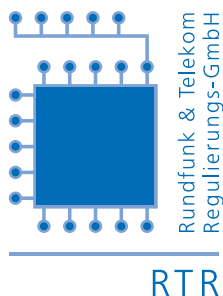


Die duale Rundfunk- ordnung in Europa

Gemeinschaftsrechtliche Rahmenbedingungen und aktuelle
Ansätze zum dualen System in ausgewählten Mitgliedstaaten



Die duale Rundfunk- ordnung in Europa

Gemeinschaftsrechtliche Rahmenbedingungen
und aktuelle Ansätze zum dualen System
in ausgewählten Mitgliedstaaten

Studie von Prof. Dr. Alexander Roßnagel und
Peter Strothmann, Ass. iur., Institut für Europäisches
Medienrecht e.V. (EMR), Saarbrücken

unter Mitarbeit von Prof. Dr. Marie McGonagle,
National University of Ireland, Galway
Dr. Peggy Valcke, Katholieke Universiteit Leuven, Belgien
Caroline Hilger, Ass. iur., EMR, Dr. Carmen Palzer, EMR

**Schriftenreihe der
Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH**

Band 2/2004



Inhaltsverzeichnis

Vorwort	10
Einleitung	13
I. Dualer Rundfunk in Europa	15
1. Entwicklungslinien	15
a) Die verschiedenen Rundfunksysteme	15
b) Entwicklung in Europa	16
aa) Die Anfangsphase des Rundfunks in Europa	16
bb) Rundfunk in Europa während und unmittelbar nach dem Zweiten Weltkrieg	19
cc) Von staatlichen Rundfunkmonopolen zu dualen Rundfunkordnungen	20
dd) Westeuropäische Rundfunkordnungen mit Besonderheiten	22
ee) Entwicklung der Rundfunksysteme in Mittel- und Osteuropa	26
ff) Entwicklungslinien und -trends	27
2. Einfluss des Europarechts	30
a) Entstehung der europäischen Rundfunkpolitik	30
b) Vorgaben des Europarechts im Überblick	33
aa) Rundfunkfreiheit nach europarechtlichen Vorgaben	33
bb) Vorgaben der Europäischen Gemeinschaft für den Rundfunkbereich	34
3. Aktuelle Vorhaben auf EG- bzw. mitgliedstaatlicher Ebene	38
II. Rundfunk und Gemeinschaftsrecht	41
1. Recht der Europäischen Verträge	44
a) Die Grundrechte der Rundfunkveranstalter (und Rezipienten)	44
aa) Rundfunkfreiheit	46
bb) Rundfunkfreiheit als Vorgabe der Rundfunkorganisation	48

b) Die Grundfreiheiten im Binnenmarkt	53
aa) Niederlassungsfreiheit	53
bb) Kapitalverkehrsfreiheit	61
cc) Dienstleistungsfreiheit	63
dd) Warenverkehrsfreiheit	72
c) Das EG-Wettbewerbsrecht	73
aa) Kartellverbot des Art. 81 EGV	74
bb) Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen des Art. 82 EGV	78
cc) Fusionskontrolle	79
dd) Beihilfenregime der Art. 86 und 87 EGV	95
d) Die Maßgaben aus dem Kulturauftrag	150
aa) Inhalt des Art. 151 EGV	150
bb) Verhältnis zu anderen Normen	155
cc) Kompetenzausfüllungsklausel des Art. 308 EGV	156
2. Vorgaben des Sekundärrechts	157
a) Der neue Kommunikationsrechtsrahmen	157
aa) Neue Kommunikations-Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft	157
bb) Frequenzvergabe	159
cc) Technische Spezifikationen	160
dd) Zugangsrecht der Veranstalter	163
ee) Wettbewerbsrechtliche Vorgaben	173
b) Die Fernseh-Richtlinie	178
aa) Quotenregelung	179
bb) Werberegulungen	181
cc) Übertragung von Ereignissen von gesellschaftlicher Bedeutung	186
dd) Jugendschutz	188
ee) Einhaltung der Richtlinienvorschriften	189
ff) Abweichende Regelungen der Mitgliedstaaten	189
3. Ergebnis	191

III. Beispiele zur dualen Rundfunkordnung in EU-Mitgliedstaaten	197
1. Belgien	197
a) Historische Entwicklung im Überblick	197
b) Die Flämische Gemeinschaft	200
aa) Öffentlich-rechtlicher Rundfunk	200
bb) Privater Rundfunk	202
c) Die Französische Gemeinschaft	206
aa) Öffentlich-rechtlicher Rundfunk	206
bb) Privater Rundfunk	208
d) Aktuelle Entwicklungen und Ergebnis	210
2. Dänemark	211
a) Historische Entwicklung im Überblick	211
b) Die Entwicklung des dualen Rundfunks	214
aa) Öffentlich-rechtlicher Rundfunk	214
bb) Privater Rundfunk	218
c) Aktuelle Entwicklungen und Ergebnis	221
3. Irland	222
a) Historische Entwicklung im Überblick	222
b) Die Entwicklung des dualen Rundfunks	224
aa) Öffentlich-rechtlicher Rundfunk	224
bb) Privater Rundfunk	227
c) Aktuelle Entwicklungen und Ergebnis	229
4. Ergebnis	231
IV. Zusammenfassung	233
V. Literaturverzeichnis	237
Impressum	253

Grußwort

Ein auf zwei Säulen basierendes Rundfunksystem, das aus öffentlichem und privatem Hörfunk und Fernsehen besteht, gehört heute zum selbstverständlichen Standard freier Medienordnungen Europas. In Österreich wurde die Umsetzung dieses Befunds bis Ende der 90er-Jahre zunächst gar nicht und dann nur sehr zögerlich durchgeführt. Seit dem Jahr 2000 wurde von der Bundesregierung mit Nachdruck an der Schaffung eines echten dualen Rundfunksystems gearbeitet: Endlich kann sich privates Fernsehen auch in unserem Land entwickeln, die ökonomischen Rahmenbedingungen für den privaten Hörfunkmarkt wurden – und werden weiterhin – optimiert und zugleich waren auch die Rechtsgrundlagen für den ORF grundlegend zu überarbeiten, um dessen Bestand im Wettbewerb abzusichern.

Die rechtliche Neuordnung des Rundfunksystems in Österreich war unumgänglich, es bedarf jedoch der weiteren laufenden Analyse und auch der kritischen Auseinandersetzung. Denn ein rechtliches System, noch dazu in einem so sensiblen Umfeld wie dem Mediensektor, muss sich in der Praxis bewähren. Die Erfahrungen der Praxis sind für die Politik ebenso relevant wie die eingehende wissenschaftliche Analyse, um sich der komplexen Materie mit den richtigen Antworten zu stellen. Mit Freude habe ich daher die von Verband Österreichischer Privatsender (VÖP), Institut für Europäisches Medienrecht (EMR) und RTR-GmbH hervorgerufene Initiative unterstützt, die Entwicklung und Zukunft des dualen Rundfunks in Österreich und im europäischen Vergleich umfassend aufzuarbeiten. Die Ergebnisse dieser Studie werden daher für die weiter zu führende Diskussion um ein faires und erfolgreiches Miteinander der österreichischen Rundfunkbranche und der Medienpolitik von besonderer Bedeutung sein.

Franz Morak

Staatssekretär für Kunst und Medien

Zum Geleit

Mit der Publikation von zwei weiteren Ausgaben der Schriftenreihe leistet die RTR-GmbH einen fundierten Beitrag zur Weiterentwicklung des dualen Rundfunks in Österreich. Da in den 90er-Jahren ein dualer Rundfunkmarkt medienpolitisch nicht gewollt war und lediglich Minimallösungen wie die Zulassung von Privatfernsehen in Kabelnetzen oder die Ermöglichung von Privatrado, mit dem Ziel, die Hörfunkprogramme des ORF nicht zu beschädigen, umgesetzt wurden, war es der Bundesregierung des Jahres 2000 vorbehalten, eine neue Rundfunkordnung anzugehen:

Die Rundfunkgesetze 2001 brachten neben der Regulierungsbehörde Verbesserungen für Privatradiobetreiber, erstmals ein Privatfernsehgesetz, sowie eine Novelle zum ORF-Gesetz, mit der versucht wurde, die werberechtlichen Bestimmungen und den öffentlich-rechtlichen Programmauftrag des ORF auf die neuen Erfordernisse des dualen Marktes auszurichten. Und dennoch: Die Entwicklung eines dualen Rundfunkmarktes kann damit nicht als abgeschlossen betrachtet werden. Weitere Veränderungen des Rechtsrahmens erscheinen notwendig, damit Reichweiten, Marktanteile, Werbeerlöse und folglich Arbeitsplätze bei den privaten Anbietern wachsen können.

In gemeinsamer Initiative des Instituts für Europäisches Medienrecht, des Verbandes Österreichischer Privatsender und der RTR-GmbH werden nun zwei Gutachten mit entscheidenden Anregungen vorgelegt:

Band 2/2004 „Dualer Rundfunk in Europa“ von Prof. Alexander Roßnagel bietet einen Blick über die Landesgrenzen hinaus, und zwar in Märkte, die – bei aller Unterschiedlichkeit – eine Vergleichbarkeit zu den österreichischen Rahmenbedingungen aufweisen.

Band 3/2004 „Zur Zukunft des dualen Rundfunks in Österreich“ von Univ.-Prof. Dr. Christoph Grabenwarter enthält eine Reihe von konkreten rechtspolitischen Vorschlägen, die der Etablierung von ausgewogeneren Marktverhältnissen ebenso dienen, wie dem Gebot nach mehr Fairness und Gerechtigkeit im Wettbewerb der Privaten mit dem ORF.

Die RTR-GmbH leistet mit diesen Publikationen einen nachhaltigen wissenschaftlichen Beitrag zu einer oftmals reichlich emotional und undifferenziert geführten Debatte zum richtigen Zeitpunkt: Immerhin berichten zahlreiche namhafte Vertreter der Werbewirtschaft nach Jahren der Stagnation von einem bevorstehenden Aufschwung der Werbekonjunktur.

Dr. Alfred Grinschgl

Geschäftsführer des Fachbereichs Rundfunk der RTR-GmbH

Vorwort

Der Einfluss des Europarechts, insbesondere das Recht der Europäischen Gemeinschaft sowie die Bestimmungen des Europarats, auf die Medienrechtsordnung in den europäischen Staaten wird in seiner Tragweite häufig unterschätzt. Dabei ist die Entwicklung der dualen Rundfunkordnung in Europa untrennbar mit den durch die europäischen Institutionen geschaffenen Regelungen verbunden. 15 Jahre nach Verabschiedung des Europäischen Übereinkommens über das grenzüberschreitende Fernsehen und nach Erlass der Richtlinie ‚Fernsehen ohne Grenzen‘ gilt es daher, den Bestand an supra- und internationalen Vorgaben für die einzelstaatliche Medienordnung zu erfassen und in die Diskussion um die Fortentwicklung der dualen Rundfunkordnung in Österreich einfließen zu lassen.

Die Gestaltungshoheit der Mitgliedstaaten wird durch gemeinschaftsrechtliche Vorgaben in einer Vielzahl von Punkten konkretisierenden Anforderungen unterworfen. Man kann die Vorgaben des Wettbewerbsrechts hier durchaus an prominenter Stelle nennen: Zum einen sichern die Vertragsbestimmungen im grenzüberschreitenden Kontext einen offenen, d. h. chancengleichen und fairen Wettbewerb zwischen allen Beteiligten des öffentlich-rechtlichen und privaten Sektors, zum anderen sind diejenigen Bestimmungen von großer aktueller Relevanz, die die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks an beihilferechtliche Bedingungen knüpfen und den Anstalten erhebliche Transparenzverpflichtungen auferlegen. Hierbei geht es vor allem um die Definition und Einhaltung des öffentlich-rechtlichen Auftrags und den zulässigen Einsatz der zur Verfügung gestellten Mittel.

Wenngleich die Bestimmungen der Fernsehrichtlinie, die die Einbeziehung von Werbung, Teleshopping und Sponsoring in das Programmangebot regeln, nicht unmittelbar Auswirkungen auf das Wettbewerbsverhältnis zwischen den beiden Säulen des dualen Systems zeitigen, so kann doch festgehalten werden, dass bei deren Umsetzung in die nationalen Rundfunkordnungen vieler europäischer Länder strengere Vorschriften, insbesondere für die öffentlich-rechtliche Seite, erlassen wurden. Zu beachten ist jedenfalls, dass das Gemeinschaftsrecht die Mitgliedstaaten auch in diesem Zusammenhang zu einer wirksamen Anwendung der Vorgaben verpflichtet, auch im Interesse der jeweiligen Wettbewerber.

Der seit letztem Jahr anzuwendende neue Rechtsrahmen für die elektronische Kommunikation transponiert zudem eine Reihe von Themen in die Diskussion um eine zukunftsweisende duale Medienordnung. So existiert der Auftrag, Märkte für die Rundfunkübertragung zu ermitteln, auf denen eine Vorab-

regulierung deshalb erforderlich erscheint, weil Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht den Zugang zum Rundfunkmarkt *de facto* kontrollieren. Aber auch unabhängig von einer solchen Marktposition können die nationalen Regulierungsbehörden Maßnahmen zur Sicherung eines fairen, angemessenen und chancengleichen Zugangs ergreifen. Sie verfügen daneben im Zusammenhang mit der Entgeltkontrolle über wichtige Befugnisse.

Dies alles geschieht zu einem Zeitpunkt, zu dem nicht zuletzt durch die Verfassungsgebung für die Europäische Union die wesentliche Bedeutung der in Artikel 10 EMRK verankerten Informations- und Rundfunkfreiheit in immer stärkerem Maße auch durch die Brüsseler Instanzen nachvollzogen wird. Es gilt daher bei der Fortführung der Diskussion um die Medienordnung die aus dem Europarecht abzuleitenden Maßgaben zu beachten, die den Mitgliedstaaten verbleibenden Ausgestaltungsspielräume zu nutzen und die richtige Balance der Entwicklungschancen auf beiden Seiten des dualen Systems immer wieder neu zu bestimmen.

Des Weiteren ist der Blick auf Erfahrungen und aktuelle Ansätze in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union zu richten. Die hier getroffene Auswahl erfolgte vor dem Hintergrund, dass kein nationales Rundfunksystem mit dem anderen eins zu eins vergleichbar sein wird; gerade die für "kleinere" Rundfunkmärkte bestehenden Probleme sind jedoch vielfach ähnlich und bereits verfolgte Lösungswege in den betreffenden Ländern daher von besonderem Interesse. Der Blick nach Belgien, Dänemark und Irland bietet die Möglichkeit, sich beispielsweise vertieft damit auseinanderzusetzen, welche Neujustierungen vorgenommen wurden. Die Palette der relevanten Themen reicht hier von der Privatisierung eines Teils des öffentlich-rechtlichen Rundfunks über die Neukoordinierung des zur Verfügung stehenden Frequenzspektrums bis hin zur Eröffnung von Partizipationschancen für private Anbieter an Mitteln, die zum Zwecke der Erstellung sog. Public service-Programme bereit gestellt werden.

Das vorliegende Gutachten versteht sich insbesondere als Handreichung für die momentane medienpolitische Diskussion. Es will die Diskussion sowohl um grundlegende Aspekte des europäischen Medienrechts anreichern, als auch durch die rechtsvergleichende Analyse anderer Rundfunkmärkte in Europa Lösungsmöglichkeiten aufzeigen.

RA Thomas Kleist

Direktor des Instituts für Europäisches Medienrecht (EMR)

Oliver Pokorny

Vorstandsvorsitzender des Verbandes Österreichischer Privatsender (VÖP)

Einleitung

Das Institut für Europäisches Medienrecht e.V. (EMR), Saarbrücken/Brüssel, ist mit der Erstellung eines Gutachtens zur dualen Rundfunkordnung in Europa betraut worden.

Der Untersuchungsgegenstand ist im Wesentlichen in zwei Hauptaspekte zu gliedern. Zum einen soll dargelegt werden, wie sich das Europarecht, insbesondere das Recht der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaft, auf die Ausgestaltung nationaler Medienordnungen auswirkt. Hierbei gilt es aufzuzeigen, welche Gebiete der Medienordnung von europäischer oder gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben beeinflusst oder von diesen sogar entscheidend bestimmt sind. Daraus lässt sich ableiten, welche Ausgestaltungsspielräume vor allem struktureller Art den Mitgliedstaaten verbleiben. Zum anderen soll durch eine vergleichende Betrachtung ausgewählter EU-Mitgliedstaaten ermittelt werden, in welcher Form die theoretisch in Betracht kommenden Ausgestaltungsvarianten konkret ausgefüllt werden. Mit Hilfe der Darstellung von Ausgangslagen und Grundzügen der Medienordnung – in Belgien, Dänemark und Irland – sowie der Analyse spezifischer Vorgaben des nationalen Medienrechts, die Einfluss auf die praktische Ausformung des jeweiligen dualen Rundfunksystems haben, soll Aufschluss über angewandte oder in Planung befindliche Konzepte für die Rundfunklandschaft erlangt werden.

Die Darstellung der schweizerischen Medienordnung sowie die Überführung der aus der vergleichenden Betrachtung in diesem Gutachten gewonnenen Ergebnisse in den Diskussionsprozess, der die Fortentwicklung des Rundfunkrechts in Österreich betrifft, ist Gegenstand eines weiteren Gutachtens. Dieses wurde bei Herrn Universitäts-Professor Dr. Christoph Grabenwarter, Karl-Franzens-Universität Graz, Lehrstuhl für Vergleichendes und Europäisches Öffentliches Recht und Wirtschaftsrecht, in Auftrag gegeben. Gegenstand der dortigen Untersuchung ist die Fragestellung, mit Hilfe welcher Maßnahmen gesetzgeberischer und administrativer Art bzw. auf der Basis von Vereinbarungen beteiligter Medienunternehmen die duale Rundfunkordnung in Österreich fortentwickelt werden kann.

Die wesentlichen Ergebnisse der vorliegenden Untersuchung wurden einem breiten Fachpublikum im Rahmen einer Veranstaltung präsentiert, die von der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH, dem Bundeskanzleramt der Republik Österreich und dem Verband österreichischer Privatsender gemeinsam mit dem EMR am 29.10.2003 in Wien durchgeführt wurde. Die Erkenntnisse, die im Rahmen der Fachtagung zusätzlich gewonnen werden konnten, wurden in der folgenden Ausarbeitung berücksichtigt.

I. Dualer Rundfunk in Europa

In diesem einleitenden Teil wird die Entwicklung des Rundfunks in Europa, seine Erscheinungsformen und verschiedenen Systeme aufgezeigt sowie insbesondere auf die Hauptmerkmale der dualen Rundfunkordnung eingegangen. Dies soll ermöglichen, Entwicklungsperspektiven des dualen Rundfunks aus dessen bisherigen Entwicklungslinien abzuschätzen sowie Problembereiche zu erkennen, die auch für eine duale Rundfunkordnung in Österreich relevant sein können. Sodann werden in einer Übersicht die wesentlichen Aspekte des Europarechts angesprochen, die für die Rundfunk- und Medienordnung in den europäischen Staaten von Bedeutung sind. Neben dem Recht, das für die Vertragsstaaten des Europarats eine bestimmende Rolle spielt, wird vor allem das für die europäische Medienordnung relevante Gemeinschaftsrecht vorgestellt. Schließlich wird auf neue Entwicklungen dieser Rechtsordnung(en) eingegangen.

1. Entwicklungslinien

a) Die verschiedenen Rundfunksysteme

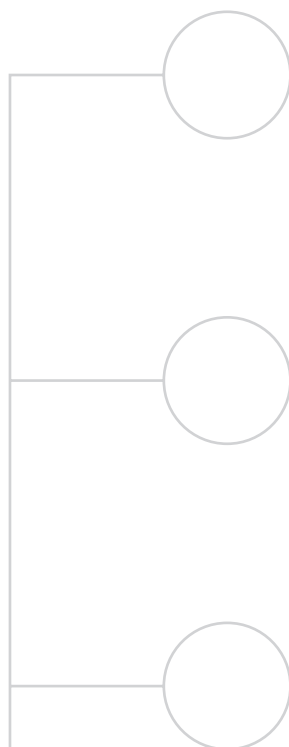
In seiner Funktion als Massenkommunikationsmittel kommt dem Rundfunk in allen post-industriellen Staaten seit seiner Einführung eine besondere gesellschaftliche, wirtschaftliche, kulturelle und politische Bedeutung zu. Diese weit verstandene Funktion hat dazu geführt, dass die Entwicklung des Rundfunks in den einzelnen Staaten vielfältigen, durchaus auch unterschiedlichen Einflüssen unterlag und auch heute noch unterliegt.

Weltweit haben sich daher unterschiedliche Rundfunkordnungen entwickelt, die sich theoretisch in drei grundlegende Modelle¹ aufteilen lassen:

- Das *Public Service Modell*,² das ausschließlich durch öffentlich-rechtliche Rundfunkanbieter, deren Aufgaben detailliert festgelegt sind, geprägt wird und das durch eine zumindest teilweise Steuer- oder Gebührenfinanzierung gekennzeichnet ist.

¹ Vgl. auch Kleinstenuber/Thomaß, S. 95.

² Die Mehrheit der heutigen (dualen) europäischen Rundfunksysteme hat sich aus diesem Modell entwickelt, das erste und bekannteste System dieser Art war das frühere, britische System mit der BBC als einzigem öffentlich-rechtlichen Rundfunkanbieter.



- Das *rein kommerzielle Modell*,³ in dem nur private, wirtschaftlich orientierte Unternehmen Rundfunk veranstalten und die ihre Programme hauptsächlich durch Werbeeinnahmen oder durch direkte Leistungen ihrer Zuschauer (z. B. Abonnements beim Pay-TV, Verkauf von Merchandise-Produkten oder neuerdings Einnahmen durch Telefondienstleistungen bei Gewinnspielteilnahmen oder Abstimmungen) finanzieren.
- Das *Modell des dualen Rundfunks*, in dem öffentlich-rechtliche und private kommerzielle sowie nicht-kommerzielle⁴ Rundfunkanbieter in unterschiedlicher Trägerschaft nebeneinander existieren.

Diese Unterscheidung in verschiedene Rundfunkmodelle lässt bewusst solche Systeme unberücksichtigt, in denen Rundfunk nur als Staatsrundfunk existiert und keine anderen Rundfunkanbieter zulässt, da der Rundfunk sich in entsprechenden Ordnungen nicht frei als System entwickeln kann. Diese Modelle können für Europa keinen Modellcharakter haben.

b) Entwicklung in Europa

In Europa haben sich die Rundfunksysteme in nahezu allen Staaten⁵ zu dualen Systemen entwickelt.⁶ In den meisten westeuropäischen Staaten hat sich der Wandel von einem monopolistischen Public-Service-Broadcasting-System hin zu einer liberalisierten Rundfunklandschaft mit sowohl öffentlich-rechtlichen als auch privaten Rundfunkanbietern von Mitte der 80er Jahre bis Ende der 90er Jahre vollzogen.

aa) Die Anfangsphase des Rundfunks in Europa

Bereits in den Anfängen des heutigen Massenmediums „Rundfunk“, der in Europa in den 20er und 30er Jahren des 20. Jahrhunderts zunächst mit der Ausstrahlung von Hörfunkprogrammen eine breitere Öffentlichkeit erreichte und damit an gesellschaftlicher Bedeutung gewann, rückte der Rundfunk in den Blickpunkt der Politik. Obwohl der Hörfunk in Europa zunächst vielerorts von privaten Veranstaltern betrieben wurde, konnte sich ein nahezu rein

kommerzielles Modell wie in den USA in Europa nicht durchsetzen. Aufgrund ständig steigender Zuhörerzahlen entdeckten die europäischen Regierungen zunächst die Möglichkeit, das neue Medium zu Zwecken der Erfüllung bestimmter Aufgaben der Daseinsvorsorge zu nutzen, wodurch eine staatliche Einflussnahme gerechtfertigt werden konnte. Daraufhin wurde der Rundfunk in weiten Teilen Europas institutionalisiert.⁷ Bei den Rundfunkveranstaltern handelte es sich sodann überwiegend um öffentlich-rechtliche Organisationen, die, entsprechend der jeweiligen Staatsform, in abgestuftem Grad staatsunabhängig waren.

Ein besonders anschauliches Beispiel für diese in vielen europäischen Staaten erfolgte Entwicklung bietet die Gründungsgeschichte⁸ des britischen öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalters, der heutigen British Broadcasting Company (BBC).

1922 von den sechs führenden britischen Funkgeräteherstellern als privates Unternehmen gegründet, begann die BBC als erstes Unternehmen in Europa mit der Ausstrahlung eines täglichen Hörfunkprogramms.⁹ Zu Beginn des Jahres 1923 wurde der BBC hierfür vom Post Office, das in Großbritannien aufgrund des Wireless Telegraphy Act von 1904 über den technisch reibungslosen Funkverkehr wachte, eine entsprechende Hörfunklizenz erteilt. Ihren Rundfunkbetrieb beabsichtigte die BBC damals zum einen aus einer jährlichen Gebühr, die vom Hörfunkpublikum als Empfangslizenz an das Post Office gezahlt und an die BBC weitergeleitet wurde, zu finanzieren. Zum anderen sollte sie eine Abgabe erhalten, die beim Erwerb der Rundfunkempfangsgeräte anfiel – wobei nur der Vertrieb einheimisch hergestellter Geräte offiziell erlaubt war. Durch diese Art der Finanzierung sollte die Unabhängigkeit der BBC von politischen Einflüssen und den jeweiligen Regierungen gewährleistet werden. De facto wurde damit jedoch ein privates Rundfunkmonopol der Geräteherstellerindustrie begründet.

Probleme bei der tatsächlichen Finanzierung und die wachsende Bedeutung des Mediums „Hörfunk“ durch rasant ansteigende Popularität führten in der Folge vermehrt zu Debatten über die eigentlichen Aufgaben der BBC. So kam ein 1925 staatlich eingesetzter Ausschuss (Crawford Committee) in seinem abschließenden Bericht zu dem Schluss, dass der professionell betriebene Hörfunk und somit die BBC unter der Kontrolle der Öffentlichkeit stehen sollte.

³ Beispiel für ein Rundfunksystem mit nahezu ausschließlich privatem Rundfunk ist das der USA, welches auch andere mittel- und südamerikanische Rundfunksysteme prägte.

⁴ Z. B. Lokalfunk oder Bürgerfunk, Offene Kanäle, Freie Radios, Campus-Radios etc.

⁵ Eine Ausnahme bildet Luxemburg, dessen Rundfunk seit jeher nur von privaten Rundfunkveranstaltern geprägt wird.

⁶ Vgl. Empfehlungen der Hocharangigen Gruppe für Audiovisuelle Politik unter dem Vorsitz von Marcelino Oreja, „Bericht der Hocharangigen Gruppe für Audiovisuelle Politik“, Kapitel III. 1, abrufbar unter http://europa.eu.int/comm/avpolicy/legis/key_doc/hlg3_de.htm

⁷ Vgl. Dommering, Dutch Audiovisual Landscape, S. 521.

⁸ Weitere, ausführliche Details zur Geschichte der BBC unter <http://www.bbc.co.uk>

⁹ Vgl. Milev, Europäische Medienchronik, S. 166.

Der Bericht forderte die Bildung eines Rundfunkrates, bestehend aus unabhängigen Personen verschiedenster gesellschaftlicher Hintergründe, um die Repräsentation der Vielfalt öffentlicher Interessen zu gewährleisten statt lediglich den Interessen der Geräteindustrie verpflichtet zu sein. Zunächst blieben diese Vorschläge für die BBC jedoch ohne organisatorische Konsequenzen. In Folge eines Generalstreiks im Jahre 1926 gab es zwischen der britischen Regierung und der BBC erneut eine Auseinandersetzung im Hinblick auf die Programmhoheit. So forderte unter anderem der damalige Finanzminister Winston Churchill, dass die BBC, die nach dem Erliegen der Zeitungsproduktion plötzlich einzige Informationsquelle in Großbritannien war, der direkten Kontrolle des Staates unterstellt werden sollte. Die staatliche Übernahme scheiterte jedoch am Widerstand des damaligen Premierministers Stanley Baldwin sowie an John Reith, dem ersten „General Manager“ und späteren Generaldirektor der BBC. Dieser hatte zwar immer das Konzept eines Public Service-Broadcasting befürwortet und bereits frühzeitig die Hauptaufgaben der BBC in der prägnanten Formel „to entertain, to inform and to educate“ zusammengefasst.¹⁰ Er war jedoch gleichzeitig strikter Verfechter sowohl staatlicher als auch wirtschaftlicher Unabhängigkeit des Rundfunks.

1927 wurde dann schließlich eine *Royal Charter* erlassen, die die BBC gesetzlich in den Dienst der Öffentlichkeit stellte. Dieser „Public Service“ sollte demgemäß auch ausschließlich durch die Öffentlichkeit in Form von Gebühren finanziert werden. Ebenso legte die Charter Organisation und Struktur des Senders fest. Aus der „British Broadcasting Company“ wurde die „British Broadcasting Corporation“, der Wandel von einem privatem Unternehmen zu einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft war vollzogen. Die BBC unterlag fortan der Verantwortlichkeit des „BBC Board of Governors“,¹¹ einem Selbstregulierungsorgan, das bis heute treuhänderisch die Interessen der Öffentlichkeit wahrnimmt und über die Einhaltung der Statuten und Pflichten wacht, die dem Auftrag eines öffentlichen Dienstes entsprechen.¹²

Für die Ausgestaltung des öffentlichen Rundfunks in anderen west-europäischen Staaten erlangte das Modell der BBC jedoch erst nach Beendigung des Zweiten Weltkriegs Vorbildfunktion. In der Zwischenzeit war die Rundfunklandschaft von starken und teilweise direkten politischen Einflussnahmen gekennzeichnet.

¹⁰ Holtz-Bacha/Norris, *Public Television*, S. 3.

¹¹ Dieses besteht aus 12 nachweislich unabhängigen Mitgliedern, die nach Absprache mit der Opposition und der BBC für den Zeitraum von vier (früher fünf) Jahren von der Regierung gewählt werden. Das Board of Governors ist seinerseits dazu berechtigt den Generaldirektor der BBC zu ernennen.

¹² Humphreys, *Mediensystem Großbritanniens*, S. 333.

bb) Rundfunk in Europa während und unmittelbar nach dem Zweiten Weltkrieg

Die Unabhängigkeit der Berichterstattung sowohl privater als auch öffentlich-rechtlich organisierter Rundfunkanbieter geriet schon vor Ausbruch des Zweiten Weltkriegs unter Druck. Die Regierungen in Europa erkannten schnell, dass sich das neue Medium vor allem in Kriegszeiten zu Propagandazwecken instrumentalisieren ließ. Vor allem nach Ausbruch des Krieges wurden den bis dahin verbliebenen privaten Anbietern für ihre Programmtätigkeiten entweder die Lizenzen entzogen oder sie wurden strenger staatlicher Zensur unterworfen. Bis zum Kriegsende veränderte sich die europäische Rundfunklandschaft dahin gehend, dass sich in nahezu allen Staaten öffentliche und staatlich kontrollierte¹³ Rundfunkmonopole gebildet hatten.¹⁴ Die Entwicklung des Rundfunks unterlag fast ausschließlich politischen Einflüssen, eine kommerzielle Orientierung wurde in vielen europäischen Ländern lange Zeit nicht mehr thematisiert. Eine Privatisierung des Rundfunks unterblieb nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs. Statt dessen wurden die öffentlichen Rundfunkanstalten nach britischem Vorbild bestimmten Gemeinwohlbindungen, wie zum Beispiel der Pflicht zur freien, unparteiischen und fairen Berichterstattung, unterworfen. Auch hinsichtlich der Organisation, Struktur und Finanzierung wurden die Möglichkeiten staatlicher Einflussnahme weitestgehend begrenzt. Zudem wurde die Sicherung der Meinungsvielfalt zum obersten Ziel der Rundfunkpolitik in den europäischen Staaten. Sowohl eine staatliche Rundfunkregulierung als auch das weiterhin bestehende Monopol öffentlicher Rundfunkanbieter wurden mit Blick auf hohe Anfangsinvestitionen für die Programmgestaltung und wegen des Mangels verfügbarer Frequenzen für notwendig erachtet,¹⁵ um dieses Ziel zu erreichen.

¹³ Auch diesbezüglich bildete die britische BBC eine Ausnahme. Sie behielt mit gewissen Einschränkungen hinsichtlich der Berichterstattung ihre Programmhoheit und steigerte wie sonst kaum ein öffentlicher Rundfunkanbieter in Europa ihr Ansehen durch Verlässlichkeit und journalistische, moralische Integrität.

¹⁴ So auch Holznapel, *Rundfunkrecht*, S. 92.

¹⁵ Vgl. hierzu z. B. das 1. Rundfunkurteil des BVerfG, BVerfGE 12, 205 (260 f.): „Der Unterschied zwischen Presse und Rundfunk besteht aber darin, daß innerhalb des deutschen Pressewesens eine relativ große Zahl von selbstständigen und nach ihrer Tendenz, politischen Färbung oder weltanschaulichen Grundhaltung miteinander konkurrierenden Presseerzeugnissen existiert, während im Bereich des Rundfunks sowohl aus technischen Gründen als auch mit Rücksicht auf den außergewöhnlich großen finanziellen Aufwand für die Veranstaltung von Rundfunkdarbietungen die Zahl der Träger solcher Veranstaltungen verhältnismäßig klein bleiben muß. ... Es steht mit Art. 5 GG nicht in Widerspruch, wenn einer mit solchen Sicherungen ausgestatteten Institution unter den gegenwärtigen technischen Gegebenheiten und auf Landesebene ein Monopol für die Veranstaltung von Rundfunkdarbietungen eingeräumt wird...“.

Der technische Fortschritt brachte in den 30er und 40er Jahren jedoch eine weitere Neuerung für die Entwicklung des Rundfunks mit sich. Neben dem Hörfunk erlangte das Fernsehen in den 50er Jahren eine immer größere Bedeutung.

cc) Von staatlichen Rundfunkmonopolen zu dualen Rundfunkordnungen

Lange Zeit blieb der europäische Rundfunk¹⁶ durch die öffentlichen Rundfunkmonopole geprägt. Allerdings gab es vereinzelt auch Länder, die sich sehr früh wieder mit der Einführung kommerziellen Rundfunks befassten.

Einen Sonderfall dieser Art bildete das Vereinigte Königreich, das wiederum als Vorreiter in Europa bereits 1954 mit einem parlamentarischen Gesetz (Television Act 1954) einen privaten, kommerziellen Fernsehbereich (Independent Television – ITV¹⁷) neben dem „Public Service“-Sender BBC gründete und damit als erstes europäisches Land ein duales Rundfunksystem einführte.

Auch in Finnland gab es Entwicklungen zur Etablierung von kommerziellem Rundfunk. Auf gesetzlicher Ebene gab es zuvor zwar kein Rundfunkmonopol, dennoch besaß die staatliche Rundfunkgesellschaft Yleisradio (YLE) zunächst ein faktisches Monopol auf dem finnischen Rundfunkmarkt. Doch bereits 1957 gründete YLE gemeinsam mit privaten Anbietern den auch heute noch bestehenden Kanal Mainos TV Finnland, der sich zu 90 % aus Werbung finanziert.

In den meisten europäischen Ländern kam jedoch erst ca. 30 Jahre später Bewegung in die bestehenden Rundfunkordnungen. Die erneute Debatte um den Monopolstatus der öffentlichen Rundfunkanbieter war diesmal nicht auf politische oder wirtschaftliche Veränderungen, sondern auf technologischen Fortschritt, insbesondere im Bereich der Übertragungstechnik, zurückzuführen.

16 Nur in Luxemburg gab es im Bereich des Fernsehens nie öffentliche oder gar staatliche Rundfunkanbieter. Auf die 1991 erfolgte Gründung einer öffentlich-rechtlichen Hörfunkanstalt wird an späterer Stelle eingegangen. S. unten S. 23.

17 Dabei handelte es sich ursprünglich um 15 von einander unabhängige regionale Fernsehgesellschaften, die von einer eigens hierfür ins Leben gerufenen Regulierungsbehörde (zunächst „Independent Television Authority – ITA“, dann „Independent Broadcasting Authority – IBA“ und seit dem Broadcasting Act 1990 „Independent Television Commission – ITC“) überwacht wurden. Die beiden zuletzt verbliebenen Betreiber, Carlton und Granada, fusionierten am 07.10.2003, vgl. Scheuer, MMR 12/2003, S. IX.

Bereits in den 70er Jahren war die Satelliten- und Kabeltechnik so weit ausgereift, dass sie sich zur Rundfunk- und insbesondere Fernsehübertragung eignete. Die Erschließung dieser neuen Übertragungswege brachte nicht nur eine erhebliche Ausweitung der verfügbaren Rundfunkübertragungskapazitäten in den einzelnen europäischen Staaten, sondern eröffnete zudem auch die Möglichkeit der grenzüberschreitenden Rundfunkausstrahlung.¹⁸ Durch diese Entwicklungen gerieten die europäischen öffentlichen Rundfunkanbieter erstmals unter Druck von privaten Sendern, der sich sowohl auf innerstaatlicher als auch auf internationaler Seite bemerkbar machte.

Die Veranstaltung von Rundfunk bot aufgrund der neuen (Verbreitungs-) Möglichkeiten mehr wirtschaftliches Potenzial, wodurch sich der Kreis interessierter Anbieter vergrößerte und der Druck wuchs, das bis dahin öffentlich-rechtlich geprägte System hin zu einem mehr marktorientierten zu öffnen. Zudem entfiel mit der Erweiterung des verfügbaren Frequenzbereichs einer der Rechtfertigungsgründe für die monopolistische Stellung öffentlich-rechtlicher Rundfunkanbieter.

Dies wird auch an der Rechtsprechung des BVerfG deutlich.¹⁹ Sein drittes Rundfunkurteil, das so genannte „FRAG-Urteil“ vom 16.06.1981, schuf die Basis für ein duales Rundfunksystem in Deutschland. Das BVerfG erkannte in Folge des Wegfalls technischer Beschränkungen die Möglichkeit einer Rundfunkordnung, die private Veranstalter zulässt, grundsätzlich an. Es überließ die Wahl eines entsprechenden Systems jedoch dem Gesetzgeber. Dabei betonte es aber ausdrücklich die Notwendigkeit ausgestaltender gesetzlicher Regelung einer solchen Ordnung durch den Gesetzgeber. Diese Ordnung müsse beibehalten werden, „auch wenn die durch Knappheit der Sendefrequenzen und den hohen finanziellen Aufwand für die Veranstaltung von Rundfunkdarbietungen bedingte Sondersituation des Rundfunks im Zuge der modernen Entwicklung entfällt“.²⁰ Mit dem vierten Rundfunkurteil, dem so genannten „Niedersachsen-Urteil“ vom 03.06.1986, nahm das BVerfG eine

18 Die Möglichkeit grenzüberschreitenden Fernsehens wurde insbesondere von den kommunistisch geführten Staaten misstrauisch beobachtet. Dies führte 1982 zu einer UNO-Resolution über die „Prinzipien der Nutzung der Erdsatelliten für internationale direkte Fernsehausstrahlung“, die festlegte, dass der Betrieb von internationalen Satellitenfernsehsendern Absprachen zwischen den ausstrahlenden und empfangenden Staaten erfordert. Vgl. Resolution No. RES/37/92 „Principles Governing the Use by States of Artificial Earth Satellites for International Direct Television Broadcasting“ vom 10.12.1982, abrufbar unter <http://www.un.org/documents/ga/res/37/a37r092.htm>

19 S. hierzu auch BVerfGE 12, 205; 57, 295; 73, 118; 74, 297.

20 BVerfGE 57, 295 (322).

Aufgabenverteilung im inzwischen herausgebildeten dualen System vor. Die öffentlich-rechtlichen Veranstalter erhielten den Grundversorgungsauftrag, wonach sie zur Sicherung gleichgewichtiger Meinungsvielfalt Aufgaben der Unterhaltung, Information und Kultur wahrzunehmen hätten, die für die gesamte Bevölkerung erreichbar seien. Solange eine entsprechende Grundversorgung durch den öffentlich-rechtlichen Rundfunk sichergestellt werde, sei es gerechtfertigt, an die Breite des Programmangebots und die Sicherung gleichgewichtiger Vielfalt im privaten Rundfunk nicht gleich hohe Anforderungen zu stellen wie im öffentlich-rechtlichen Rundfunk.²¹ Der Grundversorgungsauftrag öffentlich-rechtlicher Veranstalter wurde in einer späteren Entscheidung, dem so genannten „Baden-Württemberg-Urteil“ vom 24.03.1987, noch einmal bestätigt. Dabei stellt das Gericht klar, dass es beim Grundversorgungsauftrag nicht um eine bloße Mindestversorgung gehe und dass sich dieser stets auf eine Mehrzahl von Programmen beziehe.²²

Ab Mitte der 80er Jahre²³ ließen nach und nach alle westeuropäischen Länder private, kommerzielle Rundfunkanbieter zu und wechselten zu dualen Rundfunkordnungen, in denen, unterschiedlich ausgestaltet, öffentlich-rechtliche, staatliche und private Rundfunkanstalten nebeneinander existieren. Ungeachtet aller Liberalisierungen blieb die Privatisierung staatlicher Sender bislang eine Ausnahme auf dem europäischen Fernsehmarkt.²⁴ Der Verkauf des größten staatlichen Fernsehsenders in Frankreich TF1 im Jahre 1987 blieb ein einmaliger rundfunkhistorischer Vorgang.

dd) Westeuropäische Rundfunkordnungen mit Besonderheiten

Trotz Gemeinsamkeiten in den Entwicklungslinien der einzelnen europäischen Rundfunkordnungen, weisen einige Länder²⁵ besondere, erwähnenswerte Merkmale bei der Ausgestaltung ihrer jeweiligen Rundfunkordnungen auf.

Hierzu zählt zum Beispiel *Belgien*, dessen Rundfunk die Aufteilung Belgiens in seine Sprach- bzw. Kulturgemeinschaften widerspiegelt. Die drei Kulturgemeinschaften (französischsprachige, flämische und deutschsprachige Gemeinschaft) sind seit 1994 im Bereich der Rundfunkpolitik vollständig autonom, wodurch sich die Rundfunksysteme in allen drei Gemeinschaften

weitgehend unabhängig von einander entwickelt haben. Jede Gemeinschaft hat eine eigene öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt sowie private Veranstalter, die jeweils gemeinschaftsspezifischen Regulierungen unterliegen. Die entsprechenden Bestimmungen werden von den Gemeinschaften in eigener Zuständigkeit erlassen.

Entgegen den rundfunkhistorischen Entwicklungen in sämtlichen anderen europäischen Ländern gab es in *Luxemburg* bis zu Beginn der 90er Jahre ausschließlich kommerziellen Rundfunk, der in Monopolstellung von einem privaten Veranstalter, der Compagnie Luxembourgoise de Télédiffusion (CLT) angeboten wurde. Die von der CLT ausgestrahlten Rundfunkprogramme orientierten sich lange Zeit primär nicht an der Rundfunkversorgung der luxemburgischen Bevölkerung, sondern waren auf die internationale Expansion ausgerichtet. Beispielhaft sei der CLT-Sender RTL genannt, der sich auch im Nachbarland Deutschland um eine Zulassung als Rundfunkveranstalter bewarb. Im Jahre 1991 wurde ein Mediengesetz erlassen,²⁶ durch das eine soziokulturelle Hörfunkanstalt mit einem gemeinwohlorientierten Programmauftrag (Radio socioculturelle) gegründet wurde, sodass zumindest für den Bereich des Hörfunks von einem (eingeschränkt) dualen System gesprochen werden kann. Die öffentlich-rechtliche Anstalt *Radio socioculturelle* finanziert sich ausschließlich aus staatlichen Zuschüssen und darf keine kommerzielle Werbung ausstrahlen.

Das *niederländische* öffentliche Rundfunksystem ist in Europa ebenfalls einzigartig, da öffentlich-rechtlicher Rundfunk seit den 20er Jahren hauptsächlich von nicht gewinnorientierten Vereinen, die die wichtigsten gesellschaftspolitischen Strömungen und Weltanschauungen in den Niederlanden abbilden, verantwortet wird (sog. „Säulenmodell“). Aufgabe dieser Sender ist es, die Bevölkerung mit einem umfassenden Rundfunkprogramm zu versorgen, das zu gesetzlich festgelegten Anteilen Informationen, Kultur, Bildung und Unterhaltung enthält. Der öffentliche Rundfunk finanziert sich seit Neuestem überwiegend aus verbindlich zugesagten, staatlichen Mitteln²⁷ sowie zu einem geringeren Anteil aus Werbung. Die Einführung privaten Rundfunks war in den Niederlanden durch europarechtliche Einflüsse determiniert. Mit dem Mediengesetz von 1988 wurde aus den Niederlanden

21 BVerfGE 73, 118 (156 ff.).

22 BVerfGE 74, 297 (325).

23 S. Tabelle auf Seite 25.

24 Seit einiger Zeit gibt es allerdings auch in einigen anderen europäischen Ländern Privatisierungstendenzen, so z. B. in Portugal, Italien Dänemark – s. hierzu die Beiträge von Scheuer, MMR 9/2002, S. XVII; MMR 11/2002, S. XXIII; sowie MMR 7/2003, S. VII.

25 Abgesehen von den bereits oben Genannten (vgl. oben S. 16).

26 Loi du 27 juillet 1991 sur les médias électroniques.

27 Bis zum Januar 2001 wurden Rundfunkgebühren erhoben, die jedoch zu Gunsten einer Einkommenssteuererhebung abgeschafft wurden. Dem öffentlichen Rundfunksektor werden staatliche Mittel garantiert, deren Höhe jährlich indexiert wird.

stammender Privatrundfunk, mit Ausnahme von privatem Pay-TV, im Kabelnetz verboten. Wegen der Vorgaben der Fernsehrichtlinie (Richtlinie 89/552/EWG) galt das Ausstrahlungsverbot jedoch nicht für ausländische Rundfunkgesellschaften, sodass der luxemburgische Sender CLT/UFA (RTL Group) sich die Übertragung seines Programms RTL4 über das niederländische Kabel juristisch erzwingen konnte und mittlerweile der wichtigste Privatsender in den Niederlanden ist.

Der *italienische* Rundfunkmarkt kann als duopolistisch beschrieben werden. Hier konkurrieren seit Mitte der 80er Jahre die öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt RAI (Radio Televisione Italiana) mit ihren drei Programmen und das Sendeimperium des Mailänder Unternehmers Silvio Berlusconi, der sich eine dominierende Stellung auf dem privaten Fernsehmarkt durch den Kauf mehrerer Fernsehsender erwarb, die er zu einer Sendegruppe (Mediaset) zusammenschloss. Diese ist nicht nur im Rundfunk sondern auch in anderen Bereichen, wie zum Beispiel in der Musikindustrie oder im Verlagswesen, tätig. Gesetzliche Regelungen²⁸ haben diese dominante Stellung bislang nicht beeinträchtigen können, zumal deren tatsächliche Umsetzung an eine angemessene und effektive Entwicklung der Digitaltechnologie gebunden wurde.²⁹ Die öffentlich-rechtliche RAI hat die Form einer Aktiengesellschaft mit ausschließlich öffentlicher Beteiligung und finanziert sich zu einem überwiegenden Teil aus Fernsehgebühren sowie aus Werbeeinnahmen, deren Obergrenze jährlich durch eine parlamentarische Kommission festgelegt wird.³⁰

28 Gesetz Nr. 249/97 vom 31.07.1997 über die Gründung der Regulierungsbehörde AGCOM und ihre Regulierungsaufgaben im Kommunikationsbereich (auch „Maccanico-Gesetz“).

29 Natale, Das Mediensystem Italiens, S. 369.

30 Vgl. Dörr, Die Rolle des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Europa, S. 15.

Tabelle: Zeitpunkt des Beginns der Liberalisierung der Rundfunklandschaften in den EU-Mitgliedstaaten

Jahr	Land
1954	Großbritannien
1972/1974 ³¹	Italien ³²
1984	Deutschland
1985	Frankreich
1987	Belgien (französischsprachige Gemeinschaft)
1988	Dänemark
1989 ³³	Griechenland ³⁴
1989	Belgien (flämischsprachige Gemeinschaft)
1989	Niederlande
1989	Spanien
1990	Irland
1991 ³⁵	Luxemburg
1992	Portugal
1992	Schweden
1985/1993 ³⁶	Finnland
1995/1997/2001 ³⁷	Österreich

31 1972: Beginn des privaten Fernsehens mit dem Sender Tele Biella, der allerdings Rundfunk ohne gesetzliche Grundlage betreibt. 1974: Das bis dahin geltende uneingeschränkte gesetzliche Monopol des staatlichen Senders RAI wird zumindest hinsichtlich des lokalen Bereichs vom italienischen Verfassungsgericht für verfassungswidrig erklärt (s. Fußnote 32).

32 Urteil der Corte Costituzionale vom 10.07.1974.

33 Seit 1989 bestehen in Griechenland private Veranstalter, deren Sendelizenzen allerdings nur für lokale und regionale Rundfunkaktivitäten gelten. Mangels gesetzlicher Kontrolle haben einige private Veranstalter ihre Sendegebiete jedoch im Laufe der Zeit ausgeweitet. Formell besitzt die staatliche Rundfunkanstalt „Elliniki Radiophonia Tileorassis“ (ERT) ein nationales Rundfunkmonopol, welches im Jahre 1991 vom EuGH auch als mit dem Gemeinschaftsrecht prinzipiell vereinbar erklärt wurde (EuGH, C-260/89, ERT, Slg. 1991, I-2925).

34 EuGH, C-260/89, ERT, Slg. 1991, I-2925.

35 Nur im Bereich des Hörfunks, s. oben.

36 1985: Zulassung lokaler, kommerzieller Radiostationen. 1993: Bzgl. Fernsehen: S. oben, wegen des Verhältnisses zwischen öffentlichem und privatem Rundfunksektor.

37 1995: Der Verfassungsgerichtshof in Österreich erklärt das Verbot der Ausstrahlung privater, lokaler Rundfunkanbieter für verfassungswidrig; 1997: Kabel- und Satellitenrundfunkgesetz und Regionalradiogesetz werden verabschiedet, private Betreiber drängen in lokale Netze; 2001: Das Privatfernsehgesetz wird verabschiedet, mit dem die Zulassung privater Fernsehveranstalter geregelt wird; dadurch wird das ORF-Monopol für terrestrisches Fernsehen beendet.

ee) Entwicklung der Rundfunksysteme in Mittel- und Osteuropa

Mit dem politischen Umbruch in vielen mittel- und osteuropäischen Staaten und ihrer anschließenden Demokratisierung haben sich auch die jeweiligen Mediensysteme dieser Länder in der Phase des Post-Kommunismus grundlegend verändert. Vor Beginn der Demokratisierungsprozesse waren die Medien immer Teil des jeweiligen politischen Systems, im Bereich des Rundfunks gab es nahezu ausnahmslos staatliche Rundfunkmonopole. Nach dem Zusammenbruch der kommunistischen Regime haben die früheren staatlich und parteilich kontrollierten Rundfunksysteme begonnen, sich über Deregulierung und Dezentralisierung des Rundfunkwesens sowie über die Verabschiedung neuer Mediengesetze zu dualen Systemen zu entwickeln. Dieser Wandel kann noch nicht in allen Staaten als abgeschlossen betrachtet werden.³⁸ Besonders hinsichtlich der öffentlichen Veranstalter vollzieht sich die Reform zu unabhängigen und überwiegend gemeinwohl-orientierten Veranstaltern teilweise langsam und nicht immer frei von politischen Differenzen und Einflussnahmen.³⁹ Neben dem Problem, die früheren und zum Teil heute noch bestehenden Machtstrukturen im Rundfunksektor zu durchbrechen, haben viele der Staaten Mittel- und Osteuropas eine im Vergleich noch geringe Wirtschaftskraft, sodass die Finanzierung des öffentlichen Rundfunks eine zusätzliche Belastung des staatlichen Haushalts darstellt. Die Bedeutung und, so die vielfach anzutreffende Einschätzung, auch der Qualitätsstandard der öffentlich veranstalteten Programme lassen dementsprechend nach. Dies führt wiederum zu sinkenden Zuschauerzahlen und damit auch zu Zweifeln an der generellen Überlebensfähigkeit mancher öffentlicher Rundfunkdienste.⁴⁰

Dennoch verfügen mittlerweile auch einige der mittel- und osteuropäischen Staaten über weitgehend funktionsfähige und pluralistisch ausgestaltete duale Rundfunksysteme. Dies gilt in besonderem Maße für die Beitrittsstaaten zur Europäischen Union.⁴¹

38 So auch Kleinstaub/Thomaß, Kommunikationspolitik international, S. 97.

39 Die öffentlich-rechtlichen Veranstalter sind oftmals direkt oder indirekt (über Ausschüsse oder Fernsehräte) dem Parlament gegenüber verantwortlich. Insbesondere Personalentscheidungen sind häufig heftig umstritten (so wurde z. B. in Bulgarien der Posten des Generaldirektors zwischen 1989 und 2000 elf Mal neu besetzt). S. hierzu und zur Situation in den anderen mittel- und osteuropäischen Ländern eingehend Huber, Medien in den mittel- und osteuropäischen Erweiterungsstaaten, S. 11.

40 Vgl. Sipos, S. 3.

41 Über den genauen Stand der Entwicklung des audiovisuellen Sektors informiert die Kommission auf ihrer Internetseite unter der Überschrift „Die Beitrittskandidaten und der gemeinschaftliche Besitzstand“. Aus den zugrunde liegenden Berichten der Kommission geht hervor, dass in den meisten Beitrittsländern zwar noch ein unterschiedlich ausgeprägter rechtlicher Anpassungsbedarf an die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben besteht, aber auch, dass die meisten Länder bei der Liberalisierung ihrer Rundfunkmärkte bereits große Fortschritte gemacht haben. Die Kurzbeschreibung der einzelnen Länder ist abrufbar unter <http://europa.eu.int/scadplus/leg/de/s20013.htm#CANDI> (Stand: 02.09.2003).

ff) Entwicklungslinien und -trends

Die europäischen Rundfunksysteme unterliegen auch nach der Einführung dualer Rundfunkordnungen vielfältigen Einflüssen wirtschaftlicher, gesellschaftlicher und kultureller Art sowie des technologischen Fortschritts. Eine Bestandsaufnahme des dualen Rundfunks kann daher nur eine momentane sein.

Insbesondere zwei Themen bestimmen derzeit die rundfunkpolitische Diskussion und die rechtlichen Aktivitäten. Es handelt sich dabei zunächst um den Trend der wirtschaftlichen Globalisierung, der dazu führt, dass es immer häufiger zu Konzentrationen zwischen den einzelnen privaten Rundfunk- bzw. Medienunternehmen kommt. Diese Konzentrationsbestrebungen beschränken sich nicht allein auf nationale Märkte, sondern sind vielmehr international ausgerichtet. Der Globalisierungstrend steht in einem Spannungsverhältnis zu den klassischen Zielsetzungen der nationalen (und auch europäischen) Rundfunkpolitik, wie der Pluralismussicherung, der Sicherung kultureller und nationaler Identitäten und der Sicherung des freien Wettbewerbs.⁴² Gesetzliche Antikonzentrationmaßnahmen zur Verhinderung der Bildung von Medienmacht greifen oftmals erst nach der Entstehung von Medienimperien und vermochten es bislang häufig nicht, die Erlangung erheblicher Marktmacht einiger Unternehmen zu verhindern. Neben den Gefahren, die von solchen Unternehmen hinsichtlich des Wettbewerbs auf den nationalen Medienmärkten ausgehen, wird es durch die stärkere internationale Verbreitung audiovisueller Produkte insbesondere für kleinere Staaten immer schwieriger, die eigene kulturelle Identität innerhalb ihrer Rundfunk- bzw. Medienordnungen angesichts geringerer Marktanteile deutlich hervorzuheben.⁴³ Dies zeigt sich besonders deutlich bei Ländern, die dem selben Sprachraum angehören wie größere Nachbarstaaten, z. B. bei Irland, Österreich, Belgien und der Schweiz.

Verstärkt werden die Globalisierungs- und Internationalisierungstendenzen auf den einzelnen Rundfunkmärkten noch durch die technisch immer vielfältigere und ausgereifere Übertragungstechnik für audiovisuelle Medieninhalte. Nachdem bereits die Entwicklung der Kabel- und Satellitentechnik

42 Vgl. die Äußerungen des Europäischen Parlaments zum Problem der Medienkonzentration, in: Entschließung des Europäischen Parlaments vom 04.09.2003 zu der Lage der Grundrechte in der Europäischen Union 2002 (2002/2013(INI)), A5-0281/2003, Rn. 37.

43 Ähnlich Kleinstaub/Thomaß, Kommunikationspolitik international, S. 104.

zu grundlegenden Anpassungen der europäischen Rundfunkordnungen geführt hat,⁴⁴ muss sich die heutige Rundfunkpolitik einer weiteren, technisch begründeten Herausforderung stellen, der Digitalisierung von Übertragungswegen und audiovisuellen Inhalten. Sie bildet einen weiteren Schwerpunkt der gegenwärtigen rundfunkpolitischen Debatten. Die digitale Technik ermöglicht eine Vervielfachung der bisherigen Sendekapazitäten sowie die Entstehung neuer Dienste und begünstigt damit eine Konvergenz sowohl im Bereich der Kommunikationsinfrastrukturen als auch hinsichtlich der Kommunikationsdienste und -inhalte.

Der klassische Rundfunkdienst, also das Verbreiten von Fernseh- oder Hörfunkinhalten in Form von Programmen, entwickelt sich aufgrund technischer und inhaltlicher Konvergenz immer mehr zu einem Multimedia-Angebot. In der Entwicklung neuer Dienste (z. B. On-Demand-Dienste) und dem Erschließen neuer Verbreitungswege wie zum Beispiel dem Internet steckt ein bedeutendes wirtschaftliches Potenzial, das den Wettbewerb im Rundfunksektor verschärft. Bereits bestehende Rundfunkveranstalter, die ihre Aktivitäten auf neue Kommunikationsfelder ausweiten, konkurrieren nunmehr auch mit anderen Kommunikationsdiensteanbietern. Zudem steigt die Anzahl neuer Anbieter, die daran interessiert sind, sich im Bereich des Rundfunks zu betätigen.

Sowohl durch die Globalisierung als auch durch die zunehmende Verbreitung der Digitaltechnik im Rundfunkbereich gerät auch der öffentlich-rechtliche Rundfunk in Europa verstärkt unter Druck seitens einer ständig wachsenden Konkurrenz durch private Veranstalter. Im Fokus der Diskussionen steht insbesondere die Stellung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks innerhalb der nationalen Rundfunkordnungen.

Private Rundfunkanbieter äußern vor allem Zweifel an der Berechtigung der Privilegien, die öffentlich-rechtlichen Anbietern zukämen, da nach ihrer Ansicht die Ähnlichkeiten zwischen den angebotenen Inhalten, den sozialen Funktionen und den Marktfunktionen ständig zunehmen.⁴⁵ Die öffentlich-rechtlichen Veranstalter seien dabei gegenüber den privaten Unternehmen

privilegiert, da sie neben ihrer Finanzierung aus öffentlichen Mitteln und zugestandenen Werbeeinnahmen zusätzliche Vorteile wie zum Beispiel steuerliche Erleichterungen oder die kostenlose Bereitstellung technischer Dienste erlangten und außerdem noch eine bevorzugte regulatorische Behandlung gegenüber kommerziellen Anbietern erfahren würden. Diese Privilegierung führe zu einer erheblichen Verzerrung des Wettbewerbs zu Ungunsten der privaten Veranstalter, die sich insbesondere immer dann bemerkbar mache, wenn öffentlich-rechtliche Rundfunkveranstalter ihre Vergünstigungen dazu nutzen würden, neue Marktsegmente, wie zum Beispiel den Online-Sektor, zu erschließen.

Demgegenüber verweisen öffentlich-rechtliche Rundfunkanbieter auf ihre besondere soziale, demokratische und kulturelle Funktion bzw. auf ihren Grundversorgungsauftrag und ihre Pflicht zur Vielfaltsicherung. Öffentlich-rechtlicher Rundfunk dürfe zur Erfüllung seiner Pflichten und zur Wahrung seiner Funktion nicht lediglich kulturelle Eliten oder Minderheiten bedienen und sich auf entsprechende Programme konzentrieren, die kommerzielle Veranstalter aus wirtschaftlich nachvollziehbaren Gründen nicht anbieten würden, sondern er müsse vielmehr eine bedeutende Größe im audiovisuellen Sektor darstellen und alle gesellschaftlichen Gruppen durch qualitativ hochwertige und mit Massenanzug versehene Programme ansprechen.⁴⁶ Die Aufgaben und Verpflichtungen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks könnten nicht auf eine klar definierte Leistung reduziert werden, die jeder-mann erbringen könne.

Der öffentlich-rechtliche Rundfunk ist daher hinsichtlich seiner Finanzierung immer wieder Gegenstand wirtschafts-, rechts- und gesellschaftspolitischer Diskussionen. In den europäischen Staaten existieren zwar Unterschiede hinsichtlich der in Bezug auf den Rundfunk angewandten Finanzierungsmodelle, gemeinsam ist ihnen jedoch, dass es sich überwiegend⁴⁷ um Mischfinanzierungssysteme handelt. Dies bedeutet, dass sich die öffentlich-rechtlichen Anstalten nur zu einem Teil aus öffentlichen Mitteln in Form von staatlichen Zuschüssen und/oder der Erhebung von Rundfunkgebühren finanzieren, während der andere Teil der Einkünfte aus Werbeeinnahmen

44 S. oben Punkt 1. b) cc).

45 Vgl. hierzu und zu den nachfolgend aufgeführten Argumenten der privaten Veranstalter das Positionspapier des International Communications Round Table (ICRT) mit dem Titel „Broadcasting and Competition Rules in the Future EU Constitution – A View from the Private Media Sector“ vom 02.05.2003, abrufbar unter http://www.icrt.org/pos_papers/2003/030502_BO.pdf (Stand 02.09.2003).

46 Vgl. Positionspapier der European Broadcasting Union (EBU) vom 29.04.1998 abrufbar unter <http://www.ebu.ch/departments/legal/position/psb.php> (Stand 02.09.2003).

47 Wiederum bildet die BBC in dieser Hinsicht eine Ausnahme: Sie finanziert sich zu einem überwiegenden Teil aus Rundfunkgebühren. Die öffentlich-rechtlichen Programme der BBC sind seit jeher werbefrei. Weitere Einnahmen der BBC (z. B. aus dem Verkauf eigener Rundfunksendungen und BBC-Produkte (Bücher, Magazine, Videos, u. ä.), durch den Betrieb eigener kommerzieller Kanäle und durch den Betrieb einiger Pay-TV-Kanäle) werden vom Public Service der BBC deutlich getrennt und von einer eigens geschaffenen kommerziellen Abteilung, der *BBC Worldwide*, verwaltet.

und sonstigen Einkünften stammt. Angesichts knapper werdender Haushaltsmittel in vielen europäischen Staaten einerseits und sinkender Werbeeinnahmen durch die wachsende Konkurrenz auf Seiten der privaten Anbieter andererseits, könnte die finanzielle Ausstattung des öffentlichen Rundfunks verringert werden, sodass vielfach nach neuen Möglichkeiten der Finanzierung und Mitteln zur besseren wirtschaftlichen Positionierung gesucht wird.

Die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks ist in jüngster Zeit auch auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene wieder unter dem Stichwort der unerlaubten Beihilfe auf den Prüfstand⁴⁸ geraten, nachdem Beschwerden privater Veranstalter über die Finanzierungspraxis hinsichtlich des öffentlich-rechtlichen Rundfunks erhoben wurden. Der Ausgang dieser Prüfungen und dessen Auswirkungen auf die künftige Situation des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Europa bleibt abzuwarten.

2. Einfluss des Europarechts

a) Entstehung der europäischen Rundfunkpolitik

Mit der Entwicklung der Kabel- und Satellitentechnik und der hieraus resultierenden Möglichkeit grenzüberschreitenden Rundfunks einerseits und dem Beginn der Liberalisierung der nationalen Rundfunkmärkte andererseits, erlangte der Rundfunk in den 80er Jahren auch auf europäischer Ebene politische Bedeutung.

Erstmals hatte sich der EuGH im Jahre 1974⁴⁹ mit dem Thema Rundfunk befasst und mit der Feststellung, dass die Ausstrahlung von Fernsehsendungen als solche den Vorschriften des EG-Vertrages über den Dienstleistungsverkehr unterliegt, einen wesentlichen Grundstein für die Entwicklung der späteren gemeinschaftlichen Rundfunkpolitik gelegt. Allerdings war die europäische Rundfunklandschaft zu diesem Zeitpunkt noch überwiegend durch öffentliche Rundfunkmonopole geprägt, die auch nicht als prinzipiell mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar angesehen wurden.⁵⁰ Somit zog die zumindest

teilweise Anerkennung einer gemeinschaftsrechtlichen Zuständigkeit im Bereich des Rundfunksektors zunächst noch keine Konsequenzen nach sich. Diese Situation änderte sich jedoch aufgrund der eingangs erwähnten Entwicklung der Fernsehübertragungstechnik und der damit verbundenen Öffnung der nationalen Fernsehmärkte. Erste rundfunkpolitische Aktivitäten gingen 1980 vom Kulturausschuss des Europäischen Parlaments aus. Der Abgeordnete Wilhelm Hahn forderte in einem Entschließungsantrag eine gemeinschaftliche europäische Fernsehanstalt und rückte damit den Rundfunk in den Blickpunkt des politischen Interesses. Diese Aktion kann als europäischer medienpolitischer „Urknall“ bezeichnet werden.⁵¹ In dieser Anfangsphase europäischer Medienpolitik waren die Überlegungen jedoch eindeutig von integrationspolitischen Zielsetzungen geprägt, die dahin gingen, ein europäisches Bewusstsein zu fördern.⁵² Mit einer Entschließung des Europäischen Parlaments im Jahre 1982 wurde neben der Schaffung eines gemeinsamen europäischen Fernsehprogramms auch ein Medienbericht von der Kommission erbeten.⁵³ Daraufhin veröffentlichte die Kommission nach Vorlage eines Zwischenberichts 1984 das Grünbuch „Fernsehen ohne Grenzen“.⁵⁴ Dieses leitete eine Trendwende in der europäischen Rundfunkpolitik ein.⁵⁵ Neu definiertes Hauptanliegen der Kommissionspolitik im Rundfunkbereich war nach diesem Grünbuch die Errichtung eines gemeinsamen Marktes für Rundfunkveranstalter und Empfänger und die dazu erforderliche Öffnung der nationalen Fernsehmärkte sowie die Beseitigung von Wettbewerbshindernissen. Zurückführen ließ sich diese Richtungsänderung auf die wirtschaftlichen Wachstumschancen und das Entwicklungspotenzial, das dem Rundfunksektor mittlerweile prognostiziert wurde, und von denen man sich positive Auswirkungen für den gesamten europäischen Dienstleistungssektor erhoffte.

Auf der Grundlage dieses Grünbuchs wurde die „Richtlinie zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehtätigkeit“ (Fernsehrichtlinie)⁵⁶ am 03.10.1989 verabschiedet.

Zeitgleich hatte sich auch der Europarat auf ein „Europäisches Übereinkommen über das grenzüberschreitende Fernsehen“ (europäisches Fernseh-

48 S. hierzu insbesondere die Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über Staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, ABI. EG C 320 vom 15.11.2001, S. 5.

49 EuGH, Rs. 155/73, Sacchi, Slg. 1974, 409.

50 S. auch EuGH, Rs. 155/73, Sacchi, Slg. 1974, 409, Rn. 20.

51 So bereits Demmer, Rundfunkstrukturpolitik, S. 2.

52 Ausführlich hierzu Holznapel, Rundfunkrecht, S. 124, m.w.N.

53 Vgl. Hartstein, Gesetzgebungszuständigkeiten, S. 2.

54 Grünbuch der Kommission der europäischen Gemeinschaften über die Errichtung des Gemeinsamen Marktes für den Rundfunk, insbesondere über Satellit und Kabel, KOM (84) 300 endg. vom 14.06.1984.

55 Holznapel, Rundfunkrecht, S. 125.

56 Richtlinie 89/552/EWG, ABI. EG Nr. L 298, vom 17.10.1989, S. 23 ff.

übereinkommen)⁵⁷ geeinigt, das am 05.05.1989 von den Mitgliedern des Europarates unterzeichnet wurde und inhaltlich weitestgehend mit den Bestimmungen der Fernsehrichtlinie übereinstimmt. Ziel der Konvention ist es, die grenzüberschreitende Verbreitung und Weiterverbreitung von Fernsehprogrammen zu erleichtern.⁵⁸ Anders als bei der Europäischen Gemeinschaft, deren Hauptaugenmerk auf die wirtschaftlichen Aspekte der Rundfunkfähigkeit ist, ist das Handeln des Europarats im Rundfunkbereich eher kulturpolitisch motiviert. Sein Anliegen ist es, mit der Konvention die Freiheit des Informations- und Ideenflusses zwischen den einzelnen europäischen Staaten zu fördern.⁵⁹

Nachdem 1991 im Maastrichter Vertrag zur Gründung der Europäischen Union erstmals eine – wenn auch nur komplementäre – Handlungsermächtigung der EG im Bereich der Kultur festgelegt wurde,⁶⁰ nahmen die gemeinschaftsrechtlichen (Binnenmarkt-gestützten) Aktivitäten im Bereich der audiovisuellen Politik zu. In einer Mitteilung über die Politik im audiovisuellen Bereich⁶¹ legte die Kommission zu Beginn der 90er Jahre ihre Handlungsziele betreffend die Medien fest. Dabei handelte es sich unter anderem um die Förderung der audiovisuellen Inhalteproduktion, die Harmonisierung urheberrechtlicher Bestimmungen im Bereich des Kabel- und Satellitenfernsehens sowie um Regelungen zur Medienkonzentration. Diese Ziele wurden zum Teil durch nachfolgende Rechtsakte⁶² und Programme⁶³ realisiert oder auf einen gemeinschaftsrechtlichen Handlungsbedarf hin überprüft.⁶⁴ 1994 legte die Kommission dann den Aktionsplan „Europa auf dem Weg in die Informationsgesellschaft“ vor, in dem sie eine „Kommunikationspolitik“ ankündigte, die das Zusammenwachsen der bisher getrennten Bereiche Rundfunk und Telekommunikation in einer gemeinsamen Rahmenordnung anstrebte. Ein entsprechendes Grünbuch, das die Ziele dieser Politik noch einmal zusammenfasste, folgte 1996. Nach drei weiteren Grünbüchern zu den

Themen Jugendschutz,⁶⁵ Konvergenz⁶⁶ und Frequenzpolitik⁶⁷ im Bereich der audiovisuellen Politik, lenkte die Kommission ihren Blick zum Ende der 90er Jahre in Bezug auf den Rundfunk verstärkt auf das digitale Fernsehen⁶⁸ und die dadurch entstehenden Chancen und Möglichkeiten.

b) Vorgaben des Europarechts im Überblick

Um die Struktur des europarechtlichen Ordnungsrahmen im Bereich des Rundfunks deutlich zu machen und um auf die wesentlichen Schwerpunkte bereits hinzuweisen, wird im Folgenden hierzu ein erster Überblick geboten. Zugleich wird einführend auf die Auswirkung einzelner Rechtsakte für die Ausgestaltung nationaler Rundfunksysteme hingewiesen. Eine ausführliche Darstellung erfolgt im weiteren Verlauf des Gutachtens.⁶⁹

aa) Rundfunkfreiheit nach europarechtlichen Vorgaben

Die Mitgliedstaaten des Europarats haben in der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)⁷⁰ eine Reihe von Grundfreiheiten verankert, zu denen auch das Recht auf freie Meinungsäußerung gehört. Die Menschenrechtskonvention bindet die Vertragsstaaten des Europarats, ist aber auch im Recht der Europäischen Union zu beachten. Die EMRK wurde vom EuGH in mehreren Entscheidungen als Auslegungshilfe herangezogen. Diese Praxis wurde im Vertrag über die Europäische Union (EUV) ausdrücklich anerkannt, indem in Art. 6 Abs. 2 EUV ausdrücklich auf die EMRK als Quelle für die vom EuGH abgeleiteten Grundrechte Bezug genommen wurde.⁷¹

In Art. 10 Abs. 1 EMRK wird festgehalten, dass jedermann das Recht auf freie Meinungsäußerung besitzt und dass dieses Recht die Freiheit der Meinung und die Freiheit zum Empfang und zur Mitteilung von Nachrichten oder Ideen

57 Europäisches Übereinkommen über grenzüberschreitendes Fernsehen vom 05.05.1989, (Fernsehübereinkommen – FsÜ).

58 Artikel 1 FsÜ.

59 Vgl. Erwägungsgründe des FsÜ.

60 Vgl. Art. 3q i.V.m Art. 151 EGV (vor Art. 3b i.V.m. Art. 128 EGV).

61 Mitteilung der Kommission an den Rat und das Parlament „über die Politik im audiovisuellen Bereich“ Dok. KOM (90) 78 endg. vom 21.02.1990, hierzu ausführlich Schwartz, ZUM 1991, 155, 156f.

62 Vgl. Richtlinie des Rates 93/83/EWG vom 27.09.1993 zur Koordinierung bestimmter urheber- und leistungsschutzrechtlicher Vorschriften betreffend Satellitenfunk und Kabelweiterverbreitung, ABl. EG L 248, vom 06.10.1993, S. 15 ff.

63 Vgl. Media I und II Programm, mittlerweile Media Plus.

64 S. Grünbuch der Kommission „Pluralismus und Medienkonzentration im Binnenmarkt – Bewertung der Notwendigkeit einer Gemeinschaftsaktion“, KOM (92) 480 endg. vom 23.12.1992. Zum Ergebnis dieses Grünbuchs und zu den nachfolgenden Richtlinienvorschlägen näher Ress/Bröhmer, Medienvielfalt.

65 Grünbuch über den Jugendschutz und den Schutz der Menschenwürde in den audiovisuellen und den Informationsdiensten, KOM (96) 483 endg., 16.10.1996.

66 Grünbuch zur Konvergenz der Branchen Telekommunikation, Medien und Informationstechnologie und ihren ordnungspolitischen Auswirkungen: Ein Schritt in Richtung Informationsgesellschaft. KOM (97) 623 endg., 03.12.1997.

67 Grünbuch über Frequenzpolitik. KOM (1998) 596 endg. vom 09.12.1998.

68 Vgl. Mitteilung: Grundsätze und Leitlinien für die Audiovisuelle Politik der Gemeinschaft im Digitalen Zeitalter KOM(1999)657 endg., 14.12.1999.

69 S. hierzu Teil 2 des Gutachtens.

70 (Europäische) Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) vom 04.11.1950, BGBl. II 1952, 686, zuletzt geändert mit BGBl. II 1994, 593.

71 So erstmals durch den Vertrag von Maastricht in Art. F Abs. 2 EUV. Über die Rechtsprechung des EuGH hinaus bietet jedoch auch der EUV keinen eigenständigen Grundrechtsschutz.

ohne Eingriffe öffentlicher Behörden und ohne Rücksicht auf Landesgrenzen einschließt. Für die Ausgestaltung nationaler Medienordnungen ist vor allem Art. 10 Abs. 1 Satz 2 EMRK von Bedeutung, wonach durch dieses Recht nicht ausgeschlossen wird, dass die Staaten Rundfunk-, Lichtspiel- oder Fernsehunternehmen einem Genehmigungsverfahren unterwerfen können. Daraus lässt sich entnehmen, dass auch die Rundfunk- und Pressefreiheit nach dem Verständnis der Konvention von der Meinungsfreiheit umfasst sind. Die so garantierte Rundfunkfreiheit wurde in der Vergangenheit vom EGMR im Sinne einer Veranstaltungsfreiheit ausgelegt,⁷² die auch die Freiheit privater Unternehmen Rundfunk zu veranstalten schützt.

Anforderungen an eine bestimmte Art der Ausgestaltung nationaler Rundfunkordnungen werden jedoch in Art. 10 nicht gestellt. Der EGMR hat zwar in einer grundlegenden Entscheidung betont, dass der Erhalt eines pluralen und vielfältigen Rundfunkangebots ein Ziel darstelle, durch das die Freiheit des Rundfunkveranstalters begrenzt werden könne. Dieser Pluralismus könne aber auch anders als durch ein öffentlich-rechtliches Monopol, nämlich durch ein duales Rundfunksystem gewährleistet werden.⁷³

Die in Nizza am 07.12.2000 verkündete Grundrechtecharta, deren Art. 11 Abs. 1 im Wortlaut mit Artikel 10 Absatz 1 EMRK übereinstimmt, enthält in ihrem Abs. 2 die über Art. 10 EMRK hinaus gehende Bestimmung, dass die Freiheit der Medien und ihre Pluralität „zu achten“ sind. Die Charta, die in ihrer Eigenschaft als politische Zielerklärung ebenfalls keine unmittelbare Rechtswirkung in den Mitgliedstaaten entfaltet, stellt damit fest, dass ein kulturell vielfältiges und plurales Mediensystem innerhalb der Europäischen Union als bedeutend angesehen wird.⁷⁴

bb) Vorgaben der Europäischen Gemeinschaft für den Rundfunkbereich

Unter den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben im Medienbereich sind vor allem die Regelungen über die Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 ff. EGV) relevant. Die ständige Rechtsprechung des EuGH,⁷⁵ mit der er feststellt, dass die Ausstrahlung von Fernsehsendungen als Dienstleistung anzusehen ist, hat

wesentlich dazu beigetragen, dass Kompetenzen der EG zur Regelung auch des Rundfunksektors mittlerweile weitestgehend anerkannt sind. Diese Kompetenzen gelten hinsichtlich des Rundfunkbereiches allerdings nicht unbegrenzt. Zum einen ist in Bezug auf kulturpolitische Aktivitäten der EG im Sinne des Art. 151 EGV das in Art. 5 Abs. 1 EGV festgelegte Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung zu beachten, zum anderen haben sich die Mitgliedstaaten beim Abschluss des Vertrages von Amsterdam auf ein Zusatzprotokoll⁷⁶ geeinigt, in dem festgehalten wird, dass die Bestimmungen des EGV nicht die Befugnis der Mitgliedstaaten berühren, „den öffentlich-rechtlichen Rundfunk zu finanzieren, sofern die Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten dem öffentlich-rechtlichen Auftrag, wie er von den Mitgliedstaaten den Anstalten übertragen, festgelegt und ausgestaltet wird, dient“. Dies gilt unter der Bedingung, dass die Handels- und Wettbewerbsbedingungen in der Gemeinschaft durch die konkrete Art der Finanzierung „nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Gemeinschaftsinteresse zuwiderläuft, wobei den Erfordernissen der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrages Rechnung zu tragen ist“.

Auf sekundärrechtlicher Ebene finden sich die wichtigsten Regulierungsvorgaben in der Fernsehrichtlinie. Nach den Erwägungsgründen ihrer ersten Fassung von 1989⁷⁷ berührt sie ausdrücklich „nicht die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten und ihrer Untergliederung für die Organisation – einschließlich der gesetzlichen oder behördlichen Zulassungen oder der Besteuerung – und die Finanzierung der Sendungen sowie die Programminhalte. Eigenständige kulturelle Entwicklungen in den Mitgliedstaaten und die Bewahrung der kulturellen Vielfalt in der Gemeinschaft bleiben deshalb wie bisher möglich.“⁷⁸

Die Fernsehtätigkeit soll somit nicht umfassend durch die Fernsehrichtlinie geregelt werden, vielmehr ist lediglich eine Aufstellung von Mindeststandards für die Harmonisierung in Bezug auf bestimmte Regelungsbereiche, wie Quotenregelungen, Regelungen bezüglich der Fernsehwerbung (insbesondere Werbezeitgrenzen), des Sponsorings, des Teleshoppings sowie auch

72 Vgl. EGMR, Urteil vom 24.11.1993, Rs. 36/1992/381/455-459, Informationsverein Lentia u. a. gegen Österreich. Auf diese Entscheidung wird in einem späteren Teil des Gutachtens noch eingegangen.

73 EGMR, Rs. 36/1992/381/455-459, Informationsverein Lentia u. a. gegen Österreich, Rn. 39.

74 So auch Hesse, Funktionsauftrag, S. 38.

75 EuGH, Rs. 155/73, Sacchi, a.a.O., Rn. 20; EuGH, C-260/89, ERT, Slg. 1991, I-487, Rn. 13; EuGH, C-288/89, Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda, Slg. 1991, I-4007, Rn. 10.

76 Vgl. das Protokoll Nr. 32 über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in den Mitgliedstaaten, im Internet unter <http://europa.eu.int/eur-lex/de/treaties/selected/livre347.html> (Stand September 2003).

77 S. Fußnote 56. Die Fernsehrichtlinie gilt heute in der Fassung ihrer ersten Änderung durch die Richtlinie 97/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30.06.1997. Derzeit arbeitet die Kommission erneut an einer Revision der Fernsehrichtlinie, erst kürzlich wurde eine breit angelegte Konsultation zum erforderlichen Änderungsbedarf abgeschlossen, einen konkreten Zeitplan hat die Kommission allerdings noch nicht verkündet. S. unten (FN 89).

78 S. Palzer/Hilger, IRIS plus 2001-8, S. 3.

bezüglich einiger Jugendschutzbestimmungen bezweckt. Deren Einhaltung ist bei der Ausübung von Rundfunktätigkeiten von allen europäischen Veranstaltern zu beachten und sicherzustellen. Hingegen soll die Kompetenz der Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung der Rundfunkordnung im Übrigen unangetastet bleiben, ebensowenig soll die Unabhängigkeit der Rundfunkveranstalter beschnitten werden.

Dies gilt auch für die Bestimmungen des europäischen Fernsehübereinkommens. Insgesamt lässt sich hinsichtlich der rundfunkrechtlichen Vorschriften feststellen, dass die EU-Mitgliedstaaten in Bezug auf die Ausgestaltung ihrer jeweiligen Rundfunkordnung relativ frei sind. Der von der Gemeinschaft vorgegebene Rechtsrahmen im Medienbereich bezieht sich in erster Linie auf die Regulierungsaufgaben, soweit sie die Wahrung der Dienstleistungsfreiheit betreffen.

Mit dem Wettbewerbsrecht ist ein anderes Rechtsgebiet des europäischen Gemeinschaftsrechts für das tatsächliche Bild nationaler Rundfunkordnungen von großer Bedeutung. Durch ihre Entscheidungen im Bereich der Fusionskontrolle, des Kartellrechts und bezüglich des jeweiligen nationalen Beihilferegimes hat die Europäische Kommission in ihrer Funktion als Hüterin der Verträge⁷⁹ einen deutlich wahrnehmbaren Einfluss auf das insbesondere am Maßstab wettbewerblicher Regelungen gemessene Verhalten der Anbieter auf nationalen Rundfunkmärkten sowie auf die Vorgaben, die dem jeweils zuständigen Gesetzgeber gemacht werden. Die materiellen Grundsätze des Wettbewerbsrechts sind in den Art. 81 bis 89 EGV, in der Kartellverordnung und in der Fusionskontrollverordnung⁸⁰ verankert. Auf Grundlage dieser Vorschriften, die den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes vor Verfälschungen schützen sollen, hat die Kommission auch zahlreiche Entscheidungen getroffen, die sich auf Medienunternehmen und insbesondere Rundfunkveranstalter beziehen.

79 Lenz/Borchardt-Breier, Art. 211, Rn. 3.

80 Kartellverordnung, Verordnung (EWG) Nr. 17/62 des Rates: Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages vom 06.02.1962, diese wird ab dem 01.05.2004 ersetzt durch die Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. EG Nr. L 1 vom 04.01.2003, S. 1; Fusionskontrollverordnung, Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 21.12.1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EG Nr. L 395 vom 30.12.1989 – berichtigte Fassung ABl. EG Nr. L 257 vom 21.09.1990, S. 13, mit Änderungen durch die Verordnung (EG) Nr. 1310/97 des Rates vom 30.06.1997, ABl. EG Nr. L 180 vom 09.07.1997, S. 1; diese wird ab dem 01.05.2004 ersetzt durch die Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20.01.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („EG-Fusionskontrollverordnung“), ABl. EG Nr. L 24 vom 29.01.2004, S. 1.

Die wichtigsten Entscheidungen⁸¹ im Bereich der Fusionskontrolle des Rundfunks betrafen die beabsichtigten Zusammenschlüsse von

- Kirch/Bertelsmann/Premiere,⁸²
- BSKyB/Kirch Pay TV,⁸³
- Vivendi/Canal+/Seagram,⁸⁴
- Endemol/Veronica.⁸⁵

Kartellrechtliche Entscheidungen der Kommission auf Grundlage von Art. 81 und 82 EGV beschäftigten sich bislang in der Regel mit Absprachen bezüglich des gemeinsamen Erwerbs oder Verkaufs von Inhalten oder von Rechten an Inhalten wie zum Beispiel Übertragungsrechten an Sportveranstaltungen.⁸⁶

Von besonderer Bedeutung für die Zukunft des dualen Rundfunksystems in Europa ist allerdings die Frage der Anwendbarkeit des Art. 86 Abs. 2 EGV⁸⁷ auf öffentlich-rechtliche Rundfunkveranstalter sowie der Bestrebungen, die sich auf die Überprüfung des Beihilferegimes der Mitgliedstaaten gemäß den Art. 87 ff. EGV hinsichtlich der Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks richten. Die Kommission hat ihre diesbezügliche Position bereits

81 Alle Entscheidungen sind unter http://www.europa.eu.int/comm/competition/index_en.html abrufbar (Stand September 2003).

82 KOM, Entscheidung vom 27.05.1998, IV/M.993, Bertelsmann/Kirch/Premiere. Der beabsichtigte Zusammenschluss wurde für unvereinbar mit Artikel 8 Absatz 3 FKVO erklärt, da die Kommission davon ausging, dass er zur Entstehung oder Verstärkung marktbeherrschender Stellungen führen würde, durch die wirksamer Wettbewerb in einem wesentlichen Teil der Gemeinschaft erheblich behindert würde.

83 KOM, Entscheidung vom 21.03.2000, IV/M.0037, BSKyB/Kirch Pay TV. Der Zusammenschluss wurde, nach Zugeständnissen der Parteien hinsichtlich des Zugangs zur technischen Pay-TV-Plattform von Kirch, durch die Kommission genehmigt.

84 KOM, Entscheidung vom 13.10.2000, IV/M.2050, Vivendi/Canal+/Seagram. Der Zusammenschluss wurde genehmigt.

85 KOM, Entscheidung vom 20.09.1995, IV/M.553, RTL/Veronica/Endemol. Der Zusammenschluss wurde mit Artikel 8 Absatz 3 FKVO für unvereinbar erklärt. Die Kommission war der Ansicht, dass der beabsichtigte Zusammenschluss zu einer marktbeherrschenden Stellung im niederländischen TV-Werbemarkt führen und dadurch eine marktbeherrschende Stellung von Endemol auf dem Markt der niederländischsprachigen TV-Produktionen verstärken würde.

86 S. die Mitteilung der Kommission gemäß Art. 19 Abs. 3 der Verordnung Nr. 17 des Rates in der Sache COMP/2/37.398 – Gemeinsame Vermarktung der Medienrechte an der UEFA-Champions League auf Ausschließlichkeitsgrundlage, ABl. Nr. EG C 196 vom 17.08.2002, S. 3. Das neue Vermarktungssystem der UEFA wurde im Juli 2003 von der Kommission genehmigt, s. Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 24.07.2003, abrufbar unter http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.gettxt=gt&doc=IP/03/1105|0|RAPID&lg=EN&display=

87 Demnach sind die Vorschriften des EG-Vertrags und insbesondere die Wettbewerbsvorschriften auf Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem Interesse betraut sind, anwendbar, soweit durch die Anwendung der Vorschriften die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgaben nicht tatsächlich oder rechtlich verhindert wird.

in einer entsprechenden Mitteilung⁸⁸ dargelegt. Sie erklärt ihre grundsätzliche Absicht, die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in den Mitgliedstaaten in ihrer Eigenschaft als staatliche Beihilfe auf die Vereinbarkeit mit den Grundsätzen des Binnenmarkts hin zu überprüfen.

3. Aktuelle Vorhaben auf EG- bzw. mitgliedstaatlicher Ebene

Die anstehende Revision der Fernsehrichtlinie, die die Rundfunkregulierung an die Anforderungen der neuen technischen und vor allem der digitalen Möglichkeiten anpassen sollte, ist bis auf weiteres verschoben. Die Kommission hat den erforderlichen Reformprozess inhaltlich und zeitlich in einer Mitteilung vom Dezember 2003 skizziert.⁸⁹ Daneben verfolgt die Kommission im Bereich von Leistungen der Daseinsvorsorge gesonderte Ziele, die sich auf die künftige Ausgestaltung nationaler Rundfunkordnungen auswirken könnten. So dringt sie darauf, Veranstalter öffentlich-rechtlichen Rundfunks als öffentliche Unternehmen zu größerer Transparenz hinsichtlich der Verwendung staatlich gewährter Finanzmittel zu verpflichten. Die zu diesem Zweck erlassene Transparenzrichtlinie,⁹⁰ nach der öffentliche Unternehmen ihr privatwirtschaftliches Geschäft getrennt von den öffentlich-rechtlichen Geschäftsprozessen bilanzieren müssen, wurde bislang noch nicht von allen Mitgliedstaaten – für den Rundfunksektor – umgesetzt. Von einer kürzlich

ergangenen Entscheidung des EuGH⁹¹ zu staatlichen, finanziellen Leistungen zu Gunsten eines öffentlichen Unternehmens erhofft sich die Kommission allerdings, dass die Mitgliedstaaten künftig dafür Sorge tragen, dass öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten ihre Finanzen offen legen.

Darüber hinaus hat die EU-Kommission am 21.05.2003 ein Grünbuch⁹² zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse verabschiedet, mit dem eine umfassende Diskussion über die Zukunft der Leistungen der Daseinsvorsorge und die Rolle der EG bei deren Förderung initiiert werden soll. Die Leistungen der Daseinsvorsorge spielen nach Ansicht der Kommission sowohl bei der Erhöhung der Lebensqualität, als auch im Hinblick auf Wettbewerb und inneren Zusammenhalt eine Rolle. Ihre effiziente und diskriminierungsfreie Erbringung gelte als Voraussetzung für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes und für die weitere wirtschaftliche Integration in der EU.

Medienspezifisch werden im Grünbuch der öffentlich-rechtliche Rundfunk sowie die Vielfaltssicherung angesprochen. Unter Hinweis auf das Protokoll von Amsterdam⁹³ hebt die Kommission hervor, dass der Schutz des Pluralismus in den Medien in erster Linie in den Zuständigkeitsbereich der Mitgliedstaaten falle und das abgeleitete Gemeinschaftsrecht derzeit keine Bestimmungen zum unmittelbaren Schutz der Medienvielfalt enthalte. Das im Jahre 1992 veröffentlichte Grünbuch zum Pluralismus und zur Medienkonzentration im Binnenmarkt habe bereits das Ziel verfolgt, eine öffentliche Debatte über die Notwendigkeit von Maßnahmen der Gemeinschaft in diesem Bereich anzustoßen, die Ergebnisse der Debatte hätten jedoch keine eindeutigen, praktisch verwertbaren Schlussfolgerungen zugelassen. Daher sei die Kommission nun besonders an Stellungnahmen hinsichtlich eines Bedarfes einschlägiger gemeinschaftlicher Maßnahmen interessiert.

88 Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, ABl. EG Nr. C 320 vom 15.11.2001, S. 5.

89 Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen über die Zukunft der Europäischen Regulierungspolitik im audiovisuellen Bereich, KOM(2003) 784 endg. vom 15.12.2003. Generell sei kurzfristig keine Überarbeitung der Fernsehrichtlinie erforderlich, vielmehr seien neben der weiteren Mitteilung zu Auslegungsfragen und zum Anwendungsbereich der Richtlinienbestimmungen im Bereich der Fernsehwerbung (s. hierzu Kapitel II, Punkt 1. b) bb)) eine Aktualisierung der Empfehlung über den Jugendschutz und den Schutz der Menschenwürde, die die Kommission dem Rat der EU vorschlagen werde, ausreichend, um die nötige Rechtssicherheit zu gewährleisten. Mittelfristig werde eine Reihe von Fragen tiefgreifendere Überlegungen und Diskussionen erfordern, die eine Änderung der Fernsehrichtlinie zu einem späteren Zeitpunkt nach sich ziehen könnten. Die Kommission beabsichtigt, im Hinblick auf diese Fragen entweder den Rat von Sachverständigen zu den Themenschwerpunkten „Regulierung audiovisueller Inhalte“, „Werbung“ und „Recht auf Information“ einzuholen oder unabhängige Studien in Auftrag zu geben. Diese betreffen z. B. die Auswirkung von Regulierungsmaßnahmen auf die Fernsehwerbemärkte, die Auswirkung von Maßnahmen zur Förderung der Verbreitung und Herstellung von Fernsehprogrammen sowie die Koregulierungsmaßnahmen im Mediensektor.

90 Richtlinie 80/273/EWG der Kommission vom 25.06.1980 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen, ABl. EG Nr. L 195 vom 29.07.1980, S. 35; geändert durch die Richtlinie 85/413/EWG der Kommission vom 24.07.1985, ABl. EG Nr. L 229 vom 28.08.1985, S. 20, die Richtlinie 93/84/EWG der Kommission vom 30.09.1993, ABl. EG Nr. L 254 vom 12.10.1993, S. 16, und zuletzt durch die Richtlinie 2000/52/EG der Kommission vom 26.07.2000, ABl. EG Nr. L 193 vom 29.07.2000, S. 75.

91 EuGH, C-280/00, Altmark Trans, Urteil vom 24.07.2003, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht.

92 KOM(2003) 270 endg., abrufbar unter http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/services_general_interest. Das Europäische Parlament betont in seiner Entschließung vom 14.01.2004 zu dem Grünbuch der Kommission, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunk- und Fernsehanstalten eine öffentliche Aufgabe haben und eine wichtige Rolle bei der Bewahrung der kulturellen Vielfalt und der kulturellen Identität spielen. Die Mitgliedstaaten müssten daher weiterhin das Recht haben, die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zu finanzieren und ihre öffentlichen Dienstleistungsaufgaben festzulegen. Die Handels- und Wettbewerbsbedingungen in der Gemeinschaft dürften dabei aber nicht in einem Maße beeinträchtigt werden, das dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft; Entschließung des Europäischen Parlaments zu dem Grünbuch der Kommission zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse (KOM(2003) 270 – 2003/2152 (INI)), P5_TA-PROV(2004)0018, Rz. S. und Rn. 12., abrufbar unter: <http://www3.europarl.eu.int/omk/omnsapir.so/calendar?APP=PDF&TYPE=PV2&FILE=p0040114DE.pdf&LANGUE=DE> (abgerufen am 19.02.2004).

93 Protokoll (Nr. 32) zum Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in den Mitgliedstaaten (1997).

II. Rundfunk und Gemeinschaftsrecht

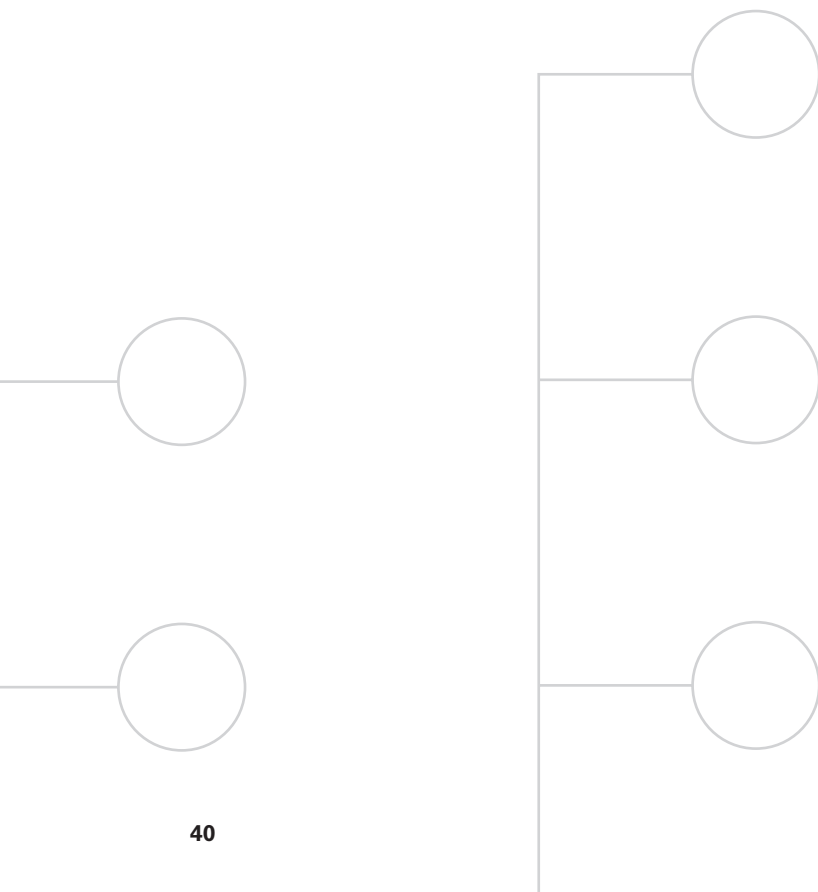
Die Europäische Gemeinschaft ist eine Rechtsgemeinschaft. Die sie begründenden Verträge sowie der Vertrag über die Europäische Union werden bereits seit längerem als ‚Verfassung‘ im weiteren Sinne bezeichnet. Durch den Abschluss des Unions- und der Gemeinschaftsverträge haben sich die Mitgliedstaaten mit dem Ziel einander verpflichtet, eine immer stärkere Integration der europäischen Länder herbeizuführen.

In der Folge dieser Entwicklung werden die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten immer stärker durch das Recht der Europäischen Gemeinschaften und dessen Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof (EuGH) bestimmt. Im Folgenden werden daher die Vorgaben des primären und sekundären Gemeinschaftsrechts für die duale Rundfunkordnung in Österreich untersucht.

Für das Verständnis, welche Bedeutung dem Recht der Europäischen Gemeinschaft für die Ausgestaltung der nationalen Rundfunkordnungen zukommt, ist es einleitend wichtig, die Grundsätze dieser Rechtsordnung zu betrachten.

Der unmittelbare Einfluss EG-rechtlicher Normen auf die mitgliedstaatliche Rechtsordnung kann vor allem an Hand der Verordnung veranschaulicht werden. Diese gilt in den Mitgliedstaaten unmittelbar und bedarf keines weiteren Umsetzungsakts, Art. 249 Abs. 2 EG-Vertrag. Als weiteres Beispiel mag das Verbot der Durchführung nicht genehmigter Beihilfen gemäß Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG-Vertrag dienen, das den Mitgliedstaat zu einem „Stillhalten“ verpflichtet und z. B. die Auszahlung von Fördermitteln an ein Unternehmen verbietet, so lange nicht die Europäische Kommission das Vorhaben als für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar eingestuft hat.

Insbesondere durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) wurden die wesentlichen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts herausgebildet. Hierzu zählen im weiteren Sinne auch Maßgaben, die verfassungs- und verwaltungsrechtliche Grundsätze betreffen.



Unter Berücksichtigung seiner Spruchpraxis zu der Art und Weise, wie der EuGH in Auslegung und Anwendung des EG-Rechts (Art. 220 EG-Vertrag) die *Gewährleistung des gemeinschaftlichen Grundrechtsschutzes* entwickelt hat, haben die Mitgliedstaaten bei Abschluss des Vertrags über die Europäische Union die entsprechenden Bestimmungen im Primärrecht kodifiziert (vgl. Art. 6 Abs. 2 EU-Vertrag bzw. Art. F Abs. 2 EUV in der Fassung des Vertrags von Maastricht). Eine vergleichbare Entwicklung lässt sich für die *allgemeinen Grundsätze des das Verwaltungshandeln* der EG-Organe leitenden Rechts nachvollziehen, wenn man Art. 41 der Grundrechtecharta betrachtet.

Daneben sind weitere Grundsätze zu beachten, die hier vorab in einem kursorischen Überblick dargestellt werden. Das Gemeinschaftsrecht genießt *Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten* ungeachtet dessen Hierarchieebene, sodass auch nationales Verfassungsrecht nicht zur Anwendung gelangen darf, falls es zu einem Konflikt zwischen den einschlägigen Bestimmungen kommt.⁹⁴ Des Weiteren ist das Gemeinschaftsrecht vielfach *unmittelbar anwendbar*. Dieser Grundsatz, der zunächst für einige Bestimmungen des Primärrechts entwickelt wurde,⁹⁵ ist später auch auf Normen des Sekundärrechts (wie z. B. Richtlinien,⁹⁶ Art. 249 Abs. 3 EG-Vertrag) ausgedehnt worden⁹⁷ (für einen Rechtsakt in der Form der Verordnung war dies, wie oben dargestellt, bereits von den Gründern der Gemeinschaften vorgesehen). Die unmittelbare Anwendbarkeit bezieht sich – abgeleitet aus dem Gedanken, dass der Mitgliedstaat nicht aus seinem EG-rechtswidrigen Verhalten Vorteile ziehen darf – auf das Verhältnis zwischen dem Staat und den Einzelnen.⁹⁸ Soweit letzteren in eindeutiger Form, ohne dass es eines weiteren Vollzugsakts bedarf, durch die Gemeinschaftsgesetzgebung Rechte eingeräumt werden, können sie sich gegenüber dem Staat hierauf berufen. Die staatlichen Organe müssen entgegen stehendes nationales Recht unangewendet lassen.

94 EuGH, Rs. 6/64, Costa/ENEL, Slg. 1964, S. 1251; EuGH, Rs. 11/70, Internationale Handelsgesellschaft, Slg. 1970, S. 1125; EuGH, Rs. 106/77, Simmenthal II, Slg. 1978, S. 629; EuGH, C-213/89, Factortame, Slg. 1990, S. I-2433.

95 EuGH, Rs. 26/62, van Gend & Loos, Slg. 1963, S. 1; EuGH, Rs. 57/65, Lütticke, Slg. 1966, S. 257.

96 EuGH, Rs. 148/78, Ratti, Slg. 1979, S. 1629; EuGH, Rs. 41/74, van Duyn, Slg. 1974, S. 1337.

97 Zur unmittelbaren Wirkung von Entscheidungen s. EuGH, Rs. 9/70, Leberpfennig, Slg. 1970, S. 825.

98 Zur weit reichenden Definition dessen, was nach Gemeinschaftsrecht als der staatlichen Ebene zugehörig anzusehen ist, vgl. auch Scheuer, MMR 2001, 48, 51; zum Problem der vom EuGH nicht anerkannten horizontalen Drittwirkung von Richtlinien vgl. C-91/92, Faccini Dori, Slg. 1994, I-3325.

Als Ergänzung zu diesem Prinzip und ebenfalls aus vorstehendem Gedanken abgeleitet, hat der EuGH die Grundsätze der *Gemeinschaftsrechts-konformen Auslegung* sowie der mitgliedstaatlichen *Schadenersatzpflicht* (Staatshaftungsanspruch) entwickelt. Insbesondere in den Fällen, in denen eine unmittelbare Anwendung des Gemeinschaftsrechts ausscheidet, kann die EG-rechtskonforme Auslegung nationaler Vorschriften eine Annäherung an den rechtmäßigen Zustand auf Gemeinschaftsebene bewirken.⁹⁹ Grenze hierfür ist jedoch der Wortlaut der mitgliedstaatlichen Regelung. Die sich möglicherweise dadurch ergebende, vom EuGH als nicht tragbar angesehene Rechtsschutzlücke kann dann mittels der Schadenersatzpflicht geschlossen werden. Im Falle der gemeinschaftsrechtlich begründeten Staatshaftung kann haftungsauslösendes Moment sowohl eine Gesetzgebung¹⁰⁰ (oder deren pflichtwidriges Unterlassen¹⁰¹), eine Verwaltungsentscheidung¹⁰² als auch ein Akt der Rechtsprechung¹⁰³ sein.

Das *Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung* des Art. 5 Unterabsatz 1 EGV besagt als Kompetenzregel, dass die Gemeinschaft nur aufgrund von Normen tätig werden kann, die ihr konkrete Befugnisse zuweisen. Sie kann grundsätzlich nur dann tätig werden, wenn die Mitgliedstaaten ihre Kompetenzen in Form einer gemeinschaftsrechtlichen Vorschrift übertragen haben. Der Gemeinschaft steht eine sog. Kompetenz-Kompetenz oder Allzuständigkeit, wonach sie sich aus eigener Kompetenz heraus eigene, neue Kompetenzen verleihen könnte, nicht zu.

Für die *Ausgestaltung* der Kompetenzverteilung zwischen gemeinschaftlicher und der Kompetenz der Mitgliedstaaten ist der Grundsatz der Subsidiarität von besonderer Bedeutung. Das sog. *Subsidiaritätsprinzip* des Art. 5 Unterabsatz 2 EGV regelt, dass die Gemeinschaft nur dann tätig werden kann, wenn die Ziele der Gemeinschaft nicht bereits durch Maßnahmen auf der Ebene der (sachnäheren) Mitgliedstaaten ausreichend erreichbar sind oder wenn ihr Umfang oder ihre Wirkung es bedingen, dass sie besser auf Gemeinschaftsebene verwirklicht werden können. Der Maßstab der Subsidiarität trifft grundsätzlich alle Maßnahmen der Gemeinschaft, mit Ausnahme derjenigen, die in die ausschließliche Kompetenz der Gemeinschaft fallen.

99 EuGH, Rs. 14/83, von Colson und Kamann, Slg. 1984, S. 1891; EuGH, Rs. 79/83, Harz, Slg. 1984, S. 1921; C-106/89, Marleasing, Slg. 1990, I-4135 (für Richtlinienbestimmungen).

100 EuGH, verb. Rs. C-46/93 u. 48/93, Brasserie du Pêcheur, Factortame II, Slg. 1996, I-1029.

101 EuGH, verb. Rs. C-6/90 u. 9/90, Francovich, Slg. 1991, I-5357; EuGH, verb. Rs. C-178/94, 179/94 u. 188-190/94, Dillenkofer, Slg. 1996, I-4845; EuGH, C-265/95, Kommission/Frankreich, Slg. 1997, I-6959.

102 EuGH, C-5/94, Hedley Lomas, Slg. 1996, I-2553.

103 EuGH, C-224/01, Köbler/Österreich, noch nicht in amtl. Slg., abgedruckt in EuZW 2003, 718 ff.

1. Recht der Europäischen Verträge

Für die Rundfunkordnung in der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten sind primärrechtlich vor allem die Grundrechte und Grundfreiheiten aller Beteiligten sowie die Vorgaben zur Sicherung des Wettbewerbs in der Gemeinschaft und zur Erfüllung des Kulturauftrags von Bedeutung. Sie werden im Folgenden daraufhin untersucht, inwieweit sie die Ausgestaltung der Rundfunkordnung eines Mitgliedstaats bestimmen.

a) Die Grundrechte der Rundfunkveranstalter (und Rezipienten)

Das Gemeinschaftsrecht enthält keine eigenen ausformulierten Grundrechte. Nach der festen Rechtsprechung des EuGH gewährleistet die Gemeinschaft Grundrechte aber in dem Maß, wie es der gemeinsamen Verfassungsüberlieferung der Mitgliedstaaten entspricht.¹⁰⁴ Zur Konkretisierung dieser gemeinsamen Verfassungsüberlieferung orientiert sich der EuGH sowohl an der Rechtspraxis in den Mitgliedstaaten als auch an internationalen Verträgen über den Schutz der Menschenrechte, an deren Abschluss die Mitgliedstaaten beteiligt sind. Hierzu zählt vorrangig¹⁰⁵ die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK).¹⁰⁶ Diese bindet außerdem die Mitgliedstaaten der Europäischen Union unmittelbar als Vertragsstaaten des Europarats.¹⁰⁷ Ebenso ist die Grundrechtecharta der Europäischen Union als Bestandteil der gemeinsamen Verfassungsüberlieferung der Mitgliedstaaten¹⁰⁸ anerkannt und wird in Gerichtsverfahren angewendet.¹⁰⁹ Ihre Aufgabe wurde vom Europäischen Rat von Köln als Visualisierung und Zusammenführung der Grundrechte der europäischen Bürger beschrieben.¹¹⁰ Diese Rechtsprechung wurde

insofern im Vertrag über die Europäische Union (EUV) anerkannt, als in Art. 6 Abs. 2 EUV ausdrücklich auf die EMRK als Quelle für die vom EuGH abgeleiteten Grundrechte Bezug genommen wurde.¹¹¹ Gemäß Art. 46 lit. d) EUV ist diese Bestimmung auch für den EGV maßgebend.¹¹²

An die durch den EuGH entwickelten Gemeinschaftsgrundrechte sind die Gemeinschaften und ihre Organe gebunden.¹¹³ Auch die Auslegung des primären Gemeinschaftsrechts hat im Licht dieser Grundrechte zu erfolgen.¹¹⁴ Daneben binden sie die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung und dem administrativen Vollzug des Gemeinschaftsrechts. Lediglich das Bestehen einer unmittelbaren Drittwirkung im Sinn einer Wirkung im Verhältnis Privater untereinander ist bislang noch umstritten.¹¹⁵ In der Normenhierarchie stehen die Gemeinschaftsgrundrechte dem Vertragsrecht gleich. Sie zählen zum primären Gemeinschaftsrecht.¹¹⁶

Für die Gestaltung einer nationalen Rundfunkordnung sind sowohl die Freiheitsgewährleistung als auch ihre Einschränkungsmöglichkeit zu Gunsten übergeordneter Gemeinschaftsinteressen von Bedeutung. Die Gesetzgebung muss die einzelnen Freiheitsrechte der Grundrechtsträger verwirklichen und kann – möglicherweise in einem Spannungsfeld zu dem Individualrecht – eine Ausgestaltung der Rundfunkordnung anhand bestimmter Zielvorstellungen vornehmen. Um die Rahmenbedingungen der nationalen Gesetzgebung abzustecken, werden zunächst die durch die Rundfunkfreiheit gewährten Rechte dargestellt (aa), wobei insbesondere der Zugang zu Informationsquellen und zur Infrastruktur aufgegriffen wird. Anschließend sollen die Zielsetzungen erörtert werden, unter denen der Gesetzgeber eine Rundfunkpolitik gestalten kann (bb).

104 EuGH, Rs. 29/69, Stauder, Slg. 1969, 419, Rn. 7; Maunz/Dürig-Scholz, Art. 23, Rn. 13 ff. Zur Geltung dieses Grundsatzes im Rahmen des Art. 220 EGV s. auch Lenz/Borchardt-Borchardt, Art. 220, Rn. 28.

105 S. Lenz/Borchardt-Borchardt, Art. 220, Rn. 31.

106 (Europäische) Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) vom 04.11.1950, BGBl. II 1952, 686, zuletzt geändert mit BGBl. II 1994, 593.

107 Diese können die EMRK auch bei ihrem mitgliedstaatlichen Handeln in Rechtssetzungsverfahren innerhalb der Union nicht verleugnen, obwohl die EMRK auf Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaft nicht unmittelbar anwendbar ist – s. EGMR, Urteil vom 18.02.1999, Nr. 24833/94, Matthews.

108 Geiger, Art. 6 EGV, Rn. 9; Stock, K & R 2001, 289.

109 Etwa Schlussanträge des Generalanwalts Tizzano vom 18.02.2001 in der Rechtssache C-173/99, BECTU, Nr. 26: „Noch bedeutsamer scheint mir jedoch die Tatsache, dass dieser Anspruch in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union feierlich bestätigt worden ist, die am 07.12.2000 vom Europäischen Parlament, vom Rat und der Kommission proklamiert wurde.“

110 Der Europäische Rat trat am 03. und 04.06.1999 in Köln zusammen, um nach In-Kraft-Treten des Vertrags von Amsterdam wichtige Zukunftsfragen zu erörtern. Schlussdokument abrufbar unter http://europa.eu.int/council/off/conclu/june99/june99_de.htm, abgerufen am 13.02.2004.

111 So erstmals durch den Vertrag von Maastricht in Art. F Abs. 2 EUV. Über die Rechtsprechung des EuGH hinaus bietet jedoch auch der EUV keinen eigenständigen Grundrechtsschutz.

112 S. auch: Geiger, Art. 220 EGV, Rn. 34.

113 Lenz/Borchardt-Borchardt, Art. 220, Rn. 35.

114 EuGH, C-260/89, ERT, Slg. 1991, I-2925, Rn. 41 ff.; s. auch Mitteilung der Kommission über die Anwendung der allgemeinen Grundsätze des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs – Art. 28 und 49 EGV – auf dem Gebiet der Nutzung von Parabolantennen, KOM(2001) 531 endg. vom 27.06.2001, S. 11.

115 Lenz/Borchardt-Borchardt, Art. 220, Rn. 35. Unter Hinweis auf EuGH, C-281/98, Angonese, Slg. 2000, I-4139, und EuGH, C-415/93, Bosman, Slg. 1995, I-4921, bejahend Dörr, K & R 2001, 608 m.w.N., eingeschränkt ablehnend z. B. Charissé, INFOSAT 9/2002, 81, der darauf hinweist, dass der EuGH die unmittelbare Wirkung zwischen den Parteien ausdrücklich auf die Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit bezieht.

116 Lenz/Borchardt-Borchardt, Art. 220, Rn. 38; Geiger, Art. 220 EGV, Rn. 21.

aa) Rundfunkfreiheit

Für die Bestimmung der Rundfunkfreiheit sind Art. 10 Abs. 1 EMRK und Art. 11 der Grundrechtecharta entscheidend. Diese sind hinsichtlich der Gewährleistung dieses Grundrechts nahezu wortgleich formuliert.¹¹⁷

Art. 10 Abs. 1 EMRK:

Jeder hat Anspruch auf freie Meinungsäußerung. Dieses Recht schließt die Freiheit der Meinung und die Freiheit zum Empfang und zur Mitteilung von Nachrichten oder Ideen ohne Eingriffe öffentlicher Behörden und ohne Rücksicht auf Landesgrenzen ein. Dieser Artikel schließt nicht aus, daß die Staaten Rundfunk-, Lichtspiel- oder Fernsehunternehmen einem Genehmigungsverfahren unterwerfen.

Art. 11 Grundrechtecharta von Nizza:

- (1) Jede Person hat das Recht auf freie Meinungsäußerung. Dieses Recht schließt die Meinungsfreiheit und die Freiheit ein, Informationen und Ideen ohne behördliche Eingriffe und ohne Rücksicht auf Staatsgrenzen zu empfangen und weiterzugeben.
- (2) Die Freiheit der Medien und ihre Pluralität werden gewährleistet.

Nach Art. 10 Abs. 1 EMRK und nach Art. 11 Grundrechtecharta hat jeder Bürger das Recht auf freie Meinungsäußerung. Gemäß dem weiteren Wortlaut dieser Bestimmung schließt dieses Recht die Freiheit der Meinung und die Freiheit zum Empfang und zur Mitteilung von Nachrichten oder Ideen ohne Eingriffe öffentlicher Behörden und ohne Rücksicht auf Landesgrenzen ein. Art. 10 EMRK schützt sowohl die aktive als auch die passive Informationsfreiheit einschließlich der Rundfunkfreiheit. Die freie Vermittlung und der freie Empfang von Informationen werden unabhängig von ihrer technischen Übermittlung gewährleistet.¹¹⁸ Ebenso beinhaltet die Informationsfreiheit in Art. 10 EMRK das Recht, sich aller verfügbaren Kommunikationsmittel zu bedienen.¹¹⁹

Dieses Verständnis der Meinungs- und Informationsfreiheit wurde vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in mehreren Entscheidungen bestätigt. In der „Autronic“-Entscheidung¹²⁰ stellte der EGMR für die Satellitenkommunikation ausdrücklich fest, dass der Schutz des Art. 10

Abs. 1 EMRK sich nicht nur auf den Informationsinhalt, sondern auch auf die Empfangsmittel bezieht. Beschränkungen in Bezug auf die Empfangsmittel sind gleichzeitig auch Eingriffe in das Recht zum Empfang und zur Mitteilung von Nachrichten.¹²¹ Dabei kommt es weder auf den Inhalt der Informationen noch auf den Zweck ihres Sendens oder Empfangens an. Auch ein rein wirtschaftlicher Nutzungszweck ist durch die Freiheit geschützt, sich bestimmter technischer Empfangsmittel zu bedienen.¹²²

Grundsätzlich kann daher ein generelles Zugangsrecht von Empfängern und Rundfunkveranstaltern zu den einzelnen Kommunikationsnetzen aus Art. 10 EMRK abgeleitet werden. Dieser gilt für die Empfangsfreiheit genauso wie für die Freiheit, Informationen zu verbreiten. Sowohl Rundfunkempfänger als auch Rundfunkveranstalter werden vom Schutz des Art. 10 Abs. 1 EMRK umfasst. Er gilt für alle Kommunikationswege und „Übertragungs- und Empfangsmittel“,¹²³ nicht nur für die zum Empfang von Informationen, sondern auch für die zur Übertragung erforderlichen technischen Anlagen.¹²⁴ Diese Grundsätze wandte der EGMR nicht nur auf die Übertragung durch Satelliten, sondern in der Entscheidung „Informationsverein Lentia“¹²⁵ und in „TELE 1 Privatfernseh GmbH“¹²⁶ auch auf terrestrischen Hörfunk und Kabelfernsehen an.

Der EuGH hat in mehreren Entscheidungen zwar auf Art. 10 EMRK Bezug genommen,¹²⁷ Fragen der Zugangs- und Empfangsfreiheit allerdings vorrangig über eine Auslegung der in Art. 49 EGV¹²⁸ gewährleisteten Dienstleistungsfreiheit beantwortet.¹²⁹ Ob aus der Meinungsfreiheit ein Zugangsrecht der Rundfunkveranstalter abgeleitet werden kann, hat der EuGH noch nicht ausdrücklich entschieden. Insbesondere blieb die Frage, ob aus Art. 10 EMRK – gegebenenfalls in Verbindung mit den Bestimmungen über die Dienstleistungsfreiheit des EGV – ein Zugang ausländischer Rundfunkanbieter zum nationalen Rundfunkmarkt hergeleitet werden kann, unbeantwortet.

121 Gegenstand des Verfahrens war die Inbetriebnahme einer Parabolspiegelantenne mit dem Zweck, zur Demonstration der Leistungsfähigkeit der Anlage bei Verkaufsmessen in der Schweiz sowjetische Programme über einen sowjetischen Satelliten empfangen zu können.

122 S. Roßnagel/Sosalla/Kleist, Zugang zur digitalen Satellitenverbreitung, S. 75.

123 EGMR, Urteil vom 22.05.1990, Nr. 17/1989/175/231, Autronic, EuGRZ 1990, 261 ff.

124 EGMR, Urteil vom 28.03.1990, Nr. 14/1988/158/214, Groppera, EuGRZ 1990, 255 ff.

125 EGMR, Urteil vom 24.11.1993, Nr. 36/1992/381/455-459, Informationsverein Lentia, EuGRZ 1994, 549, 550. Andere Beschwerdeführer in diesem Verfahren hatten um die Zuteilung einer Frequenz oder die Genehmigung für terrestrisch zu verbreitende Hörfunkprogramme nachgesucht.

126 EGMR, Urteil vom 21.09.2000, Nr. 32240/96, TELE 1.

127 Als Beispiel für den Bereich des Rundfunks insbesondere: EuGH, C-260/89, ERT, Slg. 1991, I-2925, Nr. 41 ff.

128 Art. 49 EGV n.F. entspricht Art. 59 EGV a.F.

129 S. hierzu Kapitel II, Punkt 1. b) cc).

117 S. Borchardt, EU- und EG-Vertrag, S. 367 ff., 375 f.

118 So auch Zuleeg, ZUM 1997, 778, 782.

119 S. Dörr/Janik/Zorn, Zugang zu den Kabelnetzen, S. 107; Roßnagel/Sosalla/Kleist, Zugang zur digitalen Satellitenverbreitung, S. 74.

120 EGMR, Urteil vom 22.05.1990, Nr. 17/1989/175/231, Autronic, EuGRZ 1990, 261 ff.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sich aus Art. 10 EMRK, Art. 11 der Grundrechtecharta sowie Art. 49 EGV das normative Ziel, das den Mitgliedstaaten vorgegeben ist, entnehmen lässt, zur Sicherung individueller Freiheiten wie auch des Allgemeininteresses der Meinungspluralität den freien Zugang zu allen Übertragungswegen und den freien Empfang auf allen Übertragungswegen zu gewährleisten. Ein direkter Zugangsanspruch Einzelner lässt sich daraus allerdings nicht ableiten.

bb) Rundfunkfreiheit als Vorgabe der Rundfunkorganisation

Die EMRK statuiert in Art. 10 nicht nur individuelle Rechte, sondern sie gibt den Staaten zudem die Möglichkeit, die nationalen Medienordnungen entsprechend ihren Vorgaben auszugestalten. Art. 10 EMRK gebietet den Vertragsstaaten, den gesamten Kommunikationsprozess nicht nur zur individuellen Freiheitsentfaltung, sondern auch zu dem Zweck zu schützen, einen Pluralismus der Meinungen zu gewährleisten.¹³⁰ Um beide Ziele zu erreichen, muss der Gesetzgeber den Zugang zu den einzelnen Bestandteilen des Kommunikationsprozesses ausgestalten.¹³¹ Die Austarierung der beiden Facetten des Art. 10 EMRK – einerseits die individuelle Veranstalterfreiheit, andererseits die institutionell-rechtlichen Aspekte¹³² – muss demnach im Einzelfall erfolgen und eröffnet den Mitgliedstaaten einen gewissen Beurteilungsspielraum (margin of appreciation).¹³³

Art. 10 Abs. 1 Satz 3 EMRK enthält einen besonderen Ausgestaltungsvorbehalt für den Rundfunk. Die Vorschrift ermöglicht dem nationalen Gesetzgeber, besondere Zielsetzungen zu berücksichtigen, die nicht nur aus technischen Gründen wie knappe Ressourcen, sondern auch aus inhaltlichen Gründen eine Beschränkung des Meinungsgrundrechts ermöglichen.¹³⁴ Als ein

¹³⁰ EGMR, Urteil vom 24.11.1993, Nr. 36/1992/381/455-459, Informationsverein Lentia, EuGRZ 1994, 549, 550, Rn. 38.

¹³¹ Entsprechende Regelungen sind grundsätzlich an den (materiellen) Voraussetzungen des Art. 10 Abs. 2, ggf. i.V.m. Abs. 1 Satz 3 EMRK, zu messen.

¹³² Schulz/Jürgens, Content-Richtlinie; Umdruck S. 12 f., verstehen den Genehmigungsvorbehalt gemäß Art. 10 Abs. 1 Satz 3 EMRK in erster Linie dahin, dass sich die mitgliedstaatliche Ausgestaltung der Rundfunkordnung an der Pluralismussicherung zu orientieren habe. S. zum Streitstand ebenda sowie Engel, Privater Rundfunk, S. 439, einerseits und Petersen, Rundfunkfreiheit, andererseits.

¹³³ S. hierzu Graber, Bröckelndes Monopol des ORF, Anm. z. Ur. des EGMR, TELE 1, abrufbar unter <http://www.weblaw.ch/jusletter/Artikel.jsp?ArticleNr=828&Language=1>, abgerufen am 31.10.2002; Streit, Medien & Recht 2000, 209, 210 f.

¹³⁴ EGMR, Urteil vom 24.11.1993, Nr. 36/1992/381/455-459, Informationsverein Lentia, EuGRZ 1994, 549, 550, Rn. 32: „Technische Aspekte sind unbestreitbar wichtig, aber die Erteilung oder Ablehnung einer Lizenz kann auch von anderen Bedingungen abhängig gemacht werden, wie etwa der Art und den Zielsetzungen an einer geplanten Station, deren potenzieller Hörerschaft auf nationaler, regionaler und lokaler Ebene, den Rechten und Bedürfnissen einer speziellen Hörerschaft und den Verpflichtungen, die sich aus internationalen Verträgen ergeben.“

derartiges inhaltliches Kriterium kommt in besonderem Maße die Sicherung der Pluralität in einer demokratischen Gesellschaft¹³⁵ in Frage. Diese Einschränkungen sind jedoch wieder an den Maßgaben des Art. 10 Abs. 2 EMRK zu messen; die Beschränkung muss daher auf einer gesetzlichen Rechtsgrundlage basieren und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sein. Diese Grundsätze prägen bisher die Rechtsprechung des EGMR:

So hielt der EGMR in seiner Entscheidung *Lentia* ein umfassendes *öffentlich-rechtliches Rundfunkmonopol* für unverhältnismäßig, weil es das die individuelle Meinungsäußerungs- und Rundfunkfreiheit am stärksten einschränkende Mittel ist, das einem Staat Mitteln zur Verfolgung von legitimen Zielsetzungen zur Verfügung stellt.¹³⁶

In dem Fall, in dem in der Schweiz die Ausstrahlung eines TV-Spots gegen nicht artgerechte Tierhaltung verhindert wurde bestätigt der EGMR, dass das Verbot *politischer Werbung* sich grundsätzlich damit rechtfertigen lasse, dass finanzstarken Gruppierungen der Erwerb politischer Vorteile und die kommerzielle Einflussnahme auf den Meinungsbildungsprozess verwehrt bleibe. Der EGMR verneinte jedoch, dass in einer demokratischen Gesellschaft dieses konkrete Ausstrahlungsverbot notwendig sei. Der „Verein gegen Tierfabriken“ stelle gerade nicht eine mächtige Finanzgruppe dar, die einen Wettbewerbsvorteil erstrebe, sondern wolle sich mit dem Spot lediglich an einer gesellschaftlichen Auseinandersetzung zum Tierschutz beteiligen. Auch wenn das Verbot politischer Werbung grundsätzlich nicht im Widerspruch zu Art. 10 EMRK stehe, sei das schweizerische Gesetz im konkreten Fall nicht in Übereinstimmung mit der Konvention angewandt worden.¹³⁷

Ausgewogenheits- und Vielfaltsverpflichtungen sind nach der Rechtsprechung des EGMR mit Art. 10 EMRK vereinbar. So entschied der Gerichtshof in der Sache *Demuth*, dass die Ablehnung eines Antrags auf Veranstaltung eines Spartenfernsehprogramms über Kabel (Car TV-AG) aufgrund der mangelnden Übereinstimmung mit den schweizerischen Programmanforderungen rechtens gewesen sei.¹³⁸ Das von der Schweiz

¹³⁵ EGMR, Urteil vom 24.11.1993, Nr. 36/1992/381/455-459, Informationsverein Lentia, EuGRZ 1994, 549, 550, Rn. 38.

¹³⁶ EGMR, Urteil vom 24.11.1993, Nr. 36/1992/381/455-459, Informationsverein Lentia, EuGRZ 1994, 549, 550, Rn. 42; s. auch Holoubek, AfP 2003, 193, 200.

¹³⁷ EGMR, Urteil vom 28.06.2001, Beschwerde Nr. 24699/94, VgT Verein gegen Tierfabriken gegen Schweiz. Zu dem Urteil und den Auswirkungen auf das nationale (schweizerische) Recht Barrelet, *medialex* 2002, 143 ff., der u. a. für die Einführung von Quoten für politische Werbung anlässlich von Referendums-kampagnen plädiert.

¹³⁸ EGMR, Urteil vom 05.11.2002, Beschwerde Nr. 38743/97, *Demuth* gegen Schweiz.

verfolgte Ansinnen der Aufrechterhaltung der Qualität und der Ausgewogenheit der Programme sei als legitimes Ziel der Gestaltung der Rundfunkordnung im Sinne des Art. 10 Abs. 1 Satz 3 EMRK anzusehen.¹³⁹

Noch nicht abschließend entschieden ist, ob die Möglichkeiten, die die EMRK den nationalen Gesetzgebungen zur Ausgestaltung der Rundfunkordnung an die Hand gibt, auch gegenüber *grenzüberschreitenden Rundfunksendungen* greifen. In den bislang zu entscheidenden Fällen hat es der EGMR jedenfalls offen gelassen, ob sich nur der Sende- oder auch der Empfangsstaat auf den Ausgestaltungsvorbehalt des Art. 10 Abs. 1 Satz 3 EMRK berufen darf. Im Fall Groppera Radio AG hat der EGMR die Beschränkung eines vom Ausland terrestrisch eingestrahlt Programms bei der Einspeisung in ein innerstaatliches Kabelnetz geprüft und im Ergebnis auch für rechtmäßig erachtet.¹⁴⁰ Die Europäische Kommission für Menschenrechte (EKMR) dagegen hielt nur den Sendestaat für berechtigt, die Zielsetzungen des Art. 10 Abs. 1 Satz 3 EMRK zu prüfen.¹⁴¹

Der EuGH nahm bisher noch keine Abwägung vor zwischen der aus Art. 10 EMRK ableitbaren individuellen (subjektiven) Rundfunkveranstalterfreiheit¹⁴² und dem Ziel des Art. 10 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Abs. 2 EMRK,¹⁴³ die freie Meinungsäußerung mittels der Wahrung der Meinungsvielfalt zu schützen. Die Bedeutung des Art. 10 EMRK beschränkte sich für den EuGH vielmehr auf die Auslegung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten und die Rechtfertigung der diese einschränkenden mitgliedstaatlichen Bestimmungen. Er entnahm Art. 10 EMRK, dass der Schutz des Pluralismus ein im Allgemeininteresse liegendes Ziel und damit grundsätzlich einen anzuerkennenden Grund darstellt, die Dienstleistungsfreiheit einzuschränken.¹⁴⁴

Daher war es zum Beispiel im Fall „TELE 1 Privatfernseh GmbH“ nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip vertretbar, wenn Österreich zum Schutz des Meinungspluralismus ein Monopol des ORF für die terrestrische Ausstrahlung von Rundfunkveranstaltungen vorsah, wenn zugleich mit diesem Eingriff in

die Rundfunkfreiheit aus Art. 10 Abs. 1 EMRK privater Rundfunk in Form aktiven Kabelfernsehens ermöglicht wurde.¹⁴⁵

Zu vergleichbaren Ergebnissen führt die „funktionale Verselbstständigung und Emanzipierung der Medienfreiheit“¹⁴⁶ durch Art. 11 Abs. 2 Grundrechtecharta, nach dem die Freiheit der Medien und ihre Pluralität geachtet werden.¹⁴⁷ Aus dieser Formulierung ist jedenfalls zu entnehmen,¹⁴⁸ dass ein kulturell vielfältiges und plurales Mediensystem in Europa gewünscht wird.¹⁴⁹ Vielfalts- und Pluralismussicherung werden wesentlich durch die Zugänglichkeit der einzelnen Medien und ihrer Übertragungsmittel bedingt. Insofern spiegelt die Charta die oben dargelegte Rechtsprechung des EGMR zu Art. 10 EMRK wider. Einem kulturell vielfältigen Mediensystem wird daher entscheidende Bedeutung für die Gewährleistung der Medienfreiheit beigemessen.¹⁵⁰ Zur Verwirklichung der Zielvorstellung einer Pluralität können daher auch entgegen stehende wirtschaftliche Grundprinzipien und Grundrechte eingeschränkt werden. Auf diese Weise trägt die Vorschrift der Tatsache Rechnung, dass die Medien gesellschaftliche Bedeutung als Wirtschafts- sowie als Kulturgut entfalten.¹⁵¹

Mit dieser Formulierung sollte aber auch die *Freiheit der Mitgliedstaaten* bei der Ausgestaltung ihres Mediensystems unterstrichen werden.¹⁵² Unter Bezugnahme auf das Protokoll zum Amsterdamer Vertrag über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in den Mitgliedstaaten und die EuGH-Rechtsprechung¹⁵³ wird vertreten, dass die Vorschrift eine Ausgestaltungshoheit des mitgliedstaatlichen Gesetzgebers bezüglich seines Rundfunksystems anerkennt.¹⁵⁴ Auch durch die Formulierung des „achten“ bringe die Vorschrift einen Schutz vor einer höheren gemeinschaftlichen Regulierungsintensität.

139 EGMR, Urteil vom 05.11.2002, Beschwerde Nr. 38743/97, Demuth gegen Schweiz, Rn. 37.

140 EGMR, Urteil vom 22.02.1990, Nr. 14/1988/158/214, Groppera Radio AG und andere.

141 EKMR, Entscheidung vom 01.03.1988, Beschwerde Nr. 10890/84, Groppera Radio AG.

142 EGMR, Urteil vom 24.11.1993, Nr. 36/1992/381/455-459, Informationsverein Lentia, EuGRZ 1994, 549, 550; Probst, Art. 10 EMRK, S. 41, 47 f., 51 f.; Astheimer, Rundfunkfreiheit, S. 136.

143 EGMR, Urteil vom 24.11.1993, Nr. 36/1992/381/455-459, Informationsverein Lentia, EuGRZ 1994, 549, 550, Rn. 38.; EuGH, C-23/93, TV 10, Slg. 1994, I-4795, Rn. 24 f.

144 EuGH, C-23/93, TV 10, Slg. 1994, I-4795, Rn. 25; EuGH, C-353/89, Kommission/Niederlande, Slg. 1991, I-4069, Rn. 30.

145 EGMR, Urteil vom 21.09.2000, Nr. 32240/96, TELE 1, Rn. 38, 40 f. In Anbetracht der Versorgungssituation in der Region Wien, die von einer hohen Penetrationsrate von Kabelanschlüssen (auch in Haushalten mit terrestrischem Empfang) geprägt sei, liege eine weniger restriktive Lösung vor.

146 Stock, EuR 2002, 566, 572.

147 S. die ausführliche Darstellung der Entstehung des Art. 11 Abs. 2 Grundrechtecharta bei Stock, K & R 2001, 289, 300.

148 Zur Entstehungsgeschichte und den verschiedenen Auslegungsmöglichkeiten Stock, K & R 2001, 289 ff., sowie Leinen, Charta, S. 15 ff.

149 S. hierzu Schulz/Jürgens, Content-Richtlinie, S. 16 ff. m.w.N.; Bröhmer, Medienordnung, S. 89 ff.

150 Schwarze, AfP 2003, 209, 211.

151 Hesse, Funktionsauftrag, S. 39.

152 Schwarze, AfP 2003, 209, 210; Stock, EuR 2002, 566, 572.

153 EuGH, C-353/89, Kommission/Niederlande, Slg. 1991, I-4069, Rn. 39 ff.; vgl. ferner Erwägungsgrund Nr. 8 i.V.m. Nr. 13 und 16 der Fernseh-Richtlinie 89/552/EWG, Erwägungsgründe Nr. 15 und 44 der Fernseh-Richtlinie i.d.F. der Richtlinie 97/36EG.

154 S. Borchardt, EU- und EG-Vertrag, S. 367 ff., 375 f.; Schulz/Jürgens, Content-Richtlinie, S. 16.

Vielfaltssicherung bleibe im Kompetenzbereich der Mitgliedstaaten, die Charta spiegele damit auch den Grundgedanken des Art. 151 EGV wider.¹⁵⁵

Art. 11 Abs. 2 Grundrechtecharta begründet *keine Gesetzgebungs- oder Kontrollkompetenz der Gemeinschaft*. Eine solche ist nach einer starken Ansicht unter Hinweis auf den Grundgedanken der Charta, nur den Grundrechtsschutz gegenüber der Union zu stärken, nicht aber eine kompetenzbegründende Wirkung zu entfalten, nicht begründbar.¹⁵⁶ Sie ergibt sich auch nicht aus Art. 51 Abs. 1 der Charta, nach dem die Organe und Einrichtungen der Union deren Anwendung gemäß ihren jeweiligen Zuständigkeiten fördern. Dagegen spricht nicht nur den Zweck der Charta, die Sicherung des Grundrechtsschutzes gegenüber der Gemeinschaft zu gewährleisten, sondern auch der Wortlaut des Art. 51 Abs. 2, nach dem die Charta weder neue Zuständigkeiten noch neue Aufgaben für die Gemeinschaft und für die Union begründet, noch die in den Verträgen festgelegten Zuständigkeiten und Aufgaben ändert. Den Mitgliedstaaten verbleibt daher im Rundfunkbereich ihre Kompetenz, die sie unter Beachtung der Grundfreiheiten des EGV eigenständig ausüben können.¹⁵⁷

Allerdings ist die Zielsetzung der Charta, den Grundrechtsschutz gegenüber den Gemeinschaftsorganen zu gewährleisten, zu beachten. Daraus ergibt sich für die Mitgliedstaaten keine unmittelbar bindende Pflicht, Umgestaltungen zu Gunsten einer vielfaltsbegründenden Pluralität in den nationalen Rundfunkordnungen vorzunehmen.

Hinsichtlich der *dualen Rundfunkordnung* werden aus Art. 11 Abs. 2 Grundrechtecharta allerdings widersprechende Schlussfolgerungen gezogen. Nach einer Ansicht stärkt die Charta die Stellung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks als Garant der Meinungsvielfalt. Die Aussage des Art. 11 Abs. 2 der Charta greife das Amsterdamer Protokoll über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk auf, das diesem eine besondere Rolle für die Pluralismussicherung in einer demokratischen Gesellschaft zuweist. Diese Wertentscheidung müsse insbesondere auf das Wettbewerbsrecht und damit auch das Beihilferecht ausstrahlen, das das entscheidende Prüfkriterium für die Vereinbarkeit der

Rundfunkgebühren mit Gemeinschaftsrecht darstellt.¹⁵⁸ Außerdem ergebe sich durch diese Verbindung der Rechtsinstrumente eine Grenze für den nationalen Gesetzgeber bei der Einführung von Konzepten rein wettbewerb(srecht)licher Vielfaltssicherung.¹⁵⁹

Andererseits wird vertreten, die Betonung des Pluralitätserfordernisses setze eine Vielzahl von Medienanbietern voraus und gebe damit eine Rechtfertigung eines dualen Rundfunksystems, da auch private Medien zur demokratischen Meinungsbildung beitragen. Die Vorschrift könne sogar Druck zur Marktöffnung im Rundfunkbereich entfalten.¹⁶⁰

b) Die Grundfreiheiten im Binnenmarkt

Im EGV sind explizit als Grundfreiheiten die Warenverkehrs-, die Dienstleistungs-, die Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit sowie die Niederlassungsfreiheit und die Arbeitnehmerfreizügigkeit anerkannt. Sie prägen die Gesetzgebung der Mitgliedstaaten in entscheidender Weise.

Die Grundfreiheiten sollen im Folgenden auf ihre Vorgaben für eine duale Rundfunkordnung und die der nationalen Gesetzgebung gezogenen Grenzen hin untersucht werden. Die Erörterung erfolgt dabei vor allem anhand der wichtigsten für den Rundfunkbereich relevanter Entscheidungen der europäischen Gerichte.

aa) Niederlassungsfreiheit

Durch die Niederlassungsfreiheit (Art. 43 ff. EGV) wird die Freizügigkeit der Selbstständigen geschützt. Dieser Schutz erstreckt sich gemäß Art. 43 Abs. 2 EGV auch auf Unternehmen und Gesellschaften. Zusammen mit der Freizügigkeit der Arbeitnehmer wird durch die Niederlassungsfreiheit die für eine Wirtschaftsunion wichtige Freiheit des Personenverkehrs anerkannt. Sie ermöglicht Unternehmern und Arbeitskräften, sich in dem Gebiet anzusiedeln, in dem die für sie relevanten Wirtschaftsfaktoren am günstigsten sind.

¹⁵⁵ Schwarze, AfP 2003, 209, 211; zu der Argumentation der privaten Medien zum Begriff „achten“ s. Stock, EuR 2002, 566, 574. Zu Vorgaben aus dem Kulturauftrag s. Kapitel II, Punkt 1. d) des Gutachtens.

¹⁵⁶ Schwarze, AfP 2003, 209, 211; Stock, EuR 2002, 566, 575. S. die Darstellung der Diskussion in Institut für Europäisches Medienrecht (Hrsg.), Grundrechte-Charta, S. 57.

¹⁵⁷ So auch Schwarze, AfP 2003, 209, 211, m.w.N.

¹⁵⁸ Hesse, Funktionsauftrag, S. 39; Schwarze, AfP 2003, 209, 212.

¹⁵⁹ Stock, EuR 2002, 566, 574.

¹⁶⁰ Biggam, Private Broadcasting, 45 f.

Im Bereich des Rundfunks stand die Niederlassungsfreiheit in der Vergangenheit im Schatten der Dienstleistungsfreiheit, da bei knappen terrestrischen Übertragungskapazitäten eine Kabelweiterverbreitung für Rundfunkunternehmen eine größere Hörer-/Zuschauerquote versprach.¹⁶¹ Der Niederlassungsfreiheit kommt aber eine steigende Bedeutung in den Fällen zu, in denen sich ausländische Rundfunkveranstalter um eine nationale (digitale) Lizenz bemühen und daher planen, eine Zweigniederlassung in dem betreffenden Mitgliedstaat zu gründen.

Vom *Anwendungsbereich* der Niederlassungsfreiheit erfasst sind „Niederlassungen“. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist darunter die tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung in einem anderen Mitgliedstaat auf unbestimmte Zeit zu verstehen.¹⁶² Bei Gesellschaften kommt es nach Art. 48 EGV darauf an, dass sie nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates gegründet sind und sich ihr satzungsmäßiger Sitz, ihre Hauptniederlassung oder ihre Hauptverwaltung innerhalb der Gemeinschaft befinden. Ausgenommen vom Genuss der Grundfreiheit sind lediglich Gesellschaften, die keinen Erwerbzweck verfolgen. Die Niederlassungsfreiheit betrifft auch die Errichtung von Zweigniederlassungen. Solche können sowohl in rechtlich unselbstständiger Form (Agenturen und Zweigniederlassungen) als auch selbstständig (Tochtergesellschaften) betrieben werden.¹⁶³ Dem Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit unterfallen alle Vorschriften, die die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit unmittelbar oder auch nur mittelbar beeinflussen.¹⁶⁴

Die Niederlassungsfreiheit wird nicht nur verletzt, wenn die selbstständige Erwerbstätigkeit in einem Mitgliedstaat verhindert wird, sondern auch dann, wenn Erwerbstätige aufgrund ihrer Herkunft diskriminiert werden. Eine solche Diskriminierung hat der Gerichtshof in der Rechtssache *Kommission gegen Belgien* festgestellt. Eine nationale Regelung, die auf den Sitz der Gesellschaften bei der Vergabe einer Rundfunklizenz abhebt, stellt eine diskriminierende Maßnahme dar.¹⁶⁵ Die Gesetzgebung der flämischen Gemeinschaft sah vor, dass 51 % des Kapitals der nichtöffentlichen Fernsehgesellschaft, die sich an die gesamte Flämische Gemeinschaft wendete,

den Verlegern von Tageszeitungen und Wochenzeitungen niederländischer Sprache vorbehalten war, die ihren Firmensitz im niederländischen Sprachgebiet oder im zweisprachigen Gebiet Brüssel-Hauptstadt hatten. Ebenso wäre auch eine Regelung zu beurteilen, nach der sich das Kapital von Rundfunkveranstaltern mehrheitlich in der Hand eigener Staatsangehöriger befinden muss.¹⁶⁶

Eine ausdrückliche *Diskriminierung* von Staatsangehörigen aus anderen Mitgliedstaaten ist nur anhand der in Art. 46 EGV ausdrücklich aufgeführten Gründe zu rechtfertigen. Kulturelle Erwägungen gehören dabei nicht zu den – grundsätzlich eng auszulegenden – Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nach Art. 46 EGV.¹⁶⁷ Es wird allerdings darauf hingewiesen, dass der EuGH auch im Rahmen des Art. 56 EGV a.F. in der Rechtssache *Bond van Adverteerders*¹⁶⁸ die Aufrechterhaltung eines kulturellen und pluralistischen Charakters des Rundfunks zumindest erörtert habe. Eine Rechtfertigung sei im konkreten Fall lediglich deshalb abgelehnt worden, weil die nationale Regelung als nicht erforderlich und damit als unverhältnismäßig angesehen wurde.

Nach heute überwiegender Auffassung wird auch die Niederlassungsfreiheit zumindest in Kernbereichen wie der Frage des Marktzutritts bzw. der Standortwahl als *Beschränkungsverbot* verstanden. In diesem Fall wäre ein Vergleich mit der Lage der Inländer für die Feststellung eines Eingriffs nicht mehr als erforderlich anzusehen. Als Eingriff sind dann auch alle Regelungen zu bewerten, die die Ausübung der Grundfreiheit „behindern oder weniger attraktiv machen können“.¹⁶⁹ Eine neben der Diskriminierung das Niederlassungsrecht beschränkende und damit unzulässige Behinderung ist somit dann anzunehmen, wenn die Ausdehnung selbstständiger Tätigkeiten über das Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats hinaus aufgrund unterschiedslos anwendbarer Rechtsvorschriften des Aufnahmemitgliedstaats weniger attraktiv gestaltet ist, insbesondere durch das Entstehen zusätzlicher, nicht zu rechtfertigender Kosten.¹⁷⁰

161 Dörr, AfP 2003, 202, 206.

162 EuGH, C-55/94, Gebhard, Slg. 1995, I-4165, Rn. 25.

163 Lenz/Borchardt-Scheuer, Art. 43, Rn. 2.

164 Lenz/Borchardt-Scheuer, Art. 43, Rn. 2.

165 EuGH, C-211/91, Kommission/Belgien, Slg. 1992 I-6757, Rn. 1.

166 Beispiel nach Gündel in ZUM 2000, 1046, 1048 im Zusammenhang mit dem Sachverhalt der Entscheidung des EuGH, C-211/91, Kommission/Belgien, Slg. 1992 I-6757.

167 EuGH, C-211/91, Kommission/Belgien, Slg. 1992 I-6757, Rn. 11

(zur Rechtfertigung von Eingriffen in die Dienstleistungsfreiheit); Gündel, ZUM 1998, 1002, 1005 m.w.N.

168 EuGH, Rs. 352/85, *Bond van Adverteerders u.a./Niederlande – „Kabelregelung“*, Slg. 1988, 2085.

169 EuGH, C-55/94, Gebhard, Slg. 1995, I-4165, Rn. 37; weitere Nachweise bei Gündel, ZUM 2000, 1046, 1053.

170 Lenz/Borchardt-Scheuer Art. 43, Rn. 9 m.w.N.

Gegen dieses Verständnis der Niederlassungsfreiheit und seine Anwendung auf Unternehmen mit besonderen Daseinsvorsorgepflichten wurde eingewendet, dass dadurch das in Art. 86 Abs. 2 EGV vorausgesetzte Recht der Mitgliedstaaten, solche allgemein-wirtschaftlichen Pflichten zu definieren, leer laufe. Der EuGH hat jedoch deutlich gemacht, dass mit der Möglichkeit, besondere Pflichten zu definieren, noch nicht positiv über deren Zulässigkeit entschieden wurde. Vielmehr müssen die mit der Verpflichtung verbundenen Rechte auch mit allen anderen Bestimmungen des EGV vereinbar sein.¹⁷¹

Damit könnten die Vorschriften der Grundfreiheiten auch das nicht-grenz-überschreitende Fernsehen erfassen, wenn die Tätigkeit des Angehörigen eines Mitgliedstaats in Wahrnehmung seiner Niederlassungsfreiheit in einem anderen Mitgliedstaat ausgeübt wird. Damit sind auch die Vorschriften, die nach Art. 3 Abs. 1 Fernsehrichtlinie strengere oder ausführlichere Regeln für Fernsehveranstalter vorsehen, „die ihrer Rechtshoheit unterworfen“ sind – also in den betreffenden Mitgliedstaaten angesiedelt sind –, an den Anforderungen der Niederlassungsfreiheit zu prüfen.

Allerdings gilt der Maßstab des Beschränkungsverbots nur für den Marktzutritt selbst. Die Anforderungen an die Modalitäten der Berufsausübung im Rahmen der Niederlassungsfreiheit unterliegen weiter dem weniger weitgehenden Maßstab des Diskriminierungsverbots.¹⁷² Für die Niederlassungsfreiheit greift wohl weiterhin der Grundgedanke durch, dass es dem Niederlassungswilligen anders als dem Erbringer grenzüberschreitender Dienstleistungen zuzumuten ist, sich den Anforderungen der jeweiligen nationalen Rechtsordnung zu unterwerfen, sofern sie diskriminierungsfrei angewendet wird.¹⁷³ Gegen die für alle Veranstalter geltenden Regelungen über die Ausübung der (Rundfunk-)Tätigkeit können die im Sendestaat niedergelassenen Veranstalter aus anderen Mitgliedstaaten somit nicht aufgrund eines vermeintlichen Verstoßes gegen die Niederlassungsfreiheit vorgehen. Die Abgrenzung zwischen der Frage des Zugangs an sich (wie eines völligen Werbeverbots) und der allgemeinen Ausgestaltung der Tätigkeit ist allerdings noch nicht trennscharf definiert.¹⁷⁴

Soweit eine unterschiedslos geltende oder lediglich faktisch diskriminierende Regelung des mitgliedstaatlichen Rechts vorliegt, kann diese durch einen Grund des von der Rechtsprechung entwickelten Katalogs ungeschriebener *Rechtfertigungsgründe* gerechtfertigt werden. Eine solche Behinderung ist danach nur dann zulässig, wenn sie nicht nach Staatsangehörigkeit oder Niederlassungsort diskriminiert, dem Allgemeininteresse dient, zur Erreichung ihres Zwecks geeignet und notwendig sowie verhältnismäßig ist.¹⁷⁵ Aufgrund des grundsätzlichen Vorrangs des Europarechts¹⁷⁶ ist unerheblich, ob sich die beschränkende Regelung in einem formellen Gesetz wiederfindet oder durch einen Administrativakt erfolgt. Die Folge eines Verstoßes gegen die Niederlassungsfreiheit ist, dass jede entgegenstehende Bestimmung des staatlichen Rechts ohne weiteres unanwendbar wird.

Auf den Rundfunkbereich bezogen ergeben sich daraus folgende Grundsätze: Die Beschränkungen für private Rundfunkanbieter müssen, um vor dem Gemeinschaftsrecht Bestand zu haben, für in- wie ausländische Sender gleichermaßen gelten. Aufgrund der ungeschriebenen „zwingenden Gründe des Allgemeininteresses“ sind grundsätzlich Einschränkungen zum Schutz der Kultur und die Erhaltung eines pluralistischen Medienwesens möglich.¹⁷⁷ Auch können die Aufnahme und Ausübung selbstständiger Tätigkeiten von der Beachtung bestimmter durch das Allgemeininteresse gerechtfertigter Rechts- und Verwaltungsvorschriften abhängig gemacht werden. Abgelehnt hat der Gerichtshof das Vorliegen eines zwingenden Grunds des Allgemeininteresses allerdings dann, wenn die Maßnahmen allein zur Erhaltung des nationalen Rundfunkmonopols gegen die ausländische Sender gerichtet waren.¹⁷⁸ Nicht anerkannt sind ferner lediglich allgemeine wirtschaftliche Erwägungen.

Diese eröffnet den Mitgliedstaaten einen gewissen *Gestaltungsspielraum für ein nationales Medienrecht*. Dieser wird ihnen von der Rechtsprechung des EuGH auf zwei Ebenen eingeräumt. Die Mitgliedstaaten sind zunächst einmal in der Bestimmung des zu verfolgenden Ziels, also des Allgemeininteresses, nicht an gemeinschaftsrechtliche Vorgaben gebunden. Daneben besteht ein Spielraum der Mitgliedstaaten bei der konkreten gesetzlichen Ausgestaltung der Durchsetzung dieses Ziels.¹⁷⁹

171 EuGH, C-202/88, Frankreich u.a./Kommission, Slg. 1991, I-1223, Rn. 22; EuGH, C-353/89, Kommission/Niederlande, Slg. 1991 I-4069, Rn. 34 für den Bereich des Rundfunks.

172 EuGH, C-255/97, Pfeiffer/Löwa, Slg. 1999, I-2835, Rn. 19.

173 Gundel, ZUM 2000, 1046, 1055.

174 Gundel, ZUM 2000, 1046, 1054.

175 Geiger, Art. 50 EGV, Rn. 13; s. hierzu auch Lenz/Borchardt-Hakenberg, Art. 49/50 Rn. 25 ff.

176 Lenz/Borchardt-Hetmeier, Art. 249 Rn. 22 ff; EuGH, Rs. 6/64, Costa/Enel, Slg. 1964, 1251.

177 EuGH, C-368/95, Familiapress, Slg. 1997, I-3689, Rn. 18; EuGH, C-23/93, TV10, Slg. 1994, I-4795.

178 EuGH, C-260/89, ERT, Slg. 1991, I-487.

179 EuGH, C-275/92, Customs and Excise/Schindler, Slg. 1994, I-1039, Rn. 59.

Die konkreten Maßnahmen sind dann jedoch am Maßstab der Geeignetheit zu überprüfen. Entscheidend ist die Frage, ob die Maßnahmen das mit ihnen verfolgte Ziel objektiv erreichen können. Die mitgliedstaatliche Maßnahme muss zudem verhältnismäßig sein, d. h. es muss festgestellt werden, ob das von den Mitgliedstaaten angestrebte Ergebnis nicht durch weniger einschneidende Regelungen erreicht werden kann. Schließlich ist zu prüfen, ob das Verhältnis zwischen angestrebtem Ergebnis und Eingriff angemessen ist. Diese Verhältnismäßigkeitsprüfung dürfte die entscheidende Einschränkung des den Mitgliedstaaten eingeräumten Einschätzungs- und Gestaltungsspielraums sein.

Normen, die sich auf Vorgaben für die *Organisationsstruktur* der Rundfunkunternehmen beziehen, bedeuten für die betroffenen Unternehmen grundsätzlich eine größere Belastung als verhaltensbezogene. Dies ist insbesondere bei der Beurteilung der Angemessenheit im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Strukturbezogene Regelungen können Anforderungen sein, die an die bei einem Rundfunkunternehmen tätigen natürlichen Personen gestellt werden. Darunter fallen auch Zuverlässigkeitsanforderungen oder Maßnahmen, die eine gewisse Qualität und Pluralismus sichern sollen.

Auch Maßnahmen, die Vorgaben hinsichtlich der örtlichen Verbundenheit eines Rundfunkveranstalters mit dem von ihm zu erreichenden Adressatenkreis auferlegen, gehören zu den strukturbezogenen Regelungen. So hat die Europäische Kommission am 24.07.2003 ihren Beschluss bekannt gegeben, Deutschland im Wege des Vertragsverletzungsverfahrens nach Art. 226 EGV wegen der Vergabe der terrestrischen Rundfunklizenzen in Rheinland-Pfalz vor dem EuGH zu verklagen. Das Landesrundfunkgesetz und die Art und Weise seiner Anwendung durch die Landeszentrale für private Rundfunkveranstalter Rheinland-Pfalz (LPR) verstoßen nach Ansicht der Kommission gegen die Niederlassungsfreiheit und diskriminieren Rundfunkveranstalter anderer Mitgliedstaaten.¹⁸⁰ Die Kommission sieht in einigen Bestimmungen des Landesrundfunkgesetzes Rheinland-Pfalz in der Fassung vom 17.12.1998 Verstöße gegen die in Art. 43 EGV verbiefte Niederlassungsfreiheit sowie gegen die Grundsätze der Nichtdiskriminierung, der Notwendigkeit und der Verhältnismäßigkeit. Nach ihrer Ansicht werde in diesen Vorschriften die Lizenzerteilung gemeinschaftswidrig an eine Niederlassung in Rheinland-

Pfalz geknüpft. Die LPR bekenne sich in ihrer Vergabepaxis zudem klar zu einer Bevorzugung von Anbietern mit regionalem Bezug. Verschärft werde die Problematik durch die Tatsache, dass bis heute lediglich drei Lizenzen für landesweiten terrestrischen Hörfunk vergeben worden seien, die nach einer Änderung des Rundfunkgesetzes 1996 verlängert worden seien. Das Gesetz verlange ferner bei der Vergabe der zweiten und dritten Lizenz, dass der Bewerber Programme anbiete, die sich wesentlich von denen des ersten Lizenznehmers unterschieden. Deutschland stützt dagegen die Rechtmäßigkeit der Maßnahmen darauf, dass sie zum Schutz des Medienpluralismus notwendig seien. Die Lizenzverlängerung werde nicht automatisch vorgenommen und betreffe zudem Aus- wie Inländer. Eine Diskriminierung läge demzufolge nicht vor. Auch die Einschränkung weiterer Anbieter auf bestimmte Programm-Sparten diene allein dem Pluralismus und sei deswegen nicht diskriminierend. Da Deutschland zu den Erwägungen, die entsprechenden Regelungen zu ändern, keinen Zeitplan angegeben habe und die Gegenargumente nicht überzeugten, sah sich die Kommission zur Klageerhebung veranlasst.

Verhaltensbezogene Regelungen können sich in Handlungs- und Unterlassungspflichten äußern. Genannt seien die Regelungen der Fernsehrichtlinie, die sich auf die Werbung und das Sponsoring, die Quotenregelungen, den Jugendschutz und die so genannte Listenregelung über gesellschaftlich besonders relevante Ereignisse, die nur in frei-empfangbaren Programmen gezeigt werden dürfen, beziehen. Die Fernsehrichtlinie wird an anderer Stelle gesondert erörtert werden. Auch die Rundfunksendern auferlegten Programmverpflichtungen zählen zu diesen Pflichten.

Einen gewissen Entscheidungsspielraum bietet auch die Regelung zu Unternehmen, die mit *Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse* betraut sind, in Art. 86 Abs. 2 EGV. Für diese Unternehmen gelten die Vorschriften des EGV nur, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich verhindert. Grundsätzlich kann daher eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit über Art. 86 Absatz 2 EGV auch im Bereich des Rundfunks gerechtfertigt werden, da der öffentlich-rechtliche Rundfunk als ein derartiger Dienst von besonderem Interesse gedeutet werden kann. Damit

¹⁸⁰ Die Pressemitteilung der Kommission vom 24.07.2003 ist abrufbar unter http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action=getfile&gf&doc=IP/03/1103|0|RAPID&lg=DE&type=PDF, abgerufen am 28.11.2003.

wird den Mitgliedstaaten ermöglicht, den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten eine besondere Rolle einzuräumen, die auch eine Beschränkung der Grundfreiheiten mit sich bringen kann.

Das Konkurrenzverhältnis zwischen einer Rechtfertigung nach Art. 86 Abs. 2 EGV oder durch die richterrechtlich anerkannten „zwingenden Gründe des Allgemeininteresses“ ist zwar noch nicht abschließend geklärt. Jedoch ist in der Rechtsprechung des Gerichtshofs anerkannt, dass auch Art. 86 Abs. 2 EGV grundsätzlich geeignet ist, Eingriffe in die Grundfreiheiten zu rechtfertigen.¹⁸¹

Die Bestimmung hat spezielle und weitergehende Voraussetzungen, die im Rahmen der Darstellung des Beihilferechts näher erläutert werden.¹⁸² An dieser Stelle soll daher nur die spezifisch auf Art. 86 Abs. 2 EGV als Rechtfertigungsgrund für einen Eingriff in Grundfreiheiten abstellende Entscheidung im Fall VTM dargestellt werden.

Rundfunkrechtlich von Bedeutung ist die Entscheidung in der Rechtssache VTM. Das Programme für das flämische Publikum über Satellit ausstrahlende Rundfunkunternehmen VT4, eine Gesellschaft englischen Rechts mit Sitz in London, rügte die Rechtslage der Flämischen Gemeinschaft in Belgien, nach der es nur der VTM erlaubt war, Fernsehwerbung zu senden. Das Gesellschaftskapital der privatrechtlichen VTM hatte nach flämischem Recht ausschließlich aus Namensaktien zu bestehen und musste zu mindestens 51 % von Herausgebern von Tageszeitungen und Wochenblättern in niederländischer Sprache gezeichnet sein. Die Kommission hielt diese Regelung für nicht mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar. Für sie war die private Monopolgesellschaft VTM nicht mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut. Als eine derartige Aufgabe kam dabei nicht die Ausstrahlung von Werbung an sich in Betracht, sondern nur die Verbreitung des von dieser Werbung getragenen Programms. Zwar ist heute anerkannt, dass auch die Versorgung mit qualitativ hochwertigen und vielfältigen Fernsehprogrammen zu den von Art. 86 Abs. 2 EGV zu leistenden Diensten zählen kann.¹⁸³ Im Fall VTM kam die Kommission jedoch zu dem Ergebnis, dass für die Programmgestaltung der durch nationales Recht begünstigten VTM nur vage und allgemein formulierte Vorschriften bestanden

haben, die ihr keine besonderen Lasten auferlegt hatten. Die so genannte Grundversorgung, deren Erbringung unter den Art. 86 Abs. 2 EGV subsumiert werden könne, sei vom Gesetzgeber dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk zugeordnet gewesen, für den strengere Regeln gegolten hätten.¹⁸⁴

Das Gericht bestärkte die Auffassung der Kommission, dass ein aufgrund staatlicher Genehmigung bestehendes Monopol zu Gunsten eines privaten Veranstalters, als einziger Fernsehsendungen mit Werbung ausstrahlen zu dürfen, gegen Art. 86 in Verbindung mit Art. 43 EGV verstößt. Zwar können eine bestimmte Kulturpolitik und die Erhaltung des Pluralismus der flämischen Presse zwingende Gründe des öffentlichen Interesses darstellen, die eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit rechtfertigen könnten. Die flämischen Vorschriften seien aber nicht geeignet, die Verwirklichung dieser Ziele zu gewährleisten, und gingen über das dafür Erforderliche hinaus. In einem obiter dictum weist das Gericht darauf hin, dass auch die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks durch Mittel, die als Beihilfen im Sinne des Vertrages angesehen werden können, die Zuweisung eines solchen Werbemonopols nicht zu rechtfertigen vermag. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk sei mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut und befinde sich somit in einer besonderen Lage. Auch folge aus dem Umstand, dass eine öffentlich-rechtliche Sendeanstalt staatlich bezuschusst werde, nicht zwangsläufig, dass einer privaten Sendeanstalt ein Exklusivrecht zur Ausstrahlung von Werbung einzuräumen wäre.

bb) Kapitalverkehrsfreiheit

Die Kapitalverkehrsfreiheit gemäß Art. 56 ff. EGV könnte eine Beschränkung des dargestellten mitgliedstaatlichen Beurteilungsspielraum bedeuten, wenn durch sie bestimmte Schutzpflichten für ausländisches Kapital begründet werden. Eine solche Konstellation könnte den Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten gerade gegenüber ausländischen Investoren, die im Rundfunkbereich tätig werden, einschränken.

Der Begriff des *Kapitalverkehrs* ist im EGV nicht definiert. Er ist in der Rechtssetzungspraxis des Rates weit gefasst worden und umfasst alle auf Geld oder Sachkapital bezogenen Transaktionen, die nicht direkt durch den

¹⁸¹ EuGH, C-159/94, Kommission/Frankreich, Slg. 1997, I-5815, Rn 43.

¹⁸² S. Kapitel II, Punkt 1. c) dd) (4).

¹⁸³ KOM, Entscheidung vom 11.06.1993, IV/32.150, EBU – Eurovisionssystem, ABl. EG Nr. L 179 vom 22.07.1993, S. 23, Rn. 78; EuG, T-266/97, Vlaamse Televisie Maatschappij, Slg. 1999, II-2329, Rn. 120.

¹⁸⁴ KOM, Entscheidung vom 26.06.1997, ABl. EG Nr. L 244 vom 06.09.1997, S. 18, Rn. 14.

Waren- und Dienstleistungsverkehr bedingt sind.¹⁸⁵ Damit wird er definiert als einseitige Wertübertragung in Form von Sachkapital (Immobilien, Unternehmensbeteiligungen) oder in Form von Geldkapital aus einem Mitgliedstaat in einen anderen, die regelmäßig zugleich eine Vermögensanlage darstellt.¹⁸⁶

Art. 56 Abs. 1 EGV ordnet die Beseitigung aller direkten und indirekten legislativen, administrativen und sonstigen *Beschränkungen* an, denen grenzüberschreitende Kapitalbewegungen unterliegen könnten. Liberalisiert wird somit der Kapitalzufluss, -durchfluss und -abfluss. Die Grenzüberschreitung von Kapital erfolgt in der Form von Geld oder Wertpapieren, die beweglicher sind als Waren, weshalb das Kapital selbst, nicht der Kapitalleistende oder -empfänger von Beschränkungen befreit wird.¹⁸⁷

Bei Anwendung der so genannten Dassonville-Formel¹⁸⁸ ist jede Maßnahme untersagt, die geeignet wäre, den freien Kapitalverkehr unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern. Es besteht allerdings die Möglichkeit der *Rechtfertigung* einer (nicht-diskriminierenden) Beschränkung aus wichtigem Grund. Nach der Cassis-de-Dijon-Rechtsprechung erfordert eine solche Rechtfertigung das Vorliegen eines zwingendes Erfordernisses sowie die Eignung der staatlichen Regelung zur Erreichung des Ziels. Wie bei der Niederlassungsfreiheit erörtert, muss die staatliche Maßnahme erforderlich und angemessen sein.

Besondere *Schutzpflichten* für eingesetztes, ausländisches Kapital ergeben sich aus dem Recht des Kapitalverkehrs nicht.¹⁸⁹ Allenfalls wird vertreten, dass Beschränkungen in mitgliedstaatlichen Vorschriften, die Genehmigungsverfahren für Investitionen in bestimmte Unternehmen wie den Erbringern von Diensten im allgemeinen Interesse vorsehen, nicht zu rechtfertigen sind. Soweit solche Vorschriften verhindern sollen, dass EG-Ausländer vom Erwerb des Gesellschaftskapitals von vorneherein oder ab einer bestimmten Beteiligungsgrenze ausgeschlossen sind, seien diese Vorschriften als diskriminierend einzustufen. Damit käme allein Art. 58 Abs. 1 lit. b) EGV, also die Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, als Rechtfertigungsgrund in Frage.

¹⁸⁵ Geiger, Art. 56 EGV, Rn. 3.

¹⁸⁶ Lenz/Borchardt-Weber, Vor Art. 56-60, Rn. 8.

¹⁸⁷ Lenz/Borchardt-Weber Art. 56 Rn. 6.

¹⁸⁸ Anwendbarkeit nach Lenz/Borchardt-Weber Art. 56 Rn. 14 gegeben.

¹⁸⁹ Calliess/Ruffert-Bröhmer, Art. 56, Rn. 51.

Die vom EuGH entschiedene Rechtssache Veronica¹⁹⁰ hatte eine andere Zielrichtung. Gegenstand des Verfahrens waren niederländische rundfunkrechtliche Vorschriften, die die Tätigkeit von Rundfunkunternehmen einer umfassenden Genehmigungspflicht unterwarfen. Um eine Umgehung dieser Anforderungen zu vermeiden, versuchte die niederländische Aufsichtsbehörde, einem inländischen Unternehmen die Gründung einer ausländischen Aktiengesellschaft mit dem Ziel der Rundfunkveranstaltung, die Beteiligung an deren Kapital oder andere Unterstützungsmaßnahmen zu untersagen, da deren Programm im Inland verbreitet werden sollte. Zwar ist der EuGH der Ansicht, dass mitgliedstaatliche Regelungen, die grenzüberschreitende Kapitalbeteiligungen verbieten, als Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit zu bewerten seien.¹⁹¹ Das konkrete Genehmigungserfordernis für Rundfunkunternehmen diene nach Ansicht des EuGH jedoch der Erhaltung eines pluralistischen und nicht-kommerziellen Rundfunksystems. Diese Ziel liege im Allgemeininteresse und könne Einschränkungen der Kapitalverkehrsfreiheit dann rechtfertigen, wenn der konkrete Auslandsbezug nur dazu diene, sich den Verpflichtungen des niederländischen Rechts zu entziehen.¹⁹²

Ansatzpunkte für einen Schutz des eingesetzten Kapitals lassen sich allenfalls über den bereits dargestellten Schutz der Niederlassung im Gemeinschaftsrecht herleiten.

cc) Dienstleistungsfreiheit

Zweck der in Art. 49 bis 55 EGV geregelten Dienstleistungsfreiheit ist es, Unternehmen und freien Berufen auf einfache Weise Zugang zu einem erweiterten europäischen Dienstleistungsmarkt zu ermöglichen, ohne hierfür das Instrumentarium von Gesellschaftsneugründungen, Agentureinrichtungen oder ähnlichen Niederlassungen in Anspruch nehmen zu müssen.

Unter „*Dienstleistungsfreiheit*“ versteht man das Recht, unbehindert von einem Mitgliedstaat aus einzelne Dienstleistungstätigkeiten in einem anderen Land zu erbringen, ohne dort eine ständige Niederlassung zu unterhalten.

¹⁹⁰ EuGH, C-148/91, Veronica, Slg. 1993 I-487.

¹⁹¹ EuGH, C-148/91, Veronica, Slg. 1993 I-487, Rn. 15.

¹⁹² EuGH, C-148/91, Veronica, Slg. 1993 I-487, Rn. 13, 15.

„Dienstleistungen“ sind daher nach Art. 50 Abs. 1 EGV Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, soweit sie nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr und über die Freizügigkeit von Personen unterliegen.

Bereits in einer frühen Entscheidung hat der Gerichtshof im Jahr 1974 eine Entscheidung zu der Frage getroffen, ob *Fernsehsendungen* der Warenverkehrs- oder der Dienstleistungsfreiheit zuzuordnen seien.¹⁹³ Der Gerichtshof hat in mittlerweile ständiger Rechtsprechung grenzüberschreitende Rundfunk- und Fernsehsendungen einschließlich der Übertragung von Programmen in Kabelnetzen als Dienstleistungen im Sinne des Art. 49 EGV aufgefasst.¹⁹⁴ In einigen Fällen hat der Gerichtshof nationale Maßnahmen im Bereich des Rundfunkrechts als eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit angesehen. Inhaltlich betrafen die Entscheidungen zum Beispiel die Beschränkung der Sendedauer und -häufigkeit von Werbung, Regelung der Rundfunkorganisation sowie Anforderungen an Programminhalte.

Diese Dienstleistungsfreiheit ist *gegenüber der Niederlassungsfreiheit subsidiär*. Aufgrund der oben genannten negativen Definition der Dienstleistung und der Dienstleistungsfreiheit und ist zunächst zu überprüfen, ob eine bestimmte Tätigkeit nicht einer der anderen Grundfreiheiten zuzuordnen ist. Gegenüber der Niederlassungsfreiheit muss die Tätigkeit, um Art. 49 ff. EGV zu unterfallen, zeitlich beschränkt bleiben (Art. 50 spricht von „vorübergehender“ Ausübung). Dies schließt es nach der Rechtsprechung jedoch nicht aus, eine bestimmte Infrastruktur (Büro, Praxis oder Kanzlei) im Dienstleistungsstaat zu unterhalten, falls dies für die Leistungserbringung erforderlich ist. Die Abgrenzung hat unter Berücksichtigung von Natur, Zweck und Umfang der Dienstleistung und dem Tätigkeitsschwerpunkt zu erfolgen, soweit konkrete vertragliche Abmachungen zwischen den Parteien keinen genaueren Aufschluss geben. Als Kriterien können die Fragen, wo das Entgelt bezahlt wird, die Wohnsituation des Dienstleistungserbringers, die Aufrechterhaltung oder Aufgabe der ursprünglichen Betriebsräume herangezogen werden.¹⁹⁵ Für den Rundfunk spricht vieles dafür, dass die oben genannten Anknüpfungspunkte der Niederlassungsfreiheit (und der Kapitalverkehrs-

freiheit) und die hier zu erörternde Dienstleistung (Veranstaltung von Rundfunk als Dienstleistung) sich nicht überschneiden, mithin eine Konkurrenzsituation nicht gegeben ist.

Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit hat der EuGH dann anerkannt, wenn sie durch Gründe nichtwirtschaftlicher Art, die im öffentlichen Interesse liegen, *gerechtfertigt* sind. Daher hat er in einem frühen Urteil festgestellt, dass ein Fernsehmonopol als solches nicht gegen das Gemeinschaftsrecht verstößt,¹⁹⁶ in einem späteren Urteil aber dargelegt, dass die Ausgestaltung und Ausübung eines solchen Monopols gegen die Gewährleistung des freien Dienstleistungsverkehrs verstoßen kann.¹⁹⁷ Ein Verstoß kann insbesondere dann vorliegen, wenn ein Monopol dazu führt, dass Fernsehsendungen aus anderen Mitgliedstaaten gegenüber inländischen Sendungen diskriminiert werden. Vorschriften mit diskriminierender Wirkung können gemäß Art. 55 und Art. 46 EGV¹⁹⁸ allenfalls aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sein. Insofern kann grundsätzlich auf die Ausführungen zur Niederlassungsfreiheit verwiesen werden. Solche Beschränkungen sind allerdings ihrerseits unter Beachtung der aus Art. 10 EMRK abgeleiteten Meinungsfreiheit zu beurteilen.¹⁹⁹

Als weiteres Beispiel für einen *diskriminierenden Eingriff* in die Dienstleistungsfreiheit im Rundfunkbereich und zur Verdeutlichung der Grenzen des mitgliedstaatlichen Spielraums bei der Ausgestaltung von *Werberegeln* kann die Rechtssache Bond van Adverteerders herangezogen werden.²⁰⁰ Um das damalige niederländische Rundfunksystem auch gegen Werbung abzusichern, die gezielt über ausländische Sender ausgestrahlt wurde, die über Kabel-, Terrestrik- oder Satellitenverbindungen in den Niederlanden empfangen werden konnten, wurde 1984 eine das Rundfunkgesetz flankierende Ministerialverordnung („Kabelregelung“) erlassen. Diese verbot solche vom Ausland angebotenen Programme, die entweder speziell für das niederländische Publikum bestimmte Werbemitteilungen enthielten bzw. ganz allgemein mit niederländischen Untertiteln arbeiteten. Der EuGH stellte in seinem Urteil klar, dass das Werbeverbot eine zweifache Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs enthält. Zum einen hindere es die in einem

193 EuGH, Rs. 155/73, Sacchi, Slg. 1974, 409, Rn. 6.

194 EuGH, Rs. 52/79, Debaue, Slg. 1974, 409; EuGH, Rs. 352/85, Bond van Adverteerders u. a./Niederlande – „Kabelregelung“, Slg. 1988, 2085; EuGH, C-288/89, Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda u. a./Commissariaat voor de Media – „Gouda“, Slg. 1991, I-4007; EuGH, C-23/93, TV10 SA/Commissariaat voor de Media – „TV10“, Slg. 1994, I-4795.

195 Kriterien nach Lenz/Borchardt-Hakenberg Art. 49/50 Rn. 11.

196 EuGH, Rs. 155/73, Sacchi, Slg. 1974, 409, Rn. 6.

197 EuGH, C-260/89, ERT, Slg. 1991, I-2925, Rn. 12, 20, 24f.

198 Art. 55 EGV n.F. entspricht Art. 66 EGV a.F., Art. 46 EGV n.F. entspricht Art. 56 EGV a.F.

199 Dies fordert ebenfalls die Kommission, s. die Mitteilung der Kommission über die Anwendung der allgemeinen Grundsätze des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs – Art. 28 und 49 EGV – auf dem Gebiet der Nutzung von Parabolantennen, KOM(2001) 531 endg. vom 27.06.2001, Kapitel II, 2., S. 11.

200 EuGH, Rs. 352/85, Bond van Adverteerders, Slg. 1988, 2085.

Mitgliedstaat (Niederlande) ansässigen Betreiber von Kabelnetzen daran, die von in anderen Mitgliedstaaten niedergelassenen Fernsehsendern angebotenen Programme weiterzuleiten, zum anderen werde diesen Sendern zu Gunsten von im Empfangsstaat ansässigen Werbefirmen verboten, Werbung aufzunehmen, die sich speziell an das Publikum dieses Staates richten.²⁰¹ Für eine Bewertung der Frage einer Diskriminierung sei dabei nicht die Lage der niederländischen Fernsehveranstalter, die selbst auch keine Werbung senden durften, mit der der ausländischen Sender zu vergleichen, sondern es sei auf die Gesamtlage des niederländischen Rundfunks im Vergleich zu der Situation der ausländischen Sender abzustellen.²⁰² Dieser Vergleich ergebe eine Diskriminierung der ausländischen Sender, da sie gänzlich daran gehindert würden, über ihr Programm speziell für das niederländische Publikum bestimmte Werbesendungen auszustrahlen, während die niederländischen Veranstalter von dem Monopol der niederländischen Werbegesellschaft STER profitierten, deren Gewinne über den Staat an die Sender ausgeschüttet würden.²⁰³ Der EuGH lässt es in seinem Urteil dahingestellt sein, ob der von der niederländischen Regierung mit der Verordnung verfolgte Zweck, die Aufrechterhaltung des nichtkommerziellen und damit pluralistischen Charakters des inländischen Rundfunks, zu den Gründen der öffentlichen Ordnung zu zählen ist. Eine Rechtfertigung sei aufgrund der Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in jedem Fall nicht möglich.²⁰⁴

Diskriminierungen sind aber auch im Bereich der Infrastruktur möglich, sodass insbesondere in den Fällen der mitgliedstaatliche Handlungsspielraum durch die Dienstleistungsfreiheit eingeschränkt ist, in denen ein Rundfunkunternehmen auch die Übertragungswege kontrolliert. In der Sache *ERT* hatte der EuGH über das griechische Rundfunksystem zu entscheiden.²⁰⁵ Dort war einem öffentlichen, unter der Aufsicht des Staates stehenden Unternehmen das nationale Monopol für die Ausstrahlung eigenproduzierter und die Übertragung fremdproduzierter Sendungen übertragen worden. Nach Ansicht der Kommission ermöglicht es die Zusammenfassung des Ausstrahlungs- und Übertragungsmonopols bei einem Unternehmen diesem, seine eigenen Programme auszustrahlen und gleichzeitig die Übertragung von Programmen aus anderen Mitgliedstaaten zu beschränken. Diese

Möglichkeit könne – wenn keine Garantie für die Übertragung von Programmen aus anderen Mitgliedstaaten vorgesehen sei – das Unternehmen dazu veranlassen, seine eigenen Programme gegenüber ausländischen Programmen zu bevorzugen. In einem derartigen System bestehe daher die Gefahr, dass die Chancengleichheit zwischen der Ausstrahlung eigener Programme und der Übertragung von Programmen aus anderen Mitgliedstaaten erheblich beeinträchtigt werde.²⁰⁶ Der Gerichtshof hat die rechtliche Konstruktion in diesem Fall nicht beanstandet. Eine Diskriminierung und damit ein Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit ist aber unter Zugrundelegung der Ausführungen des Gerichts zumindest denkbar, da der EuGH die Frage, ob die Zusammenfassung des ausschließlichen Rechts zur Ausstrahlung mit dem zur Übertragung fremder Programme tatsächlich zu einer Diskriminierung von Sendungen aus anderen Mitgliedstaaten führe, als Beurteilung des Sachverhalts einordnet. Diese sei Sache des vorlegenden Gerichts, das in diesem Fall keine Ausführungen unterbreitet hatte.²⁰⁷

Auch bei der Prüfung *nicht-diskriminierender* Bestimmungen auf ihre Vereinbarkeit mit der Dienstleistungsfreiheit stellt sich zunächst die Frage, ob Gemeinschaftsrecht anzuwenden ist. Hierzu kann auf die Ausführungen zur Niederlassungsfreiheit verwiesen werde.

Rundfunkrechtlich ist für strukturbezogene Vorgaben die Entscheidung des Gerichtshofs in der Rechtssache „Gouda“ von besonderer Bedeutung.²⁰⁸ Der Gerichtshof hatte die Frage zu beurteilen, ob eine nationale Regelung mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist, die Voraussetzungen dafür aufstellt, dass von anderen Mitgliedstaaten aus gesendete Hörfunk- und Fernsehprogramme, die speziell für das niederländische Publikum bestimmte Werbung enthalten, per Kabel übertragen werden dürfen. Diese Frage stellte sich in einem Rechtsstreit zwischen zehn Betreibern von Kabelrundfunkeinrichtungen und der mit der Aufsicht über die Nutzung von Kabelsystemen betrauten Einrichtung, dem Commissariaat voor de Media. Im Verfahren ging es speziell um die Voraussetzungen, die das niederländische Rundfunkgesetz für die Ausstrahlung von Werbemittellungen aufstellt, die in vom Ausland aus gesendeten Hörfunk- oder Fernsehprogrammen enthalten sind. Nach Auffassung der Betreiber der Kabelrundfunkeinrichtungen verstößen diese

201 EuGH, Rs. 352/85, *Bond van Adverteerders*, Slg. 1988, 2085, Rn. 22.

202 EuGH, Rs. 352/85, *Bond van Adverteerders*, Slg. 1988, 2085, Rn. 24.

203 EuGH, Rs. 352/85, *Bond van Adverteerders*, Slg. 1988, 2085, Rn. 26.

204 EuGH, Rs. 352/85, *Bond van Adverteerders*, Slg. 1988, 2085, Rn. 39.

205 EuGH, C-260/89, *ERT*, Slg. 1991, I-2925.

206 EuGH, C-260/89, *ERT*, Slg. 1991, I-2925, Rn. 22.

207 EuGH, C-260/89, *ERT*, Slg. 1991, I-2925, Rn. 23. Zu den Verhandlungen über die Anmietung der Sendeanlagen durch ATV+ s. Der Standard, „ORF und ATV+ verhandeln über Sendeanlagen“, Meldung vom 24.10.2003, abrufbar unter <http://derstandard.at/druck.asp?id=1461243> (abgerufen am 02.02.2004).

208 EuGH, C-288/89, *Gouda*, Slg. 1991, I-4007.

Voraussetzungen gegen die damaligen Art. 59 ff. EGV. Nach Ansicht des Gerichtshofs verbietet es Art. 59 EGV den Mitgliedstaaten, die Angehörigen anderer Mitgliedstaaten wegen ihrer Staatsangehörigkeit oder wegen des Umstandes, dass der Leistungserbringer nicht in dem Mitgliedstaat ansässig ist, in dem die Leistung erbracht werden soll, im Vergleich zu den eigenen Angehörigen schlechter zu behandeln. Bis zu einer europäischen Harmonisierung können Behinderungen des freien Dienstleistungsverkehrs aber auch daher rühren, dass innerstaatliche Vorschriften, die alle im Inland, also in den Niederlanden, ansässigen Personen erfassen, auch auf die im Gebiet eines anderen Mitgliedsstaats ansässigen Erbringer von Dienstleistungen angewandt werden, diese also nicht diskriminieren, sondern gleich behandeln. Allerdings müssen diese bereits den Rechtsvorschriften des anderen Mitgliedstaats – hier Luxemburg – genügen.

Nicht-diskriminierende Behinderungen, die in gleicher Weise inländische wie im Ausland ansässige Rundfunkanbieter treffen, sind nur aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gemeinschaftsrechtlich zulässig. Zwingende Gründe des Allgemeininteresses können nach Ansicht des EuGH in Bezug auf Werbebeschränkungen der Schutz des Verbrauchers vor einem Übermaß an Werbung und die Sicherung eines bestimmten Programmstandards, die Aufrechterhaltung eines pluralistischen Rundfunkwesens als Konkretisierung des Art. 10 EMRK, sein. Wirtschaftliche Ziele wie der Schutz der wirtschaftlichen Grundlagen der inländischen Anbieter können auch im Fall der sonstigen Behinderungen keine zwingenden Gründe des Allgemeininteresses sein.

Voraussetzungen, die an die organisatorische Struktur von im Rundfunksektor tätigen ausländischen Anstalten anknüpfen, damit diese – wie im vorliegenden Fall – Sendungen in den Niederlanden ausstrahlen können, sind nach Ansicht des Gerichts nicht als objektiv dafür erforderlich zu sehen, das allgemeine Interesse an der Erhaltung eines pluralistischen nationalen Rundfunkwesens zu wahren. Es fehle insoweit an der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme. Wenn außerdem Werbebeschränkungen sich allein auf für das inländische, niederländische Publikum bestimmte Werbemitteilungen beziehen, sind sie nicht durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt. Denn sie sollen den eventuellen Wettbewerb ausländischer Sendeanstalten mit einer inländischen Anstalt beschränken.

Ebenfalls infrastrukturelle Vorgaben eines Mitgliedsstaats betraf die Entscheidung des Gerichtshofs in der Rechtssache *Mediawet II*.²⁰⁹ In dem Verfahren ging es um die Frage, ob die Niederlande ihre inländischen Sendeanstalten verpflichten durften, sich bei der Produktion von Hörfunksendungen vollständig und bei Fernsehsendungen zum überwiegenden Teil der technischen Mittel einer staatlichen Gesellschaft zu bedienen. Da ausländische Anbieter ihre Dienstleistungen zur Erstellung von Rundfunksendungen nicht oder nur eingeschränkt anbieten können, kommt der staatlichen Maßnahme eine Beschränkungswirkung zu. Der Gerichtshof akzeptierte den Schutz der Meinungsfreiheit als einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses, der Beeinträchtigungen der Dienstleistungsfreiheit rechtfertigen könne.²¹⁰ Doch stellte er fest, dass die Verpflichtung der Sendeanstalten, ihre Sendungen ganz oder zum Teil von einem inländischen Unternehmen herstellen zu lassen, über das vom Mitgliedstaat verfolgte Ziel hinausgehe. Die Meinungsvielfalt im Rundfunksektor eines Mitgliedstaats könne in keiner Weise dadurch beeinträchtigt werden, dass den einzelnen landesweit tätigen Sendeanstalten die Möglichkeit gegeben werde, Dienstleistungen aus anderen Mitgliedstaaten in Anspruch zu nehmen.²¹¹

Nicht-diskriminierend ist auch die Behinderung der Aufstellung von Parabolantennen und des Empfangs von grenzüberschreitenden Rundfunksendungen durch diese. Parabolantennen ermöglichen den Empfang von Satellitenrundfunk aus vielen oder allen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft.²¹² Bei Fernsehsendungen handelt es sich um Dienstleistungen im Sinne des Art. 50 EGV.²¹³ Sie werden in der Regel gegen Entgelt erbracht und haben durch ihre oft europaweite Ausstrahlung einen grenzüberschreitenden Bezug.²¹⁴ Die oft nur mit Parabolantennen empfangbaren Fernsehsendungen unterfallen somit der Freiheit des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs nach Art. 49 EGV.²¹⁵ Die Behinderung ihrer Ausübung ist grundsätzlich verboten.

Aus der Geltung dieses Freiheitsrechts für die Nutzung von Parabolantennen schließt die Europäische Kommission, dass die Möglichkeit, eine Parabolantenne zu nutzen – auch mit Blick auf Art. 10 EMRK –, jedem Bürger zusteht.

209 EuGH, C-359/89, *Mediawet II*, Slg. 1991 I-4069.

210 EuGH, C-359/89, *Mediawet II*, Slg. 1991 I-4069, Rn. 30.

211 EuGH, C-359/89, *Mediawet II*, Slg. 1991 I-4069, Rn. 31.

212 Mitteilung der Kommission über die Anwendung der allgemeinen Grundsätze des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs – Art. 28 und 49 EGV – auf dem Gebiet der Nutzung von Parabolantennen, KOM(2001)351 endg., vom 27.06.2001, S. 5.

213 EuGH, Rs. 155/73, *Sacchi*, Slg. 1974, 409.

214 Streinz, *Europarecht*, Rn. 666; EuGH, Rs. 352/85, *Bond van Adverteerders*, Slg. 1988, 2085.

215 S. ausführlich *Roßnagel/Sosalla/Kleist*, *Zugang zur digitalen Satellitenverbreitung*, S. 77.

Die Wahl seines Empfangsmittels muss der Empfänger selbst treffen können. Dies verbietet grundsätzlich Regelungen, die die Nutzung von Antennen beeinträchtigen oder die den Einsatz alternativer Empfangssysteme begünstigen. Aus dem Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs ergibt sich somit eine Verpflichtung für die nationalen Instanzen, sich gegenüber den verschiedenen technischen Mitteln, die den Nutzern zur Verfügung stehen, neutral zu verhalten.²¹⁶

Zwar ist es Sache der Mitgliedstaaten, ob sie in ihren jeweiligen Rechtsordnungen Bedingungen festlegen, die bei der Montage und Nutzung von Parabolantennen zu beachten sind. Problematisch können diese Vorschriften jedoch werden, wenn sie auf die Empfangsmöglichkeiten und damit auch auf die Verbreitung der Dienstleistung Satellitenfernsehen Einfluss nehmen. Dies ist etwa der Fall, wenn in manchen Mitgliedstaaten nur Geräte vermarktet und genutzt werden dürfen, die einen bestimmten technischen Stand aufweisen. Hierdurch kann die Dienstleistungsfreiheit betroffen werden, wenn die in Frage stehenden Vorschriften sich indirekt behindernd auswirken.²¹⁷ Vorschriften bezüglich des Durchmessers oder der Empfangsfrequenzbänder einer Parabolantenne könnten zur Folge haben, dass das Empfangen derjenigen grenzüberschreitenden Fernsehprogramme, für das zum Beispiel ein ausreichender Durchmesser der Anlage nötig ist, erschwert wird.²¹⁸ Erst recht wäre eine obligatorische²¹⁹ Genehmigungspflicht²²⁰ oder eine Abgabe²²¹ für das Aufstellen solcher Antennen europarechtswidrig, weil

216 Mitteilung der Kommission über die Anwendung der allgemeinen Grundsätze des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs – Art. 28 und 49 EGV – auf dem Gebiet der Nutzung von Parabolantennen, KOM(2001)351 endg., vom 27.06.2001, S. 12, 18f.; s. hierzu auch Roßnagel/Sosalla/Kleist, Zugang zur digitalen Satellitenverbreitung, S. 77.

217 S. zum Mietrecht ausführlich Roßnagel/Sosalla/Kleist, Zugang zur digitalen Satellitenverbreitung, S. 113 ff.

218 S. Roßnagel/Sosalla/Kleist, Zugang zur digitalen Satellitenverbreitung, S. 106 ff.

219 Etwas anderes mag für kommunale Satzungen gelten, die für eine beschränkte Zahl von Gebäuden eine solche Genehmigung z. B. zum Ensembleschutz vorsehen.

220 Mitteilung der Kommission über die Anwendung der allgemeinen Grundsätze des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs – Art. 28 und 49 EGV – auf dem Gebiet der Nutzung von Parabolantennen, KOM(2001)351 endg., vom 27.06.2001, S. 14f. In Deutschland fällt die Parabolantenne gemäß den jeweiligen Landesbauordnungen – s. z. B. § 64 Abs. 1 Nr. 2i SaarLBO – unter die genehmigungsfrei zu errichtenden Vorhaben. Der Genehmigungsvorbehalt des Art. 10 Abs. 1 Satz 3 EMRK gilt nur für Veranstalter, nicht für Zuschauer.

221 Mitteilung der Kommission über die Anwendung der allgemeinen Grundsätze des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs – Art. 28 und 49 EGV – auf dem Gebiet der Nutzung von Parabolantennen, KOM(2001) 351 endg., vom 27.06.2001, S. 17 ff. Zwar anerkennt die Kommission, dass die Abgabenordnung nach derzeitigem Stand des Gemeinschaftsrechts in den Zuständigkeitsbereich der Mitgliedstaaten fällt, doch müssten diese ihre Kompetenzen unter Wahrung des Gemeinschaftsrechts ausüben. Als besonders schädlich beurteilt die Kommission die Folgen für die Verwirklichung des Binnenmarkts unter dem Gesichtspunkt der grenzüberschreitenden Kommunikation sowie für die technologische Entwicklung der über Satellit übertragenen Dienste.

solche Maßnahmen einen noch stärkeren Eingriff in die Grundfreiheiten darstellen. In seinem Urteil vom 29.11.2001 stellte auch der EuGH fest, dass Art. 49, 50 und 55 EGV einer Sonderabgabe für Parabolantennen entgegenstehen.²²²

Der Sinn und Zweck der Grundfreiheiten wird jedoch dann konterkariert, wenn sich ein Unternehmen nur zu dem Zweck in einem Mitgliedstaat niederlässt, um den Vorschriften des Landes, auf das sich seine Geschäftstätigkeit eigentlich ausrichtet, zu entgehen. Diese *Umgehungsproblematik* beschäftigte den EuGH in der Rechtssache TV 10/Commissariaat voor de Media.²²³ Das niederländische Rundfunkgesetz („Mediawet“) enthielt unterschiedliche Regelungen für Rundfunk mit Ursprung in den Niederlanden und für die Verbreitung von Programmen, die vom Ausland aus gesendet wurden. Die klagende Sendeanstalt ließ sich in Luxemburg nieder und begann, Sendungen gemäß den luxemburgischen Rechtsvorschriften auszustrahlen. Sie erhielt daher von den Behörden dieses Landes die Erlaubnis, ihre Programme über den Satelliten Astra zu verbreiten, der sie auch auf das Gebiet der Niederlande ausstrahlt. Die beklagte niederländische Rundfunkbehörde betonte jedoch, dass die laufende Geschäftsführung der Klägerin weitgehend von niederländischen Staatsangehörigen wahrgenommen werde und dass ihre Programme hauptsächlich zur Verbreitung in den Kabelrundfunkeinrichtungen Luxemburgs und der Niederlande bestimmt seien. Die Behörde zog hieraus den Schluss, dass sich die Klägerin in Luxemburg niedergelassen habe, um sich den für inländische Anstalten geltenden niederländischen Rechtsvorschriften zu entziehen. Sie folgerte hieraus, dass die Klägerin nicht als eine ausländische Sendeanstalt im Sinne des niederländischen Rundfunkgesetzes angesehen werden könne und dass ihre Programme demnach nicht über das Kabel in den Niederlanden übertragen werden könnten.

222 EuGH, C-17/00, De Coster, Slg. 2001, I-9445, Rn. 31. Eine solche Abgabe sei eine unzulässige Beschränkung und stelle somit eine Behinderung sowohl für die Zuschauer als auch für die auf Satellitenübertragung angewiesenen Anbieter dieser Anlagen dar. Der EuGH stellt in den Entscheidungsgründen fest, dass die Einführung einer Abgabe auf Parabolantennen den Empfang über Satellit ausgestrahlter Fernsehsendungen mit einer Belastung belegt, der Kabelempfang aber keiner entsprechenden Abgabe unterliege. Weiter wurde ausgeführt, dass die in der Gemeinde Watermael-Boitsfort wohnhaften Empfänger von Fernsehdienstleistungen durch die Handhabung der Abgabenverordnung davon abgehalten werden können, Zugang zu Fernsehsendungen aus anderen Mitgliedstaaten anzustreben, da der Empfang derartiger Sendungen mit einer Abgabe belastet ist, der Sendungen in Belgien niedergelassener Rundfunkanbieter, die regelmäßig im Kabel verbreitet werden, nicht unterliegen (Rn. 32, 33). Zum von der Gemeinde vorgebrachten Rechtfertigungsgrund, sich einer ungezügelter Vermehrung von Parabolantennen erwehren zu wollen und so die Qualität der Umwelt zu verbessern, meint der EuGH, dass zumindest eine Unverhältnismäßigkeit bezüglich der angewandten Mittel bestehe (Rn. 37, 38).

223 EuGH, C-23/93, TV 10/Commissariaat voor de Media, Slg. 1994, I-4795.

Nach der Entscheidung des EuGH umfasst der Begriff der „Dienstleistungen“ in den Artikeln 59 und 60 EGV auch die Verbreitung von Fernsehprogrammen, die von einer in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Sendeanstalt angeboten werden, auch wenn sich diese Anstalt dort zu dem Zweck niedergelassen hat, sich den im Empfangsstaat für inländische Sendeanstalten geltenden Rechtsvorschriften zu entziehen. Einem Mitgliedstaat könne jedoch nicht das Recht zum Erlass von Vorschriften abgesprochen werden, die verhindern sollen, dass der Erbringer einer Leistung, dessen Tätigkeit ganz oder vorwiegend auf das Gebiet dieses Staates ausgerichtet ist, sich die durch den Vertrag garantierten Freiheiten zunutze macht, um sich den Regelungen zu entziehen, die auf ihn Anwendung fänden, wenn er im Gebiet dieses Staates ansässig wäre. Demnach können die Vorschriften des EG-Vertrages über den freien Dienstleistungsverkehr nicht dahin ausgelegt werden, dass sie einen Mitgliedstaat daran hindern, eine nach den Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats gegründete und in diesem Staat niedergelassene Sendeanstalt, deren Tätigkeit aber ganz oder vorwiegend auf das Gebiet des ersten Mitgliedstaats ausgerichtet ist, einer inländischen Sendeanstalt gleichzustellen. Dies gilt zumindest dann, wenn diese Niederlassung erfolgt ist, um es der Anstalt zu ermöglichen, sich den Regelungen zu entziehen, die der erste Mitgliedstaat im Rahmen einer Kulturpolitik erlassen hat, um ein pluralistisches und nichtkommerzielles Hörfunk- und Fernsehwesen zu schaffen.

dd) Warenverkehrsfreiheit

Art. 28 EGV ist im Bereich des Medienrechts vor allem dann angesprochen, wenn es um den Erwerb und die Nutzung von Parabolantennen geht. Sie sind Waren, über die Dienste mit grenzüberschreitendem Charakter angeboten werden. Der Handel mit sämtlichen Materialien und Geräten, die für die Ausstrahlung von Fernsehsendungen benutzt werden, unterfallen somit der Freiheit des innergemeinschaftlichen Warenverkehrs nach Art. 28 EGV. Für diese Freiheit und ihre Einschränkung gelten die zum Schutz des Rundfunkempfangs durch Parabolantennen getroffenen Feststellungen²²⁴ sinngemäß.

Die Warenverkehrsfreiheit ist im Rundfunkbereich außerdem dann einschlägig, wenn es um den Inhalt von Presseerzeugnissen oder um den Umfang und Inhalt von Produktwerbung geht. In der Rechtssache De Agostini

lagen dem Urteil des Gerichtshofs Verfahren zu Grunde, die der schwedische Verbraucherschutzbeauftragte eröffnet hatte.²²⁵ Zum einen hatte er beantragt, der Firma De Agostini zu verbieten, in schwedischen Fernsehsendern für eine in Italien gedruckte Kinderzeitschrift zu werben. Der Ombudsmann machte geltend, dass eine derartige Werbeform gegen schwedisches Recht verstoße, nach dem Werbung, die die Aufmerksamkeit von Kindern unter 12 Jahren erregen soll, verboten ist. Daneben wandte sich der Ombudsmann gegen Werbepraktiken des Unternehmens TV-Shop. In dessen Werbespots sollten bestimmte Behauptungen zu Produkteigenschaften verboten werden, wenn nicht die Richtigkeit der Aussagen im Verlauf des Spots belegt und der Kunde mit den erforderlichen Informationen versorgt werde. Der Gerichtshof knüpfte bei der Beantwortung der Frage, ob Art. 30 EGV (a.F., jetzt Art. 28) einen Mitgliedstaat daran hindere, Fernsehwerbung aus einem anderen Mitgliedstaat zu verbieten, an die Rechtsprechung in der Rechtssache Leclerc-Siplec²²⁶ an. Danach sei die Ausstrahlung von Werbemitteilungen eine Verkaufsmodalität im Sinne der so genannten „Keck-Rechtsprechung“ und falle somit nicht in den Anwendungsbereich des Art. 30. Der Gerichtshof stellte jedoch weiterhin klar, dass, falls das Werbeverbot auf Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten stärkere Auswirkungen als auf einheimische Produkte habe, weiter zu prüfen sei, ob das Verbot aus Gründen der Lauterkeit des Handelsverkehrs, des Verbraucherschutzes, aus anderen zwingenden Gründen des Allgemeinwohls oder aber zur Erreichung eines der in Art. 36 EGV (a.F., jetzt Art. 30) genannten Ziele erforderlich sei.²²⁷

c) Das EG-Wettbewerbsrecht

Das Europäische Wettbewerbsrecht ist ein weiterer Bereich des europäischen Ordnungsrahmens, der Auswirkungen auf die Rundfunktätigkeit in den Mitgliedstaaten haben kann. Gemäß Art. 3 lit. g) EGV soll die EG den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes vor Verfälschungen schützen. Detaillierte Regeln zur Konkretisierung dieses Ziels finden sich in den Art. 81 bis 89 EGV. Art. 81 EGV statuiert ein Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen, Art. 82 EGV verbietet den Missbrauch marktbeherrschender

²²⁵ EuGH, verb. Rs. C-34 bis 36/97, Konsumentenombudsmannen (KO)/De Agostini (Svenska) Förlag AB sowie KO/TV-Shop i Sverige AB („De Agostini“), Slg. 1997 I-3875.

²²⁶ EuGH, C-412/93, Leclerc-Siplec, Slg. 1995 I-179. Zu dem Urteil s. oben zur Dienstleistungsfreiheit Kapitel II, Punkt 1. b) cc).

²²⁷ EuGH, verb. Rs. C-34 bis 36/97, Konsumentenombudsmannen (KO)/De Agostini (Svenska) Förlag AB sowie KO/TV-Shop i Sverige AB („De Agostini“), Slg. 1997 I-3875, Rn. 44, 47.

²²⁴ S. Kapitel II, Punkt 1. b) cc).

Stellungen, Art. 86 EGV enthält Sonderregelungen für öffentliche und monopolartige Unternehmen und Art. 87 EGV befasst sich mit staatlichen Beihilfen. Diese Grundsätze werden durch Sekundärrecht ergänzt.²²⁸

Die Vorschriften des europäischen Wettbewerbsrechts gelten zum Teil unmittelbar, zumindest aber sind die Mitgliedstaaten gemäß Art. 10 EGV verpflichtet, keine Maßnahmen zu ergreifen oder beizubehalten, die die Verwirklichung der Ziele des EGV gefährden könnten. Insbesondere für den Bereich des Wettbewerbs haben die Mitgliedstaaten alles zu unterlassen, was den Wettbewerbsregeln ihre praktische Wirksamkeit nehmen würde.²²⁹ Der nationale Gesetzgeber muss demgemäß bei seinen Gesetzesvorhaben das europäische Wettbewerbsrecht beachten.

aa) Kartellverbot des Art. 81 EGV

Gemäß Art. 81 Abs. 1 EGV sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen verboten, die geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen und die eine Verhinderung, Einschränkungen oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken. *Unternehmen* im Sinne der Wettbewerbsvorschriften ist nach der Rechtsprechung des EuGH „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“.²³⁰ Das Vorliegen einer Gewinnerzielungsabsicht ist nicht erforderlich, entscheidend für die Anwendbarkeit der Wettbewerbsvorschriften ist die wirtschaftliche Tätigkeit des Unternehmens.²³¹ Dementsprechend gilt das Kartellverbot sowohl für private als auch für öffentliche

Unternehmen.²³² Auch Rundfunkanstalten sind Unternehmen im Sinne des Europäischen Wettbewerbsrechts.²³³

Vereinbarungen und Beschlüsse, die gegen Art. 81 Abs. 1 EGV verstoßen, sind gemäß Art. 81 Abs. 2 EGV *per se* *nichtig*, sie erzeugen keinerlei Rechtswirkungen und können Dritten nicht entgegengehalten werden. Einer behördlichen oder gerichtlichen Feststellung der Nichtigkeit bedarf es nicht. Da Art. 81 Abs. 1 und 2 EGV unmittelbar anwendbar sind, können auch nationale Gerichte und Behörden einen Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EGV und die daraus resultierende Nichtigkeitsfolge feststellen. Dabei müssen sie jedoch etwaige Entscheidungen der Europäischen Kommission zur Anwendung des Art. 81 EGV oder gemäß Art. 81 Abs. 3 EGV beachten.²³⁴

Ausnahmen vom Kartellverbot können für Vereinbarungen, Beschlüsse und abgestimmte Verhaltensweisen sowohl generell als auch im Einzelfall durch *Freistellungen* gemäß Art. 81 Abs. 3 EGV erlaubt werden. Dies eröffnet Unternehmen die Möglichkeit, im Wege der Einzelfreistellung feststellen zu lassen, ob die Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EGV in Bezug auf geplante Kooperationen vorliegen, und für diese die Bestimmungen des Art. 81 Abs. 1 EGV für nicht anwendbar erklären zu lassen. Da Art. 81 Abs. 3 EGV (derzeit noch) nicht direkt anwendbar ist, bedarf es immer einer konstitutiv wirkenden Entscheidung der gemäß Art. 9 Abs. 3 KartellVO 17/62 (noch) ausschließlich zuständigen Europäischen Kommission.²³⁵ Unternehmen, die eine Freistellung vom Kartellverbot in Anspruch nehmen wollen, müssen die geplante Vereinbarung, den Beschluss oder die aufeinander abgestimmte Verhaltensweise daher nach Art. 4 KartellVO 17/62 bei der Kommission anmelden.

Von den Freistellungsentscheidungen der Kommission gemäß Art. 81 Abs. 3 EGV sind die so genannten Negativatteste gemäß Art. 2 KartellVO 17/62 zu unterscheiden, mit denen die Kommission auf Antrag der Beteiligten feststellt, dass es aufgrund der ihr vorliegenden Tatsachen keinen Anlass zum Einschreiten gemäß Art. 81 und 82 EGV gegen die geplante Kooperation gibt.

228 Insbesondere durch die Kartellverordnung, Verordnung (EWG) Nr. 17/62 des Rates: Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages vom 06.02.1962, diese wird ab dem 01.05.2004 ersetzt durch die Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. EG Nr. L 1, vom 04.01.2003, S. 1-25; sowie durch die Fusionskontrollverordnung, Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 21.12.1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EG Nr. L 395 vom 30.12.1989 – berichtigte Fassung ABl. EG Nr. L 257 vom 21.09.1990, S. 13, mit Änderungen durch die Verordnung (EG) Nr. 1310/97 des Rates vom 30.06.1997, ABl. EG Nr. L 180 vom 09.07.1997, S. 1; diese wird ab dem 01.05.2004 ersetzt durch die Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20.01.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („EG-Fusionskontrollverordnung“), ABl. EG Nr. L 24 vom 29.01.2004, S. 1-22.

229 EuGH, C-185/91, Reiff, Slg. 1993, I-5801, Rn. 14; Lenz/Borchardt-Lenz, Art. 10 Rn. 7 m.w.N.

230 EuGH, C-41/90, Höfner und Elser/Macroton, Slg. 1991, I-1979 Rn. 21; EuGH, C-244/94, Fédération française des sociétés d'assurance u. a., Slg. 1995, I-4022, Rn. 14.

231 Ausführlich zum Merkmal der wirtschaftlichen Tätigkeit Kapitel II, Punkt 1. c) dd) (1).

232 Callies/Ruffert-Weiß, Art. 81 Rn. 13, Art. 86 Rn. 11 ff; Geiger, Art. 81 EGV, Rn. 6; Lenz/Borchardt-Grill, Vorbem. Art. 81 – 86, Rn. 37, Art. 86 Rn. 5 ff.

233 EuGH, Rs. 155/73, Sacchi, Slg. 1974, 409.

234 Näheres dazu in Lenz/Borchardt-Grill, Art. 81 Rn. 35. Ob auch Negativatteste bindend wirken, war bislang umstritten, s. dazu Lenz/Borchardt-Grill, Art. 81 Rn. 35, Callies/Ruffert-Weiß, Art. 81 Rn. 26 ff. Zur Rechtslage nach In-Kraft-Treten der Reform s. sogleich.

235 Callies/Ruffert-Weiß, Art. 81 Abs. 151; Geiger, Art. 81 EGV, Rn. 40.

Einen entsprechenden Antrag auf Erteilung eines Negativattests oder einer Freistellung nach Art. 81 Abs. 3 EGV stellte zum Beispiel die European Broadcasting Union (EBU) in Bezug auf ihre internen Regelungen für die Vermarktung von TV-Rechten für Sportereignisse, den Austausch von Sportprogrammen im Rahmen von Eurovision und den vertraglichen Zugang von Dritten zu solchen Programmen. Die Kommission hatte daraufhin die beantragte Freistellung von den Wettbewerbsregeln erteilt.²³⁶ Gegen diese Entscheidung klagten verschiedene Fernsehsender, die nicht Mitglied der EBU sind, vor dem Gericht erster Instanz (EuG), das die Freistellungsentscheidung der Kommission aufhob.²³⁷

Bislang konnten die betroffenen Unternehmen Rechtssicherheit in Bezug auf die zivilrechtliche Wirksamkeit einer Kooperationsvereinbarung nur durch das Herbeiführen einer Entscheidung der Europäischen Kommission erlangen. Da für das weitere Handeln der Unternehmen solche Rechtssicherheit unabdingbar ist, wurde von dieser Möglichkeit intensiv Gebrauch gemacht. Die Belastung der Kommission durch die Flut der Anmeldungen von Vereinbarungen war beträchtlich. Dies brachte jedoch selten Fälle zu Tage, die tatsächlich den Wettbewerb bedrohten. Weiterhin wurde auch die effektive Durchsetzung der Wettbewerbsregeln der Europäischen Gemeinschaft seitens nationaler Gerichte und Behörden durch das bisherige Konzept bei der Umsetzung des Art. 81 Abs. 3 EGV behindert. Schließlich wurden die anmeldenden Unternehmen mit erheblichen Kosten belastet. Aus diesen Gründen wurde das System der konstitutiv festzustellenden Befreiung vom Verbot des Art. 81 Abs. 1 EGV als eine der Hauptschwächen des geltenden EG-Wettbewerbsrechts betrachtet.²³⁸

Im Zuge der anstehenden *Neuordnung des europäischen Kartellrechts* wird dieses System daher durch ein neues Konzept ersetzt, als dessen Herzstück das neue Verständnis des Art. 81 Abs. 3 EGV als Legalausnahme gilt. Ab dem 01.05.2004 sind gemäß Art. 1 Abs. 2 der neuen Kartellverordnung 1/2003,²³⁹

die die bislang geltende KartellVO 17/62 ersetzt, Vereinbarungen, Beschlüsse und sonstige Verhaltensweisen i.S.v. Art. 81 Abs. 1 EGV, die die Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EGV erfüllen, nicht verboten, ohne dass dies einer vorherigen Entscheidung bedarf. Damit wird Art. 81 Abs. 3 EGV unmittelbar anwendbar. Unternehmen, nationale Behörden und Gerichte können nunmehr selbst entscheiden, ob die Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EGV vorliegen oder nicht.²⁴⁰ Aus Gründen des öffentlichen Interesses kann die Kommission von Amts wegen durch (deklaratorisch wirkende) Entscheidung feststellen, dass Art. 81 EGV keine Anwendung findet, weil die Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 1 EGV nicht vorliegen (bisheriges Negativattest) oder weil die Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EGV erfüllt sind (bisherige Einzelfreistellung).²⁴¹ Leitet die Kommission ein solches Verfahren ein, entfällt die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten. Sind diese bereits mit dem Fall befasst, leitet die Kommission das Verfahren erst ein, nachdem sie die Wettbewerbsbehörde konsultiert hat.²⁴² Weder die Gerichte noch die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten dürfen von der Entscheidung der Kommission abweichen.²⁴³

Darüber hinaus wird durch Art. 3 KartellVO 1/2003 der Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor dem nationalen Recht im Anwendungsbereich des Art. 81 EGV manifestiert. Die nationalen Behörden und Gerichte müssen auch Art. 81 EGV anwenden, wenn sie eine Vereinbarung prüfen, die geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.²⁴⁴ Verstößt die in Frage stehende Vereinbarung nicht gegen Art. 81 Abs. 1 EGV oder liegen die Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EGV vor, so darf sie nach nationalem Recht nicht verboten werden.²⁴⁵ Da andererseits die Regeln des EGV nicht dadurch umgangen werden können, dass das nationale Recht Verhaltensweisen gestattet, die nach EG-Recht verboten sind, ist für die Prüfung der Kartellrechtswidrigkeit einer Vereinbarung ab dem 01.05.2004 ausschließlich Art. 81 EGV der Maßstab, wenn die in Frage stehende Vereinbarung geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

236 KOM, Entscheidung vom 10.05.2000, IV/32.150 (2000/400/EC), Eurovision, ABl. Nr. L 151 vom 23.06.2000, S. 18.

237 EuG, verb. Rs. T-185/00, T-216/00, T-299/00 und T-300/00, Eurovisionssystem, Slg. 2002, II-3805.

238 Begründung der Kommission zu dem Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Durchführung der in den Art. 81 und 82 EG-Vertrag niedergelegten Wettbewerbsregeln und zur Änderung der Verordnungen (EWG) Nr. 1017/68, (EWG) Nr. 2988/74, (EWG) 4065/86 und (EWG) Nr. 3975/87, ABl. EG Nr. C 365 E vom 19.12.2000, S. 284, 285.

239 Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. EG Nr. L 1 vom 04.01.2003, S. 1–25 (KartellVO 1/2003).

240 S. Art. 5 KartellVO 1/2003: „Die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten sind für die Anwendung der Art. 81 und 82 in Einzelfällen zuständig; ... sind die Voraussetzungen für ein Verbot nach den ihnen vorliegenden Informationen nicht gegeben, so können sie auch entscheiden, dass für sie kein Anlass besteht, tätig zu werden.“

241 Art. 10 KartellVO 1/2003.

242 Art. 11 Abs. 6 KartellVO 1/2003.

243 Art. 16 Abs. 1 und 2 KartellVO 1/2003.

244 Art. 3 Abs. 1 KartellVO 1/2003.

245 Art. 3 Abs. 2 KartellVO 1/2003.

bb) Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen des Art. 82 EGV

Die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben, die dazu führen kann, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu behindern, ist gemäß Art. 82 EGV *verboten*. Art. 82 EGV ist unmittelbar anwendbar, kann also auch von den Behörden und Gerichten der Mitgliedstaaten angewandt werden. Das Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen gilt, ebenso wie die das Kartellverbot, für private und öffentliche Unternehmen.

An einen Verstoß gegen das Verbot der missbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Markt knüpft der EGV keine automatisch eintretenden *Rechtsfolgen*. Die Kommission kann die beteiligten Unternehmen durch Entscheidung verpflichten, die festgestellte Zuwiderhandlung abzustellen (Abstellungsanordnung gemäß Art. 3 KartellIVO 17/62). Da das Kartellverbot unmittelbar anwendbar ist, wirkt eine solche Entscheidung der Kommission deklaratorisch; die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung ist bereits bei Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 82 EGV verboten. Bei schuldhaften Verstößen kommt darüber hinaus die Anordnung einer Geldbuße nach Art. 15 KartellIVO 17/62 in Betracht. Die Unterlassung weiterer Zuwiderhandlungen kann nach Art. 16 KartellIVO 17/62 durch Zwangsgelder erzwungen werden.

Weitere Folgen der Zuwiderhandlung, zum Beispiel Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche, können sich aus dem Recht der Mitgliedstaaten ergeben. Art. 82 EGV kann zum Beispiel ein Schutzgesetz sein, dessen Verletzung zur Leistung von Schadensersatz verpflichtet. Aus dem Recht der Mitgliedstaaten kann auch die Nichtigkeit der unter Verstoß gegen Art. 82 EGV abgeschlossenen Rechtsgeschäfte resultieren.

Auch die Anwendung des Art. 82 EGV wird durch das In-Kraft-Treten der KartellIVO 1/2003 *reformiert* werden. In diesem Bereich sind die Änderungen jedoch nicht so grundlegend wie in Zusammenhang mit Art. 81 EGV. Die Europäische Kommission kann gemäß Art. 7 Abs. 1 KartellIVO 1/2003 weiterhin Abstellungsanordnungen erlassen. Sie kann in diesem Rahmen alle erforderlichen Abhilfemaßnahmen verhaltensorientierter und – als Novum – auch Abhilfemaßnahmen struktureller Art vorschreiben. Letztere kommen

allerdings nur dann in Betracht, wenn keine ebenso wirksamen verhaltensorientierten Maßnahmen gegeben sind oder wenn diese noch belastender wirken würden.²⁴⁶ Auch die Möglichkeit der Verhängung von Geldbußen (Art. 23 KartellIVO 1/2003) sowie die Durchsetzung durch Zwangsgelder (Art. 24 KartellIVO 1/2003) bleiben erhalten.²⁴⁷

Auch für das Verbot der missbräuchlichen Ausnutzung marktbeherrschender Stellungen wird in Art. 3 KartellIVO 1/2003 grundsätzlich im Falle der Gemeinschaftsrelevanz des Missbrauchs der Vorrang des Gemeinschaftsrechts postuliert. Art. 3 Abs. 2 Satz 2 KartellIVO 1/2003 eröffnet hier jedoch eine Möglichkeit für die Mitgliedstaaten, innerstaatliche Vorschriften anzuwenden, die strenger sind als die Regelung des Art. 82 EGV.

cc) Fusionskontrolle

Der EGV enthält keine speziellen Vorschriften zur Fusionskontrolle. Fusionen von Unternehmen wurden bis zum In-Kraft-Treten der *Fusionskontrollverordnung*²⁴⁸ anhand des Art. 82 EGV daraufhin überprüft, ob sie einen Marktstrukturmissbrauch darstellen. Seit In-Kraft-Treten der auf Art. 82 und 308 EGV gestützten FusionskontrollIVO 4064/89 am 21.09.1990 prüft die Kommission Unternehmenszusammenschlüsse i.S.d. Art. 3 FusionskontrollIVO 4064/89 ausschließlich anhand der Verordnung. Die Vorschriften der Art. 81 und 82 EGV kommen insoweit nicht mehr zu Anwendung.²⁴⁹ Der Anwendungsbereich der FusionskontrollIVO 4064/89 beschränkt sich auf Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung. Diese wird anhand des Überschreitens der in Art. 1 Abs. 2 und 3 FusionskontrollIVO 4064/89 festgelegten Umsatzschwellen ermittelt.²⁵⁰ Liegt ein solcher Zusammenschluss vor, ist nach Art. 21 Abs. 2 FusionskontrollIVO 4064/89 die Anwendung nationaler Wettbewerbsregelungen nicht zulässig.

Die Europäische Kommission ist ausschließlich zuständig für die in der FusionskontrollIVO 4064/89 vorgesehenen Entscheidungen (Art. 21 Abs. 1 FusionskontrollIVO 4064/89). Sie erklärt Zusammenschlüsse als unvereinbar

²⁴⁶ Art. 7 Abs. 1 Satz 3 KartellIVO 1/2003.

²⁴⁷ Vgl. zu weiteren Einzelheiten der neuen Kartellverordnung Weitbrecht, EuZW 2003, 69 ff.

²⁴⁸ Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 21.12.1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EG Nr. L 395 vom 30.12.1989 – berichtigte Fassung ABl. EG Nr. L 257 vom 21.09.1990, S. 13, mit Änderungen durch die Verordnung (EG) Nr. 1310/97 des Rates vom 30.06.1997, ABl. EG Nr. L 180 vom 09.07.1997, S. 1 (im folgenden FusionskontrollIVO 4064/89).

²⁴⁹ Art. 22 FusionskontrollIVO.

²⁵⁰ Art. 1 Abs. 2 FusionskontrollIVO.

mit dem Gemeinsamen Markt, wenn sie eine beherrschende Stellung begründen oder verstärken, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde. Ansonsten sind sie als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar zu erklären.²⁵¹ Dabei sind, insbesondere bei der Prüfung von Gemeinschaftsunternehmen, gemäß Art. 2 Abs. 4 Satz 2 FusionskontrollVO 4064/89 nicht nur die vor- und nachgelagerten Märkte, sondern auch benachbarte oder eng mit dem Markt des Gemeinschaftsunternehmens verbundene Märkte zu berücksichtigen. Dieser Aspekt der interdependenten Märkte wurde in einigen Entscheidungen im Medienbereich berücksichtigt, unter anderem in Bezug auf den Markt für Pay-TV in Verbindung mit dem Markt für digitale interaktive TV-Dienste sowie dem Markt für das Angebot von technischen und administrativen Dienstleistungen, die zum Betreiben von Pay-TV notwendig sind.²⁵² Marktmacht auf einem Teilmarkt, so die Kommission, bedeute zugleich Auswirkungen auf den jeweils anderen Markt. Entscheidend war in diesem Zusammenhang auch die Besonderheiten der digitalen Übertragung, bei dem alle Schritte der Übertragung aufeinander aufbauten; eine herausgehobene Wettbewerbssituation bei einem Schritt bedeute daher Einflussmöglichkeiten auf alle anderen Schritte.

Stellt sich heraus, dass der Wettbewerb auf einem Markt in einem Mitgliedstaat, der alle Merkmale eines gesonderten Marktes aufweist, erheblich behindert würde, kann sie das Verfahren an die zuständigen Behörden dieses Mitgliedstaates verweisen (Art. 9 Abs. 3 UAbs. 1 und 2 FusionskontrollVO 4064/89). Wird der Wettbewerb auf einem Markt beeinträchtigt, der einen gesonderten Markt in einem Mitgliedstaat darstellt und der kein wesentlicher Teil des Gemeinsamen Marktes ist, hat sie das Verfahren an die zuständigen Behörden dieses Mitgliedstaates zu verweisen (Art. 9 Abs. 3 UAbs. 3 FusionskontrollVO 4064/89). Die Mitgliedstaaten wiederum können nach Art. 22 Abs. 2 FusionskontrollVO 4064/89 die Kommission ersuchen, Zusammenschlüsse, die keine gemeinschaftsweite Bedeutung haben, zu überprüfen.

Im Bereich der Zuständigkeitsverteilung zwischen Kommission und Mitgliedstaaten enthält die FusionskontrollVO 4064/89 zudem eine *Sonderregelung in Bezug auf Medien*: Gemäß Art. 21 Abs. 3 FusionskontrollVO 4064/89 können die Mitgliedstaaten trotz der ausschließlichen Zuständigkeit der Kommission und der ausschließlichen Anwendbarkeit der Fusionskontrollverordnung geeignete Maßnahmen zum Schutz anderer berechtigter Interesse als derjenigen treffen, die in der FusionskontrollVO 4064/89 berücksichtigt werden. Dies gilt zum Beispiel für Interessen der Medienvielfalt. Entsprechende Maßnahmen sind der Kommission anzuzeigen, die sie nach Prüfung der Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht anerkennen muss. Dies bedeutet für den Medienbereich, dass ein Zusammenschluss, der unter den Anwendungsbereich der FusionskontrollVO 4064/89 fällt und der nach den Regeln des Gemeinschaftsrechts zulässig wäre, gleichwohl von einem Mitgliedstaat nach seinen Regeln zur Sicherung der Medienvielfalt untersagt werden kann. Ist die in Frage stehende Fusion allerdings nach europäischem Recht nicht zulässig, so können die Mitgliedstaaten sie nicht aus Gründen der Sicherung des Pluralismus genehmigen. Die Anwendung des Art. 21 Abs. 3 FusionskontrollVO 4064/89 kann daher nur zum Verbot eines Zusammenschlusses führen. Bislang wurde von dieser Vorschrift nur selten Gebrauch gemacht. Im Fall „Newspaper Publishing“²⁵³ berief sich Großbritannien auf diese Ausnahmeregelung. Die deutsche Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) nahm anlässlich des Antrags von Premiere Medien GmbH & Co. KG auf bundesweite Zulassung für digitale Pay-TV-Programme Bezug auf Art. 21 Abs. 3 FusionskontrollVO 4064/89.²⁵⁴

Alle Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung sind bei der Europäischen Kommission anzumelden.²⁵⁵ Gemäß Art. 7 Abs. 1 FusionskontrollVO 4064/89 dürfen sie erst vollzogen werden, wenn die Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt festgestellt wurde. Art. 7 Abs. 3, 4 FusionskontrollVO 4064/89 enthalten verschiedene Ausnahmen von diesem Vollzugsverbot.

251 Art. 2 Abs. 3 FusionskontrollVO.

252 KOM, Entscheidung vom 21.03.2000, COMP/JV.37, BSKyB/Kirch Pay TV, ABI. EG Nr. C 110 vom 15.04.2000, S. 45 ff, Rn. 40; KOM, Entscheidung vom 15.09.1999, IV/36.539 (1999/2935), British Interactive Broadcasting/Open, ABI. EG Nr. L 312 vom 06.12.1999, S. 1, Rn. 32; ähnlich Erwägungen gab es bereits in der Entscheidung KOM, Entscheidung vom 09.11.1994, IV/M.469 (94/922/EC), MSG Media Service, ABI. EG Nr. L 364 vom 31.12.1994, S. 1. Näheres dazu: Helberger/Scheuer/Strothmann, IRIS plus 2001-2, 1 ff.

253 KOM, Entscheidung vom 14.03.1994, IV/M.423, Newspaper Publishing, ABI. EG Nr. C 85 vom 22.03.1994, S. 5.

254 Beschluss der KEK vom 26.01.1999, PREMIERE Medien GmbH & Co. KG: Zulassungsantrag von PREMIERE für digitale Pay-TV-Programme, KEK 026, abrufbar unter <http://www.kek-online.de/kek/verfahren/kek026premieredigital.pdf>

255 Art. 4 FusionskontrollVO.

Verstoßen Personen, Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen gegen ihre sich aus der FusionskontrollVO 4064/89 ergebenden Pflichten, kann die Kommission nach Art. 14 Geldbußen und zur Erzwingung von angeordnetem Verhalten nach Art. 15 Zwangsgelder festsetzen.

Im Zuge der Neuordnung des europäischen Wettbewerbsrechts wurde auch die Fusionskontrolle reformiert und die FusionskontrollVO 4064/89 durch die Fusionskontrollverordnung 139/2004²⁵⁶ ersetzt, die ab 01.05.2004 gelten wird. Die neue Verordnung enthält u. a. flexiblere Prüfungsfristen und verstärkt den Grundsatz der Einmalanmeldung von Fusionen mit grenzüberschreitender Bedeutung. Dabei soll die bestehende Zuständigkeitsverteilung zwischen Kommission und Mitgliedstaaten im Grundsatz beibehalten und verbessert werden, zum Beispiel durch detaillierte Verweisungsvorschriften, die – auch das ein Novum – bereits vor der eigentlichen Anmeldung anwendbar sind. Ein weiterer Bereich der Neuregelung betrifft interne organisatorische Maßnahmen (z. B. Ernennung eines Chefökonomens, interne Überprüfung der Schlussfolgerungen, Neustrukturierung der Prüfung von Fusionen) innerhalb der GD Wettbewerb. Die für den Bereich der Medien besonders interessierende Regelung des Art. 21 Abs. 3 FusionskontrollVO 4064/89 bleibt als Art. 21 Abs. 4 Fusionskontrollverordnung 139/2004 erhalten.

Abgesehen von Art. 21 Abs. 3 FusionskontrollVO 4064/89 bestehen keine Sonderregeln für die Medien im Bereich des europäischen Wettbewerbsrechts. Es ist vielmehr ohne weitere Einschränkungen auf den Bereich der Medien anwendbar und wird auch entsprechend von der Europäischen Kommission angewandt. Eine wesentliche Voraussetzung für die Anwendung des Wettbewerbsrechts ist die *Abgrenzung des relevanten Marktes*. Hauptzweck der Marktdefinition ist die systematische Ermittlung der Wettbewerbskräfte, denen sich die beteiligten Unternehmen ausgesetzt sehen. Genauer gesagt soll mit der Abgrenzung des Marktes in seiner sachlichen und räumlichen Dimension ermittelt werden, welche konkurrierenden Unternehmen tatsächlich in der Lage sind, dem Verhalten der beteiligten Unternehmen Schranken zu setzen und sie daran zu hindern, sich dem Druck eines wirksamen Wettbewerbs zu entziehen. Diese Untersuchung ist in Anwendung des Art. 81 EGV bei der Prüfung der Frage vorzunehmen, ob Wettbewerbsbeschränkungen vorliegen und ob diese spürbar sind. Im

Rahmen der Anwendung von Art. 82 EGV kann die Frage, ob ein Unternehmen seine beherrschende Stellung auf dem Markt missbraucht hat, nur beantwortet werden, wenn zuvor der relevante Markt ermittelt wurde. Dies gilt auch im Rahmen der Fusionskontrolle: Die Entscheidung, ob ein Zusammenschluss eine beherrschende Stellung im Gemeinsamen Markt begründet, setzt voraus, dass ein relevanter Markt bestimmt wurde. Selbst bei der Anwendung des Art. 87 EGV kann die Definition des relevanten Marktes unumgänglich sein, und zwar dann, wenn für den zu prüfenden Fall die Beurteilung der Marktmacht und damit des relevanten Marktes von Bedeutung ist.²⁵⁷

Dies bedeutet jedoch nicht, dass ein zunächst in Anwendung einer bestimmten Vorschrift definierter Markt für ein Produkt auch für die Beurteilung anderer Wettbewerbsfragen maßgeblich ist. Abgesehen von zwischenzeitlich eingetretenen Änderungen der Rechts- und Wirtschaftslage orientiert sich die Marktabgrenzung immer an dem in dem jeweiligen Einzelfall mit der Prüfung verfolgten Zweck der zugrunde liegenden Wettbewerbsregeln.²⁵⁸

Trotz der großen Bedeutung der Marktabgrenzung hält weder das Primärrecht noch das Sekundärrecht ein *Konzept der Marktdefinition* bereit. Es blieb daher der Europäischen Kommission und den Gemeinschaftsgerichten überlassen, ein solches zu entwickeln. Im Laufe der Zeit hat die Kommission verschiedene Kriterien und Tests entwickelt, mit deren Hilfe der relevante Markt definiert werden kann, und diese in der 1997 veröffentlichten „Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft“ zusammengefasst.²⁵⁹

Üblicherweise unterscheidet man zwischen dem sachlich relevanten Markt und dem geographisch relevanten Markt. Der sachlich relevante Markt umfasst sämtliche Erzeugnisse und/oder Dienstleistungen, die von den Verbrauchern hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als austauschbar oder substituierbar angesehen werden, während der geographisch relevante Markt das Gebiet umfasst, in dem die beteiligten Unternehmen die relevanten Produkte oder Dienstleistungen

257 S. EMR, Media Market Definitions.

258 Ausführlich dazu EMR, Media Market Definitions, Rn. 1.48 ff.

259 Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. EG Nr. C 372 vom 09.12.1997, S. 5, abrufbar unter http://europa.eu.int/servlet/portail/RenderServlet?search=RefPub&lg=de&nb_docs=25&domain=&in_force=NO&year=1997&month=&day=&coll=JOC&nu_jo=372&page=5

256 Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20.01.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („EG-Fusionskontrollverordnung“), ABl. EG Nr. L24 vom 29.01.2004, S. 1.

anbieten, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und das sich von benachbarten Gebieten durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen unterscheidet.²⁶⁰ Der für die Würdigung von Wettbewerbsfragen maßgebliche Markt wird durch eine Kombination des sachlich und räumlich relevanten Marktes definiert. Wesentliche Eckwerte für die Definition von relevanten Märkten sind die Nachfragesubstituierbarkeit (Welche Produkte werden von den Abnehmern als austauschbar angesehen?) und die Angebots substituierbarkeit (Sind die Anbieter in der Lage, ihre Produktion kurzfristig und ohne spürbare Zusatzkosten und Risiken auf die in Frage stehenden Erzeugnisse umzustellen?).²⁶¹

Weitere, an den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts orientierte Markt- abgrenzungen, die auch den Bereich der Medien betreffen, gibt die *Empfehlung der Kommission über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors* vor.²⁶² Diese Empfehlung ist ein Bestandteil des neuen, sektorspezifischen Rechtsrahmens für elektronische Kommunikation.²⁶³ Die in der Empfehlung definierten Märkte kommen nach Ansicht der Kommission für eine Vorabregulierung gemäß Art. 15 Abs. 2 Rahmenrichtlinie²⁶⁴ in Betracht. Eines der (drei) Kriterien für die Aufnahme von Märkten lautet, dass das Wettbewerbsrecht (ohne Vorabregulierung) zur Beseitigung des anhaltenden Marktversagens in dem jeweiligen Markt nicht ausreicht und daher eine sektorspezifische Vorabregulierung im Sinne einer Auferlegung der in den Einzelrichtlinien dargelegten Verpflichtungen gerechtfertigt ist.²⁶⁵ Unter anderem kommt danach der Markt für Rundfunkübertragungsdienste zur Bereitstellung von Sendeinhalten für Endnutzer für eine solche Vorabregulierung in Frage.²⁶⁶

Unter Anwendung der vorgenannten wettbewerbsrechtlichen Prinzipien hat die Europäische Kommission in ihren Entscheidungen vielfach verschiedene separate *Produktmärkte im Bereich der Medien* abgegrenzt.²⁶⁷ Eine wichtige Unterscheidung ist dabei die zwischen dem Endkundenmarkt für Pay-TV und dem so genannten Free-TV-Markt, weitere Unterscheidungen beziehen sich auf die verschiedenen technischen Arten der Verbreitung. Im Hinblick auf den Pay-TV-Bereich erfolgten weitere Marktabgrenzungen, die sich sowohl auf technische wie auch auf inhaltliche Aspekte beziehen und die sowohl Endkundenmärkte als auch vorgelagerte Märkte definieren. Diese werden anhand einiger Fälle im Folgenden kurz dargestellt.

In verschiedenen Entscheidungen hat die Europäische Kommission einen gesonderten Markt für Free-TV definiert.²⁶⁸ Dabei meint der Begriff „Markt für Free-TV“ nicht den Markt, in dem die Veranstalter von frei empfangbarem Fernsehen um Fernsehzuschauer konkurrieren,²⁶⁹ sondern den Markt, in dem sie um Werbeeinnahmen konkurrieren, sodass der Markt präziser als *Markt für Werbeeinnahmen im frei empfangbaren Fernsehen* bezeichnet werden könnte.²⁷⁰ Schlüsselparameter für die Beurteilung des Wettbewerbs im Bereich des werbefinanzierten (privaten und öffentlichen) Rundfunks ist der Zuschaueranteil und der Anteil an den Werbeeinnahmen. Ob es einen Untermarkt für Fernsehwerbung in Kinderprogrammen gibt, hat die Kommission in der Sache CLT/Disney/Super RTL offen gelassen.²⁷¹

260 Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes 1997, s. Fußnote 259, Nr. 7 und 8.

261 Weitere Einzelheiten und Beispiele zur Abgrenzung der relevanten Märkte finden sich in der Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes 1997, Fußnote 259; ausführlich dazu auch EMR, Media Market Definitions, Rn. 1.08 ff.

262 Empfehlung der Kommission vom 11.02.2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, ABl. EG Nr. L 114 vom 08.05.2003, S. 45.

263 Dazu ausführlich unter Kapitel II, Punkt 2. a).

264 Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 07.03.2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie) ABl. EG Nr. L 108 vom 24.04.2002, S. 33.

265 Zum Verhältnis der Marktabgrenzung nach allgemeinem Wettbewerbsrecht und dem sektorspezifischen Wettbewerbsrecht des neuen Kommunikationsrahmens für elektronische Kommunikationsdienste, insbesondere zu möglichen Wechselbeziehungen, s. EMR, Media Market Definitions, Rn. 1.200 ff.

266 Empfehlung der Kommission vom 11.02.2003, s. Fußnote 262, Anhang Nr. 18.

267 Ausführlich dazu EMR, Media Market Definitions.

268 KOM, Entscheidung vom 21.03.2000, IV/M.1989, CLT-UFA/Canal+/Vox; KOM, Entscheidung vom 07.10.1996, IV/M.779, Bertelsmann/CLT; KOM, Entscheidung vom 29.07.2000, IV/M.1958, Bertelsmann/GBL/Pearson TV; KOM, Entscheidung vom 20.09.1995, IV/M553, RTL/Veronica/Endemol; KOM, Entscheidung vom 03.08.1999, IV/M 1574, Kirch/Mediaset.

269 Bislang war die Kommission zurückhaltend in der Frage, ob ein solcher Markt existiert, weil es an der direkten Handelsbeziehung zwischen dem Fernsehzuschauer und dem Fernsehveranstalter fehle, so dass kein Markt im strikten wirtschaftlichen Sinn vorliege, vgl. KOM, Entscheidung vom 14.02.1997, IV/M.878, RTL 7, Rn. 7; KOM, Entscheidung vom 20.09.1995, IV/M.553, RTL/Veronica/Endemol. Zudem würden die wettbewerbslichen Aspekte solcher Zuschauermärkte bei der Bestimmung der Märkte um Werbeeinnahmen berücksichtigt, weil ein Fernsehsender um so mehr Werbung akquirieren könne, je mehr Zuschauer er vorweisen könne, s. auch KOM, Entscheidung vom 14.02.1997, IV/M.878, RTL 7, Rn. 7, 30, entsprechend werde der Zuschauermarktanteil als wesentlicher Faktor bei der Bestimmung der Marktposition im TV-Werbemarkt gewertet.

270 S. z. B. KOM, Entscheidung vom 07.10.1996, IV/M.779, Bertelsmann/CLT, Rn. 14; KOM, Entscheidung vom 29.07.2000, IV/M.1958, Bertelsmann/GBL/Pearson TV, Rn. 10.

271 KOM, Entscheidung vom 17.05.1995, IV.M.566, CLT/Disney/Super RTL, Rn. 15; ein solcher Markt könne durchaus entstehen, im Zeitpunkt der Entscheidung habe es ihn jedoch noch nicht gegeben.

Neben diesem Markt für Free-TV wurde auch ein *Endkundenmarkt für Bezahlfernsehen definiert*.²⁷² Es handelt sich dabei um den Markt, in dem Pay-TV-Veranstalter um Abonnenten konkurrieren. Schlüsselfaktoren für die Beurteilung des Wettbewerbs auf diesem Markt sind der Zuschnitt des Programms, das die Erwartungen des jeweiligen Zielpublikums erfüllen soll, sowie die Anzahl der Abonnenten.²⁷³

Ob dieser Markt die drei gängigen technischen Mittel der Verbreitung Satellit, Terrestrik und Kabel umfasst, oder ob je nach Übertragungsart ein separater Markt anzunehmen ist, wird von der Kommission nicht europaweit einheitlich entschieden, vielmehr gibt es dazu unterschiedliche, sich auf den ersten Blick widersprechende Entscheidungen. 1996 entschied die Kommission im Fall Nordic Satellite Distribution,²⁷⁴ dass es in den nordischen Mitgliedstaaten einen separaten Endkundenmarkt für Pay-TV via Satellit gebe. Aufgrund der hohen Kosten im Fall eines Wechsels zwischen dem Empfang von Pay-TV via Satellit bzw. via Kabel seien diese beiden Empfangswege aus der Sicht des Endkonsumenten nicht austauschbar. Entgegengesetzt war das Ergebnis, das die Kommission 1999 für die Pay-TV-Märkte in Großbritannien und Frankreich fand. Im Fall British Interactive Broadcasting befand sie, dass im Vereinigten Königreich der Pay-TV-Markt nicht weiter entsprechend der Übertragungswege zu unterteilen sei. Aus der Sicht der Endverbraucher sei die Verbreitung von Pay-TV via Kabel und via Satellit substituierbar.²⁷⁵ Ebenso lautete die Schlussfolgerung im Fall TPS I für den Markt in Frankreich.²⁷⁶

Dies bedeutet jedoch nicht, dass die erste Entscheidung durch die Letzteren aufgehoben wurde. Vielmehr muss man die unterschiedlichen Ergebnisse der Prüfung vor dem Hintergrund der tatsächlichen Verhältnisse des jeweils untersuchten räumlichen Marktes in den einzelnen Mitgliedstaaten (z. B. der

an das Kabelnetz angeschlossenen Haushalte) sowie der technische Weiterentwicklung sehen. Das Kriterium der Kosten, die der Endkunde für einen Wechsel von Kabel zu Satellit und umgekehrt aufwenden muss, das ein zentrales Kriterium zur Abgrenzung der Märkte zu sein scheint, verliert mit dem technischen Fortschritt und sinkenden Kosten für die notwendigen Empfangsmittel an Bedeutung. Im Fall Telia/Telenor äußerte sich die Kommission zum Beispiel dahingehend, dass im digitalen Zeitalter die Unterscheidung zwischen Kabel- und Satellitenempfang an Bedeutung verliere.²⁷⁷ Die Kosten des Wechsels von der einen zur anderen Empfangsart wurden in dieser Entscheidung nicht einmal erwähnt.

Ähnlich differenziert sind die Entscheidungen zu den *Märkten für die Verbreitung von Programmen via Kabel oder Satellit*. 1994 stellte die Kommission im Fall MSG Media Service²⁷⁸ fest, dass es einen separaten Markt für das Betreiben von Kabelnetzwerken zur Verbreitung von Fernsehprogrammen gibt, der von dem Markt der Verbreitung von Fernsehprogrammen via Satellit zu unterscheiden sei. Für den Fernsehveranstalter als Nachfrager der Leistung sei die Übertragung seiner Programme via Kabel aufgrund der vergleichsweise hohen Kosten für eine Satellitenausstrahlung nicht mit dieser austauschbar.²⁷⁹ Zudem sei auch aus der Sicht des Verbrauchers Fernsehen via Satellit und Fernsehen via Kabel nicht austauschbar, da der Wechsel von einem zum anderen nicht ohne weiteres (unter anderem aufgrund der damit verbundenen Kosten) möglich sei.²⁸⁰ Fünf Jahre später, anlässlich der Entscheidung Deutsche Telekom/Beta Research²⁸¹ ließ die Kommission die Frage, ob es sich um separate Märkte handelt, offen.

Wiederum zwei Jahre später, im Jahr 2001, befasste sich die Kommission erneut mit der Frage, ob ein Markt für die Verbreitung von Fernsehsignalen im Kabel von dem der Übertragung via Satellit zu unterscheiden sei.²⁸² In diesem Fall wurde die Frage, ob separate Märkte vorliegen, im Rahmen der Prüfung der Angebotssubstituierbarkeit thematisiert, da die Beteiligten

272 KOM, Entscheidung vom 02.04.2003, COMP/M.2876, Newscorp/Telepiù; KOM, Entscheidung vom 21.03.2000, COMP/JV.37, BSkyB/Kirch Pay TV; KOM, IV/36.539 (1999/2935), British Interactive Broadcasting/Open, ABl. EG Nr. L 312 vom 06.12.1999; KOM, Entscheidung vom 11.07.2000, IV/M.1943, Telefonica/Endemol; KOM, Entscheidung vom 27.05.1998, IV/M.993, Bertelsmann/Kirch/Premiere, ABl. EG Nr. L 53 vom 27.02.1999, S. 1 ff.

273 KOM, Entscheidung vom 11.07.2000, IV/M.1943, Telefonica Endemol, Rn. 11; KOM, Entscheidung vom 21.03.2000, COMP/JV.37, BSkyB/Kirch Pay TV, Rn. 24.

274 KOM, IV/M.490 (96/117/EG), Nordic Satellite Distribution, Rn. 53 ff, ABl. EG Nr. L 53, vom 02.03.1996, S. 20; ähnlich im Fall KOM, Entscheidung vom 03.08.1999, IV/M.1574, Kirch/Mediaset, wobei es dabei in erster Linie um den Markt für die Dienstleistung Verbreitung von Fernsehprogrammen ging, nicht um den Endkundenmarkt.

275 KOM, IV/36.237 (1999/242/EG), British Interactive Broadcasting, ABl. EG Nr. L 312 vom 06.12.1999, Rn. 26.

276 KOM, IV/36.237 (1999/242/EG), TPS I, ABl. EG Nr. L 90 vom 02.04.1999, S. 6, Rn. 30.

277 KOM, IV/M.1439 (2001/98/EG), Telia/Telenor, ABl. EG Nr. L 40 vom 09.02.2001, S. 1, Rn. 269 ff.

278 KOM, IV/M.469 (94/922/EG), MSG Media Service, ABl. EG Nr. L 364 vom 31.12.1994, S. 1, Rn. 42.

279 KOM, IV/M.1027 (1999/154 EG), Deutsche Telekom/BetaResearch, ABl. EG Nr. L 53 vom 27.02.1999, S. 31, Rn. 20.

280 „Lock-In-Effect“, KOM, IV/M.469 (94/922 EG), MSG Media Service, ABl. EG Nr. L 364 vom 31.12.1994, S. 1, Rn. 41.

281 KOM, IV/M.1027, 1999/154 EG, Deutsche Telekom/BetaResearch, ABl. EG Nr. L 53 vom 27.02.1999, S. 31, Rn. 22 ff.

282 KOM, IV/M.1439 (2001/98/EG), Telia/Telenor, ABl. EG Nr. L 40 vom 09.02.2001, S. 1.

gegenüber dem Fall MSG Media Service in umgekehrten Rollen auftraten – die Betreiber von Übertragungsnetzen waren hier die Käufer von Inhalten, während sie im Fall MSG Media Service Anbieter von Übertragungsdienstleistungen waren. Eine definitive Antwort wurde nicht gegeben, die Frage wurde vielmehr auch hier offen gelassen. Die Kommission äußerte sich gleichwohl dahingehend, dass es eine Reihe von Anhaltspunkten dafür gebe, dass ein gewisser Grad an Ersetzbarkeit zwischen der Übertragung von Fernsehsignalen via Kabel und via Satellit bestehen könne. Ähnlich wie im Endkundenmarkt werden auch hier die mit der technischen Entwicklung einhergehenden Änderungen, insbesondere die Digitalisierung, eine Rolle spielen.

In der Entscheidung British Interactive Broadcasting definierte die Kommission einen *vorgelagerten Markt für die Bereitstellung von Spielfilm- und Sportkanälen für Pay-TV*.²⁸³ Nachfrager sind in der Regel Pay-TV-Veranstalter, die diese Kanäle dann separat von dem allgemeinen Pay-TV-Angebot an ihre Abonnenten weiterveräußern. Anbieter können z. B. Hollywood-Studios sein. Solche Angebote werden in einigen Mitgliedsländern auch von Pay-TV-Veranstaltern für Kabelnetzbetreiber bereitgehalten. Auch hier stellt die Kommission im Rahmen der Feststellung des relevanten vorgelagerten Marktes auf die Zuschauernachfrage auf dem Endkundenmarkt ab. Die Nachfrage der Anbieter von Pay-TV nach bestimmten Kanälen spiegele die Nachfrage ihrer Abonnenten wider. Ob dieser Markt weiter in Märkte für Filmkanäle, Sportkanäle oder generell je nach Kategorie des Kanals (z. B. auch Kinderkanäle) unterteilt werden sollte, wurde offen gelassen.²⁸⁴

Als separater Markt wurde weiterhin der Markt *für digitale interaktive Fernsehdienste* betrachtet.²⁸⁵ Solche digitalen interaktiven Fernsehdienste können unter anderem Homebanking, Homeshopping, Ferien- und Reisedienstleistungen, das Herunterladen von Computerspielen, Online-Learning und E-Mail-Dienste umfassen. Der Zugang zu diesen Fernsehdiensten wird zumeist von Betreibern digitaler Plattformen angeboten, die zugehörigen Online-Inhalte werden in der Regel von Inhalteanbietern (Content Providers)

geliefert. Obwohl es sich um einen vorgelagerten Markt handelt, hat die Kommission interessanterweise auch hier für die Abgrenzung des relevanten Marktes auf die Substituierbarkeit der Plattform aus der Sicht des Endkunden abgestellt. Entscheidend für die Nachfrage der Inhalteanbieter nach dem Zugang zu einer digitalen Plattform sei das Interesse des Endkunden an dieser. Die Nachfrage auf Seiten der Inhalteanbieter werde daher bestimmt durch die Popularität der Plattform.²⁸⁶ Im Hinblick auf das Verhältnis dieses Marktes zu dem Pay-TV-Markt äußerte sich die Kommission dahingehend, dass der Markt für digitale interaktive Fernsehdienste zwar ein separater Markt sei, er sei aber gleichwohl verbunden und komplementär zu dem für Pay-TV.²⁸⁷

Darüber hinaus wurde ein *Markt für das Angebot von technischen und administrativen Dienstleistungen* anerkannt, die für das Betreiben von *Pay-TV und von digitalen interaktiven Fernsehdiensten* notwendig sind.²⁸⁸ Dieser Markt umfasst die Bereitstellung von Set-Top-Boxen, von Conditional-Access-Systemen inklusive Smart-Cards, Abonnentenverwaltungssysteme, unter Umständen auch andere Dienste wie zum Beispiel Dienstleistungen im Zusammenhang mit elektronischen Programmführern sowie z. B. von Geschäftsabwicklungssystemen für den Geldverkehr bei e-commerce-Geschäften (Transaction Management System, TMS). Diese spezielle Technik wird entweder von den Pay-TV-Veranstaltern selbst oder von anderen Unternehmen angeboten. Die Kommission stellte in diesem Zusammenhang fest, dass es einerseits einen breiten Bereich der Überschneidungen gibt zwischen den Leistungen für die Erbringung von Pay-TV-Zuschauerdiensten und den Leistungen für die Erbringung digitaler interaktiver Fernsehdienste, dass andererseits aus vielerlei Hinsicht unterschiedliche Qualifikationen und Technologien erforderlich seien. Daraus könnten sich eingeschränkte sachliche Märkte ergeben, im zur Entscheidung stehenden Fall war es jedoch nicht erforderlich, darüber zu entscheiden.²⁸⁹ Als sachlich relevanter Markt

283 KOM, IV/36.539 (1999/2935), British Interactive Broadcasting/Open, ABl. EG Nr. L 312 vom 06.12.1999, S. 1, Rn. 29; s. auch KOM, Entscheidung vom 02.04.2003, COMP/M.2876, Newscorp/Telepiù, Rn. 74; KOM, Entscheidung vom 03.02.2000, COMP/JV.30, BVI Television (Europe) inc/SPE Euromovies Investments Inc/Europe Movieco Partners.

284 KOM, Entscheidung vom 02.04.2003, COMP/M.2876, Newscorp/Telepiù, Rn. 76; KOM IV/36.539 (1999/2935), British Interactive Broadcasting/Open, ABl. EG Nr. L 312 vom 06.12.1999, S. 1, Rn. 29.

285 KOM, IV/36.539 (1999/2935), British Interactive Broadcasting/Open, ABl. EG Nr. L 312 vom 06.12.1999, S. 1, Rn. 12; ebenso in KOM, Entscheidung vom 21.03.2000, COMP/JV.37, BSKyB/Kirch Pay TV, Rn. 40.

286 Vgl. zu weiteren Einzelheiten, insbesondere zur Abgrenzung dieses Marktes von dem der entsprechenden Angebote via Internet, Homecomputer, KOM IV/36.539 (1999/2935), British Interactive Broadcasting/Open, ABl. EG Nr. L 312 vom 06.12.1999, S. 1, Rn. 18 ff.

287 KOM, Entscheidung vom 21.03.2000, COMP/JV.37, BSKyB/Kirch Pay TV, Rn. 40: „separate from but being linked and complementary with the Pay-TV-Market“.

288 KOM, IV/M.469 (94/922/EG), MSG Media Service, ABl. EG Nr. L 364 vom 31.12.1994, S. 1, Rn. 31; KOM, IV/36.539 (1999/2935), British Interactive Broadcasting/Open, ABl. EG Nr. L 312 vom 06.12.1999, S. 1, Rn. 30; KOM, Entscheidung vom 27.05.1998, IV/M.993 (1999/153/EG), Bertelsmann/Kirch/Premiere, Rn. 19 ff; KOM, IV/M.1027 (1999/154/EG), Deutsche Telekom/BetaResearch, ABl. EG Nr. L 53 vom 27.02.1999, S. 31, Rn. 16 ff.

289 KOM, IV/M.469 (94/922/EG), MSG Media Service, ABl. EG Nr. L 364 vom 31.12.1994, S. 1, Rn. 31; KOM, IV/36.539 (1999/2935), British Interactive Broadcasting/Open, ABl. EG Nr. L 312 vom 06.12.1999, S. 1, Rn. 32.

wurde folglich der Markt für technische Dienste, die für digitale interaktive Fernsehdienste und für Pay-TV notwendig sind, erachtet. Dieser Markt sei, so die Kommission, eng verbunden mit dem Pay-TV-Markt.²⁹⁰

Der Markt für den Kauf von TV-Rechten und Sende-lizenzen, insbesondere für Filme und Sportereignisse, wurde von der Kommission in verschiedenen Entscheidungen als separater Markt anerkannt.²⁹¹ Die weitere Frage, ob sich dieser Markt in separate Märkte für Film- und für Sportrechte aufteilen lässt, ließ die Kommission zunächst offen,²⁹² obwohl sie es aufgrund der verschiedenen Charakteristika von Film- und Sportereignissen für möglich hielt.²⁹³ In der Entscheidung *Eurovision* äußerte sie sich dahingehend, dass es eine hohe Wahrscheinlichkeit gebe, dass ein separater Markt für den Kauf der Rechte an besonderen, in der Regel internationalen Sportereignissen bestehe.²⁹⁴ Auch in diesem Fall wurde zur Bestimmung des relevanten vorgelagerten Marktes für den Erwerb der Übertragungsrechte die Substituierbarkeit der Übertragung aus Sicht des Endkunden berücksichtigt. Aufgrund der ihr vorliegenden Daten konnte die Kommission feststellen, dass das Zuschauerverhalten, zumindest in Bezug auf die Olympischen Sommer- und Winterspiele, das Wimbledon-Finale und die Fußballweltmeisterschaft, nicht durch andere, gleichzeitig oder fast gleichzeitig übertragene Sportereignisse von besonderer Bedeutung beeinflusst werde. Das Interesse der Zuschauer an diesen Sportereignissen, so schloss die Kommission, sei also in hohem Maße unabhängig davon, ob andere Sportereignisse übertragen würden, weshalb Fernsehveranstalter geneigt sein würden, umso höhere Preise für sie zu zahlen. Gegen die Entscheidung der Kommission wurde vor dem Gerichtshof erster Instanz geklagt²⁹⁵ und dieser bestätigte, „dass die Kommission, auch wenn sie eine genaue Definition des relevanten Produktmarktes nicht für erforderlich gehalten hat, bei der Prüfung, ob das Eurovisionssystem den Voraussetzungen einer Freistellung nach Art. 81 Abs. 3 EG genügt, von einem Markt ausgegangen ist, der allein durch bestimmte sportliche Großereignisse wie den Olympischen Spielen gebildet wird“.²⁹⁶

Ob der relevante Markt noch enger gefasst werden sollte, sodass er nur noch Übertragungsrechte für regelmäßig jährlich stattfindende Fußballspiele einschließen würde, konnte die Kommission in ihrer Entscheidung *UEFA Broadcasting Rules* noch offen lassen.²⁹⁷ Es sei allerdings möglich, dass es einen solchen Markt gebe. Die definitive Abgrenzung des Marktes konnte jedoch im zu beurteilenden Fall unterbleiben, da die zur Überprüfung stehenden UEFA-Übertragungsregeln nach Ansicht der Kommission den Wettbewerb nicht merklich beeinträchtigen würden, selbst wenn man den Markt so eng eingrenzen würde, dass er nur Fußballspiele umfasste, die regelmäßig jedes Jahr ausgetragen werden.²⁹⁸ Die Untersuchung ergab jedoch einige Gründe, die darauf hindeuteten, dass es einen separaten Markt für den Erwerb von Übertragungsrechten für zum Beispiel die Spiele der UEFA Champions League, des UEFA Cups, der nationalen Meisterschaften sowie der nationalen Pokalwettbewerbe gebe, der von dem Markt für den Erwerb von Übertragungsrechten für andere Sportereignisse verschieden sei. Ein ausschlaggebender Aspekt war die Erwägung, dass die Übertragung von Fußball als „Brand Image Creator“ für den jeweiligen Fernsehkanal dienen könne.²⁹⁹ In den jüngsten Entscheidungen zu den Märkten für Sportübertragungsrechte hat die Kommission dann entschieden, dass es solche Märkte gibt. In einer Entscheidung vom Sommer 2003, die sich mit der Praxis der gemeinsamen Vermarktung der Übertragungsrechte an der UEFA Champions League durch die UEFA beschäftigte, stellte die Kommission fest, dass es einen Markt der Fernsehübertragungsrechte für ganzjährig regelmäßig ausgetragene Fußballwettbewerbe gibt.³⁰⁰ Anfang des Jahres hatte sie jedoch bereits in der Entscheidung *Newscorp/Telepiù* jedenfalls für Italien einen entsprechend engeren Markt definiert: Der relevante Markt, so befand die Kommission, war der *Markt für den Erwerb der Übertragungsrechte an Fußballereignissen, die jedes Jahr stattfinden und an denen nationale Teams teilnehmen*.³⁰¹

290 KOM, IV/36.539 (1999/2935), *British Interactive Broadcasting/Open*, ABI. EG Nr. L 312 vom 06.12.1999, S. 1, Rn. 44.

291 KOM, Entscheidung vom 30.04.2002, COMP/JV.57, TPS II; KOM, Entscheidung vom 03.02.2000, COMP/JV.30, *BVI Television (Europe) inc/SPE Euromovies Investments Inc/Europe Movieco Partners*.

292 KOM, Entscheidung vom 03.08.1999, IV/M.1574, *Kirch/Mediaset*, Rn. 15; KOM, IV/36.237 (1999/242/EG), TPS I, ABI. EG Nr. L 90 vom 02.04.1999, S. 6; KOM, Entscheidung vom 21.03.2000, COMP/JV.37, *BSkyB/Kirch Pay TV*, Rn. 30; KOM, Entscheidung vom 07.10.1996, IV/M.779, *Bertelsmann/CLT*, Rn. 18.

293 KOM, Entscheidung vom 07.10.1996, IV/M.779, *Bertelsmann/CLT*, Rn. 18.

294 KOM, Entscheidung vom 10.05.2000, IV/32.150 (2000/400/EG), *Eurovision*, Rn. 43.

295 EuG, verbundene Rs. T-185/00, T-216/00, T-299/00 und T-300/00, *Eurovisionssystem*, Slg. 2002, II-3805.

296 EuG, verbundene Rs. T-185/00, T-216/00, T-299/00 und T-300/00, *Eurovisionssystem*, Slg. 2002, II-3805, Rn. 57.

297 KOM, 2001/478/EG, *UEFA Broadcasting Rules*, ABI. EG Nr. L 171 vom 26.06.2001, S. 12.

298 KOM, 2001/478/EG, *UEFA Broadcasting Rules*, ABI. EG Nr. L 171 vom 26.06.2001, S. 12, Rn. 28.

299 KOM, 2001/478/EG, *UEFA Broadcasting Rules*, ABI. EG Nr. L 171 vom 26.06.2001, S. 12, Rn. 30 ff.

300 KOM, Entscheidung vom 23.07.2003, COMP/C.2-37.398, *Joint Selling of the commercial rights of the UEFA Champions League*, 79.

301 KOM, Entscheidung vom 02.04.2003, COMP/M.2876, *Newscorp/Telepiù*, Rn. 66; offen gelassen in der Entscheidung KOM, Entscheidung vom 23.07.2003, COMP/C.2-37.398, *Joint Selling of the commercial rights of the UEFA Champions League*, Rn. 78.

Der Markt für den Erwerb von Übertragungsrechten an Spielfilmen wurde von der Kommission in einer Reihe von Entscheidungen in weitere Submärkte aufgeteilt.³⁰² In der Entscheidung Vivendi/Canal+/Seagram befand die Kommission, dass es *separate Märkte für die Senderechte an Spielfilmen und für Programme, die für das Fernsehen produziert wurden*, gibt. Die jeweiligen Rechte seien aus der Sicht des Pay-TV-Anbieters nicht austauschbar, weil sie im Hinblick auf die Attraktivität für den Endkonsumenten nicht den gleichen Wert hätten.³⁰³ Aus dem Markt für Programme, die für das Fernsehen produziert werden, sollen allerdings so genannte „In-House-Produktionen“ herausfallen, also all diejenigen Programme, die von Rundfunkveranstaltern selbst für ihren eigenen Bedarf produziert werden.³⁰⁴

Der Markt für den Erwerb von Filmrechten an Premium Filmen wurde mit Blick auf die Ausstrahlungszeit des Produktes unterteilt, indem ein Markt für den Erwerb von Ausstrahlungsrechten seitens Pay-TV-Veranstalter für *First-Window-Filme* und für *Second-Window-Filme* als separater Markt anerkannt wurde.³⁰⁵ Die Verwertungskette von Premiumfilmen beginnt in der Regel bei der Kinoausstrahlung, dann kommen sie als Video, DVD oder Pay-per-View in den Handel, erst danach werden sie im Pay-TV und schließlich im frei empfangbaren Fernsehen gezeigt. First-Window-Rechte an Filmen werden in diesem Zusammenhang die Rechte genannt, die es den Inhabern erlauben, den Film unmittelbar nach seiner Verwertung als Video/DVD/Pay-per-View, üblicherweise innerhalb der ersten sechs Monate, im Pay-TV zu zeigen. Ihnen folgt ein zweites Verwertungsfenster, ebenfalls in der Regel sechs Monate, innerhalb dessen der Film erneut im Pay-TV gesendet werden darf. Weder aus der Sicht der Zuschauer noch aus der Sicht der Veranstalter seien diese

Kategorien austauschbar – aus der Sicht der Zuschauer im Hinblick auf die Aktualität und für die Veranstalter aus der daraus resultierenden Wertigkeit der Filme. Diese spiegelt sich auch im Preis für die Ausstrahlungsrechte wider: Second-Window-Rechte für die Ausstrahlung eines Films kosten im Durchschnitt 5–25 % dessen, was sie als First-Window-Filme kosten. Premium Filme seien generell, so die Kommission, ebenso wie Sportereignisse, „Driver“ für Pay-TV.

Darüber hinaus wurde *der Markt für die Rechte an Premium-Filmen* unterteilt in solche, die von den *großen Hollywood-Studios* produziert wurden, und solche, die von *anderen Studios* produziert wurden.³⁰⁶

In der Entscheidung Seagram/Polygram definierte die Kommission einen vorgelagerten *Markt für die Produktion von Spielfilmen*, der unter anderem das Finden vielversprechender Drehbücher, die Verpflichtung von Schauspielern und Regisseuren, die Finanzierung, die Entwicklung eines Marketing-Konzepts usw. umfasst.³⁰⁷ Ob dieser Markt weiter unterteilt werden kann in separate Märkte für die Produktion von Mainstream-Filmen, die für ein breites, internationales Publikum gedacht sind, und für Kunstfilme („Arthouse-films“), die kleinere Produktionen sind und die nicht unbedingt auf ein breites Publikum abzielen, hat die Kommission bislang offen gelassen.

In der Entscheidung zur gemeinsamen Vermarktung der gewerblichen Rechte an der UEFA-Champions League befasste sich die Kommission auch mit den vor- und nachgelagerten Märkten des Erwerbs von Fußballrechten zur Verwertung in den neuen Medien (UMTS-Mobilfunk und Internet).³⁰⁸ Diese Märkte befänden sich zwar noch in einem sehr frühen Stadium, dennoch könnten einige Schlussfolgerungen gezogen werden. Da die neuen Dienstleistungen ein immer spezielleres, zielgruppenspezifischeres Inhalteangebot ermöglichten, würden künftig viel kleinere Verbraucherkategorien als Nachfrager identifiziert und bedient werden können. Daher sei mit relativ eng abgrenzbaren Inhaltsmärkten zu rechnen, aus denen nachgelagerte Dienstleistungsmärkte beliefert werden könnten. Fußballrechte würden wie im Bereich des Fernsehens als „Driver“ wirken, sodass diesbezüglich die Entstehung eines separaten Marktes anzunehmen sei. Darüber hinaus sei es

302 KOM, Entscheidung vom 21.09.1998, IV/M.1219, Seagram/Polygram; KOM, Entscheidung vom 13.10.2000, IV/M.2050, Vivendi/Canal+/Seagram; KOM, Entscheidung vom 02.04.2003, COMP/M.2876, Newscorp/Telepiù, Rn. 56 ff.

303 KOM, Entscheidung vom 13.10.2000, IV/M.2050, Vivendi/Canal+/Seagram, Rn. 17. Verwirrenderweise wird dieser Markt manchmal als Markt für Fernsehproduktionen bezeichnet, z. B. KOM, Entscheidung vom 07.10.1996, IV/M.779, Bertelsmann/CLT, Rn. 17; KOM, Entscheidung vom 20.09.1995, IV/M.553, RTL/Veronica/Endemol, Rn. 29.

304 KOM, Entscheidung vom 07.10.1996, IV/M.779, Bertelsmann/CLT, Rn. 17; KOM, Entscheidung vom 29.07.2000, IV/M.1958, Bertelsmann/GBL/Pearson TV, Rn. 11; KOM, Entscheidung vom 20.09.1995, IV/M.553, RTL/Veronica/Endemol, Rn. 24. Die Kommission scheint hier das Offensichtliche festzustellen, denn Filme, die nicht auf dem Markt angeboten werden, können schwerlich zu dem Markt hinzugezählt werden. Die Beteiligten in der Entscheidung RTL/Veronica/Endemol hatten allerdings die Meinung vertreten, auch solche Produktionen sollten im Markt enthalten sein, Rn. 89. Diese Entscheidung wurde vom Gericht erster Instanz bestätigt, EuG, T-221/95, Endemol Entertainment Holding BV/Commission, Slg. 1999, II-1299.

305 KOM, Entscheidung vom 13.10.2000, IV/M.2050, Vivendi/Canal+/Seagram, Rn. 18; s. auch KOM, Entscheidung vom 02.04.2003, COMP/M.2876, Newscorp/Telepiù, Rn. 59; KOM, Entscheidung vom 20.12.2000, IV/M.2211, Universal Studio Networks/De Facto 829 (Ntl)/Studio Channel Limited, Rn. 16.

306 KOM, Entscheidung vom 13.10.2000, IV/M.2050, Vivendi/Canal+/Seagram, Rn. 18.

307 KOM, Entscheidung vom 21.09.1998, IV/M.1219, Seagram/Polygram.

308 KOM, Entscheidung vom 23.07.2003, COMP/C.2-37.398, Joint Selling of the commercial rights of the UEFA Champions League, Rn. 81 ff.

wahrscheinlich, dass jede einzelne Verwertungsform für eine spezifische Dienstleistung an eine spezifische Verbrauchergruppe genutzt werde. Auf Abruf über Mobilfunkgeräte oder das Internet gelieferte Leistungen würden nicht mit Live-Übertragungen im Fernsehen konkurrieren können. Die Märkte für neue Medien würden sich voraussichtlich sowohl auf der vor- als auch auf der nachgelagerten Ebene parallel zu den Pay-TV-Märkten entwickeln.

Welche *Handlungsmöglichkeiten des nationalen Gesetzgebers* bleiben vor dem Hintergrund der umfangreichen europäischen Regulierung des Wettbewerbsrechts, insbesondere der ab dem 01.05.2004 angeordneten Anwendung eines Teils des europäischen Wettbewerbsrechts auch in Fällen mit rein nationaler Dimension, wenn er vor der Aufgabe steht, die Medienvielfalt beeinträchtigende Konzentrationstendenzen in den Medien zu verhindern?

Im Bereich der Fusionskontrolle gehören Unternehmenszusammenschlüsse, die nicht unter die FusionskontrollVO fallen, grundsätzlich in den Zuständigkeitsbereich der Mitgliedstaaten.³⁰⁹ Die Mitgliedstaaten können zwar einen Antrag auf Prüfung durch die Kommission stellen, wenn durch den Zusammenschluss wirksamer Wettbewerb auf dem gemeinsamen Markt beeinträchtigt werden könnte. Nach einer neueren Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs können auch konkurrierende (dritte) Unternehmen bei der Kommission den Antrag stellen, die Kommission möge überprüfen, ob sie nach der FusionskontrollVO zuständig ist.³¹⁰ Selbst wenn der Anwendungsbereich der FusionskontrollVO eröffnet ist, bleibt den Mitgliedstaaten nach Art. 21 Abs. 3 FusionskontrollVO die Möglichkeit, geeignete Maßnahmen zum Schutz der Medienvielfalt zu treffen. Es können daher also medienkonzentrationsrechtliche Sonderregelungen zum Schutz der Medienvielfalt, wie etwa § 42c des österreichischen Kartellgesetzes, angewandt werden.

Im Rahmen der Missbrauchsaufsicht wird den Mitgliedstaaten auch nach Inkrafttreten der neuen Kartellverordnung nach Art. 3 Abs. 2 Satz 2 KartellVO 1/2003 die Möglichkeit bleiben, strengere Regelungen als die des europäischen Rechts zu erlassen oder anzuwenden. Auch hier bleibt daher die Anwendbarkeit der Sonderregeln in § 35 Abs. 2a ff. des österreichischen Kartellgesetzes erhalten.

³⁰⁹ FusionskontrollVO, Begründungserwägung 29.

³¹⁰ EuGH, C-170/02, Schlüsselverlag Moser u. a./Kommission, Urteil vom 25.09.2003, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht.

Lediglich im Bereich des Verbots wettbewerbswidriger Kartelle wird nach Art. 3 Abs. 1 KartellVO 1/2003 in Zukunft, auch von den nationalen Wettbewerbsbehörden, allein Art. 81 EGV anzuwenden sein, wenn es sich bei dem zu beurteilenden Verhalten um eine Vereinbarung, eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise oder einen Beschluss von Unternehmensvereinigungen im Sinne des Art. 81 EGV handelt.

Dem einzelstaatlichen Gesetzgeber bleiben somit auch im Anwendungsbereich des europäischen Wettbewerbsrechts Möglichkeiten, anhand innerstaatlicher Vorschriften gegen Medienkonzentrationen vorzugehen.

dd) Beihilfenregime der Art. 86 und 87 EGV

Eine zentrale Rolle bei der Bewertung der gemeinschaftsrechtlichen Grundlagen für die Ausgestaltung eines dualen Rundfunksystems in den EG-Mitgliedstaaten spielt die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten finden ihre Finanzierungsgrundlagen neben der Werbung zusätzlich oder ausschließlich in Gebühren und anderen Finanzmitteln, die ihnen in unterschiedlicher Art und Weise durch die Mitgliedstaaten gewährt werden.³¹¹ Die beihilferechtliche Beurteilung der Finanzierung öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten offenbart eine Fülle von Rechtsproblemen, die sich sowohl auf der Ebene der Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 87 Abs. 1 EGV als auch – bei Bejahung der Tatbestandsmäßigkeit – bei der Anwendung der Ausnahme- und Rechtfertigungsvorschriften, insbesondere der Art. 87 Abs. 3 lit d) und Art. 86 Abs. 2 EGV, stellen.

(1) Anwendbarkeit des Art. 87 EGV

Die gemeinschaftsrechtlichen Bindungen entfalten ihre Wirkung auch im Bereich der Daseinsvorsorge nur, wenn das Gemeinschaftsrecht Anwendung findet. Leistungen der Daseinsvorsorge fallen nicht in den *Anwendungsbereich* des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts, wenn es sich zum einen um nichtwirtschaftliche Leistungen handelt oder zum anderen um solche, die den zwischenstaatlichen Handel nicht beeinträchtigen.

³¹¹ Neben (unmittelbaren) Einnahmen aus Gebühren und direkten Zuwendungen von Geldleistungen sind als Formen staatlicher Zuwendung zu nennen: Zulassung von Zahlungsrückständen (z. B. bei der Abführung von Sozialabgaben), Nichteintreibung von Geldstrafen, Nichtverfolgung von Gesetzesverstößen, das Stellen geringerer Programmanforderungen als gesetzlich vorgesehen, zinslose oder zinsgünstige Darlehen, Überlassung von Einrichtungen zu vorteilhaften Bedingungen, staatliche Bürgschaften, Schuldenerlasse oder Gewährung von Steuervorteilen – s. hierzu Wallenberg, in FS Grabitz, 867, 871; Bullinger, ZUM-Sonderheft 1986, 219.

Die Regelungen des Wettbewerbsrechts erfassen nur *wirtschaftliche Tätigkeiten*. Diese sind gemeinschaftsrechtlich zu definieren. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist wirtschaftliche Tätigkeit jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten.³¹² Diese Tätigkeiten müssen zumindest im Grundsatz von einem Privaten mit der Absicht der Gewinnerzielung ausgeübt werden können.³¹³

Wesentliche Bedeutung kommt dem Kriterium des Marktbezugs der betreffenden Tätigkeit zu. Nach der Rechtsprechung ist eine Tätigkeit grundsätzlich als eine wirtschaftliche anzusehen, wenn es einen Markt für sie gibt.³¹⁴ Die Gewinnerzielungsabsicht ist allerdings kein zwingendes Erfordernis für das Vorliegen einer wirtschaftlichen Tätigkeit.³¹⁵ Es genügt vielmehr schon, dass mit gewinnorientierten Unternehmen auf den betreffenden Märkten konkurriert wird.

Die Einstufung als wirtschaftliche Tätigkeit wird nicht davon berührt, dass es sich bei der betreffenden Tätigkeit um eine vom Staat einem Unternehmen aufgebene Daseinsvorsorgeleistung handelt, die von anderen Unternehmen nicht zu erbringen ist. Auch wenn diese Verpflichtung die Stellung des insofern belasteten Unternehmens gegenüber den Wettbewerbern verschlechtert, könne die fragliche Tätigkeit nicht aus dem Bereich der wirtschaftlichen Tätigkeiten herausgelöst werden.³¹⁶ Eventuelle Wettbewerbsnachteile können von den Mitgliedstaaten durch die Gewährung ausschließlicher Rechte oder Ausgleichszahlungen kompensiert werden, ohne dass die Einordnung als wirtschaftliche Tätigkeit zu ändern ist.³¹⁷ Zwar stellt hoheitliches Handeln keine Tätigkeit mit wirtschaftlichem Charakter dar.³¹⁸ Allerdings gehört die Rundfunktätigkeit nicht zu den bisher von der Rechtsprechung anerkannten Fällen,³¹⁹ und es erscheint fraglich, den Bereich des Rundfunks mit diesen Fällen gleich zu setzen.

Das gemeinschaftsrechtliche Wettbewerbsrecht ist auf rein innerstaatliche Sachverhalte nicht anzuwenden. Die Anwendbarkeit der Beihilferegelungen

erfordert eine *Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten*. Die Anforderungen an den Nachweis einer derartigen Beeinträchtigung sind gering. So ist die Kommission nach ständiger Rechtsprechung nicht verpflichtet, die tatsächlichen Auswirkungen einer Beihilfe auf den innergemeinschaftlichen Handel nachzuweisen. Es soll vielmehr genügen, dass sie die Eignung zur Handelsbeeinträchtigung nachweist.³²⁰ Eine solche liegt nach der Rechtsprechung vor, wenn die Stellung des begünstigten Unternehmens durch die staatlichen Mittel gegenüber Wettbewerbern im innergemeinschaftlichen Handel gestärkt wird.³²¹ Aus der Begünstigung folgt damit die Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels. Das begünstigte Unternehmen braucht nicht selbst am innergemeinschaftlichen Handel teilzunehmen.³²² Ausreichend sei, dass es auf einem Markt tätig ist, der unmittelbar oder mittelbar durch die Erbringung grenzüberschreitender Dienstleistungen gekennzeichnet ist.³²³

(2) Beihilfeverbot des Art. 87 Abs. 1 EGV

Beihilfen im Sinn des Art. 87 Abs. 1 EGV sind alle Maßnahmen, die in verschiedener Form (positive finanzielle Zuwendung und darüber hinaus jede staatliche Maßnahme) die Belastungen vermindern, die ein Unternehmen normalerweise zu tragen hat. Nach ständiger Rechtsprechung verlangt die Qualifizierung als Beihilfe, dass alle in dieser Vorschrift genannten Voraussetzungen erfüllt sind.³²⁴

Der Begriff der *Begünstigung* ist weit zu verstehen.³²⁵ Er erfasst den Empfang einer Leistung durch ein Unternehmen im Sinn des Art. 87 EGV. Ob und inwieweit darüber hinaus zu berücksichtigen ist, ob die gewährte Leistung eine Ausgleichszahlung für erbrachte Leistungen des Unternehmens darstellt, ist jedoch umstritten.

Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten müssen eine *Leistung empfangen*, welche in jedem geldwerten Vorteil liegen kann. Eine andere Beurteilung könnte sich ergeben, wenn die Leistungsbeziehung den Charakter eines normalen Handelsgeschäftes besäße.³²⁶ Hierzu zählen insbesondere

312 EuGH, C-475/99, Ambulanz Klöckner, Slg. 2001, I-8089, Rn. 19. Zu dem Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit s. auch Koenig/Kühling, ZHR 166 (2002), 656, 664.

313 Schlussanträge GA Jacobs, C-475/99, Ambulanz Klöckner, Slg. 2001, I-8089, Rn. 67.

314 EuGH, C-475/99, Ambulanz Klöckner, Slg. 2001, I-8089, Rn. 20.

315 Schlussanträge GA Jacobs, C-475/99, Ambulanz Klöckner, Slg. 2001, I-8089, Rn. 66.

316 EuGH, C-475/99, Ambulanz Klöckner, Slg. 2001, I-8089, Rn. 21.

317 EuGH, C-67/96, Albany, Slg. 1999, I-5751, Rn. 86.

318 Mitteilung der Kommission zu Leistungen der Daseinsvorsorge, 2001/C 17/04, ABl. EG 2001 Nr. C 17, S. 4, Rn. 28, im Folgenden: Kommission, Mitteilung Daseinsvorsorge.

319 Beispiele hierfür sind die Wahrung der inneren und äußeren Sicherheit, die Justizverwaltung, Kontrolle und Überwachung des Luftraums oder die Überwachung eines Hafens zur Bekämpfung von Umweltverschmutzungen.

320 EuG, verb. Rs T-298/97 u. a., Alzetta Mauro/Kommission, Slg. 2000, II-2319, Rn. 76.

321 EuG, T-55/99, CETM/Kommission, Slg. 2000, II-3207, Rn. 86.

322 EuG, T-55/99, CETM/Kommission, Slg. 2000, II-3207, Rn. 86.

323 Heidenhain-Montag/Leibenath, § 30 Rn. 29.

324 Zuletzt EuGH, C-280/00, Altmark Trans, Urteil vom 24.07.2003, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Rn. 74, m.w.N.

325 Koenig/Kühling, NJW 2000, 1065.

326 EuG, T-14/96, Bretagne Angleterre Irlande – BAI, Slg. 1999, II-139, Rn. 75; Nettesheim, EWS 2002, 253, 256.

die Ausschreibung von (Dienstleistungs-)Aufträgen und die Auftragsvergabe an den (wirtschaftlich) günstigsten Anbieter. In der regulären, marktconformen Vergabe öffentlicher Aufträge auf der Grundlage einer Ausschreibung kann danach nie eine Beihilfegewährung liegen.³²⁷

Ebenso wird vertreten, dass man auch dann von einer marktmäßigen geschäftlichen Transaktion ausgehen kann, wenn der Staat den Dienstleistungsauftrag zwar nicht ausschreibt, ihn aber marktförmig vertraglich begründet.³²⁸ Voraussetzungen hierfür sind, dass beide Partner

- rechtlich gleichberechtigt sind,
- sich faktisch unabhängig und frei gegenüberstehen,
- sich vertraglich darauf einigen, den Dienstleistungsauftrag zum Marktpreis zu vergüten.

Allerdings liegt auch nach dieser Ansicht keine marktmäßige geschäftliche Transaktion vor, wenn der Staat dem Unternehmen eine Dienstleistungspflicht hoheitlich auferlegt und den zu gewährenden Nachteilsausgleich einseitig bestimmt.³²⁹ In diesem Zusammenhang spielt es keine Rolle, ob die Begründung der Verpflichtung lediglich ein Unternehmen oder eine Gruppe trifft. Auch müsse die Verpflichtung nur Ausdruck einseitiger staatlicher Entscheidung und Ausfluss staatlicher Hoheitsgewalt sein, sodass sie durch Gesetz oder Verwaltungsmaßnahme erfolgen könne.³³⁰

Die Leistungsbeziehungen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkunternehmen sind zumeist jedoch nicht vertraglich begründet, sondern finden ihre Grundlage in gesetzlichen Bestimmungen. Ein Handelsgeschäft liegt mithin nicht vor, eine Begünstigung könnte grundsätzlich gegeben sein.³³¹

Die Rundfunkgebühren könnten jedoch als *Ausgleichszahlung* für die durch die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten erbrachten Leistungen und damit beihilferechtlich nicht zu beanstanden sein.

Ein Ausgleich von Lasten, die aus der Erfüllung eines hoheitlichen Auftrags herrühren, steht dem Gemeinschaftsrecht grundsätzlich nicht entgegen.³³²

³²⁷ Nettesheim, EWS 2002, 253, 256.

³²⁸ Nettesheim, EWS 2002, 253, 256.

³²⁹ KOM, Entscheidung vom 06.07.1994, TAP, ABI. EG 1994 Nr. L 260, S. 27, 30.

³³⁰ Nettesheim, EWS 2002, 253, 256.

³³¹ KOM, Entscheidung vom 06.07.1994, 94/66/EG, TAP, ABI. EG 1994 Nr. L 260, S. 27, 30.

³³² Zuletzt EuGH, C-53/00, Ferring/ACOSS, Slg. 2001, I-9067, Rn. 26.

Aus der Rechtsprechung ergibt sich, dass eine Maßnahme dann nicht unter den Beihilfebegriff fällt, wenn sie als Ausgleich anzusehen ist. Dies wird dann angenommen, wenn der Ausgleich die Gegenleistung für Leistungen bildet, die von den Unternehmen, denen sie zugute kommt, zur Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen erbracht werden. Diese Unternehmen erhalten keinen wirklichen finanziellen Vorteil. Die Maßnahme bewirke insofern nicht, dass diese Unternehmen gegenüber den mit ihnen im Wettbewerb stehenden Konkurrenten in eine günstigere Wettbewerbsstellung gelangen.

Den Mitgliedstaaten steht ein Gestaltungsspielraum zu, wie sie die mit dem gemeinwohlbezogenen Dienstleistungsauftrag verbundenen Lasten ausgleichen. Sie können hierfür den Beauftragten finanziell unterstützen oder den nicht mit einer Gemeinwohlpflicht belegten Wettbewerbern eine Abgabe aufzuerlegen.

Die rechtssystematische Verortung der Ausgleichszahlungen war bisher zwischen den Gemeinschaftsorganen umstritten. Möglicherweise hat jedoch der *EuGH* für diese Frage in der Rechtssache *Altmark Trans* am 24.07.2003 eine grundlegende Entscheidung gefällt. Diese wird im Folgenden näher dargestellt und in ihrer Bedeutung für die Rundfunkgebührenfinanzierung untersucht.

Das Regierungspräsidium Magdeburg hat an Altmark Trans GmbH Genehmigungen von Liniendiensten mit Omnibussen im Landkreis Stendal erteilt, für deren Betrieb diese öffentliche Zuschüsse erhielt. Das BVerwG legte gemäß Art. 234 EGV dem EuGH die Frage vor, ob Zuschüsse, die Behörden eines Mitgliedstaates zum Defizitenausgleich beispielsweise im öffentlichen Personennahverkehr gewähren, Beihilfen im Sinn des Art. 87 EGV sind.

Der EuGH entschied, dass die Voraussetzung für die Anwendung von Art. 87 Abs. 1 EGV, wonach die Beihilfe geeignet sein muss, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, nicht vom örtlichen oder regionalen Charakter der erbrachten Verkehrsdienste oder der Größe des betreffenden Tätigkeitsgebiets abhängt. Wenn es sich um öffentliche Zuschüsse handelt, die den Betrieb von Liniendiensten im Stadt-, Vorort- und Regionalverkehr ermöglichen sollen, fielen diese jedoch nicht unter diese Bestimmung, soweit sie als Ausgleich anzusehen seien, der die Gegenleistung für Leistungen darstelle, die von den begünstigten Unternehmen zur Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen erbracht werden.

Ob ein solcher Fall tatsächlich vorliege, habe das vorlegende Gericht anhand mehrerer vom EuGH entwickelter Kriterien zu überprüfen: Das begünstigte Unternehmen müsse tatsächlich mit der Erfüllung klar definierter gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut worden sein. Die Parameter, anhand derer der Ausgleich berechnet wird, müssten zuvor objektiv und transparent aufgestellt worden sein³³³ und der Ausgleich dürfe 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. Die Höhe des erforderlichen Ausgleichs müsse, wenn kein öffentliches Vergabeverfahren stattgefunden habe, auf Grundlage einer Kostenanalyse stattfinden, die berücksichtige, welche Kosten ein entsprechend ausgestattetes, durchschnittlich gut geführtes Unternehmen bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte, wobei auch hier die dabei erzielten Einnahmen und ein angemessener Gewinn aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen zu berücksichtigen seien.

Mit dieser Auslegung des Begriffs der Beihilfe ermöglicht der EuGH, bei Vorliegen der genannten Voraussetzungen den Tatbestand des Art. 87 Abs. 1 EGV zu verneinen, eine Notifizierungspflicht der Ausgleichszahlung gegenüber der Kommission nach Art. 88 EGV und die Prüfung eines Rechtfertigungsgrundes nach Art. 86 Abs. 2 EGV auszuschließen.

Der EuGH hat damit die Rechtfertigungslösung³³⁴ nicht übernommen, nach der Ausgleichszahlungen für Leistungen der Daseinsvorsorge tatbestandlich immer als Beihilfe im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EGV anzusehen sind³³⁵ und allenfalls aufgrund einer Rechtfertigung nach Art. 86 Abs. 2 EGV genehmigt werden können.³³⁶

333 S. bereits den von der Kommission vorgegebenen Ansatz in der Entscheidung Kika/Phönix, Ziffer 6.1.1, nicht veröffentlicht.

334 Hierfür wird auch die Terminologie „Beihilfeansatz“ gewählt – s. Schlussanträge GA Jacobs, C-126/01, GEMO, Schlussanträge vom 30.04.2002, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Rn. 94; wie hier Nettesheim, EWS 2002, 253, 258.

335 EuG, T-106/95, FFSA, Slg. 1997, II-229, Rn. 167; EuG, T-46/97, SIC, Slg. 2000, II-2125, Rn. 75; Schlussanträge GA Léger, C-280/00, Altmark Trans, Schlussanträge vom 14.01.2003, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Rn. 77; Bartosch, WuW 2001, 673, 686, mit Bezug auf die Beihilfevermutung nach Kommissionsansicht.

336 An der Rechtfertigungslösung wird kritisiert, dass sie bei der Feststellung einer Beihilfe zu wenig berücksichtige, ob das begünstigte Unternehmen letztlich einen wirtschaftlichen Vorteil erlange und ob durch die staatliche Maßnahmen der Wettbewerb verzerrt werde. Dies führe zu einer zu strikten Notifizierungspflicht nach Art. 88 EGV und verhindere mit dem Durchführungsverbot bis zu einer Entscheidung der Kommission die wirksame Erbringung der Dienste der Daseinsvorsorge – s. z. B. Schlussanträge GA Léger, C-280/00, Altmark Trans, Schlussanträge vom 14.01.2003, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Rn. 53; Schlussanträge GA Jacobs, C-126/01, GEMO, Schlussanträge vom 30.04.2002, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Rn. 115.

Der EuGH hat mit den genannten einschränkenden Tatbestandsvoraussetzungen aber auch die Tatbestandslösung³³⁷ nicht rein übernommen. Danach soll bereits das Vorliegen einer Beihilfe und damit des Tatbestands des Art. 87 Abs. 1 EGV ausgeschlossen sein,³³⁸ soweit die Mittel die Mehrkosten aus der Erbringung der Dienste der Daseinsvorsorge vollständig oder teilweise ausgleichen.³³⁹

Der Gerichtshof behält mit der Altmark Trans-Entscheidung seinen in der Rechtssache Ferring³⁴⁰ entwickelten Ausgleichsansatz im Grunde bei, nähert sich aber durch die Aufstellung der genannten Kriterien dem von Generalanwalt Jacobs in der Rechtssache GEMO SA³⁴¹ vertretenen Gegenleistungsansatz an, der einen Kompromiss zwischen Tatbestands- und Rechtfertigungslösung unter Transparenzgesichtspunkten vorgeschlagen hatte.³⁴² Er macht die Lösung eines Falles davon abhängig, ob die Gemeinwohlverpflichtung klar definiert und die Ausgleichszahlungen mit diesen in einem unmittelbaren und offensichtlichen Zusammenhang stehen. In diesem Fall ist der Tatbestand der Beihilfe ausgeschlossen, in allen anderen Fällen ist eine Lösung über die Rechtfertigung einer tatbestandlichen Beihilfe zu suchen.³⁴³

337 Auch „Ausgleichsansatz“ genannt – s. Schlussanträge GA Jacobs, C-126/01, GEMO, Schlussanträge vom 30.04.2002, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Rn. 94; wie hier Nettesheim, EWS 2002, 253, 258.

338 Bartosch, NVwZ 2002, 174, 175; Entscheidung der Kommission zu SIC, vgl. Pressemitteilung der Kommission Nr. IP/96/882 vom 02.10.1996; Entscheidung der Kommission, ABl. EG 1995 Nr. C 262, S. 11, 15 (anders dagegen Entscheidung der KOM in Sachen Kika/Phoenix, vgl. IP/99/132); EuGH, Rs. 240/83, Association de Defense des Bruleurs d’Huiles Usagees – ADBHU, Sammlung 1985, S. 531, Rn. 16; vgl. insoweit auch die Schlussanträge GA Lenz in dieser Rechtssache, ebenda.

339 An der Tatbestandslösung wird kritisiert, sie vermende die Qualifizierung einer Maßnahme als staatliche Beihilfe nach Art. 87 Abs. 1 EGV mit ihrer möglichen Rechtfertigung nach Art. 86 Abs. 2 EGV und beziehe auch die Voraussetzungen der Rechtfertigung, insbesondere die konkrete Festlegung von Gemeinwohlpflichten und die Verhinderung von Handelshemmnissen, unzureichend in die Auslegung des Begriffs Beihilfe ein. Außerdem würden die mitgliedstaatlichen Maßnahmen der Kontrolle durch die Kommission nach Art. 86 Abs. 3 und 88 Abs. 1 und 2 EGV entzogen – s. z. B. Schlussanträge GA Léger, C-280/00, Altmark Trans, Schlussanträge vom 19.03.2003, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Rn. 76, 87, 89, 91; Schlussanträge GA Jacobs, C-126/01, GEMO, Schlussanträge vom 30.04.2003, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Rn. 115.

340 EuGH, C-53/00, Ferring/ACOSS, Slg. 2001, I-9067, Rn. 26.

341 Schlussanträge GA Jacobs, C-126/01, GEMO, Schlussanträge vom 30.04.2002, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht.

342 Schlussanträge GA Jacobs, C-126/01, GEMO, Schlussanträge vom 30.04.2002, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Rn. 119; auch Nettesheim in EWS 2002, 253, 256.

343 Kritisiert wird an diesem Ansatz, die verwendeten Kriterien seien zu unbestimmt und führten letztlich zu den gleichen Problemen wie die Tatbestandslösung – s. z. B. Schlussanträge GA Léger, C-280/00, Altmark Trans, Schlussanträge vom 14.01.2003, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Rn. 85.

Der Vorteil dieser vermittelnden Lösung ist darin zu sehen, dass sie in den Fällen, in denen eine Begünstigung und eine Wettbewerbsverzerrung aufgrund der beschriebenen Anforderungen zu verneinen sind, bereits tatbestandlich eine Beihilfe ausgeschlossen werden kann und keine Notifizierung nach Art. 88 EGV und keine Prüfung nach Art. 86 Abs. 2 EGV stattfinden muss.

Eine dem Urteil Altmark Trans vergleichbare Entscheidung des Gerichtshofs ist für den Rundfunkbereich bislang nicht ergangen. Der allgemein dargelegte Prüfungsmaßstab des Urteils kann jedoch auch auf den Rundfunkbereich angewendet werden.

In der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist als allgemeiner Grundsatz anerkannt, dass den Mitgliedstaaten bei der *Bestimmung von Gemeinwohlanliegen*, die sich auf marktförmigem Weg nicht erreichen lassen und daher durch besondere Dienstleistungsaufträge erfüllt werden sollen, ein weiter Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum zusteht.³⁴⁴ Die Mitgliedstaaten können daher im Grundsatz frei festlegen, welche Anliegen sie als gemeinwirtschaftlich verfolgen, solange es sich um eine Zielsetzung oder ein Interesse handelt, das sich „von dem Interesse an anderen Tätigkeiten des Wirtschaftslebens besonders unterscheidet“.³⁴⁵ Die Gestaltungsfreiheit der Mitgliedstaaten ist allerdings nicht schrankenlos.³⁴⁶ Eine Grenze bilden die Aufgabenstellungen, die von den Marktkräften ebenso effizient geleistet werden können wie vom Träger eines besonderen Dienstleistungsauftrags.³⁴⁷ Auch dürfen Mitgliedstaaten bei der Bestimmung der Zielsetzung der Daseins-

vorsorge nicht gegen Ziele oder Interessen der Gemeinschaft verstoßen.³⁴⁸ Auch soll es Mitgliedstaaten nicht erlaubt sein, allgemeine und unspezifische bürgerliche Lasten, wie zum Beispiel die Beachtung der Arbeitszeitregeln,³⁴⁹ zum Gegenstand eines Dienstleistungsauftrags zu machen.

Der Gerichtshof hat allerdings die Aufgabenstellung an öffentlich-rechtliche Fernsehanstalten, einen besonderen Programmauftrag zu erfüllen, für legitim erachtet.³⁵⁰ Die Gestaltungsfreiheit des Dienstleistungsauftrags für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk ist im Licht seiner besonderen gesellschaftspolitischen Funktionen zu sehen, sodass ein besonderer Spielraum der Mitgliedstaaten eröffnet sein kann.

Unter Bezugnahme auf diese Bedeutung sowie auf das Amsterdamer Protokoll hält die Kommission eine „breit gefasste Definition“ des Auftrags der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten – in ihrer Prüfungssystematik – von Art. 86 Abs. 2 EGV für gedeckt.³⁵¹ Diese weit verstandene Definition erlaube auch, ein Programm innerhalb des definierten Auftrags anzubieten, das „gewisse Einschaltquoten“ gewährleiste.³⁵² Damit nimmt die Kommission implizit Bezug auf die Entschließung des Rates über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk,³⁵³ die den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten sogar zugestand, „danach [zu] streben, hohe Einschaltquoten zu erzielen“.³⁵⁴ Stimmen in der Literatur sehen in der von der Ratsentscheidung abweichenden Wortwahl der Rundfunkmitteilung der Kommission zwar einen Hinweis darauf, dass die Kommission den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten die Ausrichtung ihres Programms nur eingeschränkt auf die Erzielung von

344 EuG, T-106/95, FFSA u. a./Kommission, Slg. 1997, II-229, Rn. 108; Schlussanträge GA Tizzano, C-53/00, Ferring/ACOSS, Slg. 2001, I-9067, Rn. 51; in Rn. 22 der Mitteilung Daseinsvorsorge, s. Fußnote 318, führt die Kommission aus, dass für die Definition dessen, was ausgehend von den spezifischen Merkmalen einer Tätigkeit als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu gelten habe, vorrangig die Mitgliedstaaten zuständig seien; diese Definition dürfe auch nur einer Kontrolle auf offenkundige Fehler unterworfen werden.

345 EuGH, C-242/95, GT-Link, Slg. 1997, I-4449, Rn. 53; EuGH, C-266/96, Corsica Ferries France, Slg. 1998, I-3949, Rn. 45.

346 S. Schlussanträge GA Léger, C-309/99, JCJ Wouters, JW Savalbergh, Price Waterhouse Belastingadviseurs BV, Slg. 2002, I-1577, Rn. 162: „In Wirklichkeit ist es Sache der Mitgliedstaaten, den Inhalt ihrer Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu bestimmen. Sie verfügen dabei über einen erheblichen Freiraum, da der Gerichtshof nur eingreift, um möglichen Missbräuchen entgegenzuwirken, wenn die Mitgliedstaaten die Interessen der Gemeinschaft verletzen. Artikel 90 Absatz 2 EG-Vertrag soll nämlich das Interesse der Mitgliedstaaten am Einsatz bestimmter Unternehmen als Instrument ihrer Wirtschafts-, Fiskal- oder Sozialpolitik mit dem Interesse der Gemeinschaft an der Erhaltung der Wettbewerbsregeln und der Wahrung der Einheit des Gemeinsamen Marktes in Einklang bringen.“

347 EuGH, C-179/90, Mercis convenzionali porto di Genova, Slg. 1991, I-5889, Rn. 27; EuGH, C-320/91, Corbeau, Slg. 1993, I-2533, Rn. 19.

348 Nettesheim, EWS 2002, 253, 255, der als Beispiel den Fall eines besonderen Dienstleistungsauftrags nennt, der darauf abzielt, inländische Waren gegenüber EG-Importen besser zu stellen. Daher seien vor diesem Hintergrund den Mitgliedstaaten insbesondere auch bei der Verfolgung sozialpolitischer Ziele erhebliche Grenzen gezogen.

349 EuGH, C-251/97, Kommission/Frankreich, Slg. 1999, I-6639, Rn. 36. Die Rechtsprechung ist der Ansicht, dass allgemeine „Wettbewerbsnachteile“, wie sie sich aus gesetzlichen Anforderungen ergeben, nicht ausgleichsfähig sind und daher nicht die Vergabe einer (ausgleichenden) Beihilfe rechtfertigen können; s. Rechtsprechungsnachweise bei Nettesheim, EWS 2002, 253, 255.

350 EuGH, Rs. 155/73, Sacchi, Slg. 1974, S. 409, Rn. 13-15.

351 Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über Staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, ABl. Nr. C 320 vom 15.11.2001, S. 5 (im Folgenden: Kommission, Rundfunkmitteilung), Rn. 33. Ein Hinweis auf die Bedeutung des Amsterdamer Protokolls sowie der Entschließung des Rates und der im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten zum öffentlichen Rundfunk vom 25.01.1999, ABl. EG Nr. C 30 vom 05.02.1999, S. 1 (im Folgenden: Entschließung zum öffentlich-rechtlichen Rundfunk) findet sich auch in KOM, Entscheidung vom 22.05.2002, Staatliche Beihilfe N 631/2001, BBC licence fee, Rn. 37.

352 Kommission, Rundfunkmitteilung, s. Fußnote 351, Rn. 33.

353 Entschließung zum öffentlich-rechtlichen Rundfunk, s. Fußnote 351.

354 Entschließung zum öffentlich-rechtlichen Rundfunk, s. Fußnote 351, Rn. 7.

Einschaltquoten zugestehen wolle. Doch sei auch der Begriff der „gewissen Einschaltquoten“ in hohem Maße unbestimmt und eröffne den Rundfunkanstalten und den Mitgliedstaaten weite Ermessensspielräume.³⁵⁵ Auch nach Ansicht der Kommission bestehen daher keine beihilferechtlichen Einwände gegen eine Ausgestaltung unter zumindest zum Teil kommerziellen Erwägungen. Eine solche Definition entspreche dem Ziel, die demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnisse der Gesellschaft zu decken und den Pluralismus einschließlich kultureller und sprachlicher Vielfalt zu wahren.³⁵⁶

Danach kann der öffentlich-rechtliche Auftrag der Rundfunkanstalten entsprechend den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft fortentwickelt werden. Unter Berücksichtigung der Entwicklung und Diversifizierung der Tätigkeiten im digitalen Zeitalter können nach Ansicht der Kommission auch beispielsweise über „traditionelle“ Rundfunkprogramme hinausgehende Dienste wie Online-Informationendienste vom öffentlichen Auftrag der Rundfunkanstalten gedeckt sein.³⁵⁷ Nach Ansicht des Rates ist der Zugang einer breiten Öffentlichkeit zu verschiedenen Kanälen und Diensten eine Vorbedingung für die Erfüllung der Verpflichtungen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Entsprechend diesem Auftrag käme ihm eine bedeutende Rolle dabei zu, der Öffentlichkeit die Vorteile der neuen audiovisuellen Dienste und Informationsdienste sowie neuer Technologien nahezubringen.³⁵⁸ Allerdings sollten bei jeder Ausweitung des öffentlich-rechtlichen Auftrags auf neue Dienste die Definition und der Akt, mit dem der Anstalt der öffentlich-rechtliche Auftrag übertragen wird, angepasst werden.³⁵⁹ Die Kommission gelangt bei der Überprüfung der Finanzierung der niederländischen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten³⁶⁰ jedoch zu der Überzeugung, dass bestimmte Tätigkeiten der Anstalten im Bereich der sog. neuen Medien wie SMS-Dienste als kommerzielle Tätigkeiten nicht vom durch den Staat definierten öffentlichen Auftrag erfasst seien.³⁶¹ Bei der Überprüfung der Definition habe sich die Kommission auf die Überprüfung offensichtlicher Fehler bei der Definition des öffentlich-rechtlichen Sende-

auftrags zu beschränken.³⁶² Ein offensichtlicher Fehler liege allerdings vor, wenn die Definition nicht mehr den Vorgaben des Amsterdamer Protokolls entspreche, also über die demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnisse der Gesellschaft hinausginge.³⁶³ Die Kommission betont weiterhin, dass der öffentliche Auftrag auch präzise definiert werden müsse. Aus der Definition müsse unmissverständlich hervorgehen, ob der Mitgliedstaat eine bestimmte Tätigkeit der jeweiligen Anstalt in den Aufgabenbereich aufnehmen wolle.³⁶⁴

Insgesamt gesteht die Kommission trotz dieser Einschränkungen den Mitgliedstaaten bei der Definition der Dienste von allgemeinem Interesse im Bereich des Rundfunks einen erheblichen Spielraum zu, der über den Rahmen ihrer Daseinsvorsorgemittelung hinsichtlich der (allgemeinen) Leistungen der Daseinsvorsorge hinausgehe.³⁶⁵

Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten müssen durch eine förmliche Rechtshandlung mit der Wahrnehmung der besonderen und ausreichend definierten Aufgaben betraut sein.

Die Betrauung dient vor allem der Transparenz. Der Umfang der jeweiligen Dienstleistung soll klar definiert und das erbringende Unternehmen individualisiert werden. Dadurch soll die Kommission in die Lage versetzt werden, die Verhältnismäßigkeit der staatlichen Maßnahme und das Vorliegen einer möglichen Überkompensation zu überprüfen.³⁶⁶ Der Gerichtshof hat in seiner Entscheidung Altmark Trans dieses Erfordernis nicht näher spezifiziert.³⁶⁷ Es ist daher die – zumeist im Rahmen des Art. 86 Abs. 2 EGV ergangene – diesbezügliche Praxis zu erörtern.

355 Heidenhain-Montag/Leibenath, § 31 Fußnote 107.

356 Kommission, Rundfunkmitteilung, s. Fußnote 351, Rn. 33.

357 Kommission, Rundfunkmitteilung, s. Fußnote 351, Rn. 34.

358 Entschlüsselung zum öffentlichen Rundfunk, s. Fußnote 351, Rn. 4 und 5.

359 Kommission, Rundfunkmitteilung, s. Fußnote 351, Rn. 35.

360 Die Prüfung betrifft acht öffentlich-rechtliche Rundfunksender und deren Dachorganisation, die nach Ansicht der Kommission ebenfalls als Rundfunkanstalt anzusehen ist.

361 S. Pressemitteilung der Kommission vom 03.02.2004, abrufbar unter [http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.getfile=gf&doc=IP/04/146\[0\]RAPID&lg=DE&type=PDF](http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.getfile=gf&doc=IP/04/146[0]RAPID&lg=DE&type=PDF)

362 Kommission, Rundfunkmitteilung, s. Fußnote 351, Rn. 36. Dabei hat die Kommission ihrer Ansicht nach nicht darüber zu entscheiden, ob ein Programm als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse angeboten werde, und auch nicht Art und Qualität eines bestimmten Produkts in Frage zu stellen.

363 Kommission, Rundfunkmitteilung, s. Fußnote 351, Rn. 36. Beispielfhaft nennt die Kommission an dieser Stelle den elektronischen Handel. Dabei stellt die Kommission klar, dass der öffentlich-rechtliche Auftrag nur die der Öffentlichkeit im allgemeinen Interesse anzubietenden Dienste erfasse, nicht jedoch die Festlegung des Finanzierungsmodus. Daher könnten die Sendeanstalten zu Einnahmezwecken zwar kommerziellen Tätigkeiten wie dem Verkauf von Sendeplatz für Werbung nachgehen, diese könnten jedoch nicht als Teil des öffentlich-rechtlichen Auftrags definiert werden.

364 Kommission, Rundfunkmitteilung, s. Fußnote 351, Rn. 37. Dieses Erfordernis stipuliert die Kommission in der Rundfunkmitteilung im Hinblick auf ihre Prüfungskompetenz im Rahmen des Art. 86 Abs. 2 EGV.

365 Heidenhain-Montag/Leibenath, § 31 Rn. 64.

366 Kommission, Mitteilung Daseinsvorsorge, s. Fußnote 318, Rn. 22.

367 EuGH, C-280/00, Altmark Trans, Urteil vom 24.07.2003, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Rn. 89, 95.

Die Betrauung setzt einen Hoheitsakt der öffentlichen Gewalt voraus.³⁶⁸ Die formale Rechtsnatur dieses Aktes ist nicht vorgegeben,³⁶⁹ er erfordert insbesondere keine förmliche Rechtsvorschrift.³⁷⁰ Die Kommission nennt als denkbare und ausreichende förmliche Rechtshandlung die Betrauung durch Rechtsakt, Vertrag oder Aufgabenbeschreibung.³⁷¹ Demgegenüber genügt eine allein gesetzlich vorgeschriebene hoheitliche Erlaubnis den Anforderungen nicht, soweit das Gesetz nur eine allgemeine Ausübung der Tätigkeit regelt, ohne dem Unternehmen bestimmte Verpflichtungen aufzuerlegen.³⁷² Auch die rein tatsächliche Erbringung einer Dienstleistung reicht insofern nicht aus.³⁷³

Um den an ihn gestellten Transparenzanforderungen zu genügen, muss der Betrauungsakt nach Ansicht der Kommission bestimmte Angaben enthalten, nämlich

- die Art des zu erfüllenden Versorgungsauftrags,
- die mit der Erfüllung des Auftrags betrauten Unternehmen und den räumlichen Geltungsbereich,
- die Zuständigkeit für die Festsetzung der Verkaufspreise und die Bedingungen, unter denen die Preise geändert werden dürfen,
- die Art der den Unternehmen gegebenenfalls gewährten ausschließlichen oder besonderen Rechte,
- die Höhe eventuell gewährter Ausgleichszahlungen für die Erfüllung öffentlicher Versorgungsaufträge und etwaige Anpassungsbestimmungen sowie
- die Geltungsdauer der Verpflichtungen.³⁷⁴

Die Anforderungen an die Formulierung des Auftrags sind allerdings weit zu verstehen. Die geforderte hinreichende Eindeutigkeit und Klarheit der Formulierung des Dienstleistungsauftrags soll nicht jeden Entscheidungs- und Gestaltungsspielraum des beauftragten Unternehmens entziehen. Aus gemeinschaftsrechtlicher Perspektive komme es darauf an, dass sich Reich-

weite und Umfang der Gemeinwohlverpflichtung dem staatlichen Zuweisungsakt interpretativ so eindeutig entnehmen lasse, dass sie eine tragfähige Berechnungsgrundlage für die damit verbundenen Kosten bilden könne.³⁷⁵

Im Rahmen des Art. 86 Abs. 2 EGV legt die Kommission dar, dass eine förmliche Betrauung als solche nicht genüge, um staatliche Ausgleichszahlungen vom Beihilfeverbot ausnehmen zu können. Hinzukommen müsse, dass die betreffende Dienstleistung von der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt auch tatsächlich so erbracht werde, wie dies in dem förmlichen Betrauungsakt festgehalten sei. Die Einhaltung des festgelegten Tätigkeitsfeldes der Anstalten müsse von einer geeigneten Behörde oder einer von dem jeweiligen Mitgliedstaat zu benennenden Stelle überwacht werden.³⁷⁶ Die Kommission deutet dabei zwar an, dass eine solche Aufsichtsinstanz ihrer Aufgabe nur gerecht werden „dürfte“, wenn sie von dem beauftragten Unternehmen unabhängig sei.³⁷⁷ Auch betont die Kommission in ihrer Entscheidungspraxis den besonderen Wert, den sie einer unabhängigen Expertise und Überwachung bei der Beurteilung einer ausreichenden Transparenz der Betrauung zuordnet.³⁷⁸ Vom Wortlaut ihrer Verlautbarungen erscheint es jedoch nicht ausgeschlossen, dass auch mit dem beauftragten Unternehmen verbundene Stellen für die Überwachung eingesetzt werden können.

Nach der Entscheidung des Gerichtshofs in der Sache Altmark Trans sind die *Parameter*, anhand deren der *Ausgleich* berechnet wird, *zuvor objektiv und transparent* aufzustellen. Damit soll verhindert werden, dass der Ausgleich einen wirtschaftlichen Vorteil mit sich bringt, der das begünstigte Unternehmen gegenüber mit ihm konkurrierenden Unternehmen bevorzugen würde.³⁷⁹ Werden die Verluste eines Unternehmens ausgeglichen, ohne dass ein Mitgliedstaat die Parameter zuvor aufgestellt hat, stellt dies tatbestandlich

368 EuGH, Rs. 127/73, BRT II, Slg. 1974, S. 313, Rn. 20; EuGH, Rs. 172/80, Züchner, Slg. 1981, S. 2021, Rn. 7.

369 Er soll jedoch öffentlich gemacht oder zumindest auf Anfrage einsehbar sein – Non-Paper der Kommission vom 12.11.2002 über Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und staatliche Beihilfen, COMP-2002-01759-01-00-DE-TRA-00 (im Folgenden: Kommission, Non-Paper), Rn. 64.

370 EuGH, C-159/94, Kommission/Frankreich – EDF/GDF, Slg. 1997, I-5815, Rn. 66.

371 Kommission, Rundfunkmitteilung, s. Fußnote 351, Rn. 40.

372 EuGH, Rs. 7/82, GVL, Slg. 1983, S. 483, Rn. 30.

373 GTE-Hochbaum, Art. 86, Rn. 54.

374 Kommission, Non-Paper, s. Fußnote 369, Rn. 63. Damit in regelmäßigen Abständen eine Wettbewerbssituation hergestellt werden könne, müsse der öffentliche Versorgungsauftrag zeitlich begrenzt sein. Dabei hält die Kommission außer in durch die Art der Investition begründeten Einzelfällen einen Zeitraum von fünf Jahren für angemessen – s. Kommission, Non-Paper, s. Fußnote 369, Rn. 65.

375 Nettesheim, EWS 2002, 235, 257.

376 Kommission, Rundfunkmitteilung, s. Fußnote 351, Rn. 41. Die Notwendigkeit einer derartigen Stelle oder Aufsichtsbehörde begründet die Kommission mit ihrer eigenen, eingeschränkten Überwachungskompetenz im Hinblick auf Qualitätsstandards, die das betroffene Unternehmen zu erfüllen habe. Sie beruft sich dabei auf ihre Mitteilung über die Grundsätze und Leitlinien für die audiovisuelle Politik im digitalen Zeitalter, KOM(1999) 657 endg., Abschnitt 3 Nummer 6, nach der sie diese genannte Einschränkung ihrer Prüfkompetenz zu Gunsten einer angemessenen Aufsicht der Mitgliedstaaten hinzunehmen habe.

377 Kommission, Rundfunkmitteilung, s. Fußnote 351, Rn. 42.

378 S. KOM, Entscheidung vom 22.05.2002, Staatliche Beihilfe N 631/2001, BBC licence fee, Rn. 37; KOM, Staatliche Beihilfe N 548/2001, Télévision locale dans la Communauté française, S. 7; s. zu diesen Anforderungen im Rahmen der ex-ante-Prüfung der Überkompensation auch unten S. 105.

379 EuGH, C-280/00, Altmark Trans, Urteil vom 24.07.2003, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Rn. 90, 95.

eine Beihilfe dar, deren Rechtfertigung nach Art. 86 Abs. 2 EGV zu beurteilen ist. In einer vorläufigen Analyse des französischen Finanzierungssystems hat die Kommission festgestellt, dass die einschlägigen Rechtsvorschriften nicht ausreichen um sicherzustellen, dass die öffentlichen Fernsehanstalten die ihnen gewährten Beihilfen nur im Rahmen ihres öffentlichen Auftrags verwenden und sich auch ansonsten marktkonform verhalten.³⁸⁰ Dieser Grundsatz gilt auch, wenn sich im Nachhinein herausstellt, dass das Betreiben bestimmter Dienste im Rahmen der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen nicht wirtschaftlich durchführbar war.³⁸¹

Im Hinblick auf den Finanzierungsmodus hält die Kommission im Rahmen der Bestimmung der Parameter sowohl eine vollständige Gebührenfinanzierung als auch ein duales Rundfunkfinanzierungssystem für zulässig. Sie stellt es damit zumindest in formeller Hinsicht in das Ermessen der Mitgliedstaaten, den Finanzierungsmodus festzulegen.³⁸²

In ihrer Rundfunkmitteilung gibt die Kommission Leitlinien, die auch für die Feststellung der wichtigen Parameter für die Planung und Berechnung des Ausgleichs zu berücksichtigen sind:

Für die Beurteilung einer eventuellen Überkompensation³⁸³ ist eine klare und genaue Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrags und eine klare und angemessene Trennung zwischen gemeinwirtschaftlichen und anderen Tätigkeiten erforderlich.³⁸⁴

Auf der Einnahmenseite sind Herkunft und Höhe aller Einnahmen aus nicht dem öffentlich-rechtlichen Auftrag zuzuordnenden Tätigkeiten festzulegen.³⁸⁵ Dabei zählt die Kommission für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk auch Erlöse aus nicht-öffentlicher Tätigkeiten wie zum Beispiel den Verkauf von Sendeplatz für Werbung³⁸⁶ und von Programmen,³⁸⁷ die aber im Rahmen

öffentlich-rechtlicher Tätigkeiten anfallen, zu den relevanten direkten oder indirekten Einnahmen aus dem öffentlich-rechtlichen Auftrag. In mehreren Entscheidungen hat die Kommission neben dem System der regelmäßigen Ausgleichszahlungen (sog. kontinuierliches Finanzierungssystem) auch sog. Ad-hoc-Beihilfen den Einnahmen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zugerechnet. Zu den letztgenannten zählte die Kommission dabei ausdrücklich anlassbezogene Finanzmittel, Beihilfen für Koproduktionen sowie kostenlose Dienstleistungen öffentlicher Anbieter von Studios und technischen Anlagen.³⁸⁸

Auf der Ausgabenseite sieht die Kommission die Schwierigkeit, dass die Mitgliedstaaten das gesamte Programm der Rundfunkanstalten als vom öffentlich-rechtlichen Auftrag gedeckt ansehen, dessen kommerzielle Nutzung gleichwohl gestatten können.³⁸⁹ Daher sollten zunächst die – insofern unproblematischen – nicht dem öffentlich-rechtlichen Auftrag zuzuordnenden Kosten klar und getrennt ausgewiesen werden. Bei Kosten, die sowohl im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Auftrags als auch anderweitig eingesetzt werden,³⁹⁰ ist folgende Rechnung zu beachten. Die hierfür insgesamt anzusetzenden Kosten sollen im Verhältnis des Unterschieds zwischen den Gesamtkosten des Unternehmens mit und ohne öffentlich-rechtliche Tätigkeit dem jeweiligen Bereich (öffentlich-rechtliche und kommerzielle Ausgaben) zugeordnet werden.³⁹¹ Bei dieser Rechnung sei von der Hypothese auszugehen, dass die nicht dem öffentlich-rechtlichen Auftrag zuzuordnenden Tätigkeiten eingestellt werden. Der so eingesparte Betrag stelle die Kosten dar, die den nicht aus dem öffentlich-rechtlichen Auftrag erwachsenden Tätigkeiten zuzuordnen seien.³⁹² Die Kosten müssen zumindest nach objektiv gerechtfertigten Kriterien aufgeschlüsselt werden.³⁹³ Die Ausgaben, die in voller Höhe auf die mit dem öffentlich-rechtlichen Auftrag zusammenhängenden Tätigkeiten anrechenbar sind, aber zudem auch kommerziellen

380 Pressemitteilung der Kommission vom 10.12.2003, abrufbar unter http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.getfile=gf&doc=IP/03/1686/0|RAPID&lg=DE&type=PDF

381 EuGH, C-280/00, Altmark Trans, Urteil vom 24.07.2003, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Rn. 91.

382 Kommission, Rundfunkmitteilung, s. Fußnote 351, Rn. 45, 46.

383 S. für die an dieser Stelle erfolgende Prüfung des Art. 87 Abs. 1 EGV sogleich S. 110.

384 Kommission, Rundfunkmitteilung, s. Fußnote 351, Rn. 49. Eine getrennte Buchführung wird nach Ansicht der Kommission für die genannten Bereiche normalerweise bereits auf der nationalen Ebene gefordert sein, um Transparenz und Rechenschaft bei der Verwendung öffentlicher Mittel sicherzustellen.

385 Kommission, Rundfunkmitteilung, s. Fußnote 351, Rn. 54.

386 Kommission, Rundfunkmitteilung, s. Fußnote 351, Rn. 57.

387 KOM, Entscheidung vom 21.01.2003, Rs. TV2, ABI. EG 2003 Nr. C 59 vom 14.03.2003, S. 2.

388 Pressemitteilungen der Kommission vom 15.10.2003 (abrufbar unter http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.getfile=gf&doc=IP/03/1399/0|AGED&lg=DE&type=PDF) und vom 03.02.2004 (abrufbar unter http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.getfile=gf&doc=IP/04/146/0|RAPID&lg=DE&type=PDF).

389 Kommission, Rundfunkmitteilung, s. Fußnote 351, Rn. 53. Dies bedeute, dass unterschiedliche Tätigkeiten (öffentlich-rechtlich, kommerziell) aus derselben Quelle finanziert würden.

390 Die Kommission nennt an dieser Stelle beispielhaft Personal, Geräte, feste Einrichtungen.

391 Kommission, Rundfunkmitteilung, s. Fußnote 351, Rn. 55: „Darüber hinaus sollten, wann immer dieselben Ressourcen ... sowohl im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Auftrags als auch anderweitig eingesetzt werden, die dabei entstehenden Kosten unter Zugrundelegung des Unterschieds zwischen den Gesamtkosten des Unternehmens mit und ohne öffentlich-rechtliche Tätigkeiten zugeordnet werden.“

392 Kommission, Rundfunkmitteilung, s. Fußnote 351, Rn. 55, Fußnote 19.

393 Kommission, Non-Paper, s. Fußnote 369, Rn. 91. Auch an dieser Stelle betont die Kommission die besondere Bedeutung, die einem unabhängigen Rechnungsprüfer im Hinblick auf das Vertrauen in die Richtigkeit der Buchführung des Unternehmens zukomme.

Tätigkeiten zugute kommen, müssen nicht aufgeteilt werden. Sie können in voller Höhe dem öffentlich-rechtlichen Auftrag zugeordnet werden.³⁹⁴

Damit können die Vorgaben für die Buch-Positionen, die für den öffentlich-rechtlichen Auftrag anzusetzen sind, als vorgegeben angesehen werden. Für dessen finanziellen Ausgleich ist die Höhe der anfallenden Kosten unter dem vom Gerichtshof vorgegebenen Maßstab zu bestimmen. Auf dieser Grundlage kann dann festgestellt werden, ob eine Überkompensation vorliegt.

Entscheidend für die Feststellung einer *Überkompensation* ist die zulässige Höhe der staatlichen Ausgleichszahlungen. Grundsätzlich kann ein Ausgleich in Höhe der im Rahmen der Erfüllung des öffentlichen Versorgungsauftrags anfallenden Mehrkosten erfolgen.³⁹⁵ Der Maßstab hierfür ist dabei nach Ansicht des Gerichtshofs abhängig von der Art der Hinzuziehung des mit Dienstleistungen von besonderem Interesse beauftragten Unternehmens.

Bei der Vergabe eines öffentlichen Auftrags im Wege einer Ausschreibung³⁹⁶ darf die Höhe des Ausgleichs nur den Betrag umfassen, der erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen ganz oder teilweise zu decken.³⁹⁷ Die Höhe des Ausgleichs entspricht bei einem Ausschreibungsverfahren dann dem „Marktpreis“ und führt nicht zu einer Überkompensierung, wenn

- der betreffende Markt wirtschaftlich de facto umkämpft ist, wenn es also noch andere Betreiber gibt, die in der Lage wären, ernst zu nehmende Angebote einzureichen,

394 Kommission, Rundfunkmitteilung, s. Fußnote 351, Rn. 56. Die Kommission nennt als Beispiele die Produktionskosten eines Programms, das im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Auftrags ausgestrahlt, und das auch an andere Sender verkauft wird, und die Ermittlung der Einschaltquoten, die sowohl dem Nachweis dienen, dass der öffentlich-rechtliche Auftrag erfüllt werde, als auch dem Verkauf von Sendeplatz für Werbung.

395 Kommission, Non-Paper, s. Fußnote 369, Rn. 83.

396 Für dieses fordert die Kommission, Non-Paper, s. Fußnote 369, Rn. 86, besondere Informationen für die interessierten Unternehmen, nämlich

- die im Zuge der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung einzuhaltenden Normen,
- die von der Vergabebehörde angewandten Auswahlkriterien,
- die Bedingungen, unter denen der Vertrag bzw. öffentliche Versorgungsauftrag im Falle unvorhersehbarer Ereignisse geändert oder gekündigt werden kann,
- die Laufzeit des Vertrags,
- die Vertragsstrafen bei Nichteinhaltung der Bedingungen unter denen die gemeinwirtschaftliche Leistung zu erbringen ist, und
- die Tarife, die für die gemeinwirtschaftliche Leistung in Rechnung gestellt werden dürfen.

397 EuGH, C-280/00, Altmark Trans, Urteil vom 24.07.2003, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Rn. 92.

- das Ausschreibungsverfahren zu einem echten Wettbewerb geführt hat und
- der Zuschlag demjenigen Unternehmen erteilt wurde, das die geringste Ausgleichsleistung verlangt, während die übrigen Vergabebedingungen (Dienstqualität, Beschäftigung, Investitionen usw.) nur in Form von Mindestanforderungen formuliert sind.³⁹⁸

Ausschreibungen können nicht zur Anwendung gelangen, wenn die betreffenden Dienste nicht auf dem Markt angeboten werden oder Mitgliedstaaten ein derartiges Vergabeverfahren für bestimmte Dienstleistungen nicht vorsehen.³⁹⁹ Um das Vorliegen einer Überkompensation auch bei einer *Beauftragung ohne Ausschreibung* ausschließen zu können, darf die Ausgleichszahlung nicht die Differenz zwischen den dem Unternehmen durch die Erbringung der Daseinsvorsorgeleistungen entstehenden Kosten und den mit dieser Tätigkeit erwirtschafteten Einnahmen überschreiten.⁴⁰⁰ In die Kalkulation sind sämtliche Kosten miteinzubeziehen, die bei einer ordnungsgemäßen Erbringung der gemeinwirtschaftlichen Leistung anfallen.⁴⁰¹

Dieser Ansatz entspricht dem in der Entscheidungspraxis der Kommission angewandten Ansatz der *Nettomehrkosten*. Danach dürfen nur diejenigen Mehrkosten, die nach Abzug aller Einnahmen aus der Erbringung des Dienstes zurückbleiben, ausgeglichen werden.⁴⁰² Die Berechnung der Kosten ist unproblematisch, soweit das betreffende Unternehmen ausschließlich Dienste der Daseinsvorsorge erbringt. Dessen Gesamtkosten bilden dann die Bemessungsgrundlage für die Ausgleichszahlungen.⁴⁰³

Für die Fälle, in denen das Unternehmen gleichzeitig auch kommerzielle Tätigkeiten ausübt, greift die Kommission auf die Grundsätze der Transparenzrichtlinie⁴⁰⁴ und die im Wege der letzten Änderung eingeführte Pflicht zu

398 Kommission, Non-Paper, s. Fußnote 369, Rn. 87.

399 Im deutschen System, in dem die Kosten der Errichtung und des Betriebs der öffentlich-rechtlichen Sparten-Programme nicht im Wege der Ausschreibung durch ein bedingungsloses Bietverfahren ermittelt wurden, sondern lediglich der zusätzliche finanzielle Bedarf bei der unabhängigen Kommission zur Ermittlung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten (KEF) angemeldet wurde, vermutete die Kommission das Vorliegen einer Beihilfe – s. KOM, Entscheidung vom 24.02.1999, Beihilfe NN 70/98, Kinderkanal und Phoenix, Ziff. 6.1.1; kritisch Nettesheim, EWS 2002, 256.

400 Kommission, Non-Paper, s. Fußnote 369, Rn. 90.

401 Kommission, Non-Paper, s. Fußnote 369, Rn. 91.

402 KOM, Entscheidung vom 19.06.2002, Rs. Deutsche Post, ABI. EG 2002 Nr. L 247 vom 14.09.2002, S. 27, Rn. 66. Zum Begriff der Nettomehrkosten s. auch Schlussanträge GA Tizzano C-53/00, Ferring ACOSS, Slg. 2001, I-9067, Rn. 55, 60, 62, 63; EuG, T-106/95, FFSA, Slg. 1997, II-229, Rn. 97 und die Betrachtung bei Bartosch, EStAL 2002, 183, 185.

403 Kommission, Non-Paper, s. Fußnote 369, Rn. 91.

404 Zur Anwendbarkeit der Transparenzrichtlinie auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk s. Kapitel II, Punkt 1 c) dd) (7).

getrennter Buchführung zurück.⁴⁰⁵ Danach ist für jede öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt einzelfallorientiert zu untersuchen, ob sie durch staatliche Überkompensierung des Daseinsvorsorgebereichs ihre kommerziellen Aktivitäten quersubventionieren könnte.⁴⁰⁶ Hierfür müssen Kosten und Einnahmen der gemeinwirtschaftlichen Aufgaben getrennt von denen der kommerziellen Aktivitäten ausgewiesen werden. Fixkosten zwischen den Bereichen müssen in objektiv gerechtfertigter Weise aufgeschlüsselt werden.⁴⁰⁷ In Ansatz zu bringen sind auch die von der Rundfunkanstalt erzielten direkten oder indirekten Einnahmen aus dem öffentlich-rechtlichen Auftrag.⁴⁰⁸ Die Kommission empfiehlt die Bestellung eines unabhängigen Rechnungsprüfers, um das Vertrauen in die Buchführung des Unternehmens zu erhöhen.⁴⁰⁹

Ein möglicher Hinweis auf eine Überkompensation kann nach Ansicht der Kommission darin liegen, dass eine öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt die Preise ihrer nicht öffentlich-rechtlichen Tätigkeiten unter dem Marktpreis der privaten Wettbewerber ansetzt, sodass die Einnahmen dieser Wettbewerber gedrückt werden.⁴¹⁰

Die Höhe des *erforderlichen* Ausgleichs ist auf der Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen, das so angemessen ausgestattet ist, dass es den gestellten gemeinwirtschaftlichen Anforderungen genügen kann, bei der Erfüllung der

betreffenden Verpflichtungen hätte. Dabei sind die dabei erzielten Einnahmen und ein angemessener Gewinn aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen zu berücksichtigen.⁴¹¹ So sind nach dieser Rechtsprechung nicht die dem Leistungen erbringenden Unternehmen tatsächlich entstandenen bzw. entstehenden Kosten zu ersetzen, sondern nur die den marktüblichen Preisen entsprechenden (sog. „market economy-Test“).⁴¹² Der EuGH stellt jedoch nicht auf ein Idealunternehmen ab, sondern verlangt einen Vergleich mit einem durchschnittlich gut geführten Unternehmen. Genauere Kriterien hat der EuGH in seiner Altmark Trans-Entscheidung für dieses nun objektiv zu verstehende Tatbestandsmerkmal jedoch nicht statuiert.⁴¹³

Damit könnte der bisher in der Entscheidungspraxis der Kommission und der Rechtsprechung der europäischen Gerichte angewandte Maßstab obsolet geworden sein. Danach hing die Erforderlichkeit von der tatsächlichen (subjektiven) wirtschaftlichen Gesamtsituation des Unternehmens ab, zu deren Bewertung seine sämtlichen Einkünfte aus der Erbringung von Diensten der Daseinsvorsorge miteinzubeziehen seien.⁴¹⁴ Die staatlichen Ausgleichszahlungen durften dabei nur die Mehrkosten ausgleichen, die erforderlich waren, um dem Unternehmen die Erfüllung seiner gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter wirtschaftlich tragbaren Bedingungen zu ermöglichen.⁴¹⁵ Vorteile aus kommerziellen Tätigkeiten durften nicht berücksichtigt werden.

Erforderlich nach dem nun anzulegenden objektiven Maßstab in Fällen der Betrauung mit gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen, die nicht im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge erfolgt ist, erscheint in

405 Dritte Änderungsrichtlinie zur Transparenzrichtlinie vom 26.07.2000 zu den Transparenzpflichten von Unternehmen mit besonderen oder ausschließlichen Rechten nach Art. 6 Abs. 1 EGV und von Unternehmen der Daseinsvorsorge nach Art. 86 Abs. 2 EGV.

406 Kommission, Rundfunkmitteilung, s. Fußnote 351, Rn. 52; s. zum Streit um die Transparenzanforderungen Kapitel II, Punkt 1. c) dd) (7).

407 Kommission, Non-Paper, s. Fußnote 369, Rn. 91; s. zur Vorgehensweise bei den Fixkosten auch die Ausführungen zu den Parametern der Ausgleichsleistung.

408 Hierzu zählen auch die Erlöse aus dem Verkauf von Sendeplatz für Werbung und von Programmen – s. hierzu oben S. 108.

409 Auch eine interne Buchprüfung kann den Anforderungen der Kommission gerecht werden, s. KOM, Entscheidung vom 12.03.2002, Poste Italiane, ABl. EG Nr. L 282 vom 19.10.2002, S. 29, Rn. 128, 129.

410 Kommission, Rundfunkmitteilung, s. Fußnote 351, Rn. 58. Einen solchen Verdacht einer unzulässigen Quersubventionierung sieht die Kommission z. B. hinsichtlich der Durchschnittswerbepreise der dänischen Fernsehanstalt TV2 – s. Entscheidung der Kommission vom 21.01.2003, Rs. TV2, ABl. EG 2003 Nr. C 59 vom 14.03.2003, S. 2, Rn. 67; s. auch Pely, ZUM 2003, 643, 644. Während anlässlich einer Vorprüfung der Ad-hoc-Beihilfen des französischen öffentlich-rechtlichen Rundfunks festgestellt wurde, dass für den untersuchten Zeitraum eine Wettbewerbsverzerrung beim Verkauf von Werbezeiten nicht vorliege, kam die Kommission im Fall des niederländischen Systems zu dem Ergebnis, dass vertieft analysiert werden müsse, ob die Aktivitäten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten auf den Märkten für Werbung und Sportübertragungsrechte der marktüblichen Praxis entsprechen oder in unzulässiger Weise durch staatliche Mittel quersubventioniert werden. S. die Pressemitteilungen der Kommission vom 10.12.2003 und 03.02.2004, abrufbar unter [http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.getfile=gf&doc=IP/03/1686\[0\]RAPID&lg=DE&type=PDF](http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.getfile=gf&doc=IP/03/1686[0]RAPID&lg=DE&type=PDF) und [http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.getfile=gf&doc=IP/04/146\[0\]RAPID&lg=DE&type=PDF](http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.getfile=gf&doc=IP/04/146[0]RAPID&lg=DE&type=PDF)

411 EuGH, C-280/00, Altmark Trans, Urteil vom 24.07.2003, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Rn. 93.

412 Koenig/Haratsch, ZUM 2003, 804, 810. Kritisch zu dem Ansatz des EuGH, den Test auf alle Fälle staatlichen Investitionsverhaltens anzuwenden, Bartosch, NJW 2002, 3588, 3589, der befürchtet, dass den Mitgliedstaaten die Möglichkeit genommen wird, staatliches Investitionsverhalten bewusst zur Verfolgung der Erfüllung bestimmter, im nationalen Interesse wünschenswerter Aufgaben einzusetzen. Hierzu zählten auch kulturpolitische Aufgaben. S. zur Ausgestaltung des sog. „private investor test“ auch die Entscheidung der Kommission zum Flughafen Charleroi, s. Pressemitteilung vom 03.02.2004, abrufbar unter [http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.getfile=gf&doc=IP/04/157\[0\]RAPID&lg=DE&type=PDF](http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.getfile=gf&doc=IP/04/157[0]RAPID&lg=DE&type=PDF)

413 Bedauernd insoweit Werner/Köster, EuZW 2003, 503, 504. Dies habe wegen des Fehlens allgemeiner aberkannter Standards in der Praxis zur Folge, dass häufig Unsicherheit darüber bestehen werde, ob der betreffende öffentliche Zuschuss sich im Rahmen dessen bewege, was ein „durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen“ an öffentlichen Zuschüssen benötige, um kostendeckend gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen erfüllen und einen angemessenen Gewinn erzielen zu können. Insbesondere ließe sich darüber streiten, ob als Vergleichsmaßstab öffentliche Unternehmen oder die regelmäßig kostengünstiger arbeitenden Privatunternehmen heranzuziehen seien.

414 Kommission, Non Paper, s. Fußnote 369, Rn. 94.

415 EuGH, C-320/91, Corbeau, Slg. 1993, I-2533, Rn. 19; EuG, T-106/95, FFSA, Slg. 1997, II-229, Rn. 178.

jedem Fall eine Benchmarking-Analyse.⁴¹⁶ Dabei wird jedoch in Frage gestellt, ob eine derartige Analyse auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk überhaupt anwendbar sein kann. Es fehle zur Durchführung eines tatsächlichen Vergleichs an einem Vergleichspunkt eines durchschnittlich gut geführten Unternehmens, das dem Wettbewerbs- und Kostendruck in vollem Maße ausgesetzt ist und das ein vergleichbar breit gefächertes Angebot aufweisen kann.⁴¹⁷ Die mit der Betrauung einhergehende Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrags beinhaltet für den Rundfunkbereich vielfach die Sicherstellung einer Versorgung in der gesamten Breite des Programmauftrags und dabei insbesondere das Angebot nicht massenattraktiver, möglicherweise aber kostenintensiver Programme mit einem hohen Qualitätsstandard. Die Unternehmensziele sind somit nicht durch betriebswirtschaftliche Erfolgskriterien vorgegeben, sondern verfolgen bestimmte Leistungsvorgaben als Zielbestimmung.⁴¹⁸ Es könne daher schon in grundsätzlicher Weise an einem geeigneten Vergleichsmaßstab fehlen.

Sind jedoch solche Maßstäbe aus dem privaten Sektor nicht vorhanden, kann eine Analyse der Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens und somit die Grundlage eines Benchmarking nur anhand eines sog. analytischen Kostenmodells auf der Grundlage einer Wettbewerbssimulation durchgeführt werden.⁴¹⁹ Umstritten ist in diesem Fall aber der heranzuziehende Vergleichsmaßstab der Kostenstrukturen. Sollen Vergleichspreise aus solchen Märkten herangezogen werden, auf denen ein Wettbewerb stattfindet, so sind die Preise privater Rundfunkanbieter zu Grunde zu legen.⁴²⁰ Aufgrund der bereits dargestellten Besonderheiten bei der dem öffentlichen

Auftrag entsprechenden Programmgestaltung ist nach der Gegenauffassung auf eine durchschnittlich kosteneffiziente Leistungsbereitstellung im Vergleich mit anderen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten abzustellen.⁴²¹

In ihrer Entscheidung zu der Finanzierung des spanischen öffentlich-rechtlichen Senders RTVE hat die Kommission unter ausdrücklicher Anwendung der Grundsätze der Altmark Trans-Entscheidung dargelegt, dass die Ausgleichszahlungen im Rahmen des Finanzierungssystems nicht auf der Grundlage der Kosten berechnet worden seien, die einem *effizienten* Unternehmen entstehen würden.⁴²² Das System wird von der Kommission daher als staatliche Beihilfe eingestuft, die über Art. 86 Absatz 2 EGV als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar angesehen werden könne. Die Finanzierung der RTVE soll nach Ansicht der Kommission mit der Mitteilung über den Rundfunk und der Transparenzrichtlinie in Einklang gebracht werden.⁴²³

Eine Besonderheit ergibt sich bei der *ex-ante* Beurteilung der staatlichen Maßnahmen. Im Zeitpunkt der Entscheidung kann kein genaues und verlässliches Zahlenmaterial zu den für die Erbringung der Dienstleistung von besonderem Interesse anzusetzenden Nettomehrkosten vorliegen. Daher sind zwei Hilfskriterien zu beachten.⁴²⁴ Zu prüfen ist sowohl, ob die den staatlichen Ausgleichszahlungen zu Grunde liegenden Regelungen eine Quersubventionierung und damit missbräuchliche Verwendung der Mittel ausschließen, als auch, ob Mechanismen vorgesehen sind, die die nachträgliche Kontrolle der ordnungsgemäßen Verwendung der geleisteten

416 Koenig/Haratsch, ZUM 2003, 804, 810.

417 Koenig/Haratsch, EStAL 2003, 569, 577.

418 Beck'scher Kommentar-Libertus, § 13 Rn. 51. Libertus nennt diese Vorgaben wie Erfüllung der Anstaltsaufgabe oder Sicherstellung der Grundversorgung „extern definierte metaökonomische Oberziele“.

419 Koenig/Haratsch, ZUM 2003, 804, 811. Zu der Begrifflichkeit und den Methoden eines analytischen Kostenmodells Vogelsang, MMR 1998, 594, 595. Der EuGH, verb. Rs. C-83/01 P, C-93 und 94/01 P, Chronopost / Ufex u. a., Urteil vom 03.07.2003, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, verlangt bei einer fehlenden tatsächlichen Vergleichsmöglichkeit am existierenden Markt, die normalen Marktbedingungen anhand der verfügbaren objektiven und nachprüfaren Faktoren zu ermitteln.

420 So Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, § 13, Rn. 47. Selbst unter der Berücksichtigung der oben beschriebenen Unterschiede des Programminhalts soll nach dieser Ansicht ein, wenn auch vorsichtiger, Vergleich der Kostenstrukturen mit denen der privaten Anbieter herzustellen sein. Der Finanzbedarf der öffentlich-rechtlichen Anstalten dürfe nicht isoliert ohne Rücksicht auf die private Konkurrenz betrachtet werden, da das duale Rundfunksystem auch eine Fortentwicklung eines privaten Rundfunksystems bezwecke. Der Vergleich mit privaten und/oder anderen öffentlich-rechtlichen Anstalten dürfe aber nicht dazu führen, dass auf der Grundlage des Kostenvergleichs das jeweils teuerste Programm als Mindestmaßstab herangezogen werde, da dies eine „Kostenspirale“ zur Folge habe.

421 Beck'scher Kommentar-Libertus, § 13, Rn. 51. Libertus weist darauf hin, dass neben den öffentlich-rechtlichen Programmvorgaben auch die bestehenden Produktionsinfrastrukturen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks vor dem Hintergrund der historischen Entwicklung gesehen werden müssten (Rn. 52). Des Weiteren sei ein bestimmter Bestand an eigener Produktionskapazität für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk als unabdingbar für die Erfüllung des Funktionsauftrags anzusehen; s. auch Biervert, ZUM 1998, 19, 26. Libertus betont zudem (Rn. 53), dass auch bei Anwendung des Vergleichsmaßstabs anderer öffentlich-rechtlicher Sender externe Parameter für die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit herangezogen werden könnten. Er verweist insofern auf die von der Europäischen Rundfunkunion (EBU) veröffentlichten Zahlenwerke oder für den Vergleich von Bereichen, die lediglich einen mittelbaren Bezug zur Programmgestaltung aufweisen, auf dabei bestehende äquivalente Marktleistungen.

422 Pressemitteilung der Kommission vom 15.10.2003, abrufbar unter [http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.getfile=gf&doc=IP/03/1399\[0\]AGED&lg=DE&type=PDF](http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.getfile=gf&doc=IP/03/1399[0]AGED&lg=DE&type=PDF)

423 Die Kommission hat die allgemein zu Grunde liegenden Finanzierungsarten in diesem Fall als bestehende Beihilfen im Sinne des Art. 88 EGV qualifiziert. In solchen Fällen, in denen der betreffende Mitgliedstaat das Instrument bereits vor In-Kraft-Treten des EGV angewandt hatte, sieht der Vertrag die Kompetenz der Kommission vor, auf die Abänderung der existierenden Praxis zu drängen. Dieses Verfahren wurde hier eingeleitet, indem die Kommission dem betroffenen Mitgliedstaat „angemessene Maßnahmen“ zur Umgestaltung der Beihilfen, v. a. mit Blick darauf, die Transparenz der Finanzierung zu verbessern (insbes. Einführung der getrennten Buchführung), vorgeschlagen hat. Zu dem Problempunkt der bestehenden Beihilfen s. auch Kapitel II, Punkt 1. c) dd) (7).

424 S. auch Kommission, Non-Paper, s. Fußnote 369, Rn. 96.

Ausgleichszahlungen erlauben.⁴²⁵ So hielt die Kommission der BBC zugute, dass sie die wirtschaftliche Trennung der kommerziellen Tätigkeiten von den öffentlich-rechtlichen Aufgaben strikt vollziehe und dabei insbesondere eine getrennte Buchführung vornehme. Öffentliche Mittel verende die BBC auf Grund ihrer Geschäftsführungsleitlinien („Charter“) und des Fair Trading Commitments⁴²⁶ nicht für kommerzielle Tätigkeiten. Die Einhaltung der Bestimmungen werde zudem jährlich durch Buchprüfer kontrolliert. Damit konnte die Kommission zu der Überzeugung gelangen, dass auch bei einer ex-ante Betrachtung eine Überkompensation nicht zu erwarten sei.⁴²⁷ Die ex-ante-Genehmigungsfähigkeit hängt damit davon ab, ob das jeweilige Unternehmen, das die Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse vornehmen soll, zu einer getrennten Buchführung verpflichtet ist und für eine ex-post Überprüfung der Einhaltung der Verwendung der Mittel für diese besonderen Dienstleistungen gesorgt ist. Im Gegensatz zu dieser Entscheidung hat die Kommission in einer vorläufigen Analyse des französischen Finanzierungssystems festgestellt, dass die einschlägigen Rechtsvorschriften nicht ausreichen, um sicherzustellen, dass die öffentlichen Fernsehanstalten die ihnen gewährten Beihilfen nur im Rahmen ihres öffentlichen Auftrags verwenden und sich auch ansonsten marktkonform verhalten.⁴²⁸

Der Begriff der Beihilfe erfasst nach ständiger Rechtsprechung nicht nur positive Leistungen wie Subventionen, sondern auch Maßnahmen, die auf unterschiedliche Weise die *Belastungen vermindern*, die ein Unternehmen normalerweise zu tragen hat. Diese Maßnahmen sind zwar keine Subventionen im strengen Sinne, stehen diesen aber nach Art und Wirkung gleich.⁴²⁹ Ebenso zu Beihilfemaßnahmen werden Garantien gezählt, die z. B. der spanische Staat für etwaige Defizite der öffentlich-rechtlichen Anstalt TVE abgegeben hat.⁴³⁰ In ihrer Entscheidung legt die Kommission dar, dass zwar

die direkten Zuschüsse nicht ausreichen, um die Nettomehrkosten der Dienstleistung im öffentlichen Interesse auszugleichen. Allerdings übersteige der Wert der unbegrenzten staatlichen Bürgschaft diese Nettokosten, weshalb diese Beihilfemaßnahme angepasst werden müsse, um eine Überkompensation auszuschließen. Eine logistische und kommerzielle Unterstützung, die ein öffentliches Unternehmen seinen privatrechtlichen Tochtergesellschaften, die eine dem freien Wettbewerb offen stehende Tätigkeit ausüben, gewährt, kann nach Ansicht des EuG eine staatliche Beihilfe darstellen, wenn die als Gegenleistung erhaltene Vergütung niedriger sei als die, die unter normalen Marktbedingungen gefordert worden wäre.⁴³¹ Dabei dürfen bei einem öffentlichen Monopolunternehmen nicht nur dessen Kosten berücksichtigt werden. Vielmehr ist zu prüfen, ob die vollständigen Kosten den Faktoren entsprechen, die ein unter normalen Marktbedingungen tätiges Unternehmen bei der Festsetzung der Vergütung für die von ihm erbrachten Dienstleistungen hätte berücksichtigen müssen. Als Vergleichsinvestor ist eine private Holding zu berücksichtigen, die ebenfalls eine Monopolstellung einnimmt.⁴³² Da es im Fall Chronopost keinen privaten Vergleichsinvestor gab, auf den hätte zurückgegriffen werden können, entwickelte der EuGH (objektive) Kriterien um zu bestimmen, ob die Leistungsbeziehungen zwischen den einzelnen Einheiten eines Unternehmensverbands den normalen Marktbedingungen entsprechen. Der EuGH stellte entscheidend auf die Aufwendungen der Post ab, die ihr für die Unterstützung ihrer Tochter entstanden. Relevantes Prinzip war dabei der Vollkostenansatz. Die Gegenleistung muss alle variablen Zusatzkosten sowie einen angemessenen Anteil an den Fixkosten umfassen und darf nicht willkürlich festgesetzt werden.⁴³³

Die bestimmten Unternehmen gewährten wirtschaftlichen Vorteile sind nur dann staatliche Beihilfen im Sinn des Art. 87 Abs. 1 EGV, wenn sie „staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen“ darstellen.

Für die Erfüllung dieses Tatbestandsmerkmals genügt es, wenn der Transfer eines wirtschaftlichen Vorteils unmittelbar oder mittelbar durch den Staat erfolgt. Nach ständiger Rechtsprechung ist nicht danach zu unterscheiden, ob der Transfer unmittelbar vom Staat oder von öffentlichen oder privaten Einrichtungen, die von ihm zur Durchführung der Beihilferegelung errichtet

425 KOM, Entscheidung vom 13.02.2002, Staatliche Beihilfe N 548/2001 („Télévision locale dans la Communauté française“), S. 8; KOM, Entscheidung vom 22.05.2002, Staatliche Beihilfe N 631/2001 (BBC licence fee), Rn. 43.

426 S. die Beschreibung des britischen Rundfunksystems in Teil I des Gutachtens.

427 KOM, Entscheidung vom 22.05.2002, Staatliche Beihilfe N 631/2001 (BBC licence fee), Rn. 44–54.

428 Pressemitteilung der Kommission vom 10.12.2003, abrufbar unter [http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.getfile=gf&doc=IP/03/1686\[0\]RAPID&lg=DE&type=PDF](http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.getfile=gf&doc=IP/03/1686[0]RAPID&lg=DE&type=PDF)

429 EuG, T-613/97, Chronopost, Slg. 2000, II-4055, Rn. 65 m.w.N. Als Beispiele für derartige Beihilfemaßnahmen neben positiven Leistungen nennt die Kommission für die Untersuchung der niederländischen Ad-hoc-Beihilfen kostenlose Dienstleistungen öffentlicher Anbieter von Studios und technischen Anlagen; s. Pressemitteilung der Kommission vom 03.02.2004, abrufbar unter [http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.getfile=gf&doc=IP/04/146\[0\]RAPID&lg=DE&type=PDF](http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.getfile=gf&doc=IP/04/146[0]RAPID&lg=DE&type=PDF)

430 Pressemitteilung der Kommission vom 15.10.2003, abrufbar unter [http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.getfile=gf&doc=IP/03/1399\[0\]AGED&lg=DE&type=PDF](http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.getfile=gf&doc=IP/03/1399[0]AGED&lg=DE&type=PDF)

431 EuG, T-613/97, Chronopost, Slg. 2000, II-4055, Rn. 68.

432 Im Gegensatz dazu orientierte sich das EuG, T-613/97, Chronopost, Slg. 2000, II-4055, Rn. 75, an der Frage, ob ein privater Nicht-Monopolist seine Tochter zu gleichen Bedingungen unterstützt hätte.

433 EuGH, verb. Rs. C-83/01 P, C-93 und C-94/01 P, Chronopost SA, Urteil vom 03.07.2003, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht.

oder beauftragt wurden, gewährt wird. Beihilfegeber kann daher jeder Teil der öffentlichen Verwaltung auf jedweder Ebene sein, aber auch eine öffentliche oder private Einrichtung, die damit beauftragt ist.⁴³⁴ „Gemeinschaftsrechtlich kann es nämlich nicht zulässig sein, dass die Vorschriften über staatliche Beihilfen allein dadurch umgangen werden, dass unabhängige Einrichtungen geschaffen werden, denen die Verteilung der Beihilfen übertragen wird.“⁴³⁵

Unstrittig ist ebenfalls, dass die „aus staatlichen Mitteln gewährte[n] Beihilfen“ als zweiter im Tatbestand genannter Fall die direkt aus öffentlichen Mitteln finanzierten Maßnahmen betreffen.

Umstritten ist jedoch die Frage, ob „staatliche Beihilfen“ als erste Alternative auch alle anderen, nicht aus staatlichen Mitteln finanzierte Maßnahmen erfassen. Dieser Streit wird dadurch verschärft, dass die Rechtsprechung des EuGH im Hinblick auf die staatliche Zurechenbarkeit von Beihilfen von verschiedenen Lösungsansätzen geprägt ist.⁴³⁶

Nach einer weiten Auslegung⁴³⁷ erfasst das Tatbestandsmerkmal der „staatlichen Beihilfe“ alle nicht aus staatlichen Mitteln finanzierten Maßnahmen, sofern diese Maßnahmen staatlich veranlasst sind und sich für die betroffenen Unternehmen als ökonomisch vorteilhaft erweisen.⁴³⁸ Danach ist jede Maßnahme, die bestimmten Unternehmen wirtschaftliche Vorteile verschafft und auf einem dem Staat zurechenbaren Verhalten beruht, eine staatliche Beihilfe, unabhängig davon, ob die Maßnahme zu einer finanziellen Belastung des Staates oder ihm zuzuordnender Institutionen führt. Die weite Auffassung lässt somit jede staatliche Maßnahme genügen, die bestimmten Unternehmen einen Vorteil bringt und sich damit materiell ebenso wettbewerbsverzerrend auswirkt wie eine formal aus dem Staatshaushalt stammende Begünstigung (materielle Betrachtungsweise).

Nach einer engen Auslegung⁴³⁹ müssen Beihilfen zwingend aus staatlichen Mitteln finanziert sein. Die Unterscheidung im Tatbestand diene lediglich dazu, nicht nur unmittelbar vom Staat gewährte Beihilfen, sondern auch solche in den Beihilfebegriff einzubeziehen, die durch vom Staat benannte oder errichtete öffentliche oder private Einrichtungen gewährt werden.⁴⁴⁰ Nach dieser den Tatbestand des Art. 87 Abs. 1 EGV einengenden Sicht hat die Maßnahme „auf Kosten“ des Staates zu erfolgen, es muss eine besondere Institution in die Weiterleitung der Mittel an die Unternehmen eingeschaltet sein. Dies kann entweder der Staat selbst sein oder staatlich errichtete oder benannte Institutionen. Eine unmittelbare oder mittelbare Belastung staatlicher Mittel ist für diese Ansicht unabdingbare Voraussetzung für den Begriff der Beihilfe.⁴⁴¹ Die enge Auffassung fordert somit eine formale Belastung öffentlicher Mittel bestimmter Institutionen (des Staates oder einer vom Staat errichteten oder benannten Einrichtung, formelle Betrachtungsweise).

Mit der Entscheidung in der Rechtssache „Stardust Marine“ hat der EuGH einen zumindest vorläufigen Endpunkt in dem Streit um die formelle oder materielle Betrachtungsweise der Staatlichkeit der Beihilfen gesetzt.⁴⁴² In seinem Urteil vom 16.05.2002 hatte der EuGH die Finanzhilfen zu beurteilen, 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. Nach der vermittelnden Ansicht des Gerichtshofs müssen Vergünstigungen im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EGV zum einen unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln gewährt werden. Zum anderen müssen diese Vergünstigungen dem Staat zurechenbar sein.⁴⁴³ Diese Ansicht erfordert eine zweistufige Prüfung: Auf der ersten Stufe wird untersucht, ob die finanziellen Mittel als staatliche Mittel einzustufen sind, und auf der zweiten Stufe, ob die Maßnahmen zur Unterstützung des Unternehmens dem Staat zuzurechnen sind.

434 Lenz/Borchardt-Rawlinson, Art. 87, Rn. 3.

435 EuGH, C-482/99, Frankreich/Kommission – Stardust Marine, Slg. 2002, I-4397, Rn. 23.

436 S. Übersicht Schlussanträge GA Jacobs, C-482/99, Frankreich/Kommission – Stardust Marine, Slg. 2002, I-4397, Rn. 118. Die Rechtsprechung hat bislang in dieser Frage noch keine Entscheidung auf dem Gebiet der Rundfunkfinanzierung getroffen. Zu materiellem Beihilferecht äußerte sich das EuG zwar in der Rechtssache T-46/97, SIC, Slg. 2000, II-2125, griff jedoch nicht das in diesem Fall unproblematische Problem der staatlichen Zurechenbarkeit auf.

437 EuGH, Rs. 290/83, Kommission/Frankreich, Slg. 1985, S. 439, Rn. 13, 14; EuGH, verb. Rs. 67-68/85 und 70/85, Van der Kooy, Slg. 1988, S. 219, Rn. 35-38. Ähnlich urteilte der Gerichtshof in der Rs. 57/86, Griechenland/Kommission, Slg. 1988, S. 2855, Rn. 12, 13, in der das Kriterium „unmittelbare Kontrolle des Staates“ als Begründung der Staatlichkeit von Zinserstattungen der Bank von Griechenland an Exporteure griechischer Waren herangezogen wurde. Ebenso EuGH, C-303/88, Italien/Kommission, Slg. 1991, I-1433, Rn. 11-14, und EuGH, C-305/89, Italien/Kommission, Slg. 1991, I-1603, Rn. 16.

438 Schlussanträge GA Jacobs, C-379/98, PreußenElektra, Slg. 2001, I-2099, Rn. 114.

439 EuGH, Rs. 82/77, Van Tiggele, Slg. 1978, S. 25, insbesondere Rn. 24, 25; EuGH, verb. Rs. 213-215/81, Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor, Slg. 1982, S. 3583, Rn. 22; EuGH, verb. Rs. C-72 und 73/91, Sloman Neptun, Slg. 1993, I-887, insbesondere Rn. 19.

440 EuGH, verb. Rs. C-72 und 73/91, Sloman Neptun, Slg. 1993, I-887, Rn. 19; EuGH, C-189/91, Kirsammer-Hack, Slg. 1993, I-6185, Rn. 16; EuGH, verb. Rs. C-52-54/97, Viscido, Slg. 1998, I-2629; EuGH, C-200/97, Ecotrade, Slg. 1998, I-7907, Rn. 35; EuGH, C-295/97, Piaggio, Slg. 1999, I-3735, Rn. 35; EuGH, C-379/98, PreußenElektra, Slg. 2001, I-2099.

441 Schlussanträge GA Jacobs, C-379/98, PreußenElektra, Slg. 2001, I-2099, Rn. 114; Schlussanträge GA Darmon, verb. Rs. C-72 und 73/91, Sloman Neptun, Slg. 1993, I-887, Rn. 25. Koenig/Kühling, ZUM 2001, 537, 541 Fußnote 34, stellen fest, dass in der bisherigen Rechtsprechung nicht deutlich werde, welche inhaltliche Unterscheidung zwischen „benannter“ und „errichteter“ Einrichtung bestehe.

442 EuGH, C-482/99, Frankreich/Kommission – Stardust Marine, Slg. 2002, I-4397.

443 EuGH, C-482/99, Frankreich/Kommission – Stardust Marine, Slg. 2002, I-4397, Rn. 24.

Auf der ersten Stufe stellte der Gerichtshof unter Bezugnahme auf die Eigentumsverhältnisse⁴⁴⁴ und die Ausgestaltung der Aufsicht⁴⁴⁵ fest, dass sich der *Crédit Lyonnais*, *Altus* und *SBT* unter staatlicher Kontrolle befunden haben und als öffentliche Unternehmen⁴⁴⁶ im Sinn des Art. 2 Abs. 1 zweiter Gedankenstrich der Transparenzrichtlinie anzusehen sind. Die französischen Behörden waren danach in der Lage, unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss auf das Unternehmen auszuüben. Daher war zu prüfen, ob aufgrund einer derartigen staatlichen Kontrolle die finanziellen Mittel als staatliche im Sinn des Art. 87 Abs. 1 EGV einzuordnen waren. Dabei stellte der Gerichtshof fest:

„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 EG angesehen werden kann.“⁴⁴⁷ In welchen Fällen allerdings eine Feststellung staatlicher Mittelübertragung entbehrlich ist, hat der Gerichtshof nicht entschieden. Die Reichweite der abstrakt formulierten Ausnahme vom Erfordernis staatlicher Mittelbelastung wird die Rechtsprechung in Zukunft aufzuarbeiten haben.

„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.“⁴⁴⁸ Damit richtet sich die Lösung der Frage, ob staatliche Mittel betroffen sind, nach materiellen Gesichtspunkten. Entscheidend ist somit nicht, dass die Mittel nach formeller Sichtweise auf Dauer zum Vermögen des öffentlichen Sektors gehören oder in einen öffentlichen Haushalt gelangen. Vielmehr sind die tatsächliche Zugriffsmöglichkeit auf die Mittel sowie ein beherrschender staatlicher Einfluss bzw. die Kontrolle und die Verfügungsmöglichkeit des Staates im Rahmen der Mittelvergabe die entscheidenden Gradmesser der Beurteilung. Die Frage nach der staatlichen Mittelbelastung richtet sich auf dieser ersten Prüfungsstufe nach Ansicht des Gerichtshofes nunmehr nach den materiellen Gesichtspunkten des Einflusses, der Kontrolle oder der Veranlassung des Staates, was abstrakt zu prüfen ist.

Demgegenüber bestimmt sich die Zurechenbarkeit auf der zweiten Stufe zwar ebenfalls nach materiellen Kriterien, doch kommt es dabei darauf an, konkret für den zu prüfenden Einzelfall der Mittelvergabe festzustellen, ob der Einfluss auch tatsächlich ausgeübt wurde oder eine solche Ausübung zumindest wahrscheinlich erscheint.

Der Gerichtshof urteilte, eine Zurechnung könne nicht allein daraus abgeleitet werden, 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.“⁴⁴⁹ Insoweit kann jedoch aus Sicht des Gerichtshofes nicht verlangt werden, dass auf der Grundlage einer genauen Anweisung nachgewiesen werde, dass die Behörden das öffentliche Unternehmen konkret veranlasst hätten, die zu überprüfenden Beihilfemaßnahmen zu treffen.⁴⁵⁰ Der Gerichtshof führt daher aus, 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

444 Frankreich hielt nach Auffassung des EuGH etwa 80 % der Aktien des *Crédit Lyonnais* und nahezu 100 % der Stimmrechte; der *Crédit Lyonnais* hielt 100 % der Aktien von *Altus* und diese besaß 97 % der Aktien von *SBT*, während die übrigen 3 % direkt vom *Crédit Lyonnais* gehalten wurden.

445 Der Verwaltungsratsvorsitzende des *Crédit Lyonnais* und 2/3 der Mitglieder seines Verwaltungsrates seien vom Staat ernannt worden; der Verwaltungsratsvorsitzende des *Crédit Lyonnais* führte auch den Vorsitz im Verwaltungsrat von *Altus*, dessen Mitglieder vom Verwaltungsrat des *Crédit Lyonnais* ernannt wurden, s. Rn. 33 des Urteils.

446 Dabei verweist der EuGH auf seine ständige Rechtsprechung, wonach nicht zu unterscheiden sei, ob die Beihilfe unmittelbar vom Staat oder von öffentlichen oder privaten Einrichtungen, die von ihm zur Durchführung der Beihilferegulierung errichtet oder beauftragt wurden, gewährt wird, Rn. 23. Abzugrenzen ist diese Art der Finanzierung allerdings von Zuwendungen aus rein privat organisierten Abgaben, die demgegenüber keine Beihilfe darstellen, s. EuGH, Rs. 222/82, *Apple and Pear Development Council*, Slg. 1983, S. 4083, Rn. 29 bis 32.

447 EuGH, C-482/99, *Frankreich/Kommission – Stardust Marine*, Slg. 2002, I-4397, Rn. 36. Der Gerichtshof verweist auf seine Urteile in den Rs. C-387/92, *Banco Exterior de España*, Slg. 1994, I-877 und C-6/97, *Italien/Kommission*, Slg. 1999, I-2981, ohne die in diesen Urteilen vorgesehene Beschränkung auf Fälle der Abgabenbefreiung vorzunehmen.

448 EuGH, C-482/99, *Frankreich/Kommission – Stardust Marine*, Slg. 2002, I-4397, Rn. 37. Der Gerichtshof verweist auf seine Urteil in der Rs. C-83/98, *Frankreich/Ladbroke Racing und Kommission*, Slg. 2000, I-3271, Rn. 50.

449 EuGH, C-482/99, *Frankreich/Kommission – Stardust Marine*, Slg. 2002, I-4397, Rn. 50 bis 52.

450 EuGH, C-482/99, *Frankreich/Kommission – Stardust Marine*, Slg. 2002, I-4397, Rn. 53.

Maßnahme ergangen sei.⁴⁵¹ Danach seien unter anderem folgende Indizien für die Zurechenbarkeit der Beihilfemaßnahmen eines öffentlichen Unternehmens an den Staat von Bedeutung:

- seine Eingliederung in die Strukturen der öffentlichen Verwaltung,
- die Art seiner Tätigkeit und deren Ausübung auf dem Markt unter normalen Bedingungen des Wettbewerbs mit privaten Wirtschaftsteilnehmern,⁴⁵²
- der Rechtsstatus des Unternehmens, ob es also dem öffentlichen Recht oder dem allgemeinen Gesellschaftsrecht unterliegt,⁴⁵³
- die Intensität der behördlichen Aufsicht über die Unternehmensführung oder
- jedes andere Indiz, das im konkreten Fall auf eine Beteiligung der Behörden oder auf die Unwahrscheinlichkeit einer fehlenden Beteiligung am Erlass einer Maßnahme hinweist, wobei auch deren Umfang, ihr Inhalt oder ihre Bedingungen zu berücksichtigen seien.⁴⁵⁴

In anderen Entscheidungen habe der Gerichtshof zudem neben organisationsrechtlichen Faktoren, die die öffentlichen Unternehmen mit dem Staat verbunden hätten, berücksichtigt, dass Unternehmen Richtlinien eines Ministeriums zu berücksichtigen hätten.⁴⁵⁵

Aufgrund der Gefahr der Umgehung der Beihilfevorschriften und der Schwierigkeiten der Beweisführung legt der Gerichtshof insoweit keinen engen Beurteilungsmaßstab an. Es sei kein Nachweis der konkreten staatlichen Veranlassung der Beihilfemaßnahme nötig, vielmehr genüge es, wenn sich die staatliche Zurechenbarkeit im konkreten Fall aus einem Komplex von Indizien wie den oben aus Sicht des Gerichts nicht abschließend genannten ergibt.⁴⁵⁶

In der Entscheidung Stardust Marine kommt der Gerichtshof zu dem Ergebnis, dass das von der Kommission als einziges angeführte organisationsrechtliche Kriterium (Crédit Lyonnais, Altus und SBT als öffentliche Unternehmen unter staatlicher Kontrolle) nicht für eine staatliche Zurechnung ausreicht.

Von besonderem Interesse für den dualen Rundfunk in Österreich ist nun, inwieweit die Prüfschritte und die Kriterien, die der EuGH im Fall Stardust Marine entwickelt hat, auf die *Finanzierung des Rundfunks* anwendbar sind.

Die Ausführungen des Gerichtshofes in der Sache Stardust Marine betrafen die Beihilfegewährung *durch* „öffentliche Unternehmen“ und sind daher unmittelbar für Beihilfegewährungen durch öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten relevant.⁴⁵⁷

Fraglich ist jedoch, ob die Kriterien des Gerichtshofes auch für die Fälle der Rundfunk(gebühren)finanzierung, also für die Beihilfegewährung an öffentlich-rechtliche Rundfunkunternehmen anwendbar sind. Nach dem Wortlaut der Entscheidung im Fall Stardust Marine sieht der Gerichtshof seinen dort entwickelten Ansatz in der Anwendbarkeit nicht als beschränkt an. Vielmehr wollte er offensichtlich eine Leitentscheidung treffen. Der Entscheidung könnte allgemeine Gültigkeit der Art zukommen, dass der Gerichtshof mit ihr generelle Leitlinien für die Bestimmung der staatlichen Zurechenbarkeit von Beihilfemaßnahmen statuiert und diese generalisierend ohne Beschränkung auf bestimmte Fallgruppen versteht.⁴⁵⁸ Dies gilt vor allem für die Grundaussage, für den Tatbestand des Art. 87 Abs. 1 EGV sei das Vorliegen

451 EuGH, C-482/99, Frankreich/Kommission – Stardust Marine, Slg. 2002, I-4397, Rn. 55.

452 Skeptisch zu diesem Kriterium Schohe/Arhold, EstAL 2002, 33, 38, da der so quasi definierte sog. „private investor“-Test auf der Tatbestandsebene des Art. 87 Abs. 1 EGV normalerweise dazu diene, eine Begünstigung festzustellen. S. hierzu bereits oben S. 117 (Chronopost).

453 Jedoch kann nach Ansicht des Gerichtshofes die bloße Tatsache, dass ein öffentliches Unternehmen in Form einer „allgemeinrechtlichen“, also wohl zivilrechtlichen, Kapitalgesellschaft gegründet worden ist, nicht in Anbetracht der Selbstständigkeit, die ihm diese Rechtsform möglicherweise verleiht, als ausreichend angesehen werden, um auszuschließen, dass eine Beihilfemaßnahme einer solchen Gesellschaft dem Staat zuzurechnen ist. „Denn die Existenz einer Kontrollsituation und die tatsächlichen Möglichkeiten der Ausübung eines beherrschenden Einflusses, die sie in der Praxis mit sich bringt, verhindern es, von vorneherein auszuschließen, dass eine Maßnahme einer solchen Gesellschaft dem Staat zugerechnet werden kann und die Gefahr einer Umgehung der Vertragsbestimmungen über staatliche Beihilfen besteht, auch wenn die Rechtsform des öffentlichen Unternehmens als Indiz unter anderen an sich erheblich ist, um in einem konkreten Fall festzustellen, ob der Staat beteiligt ist oder nicht.“ EuGH, C-482/99, Frankreich/Kommission – Stardust Marine, Slg. 2002, I-4397, Rn. 57. Kritisch wegen problematischer Abgrenzung Schohe/Arhold, EstAL 2002, 33, 38.

454 EuGH, C-482/99, Frankreich/Kommission – Stardust Marine, Slg. 2002, I-4397, Rn. 56. GA Jacobs hat insoweit hervorgehoben, dass es nicht leicht sei, allgemeingültige Kriterien für die Ebene der Zurechenbarkeit herauszuarbeiten, Schlussanträge GA Jacobs, C-482/99, Frankreich/Kommission – Stardust Marine, Slg. 2002, I-4397, Rn. 64.

455 EuGH, C-482/99, Frankreich/Kommission – Stardust Marine, Slg. 2002, I-4397, Rn. 55 unter Hinweis auf die Rs. C-303/88, Italien/Kommission, Slg. 1991, I-1433, Rn. 11, 12, und C-305/89, Italien/Kommission, Slg. 1991, I-1603, Rn. 13 und 14.

456 EuGH, C-482/99, Frankreich/Kommission – Stardust Marine, Slg. 2002, I-4397, Rn. 53, 54. Wegen der Beweisschwierigkeiten und der offensichtlichen Gefahr einer Umgehung sollte auch nach Ansicht des GA Jacobs hinsichtlich der Art des zu erbringenden Beweises ein restriktiver Ansatz vertreten werden, wobei sogar ein Indizienbeweis und sogar Presseberichte genügen sollen, Schlussanträge GA Jacobs, C-482/99, Frankreich/Kommission – Stardust Marine, Slg. 2002, I-4397, Rn. 68.

457 S. hierzu auch KOM, Entscheidung vom 03.04.2002, Nr. NN 2/2002 (C(2002) 932 endg.), zur beihilferechtlichen Beurteilung der Rolle des ZDF bei der Errichtung eines Medienparks.

458 Schwendinger S. 39.

einer staatlichen Mittelbelastung grundsätzlich erforderlich und diese Feststellung nur in – nicht näher spezifizierten – Ausnahmefällen verzichtbar.⁴⁵⁹ Diese Ansicht wird gestützt durch das Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache GEMO SA.⁴⁶⁰ Hinsichtlich des Erfordernisses der Staatlichkeit der Beihilfe, die in diesem Fall in der Bereitstellung von Gütern oder Dienstleistungen zu günstigen Bedingungen für Viehzüchter und Schlachthöfe läge,⁴⁶¹ führt der Gerichtshof aus, dass nicht danach unterschieden werden dürfe, ob eine Beihilfe direkt vom Staat oder von einer öffentlichen oder privaten Einrichtung gewährt werde, die von diesem Staat dazu bestimmt oder errichtet wurde. In Fortführung seiner Rechtsprechung in der Rs. „Stardust Marine“ können Vergünstigungen nur dann als Beihilfen angesehen werden, wenn sie zum einen unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln gewährt werden und zum anderen auch dem Staat konkret zurechenbar sind. Da auch die französische Regierung nicht bestreite, dass die Finanzierung des in Frage stehenden Dienstes aus Staatsmitteln erfolgt (Fonds), komme es allein auf die Zurechenbarkeit an. Da die Regelung der Entsorgungstätigkeit vom Staat ausgehe, stehe die Tatsache, dass die Tätigkeit von privaten Unternehmen ausgeführt werde, einer Zurechnung nicht entgegen.

Auf der *ersten Prüfungsstufe* ist daher zu untersuchen, ob die Rundfunkgebühren als staatliche Mittel angesehen werden können. Dabei ist die Frage, ob die auch nach der Entscheidung im Fall Stardust Marine grundsätzlich zu fordernde staatliche Mittelübertragung vorliegt, unter Berücksichtigung materieller Gesichtspunkte nach dem Kriterium zu beantworten, ob der Staat oder seine Organe abstrakt gesehen über die Möglichkeit verfügen, die Mittelvergabe zu beeinflussen oder zu kontrollieren.

459 Es müsse „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 EG angesehen werden kann.“ EuGH, C-482/99, Frankreich/Kommission – Stardust Marine, Slg. 2002, I-4397, Rn. 36.

460 EuGH, C-126/01, GEMO SA, Urteil vom 20.11.2003, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht.

461 Das französische Gesetz Nr. 96-1139 schreibt u. a. für Aufkäufer von Fleisch vor, dass diese eine Abgabe an einen Fonds zu entrichten haben, dessen Mittel für die als öffentliche Aufgabe definierte Entsorgung von Schlachtabfällen und Tierkörpern verwendet werden. Die Aufgabe wird von privaten Unternehmen wahrgenommen, die einen öffentlichen Vertrag mit dem Präfekten des jeweiligen Departements geschlossen haben. Von der Abgabe befreit sind indes Viehzüchter und Schlachthöfe. Die Klägerin betreibt Supermärkte und vertreibt in Frankreich Fleisch und Fleischerzeugnisse, wofür sie die Fleischaukäuferabgabe zu entrichten hatte. Sie machte geltend, dass die Abgabe eine Beihilfe darstellt und insofern ein Verstoß gegen die Anmeldepflicht des Art. 88 Abs. 3 EGV vorliegt.

Staatliche Organe, zumeist Regierungen und Parlamente, legen das System der Rundfunkfinanzierung in allgemeiner, gesetzlicher Form fest und üben bei der grundlegenden Verankerung des jeweiligen Systems entscheidenden Einfluss aus. Sie halten somit die Kontrolle über die Ausgestaltung des jeweiligen Systems.⁴⁶²

So bejahte auch die Kommission in mehreren Entscheidungen – bereits vor Erlass des Urteils Stardust Marine – die Staatlichkeit der Mittelvergabe im Bereich des Rundfunks. In der Entscheidung Phoenix/Kinderkanal nahm die Kommission die staatliche Zurechenbarkeit der Mittel an, „da es sich um verbindliche, staatlich festgesetzte Gebühren handelt“.⁴⁶³ Ebenso argumentierte die Kommission in ihrer Entscheidung BBC News 24.⁴⁶⁴ Nach diesen Entscheidungen legt die Kommission grundsätzlich das Kriterium der Belastung staatlicher Mittel an, greift aber bei der Bestimmung auf materielle Gesichtspunkte (staatlicher Einfluss) zurück. Daher reichen für sie allein die gesetzliche Fixierung der Rundfunkgebühren und die Heranziehung der Rundfunkteilnehmer zur Begründung der Staatlichkeit aus. Bestätigt wurden diese Entscheidungen durch die Fälle Aide en faveur des télévisions locales

462 So auch Selmayr/Kamann, K & R 2004, 49, 53. Koenig/Kühling, ZUM 2001, 537, 542 f., wenden vom Standpunkt des engen, formalen Übertragungsbegriffs, den der EuGH gerade nicht übernommen hat, ein, dass eine Beihilfe nur bejaht werden könne, wenn zumindest eine mittelbare Belastung öffentlicher Haushalte erfolgt sei. Dies sei bei einer Gebührenfinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunk nicht gegeben. Das Kriterium der Belastung öffentlicher Mittel könne allenfalls als erfüllt angesehen werden, wenn die Mittel vor der Weitergabe an die begünstigten Unternehmen in einen (Zwischen-)Haushalt des Staates oder staatlich eingesetzter öffentlicher oder privater Einrichtungen gelangt seien. Diese Anforderungen seien für das deutsche Rundfunkfinanzierungssystem nicht gegeben. Weder die KEF noch die GEZ könnten als geeignete staatliche Einrichtungen angesehen werden, deren Mittel an die begünstigten Unternehmen ausgeschüttet würden. Kritisch zu dieser Annahme Castendyk/Bark, ZUM 2003, 480, 484, die staatliche Mittel unter Hinweis auf die Stardust Marine-Entscheidung auch dann für gegeben ansehen, wenn der Haushalt einer dazwischen geschalteten Einrichtung belastet wird, die unter staatlicher Kontrolle steht, bzw. auch dann, wenn deren Mittel den nationalen Behörden in einem weiteren Sinn zur Verfügung stehen. Wenn ein mit ausschließlichen Rechten versehenes privates Unternehmen Gewinne anstatt sie in den Staatshaushalt zu transferieren, zu einem bestimmten, staatlich definierten Zweck verwenden muss, sei eine rechtliche Kontrolle durch den Staat möglich, sodass diese Mittel als staatlich anzusehen seien. Die Herkunft der Mittel (gesetzlich erhoben wie z. B. parafiskalische Abgaben oder durch normalen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb erworbene Mittel) spiele keine Rolle mehr.

463 KOM, Entscheidung vom 24.02.1999, Beihilfe NN 70/98, Kinderkanal und Phoenix, Ziff. 6.1.1; vgl. auch die diesbezügliche Pressemitteilung der Kommission vom 24.02.1999, Nr. IP/99/132: „Darüber hinaus hat die Kommission entschieden, daß die aus Lizenzgebühren stammenden Mittel als staatliche Beihilfen anzusehen sind.“

464 „The licence fee represents an obligation imposed by the public authorities, on all owners of a receiving appliance, irrespective of whether or not the appliance is actually used to watch the programmes of the BBC. Also the decision to authorise the use of the licence fee to finance BBC News 24 was taken by the Secretary of State... On this ground the licence fee constitutes a mandatory fee imposed by the State, and therefore, the funds thereby obtained constitute State funds within the meaning of Article 87 (1) of the Treaty.“ KOM, Entscheidung vom 14.12.1999, Beihilfe NN 88/98, BBC News 24, Rn. 22 f.

dans la Communauté française⁴⁶⁵ und RTP.⁴⁶⁶ Für die Einbeziehung materieller Prüfkriterien spricht auch die Rundfunk-Mitteilung der Kommission, nach der die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, auch wenn sie durch Gebühren erfolgt, eine staatliche Maßnahme darstellt.⁴⁶⁷

Diese Linie verfolgte die Kommission auch nach dem Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache Stardust Marine. Selbst wenn die Gebühren direkt von den Rundfunkanstalten eingezogen werden können, soll eine Staatlichkeit der Mittel nach der Entscheidung der Kommission in der Sache BBC licence fee unter Verweis auf die Ladbroke Racing Entscheidung des Gerichtshofes durch die Festlegung der gesetzlichen Grundlagen seitens staatlicher Organe zu bejahen sein.⁴⁶⁸

Ausgangspunkt der Überlegungen zur Staatlichkeit der Mittelübertragung ist auch in einigen Literaturmeinungen die zumeist gesetzlich festgelegte Pflicht, Rundfunkgebühren zu entrichten. Im Gegensatz zu freiwilligen und hoheitlich unbeeinflussten Vermögensopfern Privater ohne beihilferechtliche Bedeutung⁴⁶⁹ handele es sich um eine hoheitlich auferlegte Zahlungspflicht.

465 „[L]e gouvernement de la Communauté française de Belgique accordera un soutien financier aux télévisions locales. Ces subventions sont allouées directement par le gouvernement de la Communauté française de Belgique sur le budget public. Les avantages accordés par les autorités régionales doivent eux aussi être considérés comme des ressources d'État. Il est donc manifeste que ces crédits constituent des ressources d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1.“ KOM, Entscheidung vom 13.02.2002, Beihilfe N 548/2001, S. 3.

466 „Die RTP gewährten Ausgleichszahlungen wurden unmittelbar vom Staat aus dem öffentlichen Haushalt finanziert. Folglich ist unzweifelhaft, dass es sich bei diesen Mitteln um staatliche Mittel im Sinne von Artikel 87 Absatz 1 handelt.“ Mitteilung der Kommission, Beihilfe NN 133/A/01, NN 85/A/01 und NN 94/A/99, Staatliche Ausgleichszahlungen an den staatlichen Rundfunkveranstalter RTP – Aufforderung zur Abgabe einer Stellungnahme gemäß Artikel 88 Absatz 2 EG-Vertrag, ABI. EG Nr. C 98 vom 23.04.2002, S. 2, 3.

467 „Maßgebend für die Beurteilung der Frage, ob eine staatliche Beihilfe vorliegt, ist nach Artikel 87 Absatz 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.“ Kommission, Rundfunkmitteilung, s. Fußnote 351, Rn. 16.

468 „Taking into account the characteristics of the funding for the nine new digital channels, it is clear that the funding out of the licence fee system has to be regarded as state resources. According to Article 16 (1) (a) of the Charter, the Secretary of State pays the licence fee revenue to the BBC out of money provided by the Parliament. It can be added that, even if the revenue, after collection by the BBC, would stay within the BBC budget the aid character would not change, as the revenue remains under public control, and therefore available to the competent national authorities. This is sufficient for it to be categorised as state resources.“ KOM, Entscheidung vom 22.05.2002, Beihilfe N 631/2001, BBC licence fee, Rn. 20.

469 Lenz/Borchardt-Rawlinson, Art. 87, Rn. 6.

Eine autonom entschiedene Leistungsgewährung von Seiten der Gebührenzahler sei nicht gegeben.⁴⁷⁰ Ein staatlich gelenkter Mittelfluss ohne Erfassung der Mittel in einem Haushalt des Staates oder staatlicher Einrichtungen sei hinreichend.⁴⁷¹

Auf der zweiten Prüfungsstufe ist die Frage zu klären, ob die Maßnahme dem Staat anhand materieller Kriterien zugerechnet werden kann. Dies ist nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes nur dann gegeben, wenn im konkreten Fall mittels verschiedener Indizien die Wahrscheinlichkeit staatlicher Veranlassung oder Einflussnahme auf die Mittelvergabe tatsächlich nachgewiesen werden kann. An die Nachweisführung sind jedoch keine strengen Anforderungen zu stellen.

Die Kommission gibt in ihrer Entscheidung BBC News 24 einen Hinweis auf die materielle Zurechenbarkeit. Dort begründet sie die Zurechnung mit dem Hinweis, dass neben der Festlegung der generellen Gebührenpflicht auch die konkrete Verwendung, die Errichtung eines Nachrichtenkanals, von staatlichen Stellen genehmigt worden sei.⁴⁷² Eine staatliche Einflussnahme lag damit auch im konkreten Fall vor.

Eine staatliche Einflussnahme bei der Verwendung der Gebühren könnte sich zudem aus einer etwaigen Überprüfung des Bedarfs durch dazu beauftragte staatliche Institutionen wie Rechnungshöfen ergeben.

Werden die in dem Urteil Stardust Marine genannten Indizien auf das Rundfunkgebührensysteem übertragen, so ist für die Annahme einer Beihilfe zu fordern, dass die konkrete Entscheidung zur Gebührenfestsetzung unter Beachtung der Vorgaben staatlicher Instanzen geschehen muss. Staatliche Einflussnahme liegt dann vor, wenn die letztendlich entscheidende Stelle den Anforderungen und Vorgaben einer öffentlichen Stelle Rechnung tragen muss.

470 Holzer, ZUM 1996, 274, 277; Otten, ZUM 1997, 790, 796 (Fußnote 32); a.A. dagegen Eberle, ZUM 1995, 763, 767 und ders., AfP 1995, 559, 563, der eine Staatlichkeit ablehnt, da die Rundfunkgebühren von privaten Rundfunkteilnehmern aufgebracht werden.

471 Koenig/Kühling, EuZW 2000, 197, 199.

472 „Also the decision to authorise the use of the licence fee to finance BBC News 24 was taken by the Secretary of State ... On this ground the licence fee constitutes a mandatory fee imposed by the State, and therefore, the funds thereby obtained constitute State funds within the meaning of Article 87 (1) of the Treaty.“ KOM, Entscheidung vom 14.12.1999, Beihilfe NN 88/98, BBC News 24, Rn. 22f.

Dabei könnte zu berücksichtigen sein, dass eine staatliche Zurechenbarkeit deshalb entfallen könnte, weil die Ermittlung der Gebührenhöhe von einer staatsfern ausgestalteten Institution vorgenommen wird.⁴⁷³ Diese Untersuchung muss sich jedoch an den speziellen Gegebenheiten der jeweiligen nationalen Rechtsordnung orientieren. Dabei gilt das zu der Festsetzung Gesagte entsprechend.

Die Kommission entwickelte ein anderes Modell zur Einbeziehung von Unterstützungsleistungen in die Beihilfenvorschriften, die nicht direkt dem Art. 87 Abs. 1 EGV unterfallen. Im Fall PreußenElektra machte sie geltend, dass die gewährten Vorteile zumindest Maßnahmen gleicher Wirkung zur Umgehung der Bestimmungen über die staatliche Beihilfen darstellten.⁴⁷⁴ Begründet wurde diese Argumentation durch eine entsprechende Anwendung der Rechtsprechung des Gerichtshofs, nach der es den Mitgliedstaaten nach Art. 81 EGV in Verbindung mit Art. 10 EGV untersagt ist, Maßnahmen auch in Form von Gesetzen und Rechtsverordnungen zu erlassen oder beizubehalten, die die praktische Wirksamkeit der für Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln aufheben könnten.⁴⁷⁵ Da nach Art. 88 EGV geeignete Verfahren für Verstöße gegen die Bestimmungen über staatliche Beihilfen vorgesehen seien, passe es nicht in die Systematik, einen Verstoß gegen Art. 10 EGV im Verfahren nach Art. 226 EGV zu verfolgen. Ein Verstoß gegen Art. 10 in Verbindung mit Art. 87 und 88 EGV solle vielmehr durch eine teleologische Ausweitung des Beihilfegriffs des Art. 87 Abs. 1 EGV erfasst werden.⁴⁷⁶

Der Gerichtshof lehnt diese Argumentation jedoch ab. Art. 87 und 88 EGV lassen nach seiner Ansicht keinen Raum für einen parallelen Begriff von Maßnahmen gleicher Wirkung. Art. 87 EGV beziehe sich im Gegensatz zu Art. 81 EGV, der nur das Verhalten von Unternehmen betreffe, unmittelbar auf Maßnahmen der Mitgliedstaaten. Art. 87 EGV stelle ein in sich vollständiges Verbot der erfassten staatlichen Handlungen dar und könne nicht mittels Art. 10 EGV in seinem Anwendungsbereich erweitert werden.⁴⁷⁷

Dabei ist es unerheblich, ob und inwieweit eine Einrichtung rechtlich selbstständig ist und über die ihr zustehenden Mittel auf Dauer verfügen kann. Entscheidend ist allein, ob die Mittel „ständig unter staatlicher Kontrolle und somit den nationalen Behörden zur Verfügung stehen“.⁴⁷⁸ Diese weite Auffassung wird durch den Gedanken begründet, dass andernfalls die Beihilfenvorschriften durch die bloße Tatsache der Einrichtung unabhängiger Einrichtungen umgangen werden könnten.⁴⁷⁹

Staatliche Maßnahmen, die eine wirtschaftliche Begünstigung beinhalten, verfälschen den Wettbewerb nur dann, wenn dadurch einem oder mehreren *Unternehmen ein Vorteil* eingeräumt wird, der diese Unternehmen im Wettbewerb mit anderen Unternehmen einen Vorteil einräumt.

Unternehmen im Sinn des Art. 87 Abs. 1 EGV sind alle natürlichen und juristischen Personen des öffentlichen oder privaten Rechts, die Güter oder Dienstleistungen auf einem Markt anbieten.⁴⁸⁰ Entscheidend dabei ist die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit; auf eine Gewinnerzielungsabsicht kommt es jedoch grundsätzlich nicht an. Finanzielle Zuwendungen an Körperschaften des öffentlichen Rechts, privatrechtliche Vereine und ähnliche Vereinigungen, die keine wirtschaftlichen Tätigkeiten ausüben, werden daher nicht als Beihilfe angesehen.⁴⁸¹

Es handelt sich aber dann um begünstigte Unternehmen im Sinn des Art. 87 Abs. 1 EGV, wenn eine nicht gewinnorientierte Organisation mit gewinnorientierten Unternehmen im Wettbewerb steht.⁴⁸²

Die erforderliche Begünstigung bestimmter Unternehmen ist als Abgrenzungskriterium zu allgemeinen Fördermaßnahmen der Wirtschaftspolitik zu Gunsten der Gesamtheit der Unternehmen zu sehen. Sie muss daher durch eine *spezifische Maßnahme* erfolgen. In der Rechtsprechungspraxis wird das Tatbestandsmerkmal der Spezifität allerdings weit ausgelegt.

473 S. zur rechtlichen Lage in Deutschland Koenig/Kühling, ZUM 2001, 537; Koenig/Haratsch, ZUM 2003, 804 m.w.N.

474 S. EuGH, C-379/98, PreußenElektra, Slg. 2001, I-2099, Rn. 63; sowie Schlussanträge des GA Jacobs in ders. Rechtssache, Slg. 2001, I-2099, Rn. 180.

475 EuGH, C-2/91, Meng, Slg. 1993, I-5751, Rn. 14.

476 Ähnlich bereits in der Rechtssache EuGH, Rs. 290/83, Kommission/Frankreich, Slg. 1985, S. 439, Rn. 6.

477 EuGH, Rs. 290/83, Kommission/Frankreich, Slg. 1985, S. 439, Rn. 17; EuGH, C-379/98, PreußenElektra, Slg. 2001, I-2099, Rn. 64.

478 EuGH, C-482/99, Frankreich/Kommission – Stardust Marine, Slg. 2002, I-4397, Rn. 37.

479 EuG, T-358/94, Air France/Kommission, Slg. 1996, II-2109, Rn. 62.

480 EuGH, C-309/99, Wouters, Slg. 2002, I-1577, Rn. 46.

481 Lenz/Borchardt-Rawlinson, Art. 87 Rn. 4.

482 KOM, Entscheidung vom 16.09.1997, K (1997) 2903, Gemeinnützige Abfallverwertung GmbH, ABI. EG 1998 Nr. L 159 vom 03.06.1998, S. 58.

Die Zuwendungen der Rundfunkgebühren kommen nur öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zugute, die insbesondere auf dem Markt der Veranstaltung von Rundfunk und dem der Rundfunkwerbung Teilnehmer sind und damit (auch) eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben.

Eine staatliche Beihilfe wird von Art. 87 Abs. 1 EGV nur erfasst, falls sie den Wettbewerb verfälscht oder zu verfälschen droht.

Die Kommission ist bei der Feststellung einer Wettbewerbsverfälschung durch die gewährte Begünstigung nach ständiger Rechtsprechung nicht verpflichtet, spezifisch festzustellen, welche räumlich und sachlich relevanten Märkte speziell dem Tätigkeitsbereich der begünstigten Unternehmen zuzuordnen sind und in welchem Umfang die Begünstigung eine Wettbewerbsverfälschung hervorruft oder hervorzurufen droht.⁴⁸³ Insbesondere soll die Kommission nicht verpflichtet sein, eine tatsächliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs festzustellen.⁴⁸⁴ So lässt die Rechtsprechung für die Fälle einer Gewährung von staatlichen Beihilfen an ein Unternehmen, das in einer durch intensiven Wettbewerb gekennzeichneten Branche tätig ist, bereits die Begünstigung als Indiz für eine zumindest drohende Verfälschung des Wettbewerbs genügen.⁴⁸⁵

Die Kommission kann jedoch kulturelle Beihilfen nach Art. 87 Abs. 3 lit. d) EGV nur genehmigen, „soweit sie die Handels- und Wettbewerbsbedingungen in der Gemeinschaft nicht in einem Maß beeinträchtigen, das dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft“. Hierfür ist unabhängig vom oben genannten generellen Ansatz eine genauere Feststellung des relevanten sachlichen und räumlichen Marktes bei der Gewährung kultureller Beihilfen, unter die auch die Unterstützung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zu subsumieren sein könnte, erforderlich. So hat auch das EuG in der Rechtssache SIDE, die eine Unterstützung im Bereich des französischen Büchermarktes betraf,⁴⁸⁶ im Rahmen des damaligen Art. 92 Abs. 3 EGV einen Beurteilungsfehler der Kommission angenommen, weil diese den relevanten Markt nicht ausreichend genau geprüft hatte.

Wettbewerbsverfälschend ist eine Beihilfe nur, wenn sie die Stellung des Begünstigten oder eines dritten Unternehmens auf dem relevanten Markt zu Lasten ihrer (potenziellen) Konkurrenten verbessert.⁴⁸⁷

Da die Zuwendungen aus den Rundfunkgebühren zumeist einen Gutteil seiner Einnahmen darstellt, muss der öffentlich-rechtliche Rundfunk insoweit nicht mit privaten Anbietern von Rundfunk- und Fernsehsendungen konkurrieren, um seine Tätigkeit zu finanzieren. Eine genaue Untersuchung des Einzelfalles ist jedoch unerlässlich.

Staatliche Beihilfen sind nach Art. 87 Abs. 1 EGV mit dem Gemeinsamen Markt nicht vereinbar, soweit sie den *Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen*. Das Tatbestandsmerkmal soll den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts gegenüber dem nationalen (Wettbewerbs-)Recht abgrenzen.

Der Begriff des Handels umfasst nach herrschender Ansicht den gesamten innergemeinschaftlichen Wirtschaftsverkehr. Unerheblich ist, ob es sich um Waren, die Erbringung von Dienstleistungen oder die Vornahme sonstiger wirtschaftlicher Tätigkeit handelt.⁴⁸⁸

Eine Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten liegt vor, wenn die Beihilfe sich über das Gebiet des beihilfegewährenden Mitgliedstaats hinaus auf die Konkurrenzsituation von Unternehmen in anderen Mitgliedstaaten auswirkt.⁴⁸⁹ Die Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten ist dabei im Sinne einer Beeinflussung zu verstehen. Es genügt eine Wahrscheinlichkeit oder Möglichkeit der Beeinflussung. Diese Möglichkeit soll immer dann vorliegen können, wenn Beihilfen die Wettbewerbsposition von bestimmten Unternehmen oder Standorten verstärken.⁴⁹⁰ So schließt die Rechtsprechung aus der Begünstigung eines Unternehmens auf dessen verstärkte Wettbewerbsfähigkeit und daraus wiederum auf die Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels.⁴⁹¹ Dabei ist es nicht erforderlich, dass das begünstigte Unternehmen selbst am

483 EuG, verb. Rs. T-298/97 u. a., Alzetta Mauro/Kommission, Slg. 2000, II-2319, Rn. 95; EuG, T-55/99, CETM/Kommission, Slg. 2000, II-3207, Rn. 102; a.A. Callies/Ruffert-Cremer, Art. 87 Rn. 12.

484 EuG, T-288/97, Friuli Venezia Giulia/Kommission, Slg. 2001, II-1169, Rn. 77.

485 EuG, verb. Rs. T-298/97 u. a., Alzetta Mauro/Kommission, Slg. 2000, II-2319, Rn. 84.

486 EuG, T-155/98, SIDE, Slg. 2002, II-1179, Rn. 56.

487 Die relevanten Märkte für den Rundfunkbereich werden in Kapitel II, Punkt 1. c) cc) erörtert.

488 Heidenhain-Heidenhain, § 4 Rn. 68.

489 Geiger, Art. 87 EGV, Rn. 14.

490 EuGH, Rs. 730/79, Philip Morris, Slg. 1980, S. 2671, Rn. 11; EuG, T-288/97, Regione Friuli Venezia Giulia, Slg. 2001, II-1169, Rn. 49.

491 EuG, T-55/99, CETM, Slg. 2000, II-3207, Rn. 101 mit Verweis auf den entsprechenden Begründungsansatz der Kommission in Rn. 76.

innergemeinschaftlichen Handel teilnimmt. Durch die Gewährung einer Beihilfe kann die inländische Position beibehalten oder gestärkt werden, sodass sich die Chancen der in anderen Mitgliedstaaten niedergelassenen Unternehmen, ihre Erzeugnisse auszuführen oder die Dienstleistungen anzubieten, verringern.⁴⁹²

Auf dem durch die Fernsehrichtlinie liberalisierten Fernsehmarkt besteht die vereinfachte Möglichkeit, aus anderen Mitgliedstaaten ausgestrahlte Fernsehsendungen nahezu ungehindert zu empfangen. Damit sind die öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter auf einem Markt tätig, der unmittelbar durch die Erbringung grenzüberschreitender Dienstleistungen gekennzeichnet ist. Da auch die bloße Eignung zur Handelsbeeinträchtigung ausreicht,⁴⁹³ ist auf dem Rundfunkmarkt von einer Beeinträchtigung des Handels durch die Gewährung von Rundfunkgebühren auszugehen.

Strittig ist, ob das *Kriterium der Spürbarkeit* auch im Rahmen von Art. 87 Abs. 1 EGV Anwendung findet. Die Rechtsprechung hat in neueren Urteilen für Art. 87 Abs. 1 EGV bislang kein Erfordernis der Spürbarkeit der Wettbewerbsverfälschung oder der Handelsbeeinträchtigung verlangt.⁴⁹⁴ Soweit seine Anwendbarkeit bejaht wird,⁴⁹⁵ dürfte die Spürbarkeitsschwelle bei den Zuwendungen aus Rundfunkgebühren aber in jedem Fall überschritten sein, da auch die von der Kommission in der Verordnung 69/2001⁴⁹⁶ festgelegte so genannte „De-minimis-Bagatellgrenze“ in Höhe von EUR 100.000 zumeist überschritten sein dürfte.

Nach den bisherigen Erwägungen dürften nach der Rechtsprechung des EuGH im Regelfall die Tatbestandsvoraussetzungen einer Beihilfe im Sinn des Art. 87 Abs. 1 EGV anzunehmen sein. Allerdings ist dies letztlich von der konkreten Ausgestaltung der Rundfunkgebühren und deren Erhebung und Einziehung im Einzelfall abhängig.

(3) Ausnahmeregelung des Art. 87 Abs. 3 lit d) EGV

Die Kommission kann nach Art. 87 Abs. 3 lit. d) EGV „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“, als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklären.

Nach dem Protokoll über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in den Mitgliedstaaten, dessen rechtliche Verbindlichkeit sich aus Art. 311 EGV ergibt, ist der öffentlich-rechtliche Rundfunk in den Mitgliedstaaten unmittelbar mit den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen jeder Gesellschaft sowie mit den Erfordernissen verknüpft, den Pluralismus in den Medien zu wahren. Daher kann bejaht werden, dass es sich bei der Gebührenfinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks um eine Beihilfe zur *Förderung der Kultur und der Erhaltung des kulturellen Erbes* handelt.

Es ist jedoch auch eine differenzierende Lösung denkbar, je nachdem, ob es sich um Bildungs- oder um Unterhaltungssendungen handelt. Dagegen kann jedoch mit der Rechtsprechung des deutschen BVerfG⁴⁹⁷ argumentiert werden, dass alle Elemente des Programms Teil des Grundversorgungsauftrags sind.

Die wohl herrschende Ansicht vertritt im Rahmen des Art. 87 EGV einen engen Kulturbegriff.⁴⁹⁸ Danach deckt Kultur nicht den gesamten Rundfunk ab. Grundsätzlich ist Art. 87 Abs. 3 lit. d) EGV als Freistellung vom Verbot des Art. 87 Abs. 1 EGV eng auszulegen. Der Begriff der Kultur soll nach Meinung der Kommission „auf Bereiche beschränkt werden, die nach allgemeiner Auffassung der ‚Kultur‘ zugeordnet werden, und nicht darüber hinausgehen“.⁴⁹⁹ Danach gehören bildungsrelevante und demokratische Bedürfnisse der Gesellschaft in einem Mitgliedstaat grundsätzlich nicht zum Begriff der Kultur.⁵⁰⁰ Bei der Auslegung des Kulturbegriffs sind weiterhin die nur sehr begrenzten Kompetenzen der EG im Bereich der Kultur zu beachten,

492 EuGH, verb. Rs. C-278 bis 280/92, Spanien/Kommission – Hytasa, Slg. 1994, I-4103, Rn. 40.

493 Geiger, Art. 87 EGV, Rn. 14.

494 Nachweise bei Lenz/Borchardt-Rawlinson Art. 87, Rn. 14.

495 So z. T. die ältere Rechtsprechung EuGH, Rs. 47/69, Frankreich/Kommission, Slg. 1970, S. 487, Rn. 16, 17; EuGH, Rs. 248/84, Deutschland/Kommission, Slg. 1987, S. 4013, Rn. 18.

496 Verordnung (EG) Nr. 69/2001 der Kommission vom 12.01.2001 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf „De-minimis“-Beihilfen, ABl. 2001 Nr. L 10 vom 13.01.2001, S. 30. Zum Problem der Zusammenrechnung verschiedener über einen bestimmten Zeitraum gewährter „De-minimis“-Beihilfen, s. Heidenhain-Repplinger/Hach, § 5, Rn. 9.

497 BVerfGE 74, S. 297, 325.

498 Storr in K & R 2002, 464, 468. A.A. wohl Oppermann, Beihilferecht, S. 90.

499 KOM, Entscheidung vom 22.03.1999, Staatliche Beihilfe NN 70/98, Kinderkanal/Phoenix, nicht veröffentlicht, Punkt 6.2.

500 Kommission, Rundfunkmitteilung, s. Fußnote 351, Rn. 26. In der Entscheidung Kinderkanal/Phönix, s. vorstehende Fußnote, hat die Kommission die Finanzierung der Rundfunkprogramme nicht als Förderung der Kultur, sondern als Beitrag zur Befriedigung der „demokratischen und erzieherischen Bedürfnisse der deutschen Gesellschaft“ bezeichnet.

wie sie sich aus der Vorschrift Art. 151 Abs. 4 EGV ergeben.⁵⁰¹ Die Kompetenzen der Gemeinschaft im Bereich der Kultur können nicht über den durch Art. 87 EGV eingeräumten Beurteilungsspielraum der Kommission aufgewertet werden, die Kompetenzen sind vielmehr an Art. 151 EGV auszurichten.⁵⁰²

Die Beihilfe darf die *Handels- und Wettbewerbsbedingungen* in der Gemeinschaft nicht in einem Maße *beeinträchtigen*, das dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft. Bei der Feststellung, ob Beihilfen für kulturelle Tätigkeiten die Gemeinschaftsinteressen beeinträchtigen, ist im Einzelnen festzustellen, auf welchen sachlich und räumlich relevanten Märkten das begünstigte Unternehmen tätig ist. Bei der Feststellung der Märkte geht der EuGH von den in der Rechtsprechung zu Art. 81 Abs. 1 EGV erarbeiteten Grundsätzen aus.⁵⁰³

Liegen die Voraussetzungen für eine Ausnahmeregelung vor, hat die Kommission einen Entscheidungsspielraum, um die Beihilfe als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar anzusehen.

(4) Unanwendbarkeit des Beihilfeverbots gemäß Art. 86 Abs. 2 EGV

Daseinsvorsorgeleistungen wirtschaftlicher Art mit einem grenzüberschreitenden Bezug fallen – wie oben dargelegt – in den Anwendungsbereich des gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsrechts. Die Ausgleichszahlungen für Leistungen allgemeiner wirtschaftlicher Art können – da nach hier vertretener Auffassung die spezielleren Ausnahmetatbestände des Art. 87 Abs. 2 und 3 EGV nicht greifen – über Art. 86 Abs. 2 EGV gerechtfertigt werden. Dazu müssen die Tatbestandsvoraussetzungen dieser Vorschrift gegeben sein, die als Ausnahmenvorschrift grundsätzlich eng auszulegen ist.⁵⁰⁴

Hierfür muss es sich um ein Unternehmen handeln, das mit *Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse* betraut ist. Die Abgrenzung der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse erfolgt an dieser Stelle gegenüber reinen Individual- oder Gruppeninteressen und gegenüber öffentlichen Interessen nicht-wirtschaftlicher, insbesondere kultureller, sozialer oder karitativer Art.

⁵⁰¹ Geiger, Art. 151 EGV, Rn. 11.

⁵⁰² So auch Storr, K & R 2002, 464, 468; Grabitz/Hilf-Ress/Ukrow, Art. 151, Rn. 11.

⁵⁰³ Heidenhain-Heidenhain, § 19 Rn. 5 unter Verweis auf das Urteil des EuG, T-155/98, SIDE, Slg. 2002, II-1179, Rn. 57.

⁵⁰⁴ EuGH, C-157/94, Kommission/Niederlande – SEP, Slg. 1997, I-5699, Rn. 37.

Bei der Qualifizierung als Dienstleistung von allgemeinem Interesse kommt den Mitgliedstaaten ein weiter politischer Gestaltungsspielraum zu, der nur einer Missbrauchskontrolle durch die zuständigen europäischen Organe unterliegt.⁵⁰⁵ Den Mitgliedstaaten soll es aber untersagt sein, bestimmte Tätigkeiten einem Allgemeininteresse zu unterstellen, die keine besonderen Merkmale aufweisen, die keine gesonderte Behandlung erfordern oder die bereits in zufriedenstellendem Maße von privaten Unternehmen vorgenommen werden.⁵⁰⁶ Im Übrigen kann auf die Ausführungen zu Art. 87 Abs. 1 EGV verwiesen werden.

Nach allgemeiner Ansicht erfordert Art. 86 Abs. 2 EGV eine *doppelte Verhältnismäßigkeitsprüfung*.⁵⁰⁷

Die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse betrauten Unternehmen sind nach Art. 86 Abs. 2 Satz 1 EGV nur in dem Maße von den Vertragsvorschriften befreit, das erforderlich ist, damit die Erfüllung der Leistungen nicht rechtlich oder tatsächlich verhindert wird.

⁵⁰⁵ Kommission, Mitteilung Daseinsvorsorge, s. Fußnote 318, Rn. 22; Schlussanträge GA Léger, C-309/99, Wouters, Slg. 2002, I-1577, Rn. 162; Kleist, epd medien 89/2003, 6. Die Kommission weist in ihrer genannten Mitteilung in Rn. 22 darauf hin, dass der Anwendung von Art. 86 Abs. 2 EGV u. a. der Grundsatz der Gestaltungsfreiheit zu Grunde liegt: Danach kommt den Mitgliedstaaten bei der Festlegung, welche Leistungen dem Bereich der Daseinsvorsorge zuzuordnen sind und durch welches Unternehmen diese erbracht werden sollen, ein weiter politischer Gestaltungsspielraum zu, der von der Kommission nur eingeschränkt auf eindeutige und offenkundige Fehler zu prüfen sein soll. In diesem Zusammenhang ist auch auf das Grünbuch der Kommission zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse hinzuweisen (s. Fußnote 92), das den generellen Rahmen für eine Verteilung der Zuständigkeiten zwischen den Mitgliedstaaten und der Gemeinschaft aufgreift. Die Kommission hat darüber hinaus am 18.02.2004 den Entwurf einer Entscheidung vorgelegt, mit der geregelt werden soll, in welchen Fällen eine vorherige Notifizierung der Beihilfen nicht mehr erforderlich sein soll. Zudem leitet die Kommission eine Konsultation zu einer neuen Rahmenregelung zur Beurteilung der Kompensationsleistungen ein, die nicht unter die genannte Entscheidung fallen; s. Pressemitteilung der Kommission vom 18.02.2004, abrufbar unter [http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.getfile=gf&doc=IP/04/235\[0\]RAPID&lg=EN&type=PDF](http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.getfile=gf&doc=IP/04/235[0]RAPID&lg=EN&type=PDF) (abgerufen am 19.02.2004). Das Regelwerk soll Rechtssicherheit im Bereich der Dienstleistungen im öffentlichen Interesse gewährleisten. Es ergänze insoweit das Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, als es gelte, die Rechtssicherheit für die nicht durch die Altmark Trans-Entscheidung des EuGH aus dem Bereich der gemeinschaftlichen Beihilfeüberprüfung herausfallenden Kompensationsleistungen sicherzustellen. Dies könne in den Fällen relevant werden, in denen die Vorgaben des Altmark Trans-Urteils nicht erfüllt seien oder die Beihilfen nicht angezeigt worden seien. Das Europäische Parlament fordert in seiner Entschließung zum Grünbuch der Kommission zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse (s. Fußnote 92), für die Ausarbeitung einer Richtlinie nicht auf Art. 86 Abs. 3 EGV zurückzugreifen, um eine Übereinstimmung mit Art. 86. Abs. 2 EGV zu gewährleisten, sondern bevorzugt eine einstweilige Befreiungsentscheidung, damit anschließend in einem Mitentscheidungsverfahren die allgemeinen Validierungsbedingungen festgelegt werden könnten, s. Rn. 26.

⁵⁰⁶ Kommission, Non-Paper, s. Fußnote 369.

⁵⁰⁷ Geiger, Art. 86 EGV, Rn. 12, 13; Koenig/Kühling, ZHR 166 (2002), 656, 663.

Für diese erste Verhältnismäßigkeitsprüfung ist zu beachten, dass die Beurteilung der Frage, ob die Anwendung des Gemeinschaftsrechts die Erfüllung der den Unternehmen übertragenen besonderen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich verhindern würde, nach dem Umständen im jeweiligen Einzelfall zu beantworten ist. Eine bloße Behinderung soll nicht ausreichen.⁵⁰⁸ Kriterien für diese Beurteilung hat der EuGH im Fall Corbeau entwickelt.⁵⁰⁹

- Entscheidend ist das wirtschaftliche Gleichgewicht des Unternehmens. Art. 86 Abs. 2 EGV ist Genüge getan, wenn die staatlich eingeräumten Ausschließlichkeits- und Sonderrechte erforderlich sind, um dem betrauten Unternehmen die Erfüllung seiner Aufgabe zu wirtschaftlich tragbaren Bedingungen zu ermöglichen.
- Die Sicherstellung der Dienstleistung unter wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen setzt die Möglichkeit eines Ausgleichs zwischen rentablen und weniger rentablen Tätigkeitsbereichen voraus und ermöglicht daher eine Beschränkung des Wettbewerbs von Seiten einzelner Unternehmer in wirtschaftlich rentablen Bereichen.⁵¹⁰

Ausgleichszahlungen sind also beihilfenrechtlich unbedenklich, wenn und so weit sie nur die aus der Erbringung der Daseinsvorsorgeleistung entstehenden Nettokosten ausgleichen.⁵¹¹

Die Kommission hält im Hinblick auf den Finanzierungsmodus sowohl eine vollständige Gebührenfinanzierung als auch ein gemischtes Finanzierungssystem für zulässig.⁵¹²

Um das Vorliegen einer Überkompensation feststellen zu können, ist für die Kommission die Berechnung der Nettokosten und des zu kompensierenden allgemein-wirtschaftlichen Interesses von Bedeutung. Hierbei kann auf die Ausführungen zur Ausgestaltung des Transparenzrechts verwiesen werden.⁵¹³

508 EuG, T-260/94, Air Inter, Slg. 1997, II-997, Rn. 138.

509 EuGH, C-320/91, Corbeau, Slg. 1993, I-2533, Rn. 19 ff.

510 Dieser Grundsatz ist nach Ansicht des EuG, T-106/95, FFSA, Slg. 1997, II-229, Rn. 171 unter ausdrücklicher Verweisung auf die Entscheidungen des EuGH in der Rs. Corbeau, über die Konstellation der Einräumung ausschließlicher oder besonderer Rechte hinaus verallgemeinerungsfähig und auf staatliche Ausgleichszahlungen für die Auferlegung von Gemeinwohlpflichten anwendbar.

511 EuG, T-106/95, FFSA, Slg. 1997, II-229, Rn. 178; EuGH, C-53/00, Ferring/ACOSS, Slg. 2001, I-9067, Rn. 27; Kommission, Mitteilung Daseinsvorsorge, s. Fußnote 318, Rn. 23, 26.

512 Kommission, Rundfunkmitteilung, s. Fußnote 351, Rn. 45.

513 S. Kapitel II, Punkt 1. c) dd) (7).

Die Befreiung von den genannten Wettbewerbsvorschriften ist nach Art. 86 Abs. 2 Satz 2 EGV außerdem nur dann erlaubt, wenn dadurch die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem Maße beeinträchtigt wird, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft. Diese zweite Verhältnismäßigkeitsprüfung nach Art. 86 Abs. 2 Satz 2 EGV wird als „Schranken-Schranke“ verstanden.⁵¹⁴

Der Begriff der „Beeinträchtigung der Entwicklung des Handelsverkehrs“ geht nach herrschender Meinung über die Klausel der „Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten“ in Art. 87 Abs. 1 EGV hinaus.⁵¹⁵ Welches Maß an Beeinträchtigung an das Vorliegen des Satzes 2 zu knüpfen ist, ist noch nicht geklärt. Nach einer Ansicht muss der innergemeinschaftliche Handel tatsächlich und wesentlich beeinträchtigt werden.⁵¹⁶

Jedenfalls fordert die Prüfung dieses Tatbestandsmerkmals auf der letzten Stufe der Verhältnismäßigkeitsprüfung eine Abwägung im Einzelfall. In dieser ist das Gemeinschaftsinteresse an einem unverfälschten Wettbewerb mit dem entgegenstehenden nationalen Interesse an der Erfüllung der Gemeinwohlanliegen abzuwägen. In das gemeinschaftliche Interesse ist aber auch das aus Art. 16 EGV resultierende Interesse der EG an einem Funktionieren der Daseinsvorsorge einzubeziehen.

Im Fall der Rundfunkfinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks ist das gemeinschaftliche Interesse an einem gemeinschaftsweiten Wettbewerb der Rundfunkanbieter abzuwägen gegenüber der Wahrung des Pluralismus in den Medien und der Sicherung der Grundversorgung der Bevölkerung mit Informationen. Dabei ist insbesondere das Amsterdamer Protokoll⁵¹⁷ zu berücksichtigen, das eine primärrechtlich wirkende authentische Auslegungsregelung trifft, die die Bedeutung des öffentlich-rechtlichen Auftrags bei der Bestimmung der wettbewerbsrechtlichen Schranken besonders hervorhebt.⁵¹⁸

514 Mann, JZ 2002, 819, 823.

515 Grabitz/Hilf-Pernice, Art. 90, Rn. 53.

516 Schlussanträge GA Léger, C-309/99, Wouters, Slg. 2002, I-1577, Rn. 166; Schlussanträge GA Cosmas, C-157/94, Energiemonopole, Slg. 1997, I-5699 Rn. 126.

517 Protokoll Nr. 9 der Schlussakte von Amsterdam „über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in den Mitgliedstaaten.“

518 Geiger, Art. 86 EGV, Rn. 14.

Als Zwischenergebnis kann somit festgehalten werden, dass im Regelfall davon auszugehen ist, dass das Beihilfeverbot auf die Gebührenfinanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten aufgrund der Ausnahmeregelung des Art. 86 Abs. 2 EGV nicht anzuwenden ist. Aber auch diese Feststellung ist von den genau zu prüfenden Umständen des Einzelfalls abhängig.

(5) Verfahren bei wettbewerbswidrigen Beihilfen

Wird eine Beihilfe ohne Notifizierung oder während eines laufenden Notifizierungsverfahrens unter Verstoß gegen das Durchführungsverbot des Art. 88 Abs. 3 EGV gewährt und kommt die Kommission zu dem Schluss, dass die Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar ist, erlässt sie eine „Negativentscheidung“ nach Art. 13 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. Art. 7 Abs. 5 der Verordnung EG 659/1999. Gleichzeitig entscheidet die Kommission, dass der Mitgliedstaat alle erforderlichen Maßnahmen zu treffen hat, um die rechtswidrige Beihilfe zurückzufordern („Rückforderungsentscheidung“ nach Art. 14 Abs. 1 der Verordnung EG 659/1999). Die Kommission verfügt bei der Rückforderung der Beihilfe über keinerlei Ermessen.⁵¹⁹ Es gibt jedoch eng begrenzte Schranken der Rückforderung, die es zu prüfen gilt.⁵²⁰

Würde jedoch die Anwendung des Gemeinschaftsrechts und insbesondere des Wettbewerbsrechts dazu führen, dass die Dienste der Daseinsvorsorge Unterbrechungen hinnehmen müssten oder eine Verschlechterung der Qualität erfahren, könnte Art. 16 EGV eine Berücksichtigung der besonderen Dienste erfordern. Die Frage nach dem Umfang der Verpflichtungen, die Art. 16 EGV den Gemeinschaftsorganen aufgibt, stellt sich insbesondere dann, wenn es darum geht, Dienste, die nicht im Einklang mit dem gemeinschaftlichen Wettbewerbsrecht stehen, in eine den Gemeinschaftsvorgaben entsprechende Form überzuleiten.⁵²¹

519 Geiger, Art. 88 EGV, Rn. 20. Auch eine nachträgliche Genehmigung der entgegen dem Verbot des Art. 88 Abs. 3 letzter Satz durchgeführten Beihilfe durch die Kommission lässt nach Jaeger, EuZW 2004, 78, 79 unter Berufung auf die Entscheidung des EuGH, verb. Rs. C-261 und 262/01, Belgien/van Calster u. a., Urteil vom 21.10.2003, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, die Sperrwirkung des Art. 88 Abs. 3 unberührt. Eine nachfolgende Beihilfengewährung aufgrund der Genehmigungsentscheidung für die Vergangenheit ist also ausgeschlossen.

520 Vertrauensschutz des Beihilfeempfängers, Unmöglichkeit der Beihilferückforderung bei bestehenden Beihilfen nach Art. 1 lit. b) der Verordnung 659/1999).

521 Heidenhain-Montag/Leibenath, § 30 Rn. 12 a.E.

(6) Bestehende Beihilfen

Von weit reichender praktischer Bedeutung ist die Frage, ob die Rundfunkfinanzierung in einem Mitgliedstaat – den Beihilfecharakter nach der neueren Rechtsprechung des Gerichtshofs unterstellt – eine bestehende oder eine neue Beihilfe ist. Diese Frage wird dann entscheidend, wenn die konkrete Ausgestaltung einer mitgliedstaatlichen Rundfunkfinanzierung nicht mit den Vorgaben des Gemeinsamen Marktes (nach Art. 87 EGV) übereinstimmt oder eine erforderliche Notifizierung der Rundfunkgebühren als Beihilfen nicht erfolgt sein sollte. Die Kommission kann nur im Falle neuer Beihilfen die erforderlichen Maßnahmen wie Umgestaltung oder Aufhebung nach Art. 88 Abs. 2 EGV mit Wirkung für die Vergangenheit unter Rückforderung der gezahlten Beträge anordnen. Bei bestehenden Beihilfen kann sie diese Maßnahmen nur mit Wirkung für die Zukunft vorschlagen. In derartigen Fällen einer bestehenden Beihilfe sieht der EGV die Kompetenz der Gemeinschaft vor, auf die Abänderung der existierenden Praxis zu drängen. So prüft die Kommission bestehende Beihilfen und kann dem betreffenden Mitgliedstaat zweckdienliche Maßnahmen vorschlagen. Zweckdienliche Maßnahmen können entweder eine Änderung oder eine Abschaffung der Beihilfe vorschreiben.⁵²² Bestehende Beihilfen sind nach der Verordnung (EG) 659/1999 alle Beihilfen, die vor In-Kraft-Treten des Vertrages in dem betreffenden Mitgliedstaat bestanden, also Beihilferegulungen und Einzelbeihilfen, die vor In-Kraft-Treten eingeführt worden und auch danach noch anwendbar sind.

Selbst wenn die Mitgliedstaaten für ihre Instrumente der Rundfunkfinanzierung nachweisen können, dass diese im Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens des EG-Vertrages – damit im Zeitpunkt ihres jeweiligen Beitritts – bereits eingeführt waren, muss dies nicht automatisch bedeuten, dass sämtliche Zahlungen an die jeweiligen öffentlich-rechtlichen Rundfunkunternehmen als bestehende Beihilfen anzusehen sind. In ihrer Mitteilung über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk weist die Kommission darauf hin, dass sie prüfen werde, „ob der rechtliche Rahmen, in dem die Beihilfe gewährt wird, sich seit deren Einführung geändert hat. Dabei wird [sie] alle rechtlichen und wirtschaftlichen Elemente berücksichtigen, die für das Rundfunksystem des jeweiligen Landes herangezogen werden können.“

522 Pressemitteilung der Kommission vom 15.10.2003, abrufbar unter [http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.getfile=gf&doc=IP/03/1399\[0\]AGED&lg=DE&type=PDF](http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.getfile=gf&doc=IP/03/1399[0]AGED&lg=DE&type=PDF)

Dass diese Frage nicht nur von akademischem Interesse ist, zeigt sich an dem Fall betreffend Portugal (RTP). Nach Aufhebung ihrer Entscheidung durch das Gericht erster Instanz⁵²³ stellte die Kommission in ihrer Verfahrenseröffnung am 07.11.2001 fest, dass die portugiesische Verfassung von 1976 den Staat verpflichte, den Betrieb eines öffentlichen Fernsehveranstalters zu gewährleisten. Die Kommission bezweifelt jedoch, ob die Ausgleichszahlungen zu Gunsten RTP im Hinblick auf verschiedene Gesetzesänderungen, die nach der Liberalisierung des Fernsehmarktes erfolgten, noch als bestehende Beihilfen angesehen werden könnten. Zudem habe sich der an RTP gezahlte Entschädigungsbetrag nach In-Kraft-Treten des neuen Dienstvertrags 1996 gegenüber 1993 mehr als verdoppelt. Die Kommission gibt abschließend zu bedenken, dass – falls diese Änderungen als wesentlich einzustufen seien – diese Ausgleichszahlungen als neue Beihilfen zu gelten hätten, die zu notifizieren seien. In einer vorläufigen Entscheidung ist die Kommission am 15.10.2003 jedoch zu dem Schluss gekommen, dass das System der jährlichen Ausgleichszahlungen als bestehende Beihilfe angesehen werden sollte. Das System sollte aber dennoch geändert werden, um die Transparenz des Beihilfemechanismus zu verbessern und eine mögliche Überkompensierung zu vermeiden.⁵²⁴ Ebenso wurden das kontinuierliche Finanzierungssystem zu Gunsten des italienischen öffentlich-rechtlichen Senders RAI, die sog. Lizenzgebühr, als auch die Finanzierung der spanischen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt RTVE durch Zuwendungen aus dem Staatshaushalt als bestehende Beihilfe eingeordnet, da diese Maßnahmen bereits vor dem In-Kraft-Treten des EG-Vertrags bzw. dem In-Kraft-Treten des Vertrags für Spanien, bestanden hätten und ihre wesentlichen Merkmale seitdem unverändert geblieben seien.⁵²⁵

523 EuG, T-46/97, SIC/Kommission, Slg 2000, II-2125.

524 Pressemitteilung der Kommission vom 15.10.2003, abrufbar unter [http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.getfile=gf&doc=IP/03/1399\[0\]AGED&lg=DE&type=PDF](http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.getfile=gf&doc=IP/03/1399[0]AGED&lg=DE&type=PDF). Gleichzeitig hatte die Kommission ein förmliches Prüfverfahren zu neun Ad-hoc-Beihilfen eingeleitet, da alle Maßnahmen Teil des Ausgleichs für die Wahrnehmung der Dienstleistung im öffentlichen Interesse waren und somit parallel zu den jährlichen Ausgleichszahlungen hätten geprüft werden können. Die Prüfung dieser Ad-hoc-Maßnahmen ergab nach Ansicht der Kommission, dass diese nicht die Nettomehrkosten der Dienstleistungen im öffentlichen Interesse überstiegen. Dabei wurden die Vorteile aus den jährlichen Ausgleichszahlungen berücksichtigt. Die Entscheidung der Kommission zu der Frage der bestehenden Beihilfen habe nach Ansicht des EuG ergehen müssen, weil es (s. vorstehende Fußnote) in seiner Entscheidung noch keine endgültige Beurteilung vorgenommen habe, wie dies die wegen Untätigkeit der Kommission klagende SIC angenommen habe, s. EuG, verb. Rs. T-297 und 298/01, SIC/Kommission, Urteil vom 19.02.2004, noch nicht in der amtlichen Sammlung abgedruckt, Rn. 47-49.

525 Pressemitteilung der Kommission vom 15.10.2003, abrufbar unter [http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.getfile=gf&doc=IP/03/1399\[0\]AGED&lg=DE&type=PDF](http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.getfile=gf&doc=IP/03/1399[0]AGED&lg=DE&type=PDF)

(7) Transparenzanforderungen

Eine Folge aus der sich wandelnden Rechtsprechung zum Beihilferecht im Zusammenhang mit Diensten von allgemeiner wirtschaftlicher Bedeutung ist, dass die Transparenzanforderungen des Gemeinschaftsrechts⁵²⁶ auch für die Ausgestaltung des dualen Rundfunks durchaus bedeutsam werden können. Transparente Unternehmensdaten sind nach der Rechtsprechung von grundlegender Bedeutung, da nur eine ausreichende Tatsachengrundlage die genaue Beantwortung der Frage zulässt, ob eine Überkompensation der allgemeinwirtschaftlichen Dienstleistung vorliegt. Umstritten ist, ob und in welchem Maße auch die öffentlich-rechtlichen Rundfunkunternehmen den Erfordernissen des gemeinschaftlichen Transparenzrechts unterliegen.⁵²⁷

Grundlage der Transparenzverpflichtungen ist vor allem die als Transparenzrichtlinie bekannte Richtlinie 80/273/EWG.⁵²⁸ Das Ziel dieser auf Art. 86 Abs. 3 EGV beruhenden Richtlinie ist es, eine angemessene und wirkungsvolle Anwendung der Beihilfavorschriften auf öffentliche und private Unternehmen zu ermöglichen. Die Richtlinie setzt am Schnittpunkt zwischen der Pflicht der Kommission, die Einhaltung der gemeinschaftlichen Beihilfavorschriften bei Beachtung des Grundsatzes der Gleichbehandlung öffentlicher und privater Unternehmen sicherzustellen, und den vielschichtigen finanziellen Beziehungen der Staatsebene zu öffentlichen Unternehmen an. Die Transparenzpflichten sollen die finanziellen Beziehungen zwischen der öffentlichen Hand und den öffentlichen Unternehmen transparent gestalten. Die Transparenz soll es ermöglichen, zwischen dem Tätigwerden des Staates als öffentliche Hand und als Eigentümer zu unterscheiden.⁵²⁹

526 S. hierzu auch EuGH, C-280/00, Altmark Trans, Urteil vom 24.07.2003, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht.

527 Zur Diskussion s. beispielhaft die Stellungnahme des Verbandes Privater Rundfunk und Telekommunikation e.V. (VPRT) zum Entwurf einer Richtlinie der Kommission zur Änderung der Richtlinie 80/723/EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen vom 28.02.2000 und die Gemeinsame Stellungnahme von ARD und ZDF zur Mitteilung der Kommission über die Anwendung des Beihilferechts auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk vom 10.07.2001, Punkt 4.

528 Richtlinie 80/273/EWG der Kommission vom 25.6.1980 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen, ABl. EG Nr. L 195 vom 29.07.1980, S. 35; geändert durch die Richtlinie 85/413/EWG der Kommission vom 24.07.1985, ABl. EG Nr. L 229 vom 28.08.1985, S. 20, die Richtlinie 93/84/EWG der Kommission vom 30.09.1993, ABl. EG Nr. L 254 vom 12.10.1993, S. 16, und zuletzt durch die Richtlinie 2000/52/EG vom 26.07.2000, ABl. EG Nr. L 193 vom 29.07.2000, S. 75; im Folgenden: Transparenzrichtlinie.

529 Transparenzrichtlinie, Erwägungsgründe 2 ff. S. allgemein zur Neufassung der Transparenzrichtlinie im Rahmen des allgemeinen Wettbewerbsrechts Britz, DVBl 2000, 1641 ff.

Die Transparenzrichtlinie verpflichtet allgemein die Mitgliedstaaten als „öffentliche Hand“,⁵³⁰ ihre finanziellen Beziehungen zu öffentlichen Unternehmen transparent zu machen.

Ein *öffentliches Unternehmen* ist dabei jedes Unternehmen, auf das die öffentliche Hand aufgrund Eigentums, finanzieller Beteiligung, Satzung oder sonstiger Bestimmungen, die die Tätigkeit des Unternehmens regeln, unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann.⁵³¹ Ein beherrschender Einfluss wird vermutet, sofern die öffentliche Hand die Mehrheit des gezeichneten Kapitals des Unternehmens besitzt, über die Mehrheit der Stimmrechte verfügt oder die Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans bestellen kann.⁵³²

Die Mitgliedstaaten sind *allgemein verpflichtet*, die unmittelbare und mittelbare Bereitstellung öffentlicher Mittel für die öffentlichen Unternehmen sowie die tatsächliche Verwendung dieser Mittel offenzulegen. Derartige finanzielle Transaktionen sind dabei insbesondere der Ausgleich von Betriebsverlusten, Kapitaleinlagen oder Kapitalausstattungen, nicht rückzahlbare Zuschüsse oder Darlehen zu Vorzugsbedingungen, die Gewährung finanzieller Vergünstigungen durch Verzicht auf Gewinne oder die Nichteinziehung von Schuldforderungen, der Verzicht auf eine normale Verzinsung der eingesetzten öffentlichen Mittel oder der Ausgleich von durch die öffentliche Hand auferlegten Belastungen.⁵³³

Die Pflichten finden keine Anwendung für Beziehungen zwischen der öffentlichen Hand und öffentlichen Unternehmen, die die Erbringung von Dienstleistungen betreffen, die den zwischenstaatlichen Handel nicht merklich zu beeinträchtigen geeignet sind. Außerdem gelten sie nicht für öffentliche Unternehmen mit einem Jahresnettoumsatz von weniger als EUR 40 Mio. in den beiden der Mittelzuführung vorangegangenen Rechnungsjahren.⁵³⁴

Die jüngste Änderung der Transparenzrichtlinie schuf *besondere Transparenzpflichten* für Unternehmen, die zur Ausübung bestimmter Tätigkeiten mit besonderen oder ausschließlichen Rechten im Sinn von Art. 86 Abs. 1 EGV

ausgestattet oder die mit der Wahrnehmung von Diensten von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse nach Art. 86 Abs. 2 EGV betraut sind und gleichzeitig Dienste im Wettbewerb mit anderen Anbietern erbringen. Die Neuregelung verpflichtet diese Unternehmen zu *getrennter Kontoführung und Rechnungslegung*. Ziel ist es, über diese erweiterten Transparenzpflichten die Quersubventionierung des wettbewerblichen Geschäfts dieser Unternehmen mit Einnahmen aus den unter Art. 86 Abs. 1 und 2 EGV fallenden reservierten Bereichen effektiv überprüfen zu können. Zudem wurde mit dieser dritten Änderung der Anwendungsbereich der Transparenzrichtlinie auch auf private Unternehmen ausgeweitet.⁵³⁵

Öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten müssten, um den besonderen Pflichten zu unterliegen, zunächst vom Anwendungsbereich der Richtlinie erfasst sein.

Das nationale Umsetzungsgesetz muss für Unternehmen gelten, denen zur Ausübung bestimmter Tätigkeiten besondere oder ausschließliche Rechte im Sinn von Art. 86 Abs. 1 EGV gewährt wurden.⁵³⁶ Von wesentlicher Bedeutung für die hier zu verfolgende Fragestellung nach Vorgaben für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk ist die zweite Fallgruppe. Danach werden vom Anwendungsbereich auch die Unternehmen erfasst, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Sinn von Art. 86 Abs. 2 EGV betraut sind und hierfür staatliche Beihilfen in jedweder Form einschließlich Geld- und Ausgleichsleistungen erhalten.⁵³⁷ Nach dem Wortlaut des Art. 2 Abs. 1 lit. d) Transparenzrichtlinie ist nicht zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Unternehmen zu differenzieren, sodass beide Gruppen vom Anwendungsbereich erfasst werden. Da die Mitgliedstaaten beide Gruppen mit Dienstleistungen der Daseinsvorsorge betrauen können, erscheint dies unter den Gesichtspunkten der Effektivität der Kontrolle und des Gleichbehandlungsgebotes öffentlicher und privater Unternehmen auch gerechtfertigt.⁵³⁸

535 Dritte Änderungsrichtlinie, Erwägungsgrund 12.

536 Art. 1 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 lit. d) Transparenzrichtlinie.

537 Art. 1 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 lit. d) Transparenzrichtlinie.

538 S. Änderungsrichtlinie 2000/52/EG, Erwägungsgrund 12; so auch Heidenhain-Montag/Leibenath, § 25 Rn. 16. Das Europäische Parlament weist in seiner Entschließung vom 14.01.2004 zu dem Grünbuch der Kommission zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse (s. Fußnote 92) darauf hin, dass Transparenz bei den Vereinbarungen zur Finanzierung von Sendern, die aus öffentlichen Mitteln finanziert werden, ein gewichtiges Mittel sei, um einen ausgewogenen Wettbewerb zwischen den auf diese Art finanzierten Betreibern und anderen Betreibern zu gewährleisten, Rn. 33.

530 Vgl. die Definition in Art. 2 Absatz 1 lit. a Transparenzrichtlinie „alle Bereiche der öffentlichen Hand, inklusive Staat sowie regionale, lokale und alle anderen Gebietskörperschaften“.

531 Art. 2 Absatz 1 lit. b) Transparenzrichtlinie.

532 Art. 2 Absatz 2 Transparenzrichtlinie.

533 Art. 1 Absatz 1, Art. 3 Transparenzrichtlinie.

534 Art. 4 Absatz 1 Transparenzrichtlinie.

Die Vorschriften der Transparenzrichtlinie statuieren jedoch auch einige Ausnahmen vom Anwendungsbereich.

So sind diejenigen Unternehmen ausgeschlossen, bei denen die ihnen zukommenden Ausgleichszahlungen im Rahmen eines offenen, transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens und für einen der Aufgabe angemessenen Zeitraum festgelegt wurden.⁵³⁹

Art. 2 Absatz 1 lit. d) und e) Transparenzrichtlinie sehen weiter vor, dass Unternehmen, die Dienstleistungen im Sinn von Art. 86 Abs. 2 EGV erbringen, nur dann in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen, wenn sie gleichzeitig auch in verschiedenen Geschäftsbereichen⁵⁴⁰ tätig sind. Begründet wird diese Einschränkung mit dem gesetzgeberischen Motiv der Richtlinie, Quersubventionierungen effektiv kontrollieren zu können. Quersubventionierungen setzten dabei schon per definitionem die Tätigkeit desselben Unternehmens in verschiedenen Geschäftsbereichen voraus.⁵⁴¹

Außerdem finden nach Art. 4 Abs. 2 Transparenzrichtlinie die oben im Zusammenhang mit den öffentlichen Unternehmen dargestellten Ausnahmetatbestände des Art. 4 Abs. 1 EGV inhaltlich entsprechend auch für die Unternehmen nach Art. 2 Abs. 1 lit. d) Transparenzrichtlinie Anwendung.

Die Anwendbarkeit der Transparenzrichtlinie auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk ist umstritten.

Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten sehen zum Teil im Amsterdamer Protokoll eine gemeinschaftsrechtliche Sonderregelung, die die Anwendung der Transparenzrichtlinie auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk ausschließen soll.⁵⁴²

Dagegen wird vertreten, die Richtlinie sehe zwar in Art. 3a Abs. 2 vor, dass die Pflicht zur getrennten Buchführung nicht für Geschäftsbereiche gilt, die bereits von anderen Spezialvorschriften der Gemeinschaft erfasst sind. Aus

⁵³⁹ Art. 4 Abs. 1 lit. c) Transparenzrichtlinie.

⁵⁴⁰ Verschiedene Geschäftsbereiche sind dabei nach lit. e) auf der einen Seite alle Produkte oder Dienstleistungen, für die ein Unternehmen besondere oder ausschließliche Rechte erhalten hat, oder alle Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, mit denen ein Unternehmen betraut worden ist, sowie auf der anderen Seite jedes andere getrennte Produkt oder jede andere Dienstleistung des Unternehmens.

⁵⁴¹ Heidenhain-Montag/Leibenath, § 25, Rn. 17.

⁵⁴² Gemeinsame Stellungnahme von ARD und ZDF vom 21.02.2000 zu dem Entwurf einer Änderung der Transparenzrichtlinie.

Erwägungsgrund 12 der Richtlinie ergibt sich jedoch, dass eine Ausschlusswirkung nur solchen sektoral wirkenden Vorschriften zukommen soll, die bereits eine angemessene Transparenz gewährleisten, mithin also Regelungen zu getrennten Buchführung enthalten.⁵⁴³ Dies treffe auf das Amsterdamer Protokoll nicht zu, da es nur eine Auslegungsmaxime enthalte und daher nicht als Ausnahmenvorschrift im Sinn der Transparenzrichtlinie gelten könne.⁵⁴⁴

Die Europäische Kommission sieht den Anwendungsbereich der Richtlinie für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk grundsätzlich als eröffnet. Zur Begründung führt die Kommission den fünften Erwägungsgrund der Dritten Änderungsrichtlinie zur Transparenzrichtlinie an.⁵⁴⁵

Dem wird entgegengehalten, dass aus diesem Erwägungsgrund keine generalisierende Aussage zum Anwendungsbereich zu entnehmen sei. Dieser verweise lediglich auf die allgemein geltende Rechtslage, ohne spezifisch Transparenzpflichten der Rundfunkanstalten zu begründen. Es bleibe daher bei den allgemeinen Anwendungsvoraussetzungen der Transparenzrichtlinie auch für den Bereich des öffentlich-rechtlichen Rundfunks.⁵⁴⁶

Festzuhalten ist, dass die Anwendbarkeit der Transparenzrichtlinie auf die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten einfallorientiert für einzelne Anstalten zu untersuchen ist. Die Prüfung hängt insbesondere von dem oben

⁵⁴³ Hain, MMR 2001, 219, 220.

⁵⁴⁴ Hain, MMR 2001, 219, 220.

⁵⁴⁵ Kommission, Rundfunkmitteilung, s. Fußnote 351, Rn. 52. Erwägungsgrund 5 der Richtlinie 2000/52/EG der Kommission vom 26.07.2000 zur Änderung der Richtlinie 80/723/EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen lautet: „(5) Gemäß Artikel 86 Absatz 1 EG-Vertrag dürfen die Mitgliedstaaten in Bezug auf öffentliche Unternehmen und Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, keine dem EG-Vertrag widersprechende Maßnahmen treffen oder beibehalten. Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag gilt für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind. Gemäß Artikel 86 Absatz 3 EG-Vertrag hat die Kommission auf die Anwendung von Artikel 86 zu achten und geeignete Richtlinien oder Entscheidungen an die Mitgliedstaaten zu richten. Auslegungsbestimmungen, die dem EG-Vertrag im Protokoll über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in den Mitgliedstaaten beigefügt sind, bringen zum Ausdruck, daß die Bestimmungen des EG-Vertrags nicht die Befugnis der Mitgliedstaaten berühren, 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. Um die Anwendung von Artikel 86 EG-Vertrag sicherzustellen, bedarf die Kommission der hierfür erforderlichen Informationen. Dies bedingt die Festlegung der Voraussetzungen für die Herstellung von Transparenz.“

⁵⁴⁶ Heidenhain-Montag/Leibenath, § 31, Rn. 72.

erörterten Tatbestandsmerkmal ab, ob eine Anstalt über die Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse hinaus auch wettbewerbliche, also kommerzielle Tätigkeiten ausübt. Nur in diesem Fall könnte die Anstalt das von der Richtlinie verfolgte Ziel überhaupt verletzen, Quersubventionierungen des kommerziellen Bereichs durch Überkompensationen des Bereichs der Daseinsvorsorge aufzudecken und dadurch zu vermeiden.⁵⁴⁷

Eine Anwendbarkeit der Transparenzvorschriften auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk ergibt sich nach Ansicht der Kommission auch nach Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen daraus, dass die Anstalten Beihilfen erhielten und mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, für die die staatlichen Beihilfen nicht im Rahmen eines offenen, transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens für einen angemessenen Zeitraum festgesetzt wurden. Dies entspricht dem Grundgedanken des Art. 4 Absatz 2 lit. c) Transparenzrichtlinie.⁵⁴⁸

Außerdem wird vertreten, dass öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten je nach organisatorischer Ausgestaltung schon nicht zu den „öffentlichen Unternehmen“ im Sinne des Art. 2 Abs. 1 b) Transparenzrichtlinie gezählt werden können. Diese Vorschrift setze voraus, dass es sich um Unternehmen handele, auf die die öffentliche Hand aufgrund Eigentums, finanzieller Beteiligung, Satzung oder sonstiger Bestimmungen, welche die Tätigkeit des Unternehmens regeln, unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann.⁵⁴⁹ In Fällen, in denen die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in ihrer geschäftsleitenden Willensbildung und in ihrer finanziellen Unabhängigkeit aber staatsfern ausgestaltet seien, übe die öffentliche Hand keinen beherrschenden Einfluss aus.⁵⁵⁰

Das Vorliegen einer Beihilfe als Tatbestandsvoraussetzung des Art. 2 Abs. 1 lit. d) Transparenzrichtlinie ist jedoch im Licht der Entscheidung des Gerichtshofs in der Sache Altmark Trans zu sehen. Danach sind Ausgleichszahlungen für Leistungen der Daseinsvorsorge an öffentlich-rechtliche Rundfunkunternehmen bereits tatbestandlich keine Beihilfen im Sinn des Art. 87

547 So auch Kommission, Rundfunkmitteilung, s. Fußnote 351, Rn. 52. Dörr, K & R 2001, 233, 237, weist darauf hin, dass hierbei zu beachten sei, dass es Aufgabe der Mitgliedstaaten sei zu definieren, inwieweit Rundfunkanstalten Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erbringen und welche Programmangebote oder Tätigkeiten andere Dienste im Sinne der Richtlinie darstellten.

548 Kommission, Rundfunkmitteilung, s. Fußnote 351, Rn. 52; kritisch hierzu Dörr, K & R 2001, 233, 237.

549 Die Tatbestandsmerkmale des „öffentlichen Unternehmens“ gehen nach Ansicht von Eberle, Transparenzrichtlinie, S. 63, über den Begriff des Unternehmens nach Art. 86 Abs. 2 EGV hinaus.

550 Eberle, Transparenzrichtlinie, S. 64.

Abs. 1 EGV, soweit sie nicht zu einer Überkompensation führen. Als Folge findet die auf den Beihilfebegriff des EGV abstellende Transparenzrichtlinie keine Anwendung.⁵⁵¹

Materiell bleibt – auch nach der Rechtsprechung – die beihilferechtlich zu lösende Frage nach einer Quersubventionierung durch Überkompensation des öffentlich-rechtlichen Auftrags der Rundfunkanstalten bestehen. Denn es gilt zu prüfen, ob die betreffende Dienstleistung der Daseinsvorsorge nur in Höhe der daraus entstehenden Nettomehrkosten ausgeglichen wird oder ob eine Überkompensation vorliegt. Bei der Feststellung dieser Frage nach einer Überkompensation sollte die Transparenzrichtlinie als Instrument der Rechnungslegung und als Hilfsmittel der Kommission zur Überprüfung dienen. Dies wird durch die letzten Sätze des fünften Erwägungsgrundes der Dritten Änderungsrichtlinie deutlich.⁵⁵² Es ist insoweit zu beachten, dass die Transparenzrichtlinie lediglich ein Mittel ist, die Beantwortung der Frage nach einer Überkompensation zu ermöglichen bzw. zu erleichtern. Sollte durch die Auslegung des Beihilfebegriffs des Art. 87 Abs. 1 EGV durch eine Fortentwicklung der Rechtsprechung der Anwendungsbereich der Transparenzrichtlinie eingeschränkt werden, so müssten andere Instrumente außerhalb der Transparenzrichtlinie gefunden oder die Richtlinie den Vorgaben der Rechtsprechung entsprechend angepasst werden, um ihre Instrumentarien weiterhin nutzbar machen zu können.⁵⁵³

Voraussetzung für das Eingreifen der Pflicht zur getrennten Buchführung ist, wie oben dargelegt, dass öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten neben der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse auch in anderen Geschäftsbereichen tätig werden. Würden die Rundfunk-

551 Nach einem Kommissionsentwurf zur Änderung der Transparenzrichtlinie soll diese allerdings unabhängig von der rechtlichen Würdigung der Vergütung gemäß Art. 87 Abs. 1 EGV Anwendung auf Unternehmen finden, die Ausgleichszahlungen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erhalten und Tätigkeiten außerhalb dieser Dienstleistungen ausüben, Erwägungsgrund 5 des Entwurfs, abrufbar unter http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/others/interest/directive_de.pdf (abgerufen am 22.03.2004).

Im Ergebnis eine Anwendung der Richtlinie bejahend, allerdings vor Erlass der Altmark Trans-Entscheidung des EuGH, auch Trzaskalik, Transparenzpflichten, S. 9, 10. Danach verwerde die Transparenzrichtlinie einen eigenen Beihilfebegriff, da ansonsten die Regelung des Art. 2 Abs. 1 lit. d) keinen Sinn mache. Diese setze nämlich voraus, dass jede Geld- und Ausgleichszahlungen, die als Gegenleistung für Dienstleistungen im Sinn von Art. 86 Abs. 2 EGV erbracht werden, eine Beihilfe darstelle. Die Angemessenheit der Vergütung könne daher die Beihilfeeigenschaft nicht ausschließen.

552 Fünfter Erwägungsgrund der Richtlinie 2000/52/EG vom 26.07.2000 zur Änderung der Richtlinie 80/723/EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen: „... Um die Anwendung von Artikel 86 EG-Vertrag sicherzustellen, bedarf die Kommission der hierfür erforderlichen Informationen. Dies bedingt die Festlegung der Voraussetzungen für die Herstellung von Transparenz.“

553 Heidenhain-Montag/Leibnath, § 31 Rn. 74; s. auch Fußnote 551.

anstalten im ganzen Umfang ihrer Tätigkeiten nur auf dem Gebiet der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse tätig, griffe die Transparenzrichtlinie nicht. Maßstab für das Eingreifen der Pflicht zur getrennten Buchführung ist daher, inwieweit die Anstalten mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind.

Bei der Festlegung des Umfangs dieser Dienstleistungen ist wiederum das Amsterdamer Protokoll zu berücksichtigen, das die Festlegung und Ausgestaltung des Auftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks als Kompetenz den Mitgliedstaaten zuordnet. Die Europäische Kommission ist daher in Bezug auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk auf eine Missbrauchskontrolle beschränkt.⁵⁵⁴ Die Kommission betont jedoch einschränkend, dass die Regelung des Art. 86 Abs. 2 EGV keinen Sinn ergäbe, wenn alle Programme und Aktivitäten der öffentlich-rechtlichen Anstalten in den Mitgliedstaaten generell und automatisch als Teil des öffentlich-rechtlichen Auftrags betrachtet würden.⁵⁵⁵ Dagegen wird geltend gemacht, entscheidend sei der öffentlich-rechtliche Funktionsauftrag der Mitgliedstaaten. Wenn dieser auch kommerzielle Aktivitäten wie zum Beispiel Programmverwertung und den Verkauf der Werbung mit einschließt, dann könne keine Trennlinie zwischen kommerziellen und nicht-kommerziellen Aktivitäten gezogen werden.⁵⁵⁶

In jedem Fall ist jedoch von den Gemeinschaftsorganen zu prüfen, in welchem Umfang eine Betrauung der Rundfunkanstalten mit den Aufgaben von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse vorgenommen wurde.⁵⁵⁷

Fraglich ist, ob der Ausschlussbestand des Art. 4 Abs. 2 c) Transparenzrichtlinie im Bereich des Rundfunks eine besondere Ausprägung erfährt. Für ein offenes, transparentes und diskriminierungsfreies Verfahren zur Festlegung der den Unternehmen zukommenden Ausgleichszahlungen kommt hauptsächlich ein Ausschreibungsverfahren in Betracht, in dem mehrere Unternehmen um die Erteilung eines öffentlichen Auftrags konkurrieren. Fraglich ist jedoch, ob bei Fallgestaltungen, in denen eine Bewerbung um den öffentlichen Auftrag ausgeschlossen ist, auf andere Verfahrensformen zurückgegriffen werden kann.

554 S. insoweit auch Kapitel II, Punkt 1. c) dd) (2). Hain, MMR 2001, 219, 222, Fußnote 46, bezeichnet die eingeschränkte Überwachungskompetenz der Kommission als „Folge der protokoll-konformen Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs ‘Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse’ im Sinne des Art. 86 Abs. 2 EGV“; s auch Schwarze, ZUM 2000, 779, 788.

555 KOM, Entscheidung vom 22.03.1999, NN 70/98, Kinderkanal und Phoenix, nicht veröffentlicht, Rn. 6.3.

556 Eberle, Transparenzrichtlinie, S. 66.

557 S. zur Definition und zu Vorgaben für die Ausgestaltung der Betrauung Kapitel II, Punkt 1. c) dd) (2).

So wird die Übertragbarkeit dieses Erfordernisses, der Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens, auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk von Teilen der Literatur insbesondere im Hinblick auf das Amsterdamer Protokoll bereits vom Grundsatz her kritisiert. In Anbetracht der in vielen Staaten bestehenden verfassungsrechtlichen Vorgaben für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk und dessen Einbindung in das verfassungsrechtliche Gefüge sei eine Ausschreibung entsprechend der Privatisierung öffentlicher Eigentums zumeist nicht durchführbar.⁵⁵⁸ In der Literatur wird eine Einschaltung eines unabhängigen Gremiums, das über die Höhe der finanziellen Zuwendung entscheidet, grundsätzlich als ausreichend erachtet.⁵⁵⁹ Nach anderer Ansicht jedoch ergibt sich aus der Entscheidung der Kommission im Fall *Kinderkanal und Phoenix*, dass sie allein an ein Ausschreibungs- bzw. ausschreibungsähnliches Verfahren gedacht habe, an dem alle Interessierten teilnehmen können.⁵⁶⁰

Die vom Anwendungsbereich der Transparenzrichtlinie bzw. der nationalen Umsetzungsgesetze erfassten Unternehmen sind zur *getrennten Buchführung* nach Geschäftsbereichen verpflichtet. Der die Einzelheiten regelnde Art. 3 a Transparenzrichtlinie greift aber nur, soweit nicht Spezialregelungen nach dessen Abs. 2 einschlägig sind.

Alle Kosten und Erlöse sind für die jeweiligen Geschäftsbereiche nach objektiv gerechtfertigten und einheitlich angewandten Kostenrechnungsgrundsätzen zuzuordnen. Die Verpflichtung, dass „alle Kosten“ zu erfassen sind, legt die Anwendung einer Vollkostenrechnung nahe. Die Bestimmung des Ob und Wie des Kostenrechnungssystems ist indes den Mitgliedstaaten überlassen.⁵⁶¹

558 Dörr, K & R 2001, 233, 237: Die von der Kommission vorgebrachte Möglichkeit eines Vergabeverfahrens werde weder den primärrechtlichen Vorgaben des Art. 86 Abs. 2 EGV noch dem Protokoll über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in den Mitgliedstaaten gerecht. Das Protokoll behalte den Mitgliedstaaten vor, den Funktionsbereich und die Finanzierung des öffentlichen Rundfunks zu regeln. Die Kommission könne daher nicht auf indirektem Weg ein „Rundfunkvergaberecht“ einführen. Es gehöre zudem auch zum Kompetenzbereich der Mitgliedstaaten, darüber zu befinden, wer mit der Aufgabe, öffentlich-rechtlichen Rundfunk zu betreiben, betraut werde.

559 Trzaskalik, Transparenzpflichten, S. 13: Die Transparenzrichtlinie mache die Befreiung von der Pflicht zur getrennten Buchführung ganz allgemein davon abhängig, dass die Beihilfe in einem offenen, transparenten und nicht diskriminierenden Verfahren festgesetzt wird. Bei der Zugrundelegung des Marktpreises als alleinigem Kriterium hätte es einer anderen textlichen Fassung bedurft. Schwierigkeiten könnten bei einer sog. „Gutachterlösung“ jedoch bei der Beurteilung der Offenheit, Transparenz und Nichtdiskriminierung auftreten.

560 Hain, MMR 2001, 219, 224, Fußnote 70: Der Kommission gehe es bei dieser Bestimmung im Gegensatz zur Gegenmeinung (s. vorhergehende Fußnote) eben gerade darum, den *Marktpreis* für die von den Anstalten zu erbringenden Leistungen durch ein Verfahren zu eruiieren, in dessen Rahmen allen interessierten Unternehmen die Möglichkeit gegeben werde, die Höhe der Gegenleistung anzugeben, die sie für die Erbringung der (Rundfunk-)Dienstleistung verlangen, mit denen der öffentlich-rechtliche Rundfunk betraut ist.

561 Implizit Heidenhain-Montag/Leibenath, § 25, Rn. 21.

Entscheidendes Kriterium ist dabei allein die für Dritte (insbesondere die Kommission) nachvollziehbare Aufschlüsselung der Zuordnung.⁵⁶²

Art. 5 Abs. 2 Transparenzrichtlinie legt eine Aufbewahrungspflicht von fünf Jahren fest, die mit dem Ende des Geschäftsjahres beginnt, auf das sich die Angaben beziehen. Die Offenlegungspflicht ist dabei als Vorlagepflicht auf Verlangen ausgestaltet, eine aktive Vorlagepflicht besteht nicht.⁵⁶³

d) Die Maßgaben aus dem Kulturauftrag

Die Tätigkeit der Gemeinschaft umfasst nach Art. 3 Abs. 1 lit. q) EGV auch einen Beitrag zur Entfaltung des Kulturlebens in den Mitgliedstaaten. In seinen Einzelheiten wird dieser Beitrag insbesondere⁵⁶⁴ durch Art. 151 EGV ausgeführt.

aa) Inhalt des Art. 151 EGV

Art. 151 EGV wurde durch den Maastrichter Vertrag unter dem Titel IX „Kultur“ (nun Kapitel XII) eingeführt. Der Gemeinschaft wird durch diese Vorschrift ein Auftrag zur Kulturförderung auf europäischer Ebene unter Wahrung des Kompetenzbereichs der Mitgliedstaaten gegeben.⁵⁶⁵ Damit erhält die Gemeinschaft erstmals eine ausdrückliche, eigene Kulturkompetenz, die jedoch mit starken Einschränkungen versehen ist.⁵⁶⁶

Der grundlegende *Begriff der „Kultur“* wird in Art. 151 EGV nicht gesetzlich definiert. Die vielfältige Verwendung des Begriffs allein im Rahmen des Art. 151 EGV⁵⁶⁷ legt es nahe, den Begriff nicht als einen Gemeinschaftsrechtsbegriff anzusehen.⁵⁶⁸ Der Begriff stellt daher auf die verschiedenen Kulturbegriffe und -ausprägungen der Mitgliedstaaten ab, die als Ausdruck der nationalen Identität im Sinn des Art. 6 Abs. 3 EUV von der Gemeinschaft

562 Kritisch insoweit Britz, DVBl. 2000, 1641, 1648.

563 S. in Abgrenzung hierzu Art. 5a Abs. 6 für öffentliche Unternehmen des verarbeitenden Gewerbes.

564 Weitere Vorschriften, die kulturelle Anknüpfungspunkte aufweisen, sind die Art. 30 und 94 Abs. 4 EGV („nationales Kulturgut als Reservat für die Gesetzgebung der Mitgliedstaaten“, s. Lenz/Borchardt-Fischer, Art. 151 Rn. 2), Art. 149 EGV, der den Erhalt der Vielfalt der Kulturen der Mitgliedstaaten im Bereich der allgemeinen Bildung statuiert, und Art. 87 Abs. 3 lit. d), wonach staatliche Beihilfen zur Förderung der Kultur und der Erhaltung des kulturellen Erbes als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar angesehen werden können.

565 Calliess/Ruffert-Blanke, Art. 151, Rn. 1.

566 Schwarze, ZUM 2000, 779, 794.

567 Die Vorschrift nimmt Bezug auf die „Kulturen der Mitgliedstaaten“ sowie „der europäischen Völker“, das „gemeinsame[n] kulturelle[n] Erbe[s]“ in Absatz 1, und die „kulturellen Aspekte[n]“ in Abs. 4.

568 Calliess/Ruffert-Blanke, Art. 151, Rn. 2; Ress/Bröhmer, Medienvielfalt, S. 61. Der Begriff werde im EGV nicht definiert, sondern vorausgesetzt, Lenz/Borchardt-Fischer, Art. 151, Rn. 5.

geachtet und geschützt werden. Demnach ist anzunehmen, dass es sich im Sinn der gemeinschaftlichen Regelungen um einen autonomen Begriff handelt, dessen Bedeutungsfacetten vom Gerichtshof herausgearbeitet werden können.⁵⁶⁹

Aus Art. 151 Abs. 2, 4. – EGV ergibt sich dabei, dass auch künstlerisches Schaffen im audiovisuellen Bereich als zur Kultur gehörig verstanden wird. Der audiovisuelle Bereich ist dabei weiter zu verstehen als allein der Bereich des Rundfunks. Er umfasst grundsätzlich die mediale Verbreitung geistiger Werke, so neben Hörfunk und Fernsehen auch den Video- und Filmbereich.⁵⁷⁰ Nach einer Ansicht lasse sich aus der Norm entnehmen, dass der audiovisuelle Bereich nur insoweit umfasst ist, als damit künstlerisches und literarisches Schaffen erfasst sei. Andere Komponenten dieser Medien, wie reine Spartenprogramme, seien nicht erfasst.⁵⁷¹

Der Begriff der Kultur ist jedoch nicht als statisch anzusehen. Er ist offen für eine Entwicklung der Kultur, sodass auch neuere Erscheinungsformen wie digitales Fernsehen diesem Begriff unterfallen.⁵⁷² So betont auch das Europäische Parlament die Vielfalt und Vielzahl kultureller Ausdrucksformen in den verschiedenen Kultursparten. Es legt dabei einen weiten Kulturbegriff zu Grunde,⁵⁷³ wobei es die Bedeutung des Fernsehens und anderer Massenmedien für die demokratische Meinungsbildung zur Sicherung und Stärkung von Meinungsvielfalt und Pluralismus besonders hervorhebt.⁵⁷⁴

Nach Art. 151 Abs. 2 EGV fördert die EG die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten und unterstützt und ergänzt erforderlichenfalls deren Tätigkeit in den in den Spiegelstrichen 1 bis 4 genannten Bereichen.

569 Nettesheim, JZ 2002, 157, 162, fordert hingegen angesichts der Entscheidungen des EuGH über die Tabakwerberichtlinie, EuGH, C-376/98, Deutschland/Europäisches Parlament und Rat – Tabakwerberichtlinie, Slg. 2000, I-8419; EuGH, C-491/01, The Queen/British American Tobacco, Slg. 2002, I-11453, eine hinreichend trennscharfe Begriffsbestimmung.

570 Eberle, AfP 1993, 422, 425; Dörr, K & R 1999, 97, 98; Lenz/Borchardt-Fischer, Art. 151 Rn. 5; Schwarze, ZUM 2000, 779, 795.

571 Fischl, Wettbewerbsaufsicht, S. 41, führt als Beispiel das eines Spartenprogramms für die ausschließliche Übertragung von Sportereignissen an; Eberle, AfP 1993, 422, 425, nennt beispielhaft einen europäischen Nachrichtenkanal.

572 Grabitz/Hilf-Ress/Ukrow, Art. 151 Rn. 13.

573 In seiner Entschließung zur Kulturwirtschaft vom 04.09.2003 (Nr. A5-0276/2003) nennt das Europäische Parlament als Kultursparten beispielhaft die Pflege des kulturellen Erbes, den Denkmalschutz, die Restaurierungskunst und das Kunsthandwerk, die darstellende und bildende Kunst, die Museen, Bibliotheken und Theater, Kulturinstitutionen aller Art, die Musikszene, das Literatur- und Verlagswesen, die Tonträger- und audiovisuelle Industrie und den Film, im Folgenden Entschließung Kulturwirtschaft, vgl. Rz. G.

574 Entschließung Kulturwirtschaft, s. vorstehende Fußnote, Rz. P.

Aus dem Umkehrschluss zu Art. 149 Abs. 1 EGV, nach dem die EG im Bereich der allgemeinen und beruflichen Bildung die Verantwortung der Mitgliedstaaten für Inhalt und Gestaltung der Bildungssysteme strikt zu beachten hat, dies aber für die unterstützenden und ergänzenden Handlungen der Kultur nicht gilt, ergibt sich, dass die Gemeinschaft bei ihrem ergänzenden Handeln im Rahmen des Art. 151 Abs. 2 EGV auch eigene kulturpolitische Ziele verfolgen darf.⁵⁷⁵ Dabei eröffnet die Kompetenz zu ergänzendem Handeln weder die Möglichkeit zu einer umfassenden und eigenständigen Kulturpolitik der EG, noch darf die kulturelle Vielfalt in den Mitgliedstaaten berührt werden. Hierin läge ein unzulässiger Eingriff in die den Mitgliedstaaten vorbehaltenen Kompetenzen.⁵⁷⁶

Gefördert, unterstützt und ergänzt werden kann auch künstlerisches und literarisches Schaffen im audiovisuellen Bereich (4. Spiegelstrich). Da künstlerisches oder literarisches Schaffen nur im audiovisuellen Bereich gefördert werden kann, fällt die Förderung von Hörfunk und Fernsehen *als Institutionen* nicht in den Anwendungsbereich von Art. 151 EGV.⁵⁷⁷

Diese primärrechtlichen Vorgaben finden sich in ihrer besonderen Differenzierung auch in der Tätigkeit der EG-Organe im Bereich der Kultur wieder. So hat das Europäische Parlament im September 2003 die Kommission aufgefordert, ein Grünbuch über die europäische Kultur zu erstellen. Damit solle das Ziel verfolgt werden, den kulturellen Reichtum eben auch unter Achtung der regionalen Einheiten und der besonderen kulturellen Merkmale der Völker zu fördern und zu verbreiten.⁵⁷⁸ Besondere Bedeutung kommt nach der Entschließung der Förderung der Koordinierung der politischen Maßnahmen der Mitgliedstaaten und der Regionen zu, die auf der Grundlage des Subsidiaritätsprinzips geboten sei. Daneben wird, als eigenständige kulturpolitische Maßnahme der EG, die Kommission ersucht, eine „kohärente und proaktive Strategie festzulegen, um innovative, flexible und angemessene Instrumente zur Förderung der Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Kultur- und Kreativwirtschaft festzulegen, die sich auf die Grundsätze des nationalen komparativen Vorteils, regionale oder lokale Gebräuche und kulturelle Vielfalt stützt“.⁵⁷⁹

575 Callies/Ruffert-Blanke, Art. 151 Rn. 5; Grabitz/Hilf-Ress/Ukrow, Art. 151 Rn. 43.

576 Callies/Ruffert-Blanke, Art. 151 Rn. 5; Lenz/Borchardt-Fischer, Art. 151 Rn. 9.

577 Grabitz/Hilf-Ress/Ukrow, Art. 151 Rn. 56.

578 Entschließung Kulturwirtschaft, s. Fußnote 573, Rn. 4.

579 Entschließung Kulturwirtschaft, s. Fußnote 573, Rn. 7.

Art. 151 EGV Abs. 3 ergänzt die in Abs. 2 eingeräumte Innenkompetenz um die entsprechende Außenkompetenz. Die Gemeinschaft kann innerhalb des ihr zugewiesenen Zuständigkeitsbereichs auf dem Gebiet der Kultur die Zusammenarbeit mit Drittstaaten und internationalen Organisationen fördern.⁵⁸⁰

So legte die Europäische Kommission im September 2003 eine Mitteilung an den Rat und das Europäische Parlament vor, die sich der Schaffung eines internationalen Instruments für die kulturelle Vielfalt widmet.⁵⁸¹ Hierin wird insbesondere Bezug genommen auf die Allgemeine Erklärung zur kulturellen Vielfalt und den zugehörigen Aktionsplan, die im November 2001 von der UNESCO verabschiedet wurden. Der erste Punkt des Aktionsplans sieht vor, die Überlegungen zur Zweckmäßigkeit eines internationalen juristischen Instruments zur kulturellen Vielfalt fortzuführen, eine Forderung, die der UNESCO-Exekutivrat im April 2003 mit Blick auf die Ende September begonnene Generalkonferenz bekräftigte. Vorbereitende Dokumente widmen sich den bisher in verschiedenen internationalen Abkommen bzw. Erklärungen – verbindlicher und nicht-verbindlicher Art – aufgenommenen Zielsetzungen in Bezug auf die kulturelle Vielfalt. Schließlich wird dem UNESCO-Exekutivrat durch das Sekretariat vorgeschlagen, den Schutz der Vielfalt kultureller Inhalte und künstlerischer Ausdrucksformen anzustreben. Die Kommission befürwortet die Schaffung eines entsprechenden Instruments, sie hat den Entwurf einer entsprechenden Erklärung im Namen der EG und ihrer Mitgliedstaaten vorgelegt, der der Mitteilung beigelegt ist.

Nach der so genannten Querschnittsklausel des Art. 151 Abs. 4 EGV trägt die EG bei ihrer Tätigkeit nach anderen vertraglichen Vorschriften den kulturellen Aspekten Rechnung, insbesondere zur Wahrung und Förderung der Vielfalt ihrer Kulturen.

Aus der im Vergleich zu anderen Querschnittsklauseln⁵⁸² weniger weitgehenden Formulierung („Rechnung tragen“ gegenüber „Einbeziehung“ Art. 7, „Sicherstellung eines hohen Gesundheitsniveaus“ in Art. 152 Absatz 1) folgt jedoch nicht, dass es sich bei der Klausel des Art. 151 Abs. 4 EGV um eine nur unverbindliche politische Willensbekundung handelt.

580 Callies/Ruffert-Blanke, Art. 151, Rn. 12; Lenz/Borchardt-Fischer, Art. 151 Rn. 12.

581 Mitteilung der Kommission, (KOM(2003) 520 endg.) an den Rat und an das Europäische Parlament vom 27.08.2003 zur Schaffung eines internationalen Instruments für die kulturelle Vielfalt, vom 27.08.2003.

582 Z. B. Art. 6, Art. 127 Abs. 2, Art. 152 Abs. 1, Art. 153 Abs. 2 EGV.

Die Klausel begründet aber auch keine neuen Kompetenzen der Gemeinschaft und stellt keine eigenständige Rechtsgrundlage dar.⁵⁸³ Vielmehr statuiert sie das rechtlich bindende, zwingend zu erfüllende Gebot zur Rücksichtnahme auf kulturelle Aspekte bei anderen Tätigkeiten der EG.⁵⁸⁴ Unter kulturellen Aspekten sind dabei die Kulturen der Mitgliedstaaten und das gemeinsame kulturelle Erbe im Sinn von Abs. 1 wie auch darüber hinausgehende kulturelle Belange zu verstehen.

Allerdings formuliert die Klausel auf der anderen Seite keinen die Zuständigkeiten der Gemeinschaft einschränkenden „Kulturvorbehalt“ der Mitgliedstaaten. Der EuGH entschied, dass Art. 151 Abs. 4 EGV die Mitgliedstaaten nicht berechtigt, Richtlinienbestimmungen unter Berufung auf die Klausel nicht umzusetzen oder strengere Regeln als in ihnen vorgesehen zu erlassen.⁵⁸⁵

Die Kultur nimmt gegenüber anderen Zielen des EGV somit weder einen Vorrang ein, noch ist sie in ihrer Bedeutung unter diesen angesiedelt. Das Berücksichtigungsgebot erfordert daher eine Güterabwägung zwischen den kulturellen Aspekten und Interessen der Mitgliedstaaten und anderen, in der Regel wirtschaftlichen Zielen des EGV wie den Grundfreiheiten und dem gemeinschaftlichen Wettbewerbsrecht.⁵⁸⁶ Als Leitlinie für diese Abwägung kann die bestmögliche Entfaltung der Kultur angesehen werden.⁵⁸⁷ Bei Abwägungen ist jedoch in jedem Fall die Kulturhoheit der Mitgliedstaaten einzubeziehen, die es als wichtigste Voraussetzung der kulturellen Vielfalt zu wahren gilt. Als Felder, in denen der Kultur als Abwägungsmaterial Gewicht zugewiesen werden soll, nennt das Europäische Parlament die Überarbeitung der „De Minimis“-Regeln über staatliche Beihilfen mit Blick auf die Tätigkeit von kleineren und mittleren Unternehmen („KMU“) im Kultursektor und die Berücksichtigung der Eigenheiten des Sektors bei der Anwendung von Binnenmarktregelungen.⁵⁸⁸

Eine besondere Bedeutung gewinnt die Querschnittswirkung auf der Ebene des Primärrechts für die Auslegung insbesondere des Art. 87 Abs. 3 lit. d) EGV. Nach der Norm können Beihilfen zur Förderung der Kultur unter

bestimmten Bedingungen als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar angesehen werden.⁵⁸⁹

Hinsichtlich der Überprüfbarkeit der Klausel ist anzumerken, dass der Gerichtshof den EG-Organen einen weiten Beurteilungsspielraum zuweist. Dieser wird im Wesentlichen auf offensichtliche Fehler bei der Anwendung der Norm geprüft.⁵⁹⁰

§ 151 Abs. 5 EGV ermächtigt die Gemeinschaft nur zum Erlass von Empfehlungen und Fördermaßnahmen. Derartige Fördermaßnahmen, insbesondere Beschlüsse über Förderprogramme, gehören zu den im Handlungskatalog des Art. 249 EGV nicht aufgeführten so genannten ungekennzeichneten Rechtshandlungen. Im Hinblick auf die allein auf die Förderung mitgliedstaatlicher Aktivitäten angelegte Rolle der Gemeinschaft im Kulturbereich schließt Abs. 5 einen Rückgriff auf Gemeinschaftsmaßnahmen mit allgemeinem Regelungscharakter aus.⁵⁹¹

bb) Verhältnis zu anderen Normen

Art. 151 verdrängt andere Handlungsermächtigungen der EG nicht, stellt insofern keine Spezialvorschrift dar. Der Umstand, dass gemeinschaftliche Regelungen kulturelle Ziele (mit-)verfolgen, im Schwerpunkt jedoch andere Politikbereiche betreffen, schließt es angesichts der Gestaltung des Art. 151 EGV als Querschnittskompetenz nicht aus, diese unabhängig von Art. 151 EGV auf entsprechende Bestimmungen des EGV zu stützen.⁵⁹² Zur Wahl der richtigen Rechtsgrundlage kommt es auf das mit der Regelung verfolgte Hauptziel an.⁵⁹³ In den Kulturbereich übergreifende „Nebeneffekte“ sollen selbst dann zulässig sein, wenn die jeweiligen Maßnahmen indirekt Rückwirkungen auf die nationalen (Kultur-)Rechtsordnungen besitzen.⁵⁹⁴

Zu nennen ist hierbei insbesondere Art. 95 EGV, der die Rechtsangleichung im Binnenmarkt regelt. So kommt es bei einer Maßnahme nach Art. 95 darauf an, ob diese die Gegebenheiten für die Errichtung und das Funktionieren des

583 Calliess/Ruffert-Blanke, Art. 151, Rn. 14; Dörr, AfP 2003, 202, 202; Fischl, Wettbewerbsaufsicht, S. 42; Nettesheim, JZ 2002, 157, 162.

584 Lenz/Borchardt-Fischer, Art. 151 Rn. 13; Grabitz/Hilf-Ress/Ukrow, Art. 151 Rn. 70.

585 EuGH, C-11/95, Kommission/Belgien – Kabelweitverbreitung, Slg. 1996, I-4115, Rn. 49; EuGH, C-85/94, Piageme, Slg. 1995, I-2955, Rn. 19.

586 Calliess/Ruffert-Blanke, Art. 151 Rn. 14.

587 Grabitz/Hilf-Ress/Ukrow, Art. 151 Rn. 76.

588 Entschließung Kulturwirtschaft, s. Fußnote 573, Rn. 9, 15.

589 S. Kapitel II, Punkt 1. c) dd) (3).

590 EuGH, C-233/94, Deutschland/Rat, Slg. 1997, I-2405, Rn 55.

591 Lenz/Borchardt-Fischer, Art. 151 Rn. 5; Calliess/Ruffert-Blanke, Art. 151 Rn. 17; a.A. Grabitz/Hilf-Ress/Ukrow, Art. 151, Rn. 91.

592 Calliess/Ruffert-Blanke, Art. 151 Rn. 21.

593 EuGH, C-155/91, KOM/Rat, Slg. 1993, I-939, Rn. 19.

594 S. die Literaturhinweise in Calliess/Ruffert-Blanke, Art. 151 Rn. 21, Fußnote 74.

Binnenmarktes tatsächlich verbessert, also einen Beitrag dazu leistet, Hindernisse für die Grundfreiheiten oder spürbare Wettbewerbsverzerrungen abzubauen.⁵⁹⁵ Ist diese Voraussetzung erfüllt, kann die Maßnahme auf Art. 95 als Rechtsgrundlage gestützt werden, auch wenn mit ihr gleichzeitig weitere Zielsetzungen verfolgt werden.⁵⁹⁶ Dementsprechend erlaubt auch Art. 151 mit seiner Querschnittswirkung Harmonisierungsmaßnahmen mit Auswirkungen auf den kulturellen Bereich. Eine Grenze ist jedoch dort zu ziehen, wo die Zielsetzungen des Art. 151 selbst (kulturelle Vielfalt in den Mitgliedstaaten, gemeinsames kulturelles Erbe) zum Schwerpunkt einer Maßnahme nach Art. 95 werden. Denn entgegen anderer Materien, die Inhalt einer gemeinschaftsrechtlichen Querschnittskompetenz sind, wie der Gesundheitsschutz, bei denen die EG die unterschiedlichen Standards durch einen einheitlichen Standard ersetzen kann, liefe ein derartiger Standard der zu erhaltenden und sogar zu fördernden Vielfalt des kulturellen Bereichs als Zielvorstellung des Vertrags zuwider.⁵⁹⁷

cc) Kompetenzausfüllungsklausel des Art. 308 EGV

Weitergehende Kompetenzen der EG ergeben sich letztlich auch nicht aus der Generalklausel des Art. 308 EGV. Diese Vorschrift ermächtigt die EG in dem Fall, dass ein Tätigwerden der Gemeinschaft erforderlich erscheint, um im Rahmen des Gemeinsamen Marktes eines der Ziele der EG zu verwirklichen, und die entsprechenden dafür erforderlichen Befugnisse nicht vorgesehen sind, die einschlägigen Vorschriften zu erlassen.

Der Anwendungsbereich dieser Kompetenzausfüllungsklausel wird jedoch dadurch eingeschränkt, dass durch das Vorhandensein einer ausdrücklichen vertraglichen Norm für den Bereich der Kultur in Art. 151 EGV das vorausgesetzte Fehlen der erforderlichen Befugnisse nicht gegeben ist. Art. 308 EGV ermächtigt die EG zudem nicht, neue gemeinschaftsrechtliche Ziele zu definieren oder vorhandene zu ändern oder zu erweitern. Damit bleiben als mögliche Bereiche für die Anwendung des Art. 308 EGV nur Regelungen, die sich zwar auf nicht-wirtschaftliche Aspekte der Medien beziehen, aber gleichwohl für die Verfolgung des wirtschaftlichen Ziels der Verwirklichung des Gemeinsamen Marktes von Bedeutung sind.⁵⁹⁸ Soweit Art. 151 EGV für

die Anwendung des Art. 308 EGV somit grundsätzlich einen Raum lässt, ist allerdings eine Handlungsermächtigung der Gemeinschaft nur unter Beachtung der in Art. 151 EGV enthaltenen Beschränkungen möglich.⁵⁹⁹

2. Vorgaben des Sekundärrechts

a) Der neue Kommunikationsrechtsrahmen

aa) Neue Kommunikations-Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft

Die künftige Rechtsordnung im Bereich der „Kommunikation“ wird bestimmt durch das im Jahr 2002 von der Europäischen Gemeinschaft verabschiedete „Kommunikations-Paket“ aus sechs Richtlinien, die zum 24.07.2003 von den Mitgliedstaaten umzusetzen waren.⁶⁰⁰ Diese neuen Richtlinien setzen bei der Ausgestaltung der nationalen Kommunikationsgesetzgebung neue Akzente, die hier für den Bereich der Rundfunkordnung dargestellt werden sollen.

Die sechs Richtlinien sollen dem Recht der elektronischen Kommunikation der Europäischen Gemeinschaft einen einheitlichen Rahmen geben und im Einzelnen folgende Zielsetzungen erfüllen:

Die Rahmenrichtlinie⁶⁰¹ legt den Geltungsbereich des Richtlinienpakets fest und definiert grundlegende Begriffe. Sie enthält Anforderungen an die nationalen Regulierungsbehörden sowie Regeln zur Zusammenarbeit untereinander und mit der Kommission. Daneben werden Regelungen zur Bestimmung „beträchtlicher Marktmacht“ aufgestellt.⁶⁰²

Die Zugangsrichtlinie⁶⁰³ behandelt die Beziehungen zwischen Netzbetreiber und Diensteanbieter und legt fest, unter welchen Voraussetzungen diese

599 Calliess/Ruffert-Blanke, Art. 151 Rn. 21.

600 S. z. B. Ladeur, K & R 2002, 110; Scherer, K & R 2002, 273; Schütz/Attendorn, MMR-Beilage 4/2002, 1; Bartosch, EuZW 2002, 389.

601 Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 07.03.2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), ABl. EG L 108/33 vom 24.04.2002.

602 Art. 15 f. Rahmenrichtlinie.

603 Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 07.03.2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie), ABl. EG L 108/21 vom 24.04.2002.

595 EuGH, C-376/98, Deutschland/Rat – Tabakwerbung, Slg. 2000, I-8419, Rn. 84.

596 EuGH, C-491/01, The Queen/British American Tobacco – Tabakwerbung, Slg. 2002, I-11453, Rn. 62.

597 Lenz/Borchardt-Fischer, Art. 151 Rn. 17.

598 Fischl, Wettbewerbsaufsicht, S. 47.

durch die nationalen Behörden reguliert werden können. Die Richtlinie enthält Befugnisse der Regulierungsbehörden gegenüber Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht.⁶⁰⁴

Die Genehmigungsrichtlinie⁶⁰⁵ betrifft die Genehmigung für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste. Darunter fallen auch rundfunkrechtlich relevante Verbreitungsnetze. Die Genehmigung betrifft jedoch nur die Bereitstellung der Netze und Dienste, nicht die verbreiteten Inhalte.

Die Universaldienstrichtlinie⁶⁰⁶ zielt auf die Bereitstellung von Kommunikationsnetzen und -diensten für den Endnutzer. Sie enthält auch Bestimmungen zur Regulierung der Dienstangebote von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht.⁶⁰⁷

Die Wettbewerbsrichtlinie⁶⁰⁸ passt die Vorgaben der bisherigen Wettbewerbsrichtlinie 1990 zur Liberalisierung der Telekommunikation an die neueste technologische Entwicklung und an die Verschmelzung von Informationstechnologie, Medienbranche und Telekommunikationsindustrie an.

Die Kommunikations-Datenschutzrichtlinie⁶⁰⁹ schließlich konkretisiert die allgemeinen Vorgaben der europäischen Datenschutzrichtlinie von 1995⁶¹⁰ für die spezifischen Fragen der Verarbeitung personenbezogener Daten in Kommunikationsdiensten.

604 Art. 8 Zugangsrichtlinie.

605 Richtlinie 2002/20/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 07.03.2002 über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste (Genehmigungsrichtlinie), ABl. EG Nr. L 108 vom 24.04.2002, S. 21.

606 Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 07.03.2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (Universaldienstrichtlinie), ABl. EG Nr. L 108 vom 24.04.2002, S. 51.

607 Art. 16 ff. Universaldienstrichtlinie.

608 Richtlinie 2002/77/EG der Kommission vom 16.09.2002 über den Wettbewerb auf den Märkten für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. EG Nr. L 249 vom 17.09.2002, S. 21 (Wettbewerbsrichtlinie 2002).

609 Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.07.2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Kommunikations-Datenschutzrichtlinie), ABl. EG Nr. L 201 vom 31.07.2002, S. 37.

610 Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Datenschutzrichtlinie 1995), ABl. EG Nr. L 281 vom 23.11.1995, S. 31.

Mit diesem Richtlinienpaket zum Kommunikationsrecht wird mit Ablauf der Umsetzungsfrist am 24.07.2003 gemäß Art. 28 Abs. 1 und Art. 26 der Rahmenrichtlinie der alte Telekommunikations-Rechtsrahmen aufgehoben.⁶¹¹

bb) Frequenzvergabe

Eine entscheidende Frage der Ausgestaltung eines Rundfunksystems ist die Vergabe von Frequenzen, mit der über den Zugang der Rundfunkveranstalter – insbesondere zum terrestrischen Verbreitungsweg – entschieden wird.

Nach der Genehmigungsrichtlinie⁶¹² soll die Zuteilung von Frequenzen künftig per Allgemeingenehmigung erfolgen. Eine solche sieht die Genehmigungsrichtlinie in Art. 3 Abs. 2 für die Bereitstellung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste vor. Nach Art. 5 Abs. 1 und 2 Genehmigungsrichtlinie soll eine individuelle Zuteilung „soweit möglich“ nicht erfolgen. Dies betrifft grundsätzlich auch die Frequenzzuteilung. Insofern könnten den Mitgliedstaaten das bislang ausgeübte Genehmigungsinstrumentarium im Rundfunkbereich fehlen.

611 Aufgehoben werden:

Richtlinie 90/387/EWG des Rates vom 28.06.1990 zur Verwirklichung des Binnenmarktes für Telekommunikationsdienste durch Einführung eines offenen Netzzugangs, ABl. EG Nr. L 192 vom 24.07.1990, S. 1; Richtlinie 92/44/EWG des Rates vom 05.06.1992 zur Einführung des offenen Netzzugangs bei Mietleitungen, ABl. EG Nr. L 165 vom 19.06.1992, S. 27;

Richtlinie 95/47/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.10.1995 über die Anwendung von Normen für die Übertragung von Fernsehsignalen, ABl. EG Nr. L 281 vom 23.11.1995, S. 51;

Richtlinie 97/13/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10.04.1997 über einen gemeinsamen Rahmen für Allgemein- und Einzelgenehmigungen für Telekommunikationsdienste, ABl. EG Nr. L 117 vom 07.05.1997, S. 15;

Richtlinie 97/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30.06.1997 über die Zusammenschaltung in der Telekommunikation im Hinblick auf die Sicherstellung eines Universaldienstes und der Interoperabilität durch Anwendung der Grundsätze für einen offenen Netzzugang, ABl. EG Nr. L 199 vom 26.07.1997, S. 32.

612 Richtlinie 2002/20/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 07.03.2002 über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste (Genehmigungsrichtlinie), ABl. EG Nr. L 108 vom 24.04.2002, S. 21. Zur Frequenzvergabe in Europa nach dem neuen Telekommunikations-Richtlinienpaket s. Eurostrategies, Study on the assessment of the Member States measures aimed at fulfilling certain general interest objectives linked to broadcasting, imposed on providers of electronic communications networks and services, in the context of the new regulatory framework, im Auftrag der Europäischen Kommission, März 2003, abrufbar unter http://www.europa.eu.int/information_society/topics/telecoms/regulatory/studies/documents/finrep_18_march_2003.pdf, abgerufen am 11.02.2004, S. 25 ff, 60 ff, 103 ff.

Allerdings sieht Art. 5 Abs. 2 Unterabsatz 2 Genehmigungsrichtlinie ausdrücklich Ausnahmen für den Rundfunk vor.⁶¹³ Danach werden diese Nutzungsrechte für Funkfrequenzen an die Anbieter von Rundfunk- oder Fernsehinhaltsdiensten im Wege eines offenen, transparenten und nichtdiskriminierenden Verfahrens erteilt. Dabei geben die Mitgliedstaaten an, ob und – im Fall von Funkfrequenzen – unter welchen Bedingungen diese Rechte auf Veranlassung des Rechteinhabers gemäß Art. 9 Rahmenrichtlinie übertragen werden können. Erteilen die Mitgliedstaaten die Nutzungsrechte für eine begrenzte Zeit, muss die Dauer für den betreffenden Dienst angemessen sein.

Die Kompetenz der Mitgliedstaaten zur Verwaltung und Vergabe der Frequenzen nach Maßgabe der im nationalen Recht verankerten rundfunkrechtlichen Kriterien bleibt unberührt. Sie steht daher nur unter den bereits erläuterten gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben, vor allem der Grundfreiheiten.

Aus der Funkfrequenzentscheidung des Europäischen Parlamentes und des Rates⁶¹⁴ vom März 2002 entsteht für die Mitgliedstaaten kein Umsetzungsbedarf, da die Entscheidung lediglich den organisations- und verfahrensrechtlichen Rahmen für eine künftige europäische Frequenzpolitik absteckt.⁶¹⁵

cc) Technische Spezifikationen

Die praktische Wahrnehmung der Empfangsfreiheit nach den Grundsätzen der Art. 10 EMRK und Art. 11 Grundrechte-Charta setzt insbesondere beim digitalen Rundfunkempfang die Möglichkeit voraus, geeignete Geräte zu nutzen und die empfangenen Signale in einem Receiver für die Darstellung im Fernsehgerät umzuwandeln. Diese Empfangsmöglichkeiten können gerade im Hinblick auf die technischen Vorgaben durch rechtliche Regulierung

613 Scherer, K & R 2002, 332; s. auch Erwägungsgrund 12 der Genehmigungsrichtlinie: „Mit dieser Richtlinie wird keine Vorentscheidung darüber getroffen, ob Funkfrequenzen unmittelbar den Anbietern elektronischer Kommunikationsnetze oder -dienste oder den Rechtsträgern zugewiesen werden, die diese Netze oder Dienste nutzen. Bei diesen Rechtsträgern kann es sich um Anbieter von Rundfunk- oder Fernsehinhalten handeln ... Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs müssen nationale Beschränkungen der durch Artikel 49 des Vertrags gewährleisteten Rechte objektiv gerechtfertigt und verhältnismäßig sein und dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung der von den Mitgliedstaaten im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht festgelegten Ziele des Allgemeininteresses erforderlich ist. Die Verantwortung für die Einhaltung der mit dem Recht zur Nutzung einer Funkfrequenz verbundenen Verpflichtungen und der mit der Allgemeinenehmigung verbundenen Bedingungen sollte unter allen Umständen bei dem Unternehmen liegen, dem das Recht zur Nutzung der Funkfrequenz gewährt wurde.“

614 Entscheidung des Europäischen Parlamentes und des Rates über einen Rechtsrahmen für die Funkfrequenzpolitik in der Europäischen Gemeinschaft vom 07.03.2002 (676/2002/EG), ABl. EG Nr. L 108 vom 24.04.2002, S. 1 (Funkfrequenzentscheidung).

615 Scherer, K & R 2002, 386, 397.

befördert oder behindert werden. Anforderungen an die nationale Regulierung können sich daher aus gemeinschaftsrechtlich bedingten technischen Anforderungen an einzelne Leistungsmerkmale ergeben.

Die bisherige TV-Normenrichtlinie⁶¹⁶ hat gemäß Art. 26 Rahmenrichtlinie mit dem 24.07.2003 ihre Gültigkeit verloren, da sie mit In-Kraft-Treten des neuen Richtlinienpakets aufgehoben wurde. Die Anforderungen an die Kundengeräte werden in der Universaldienstrichtlinie festgelegt. Deren Art. 24 bestimmt, dass die Mitgliedstaaten die Interoperabilität der für den Verbraucher bestimmten Digitalfernsehgeräte sicherstellen. Die Anforderungen in Anhang VI der Universaldienstrichtlinie übernehmen im Wesentlichen die Art. 3 f. der TV-Normenrichtlinie.

Anhang VI der Universaldienstrichtlinie lautet:

- „1. Einheitlicher Verschlüsselungsalgorithmus und unverschlüsselter Empfang. Alle für den Empfang von Digitalfernsehsignalen vorgesehenen Verbrauchergeräte, die in der Gemeinschaft zum Verkauf, zur Miete oder anderweitig angeboten werden und in der Lage sind, Digitalfernsehsignale zu entschlüsseln, müssen über die Fähigkeit verfügen,
- Signale zu entschlüsseln, die dem einheitlichen europäischen Verschlüsselungsalgorithmus entsprechen, wie er von einer anerkannten europäischen Normenorganisation, derzeit ETSI, verwaltet wird;
 - Signale anzuzeigen, die unverschlüsselt übertragen wurden, sofern bei Mietgeräten die mietvertraglichen Bestimmungen vom Mieter eingehalten werden.

2. Interoperabilität von Geräten für Analog- und Digitalfernsehen

... Jedes Digitalfernsehgerät mit integriertem Bildschirm mit einer sichtbaren Diagonale von mehr als 30 cm, das in der Gemeinschaft zum Verkauf oder zur Miete in Verkehr gebracht wird, muss mit mindestens einer offenen Schnittstellenbuchse (die entweder von einer anerkannten europäischen Normenorganisation genormt wurde oder einer von ihr festgelegten Norm entspricht oder einer branchenweiten Spezifikation entspricht), beispielsweise der einheitlichen DVB-Schnittstelle, ausgestattet sein, die den einfachen Anschluss von Peripheriegeräten ermöglicht und für alle Komponenten eines digitalen Fernsehsignals einschließlich der Informationen durchlässig ist, die sich auf interaktive und zugangskontrollierte Dienste beziehen.“

616 Richtlinie 95/47/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 24.10.1995 über die Anwendung von Normen für die Übertragung von Fernsehsignalen, ABl. EG Nr. L 281 vom 23.11.1995, S. 51 (TV-Normenrichtlinie).

Die Normierung (unter anderem von Endgeräten) ist in Art. 17 und 18 Rahmenrichtlinie geregelt. Die Erwägungsgründe in Nr. 30 machen deutlich, dass die Normierung vorrangig ein marktorientierter Vorgang sein soll. Es könne notwendig sein, die Einhaltung bestimmter Normen auf Gemeinschaftsebene zu fordern, um die Interoperabilität auf dem Binnenmarkt zu gewährleisten. Nach Art. 17 Abs. 1 Rahmenrichtlinie soll die Kommission ein Normenverzeichnis aufstellen. „Bei Bedarf“ kann sie die Erstellung von Normen durch die europäischen Normungsorganisationen (Comité Européen de Normalisation (CEN), Comité Européen de Normalisation Electrotechnique (Cenelec), European Telecommunications Standards Institute (ETSI))⁶¹⁷ veranlassen. Die Mitgliedstaaten sollen die Anwendung dieser Normen nach Art. 17 Abs. 2 Rahmenrichtlinie „fördern“. Daraus wird deutlich, dass keine verbindlichen Maßnahmen durch die Mitgliedstaaten erlassen werden sollen. Nach Art. 17 Abs. 4 Rahmenrichtlinie kann die Kommission allerdings die Anwendung bestimmter Normen oder Spezifikationen auch verbindlich vorschreiben, indem sie die Normen bei deren Veröffentlichung im Amtsblatt als verbindlich kennzeichnet. Voraussetzung ist eine nicht sachgerechte Anwendung der Normen im Sinn des Art. 17 Abs. 1 Rahmenrichtlinie und die Durchführung eines Verfahrens nach Art. 17 Abs. 4 Rahmenrichtlinie.

Ziel des Art. 18 Rahmenrichtlinie ist die Interoperabilität von Fernsehdiensten. Um den freien Informationsfluss, die Medienpluralität und die kulturelle Vielfalt zu fördern, fordert die Vorschrift von den Mitgliedstaaten, sich dafür einzusetzen, dass die Anbieter digitaler interaktiver Fernsehdienste, die für die Übertragung an die Öffentlichkeit in der Gemeinschaft vorgesehen sind, unabhängig vom Übertragungsmodus ein offenes Application Programming Interface (API) verwenden. Außerdem sollen sie dafür sorgen, dass die Anbieter aller erweiterter digitaler Fernsehgeräte, die für den Empfang digitaler interaktiver Fernsehdienste auf interaktiven digitalen Fernsehplattformen bestimmt sind, die Mindestanforderungen der einschlägigen Normen und Spezifikationen eines offenen API erfüllen.

⁶¹⁷ Das ETSI wurde 1988 als eine nichtkommerzielle Einrichtung geschaffen. Die Organisation hat die Aufgabe, zur weltweiten Standardisierung im Bereich der Telekommunikation und der Ausstrahlung von Programmen sowie der Informationstechnologie beizutragen. Dies soll vor allem durch die Entwicklung umfassender Standards erreicht werden. Mitglieder sind Behörden, Netzbetreiber, Hersteller, Diensteanbieter und Nutzer. Die Mitglieder legen die Aufgaben des ETSI nach Markterfordernissen fest. Mit der Europäischen Kommission, anderen europäischen Standardisierungsorganisationen und nationalen Regulierungsbehörden arbeitet ETSI auf der Basis von Kooperationsabkommen und Absprachen zusammen (Co-operation Agreements and Memoranda of Understanding). Das ETSI veröffentlichte seine Politik und Zielvorstellungen bezüglich des geistigen Eigentums an den Standards unter <http://www.etsi.org/legal/lpr.htm>, abgerufen am 12.02.2004.

Durch diese Vorgaben soll der Verbraucher in die Lage versetzt werden, alle digitalen interaktiven Fernsehdienste unabhängig vom Übertragungsmodus zu empfangen. Der Wechsel von bestehenden API zu neuen offenen API soll gefördert werden, zum Beispiel durch Vereinbarungen zwischen den relevanten Marktteilnehmern. Die Erwägungsgründe führen aus, dass die europäischen Marktteilnehmer mit der Digital Video Broadcasting (DVB) Group eine Familie von Fernsehübertragungssystemen entwickelt haben, die vom ETSI genormt und in Empfehlungen der internationalen Fernmeldeunion umgesetzt wurden. Die obligatorische Anwendung derartiger Normen solle jedoch erst nach einer umfassenden Anhörung vorgeschrieben werden.⁶¹⁸ Die vom ETSI erarbeiteten Normen sind nicht verbindlich.

Entscheidend auch für die Ausgestaltung des Rundfunksystems ist die durch ein offenes Betriebssystem für alle Typen von Empfangsgeräten erreichte Interoperabilität digitaler TV- und Multimediaübertragungen. Dies erreicht der DVB Multimedia Home Platform (MHP) Standard. Mit dem Ziel, dass alle Set-Top-Boxen ein einheitliches API besitzen, wurde MHP im Rahmen des DVB-Projekts entwickelt. Im Juli 2000 erhob das ETSI MHP in der Version 1.0 zur offiziellen Norm. In seiner Entschließung vom 26.09.2002 fordert das Europäische Parlament die Mitgliedstaaten und die Kommission auf, Maßnahmen zur Erleichterung einer „Migration zu einer offenen API auf der Grundlage der MHP“ zu erläutern.⁶¹⁹ Derzeit ist MHP der einzige Standard, der die Anforderungen von Art. 18 Rahmenrichtlinie erfüllt.

dd) Zugangsrecht der Veranstalter

Mit dem neuen Richtlinienpaket stellt sich die Frage, was sich dadurch für den Zugang der Programmveranstalter zu Verbreitungswegen ändert. Der Zugang zu den Verbreitungswegen ist für die Entwicklung der Rundfunkwirtschaft virulent. Mit Blick auf eine duale Rundfunkordnung ist zu prüfen, ob das neue Kommunikationsrecht dem nationalen Gesetzgeber Kriterien für die Ausgestaltung des Zugangsrechts zuweist oder gar Verpflichtungen mit Blick auf ein eventuell bestehendes Zugangsrecht der Veranstalter auferlegt. Diese Parameter könnten den gesetzgeberischen Spielraum der Mitgliedstaaten entscheidend beschränken und vordefinieren.

⁶¹⁸ Erwägungsgründe Nr. 30 der Rahmenrichtlinie.

⁶¹⁹ Entschließung des Europäischen Parlaments vom 26.09.2002, Dok.-Nr. B5-0488/2002, Protokoll abrufbar unter http://www3.europarl.eu.int/omk/omnsapir.so/pv2?PRG=DOCPV&APP=PV2&LANGUE=DE&SDOCTA=12&TXTLST=1&POS=1&Type_Doc=RESOL&TPV=PROV&DATE=260902&PrgPrev=TYPEF@B5|PRG@QUERY|APP@PV2|FILE@BIBLIO02|NUMERO@488|YEAR@02|PLAGE@1&TYPEF=B5&NUMB=1&DATEF=020926, abgerufen am 28.11.2003.

Den neuen Richtlinien liegt die Erwägung zu Grunde,⁶²⁰ dass von dem Übergang zu einer digitalen wissensbasierten Wirtschaft starke Impulse für Wachstum, Wettbewerbsfähigkeit und Beschäftigungsmöglichkeiten ausgehen werden. Um diesen Effekt möglichst breit zu fächern, müssen europäische Unternehmen und Bürger Zugang zu einer kostengünstigen Kommunikationsinfrastruktur von internationalem Rang und zu einer weiten Dienstleistungspalette haben. Entscheidende Frage ist dabei, ob dieser gewünschte Zugang zur Kommunikationsinfrastruktur auch rechtlich als Anspruch ausgestaltet wird.

Um die Reichweite des neuen Richtlinienpakets einschätzen zu können, ist es notwendig, sich den grundlegenden Regulierungsansatz deutlich zu machen. Er wird in Erwägungsgrund 5 der Rahmenrichtlinie dahingehend formuliert, dass es notwendig ist, die Regulierung der Übertragung von der Regulierung von Inhalten zu trennen.⁶²¹ Dies spiegelt sich in der grundlegenden Begriffsbildung des Richtlinienpakets wider. Um der technischen Konvergenz Rechnung zu tragen, will der europäische Gesetzgeber einen einheitlichen Rechtsrahmen für alle Übertragungswege schaffen. Die Begriffe des Telekommunikationsnetzes und -dienstes werden ersetzt durch die Begriffe des elektronischen Kommunikationsnetzes und -dienstes.⁶²² Außerdem beschränkt die Definition der Kommunikationsnetze in Art. 2 a) Rahmenrichtlinie alle Regelungen des Pakets ausdrücklich auf die Regulierung der Übertragung. Das Gleiche gilt für die Definition der Kommunikationsdienste. Diese sind nach Art. 2 c) Rahmenrichtlinie gewöhnlich gegen Entgelt erbrachte Dienste, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über elektronische Kommunikationsnetze bestehen. Zu diesen gehören ausdrücklich nicht die Dienste der Informationsgesellschaft, die nicht ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über elektronische Kommunikationsnetze bestehen. Vom Reformpaket erfasst werden somit nur solche Dienste der Informationsgesellschaft, die allein im Signaltransport bestehen. Das selbe Unternehmen, zum Beispiel ein Internet-Diansteanbieter, kann laut Erwägungsgrund 10 der Richtlinie sowohl elektronische Kommunikationsdienste, wie den Zugang zum Internet, als auch nicht unter diese Richtlinie fallende Dienste, wie die Bereitstellung von internetgestützten Inhalten, erbringen. Entscheidend für die Qualifizierung als Kommunikationsdienst ist der Transportcharakter der Dienstleistung.

620 Erwägungsgrund 4 der Rahmenrichtlinie.

621 Bereits die TV-Normenrichtlinie konzentrierte sich auf technische Zugangsfragen, ohne sich mit Fragen des inhaltlichen Zugangs zu befassen, Helberger/Scheuer/Strothmann, IRIS plus 2001-2, S. 2 f.

622 Zur Konvergenz s. z. B. Holznapel, JZ 2001, 905 ff.; ders., NJW 2002, 2351, 2353 f.

Nicht erfasst sind die transportierten Inhalte.⁶²³ Das Richtlinienpaket lässt alle Maßnahmen unberührt, die auf Gemeinschaftsebene in Bezug auf diese inhaltlichen Dienste getroffen werden, um die kulturelle und sprachliche Vielfalt und den Medienpluralismus zu fördern. Inhalte von Fernsehprogrammen fallen weiterhin unter die Fernsehrichtlinie.

Diese Trennung lässt sich allerdings angesichts der technischen (und inhaltlichen) Konvergenz nicht konsequent durchsetzen. So regt der europäische Gesetzgeber in Erwägungsgrund 5 der Rahmenrichtlinie auch an, die Verbindungen zwischen beiden zu berücksichtigen, insbesondere um Einschränkungen des Pluralismus zu vermeiden.

Die Wettbewerbsrichtlinie 2002 will Wettbewerbsbehinderungen durch ausschließliche oder besondere Rechte einzelner Unternehmen verhindern. „Ausschließliche Rechte“ sind nach Art. 1 Nr. 5 der Richtlinie solche, die ein Mitgliedstaat einem Unternehmen mittels Rechts- oder Verwaltungsvorschriften auf Erbringung elektronischer Kommunikationsdienste oder Ausübung einer Tätigkeit in einem bestimmten geografischen Raum einräumt. „Besondere Rechte“ sind nach Art. 1 Nr. 6 Rechte, die einer begrenzten Anzahl von Unternehmen von einem Mitgliedstaat in einem bestimmten Gebiet eingeräumt werden, wenn die Zahl der Unternehmen begrenzt wird, ohne sich dabei an objektive, angemessene und diskriminierungsfreie Kriterien zu halten, oder rechtliche Vorteile, durch die Konkurrenten erheblich beeinträchtigt werden. Damit verbietet das Gemeinschaftsrecht – künftig in einem weiteren Geltungsbereich – die Bevorzugung einzelner Unternehmen auf dem Markt für Kommunikationsdienstleistungen.

Für die Frage des Zugangs zu den Verbreitungswegen von besonderem Interesse ist in diesem Zusammenhang die Zugangsrichtlinie. Art. 1 Abs. 1 Zugangsrichtlinie sieht vor, dass Zugangs- und Zusammenschaltungsbedingungen künftig zwischen den Diensteanbietern vorrangig ausgehandelt werden sollen. Zugang definiert die Zugangsrichtlinie in Art. 2 als „die ausschließliche oder nicht ausschließliche Bereitstellung von Einrichtungen

623 Art. 2 (Begriffsbestimmungen) lit. c) der Rahmenrichtlinie formuliert die Ausnahmen vom Anwendungsbereich in Bezug auf „elektronische Kommunikationsdienste“ wie folgt:

„... ausgenommen Dienste, die Inhalte über elektronische Kommunikationsnetze und -dienste anbieten oder eine redaktionelle Kontrolle über sie ausüben ...“ S. auch Art. 1 Abs. 3 Rahmenrichtlinie: „Die von der Gemeinschaft oder den Mitgliedstaaten im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht getroffenen Maßnahmen zur Verfolgung von Zielen, die im Interesse der Allgemeinheit liegen, insbesondere in Bezug auf die Regulierung von Inhalten und die audiovisuelle Politik, bleiben von dieser Richtlinie und den Einzelrichtlinien unberührt.“

und/oder Diensten für ein anderes Unternehmen unter bestimmten Bedingungen zur Erbringung elektronischer Kommunikationsdienste“. Darunter fallen unter anderem auch der Zugang zu Netzkomponenten und zugehörigen Einrichtungen, wozu auch der feste oder nicht feste Anschluss von Einrichtungen gehören kann (dies beinhaltet insbesondere den Zugang zum Teilnehmeranschluss sowie zu Einrichtungen und Diensten, die erforderlich sind, um Dienste über den Teilnehmeranschluss zu erbringen) und der Zugang zu Zugangsberechtigungssystemen für Digitalfernsehdienste.

Vor dem gewünschten Hintergrund des Aushandelns der Bedingungen zwischen den Diensteanbietern stellt die Zugangsrichtlinie technologie-neutrale, wettbewerbsrechtliche Rahmenbedingungen auf. Allerdings wird in den Erwägungsgründen zur Richtlinie anerkannt, dass die allgemeinen Wettbewerbsregeln unter Umständen nicht ausreichen, um die kulturelle Vielfalt und den Pluralismus in den Medien im Bereich des Digitalfernsehens sicherzustellen.⁶²⁴ Mit der aufgehobenen TV-Normenrichtlinie sei ein erster Rechtsrahmen für die entstehende Digitalfernsehindustrie geschaffen worden, der insbesondere im Hinblick auf die Verpflichtung zur Gewährung der Zugangsberechtigung zu fairen, angemessenen und nichtdiskriminierenden Bedingungen beibehalten werden sollte, um ein breit gefächertes Angebot an Programmen und Diensten zu gewährleisten. Daher werden insoweit die Vorgaben der aufgehobenen TV-Normenrichtlinie gemäß Art. 6 Abs. 1 Zugangsrichtlinie als deren Anhang I in den neuen Rechtsrahmen integriert. Die technische Ausgestaltung von Übertragungswegen ist jedoch Voraussetzung für die Verbreitung und damit letztlich auch für das Empfangen von Inhalten. Auch die Kommission erkannte dies bereits in ihrem Kommunikationsbericht,⁶²⁵ sodass hier von einer Schnittstelle zwischen den verschiedenen Regulierungsbereichen auszugehen ist.⁶²⁶

Ein Anspruch eines Programmveranstalters auf Zugang zu einem bestimmten Verbreitungsweg folgt aus den Bestimmungen der Zugangsrichtlinie nicht unmittelbar. Art. 3 Abs. 1 Zugangsrichtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten lediglich, das freie Aushandeln von Zugangsvereinbarungen zwischen Unternehmen zu gewährleisten.⁶²⁷ Nach Art. 4 Abs. 1 Zugangsrichtlinie sind

die Betreiber von öffentlichen Kommunikationsnetzen jedoch verpflichtet, anderen⁶²⁸ Unternehmen Zugang zu Bedingungen zu gewähren,⁶²⁹ die den Vorgaben der nationalen Regulierungsbehörden nach den Art. 5 ff. Zugangsrichtlinie entsprechen.

Die Ziele nationaler Regulierung ergeben sich nach Art. 5 Abs. 1 Unterabsatz 1 Zugangsrichtlinie aus Art. 8 Rahmenrichtlinie. Zu diesen Zielen gehören vor allem ein angemessener Zugang, Interoperabilität und Wettbewerb. Nach Art. 5 Abs. 1 Unterabsatz 2 Zugangsrichtlinie können die nationalen Regulierungsbehörden zur Durchsetzung dieser Ziele einem Dienstbetreiber Verpflichtungen auferlegen – und zwar unabhängig davon, ob der Dienstbetreiber ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht ist.⁶³⁰ Die Vorschrift zählt „insbesondere“ Maßnahmen betreffend den Zugang zu den Endnutzern und zu API und EPG auf. Wenngleich der Zugang des Programmveranstalters zum Verbreitungsweg nicht ausdrücklich genannt ist, bleibt der nicht abschließende Charakter der Aufzählung zu beachten.

Daneben ist für den Zugang des Programmveranstalters zum Verbreitungsweg Art. 5 Abs. 4 Zugangsrichtlinie von Interesse. Auch hiernach sollen die nationalen Regulierungsbehörden ermächtigt sein, Maßnahmen unabhängig vom Vorliegen beträchtlicher Marktmacht zu treffen. Bei der Festlegung von Regulierungsbefugnissen aufgrund von Art. 5 Abs. 4 Zugangsrichtlinie sind die Mitgliedstaaten jedoch nicht frei. Vielmehr unterliegen Maßnahmen ihrer Behörden dem Konsultationsverfahren nach Art. 6 Rahmenrichtlinie und dem Konsolidierungsverfahren nach Art. 7 Rahmenrichtlinie.⁶³¹ Außerdem umfasst Art. 5 Abs. 4 Zugangsrichtlinie lediglich Maßnahmen der Behörde „in begründeten Fällen aus eigener Initiative“ oder auf Ersuchen einer beteiligten Partei.

Demnach ist weder Art. 5 Abs. 1 Unterabsatz 2 noch Abs. 4 Zugangsrichtlinie dahin gehend auszulegen, dass ihnen unmittelbar ein Anspruch des Programmveranstalters auf Zugang zum Verbreitungsweg entnommen werden kann.

624 Erwägungsgrund 10 Zugangsrichtlinie.

625 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Ministerrat, den Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen über die Entwicklung neuer Rahmenbedingungen für elektronische Kommunikationsinfrastrukturen und zugehörige Dienste, Kommunikationsbericht 1999, KOM (1999) 539 endg., vom 10.11.1999, S. 31.

626 Bonin, K & R 2002, 565.

627 Erwägungsgrund 5 Zugangsrichtlinie.

628 Art. 4 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. Satz 1 Zugangsrichtlinie spricht von „befugten“ Unternehmen. Dies ist unter Heranziehung des Art. 3 Abs. 1 Satz 2 Zugangsrichtlinie („Unternehmen, die Zugang ... wünschen ...“) weit auszulegen, steht aber freilich in Abhängigkeit von Maßnahmen der nationalen Regulierungsbehörden nach Art. 5 ff. Zugangsrichtlinie.

629 Die Verhandlungspflicht auf Antrag in Art. 4 Abs. 1 Satz 1 Zugangsrichtlinie betrifft nicht den Zugang, sondern nur die Zusammenschaltung.

630 Zu den Regulierungsmaßnahmen gegenüber Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht s. Kapitel I, Punkt 2. a) ee) (2).

631 Zu Art. 7 Abs. 4 Rahmenrichtlinie s. z. B. Bonin, K & R 2002, 565, 568.

Jedoch kommt in Betracht, dass Rechte der Programmveranstalter im Zuge der Umsetzung durch den mitgliedstaatlichen Gesetzgeber zu berücksichtigen sind. Hierfür spricht die Formulierung in Art. 4 Abs. 1 Satz 2 Zugangsrichtlinie: „Die Betreiber bieten den Unternehmen den Zugang ... zu Bedingungen an, die mit den von der nationalen Regulierungsbehörde gemäß den Artikeln 5, 6, 7 und 8 auferlegten Verpflichtungen in Einklang stehen“. Diesbezüglich sind die den nationalen Regulierungsbehörden gemäß Art. 5 Abs. 1 Unterabsatz 2 und Abs. 4 Zugangsrichtlinie einzuräumenden Befugnisse von Belang. Diese könnten verpflichtet sein, die ihnen so in die Hand gegebenen Instrumente zu nutzen, um den Zugang des Programmveranstalters zu den Verbreitungswegen sicherzustellen („garantieren“, Art. 5 Abs. 1 Zugangsrichtlinie). Dies setzt zum einen voraus, dass der Zugang von Inhabern von Art. 5 Zugangsrichtlinie umfasst ist. Zum anderen müsste ein Anspruch eines Programmveranstalters auf Zugang zu einem Transportweg Ziel nationaler Regulierung im Sinn von Art. 5 Abs. 1 Unterabsatz 1 Zugangsrichtlinie sein.

Art. 2 a) Zugangsrichtlinie definiert den Zugang als die „Bereitstellung von Einrichtungen und/oder Diensten für ein anderes Unternehmen ... zur Erbringung elektronischer Kommunikationsdienste“. Fraglich ist, ob Programmveranstalter elektronische Kommunikationsdienste in diesem Sinn erbringen. Bei einer ersten Betrachtung ist, wie oben ausgeführt, zu berücksichtigen, dass Art. 2 c) Rahmenrichtlinie festlegt, dass Dienste, die Inhalte anbieten oder redaktionelle Kontrolle über sie ausüben, keine elektronischen Kommunikationsdienste sind. Programmveranstalter bieten jedoch Inhalte an und üben redaktionelle Kontrolle aus. Danach wären ihre Dienste von der Regelung nicht umfasst. Hintergrund des gesamten Richtlinienpakets ist, wie ebenfalls bereits dargelegt, die Trennung der Regulierung der Übertragung von der Regulierung von Inhalten.⁶³²

Die Regulierung der Inhalte ist vom Richtlinienpaket demnach nicht umfasst. Dagegen gehören zum Regelungsgegenstand die nicht inhaltsbezogenen Aspekte elektronischer Kommunikationsdienste. Die Frage nach der Regulierung von Inhalten ist also von der Frage nach dem Zugang zu einem Kommunikationsnetz zu trennen. Bei der hier untersuchten Frage nach dem Anspruch eines Programmveranstalters auf Nutzung bestimmter Über-

tragungskapazitäten steht nicht die inhaltliche Regulierung im Raum, sondern es geht um den Zugang zu einem Transportweg. Darauf, welche Inhalte der Nachfrager von Kapazitäten transportiert, soll es nach Erwägungsgrund Nr. 5 der Rahmenrichtlinie gerade nicht ankommen. Nach dieser Maßgabe folgt demnach kein Ausschluss des Programmveranstalters vom Zugangsbegriff aus Art. 2 a) Zugangsrichtlinie.⁶³³

Dafür, dass auch Programmveranstalter als Nachfrager von Transportkapazitäten vom Zugangsbegriff des Art. 2 a) Zugangsrichtlinie umfasst sind, spricht auch, dass die Norm am Ende den Zugang zu Conditional-Access-Systemen als Beispiel aufführt. Als Berechtigte sind (lediglich) Endnutzer ausgeschlossen, wie Art. 1 Abs. 2 Satz 3 Zugangsrichtlinie ausdrücklich bestimmt.⁶³⁴ Nach Art. 2 n) Rahmenrichtlinie sind Endnutzer Nutzer, die keine elektronischen Kommunikationsdienste bereitstellen.⁶³⁵ Bereits das frühere Recht sah zu Gunsten der Programmveranstalter in Art. 4 c) TV-Normenrichtlinie Zugangsansprüche vor.⁶³⁶ Diese Regelungsmaterie der TV-Normenrichtlinie wurde nach Art. 6 Abs. 1 Zugangsrichtlinie als deren Anhang I Teil I in den neuen Rechtsrahmen integriert. Im Richtlinienpaket sind demnach Programmveranstalter als mögliche Berechtigte auf Gewähr von Zugang grundsätzlich angesprochen. Sollen sie Zugang zu Conditional-Access-Systemen im Sinn des Art. 2 a) Zugangsrichtlinie a.E. beanspruchen können, können sie nicht durch Art. 1 Abs. 2 Satz 3 Zugangsrichtlinie vom Anwendungsbereich ausgeschlossen sein. Daraus folgt, dass das Tatbestandsmerkmal „zur Erbringung elektronischer Kommunikationsdienste“ in Art. 2 a) Zugangsrichtlinie nicht zum Ausschluss von Rundfunkveranstaltern vom Zugangsbegriff führt.

Darüber hinaus ist davon auszugehen, dass der Richtlinien gesetzgeber eine kohärente Regelung schaffen wollte und sich die Pflichten der Diensteanbieter aus dem Anhang I Teil I der Zugangsrichtlinie in das Richtlinienpaket einfügen. Die Aufnahme von Teilen der TV-Normenrichtlinie spricht demnach dafür, dass auch der Zugang von Rundfunkveranstaltern vom Zugangsbegriff erfasst ist.

⁶³³ Scherer/Schimanek, Diskriminierungsfreier Zugang, S. 36 ff.

⁶³⁴ Art. 1 Abs. 2 Satz 3 Zugangsrichtlinie: „Der Zugang für Endnutzer fällt nicht unter den Begriff ‚Zugang‘ im Sinne dieser Richtlinie.“

⁶³⁵ Art. 2 n) Rahmenrichtlinie: „Endnutzer‘: ein Nutzer, der keine öffentlichen Kommunikationsnetze oder öffentlich zugänglichen elektronischen Kommunikationsdienste bereitstellt“.

⁶³⁶ Dazu Erwägungsgrund Nr. 14 der TV-Normenrichtlinie: „Für die Kunden und Anbieter von ‚Pay-TV‘-Diensten sowie für die Inhaber der Urheberrechte von Sendungen ist die Frage der Zugangsberechtigung wichtig.“

⁶³² S. hierzu auch Erwägungsgrund Nr. 5 Rahmenrichtlinie.

Gegen ein Zugangsbegehren der Programmveranstalter ließe sich aber die allgemeine Ausrichtung der Zugangsrichtlinie auf das Verhältnis zwischen Wettbewerbern anführen.⁶³⁷ Danach könnten nur im Wettbewerb stehende Anbieter von Transportkapazitäten⁶³⁸ untereinander Art. 5 Abs. 1 Unterabsatz 2 und Abs. 4 Zugangsrichtlinie geltend machen. Ein Ausschluss der Programmveranstalter folgt aus dieser allgemeinen Ausrichtung jedoch noch nicht. Fraglich ist, ob Programmveranstalter „Unternehmen“ im Sinn des Art. 2 a) Zugangsrichtlinie sein können. Im Richtlinienpaket ist der Begriff des Unternehmens nicht definiert.⁶³⁹ Art. 1 Abs. 2 und Art. 4 Zugangsrichtlinie etwa, die Pflichten von [Netz-], „Betreibern“ zu Gunsten von „Unternehmen“ vorsehen, zeigen jedoch, dass zwischen Netzbetreibern und Unternehmen zu unterscheiden ist, und zwischen ihnen nicht zwingend Wettbewerb herrschen muss. Programmveranstalter können demnach „Unternehmen“ im Sinn des Art. 2 a) Zugangsrichtlinie sein.

Für eine enge Auslegung des Anwendungsbereichs des Zugangsbegriffs könnte schließlich angeführt werden, dass die Verpflichtung von Netzbetreibern zur Übertragung bestimmter Inhalte an anderer Stelle des Richtlinienpakets explizit geregelt ist: Nach Art. 31 Abs. 1 Universaldienstrichtlinie können die Mitgliedstaaten den Unternehmen, die für die öffentliche Verbreitung von Hör- und Fernsehrundfunkdiensten genutzte elektronische Kommunikationsnetze betreiben, Übertragungspflichten auferlegen. Der Richtliniengeber hat das Problem der Verpflichtung von Netzbetreibern zu Gunsten von Programmveranstaltern also gesehen, ausdrücklich aber nur in der Universaldienstrichtlinie geregelt. Jedoch sind Übertragungspflichten mit der Gewähr von Zugang nicht identisch, zumal sich Art. 31 Abs. 1 Universaldienstrichtlinie nur auf die „Übertragung bestimmter Hör- und Fernsehrundfunkkanäle“ bezieht. Darüber hinaus sieht Art. 5 Zugangsrichtlinie Maßnahmen der Regulierungsbehörden vor, während Art. 31 Universaldienstrichtlinie lediglich den Mitgliedstaaten gestattet, Übertragungspflichten aufzuerlegen. Darüber hinaus kann das Nebeneinander der Regelung von Zugangsverpflichtungen und Übertragungspflichten durch die allgemeine Abgrenzung der Anwendungsbereiche der Zugangs- und Universaldienstrichtlinie erklärt werden. Während die Zugangsrichtlinie Vorleistungsmärkte betrifft,⁶⁴⁰ regelt die Universaldienstrichtlinie Endkundenmärkte.⁶⁴¹

637 S. etwa Erwägungsgrund Nr. 1 der Zugangsrichtlinie: „... Diese Richtlinie betrifft Zugangs- und Zusammenschaltungsvereinbarungen zwischen Diensteanbietern. ...“

638 Etwa verschiedene Kabelnetzbetreiber.

639 Zum Begriff des Betreibers Art. 2 c) Zugangsrichtlinie.

640 S. etwa Erwägungsgrund Nr. 6 der Zugangsrichtlinie.

641 S. etwa Erwägungsgrund Nr. 4 ff. der Universaldienstrichtlinie.

Aus Art. 31 Abs. 1 Universaldienstrichtlinie folgt demnach nicht, dass Programmveranstalter von jeder anderweitigen Zugangsberechtigung ausgeschlossen sind.

Die Frage, ob Programmveranstalter Rechte auf Zugang zu einem bestimmten Verbreitungsweg aus Art. 5 Abs. 1 Unterabsatz 2 und Abs. 4 Zugangsrichtlinie herleiten können, wird demnach vom Richtlinienpaket nicht ausdrücklich beantwortet. Allerdings spricht Anhang I Teil I der Zugangsrichtlinie, der die bisherige Regelung in Art. 4 c) TV-Normenrichtlinie übernimmt, für eine Bejahung dieser Frage. Dies gilt auch gerade im Hinblick auf die Neutralität des Richtlinienpakets bezüglich der transportierten Inhalte, auf die es bei der Regulierung der Transportwege nicht ankommen soll.

Weiter ist zu prüfen, ob die Gewähr von Zugang zu einem Transportweg zu Gunsten eines Programmveranstalters Ziel nationaler Regulierung im Sinn von Art. 5 Abs. 1 Unterabsatz 1 Zugangsrichtlinie sein kann. Die Vorschrift verweist insoweit auf Art. 8 Rahmenrichtlinie.

Ein Zugangsanspruch zu Gunsten eines Programmveranstalters für einen bestimmten Verbreitungsweg ist den sich aus Art. 8 Rahmenrichtlinie, Art. 5 Zugangsrichtlinie ergebenden Zielen dienlich. Der nationale Gesetzgeber ist demnach nicht gehindert, Programmveranstaltern einen Zugangsanspruch für einen bestimmten Verbreitungsweg zu gewähren. Art. 8 Rahmenrichtlinie legt in seinem Abs. 1 Unterabsatz 1 lediglich den Rahmen für die Regulierungsmaßnahmen fest. Danach müssen die Mitgliedstaaten dafür sorgen, dass die nationalen Regulierungsbehörden bei der Wahrnehmung der im Richtlinienpaket festgelegten regulatorischen Aufgaben alle angezeigten Maßnahmen treffen, die den in Art. 8 Rahmenrichtlinie vorgegebenen Zielen dienen. Die Maßnahmen müssen in angemessenem Verhältnis zu diesen Zielen stehen.

Die nationalen Regulierungsbehörden haben nach Art. 8 Abs. 2 Rahmenrichtlinie die Aufgabe, den Wettbewerb bei der Bereitstellung zugehöriger Einrichtungen zu fördern. Zugehörige Einrichtungen sind nach Art. 2 e) Rahmenrichtlinie solche, die die Bereitstellung von Diensten ermöglichen oder unterstützen. In Art. 6 Abs. 1 i.V.m. Anhang I Teil I bzw. in Art. 5 Abs. 1 b) i.V.m. Anhang I Teil II Zugangsrichtlinie werden die nationalen

Regulierungsbehörden dazu ermächtigt, den Betreibern von Zugangsbe-
rechtigungsdiensten bzw. zugehörigen Diensten Zugangsverpflichtungen
aufzuerlegen, um einen Zugang zu fairen, ausgewogenen und nichtdis-
kriminierenden Bedingungen zu ermöglichen. Unter die „zugehörigen
Dienste“ fallen insbesondere elektronische Programmführer (EPG) und
Anwendungsprogrammchnittstellen (API).⁶⁴² Durch Art. 6 Abs. 1 und An-
hang I Teil I der Zugangsrichtlinie werden so Regelungen der aufgehobenen
TV-Normenrichtlinie in das neue Richtlinienpaket übernommen.

Die Kommission erhält nach Art. 17 Abs. 1 Rahmenrichtlinie die Befugnis,
Normen und Spezifikationen als Grundlage für die Förderung der einheit-
lichen Bereitstellung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste und
zugehöriger Einrichtungen zu setzen. Diese kann sie nach Art. 17 Abs. 3 und
4 Rahmenrichtlinie sogar verbindlich vorschreiben. Dies gilt auch für offene
API. Nach Art. 18 Abs. 1 Rahmenrichtlinie sind die Mitgliedstaaten gehalten,
für die Verwendung offener API durch die Anbieter digitaler interaktiver
Fernsehdienste und erweiterter digitaler Fernsehgeräte zu sorgen. Ist
Interoperabilität und Wahlfreiheit innerhalb eines Jahres nach In-Kraft-Treten
der Richtlinie nicht gewährleistet, wird die Kommission nach Art. 18 Abs. 3
Rahmenrichtlinie ermächtigt, Normen verbindlich vorzuschreiben. Derzeit
erfüllt nur der MHP-Standard die Anforderungen.⁶⁴³

Die neue Universaldienstrichtlinie enthält mit Art. 31 eine Bestimmung, die
es den Mitgliedstaaten erlaubt, den Netzbetreibern unter bestimmten
Voraussetzungen Übertragungspflichten in Bezug auf Rundfunkdienste
aufzuerlegen.⁶⁴⁴ Solche Must-Carry-Vorschriften sollen auf nationaler Ebene
aber nur erlaubt sein, wenn sie zur Erreichung klar umrissener Ziele von
allgemeinem Interesse⁶⁴⁵ erforderlich, verhältnismäßig und insbesondere

642 S. Anhang I Teil II Zugangsrichtlinie.

643 Zu Art. 18 Abs. 3 Rahmenrichtlinie s. Erwägungsgrund Nr. 31 der Rahmenrichtlinie.

644 S. dazu Bonin, K & R 2002, 565, 570; Open Network Provision Committee Working Document, The 2003
Regulatory Framework for Electronic Communications – Implications for Broadcasting, vom 14.06.2002,
abrufbar unter <http://www2.vlaanderen.be/ned/sites/media/vlmediar/2002-006bijlageconvergentie.pdf>,
abgerufen am 18.02.2004, S. 10 ff.

645 Aus der Begründung zum Richtlinienentwurf wird teilweise gefolgert, Art. 31 Universaldienstrichtlinie
ermögliche nur Übertragungspflichten zu Gunsten von Sendungen, die den öffentlichen Rundfunkauftrag
erfüllen, Scherer, K & R 2002, 385, 394, unter Verweis u.a. auf den Vorschlag der Kommission für eine
Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Universaldienst und Nutzerrechte bei
elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten, KOM(2000)392 vom 12.07.2000, in dem es heißt:
„doch beschränkt der Artikel diese Verpflichtung auf bestimmte Sendungen, mit denen ein öffentlicher
Rundfunkauftrag erfüllt wird.“ Dieser Auffassung ist zumindest insoweit zu folgen, als Übertragungspflichten
zu Gunsten öffentlich-rechtlicher Veranstalter möglich sind. Warum dies privaten Veranstaltern,
ggf. mit service public-Verpflichtungen, verwehrt werden soll, ist jedoch im Hinblick auf das Ziel eines
vielfältigen Angebots nicht ersichtlich.

zumutbar sind.⁶⁴⁶ Die Mitgliedstaaten sollen bestehende Übertragungs-
verpflichtungen künftig regelmäßig auf diese Anforderungen hin überprüfen.
In Art. 31 Abs. 2 Universaldienstrichtlinie ist die Möglichkeit der Festlegung
eines Entgeltes für die betroffenen Netzbetreiber vorgesehen; ob hiervon
Gebrauch gemacht wird, bleibt den Mitgliedstaaten überlassen. Art. 31 der
Universaldienstrichtlinie betrifft nur Netzbetreiber, nicht Plattformbetreiber.⁶⁴⁷

ee) Wettbewerbsrechtliche Vorgaben

Wie im wettbewerbsrechtlichen Teil ausgeführt,⁶⁴⁸ hat die Europäische Kom-
mission die verschiedenen Produktmärkte im Bereich der Medien abgegrenzt.
Im Rahmen des neuen Kommunikationsrechtsrahmens hat die Kommission
Marktabgrenzungen vorgegeben. Für diese Märkte geht die Kommission
davon aus, dass sie einer Vorabregulierung unterliegen müssen, da allein
das Wettbewerbsrecht ohne Vorabregulierung zur Beseitigung eines anhal-
tenden Marktversagens nicht ausreicht. Die Märkte und das vom Kommuni-
kationspaket vorgesehene Verfahren sollen im Anschluss dargestellt werden.
Es gilt herauszuarbeiten, inwiefern dem nationalen Gesetzgeber und den
Regulierungsbehörden Spielräume zur eigenen Gestaltung des Wettbewerbs-
umfeldes bleiben, wie also das Wettbewerbsrecht Spielräume zur eigen-
verantwortlichen Gestaltung einer Rundfunkordnung ermöglichen kann.

Die bisherige Spruchpraxis der Kommission zu der Frage, ob getrennte
sachliche Märkte für die verschiedenen Übertragungswege Terrestrisch, Kabel
und Satellit vorliegen, ist nicht einheitlich.⁶⁴⁹

Eine Vereinheitlichung dieser Praxis könnte sich durch das neue Kommuni-
kationsrecht ergeben. Die Leitlinien der Kommission, die diese aufgrund von
Art. 15 Abs. 2 Rahmenrichtlinie erließ, führen auf, dass die Kabel- und Satelli-
tenübertragungswege, wenn sie für denselben Zweck verwendet werden (im

646 Eine Analyse der europäischen Must-Carry-Vorschriften im Licht des neuen Richtlinienpakets findet
sich in Eurostrategies, Study on the assessment of the Member States measures aimed at fulfilling
certain general interest objectives linked to broadcasting, imposed on providers of electronic
communications networks and services, in the context of the new regulatory framework, im Auftrag
der Europäischen Kommission, März 2003, abrufbar unter [http://www.europa.eu.int/information_society/
topics/telecoms/regulatory/studies/documents/finrep_18_march_2003.pdf](http://www.europa.eu.int/information_society/topics/telecoms/regulatory/studies/documents/finrep_18_march_2003.pdf), abgerufen am 27.03.2003,
S. 34 ff., 74 ff., 106 ff.

647 Erwägungsgrund Nr. 45 Universaldienstrichtlinie: „Dienste, die die Bereitstellung von Inhalten wie das
Angebot des Verkaufs eines Bündels von Hörfunk- oder Fernsehinhalten umfassen, fallen nicht unter
den gemeinsamen Rechtsrahmen... Die Anbieter dieser Dienste sollten in Bezug auf diese Tätigkeiten
keiner Universaldienstverpflichtung unterliegen. Mit dem Gemeinschaftsrecht zu vereinbarende
einzelstaatliche Maßnahmen in Bezug auf diese Dienste bleiben von dieser Richtlinie unberührt.“

648 S. Kapitel II, Punkt 1. c) cc).

649 S. Kapitel II, Punkt 1. c) cc).

dort gegebenen Beispiel Zugang zu Internetdiensten), zum gleichen Markt gehören können.⁶⁵⁰ Die Leitlinien verweisen dabei auf den Prozess der Digitalisierung, der eine steigende Ähnlichkeit von Leistungsfähigkeiten und Netzdienstmerkmalen auf der Angebotsseite zur Folge habe.⁶⁵¹ In ihrer Empfehlung nach Art. 15 Abs. 1 Rahmenrichtlinie über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors stellt die Kommission die Festlegung eines (einheitlichen) Markts der „Rundfunkübertragungsdienste und -verteilnetze zur Bereitstellung von Rundfunkinhalten für Endnutzer“ zwar in den Raum.⁶⁵² Jedoch führt die Kommission in ihrem erläuternden Bericht aus, dass die Empfehlung keinen Markt für Endkunden festlegt. Die Beschreibung von Endkundenmärkten diene vielmehr lediglich der Ableitung und Feststellung von Großkundenmärkten für Übertragungsdienste.⁶⁵³ Darüber hinaus ist in den Leitlinien anerkannt, dass unterschiedliche Verbrauchervorstellungen von Leistung und Endzweck die Aufteilung in getrennte Märkte rechtfertigen können.⁶⁵⁴ Ob die Rundfunkübertragungswege aus Zuschauersicht substituierbar sind, ist von den jeweiligen inhaltlichen Angeboten und Kosten für den Zuschauer abhängig.⁶⁵⁵ Die wirtschaftlichen Bedingungen sind europaweit uneinheitlich und Veränderungen unterworfen, daher lässt sich die Frage nicht allgemein beantworten.

Der räumlich relevante Markt ist geografisch abzugrenzen. Die Kommission verweist in ihren Leitlinien für den Bereich der elektronischen Kommunikation unter anderem auf die Abgrenzung nach dem von einem Netz erfassten Gebiet.⁶⁵⁶

Daneben stellt sich die Frage, ob für weitere Merkmale (sog. „andere Einrichtungen“), wie Conditional-Access-Systeme, EPG oder API, ein eigener Markt, also getrennt von dem der Rundfunkverbreitung, angenommen werden kann.⁶⁵⁷ Ein sachlich relevanter Markt liegt vor, wenn die einzelnen Leistungen austauschbar sind. Bestehen ausschließlich proprietäre Systeme, liegt kein eigener Markt für die einzelnen Leistungen, sondern für die Systeme vor. Insofern ist das Vorliegen von interoperabler Technik von Bedeutung.⁶⁵⁸ Bestehen nicht ausschließlich proprietäre Systeme, ist davon auszugehen, dass Unternehmen, die über keine beträchtliche Marktmacht verfügen, Conditional-Access-Systeme, EPG und API offen und nichtdiskriminierend ausgestalten wollen. Kommt es jedoch zu einer vertikalen Integration technischer Dienstleistungen, kann sich die Interessenlage eines Marktteilnehmers entgegengesetzt darstellen. Aus diesem Grund sollte für Conditional-Access-Systeme, EPG oder API ein eigener Markt angenommen werden. Die

650 Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste vom 11.07.2002, 2002/C 165/03, ABl. EG Nr. C 165 vom 11.7.2003, S. 6, Nr. 45 ff. Die Leitlinien sind offenbar auch motiviert durch die Schlussfolgerungen der im Auftrag der Kommission durchgeführten SquireSanders-Studie, Market definitions for regulatory obligations in communications markets, Mai 2002, S. 29. Dort wird ein Ansatz favorisiert, der zumindest in Bezug auf die Situation zwischen Kabel und Satellit mit Blick auf deren annähernd ubiquitäre Verfügbarkeit für „Point-to-Multipoint“-Anwendungen von einer Substituierbarkeit und damit einem einheitlichen sachlichen Markt ausgeht.

651 Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht, s. Fußnote 650, Nr. 47.

652 Empfehlung der Kommission über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen (Anhang, Ziffer 18, für Großkundenmärkte), vom 11.02.2003 (C(2003)497), abrufbar unter http://europa.eu.int/information_society/topics/telecoms/regulatory/maindocs/documents/recomde.pdf, abgerufen am 12.02.2004. Gleichzeitig erkennt sie an, dass in Anbetracht der Nachfrage- und Angebotsmerkmale und der Ersatzmöglichkeiten eine zusätzliche Aufgliederung gerechtfertigt sein kann.

653 Erläuternder Bericht der Kommission zur Empfehlung über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen vom 11.02.2003 (C(2003)497), abrufbar unter http://europa.eu.int/information_society/topics/telecoms/regulatory/maindocs/documents/explanmode.pdf, abgerufen am 12.02.2004, S. 36 ff.

654 Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht, s. Fußnote 650, Nr. 45, als Beispiel für letzteren Fall nennen die Leitlinien den Austausch von Kurznachrichten über Funkruf- und Sprachtelefonien.

655 EAI, IRIS Spezial 2001, Fernsehen und Medienkonzentration, S. 70.

656 Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht, s. Fußnote 650, Nr. 55 ff.

657 Die Empfehlung der Kommission über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors merkt an: „Die nationalen Regulierungsbehörden haben bei der Analyse des Marktes für Zugangsberechtigungssysteme für digitale Fernseh- und Rundfunkdienste gemäß Artikel 6 Absatz 3 der Zugangsrichtlinie Ermessensfreiheit. Nach Artikel 6 Absatz 3 der Zugangsrichtlinie können die Mitgliedstaaten ihren nationalen Regulierungsbehörden gestatten, den Markt für Zugangsberechtigungssysteme für digitale Fernseh- und Rundfunkdienste unabhängig von der Art der Übertragung zu überprüfen.“ Im Erläuternden Bericht der Kommission zur Empfehlung über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, S. 38 f., stellt die Kommission fest, dass die Empfehlung keinen (Großkunden-)Markt für zugehörige technische Rundfunkdienste festlegt. Die Marktabgrenzung hänge jedoch von den tatsächlichen Substitutions- und Wechselmöglichkeiten ab. Der Bericht führt auf S. 39 aus: „Als relevanter Markt für die von einem Mitgliedstaat beschlossene Vorab-Marktanalyse gilt daher der Großkundenmarkt für zugehörige technische Rundfunkdienste an allen relevanten Übergabepattformen, sofern nicht spezifische nationale Gegebenheiten, d. h. Wechselkosten und verfügbare Übergabepattformen, eine engere Marktdefinition rechtfertigen.“ Für die Annahme eines eigenen Marktes spricht sich die SquireSanders-Studie, S. 29 f., aus. Zu den Fragen, ob die Regulierung von CAS-Anbietern an die Voraussetzung beträchtlicher Marktmacht geknüpft werden soll und ob sie auch auf API und EPG auszudehnen ist, nimmt die Ovum-Studie, Study on the Development of Competition for Electronic Communications Access Networks and Services, A report to the European Commission, Information Society Directorate, on the Regulation of Conditional Access Systems and Related Facilities, Februar 2001, Stellung.

658 So die SquireSanders-Studie, S. 29 f. Zur Frage der erforderlichen Regelungen in Bezug auf die Interoperabilität s. die im Auftrag der Kommission durchgeführte Oxera-Studie, Study on interoperability, service diversity and business models in digital broadcasting markets, vom Februar 2003, abrufbar unter http://www.europa.eu.int/information_society/topics/telecoms/regulatory/studies/documents/oxera_final_report_volume_1_report1.pdf, abgerufen am 12.02.2004.

vertikale Integration von Transport- und Inhaltenanbietern wiederum bleibt zwar aufgrund der im Richtlinienpaket verfolgten Trennung von Transportweg und Inhalten zunächst außer Betracht. In Erwägungsgrund Nr. 5 der Rahmenrichtlinie wird jedoch gefordert, bestehende Verbindungen zu berücksichtigen, insbesondere um Einschränkungen des Pluralismus, der kulturellen Vielfalt und des Verbraucherschutzes zu vermeiden. Unter Hinweis auf Erwägungsgrund Nr. 5 der Rahmenrichtlinie kann der Aspekt der vertikalen Verflechtung von Transport- und Inhaltenanbietern in die Marktdefinition einfließen. Im Ergebnis ist die Annahme eines eigenen Markts für weitere Merkmale wie Conditional-Access-Systeme, EPG oder API zu befürworten.⁶⁵⁹

Für das *wettbewerbsrechtliche Verfahren* sind folgende Regelungen zu beachten: Für das europäische Wettbewerbsrecht werden im Sektor Telekommunikation die wettbewerbsrechtlichen Regelungen des neuen Richtlinienpakets⁶⁶⁰ besondere Bedeutung erlangen. Um der technischen Konvergenz Rechnung zu tragen, erstreckt Art. 2 a) Rahmenrichtlinie seinen Anwendungsbereich auf alle elektronischen Kommunikationsdienste und -netze.⁶⁶¹ Deren Rechtsrahmen soll dadurch vereinheitlicht werden, dass die neue Rahmenregelung keine Rücksicht auf die technische Plattform nimmt. Daher sind vom Richtlinienpaket sämtliche Kommunikationsnetze umfasst – auch die Übertragungswege für Rundfunk.

Verfügt ein Unternehmen im Telekommunikationsmarkt über eine beträchtliche Marktmacht, sind nach den Wettbewerbsregeln des Richtlinienpakets vor allem die nationalen Regulierungsbehörden und die Kommission gefragt. Für die nationalen Regulierungsbehörden ist eine solche beträchtliche Marktmacht (Significant Market Power, SMP)⁶⁶² die zentrale Voraussetzung für die ihnen einzuräumenden wettbewerbsrechtlichen Befugnisse. Befugnisse, die auch ohne diese Voraussetzung eingeräumt werden, dienen nicht nur wettbewerbsrechtlichen, sondern auch kulturellen oder Zwecken der sprachlichen Vielfalt oder Meinungspluralität.⁶⁶³ Den Befugnissen der nationalen Regulierungsbehörden steht nach Art. 7 Abs. 2 und 3 Rahmenrichtlinie ein

„Gegengewicht“⁶⁶⁴ in Form der Koordination zwischen Regulierungsbehörden untereinander und mit der Kommission gegenüber. Die Mitgliedstaaten haben nach Art. 19 Abs. 1 Rahmenrichtlinie dafür Sorge zu tragen, dass ihre nationalen Regulierungsbehörden Empfehlungen der Kommission über die Durchführung der Richtlinien „weitgehend“ Folge leisten. Das besondere Gewicht der Kommission zeigt sich auch im Verfahren zur Bestimmung des Vorliegens beträchtlicher Marktmacht. Zunächst erlässt die Kommission Leitlinien nach Art. 15 Abs. 2 Rahmenrichtlinie.⁶⁶⁵ Nach Art. 16 Abs. 1 Rahmenrichtlinie legen die nationalen Regulierungsbehörden die relevanten Märkte nach Art. 15 Abs. 3 Rahmenrichtlinie unter „weitestgehender“ Beachtung der Leitlinien fest und analysieren diese. So hat die KommAustria Ende August 2003 ein Konsultationsverfahren hinsichtlich der Festlegung der – ihrer sektorspezifischen Regulierung unterliegenden – relevanten nationalen Märkte eingeleitet.⁶⁶⁶ Gemäß § 36 Abs. 3 i.V.m. mit § 128 TKG 2003 wurde Gelegenheit gegeben, zu der Absicht der Behörde Stellung zu nehmen, in Form einer Verordnung die relevanten Märkte für die terrestrische Rundfunkübertragung abweichend von der Empfehlung der Europäischen Kommission zu definieren. Nach Ansicht der KommAustria ist, bezogen auf die Verhältnisse in Österreich, von einer Aufgliederung des Marktes entsprechend den Sendeinhalten (Hörfunk und Fernsehen) und hinsichtlich der Übertragungswege Satellit, Kabelnetze und Terrestrik auszugehen, wobei allein auf letzterem gravierende Markteintrittshürden bestehen. Demzufolge definiert sie zwei, für die ex ante-Regulierung relevante Märkte, den der terrestrischen Übertragung von Hörfunk mittels UKW und den der terrestrischen Fernsehübertragung. Nach Abschluss der Anhörung zum Ende des Monats September 2003 war das Konsultationsverfahren gemäß Art. 7 Rahmenrichtlinie einzuleiten.

659 In diesem Zusammenhang sei nochmals auf Art. 5 Abs. 1 lit. b) Zugangsrichtlinie hingewiesen, der Maßnahmen betreffend API und EPG unabhängig vom Vorliegen beträchtlicher Marktmacht ermöglicht.

660 Zum Überblick über das neue Richtlinienpaket s. Kapitel II, Punkt 2. a) aa), zur Markttabgrenzung s. Krüger, K & R Beilage 1/2003, 9 ff.

661 Schütz/Attendor, Beilage MMR 4/2002, 5.

662 S. hierzu Scherer, K & R 2002, 273, 283.

663 Z. B. Art. 5 und 6 Zugangsrichtlinie, Art. 12 Abs. 2 Rahmenrichtlinie, Art. 29 ff. Universaldienstrichtlinie.

664 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Ministerrat, den Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen über die Entwicklung neuer Rahmenbedingungen für elektronische Kommunikationsinfrastrukturen und zugehörige Dienste, Kommunikationsbericht 1999, KOM (1999) 539 endg., vom 10.11.1999, S. 59; s. auch Immenga, EuZW 2002, 673, der den verbleibenden Spielraum der nationalen Regulierungsbehörden als tatsächlich in Recht und Rechtspraxis gemeinschaftsrechtlich geprägt ansieht.

665 Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht vom 11.07.2002, s. Fußnote 650. Davon zu unterscheiden sind die Empfehlungen nach Art. 15 Abs. 1 der Rahmenrichtlinie in Bezug auf relevante Produkt- und Dienstmärkte vom 11.02.2003. Ein Verzeichnis derjenigen Märkte, die aufgrund vorangegangener Analysen auf der Basis des bisherigen Telekommunikationsrechts definiert wurden und in die zu erstellende Analyse aufzunehmen sind, finden sich im Anhang der Empfehlung.

666 Das Konsultationspapier der KommAustria vom 25.08.2003 ist abrufbar unter http://www.rtr.at/web.nsf/deutsch/Portfolio_Konsultationen_bisherige_bisherigeKonsultationen_KonsultationMVO-RF?OpenDocument, abgerufen am 28.11.2003.

Ob ein Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügt, bestimmen die nationalen Regulierungsbehörden, denen insofern ein Beurteilungsspielraum zukommen kann. Nach Art. 14 Abs. 2 Rahmenrichtlinie ist dies der Fall, wenn es allein oder mit anderen Unternehmen eine der Beherrschung gleichkommende Stellung einnimmt, das heißt, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von Mitbewerbern, Kunden und Verbrauchern verhalten kann. Diese Beurteilung wird ex ante vorgenommen.⁶⁶⁷

Wird ein Unternehmen als Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht eingestuft, steht der nationalen Regulierungsbehörde nach den Vorgaben von Art. 8 Abs. 2 Zugangsrichtlinie kein Entschließungs-, aber ein Auswahlermessen zu. Optionen zum Einschreiten bestehen zum Beispiel in der Auferlegung von Gleichbehandlungsverpflichtungen nach Art. 10 Zugangsrichtlinie,⁶⁶⁸ der Zugangspflicht zu Netzeinrichtungen nach Art. 12 Zugangsrichtlinie, der Entgeltkontrolle nach Art. 13 Zugangsrichtlinie und Art. 17 Universaldienstrichtlinie. Die Gleichbehandlungsverpflichtungen des Art. 10 Zugangsrichtlinie gelten laut Erwägungsgrund 17 der Zugangsrichtlinie „insbesondere“ für vertikal integrierte Unternehmen. Art. 12 Zugangsrichtlinie zielt unmittelbar auf die Gewährung von Zugang. Danach können Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht dazu verpflichtet werden, Anträgen auf Nutzung von Netzkomponenten oder zugehörigen Einrichtungen stattzugeben. Die nicht abschließende Liste des Art. 12 Abs. 1 Zugangsrichtlinie nennt unter e) die Verpflichtung, offenen Zugang zu technischen Schnittstellen oder „anderen Schlüsseltechnologien“ zu gewähren. Die Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörden unterliegen dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, wie in Art. 8 Abs. 1 Satz 2 Rahmenrichtlinie festgeschrieben. Auf Art. 8 Rahmenrichtlinie wird in Art. 8 Abs. 4 und Art. 12 Abs. 2 Zugangsrichtlinie verwiesen.

b) Die Fernseh-Richtlinie

Die Richtlinie 89/552/EWG⁶⁶⁹ dient ihrem Grundgedanken nach der Beseitigung von Hindernissen für den freien Dienstleistungsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten und verfolgt zudem das Ziel, ein System zu schaffen, das

den Wettbewerb vor Verzerrungen schützt.⁶⁷⁰ Die Fernsehrichtlinie gibt daher für die von ihr geregelten Bereiche Vorgaben für die Ausgestaltung der Rundfunkordnungen der Mitgliedstaaten. In den nicht erfassten Bereichen bleibt es bei der Regelungskompetenz der Mitgliedstaaten, die in ihrem Gestaltungsspielraum nur allgemeinen Anforderungen des Gemeinschaftsrechts wie den in dieser Studie dargestellten Grundfreiheiten, dem Wettbewerbs- und dem Transparenzrecht unterliegen. In den von der Fernsehrichtlinie geregelten Bereichen gibt die EG den Mitgliedstaaten Regelungen an die Hand, die durch die Umsetzungspflicht vor allem in den Fragen der Inhalte von Fernsehsendungen, der Werbevorschriften und in dem wirtschaftlich relevanten Markt der Übertragung von Ereignissen von gesellschaftlicher Bedeutung die Handlungsspielräume der Mitgliedstaaten begrenzen. Diese Vorgaben sollen in den erwähnten Bereichen dargestellt werden, um die Grenzen der Ausgestaltungshoheit, aber auch hierbei und im Übrigen denkbare Instrumente der Mitgliedstaaten auszuloten.

Die Fernsehrichtlinie gilt in ihrem Anwendungsbereich für alle Fernsehanstalten. Eine Unterscheidung zwischen öffentlich-rechtlichen und privaten Sendern wird nicht vorgenommen.

aa) Quotenregelung

Die Fernsehrichtlinie will mit den Art. 4 bis 6 sicherstellen, dass europäische Werke einen Hauptteil der Sendezeit in den Mitgliedstaaten ausmachen. Daneben soll erreicht werden, dass Werke unabhängiger Produzenten ihre Aufnahme in das Fernsehprogramm der Mitgliedstaaten finden. Art. 4 Fernsehrichtlinie verpflichtet daher die Mitgliedstaaten, im Rahmen des praktisch Durchführbaren und mit angemessenen Mitteln dafür Sorge zu tragen, dass die unter ihrer Rechtshoheit befindlichen Rundfunkveranstalter den Hauptteil ihrer Sendezeit europäischen Werken vorbehalten. Ausgenommen hiervon ist die für Nachrichten, Sportereignisse, Spielshows, Werbung und Videotext vorgesehene Sendezeit.⁶⁷¹ Nach Art. 5 Fernsehrichtlinie haben die Mitgliedstaaten dafür Sorge zu tragen, dass die nationalen Veranstalter entweder mindestens 10 % ihrer Sendezeit oder 10 % ihrer Haushaltsmittel für Werke unabhängiger Produzenten verwenden.

⁶⁶⁷ Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht, s. Fußnote 650, Nr. 70 ff.

⁶⁶⁸ Zur Auferlegung von Pflichten gegenüber Kabelnetzbetreibern s. Bonin, K & R 2002, 565, 569.

⁶⁶⁹ Richtlinie 89/552/EWG des Rates zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehtätigkeit, ABl. Nr. L 298 vom 17.10.1989, S. 23, geändert durch Richtlinie 97/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehtätigkeit, ABl. EG Nr. L 202 vom 30.07.1997, S. 60 (Fernsehrichtlinie).

⁶⁷⁰ Erwägungsgrund 2 der Fernsehrichtlinie.

⁶⁷¹ Art. 4 Abs. 1 Fernsehrichtlinie. Zur Definition des europäischen Werks in Art. 6 Abs. 1 bis 6 Fernsehrichtlinie s. Beck'scher Kommentar-Kröber, § 6 Rn. 33 ff.

In der Literatur umstritten ist, ob die Quotenverpflichtungen der Fernsehrichtlinie jeden einzelnen Fernsehveranstalter treffen oder ob es sich um eine so genannte „nationale Quote“ handelt. Eine nationale Quote würde den Mitgliedstaaten ein Instrument zur Steuerung der Rundfunklandschaft einräumen, da die Quote nur von allen Fernsehveranstaltern gemeinsam zu erreichen wäre und es auf das einzelne Programm nicht ankäme.⁶⁷² Damit bestünde also ein Spielraum bei der Verteilung der Programmpflichten zwischen verschiedenen Rundfunksendern. Aus Art. 4 Abs. 3 Satz 2 Fernsehrichtlinie ergibt sich jedoch, dass die Mitgliedstaaten in ihrem der Kommission zu übermittelnden Quotenbericht jedes einzelne ihrer Rechtshoheit unterworfenen Fernsehprogramm aufführen müssen. Damit ist auf den einzelnen Veranstalter, nicht auf die Erfüllung der Quoten bei der Gesamtheit der Fernsehprogramme abzustellen.⁶⁷³

Noch nicht abschließend geklärt ist die Frage nach der Verbindlichkeit der Quotenbestimmungen der Fernsehrichtlinie. Die Feststellung der Wirkung, die die Vorschriften für nationale Rundfunkordnungen entfalten, ist entscheidend für die Reichweite der mitgliedstaatlichen Regelungsbefugnis auf diesem Gebiet. Nach Art. 27 Fernsehrichtlinie ist die Richtlinie an die Mitgliedstaaten gerichtet und von diesen in nationales Recht umzusetzen. Zu den Quotenregelungen haben der EG-Ministerrat und die Kommission jedoch bei Unterzeichnung der Fernsehrichtlinie eine Protokollerklärung abgegeben. Danach bleibt es den einzelstaatlichen Stellen überlassen, „im Rahmen ihrer jeweiligen verfassungsrechtlichen Vorschriften die Form und die Mittel festzulegen, um diese Ziele zu erreichen“.⁶⁷⁴

Aus der Entstehungsgeschichte wird gefolgert, dass aufgrund dieser Protokollerklärung die Quotenregelungen keine Rechtsverbindlichkeit

672 Hailbronner/Weber, DÖV, 1997, 561, 563.

673 Beck'scher Kommentar-Kröber, § 6 Rn. 23.

674 Erklärungen des Ministerrats und der Kommission zum Ratsprotokoll vom 03.10.1989, zitiert nach Dörr/Beucher/Eisenbeis/Jost, Einflüsse europarechtlicher Entwicklungen, S. 88: „Rat und Kommission stimmen überein, daß sich die Mitgliedstaaten durch Art. 4 und 5 politisch auf die dort vereinbarten Ziele verpflichten.“ und in Ziffer 7 Abs. 1 und 2: „Der Rat und die Kommission sind der Auffassung, daß sich die Bestimmungen des Art. 4 an den vom Europäischen Rat in Rhodos und in Madrid anerkannten Zielen, insbesondere an der Notwendigkeit, 'die Bemühungen um eine Stärkung der audiovisuellen Kapazitäten Europas' zu vertiefen, orientieren. Sie bestätigen, daß es in diesen Bestimmungen den einzelstaatlichen Stellen überlassen wird, im Rahmen ihrer jeweiligen verfassungsrechtlichen Vorschriften die Form und die Mittel festzulegen, um diese Ziele zu erreichen. Der Rat und die Kommission kommen überein, daß diese Bestimmungen, die auf den derzeitigen Stand des audiovisuellen Marktes in Europa abgestellt sind, nach Maßgabe der Entwicklung dieses Marktes angepaßt werden können.“

besitzen, es handele sich vielmehr um eine bloße „politische Zielvorgabe“.⁶⁷⁵ Daneben wird vertreten, die Protokollerklärung als Selbstverpflichtung der Kommission anzusehen, Vertragsverletzungsverfahren nicht einzuleiten, solange ein Mitgliedstaat die Quotenbestimmungen nicht völlig unbeachtet lässt oder offenkundig ungeeignete Maßnahmen zur Umsetzung der Bestimmungen erlässt.⁶⁷⁶ Insgesamt wird man den Mitgliedstaaten bei der Auswahl der zum Erreichen der vorgegebenen Ziele geeigneten Mittel wohl einen Gestaltungsspielraum zugestehen können. Sie sollen daher wählen können, ob sie die Zielsetzungen durch Quotenaufgaben im engeren Sinn oder durch entsprechende strukturelle Fördermaßnahmen erreichen wollen.⁶⁷⁷ Soweit die Fernsehrichtlinie eine Umsetzung „im Rahmen des praktisch Durchführbaren“ verlangt, sind insoweit die verfassungsrechtlichen Gegebenheiten in den Mitgliedstaaten zu berücksichtigen.⁶⁷⁸

Die starke mitgliedstaatliche Position kommt in dem Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache Denuit zum Ausdruck. Der Gerichtshof entschied, dass ein Staat keinen Anspruch dagegen erheben kann, dass auf seinem Hoheitsgebiet Sendungen einer Fernsehanstalt ausgestrahlt werden, die unter die Zuständigkeit eines anderen Mitgliedstaates fällt, wenn er der Meinung ist, dass ihre Sendungen den Anforderungen der Artikel 4 und 5 der Richtlinie nicht gerecht werden. Ein derartiges Recht bestehe nicht, da der Herkunftsstaat für die Beurteilung der Erfüllung der Pflichten aus den Art. 4 und 5 Fernsehrichtlinie zuständig sei.⁶⁷⁹

bb) Werberegulungen

Dagegen sind die Möglichkeiten der Mitgliedstaaten, eine (insofern positive) Steuerung der Einnahmeseite der Rundfunkunternehmen durch eine Liberalisierung nationaler Werbebestimmungen vorzunehmen, durch die Fernsehrichtlinie eingeschränkt. Diese gibt neben inhaltlichen Vorgaben (Trennung Werbung/Programm, Sponsoring, Eigenwerbung) auch quantitative Beschränkungen für die Sendung von Werbung im Fernsehen vor. Die

675 So die deutsche Bundesregierung, s. BVerfGE 92, 217; s. auch Möwes/Schmidt-Vockenhausen, EuGRZ 1990, 121, 123. Das BVerfG, E 92, 244, kritisiert diese Ansicht. Es sei insbesondere nicht klar, ob die Protokollerklärungen die Verbindlichkeit der Richtlinie beschränken können. Hinsichtlich des zu erreichenden Ziels beanspruche die Richtlinie nach Art. 189 EGV (a.F.) Verbindlichkeit, was auch durch den Text der Fernsehrichtlinie nicht eingeschränkt sei. Kritisch auch Lerche, AfP 1995, 632, und Trautwein, ZUM 1995, 614, 616.

676 v. Bogdandy, EuZW 1992, 9, 13; Hailbronner/Weber, DÖV 1997, 561, 566.

677 Beck'scher Kommentar-Kröber, § 6 Rn. 28.

678 Dörr/Beucher/Eisenbeis/Jost, Einflüsse europarechtlicher Entwicklungen, S. 93.

679 EuGH, C-14/96, Paul Denuit/Königreich Belgien, Slg. 1997, I-2785, Rn. 35.

Fernsehrichtlinie enthält in Art. 10 Abs. 1 das Gebot der Trennung der Werbung vom Programm, wobei die Werbung klar als solche gekennzeichnet sein muss.⁶⁸⁰ Auch für Teleshopping-Fenster gilt nach Art. 18 a Abs. 2 Satz 2 Fernsehrichtlinie das Gebot der akustischen oder optischen Trennung. Schleichwerbung und entsprechende Praktiken im Teleshopping sind nach Art. 10 Abs. 4 Fernsehrichtlinie verboten. In Art. 13 bis 15 Fernsehrichtlinie sind bei der Werbung für besondere Produkte (Alkohol, Tabak) Vorschriften für die gegenständliche Beschränkung der Werbemöglichkeiten vorgegeben. Art. 16 Fernsehrichtlinie enthält zudem einen gesonderten Minderjährigenschutz für den Bereich der Fernsehwerbung.

Die Mitgliedstaaten sind in dem nicht durch die Richtlinie erfassten Bereich der *inhaltlichen Vorgaben* für die Werbung grundsätzlich frei in der Ausübung nationalen Rechts. Dies wird deutlich an der Rechtsprechung des Gerichtshofs in der Rechtssache Konsumentenombudsman/De Agostini.⁶⁸¹ Der schwedische Verbraucherschutzbeauftragte untersagte bestimmte Werbepraktiken in Fernsehwerbespots für eine Kinderzeitschrift, für Hautpflegemittel und für ein Reinigungsmittel. Die Spots wurden von verschiedenen Rundfunksendern über Satellit übertragen. Nach schwedischem Recht waren Werbeanzeigen in der Fernsehwerbung untersagt, die darauf gerichtet waren, die Aufmerksamkeit von Kindern unter 12 Jahren zu erregen. Darüber hinaus hielt der Verbraucherschutzbeauftragte die Werbung für irreführend. Der Gerichtshof führt aus, dass die Fernsehrichtlinie es einem Mitgliedstaat nicht verwehre, aufgrund einer allgemeinen Regelung des Verbraucherschutzes Maßnahmen gegenüber einem Werbetreibenden wegen irreführender Werbung in einer von einem anderen Mitgliedstaat aus gesendeten Fernsehwerbung vorzunehmen. Diese Maßnahmen dürften jedoch nicht dazu führen, dass eine Weiterverbreitung von Fernsehsendungen im eigentlichen Sinn aus anderen Mitgliedstaaten verhindert werde oder eine Diskriminierung ausländischer Anbieter erfolge.⁶⁸² In dem durch die Fernsehrichtlinie geregelten Bereich wie dem der Fernsehwerbung ist die Kompetenz der Mitgliedstaaten jedoch begrenzt. Die Richtlinie sei dahingehend auszulegen, dass sie in Art. 16 und 22 eine umfassende Regelung speziell für den Schutz Minderjähriger im Hinblick auf Fernsehprogramme im Allgemeinen und Fernsehwerbung im Besonderen enthalte. Die Beachtung dieser Bestimmungen sei auch vom Sendestaat zu gewährleisten. Damit sei es dem

680 Zu einzelnen Problemstellungen s. Castendyk, Werbung nach der Fernsehrichtlinie, S. 158.

681 EuGH, verbundene Rechtssachen C-34–36/95, Konsumentenombudsmänner/De Agostini, Slg. 1997, I-3843.

682 EuGH, verbundene Rechtssachen C-34–36/95, Konsumentenombudsmänner/De Agostini, Slg. 1997, I-3843, Rn. 34, 35, 39.

Empfangsstaat nicht mehr erlaubt, nationale Vorschriften gegenüber Fernsehsendungen aus anderen Mitgliedstaaten anzuwenden, die speziell dazu dienen, einen durch die Richtlinie erfassten Bereich zu schützen.⁶⁸³

Die Richtlinie legt auch *quantitative Beschränkung* der Werbemöglichkeiten fest. Der Gesamtanteil an Sendezeit für alle Formen der Werbung (Teleshopping-Spots, Werbespots, andere Formen der Werbung) darf nach Art. 18 Fernsehrichtlinie mit Ausnahme der Teleshopping-Fenster 20 % der täglichen Sendezeit nicht überschreiten. Dabei wird die Spotwerbung auf 15 % der täglichen Sendezeit begrenzt. Der Anteil an Sendezeit für Werbespots und Teleshopping-Spots darf innerhalb einer Stunde die Marke von 20 % nicht übersteigen. Die Sendung von Teleshopping-Fenstern muss mindestens eine Dauer von 15 Minuten aufweisen. Nach Art. 18 Abs. 2 Fernsehrichtlinie sind höchstens acht solcher Fenster zulässig, deren Dauer insgesamt nicht mehr als drei Stunden betragen darf. Ziel der Regelung ist, Teleshopping innerhalb von Fernsehsendungen den zeitlichen Beschränkungen des Art. 18 Fernsehrichtlinie zu unterwerfen, zugleich jedoch Teleshopping innerhalb von Teleshopping-Kanälen ohne diese Restriktionen zu ermöglichen. Zugleich wird damit geklärt, dass die reinen Teleshopping-Kanäle nicht von der Fernsehrichtlinie erfasst sind.⁶⁸⁴ Damit steht den Mitgliedstaaten ein Handlungsspielraum bei der Ausgestaltung der rechtlichen Möglichkeiten für Teleshopping-Kanäle zur Verfügung. Nach Art. 18 Absatz 3 Fernsehrichtlinie werden im Übrigen kostenlose öffentliche Botschaften und soziale Aufrufe nicht als Werbung im Sinne der Fernsehrichtlinie gewertet. Für die Unterbrecherwerbung gelten besondere Regelungen, die in Art. 11 näher normiert sind.

Auch bei den *Sonderwerbformen* ist der Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten durch Vorgaben der Fernsehrichtlinie begrenzt.

Die Fernsehrichtlinie gibt in Art. 17 Mindeststandards für die Regelung des so genannten *Sponsoring* vor. So statuiert dieser insbesondere ein Beeinflussungsverbot und sieht ein Kennzeichnungsgebot vor. Wesentlicher Gegenstand der Regelung neben der unterstützenden Finanzierung von Rundfunkprogrammen ist, die Unterstützungsleistung durch die Nennung des Sponsors transparent zu machen. Den vielfältigen Möglichkeiten

683 EuGH, verbundene Rechtssachen C-34–36/95, Konsumentenombudsmänner/De Agostini, Slg. 1997, I-3843, Rn. 55 ff.

684 Beck'scher Kommentar-Ladeur, § 45 Rn. 2.

insbesondere der Schleichwerbung und des Product-Placements wirken die Formalisierung des Sendesponsorings und das Transparenzgebot entgegen.⁶⁸⁵

Im Unterschied zur Werbesendung/Werbespot dient das Sponsoring damit nicht der Bewerbung von Produkten oder Dienstleistungen des Sponsors, sondern der Unterstützung bestimmter Sendungen/Programme mit dem Ziel, hierdurch einen Imagegewinn oder -transfer zu erreichen. Bei der inhaltlichen Ausgestaltung ergeben sich über diese Einschränkung hinaus jedoch Gestaltungsmöglichkeiten der nationalen Gesetzgeber. So kann unter anderem die Möglichkeit geschaffen werden, den Sponsorenhinweis in Form bewegter Bilder zu gestalten sowie neben oder anstelle des Namens oder der Firma des Sponsors auch eine Marke im Sponsorenhinweis wiederzugeben. Auch kann verboten oder erlaubt werden, im Rahmen gesponserter Sendungen Werbespots zu verbreiten, die für Produkte oder Dienstleistungen des Sponsors werben.⁶⁸⁶

Eine *Eigenwerbung* für das eigene Programm und die Begleitmaterialien des Programmes gelten nach Art. 18 Abs. 3 Fernsehrichtlinie nicht als Werbung. Einschränkung setzt die Vorschrift jedoch fest, dass es sich um „eigene“ Programme des Fernsehveranstalters und um Begleitmaterialien handeln muss, „die direkt von diesen Programmen abgeleitet sind“.

Umstritten im Hinblick auf die Einordnung in den Terminus „eigene Programme“ des Art. 18 Abs. 3 Fernsehrichtlinie ist die so genannte Cross-Promotion, also der Verweis auf Programme anderer Veranstalter. So wird vertreten, dass durch den Wortlaut der Vorschrift eine Cross-Promotion erlaubt ist, wenn die Gesellschafter der Sender identisch sind, auch wenn jeder Sender über eine eigene Zulassung oder Lizenz verfügt.⁶⁸⁷ Eine enge

Begrenzung auf das eigene Programm geben dagegen die deutschen Landesmedienanstalten vor.⁶⁸⁸

Die Ausgestaltung der für Senderfamilien wichtigen Frage der Cross-Promotion gibt den Mitgliedstaaten daher die Möglichkeit, im Rahmen der Umsetzung des Art. 18 Abs. 3 Fernsehrichtlinie eigene Vorstellungen zu verwirklichen. Diese von der Fernsehrichtlinie eingeräumte Möglichkeit bezieht sich aufgrund ihres Anwendungsbereiches „Fernsehen“ nur auf Fernsehprogramme. Bewerbung von Hörfunkprogrammen ist von der Richtlinie dabei nicht untersagt, eine derartige Werbung fällt jedoch nicht unter das Privileg des Art. 18 Abs. 3 der Richtlinie. Damit ist Werbung für Hörfunkprogramme auf das durch Art. 18 beschränkte Sendekontingent für Werbung anzurechnen.

Hinweise auf Begleitmaterialien unterliegen dann nicht den Werbebeschränkungen, wenn sie in einem Zusammenhang mit dem Programm stehen und sich auf sachlich-inhaltliche Informationen beschränken.⁶⁸⁹

Die Kommission hat in einer Mitteilung vom Dezember 2003⁶⁹⁰ Stellung zu möglichen *Änderungen des Werberechts* der Richtlinie genommen. Sie entschied, Ende des ersten Quartals 2004 eine Mitteilung zu Auslegungsfragen zu verfassen, in der sie darlegen möchte, wie die Bestimmungen des Kapitels IV der Richtlinie insbesondere auf die neuen Werbetechniken Anwendung

685 Beck'scher Kommentar-Brinkmann, § 8 Rn. 6.

686 Beispiele nach Beck'scher Kommentar-Brinkmann, § 8 Rn. 7.

687 Für das mit der Fernsehrichtlinie wortgleich übereinstimmende deutsche Recht in § 45 Abs. 3 Rundfunkstaatsvertrag Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, Kommentar zum Rundfunkstaatsvertrag, Stand April 2000, § 45 Rn. 26; Eberle, ZUM 1999, 530, 535; Platho, MMR 2002, 21, 25, der auf die Zielrichtung der Eigenwerbung, die Bindung von Zuschauern abhebt, die nicht zu einer „Zuschauergenerierung“ werden dürfe. A. A. Bornemann, K & R 2001, 302, 308f., der der Beurteilung keinen formellen, sondern einen materiellen Veranstalterbegriff zu Grunde legen möchte und für das deutsche Recht auf eine Übernahme der medienkonzentrationsrechtlichen Zurechnungsvorschriften dringt. Er lässt es für das Vorliegen eines einheitlichen Unternehmens ausreichen, wenn mehrere natürliche oder juristische Personen oder Personenhandelsgesellschaften, die in rechtlich relevanter Weise miteinander verbunden sind, verschiedene Rundfunkprogramme veranstalten.

688 Punkt 15 der Gemeinsamen Richtlinien der Landesmedienanstalten für die Werbung, zur Durchführung der Trennung von Werbung und Programm und für das Sponsoring im Fernsehen in der Neufassung vom 10.02.2000, zu § 45: „(1) Eigenpromotion sind Hinweise auf die für einen Veranstalter zugelassenen Programme. Sie gelten nicht als Werbung i. S. von § 2 Abs. 2 Nr. 5 RStV“; „(3) Fremdpromotion ist der werbliche Hinweis auf einen anderen Rundfunkveranstalter als Unternehmen oder dessen Sendungen und Dienstleistungen.“ Zur Strittigkeit der Frage innerhalb der Direktorenkonferenz der Landesmedienanstalten s. VG Berlin, AfP 2001, 87.

689 Eberle, ZUM 1991, 56, 56.

690 Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen über die Zukunft der Europäischen Regulierungspolitik im audiovisuellen Bereich, KOM(2003) 784 endg., vom 15.12.2003. Generell sei kurzfristig keine Überarbeitung der Fernsehrichtlinie erforderlich, vielmehr seien neben der weiteren Mitteilung zu Auslegungsfragen und zum Anwendungsbereich der Richtlinienbestimmungen im Bereich der Fernsehwerbung eine Aktualisierung der Empfehlung über den Jugendschutz und den Schutz der Menschenwürde, die die Kommission dem Rat der EU vorschlagen werde, ausreichend, um die nötige Rechtssicherheit zu gewährleisten. Mittelfristig werde eine Reihe von Fragen tiefgreifendere Überlegungen und Diskussionen erfordern, die eine Änderung der Fernsehrichtlinie zu einem späteren Zeitpunkt nach sich ziehen könnten. Die Kommission beabsichtigt, im Hinblick auf diese Fragen entweder den Rat von Sachverständigen zu den Themenschwerpunkten „Regulierung audiovisueller Inhalte“, „Werbung“ und „Recht auf Information“ einzuholen oder unabhängige Studien in Auftrag zu geben. Diese betreffen z. B. die Auswirkung von Regulierungsmaßnahmen auf die Fernsehwerbemärkte, die Auswirkung von Maßnahmen zur Förderung der Verbreitung und Herstellung von Fernsehprogrammen sowie die Koregulierungsmaßnahmen im Mediensektor.

finden sollen. Die Kommission wird ferner untersuchen, wie die Vorschriften für die Einfügung und die zeitliche Dauer der Werbesendungen weiterentwickelt werden könnten, um insbesondere die dem Fernsehzuschauer zur Verfügung stehenden Steuerungsmöglichkeiten und die größere Auswahl an Programmen zu berücksichtigen.⁶⁹¹

cc) Übertragung von Ereignissen von gesellschaftlicher Bedeutung

Eine Möglichkeit zur Gestaltung der Rundfunkordnung ergibt sich indirekt durch Art. 3a Fernsehrichtlinie. Dieser eröffnet den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, eine Liste der gesellschaftlich bedeutenden Ereignisse zu erstellen, die in frei empfangbaren Programmen zu empfangen sein müssen. Über die Ausgestaltung der Liste besteht die Möglichkeit, insbesondere die Entwicklung des Pay-TV zu steuern.

Grundgedanke der Norm ist es in erster Linie, dass die Mitgliedstaaten in die Lage versetzt werden, Maßnahmen zu ergreifen, um das Recht auf Information zu schützen und der Öffentlichkeit einen breiten Zugang zur Fernsehberichterstattung über nationale oder nicht-nationale Ereignisse von erheblicher gesellschaftlicher Bedeutung zu verschaffen.⁶⁹² Daneben verfolgt die Norm jedoch noch einen zweiten, wirtschaftlichen Zweck, der die Auslegung dieser Vorschrift mitbestimmt. So steht es den Mitgliedstaaten zudem frei, Maßnahmen zu ergreifen, mit denen die Ausübung ausschließlicher Senderechte für solche Ereignisse durch die ihrer Rechtshoheit unterliegenden Fernsehveranstalter geregelt werden soll. Die Maßnahmen müssen allerdings wiederum mit allgemeinem Gemeinschaftsrecht vereinbar sein.⁶⁹³

Die Eröffnung des Freiraums der Mitgliedstaaten zur Verwirklichung des wirtschaftlichen Zwecks zeigt sich daran, dass Art. 3a Fernsehrichtlinie nicht zwingende Mindestvorgaben enthält, sondern den Mitgliedstaaten überhaupt freistellt eine nationale Liste aufzustellen. Aufgrund des fakultativen

⁶⁹¹ Punkt 3.5 der Mitteilung.

⁶⁹² Erwägungsgrund 18 der Fernsehrichtlinie.

⁶⁹³ Erwägungsgrund 18 der Fernsehrichtlinie. S. hierzu die Klage der Kirch Media GmbH & Co. KG und der Kirchmedia WM AG (inzwischen Infront als Klägerin) gegen die Entscheidung der Kommission, mit der die Maßnahmen des Vereinigten Königreichs zur Aufstellung einer Liste der Ereignisse von erheblicher Bedeutung als mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar erklärt wurden. Klagegründe sind insofern u. a. die Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, des Eigentumsrechts, der Freiheit, eine wirtschaftliche Tätigkeit auszuüben, des Grundsatzes des Schutzes berechtigter Erwartungen und des Grundsatzes der Nichtrückwirkung, des Gleichheitsgrundsatzes und der Bestimmungen des Art. 3a Abs. 2 der Richtlinie, s. ABl. Nr. C 134 vom 05.05.2001, S. 24.

Charakters besteht keine Umsetzungspflicht.⁶⁹⁴ Von dieser Möglichkeit, Listen zu erlassen und bei der Kommission zu notifizieren, Gebrauch gemacht haben bislang Deutschland, Irland, Italien, Österreich, das Vereinigte Königreich und zuletzt auch Frankreich.⁶⁹⁵ Hat ein Mitgliedstaat dann eine Liste erstellt, hat dieser die gemäß Art. 3a Abs. 1 Satz 3 Fernsehrichtlinie aufgestellten Verfahrenserfordernisse zu beachten. Soweit er darüber hinaus nur eine zeitversetzte Übertragung gewähren möchte, hat er dies nach Abs. 1 Satz 4 gesondert objektiv zu begründen.

Eine Umsetzungspflicht gibt daneben Art. 3a Abs. 3 Fernsehrichtlinie vor. Nach dieser so genannten Schutzklausel haben die Mitgliedstaaten durch nationales Recht sicherzustellen, dass die ihrer Rechtshoheit unterworfenen Fernsehveranstalter etwaige Listen anderer Staaten nicht unterlaufen.⁶⁹⁶ Aus Sicht der Mitgliedstaaten ist daher bei der Gestaltung der Rundfunkordnung angesichts dieser Pflicht zur gegenseitigen Anerkennung von Vorteil, eine derartige Schutzliste zu erlassen. Dadurch werden auch Pay-TV-Anbieter, die

⁶⁹⁴ Beck'scher Kommentar-Altes, § 5 a, Rn. 32.

⁶⁹⁵ Veröffentlichung der konsolidierten Maßnahmenliste gemäß Art. 3a Abs. 2 der Fernsehrichtlinie, ABl. Nr. C 183, vom 02.08.2003, S. 3. Zu Frankreich s. Zerah, IRIS 2003–9:8. Dänemark hat von dieser Steuerungsmöglichkeit bisher in zwei Richtungen Gebrauch gemacht: es ist das bislang einzige Land, das zunächst eine Liste der besonderen Ereignisse, die im frei-empfangbaren Fernsehen zu zeigen waren, erlassen hat und sie dann wieder abschaffte, s. dazu den Länderbericht Dänemark.

⁶⁹⁶ So dürfen nach einer Entscheidung des House of Lords vom 25.07.2001 die Rechte der Öffentlichkeit in einem Mitgliedstaat der EU nicht durch die Lizenzierung oder Sitznahme eines Fernsehsenders in einem anderen Mitgliedstaat unterlaufen werden (das Urteil ist abrufbar unter <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld200102/ldjudgmt/jd010725/dan-1.htm>). Hintergrund des Falles ist, dass TV Danmark 1 Ltd. (TVD), ein privater Pay-TV-Veranstalter, der in Dänemark über Kabel und Satellit sendet, aber aufgrund seiner Niederlassung im Vereinigten Königreich von der Rundfunkaufsichtsbehörde Independent Television Commission (ITC) lizenziert wurde, die Rechte für fünf Weltmeisterschafts-Qualifikationsspiele der dänischen Fußballnationalmannschaft erworben hatte und verschlüsselt ausstrahlen wollte. Zwar gilt TVD aufgrund seiner geringen (Pay-TV-) Gebühren nach dänischem Recht als frei empfangbares Fernsehen, kann jedoch technisch nur von einem Teil der dänischen Bevölkerung empfangen werden (ca. 60%). Die ITC verweigerte die Genehmigung, da nach dänischem Recht die Ausstrahlung derartiger Spiele aufgrund der Möglichkeit des Art. 3a der Richtlinie 89/552/EWG in der Form der Richtlinie 97/36/EG („Fernsehrichtlinie“) dem frei empfangbaren Fernsehen vorbehalten sei, das auch von einem Großteil der Bevölkerung empfangen werden können muss (90%). Nach britischem Recht hätte die ITC den Erwerb der Rechte und damit auch die Ausstrahlung nach Section 101B des Broadcasting Acts 1996 zwar genehmigen können, doch sähen die dänischen Vorschriften, die nach Art. 3a Abs. 3 der Fernsehrichtlinie zu beachten seien, vor, dass Sender mit geringer Ausstrahlungskapazität die exklusiven Senderechte nur erwerben könnten, wenn sie frei-empfangbaren Sendern mit ausreichender Verbreitung die Zweitrechte zu einem angemessenen Preis anböten. Dies war im vorliegenden Fall jedoch nicht geschehen. Die Klage der TVD auf die Erteilung der Genehmigung wurde jedoch vom House of Lords abschlägig beschieden. Insbesondere wurde die Argumentation der Kläger, die Gesetzgebung zur Aufstellung von Ereignissen, die im frei empfangbaren Fernsehen zu sehen sein müssten, behindere den Wettbewerb, verstoße gegen Eigentumsrechte und EG-Recht, nicht akzeptiert. Aufgrund des Ermessensspielraums der ITC auch bei der Beurteilung der Genehmigungsfähigkeit nach britischem Recht habe TVD insbesondere nicht von einer gesicherten Genehmigung und damit nicht von einer durch den Erwerb der Rechte bestehenden Eigentumsposition ausgehen können.

der Rechtshoheit anderer Mitgliedstaaten unterliegen, dazu gezwungen, die Vorgaben bei den in anderen Mitgliedstaaten auf den Listen befindlichen Ereignissen zu beachten.

dd) Jugendschutz

Bei der Gestaltung eines nationalen Rundfunksystems besteht ein Spielraum der Mitgliedstaaten durch die Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe der Fernsehrichtlinie. Als Beispiel hierfür kann der Bereich des Jugendschutzes herangezogen werden. Nach Art. 22 Fernsehrichtlinie haben die Mitgliedstaaten dafür Sorge zu tragen, dass in Fernsehsendungen keine Programme enthalten sind, die „die körperliche, geistige und sittliche Entwicklung von Minderjährigen ernsthaft beeinträchtigen können, insbesondere solche, die Pornographie oder grundlose Gewalttätigkeiten zeigen“.

Einer der umstrittenen unbestimmten Rechtsbegriffe ist der der Pornografie. Die Sendung „erotischer“ Inhalte ist wirtschaftlich ein bedeutender Faktor der audiovisuellen Industrie.⁶⁹⁷ Dadurch ergeben sich besondere wirtschaftliche Potenziale für Sender in den Mitgliedstaaten, die eine weichere, weniger strenge Definition des Begriffs Pornografie vornehmen. Die Bedeutung einer Definition nach nationalem Recht für den Bereich des grenzüberschreitenden Rundfunks zeigt sich am Beispiel TV6. Die von der Rundfunkaufsichtsbehörde KommAustria ausgehend von der in Österreich herrschenden Definition des Begriffs der Pornografie vorgenommene Einordnung der Programme des Senders TV6⁶⁹⁸ stößt in Deutschland, wo der über Satellit ausstrahlende Sender ebenfalls frei empfangbar ist, auf Kritik.⁶⁹⁹ Die Bedeutung dieser Frage wird durch die Rechtsprechung des EuGH noch verstärkt. In der Rechtssache De Agostini führte er aus, dass die Fernsehrichtlinie grundsätzlich mitgliedstaatlichen Maßnahmen wie des Verbots der Ausstrahlung von Werbespots, die die Aufmerksamkeit von

697 Nach Angaben des Interessenverbands des Video- und Medienfachhandels in Deutschland (IVD) macht die Branche 26 % ihres Filmverleihumsatzes mit pornografischen Angeboten. Nach Angaben des IVD ist auch eine starke Nachfrage nach pornografischen Angeboten im Fernsehen/Pay-TV vorhanden, vgl. Focus vom 22.09.2003, S. 180.

698 Bescheid der KommAustria vom 05.11.2003, Geschäftszeichen KOA 2.100/03-49, X-Gate Multimedia Broadcasting GmbH; s. auch Palzer, IRIS 2004-1: 7.

699 S. Ergebnisse der 156. Sitzung der Direktorenkonferenz der Landesmedienanstalten (DLM) am 17.12.2003 in München, abrufbar unter <http://www.alm.de/aktuelles/presse/DLM/181203.htm#5> (abgerufen am 12.02.2004); von Gottberg, tv diskurs Nr. 26, S. 1. Auf eine Anfrage der Bundesregierung hin legte die lizenzierende österreichische Behörde dar, dass mit wenigen Ausnahmen keine Verstöße des Senders gegen österreichisches Recht vorlägen, s. von Gottberg, tv diskurs Nr. 27, S. 1.

Kindern unter 12 Jahren erregen sollen, nicht entgegenstehe. In diesem Fall des Verbots von Werbespots wies der Gerichtshof darauf hin, dass die Fernsehrichtlinie bereits umfassende Regelungen speziell zum Schutz Minderjähriger enthalte, die vom Sendestaat zu beachten seien. Daher sei es den Mitgliedstaaten nicht mehr erlaubt, als Empfangsstaat Vorschriften gegenüber ausländischen Veranstaltern anzuwenden, die speziell den Inhalt der Fernsehwerbung für Minderjährige kontrollieren sollen.⁷⁰⁰

ee) Einhaltung der Richtlinienvorschriften

Nach Art. 3 Abs. 2 tragen die Mitgliedstaaten mit geeigneten Mitteln im Rahmen ihrer Rechtsvorschriften dafür Sorge, dass die ihrer jeweiligen Rechtshoheit unterworfenen Fernsehveranstalter die Bestimmungen der Richtlinie tatsächlich einhalten. Als Vorgabe für die Ausgestaltung der inhaltlichen Vorgaben, die Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie an die Maßnahmen im Sinne des Abs. 2 richtet, kann Art. 41 der Grundrechte-Charta herangezogen werden. Unabhängig von der Anwendbarkeit dieser Vorschrift auf die Durchführung nationalen Rechts,⁷⁰¹ könnte die Gemeinschaftsrechtsprechung auf den durch diese Norm gesetzten Standard als Kriterium auch für die Beurteilung der Effektivität mitgliedstaatlicher Maßnahmen zurückgreifen.

ff) Abweichende Regelungen der Mitgliedstaaten

Nach Art. 3 Abs. 1 Fernsehrichtlinie können die Mitgliedstaaten Fernsehveranstalter, die ihrer Rechtshoheit unterworfen sind, verpflichten, strengeren oder ausführlicheren Bestimmungen in den von dieser Richtlinie erfassten Bereichen nachzukommen. Diese Vorschrift eröffnet den Mitgliedstaaten als Ausgleich zu den Vorgaben der Fernsehrichtlinie einen Handlungsspielraum für die Ausgestaltung ihres Rundfunksystems. Dieser Spielraum kann allerdings nur in eine Richtung genutzt werden, da die Fernsehrichtlinie Mindestregelungen festsetzt, die hinsichtlich der inländischen Rundfunkanbieter nur verschärft, nicht aber gesenkt werden können. Die Fernsehrichtlinie verhindert daher nicht, dass für inländische Anbieter strengere Regelungen gelten, sie dient ausdrücklich nicht der Verhinderung der so genannten Inländerdiskriminierung.⁷⁰²

700 EuGH, verb. Rs. C-34 bis 36/97, Konsumentenombudsmannen/De Agostini, Slg. 1997 I-3875, Rn. 60; s. bereits oben unter Punkt bb). S. auch das Verfahren gemäß Art. 2a Fernsehrichtlinie.

701 Kritisch im Hinblick auf eine weite Auslegung der Norm Lais, ZEuS 2002, S. 7.

702 Hümmerich, AfP 1991, 591, 592.

Von Relevanz für die Gestaltung des dualen Rundfunksystems und der wirtschaftlichen Grundlagen des Rundfunks wird die Vorschrift insbesondere im Bereich der Werbung. Da die Werbevorschriften der Fernsehrichtlinie grundsätzlich nicht zwischen den öffentlich-rechtlichen und den privaten Rundfunkunternehmen unterscheiden, kann der Mitgliedstaat nach Art. 3 Abs. 1 Fernsehrichtlinie für einen Bereich strengere Werberegeln als die der Fernsehrichtlinie vorsehen – zum Beispiel bei den erlaubten maximalen Werbezeiten⁷⁰³ und dem generellen Ausschluss von Werbemöglichkeiten zu bestimmten Sendezeiten oder bei bestimmten Programmformaten –, um den jeweilig anderen in seinen Möglichkeiten der Einnahmengenerierung zu bevorzugen. Diese Variationsmöglichkeit ergibt sich auch im Bereich der inhaltlichen Vorgaben für das Sponsoring, wie den oben dargestellten Möglichkeiten der Verwendung einer Marke oder der Zulässigkeit ergänzender Werbespots innerhalb der gesponserten Sendung. Auch die Möglichkeit der Bewerbung der eigenen Programme und Begleitmaterialien, die nach Art. 18 Abs. 3 Fernsehrichtlinie nicht als Werbung im Sinn der Richtlinie gilt, kann dadurch für (bestimmte) Rundfunkunternehmen, die der Rechtshoheit des Mitgliedstaats unterstehen, zu Gunsten anderer Anbieter beschränkt werden. Auch sind programmliche Vorgaben denkbar, die über die Quotenregelung der Fernsehrichtlinie hinausgehen.⁷⁰⁴

Der Grundsatz der Inländerdiskriminierung ist jedoch durch die genannten allgemeinen Grundsätze und Vorgaben des Gemeinschaftsrechts sowie insbesondere die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips eingeschränkt. Dies hat der Gerichtshof in seiner Entscheidung in der Rechtssache Konsumentenombudsmänner festgestellt.⁷⁰⁵ Danach verbieten Art. 30 und 59 EGV es einem Mitgliedstaat grundsätzlich nicht, aufgrund seiner Rechtsvorschriften Maßnahmen gegen einen Werbetreibenden wegen einer Fernsehwerbung in einem aus dem betreffenden Mitgliedstaat selbst stammenden Programm eines Fernsehsenders zu treffen. Dies gelte jedoch dann nicht, wenn diese Vorschriften den Absatz der inländischen Erzeugnisse und denen aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich oder tatsächlich nicht in der gleichen

Weise berühren. Zudem müssen die Maßnahmen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses oder zur Erreichung eines der in Art. 36 und 56 EGV genannten Zielen erforderlich sein und hierzu in einem angemessenen Verhältnis stehen. Auch dürfen diese Ziele oder zwingenden Gründe nicht durch Maßnahmen erreicht werden können, die den innergemeinschaftlichen Handel in einem geringeren Maß beeinträchtigen.⁷⁰⁶

Neben diesen gemeinschaftsrechtlichen sind zudem die jeweiligen nationalen Vorgaben an die Möglichkeit und Ausgestaltung der Inländerdiskriminierung zu beachten. So hat der Österreichische Verfassungsgerichtshof in einem Urteil vom 09.12.1999 festgelegt, dass auch die nur den eigenen Staatsangehörigen auferlegten Beschränkungen den verfassungsrechtlichen Vorgaben und dabei insbesondere dem Gleichheitsgebot und dem Grundrecht der Erwerbsausübungsfreiheit genügen müssen.⁷⁰⁷

Als Gegenstück zu Art. 3 Abs. 1 eröffnet Art. 20 Fernsehrichtlinie den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, an nationale Veranstalter, deren Programme nur auf dem eigenen Staatsgebiet zu empfangen sind und weder unmittelbar noch mittelbar in einem oder mehreren anderen Mitgliedstaaten öffentlich empfangen werden können, auch geringere Anforderungen im Bereich der Werberegulungen zu stellen.

3. Ergebnis

Aus der Rundfunkfreiheit des Art. 10 Abs. 1 EMRK und Art. 11 Grundrechtecharta ist die normative Vorgabe an die Mitgliedstaaten zu entnehmen, zur Sicherung individueller Freiheiten wie auch des Allgemeininteresses der Meinungspluralität den freien Zugang zu allen Übertragungswegen und den freien Empfang auf allen Übertragungswegen zu gewährleisten. Ein direkter Zugangsanspruch Einzelner lässt sich daraus allerdings nicht ableiten. Ausgewogenheits- und Vielfaltsverpflichtungen sind nach der Rechtsprechung des EGMR mit Art. 10 EMRK (und entsprechend auch mit Art. 11 Grundrechtecharta) vereinbar.

⁷⁰³ S. zur Frage des Brutto- oder Netto-Prinzips bei der Berechnung des durch Werbung zu unterbrechenden Programmzeitraums EuGH, C-6/98, ARD/ProSieben, Slg. 1999, I-7599; Lercara/Scheuer, ZUM 1999, 719 ff.; Scheuer, MMR 2001, 49 ff.

⁷⁰⁴ Das österreichische ORF-Gesetz setzt insofern striktere Regeln, als Teleshopping-Sendungen ORF-Sendern nicht erlaubt sind. Zudem darf der ORF nur ungefähr ein Drittel der nach der Richtlinie möglichen Höchstdauer an täglicher Werbezeit, zugleich aber die von der Richtlinie vorgegebene Höchstdauer der stündlichen Werbezeit voll ausfüllen. Privaten Fernsehsendern dagegen ist die Ausschöpfung der in der Richtlinie festgelegten Werbezeiten und -formen gestattet.

⁷⁰⁵ EuGH, verbundene Rechtssachen C-34–36/95, Konsumentenombudsmänner/De Agostini, Slg. 1997, I-3843. Zum Sachverhalt s. oben unter Punkt b) cc).

⁷⁰⁶ EuGH, verbundene Rechtssachen C-34–36/95, Konsumentenombudsmänner/De Agostini, Slg. 1997, I-3843, Rn. 47, 54. Zu dieser Problematik s. auch Dommering, Advertising and Sponsorship Law, S. 53. S. zu der Rechtsprechung unter dogmatischen Gesichtspunkten Timmermans, Werbung und Grundfreiheiten, S. 28 ff.

⁷⁰⁷ ÖstVerfGH, Az. G 42/99 und G 135/99, Urteil vom 09.12.1999, abgedruckt in EuZW 2001, 219.

Die Grundfreiheiten des EGV fordern bei der Ausgestaltung einer dualen Rundfunkordnung Beachtung und begrenzen dadurch den Spielraum der Mitgliedstaaten. Die in den Art. 43 ff. EGV geregelte Niederlassungsfreiheit schützt alle Anbieter von Rundfunk, die in einem anderen Mitgliedstaat eine Niederlassung gründen wollen, vor hinderlichen Regelungen. Eine Behinderung ist nur zulässig, wenn sie nicht nach Staatsangehörigkeit oder Niederlassungsort diskriminiert, dem Allgemeininteresse dient, zur Erreichung ihres Zwecks geeignet und notwendig sowie verhältnismäßig ist. Grundsätzlich sind danach Einschränkungen zum Schutz der Kultur und zur Erhaltung eines pluralistischen Medienwesens möglich. Die Kapitalverkehrsfreiheit der Art. 56 ff. EGV schützt grenzüberschreitende Investitionstätigkeiten, kann aber auch in nicht diskriminierender und verhältnismäßiger Weise zum Schutz von Allgemeininteressen wie der Erhaltung einer pluralistischen Medienordnung von den Mitgliedstaaten eingeschränkt werden. Die in den Art. 49 ff. EGV geregelte Dienstleistungsfreiheit ist für den Rundfunkbereich die wohl wichtigste Grundfreiheit. Sie schützt den ungehinderten Zugang von Unternehmen zum europäischen Dienstleistungsmarkt auch im Bereich des Rundfunks. Einschränkungen können nur aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden, zu denen auch die Aufrechterhaltung eines pluralistischen Rundfunkwesens gehören kann. Schließlich schützt die in den Art. 28 EGV gewährleistete Warenverkehrsfreiheit die Verbreitung von Produkten wie etwa Satellitenempfangsanlagen oder die Werbung für Waren. Sie kann von den Mitgliedstaaten nur aus Gründen des Allgemeinwohls oder zur Erreichung der in Art. 30 EGV genannten Ziele eingeschränkt werden.

Das in den Art. 81 bis 89 EGV geregelte europäische Wettbewerbsrecht soll den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes vor Verfälschungen schützen. Die Vorschriften gelten zum Teil unmittelbar, zumindest aber sind die Mitgliedstaaten gemäß Art. 10 EGV verpflichtet, keine Maßnahmen zu ergreifen oder beizubehalten, die die Verwirklichung der Ziele des EGV gefährden könnten. Dementsprechend haben die Mitgliedstaaten auch im Bereich des Rundfunks alles zu unterlassen, was den Wettbewerbsregeln ihre praktische Wirksamkeit nehmen würde.

Art. 81 EGV enthält ein Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen. Sie sind nach Art. 81 Abs. 2 EGV nichtig. Ausnahmen vom Kartellverbot bedürfen einer Freistellung durch die Europäische Kommission.

Art. 82 EGV verbietet den Missbrauch marktbeherrschender Stellungen, der den Handel zwischen den Mitgliedstaaten behindern kann. Die Mitgliedstaaten können die Vorgaben aus Art. 82 für ihre eigene Missbrauchskontrolle verschärfen.

Der EGV enthält keine speziellen Vorschriften zur Fusionskontrolle. Eine solche wird von der Europäischen Kommission nach Maßgabe der FusionskontrollVO durchgeführt. Sie gilt für Zusammenschlüsse von Unternehmen ab einem bestimmten Umsatz der beteiligten Unternehmen. Bleiben die Zusammenschlüsse unter diese Grenze, sind allein die Mitgliedstaaten für deren Beurteilung zuständig. Die Kommission erklärt Zusammenschlüsse als unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt, wenn sie eine beherrschende Stellung begründen oder verstärken, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde. Gemäß Art. 21 Abs. 3 FusionskontrollVO können die Mitgliedstaaten trotz der ausschließlichen Zuständigkeit der Kommission und der ausschließlichen Anwendbarkeit der Fusionskontrollverordnung geeignete Maßnahmen zum Schutz anderer berechtigter Interesse als derjenigen treffen, die in der FusionskontrollVO berücksichtigt werden. Dies gilt zum Beispiel für Interessen der Medienvielfalt.

Trotz der großen Bedeutung der Marktabgrenzung hält weder das Primärrecht noch das Sekundärrecht ein Konzept der Marktdefinition bereit. Es blieb daher der Europäischen Kommission und den Gemeinschaftsgerichten überlassen, ein solches zu entwickeln. Im Lauf der Zeit hat die Kommission verschiedene Kriterien und Tests entwickelt, mit deren Hilfe der relevante Markt definiert werden kann, und diese in der 1997 veröffentlichten „Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft“ zusammengefasst.

Für die Ausgestaltung einer dualen Rundfunkordnung spielt die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks durch Gebühren eine wesentliche Rolle. Die Frage, ob diese Form der Finanzierung eine Beihilfe im Sinn des Art. 87 EGV darstellt und nach dieser Vorschrift oder nach der Sonderregelung des Art. 86 EGV gerechtfertigt werden kann, ist für die Stellung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im dualen System von großer Bedeutung. Als eine Beihilfe kann eine Begünstigung jedoch nicht angesehen werden, wenn sie die Nettomehrkosten für die Erfüllung eines zuvor festgelegten hoheitlichen

Gemeinwohlauftrags ausgleicht. Sie stammt nur dann aus staatlichen Mitteln, wenn der Staat oder seine Organe die Mittelvergabe beeinflussen oder kontrollieren können.

Die Wettbewerbsregeln und damit auch das Beihilfeverbot gelten nach Art. 86 Abs. 2 EGV jedoch nicht für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich verhindert. Die Entwicklung des Handelsverkehrs darf dadurch nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft.

Handelt es sich um eine Beihilfe, kann die Kommission diese als eine Förderung der Kultur nach Art. 87 Abs. 3 lit. d) EGV als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklären, soweit sie die Handels- und Wettbewerbsbedingungen in der Gemeinschaft nicht in einem Maß beeinträchtigt, das dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft.

Ob die Gebührenfinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks eine Beihilfe darstellt, ob sie nach Art. 86 Abs. 2 EGV generell vom Beihilfeverbot ausgenommen ist oder ob sie als Beihilfe nach Art. 87 Abs. 3 lit. d) EGV von der Kommission zugelassen werden kann, ist abhängig von der konkreten Ausgestaltung im jeweiligen Mitgliedstaat.

Nach Art. 151 Abs. 2 EGV fördert die EG im Bereich der Kultur die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten und unterstützt und ergänzt erforderlichenfalls deren Tätigkeit. Diese Kompetenz der Gemeinschaft ist jedoch auf ergänzendes Handeln beschränkt und eröffnet weder die Möglichkeit zu einer umfassenden und eigenständigen Kulturpolitik noch darf die kulturelle Vielfalt in den Mitgliedstaaten berührt werden. Hierin läge ein unzulässiger Eingriff in die den Mitgliedstaaten vorbehaltenen Kompetenzen.

Durch das neue Kommunikationsrecht der Gemeinschaft aus dem Jahr 2002 ist der Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten im Rundfunkbereich nur an wenigen Stellen betroffen. Zu nennen sind insbesondere die Vorgaben für die Frequenzvergabe, für die Vorgabe technischer Spezifikationen und das Wettbewerbsrecht. Das Richtlinienpaket gibt dem Programmveranstalter keinen unmittelbaren und unbedingten Anspruch auf den Zugang zu Verbreitungswegen, sodass die mitgliedstaatliche Befugnis zur Ausgestaltung der Vergabe und der ihr zu Grunde liegenden Kriterien unberührt bleibt.

Die Fernsehrichtlinie enthält Vorgaben für die Ausgestaltung der nationalen Rundfunkordnung insbesondere hinsichtlich Werbung und Sponsoring, Jugendschutz, der Berücksichtigung europäischer Werke und der Übertragung von Ereignissen von gesellschaftlicher Bedeutung. Zu all diesen Vorgaben können jedoch die Mitgliedstaaten nach Art. 3 Abs. 1 Fernsehrichtlinie den Fernsehveranstaltern, die ihrer Rechtshoheit unterworfen sind, strengere oder ausführlichere Pflichten auferlegen.



III. Beispiele zur dualen Rundfunkordnung in EU-Mitgliedstaaten

Als Vergleichsbeispiele werden in diesem Teil die Entwicklung und Ausgestaltung der dualen Rundfunksysteme der Mitgliedstaaten Belgien, Dänemark und Irland dargestellt. Diese drei Staaten wurden ausgewählt, weil sie hinsichtlich ihrer Größe, des Umfangs ihrer Rundfunksysteme und der Konkurrenz zu großen Rundfunkanbietern in ihren Nachbarstaaten mit Österreich vergleichbar sind.

1. Belgien

a) Historische Entwicklung im Überblick

Das belgische Rundfunksystem bestand in seiner Entstehungsphase (in den Jahren 1923–1930) aus mehreren privaten Hörfunksendern. Erst 1930 wurde der öffentlich-rechtliche Rundfunk per Gesetz⁷⁰⁸ gegründet. Dieses Gesetz sah zunächst die Beibehaltung einiger privater Veranstalter vor. Während des zweiten Weltkrieges wurden die Lizenzen der privaten Hörfunkveranstalter jedoch nach und nach eingezogen, sodass die damalige, nationale öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt (Nationales belgisches Rundfunkinstitut – NBRI)⁷⁰⁹ zum Ende des Krieges eine absolute Monopolstellung erlangte. Dieses Monopol sollte der öffentlich-rechtliche Rundfunk trotz einiger grundlegender Strukturreformen für längere Zeit beibehalten.

Die 50er Jahre waren auch in Belgien von der Einführung des Fernsehens geprägt, erste Fernsehsendungen wurden 1953 durch die öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt übertragen. Eine wesentliche Neuordnung der Rundfunkordnung erfolgte erstmals durch das Gesetz vom 18.05.1960,⁷¹⁰ mit dem das nationale belgische Rundfunkinstitut durch zwei voneinander unabhängige

⁷⁰⁸ Gesetz vom 18.06.1930.

⁷⁰⁹ Später durch zwei öffentlich-rechtliche Anstalten ersetzt, s. weitere Ausführungen.

⁷¹⁰ Gesetz vom 18.05.1960 (Moniteur Belge/Belgisch Staatsblad vom 21.05.1960, err. M.B./B.S. vom 27.–28.05.1960).

und überwiegend getrennte Rundfunkanstalten (BRT und RTBF)⁷¹¹ für die beiden Landesteile Flandern und Wallonien sowie einem Institut für Gemeinsame Dienstleistungen,⁷¹² ersetzt wurde. Mit diesem Schritt wurde bereits der Grundstein für die spätere Autonomie der Sprachgemeinschaften im Bereich des Rundfunks gelegt.

Verstärkt wurde die Unabhängigkeit der beiden Rundfunkanstalten durch die erste Staatsreform von 1970 bis 1971, mit der das belgische Parlament den Bereich der Kultur- und Rundfunkpolitik den drei regionalen Gemeinschaften⁷¹³ (Flämische, Französische und Deutschsprachige Gemeinschaft) übertrug und diese Delegation der Kompetenzen später auch verfassungsrechtlich verankerte.⁷¹⁴ Von der neu begründeten Gemeinschaftszuständigkeit blieben jedoch technische Aspekte wie zum Beispiel die Frequenzuteilung oder die technische Normierung der Sendegeräte sowie der Bereich der Telekommunikation ausgenommen. Zu den beiden bereits bestehenden öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten kam 1976 noch die Anstalt der deutschsprachigen Gemeinschaft⁷¹⁵ hinzu, die dem Kulturministerium der deutschsprachigen Gemeinschaft unterstellt wurde. Schließlich wurde 1977 die Trennung der beiden bereits zuvor bestehenden Rundfunkanstalten BRT und RTBF endgültig vollzogen und auch das Institut für Gemeinsame Dienstleistungen organisatorisch auf die Sprachgemeinschaften aufgeteilt.⁷¹⁶

711 BRT („Belgische Radio en Televisie, Nederlandse uitzendingen“); RTBF („Radiodiffusion-Télévision Belge Emissions françaises“). Im späteren Verlauf der Rundfunkentwicklung wurde der BRT noch zweimal umbenannt und heißt nunmehr seit 1997 VRT („Vlaamse Radio- en Televisieomroep“). Auch der RTBF änderte seinen Namen in Radio-Télévision belge de la Communauté française, die Abkürzung blieb jedoch gleich.

712 Diesem Institut oblagen gemeinsame administrative und technische Angelegenheiten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstaltung.

713 Im Ganzen wurden durch die Staatsreform sechs unterschiedlich bezeichnete belgische Regionseinheiten gegründet, die sich territorial gesehen jedoch überwiegend, wenn auch nicht vollständig, überschneiden: Zum einen die drei genannten Sprachgemeinschaften und zum anderen drei Regionen (die Region Flandern, die Region Brüssel, und die Region Wallonien). Den Gemeinschaften wurden insbesondere Kompetenzen im Hinblick auf die Bereiche Kultur, Sprache und Bildung übertragen, während die Regionen eher Aufgaben wirtschaftlicher Art übernehmen.

714 So wurde gemäß der Verfassung (in ihrer mittlerweile koordinierten Fassung vom 17.02.1994) die Zuständigkeit für kulturelle Angelegenheiten den Gemeinschaften unterstellt. Zunächst betraf dies nur die Flämische und die Französischsprachige Gemeinschaft, die Deutschsprachige Gemeinschaft erhielt erst im Zuge einer zweiten Staatsreform (1980–1983) vergleichbare Zuständigkeiten. Ein Sondergesetz vom 08.08.1980 (M.B./B.S. v. 15.08.1980) listete die kulturellen Angelegenheiten im Sinne der Verfassung in zehn Rubriken auf, eine davon bezieht sich auf Radio und Fernsehen.

715 BRF (Belgischer Rundfunk und Fernsehen).

716 Gesetz vom 18.02.1977.

Zu diesem Zeitpunkt besaßen die öffentlich-rechtlichen Anstalten weiterhin das Rundfunkmonopol. Allerdings bildeten sich bereits in der zweiten Hälfte der 70er Jahre im Bereich des Hörfunks immer mehr so genannte Piratensender, die damit begannen, die Monopolstellung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks auszuhöhlen. Schließlich wurden diese privaten Sendeeinitiativen in den Jahren 1981 und 1982 von den Gemeinschaften legalisiert,⁷¹⁷ indem den einzelnen („nicht-gewinnorientierten“) Organisationen die Möglichkeit gegeben wurde, eine Rundfunklizenz zu erhalten. Diese Lizenzen waren jedoch auf bestimmte lokale Gebiete beschränkt, sodass die so zugelassenen privaten Sender jeweils nur eine begrenzte Anzahl von Zuhörern erreichten. Werbung war diesen Sendern zunächst nicht erlaubt, das Werbeverbot wurde jedoch aufgrund wirtschaftlichen und politischen Drucks wenige Jahre später aufgehoben.⁷¹⁸

Im Bereich des Fernsehens fiel das Monopol der öffentlich-rechtlichen Sender, als 1987 sowohl die französischsprachige als auch die flämische Gemeinschaft erstmals kommerzielle Sender zuließen.⁷¹⁹ Schon einige Zeit zuvor hatten die öffentlich-rechtlichen Anstalten durch die hohe Verkabelungsdichte in Belgien starke Konkurrenz durch ausländische, in das belgische Kabelnetz eingespeiste Sender bekommen. Mit der Errichtung von Kabelnetzen hatte man bereits Ende der 60er Jahre begonnen und die Verkabelung in ganz Belgien so schnell vorangetrieben, dass bereits zu Beginn der 80er Jahre etwa 90 % der belgischen Haushalte an ein Kabelnetz anschließbar waren. Diese hohe Verkabelungsdichte⁷²⁰ hat dazu geführt, dass auch heute noch andere Verbreitungsmöglichkeiten (wie z. B. die Übertragung per Satellit) in der belgischen Rundfunklandschaft kaum eine Rolle spielen.

717 Decreet van de Vlaamse Raad van 6 mei 1982 houdende organisatie en erkenning van de niet-openbare radio's (M.B./B.S. v. 15.7.1982); Décret du Conseil de la Communauté française du 8 septembre 1981 fixant les conditions des radios locales.

718 Vgl. Bens, Belgian Media Landscape.

719 Vgl. Decreet van de Vlaamse Raad van 28 januari 1987 betreffend het overbrengen van klank- en televisieprogramma's in de radiodistributie- en teledistributienetten en betreffende de erkenning van niet-openbare televisieverenigingen (M.B./B.S. v. 19.03.1987); Décret du Conseil de la Communauté française du 17 juillet 1987 sur l'audiovisuel (M.B./B.S. v. 22.08.1987).

720 Mittlerweile sind 98,63 % der insgesamt 4,175 Mio. belgischen Rundfunkhaushalte an ein Kabelnetz anschließbar, davon sind 94,63 % tatsächlich angeschlossen. Dagegen empfangen lediglich etwa 3,8 % der Haushalte direkt oder über Gemeinschaftsanlagen Rundfunk per Satellit. Vgl. zu diesen Zahlen das Jahrbuch 2003 der Europäischen Audiovisuellen Informationsstelle, Band 2, S. 33 und 41.

Seit Aufhebung des öffentlich-rechtlichen Monopols im Bereich des Hörfunks und des Fernsehens haben sich die Rundfunksysteme in den einzelnen Gemeinschaften weitgehend unabhängig voneinander entwickelt, sodass die einzelnen Rundfunkordnungen im Folgenden voneinander getrennt dargestellt werden.⁷²¹

b) Die Flämische Gemeinschaft

aa) Öffentlich-rechtlicher Rundfunk

Der Verlust ihrer Monopolstellung im Jahre 1989 führte bei der BRT sowohl zu einigen strukturellen als auch inhaltlichen Reformen. Durch eine Verordnung über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in Flandern⁷²² wurde zunächst versucht, eine größere Unabhängigkeit der BRT von politischen Einflüssen zu erreichen, gleichzeitig wurde die Anstalt erstmals in BRTN⁷²³ umbenannt. Per Dekret⁷²⁴ wurde 1996 die gesamte Führungsspitze der BRTN ausgewechselt, ebenfalls mit dem Ziel, die Unabhängigkeit der BRTN sowie ihre Wettbewerbsfähigkeit zu stärken. Schließlich wurde die Anstalt 1997 in eine Aktiengesellschaft öffentlichen Rechts umgewandelt⁷²⁵ und erhielt ihren heutigen Namen, VRT (Vlaamse Radio en Televisie Omroep). Der VRT verfügt heute über drei Fernsehkanäle (das allgemeine Programm TV1, den Kinderkanal „Ketnet“ und den Kanal „Canvas“, der ein zusätzliches Informations- und Kulturangebot beinhaltet) sowie über sieben Radioprogramme mit unterschiedlicher inhaltlicher Ausrichtung.

Die wesentlichen Anforderungen an die Erfüllung öffentlich-rechtlicher Aufgaben durch den VRT sind in den so genannten Dekreten betreffend Hörfunk und Fernsehen,⁷²⁶ die die wesentlichen Bestimmungen zum Rundfunk in der flämischen Gemeinschaft enthalten, verankert. Demnach ist der VRT dazu verpflichtet, ein breit gefächertes Angebot in den Bereichen Information, Kultur, Bildung und Unterhaltung sicherzustellen. Die Programme des VRT sollen einen Beitrag zur kulturellen Identität und Meinungsvielfalt, zur

721 Die Darstellung beschränkt sich allerdings auf die beiden größeren Gemeinschaften, die Flämische und die Französische Gemeinschaft.

722 Verordnung vom 13.01.1991.

723 Der Buchstabe „N“ stand dabei für „Nederlandse uitzendingen“.

724 Dekret vom 22.12.1995.

725 Durch Decreet van 29 april 1997 betreffende de omzetting van de BRTN in een naamloze vennootschap van publiek recht (M.B./B.S. v. 01.05.1997).

726 Vgl. Dekrete betreffend Hörfunk und Fernsehen, koordiniert durch Beschluss der flämischen Regierung vom 25.01.1995, in der Fassung der letzten Änderung durch das Dekret vom 18.07.2003 (M.B./B.S. v. 03.09.2003).

Demokratie und zur Toleranz in der Flämischen Gemeinschaft darstellen. Konkretisiert werden diese grundlegenden Ziele durch Abkommen („beheersoverenkomst/cahier des charges“⁷²⁷), die der VRT für jeweils fünf Jahre mit der Regierung der Flämischen Gemeinschaft schließt.⁷²⁸ Hierin werden, neben strategischen Zielen und konkreten Anforderungen (demnach soll der VRT z. B. im Wochendurchschnitt mindestens 70 % der Flämischen Bevölkerung mit seinen Fernsehprogrammen sowie mindestens 1,5 Mio. Zuschauer pro Tag mit seinen Informations- und Nachrichtensendungen erreichen⁷²⁹), die Regeln zur Finanzierung der Programme und Aktivitäten des VRT festgelegt.

Technisch gesehen hat der VRT die Verpflichtung, die gesamte Bevölkerung der Flämischen Gemeinschaft zu erreichen. Der VRT betreibt daher, um von anderen Netzbetreibern unabhängig zu sein, sein eigenes terrestrisches Netz. Die Hörfunkkanäle des VRT werden hierüber sowohl analog als auch digital verbreitet, hinsichtlich des Fernsehens erfolgte eine Übertragung bislang allerdings nur in analoger Technik. Der VRT verfügt jedoch über eine Forschungs- und Entwicklungsabteilung, die unter dem Namen „Digital Home Platform“ ein Pilotprojekt betrieben hat, bei dem 100 Fernsehhaushalten in Flandern digitale und interaktive Fernsehdienste auf terrestrischem Wege angeboten wurden. Ein Folgeprojekt,⁷³⁰ bei dem sich der VRT mit den beiden wichtigsten kommerziellen Sendern VMM und VT4 sowie den Netzbetreibern Telenet und Interkabel zusammengeschlossen hat, befasst sich mit der Verbreitung digitaler Fernsehdienste über das Kabelnetz, welches auch für den VRT den wichtigsten Übertragungsweg darstellt, da etwa 95 % der flämischen Fernsehhaushalte die VRT-Programme auf diesem Weg empfängt.

Über Satellit wird hingegen lediglich der internationale Hörfunkkanal (RVi) in Europa verbreitet. In Bezug auf das Internet hat der VRT Vereinbarungen mit den beiden Providern Skynet (Belgacom) und Telenet (Flämischer Kabelnetzbetreiber) geschlossen, die eine Übertragung von Breitbandinhalten über die Nachrichtenseite erlauben. Nur Kunden dieser Provider können bewegte Bilder herunterladen, Kunden anderer Provider sind auf eine Basisversion des VRT-Internetauftritts beschränkt, welcher nur den Ton und Standbilder beinhaltet.

727 Im Folgenden „Rundfunkabkommen“.

728 Das letzte Abkommen datiert vom 07.06.2001 und gilt für den Zeitraum 2002–2006.

729 Gemeint ist hier die tatsächliche Reichweite.

730 Mit Namen „Flanders Interactive“.

Dem VRT ist Werbung nur im Bereich des Hörfunks erlaubt, Fernsehwerbung (ausgenommen Eigenwerbung) und Teleshopping sind ihm dagegen untersagt. Somit verbleiben dem VRT als einzige Finanzierungsquellen auf dem Werbemarkt das Sponsoring und so genannte „Partnerships“. Das geltende Rundfunkabkommen beschränkt den Umsatz des VRT auf dem Werbemarkt auf EUR 40,9 Mio. im Bereich der Hörfunkwerbung sowie auf EUR 8,7 Mio. beim Sponsoring der Fernsehtätigkeiten. Mit dieser Maßnahme beabsichtigt die Regierung der Flämischen Gemeinschaft zu verhindern, dass der Werbemarkt für die im Lauf der letzten Jahre immer zunehmende Anzahl privater Rundfunkveranstalter zu klein wird.⁷³¹

Seit dem 01.01.2002 sind die Gemeinschaften auch für die Festlegung der Rundfunkgebühren zuständig. Daraufhin hat die Regierung der Flämischen Gemeinschaft das bis dahin geltende Rundfunkgebührensensystem⁷³² abgeschafft. Begründet wurde dies mit dem Argument, dass es sich dabei um eine ungerechte finanzielle Belastung der einzelnen Haushalte handele, da bei der Erhebung dieser Gebühr weder das Einkommen noch die finanziellen Mittel oder die familiären Gegebenheiten berücksichtigt würden.⁷³³ Die Regierung wollte hiermit zum Ausdruck bringen, dass sie es als ihre eigene Pflicht ansieht, den öffentlich-rechtlichen Rundfunk im Rahmen öffentlich-rechtlicher Daseinsvorsorge zu finanzieren und den Bürger von der Entrichtung einer entsprechenden Gebühr zu befreien.⁷³⁴

bb) Privater Rundfunk

Nach der Genehmigung privaten Hörfunks im Jahre 1982 verstießen immer mehr private Veranstalter gegen die gesetzlichen Vorgaben, wonach ihnen die Bildung von Sendernetzwerken sowie die Ausstrahlung von Werbung untersagt war. Schließlich gab der Flämische Gesetzgeber dieser Entwicklung nach und passte 1985 die gesetzlichen Bestimmungen zumindest insofern den tatsächlichen Gegebenheiten an, als er Werbung im Hörfunk erlaubte. Das Verbot der Bildung von Sendernetzwerken hingegen wurde 1991⁷³⁵ per Verordnung noch einmal bestätigt. Die Radiosender sollten auf einen bestimmten lokalen Bereich beschränkt bleiben. Zwar wurde durch ein späteres

Dekret die Möglichkeit geschaffen, über lokale Radiosender hinaus Konglomerat-Stationen bzw. Metropolsender zu bilden, sodass Sender in Großstädten die gesamte Stadtbevölkerung erreichen konnten. Die gemeinschaftsweite Ausstrahlung von Hörfunkprogrammen blieb jedoch dem VRT vorbehalten. Das Dekret von 1998⁷³⁶ führte allerdings auch die so genannten „Kabelradio-Sender“ ein, deren Reichweite zumindest geografisch nicht durch die Lizenz beschränkt wurde. Entsprechend verbreitete Programme konnten jedoch weder über Autoradios oder sonstige mobile Empfangsgeräte empfangen werden, sodass auch derartige Sender nicht in der Lage waren, ein annähernd gleichbedeutendes Hörerpublikum zu erreichen wie die VRT-Programme. Dennoch wurde dieses Monopol des VRT schließlich durchbrochen, nachdem die Flämische Regierung festgestellt hatte, dass die terrestrischen Frequenzkapazitäten für zwei weitere gemeinschaftsweite Hörfunkprogramme ausreichten, ohne durch eine tatsächliche Ausstrahlung die bestehenden VRT-Programme zu beeinträchtigen. So wurden im September 2001 zwei landesweite kommerzielle Sender zugelassen, Q-Music und 4FM, die auf dem Hörfunkwerbemarkt nunmehr eine echte Konkurrenz zum VRT darstellen.

Durch die Kabel-Verordnung von 1987 wurde der gesetzliche Rahmen für privates kommerzielles Fernsehen in Flandern geschaffen. Allerdings wurde das bis dahin bestehende öffentlich-rechtliche Monopol durch ein privates Monopol ersetzt, da lediglich einem privaten flämischen Veranstalter Fernsehwerbung erlaubt wurde. Dabei handelte es sich um den Sender VTM (Vlaamse Televisie Maatschappij), der das Monopol im Bereich der Fernsehwerbung bis 1998 behalten sollte. Durch diesen Sonderstatus sollten die flämischen Presseverleger vor Verlusten hinsichtlich ihrer Werbeeinnahmen geschützt werden. Die flämische Verlags- und Zeitschriftenlobby hatte außerdem erreicht, dass die Mehrheit der Anteile an VTM per Gesetz für sie bestimmt wurde.

In ihrer Entscheidung vom 26.06.1997⁷³⁷ befand die Kommission der Europäischen Gemeinschaften die für die VTM geltenden Exklusivbestimmungen für vertragswidrig⁷³⁸ und zwang den flämischen Gesetzgeber dazu, seine

731 Im Bereich der Radiowerbung erzielte der VRT noch im Jahre 2001 kommerzielle Gesamterträge in Höhe von 88 % – s. hierzu das Jahrbuch 2003 der Europäischen Audiovisuellen Informationsstelle, Band 1, S. 59.

732 Danach wurden allerdings nur 50 % der erhobenen Rundfunkgebühren an die öffentlich-rechtlichen Veranstalter abgeführt, die weiteren 50 % wurden als Steuer für sonstige Staatsaufgaben verwandt.

733 Parlamentarische Dokumente 2001–2002, Nr. 1052/2, 4.

734 S. Bens/Ros, Belgien, S. 216.

735 Verordnung vom 08.02.1991.

736 Dekret des Flämischen Parlaments vom 07.07.1998 (M.B./B.S. v.18.07.1998), in der Fassung seiner Änderung durch Dekret des Flämischen Parlaments vom 15.12.1998 (M.B./B.S. v. 31.12.1998).

737 Entscheidung der Kommission Nr. 97/606/EG vom 26.06.1997 gemäß Artikel 90 Absatz 3 des EG-Vertrages über das Exklusivrecht zur Ausstrahlung von Fernsehwerbung in Flandern, ABI. EG Nr. L244 v. 06.09.1997, S. 18.

738 Konkret stellte die Kommission eine Verletzung der Niederlassungsfreiheit (Art. 43 EGV) sowie des freien Kapitalverkehrs (Art. 294 EGV) fest.

Bestimmungen an die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben anzupassen.⁷³⁹ Diese Entscheidung wurde später auch vom Europäischen Gericht erster Instanz bestätigt, das ebenfalls die Unvereinbarkeit des flämischen Monopols im Bereich der Fernsehwerbung mit dem Gemeinschaftsrecht feststellte.⁷⁴⁰

VTM hatte allerdings noch vor der Entscheidung der Kommission Konkurrenz durch den privaten Sender VT4 erhalten, der von der amerikanisch-schwedischen SBS-Broadcasting Group betrieben wird. Dieser sendete sein VT4-Programm ebenso wie seine skandinavischen Programme von London aus und konnte somit, nachdem die Kabelgesellschaften bereit waren, VT4 in ihre Netze einzuspeisen, aufgrund seines Status als ausländischer Rundfunkveranstalter das flämische Werbemonopol umgehen. VTM reagierte auf diese Situation mit der Gründung eines 2. Programms, genannt Ka 2, der dieselben Marktsegmente bedienen sollte wie VT4. Im Jahre 2001 startete VTM sogar noch einen dritten Kanal, Jim TV.

Neben diesen landesweiten kommerziellen Kanälen gibt es seit 1999 noch einige Spartenkanäle wie zum Beispiel den Musiksender The Music Factory,⁷⁴¹ den Finanznachrichtenkanal Kanaal Z,⁷⁴² den Reisekanal Libertytv.com⁷⁴³ und den Lifestyle-Kanal Vitaya.⁷⁴⁴

Durch die Verordnung von 1987 wurde aber auch regionales (Kabel-)Fernsehen prinzipiell ermöglicht. Die gesetzlichen Bestimmungen ließen jedoch zunächst offen, wie sich solche Sender angesichts des Werbemonopols der VTM finanzieren sollten und nahmen auch keine genaue Festlegung der Sendegebiete vor. Nach entsprechenden gesetzlichen Klarstellungen⁷⁴⁵ nahmen im Jahr 1994 schließlich elf regionale Fernsehsender ihren Sende-

betrieb auf, die sich überwiegend aus Werbung finanzieren. Diese Sender sind mittlerweile bei den Zuschauern sehr beliebt, dennoch ist ihre Existenz aufgrund finanzieller Probleme nicht gesichert.

Eigentumsbeschränkungen im Sinn von „Cross-Media Ownership“-Regeln gibt es für den Bereich der flämischen Medien nicht. Beteiligungsgrenzen gelten lediglich für den Hörfunk. Ein und dieselbe juristische Person darf nicht mehr als einen lokalen Radiosender⁷⁴⁶ und nicht mehr als einen landesweiten Radiosender⁷⁴⁷ betreiben. Außerdem dürfen zwischen den Betreibern landesweiter Hörfunksender weder direkte noch indirekte Verbindungen bestehen. Betreiber regionaler Hörfunksender sind ebenfalls auf den Betrieb eines einzigen Senders beschränkt. Mit diesen Konzentrationsbestimmungen soll der lokale bzw. regionale Charakter der jeweiligen Hörfunkprogramme gewahrt werden.

Seit 1998 ist politische Werbung in Hörfunk und Fernsehen verboten.⁷⁴⁸ Das Verbot wurde aufgenommen, nachdem das flämische Parlament bemerkt hatte, dass das Bundesgesetz über Wahlpropaganda und Parteienfinanzierung keine entsprechenden Bestimmungen enthielt. Art. 80 Abs. 3, der daraufhin in das Rundfunkgesetz eingefügt wurde, verbot dem Wortlaut nach allerdings nur parteifinanzierte Werbebotschaften, die dazu dienten, allgemein für die jeweilige Partei zu werben. Somit schien hinsichtlich der gezielten Werbung für einzelne Politiker oder Wahlkandidaten eine Gesetzeslücke zu bestehen. Das Vlaams Commissariaat voor de Media (die flämische Medienbehörde) hat schließlich am 23.09.2002 ausdrücklich festgestellt, dass derartige individualisierte politische Botschaften nicht unter Art. 80 Abs. 3 Rundfunkgesetz fallen. Daraufhin wurde das Verbot politischer Werbung vom Gesetzgeber dahingehend neu formuliert, dass politische Werbung generell verboten ist.⁷⁴⁹

739 S. das Decreet van het Vlaamse Parlement van 28 April 1998 tot wijziging van sommige bepalingen van de decreten betreffende de radio-omroep en de televisie, gecoördineerd op 25 januari 1995 (M.B./B.S. v. 20.05.1998, berichtigt M.B./B.S. v. 10.11.1998).

740 EuG, T-266/97, VTM/Kommission, Slg. 1999, II-2329.

741 TMF ist ein Sender mit Sitz in den Niederlanden, der seine Programme aufgrund einer niederländischen Lizenz verbreitet, sich inhaltlich jedoch an die flämische Bevölkerung richtet, vgl. <http://www.tmf.be> (Stand November 2003).

742 Kanaal Z existiert auch in der Französischsprachigen Gemeinschaft als Canal Z, weitere Informationen unter <http://www.kanaalz.be> oder <http://www.canalz.be> (Stand November 2003).

743 Weitere Informationen unter <http://www.libertytv.be> (Stand November 2003).

744 Weitere Informationen unter <http://www.vitaya.be> (Stand November 2003).

745 Vgl. die Verordnungen vom 23.10.1991 und vom 20.05.1992. In Bezug auf regionales Fernsehen herrschen demnach folgende Bestimmungen: Der Sendebereich durfte nicht mehr als 15 % der gesamten Kabelabonnenten umfassen. Es sollten höchstens elf regionale Fernsehsender entstehen. 80 % des Sendeprogramms musste einen regionalen Bezug aufweisen. Lokale Werbung und Sponsoring sowie Zuwendungen lokaler oder regionaler Behörden wurden gestattet.

746 Vgl. Art. 32 Nr. 4 der Flämischen Rundfunkdekrete betreffend Hörfunk und Fernsehen, koordiniert durch Beschluss der flämischen Regierung vom 25.01.1995, in der Fassung der letzten Änderung durch das Dekret vom 18.07.2003 (M.B./B.S. v. 03.09.2003).

747 Vgl. Art. 38octies, § 1, Nr. 3 der Flämischen Rundfunkdekrete betreffend Hörfunk und Fernsehen, koordiniert durch Beschluss der flämischen Regierung vom 25.01.1995, in der Fassung der letzten Änderung durch das Dekret vom 18.07.2003 (M.B./B.S. v. 03.09.2003).

748 S. Art. 80 Abs. 3 der Radio- und Fernsehverordnung von 1995 in der Fassung der Änderung vom 31.03.1998.

749 S. insgesamt zu dieser Änderung Voorhoof in IRIS 2003-5: 6.

c) Die Französische Gemeinschaft

aa) Öffentlich-rechtlicher Rundfunk

Die öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt der französischsprachigen Gemeinschaft, die RTBF, verfügt gegenüber den politischen Institutionen der Gemeinschaft ebenso wie der VRT in Flandern über eine weitgehende Autonomie, obwohl ihre Struktur nicht, wie beim VRT, der eines privaten Unternehmens entspricht. Im Jahre 1997 kam es hinsichtlich der Struktur und Organisation der RTBF zu einer umfassenden Reform,⁷⁵⁰ durch die dem Sender zu einer größeren Unabhängigkeit verholfen werden sollte. Dennoch handelt es sich bei der RTBF auch heute noch um eine öffentlich-rechtliche Anstalt, die einem Direktorium (Board of Directors) untersteht, dessen 13 Mitglieder vom Parlament der französischsprachigen Gemeinschaft gewählt⁷⁵¹ werden. Dadurch sind politische Einflussnahmen nicht gänzlich ausgeschlossen. Die Mitgliedschaft im Direktorium der RTBF darf jedoch nicht mit einem politischen Amt zusammenfallen. Die RTBF verfügt heute über drei Fernsehkanäle (La une, La deux und rtbf satellite) sowie über fünf Radiokanäle mit unterschiedlicher Ausrichtung.⁷⁵²

Der öffentlich-rechtliche Auftrag der RTBF wird in dem Dekret von 1997 in seinen Grundsätzen festgelegt⁷⁵³ und ebenso wie in Flandern durch Regierungsabkommen konkretisiert.⁷⁵⁴ Die RTBF ist demnach, ebenso wie der VRT, dazu verpflichtet, ein ausgewogenes und vielfältiges Programm mit möglichst universeller Reichweite bereitzustellen. Gemäß dem derzeit geltenden Regierungsabkommen muss die RTBF einen jeweils bestimmten Anteil ihrer Rundfunkprogramme Nachrichten-, Informations-, Kultur-, Wissenschafts-, Bildungs- und Unterhaltungssendungen widmen, wobei sich in allen Sparten der Bezug zur französischsprachigen Gemeinschaft widerspiegeln soll.⁷⁵⁵

750 S. Décret du 14 juillet 1997 portant statut de la Radio-Télévision belge de la Communauté française (M.B./B.S. v. 28.08.1997).

751 Jede politische Partei stellt entsprechend ihrer Sitzverteilung im Parlament eine bestimmte Anzahl von Mitgliedern des RTBF-Direktoriums.

752 Weitere Informationen zum Inhalt der RTBF-Programme unter <http://www.rtbf.be> (Stand November 2003).

753 S. Art. 3 des Dekrets vom 14.07.1997, s. Fußnote 750.

754 Im Unterschied zu den Abkommen zwischen dem VRT und der Regierung der Flämischen Gemeinschaft gelten diese Abkommen allerdings nur für einen Zeitraum von vier Jahren.

755 So müssen z. B. im Fernsehen mindestens 50 musikalische Ereignisse (im Radio 300) übertragen werden, von denen ein bestimmter Anteil in der Französischsprachigen Gemeinschaft produziert sein soll, mindestens 40 % aller im Radio gespielten populären Songs müssen französischsprachig sein, Unterhaltungssendungen sollen französischsprachige Künstler und Musikwerke fördern.

Ebenso wie in den anderen belgischen Gemeinschaften, stellt die Kabelweiterverbreitung neben der terrestrischen Verbreitung aufgrund ihrer hohen technischen Reichweite den wichtigsten Übertragungsweg für die RTBF-Programme dar. Jeweils ein Fernseh- und ein Hörfunkprogramm der RTBF (RTBF Satellite und RTBF international⁷⁵⁶) werden ausschließlich über Satellit unverschlüsselt ausgestrahlt. Entsprechend ihres Auftrages aus dem Regierungsabkommen betreibt die RTBF zusätzlich zu ihren Fernseh- und Hörfunkkanälen ein Internet-Portal, das Links zu den Websites der verschiedenen Kanäle bereitstellt. Neben weiteren Inhalts-Diensten wird auch Real-Time-Audio-Streaming für alle Radioprogramme angeboten.

1989 wurde der RTBF per Dekret⁷⁵⁷ erlaubt, sowohl im Hörfunk als auch im Fernsehen Werbung auszustrahlen. Im Unterschied zum VRT ist die RTBF im Bereich des Fernsehens somit nicht auf Einnahmen aus Sponsoringaktivitäten beschränkt. Allerdings dürfen die gesamten Werbeeinnahmen (Hörfunk- und Fernsehwerbeerlöse) der RTBF nicht mehr als 25 % der Gesamteinnahmen der Anstalt betragen.⁷⁵⁸ Das Regierungsabkommen enthält darüber hinaus bestimmte Vorgaben bezüglich des Werbeanteils an der Gesamtseendezeit, der Anzahl und der Dauer der Werbeunterbrechungen.

Die Finanzierung der RTBF stützt sich auf mehrere Einnahmequellen. Dabei handelt es sich um Einnahmen aus öffentlicher Förderung, Werbeeinnahmen, Lizenzgebühren, Spenden und Erbschaften sowie aus Dividenden und sonstigen Quellen. Die RTBF verfügt über ein Jahresbudget von etwa EUR 250 Mio., wobei etwa EUR 163 Mio. dieser Summe aus öffentlichen Mitteln stammen. Das Rundfunkgebührensysteem wurde im Gegensatz zu den Maßnahmen der Flämischen Regierung für die Französische Gemeinschaft beibehalten. Zusätzliche öffentliche Mittel werden für die Beteiligung des RTBF an TV5 gewährt, einem internationalen französischsprachigen Sender, der über Satellit und Kabel auch außerhalb Belgiens zu empfangen ist.

Aufgrund immer wiederkehrender finanzieller Probleme⁷⁵⁹ wurde im Herbst 2002 ein neuer Reformplan (Magellan-Plan) erstellt,⁷⁶⁰ der im Wege einer strukturellen Neugestaltung den zentralisierten Verwaltungsablauf stärken

756 Hierbei handelt es sich allerdings um das erste, allgemeine Hörfunkprogramm der RTBF (La Première), das lediglich unter anderem Namen per Satellit verbreitet wird.

757 Vgl. Décret de la Communauté française du 04.07.1989.

758 Vgl. Art. 27 des Dekrets vom 14.07.1997, s. Fußnote 750.

759 Ein Defizit von umgerechnet EUR 6,4 Mio. im Jahr 1996 führte im Jahr 1997 ebenfalls zu einem Reformplan, dem so genannten Horizont-Plan.

760 Die im Dekret vom 14.07.1997 festgelegten Statuten der RTBF wurden per Dekret vom 19.12.2002 (M.B./B.S. v. 28.12.2002) an die Vorgaben des Magellan-Planes angepasst.

und die Verwaltungsautonomie regionaler Einheiten beschränken sollte, um somit das finanzielle Gleichgewicht der RTBF wieder herzustellen. Dieser Plan impliziert einen hohen Stellenabbau, außerdem wurden die Arbeitsverhältnisse zwischen der RTBF und ihren Arbeitnehmern neu geregelt, sodass ein bedeutender Arbeitnehmeranteil nun nicht mehr den Status eines „öffentlich-rechtlichen“ Angestellten besitzt. Die tatsächlichen Auswirkungen dieser Reformen bleiben derzeit allerdings noch abzuwarten.

bb) Privater Rundfunk

Den zahlreichen Hörfunksendern in der Französischen Gemeinschaft ist seit 1987⁷⁶¹ Werbung und, anders als in Flandern, auch Networking erlaubt. An den wichtigsten Sendernetzwerken sind auch Zeitungs- und Verlagsgruppen beteiligt. Darüber hinaus halten einige ausländische Rundfunkveranstalter Anteile an den Hörfunksendern, so ist zum Beispiel die CLT-Ufa zu 35 % an Radio Contact, zu 21,6 % an Bel-RTL und zu 25 % an Fun beteiligt. Der französische Veranstalter NRJ hält 49 % der Anteile an Radio Nostalgie. Die Programme der privaten Radiosender sind in der Französischen Gemeinschaft sehr beliebt und bilden eine starke Konkurrenz für die RTBF-Programme.

Als erster privater Veranstalter erhielt die CLT, die mit ihrem von Luxemburg aus verbreiteten Programm RTL bereits zuvor in den belgischen Kabelnetzen erfolgreich war, eine Lizenz für die Gründung eines kommerziellen Fernsehsenders (RTL-TVi) in der Französischsprachigen Gemeinschaft, an dem sich die belgische Aktiengesellschaft Audiopresse zu 34 % beteiligte. Die Anteile an Audiopresse werden wiederum von der französischsprachigen belgischen Presse gehalten. Im Bereich der Fernsehwerbung kam es 1989⁷⁶² zu einer Zusammenarbeit der RTBF mit RTL-TVi, indem eine gemeinsame Gesellschaft (TVB) gegründet wurde, die für das Werbegeschäft beider Veranstalter zuständig war. Die RTBF erhielt 40 % und RTL-TVi 60 % der Einnahmen aus der Fernsehwerbung, bis diese Kooperation 1996 beendet wurde. Nachdem RTL-TVi bereits 1995 einen weiteren Kanal, das Spartenprogramm Club-RTL, gegründet hatte, betreten 1997 dann auch weitere Privatfernsehsender wie der Spartenprogrammsender Event TV den Markt der Französischen Gemeinschaft.

761 Vgl. Loi du 6 février 1987 relatives aux réseaux de radiodiffusion et de télédiffusion et à la publicité commerciale à la radio et à la télévision.

762 Nachdem der RTBF die Ausstrahlung von Werbung erlaubt worden war, s. Kapitel III, Punkt 1. a).

Des Weiteren gibt es in der Französischen Gemeinschaft auch insgesamt 12 regionale bzw. lokale Fernsehsender. Diese dürfen seit 1990 Werbung ausstrahlen, unterliegen aber auch öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen, insbesondere im Nachrichten- und Informationsbereich. Als Kompensation für die Erfüllung öffentlich-rechtlicher Aufgaben erhalten sie direkte Subventionen durch die Französische Gemeinschaft.⁷⁶³

Am 17.04.2003 trat eine neue Rundfunkverordnung⁷⁶⁴ der französischen Gemeinschaft Belgiens in Kraft. Der lange erwartete Rechtstext ersetzt mehrere frühere Verordnungen⁷⁶⁵ und enthält sämtliche Rechtsvorschriften in Bezug auf den privaten audiovisuellen Sektor der französischen Gemeinschaft. Die neue Verordnung dient insbesondere der Umsetzung des EG-Kommunikationsrichtlinienpakets von 2002. Eine wesentliche Neuerung der Verordnung ist die rechtliche Unterteilung von Rundfunkdiensteanbietern in drei Kategorien: Diensteanbieter, Diensteverbreiter und Netzbetreiber.

Im neuen Rechtsrahmen sind auch Konzentrationsrechtliche Bestimmungen enthalten. Zwar werden hierdurch keine konkreten Beteiligungsbeschränkungen festgelegt. Der zuständigen Rundfunkregulierungsbehörde (Conseil Supérieur de l'Audiovisuel – CSA) obliegt jedoch die Pflicht, bei Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung eines Rundfunkdiensteanbieters zu überprüfen, ob dadurch der gebotene Pluralismus der Rundfunkmedien beschränkt oder gefährdet wird.⁷⁶⁶ Kommt der CSA bei dieser Prüfung zu einem positiven Ergebnis, muss er seine diesbezüglichen Bedenken den betroffenen Anbietern mitteilen und versuchen, innerhalb von sechs Monaten zusammen mit ihnen eine Einigung über Maßnahmen zu treffen, die geeignet sind, den Pluralismus weiterhin zu wahren. Wird eine solche Einigung nicht erzielt, stehen dem CSA verschiedene Sanktionsmöglichkeiten zur Verfügung, die bis zu einem, wenn auch vorübergehenden, Lizenzentzug oder der Auferlegung einer Geldstrafe reichen können.⁷⁶⁷ Von einer marktbeherrschenden Stellung ist gemäß Art. 7, § 2 der Verordnung auszugehen, wenn Anbieter

763 Die Regierung der Französischsprachigen Gemeinschaften hatte im August 2001 der Europäischen Kommission einen Betrag in Höhe von EUR 3.270.000 für einen Zeitraum von neun Jahren notifiziert. Dieser Betrag wurde am 13.02.2002 genehmigt, vgl. Entscheidung der Europäischen Kommission, Nr. 548/2001, veröffentlicht im ABI. EG Nr. C 150 v. 22.06.2002, S. 7.

764 Décret sur la radiodiffusion du 27 février 2003 (M.B./B.S. du 17 avril 2003).

765 Z. B. die Verordnung vom 17.07.1987 für den audiovisuellen Bereich sowie die Rechtsverordnung vom 24.07.1997 über den Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (Medienaufsichtsbehörde) und die privaten Hörfunkdienste der französischen Gemeinschaft.

766 Art. 7 des Dekrets vom 27.02.2003.

767 Art. 156 des Dekrets vom 27.02.2003.

von Rundfunkdiensten, die über 24 % der Anteile an einem Rundfunkunternehmen halten, an einem weiteren Unternehmen des Rundfunksektors in der Französischen Gemeinschaft zu ebenfalls mehr als 24 % beteiligt sind. Ebenso wird eine marktbeherrschende Stellung angenommen, wenn durch den Zusammenschluss mehrerer Rundfunkveranstalter ein Zuschauer- oder Zuhöreranteil von insgesamt 20 % erreicht wird. „Cross-Media Ownership“-Bestimmungen existieren jedoch auch in der Französischen Gemeinschaft nicht.⁷⁶⁸

d) Aktuelle Entwicklungen und Ergebnis

Ebenso wie in einigen anderen europäischen Ländern ist die Rolle des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Belgien zum Gegenstand aktueller öffentlicher, wirtschaftlicher und politischer Diskussionen geworden.

Der flämische öffentlich-rechtliche Veranstalter VRT ist zum Beispiel wegen seiner Neuausrichtung unter seinem Direktor *Bert de Graeve*⁷⁶⁹ immer wieder in die Kritik geraten, da dieser den Sender unter dem Motto „Der VRT für jedermann“ immer allgemeiner ausgerichtet hatte, wodurch der VRT schließlich auch seine Position als Marktführer auf dem Fernsehmarkt im Jahre 2002 wiedererlangte. Der private Veranstalter VTM versuchte daraufhin vergeblich, im Zuge der Verhandlungen zum Regierungsabkommen 2002–2006 den Kulturminister davon zu überzeugen, dass das Rundfunkangebot des VRT das Angebot der privaten Veranstalter lediglich ergänzen, nicht aber ersetzen sollte. Der öffentlich-rechtliche Auftrag sollte sich also nach Auffassung des VTM darauf beschränken, Inhalte anzubieten, die nicht schon von anderen Marktteilnehmern angeboten würden. Bis heute wird jedoch überwiegend ein eher weites Verständnis des „öffentlich-rechtlichen Auftrags“ von der Gesellschaft und der Politik unterstützt. Allerdings gibt es vereinzelt auch Stimmen, die ihre Besorgnis im Hinblick auf eine immer stärkere wirtschaftliche Position des VRT äußern und hierin eine Gefahr für das finanzielle Gleichgewicht auf dem Fernsehmarkt sehen.⁷⁷⁰

768 Dies kann, ebenso wie hinsichtlich der Flämischen Gemeinschaft, mit großer Wahrscheinlichkeit auch darauf zurückgeführt werden, dass das Presserecht im Zuständigkeitsbereich des föderalen Gesetzgebers verblieben ist.

769 Bert de Graeve wurde am 12.02.1996 zum neuen „Delegate Administrator“ ernannt. Diese Funktionsbezeichnung ersetzte die des vorherigen „General Administrator“ (Generaldirektor).

770 S. eine Anmerkung des neuen Medienministers Marino Keulen, abrufbar unter <http://www.politics.be/modules.php?op=modload&name=News&file=article&sid=4670>.

Andererseits verfügt die Flämische Gemeinschaft mit dem Fernsehwerbverbot und der absoluten Umsatzbeschränkung des VRT auf dem Rundfunkwerbemarkt⁷⁷¹ bereits über Instrumentarien, mit deren Hilfe einer negativen Marktentwicklung zu Ungunsten privater Veranstalter begegnet werden kann.

Im Gegensatz zur immer stärker werdenden Position des VRT auf dem Flämischen Fernsehmarkt kämpft die öffentlich-rechtliche Anstalt der Französischen Gemeinschaft RTBF mit erheblichen finanziellen Schwierigkeiten, die nunmehr durch Verwirklichung eines rigorosen Sparplanes⁷⁷² behoben werden sollen. Zum jetzigen Zeitpunkt können allerdings noch keine konkreten Aussagen über die tatsächlichen Auswirkungen und den Erfolg dieser Maßnahmen getroffen werden. Insofern steht das Ausmaß des öffentlich-rechtlichen Auftrages derzeit nicht im Vordergrund öffentlicher Debatten. Allerdings kennt auch das Recht der Französischen Gemeinschaft eine, wenn auch relative Werbeanteilsbeschränkung⁷⁷³ der RTBF, durch die deren Position auf dem Werbemarkt begrenzt wird.

2. Dänemark

a) Historische Entwicklung im Überblick

Die ersten Hörfunksendungen wurden in Dänemark 1922 von Radio-Amateurclubs versuchsweise gesendet. Das Telegraphiegesetz von 1907, dem der Rundfunk damals unterlag, sah diesen zwar grundsätzlich als staatliches Monopol an, gestattete jedoch gleichzeitig private Rundfunkprojekte. An diesen ersten Versuchen beteiligten sich auch die damaligen dänischen Tageszeitungen, indem sie zu den – sonst überwiegend aus Musik bestehenden – Programmen die Nachrichtensendungen beisteuerten. 1926 wurde dieses Rundfunksystem, das aufgrund eines immer stärker gewordenen Wettbewerbs der Hörfunkveranstalter untereinander sehr unübersichtlich geworden war, jedoch per Gesetz aufgehoben. Statt dessen wurde die öffentliche Rundfunkgesellschaft Stadsradiofonien (später umbenannt in Danmark Radio – DR) gegründet, die von da an für einige Zeit das Rundfunkmonopol behalten sollte. Trotz ihres Namens und der Tatsache, dass einige Parlamentsmitglieder auch gleichzeitig einen Sitz in ihrem Direktorium hatten, handelte

771 S. Kapitel III, Punkt 1. b) aa).

772 S. Kapitel III, Punkt 1. c) aa).

773 S. Kapitel III, Punkt 1. c) aa).

es sich um eine vom Staat relativ unabhängige Rundfunkanstalt, die bestimmten öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen⁷⁷⁴ unterlag und sich ausschließlich über Rundfunkgebühren finanzierte. Die Nachrichteninhalte wurden ebenfalls weiterhin von der Presse bestimmt, da sich die öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt eines Nachrichtendienstes („Pressens Radioavis“) bediente, der bis 1965 redaktionell von der dänischen Presse bearbeitet wurde.⁷⁷⁵

Nach dem zweiten Weltkrieg, als bereits eine große Anzahl der Haushalte über ein eigenes Empfangsgerät verfügten und sich der Hörfunk einer immer größeren Beliebtheit erfreute, wurde zusätzlich zum ersten allgemein ausgerichteten Programm P1 ein zweites Programm P2 gestartet, das sich inhaltlich aus klassischer Musik, Diskussionsrunden und Hintergrundreportagen zusammensetzte. Im Zeitraum von 1958 bis 1962 wurde die Monopolstellung von Stadsradiofonien für kurze Zeit aufgehoben, als mit Radio Mercur und Danmarks Commercielle zwei private, allerdings nicht-lizenzierte Veranstalter, die sich über Werbung finanzierten, den dänischen Rundfunkmarkt betraten. Die Programme beider Veranstalter stimmten inhaltlich weitgehend überein, sie bestanden aus Popmusik und Unterhaltungssendungen. Obwohl beide Sender mit ihrem Programm ebenso viele Zuhörer wie das allgemeine öffentlich-rechtliche Programm P1 erreichten, war der dänische Werbemarkt für die Koexistenz zweier solcher Sender zu diesem Zeitpunkt zu klein, sodass zunächst Danmark Commercielle nach nur einem Jahr seinen Sendebetrieb wieder einstellte. Radio Mercur beendete seine Rundfunkstätigkeit im Jahre 1962, nachdem durch eine Gesetzesänderung klargestellt worden war, dass seine Sendungen gegen das damals geltende Recht verstießen. Aufgrund der vorübergehenden Konkurrenz startete Stadsradiofonien 1963 sein drittes Programm (P3), das, entsprechend den Programmen der beiden ehemaligen Konkurrenten, zum überwiegenden Teil aus Popmusik bestand.

Schon vor dem Krieg hatte sich die Fernsehtechnik in Dänemark so weit entwickelt, dass es möglich war, Programme der BBC aus dem Vereinigten Königreich zu empfangen. Der breiten Öffentlichkeit wurde das neue Medium jedoch erst nach Kriegsende vorgestellt. Stadsradiofonien begann zunächst mit der Ausstrahlung vereinzelter Sendungen, bis Mitte der 50er Jahre ein tägliches Programm verbreitet wurde. Gesetzlich geregelt wurde die Ver-

anstaltung von Fernsehprogrammen allerdings erst 1959 durch Aufnahme entsprechender Bestimmungen in das Rundfunkgesetz. Im Zug dieser Gesetzesänderung erhielt auch die öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt Stadsradiofonien ihren heutigen Namen: Danmark Radio.⁷⁷⁶ DR besaß auch für die Veranstaltung von Fernsehen das Monopol, da die Verbreitung von Rundfunk generell dem Telekommunikationsgesetz von 1949 unterfiel und darin als staatliches Monopol ausgestaltet war. Die Post- und Telekommunikationsbehörde war für die terrestrische Übertragung der Rundfunkprogramme ausschließlich zuständig und betrieb das entsprechende Sendernetz.

In den 50er und 60er Jahren wurden die Rundfunkprogramme des DR zu einem wichtigen Bestandteil des dänischen kulturellen Lebens. Obwohl in Dänemark schon früh Rundfunksignale ausländischer Sender, insbesondere aus Schweden und Deutschland, empfangbar waren, blieb die Bedeutung grenzüberschreitender Sendungen gering, da die ausländischen Sender ihre Programme nicht in dänischer Sprache verbreiteten und mit ihren Inhalten auch nicht auf ein dänisches Publikum abzielten. Die ständig wachsende Bedeutung des Rundfunks und die Tatsache, dass DR den Großteil seiner Sendungen selbst produzierte, führte zu einem starken Wachstum der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt. 1965 begann DR zudem mit der Ausstrahlung der eigenproduzierten Nachrichtensendung „TV-Avisen“ und löste sich damit von seinen bis dahin bestehenden starken Verbindungen zur dänischen Presse.⁷⁷⁷

Zu Beginn der 80er Jahre wurden in Dänemark lokale Fernseh- und Hörfunkdienste erstmals versuchsweise zugelassen. Die durch diese Pilotprojekte verbreiteten lokalen Programme wurden zunächst durch freiwillige Beiträge von Organisationen finanziert. 1985 wurde schließlich der lokale Rundfunk durch die Aufnahme entsprechender Bestimmungen in das damalige Rundfunkgesetz endgültig zugelassen. Die Möglichkeit des werbefinanzierten Rundfunks ergab sich jedoch erst 1988 mit der Gründung des zweiten landesweiten Fernsehkanals TV2, als diesem Sender sowie auch allen lokalen Rundfunksendern gesetzlich erlaubt wurde, Einnahmen aus Werbung zu erzielen. Damit blieb das Rundfunkmonopol des DR ab diesem Zeitpunkt nur hinsichtlich der landesweit verbreiteten Hörfunkprogramme bestehen.

⁷⁷⁴ Das Programm sollte u. a. aus vielseitigen kulturellen und informativen Inhalten bestehen.

⁷⁷⁵ Hierzu und zum Folgenden vertiefend Schmidt, Dänemark, Kapitel 4.13.

⁷⁷⁶ Nachfolgend „DR“.

⁷⁷⁷ S. Prehn, Medien in Dänemark, S. 246.

b) Die Entwicklung des dualen Rundfunks

aa) Öffentlich-rechtlicher Rundfunk

Bei der 1988 gegründeten Rundfunkgesellschaft „TV2“ handelt es sich ebenfalls um eine öffentliche Einrichtung, die sich zum Teil auch aus Gebühren finanziert und über acht regionale Zweigstellen verfügt. DR wird von einem Direktorium geführt, das aus zehn Mitgliedern besteht, wovon drei Mitglieder (inklusive dem Vorsitzenden) vom Kulturminister, sechs Mitglieder vom Dänischen Parlament und ein Mitglied von den DR-Mitarbeitern vorgeschlagen werden. Alle Kandidaten, die übrigens selbst nicht Mitglieder des Parlaments sein dürfen, werden für eine Amtszeit von vier Jahren als Direktoriumsmitglieder vom Kulturminister ernannt.⁷⁷⁸ TV2 verfügt über ein Direktorium von neun Mitgliedern, von denen wiederum acht Mitglieder vom Kulturminister und ein Mitglied von den Mitarbeitern vorgeschlagen werden.⁷⁷⁹

Beide Rundfunkgesellschaften sind verpflichtet, jährlich einen Wirtschaftsplan und einen Rechenschaftsbericht zu erstellen. Diese sind dem Kulturminister zu Informationszwecken vorzulegen. Außerdem sind ihm die Unterlagen der Rechnungsprüfung nach deren Abschluss vorzulegen. Der Kulturminister muss die Prüfung genehmigen und leitet die Unterlagen dann zu Informationszwecken an das dänische Parlament weiter.⁷⁸⁰

DR verfügt über zwei nationale Fernsehkanäle, DR1 und DR2, sowie über vier Radioprogramme, von denen ein Programm aus Sendungen von neun regionalen DR-Sendern zusammengestellt wird. TV2 besitzt zwei nationale TV-Kanäle, TV2 und TV Zulu (wobei TV Zulu nur über Satellit verbreitet wird), sowie acht kleinere Regionalsender. Die Privatisierung von TV2 wurde im Frühjahr 2002 beschlossen.⁷⁸¹ Auch nach deren Umsetzung wird TV2 Verpflichtungen öffentlich-rechtlicher Art (z. B. im Bereich der Nachrichten) unterliegen. TV2, das sich seit seiner Gründung 1988 zu einem Teil auch über die Rundfunkgebühren finanzierte, soll noch vor 2006 an einen privaten Konzern verkauft werden.⁷⁸²

778 S. Sektion 16 des Dänischen Hörfunk- und Fernsehgesetzes (Lov om radio- og fjernsynsvirksomhed, Gesetz Nr. 1052 vom 17.12.2002, in Kraft seit 01.01.2003).

779 S. Sektion 26 des Gesetzes Nr. 1052.

780 S. Sektionen 19 und 29 des Gesetzes Nr. 1052.

781 S. Jakobsen, IRIS 2003-7: 8.

782 S. die Angaben des dänischen Kulturministeriums unter <http://www.kum.dk/sw3205.asp?usepf=true> (Stand November 2003) sowie das Gesetz Nr. 438 über TV2 Danmark A/S vom 10.06.2003.

Sowohl DR als auch TV2 unterliegen einem öffentlich-rechtlichen Auftrag, der sie dazu verpflichtet, eine inhaltliche Grundversorgung für die gesamte dänische Bevölkerung über Hörfunk und Fernsehen und neuerdings auch über Internet oder auf anderen Wegen sicher zu stellen. Öffentlich-rechtliche Inhalte müssen auf Qualität, Vielseitigkeit und Ausgewogenheit unter Berücksichtigung aller Zielgruppen (auch Minderheiten) gerichtet sein und sollen die Vielfalt der kulturellen Interessen der dänischen Gesellschaft widerspiegeln.⁷⁸³ Die Pflichten von DR und TV2 werden in Statuten⁷⁸⁴ ergänzt, die in Form von Durchführungsverordnungen vom dänischen Kulturministerium erlassen werden.

Analoger Rundfunk wird in Dänemark sowohl terrestrisch, als auch über Kabel und über Satellit verbreitet, wobei die terrestrische Verbreitung von Fernsehprogrammen überwiegend seitens des öffentlichen Rundfunks erfolgt. Es handelt sich bei den terrestrisch ausgestrahlten Programmen um die landesweit ausgestrahlten Fernsehprogramme von DR (DR1 und DR2 mit einer technischen Reichweite von 99,7⁷⁸⁵ bzw. 81,7 %) und für das landesweit verbreitete Programm von TV2⁷⁸⁶ (mit einer technischen Reichweite von 99 %) ⁷⁸⁷ sowie um das Programm von TV Danmark2 (dieses wird sowohl terrestrisch als auch über Kabel und Satellit verbreitet und hat insgesamt eine technische Reichweite von 75 %). Im Bereich des landesweit terrestrisch verbreiteten Hörfunks besaß DR mit seinen vier Radiokanälen für lange Zeit weiterhin eine Monopolstellung. Entsprechend des seit Juli 2002 politisch verbindlichen Abkommens über die Medienpolitik⁷⁸⁸ wurden erst im Sommer des Jahres 2003 die Frequenzen für einen fünften und sechsten Radiokanal an ausländische kommerzielle Veranstalter vergeben.

Must-Carry-Vorschriften existieren hinsichtlich der Verbreitung öffentlich-rechtlicher Programme für Eigentümer von gemeinschaftlichen Empfangs- und Weiterverbreitungseinrichtungen (terrestrische Antennen und

783 Diese grundsätzlichen Anforderungen sind in Sektion 10 des Gesetzes Nr. 1052 festgelegt.

784 DR: Durchführungsverordnung Nr. 350 v. 14.05.2003; TV2: Durchführungsverordnung Nr. 1346 vom 18.12.2000.

785 Zahlen in Bezug auf die Reichweite s. Holmberg, Media Market Definition.

786 TV2 ist derzeit noch ein staatlicher Rundfunkveranstalter, dessen Privatisierung allerdings schon beschlossen ist, s. Gesetz Nr. 438 über TV2 Danmark A/S vom 10.06.2003 sowie das Gesetz Nr. 439 vom 10.06.2003 zu entsprechenden Änderungen des Radio- und Fernsehgesetzes (Gesetz Nr. 1052 vom 12.12.2002). Auch nach der Privatisierung soll TV2 allerdings weiterhin öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen unterliegen, s. oben.

787 Das zweite Programm von TV2 (TV2 Zulu) ist ein Pay-TV-Programm und wird nur über Satellit verbreitet.

788 Abkommen zwischen der dänischen Regierung und der Dansk Folkeparti (dänische Volkspartei) über Medienpolitik für den Zeitraum 2002–2006 vom 03.06.2002 (im Folgenden Medienabkommen 2002–2006). Vgl. hierzu den Beitrag von Thuesen, IRIS 2002-7: 9.

gemeinschaftliche Satellitenantennen) sowie Kabelweiterverbreitungsanlagen, die zur Versorgung privater Wohngebäude betrieben werden.⁷⁸⁹ Diese Weiterverbreitungsverpflichtungen bestehen für die Eigentümer solcher Anlagen auch dann, wenn über sie Programmpakete verbreitet werden.⁷⁹⁰ Zum einen müssen die öffentlich-rechtlichen Programme dann in jedem Programmpaket enthalten sein und es muss außerdem ein Paket angeboten werden, in dem nur diese Programme und andere kostengünstige Programme enthalten sind. Die Überwachung der Einhaltung dieser Weiterverbreitungspflichten obliegt der telekommunikationsrechtlichen Regulierungsbehörde (PST Telestyrelsen).⁷⁹¹

Der öffentlich-rechtliche Sender Danmark Radio (DR) darf mit seinen Fernseh- und Radioprogrammen keine Werbeeinnahmen erzielen, lediglich Einnahmen aus Sponsoring sind gestattet.⁷⁹² Dagegen ist dies dem Sender TV2 erlaubt.

TV2 unterliegt, ebenso wie die privaten Rundfunkveranstalter (Fernseh- und Hörfunkveranstalter), Werbeterminen, die lange Zeit in vielerlei Hinsicht strenger waren, als die Vorgaben der EG-Fernsehrichtlinie, nun aber kürzlich durch das neue Hörfunk- und Fernsehgesetz⁷⁹³ mit dem Ziel gelockert wurden, die dänischen Regelungen mit den in der Fernsehrichtlinie festgelegten Anforderungen zu harmonisieren. Nach den gesetzlichen Bestimmungen⁷⁹⁴ über Werbung und Sponsoring darf Fernsehwerbung nur in Blöcken zwischen den Sendungen ausgestrahlt werden. Allerdings ist es nunmehr auch erlaubt, Sendungen durch Werbepausen zu unterbrechen, sofern es sich um Sportsendungen oder Sendungen mit „natürlichen“ Pausen (Aufführungen oder Ereignisse mit vorgesehenen Pausen für das Live-Publikum) handelt. Radiowerbung hingegen ist zu jedem Programmzeitpunkt erlaubt. Der Anteil der Werbung an einem Programm darf nicht mehr als 15 % der Gesamtsendezeit bzw. nicht mehr als 12 Minuten pro Stunde betragen. Werbung für pharmazeutische Produkte sind nach dem neuen Gesetz⁷⁹⁵ gestattet, das Werbeverbot für alkoholische Getränke wurde aufgehoben. Ein Werbeverbot besteht weiterhin für Tabakprodukte und hinsichtlich der Werbung für Gewerkschaften oder Unternehmensverbände, religiöse Bewegungen oder politische Parteien.⁷⁹⁶

789 S. Sektion 6 des Gesetzes Nr. 1052.

790 S. Sektion 6 Abs. 4 des Gesetzes Nr. 1052.

791 Sektion 8 des Gesetzes Nr. 1052.

792 Sektionen 11, 13 und 15 des Gesetzes Nr. 1052.

793 Gesetz Nr. 1052.

794 Kapitel 11, Sektionen 72 – 85 des Gesetzes Nr. 1052.

795 Gesetz Nr. 1052 vom 17.12.2002.

796 S. Kapitel 11 des Gesetzes Nr. 1052 und die Durchführungsverordnung Nr. 194 vom 20.03.2003.

Als Sponsoring gilt jeder direkte oder indirekte Beitrag von Personen, die weder im Bereich des Rundfunks oder in der Programmproduktion, noch in der Film- und Musikbranche tätig sind, zur Finanzierung von Radio- oder Fernsehsendungen mit dem Ziel, den eigenen Namen, das Logo, das Bild, die Firma, Aktivitäten oder eigene Produkte zu vermarkten.⁷⁹⁷ Sponsoring, das klar als solches bei Ausstrahlung der gesponserten Sendung erkennbar gemacht wird, ist grundsätzlich erlaubt. Einschränkungen gibt es jedoch für das Sponsoring durch Hersteller oder Händler pharmazeutischer Produkte. Darüber hinaus dürfen bestimmte Informationssendungen (z. B. Nachrichten) nicht gesponsert werden.⁷⁹⁸ Im Hinblick auf die zeitliche Begrenzung der maximalen Dauer von Teleshopping an einem Tag ist die dänische Rechtslage strenger als die Vorgabe der Fernsehrichtlinie in Art. 18 a. Unabhängig davon, ob Teleshopping von einem Sender ausgestrahlt wird, der ausschließlich Teleshopping-Sendungen überträgt, oder ob es sich um eine andere Art von Fernsehveranstalter handelt, darf nach dänischem Recht die Gesamtdauer an Teleshopping nicht den Umfang von einer Stunde pro Tag überschreiten.⁷⁹⁹

Die Einhaltung dieser Werberegeln wird gemäß den Bestimmungen des Rundfunkgesetzes⁸⁰⁰ vom „Radio and Television Board“ überwacht. Bei einem Verstoß gegen die gesetzlichen Vorgaben kann dem betroffenen Rundfunkveranstalter seine Lizenz vorübergehend oder endgültig entzogen werden.⁸⁰¹ Darüber hinaus sind die Rundfunkveranstalter dazu verpflichtet, Entscheidungen des Radio and Television Boards, die den Inhalt von Werbebotschaften betreffen, zu veröffentlichen.⁸⁰² Eine Beschwerdemöglichkeit gegen derartige Entscheidungen sieht das Gesetz nicht vor, sie sind lediglich gerichtlich überprüfbar.

Das dänische Rundfunksystem stützt sich wirtschaftlich auf Rundfunkgebühren, Werbeeinnahmen, sonstige Erlöse und auf einen Fonds für nicht-kommerzielle Regional- und Lokalsender. DR finanziert sich in erster Linie aus Rundfunkgebühren, TV2 finanziert sich sowohl durch Gebühreneinnahmen als auch über Werbung und andere Ertragsquellen. TV2 bietet vor allem Programme von unabhängigen Produzenten an, während DR die ausgestrahlten Inhalte überwiegend selbst produziert.

797 Legaldefinition gemäß Sektion 79 des Gesetzes Nr. 1052.

798 Dies ergibt sich aus der dänischen Rundfunkwerbeverordnung (Verordnung Nr. 194 v. 20.03.2003), durch die die Bestimmungen des Gesetzes Nr. 1052 konkretisiert werden.

799 § 7 der Ausführungsverordnung Nr. 194.

800 Sektion 44 des Gesetzes Nr. 1052.

801 Sektion 66 Absatz 2 Nr. 4 des Gesetzes Nr. 1052.

802 Sektion 44 Nr. 2 des Gesetzes Nr. 1052.

Die Gebühren, deren Höhe für ein oder mehrere Jahre gleichzeitig vom dänischen Kulturminister in Absprache mit dem parlamentarischen Finanzausschuss festgelegt wird, werden von DR eingezogen und anschließend überwiegend an DR und TV2 verteilt.⁸⁰³

DR hat im Jahr 2001 EUR 360,123 Mio. aus Rundfunkgebühren und EUR 42,532 Mio. aus kommerziellen Quellen (Sponsoring, Programmverkäufe, Merchandising und sonstige Erlöse) eingenommen. Den Gesamteinnahmen in Höhe von EUR 405,751 Mio. standen Aufwendungen von insgesamt EUR 385,640 Mio. gegenüber.⁸⁰⁴ TV2 erhielt im gleichen Jahr EUR 73,008 Mio. aus den Rundfunkgebühren und nahm EUR 154,402 Mio. aus kommerziellen Quellen ein, wobei die Werbung einen Anteil von EUR 136,806 Mio. hieran ausmacht. Bei TV2 standen den Gesamteinnahmen in Höhe von EUR 218,553 Mio. Aufwendungen von EUR 211,677 Mio. gegenüber.⁸⁰⁵

bb) Privater Rundfunk

Die privaten (kommerziellen oder nicht-kommerziellen) Rundfunkveranstalter mit Sitz in Dänemark unterliegen den Bestimmungen des Hörfunk- und Fernsehgesetzes und benötigen für die Aufnahme ihrer Tätigkeit eine Lizenz des dänischen Radio and Television Boards. Dasselbe gilt für Rundfunkveranstalter der EG-Mitgliedstaaten, die auf die Nutzung dänischer terrestrischer Frequenzen oder Satellitenkapazitäten angewiesen sind.⁸⁰⁶ Das dänische Radio- und Fernsehgesetz unterscheidet in Bezug auf private Rundfunkveranstalter zwei Lizenzgruppen:

Zum einen landesweite und regionale Lizenzen für private Rundfunkveranstalter, die vom dänischen „Radio and TV Board“ (Rundfunkrat) erteilt werden, zum anderen Lizenzen für lokalen Rundfunk, die ebenfalls vom Rundfunkrat erteilt werden. Der Rundfunkrat ist dazu berechtigt, bei Verstößen gegen die dänischen Rundfunkbestimmungen die erteilten Lizenzen zu widerrufen oder aufzuheben.

803 Sektion 69 des Gesetzes Nr. 1052. Für das Jahr 2002 wurde erwartet, dass DR 2.802 Mio. DKK und TV2 2.575 Mio. DKK aus den Rundfunkgebühren einnehmen, s. Prehn, Medien in Dänemark, S. 248.

804 S. das Yearbook 2003 der Europäischen Audiovisuellen Informationsstelle, Band 1, S. 71.

805 S. das Yearbook 2003 der Europäischen Audiovisuellen Informationsstelle, Band 1, S. 72.

806 S. Kapitel 8, insbesondere die Sektionen 45 und 46 und 9 des Gesetzes Nr. 1052.

Lokale Rundfunkveranstalter erhalten gemäß den gesetzlichen Bestimmungen⁸⁰⁷ eine Lizenz, wenn sie unter anderem⁸⁰⁸ folgende Bedingungen erfüllen: Sie müssen mindestens eine halbe Stunde ihrer täglichen Sendezeit lokal produzierten Nachrichten oder Berichterstattungen oder anderen lokal ausgerichteten Sendungen widmen, wobei hier Kooperationen mit benachbarten Rundfunkstationen zulässig sind. Außerdem ist zu gewährleisten, dass ein bedeutender Anteil darüber hinausgehender Programmteile in dänischer Sprache oder für ein dänisches Zielpublikum produziert wird. Außerdem ist ein Teil der Sendezeit für nicht-kommerzielle Veranstalter und Gemeindefunk vorzusehen. Die Bildung von Netzwerken lokaler Rundfunkveranstalter ist grundsätzlich erlaubt und untersteht ebenfalls der Aufsicht durch das „Radio and TV Board“.⁸⁰⁹

Neben den inhaltsbezogenen Rundfunklizenzen bedürfen Veranstalter, die ihre Programme terrestrisch verbreiten wollen, zusätzlich einer telekommunikationsrechtlichen Lizenz (mit dem Inhalt einer Frequenzvergabe), die von der Telekommunikations-Regulierungsbehörde (PTS Telestyrelsen) erteilt wird und die den Erhalt einer Rundfunklizenz nach dem Radio- und Fernsehgesetz voraussetzt.⁸¹⁰

Rundfunkspezifische Beteiligungsbeschränkungen⁸¹¹ oder sonstige Medienkonzentrationsregeln kennt das dänische Recht im Hinblick auf Rundfunkveranstalter nicht.⁸¹² Die Rundfunkunternehmen unterliegen vielmehr den allgemeinen Bestimmungen des Wettbewerbsgesetzes⁸¹³ und der Aufsicht des Competition Council. Die Wettbewerbsbehörde stellt gemäß Art. 11 Abs. 2 des Wettbewerbsgesetzes auf Antrag fest, ob ein (Rundfunk-)Unternehmen über eine marktbeherrschende Stellung auf einem bestimmten Markt

807 S. Kapitel 9 des Gesetzes Nr. 1052.

808 S. insbesondere Sektion 54 des Gesetzes Nr. 1052.

809 S. Sektion 43 Absatz 2 des Gesetzes Nr. 1052.

810 S. Sektion 32 des Act on Radio Frequencies (Gesetz Nr. 421 v. 06.06.2002).

811 Allerdings sieht Sektion 45 Nr. 3 des Gesetzes Nr. 1052 die Möglichkeit vor, dass das Kulturministerium bei Erteilung der terrestrischen, analogen Rundfunklizenzen im Weg der Ausschreibung bestimmte Leitlinien aufstellen kann, die sich auch auf die Bieterrechte, Eigentumsverhältnisse und Mindestgebote beziehen können. Hinsichtlich der Eigentumsverhältnisse wurde von diesem Recht in Dänemark allerdings noch kein Gebrauch gemacht. Allerdings wurde per Durchführungsverordnung zur Versteigerung der beiden landesweiten Hörfunklizenzen 2003 festgelegt, dass nicht für beide Lizenzen gleichzeitig geboten werden konnte – s. Verordnung Nr. 168 vom 17.03.2003.

812 Hinsichtlich der Werbung unterliegen die privaten Rundfunkveranstalter (Fernseh- und Hörfunkveranstalter) denselben Bestimmungen wie die derzeit noch öffentliche Rundfunkgesellschaft TV2, mit deren Gründung werbefinanzierter Rundfunk überhaupt erst in Dänemark zugelassen wurde.

813 Wettbewerbsgesetz Nr. 384 vom 10.06.1997, in der Fassung seiner nachfolgenden Änderungen durch Gesetz Nr. 416 vom 31.05.2000 und Gesetz Nr. 426 vom 06.06.2002.

verfügt. Rundfunkrelevante Entscheidungen hat die Wettbewerbsbehörde bislang allerdings nur hinsichtlich der Werbemärkte,⁸¹⁴ des Erwerbs von Übertragungsrechten an Sportveranstaltungen⁸¹⁵ sowie der Wahrnehmung von Urheberrechten⁸¹⁶ getroffen. Zu Unternehmensbeteiligungen gab es hingegen noch keine Entscheidungen.

Seitdem im Sommer diesen Jahres die Frequenzen für Radio 5 (ein landesweit empfangbarer Radiokanal) und Radio 6 (mit einer technischen Reichweite von 37 %) an ausländische kommerzielle Veranstalter versteigert wurden, existiert für die Hörfunkprogramme des DR erstmals eine tatsächliche Konkurrenz von privater Seite. Daneben existieren etwa 250⁸¹⁷ lokale Radiosender, von denen etwas über die Hälfte nicht-kommerzieller Natur sind.⁸¹⁸ Die lokalen Hörfunkprogramme werden sowohl terrestrisch als auch über Kabel verbreitet und verfügen über Reichweiten von bis zu 300.000 Zuhörern.

1985 wurde mit einem speziellen Gesetz zur Kabelweiterverbreitung erstmals die Ausstrahlung kommerzieller, über Satellit gesendeter Programme via Kabelnetz ermöglicht, da im Unterschied zur terrestrischen Verbreitung das Sendemonopol der Post- und Fernmeldebehörde für diesen Übertragungsweg nicht galt. Für Unternehmen mit Sitz in Dänemark war die Rundfunkfähigkeit jedoch aufgrund des zunächst noch geltenden Werbeverbots und nachfolgender strenger Werbevorschriften weiterhin wirtschaftlich wenig attraktiv, sodass auf dänisches Publikum zielende Kanäle (wie diejenigen der TV3-Gruppe und TV Danmark1) vom Vereinigten Königreich aus sendeten, wo flexiblere Werbebestimmungen galten.

Das kommerzielle dänische Fernsehsystem⁸¹⁹ wird daher auch heute noch maßgeblich von Programmen geprägt, die von ausländischen Veranstaltern

für ein dänisches Zielpublikum produziert und überwiegend von Großbritannien aus verbreitet werden. Zu den aus London gesendeten Programmen zählen TV3 und TV3+, die einem schwedischen Unternehmen (Modern Times Group) gehören, eine technische Reichweite von etwa 68 % besitzen und mit einem Zuschaueranteil von ca. 15 % den bedeutendsten Marktanteil unter den privaten Programmen erzielen, und TV Danmark1 mit einer technischen Reichweite von etwa 50 %. Ebenfalls von großer Bedeutung ist das Programm von TV Danmark2 mit einer technischen Reichweite von 75 %. Beide letztgenannten Kanäle gehören der amerikanischen SBS-Broadcasting Group und sind im Jahre 2000 aus dem 1997 gegründeten Netzwerk TV Danmark, das aus 15 dänischen, regionalen Sendestationen bestand, hervorgegangen.

Daneben besteht der Fernsehmarkt aus einigen inländischen Diensten, die ihre Programme allerdings nur über Kabel oder Satellit verbreiten (Canal+ Denmark, Dantoto, DK4) sowie aus über hundert⁸²⁰ lokalen sowohl kommerziellen als auch nicht-kommerziellen TV-Sendern.

c) Aktuelle Entwicklungen und Ergebnis

Bemerkenswert an der dänischen Rundfunkordnung ist die Umsetzung der Werberegeln der Fernsehrichtlinie. Trotz mehrfacher Liberalisierung des nationalen Rechts, zuletzt durch das Gesetz Nr. 1052 und die Durchführungsverordnung Nr. 194, sind die dänischen Bestimmungen in Teilen immer noch strenger als die Vorgaben der Richtlinie. Auch die den Inhalt der Werbung betreffenden Regeln beinhalten Besonderheiten. Das Werbeverbot für politische Parteien oder Organisationen ist allerdings Gegenstand von Diskussionen, da einige Stimmen diese Verbote wegen möglicher Verstöße gegen das Recht auf freie Meinungsäußerung für rechtswidrig erachten.⁸²¹

Die Privatisierung des Senders TV2 schreitet voran. Seit Dezember 2003 wird in dem zuständigen Finanzausschuss des Parlaments über die Umgestaltung der Rechtsform des Senders beraten. TV2 soll in einem ersten Schritt in eine Gesellschaft mit begrenzter Haftung („Limited Company“) umgewandelt werden, die sich zunächst noch in staatlicher Hand befinden soll. Die Umgestaltung soll dann bis Ende 2004 erfolgt sein. Dagegen ist der zweite Schritt, der Verkauf der so umgewandelten Gesellschaft an private Anbieter,

814 S. Entscheidung des Competition Council „TV2's priser og betingelser“ vom 29.11.2000. TV Danmark hatte gegen TV2 wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung auf dem dänischen Fernseh-Werbemarkt geklagt. Die Entscheidung ist in dänischer Sprache abrufbar unter <http://www.ks.dk/konkurrence/afgoerelser/2000/11-29/tv2-cf/> (Stand November 2003).

815 S. Entscheidungen des Competition Councils in den Fällen „Aftale mellem DBU og TV2/DR om tv- og radiorettigheder til dansk landsholdsfodbold“ vom 31.10.2001, in dänischer Sprache abrufbar unter: <http://www.ks.dk/konkurrence/afgoerelser/2001/10-31/dbu-tv2-dr/> sowie „Aftale mellem DR, TV2, Team Danmark og Dansk Handboldforbund“ vom 27.11.2002, in dänischer Sprache abrufbar unter: <http://www.ks.dk/konkurrence/afgoerelser/2002/11-25/haandbold/> (Stand November 2003).

816 S. z. B. Entscheidung des Competition Council „Aftale mellem IFPI og danske tv-stationer“ vom 31.02.2002, in dänischer Sprache abrufbar unter: <http://www.ks.dk/konkurrence/afgoerelser/2002/01-30/12.18-pr/> (Stand November 2003).

817 Nach Angaben des dänischen Kulturministeriums, s. unter <http://www.kum.dk/sw3205.asp?usepf=true> (Stand November 2003).

818 S. Pohn, Medien in Dänemark, S. 247.

819 S. hierzu auch die Liste der TV-Anbieter der Europäischen Audiovisuellen Informationsstelle unter: <http://www.obs.coe.int/db/persky/dk.html> (Stand November 2003).

820 Nach Angaben des dänischen Kulturministeriums, s. unter: <http://www.kum.dk/sw3205.asp?usepf=true> (Stand November 2003).

821 S. die Meldung der Copenhagen Post vom 11.09.2003, abrufbar unter: http://www.chpost.dk/print.jsp?o_id=67661.

Gegenstand von Diskussionen. Während Ende des letzten Jahres die Öffentlichkeit bereits über Verkaufsverhandlungen spekulierte,⁸²² wies der dänische Premierminister Anfang 2004 die Möglichkeit eines Verkaufs nunmehr als nicht unmittelbar bevorstehend zurück.⁸²³

Kurzfristig sind daher keine tiefgreifenden Veränderungen der dänischen Rundfunklandschaft zu erwarten. Entscheidend für eine weitere Entwicklung dürfte der Ausgang des Beihilfeverfahrens in der Sache TV2 sein.⁸²⁴

3. Irland

a) Historische Entwicklung im Überblick

Nachdem Irland 1922 seine Unabhängigkeit vom Vereinigten Königreich erlangt hatte, sah die Irische Regierung das Thema Rundfunk nicht als vorrangiges Aktionsfeld an. Im Zuge des Empfangs von britischen Rundfunksignalen in Irland wurde jedoch ein Handlungsbedarf auf diesem Gebiet erkannt, sodass sich die irische Regierung nach einigen Debatten hinsichtlich der Frage, ob der zu gründende Rundfunkdienst ein staatliches Monopol besitzen sollte, im Jahre 1926 dazu entschloss, mit dem Wireless Telegraphy Act einen solchen Dienst zu errichten. Dieser Rundfunkdienst unterlag direkter staatlicher Kontrolle durch das Ministerium für Post und Telegraphie und wurde ausschließlich von Staatsbediensteten betrieben. Von Beginn an stützte sich die Finanzierung des Rundfunks auf ein gemischtes System, dessen Quellen einerseits Rundfunkgebühren und andererseits Einnahmen aus Werbung bildeten. Bis 1950 war Irland eines der wenigen demokratischen Länder, in denen Rundfunk noch als Teil der öffentlichen Verwaltung betrieben wurde.

Seit Beginn der 50er Jahre erzwang die irische Regierung zusätzlich die Einführung von Fernsehen in Irland, wobei auch die Meinung vertreten wurde, dass es sich bei der Gründung einer irischen Fernsehstation angesichts der schwierigen wirtschaftlichen Lage um bloßen Luxus handele, sodass sie sich, wenn überhaupt, selbst finanzieren müsse, um weitere

finanzielle Belastungen der Staatskasse zu verhindern.⁸²⁵ Schließlich entschloss sich das irische Parlament zur Errichtung eines öffentlich-rechtlichen Fernsehdienstes, der dem Fiskus so wenig Kosten wie möglich hinsichtlich des Kapitals und der Betriebskosten verursachen sollte. So wurde durch den Broadcasting Authority Act 1960 die Grundlage für die öffentlich-rechtliche, aber weiterhin staatlich kontrollierte Anstalt Radio Telefís Éireann (RTÉ) geschaffen, die am 31.12.1961 das erste irische Fernsehprogramm ausstrahlte. Die Kontrollmechanismen und -befugnisse der irischen Regierung in Bezug auf die RTÉ waren sehr weit reichend. Sie war nicht nur dafür zuständig, die Mitglieder der RTÉ zu ernennen, sondern auch dazu befugt, sie zu entlassen. Außerdem war die Regierung ermächtigt, auch eine inhaltliche Kontrolle auszuüben, was sie insbesondere dazu nutzte, Sendematerial über paramilitärische Gewalt in Nordirland zu verbieten. Erste Schritte in Richtung politische Unabhängigkeit der RTÉ wurden erst im Jahre 1976 mit dem Broadcasting Authority (Amendment) Act unternommen, als auch die Zensurmöglichkeiten in ihrem Ausmaß beschränkt wurden.

Sowohl der Hörfunk als auch das Fernsehen unterlagen in Irland schon früh britischer Konkurrenz. Die Übertragung von Rundfunk per Kabel erlaubte es in den 70er Jahren etwa zwei Dritteln der Bevölkerung mehrere (also auch ausländische) Programme zu empfangen, während das übrige Drittel technisch auf den terrestrischen Empfang des RTÉ-Programms beschränkt war. Aus diesem Grund startete RTÉ im Jahre 1978 einen zweiten Kanal, RTÉ 2 (später in Network2 umbenannt). Denjenigen, die keine britischen Programme empfangen konnten, ging diese Maßnahme jedoch nicht weit genug, sodass die irische Regierung schließlich das Übertragungssystem MMDS (Multi-channel Multipoint Distribution Service) einführte, mit dem Fernsehensendungen auch in abgelegene, ländliche Gebiete, in denen eine Kabelweiterverbreitung technisch nicht möglich war, gesendet werden konnten. Erste Lizenzen für MMDS-Systeme wurden 1989 vergeben. Etwa zeitgleich endete auch das bis dahin bestehende Rundfunkmonopol der RTÉ, als 1988 die gesetzlichen Grundlagen⁸²⁶ für private, kommerzielle Hörfunk- und Fernsehdienste geschaffen wurden. Bis zu diesem Zeitpunkt hatten rund 90 nicht lizenzierte Veranstalter so genannte Piratensender betrieben und Hörfunksendungen in Irland ausgestrahlt.

822 S. die Meldungen der Copenhagen Post vom 09.09.2003 und 11.12.2003, abrufbar unter: http://www.chpost.dk/print.jsp?o_id=67615 und http://www.chpost.dk/print.jsp?o_id=73950.

823 Meldung der Copenhagen Post vom 21.01.2004, abrufbar unter: http://www.chpost.dk/print.jsp?o_id=74480.

824 S. Kapitel II, Punkt 1. c) dd) (2).

825 S. zu dieser Entwicklung allgemein Savage, Irish Television, 1996.

826 Vgl. Wireless Telegraphy Act 1988 sowie Radio and Television Act 1988.

b) Die Entwicklung des dualen Rundfunks

aa) Öffentlich-rechtlicher Rundfunk

Wie in anderen westeuropäischen Ländern wurde die RTÉ seit ihrer Gründung 1960, obwohl sie von staatlichen Einflussnahmen nicht unabhängig war, aufgrund ihrer Monopolstellung mit der Erfüllung öffentlich-rechtlicher Aufgaben betraut. Ihr wurde bei der Erstellung der Programme gegenüber der Öffentlichkeit eine große Verantwortung zugesprochen, aufgrund derer sie die nationale Kultur, das Erfordernis der ausgewogenen, fairen und unparteiischen Berichterstattung, das Recht auf Intimsphäre, Fragen des guten Geschmacks sowie gesellschaftliche Belange berücksichtigen sollte. Des Weiteren war die RTÉ dazu verpflichtet, bei politischen Wahlen alle Kandidaten fair, wenn auch nicht unbedingt gleich, zu behandeln.⁸²⁷ Verboten waren Sendematerialien, die geeignet gewesen wären, zu Gewalt anzuregen oder die staatliche Autorität zu untergraben.

Die Tatsache, dass bestimmte Kontrollbefugnisse der Regierung und dem zuständigen Minister vorbehalten blieben, wie zum Beispiel die Möglichkeit, die Mitglieder der RTÉ-Behörde zu berufen und auch wieder zu entlassen, erwies sich in der Praxis auf Dauer allerdings als problematisch. Dies führte schließlich 1976 zu gesetzlichen Änderungen, durch die die staatliche Unabhängigkeit der RTÉ-Behörde gefördert werden sollte. So wurde zum Beispiel mit dem Broadcasting Authority (Amendment) Act von 1976 eine Beschwerde-Kommission (Broadcasting Complaints Commission – BCC) errichtet, die fortan für Beschwerden hinsichtlich inhaltlicher Vorgaben und der Anforderungen der fairen und unparteiischen Berichterstattung sowie hinsichtlich der von der RTÉ ausgestrahlten Werbung zuständig war.

Heute betreibt RTÉ zwei nationale Fernsehprogramme: RTÉ1, dessen Programm den Schwerpunkt insbesondere auf Nachrichtensendungen und Sendungen zum Zeitgeschehen legt, sowie Network 2, das sich mit seinem Programm eher dem Bereich der Kultur und Unterhaltung durch Ausstrahlung von Spielfilmen und Musiksendungen widmet.

Im Jahr 1996 wurde zudem noch ein drittes öffentlich-rechtliches Fernsehprogramm, das irischsprachige Telefís na Gaeilge (TG4), ins Leben gerufen.

⁸²⁷ Vgl. die beiden Entscheidungen des Supreme Court: *The State (Lynch) v Cooney* [1982] IR 337, [1983] ILRM 89; *Madigan v RTÉ* [1994] ILRM 472, in denen das Gericht feststellte, dass der RTÉ bei der Entscheidung der Zuteilung von Sendezeiten an Kandidaten mehrere Kriterien zur Verfügung stünden.

Dabei handelte es sich um eine kultur- und sprachpolitische Entscheidung der damaligen Regierung, die damit den Forderungen der Iren, den Gebrauch des Gälischen, Irlands offizieller Amtssprache, zu fördern, entsprechen wollte. TG4 unterlag zeitweise denselben Bestimmungen wie RTÉ, durch den Broadcasting Act 2001 sollte der Sender jedoch auf eine unabhängige Basis gestellt werden.⁸²⁸

Über seine beiden Fernsehprogramme hinaus verfügt RTÉ über 4 nationale Hörfunkprogramme mit unterschiedlicher Ausrichtung (Radio 1 mit einem allgemeinen Programm, den 24-Stunden Musiksender 2FM, Radio na Gaeltachta mit Sendungen in irischer Sprache und Lyric FM, ein Programm mit klassischer Musik und Beiträgen aus dem Bereich der Kunst).

Gesetzlich wird der öffentlich-rechtliche Auftrag der RTÉ im Broadcasting Act 2001⁸²⁹ in einigen Einzelheiten umschrieben. Nach diesem müssen die von der RTÉ betriebenen Hörfunk- und Fernsehdienste frei empfangbar sein und möglichst die gesamte Bevölkerung der Insel Irland erreichen und folgende öffentlich-rechtliche Anforderungen inhaltlicher Art erfüllen: Sie müssen ein umfassendes Angebot irisch- und englischsprachiger Sendungen beinhalten, welche die kulturelle Vielfalt Irlands widerspiegeln. Die Programme, die Unterhaltungs-, Informations- und Bildungszwecken dienen, müssen sportliche, religiöse und kulturelle Aktivitäten abdecken und sich sowohl an den Bedürfnissen der Allgemeinheit ausrichten als auch die Interessen von Minderheiten oder besonderer Gruppen berücksichtigen. Nachrichten- und Informationssendungen sind ebenfalls in irischer und englischer Sprache anzubieten. Entgegen früherer Bestimmungen darf der zuständige Minister nunmehr weder in die Produktion von Sendungen noch in die redaktionelle Arbeit der RTÉ eingreifen.⁸³⁰ TG4 unterliegt weitgehend denselben öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen wie die RTÉ, mit dem Unterschied, das TG4 sie hauptsächlich in irischer Sprache erfüllen muss. Die konkreten Anforderungen an das TG4-Programm sind ebenfalls im Broadcasting Act 2001 festgelegt.⁸³¹

⁸²⁸ Laut Informationen der Zeitung *The Irish Times* vom 24.02.2003 gab es zwischen der Regierung und der RTÉ im Hinblick auf die künftige Führung und Kontrolle von TG4 diverse Meinungsverschiedenheiten. Ein Vorschlag beinhaltete, dass TG4 dem Government Department, das eigentlich für sprachkulturelle Angelegenheiten zuständig ist, unterstellt werden sollte. Das Fortbestehen einiger Verbindungen zwischen TG4 und RTÉ war ebenfalls ein weiterer Streitpunkt.

⁸²⁹ Art. 28 des Broadcasting Act 2001.

⁸³⁰ Gemäß Art. 28 Abs. 5 des Broadcasting Act 2001. Im Vergleich dazu s. Art. 31 des Broadcasting Act von 1960 zur früheren Rechtslage.

⁸³¹ Art. 45 und 46 des Broadcasting Act 2001.

Terrestrisch verbreitet RTÉ seine Fernseh- und Hörfunkprogramme über Sendeanlagen, die an zahlreichen lokalen Standorten existieren. Ein Ukw-Funknetzwerk (microwave radio network) verbindet die in Dublin zentral erzeugten Programme mit den einzelnen Sendeanlagen und mit lokalen RTÉ-Studios. Daneben werden die RTÉ-Programme über Kabel und über MMDS (Multi-channel Multipoint Distribution Service; als Ergänzung zur Übertragung über konventionelle Fernsehkabelnetze konzipiert) verbreitet. Seit April 2002 werden die RTÉ-Programme in Nordirland außerdem über die digitale Satellitenplattform des britischen Satellitendiensteanbieters Sky verbreitet.⁸³² RTÉ hat darüber hinaus angekündigt, drei zusätzliche digitale Kanäle errichten zu wollen.

Werbung, Sponsoring und seit jüngster Zeit auch Teleshopping⁸³³ sind im öffentlich-rechtlichen Rundfunk erlaubt. Seit 1988 gilt eine allgemeine Werbehöchstgrenze (sowohl für private als auch öffentlich-rechtliche Veranstalter). Der höchst zulässige Werbeanteil beträgt 15 % des Gesamtprogramms sowie maximal 10 Minuten pro Stunde. Zwar gab es zu Beginn der 90er Jahre Bestrebungen, die Werbeeinnahmen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zu Gunsten der privaten Veranstalter einzuschränken, entsprechende gesetzliche Maßnahmen wurden jedoch kurze Zeit später wieder außer Kraft gesetzt.⁸³⁴

Weitere gesetzliche Vorgaben für die RTÉ sowie für private Rundfunkveranstalter (insbesondere Vorgaben entsprechend der EG-Fernsehrichtlinie) finden sich im Advertising Code 1999. Die Broadcasting Commission of Ireland (BCI)⁸³⁵ ist nach dem Broadcasting Act 2001⁸³⁶ ebenfalls dazu verpflichtet, eine Reihe neuer Werbebestimmungen (in Form von Codes) aufzustellen, die sowohl für den öffentlich-rechtlichen als auch für den privaten Rundfunk gelten sollen.

⁸³² Im November 2001 hatte RTÉ ihre Absicht angekündigt, ihre Hörfunk- und Fernsehprogramme über die digitale Sky-Plattform vom April 2002 an in Nordirland zu verbreiten. RTÉ hatte mit Sky für die Übertragung Bedingungen ausgehandelt, die im Ergebnis überraschenderweise weitestgehend den bestehenden Vereinbarungen mit den irischen Kabelnetzbetreibern entsprachen, wonach diese die RTÉ-Programme kostenlos weiterverbreiten müssen – s. The Irish Times vom 05.01.2002. Allerdings hätte die RTÉ für diese Verhandlungen mit Sky gemäß Art. 36 Broadcasting Act 2001 einer Lizenz durch die BCI (Broadcasting Commission of Ireland) bedurft, die die RTÉ nicht eingeholt hatte. Die BCI erkannte schließlich die Vereinbarungen zwischen RTÉ und Sky an – s. The Irish Times vom 24.01. und 20.02.2002.

⁸³³ Art. 31 Broadcasting Act 2001.

⁸³⁴ Der Broadcasting Act 1990 beschränkte den zulässigen Werbeanteil der RTÉ auf 7,5 % des Gesamtprogramms; diese Bestimmung wurde jedoch durch Art. 2 des Broadcasting Authority (Amendment) Act 1993 ersetzt, der der RTÉ-Behörde erlaubte, die tägliche Werbedauer und die höchst zulässige Anzahl der gesendeten Werbespots „im Einvernehmen mit dem zuständigen Minister“ im Rahmen der allgemeinen Grenzen und den in der EG-Fernsehrichtlinie enthaltenen Vorgaben selbst festzulegen.

⁸³⁵ Zuvor Independent Radio and Television Commission (IRTC).

⁸³⁶ Art. 19 Broadcasting Act 2001.

Die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks stützt sich seit Aufnahme der entsprechenden Hörfunk- und Fernsehdienste sowohl auf Rundfunkgebühren als auch auf Werbeeinnahmen. Der Erlös durch die Gebühreneinnahmen darf allerdings ausschließlich zur Erfüllung öffentlich-rechtlicher Pflichten eingesetzt werden. Die Rundfunkgebühren belaufen sich seit Beginn des Jahres 2003 auf EUR 150 jährlich.

Von dem einzelnen entrichteten, jährlichen Gebührenbeitrag sollen EUR 7 in einen speziellen Fond für öffentlich-rechtliche Sendungen einfließen, mit dem das Angebot qualitativer Programme, die den öffentlich-rechtlichen Anforderungen entsprechen, gefördert werden sollen.

Mit Genehmigung der von RTÉ wegen finanzieller Schwierigkeiten und im Hinblick auf die Einführung digitalen Fernsehens schon seit längerem geforderten Gebührenerhebung, wird die RTÉ im Gegenzug zur Vorlage eines „Jahresberichtes“ (Annual Statement of Commitments) verpflichtet, der einer unabhängigen Finanzkontrolle unterliegt. Der Strategieplan 2002–2005 der RTÉ lässt einen Stellenabbau von bis zu 150 Mitarbeitern erwarten und sieht die Gründung eigener Abteilungen (Integrated Business Divisions) für die Bereiche Fernsehen, Hörfunk, Nachrichten, Veröffentlichungen und Netzwerke vor, um die Betriebskosten zu senken.

bb) Privater Rundfunk

Die privaten Rundfunkveranstalter unterliegen den Bestimmungen des Broadcasting Acts 2001 und stehen unter der Aufsicht der BCI (früher IRTC – Independent Radio and Television Commission), die auch die Rundfunklizenzen an die privaten Anbieter vergibt. Die BCI-Mitglieder und der Vorsitzende werden von der irischen Regierung ernannt. Nach ihrer Einberufung ist die Behörde an sich jedoch staatlich unabhängig. Ihre Aufgaben sind ebenfalls im Broadcasting Act 2001 gesetzlich festgelegt.

Neben der Erteilung von Rundfunklizenzen gehört es zu den Aufgaben der BCI, eine Politik zu formulieren und umzusetzen, die der Eigentums- und Inhaltsvielfalt im Rundfunk Rechnung trägt. Im Oktober 2001 gab die BCI ihre neuen Ziele hinsichtlich ihrer Eigentums- und Kontrollpolitik bekannt. Dabei äußerte die BCI die Ansicht, dass es akzeptabel sei, wenn ein einzelner Investor einen Anteil von maximal 15 % an einem lizenzierten kommerziellen

Hörfunkdienst hält. Bei einem Anteil von 15–25 % sei eine sorgfältigere Abwägung seitens der BCI erforderlich, ein Anteil von mehr als 25 % sei hingegen nicht akzeptabel. Darüber hinaus betonte die BCI, dass der Erhalt eines lokalen Bezugs (im Gegensatz zu einem lokalen Eigentümer) ein wichtiges Ziel sei.⁸³⁷

Inhaltliche Vorgaben in Bezug auf die Veranstaltung eines privaten Hörfunkdienstes sind sowohl im Radio and Television Act von 1988 als auch im Broadcasting Act von 2001⁸³⁸ festgelegt. Demnach sind Anbieter eines Hörfunkdienstes zum Beispiel hinsichtlich der verbreiteten Nachrichtensendungen, die mindestens einen Anteil von 20 % der Sendezeit einnehmen müssen, zur objektiven und unparteiischen Berichterstattung verpflichtet. Werbung mit religiösem oder politischem Inhalt ist im privaten Hörfunk verboten. Des Weiteren soll die BCI von Zeit zu Zeit verbindliche Leitlinien (Code of Conduct) bezüglich der Bereiche Berichterstattung und Werbung erlassen.

Derzeit gibt es 49 lizenzierte private Hörfunksender in Irland. Dabei handelt es sich um einen nationalen kommerziellen Radiosender (Today FM), einen regionalen Sender (BeatFM), 25 unabhängige kommerzielle Lokalradios, 14 Gemeinderadios, 2 Spartensender sowie 6 Krankenhaus- und Universitätsradios.⁸³⁹

Obwohl die rechtliche Grundlage für privates Fernsehen bereits mit dem Broadcasting Act von 1988 geschaffen wurde und bereits im darauf folgenden Jahr einem privaten Konsortium eine Lizenz für den Betrieb des – bis heute einzigen – nationalen kommerziellen Fernsehsenders TV3 erteilt wurde, konnte ein entsprechendes Programm erst 1998 ausgestrahlt werden, nachdem ein kanadisches Konsortium „CanWest Global“ 45 % der TV3-Anteile übernommen hatte.⁸⁴⁰ CanWest Global ist darüber hinaus mit 29,9 %

an Ulster Television (UTV), einem ebenfalls privaten, allerdings britischen Fernsehveranstalter, der sein Programm in Nordirland verbreitet, beteiligt. Seit September 2000 hält die Mediengruppe Granada Media ebenfalls eine Beteiligung von 45 % an TV3, die verbleibenden 10 % gehören den ursprünglichen Aktionären dieser Fernsehgesellschaft.

Die inhaltlichen Vorgaben, die der Broadcasting Act 2001 für die Hörfunkveranstalter aufstellt, gelten, mit Ausnahme der Bestimmung zum Anteil der Nachrichten an der Sendezeit eines Programms, auch für die Anbieter privater Fernsehdienste.⁸⁴¹ Darüber hinaus muss die BCI dafür Sorge tragen, dass lizenzierte Fernsehanbieter die Interessen der Gesellschaft berücksichtigen und sicherstellen, dass die Vielfalt und die Besonderheiten der irischen Kultur sich in ihren Programmen widerspiegeln.⁸⁴²

Der Regulierungsbehörde obliegt es sicherzustellen, dass die RTÉ Hörfunk- und Fernsehdiensteanbietern Zugang zu allen Sendeeinrichtungen (Sendemasten, Funktürmen etc.) gewährt und hierfür die Höhe der von den Veranstaltern an die RTÉ zu zahlenden Gebühren festzulegen.

c) Aktuelle Entwicklungen und Ergebnis

Die irische Regierung hat Ende Oktober 2003 nähere Angaben zu dem Vorhaben veröffentlicht, aus Mitteln des Rundfunkgebühren-Aufkommens verschiedene öffentlich-rechtliche Aufgaben finanzieren zu lassen.⁸⁴³ Förderungen sind vorgesehen für neue Hörfunk- und Fernsehprogramme über die irische Kultur, neue Sendungen in beiden Rundfunksektoren zur Verbesserung der (Sprach-)Kenntnisse von Erwachsenen (Alphabetisierung und Irisch-„Literacy“) und schließlich die Archivierung von Programmen. Hierfür sollen 5 % der Nettoeinnahmen aus Gebühren in einen Fonds eingespeist werden, der von der Broadcasting Commission of Ireland (BCI) verwaltet wird. Insgesamt könnten so etwa EUR 8 Mio. jährlich zur Verfügung gestellt werden. Aus diesem Fond sollen zudem die sich auf ungefähr EUR 400.000 zu beziffernden zusätzlichen Verwaltungskosten der Aufsichtsbehörde bestritten werden. Förderberechtigt sind Fernsehprogramme im frei-empfangbaren Bereich, die eine annähernd universelle Reichweite haben oder über Kabel

837 Zu weiteren Informationen s. McGonagle, IRIS 2001-10: 8.

838 Art. 9 und 10 Radio and Television Act 1988 in der Fassung des Broadcasting Acts 2001 sowie Art. 19 Broadcasting Act 2001.

839 Eine Liste der aktuell lizenzierten Hörfunksender ist unter http://www.bci.ie/l_station.html (Stand November 2003) abrufbar.

840 Finanzielle Probleme der ursprünglichen Anteilseigner hatten dazu geführt, dass sich die Aufnahme ihres Sendebetriebs immer weiter verzögerte, sodass die damals zuständige Behörde IRTC (heutige BCI) sogar zwischenzeitlich beschlossen hatte, TV3 die Lizenz wieder zu entziehen. Nach einem Rechtsstreit zwischen der IRTC und TV3 über den Entzug dieser Lizenz, der schließlich zu Gunsten von TV3 vor dem Supreme Court entschieden wurde, erhielt TV3 Mitte der 90er Jahre seine Lizenz zurück und war schließlich, durch die finanzielle Beteiligung von CanWest gestärkt, in der Lage, sein Programm 1998 zu starten. Vgl. hierzu auch das Urteil des Supreme Court vom 26.10.1993 sowie allgemein zur Entwicklungsgeschichte von TV3 Kenny, TV3 and the Regulation of Competition in Broadcasting, in: McGonagle (Ed.), Law and Media: the Views of Journalists and Lawyers, 1997, S. 39.

841 Art. 18 Abs. 1 Radio and Television Act 1988 in der Fassung des Broadcasting Act von 2001.

842 Art. 18 Abs. 3 Radio and Television Act 1988 in der Fassung des Broadcasting Act von 2001.

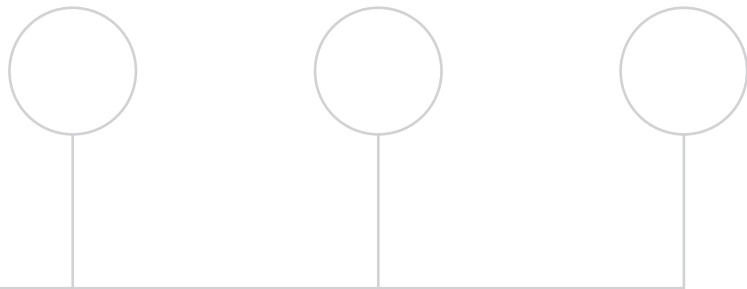
843 Broadcasting (Funding) Bill 2003, abrufbar unter der Website des Ministeriums: <http://www.dcmr.ie/files/Bill%20Text.doc>

oder MMD-Systeme (multipoint microwave distribution) verbreitet werden sowie Hörfunkprogramme der öffentlich-rechtlichen Anstalt RTÉ bzw. eines zugelassenen privaten Veranstalters.

Wie auch dieses Beispiel zeigt, ist das irische Rundfunksystem einem Wandel unterlegen. Durch den starken Einfluss des Vereinigten Königreichs und der wirtschaftlichen Stärke der dortigen Anbieter gibt es eine verstärkte Hinwendung zum Schutz der irischen Kultur. Als Beispiele zu nennen sind die dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk auferlegten, detaillierten Programmvorgaben, die Einrichtung eines rein irischsprachigen Fernsehprogramms und der bereits genannte Fonds zur Unterstützung inhaltlich bestimmter Programme.

4. Ergebnis

Als Ergebnis der Länderberichte kann festgehalten werden, dass in den geprüften Rundfunkordnungen keine einheitlichen Entwicklungslinien ersichtbar sind. Die Berichte zeigen eine Vielzahl von genutzten Instrumentarien zur Feinsteuerung des Verhältnisses zwischen öffentlich-rechtlichem und privatem Rundfunk auf. Diese können in der organisatorischen Ausgestaltung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten oder aber auch in der Steuerung der finanziellen Ausstattung liegen. Begründet liegen diese verschiedenen Ansätze in den vorhandenen, durchaus unterschiedlichen wirtschaftlichen Marktverhältnissen und rechtlichen Grundlagen. Neben einer Tendenz zur Beschränkung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks vor allem im Bereich der Werbeeinnahmen⁸⁴⁴ kann aber auch eine Hinwendung zur Förderung der kulturellen Aspekte im Programm beobachtet werden, die häufig durch den öffentlich-rechtlichen Rundfunk vorzunehmen ist. In diesem Zusammenhang ist erwähnenswert, dass vielfach der Versorgungsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und damit die Dienstleistung von allgemeinem Interesse detaillierter festgelegt werden als in der Vergangenheit. Auch ist die sog. Transparenzrichtlinie ungeachtet der rechtlichen Fragen der Anwendbarkeit⁸⁴⁵ von allen drei Ländern für den Bereich des öffentlich-rechtlichen Rundfunks umgesetzt worden.



⁸⁴⁴ So ausgeprägt in der Flämischen Gemeinschaft Belgiens, etwas schwächer in der Französischen Gemeinschaft, in Dänemark bezogen auf den öffentlich-rechtlichen Sender DR. Allerdings gelten diese Beschränkungen nicht für den öffentlich-rechtlichen dänischen Sender TV2. In Irland wurden Werbebeschränkungen für den öffentlich-rechtlichen Sender wieder aufgehoben.

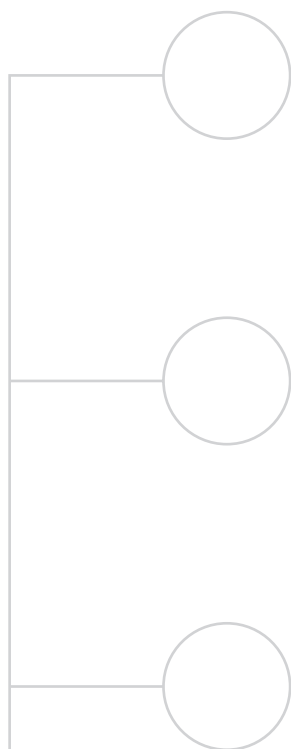
⁸⁴⁵ S. Kapitel II, Punkt 1. c) dd) (7).

IV. Zusammenfassung

Die vergleichende Betrachtung der Rundfunksysteme in Belgien, Dänemark und Irland, aber auch der Blick in andere europäische Länder zeigen, dass die Entwicklung der dualen Rundfunksysteme noch nicht abgeschlossen ist. Teilweise erfolgt diese evolutiv, indem einige (Rand-)Parameter der Rundfunkordnung mit Auswirkungen auf den Fernseh- oder Hörfunkbereich – zum Teil auch das Internet – verändert werden. Zum Teil sind aber auch gravierende Änderungen zu verzeichnen, die die Gewichte zwischen öffentlich-rechtlichen und privaten Rundfunkanbietern verschieben.

Der aktuellen Mediengesetzgebung ist daran gelegen, Freiräume für die Einrichtung privaten Rundfunks zu schaffen oder dessen Entwicklungsmöglichkeiten zu verbessern. So wird vielfach die tatsächliche Wahrnehmung des Auftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks kritisch überprüft und auch – vorwiegend für den Bereich des Fernsehens – hinterfragt, ob dessen teilweise Umwandlung in Unternehmen privater Trägerschaft eine geeignete Alternative darstellt. Dänemark, Portugal und Italien befinden sich auf diesem Weg. In diesen Kontext lassen sich auch Entwicklungen einreihen, die die vermeintlich scharfen Trennlinien zwischen öffentlich-rechtlichen Diensten und kommerziellen Angeboten verwischen. Einige europäische Staaten eröffnen auch privaten Rundfunkanbietern die Möglichkeit, Leistungen im allgemeinen Interesse anzubieten. Sie fördern die Produktion und das Verbreiten von Sendungen aus dem Bereich öffentlich-rechtlicher Inhalte wie Bildung, Kultur, Nachrichten aus staatlichen Fonds.

Daneben werden Anstrengungen unternommen, Reste vorhandener Monopole aufzuheben, beispielsweise indem durch eine optimierte Frequenzverwaltung (im Bereich der Terrestrik) die Marktzutrittsbarriere fehlender Ressourcen für (nationale/landesweite oder regionale) Rundfunkangebote beseitigt wird. Jüngste Beispiele hierfür finden sich in Dänemark im Hinblick auf den Hörfunk. Vergleichbares gilt für die flämische Gemeinschaft in Belgien. Offensichtlich erwarten diese Staaten eine Entlastung der Ressourcenknappheit vor allem bei der terrestrischen und über Kabelnetze erfolgenden Verbreitung durch die Digitalisierung nicht in unmittelbarer Zukunft und stellen sich darauf ein. Bis dahin evaluieren sie die bestehenden



Rundfunksysteme, damit vor der flächendeckenden und alle Übertragungswege betreffenden Digitalisierung insbesondere privaten Anbietern die Gelegenheit eröffnet wird, sich am Markt zu positionieren und vergleichbare Startbedingungen anzutreffen.

Bei dieser Umgestaltung der dualen Rundfunkordnungen spielt das Europarecht, insbesondere das Recht der Europäischen Gemeinschaft, weiterhin einen spürbaren Einfluss auf die Medienordnungen in den Mitgliedstaaten aus. Es beschneidet die Spielräume für den nationalen Gesetzgeber merklich. In den Bereichen, die von einem „Durchgriffscharakter“ der europäischen Rechtsordnung geprägt sind, hat dieser Einfluss sogar intensive Formen angenommen. Hierzu zählt in erster Linie das Wettbewerbsrecht – am deutlichsten erkennbar, aber nicht hierauf beschränkt – soweit es mit der Beihilfenkontrolle unmittelbar auf die Finanzierungsmöglichkeiten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks einwirkt. In diesem Zusammenhang werden die Anforderungen an die Darlegung dessen, was den öffentlich-rechtlichen Auftrag und die auftragsgemäße Verwendung der hierfür bereitgestellten Mittel anbelangt, erhöht – sei es im Wege der richterlichen Ausgestaltung des Beihilferegimes, sei es durch die Anwendung der Transparenzrichtlinie.

Die Position marktbeherrschender Unternehmen, die einerseits in der Rolle als Nachfrager für Programminhalte, andererseits in der Funktion als Anbieter von Leistungen, zu denken ist hier in erster Linie an den Werbezeitenverkauf, besteht, befindet sich zunehmend im Aufmerksamkeitsbereich der (europäischen) Wettbewerbsaufsicht. An der Schnittstelle dieser Regelungsmaterie zum Recht der elektronischen Kommunikation ist zum Beispiel die Frage angesiedelt, wie es um den effektiven Zugang der Anbieter zu den Übertragungswegen bestellt ist. Die Grundsätze der Essential-Facilities-Doktrin können hier zum Tragen kommen, denkbar ist aber auch, dass die Vorabregulierung durch die nationalen Regulierungsbehörden im Vorfeld der Anwendung des Wettbewerbsrechts zu angemessenen Ergebnissen führt.

Aber auch innerhalb der Ausgestaltungs-Spielräume, die das Gemeinschaftsrecht den Mitgliedstaaten belässt, finden Neujustierungen statt. Sofern, wie zuletzt in Spanien, der öffentlich-rechtliche Rundfunk nicht in die Lage versetzt wird, die vollen (zeitlichen) Refinanzierungsmöglichkeiten mittels Werbung, die seitens der Fernsehrichtlinie erlaubt wären, auszuschöpfen, spiegelt dies einen Ansatz wider, der auch in den intensiv untersuchten Mitgliedstaaten verfolgt wurde. In Belgien geht dies damit einher, dass eine gegebenenfalls notwendige Kompensation aus staatlichen Mitteln erfolgen kann. Damit könnte zwar der öffentlich-rechtliche Rundfunk unter Umständen im Ergebnis seiner Finanzkraft ungeschmälert dastehen, allerdings sind die Erlösmöglichkeiten der privaten Anbieter auf dem Werbemarkt – sofern sie über ausreichende Sendeflächen verfügen – verbessert. Andere Instrumente, mit deren Hilfe die Refinanzierung der Anstalten abseits der Gebühren oder (direkten) Zuwendungen aus dem Staatshaushalt eingegrenzt wird, ergeben sich zum Beispiel aus einem Verbot von Teleshopping und Sponsoring, oder – weitergehend – aus dem vollständigen Verweis auf die öffentlichen Mittel als alleinige Finanzierungsquelle.

V. Literaturverzeichnis

ARD/ZDF: Gemeinsame Stellungnahme von ARD und ZDF zur Mitteilung der Kommission über die Anwendung des Beihilferechts auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk vom 10.07.2001.

ARD/ZDF: Gemeinsame Stellungnahme von ARD und ZDF vom 21.02.2000 zu dem Entwurf einer Änderung der Transparenzrichtlinie.

Astheimer, S.: Rundfunkfreiheit – ein europäisches Grundrecht; eine Untersuchung zu Art. 10 EMRK, Baden-Baden 1990 (zitiert: Astheimer, Rundfunkfreiheit).

Barrelet, D.: Kohärenz bitte!, *medialex* 2002, 143.

Bartosch, A.: Schranken-Schranken in der EG-Beihilfenkontrolle, *NJW* 2002, 3588.

Bartosch, A.: Der EuGH zieht der EG-Beihilfenkontrolle engere Schranken – das Urteil in der Rechtssache Ferring/ACOSS, *NVwZ* 2002, 174.

Bartosch, A.: Europäisches Telekommunikationsrecht in den Jahren 2000 und 2001, *EuZW* 2002, 389.

Bartosch, A.: The „Net Additional Costs“ of Discharging Public Service Obligations – the Commission’s Deutsche Post decision of 19 June 2002, *EStAL* 2002, 183.

Bartosch, A.: Schnittstellen zwischen öffentlicher Auftragsvergabe und europäischem Beihilferecht, *WuW* 2001, 673.

Bens, E. de: The Belgian Media Landscape, herausgegeben vom European Journalism Centre, abrufbar unter: <http://www.ejc.nl/jr/emland/belgium.html> (Stand November 2003) (zitiert: Bens, Belgian Media Landscape).

Bens, E. de/Ros, G.: Medien in Belgien, in: Hans-Bredow-Institut (Hrsg.), Internationales Handbuch Medien 2003, S. 206 (zitiert: Bens/Ros, Belgien).

Biervert, B.: Das Ende der öffentlich-rechtlichen Eigenproduktionen? Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Abschaffung und Auslagerung der Eigenproduktionen bei den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, ZUM 1998, 19.

Biggam, R.: Expectations and perspectives for private broadcasting, in: Nizza, die Grundrechte-Charta und ihre Bedeutung für die Medien in Europa, Schriftenreihe des Instituts für Europäisches Medienrecht (EMR) Band 23, Baden-Baden 2001, S. 43 (zitiert Biggam, Private Broadcasting).

Bogdandy, A. von: Europäischer Protektionismus im Medienbereich, EuZW 1992, 9.

Bonin, A. von: Kabelnetze und Europäische Regulierung, K & R 2002, 565.

Borchardt, K.-D.: EU- und EG-Vertrag, Textfassung nach dem Vertrag von Nizza, 3. Auflage, Köln 2001 (zitiert: Borchardt, EU- und EG-Vertrag).

Bornemann, R.: Cross-Promotion in Fernsehprogrammen von Senderfamilien, K & R 2001, 302.

Britz, G.: Staatliche Förderung gemeinwirtschaftlicher Dienstleistungen in liberalisierten Märkten und Europäisches Wettbewerbsrecht – Zur Neufassung der Transparenzrichtlinie, DVBl. 2000, 1641.

Bröhmer, J.: Die innerstaatliche und europarechtliche Bedeutung von Art. 10 EMRK für die Medienordnung, in: Europäisches Medienrecht – Fernsehen und seine gemeinschaftsrechtliche Regelung, Schriftenreihe des Instituts für Europäisches Medienrecht (EMR) Band 18, München Berlin 1998, S. 79 (zitiert: Bröhmer, Medienordnung).

Calliess, C./Ruffert, M.: Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft: EUV/EGV, 2. Auflage, Neuwied Kriftel 2002 (zitiert: Calliess/Ruffert-Bearbeiter).

Castendyk, O.: Werbung nach der Fernsehrichtlinie, in: Schwarze, J. (Hrsg.), Werbung und Werbeverbote im Lichte des europäischen Gemeinschaftsrechts, Schriftenreihe Europäisches Recht, Politik und Wirtschaft, Band 216, Baden-Baden 1999, S. 151 (zitiert: Castendyk, Werbung nach der Fernsehrichtlinie).

Castendyk, O./Bark, F.: Unterliegt das Filmförderungsgesetz der Beihilfekontrolle der Art. 87 ff. EGV?, ZUM 2003, 480.

Charissé, P.: Mitteilung der Kommission zur Nutzung von Parabolantennen, INFOSAT 9/2002, 80.

Demmer, U.: Auswirkungen der europäischen Rundfunkstrukturpolitik auf den Rundfunk in der Bundesrepublik Deutschland, Arbeitspapiere des Instituts für Rundfunkökonomie an der Universität Köln, Heft 75/1996, Köln 1996 (zitiert: Demmer, Rundfunkstrukturpolitik).

Dörr, D.: Die Rolle des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Europa, Baden-Baden 1997.

Dörr, D.: Medienfreiheit im Binnenmarkt, AfP 2003, 202.

Dörr, D.: Öffentlich-rechtlicher Rundfunk und Gebührenregelung unter dem Druck des Gemeinschaftsrechts, K & R 2001, 233.

Dörr, D./Schiedermaier, S./Haus, F. C.: Urheberrechtsnovelle versus Europarecht, K & R 2001, 608.

Dörr, D.: Möglichkeiten und Grenzen europäischer Medienpolitik: Konvergenz und Kompetenz, K & R 1999, 97.

Dörr, D./Janik, V./Zorn, N.: Der Zugang zu den Kabelnetzen und die Regelungen des europäischen Rechts, in: Der Zugang zum digitalen Kabel, Schriftenreihe der Landesmedienanstalten Nr. 22, Berlin 2002 (zitiert: Dörr/Janik/Zorn, Zugang zu den Kabelnetzen).

Dörr, D./Beucher, K./Eisenbeis, J./Jost, E.: Die Einflüsse europarechtlicher Entwicklungen auf das Bund-Länder-Verhältnis im Rundfunkwesen, Schriftenreihe des Instituts für Europäisches Medienrecht (EMR) Band 4, München Berlin 1992 (zitiert Dörr/Beucher/Eisenbeis/Jost, Einflüsse europarechtlicher Entwicklungen).

Dommering, E.: The Dutch Audiovisual Landscape: An Interesting European Case, in: Santiago Munoz Machado (Ed.), Derecho Europeo del Audiovisual, Tomo I, Madrid 1997 (Englisch), S. 521 – 534, auch abrufbar unter <http://www.ivir.nl/staff/dommering.html> (Stand: Oktober 2003) (zitiert: Dommering, Dutch Audiovisual Landscape).

Dommering, E.: Advertising and Sponsorship Law – Problems of Regulating Partly Liberalised Markets, in: Europäisches Medienrecht – Fernsehen und seine gemeinschaftsrechtliche Regelung/European Media Law – Television and European Community Law, Schriftenreihe des Instituts für Europäisches Medienrecht (EMR) Band 18, München/Berlin 1998 (zitiert: Dommering, Advertising and Sponsorship Law).

Eberle, C.-E.: Die Transparenzrichtlinie und die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in Deutschland, in: Eberle, C.-E./Ibler, M./Lorenz, D. (Hrsg.), Der Wandel des Staates vor den Herausforderungen der Gegenwart, Festschrift für Winfried Brohm, München 2002, S. 51 (zitiert: Eberle, Transparenzrichtlinie).

Eberle, C.-E.: Aktivitäten der Europäischen Union auf dem Gebiet der Medien und ihre Auswirkungen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, ZUM 1995, 763.

Eberle, C.-E.: Die Rundfunkgebühr – Verfassungsrechtlicher Anspruch und gesellschaftspolitische Funktion, AfP 1995, 559.

Eberle, C.-E.: Schriftliche Stellungnahme des Zweiten Deutschen Fernsehens zur Anhörung der Arbeitsgruppe „Rundfunkbegriff“ der Rundfunkreferenten der Länder am 15.06.1994, ZUM 1999, 530.

Eberle, C.-E.: Das europäische Recht und die Medien am Beispiel des Rundfunkrechtes, AfP 1993, 422.

Eberle, C.-E.: Praxis des Medienverbundes – Konsequenzen aus dem BGH-Urteil zum Fall „Boro“, ZUM 1991, 56.

Engel, C.: Privater Rundfunk vor der europäischen Menschenrechtskonvention, Baden-Baden 1993 (zitiert: Engel, Privater Rundfunk).

Europäische Audiovisuelle Informationsstelle (EAI): Statistisches Jahrbuch der Europäischen Audiovisuellen Informationsstelle 2003, Straßburg 2003.

Europäische Audiovisuelle Informationsstelle (EAI): Fernsehen und Medienkonzentration, IRIS Spezial 2001, Straßburg 2001.

Eurostrategies: Study on the assessment of the Member States measures aimed at fulfilling certain general interest objectives linked to broadcasting, imposed on providers of electronic communications networks and services, in the context of the new regulatory framework, im Auftrag der Europäischen Kommission, März 2003, abrufbar unter: http://www.europa.eu.int/information_society/topics/telecoms/regulatory/studies/documents/finrep_18_march_2003.pdf, abgerufen am 11.02.2004.

Fischl, T.: Die Wettbewerbsaufsicht im Medienbereich zwischen Entwicklung und Neuorientierung, Frankfurt am Main 2001 (zitiert: Fischl, Wettbewerbsaufsicht).

Geiger, R.: EUV, EGV: Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 3. Auflage, München 2000 (zitiert: Geiger).

Gottberg, H. v.: Ignorieren, akzeptieren oder kapitulieren? Filesharing-Systeme machen dem gesetzlichen Jugendschutz das Leben schwer, tv diskurs, Heft Nr. 27 (Januar 2004), 1.

Gottberg, H. v.: Wie Hase und Igel? Der Wettlauf zwischen Medien, Technik und Jugendschutz, tv diskurs, Heft Nr. 26 (Oktober 2003), 1.

Graber, C. B.: Bröckelndes Monopol des ORF, Anmerkungen zum Urteil des EGMR, TELE 1, abrufbar unter <http://www.weblaw.ch/jusletter/Artikel.jsp?ArticleNr=828&Language=1>, abgerufen am 31.10.2002.

Grabitz/Hilf: Das Recht der Europäischen Union – Kommentar zur Europäischen Union, Loseblattkommentar, München (zitiert: Grabitz/Hilf-Bearbeiter).

Groeben, H. v.d./Thiesing, J./Ehlermann, C.-D.: Kommentar zum EU-/EWG-Vertrag (zitiert: GTE-Bearbeiter).

Gundel, J.: Die Untersagung nationaler Fernsehwerbemonopole durch die EG-Kommission gemäß Art. 86 Abs. 3 EGV, ZUM 2000, 1046.

Gundel, J.: Nationale Programmquoten im Rundfunk: Vereinbar mit den Grundfreiheiten und der Rundfunkfreiheit des Gemeinschaftsrechts? ZUM 1998, 1002.

Hahn, W./Vesting, T. (Hrsg.): Kommentar zum Rundfunkrecht, München 2003 (zitiert: Beck'scher Kommentar-Bearbeiter).

Hailbronner, K./Weber, C.: Möglichkeiten zur Förderung der europäischen Kultur in Rundfunk und Fernsehen anhand der Fernsehrichtlinie der Europäischen Gemeinschaft, DÖV, 1997, 561.

Hain, K.-E.: Die Europäische Transparenz-Richtlinie und der öffentlich-rechtliche Rundfunk in Deutschland, MMR 2001, 219.

Hartstein, R.: Die Gesetzgebungszuständigkeiten für die neuen Medien im Spannungsverhältnis zwischen Nationalstaaten und Europäischer Union, Arbeitspapiere des Instituts für Rundfunkökonomie an der Universität Köln, Heft 84/1997, Köln 1997 (zitiert: Hartstein, Gesetzgebungszuständigkeiten).

Hartstein, R./Ring, W.-D./Kreile, J./Dörr, D./Stettner, R.: Loseblatt-Kommentar zum Medienrecht, München, Stand 62. Ergänzungslieferung.

Heidenhain, M.: Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts, München 2003 (zitiert: Heidenhain-Bearbeiter).

Helberger, N./Scheuer, A./Strothmann, P.: Diskriminierungsfreier Zugang zu digitalen Zugangskontrolldiensten, IRIS plus 2001-2.

Hesse, A.: Der Funktionsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks – Neue Aspekte oder alte Diskussion im neuen Gewand?, in: Nizza, die Grundrechte-Charta und ihre Bedeutung für die Medien in Europa, Schriftenreihe des Instituts für Europäisches Medienrecht (EMR) Band 23, Baden-Baden 2001, S. 37 (zitiert: Hesse, Funktionsauftrag).

Holmberg, S./Hilger, C.: Institut für Europäisches Medienrecht (EMR) u. a., Media Market Definition, Studie im Auftrag der Europäischen Kommission, Generaldirektion Wettbewerb, 2003, abrufbar unter <http://europa.eu.int/comm/competition/publications/studies/media/denmark.pdf> (abgerufen 11.03.2004) (zitiert Holmberg, Media Market Definition).

Holoubek, M.: Medienfreiheit in der Europäischen Menschenrechtskonvention, AfP 2003, 193.

Holzer, N.: Deutsche Rundfunkgebühr als unzulässige Beihilfe im Sinne des europäischen Rechts? ZUM 1996, 274.

Holznapel, B.: Rundfunkrecht in Europa. Auf dem Weg zu einem Gemeinrecht europäischer Rundfunkordnungen, Tübingen 1996 (zitiert: Holznapel, Rundfunkrecht).

Holznapel, B.: Konvergenz der Medien – Herausforderungen an das Recht, NJW 2002, 2351.

Holznapel, B.: Rechtspolitische Leitlinien für die digitale Kommunikations- und Medienordnung, JZ 2001, 905.

Holtz-Bacha, C./Norris, P.: To entertain, inform and educate – Still the Role of Public Television in the 1990s?, abrufbar unter: http://www.ksg.harvard.edu/presspol/Research_Publications/Papers/Working_Papers/2000_9.pdf (abgerufen 11.03.2004); (zitiert Holtz-Bacha/Norris, Public Television).

Huber, S.: Medien in den mittel- und osteuropäischen Erweiterungsstaaten, in Huber (Hrsg.), Medien in den neuen EU-Staaten Mittel- und Osteuropas, Schriftenreihe Telekommunikation, Information und Medien, Band 19, Krems 2003, S. 11 (zitiert: Huber, Medien in den mittel- und osteuropäischen Erweiterungsstaaten).

Hümmerich, K.: Nationale Rundfunkordnung oder Europäischer Medienmarkt? Die deutsche Rundfunkordnung unter dem Einfluß des europäischen Gemeinschaftsrechts, AfP 1991, 591.

Humphreys, P.: Das Mediensystem Großbritanniens, in: Hans-Bredow-Institut (Hrsg.), Internationales Handbuch Medien 2002/2003, 26. Auflage Baden-Baden, 2002, S. 333 (zitiert: Humphreys, Mediensystem Großbritanniens).

Immenga, U.: Europäisierung des Telekommunikationsrechts: Eine neue Dimension, EuZW 2002, 673.

Institut für Europäisches Medienrecht (Hrsg.): Nizza, die Grundrechte-Charta und ihre Bedeutung für die Medien in Europa, Baden-Baden 2001 (zitiert: EMR, Grundrechte-Charta).

Institut für Europäisches Medienrecht u. a.: Media Market Definitions – Comparative Legal Analysis, Studie erstellt im Auftrag der Europäischen Kommission, 2003, abrufbar unter: <http://europa.eu.int/comm/competition/publications/publications/> (abgerufen 11.03.2004); (zitiert: EMR, Media Market Definitions).

Jaeger, T.: Nachträgliche Beihilfengenehmigung und der Rechtsschutz von Konkurrenten vor nationalen Gerichten – Zugleich Anmerkung zum EuGH-Urteil „van Calster“, EuZW 2004, 78.

Kleinsteuber, H. J./Thomaß, B.: Kommunikationspolitik international – ein Vergleich nationaler Entwicklungen, in: Hans-Bredow-Institut (Hrsg.), Internationales Handbuch Medien 2002/2003, 26. Auflage Baden-Baden, 2002, S. 88 (zitiert: Kleinsteuber/Thomaß, Kommunikationspolitik international).

Kleist, T.: Höchst uneinheitlich – Gemeinschaftsrecht und Gebühr: ungewisse Beziehung, epd medien, 89/2003, S. 6.

Koenig, C./Haratsch, A.: Die Rundfunkgebühren auf dem Prüfstand des Altmark Trans-Urteils des Europäischen Gerichtshofs, ZUM 2003, 804.

Koenig, C./Haratsch, A.: The Licence-Fee-Based Financing of Public Service Broadcasting in Germany after the Altmark Trans Judgement, EStAL 2003, 569.

Koenig, C./Kühling, J.: „Totgesagte Vorschriften leben länger“: Bedeutung und Auslegung der Ausnahmeklausel des Art. 86 Abs. 2 EG, ZHR 166 (2002), 656.

Koenig, C./Kühling, J.: How to cut a long story short: Das PreussenElektra-Urteil des EuGH und die EG-Beihilfenkontrolle über das deutsche Rundfunkgebührensysteem, ZUM 2001, 537.

Koenig, C./Kühling, J.: Mitgliedstaatliche Kulturförderung und gemeinschaftliche Beihilfekontrolle durch die EG-Kommission, EuZW 2000, 197.

Krüger, R.: Marktabgrenzung im Telekommunikationssektor und die Definition von beträchtlicher Marktmacht (SMP), K & R Beilage 1/2003, 9.

Ladeur, K.-H.: Europäisches Telekommunikationsrecht im Jahre 2001, K & R 2002, 110.

Lais, M.: Das Recht auf eine gute Verwaltung unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, ZEuS 2002, Heft 3, abrufbar unter: <http://www.jura.uni-sb.de/projekte/Bibliothek/texte/Lais.html>

Leinen, J.: Einführung: Bedeutung und historische Entwicklung der Charta, in: Nizza, die Grundrechte-Charta und ihre Bedeutung für die Medien in Europa, Schriftenreihe des Instituts für Europäisches Medienrecht (EMR) Band 23, Baden-Baden, 2001, S. 15 (zitiert: Leinen, Charta).

Lenz, C.O./Borchardt, K.-D.: Kommentar zum EU- und EG-Vertrag, 3. Auflage., Köln 2003. (zitiert: Lenz/Borchardt-Bearbeiter).

Lercara, A./Scheuer, A.: Im Prinzip „brutto“? – Zur Auslegung des Begriffs der „programmierten Sendezeit“ nach der Fernseh-Richtlinie, ZUM 1999, 719.

Lerche, P.: Konsequenzen aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur EG-Fernsehrichtlinie, AfP 1995, 632.

Mann, T.: Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld von öffentlichem Auftrag und Wettbewerb, JZ 2002, 819.

Maunz, T./Dürig, G.: Loseblatt-Kommentar zum Grundgesetz in fünf Bänden, München, 39. Ergänzungslieferung, Stand Juli 2001 (zitiert: Maunz/Dürig-Bearbeiter).

McGonagle, M.: Rundfunk – Neue Eigentums- und Kontrollpolitik, IRIS 2001-10: 8.

McGonagle, M. (Ed.): Law and Media: the Views of Journalists and Lawyers, 1997.

Milev, R.: Europäische Medienchronik, in: Hans-Bredow-Institut (Hrsg.), Internationales Handbuch Medien 2002/2003, 26. Auflage Baden-Baden, 2002, S. 162 (zitiert: Milev, Europäische Medienchronik).

Möwes, B./Schmidt-Vockenhausen, M.: Europäische Medienordnung im Lichte des Fernsehübereinkommens des Europarats und der EG-Fernsehrichtlinie 1989, EuGRZ 1990, 121.

Natale, A. L.: Das Mediensystem Italiens, in: Hans-Bredow-Institut (Hrsg.), Internationales Handbuch Medien 2002/2003, 26. Auflage Baden-Baden, 2002, S. 366 (zitiert: Natale, Das Mediensystem Italiens).

Nettesheim, M.: Europäische Beihilfeaufsicht und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge, EWS 2002, 253.

Nettesheim, M.: Das Kulturverfassungsrecht der Europäischen Union, JZ 2002, 157.

Oppermann, T.: Deutsche Rundfunkgebühren und europäisches Beihilferecht, Berlin 1997 (zitiert: Oppermann, Beihilferecht).

Otten, R. G.: Die Gebührenfinanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten im Rahmen des Art. 92 EGV, ZUM 1997, 790.

Palzer, C.: Schwerwiegende Rechtsverletzungen bei Ausstrahlung eines Erotikprogramms festgestellt, IRIS 2004-1: 7.

Palzer, C./Hilger, C.: Medienaufsicht an der Schwelle des 21. Jahrhunderts: Gestaltung und Kompetenzen der Aufsichtsbehörden im Zeichen der Konvergenz, IRIS plus 2001-8.

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

Petersen, N.: Rundfunkfreiheit und EG-Vertrag: Die Einwirkungen des Europäischen Rechts auf die Ausgestaltung der nationalen Rundfunkordnungen, Baden-Baden, 1994 (zitiert: Petersen, Rundfunkfreiheit).

Platho, R.: Cross-Promotion in TV-Senderfamilien, MMR 2002, 21.

Prehn, O.: Medien in Dänemark, in: Hans-Bredow-Institut (Hrsg.), Internationales Handbuch Medien 2002/2003, 26. Auflage Baden-Baden, 2002, S. 242 (zitiert: Prehn, Medien in Dänemark).

Probst, P. M.: Art. 10 EMRK – Bedeutung für den Rundfunk in Europa, Baden-Baden 1996. (zitiert: Probst, Art. 10 EMRK)

Ress, G./Bröhmer, J.: Europäische Gemeinschaft und Medienvielfalt – Die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaft zur Sicherung des Pluralismus im Medienbereich, Frankfurt am Main 1998 (zitiert: Ress/Bröhmer, Medienvielfalt).

Roßnagel, A./Sosalla, W./Kleist, T.: Der Zugang zur digitalen Satellitenverbreitung – Digitalisierung und Fernsehen ohne Grenzen, Gutachten im Auftrag der Gemeinsamen Stelle Digitaler Zugang der Landesmedienanstalten, Berlin 2003 (zitiert: Roßnagel/Sosalla/Kleist, Zugang zur digitalen Satellitenverbreitung).

Sandfeld Jakobsen, S.: Privatisierung des landesweiten dänischen Fernsehsenders TV2, IRIS 2003-7: 8.

Savage, R. J.: Irish Television – The Political and Social Origins, Westport 1996.

Scherer, J.: Die Umgestaltung des europäischen und deutschen Telekommunikationsrechts durch das EU-Richtlinienpaket, K & R 2002, 273; 332; 386.

Scherer, J./Schimanek, P.: Studie zu den gesetzlichen Grundlagen zur Sicherung des diskriminierungsfreien Zugangs zu Breitbandkommunikationsnetzen, im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie, Frankfurt am Main, 2002 (zitiert: Scherer/Schimanek, Diskriminierungsfreier Zugang).

Scheuer, A.: EuGH: Werbeunterbrechung bei Reihe und Serie, MMR 12/2003, S. XIX.

Scheuer, A.: Dänemark: Neue Mediengesetzgebung beschließt Privatisierung von TV2, MMR 7/2003, S. VII.

Scheuer, A.: UK: Tabakwerbeverbote auf Linie mit (neuer) EG-Richtlinie, MMR 11/2002, S. XXII.

Scheuer, A.: Niederlande: RTL 4 und 5 weiterhin holländische Sender?, MMR 9/2002 S. XVII.

Scheuer, A.: Anmerkung zum Urteil des OLG Stuttgart (ARD/ProSieben), MMR 2001, 48.

Schmidt, K.: Stichwort Fernsehen, in: Königlich Dänisches Ministerium des Äußeren in Zusammenarbeit mit der Redaktion des dänischen Nationallexikons (Hrsg.), „Den Store Danske Encyklopædi“, Dänemark, Kap. 4.13, im Internet abrufbar unter: <http://www.um.dk/deutsch/daenemark/encyclopaedie/> (Stand Februar 2004) (zitiert: Schmidt, Dänemark).

Schohe, G./Arhold, C.: The Case-law of the Euroepan Court of Justice and the Court of First Instance on State Aids 1998 – 2001, EStAL 2002, 3.

Schulz, W./Jürgens, U.: Von der Fernseh- und E-Commerce- zur Content-Richtlinie: Harmonisierungsbedarf und Reformmodelle, Gutachten im Auftrag der Friedrich-Ebert-Stiftung, Berlin 2002 (zitiert: Schulz/Jürgens, Content-Richtlinie).

Schütz, R./Attendorp, T.: Das neue Kommunikationsrecht der EU, MMR-Beilage 4/2002, 1.

Schwarze, J.: Die Medien in der europäischen Verfassungsreform, AfP 2003, 209.

Schwarze, J.: Medienfreiheit und Medienvielfalt im Europäischen Gemeinschaftsrecht, ZUM 2000, 779.

Schwendinger, G.: Deutsche Rundfunkgebühren – „staatlich oder aus staatlichen Mitteln gewährt“?, European University Institute Working Paper Law No. 2003/5, Florenz 2003 (zitiert: Schwendinger).

Selmayr, M./Kamann, H.-G.: Public Broadcasting and EC State Aid law: No „Carte Blanche“ after Altmark Trans, K & R 2004, 49.

Sipos, G.: Public Money for Public Services: Financing of Public Service Broadcasting in Eastern Europe, in: Media Online – Southeast European Media Journal vom 01.11.2001, abrufbar unter: http://www.mediaonline.ba/mediaonline/attach_eng/4081.pdf (Stand Februar 2004, abgerufen 25.02.2004); (zitiert: Sipos).

Stock, M.: EU-Medienfreiheit – Kommunikationsgrundrecht oder Unternehmerfreiheit?, K & R 2001, 289.

Stock, M.: Medienfreiheit in der EU nur „geachtet“ (Art. 11 Grundrechtscharta) – Ein Plädoyer für Nachbesserungen im Verfassungskonvent, EuR 2002, 566.

Storr, S.: Grundversorgung in Rundfunk und Binnenmarkt – Unterschiede und Perspektiven, K & R 2002, 464.

Streinz, R.: Europarecht, 5. Auflage, Heidelberg 2001.

Streit, G.: Privat-TV 2000 oder der lange Atem des Monopols, Medien und Recht 2000, 209.

SquireSanders, Market definitions for regulatory obligations in communications markets, Studie im Auftrag der Europäischen Kommission, Mai 2002, abrufbar unter http://europa.eu.int/information_society/topics/telecoms/regulatory/studies/overview/index_en.htm (abgerufen 11.03.2004).

Thuesen, E.: Neues Abkommen über Medienpolitik, IRIS 2002-7: 9.

Timmermans, C.: Werbung und Grundfreiheiten, in: Schwarze, J. (Hrsg.), Werbung und Werbeverbote im Lichte des europäischen Gemeinschaftsrechts, Schriftenreihe Europäisches Recht, Politik und Wirtschaft, Band 216, Baden-Baden 1999, S. 26 (zitiert: Timmermans, Werbung und Grundfreiheiten).

Trautwein, T.: Das BVerfG, der EuGH und das Fernsehen – Anmerkungen zum Urteil des BVerfG zur EG-Fernsehrichtlinie, ZUM 1995, 614.

Trzaskalik, C.: Transparenzpflichten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, Verband Privater Rundfunk und Telekommunikation (Hrsg.), Berlin 2000 (zitiert: Trzaskalik, Transparenzpflichten).

Vogelsang, I.: Analytische Kostenmodelle – ein notwendiges Übel, MMR 1998, 594.

Voorhoof, D.: Belgien: Vollkommenes Verbot von politischer Werbung in Hörfunk und Fernsehen, IRIS 2003-5: 6.

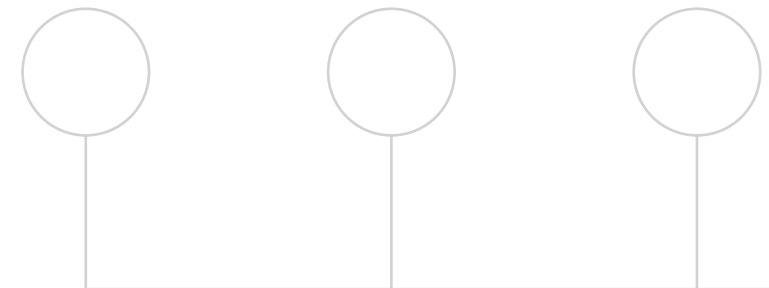
Verband Privater Rundfunk und Telekommunikation e.V. (VPRT): Stellungnahme zum Entwurf einer Richtlinie der Kommission zur Änderung der Richtlinie 80/723/EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen vom 28.02.2000.

Weitbrecht, A.: Das neue EG-Kartellverfahrensrecht, EuZW 2003, 69.

Werner, M. J./Köster, T.: Anmerkung zum AltmarkTrans-Urteil des EuGH, EuZW 2003, 503.

Zérah, C.: Frankreich hat der Europäischen Kommission seine Liste mit Ereignissen von erheblicher Bedeutung zukommen lassen, IRIS 2003-9: 8.

Zuleeg, M.: Die Medienfreiheit und ihre Grenzen in Europa, ZUM 1997, 778.





Impressum:

Schriftenreihe der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH
Band 2/2004: Die duale Rundfunkordnung in Europa

Medieninhaber (Verleger), Herausgeber und Redaktion:
Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH)
A-1060 Wien, Mariahilfer Straße 77–79
E-Mail: rtr@rtr.at; Internet: <http://www.rtr.at>

Grafische Konzeption:
Satz & Graphik Ges.m.b.H., A-1140 Wien, Linzer Straße 383

Druck:
TypoDruckSares, A-1190 Wien, Muthgasse 68

Verlags- und Herstellungsort: Wien
Einzelverkaufspreis: EUR 10

