
Die deutsche Rundfunkgebühr und das Europäische Beihilferecht

Kirsten Koenigs*

Inhalt

A. Einleitung	137
B. Beihilferecht und Rundfunk	139
I. Überblick über relevante Regelungen des EGV	139
1. Vorschriften des Beihilferechts	139
2. Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse	140
3. Kompetenzen der EG im Bereich des Rundfunks	141
II. Die Deutsche Rundfunkgebühr als Beihilfe gemäß Art. 87 Abs. 1 EGV	142
1. Staatlich oder aus staatlichen Mitteln	142
a) Prüfungsansatz des EuGH	142
(1) Formaler und materieller Ansatz	142
(2) Vermittelnde Ansicht: Der zweistufige Prüfungsaufbau im „Stardust-Marine“-Urteil des EuGH	143
b) Position der Kommission	145
(1) Rundfunkmitteilung der Kommission	146
(2) Entscheidungen der Kommission	146
(aa) Öffentlich-rechtlicher Rundfunk in Belgien und Portugal	146
(bb) Kinderkanal und Phoenix	146
(cc) TV2 in Dänemark	147

* Kirsten Koenigs LLM., Syndicus anwältin bei der Stadtwerke Aachen AG. Der vorliegende Beitrag ist die überarbeitete Fassung der Magisterarbeit, die die Verfasserin im Rahmen des Aufbaustudienganges „Europäische Integration“ am Europa-Institut der Universität des Saarlandes angefertigt hat.

(dd) Öffentlich-rechtlicher Rundfunk in Großbritannien	147
(ee) Fazit	148
c) Anwendung der Kriterien des EuGH im Fall „Stardust Marine“ auf das Rundfunkgebührensystem in Deutschland	148
(1) Erste Prüfungsstufe: Aus staatlichen Mitteln	148
(aa) Die Funktion der GEZ	148
(bb) Schrifttum	149
(cc) Ergebnis	150
(2) Zweite Prüfungsstufe: Zurechnung	150
(aa) Die Vorgaben des „Rundfunkgebührenurteils“ des BVerfG	151
(bb) Die legislative Umsetzung der Vorgaben des BVerfG	152
(cc) Schrifttum	152
(dd) Ergebnis	153
2. Begünstigung	154
a) Ausgleichsansatz	155
b) Beihilfeansatz	155
c) Urteil des EuGH in der Rechtssache „Ferring/ACOSS“	156
d) Beurteilung	156
(1) Materiellrechtliche Auswirkungen	156
(2) Verfahrensrechtliche Auswirkungen	157
(aa) Neue Beihilfen	157
(bb) Bestehende Beihilfen	157
(cc) Fazit	158
e) Das „Altmark-Trans“-Urteil des EuGH	158
f) Die Kommissionspraxis nach dem „Altmark-Trans“-Urteil	159
(1) Kommissionsentscheidung bzgl. RAI	160
(2) Kommissionsentscheidung bzgl. France 2 und France 3, RTP, TV2 und BBC Digital Curriculum	161

(3) Überprüfung von verschiedenen Gebührensystemen	162
(4) Fazit	162
g) Anwendung der Kriterien des „Altmark-Trans“-Urteils auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in Deutschland	163
(1) Betrachtung mit klar definierten gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen	163
(2) Vorherige, objektive und transparente Aufstellung der Parameter	166
(3) Kostendeckungsgrundsatz	167
(4) Gebot der Verfahrensadäquanz mit ersatzweiser Marktanalyse	167
(5) Ergebnis zum Begünstigungsmerkmal	169
3. Bestimmte Unternehmen	169
4. Vorliegen einer Wettbewerbsverfälschung	170
5. Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten	170
6. Ergebnis zu Art. 87 Abs. 1 EGV	171
III. Verfahren	171
1. Die deutsche Rundfunkgebühr als neue oder bestehende Beihilfe	171
2. Auswirkungen von Änderungen	171
IV. Art. 87 Abs. 3 lit. d) EGV	172
V. Art. 86 Abs. 2 EGV	173
VI. Die Transparenzrichtlinie	173
1. Regelungsgehalt der Transparenzrichtlinie	174
2. Anwendbarkeit der Transparenzrichtlinie auf den öffentlicht-rechtlichen Rundfunk in Deutschland	174
C. Schlussbemerkung	175

A. Einleitung

„Die Deutsche Rundfunkgebühr und das Europäische Beihilferecht“ – wie können die damit verbundenen unterschiedlichen Zielsetzungen miteinander in Einklang gebracht werden?

Im sogenannten Amsterdamer Protokoll¹ heißt es: „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.“

Dieses Spannungsverhältnis zwischen der Kulturhöheit der Mitgliedstaaten einerseits und dem Schutz eines unverfälschten Wettbewerbs in der Gemeinschaft andererseits wird in den beihilferechtlichen Vorschriften des EG-Vertrages behandelt. Dabei besteht in vielerlei Hinsicht Diskussionsbedarf: Wie weit können die Kontrollbefugnisse der Kommission als Wettbewerbschüterin gehen, ohne in die Kompetenz der Mitgliedstaaten einzutreten? Wie klar darf bzw. muss der öffentliche Auftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten definiert werden? Was ist zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags erforderlich?

Dass diese Diskussion keineswegs nur akademischer Natur ist, beweist die im April 2003 eingereichte Beschwerde des Verbandes Privater Rundfunk und Telekommunikation e.V. (VPRT)² bei der Kommission, die sich vor allem gegen die Online- und E-Commerce-Aktivitäten von ARD und ZDF richtet. Diesbezüglich hat die Kommission im März 2005 die Bundesrepublik Deutschland um eine Klarstellung der Rolle und Finanzierung der öffentlichen Rundfunk- und Fernsehanstalten ersucht.

Richtungsweisend ist das zuvor lange erwartete „Altmark-Trans“-Urteil³ des EuGH vom 24. Juli 2003. Darin stellte der EuGH erstmals Kriterien bezüglich so genannter gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen auf. Da die Entscheidung in Bezug auf den öffentlichen Personennahverkehr fiel, besteht nach wie vor Unsicherheit darüber, ob und inwiefern die in dem „Altmark-Trans“-Urteil aufgestellten Kriterien auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk anwendbar sind. Denn der öffentlich-rechtliche Rundfunk ist trotz seiner klaren wirtschaftlichen Bedeutung nicht mit öffentlichen Anbietern anderer Wirtschaftszweige vergleichbar. Es gibt keinen Dienst, der gleichzeitig so viele Menschen erreicht, die Bevölkerung mit einer

¹ Protokoll über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in den Mitgliedstaaten, ABl. EG Nr. C 320 v. 10.11.1997, S. 109; im Folgenden: Amsterdamer Protokoll.

² Erklärung des Präsidenten des VPRT aus Anlass des Einreichens einer Beschwerde des Verbandes bei der Europäischen Kommission in Brüssel, abrufbar unter: <http://www.vprt.de>.

³ EuGH, Rs. C-280/00, *Altmark Trans*, Slg. 2003, I-7747; im Folgenden: Altmark Trans.

großen Menge an Informationen und Inhalten versorgt und damit individuelle Ansichten wie öffentliche Meinung verbreitet und beeinflusst.⁴

Die Beihilfekonformität der öffentlich-rechtlichen Rundfunkfinanzierung ist vom EuGH noch nicht entschieden worden. Es ist jedoch ein Verfahren beim EuG bezüglich der Finanzierung des dänischen öffentlich-rechtlichen Senders TV2 anhängig.⁵

Ebenfalls ist von Interesse, ob das deutsche Verfahren zur Gebührenfestsetzung im Rahmen des Achten Rundfunkänderungsstaatsvertrages Einfluss auf die Frage hat, ob die deutsche Rundfunkgebühr eine staatliche Beihilfe ist.

B. Beihilferecht und Rundfunk

I. Überblick über relevante Regelungen des EGV

Das Gemeinschaftsrecht ist eine autonome Rechtsordnung, die bewusst von den Mitgliedstaaten unter Aufgabe bestimmter Souveränitätsrechte geschaffen worden ist. Es gilt im gesamten Bereich der Gemeinschaft einheitlich und unmittelbar.⁶ Daraus folgt, dass das Gemeinschaftsrecht vor jedem entgegenstehenden Recht der Mitgliedstaaten Vorrang beansprucht.⁷ Dieses Prinzip wird in Art. 10 Abs. 2 EGV verdeutlicht, wonach die Mitgliedstaaten alle Maßnahmen unterlassen, welche die Verwirklichung der Ziele des EGV gefährden könnten.

1. Vorschriften des Beihilferechts

Eines der Hauptziele des EGV besteht gemäß Art. 2 EGV in der Errichtung eines Gemeinsamen Marktes. Die konkreten Maßnahmen, die hierfür erforderlich sind, werden in Art. 3 EGV aufgezählt. Dazu gehört ein Binnenmarkt, der durch die Freiheit des Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehrs gekennzeichnet ist (Art. 3 lit. c EGV), sowie ein System, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes vor Verfälschungen schützt (Art. 3 lit. g EGV). Zu diesem System

⁴ Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über Staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, ABI. EG Nr. C 320 v. 15.11.2001, S. 5, Rdnr. 6; im Folgenden: Kommission, Rundfunkmitteilung.

⁵ EuG, Rs. T-309/04: Klage der TV2/DANMARK A/S gegen die Kommission der Europäischen Gemeinschaften, eingereicht am 28.7.2004, ABI. EG Nr. C 262 v. 23.10.2004, S. 43.

⁶ EuGH, Rs. 6/64, *Costa/ENEL*, Slg. 1964, 1253; EuGH, Rs. 26/62, *Van Gend en Loos*, Slg. 1963, 3.

⁷ EuGH, Rs. 6/64, *Costa/ENEL*, Slg. 1964, 1253.

tragen die Vorschriften über staatliche Beihilfen (Art. 87 bis 89 EGV) als Teil des Wettbewerbskapitels des EGV (Art. 81 bis 89 EGV) bei.⁸ Zudem ergänzen sie das Binnenmarktkonzept des Vertrages.⁹

Durch die Unterstützung einheimischer Unternehmen können die Mitgliedstaaten unliebsame Konkurrenz aus anderen Mitgliedstaaten abwehren. Die unkontrollierte Vergabe mitgliedstaatlicher Beihilfen würde folglich den Wettbewerbsmechanismus und die Gewährleistung des Binnenmarktes gefährden.¹⁰ Artikel 87 Abs. 1 EGV sieht daher ein grundsätzliches Verbot für staatliche Beihilfen vor, soweit sie wegen wettbewerbsverfälschender Wirkungen den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Von diesem Verbot sehen Abs. 2 und 3 Ausnahmen vor. In Art. 88 EGV ist das Verfahren geregelt, in dem die Kommission als Kontrollbehörde die Vereinbarkeit staatlicher Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt feststellt.¹¹ Artikel 89 EGV ermächtigt den Rat zum Erlass von zweckdienlichen Durchführungsverordnungen.

2. Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse

Die mitgliedstaatliche Definition der Tätigkeit von öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten als eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen) ist vom EuGH¹² und der Kommission¹³ anerkannt worden. Gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen werden von der Kommission in ihrer „Daseinsvorsorgemitteilung“¹⁴ als Leistungen der Daseinsvorsorge, also Leistungen im Allgemeininteresse, dargestellt.

Artikel 16 EGV betont den Stellenwert, den Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse innerhalb der gemeinsamen Werte der Union einnehmen, sowie ihre Bedeutung bei der Förderung des sozialen und territorialen Zusammenhalts. In Anbetracht dessen tragen die Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten – unbe-

⁸ EuGH, Rs. 171/83 R, *Kommission/Frankreich*, Slg. 1983, 2621.

⁹ Cremer, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Art. 87, Rdnr. 2.

¹⁰ Cremer, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 87, Rdnr. 2.

¹¹ Gemäß Art. 88 Abs. 2 Unterabsatz 3 hat auch der Rat bei außergewöhnlichen Umständen eine Entscheidungsbefugnis.

¹² EuGH, Rs. 155/73, *Sacchi*, Slg. 1974, I-409, Rdnr. 15.

¹³ Kommission, Entscheidung v. 24.2.1999, Fall NN 70/98 (Kinderkanal und Phoenix), unveröffentlicht, Ziff. 6.1.1.; ABl. EG Nr. C 238 v. 21.8.1999, S. 3; vgl. Pressemitteilung der Kommission v. 24.2.1999, IP/99/132; abrufbar unter: <http://europa.eu.int/rapid>; im Folgenden: Kommission, Kinderkanal und Phoenix.

¹⁴ Mitteilung der Kommission über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABl. EG Nr. C 17 v. 19.1.2001, S. 4, Anhang II; im Folgenden: Kommission, Daseinsvorsorgemitteilung.

schadet der Artikel 73, 86 und 87 EGV- im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse im Anwendungsbereich des EGV dafür Sorge, dass die Grundsätze und Bedingungen für das Funktionieren dieser Dienste so gestaltet sind, dass sie ihren Aufgaben nachkommen können. Auch im Vertrag über eine Verfassung für Europa¹⁵ waren Vorgaben zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse vorgesehen (Art. II-36; Art. III-6 VVE).

Artikel 86 Abs. 2 EGV enthält eine begrenzte Ausnahme vom Geltungsanspruch des europäischen Wettbewerbsrechts für öffentliche oder private Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind.¹⁶ Aus Art. 86 Abs. 2 EGV ergibt sich, dass die Vorschriften der Art. 87, 88 EGV in der Regel gelten, es sei denn, sie verhindern in besonderen Ausnahmefällen die Erfüllung von Aufgaben der Daseinsvorsorge.¹⁷ Dadurch soll der Konflikt zwischen der Verfolgung von Zielen der Daseinsvorsorge auf nationaler Ebene und dem Prinzip einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb gemäß Art. 4 Abs. 1 EGV auf Gemeinschaftsebene gelöst werden.¹⁸

3. Kompetenzen der EG im Bereich des Rundfunks

Nach dem in Art. 5 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 EGV geregelten Prinzip der begrenzten Einzelmächtigung stehen den Organen der EG nur die im EGV ausdrücklich genannten Kompetenzzuweisungen zu.

Der EuGH hat in seinem Urteil in der Rechtssache *Sacchi*¹⁹ festgestellt, dass Rundfunk eine Dienstleistung im Sinne des Art. 49 EGV darstellt. Dem Rundfunk wird somit ein Doppelcharakter als Wirtschafts- und Kulturgut beigemessen.²⁰

Auf den Rundfunk finden also zum einen die Wettbewerbsregeln der Art. 81 ff. EGV Anwendung, die der Gemeinschaft eine eigene Sachkompetenz einräumen. Für die Kulturpolitik hingegen verschafft der maßgebliche Art. 151 EGV der Gemeinschaft keine eigenständige primäre Sachkompetenz.²¹ Die Regelungskompetenz der EG erstreckt sich demnach nur auf die wirtschaftliche, nicht aber auf die kulturelle Seite des Rundfunks.²² Artikel 151 Abs. 4 EGV enthält vielmehr ein

¹⁵ Vertrag über eine Verfassung für Europa, ABl. EG Nr. C 310 v. 16.12.2004, S. 1.

¹⁶ *Jung*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 86, Rdnr. 3.

¹⁷ *Jung*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 16, Rdnr. 4.

¹⁸ *Montag/Leibnath*, in: Heidenhain (Hrsg.), Handbuch des Europäischen Beihilferechts, § 30, Rdnrn. 4, 5.

¹⁹ EuGH, Rs. C-155/73, *Sacchi*, Slg. 1974, I-409, Rdnr. 6.

²⁰ *Gersdorf*, Grundzüge des Rundfunkrechts, 2003, S. 235.

²¹ *Gersdorf*, ibid., S. 236.

²² *Gersdorf*, ibid., S. 235.

Rücksichtnahmegebot auf die Kulturen der Mitgliedstaaten. Nach dieser Vorschrift trägt die Gemeinschaft lediglich den kulturellen Aspekten der Mitgliedstaaten Rechnung.

II. Die Deutsche Rundfunkgebühr als Beihilfe gemäß Art. 87 Abs. 1 EGV

Gemäß Art. 87 Abs. 1 EGV sind 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.

Im Folgenden wird anhand der neueren Rechtsprechung geprüft, ob die deutsche Rundfunkgebühr die Voraussetzungen des Art. 87 Abs. 1 EGV und damit den Beihilfetatbestand erfüllt.

1. Staatlich oder aus staatlichen Mitteln

Gemäß Art. 87 Abs. 1 EGV ist für das Vorliegen einer Beihilfe erforderlich, dass sie „staatlich“ ist oder aus „staatlichen Mitteln“ stammt. Der EuGH hat diesen Begriff in verschiedener Hinsicht ausgelegt.²³

a) Prüfungsansatz des EuGH

(1) Formaler und materieller Ansatz

Nach einem materiellen Ansatz des EuGH ist jede Maßnahme, die bestimmten Unternehmen wirtschaftliche Vorteile verschafft und auf einem dem Staat zuzurechnenden Verhalten beruht, unabhängig davon, ob sie zu einer finanziellen Belastung des Staates führt, eine staatliche Beihilfe.²⁴

Andererseits hat der EuGH vertreten, dass Art. 87 Abs. 1 EGV auch in dem Sinne verstanden werden könne, dass Beihilfen zwingend „aus staatlichen Mitteln“ finanziert sein müssen.²⁵ Danach muss die fragliche Maßnahme auf Kosten des

²³ Vgl. zu der folgenden Unterscheidung: Schlussanträge GA *Jacobs*, Rs. C-379/98, *PreussenElektra*, Slg. 2001, I-2099, Nrn. 114-116.

²⁴ EuGH, Rs. 72/79, *Kommission/Italien*, Slg. 1980, 1411, Rdnr. 24; EuGH, Rs. 290/83, *Kommission/ Frankreich*, Slg. 1985, 439, Rdnrn. 13, 14; EuGH, verb. Rs. 67-68/85 und 70/85, *Van der Kooy*, Slg. 1988, 219, Rdnrn. 35-38.

²⁵ EuGH, Rs. 82/77, *Van Tiggele*, Slg. 1978, 25, Rdnrn. 24, 25; EuGH, verb. Rs. 213-215/81, *Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor*, Slg. 1982, 3583, Rdnrn. 24, 25; EuGH, verb. Rs. C-72/91 u. C-73/91, *Sloman Neptun*, Slg. 1993, I-887, Rdnr. 19; EuGH, verb. Rs. C-72/91 u. C-73/91,

Staates erfolgen.²⁶ Diesen formalen Ansatz hat der EuGH zuletzt in seinem „PreussenElektra“-Urteil vertreten.²⁷

(2) Vermittelnde Ansicht: Der zweistufige Prüfungsaufbau im „Stardust-Marine“-Urteil des EuGH

Schließlich hat der EuGH mit seinem jüngsten „Stardust-Marine“-Urteil²⁸ vom 16. Mai 2002 eine vermittelnde Ansicht gewählt.²⁹ Der EuGH hatte über die Finanzhilfen, die das Unternehmen Stardust Marine von der Bank SBT-Batif – einer Tochtergesellschaft des Unternehmens Altus Finance, das seinerseits zur Gruppe des Crédit Lyonnais gehörte – erhielt, zu entscheiden. Der Crédit Lyonnais, Altus Finance und SBT-Batif standen als öffentliche Unternehmen unter staatlicher Kontrolle.³⁰

Der EuGH wählte im vorliegenden Fall eine zweistufige Prüfung: Er forderte für Vergünstigungen im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EGV, dass sie zum einen „unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln gewährt werden“.³¹ An dieser Stelle verwies der EuGH auf seinen formalen Ansatz. Zum anderen müssten die Vergünstigungen „dem Staat zuzurechnen sein“.³² Hier bezog sich der EuGH auf die Urteile im Bereich seines materiellen Ansatzes. Damit hat der EuGH nunmehr die Kriterien definiert, die für das Tatbestandsmerkmal „staatlich oder aus staatlichen Mitteln“ des Art. 87 Abs. 1 EGV erforderlich sind. Daher sind die im Folgenden zu zeigenden Kriterien des EuGH im „Stardust-Marine“-Urteil maßgeblich für die Frage, ob die deutsche Rundfunkgebühr aus staatlichen Mitteln stammt.

Im Hinblick auf die „aus staatlichen Mitteln“ gewährte Vergünstigung stellte der EuGH fest:

²⁶ *Sloman Neptun*, Slg. 1993, I-887, Rdnr. 19; EuGH, Rs. C-189/91, *Kirsammer/Hack*, Slg. 1993, I-6185, Rdnr. 16; EuGH, verb. Rs. C-52-54/97, *Viscido*, Slg. 1998, I-2629, Rdnr. 13; EuGH, Rs. C-200/97, *Ectorade*, Slg. 1998, I-7907, Rdnr. 35; EuGH, Rs. C-295/97, *Piaggio*, Slg. 1999, I-3735, Rdnr. 35.

²⁷ Schlussanträge GA *Jacobs*, Rs. C-379/98, *PreussenElektra*, Slg. 2001, I-2099, Nr. 116.

²⁸ EuGH, Rs. C-379/9, *PreussenElektra*, Slg. 2001, I-2099, Rdnrn. 59, 61 (im Folgenden: EuGH, *PreussenElektra*).

²⁹ EuGH, Rs. C-482/99, *Frankreich/Kommission*, Slg. 2002, I-4397; im Folgenden: EuGH, *Frankreich/Kommission*.

³⁰ Rossnagel/Strothmann, Die duale Rundfunkordnung in Europa, S. 119.

³¹ EuGH, *Frankreich/Kommission*, (Fn. 28), Rdnr. 58.

³² EuGH, *Frankreich/Kommission*, (Fn. 28), Rdnr. 24.

„Erstens muss nach ständiger Rechtsprechung nicht in jedem Fall festgestellt werden, dass eine Übertragung staatlicher Mittel stattgefunden hat, damit der einem oder mehreren Unternehmen gewährte Vorteil als eine staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels 87 Absatz 1 EGV angesehen werden kann.“³³

Sodann fuhr er unter Bezugnahme auf das „Ladbroke“-Urteil³⁴ fort:

„Zweitens ergibt sich bereits aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes, dass Artikel 87 Absatz 1 EG alle Geldmittel erfasst, 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. Auch wenn die aus der fraglichen Maßnahme resultierenden Beträge nicht auf Dauer dem Staat gehören, genügt folglich der Umstand, dass sie ständig unter staatlicher Kontrolle und somit den zuständigen nationalen Behörden zur Verfügung stehen, damit sie als staatliche Mittel qualifiziert werden können.“³⁵

Der EuGH entschied im vorliegenden Fall, dass die gewährten Vergünstigungen aus staatlichen Mitteln gewährt wurden.³⁶

Die Frage nach der staatlichen Mittelbelastung richtet sich demnach auf dieser ersten Prüfungsstufe nach Ansicht des EuGH nach den materiellen Gesichtspunkten des Einflusses, der Kontrolle oder der Veranlassung des Staates.³⁷ Mit dem Urteil *Stardust Marine* wird somit die Tendenz der Rechtsprechung bestätigt, neben bzw. innerhalb des formalen Ansatzes verstärkt auf materielle Kriterien zurückzugreifen. Diese Tendenz wurde bereits in den Entscheidungen *Banco Exterior de Espana*³⁸, *Italien/Kommission*³⁹ und *Ladbroke*⁴⁰ sowie in den Schlussanträgen des Generalanwalts *Jacobs* in der Rechtssache *PreussenElektra*⁴¹ deutlich.⁴²

³³ EuGH, *Frankreich/Kommission*, (Fn. 28), Rdnr. 36. Der Gerichtshof verweist auf sein Urteil in der Rs. C-387/92, *Banco Exterior de Espana*, Slg. 1994, I-877, Rdnr. 14, und in der Rs. C-6/97, *Italien/Kommission*, Slg. 1999, I-2981, Rdnr. 16.

³⁴ EuGH, Rs. C-83/98 P, *Frankreich/Ladbroke Racing und Kommission*, Slg. 2000, I-3271, Rdnr. 50.

³⁵ EuGH, *Frankreich/Kommission*, (Fn. 28), Rdnr. 37.

³⁶ EuGH, *Frankreich/Kommission*, (Fn. 28), Rdnr. 38.

³⁷ *Rossnagel/Strothmann*, (Fn. 29), S. 121.

³⁸ EuGH, Rs. C-387/92, *Banco Exterior de Espana*, Slg. 1994, I-877, Rdnr. 14.

³⁹ EuGH, Rs. C-6/97, *Italien/Kommission*, Slg. 1999, I-2981, Rdnr. 16.

⁴⁰ EuG, Rs. T-67/94, *Ladbroke Racing/Kommission*, Slg. 2000, I-3271, Rdnr. 50.

⁴¹ Schlussanträge GA *Jacobs*, Rs. C-379/98, *PreussenElektra*, Slg. 2001, I-2099, Nr. 165.

⁴² *Schwendinger*, Deutsche Rundfunkgebühren – „staatlich oder aus staatlichen Mitteln gewährt“?, S. 36.

Der EuGH prüfte sodann auf der zweiten Prüfungsstufe, ob die dem Unternehmen gewährten Finanzhilfen dem Staat zurechenbar waren. Der EuGH befand, dass es für eine Zurechnung nicht ausreichend sei, dass die Maßnahme von einem öffentlichen Unternehmen getroffen wurde. „Es muss außerdem geprüft werden, ob davon auszugehen ist, dass die Behörden in irgendeiner Weise am Erlass dieser Maßnahmen beteiligt waren.“⁴³ Der EuGH stellte fest, dass die Zurechenbarkeit einer Beihilfemaßnahme eines öffentlichen Unternehmens an den Staat aus einem Komplex von Indizien abgeleitet werden könne, die sich aus den Umständen des konkreten Falles und des Kontextes ergäben, in dem die fragliche Maßnahme eingangen sei. Hierbei sei unter anderem jedes Indiz von Bedeutung, das im konkreten Fall auf eine Beteiligung der Behörden oder auf die Unwahrscheinlichkeit einer fehlenden Beteiligung am Erlass einer Maßnahme hinweise, wobei auch deren Umfang, ihr Inhalt oder ihre Bedingungen zu berücksichtigen seien.⁴⁴

Der EuGH kam im Fall *Stardust Marine* zu dem Ergebnis, dass die Auslegung des einzigen von der Kommission berücksichtigten, organisationsrechtlichen Kriteriums, nämlich, dass der Crédit Lyonnais, Altus und SBT als öffentliche Unternehmen unter staatlicher Kontrolle standen, für eine staatliche Zurechnung unzutreffend sei.⁴⁵

Wie bereits dargestellt, prüft der EuGH auf der ersten Prüfungsstufe materiell das Erfordernis der staatlichen Mittelbelastung anhand der Möglichkeit des Staates, die Mittelvergabe zu beeinflussen. Auf der zweiten Stufe bestimmt sich die staatliche Zurechenbarkeit ebenfalls nach materiellen Kriterien des Einflusses des Staates. Diesbezüglich findet indes eine konkrete Prüfung des Einzelfalls anhand von Indizien statt.⁴⁶ Durch den zweistufigen Prüfungsaufbau des EuGH wird deutlich, dass die Begriffe der staatlichen Mittelbelastung und der staatlichen Zurechenbarkeit aus Sicht des EuGH voneinander unabhängig sind.⁴⁷

b) Position der Kommission

Zu berücksichtigen für die Beurteilung der Frage, ob die deutsche Rundfunkgebühr „staatlich“ ist oder aus „staatlichen Mitteln“ stammt, ist weiterhin, welche Auffassung die Kommission bezüglich dieses Merkmals vertritt, da die Kommission im Rahmen der aktuellen Beschwerdeverfahren gemäß Art. 87 Abs. 3 EGV ihre Entscheidungen an die Mitgliedstaaten richtet.

⁴³ EuGH, *Frankreich/Kommission*, (Fn. 28), Rdnr. 52.

⁴⁴ EuGH, *Frankreich/Kommission*, (Fn. 28), Rdnrn. 55, 56.

⁴⁵ EuGH, *Frankreich/Kommission*, (Fn. 28), Rdnr. 58.

⁴⁶ *Schwendinger*, (Fn. 42), S. 38, 41.

⁴⁷ *Schwendinger*, (Fn. 42), S. 38.

(1) Rundfunkmitteilung der Kommission

In ihrer Rundfunkmitteilung führt die Kommission aus: „Maßgebend für die Beurteilung der Frage, ob eine staatliche Beihilfe vorliegt, ist nach Artikel 87 Abs. 1 nicht der Zweck der staatlichen Maßnahme, sondern nur deren Auswirkungen. Eine staatliche Finanzierung von öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten muss im Normalfall als staatliche Beihilfe angesehen werden, insoweit sie die oben erwähnten Kriterien erfüllt. Normalerweise werden öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten aus dem Staatshaushalt oder über eine vom Eigentümer des Fernsehgeräts zu entrichtende Gebühr finanziert. In einigen bestimmten Fällen gewährt der Staat öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten Kapitalspritzen oder erlässt deren Schulden. Derartige finanzielle Maßnahmen gehen in der Regel auf staatliche Stellen zurück und implizieren den Transfer öffentlicher Gelder.“ Allerdings betont die Kommission, dass für diese Frage eine Einzelfallüberprüfung erforderlich ist.⁴⁸

(2) Entscheidungen der Kommission

Sämtliche Entscheidungen der Kommission in diesem Zusammenhang betreffen Länder in Europa, in denen eine duale Rundfunkordnung existiert.

(aa) Öffentlich-rechtlicher Rundfunk in Belgien und Portugal

In Belgien und Portugal wurden Zahlungen direkt aus dem öffentlichen Budget finanziert. Die Kommission wertete diese als staatliche Mittel.⁴⁹

(bb) Kinderkanal und Phoenix

In ihrer Entscheidung vom 24. Februar 1999 über die Finanzierung der deutschen öffentlich-rechtlichen Spartenkanäle Kinderkanal und Phoenix bejahte die Kommission das Tatbestandsmerkmal des staatlichen Mittels mit dem kurzen Hinweis, dass es sich um „verbindliche, gesetzlich festgelegte Gebühren“ handele.⁵⁰

⁴⁸ Kommission, Rundfunkmitteilung, (Fn. 4), Rdnr. 17.

⁴⁹ Kommission, Entscheidung v. 13.2.2002, Fall N 548/2001 (Aide en faveur des télévisions locales dans la Communauté française), abrufbar unter: http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/industrie/n548-01_fr.pdf, S. 3 (21.2.2006); Kommission, Aufforderung zur Abgabe einer Stellungnahme gemäß Art. 88 Abs. 2 EG-Vertrag, Fall NN 133/A/01, NN 85/A/01 und NN 94/A/99 (Staatliche Ausgleichszahlungen an den staatlichen Rundfunkveranstalter RTP), ABl. EG Nr. C 98 v. 23.4.2002, S. 3; im Folgenden: Kommission, RTP.

⁵⁰ Kommission, Kinderkanal und Phoenix (Fn. 13).

(cc) TV2 in Dänemark

Der dänische Staat leistet für die Erfüllung des Grundversorgungsauftrages an die öffentlich-rechtliche Sendeanstalt TV2 einen Ausgleich. In den Jahren von 1995 bis 2002 hatte TV2 neben Einnahmen aus Rundfunkgebühren zins- und tilgungsfreie Darlehen, Bürgschaften für Betriebsdarlehen, eine Befreiung von der Körperschaftssteuer, Ad-hoc-Kapitalzuwendungen und Zugang zu einer landesweiten Übertragungsfrequenz zu günstigen Konditionen erhalten.

Die Kommission stellte fest, dass die Rundfunkgebühren aus staatlichen Mitteln gewährt wurden.⁵¹ Dabei stützte sich die Kommission auf die Rolle des dänischen Kulturministers. Dieser bestimmt den Anteil, den TV2 an den Rundfunkgebühren für einen Zeitraum von jeweils vier Jahren beanspruchen kann. Ferner legt er die Verfahrensregeln fest, aufgrund deren diese Gebühren erhoben und eingezogen werden.⁵²

(dd) Öffentlich-rechtlicher Rundfunk in Großbritannien

Die öffentliche Rundfunkgesellschaft BBC bezieht den weitaus größten Teil ihrer Einnahmen (91,1 Prozent) aus einer Rundfunkgebühr, die von allen Haushalten mit Fernsehgeräten im Land gezahlt werden.

In der Entscheidung „BBC News 24“ ging es um die Gebührenfinanzierung eines Nachrichtenkanals der BBC. Die Kommission bejahte hier die staatliche Zurechenbarkeit. Sie berief sich darauf, dass der Secretary of State die Entscheidung getroffen habe, BBC News 24 aus dem Gebührenaufkommen zu finanzieren.⁵³

Im Fall „BBC licence fee“⁵⁴ kam die Kommission zu dem gleichen Ergebnis. Hierbei wurden neun britische öffentlich-rechtliche digitale Kanäle aus dem Gebührenaufkommen finanziert.

⁵¹ Kommission, Aufforderung zur Abgabe von Bemerkungen gemäß Art. 88 Abs. 2 EG-Vertrag, Fall C 2/02, ex NN 22/02 (TV2), ABl. Nr. C 59 v. 14.3.2003, S. 2.

⁵² Vgl. *Pelny*, Das Verfahren der EU-Kommission gegen Dänemark: Ein Menetekel für die Länderregierungschefs in Deutschland?, ZUM 2003, S. 643 (645).

⁵³ Kommission, Entscheidung v. 14.12.1999, Fall NN 88/98 (BBC News 24), abrufbar unter http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/industrie/nn088-98.pdf, Rdnrn. 22, 23 (21.2.2006); im Folgenden: Kommission, BBC News 24.

⁵⁴ Kommission, Entscheidung v. 22.5.2002, Beihilfe N 631/2001 (BBC licence fee), abrufbar unter http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/industrie/n631-01.pdf, Rdn. 20 (21.2.2006); im Folgenden: Kommission, BBC licence fee.

(ee) Fazit

Diese Entscheidungen verdeutlichen die Auffassung der Kommission, dass sie die Festsetzung der Rundfunkgebühr per Gesetz sowie die zwangswise Heranziehung der Rundfunkteilnehmer zur Begründung des „staatlichen Mittels“ für ausreichend erachtet.⁵⁵ In diesem Zusammenhang ist ihre Entscheidung „Kinderkanal/Phoenix“ bezüglich der deutschen Rundfunkgebühr von besonderem Interesse. In ihren Entscheidungen bezüglich der Rundfunkgebühren in Dänemark und Großbritannien betont die Kommission die staatliche Kontrolle durch den dänischen Kulturminister bzw. den britischen Secretary of State.

c) Anwendung der Kriterien des EuGH im Fall „Stardust Marine“ auf das Rundfunkgebührensystem in Deutschland

Der EuGH hat bislang noch keine Entscheidung darüber getroffen, ob eine Rundfunkgebühr eine staatliche Beihilfe ist. Um eine solche Einordnung vorzunehmen, sind daher die von ihm in der Rechtssache *Stardust Marine* entwickelten Kriterien auf die deutsche Rundfunkgebühr anzuwenden.

(1) Erste Prüfungsstufe: Aus staatlichen Mitteln

Zunächst ist zu untersuchen, ob die deutsche Rundfunkgebühr aus staatlichen Mitteln stammt. Der EuGH lässt hierfür den Umstand genügen, dass die Mittel ständig unter staatlicher Kontrolle und somit den zuständigen nationalen Behörden zur Verfügung stehen.⁵⁶ Fraglich ist, ob durch das deutsche System des Rundfunkgebühreneinzugs durch die GEZ eine staatliche Kontrolle besteht. Im Schrifttum gibt es unterschiedliche Auffassungen über die Einordnung der GEZ als staatliche Einrichtung. Bevor diese Auffassungen dargestellt werden, wird nun vorab die Funktion der GEZ erläutert.

(aa) Die Funktion der GEZ

Die GEZ führt als gemeinsames Rechenzentrum im Rahmen einer nicht rechtsfähigen öffentlich-rechtlichen Verwaltungsgemeinschaft der ARD-Landesrundfunkanstalten und des ZDF Verwaltungsgeschäfte des Rundfunkgebühreneinzugs durch. Dabei ist sie mit der Annahme und Abrechnung der Rundfunkgebühren betraut.⁵⁷ Gläubigerin der Rundfunkgebühr ist gemäß § 7 RGebStV die örtliche

⁵⁵ Koenig/Kühling, How to cut a long story short: Das PreussenElektra-Urteil des EuGH und die EG-Beihilfenkontrolle über das deutsche Rundfunkgebührensystem, ZUM 2001, S. 537 (542).

⁵⁶ EuGH, Frankreich/Kommission, (Fn. 28), Rdnr. 37.

Landesrundfunkanstalt. Die GEZ verteilt die eingenommene Finanzmasse nach einem in § 9 RFinStV festgesetzten Verteilungsschlüssel. Sie treibt die Gebühren im Verwaltungzwangsvorfahren gemäß § 9 RGebStV ein.

(bb) Schrifttum

Einerseits wird die Stellung der GEZ unter dem Aspekt untersucht, ob diese als staatliche Einrichtung im Sinne des formalen Ansatzes einzuordnen ist. Dies wird unter anderem mit der Begründung verneint, dass die GEZ nicht als Verteilungsstation mit eigenen Kompetenzen auftrete, sondern lediglich als eine Annahme- und Weiterleitungseinheit. Der Haushalt der GEZ werde durch das Weiterleiten der Gebührenmittel nicht belastet. Außerdem werde sie als nichtrechtsfähiger Teil tätig und stelle damit keine eigenständige Einrichtung dar.⁵⁸

Andererseits wird vertreten, dass alle Mittel, die von einer unter staatlichem Einfluss stehenden Instanz verwaltet werden, gemäß Art. 87 Abs. 1 EGV zu erfassen sind. Dabei sei es hinsichtlich der internen Mittelverwaltung nicht entscheidend, ob diese Mittel als Teil des Haushalts der Instanz oder als eine von ihr getrennte Finanzmasse geführt werden. Entscheidend sei der staatliche Zugriff auf diese Mittel.⁵⁹

Nach dieser Ansicht wird das Merkmal des staatlichen Mittels für das deutsche Gebührensystem bejaht.⁶⁰ Die GEZ verfüge über eine Vielzahl von Verwaltungsbefugnissen im Bereich der Gebühren. Zum Beispiel treibe sie die Gebühren im Verwaltungzwangsvorfahren ein. Die administrative und wirtschaftliche Effizienz der GEZ sei mitbestimmend für die verfügbaren Mittel der Sendeanstalten. Es sei unschädlich, dass die GEZ keine Rechtsfähigkeit habe, da die Beihilfenvorschriften auf die tatsächlichen und wirtschaftlichen Gegebenheiten abstehen.⁶¹

57 § 1 Abs. 3 lit. c) und d) der Verwaltungsvereinbarung „Gebühreneinzugszentrale vom 1. Januar 1993“, abgedruckt in: Ring (Hrsg.), Medienrecht, München u.a., Stand April 2001, Bd. II, E I 0.300.

58 *Koenig/Kühling*, (Fn. 55), S. 537 (546); *Eberle*, Die Rundfunkgebühr – Verfassungsrechtlicher Anspruch und gesellschaftspolitische Funktion, AfP 1995, S. 559 (563), verneint das Merkmal des staatlichen Mittels u.a. mit der Begründung, dass die Gebühr von Rundfunkteilnehmern erbracht werde.

59 *Kruse*, Das Merkmal der „Staatlichkeit“ der Beihilfe nach Art. 87 Abs. 1 EG: Nach dem EuGH-Urteil zum deutschen Stromeinspeisungsgesetz, ZHR 165 (2001), S. 577 (589).

60 *Damm*, Gebührenprivileg und Beihilferecht, S. 106; *Holzer*, Deutsche Rundfunkgebühr als unzulässige Beihilfe im Sinne des europäischen Rechts?, ZUM 1996, S. 275 (277); *Otten*, Die Gebührenfinanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten im Rahmen des Art. 92 EGV, ZUM 1997, S. 790 (797); *Greissinger*, Vorgaben des EG-Vertrages für nationales Rundfunk- und Multimediarecht, S. 183; *Selmer/Gersdorf*, Die Finanzierung des Rundfunks in der Bundesrepublik Deutschland auf dem Prüfstand des EG-Beihilferegimes, S. 31.

61 *Kruse*, (Fn. 59), S. 577 (590).

(cc) Ergebnis

Bezüglich der Frage, ob die deutsche Rundfunkgebühr unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln gewährt wird, ist der staatliche Einfluss zu berücksichtigen. Würde man hier lediglich auf die formale Belastung eines öffentlichen Haushalts abstellen, so wäre das Merkmal des staatlichen Mittels zu verneinen. Denn der Haushalt der GEZ wird durch die Einnahme der Gebühr nicht belastet. Die GEZ ist ein gesetzlich benanntes „Rechenzentrum“. Sie ist auch nicht Gläubigerin der Gebühr, da dies die Rundfunkanstalten sind.

Da es nach dem „Stardust-Marine“-Urteil des EuGH nunmehr aber nicht mehr auf eine öffentliche Haushaltsbelastung ankommt, sondern die staatliche Kontrolle und Zugriffsmöglichkeit entscheidend sind, ergibt sich eine andere Sichtweise. Die GEZ treibt die Gebühren im Verwaltungzwangsverfahren ein. Die Gebührenpflichtigkeit knüpft an den Besitz eines Rundfunkempfangsgeräts an, unabhängig von dem tatsächlichen Empfang von Rundfunksendungen. Es handelt sich hierbei nicht um ein freiwilliges Vermögensopfer, sondern um einen hoheitlichen Leistungsbefehl in Form einer umfassenden Abgabepflicht. Eine staatliche Zugriffsmöglichkeit und damit eine staatliche Kontrolle sind demnach vorhanden. Außerdem beruht die Verpflichtung zur Gebührenentrichtung auf der Entscheidung der Regierungen und der Landesparlamente. Diese haben die Verpflichtung zur Gebührenentrichtung begründet und in mehreren Gesetzen festgelegt. Ohne diese gesetzliche Grundlage wäre eine Tätigkeit der GEZ nicht möglich, so dass eine staatliche Kontrolle gegeben ist. Festzustellen ist daher, dass die deutsche Rundfunkgebühr aus staatlichen Mitteln stammt.

(2) Zweite Prüfungsstufe: Zurechnung

Auf der zweiten Prüfungsstufe ist nunmehr zu prüfen, ob die Maßnahme dem Staat zuzurechnen ist. Dabei sind materielle Kriterien für den Nachweis des staatlichen Einflusses maßgeblich. Es ist eine konkrete Einzelfallprüfung anhand von Indizien vorzunehmen.

Die staatliche Zurechenbarkeit könnte dann entfallen, wenn die Höhe der Gebühren in einem staatsfernen Verfahren ermittelt würde. Dies beruht auf der Überlegung, dass eine staatliche Zurechnung dann nicht mehr gegeben sein könne, wenn der Staat keinen oder nur einen völlig untergeordneten Einfluss auf die Mittelvergabe habe.⁶² Fraglich ist, ob das deutsche System der Gebührenfestsetzung, das nun zunächst erläutert wird, ein solches staatsfernes Verfahren ist.

⁶² *Otten*, (Fn. 60), S. 790 (797).

(aa) Die Vorgaben des „Rundfunkgebührenurteils“ des BVerfG

In seinem „Rundfunkgebührenurteil“ vom 22. Februar 1994⁶³ hat das BVerfG dem Gesetzgeber zwei zentrale Vorgaben für die Ausgestaltung des Rundfunkgebührenfestsetzungsverfahrens gemacht: Die Gewährleistung einer funktionsgerechten Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und die wirksame Sicherung vor Einflussnahmen auf das Programm.⁶⁴ Um den Grundrechtsschutz der Rundfunkanstalten aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG zu gewährleisten, hat das BVerfG ein dreistufiges kooperatives Modell skizziert. Dieses besteht erstens aus der Bedarfsanmeldung durch die Rundfunkanstalten, zweitens aus der Bedarfssfeststellung bzw. -ermittlung durch ein unabhängig zusammengesetztes Sachverständigengremium und drittens aus der eigentlichen Gebührenfestsetzung durch die Ministerpräsidenten und die Landesparlamente.⁶⁵ Dabei hat das BVerfG zu den einzelnen Verfahrensstufen folgende zentrale Aussagen getroffen:⁶⁶

Bezüglich der Bedarfsanmeldungen der Rundfunkanstalten auf der ersten Stufe ist der Bedarf maßgeblich, der zur Erfüllung des Programmauftrags notwendig ist.⁶⁷

Die auf der zweiten Stufe vorzunehmende Überprüfung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten darf 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.⁶⁸

Auf der dritten Stufe muss sichergestellt sein, dass Programmneutralität und Programmakzessorietät der Gebührenentscheidung gewahrt bleiben. Dies schließt in den Abweichungen von der Bedarfssfeststellung nicht aus. Hierfür kommen aber nur solche Gründe in Betracht, die vor der Rundfunkfreiheit Bestand haben. Für das Gericht sind dies nur Gesichtspunkte des Informationszugangs und der angemessenen Belastung der Rundfunkteilnehmer. Programmliche und medienpolitische Zwecke scheiden aus. Zudem müssen bei solchen Abweichungen nachprüfbare Gründe angegeben werden. Daher ist eine entsprechende Begründung erforderlich.⁶⁹

⁶³ BVerfGE 90, 60.

⁶⁴ Vgl. *Libertus*, in: Hahn/Vesting (Hrsg.), Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, § 13, Rdnr. 21.

⁶⁵ Vgl. *Libertus*, (Fn. 64), § 13, Rdn. 24.

⁶⁶ Vgl. *Libertus*, (Fn. 64), § 13, Rdnrs. 25-29.

⁶⁷ BVerfGE 90, 60 (102).

⁶⁸ BVerfGE 90, 60 (103).

⁶⁹ BVerfGE 90, 60 (104).

(bb) Die legislative Umsetzung der Vorgaben des BVerfG

Die Vorgaben des BVerfG sind nunmehr in § 14 RStV umgesetzt und im RFinStV weiter ausgestaltet worden.

Danach bestimmen zunächst die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten im Rahmen ihrer Programmautonomie den zu ihrer Funktionserfüllung erforderlichen Bedarf gemäß § 1 RFinStV.

Auf einer zweiten Stufe erfolgt sodann gemäß § 2 RFinStV eine Prüfung der Bedarfsanmeldung durch die KEF. Gemäß § 4 Abs. 1 RFinStV handelt es sich bei der KEF um ein unabhängiges und sachverständig zusammengesetztes Gremium. In § 14 Abs. 3 RStV wird die KEF beauftragt, ihr Verfahren nach objektiven Kriterien und Methoden auszugestalten. Die KEF hat zu überprüfen, ob der Finanzbedarf nach den Kriterien der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit ermittelt worden ist.

Auf der dritten Stufe erfolgt schließlich die Festsetzung der Rundfunkgebühren durch die Länderparlamente. Gemäß § 7 Abs. 1 RFinStV erhält die Rundfunkkommission der Länder von den Rundfunkanstalten zeitgleich die der KEF zugeleiteten Bedarfsanmeldungen. Weiter regelt der maßgebliche § 14 Abs. 2 RFinStV, dass der Gebührenvorschlag der KEF Grundlage für eine Entscheidung der Landesregierungen und der Landesparlamente ist. Davon beabsichtigte Abweichungen soll die Rundfunkkommission der Länder mit den Rundfunkanstalten unter Einbeziehung der KEF erörtern. Die Abweichungen sind zu begründen.

(cc) Schrifttum

Im Schrifttum werden unterschiedliche Auffassungen hinsichtlich der Auswirkungen dieses Systems auf die staatliche Zurechenbarkeit vertreten.

Nach einer Auffassung entfällt die staatliche Zurechnung aufgrund der Staatsferne des Verfahrens.⁷⁰ Der Gesamtumfang der Mittel ergebe sich aus zwei Faktoren: Zum einen sei die Anzahl derjenigen maßgeblich, die ein Rundfunkgerät zum Empfang bereithalten. Zum anderen sei die Höhe der Gebühren maßgeblich. Auf beide Faktoren habe der Staat jedoch keinen nennenswerten Einfluss.⁷¹ Bezuglich der Höhe der Rundfunkgebühr sei der Gebührenvorschlag der KEF grundsätzlich bindend, da von ihm nur in einem begründeten Ausnahmefall abgewichen werden dürfe. Im Ergebnis gewährleiste die KEF als unabhängiges Sachverständigengremium die Sicherung der Staatsfreiheit bei der Gebührenbemessung.⁷²

⁷⁰ *Dörr*, Die öffentlich-rechtliche Rundfunkfinanzierung und die Vorgaben des EG-Vertrages, S. 20; *Eberle*, (Fn. 58), S. 559 (563); *Otten*, (Fn. 60), S. 790 (797).

⁷¹ *Dörr*, (Fn. 70), S. 20.

⁷² *Koenig/Kühling*, (Fn. 55), S. 537 (539).

Nach anderer Auffassung steht das Verfassungsgebot der Staatsferne des Rundfunks der staatlichen Zurechenbarkeit nicht entgegen.⁷³ Das BVerfG habe in seinem Gebührenurteil zwar Staatsferne, nicht aber „Staatenlosigkeit“ vorgeschrieben.⁷⁴ Die konkrete Ausgestaltung der Gebührenhöhe hänge von einer staatlichen Entscheidung ab, da in letzter Instanz die Gebührenfestsetzung durch einen Staatsvertrag erfolge.

(dd) Ergebnis

Bei der Beurteilung über ein staatsernes Verfahren ist das kürzlich erfolgte Gebührenfestsetzungsverfahren im Rahmen des Achten Rundfunkänderungsstaatsvertrages zu berücksichtigen. Die KEF hatte Anfang des Jahres 2004 vorgeschlagen, die Rundfunkgebühren um monatlich 1,09 Euro anzuheben. Zuvor hatten die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten einen Mehrbedarf von 2,01 Euro angemeldet. Die Ministerpräsidenten der Länder hatten auf ihrer Jahresskonferenz am 8. Oktober 2004 erstmals beschlossen, von der KEF-Empfehlung abzuweichen und die Rundfunkgebühren um 88 Cent auf 17,03 Euro pro Monat zu erhöhen.

Die Intendanten der ARD haben am 14. Juni 2005 beschlossen, gegen dieses Verfahren eine Verfassungsbeschwerde einzulegen. Zuvor sollen aber noch konkrete Anhaltspunkte für das Gelingen einer außergerichtlichen Lösung mit den Ländern über ein geändertes Gebührenfestsetzungsverfahren abgewartet werden.⁷⁵

Problematisch an dem jüngsten Gebührenfestsetzungsverfahren ist, dass die Erhöhung der Rundfunkgebühren mit einer Reform der Strukturen der öffentlich-rechtlichen Anstalten verknüpft worden war. So haben beispielsweise in der Diskussion um die Gebührenerhöhung die Länder Bayern, Sachsen und Nordrhein-Westfalen eine weitgehende Strukturreform des öffentlich-rechtlichen Rundfunks gefordert.⁷⁶

Wie bereits dargelegt, darf nach den Vorgaben des BVerfG⁷⁷ die Gebührenfestsetzung jedoch kein Mittel staatlicher Medienpolitik sein. Für das BVerfG kommen für Abweichungen von der Bedarfssfeststellung nur solche Gründe in Betracht, die vor der Rundfunkfreiheit Bestand haben. Dies sind für das Gericht nur Gesichtspunkte des Informationszugangs und der „angemessenen Belastung der

⁷³ Engel, Europarechtliche Grenzen für öffentlich-rechtliche Spartenprogramme?, S. 29; Selmer/Gersdorf, (Fn. 60), S. 31; Greissinger, (Fn. 60), S. 183.

⁷⁴ Engel, *ibid.*, S. 29.

⁷⁵ epd, Nr. 73 v. 17.9.2005

⁷⁶ epd, Nr. 89 v. 12.11.2003

⁷⁷ BVerfGE 90, 60 (104).

Rundfunkteilnehmer“. Für das BVerfG sind aber Abweichungen aus programmatischen und medienpolitischen Zwecken unzulässig. Vielmehr hat sich die Gebührenfestsetzung durch Programmneutralität und Programmakkessorietät auszuzeichnen. Es ist daher unzulässig, programmatische und medienpolitische Entscheidungen mit der Gebührenfestsetzung zu verknüpfen. Dies ergibt sich aus dem Grundsatz der Trennung zwischen allgemeinen medienpolitischen Entscheidungen und Entscheidungen über die Rundfunkgebühr. Dieser Grundsatz soll eine Vermischung zwischen medienpolitischen Entscheidungen mit der Gebührenfestsetzung vermeiden, weil gerade in dieser Vermischung eine der Hauptgefahren für eine verfassungswidrige Einflussnahme des Staates auf die Rundfunkfreiheit erblickt wird.⁷⁸

Da beim letzten Gebührenfestsetzungsverfahren die Gebührenerhöhung mit einer Diskussion über eine Strukturreform verbunden wurde, hat hier eine solche Vermischung zwischen medienpolitischen Strukturfragen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks mit der Gebührenfestsetzung stattgefunden. Dies steht nicht im Einklang mit den Vorgaben, die das BVerfG für ein staatsfernes Verfahren aufgestellt hat. Ein staatlicher Einfluss ist daher gegeben und eine staatliche Zurechenbarkeit liegt vor. Das Merkmal „staatlich oder aus staatlichen Mitteln“ ist zu bejahen.

2. Begünstigung

Gemäß Art. 87 Abs. 1 EGV ist weiterhin eine Begünstigung erforderlich. Nach der Rechtsprechung des EuGH wird hierfür verlangt, dass die Belastung, die das geförderte Unternehmen normalerweise zu tragen hat, durch die Fördermaßnahme verringert wird.⁷⁹ Die finanzielle Belastung der Rundfunkanstalten wird durch die Gebühren verringert, so dass das erste Merkmal einer Begünstigung vorliegt.

Eine Begünstigung ist allerdings ausgeschlossen, wenn der geldwerten Leistung eine marktübliche Gegenleistung gegenübersteht.⁸⁰ Die beihilferechtliche Bewertung staatlicher Ausgleichszahlungen für Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse – und mithin auch die Finanzierung von öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten – ist indes umstritten.

⁷⁸ Ossenbühl, *Media Perspektiven* 1/2004, S. 49.

⁷⁹ Seit EuGH, Rs. C-30/59, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/Hohe Behörde der EGKS*, Slg. 1961, Ls. 3 (zu Art. 4 c EGKSV).

⁸⁰ EuGH, Rs. C-39/94, *Syndicat français de l'Express international u.a./La Poste (SFEI)*, Slg. 1996, I-3547, Rdnr. 60 ff.; Cremer, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 87, Rdnr. 7.

a) Ausgleichsansatz

Nach einer Auffassung liegt bereits begrifflich keine Beihilfe im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EGV vor, wenn dem Unternehmen lediglich Nachteile für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen ausgeglichen werden.⁸¹

Diesen Ausgleichsansatz hat der EuGH in seiner „Altöl“-Entscheidung⁸² erstmals formuliert. Er stellte fest, dass es sich nicht um Beihilfen, sondern um die Gegenleistung für die erbrachten Leistungen handele.

Die Kommission folgte zunächst diesem Modell. So kam sie bezüglich der Zuwendungen an die öffentlich-rechtliche portugiesische Rundfunkanstalt RTP zu dem Ergebnis, dass diese keine nach Art. 87 Abs. 1 EGV unzulässigen Beihilfen seien.⁸³

b) Beihilfeansatz

Nach anderer Ansicht wird hingegen bei Ausgleichsleistungen das Vorliegen einer Beihilfe im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EGV bejaht.⁸⁴ Hierbei wird regelmäßig eine Prüfung der Ausnahmetatbestände des Art. 87 Abs. 2 und 3 EGV vorgenommen. Erst wenn diese Ausnahmetatbestände nicht einschlägig sind, findet eine Prüfung des sekundären Rechtfertigungsgrundes des Art. 86 Abs. 2 EGV statt.⁸⁵

Diesen Ansatz verfolgte das EuG erstmals in seinem „FFSA“-Urteil⁸⁶ und bestätigte ihn in seinem „SIC“-Urteil⁸⁷.

Die Kommission folgte nun diesem Beihilfeansatz in ihrer Entscheidungspraxis,⁸⁸ wie zum Beispiel in ihrer Entscheidung über die Spartenkanäle Kinderkanal und

⁸¹ Oppermann, Deutsche Rundfunkgebühren und europäisches Beihilferecht, S. 34 f.; Dörr, (Fn. 70), S. 9 f.; Simon, Die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und die EG-Wettbewerbspolitik, S. 2; vgl. Nettesheim, Europäische Beihilfeaufsicht und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge, EWS 2002, S. 253 (258).

⁸² EuGH, Rs. 240/83, *Procureur de la République/ADBHU*, Slg. 1985, 531, Rdnr. 18.

⁸³ Kommission, Entscheidung v. 2.10.1996, Fall NN 141/95 (RTP), ABl. EG Nr. C 67 v. 4.3.1997, S. 10; Kommission, Pressemitteilung IP/96/882, abrufbar unter <http://europa.eu.int/rapid>.

⁸⁴ Selmer/Gersdorf, (Fn. 60), S. 25 ff.; Engel, (Fn. 73), S. 20 ff.

⁸⁵ Vgl. Nettesheim, (Fn. 81), S. 253 (258).

⁸⁶ EuG, Rs. T-106/95, *FFSA*, Slg. 1997, II-229, Rdnrn. 167-172, 178.

⁸⁷ EuG, Rs. T-46/97, *SIC*, Slg. 2000, II-2125, Rdnrn. 83, 84.

⁸⁸ Kommission, RTP (Fn. 49); Kommission, BBC News 24, (Fn. 53), Rdnr. 5 ff.; Kommission, Aufforderung zur Abgabe einer Stellungnahme, Fall C 62/99, ex. NN 140/98 (RAI), ABl. EG Nr. C 351 v. 4.12.1999, S. 20; Kommission, Aufforderung zur Abgabe einer Stellungnahme, Fall C 60/99, ex. NN 167/95 (France 2 und France 3), ABl. EG Nr. C 340 v. 27.11.1999, S. 57.

Phoenix⁸⁹, in zwei Mitteilungen⁹⁰ sowie in der Neufassung der Transparenzrichtlinie durch die Richtlinie 2000/52 EG.

c) Urteil des EuGH in der Rechtssache „Ferring/ACOSS“

In seinem „Ferring“-Urteil⁹¹ folgte der EuGH nicht der Auffassung des EuG, sondern knüpfte vielmehr an seine „Altöl“-Rechtsprechung an.

In Frankreich waren Pharmagroßhändler gesetzlich verpflichtet, die Belieferung sämtlicher Apotheken mit bestimmten Arzneimitteln zu gewährleisten. Dagegen wurden Pharmahersteller, die nicht über den Großhandel, sondern direkt an die Apotheken lieferten, nicht mit diesen Pflichten betraut. Von ihnen wurde dafür eine Direktverkaufsabgabe erhoben.

Der EuGH entschied, dass die Befreiung von der Direktabgabe nur insoweit eine staatliche Beihilfe darstelle, als der Vorteil, den die Großhändler aus dieser Befreiung ziehen, die zusätzlichen Kosten übersteige, die ihnen für die Erfüllung ihrer gemeinwirtschaftlichen Pflichten entstünden.⁹² Wenn die gewährte Befreiung den entstandenen Kosten entspreche, genössen die Großhändler tatsächlich keinen Vorteil im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EGV, da die betreffende Maßnahme nur bewirke, dass sie und die Pharmahersteller vergleichbaren Wettbewerbsbedingungen unterworfen seien.⁹³

d) Beurteilung

(1) Materiellrechtliche Auswirkungen

Zunächst ist festzuhalten, dass trotz der unterschiedlichen Auffassungen bezüglich der Einordnung staatlicher Ausgleichszahlungen für Dienste der Daseinsvorsorge Übereinstimmung über die materielle Vereinbarkeit der Ausgleichszahlungen mit dem gemeinschaftlichen Beihilferecht herrscht: Staatliche Ausgleichszahlungen sind beihilferechtlich unbedenklich, soweit sie die aus der Erbringung der Dienste der Daseinsvorsorge resultierenden Mehrkosten abdecken. Ebenso besteht Einigkeit darüber, dass die Überkompensierung eine unzulässige Beihilfe nach Art. 87

⁸⁹ Kommission, Kinderkanal und Phoenix (Fn. 13).

⁹⁰ Kommission, Rundfunkmitteilung, (Fn. 4), Rdnr. 19; Kommission, Daseinsvorsorgemitteilung, (Fn. 14), Rdnr. 26.

⁹¹ EuGH, Rs. C-53/00, *Ferring/ACOSS*, Slg. 2001, I-9067; im Folgenden: EuGH, *Ferring*.

⁹² EuGH, *Ferring*, Rdnr. 29.

⁹³ EuGH, *Ferring*, Rdnr. 29.

Abs. 1 EGV ist, zu deren Gunsten auch Art. 86 Abs. 2 EGV nicht einschlägig ist.⁹⁴ Daher gibt es keine wesentlichen materiellrechtlichen Auswirkungen der beiden unterschiedlichen Lösungsansätze.

(2) Verfahrensrechtliche Auswirkungen

Die Anwendung der beiden Lösungswege hat indes unterschiedliche Auswirkungen auf das beihilferechtliche Verfahren, welches nun kurz dargestellt wird.

(aa) Neue Beihilfen

Die Mitgliedstaaten sind gemäß Art. 88 Abs. 3 EGV verpflichtet, der Kommission alle Vorhaben zur Gewährung von Beihilfen zwecks Genehmigung zu notifizieren (Anmeldungsprinzip). Außerdem besteht ein Durchführungsverbot bis zur Genehmigung durch die Kommission. Stellt die Kommission fest, dass eine staatliche Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar ist, so entscheidet sie, dass der Mitgliedstaat sie aufzuheben oder umzugestalten hat (Art. 88 Abs. 2 UAbs. 1 EGV). In Negativentscheidungen zu Fällen nicht notifizierter Beihilfen ordnet die Kommission an, dass der Mitgliedstaat die Beihilfe vom Empfänger zurückzufordern hat.⁹⁵

(bb) Bestehende Beihilfen

Diesbezüglich bestimmt Art. 88 Abs. 1 EGV, dass die Kommission fortlaufend in Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten die in diesen bestehenden Beihilferegelungen überprüft. Sie schlägt ihnen die zweckdienlichen Maßnahmen vor, welche die fortschreitende Entwicklung und das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes erfordern. Zweckdienliche Maßnahmen können entweder eine Änderung oder eine Abschaffung der Beihilfe vorschreiben.⁹⁶ Im Gegensatz zu neuen Beihilfen kann die Kommission bei bestehenden Beihilfen keine Maßnahmen mit Wirkung für die Vergangenheit anordnen, sondern nur für die Zukunft vorschlagen.

⁹⁴ *Heidenhain*, (Fn. 18), § 30, Rdnr. 81; EuGH, *Ferring*, (Fn. 91), Rdnr. 32; EuG, Rs. T-106/95, *FFSA*, Slg. 1997, II-233, Rdnr. 178.

⁹⁵ Art. 14 der Verordnung (EG) des Rates Nr. 659/1999 v. 22.3.1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Art. 93 des EG-Vertrages, ABl. EG Nr. L 83 v. 27.3.1999, S. 1; im Folgenden: VO Nr. 659/1999.

⁹⁶ Art. 18 VO Nr. 659/1999.

(cc) Fazit

Nach dem Beihilfeansatz unterliegt die deutsche Rundfunkgebühr diesem Verfahren, da nach diesem Ansatz das Vorliegen einer Beihilfe tatbestandlich bejaht wird. Demgegenüber entfallen nach dem Ausgleichsansatz diese Verfahrenspflichten. Die Mitgliedstaaten unterliegen nicht der Notifizierungspflicht. Bei den unterschiedlichen Ansätzen geht es im Kern um die Frage der Reichweite und Wirksamkeit der Kontrolle der Kommission über die mitgliedstaatliche Finanzierung der Daseinsvorsorge.⁹⁷

e) Das „Altmark-Trans“-Urteil des EuGH

Das „Altmark-Trans“-Urteil des EuGH führte schließlich eine Klärung dieser Problematik herbei. In der Entscheidung handelt es sich um einen Rechtsstreit zwischen der Altmark Trans GmbH⁹⁸ und der Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH⁹⁹. Altmark Trans erhielt seit 1990 die Genehmigung durch das Regierungspräsidium Magdeburg, Linienverkehr mit Omnibussen im Landkreis Stendahl durchzuführen. Für den Betrieb bekam Altmark Trans öffentliche Zuschüsse.¹⁰⁰ 1994 erhielt Altmark Trans erneut eine Genehmigung, während der Antrag von Altmark abgelehnt wurde. Hiergegen erhob Altmark Klage. Die Vorlagefrage des Bundesverwaltungsgerichts lautete unter anderem, ob Zuschüsse zum Defizitausgleich im öffentlichen Personennahverkehr dem Beihilfeverbot des Art. 87 Abs. 1 EGV unterfallen.¹⁰¹

Der EuGH bekräftigte seine „Altöl“- und „Ferring“-Rechtsprechung, indem er feststellte: „Aus dieser Rechtsprechung folgt, dass eine staatliche Maßnahme nicht unter Art. 92 Abs. 1 EG-Vertrag fällt, soweit sie als Ausgleich anzusehen ist, der die Gegenleistung für Leistungen bildet, die von den Unternehmen, denen sie zugute kommt, zur Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen erbracht werden, so dass diese Unternehmen in Wirklichkeit keinen finanziellen Vorteil erhalten und die genannte Maßnahme somit nicht bewirkt, dass sie gegenüber den mit ihnen im Wettbewerb stehenden Unternehmen in eine günstigere Wettbewerbsstellung gelangen.“¹⁰² Allerdings verschärft der EuGH die Anforderungen nachhaltig, die an derartige Kompensationszahlungen zu stellen sind.¹⁰³ Er stellte fest, dass ein

⁹⁷ *Heidenhain*, (Fn. 18), § 30, Rdnr. 85.

⁹⁸ Im Folgenden: Altmark Trans

⁹⁹ Im Folgenden: Altmark.

¹⁰⁰ EuGH, *Altmark Trans*, (Fn. 3), Rdnrs. 19, 23.

¹⁰¹ EuGH, *Altmark Trans*, (Fn. 3), Rdnr. 30.

¹⁰² EuGH, *Altmark Trans*, (Fn. 3), Rdnr. 87.

¹⁰³ *Kübling/Wachinger*, Das Altmark Trans-Urteil des EuGH – Weichenstellung für oder Bremse gegen mehr Wettbewerb im deutschen ÖPNV?, NVwZ 2003, S. 1202 (1203).

derartiger Ausgleich im konkreten Fall jedoch nur dann nicht als staatliche Beihilfe zu qualifizieren sei, wenn sämtliche der nachstehenden Voraussetzungen kumulativ erfüllt seien.¹⁰⁴ Diese lauten folgendermaßen:

- Erstens müsse das begünstigte Unternehmen tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut sein, und diese Verpflichtungen müssten klar definiert sein.
- Zweitens müssten die Parameter, anhand derer der Ausgleich berechnet wird, zuvor objektiv und transparent aufgestellt werden.
- Drittens dürfe der Ausgleich nicht über das hinausgehen, was erforderlich sei, 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.
- Viertens sei die Höhe des erforderlichen Ausgleichs, wenn die Wahl des Unternehmens nicht im Rahmen eines öffentlichen Vergabeverfahrens erfolgt sei, auf der Grundlage einer Kostenanalyse zu bestimmen, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte, wobei die dabei erzielten Einnahmen und ein angemessener Gewinn aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen zu berücksichtigen seien.¹⁰⁵

Wie herausgestellt wurde, ist der Tatbestand des Art. 87 Abs. 1 EGV zu verneinen, wenn die oben genannten Kriterien des EuGH kumulativ vorliegen. In diesem Fall besteht keine Notifizierungspflicht der Ausgleichszahlung gegenüber der Kommission gemäß Art. 88 Abs. 3 EGV. Es findet keine Rechtfertigungsprüfung der Kommission nach Art. 86 Abs. 2 EGV statt.

Unter Zugrundelegung seiner „Ferring“-Rechtsprechung hat der EuGH nunmehr die Voraussetzungen konkretisiert und restriktiv gestaltet, die für ein Verneinen einer Beihilfe erforderlich sind. Dabei legte er sich in Bezug auf die dogmatischen Kontroversen nicht fest. Es ist aber von einer Auslegung im Sinne des Ausgleichsansatzes auszugehen, da der EuGH sich ausdrücklich auf seine „Ferring“-Rechtsprechung bezog.

f) Die Kommissionspraxis nach dem „Altmark-Trans“-Urteil

Eine dem „Altmark-Trans“-Urteil vergleichbare Entscheidung des EuGH ist in Bezug auf den Rundfunkbereich noch nicht ergangen. Da der EuGH auf eine

¹⁰⁴ EuGH, *Altmark Trans*, (Fn. 3), Rdnr. 94.

¹⁰⁵ EuGH, *Altmark Trans*, (Fn. 3), Rdnrn. 89-93.

nähere Auslegung seiner aufgestellten Kriterien verzichtet hat, ist die bisherige Praxis zugrunde zu legen. Im Folgenden werden nun die Kommissionsentscheidungen hinsichtlich der beihilferechtlichen Bewertung öffentlich-rechtlicher Rundfunkfinanzierung in Europa, die nach dem „Altmark-Trans“-Urteil des EuGH ergangen sind, dargestellt.¹⁰⁶

(1) Kommissionsentscheidung bzgl. RAI

In ihrer Entscheidung über in den 90er-Jahren verabschiedeten Ad-hoc-Maßnahmen zur Förderung des italienischen öffentlich-rechtlichen Senders RAI¹⁰⁷ prüfte die Kommission die Altmark-Trans-Voraussetzungen. Sie stellte ohne nähere Begründung fest, dass das zweite und vierte Kriterium nicht erfüllt sei. Die weiteren Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 87 Abs. 1 EGV bejahte sie. Sodann prüfte die Kommission drei Rechtfertigungsvoraussetzungen im Rahmen von Art. 86 Abs. 2 EGV, die sie bereits im Rahmen ihrer Rundfunkmitteilung¹⁰⁸ dargestellt hatte:

- Die zu erbringende Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse muss vom Mitgliedstaat klar definiert sein (Definition).
- Das Unternehmen muss mit der Erbringung der Dienstleistung durch eine öffentliche Stelle betraut sein (Beträufung).
- Die staatliche Beihilfe darf nicht über die Nettomehrkosten der allgemeinwirtschaftlichen Dienstleistung hinausgehen, wobei andere Einkünfte, die unmittelbar oder mittelbar aus der Erbringung der öffentlichen Dienstleistung entstehen, zu berücksichtigen sind (Verhältnismäßigkeit).

Die Kommission erklärte schließlich die staatlichen Maßnahmen für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar, da die Vergünstigungen nicht über die Nettomehrkosten hinausgingen.

Die Prüfung der ersten beiden Rechtfertigungsvoraussetzungen (Definition und Beträufung)¹⁰⁹ scheint der Prüfung des ersten Altmark-Trans-Kriteriums zu entsprechen. Dabei erachtet die Kommission eine weite Definition im Hinblick auf das Amsterdamer Protokoll als legitim.¹¹⁰ Allerdings schärft und erweitert die Kommission ihren Prüfungsmaßstab im Rahmen von Art. 86 Abs. 2 EGV¹¹¹, in-

¹⁰⁶ Vgl. *Bartosch*, Die Kommissionspraxis nach dem Urteil des EuGH in der Rechtssache Altmark - Worin liegt das Neue?, EuZW 2004, S. 295 (297, 298).

¹⁰⁷ Kommission, Entscheidung v. 15.10.2003, Staatliche Beihilfe C (2003) 3528 (RAI), ABl. EG Nr. L 119 v. 23.4.2004, S. 1; im Folgenden: Kommission, RAI.

¹⁰⁸ Kommission, Rundfunkmitteilung, (Fn. 4), Rdnrn. 29-31.

¹⁰⁹ Kommission, RAI, (Fn. 107), Rdn. 102 ff.

¹¹⁰ Kommission, RAI, (Fn. 107), Rdn. 117.

dem sie ausdrücklich verlangt, dass die tatsächliche Erbringung der allgemeinwirtschaftlichen Verpflichtung im Einklang mit dem Betrauungsakt durch eine unabhängige Stelle („*appropriate authority*“) überwacht wird.¹¹² Dieses Monitoring-Verfahren wird in der „Altmark-Trans“-Entscheidung nicht gefordert.

Die Verhältnismäßigkeitsprüfung, die die Kommission im Rahmen von Art. 86 Abs. 2 EGV schließlich vornimmt, entspricht dem dritten Altmark-Trans-Kriterium des EuGH. Dabei erachtet sie alle Kosten als kompensationsfähig abzüglich der Kosten, die nicht anfallen würden, wenn die Aktivitäten unterblieben, die nicht vom öffentlichen Auftrag umfasst sind.¹¹³

Im Hinblick auf die Anrechnung der anderweitig erzielten Einnahmen, welche die Höhe der zulässigen Kompensation verringern, ist nicht auf die vom betreffenden Unternehmen tatsächlich erzielten Einnahmen abzustellen, sondern auf die Einnahmen, die ein effektiv wirtschaftendes Unternehmen am Markt erzielen würde.¹¹⁴ Auch wenn die Kommission im Rahmen von Art. 86 Abs. 2 EGV die vierte Altmark-Trans-Voraussetzung nicht heranzieht, nähert sie sich zumindest für die Ermittlung der in Abzug zu bringenden erzielbaren Einnahmen diesem Maßstab an.¹¹⁵

Im Rahmen der Prüfung von Art. 86 Abs. 2 EGV verzichtet die Kommission also auf die Prüfung des zweiten und vierten Altmark-Trans-Kriteriums. Demzufolge können staatliche Maßnahmen gemäß Art. 86 Abs. 2 EGV gerechtfertigt sein, die den insoweit strengeren Altmark-Trans-Kriterien im Rahmen des Beihilfearansatzes nicht gerecht werden. Allerdings verschärft die Kommission die Rechtfertigungsvoraussetzungen nach Art. 86 Abs. 2 EGV, die der ersten Altmark-Trans-Voraussetzung entsprechen, indem sie die Überwachung der Einhaltung der Grenzen des öffentlichen Auftrags durch eine unabhängige Stelle fordert.

(2) Kommissionsentscheidung bzgl. France 2 und France 3, RTP, TV2 und BBC Digital Curriculum

Auch in diesen Entscheidungen sah die Kommission jeweils das zweite und/oder das vierte Altmark-Kriterium nicht als erfüllt an. Sie erklärte die Maßnahmen aber

¹¹¹ *Koenig/Haratsch*, Die Rundfunkgebühren auf dem Prüfstand des Altmark Trans-Urteils des Europäischen Gerichtshofs, ZUM 2004, S. 122 (123).

¹¹² Kommission, RAI, (Fn. 107), Rdnr. 118.

¹¹³ Kommission, RAI, (Fn. 107), Rdnr. 122.

¹¹⁴ Kommission, RAI, (Fn. 107), Rdnr. 124 f.

¹¹⁵ *Koenig/Haratsch*, (Fn. 111), S. 122 (124).

gemäß Art. 86 Abs. 2 EGV für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar. In Frankreich¹¹⁶ und Portugal¹¹⁷ handelte es sich um Ad-hoc-Maßnahmen zugunsten der öffentlich-rechtlichen Sender. Hinsichtlich TV2¹¹⁸ in Dänemark wurde das Verhalten auf dem Werbemarkt sowie die unterschiedlichen Finanzierungsmechanismen von TV2 untersucht. In dem Fall „BBC Digital Curriculum“¹¹⁹ ging es um die Gebührenfinanzierung eines auf den häuslichen und schulischen Gebrauch ausgerichteten Online-Dienstes der BBC.

(3) Überprüfung von verschiedenen Gebührensystemen

Außerdem hat die Kommission die Vereinbarkeit des französischen, italienischen, portugiesischen sowie des spanischen Gebührensystems mit dem EG-Vertrag überprüft.¹²⁰ Diese hat sie jeweils als eine bestehende Beihilfe gemäß Art. 1 lit. b) der VO 659/1999 eingestuft, da es vor dem Inkrafttreten des Römischen Vertrages eingerichtet wurde. Gemäß Art. 88 Abs. 1 EGV hat die Kommission in einem Schreiben an die jeweiligen Behörden vorläufig zu der Frage Stellung genommen, wie die Finanzierung des staatlichen Fernsehens transparenter gestaltet werden und ein ausreichender Schutz gegen überhöhte öffentliche Zuschüsse gewährleistet werden kann. Die Kommission macht hier deutlich, dass die Finanzierung der staatlichen Fernsehanstalten nur die Erfüllung ihres öffentlich-rechtlichen Auftrags sicherstellen solle. Sie betont dabei aber, dass es den Mitgliedstaaten obliege, diesen öffentlich-rechtlichen Auftrag abzugrenzen.

(4) Fazit

Nach Auffassung der Kommission gehen also die Voraussetzungen des Art. 86 Abs. 2 EGV, und zwar insbesondere der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, keineswegs in der Tatbestandslösung von *Ferring* und *Altmark Trans* auf. Ihrer Ansicht nach ist Art. 86 Abs. 2 EGV nicht obsolet geworden, sondern behält seine eigen-

¹¹⁶ Kommission, Entscheidung v. 10.12.2003, Fall C 60/99, ex NN 167/1995 (Kapitalerhöhungen und andere Ad-hoc-Zuwendungen zu Gunsten von France 2 und France 3); noch nicht veröffentlicht; Kommission, Pressemitteilung IP/03/1686, abrufbar unter <http://europa.eu.int/rapid>.

¹¹⁷ Kommission, Entscheidung v. 15.10.2003, Staatliche Beihilfe C 85/2001, ex NN 133/B/01, NN 85/B/2001 und NN 94/B/99 (RTP), noch nicht veröffentlicht; Kommission, Pressemitteilung IP/03/1999.

¹¹⁸ Kommission, Entscheidung v. 25.5.2004, Staatliche Beihilfe C 2 /03, ex NN 22/02 (TV2); Kommission, Pressemitteilung IP/04/666.

¹¹⁹ Kommission, Entscheidung v. 1.10.2003, Fall N 37/2003 – Vereinigtes Königreich (BBC Digital Curriculum), ABl. EG Nr. C 271 v. 1.12.2003, S. 47; im Folgenden: Kommission, BBC Digital Curriculum.

¹²⁰ Noch nicht veröffentlicht; Kommission, Pressemitteilung IP/03/1686; Kommission, Pressemitteilung IP/03/1399; abrufbar unter <http://europa.eu.int/rapid>.

ständige Bedeutung.¹²¹ Dies hat zur Folge, dass die Maßnahmen, die nicht kumulativ allen Altmark-Trans-Kriterien entsprechen, von den Mitgliedstaaten gegenüber der Kommission gemäß Art. 88 Abs. 3 EGV notifiziert werden müssen.

g) Anwendung der Kriterien des „Altmark-Trans“-Urteils auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in Deutschland

Nach der Darstellung der Kriterien des „Altmark-Trans“-Urteils ist die Anwendung dieser Kriterien auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in Deutschland zu überprüfen.

(1) Betrauung mit klar definierten gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen

Für die Anwendung ist zunächst von Bedeutung, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk mit klar definierten gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen betraut wurde.

Zunächst ist festzustellen, dass der EuGH¹²² und die Kommission¹²³ die Tätigkeit von öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten grundsätzlich als im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse liegend anerkannt haben, so dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk in Deutschland als eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse anzusehen ist.

Des weiteren wird eine klar definierte Betrauung verlangt. Die Kommission wählt in diesem Zusammenhang den Begriff des „Auftrags“. In ihrer Rundfunkmitteilung¹²⁴ erkennt sie die Vorgabe des Amsterdamer Protokolls an, wonach die Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrags von Rundfunkanstalten in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt. Dabei hält die Kommission im Rahmen von Art. 86 Abs. 2 EGV eine „breit gefasste“ Definition für zulässig, bei der ein bestimmter Sender damit betraut wird, ein ausgewogenes und breit gefächertes Programm in Einklang mit seinem Auftrag anzubieten und dabei gewisse Einschaltquoten zu gewährleisten.¹²⁵ Bezuglich einer Überprüfung der Definition des Auftrags beschränkt sich die Rolle der Kommission auf offensichtliche Beurteilungsfehler („*manifest error*“). Ein solcher läge zum Beispiel vor, wenn der Auftrag auch Tätigkeiten umfasse, die nicht den „demokratischen, sozialen und kulturellen Be-

¹²¹ Koenig/Haratsch, (Fn. 111), S. 122 (124).

¹²² EuGH, Rs. 155/73, *Sacchi*, Slg. 1974, I-409, Rdnr. 15.

¹²³ Kommission, Kinderkanal und Phoenix, (Fn. 13), S. 10; Kommission, BBC News 24, (Fn. 53), Rdnr 52; Kommission, Rundfunkmitteilung, (Fn. 4), Rdnr. 28 ff.

¹²⁴ Kommission, Rundfunkmitteilung, (Fn. 4), Rdnr. 33.

¹²⁵ Kommission, Rundfunkmitteilung, (Fn. 4), Rdnr. 33.

dürfnissen jeder Gesellschaft“ entsprechen.¹²⁶ Dies sei beispielsweise bei elektronischem Handel der Fall. Öffentliche Sendeanstalten könnten zu Einnahmezwecken zwar kommerziellen Tätigkeiten nachgehen (z.B. Verkauf von Sendeplatz für Werbung), doch seien diese nicht als Teil des öffentlich-rechtlichen Auftrags anzusehen.¹²⁷ Die Kommission fordert, dass der öffentlich-rechtliche Auftrag „so präzise wie möglich definiert werden soll“.¹²⁸ Der Betrauungsakt an sich setzt einen an ein bestimmtes Unternehmen¹²⁹ gerichteten Hoheitsakt der öffentlichen Gewalt voraus.¹³⁰

Die Frage, ob das Erfordernis der klar definierten Betrauung in den deutschen Rechtsvorschriften eine Grundlage findet, wird im Schrifttum unterschiedlich beurteilt.

Nach einer Ansicht¹³¹ wird eine klare Definition am Beispiel von §§ 3 und 4 WDR-Gesetz bejaht. Dieser Auftrag sei – der Natur eines Gesetzes entsprechend – generell-abstrakt, gleichwohl hinreichend präzise formuliert. Er ermögliche den mit dieser Aufgabe betrauten sowie den mit der Überwachung der Aufgabenerfüllung befassten Einrichtungen, den Umfang und die Reichweite dieses Auftrages und das geforderte Handeln zu erkennen.

Nach anderer Ansicht¹³² sind die den deutschen Rundfunkveranstaltern auferlegten Gemeinwohlverpflichtungen noch nicht hinreichend klar definiert. Zur Zeit gebe es keine Bestimmung des Rundfunkstaatsvertrages, des Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrages oder des Rundfunkgebührenstaatsvertrages noch einer anderen Regelung im deutschen Rundfunkrecht, die Reichweite und Grenzen des öffentlich-rechtlichen Auftrages klar definiere. Auch die neue, erstmalige Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrages in § 11 RStV¹³³ sei nicht präzise genug,

¹²⁶ Die Kommission übernimmt hier die Formulierung aus dem Erwägungsgrund des Amsterdamer Protokolls.

¹²⁷ Kommission, Rundfunkmitteilung, (Fn. 4), Rdnr. 36.

¹²⁸ Kommission, Rundfunkmitteilung, (Fn. 4), Rdnr. 37.

¹²⁹ EuGH, Rs. 7/82, *GVL/Kommission*, Slg. 1983, S. 483, Rdnrs. 31, 32.

¹³⁰ EuGH, Rs. 127/73, *BRT/SABAM*, Slg. 1974, 313, Rdnr. 20; EuGH, Rs. 172/80, *Züchner/Bayerische Vereinbank AG*, Slg. 1981, 2021, Rdnr. 7.

¹³¹ *Koenig/Haratsch*, (Fn. 111), S. 804 (807).

¹³² Pressemitteilung des VPRT v. 31.7.2003; Positionspapier des VPRT zum Beihilfepaket der Europäischen Kommission v. 16.4.2004, abrufbar unter: <http://www.vprt.de>; im Folgenden: VPRT, Positionspapier; *Selmayr/Kamann*, Public Broadcasting and EC State Aid Law: No „Carte Blanche“ after Almark Trans, K&R 2004, S. 49 (57, 58).

¹³³ § 11 RStV lautet: „(1) 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. (2) Der öffentlich-

um eine klare Trennung zwischen gemeinwirtschaftlichen und eigenwirtschaftlichen Verpflichtungen zu vollziehen. Zwar seien die Rundfunkanstalten nach § 11 RStV gehalten, „Selbstverpflichtungserklärungen“ abzugeben. Es seien aber keine Sanktionen für die Nichteinhaltung des Auftrags oder unzureichende Selbstverpflichtungserklärungen vorhanden. Es wird vielmehr eine hinreichend klare und präzise Formulierung gefordert.¹³⁴

Bezüglich der Altmark-Trans-Vorgaben ist ein hinreichend klar definierter Auftrag mit § 11 RStV nicht gegeben. Zwar ist eine breite Definition des Auftrags zulässig, da nach dem Amsterdamer Protokoll die Definition des öffentlichen Auftrags in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt. Zulässig ist daher, einen Senders damit zu betrauen, ein ausgewogenes und breit gefächertes Programm anzubieten. Die Formulierung in § 11 Abs. 1 RStV, wonach der öffentlich-rechtliche Rundfunk einen umfassenden Überblick über das internationale, europäische, nationale und regionale Geschehen in allen wesentlichen Lebensbereichen zu geben hat, entspricht diesen Vorgaben.

Andererseits muss die Definition jedoch so präzise gefasst sein, dass aus ihr unmissverständlich ersichtlich ist, ob der Mitgliedstaat eine bestimmte Tätigkeit der jeweiligen Rundfunkanstalt in den öffentlich-rechtlichen Auftrag aufnehmen will oder nicht.¹³⁵ Ohne diese Klarstellung ist es der Kommission nicht möglich, unzulässige Quersubventionen aufzudecken. Dem steht auch nicht der Grundsatz der Programmautonomie des deutschen Verfassungsrechts entgegen. Denn das BVerfG¹³⁶ geht davon aus, dass gesetzliche Programm begrenzungen nicht von vornherein mit der Verfassung unvereinbar sind, wenngleich dem Gesetzgeber programmgestaltende Eingriffe verwehrt sind.

§ 11 RStV entspricht nicht der Vorgabe einer klaren und präzisen Definition, da er nicht die Tätigkeiten ausdrücklich benennt, die dem Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks unterfallen sollen. Bezüglich der gemäß § 11 Abs. 4 RStV zu erlassenen „Selbstverpflichtungserklärungen“ fehlt der Hinweis, dass hinreichend konkrete und nachprüfbare quantitativ und qualitative Kriterien zu berücksichtigen sind. Die Rundfunkanstalten haben darin nur die „nähere“ und nicht die „konkrete“ Ausgestaltung ihres Auftrages darzulegen. So fehlt zum Beispiel die

rechtliche Rundfunk hat in seinen Angeboten und Programmen einen umfassenden Überblick über das internationale, europäische, nationale und regionale Geschehen in allen wesentlichen Lebensbereichen zu geben. Er soll hierdurch die internationale Verständigung, die europäische Integration und den gesellschaftlichen Zusammenhalt in Bund und Ländern fördern. Sein Programm hat der Information, Bildung, Beratung und Unterhaltung dienen. Er hat Beiträge insbesondere zur Kultur anzubieten. [...].“

¹³⁴ VPRT, Positionspapier, (Fn. 132), S. 7.

¹³⁵ Kommission, Rundfunkmitteilung, (Fn. 4), Rdnr. 37.

¹³⁶ BVerfGE 12 (45, 53).

Verpflichtung, die Begriffe Information, Bildung, Beratung und Unterhaltung präzise zu definieren und auch deren Abgrenzung zueinander darzustellen. Damit entspricht § 11 RStV nicht den europarechtlichen Vorgaben.

(2) Vorherige, objektive und transparente Aufstellung der Parameter

Mit dem zweiten Altmark-Trans-Kriterium fordert der EuGH erstmals, dass die Parameter, anhand derer der Ausgleich berechnet wird, zuvor objektiv und transparent aufgestellt werden sollen. Dieses Kriterium dürfte über den bisherigen Ansatz hinausgehen.¹³⁷ So ergab sich zum Beispiel im Fall *Ferring* nicht klar, dass die konkreten Kosten der Arzneimittelgroßhändler vor Einräumung der Steuervorteile ermittelt worden waren. Der EuGH befand dennoch, dass keine Beihilfeleistungen vorlagen.¹³⁸

Nach einer Auffassung trägt diesem Erfordernis die von der KEF entwickelte Methode Rechnung, wie sie insbesondere in dem „Indexgestützten Integrierten Prüf- und Berechnungsverfahren“ (IIVF) ihren Ausdruck gefunden hat.¹³⁹ Es greife eine weitgehende Bindungswirkung der Bedarfssfeststellung durch die KEF.¹⁴⁰ Auch werde durch das KEF-Verfahren die erforderliche Objektivität der Parameterfestsetzung gewahrt.¹⁴¹

Andererseits wird geltend gemacht, dass es an einer vorherigen objektiven und transparenten Aufstellung der Parameter mangle.¹⁴² Zwar stelle die KEF den Finanzbedarf der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten fest. Dies erfolge jedoch nicht auf Grundlage eines Rechtsaktes oder auf Grund anderweitig vorher festgelegter Parameter, sondern auf Grundlage des von den Sendern selbst veranschlagten und angemeldeten Gebührenbedarfs.¹⁴³ Da die letzte Entscheidung bezüglich der Gebührenhöhe bei den Länderregierungen und letztendlich bei den Länderparlamenten liege, könnten die Länder bei der Gebührenfestsetzung noch ein erhebliches Ermessen ausüben, und dies in einer Weise, die den Wettbewerb verzerren könnte.

¹³⁷ *van Ysendyck/Züblke*, Staatliche Beihilfen und Ausgleich für Leistungen der Daseinsvorsorge, EWS 2004, S. 16 (18).

¹³⁸ EuGH, *Ferring*, (Fn. 91), Rdnrn. 24-29.

¹³⁹ *Eberle*, Formen der Finanzierung öffentlich-rechtlicher Online-Angebote, S. 5.

¹⁴⁰ *Koenig/Haratsch*, (Fn. 111), S. 804 (809); *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, Rundfunkstaatsvertrag, Kommentar, § 13, Rdn. 100.

¹⁴¹ *Koenig/Haratsch*, (Fn. 111), S. 804 (808).

¹⁴² *Selmayr/Kamann*, (Fn. 132), S. 58; VPRT, Positionspapier, (Fn. 132), S. 8.

¹⁴³ VPRT, Positionspapier, (Fn. 132), S. 8.

Wie bereits dargelegt, weichen die Länder beim Gebührenfestsetzungsverfahren in der Praxis durchaus von dem Gebührenvorschlag der KEF ab. Da sie diese Frage zudem mit medienpolitischen Erwägungen verknüpfen, ist eine vorherige Aufstellung der Parameter in einer objektiven und transparenten Weise nicht gegeben.

(3) Kostendeckungsgrundsatz

Auch nicht einheitlich beurteilt wird, ob der Kostendeckungsgrundsatz des dritten Altmark-Trans-Kriteriums auf die Tätigkeit des öffentlich-rechtlichen Rundfunks anwendbar ist.

Nach einer Auffassung wird durch die Prüfung der KEF dem Grundsatz der bedarfsgerechten Finanzierung entsprochen. Die KEF überprüfe im Rahmen ihrer Aufgaben, ob sich die Programmentscheidungen der Anstalten im Rahmen des rechtlich umgrenzten Auftrages halten und ob der aus ihnen abgeleitete Finanzbedarf zutreffend und im Einklang mit den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit ermittelt worden ist.¹⁴⁴

Anhand von Zahlenmaterial wird von Seiten der privaten Veranstalter dargelegt, dass die öffentlich finanzierten Rundfunkanstalten allein über ihre Gebühreneinnahmen erheblich höhere Einkünfte erzielten als private Sender. Es falle auf, dass die Gebühren der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten überproportional wuchsen, während die Einnahmen der Privaten gesunken seien. Dies lege den Verdacht nahe, dass Aktivitäten der öffentlich finanzierten Sender überkompensiert werden.¹⁴⁵ Eine Beurteilung dieser Frage ist im Rahmen dieser Arbeit ohne konkretes Zahlenmaterial nicht möglich.

(4) Gebot der Verfahrensadäquanz mit ersatzweiser Marktanalyse

Nach dem vierten Altmark-Trans-Kriterium wird die zulässige Höhe der Ausgleichszahlung nach dem im Beihilferecht üblichen *Private Investor Test* ermittelt, es sei denn, die Vergabe erfolgt in einem Ausschreibungsverfahren.¹⁴⁶ Nach diesem Test sind staatliche Kapitalbeteiligungen an Unternehmen dann eine Beihilfe, wenn ein privater Investor unter den gegebenen Umständen eine derartige Kapitalbeteiligung nicht getätiggt hätte.¹⁴⁷ Problematisch an diesem Verfahren ist, dass eine Vielzahl gemeinwirtschaftlicher Aufgaben einzigartig ist und daher keinerlei

¹⁴⁴ *Eberle*, (Fn. 139), S. 5.

¹⁴⁵ VPRT, Positionspapier, (Fn. 132), S. 10.

¹⁴⁶ *Werner/Quante*, Altmark Trans: Wendepunkt im Beihilfenrecht der nationalen Daseinsvorsorge?, ZEuS 2004, S. 83 (99).

¹⁴⁷ EuG, verb. Rs. T-126 u. T-127/96, *BFM/Kommission*, Slg. 1998, II-3437, Rdnr. 79 ff.

Vergleichsmöglichkeiten mit entweder privaten oder öffentlichen Unternehmen bestehen.¹⁴⁸ Einen Lösungsweg hat der EuGH in seinem Urteil in der Rechtssache *Chronopost*¹⁴⁹ beschritten. Der EuGH hat in diesem Fall bestimmte Ausgleichsmechanismen gar nicht erst an den Altmark-Trans-Kriterien gemessen, sondern im Anschluss an die Feststellung der Unvergleichlichkeit der gestellten gemeinwirtschaftlichen Aufgaben die konkrete Kostenstruktur des Aufgabenerbringers selbst zu Grunde gelegt.¹⁵⁰

Die Kommission stellte in ihrer Entscheidung vom 22. März 1999 im Fall „Kinderkanal und Phoenix“ eine Beihilfevermutung auf, sofern kein öffentliches Vergabeverfahren durchgeführt worden ist. Sie führte aber eine Lösung des Falles über Art. 86 Abs. 2 EGV herbei.¹⁵¹

Der EuGH geht hingegen in seinem „Altmark-Trans“-Urteil nicht von einer Beihilfevermutung aus. Vielmehr betrachtet er die Durchführung des Vergabeverfahrens lediglich alternativ zu der aufwändigen Feststellung des Betrages, den ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen zur kostendeckenden Erbringung der Leistung benötigen würde.¹⁵²

Auch hinsichtlich des vierten Altmark-Trans-Kriteriums bestehen unterschiedliche Betrachtungsweisen. Zunächst ist festzustellen, dass hinsichtlich der Rundfunkgebührenfinanzierung kein öffentliches Vergabeverfahren stattfindet, weil private Veranstalter sich nicht um die dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk vorbehalteten gebührenfinanzierten Aufgaben der Rundfunkversorgung „bewerben“ können.¹⁵³

Einerseits wird festgestellt, dass mangels eines Vergabeverfahrens die Vergleichskosten durchschnittlicher, gut geführter Unternehmen herangezogen werden müssten. Diesbezüglich wird die Anwendbarkeit dieses vierten Altmark-Trans-Kriteriums auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk bezweifelt und auf die „Chronopost“-Entscheidung des EuGH verwiesen. Die darin geforderte Kostenermittlung erfolgte anhand objektiver und nachprüfbbarer Faktoren durch die KEF.

Ungeachtet dessen werde aber auch das Erfordernis einer Vergleichskostenbetrachtung beachtet, indem die KEF *Benchmarks* berücksichtige und eine medienspezifische Preissteigerungsrate heranziehe.¹⁵⁴

148 Vgl. *Bartosch*, (Fn. 106), S. 295 (300).

149 EuGH, verb. Rs. C-83, 93 und 94/01 P, *Chronopost*, Slg. 2003, I-6993, Rdnr. 33 ff.

150 Vgl. *Bartosch*, (Fn. 106), S. 295 (300).

151 Kommission, Kinderkanal und Phoenix (Fn. 13).

152 *Werner/Quante*, (Fn. 146), S. 100.

153 *Gersdorf*, (Fn. 20), Rdnr. 562.

154 *Eberle*, (Fn. 139), S. 5.

Von anderen wird gefordert, dass auch der öffentlich-rechtliche Rundfunk sich an dem Kriterium des vergleichbar effektiv wirtschaftenden Unternehmens, sei es eines privaten Senders oder eines vergleichbaren öffentlich finanzierten Senders eines anderen Mitgliedstaates messen lassen müsse. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk müsse allgemein akzeptierten Rechnungslegungsgrundsätzen folgen.¹⁵⁵

Als Ergebnis ist kann festgehalten werden, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk trotz seiner klaren wirtschaftlichen Bedeutung nicht mit öffentlichen Anbietern anderer Wirtschaftszweige vergleichbar ist, da er zur Bildung der öffentlichen Meinung beiträgt und diese beeinflusst. Daher ist dem Lösungsweg des EuGH in seinem „Chronopost“-Urteil zu folgen und die konkrete Kostenstruktur der Rundfunkanstalten zu Grunde zu legen. Das vierte Altmark-Trans-Kriterium ist demnach nicht auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk anwendbar.

(5) Ergebnis zum Begünstigungsmerkmal

Das erste und das zweite Altmark-Trans-Kriterium ist folglich nicht erfüllt. Da die Kriterien, die der EuGH für das Verneinen einer Begünstigung aufgestellt hat, kumulativ vorliegen müssen, liegt somit eine Begünstigung vor.

3. Bestimmte Unternehmen

Artikel 87 Abs. 1 EGV bezieht sich weiterhin ausschließlich auf Beihilfen an bestimmte Unternehmen. Dieses Tatbestandsmerkmal der Selektivität verhindert, dass Maßnahmen der allgemeinen Wirtschaftspolitik, die die Volkswirtschaft eines Mitgliedstaates als Ganzes betreffen, unter das Beihilfeverbot fallen.¹⁵⁶ Ein Unternehmen ist jede wirtschaftlich tätig werdende Einheit unabhängig von ihrer Rechtsform und der Finanzierungsart.¹⁵⁷ Auf eine Gewinnerzielungsabsicht kommt es grundsätzlich nicht an. Der EuGH bewertet Rundfunkanstalten als Unternehmen, soweit die Erfüllung ihrer Aufgabe auch Tätigkeiten wirtschaftlicher Art mit sich bringt.¹⁵⁸ Rundfunkunternehmen agieren auf dem Markt der Rundfunkveranstaltung und der Rundfunkwerbung und üben daher eine wirtschaftliche Tätigkeit aus. Da die Rundfunkgebühren nur ihnen gewährt werden, handelt es sich um bestimmte Unternehmen im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EGV.

¹⁵⁵ VPRT, Positionspapier, (Fn. 132), S. 12.

¹⁵⁶ Mederer, in: von der Groeben/Schwarze, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Art. 87 EGV, Rdnr. 36.

¹⁵⁷ Ständige Rechtsprechung seit: EuGH, Rs. 170/83, *Hydrotherm Gerätbau GmbH/Firma Compact*, Vorabentscheidung, Slg. 1984, S. 2999, 3016, Rdnr. 12.

¹⁵⁸ EuGH, Rs. 155/73, *Sacchi*, Slg. 1974, I-409 ff., Rdnr. 14; EuGH, Rs. C 260/89, *ERT/DEP*, Slg. 1991, I-2925 ff. (2957), Rdnr. 10 ff.

4. Vorliegen einer Wettbewerbsverfälschung

Darüber hinaus erfordert Art. 87 Abs. 1 EGV, dass eine staatliche Beihilfe den Wettbewerb verfälscht oder zu verfälschen droht. Nach ständiger Rechtsprechung ist die Kommission diesbezüglich nicht verpflichtet, im Einzelnen abzugrenzen, auf welchen räumlich und sachlich relevanten Märkten das begünstigte Unternehmen tätig ist und seine Stellung und die hieraus resultierenden Wettbewerbsbeziehungen zu prüfen.¹⁵⁹ Es genüge nachzuweisen, dass die betreffenden Beihilfen geeignet sind, den Wettbewerb zu verfälschen oder zu verfälschen drohen. Ferner soll bereits die Begünstigung als Indiz für eine zumindest drohende Wettbewerbsverfälschung genügen, wenn ein Unternehmen in einer durch intensiven Wettbewerb gekennzeichneten Branche tätig ist.¹⁶⁰

Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten erhalten mit den Rundfunkgebühren per se Einnahmen, die den privaten Veranstaltern nicht zustehen. Eine zumindest drohende Wettbewerbsverzerrung ist damit gegeben.

5. Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten

Das zudem erforderliche Tatbestandsmerkmal der Handelsbeeinträchtigung („Zwischenstaatlichkeitsklausel“) grenzt den Geltungsbereich des Gemeinschaftsrechts vom nationalen Recht der Mitgliedstaaten ab. Die Rechtsprechung folgert aus der Begünstigung eines Unternehmens auf dessen verstärkte Wettbewerbsfähigkeit und daraus schließlich auf die Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels.¹⁶¹ Die Fernsehrichtlinie¹⁶² regelt, dass aus anderen Mitgliedstaaten ausgestrahlte Fernsehsendungen nahezu ungehindert empfangen werden können. So mit sind die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten auf einem Markt grenzüberschreitender Dienstleistungen tätig. Damit liegt auch eine innergemeinschaftliche Handelsbeeinträchtigung vor.

¹⁵⁹ EuG, Rs. T-298/97, *Alzetta Mauro u.a./Kommission*, Slg. 2000, II-2319, Rdnr. 95; EuG, Rs. T-55/99, *CETM/Kommission*, Slg. 2000, II-3207, Rdnr. 102.

¹⁶⁰ EuG, Rs. T-298/97 u.a., *Alzetta Mauro/Kommission*, Slg. 2000, II-2319, Rdnr. 84.

¹⁶¹ EuG, Rs. T-55/99, *CETM/Kommission*, Slg. 2000, II-3207, Rdnr. 101, mit Hinweis auf die Begründung der Kommission in Rdnr. 79 des Urteils dargestellt.

¹⁶² Richtlinie 89/552/EWG des Rates v. 3.10.1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehtätigkeit, ABl. EG Nr. L 331 v. 16.11.1989, S. 51.

6. Ergebnis zu Art. 87 Abs. 1 EGV

Es handelt sich bei der deutschen Rundfunkgebühr um eine staatliche Beihilfe. Die Voraussetzungen des Art. 87 Abs. 1 EGV liegen vor.

III. Verfahren

1. Die deutsche Rundfunkgebühr als neue oder bestehende Beihilfe

Damit findet die Verfahrensvorschrift des Art. 88 EGV Anwendung. Es ist nunmehr zu prüfen, ob es sich bei der deutschen Rundfunkgebühr um eine neue oder um eine bestehende Beihilfe handelt, da neue Beihilfen bei der Kommission zu notifizieren sind. Als bestehende Beihilfen gelten nach Art. 1 lit. b) Ziffer i) der VO 659/1999 alle Beihilfen, die vor Inkrafttreten des Vertrages in dem betreffenden Mitgliedstaat bestanden, also Beihilferegelungen und Einzelbeihilfen, die vor Inkrafttreten des Vertrages eingeführt worden sind und auch nach dessen Inkrafttreten noch anwendbar sind. Das relevante Datum, zu dem das Rundfunkfinanzierungssystem eines Mitgliedstaates bestanden haben muss, um als bestehende Beihilfe angesehen werden zu können, hängt also von dem Beitrittsdatum des jeweiligen Mitgliedstaates ab. Für die Bundesrepublik als Gründungsstaat ist dies der 1. Januar 1958, da der EWG-Vertrag an diesem Tag in Kraft trat.¹⁶³ Das System der Erhebung der Rundfunkgebühren in Deutschland ist in seiner Grundstruktur bei der Errichtung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in der Bundesrepublik Deutschland nach 1945 eingeführt worden.¹⁶⁴ Die deutsche Rundfunkgebühr ist demnach als bestehende Beihilfe anzusehen.

2. Auswirkungen von Änderungen

Fraglich ist weiterhin, ob eine Änderung der Höhe der Rundfunkgebühr und eine Änderung des Gebührenfestsetzungsverfahrens den Charakter als bestehende Beihilfe beeinflusst.

Gemäß Art. 1 lit. c) der VO 659/1999 werden „neue Beihilfen“ als alle Beihilfen definiert, die keine bestehenden Beihilfen sind, einschließlich Änderungen bestehender Beihilfen. Gemäß Art. 4 Abs. 1 der Durchführungsverordnung¹⁶⁵ ist die Änderung einer bestehenden Beihilfe jede Änderung, mit Ausnahme von Änderungen rein formaler und verwaltungstechnischer Art, die keinen Einfluss auf die

¹⁶³ EWGV, BGBl. 1957 II, S. 766, 1678; BGBl. 1958 II, S. 64 (mehrfach geändert), abgedruckt in: Sartorius II, Nr. 150.

¹⁶⁴ Oppermann, (Fn. 89), S. 73; Gersdorf, (Fn. 20), Rdnrn. 30, 36.

¹⁶⁵ Verordnung (EG) 794/2004 der Kommission v. 21.4. 2004 zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 659/1999, ABl. EG Nr. L 140 v. 30.4. 2004, S. 1 ff.

Würdigung der Vereinbarkeit der Beihilfemaßnahme mit dem Gemeinsamen Markt haben kann. Der EuGH hat in diesem Zusammenhang festgestellt, dass es für die Qualifizierung als neue Beihilfe nicht darauf ankomme, welche Bedeutung die Beihilfe für das Unternehmen im Lauf des Bestehens jeweils hatte und insbesondere wie hoch sie jeweils war. Entscheidend sei, inwieweit sich die zu beurteilende Maßnahme aus früheren, nicht geänderten Rechtsvorschriften ergebe. Sofern die Rechtsvorschriften weder im Hinblick auf die Natur des Vorteils noch im Hinblick auf die Tätigkeiten des beihilfebegünstigten Unternehmens geändert wurden, liege keine neue Beihilfe vor.¹⁶⁶

Die Erhöhung der Rundfunkgebühr resultiert aus einem erhöhten Finanzbedarf im Hinblick auf die Erfüllung des öffentlichen Auftrages. Eine Änderung der Rechtsvorschriften liegt nicht vor, so dass es sich bei der Gebührenerhöhung nicht um eine Änderung der bestehenden Beihilfe und damit nicht um eine neue Beihilfe handelt.

Eine Änderung des Gebührenfestsetzungsverfahrens würde weder die Anknüpfung der Rundfunkgebührenpflicht an den Besitz eines Rundfunkempfangsgerätes noch den Empfänger der Rundfunkgebühr berühren. Auch der Verwendungszweck der Rundfunkgebühr bliebe unberührt. Die Rechtsvorschriften würden also nicht im Hinblick auf die Natur des Vorteils geändert. Daher würde es sich um eine Veränderung rein verwaltungstechnischer Natur handeln, die den Charakter als bestehende Beihilfe nicht beeinflussen würde.

IV. Art. 87 Abs. 3 lit. d) EGV

Gemäß der Ausnahmeverordnung des Art. 87 Abs. 3 lit. d) EGV kann die Kommission „Beihilfen zur Förderung der Kultur und der Erhaltung des kulturellen Erbes, soweit sie die Handels- und Wettbewerbsbedingungen in der Gemeinschaft nicht in einem Maß beeinträchtigen, das dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft“, für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklären. Als Kontrollbehörde verfügt sie nach allgemeiner Auffassung dabei über einen Ermessensspielraum.

Die Vorschrift des Art. 87 Abs. 3 lit. d) EGV wurde erst im Zusammenhang mit der Kulturklausel des früheren Art. 128 EGV durch den Vertrag von Maastricht über die Europäische Union in den Katalog des Art. 87 Abs. 3 EGV eingefügt. Die Auslegung des Art. 87 Abs. 3 lit. d) hat insbesondere im Lichte des heutigen Art. 151 EGV zu erfolgen.¹⁶⁷ Gemäß dessen Abs. 4 trägt die Gemeinschaft bei ihrer Tätigkeit den kulturellen Aspekten Rechnung, insbesondere der Wahrung und

¹⁶⁶ EuGH, Rs. C-44/93, *Assurances de Crédit/OND und Belgien*, Slg. 1994, I-3829, Rdnr. 28.

¹⁶⁷ Koenig/Kühling, Mitgliedstaatliche Kulturförderung und gemeinschaftliche Beihilfekontrolle durch die EG-Kommission, EuZW 2000, S. 197 (201).

Förderung der Vielfalt ihrer Kulturen. Gemäß Abs. 2 unterstützt und ergänzt die Gemeinschaft künstlerisches Schaffen, „einschließlich im audiovisuellen Bereich“.

Nach Ansicht der Kommission ist Art. 87 Abs. 3 lit. d) EGV jedoch eng auszulegen und das Vorliegen kultureller Zwecke streng zu überprüfen. Der Begriff der Kultur solle danach „auf Bereiche beschränkt werden, die nach allgemeiner Auffassung der Kultur zugeordnet werden, und nicht darüber hinausgehen.“ In der Entscheidung „Kinderkanal und Phoenix“ hat die Kommission diese beiden Rundfunkprogramme nicht als Förderung der Kultur, sondern als Beitrag zur Befriedigung der „demokratischen und erzieherischen Bedürfnisse der deutschen Gesellschaft“ gekennzeichnet.¹⁶⁸ Diese Tendenz wird in der Rundfunkmitteilung der Kommission ebenfalls deutlich.

Zwar gehört seit der Gründung der Europäischen Union auch die Entfaltung des Kulturlebens in den Mitgliedstaaten zu den Aufgaben der Gemeinschaft (Art. 3 lit. q) EGV), so dass es nicht mehr das alleinige Ziel der EG ist, eine vor Wettbewerbsverfälschungen geschützte marktwirtschaftliche Ordnung herauszubilden. Es gilt dennoch weiterhin die Grundregel, dass die sachlichen Anwendungsbereiche der Ausnahmebestimmungen des Beihilferechts grundsätzlich eng auszulegen sind. Ansonsten bestünde die Gefahr einer Aufweichung des Beihilferechtsbegriffs.¹⁶⁹ Daher ist der Auffassung der Kommission zuzustimmen, wonach der Kulturbegriff restriktiv ausgelegt werden sollte. Der Rundfunkbereich ist daher nicht pauschal der Kulturförderung des Art. 87 Abs. 3 lit. d) EGV zu unterstellen.

V. Art. 86 Abs. 2 EGV

Die Kommission überprüft, ob die deutsche Rundfunkgebühr als staatliche Beihilfe gerechtfertigt ist. Dabei prüft sie, wie bereits gezeigt, die Voraussetzungen eines klar definierten Auftrages und der Verhältnismäßigkeit. Wie im Rahmen der Altmark-Trans-Kriterien geprüft, genügt § 11 RStV nicht dem Erfordernis eines klar definierten Auftrags. Eine Rechtfertigung scheidet somit aus.

VI. Die Transparenzrichtlinie

Im Folgenden wird kurz die Transparenzrichtlinie dargestellt, die neben den Art. 87 und 86 EGV im Rahmen der Beihilfeproblematik zu beachten ist.

¹⁶⁸ Kommission, Kinderkanal und Phoenix (Fn. 13).

¹⁶⁹ Koenig/Kühling, Mitgliedstaatliche Kulturförderung und gemeinschaftliche Beihilfekontrolle durch die EG-Kommission, EuZW 2000, S. 197 (201).

1. Regelungsgehalt der Transparenzrichtlinie

Die Transparenzrichtlinie dient dem Ziel, der Kommission die erforderlichen Informationen über die Verwendung öffentlicher Mittel zur Verfügung zu stellen, um die Anwendung der Wettbewerbsregeln des EGV sicherzustellen.¹⁷⁰ Es sollen unzulässige Quersubventionen aus den gemeinwirtschaftlichen Tätigkeitsbereichen der Unternehmen zu Gunsten ihrer kommerziellen Geschäftsbereiche erkannt und unterbunden werden.¹⁷¹ Die Richtlinie sieht eine Pflicht zur getrennten Buchführung für jedes Unternehmen vor, das mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse nach Art. 86 Abs. 2 EGV betraut ist, das für diese Dienstleistungen staatliche Beihilfen erhält und das in verschiedenen Geschäftsbereichen tätig ist.¹⁷² Die Transparenzrichtlinie findet allerdings keine Anwendung, sofern die den betreffenden Unternehmen gewährten staatlichen Beihilfen im Rahmen eines offenen, transparenten und nicht diskriminierenden Verfahrens festgesetzt wurden.¹⁷³

2. Anwendbarkeit der Transparenzrichtlinie auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in Deutschland

Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten lehnen eine Anwendbarkeit dieser Richtlinie ab.¹⁷⁴ Dies begründen sie damit, dass das Amsterdamer Protokoll als Spezialregelung die Anwendbarkeit der Transparenzrichtlinie auf die öffentlich-rechtlichen Anstalten ausschließe.

Außerdem seien die Rundfunkgebühren keine staatlichen Beihilfen. Ferner sei das KEF-Verfahren ein offenes, transparentes und nicht diskriminierendes Verfahren. Weiterhin seien die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten nicht in verschiedenen Geschäftsbereichen tätig, da sie nach deutschem Verfassungsrecht ohnehin nur innerhalb ihres Rundfunkauftrages tätig sein dürften.

¹⁷⁰ Richtlinie 2000/52/EG der Kommission v. 26.7.2000 zur Änderung der Richtlinie 80/723/EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen, ABl. Nr. L 193 v. 29.7.2000, S. 75, Erwägungsgründe 2-5; im Folgenden: Transparenzrichtlinie.

¹⁷¹ *Pelny*, (Fn. 52), S. 643 (644).

¹⁷² Transparenzrichtlinie, (Fn. 170), Art. 2 Abs. 1 d).

¹⁷³ Transparenzrichtlinie, (Fn. 170), Art. 4 Abs. 2 c).

¹⁷⁴ *Michel*, Transparenzrichtlinie und Beihilfekontrolle bei Rundfunkanstalten – aus Sicht einer Rundfunkanstalt, abrufbar unter <http://www.sindicom.gva.es/eurorai/PDF/pdf%20seminar%20leipzig/Leipzig-Referat%20Michel.pdf> (21.2.2006).

Die Kommission hingegen betont in ihrer Rundfunkmitteilung, dass die Transparenzrichtlinie auch für die öffentlich-rechtlichen Sendeanstalten gelte,¹⁷⁵ weil diese ihrer Auffassung nach staatliche Beihilfen erhalten, welche nicht im Rahmen eines offenen, transparenten und nicht diskriminierenden Verfahrens für einen angemessenen Zeitraum festgesetzt wurden.

Die Transparenzrichtlinie ist in Bezug auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunkbereich bislang nicht in deutsches Recht umgesetzt worden. Die Umsetzungsfrist lief am 31. Juli 2001 ab. Zwar ist ein Bundesgesetz erlassen worden.¹⁷⁶ Dieses ist aber nicht auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk anwendbar, da er in die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz der Bundesländer fällt. Die Länder haben sich mit der Begründung, dass die deutsche Rundfunkgebühr keine Beihilfe sei, dagegen ausgesprochen, die Transparenzrichtlinie für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk umzusetzen.¹⁷⁷

C. Schlussbemerkung

Das „Altmark-Trans“-Urteil des EuGH ist eine Leitentscheidung für die Frage, wie das Spannungsverhältnis zwischen mitgliedstaatlicher Daseinsvorsorge und europäischem Wettbewerbsrecht aufgelöst werden kann. Die in dem Urteil aufgeführten Kriterien zielen auf die Erhöhung von Transparenz. Diese Herstellung von Transparenz ist auch das Anliegen der Kommission, welche die Kriterien des EuGH im Rahmen von Art. 86 Abs. 2 EGV überprüft.

Dabei hat die Kommission zu beachten, dass die Zuständigkeit für die Definition des öffentlich-rechtlichen Rundfunkauftrages – ganz im Sinne des Amsterdamer Protokolls - den Mitgliedstaaten obliegt. Aus Transparenzgründen ist dieser von den deutschen Bundesländern aber möglichst klar und präzise zu gestalten. Hierfür ist der Grundstein bereits gelegt. Im Achten Rundfunkänderungsstaatsvertrag wurde bereits die Zahl der Programme festgelegt. Mit den Bereichen „Kultur, Bildung und Information“ wurden inhaltliche Schwerpunkte für die digitalen Zusatzkanäle von ARD und ZDF definiert. § 19 RStV wurde neu gefasst und bietet jetzt die Übersicht über sämtliche Programme der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten. Auch wurden die Prüfmöglichkeiten der KEF gestärkt, um eine

¹⁷⁵ Kommission, Rundfunkmitteilung, (Fn. 4), Rdnr. 52.

¹⁷⁶ Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2000/52/EG der Kommission v. 26.7.2000 zur Änderung der Richtlinie 80/723/EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlich-rechtlichen Unternehmen, BGBl. I 2001, S. 2141.

¹⁷⁷ epd, Nr. 56 v. 18.7.2001.

höhere Transparenz zu erreichen. Die Intendanten von ARD und ZDF, *Pleitgen* und *Schächter*, haben einen *Code of Conduct* als einen Verhaltenskodex für mehr Transparenz vorgeschlagen. Die Entwicklung hin zu einem öffentlich-rechtlichen Auftrag, der der Staatsfreiheit der Rundfunkanstalten und gleichzeitig den Transparenzanforderungen des europäischen Beihilferechts Rechnung trägt, nimmt demzufolge konkretere Formen an.