.

11. As for the object of entrustment, given the growing significance of online services in the formation of individual and public opinion it would be implausible to argue that a Member State was „manifestly“ no longer gearing the public broadcasting remit to „the democratic, social and cultural needs of each society“ (to quote the consideration in the Amsterdam Protocol) once online services were included. According to the opinion reflected in the expert report, a Member State would only be overstepping its leeway for appraisal – and the error hence be manifest – if its opinion that certain services were conducive to fulfilling the democratic, social and cultural needs of each society appeared completely untenable.

12. In the view of the Commission, the clarity of the remit shall above all permit a calculation of costs and ensure transparency for other market participants. The system of entrustment in Germany, which is based on the interplay between legal requirements, commitments by the public broadcasters, publication obligations and the consulting role of the Broadcasting or Television Council, is adequately defined to ensure that public funding is compatible with the free market. This assumes, however, that private providers can discern clearly what services are (allowed to be) offered. It follows that the procedure defined in § 11 (4) of the Interstate Treaty on Broadcasting is not merely of national significance, but also a constituent factor ensuring that the entrustment procedure is specific enough to rule out the existence of inadmissible State aid as defined in the EC Treaty. Nevertheless, a clarification in the Amsterdam Protocol explicitly acknowledging that entrustment may take such forms would help to reduce legal uncertainties.

13. As the procedure for establishing the financial requirements including the KEF (Commission for Establishing the Financial Requirement of Broadcasters) also fulfils such demands as objectivity, transparency, efficiency and thrift and prevents overcompensation, public broadcasters do not enjoy favoured treatment.

14. If the criteria in the ECJ's *Preussen Elektra* and *Stardust* rulings are taken as a yardstick, it is also doubtful that licence fees could constitute aid granted by a Member State or through State resources. The applicability of Article 87 (1) EC depends on whether state government authorities in Member States are able to interfere in the market. This is not the case if the State has no control on the resources. In Germany, the procedure enshrined in the Interstate Treaty on the Financing of Broadcasting (RFinStV), oriented to constitutional demands, means that legislators can only influence the volume of funding indirectly via the entrustment process. The specific financial requirement is audited by the impartial KEF. State parliaments may only deviate from the KEF's proposals in exceptional and substantiated cases. In this respect, the State lacks the capacity to exert an influence which might distort competition.

15. Given the circumstances described above, this does not qualify the licence fee used for financing online services as State aid. If, for the sake of argument, one were to assume a case of State aid, the next step would be to establish whether it qualified as an exception under Art. 86 (2) EC Treaty. The system for a procedural specification of the remit of the public broadcasters has been derived from a fundamental principle in the German Constitution: the freedom of public communication from state interference (*Staatsfreiheit*). Hence it follows from the principle of loyalty and mutual solidarity (Art. 10 EC Treaty) that, at least within the scope of Art. 86 (2), entrustment cannot be subjected to stricter requirements which might ultimately lead to the concrete state provisions for single online services. In other words, should this be deemed a case

of State aid, it would be justified under Art. 86 (2) EC Treaty.

Literaturverzeichnis

- Altmeppen, Klaus-Dieter:** *Online-Medien, das Ende des Journalismus?: Formen und Folgen der Aus- und Entdifferenzierung des Journalismus*, in: Altmeppen, Klaus-Dieter/Bucher, Hans-Jürgen/Löfelholz, Martin (Hrsg.), *Online-Journalismus: Perspektiven für Wissenschaft und Praxis*, Opladen 2001, S. 123ff.
- Betz, Jürgen:** Spartenkanäle bei ARD und ZDF. Eine juristische Bewertung, *Media Perspektiven* 1997, S. 2ff.
- Bleeschmidt, Frauke:** Das Instrumentarium audiovisueller Politik der Europäischen Gemeinschaft aus kompetenzrechtlicher Sicht, Frankfurt am Main 2003.
- Bleckmann, Albert:** Öffentlich-rechtliche Spartenprogramme als Bestandteil der Grundversorgung? Ein Rechtsgutachten, Berlin 1996.
- Brand, Torsten:** Rundfunk im Sinne des Artikel 5 Abs. 1 Satz 2 GG: eine Analyse der Reichweite des verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriffs unter besonderer Berücksichtigung neuerer medialer Angebotsformen, Berlin 2002.
- Brosius, Hans-Bernd:** Medienwirkung, in: Bentele, Günter/Brosius, Hans-Bernd/Jarren, Otfried (Hrsg.), *Öffentliche Kommunikation: Handbuch Kommunikations- und Medienwissenschaft*, Wiesbaden 2003, S. 128ff.
- Bullinger, Martin:** Der Rundfunkbegriff in der Differenzierung kommunikativer Dienste, *AfP* 1996, S. 1ff.
- Bullinger, Martin:** Die Aufgaben des öffentlichen Rundfunks: Wege zu einem Funktionsauftrag, Gütersloh 1999.
- Bullinger, Martin/Mestmäcker, Ernst-Joachim:** *Multimedienleistungen*, Baden-Baden 1997.
- Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.):** Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 2. Auflage, Neuwied u. a. 2002.
- Damm, Andreas:** Gebührenprivileg und Beihilferecht: Zur Vereinbarkeit der Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Deutschland mit Art. 92 EGV, Berlin/Heidelberg 1998.
- Degenhart, Christoph:** Online-Angebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, Frankfurt am Main 1998.
- Degenhart, Christoph:** Der Funktionsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in der „Digitalen Welt“, Heidelberg 2001.
- Depypere, Stefaan/Tigheelaar, Nynke:** The commission's state aid policy on activities of public service broadcasters in neighbouring markets, in: *Competition Policy Newsletter No. 2 2004*, S. 19ff.; abrufbar unter http://europa.eu.int/comm/competition/publications/cpn/cpn2004_2.pdf.
- Dill, Ricarda:** Rundfunkbegriff und Telekommunikationsdienste, in: Haratsch, Andreas/Kugelmann, Dieter/Repkewitz, Ulrich (Hrsg.), *Herausforderungen an das Recht der Informationsgesellschaft*, Stuttgart u. a. 1996, S. 81ff.
- Dörr, Dieter:** Die Rolle des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Europa, Baden-Baden 1997.
- Dörr, Dieter:** Die öffentlich-rechtliche Rundfunkfinanzierung und die Vorgaben des EG-Vertrages, Köln 1998.
- Dörr, Dieter:** Die Spartenkanäle von ARD/ZDF und das Europarecht, München 1999.
- Dörr, Dieter:** Öffentlich-rechtlicher Rundfunk und Gebührenregelung unter dem Druck des Gemeinschaftsrechts, *K&R* 2001, S. 233ff.
- Dörr, Dieter/Cloß, Wolfgang:** Die Vereinbarkeit der Gebührenfinanzierung des Österreichischen Rundfunks mit dem EG-Beihilferecht, *ZUM* 1996, S. 105ff.
- Eberle, Carl-Eugen:** Aktivitäten der Europäischen Union auf dem Gebiet der Medien und ihre Auswirkungen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, *ZUM* 1995, S. 763ff.
- Eberle, Carl-Eugen:** Die Transparenzrichtlinie und die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in Deutschland, in: Eberle, Carl-Eugen/Ibler, Martin/Lorenz, Dieter (Hrsg.), *Der Wandel des Staates vor den Herausforderungen der Gegenwart*, Festschrift für Winfried Brohm zum 70. Geburtstag, München 2002, S. 51ff.
- Eberle, Carl Eugen:** Die Rundfunkgebühr auf dem EU-Prüfstand, in: Schwarze, Jürgen/Becker, Jür-

- gen: Regulierung im Bereich von Medien und Kultur, Baden-Baden 2002, S. 115ff.
- Eifert, Martin:** Die Zuordnung der Säulen des Dualen Rundfunksystems, ZUM 1999, S. 595ff.
- Eifert, Martin:** Konkretisierung des Programmauftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks: Verfassungsrechtliche Verankerung, rechtliche Ausgestaltung und neue Herausforderungen der Selbstregulierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, Baden-Baden 2002.
- Eimeren, Birgit van/Gerhard, Heinz/Frees, Beate:** Internetverbreitung in Deutschland: Unerwartet hoher Zuwachs, Media Perspektiven 2003, S. 338ff.; abrufbar unter <http://www.daserste.de/service/ardonl03.pdf>.
- Eimeren, Birgit van/Gerhard, Heinz/Frees, Beate:** Internetverbreitung in Deutschland: Potential vorerst ausgeschöpft?, Media Perspektiven 2004, S. 350ff.; abrufbar unter <http://www.daserste.de/service/ardonl04.pdf>.
- Engel, Christoph:** Europarechtliche Grenzen für öffentlich-rechtliche Spartenprogramme. Beihilfeaufsicht, Wettbewerbsregeln, Grundfreiheiten, Berlin 1996.
- Engels, Kerstin:** Ausbildung für Online-Jobs: Qualifizierung als Instrument von Standortstrategien, in: Altmeppen Klaus-Dieter/Bucher, Hans-Jürgen/Löffelholz, Martin (Hrsg.), Online-Journalismus: Perspektiven für Wissenschaft und Praxis, Opladen 2001, S. 283ff.
- Engels, Kerstin:** Kommunikationsarbeit in Online-Medien: Zur beruflichen Entwicklung kommunikativer Erwerbstätigkeiten: eine explorative Studie aus institutionentheoretischer Sicht, Wiesbaden 2003.
- Epiney, Astrid:** Gemeinschaftsrecht und Föderalismus: „Landes-Blindheit“ und Pflicht zur Berücksichtigung innerstaatlicher Verfassungsstrukturen, EuR 1994, S. 301ff.
- Everling, Ulrich:** Brauchen wir „Solange III“? – Zu den Forderungen nach Revision der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, EuR 1990, S. 195ff.
- Flehsig, Norbert P.:** Presse- und Rundfunkfreiheit – Von der vierten Gewalt zum fünften Rad im Lichte zunehmender Kommerzialisierung?, CR 1999, S. 327ff.
- Geiger, Rudolf:** EUV/EGV, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 4. Aufl., München 2004.
- Gersdorf, Hubertus:** Staatsfreiheit des Rundfunks in der dualen Rundfunkordnung der Bundesrepublik Deutschland, Berlin 1991.
- Gersdorf, Hubertus:** Der verfassungsrechtliche Rundfunkbegriff im Lichte der Digitalisierung der Telekommunikation, Berlin 1995.
- Gersdorf, Hubertus:** Einige Überlegungen zu Online-Diensten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, NJW-CoR 1998, S. 238ff.
- Giehl, Christoph:** Der Wettbewerb zwischen öffentlich-rechtlichen und privaten Rundfunkveranstaltern: wirtschaftliche, verfassungsrechtliche und gesetzliche Rahmenbedingungen, Baden-Baden 1993.
- Gounalakis, Georgios:** Funktionsauftrag und anstaltliches Selbstverwaltungsrecht, AfP 2003, S. 395ff.
- Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard (Hrsg.):** Das Recht der Europäischen Union, Band II, München, 22. EL, Stand August 2003.
- von der Groeben, Hans/Schwarze, Jürgen (Hrsg.):** Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Band 2, 6. Auflage, Baden-Baden 2003.
- Hahn, Werner/Vesting, Thomas (Hrsg.):** Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, München 2003.
- Hailbronner, Kay:** Die deutschen Bundesländer in der EG, JZ 1990, S. 149ff.
- Hain, Karl-E.:** Die europäische Transparenzrichtlinie und der öffentlich-rechtliche Rundfunk in Deutschland, MMR 2001, S. 219ff.
- Hallenberger, Gerd:** Auswirkungen unterschiedlicher Finanzierungsformen auf die Programmgestaltung, in: Pethig, Rüdiger (Hrsg.), Fernsehfinanzierung: ökonomische, rechtliche und ästhetische Perspektiven, Opladen 1998, S. 74ff.
- Hasebrink, Uwe:** Publikum, Mediennutzung und Medienwirkung, in: Jarren, Otfried/Weßler, Hartmut (Hrsg.), Journalismus – Medien – Öffentlichkeit, Wiesbaden 2002, S. 323ff.
- Hasebrink, Uwe/Weiß, Ralph:** Das Verhältnis von Fernseh- und Online-Nutzung, in: Hasebrink, Uwe, Fernsehen in neuen Medienumgebungen: Befunde und Prognosen zur Zukunft der Fernsehnutzung, Berlin 2001, S. 63ff.
- Heinrich, Jürgen:** Medienökonomie, Band 2: Hörfunk und Fernsehen, Opladen/Wiesbaden 1999.
- Held, Thorsten:** Online-Angebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten (in Bearbeitung).
- Herdegen, Matthias:** Europarecht, 5. Auflage, München 2003.

- Hoffmann-Riem, Wolfgang:** Erosionen des Rundfunkrechts: Tendenzen der Rundfunkrechtsentwicklung in Westeuropa, München 1990.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang:** Der Rundfunkbegriff in der Differenzierung kommunikativer Dienste, AfP 1996, S. 9ff.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang:** Pay TV im öffentlich-rechtlichen Rundfunk: Eine verfassungsrechtliche Analyse auf der Grundlage der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Baden-Baden/Hamburg 1996.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang:** Regulierung der dualen Rundfunkordnung, Baden-Baden 2000.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang:** Kommunikationsfreiheiten. Kommentierungen zu Art. 5 Abs. 1 und 2 sowie Art. 8 GG, Baden-Baden/Hamburg 2002.
- Holzer, Norbert:** Deutsche Rundfunkgebühr als unzulässige Beihilfe im Sinne des europäischen Rechts?, ZUM 1996, S. 274ff.
- Jarass, Hans D.:** Online-Dienste und Funktionsbereich des Zweiten Deutschen Fernsehens, Mainz 1997.
- Jarass, Hans D.:** Rundfunkbegriffe im Zeitalter des Internet, AfP 1998, S. 133ff.
- Koenig, Christian/Haratsch, Andreas:** Europarecht, 3. Auflage, Tübingen 2000.
- Koenig, Christian/Kühling, Jürgen:** Mitgliedsstaatliche Kulturförderung und gemeinschaftliche Beihilfekontrolle durch die EG-Kommission, EuZW 2000, S. 197ff.
- Koenig, Christian/Kühling, Jürgen:** How to cut a long story short: Das PreussenElektra-Urteil des EuGH und die EG-Beihilfenkontrolle über das deutsche Rundfunkgebührensysteem, ZUM 2001, S. 537ff.
- Kops, Manfred/Schulz, Wolfgang/Held, Thorsten (Hrsg.):** Von der dualen Rundfunkordnung zur dienstespezifisch diversifizierten Informationsordnung?, Baden-Baden 2001.
- Kraußer, Hans-Peter:** Das Prinzip begrenzter Ermächtigung im Gemeinschaftsrecht als Strukturprinzip des EWG-Vertrages, Berlin 1991.
- Kugelmann, Dieter:** Der Rundfunk und die Dienstleistungsfreiheit des EWG-Vertrags, Berlin 1991.
- Lerche, Peter:** Gestaltungskompetenz des Gesetzgebers und Programmbereich der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, in: Assmann, Heinz-Dieter/Brinkmann, Tomas/Gounalakis, Georgios/Kohl, Helmut/Walz, Rainer (Hrsg.), Wirtschafts- und Medienrecht in der offenen Demokratie: Freundesgabe für Friedrich Kübler zum 65. Geburtstag, Heidelberg 1997, S. 239ff.
- Libertus, Michael:** Randnutzung im öffentlich-rechtlichen Rundfunk – Rechtliche Aspekte und Erscheinungsformen, AfP 1992, S. 229ff.
- Libertus, Michael:** Zulässigkeit und Grenzen von Online-Angeboten öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten de lege lata und de lege ferenda, ZG 1999, S. 161ff.
- Mand, Elmar:** Erwerbswirtschaftliche Betätigung öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten außerhalb des Programms: öffentlich-rechtliche Determinanten für die wirtschaftliche Nutzung von Rundfunkproduktionen und der damit zusammenhängenden Rechte, München 2002.
- Memminger, Gerhard:** Bedeutung des Verfassungsrechtsstreits zur EG-Rundfunkrichtlinie, DÖV 1989, S. 846ff.
- Michel, Eva-Maria:** Rundfunk und Internet – Die Zulässigkeit von Internet-Aktivitäten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, ZUM 1998, S. 350ff.
- Müller-Graff, Peter-Christian:** Die Erscheinungsformen der Leistungssubventionstatbestände aus wirtschaftsrechtlicher Sicht, ZHR 152 (1988), S. 403ff.
- Nettesheim, Martin:** Europäische Beihilfeaufsicht und Mitgliedsstaatliche Daseinsvorsorge, EWS 2002, S. 253ff.
- Neuberger, Christoph:** Online-Journalismus: Akteure, redaktionelle Strukturen und Berufskontext: Ergebnisse einer Berufsfeldstudie, M&K 2002, S. 102ff.
- Nie, Norman H./Erbring, Lutz:** Internet and Society, a Preliminary Report, Stanford 2000, abrufbar unter http://www.pkp.ubc.ca/bctf/Stanford_Report.pdf.
- Oppermann, Thomas:** Deutsche Rundfunkgebühren und europäisches Beihilferecht, Berlin 1997.
- Otten, Ralf Gerhard:** Die Gebührenfinanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten im Rahmen des Art. 92 EGV, ZUM 1997, S. 790ff.
- Paus-Hasebrink, Ingrid/Neumann-Braun, Klaus/Hasebrink, Uwe/Aufenanger, Stefan (Hrsg.):** Medienkindheit – Markenkindheit. Untersuchungen zur multimedialen Vermarktung von Markenzeichen für Kinder, München 2004.
- Pernice, Ingolf:** Kompetenzabgrenzung im Europäischen Verfassungsverbund, Berlin 2000; abrufbar unter <http://dochost.rz.hu-berlin.de/humboldt-vl/pernice-ingolf/PDF/Pernice.pdf>.
- Robinson, John P./Kestnbaum, Meyer/Neustadtl, Alan/Alvarez, Anthony:** Information Technology and Functional Time Displacement, IT&Society 1

- (2002), Issue 2, S. 21–36; abrufbar unter <http://www.stanford.edu/group/siqss/itandsociety/v01i02/v01i02a02.pdf>.
- Roßnagel, Alexander:** Recht der Multimedia-Dienste, München, 5. EL, Stand Dezember 2003.
- Roßnagel, Alexander/Strothmann, Peter:** Die duale Rundfunkordnung in Europa: Gemeinschaftsrechtliche Rahmenbedingungen und aktuelle Ansätze zum dualen System in ausgewählten Mitgliedsstaaten, Wien 2004.
- Ruttig, Markus:** Der Einfluss des EG-Beihilfenrechts auf die Gebührenfinanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, Frankfurt am Main 2001.
- Santamato, Sandro/Pesaresi, Nicola:** Compensation for services of general economic interest: some thoughts on the Altmark ruling, Competition Policy Newsletter No. 1 2004, S. 17ff., abrufbar unter http://europa.eu.int/comm/competition/publications/cpn/cpn2004_1.pdf.
- Schäfer, Hans Felix:** Neue Betätigungsfelder des öffentlich-rechtlichen Rundfunks: Entwicklung und rechtliche Bewertung, München 2004.
- Schatz, Heribert/Immer, Nikolaus/Marcinkowski, Frank:** Der Vielfalt eine Chance? Empirische Befunde zu einem zentralen Argument für die „Dualisierung“ des Rundfunks in der Bundesrepublik Deutschland, RuF 1989, S. 5ff.
- Scherer, Joachim:** Teletextsysteme und prozedurale Rundfunkfreiheit, Der Staat 22 (1983), S. 347ff.
- Scherer, Joachim:** „Online“ zwischen Telekommunikations- und Medienrecht – Regulierungsprobleme von Online-Systemen im Internet und außerhalb, AfP 1996, S. 213 ff.
- Schoch, Friedrich:** Betätigung öffentlich-rechtlicher Anstalten und Körperschaften im Online-Bereich, AfP 1998, S. 253ff.
- Schoenbach, Klaus/de Waal, Esther/Lauf, Edmund:** Online newspaper readers: „Agenda-poor“?, February 2004 (Manuskript).
- Schreier, Torsten:** Das Selbstverwaltungsrecht der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, Frankfurt am Main 2001.
- Schulz, Winfried:** Politische Kommunikation: theoretische Ansätze und Ergebnisse empirischer Forschung zur Rolle der Massenmedien in der Politik, Opladen 1997.
- Schulz, Wolfgang:** „Jenseits der ‚Meinungsrelevanz‘ – Verfassungsrechtliche Überlegungen zu Ausgestaltung und Gesetzgebungskompetenzen bei neuen Kommunikationsformen“, ZUM 1996, S. 487ff.
- Schulz, Wolfgang:** Öffentlichkeit als Steuerungsressource (in Bearbeitung).
- Schulz, Wolfgang/Held, Thorsten/Kops, Manfred:** Perspektiven der Gewährleistung öffentlicher Kommunikation, Baden-Baden 2002.
- Schulze-Fielitz, Helmuth:** Betätigung öffentlich-rechtlicher Institutionen im Onlinebereich – Im Lichte des Wandels moderner Staatlichkeit, AfP 1998, S. 447ff.
- Schwarze, Jürgen:** Das schwierige Geschäft mit Europa und seinem Recht, JZ 1998, S. 1077ff.
- Schwarze, Jürgen (Hrsg.):** EU-Kommentar, Baden-Baden 2000.
- Schweitzer, Michael/Hummer, Waldemar:** Europarecht, 5. Auflage, Neuwied u.a. 1996.
- Selmer, Peter/Gersdorf, Hubertus:** Die Finanzierung des Rundfunks in der Bundesrepublik Deutschland auf dem Prüfstand des EG-Beihilferegimes, Berlin 1994.
- Slotboom, Marco M.:** State Aid in Community Law: A Broad or Narrow Definition?, ELR Vol. 20/1995, S. 289ff.
- Soltész, Ulrich:** Die „Belastung des Staatshaushalts“ als Tatbestandsmerkmal einer Beihilfe i.S. des Art. 92 I EGV, EuZW 1998, S. 747ff.
- Streinz, Rudolf (Hrsg.):** EUV/EGV, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, München 2003.
- Trzaskalik, Christoph:** Transparenzpflichten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, Berlin 2000.
- Uphoff, Boris:** Fernsehmarkt und Grundversorgung: Zu den tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen der Sonderbehandlung öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten im Beihilferecht der Europäischen Gemeinschaft, Konstanz 1996.
- Vesting, Thomas:** Prozedurales Rundfunkrecht, Baden-Baden/Hamburg 1997.
- Wallenberg, Gabriela von:** Die Vereinbarkeit der staatlichen Finanzierung öffentlich-rechtlicher Fernsehanstalten mit Art. 92 EGV, in: Randelzhofer, Albrecht u.a. (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz, München 1995, S. 867ff.
- Wiedemann, Verena:** „Geschäftserwartungen der Wettbewerber“ – Wendungen der EU-Rundfunkpolitik, epd Nr. 68 vom 01.09.2004, S. 3ff.

Die Autoren

Thorsten Held

geb. 1971, studierte Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg. Seit April 1998 ist er als wissenschaftlicher Referent am Hans-Bredow-Institut tätig und seit 2004 in Hamburg als Rechtsanwalt zugelassen. Im Rahmen seiner Dissertation untersuchte er nationale Rechtsfragen des Online-Angebots der Rundfunkanstalten.

Dr. Wolfgang Schulz

geb. 1963, studierte in Hamburg Rechtswissenschaft und Journalistik. Er begann 1993 seine Arbeit am Hans-Bredow-Institut, seit 1999 fungiert er als Geschäftsführer und Leiter des Bereichs Medien- und Telekommunikationsrecht des Instituts und seit Juli 2001 ist er Direktor des Instituts. Daneben lehrt er im Wahlschwerpunkt Information und Kommunikation des Fachbereichs Rechtswissenschaft sowie am Institut für Journalistik der Universität Hamburg.

Dank gebührt Saskia Fritzsche für die Mithilfe bei der Recherche und der Bearbeitung des Manuskripts. Die Autoren bedanken sich außerdem bei Stefan Heilmann für die Mithilfe bei der Bearbeitung des Manuskripts.