



**Institut für Rundfunkökonomie  
an der Universität zu Köln**

Dieter Dörr

**Die öffentlich-rechtliche Rundfunkfinanzierung  
und die Vorgaben des EG-Vertrages**

**Arbeitspapiere  
des Instituts für Rundfunkökonomie  
an der Universität zu Köln**

**Heft 94**

**Köln, im Juni 1998**

**Arbeitspapiere des Instituts für Rundfunkökonomie**

ISSN der Arbeitspapiere: 0945-8999

ISBN des vorliegenden Arbeitspapiers 94/98: 3-930788-82-9

Schutzgebühr 9,-- DM

Die Arbeitspapiere können im Internet eingesehen  
und abgerufen werden unter der Adresse  
<http://www.rrz.uni-koeln.de/wiso-fak/rundfunk/index.html>

Mitteilungen und Bestellungen richten Sie bitte per Email an:  
100704.3076@compuserve.com  
oder an die u. g. Postanschrift

**Institut für Rundfunkökonomie  
an der Universität zu Köln**

Direktoren: Prof. Dr. K.-H. Hansmeyer  
Prof. Dr. H. M. Schellhaaß  
Prof. Dr. G. Sieben

Hohenstaufenring 57a  
D-50674 Köln

Telefon: (0221) 23 35 36  
Telefax: (0221) 24 11 34

Dieter Dörr

**Die öffentlich-rechtliche Rundfunkfinanzierung  
und die Vorgaben des EG-Vertrages**

<b>I. Einleitung</b> .....	1
<b>II. Die Beihilfebestimmungen des EGV und die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks</b> .....	5
1. Die Rundfunkgebühren und die Bestimmung des Art. 90 Abs. 2 EGV.....	5
2. Die Vereinbarkeit der Gebührenfinanzierung mit der Bestimmung des Art. 92 EGV .....	7
a) Der Beihilfebegriff .....	7
b) Das Merkmal der Begünstigung .....	8
aa) Die allgemein begünstigende Wirkung.....	8
bb) Das Problem der angemessenen Gegenleistung .....	8
c) Der fehlende Beihilfecharakter der Rundfunkgebühr.....	10
aa) Allgemeines .....	10
bb) Die Rundfunkgebühr und das Kriterium der Begünstigung .....	11
cc) Die Bedeutung des Protokolls über den öffentlich-rechtl. Rundfunk .....	17
d) Die fehlende staatliche Zurechenbarkeit der deutschen Rundfunkgebühr....	19
e) Begünstigung und Verfälschung des Wettbewerbs.....	21
3. Die Anwendung des Art. 92 Abs. 3 lit. d EGV und des Art. 90 Abs. 2 EGV ..	22
<b>III. Die Dienstleistungsfreiheit und die gebührenfinanzierte Veranstaltung neuer Programme durch ARD und ZDF</b> .....	23
1. Einleitung .....	23
2. Der Rundfunk als Dienstleistung im Sinne der Art. 59 ff. EGV .....	24
3. Die Bedeutung des Art. 128 EGV .....	24
4. Der Rundfunk als Teil der Kultur.....	28
5. Konsequenzen .....	29
<b>IV. Der Funktionsbereich des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und die Wettbewerbsregeln der Art. 85 ff. EGV</b> .....	32
<b>V. Zusammenfassung</b> .....	35



Dieter Dörr\*

## Die öffentlich-rechtliche Rundfunkfinanzierung und die Vorgaben des EG-Vertrages\*\*

### I. Einleitung

Im Zusammenhang mit der Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks wird den Beihilfebestimmungen der Art. 92 ff. EGV seit einiger Zeit hohe Aufmerksamkeit gewidmet.<sup>1</sup> Dabei gebührt *Selmer* und *Gersdorf* das Verdienst, die europarechtlichen Probleme der Gebührenfinanzierung des öffentlich rechtlichen Rundfunks erstmals umfänglich dargestellt und einer durchaus differenzierten Lösung zugeführt zu haben.<sup>2</sup> Ihre Lösung darf nicht mit der Meinung verwechselt werden, die die Rundfunkgebühr in ihrer jetzigen Form insgesamt bzw. zumindest ganz überwiegend als unvereinbar mit dem Europarecht ansieht.<sup>3</sup> Der Grund für das Interesse an den europarechtlichen Fragestellungen besteht einmal darin, daß mehrere Beschwerden privater Rundfunkveranstalter gegen die Modalitäten der Finanzierung mit ihnen konkurrierender öffentlich-rechtlicher oder staatlicher Anstalten bei der Kommission anhängig sind. Insbesondere die Beschwerde des französischen Senders TF1, die bei der Kommission im Frühjahr 1993 eingereicht wurde, stand im Mittelpunkt des

---

\* Der Verfasser ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht einschließlich Völker- und Europarecht an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz und Direktor des Instituts für Europäisches Medienrecht in Saarbrücken.

\*\* Vortrag anlässlich der Vortragsveranstaltung des Instituts für Rundfunkrecht und des Instituts für Rundfunkökonomie an der Universität zu Köln über „Rechtliche und ökonomische Fragen der Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Lichte des Europäischen Rechts“ am 8. Mai 1998.

<sup>1</sup> Vgl. dazu etwa *Selmer/Gersdorf*, Die Finanzierung des Rundfunks in der Bundesrepublik Deutschland auf dem Prüfstand des EG-Beihilferegimes, Berlin 1994; *Gabriela von Wallenberg*, Die Vereinbarkeit der staatlichen Finanzierung öffentlich-rechtlicher Fernsehanstalten mit Art. 92 EGV, in: *Randelzhofer* (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz, München 1995, 867 ff.; *Margot Fröhlinger*, EG-Wettbewerbsrecht und Fernsehen, RuF 1993, 59 ff.; *Georg Röss*, Die Zulässigkeit von Kulturbeihilfen in der Europäischen Union, in: *Randelzhofer* (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz, München 1995, 595 ff.; *Christoph Engel*, Kommunikation und Medien, in: *Dausen* (Hrsg.), Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts, E. V Rdnr. 1 ff. (52); *Carl Eugen Eberle*, Die Rundfunkgebühr - verfassungsrechtlicher Anspruch und gesellschaftspolitische Funktion, AfP 1995, 559 ff.; *Norbert Holzer*, Deutsche Rundfunkgebühren als unzulässige Beihilfe im Sinne des europäischen Rechts, ZUM 1996, 274ff.; *Thomas Oppermann*, Deutsche Rundfunkgebühren und europäisches Beihilferecht, Berlin 1997; *Dörr/Cloß*, Die Vereinbarkeit der Gebührenfinanzierung des Österreichischen Rundfunks mit dem EG-Beihilferecht ZUM 1996, 105ff.

<sup>2</sup> Vgl. *Selmer/Gersdorf* (Fn. 1)

<sup>3</sup> *Christoph Engel*, Europarechtliche Grenzen für öffentlich-rechtliche Spartenprogramme, 1996



Interesses. Die umfangreich begründete Beschwerde stellt detailliert dar, daß aus Sicht von TF1 die beiden Staatssender France 2 und France 3 von finanziellen und organisatorischen Vorteilen profitierten, die den Privatsendern verwehrt seien. Insbesondere wird moniert, daß France 2 und France 3 nicht nur aus Rundfunkgebühren und Werbung finanziert würden, sondern auch damit rechnen könnten, daß der Staat ihre Defizite ausgleiche.<sup>4</sup> Nach Eingang dieser Beschwerde äußerten sich mehrere Vertreter der Europäischen Kommission mehrfach zu Fragen der Rundfunkgebühren. Diese Äußerungen, insbesondere Berichte über Stellungnahmen des damaligen Kommissars Pinheiro wurden teilweise so verstanden, daß die Kommission von der Begründetheit der anhängigen Beschwerden ausgehe. Dies führte u. a. zu einem Schreiben des Ministerpräsidenten von Rheinland-Pfalz vom 27.07.1994 an den damaligen Präsidenten der Europäischen Kommission, in dem dieser im Namen aller Länder seine Besorgnis äußerte, daß die Kommission die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Frage stellen könnte. In seinem Antwortschreiben (Az.: 9110-1/94 ohne Datum) geht der damalige Präsident der Europäischen Kommission auf diese Besorgnis der Länder ein. Es ist einmal bemerkenswert, daß es der Präsident der Europäischen Kommission für notwendig hielt, zu den anhängigen Beschwerdeverfahren Stellung zu nehmen. Überdies ist der Inhalt seines Schreibens von höchstem Interesse. In seinem Schreiben legt Jacques Delors als Präsident der Europäischen Kommission dar, daß sich die Kommission durchaus der wichtigen Rolle bewußt ist, die der öffentlich-rechtliche Rundfunk in der Grundversorgung der Bevölkerung mit Informations-, Bildungs-, Kultur- sowie mit Unterhaltungs- und Sportsendungen erfüllt. Die Kommission habe überhaupt nicht die Absicht, den Bestand und die Entwicklung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in dieser Rolle zu gefährden, sondern wünsche nur, zur friedlichen Koexistenz zwischen diesem und privaten Sendern beizutragen, soweit sie miteinander auf dem Fernsehmarkt im Wettbewerb stünden. Zudem weist er darauf hin, daß eine direkte oder indirekte staatliche Finanzierung nur dann als Subvention einzustufen sei, wenn sie dem Empfänger einen finanziellen Vorteil verschaffe, und nicht etwa dann, wenn sie eine Vergütung von Dienstleistungen darstelle, die der Empfänger im Auftrag der öffentlichen Hand verrichte.

Schließlich wies der Präsident in seinem Schreiben darauf hin, daß die Kommission gerade für alle 12 Mitgliedstaaten eine Studie über die Lage der Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten und deren damit zusammenhängenden Aufgaben und Beschränkungen anfertige. Erst wenn diese Studie über die Situation in der ganzen EU fertig sei und die Kommission von den Betroffenen alle nötigen Auskünfte eingeholt habe, werde sie zu den Beschwerden Stellung nehmen.

---

<sup>4</sup> Vgl. zum Ganzen PLAINTÉ DE TF1 AUPRÈS DE LA COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENES EN VERTU DES ARTICLES 85, 90 ET 92 DU TRAITÉ vom 10.03.1993.

Aus dem Schreiben des Präsidenten der Europäischen Kommission ließ sich durchaus ableiten, daß Rundfunkgebühren nach seiner Ansicht nicht ohne weiteres Beihilfen im Sinne des Art. 92 Abs. 1 EGV darstellen. Inzwischen liegt die Studie über die Situation der Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in der EU vor; sie ist allerdings als vertraulich eingestuft und wurde der Öffentlichkeit nicht vorgestellt<sup>5</sup>.

Gegenwärtig wird vor allem die Gebührenfinanzierung der beiden von ARD und ZDF gemeinsam veranstalteten, über Satellit ausgestrahlten Spartenkanäle, also des Ereignis- und Dokumentationskanal Phoenix und des Kinderkanals kontrovers diskutiert. Diese Frage beschäftigt auch die deutsche juristische Literatur<sup>6</sup>) und die Kommission auf der Grundlage einer Beschwerde mehrerer privater Rundfunkveranstalter gegen diese Spartenkanäle<sup>7</sup>. Nachdem aber ARD und ZDF selber Überlegungen angestellt haben, den zunehmenden und immer häufiger als Pay TV ausgestalteten Spartenprogrammen im privaten Bereich eigene frei empfangbare Spartenangebote entgegenzusetzen, stieß dies auf Kritik mehrerer privater Veranstalter, insbesondere des Verbandes der privaten Rundfunkveranstalter (VPRT). Abgesehen von verfassungsrechtlichen Einwänden wurde vor allem das Europarecht bemüht, um die angebliche Unzulässigkeit öffentlich-rechtlicher Spartenprogramme zu begründen. Der VPRT kündigte bereits am 15. Januar 1997 an, daß er Beschwerde bei der Europäischen Kommission wegen des öffentlich-rechtlichen Kinderkanals und des zu diesem Zeitpunkt vor dem Start stehenden Ereignis- und Dokumentationskanals „Phoenix“ einlegen wolle und teilte mit, daß er diesbezüglich bereits erste Gespräche mit dem EU-Wettbewerbskommissar Karel van Miert geführt habe.<sup>8</sup> Danach legten die vom VPRT beauftragten Anwälte ein Memorandum vor, das den Sachverhalt und die rechtliche Begründung der angekündigten Beschwerde zusammenfaßt. Danach wurde die Beschwerde bei der Europäischen Kommission eingereicht und ZDF sowie ARD Schreiben vom 30. 6. 1997 zugeleitet.

Die angebliche europarechtliche Unzulässigkeit der beiden öffentlich-rechtlichen Spartenprogramme soll auch durch ein Rechtsgutachten *Engel's*<sup>9</sup> untermauert werden, auf das die Beschwerdeschrift Bezug nimmt. Das Rechtsgutachten nutzt die Fragestellung nach der Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher

<sup>5</sup> *Putnam/Hayes&Bartlett* (Hrsg.), Report on Public Television Financing and Obligations in the European Union, 1995 (unveröffentlicht)

<sup>6</sup> Vgl. etwa *Carl Eugen Eberle*, ZUM 1997, 163ff.; *Christoph Engel*, Europarechtliche Grenzen für öffentlich-rechtliche Spartenprogramme, 1996; *Jürgen Betz*, Spartenkanäle bei ARD und ZDF, Media Perspektiven 1997, 2 ff.; *Albert Bleckmann*, Öffentlich-rechtliche Spartenprogramme als Teil der Grundversorgung?, 1996, S. 113 ff.

<sup>7</sup> Europäische Kommission, Az. Nr. IV/36.522

<sup>8</sup> Vgl. dazu Funkkorrespondenz vom 17. 1. 1997.

<sup>9</sup> Vgl. *Engel* (Fn. 3); eingehend und kritisch dazu *Jürgen Betz*, Spartenkanäle bei ARD und ZDF, Media Perspektiven 1997, 2 ff.



Spartenprogramme dazu, die Gebührenfinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks insgesamt in einem Umfang in Frage zu stellen, wie dies bisher noch nicht geschehen ist. Es geht davon aus, daß sämtliche Rundfunkgebühren tatbestandlich in vollem Umfang unter den Beihilfebegriff des Art. 92 EGV fielen und per se verboten seien. Eine Genehmigung als Kulturbeihilfe kommt nach *Engel's* Einschätzung nur für solche Programme in Betracht, die zur Hochkultur zählen. Darüber hinaus könne - so *Engel* - der klassische kulturell/politisch/integrative Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks allenfalls unter die Ausnahmebestimmung des Art. 92 Abs. 3 c EGV gebracht werden, dessen Anwendung aber im Ermessen der Kommission stehe.

Diese Beschwerde trug mit dazu bei, daß sich die Mitgliedstaaten bei den Beratungen über den Amsterdamer Vertrag auch mit der Frage beschäftigten, ob eine Klarstellung erfolgen solle, daß eine Gebührenfinanzierung bzw. öffentliche Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sei. Sie verständigten sich auf eine Protokollerklärung zum EGV, also dem früheren EWGV. Diese Protokollerklärung zum EGV, auf die sich die Staats- und Regierungschefs der Mitgliedstaaten der Europäischen Union während ihres Gipfeltreffens in Amsterdam am 17. Juni 1997 verständigt haben, bestätigt - wie noch zu zeigen sein wird - im Ergebnis, daß die Rundfunkgebühren grundsätzlich keine verbotenen Beihilfen im Sinne des Art. 92 Abs. 1 EGV darstellen. Die Protokollerklärung ist im Herbst 1997 zusammen mit dem geänderten EGV unterzeichnet worden

Angesichts dieser neuen Entwicklung läßt sich durchaus festhalten, daß Rundfunkgebühren und eine sonstige öffentliche Finanzierung öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten bzw. staatlicher Anstalten jedenfalls nach Ansicht der Europäischen Kommission nicht per se gegen die Art. 92 ff. EGV verstößt. Fraglich bleibt aber, in welchem Umfang Rundfunkgebühren insbesondere mit der Bestimmung des Art. 92 Abs. 1 EGV vereinbar sind. In diesem Zusammenhang spielt auch die Vorschrift des Art. 90 Abs. 2 EGV eine Rolle, der u. U. der Anwendung des Art. 92 Abs. 1 EGV Grenzen setzt. Zudem kommt der durch den Maastrichter Vertrag neu gefaßten Bestimmung des Art. 92 Abs. 3 d EGV eventuell Bedeutung zu, die Beihilfen für kulturelle Zwecke ausdrücklich zuläßt. Schließlich muß man die Auswirkungen des Art. 128 EGV klären, der ebenfalls durch die Maastrichter-Verträge in das Gemeinschaftsrecht eingefügt wurde und evtl. Antworten für die Frage enthält, wer den Kulturbegriff und damit den Umfang der Kulturförderung zu definieren hat.

Neben den Beihilfen betreffenden Vorschriften spielt aber auch das sonstige Wettbewerbsrecht des EGV und die Dienstleistungsfreiheit eine wichtige Rolle, um die Frage beurteilen zu können, ob und inwieweit der öffentlich-rechtliche Rundfunk mittels gebührenfinanzierter Programme den privaten Veranstaltern publizistische Konkurrenz machen darf.

## II. Die Beihilfebestimmungen des EGV und die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks

### 1. Die Rundfunkgebühren und die Bestimmung des Art. 90 Abs. 2 EGV

Nach der Bestimmung des Art. 90 Abs. 2 EGV gelten für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, die Vorschriften dieses Vertrages, insbesondere die Wettbewerbsregeln, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich verhindert. Ist also zu erwarten, daß die Erfüllung der den Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, übertragenen besonderen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich verhindert wird, sind die Bestimmungen des Vertrages, insbesondere die Wettbewerbsregelungen, nicht anwendbar. Demnach stellt sich die Frage, ob Art. 90 Abs. 2 EGV die Anwendung der Beihilfebestimmung des Art. 92 EGV auf die Gebührenfinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks von vornherein ausschließt, wie dies in der Literatur gelegentlich vertreten wird.<sup>10</sup> Um diese Frage zu beantworten, ist zunächst das Verhältnis zwischen den beiden Bestimmungen zu klären.

Im Schrifttum wird die Auffassung vertreten, daß zunächst die Beihilferegelung des Art. 92 EGV und die dort vorgesehenen Genehmigungsmöglichkeiten von Beihilfen geprüft sein müssen, bevor eine Abweichung von den Vertragsregelungen nach Art. 90 Abs. 2 EGV in Betracht komme.<sup>11</sup> Diese Auslegung entspricht aber nicht dem Wortlaut des Art. 90 Abs. 2 EGV, der von einer Nichtanwendbarkeit der übrigen Vertragsbestimmungen ausgeht, wenn die Erfüllung der den in diesem Absatz genannten Unternehmen übertragenen besonderen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich verhindert wird. Schon deshalb erscheint es nicht logisch, zunächst die Bestimmung des Art. 92 EGV einschließlich ihrer Ausnahmeregelungen in dem Fall anzuwenden, in dem die generelle Ausnahmeregelung des Art. 90 Abs. 2 EGV eingreift. So hat auch der EuGH in seiner Rechtsprechung grundsätzlich anerkannt, daß Art. 90 Abs. 2 EGV für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interessen betraut sind, die Anwendung von Art. 92 Abs. 1 EGV ausschließt.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> Vgl etwa *Ress*,

<sup>11</sup> So *F. Rawlinson*, in: *Lenz*, EG-Vertrag, Kommentar, Köln u.a., 1994, Vorbemerkung Art. 92 - 94, Rdnr. 16; *I. Pernice*, in: *Grabitz/Hilf*, Kommentar zur Europäischen Union, Bd. 1, München 1994, Art. 90, Rdnr. 53 m.w.N.; auch *Selmer/Gersdorf* (Fn. 1), gehen davon aus, daß Art. 92 Abs. 3 lit. d als spezielle Vorschrift den allgemeinen Vorbehalt des Art. 90 Abs. 2 EGV zugunsten nationaler Belange verdrängt.

<sup>12</sup> EuGH, Slg 1977, 95



Es besteht kein Zweifel, daß öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten als Unternehmen anzusehen sind, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind. Dies ergibt sich bereits aus dem für die Kompetenzen der Gemeinschaften im Bereich des Fernsehens grundlegenden Urteil in der Sache Sacchi.<sup>13</sup> Demnach ist es grundsätzlich möglich, daß bereits die Vorschrift des Art. 90 Abs. 2 EGV eine Anwendung der Beihilfenvorschriften auf die Finanzierung der öffentlich-rechtlichen ausschließt.

Die Wettbewerbsregelungen und damit die Regelungen über staatliche Beihilfen bleiben allerdings nur soweit außer Betracht, als ihre Anwendung die Erfüllung der den Rundfunkanstalten übertragenen besonderen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich verhindern würde. Eine bloße Behinderung der den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten übertragenen besonderen Aufgaben, reicht dagegen nicht aus. Würde die Kommission die Gebührenfinanzierung insgesamt in Frage stellen, würde die Existenz des öffentlich-rechtlichen Rundfunks allerdings in Frage gestellt und damit die Wahrnehmung der übertragenen besonderen Aufgaben nicht nur behindert, sondern tatsächlich auch verhindert. Ohne Gebührenfinanzierung wäre der öffentlich-rechtliche Rundfunk nicht mehr in der Lage, seine gesetzlichen und verfassungsrechtlichen Aufgaben zu erfüllen. Die Finanzausstattung dient gemäß §§ 11 Abs. 1, 12 Abs. 1 RStV dazu, daß der öffentlich-rechtliche Rundfunk seine verfassungs- und gesetzmäßigen Aufgaben kostendeckend erfüllen kann; die Gebühr muß dabei vorrangige Finanzierungsquelle sein; sie ist nach der Rechtsprechung des BVerfG die dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk entsprechende Art der Finanzierung.<sup>14</sup> Demnach wäre eine Anwendung des Art. 92 EGV durch Art. 90 Abs. 2 EGV soweit ausgeschlossen, als dadurch die Gebührenfinanzierung insgesamt oder überwiegend unmöglich gemacht würde. Insoweit wäre Art. 90 Abs. 2 EGV vorrangig zu prüfen.<sup>15</sup> Dagegen würde eine begrenzte Kontrolle der Rundfunkgebühren am Maßstab der Beihilferegelungen durch Art. 90 Abs. 2 EGV nicht ausgeschlossen, soweit durch die Kontrolle eine Gesamtfinanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt erhalten bleibt, die diesem die Erfüllung seiner besonderen Aufgaben jedenfalls nicht unmöglich macht.

Dies läßt sich nur nach erfolgter Prüfung des Art. 92 Abs. 1 EGV beurteilen. Erst nach dieser Prüfung steht fest, ob ggf. eine Anwendung der Beihilfenvorschriften auf die Gebührenfinanzierung dazu führt, daß den Rundfunkanstalten die Erfüllung ihrer besonderen Aufgaben unmöglich gemacht wird.

---

<sup>13</sup> Vgl. dazu EuGH, Slg 1974, 409 (431)

<sup>14</sup> So BVerfGE 87, 181; 83, 238, 311; 73, 118, 158

<sup>15</sup> Vgl. dazu EuGH, Slg 1991 I, 1979

## 2. Die Vereinbarkeit der Gebührenfinanzierung mit der Bestimmung des Art. 92 EGV

### a) Der Beihilfebegriff

Die Bestimmung des Art. 92 Abs. 1 EGV setzt zunächst voraus, daß eine Beihilfe vorliegt. Sie enthält keine umfassende Definition des Beihilfebegriffes. Die nähere Konkretisierung ist - abgesehen von den einzelnen in Art. 92 Abs. 1 EGV genannten Elementen - folglich dem EuGH und ergänzend der Kommission vorbehalten. Jedoch haben weder die Kommission noch der EuGH bisher eine einheitliche Definition des Beihilfebegriffes entwickelt.

In der Rechtsprechung des EuGH finden sich aber durchaus Beschreibungen, die den Begriff der Beihilfe konkretisieren. So hat der EuGH in der Rs 30/59<sup>16</sup> eine relativ umfassende Beschreibung des Begriffs der Beihilfe vorgenommen. Dabei betrifft die Entscheidung noch nicht einmal den Regelungsbereich des Art. 92 EGV, sondern befaßt sich mit Art. 4 c EGKSV. Trotzdem können die Ausführungen des EuGH zum Begriff der Subvention für den Beihilfetatbestand nutzbar gemacht werden. Der EuGH deutet in dieser Entscheidung die Subvention als jede Geld- oder Sachleistung, die einem Unternehmen zur Unterstützung gewährt wird und die außerhalb des Entgeltes liegt, welches der Käufer oder Verbraucher für die von dem betroffenen Unternehmen produzierten Güter oder Dienstleistungen entrichtet. Die Gewährung einer Beihilfe sei ein mit der Subventionsbewilligung eng verwandter Vorgang. Sie sei jedoch insofern stärker zweckbetont, als sie speziell als Mittel zur Verfolgung bestimmter Ziele angesehen wird, die in der Regel nicht ohne fremde Hilfe erreicht werden können. In der Rs 173/73 betont der EuGH, daß die Vorschrift des Art. 92 Abs. 1 EGV nicht auf die Gründe oder Ziele der Maßnahmen abstelle, sondern deren Wirkungen beschreibe.<sup>17</sup> Art. 92 EGV solle nämlich verhindern, daß der Handel zwischen Mitgliedstaaten durch von staatlicher Stelle gewährte Vergünstigungen beeinträchtigt werde, die in verschiedener Weise durch die Bevorzugung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohten.

Aus den Entscheidungen läßt sich jedenfalls ersehen, daß der EuGH von einem weiten Beihilfebegriff ausgeht, der seine Stütze auch in dem Wortlaut, sowie Sinn und Zweck der Bestimmung des Art. 92 Abs. 1 EGV findet. Zudem hebt der EuGH in der Rechtssache C-387/92 hervor, daß der Begriff der Beihilfe weiter sei, als der Begriff der Subvention.<sup>18</sup> Die Beihilfe umfasse nämlich nicht nur positive Leistungen, sondern alle Maßnahmen, die im weitesten Sinne ein Unternehmen entlasten. Dazu gehören vor allem auch indirekte und versteckte Förderungsmaßnahmen jedweder Art.

---

<sup>16</sup> EuGH, Slg 1961, 1 (41 ff.)

<sup>17</sup> EuGH, Slg 1974, 709 (718)

<sup>18</sup> EuGH, EuZW 1994, 346 ff.



## b) Das Merkmal der Begünstigung

Bereits der Wortlaut des Art. 92 Abs. 1 EGV macht deutlich, daß die Beihilfe eine Begünstigung zwingend voraussetzt. Dies hat der EuGH in den Rs 173/73, 30/59 und C-387/92 ebenfalls betont und von „Vergünstigungen“, „positiven Leistungen“ und „Maßnahmen, die die Belastungen vermindern“, gesprochen.<sup>19</sup>

### aa) Die allgemein begünstigende Wirkung

Das Merkmal der Begünstigung setzt zunächst voraus, daß die Maßnahme eine allgemein begünstigende Wirkung hat.<sup>20</sup> Dabei geht der EuGH davon aus, daß allein auf die Wirkung abzustellen ist. Es kommt also nicht auf die Gründe oder das Ziel der Fördermaßnahmen an. Zu diesem Schluß gelangt das Gericht durch die Interpretation des Wortlauts der Vorschrift. Wenn im EGV von einer Beihilfe die Rede sei, die durch die Begünstigung von Unternehmen den Wettbewerb verfälsche oder zu verfälschen drohe, so beschreibe der Vertrag Beihilfen nach ihrer Wirkung.

Eine solche begünstigende Wirkung liegt zunächst immer dann vor, wenn die Belastung, die ein Unternehmen zu tragen hat, ganz allgemein vermindert wird.<sup>21</sup> Mit einer Gebührenfinanzierung für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk wird ganz generell die Belastung, die das ZDF und die Landesrundfunkanstalten als Unternehmen zu tragen haben, mit Sicherheit vermindert. Demnach besteht kein Zweifel daran, daß der Gebührenfinanzierung eine allgemein begünstigende Wirkung zukommt.

### bb) Das Problem der angemessenen Gegenleistung

Es besteht jedoch nahezu<sup>22</sup> Einigkeit darüber, daß das Tatbestandsmerkmal der Begünstigung noch ein weiteres Element aufweist. Es ist aber in der Literatur heftig umstritten, wie dieser Teil des Begünstigungselements benannt werden kann. Insoweit werden die Theorie der Unentgeltlichkeit<sup>23</sup>, die Theorie der nicht marktgerechten Gegenleistung<sup>24</sup> und die Theorie der marktrelativen Günstigkeit<sup>25</sup> vertreten. Es kann im vorliegenden Fall dahinstehen, welcher der

<sup>19</sup> Vgl. EuGH, Slg 1961, 1; EuGH, Slg 1974, 709; EuGH, EuZW 1994, 346

<sup>20</sup> Vgl. EuGH, Slg 1974, 709 (718); EuGH, Slg 1990, 3083 (3120)

<sup>21</sup> Vgl. EuGH, Slg 1961, 1

<sup>22</sup> A. A. wohl Engel (Fn. 3), S.

<sup>23</sup> Vgl. z.B. Rawlinson, in: Lenz, a.a.O., Art. 92 Rdnr. 3; v. Wallenberg, in: Grabitz/Hilf, Kommentar zur Europäischen Union, Bd. 1, München 1992, Art. 92, Rdnr. 7

<sup>24</sup> Vgl. dazu etwa R. Geiger, EG-Vertrag, München 1993, Art. 92, Rdnr. 10

<sup>25</sup> Vgl. P. C. Müller-Graff, Die Erscheinungsformen der Leistungssubventionstatbestände aus wirtschaftlicher Sicht, ZHR 152 (1988), 403 ff.

Theorien ganz allgemein der Vorzug einzuräumen ist. Vielmehr ist entscheidend darauf abzustellen, unter welchen Voraussetzungen der EuGH in seiner Rechtsprechung das Vorliegen einer Beihilfe verneint.

Aus dieser Rechtsprechung ergibt sich zunächst, daß im Falle des unentgeltlichen Vorteils ohne Zweifel eine Beihilfe vorliegt. Dies hat der EuGH in dem Fall *Steinike und Weinlig ./. Bundesrepublik Deutschland* deutlich hervorgehoben.<sup>26</sup> Das Urteil in dieser Rechtssache könnte darüber hinaus den Eindruck erwecken, es müsse stets ein „unentgeltlicher Vorteil“ vorliegen, um eine Beihilfe bejahen zu können. Dies ist aber, wie sich aus der späteren Rechtsprechung ergibt, gerade nicht der Fall. So hat der EuGH in anderen Rechtssachen statt des Begriffs „unentgeltlicher Vorteil“ die Begriffe „wirtschaftlicher Vorteil“<sup>27</sup> oder schlicht „Vorteil“<sup>28</sup> benutzt.

Aus dieser späteren Rechtsprechung ergibt sich, daß auch im Falle einer Teilunentgeltlichkeit eine Beihilfe vorliegt. So hat der EuGH z.B. auch nicht wirtschaftlich gerechtfertigte Vorzugstarife des Staates als Beihilfen angesehen.<sup>29</sup> In gleicher Weise hat auch die Kommission die besonders preisgünstige Überlassung von staatlichen Grundstücken als Beihilfen eingeordnet.<sup>30</sup>

Der EuGH hat auch in seiner Rechtsprechung verdeutlicht, wann ein solcher Fall der Teilunentgeltlichkeit gegeben ist. Es kommt danach entscheidend darauf an, ob eine angemessene Vergütung für erbrachte Waren oder Dienstleistungen vorliegt. Eine solche angemessene Vergütung für erbrachte Waren oder Dienstleistungen kann keine Beihilfe darstellen. So hat der EuGH bereits in Rs 30/59 eine Beihilfe als eine Geld- oder Sachleistung charakterisiert, die einem Unternehmen zu dessen Unterstützung gewährt wird und die außerhalb des Entgelts liegt, welches der Käufer oder Verbraucher für die von dem betroffenen Unternehmen produzierten Güter oder Dienstleistungen entrichtet.<sup>31</sup>

Noch deutlicher hat der EuGH diese Problematik in seinem Urteil in der Rs 240/83 herausgearbeitet.<sup>32</sup> Es ging bei diesem Urteil um Zuschüsse, deren Mittel im Einklang mit dem Verursacherprinzip aufgebracht und Unternehmen gewährt wurden, die Altöle einsammelten und/oder beseitigten. Der EuGH betonte, daß es sich bei diesen Zuschüssen nicht um Beihilfen, sondern um Gegenleistungen für die von den Abhol- oder Beseitigungsunternehmen erbrachten

---

<sup>26</sup> Vgl. EuGH, Slg 1977, 595 (613)

<sup>27</sup> Vgl. EuGH, Slg 1988, 2855 (2871)

<sup>28</sup> Vgl. EuGH, Slg 1980, 1205 (1228)

<sup>29</sup> Vgl. EuGH, Slg 1988, 219 (270); EuGH, Slg 1990 I, 3083

<sup>30</sup> Vgl. dazu *P. Schütterle*, EG-Beihilfenkontrolle und kommunale Grundstücksverkäufe: Schutz des Wettbewerbs oder vermeidbares Investitionshemmnis?, *EuZW* 1993, 625 ff. (625 Fn 1)

<sup>31</sup> Vgl. EuGH, Slg 1971, 1 (42 f.)

<sup>32</sup> Vgl. EuGH, Slg 1985, 531 (550)



Leistungen handele. Auch Generalanwalt Lenz hob in seinen Schlußanträgen in dieser Rechtssache deutlich hervor, daß die Zuschüsse in Wahrheit als Gegenleistungen für Verpflichtungen anzusehen seien, die bestimmten Unternehmen im öffentlichen Interesse auferlegt wurden.<sup>33</sup> Mit dieser Rechtsprechung, die das Vorliegen einer Beihilfe verneint, wenn die Leistungen als angemessene Vergütung für erbrachte Dienstleistungen angesehen werden müssen, befindet sich der EuGH in Übereinstimmung mit der Rechtsauffassung der Europäischen Kommission. Auch die Kommission verneint die Beihilfeeigenschaft, wenn Zahlungen als angemessene Vergütung für erbrachte Dienstleistungen anzusehen sind.<sup>34</sup>

Angesichts der Rechtsprechung des EuGH, der sich insoweit in Übereinstimmung mit der Auffassung der Europäischen Kommission befindet, ist das Vorliegen einer Beihilfe begrifflich dann ausgeschlossen, wenn eine Geld- oder Sachleistung als angemessene Vergütung einer Dienstleistung angesehen werden kann, die der Empfänger z.B. im Auftrag der öffentlichen Hand oder im öffentlichen Interesse verrichtet. In einem solchen Fall fehlt es auch unter Berücksichtigung der prinzipiell gebotenen weiten Auslegung des Art. 92 Abs. 1 EGV an der Begünstigung, die eine zwingende Voraussetzung des Beihilfetatbestandes darstellt.

### c) Der fehlende Beihilfecharakter der Rundfunkgebühr

#### aa) Allgemeines

Teilweise wird im Schrifttum ohne nähere Begründung behauptet, die Gebührenfinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks stelle stets eine Beihilfe im Sinne des Art. 92 Abs. 1 EGV dar.<sup>35</sup> Wie bereits ausgeführt, hat die Frage, ob die öffentliche Finanzierung öffentlich-rechtlicher bzw. staatlicher Rundfunkanstalten tatbestandlich eine Beihilfe im Sinne des Art. 92 Abs. 1 EGV darstellt, durch die Beschwerden von privaten Fernsehveranstalter aus Spanien, Frankreich und Portugal und nunmehr aus Deutschland gegen die Gebührenfinanzierung der öffentlich-rechtlichen Spartenkanäle Phoenix und Kinderkanal bei der Kommission an Brisanz gewonnen. Von den privaten Veranstaltern wird behauptet, daß die öffentlichen Sendeanstalten durch die öffentliche Finanzierung in Form von Rundfunkgebühren, Fernsehlizenzgebühren, Kapitalzuführungen und anderen Zuwendungen für die Erfüllung von Verpflichtungen, die mit einem öffentlichen Dienst in Verbindung stehen würden, überkompensiert

<sup>33</sup> Vgl. EuGH, Slg 1985, 531 (536)

<sup>34</sup> Vgl. Kommission der Europäischen Gemeinschaften, 23. Bericht über die Wettbewerbspolitik, Brüssel und Luxemburg 1994, Rdz. 389

<sup>35</sup> Vgl. z.B. *Christoph Engel*, in: *Dauses*, Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts, E. V Kommunikation und Medien, Rdnr. 52; mit eingehender Begründung *Selmer/Gersdorf* (Fn. 1), S. 21 ff.; *Wallenberg* (Fn. 1), S. 870 ff.

würden und diese Form der Finanzierung auf eine wettbewerbsverzerrende staatliche Beihilfe hinauslaufe.

Zur Beurteilung dieser Frage hat die Kommission eine Untersuchung über das Verhältnis zwischen den jeweiligen Rechten und Pflichten sowie den finanziellen Ressourcen öffentlicher und privater Fernsehveranstalter in der Europäischen Union durchführen lassen.<sup>36</sup> Die Studie liegt der Kommission seit März 1995 vor. Sie ist allerdings noch nicht veröffentlicht.

Um beurteilen zu können, ob eine Gebührenfinanzierung des öffentlichen Rundfunks und speziell die Gebührenfinanzierung des öffentlichen Rundfunks in Deutschland überhaupt tatbestandlich eine Beihilfe im Sinne des Art. 92 Abs. 1 EGV darstellt, sind die bereits herausgearbeiteten Tatbestandselemente des Beihilfebegriffs heranzuziehen und auf die Finanzierung des ORF anzuwenden. Die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks ist nämlich von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat verschieden, wobei die Unterschiede durchaus erheblich sind.<sup>37</sup>

In diesem Zusammenhang ist zudem festzuhalten, daß die Frage der Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks durch die Fernsehrichtlinie<sup>38</sup> nicht geklärt wurde. Zwar wird in den einleitenden Betrachtungen dieser Richtlinie betont, daß die Richtlinien nicht „die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten und ihre Untergliederung für die ...Finanzierung ... der Sendungen ...“ berührt. Dadurch wird aber nur der sachliche Anwendungsbereich der Richtlinien negativ abgegrenzt. Die Anwendbarkeit der übrigen Vertragsbestimmungen auf die Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, also auch die Anwendung der Beihilfebestimmungen auf diese Frage, wird durch die einleitenden Betrachtungen nicht ausgeschlossen.

#### bb) Die Rundfunkgebühr und das Kriterium der Begünstigung

In Deutschland stellt die Rundfunkgebührenfinanzierung, wie bereits dargelegt wurde, die wichtigste weil nach § 12 RStV und der Rechtsprechung des BVerfG vorrangige Säule der Finanzierungsquellen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks dar. Dies ist keine deutsche Besonderheit, vielmehr gehört in der Europäischen Union in den meisten Mitgliedstaaten die Rundfunkgebühr zu den

---

<sup>36</sup> Vgl. dazu Kommission der Europäischen Gemeinschaften, 23. Bericht über die Wettbewerbspolitik (1993), Brüssel/Luxemburg 1994, Rdnr. 546

<sup>37</sup> Vgl. dazu *Dieter Dörr*, Medienrecht in den Staaten der EU, in: *Schiwy/Schütz*, Medienrecht, 3. Aufl., 1994, S. 234 ff.; *derselbe*, Die Rolle des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Europa, 1997, S. 10 ff.

<sup>38</sup> Vgl. Richtlinie des Rates zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität vom 03.10.1989, Abl. Nr. L 298 vom 17.10.1989



Finanzquellen des öffentlich-rechtlichen bzw. des staatlichen Rundfunks.<sup>39</sup> Wie bereits eingehend dargelegt wurde, liegt eine Beihilfe im Sinne des Art. 92 Abs. 1 EGV nur dann vor, wenn das Kriterium der Begünstigung zu bejahen ist. Dies wird schon durch die Formulierung der Bestimmung bestätigt, die den Ausdruck „Begünstigung“ verwendet. Auch der EuGH hat dies in seiner Rechtsprechung zur prinzipiellen weiten Auslegung des Beihilfebegriffs deutlich hervorgehoben.<sup>40</sup> Wie dieses Begünstigungselement auszulegen ist, wurde bereits dargestellt. Unabhängig von der Frage, ob der Theorie der Unentgeltlichkeit, der Theorie der nicht marktgerechten Gegenleistung oder der Theorie der marktrelativen Günstigkeit in jedem Fall zu folgen ist, kann auf der Grundlage der Rechtsprechung des EuGH festgehalten werden, daß eine angemessene Vergütung für erbrachte Waren und Dienstleistungen keine Beihilfe darstellt.

Demnach ist zunächst zu klären, ob die Rundfunkgebühr als eine Vergütung für erbrachte Waren oder Dienstleistungen anzusehen ist. Der EuGH hat bereits in seinem Urteil in der Rs 155/73 im Fall *Sacchi*<sup>41</sup> bestätigt, daß Fernsehsendungen als Dienstleistungen im Sinne des EGV anzusehen seien. Dabei hat er implizit zum Ausdruck gebracht, daß nicht nur Werbeeinnahmen, sondern auch andere Finanzierungsmethoden als Entgelt für die Ausstrahlung von Fernsehsendungen angesehen werden müssen. Dies hat auch Generalanwalt Warner in seinen Schlußanträgen in der Rs 52/79 im Fall *Debauve* deutlich betont. Insoweit hat er ausgeführt, daß die Veranstaltung von Fernsehsendungen in unterschiedlicher Weise finanziert werde. Manche Fernsehunternehmen finanzierten sich z.B. in vollem Umfang aus dem Aufkommen von Gebühren, die von den Zuschauern gezahlt würden, andere stützten sich ausschließlich auf Werbeeinnahmen; wieder andere schließlich bezögen ihre Einnahmen zum Teil aus der einen und zum Teil aus der anderen Quelle. Die Frage sei also, ob die Veranstaltung von Fernsehsendungen als solche eine Art Dienstleistung sei, auf die der Vertrag Anwendung finde. Die Methode der Finanzierung bestimmter Fernsehunternehmen oder bestimmter Sendungen könne für die Beantwortung dieser Frage nicht ausschlaggebend sein. Entscheidend sei vielmehr, daß für die Veranstaltung von Fernsehsendungen in der Regel etwas gezahlt werde, d.h., daß sie in der einen oder in der anderen Weise gegen Entgelt erfolge.<sup>42</sup>

Demnach ist nach Auffassung des EuGH und des Generalanwalts die Rundfunkgebühr als Vergütung für eine Dienstleistung anzusehen. Dabei ist, wie

---

<sup>39</sup> Vgl. dazu *Hans-Bredow-Institut* (Hrsg.), Internationales Handbuch für Hörfunk und Fernsehen, 1996/97, Hamburg 1996, D 48 bis 49 und die jeweilig unter B 2 abgedruckten Länderberichte; zur Rundfunkfinanzierung in Österreich vgl. *Dörr/Cloß* (Fn. 1), ZUM 1996, 105 ff. (108)

<sup>40</sup> Vgl. EuGH, Rs 173/73, Slg 1974, 709; Rs 30/59, Slg 1961, 1; Rs C 387/92, EuZW 1994, 346 ff.

<sup>41</sup> Vgl. EuGH, Slg 1974, 409 (428)

<sup>42</sup> Vgl. EuGH, Slg 1980, 860 (76)

auch in der Literatur betont wird, gleichgültig, ob der Leistungsempfänger direkt an den Leistungserbringer zahlt oder mittelbar über einen Dritten. Demnach sind auch die Rundfunkgebühren, die von der Gebühreneinzugszentrale GEZ, einer von ARD und ZDF errichteten öffentlich-rechtlichen, nicht rechtsfähigen Verwaltungsgemeinschaft, eingezogen werden, als Entgelt für die Ausstrahlung von Rundfunksendungen anzusehen.

Insoweit ist die Rechtslage in Deutschland eindeutig. Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist die Gebühr dabei auf die Gesamtveranstaltung Rundfunk ausgerichtet.<sup>43</sup> Die Rundfunkgebühr dient hierbei, wenn man einmal von dem den Landesmedienanstalten zugute kommenden 2% Anteil absieht, ausschließlich der Finanzierung öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Auf dieser Seite des dualen Rundfunksystems wird auch der Bezug zur Gesamtveranstaltung deutlich, denn die Aufgaben des öffentlich-rechtlichen Rundfunks werden zu großen Teilen in einem länderübergreifenden Programm- und Informationsverbund wahrgenommen.<sup>44</sup> Die Grundversorgungsaufgabe verlangt nämlich als Pflichtaufgabe aller öffentlich-rechtlichen Anstalten, die Vollständigkeit der Meinungsrichtungen darzustellen und setzt somit stets eine Mehrzahl von Programmen voraus. Diese Programme werden von den jeweiligen Anstalten teils kooperativ, teils nur für den eigenen Bereich erbracht. Grundversorgung läßt sich aber nicht für einzelne Programme oder Programmteile der jeweiligen Anstalten festlegen.<sup>45</sup> Wenn es somit immer auf das Gesamtprodukt der zusammengeschlossenen Rundfunkanstalten ankommt, so muß die Gebührenberechnung auch hierauf bezogen sein.<sup>46</sup> Daher steht der Begriff Gesamtveranstaltung jedenfalls im Zusammenhang mit der Finanzierung von Rundfunkanbietern allein für das unitarisch-kooperative Gepräge des öffentlich-rechtlichen Rundfunks.<sup>47</sup>

Demnach bleibt festzuhalten, daß die Rundfunkgebührenfinanzierung in Deutschland als eine Vergütung von Dienstleistungen zu qualifizieren ist, die der öffentlich-rechtliche Rundfunk als eine öffentliche Aufgabe (§ 11 Abs. 1 RStV) verrichtet.<sup>48</sup> In diesem Zusammenhang ist es gleichgültig, wie die Rund-

---

<sup>43</sup> BVerfGE 31, 314, 330

<sup>44</sup> Dieter Dörr, Rundfunkföderalismus auf dem Prüfstand, ZUM 1996, 628

<sup>45</sup> BVerfGE 74, 297, 326

<sup>46</sup> Dies wohlgermerkt unabhängig davon, daß die Rechnung die Summe der Einzelanmeldungen der Anstalten darstellt, mit denen diese u. a. ihre Beiträge zur Gesamtveranstaltung vergüten.

<sup>47</sup> So auch Herbert Bethge, Die Verfassungsrelevanz des föderalen Rundfunkfinanzausgleichs, 1992, S. 49

<sup>48</sup> Dörr/Beucher /Eisenbeis/Jost, Die Einflüsse europarechtlicher Entwicklungen auf das Bund-Länder-Verhältnis im Rundfunkwesen, 1992, S. 13; Arved Deringer, Europäisches Gemeinschaftsrecht und nationale Rundfunkordnung, ZUM 1986, 627 ff. (635 ff.); J. Sparr, Kulturhoheit und EWG-Vertrag, Baden-Baden 1991, S.



funkgebühren abgabenrechtlich einzuordnen sind; als echte Gebühr, Beitrag, steuerähnliche Abgabe oder - so das BVerfG<sup>49</sup> - Abgabe sui generis mit beitragsähnlichen Elementen. Es ist also unerheblich, ob z.B. die Rundfunkgebühr wie in der Bundesrepublik Deutschland als ein Mittel zur Finanzierung der Gesamtveranstaltung (öffentlich-rechtlicher) Rundfunk anzusehen ist.<sup>50</sup>

Aus der Qualifizierung der Rundfunkgebühr als Entgelt für eine Dienstleistung folgt, daß eine Beihilfe im Sinne des Art. 92 Abs. 1 EGV nur dann vorliegt, wenn die Gebühr, also das Programmengelt, für die erbrachte Leistung nicht angemessen ist. Bei einer nicht gewinnorientierten öffentlich-rechtlichen Sendeanstalt könnte dies nur dann der Fall sein, wenn die Gebühr die Kostendeckung übersteigt. Dabei schließt bereits die eindeutige Vorgabe des § 13 RStV aus, daß die Gebühren die Kostendeckung übersteigen. Danach wird nämlich die Höhe der Finanzbedarfs von der unabhängigen Kommission zur Überprüfung und Ermittlung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten (KEF) so festgesetzt, daß unter Berücksichtigung der Grundsätze von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit die gesetzmäßigen Aufgaben des Rundfunks kostendeckend erfüllt werden können; zusätzlich sind hierbei auch noch gemäß § 3 Abs. 1 RFinStV die Rationalisierungs- einschließlich Kooperationsmöglichkeiten zu berücksichtigen. Allerdings ist in diesem Zusammenhang zu beachten, daß die Rundfunkanstalten nicht nur durch Gebühren, sondern auch durch Werbeeinnahmen und sonstige Einnahmen finanziert werden. Es ist demnach eine Gesamtbetrachtung anzustellen und zu prüfen, ob die in Deutschland erhobenen Gebühren zusammen mit evtl. Werbeeinnahmen und sonstigen Einnahmen als angemessen angesehen werden können, oder ob evtl. eine Überkompensation eintreten kann. Eine solche Überkompensation ist aber ausgeschlossen. Bei der Festsetzung der Gebühren und der Feststellung des Finanzbedarfs sind die Werbeeinnahmen und die sonstigen Erträge gemäß § 13 Abs. 2 Nr. 4 zu berücksichtigen.<sup>51</sup> Dies hat zur Folge, daß die Gebühren der Höhe nach so festgesetzt werden, daß unter Berücksichtigung der übrigen Einnahmequellen der öffentlich-rechtliche Rundfunk seine Aufgaben kostendeckend erfüllen kann. Demnach ist es nach der in Deutschland geltenden Gesetzeslage ausgeschlossen, daß durch die Höhe der Gebühren auch unter Berücksichtigung der übrigen Einnahmequellen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks eine Überkompensation eintritt.

---

171 ff.; *Günter Herrmann*, Grenzüberschreitende Fernseh- und Hörfunksendungen im Gemeinsamen Markt, GRUR int. 1984, 578 ff. (583)

<sup>49</sup> BVerfGE 31, 314 (329 f.)

<sup>50</sup> So z.B. BVerfGE 31, 314 (329); 73, 118 (158); *Bethge* (Fn. 47), S. 52 ff.

<sup>51</sup> Vgl. zu den Einzelheiten des neuen Gebührenfestsetzungsverfahrens *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, Kommentar zum Rundfunkstaatsvertrag, in: Ring, Medienrecht II, 53. Erg.Lief., 1997, § 13 Rdnr. 22 ff. u. 41 ff.

Trotz dieser insoweit eindeutigen Sachlage verbleibt ein Problem. Fraglich ist nämlich, wer im Streitfall zu beurteilen hat, ob die Gebühr der Höhe nach angemessen ist oder nicht. Diese Frage ist für die Praxis deshalb bedeutsam, weil es äußerst schwierig, wenn nicht gar unmöglich ist, die genauen Kosten der Erfüllung der öffentlichen Dienstverpflichtungen, die die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten erbringen, zu ermitteln. Dies hat etwa das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 22. 02. 1994 zum Gebührenfestsetzungsverfahren in der Bundesrepublik Deutschland eindrucksvoll herausgearbeitet.<sup>52</sup> In dieser Entscheidung bestätigt das höchste deutsche Gericht nochmals, daß der öffentlich-rechtliche Rundfunk einen Anspruch auf funktionsadäquate Finanzierung gegen den Staat hat, was der Sache nach nichts anderes bedeutet, als daß er angemessen zu finanzieren ist. Zutreffend weist das Bundesverfassungsgericht darauf hin, daß die funktionsadäquate Finanzierung allenfalls durch sehr allgemeine Formeln umschrieben werden kann. Es hat in seiner Entscheidung unter Anknüpfung an die Hessen-3-Entscheidung<sup>53</sup> die Formel entwickelt, daß der Gesetzgeber den Rundfunkanstalten die Finanzierung derjenigen Programme ermöglichen müsse, deren Veranstaltung ihrer spezifischen Funktion nicht nur entspricht, sondern auch zur Wahrung dieser Funktion erforderlich sei. Mit dieser Formel sei ein angemessener Ausgleich zwischen der grundrechtlich gesicherten Programmautonomie der Rundfunkanstalten und den vom Gesetzgeber wahrzunehmenden schutzwürdigen Interessen der Rundfunkteilnehmer erreicht. Das Bundesverfassungsgericht betont ausdrücklich, daß sich wesentlich genauere Kriterien nicht entwickeln ließen. Aus diesem Grunde müsse eine rechtliche Struktur bereitgestellt werden, die am Verfahren anknüpfe, also ein angemessenes Verfahren verankere, das zu einer möglichst angemessenen Gebühr führe. Dieses Verfahren, welches das Bundesverfassungsgericht im einzelnen aufgezeigt hat<sup>54</sup> und das durch § 13 RStV und §§ 1-7 RFinStV nunmehr staatsvertraglich verankert wurde, ist durch den Versuch gekennzeichnet, die Gebührenfestsetzung möglichst staatsfern und objektiv auszugestalten und durch ein angemessenes Verfahren zu einem sachgerechten Ergebnis zu kommen. Jedenfalls macht die Entscheidung ebenfalls deutlich, daß es keine genauen materiellen Kriterien gibt, um eine angemessene Gebühr der Höhe nach zu bestimmen. Deshalb ist zu fragen, in welchen Fällen die Kommission einschreiten und Art. 92 Abs. 1 EGV wegen einer möglicherweise unangemessen hohen Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks anwenden darf.

Bereits diese Schwierigkeiten bei der Festlegung einer angemessenen Gebührenhöhe sprechen dafür, den Mitgliedstaaten einen Gestaltungs- bzw. Beurteilungsspielraum zuzuerkennen und Art. 92 Abs. 1 EGV nur in Fällen anzuwenden, in denen die öffentliche Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks

---

<sup>52</sup> Vgl. dazu BVerfGE 90, 60

<sup>53</sup> BVerfGE 87, 181

<sup>54</sup> Vgl. dazu *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner* (Fn. 51), § 12 Rdnr. 22 ff.



eine eindeutige Überkompensation darstellt und in keiner Weise mehr angemessen ist. Dies ergibt sich aber nicht nur aus den Problemen, die mit der Bestimmung einer angemessenen Gebührenhöhe verbunden sind. Vielmehr ist daneben zu berücksichtigen, daß der Rundfunk auch und vor allem ein kulturelles Phänomen darstellt und zum Bereich der Kultur zu rechnen ist.<sup>55</sup> Bereits die neue Bestimmung des Art. 128 EGV bringt zum Ausdruck, daß die nähere Bestimmung des kulturellen Bereichs den innerstaatlichen Rechtsordnungen überlassen bleiben soll. So verwendet Art. 128 Abs. 1 EGV den Ausdruck „Kulturen der Mitgliedstaaten“. Diese Verwendung des Begriffs „Kulturen“ ist durchaus als Argument anzuführen, daß die kulturellen Vorstellungen der Mitgliedstaaten auch im Bereich des Rundfunks genügend Raum haben sollen. Ferner spricht die Bestimmung davon, daß die Gemeinschaft einen Beitrag zur Entfaltung der Kulturen der Mitgliedstaaten leisten soll. Es geht also nur um einen Beitrag zu diesen Kulturen, um die Förderung, Unterstützung und Ergänzung von mitgliedstaatlichen Tätigkeiten. Hinzu kommt, daß in diesem Bereich gemäß Art. 128 Abs. 5 EGV jegliche Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten ausgeschlossen ist. Auch dies spricht für einen Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten im kulturellen Bereich. Schließlich ist Art. F Abs. 1 EUV hervorzuheben, wonach die Union die nationale Identität ihrer Mitgliedstaaten achtet. Als Bestandteil der nationalen Identität ist die nationale Kultur einschließlich der nationalen Rundfunkordnung als wesentliches Element anzusehen.<sup>56</sup> All dies spricht ebenfalls dafür, daß den Mitgliedstaaten im kulturellen Bereich einschließlich des Rundfunkwesens ein Regelungs- und Gestaltungsspielraum verbleiben soll. Dies gilt auch für die Fragen der Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks.

Auch die Kommission geht von einem solchen Gestaltungs- und Regelungsspielraum zugunsten der Mitgliedstaaten aus, wie dies in ihrem Entwurf der Leitlinien für staatliche Beihilfen für Kunst und Kultur unter besonderer Berücksichtigung des audiovisuellen Sektors<sup>57</sup> zum Ausdruck kommt. In diesem Entwurf der Leitlinien, die sich schwerpunktmäßig mit der Anwendung des Art. 92 EGV befassen, werden hinsichtlich Hörfunk und Fernsehen einige wichtige allgemeine Grundsätze aufgestellt. Danach können die Mitgliedstaaten frei entscheiden, wie sie etwaige öffentliche Rundfunkdienste finanzieren, mittels Rundfunkgebühren, direkter Subventionen, Werbung oder Sponsortätigkeiten oder in einer Mischform. Zudem wird in den Leitlinien nochmals festgehalten, daß eine öffentliche Finanzierung keine staatliche Beihilfe darstellt, wenn die Gebühren die zusätzlichen Kosten, die dem Sender aus der Erfüllung seiner

---

<sup>55</sup> Vgl. dazu grundlegend BVerfGE 12, 205 (226 ff.); *Hartstein/Ring/Kreile/ Dörr/Stettner* (Fn. 51), Allgemeine Erläuterungen, Rdnr. 27 und 54 ff., insbesondere 66

<sup>56</sup> Vgl. dazu auch *Georg Röss*, Die Zulässigkeit von Kulturbeihilfen in der Europäischen Union, in: *Randelzhofer*, Gedächtnisschrift für *Grabitz*, München 1995, 595 ff. (600)

<sup>57</sup> Vgl. Arbeitsunterlage der GD IV der Europäischen Kommission vom Juni 1995

öffentlichen Diensteverpflichtung entstehen, nicht mehr als ausgleichen. In diesem Zusammenhang weist der Entwurf ausdrücklich darauf hin, daß es in der Praxis im Regelfall äußerst schwierig, wenn nicht unmöglich ist, die genauen Kosten zu quantifizieren und mithin zu errechnen, wie hoch ein angemessener Ausgleich für solche Kosten mittels öffentlicher Finanzierung zu sein hätte. Daraus schließen die Leitlinien, daß nur in extremen Fällen, in denen die öffentliche Finanzierung eindeutig in keinem Verhältnis zu den zusätzlichen Kosten mehr stehe, Art. 92 Abs. 1 EGV überhaupt anwendbar sei.<sup>58</sup> Zwar hat die Kommission den Entwurf der Leitlinien wegen der Kritik aus einigen Mitgliedstaaten zurückgenommen. Die Kritik entzündete sich aber daran, daß die Herausnahme der Rundfunkgebühren aus dem Beihilfebegriff nach Meinung einiger Mitgliedstaaten nicht weit genug ging und nicht etwa daran, daß die Kommission mit ihrer Herausnahme der Rundfunkgebühren aus dem Beihilfebegriff überzogen habe. Der Entwurf empfiehlt insoweit, daß ein stabiler Ordnungs- und Finanzierungsrahmen für die öffentlichen Rundfunkveranstalter geschaffen und zu diesem Zweck eine angemessene Finanzdisziplin vorgeschrieben wird. Dies ist in Deutschland mit dem neuen Gebührenfestsetzungsverfahren in vorbildlicher Weise geschehen, was bereits dargestellt wurde. Auch die zwischenzeitlich ergangene Entscheidung der Kommission zur Rundfunkfinanzierung in Portugal, mit der die diesbezügliche Beschwerde abgewiesen wurde, bestätigt, daß eine öffentliche Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks keine Beihilfe darstellt, wenn sie eine angemessene Gegenleistung für die Funktionen bedeutet, die der öffentlich-rechtliche Rundfunk zu erfüllen hat.

cc) Die Bedeutung des Protokolls über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk

Die gefundenen Ergebnisse werden nachhaltig durch die Protokollerklärung zum EGV bestätigt, auf die sich die Staats- und Regierungschefs der Mitgliedstaaten der Europäischen Union während ihres Gipfeltreffens in Amsterdam am 17. Juni 1997 verständigt haben. Die Protokollerklärung hat folgenden deutschen Wortlaut:

Protokoll  
über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk  
in den Mitgliedstaaten

"Die Hohen Vertragsparteien-

in der Erwägung, daß der öffentlich-rechtliche Rundfunk in den Mitgliedstaaten unmittelbar mit den demokratischen sozialen und kulturellen Bedürfnissen jeder Gesellschaft sowie mit dem Erfordernis verknüpft ist, den Pluralismus in den Medien zu wahren -

haben folgende auslegende Bestimmung vereinbart, die dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft beigelegt wird:

---

<sup>58</sup> Vgl. Ziff. 17 f des Entwurfs der Leitlinien



Die Bestimmungen dieses Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft berühren nicht die Befugnis der Mitgliedstaaten, den öffentlich-rechtlichen Rundfunk zu finanzieren, sofern die Finanzierung der Rundfunkanstalten den 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 der öffentlich-rechtlichen Aufgaben Rechnung zu tragen ist.

Diese Protokollerklärung wird im Herbst zusammen mit dem geänderten EGV unterzeichnet werden. Sie ist keine bloße Absichtserklärung, sondern ein integrierter rechtsverbindlicher Bestandteil des Vertrages, wenn sie unterzeichnet und in Kraft getreten sein wird. Dabei verdeutlicht ihr Einleitungssatz, daß es sich um eine auslegende Bestimmung handelt. Diese bedeutet, daß die Protokollerklärung das Primärrecht nicht selbst modifiziert. Sie hat vielmehr insoweit einen klarstellenden Charakter. Die Protokollerklärung macht deutlich, wie die entsprechenden Bestimmungen des Vertrages nach dem übereinstimmenden Willen der Mitgliedstaaten, die immerhin die "Herren der Verträge" sind, verstanden werden sollen. Daher hat die Protokollerklärung schon jetzt für die Auslegung des EGV eine nicht zu unterschätzende Bedeutung, da sich aus ihr ergibt, wie die Mitgliedstaaten das Primärrecht verstehen. Mit der Protokollerklärung wurde interpretatorisch geklärt, daß die Bestimmungen des EGV der Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks grundsätzlich nicht entgegenstehen. Zusätzliche Grenzen ergeben sich allenfalls aus dem Wettbewerbsrecht, wenn die Handels- und Wettbewerbsbedingungen in der Gemeinschaft in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem allgemeinen Interesse zuwiderläuft. Dabei ist aber wiederum die Erfüllung des öffentlichen Auftrags zu berücksichtigen. Somit beeinflußt der öffentliche Auftrag des Rundfunks die wettbewerbsrechtliche Bewertung. Die Protokollerklärung erkennt zudem ausdrücklich die Kompetenz der Mitgliedstaaten an, dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk einen bestimmten Aufgabenkreis oder Funktionsbereich zu übertragen, festzulegen und auszugestalten. Daher ist es Sache des Mitgliedstaates Bundesrepublik Deutschland, den Aufgabenbereich der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zu bestimmen. Dieser Aufgabenbereich ist auch für den Finanzbedarf und damit für die Gebührenhöhe maßgeblich.

Nach alledem bleibt festzuhalten, daß nach der in Deutschland geltenden Gesetzeslage eine Überkompensation des öffentlich-rechtlichen Rundfunks durch die Gebühren ausgeschlossen ist. Zudem steht Deutschland wie allen Mitgliedstaaten ein Gestaltungs- und Beurteilungsspielraum im Hinblick auf die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und die Bestimmung seines Funktionsbereiches zu. Die Bestimmung des Art. 92 Abs. 1 EGV ist erst dann anwendbar, wenn die öffentliche Finanzierung der Rundfunkanstalten eindeutig unangemessen ist und damit die Anstalten offenkundig überkompensiert.

d) Die fehlende staatliche Zurechenbarkeit  
der deutschen Rundfunkgebühr

Abgesehen davon, daß die Gebührenfinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Deutschland schon tatbestandlich keine Beihilfe im Sinne des Art. 92 Abs. 1 EGV darstellt, ist zumindest hilfsweise auf eine weitere Frage einzugehen. Der Wortlaut des Art. 92 Abs. 1 EGV bestimmt nämlich ausdrücklich, daß die Beihilfen unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln gewährt werden müssen. Nur solche Beihilfen fallen unter die Bestimmung des Art. 92 Abs. 1 EGV. In diesem Zusammenhang sind drei Fragen zu klären. Zunächst ist zu klären, ob Art. 92 Abs. 1 EGV nur dann einschlägig ist, wenn die Fördermaßnahme unmittelbar durch den Staat gewährt wird oder ob es genügt, daß die Maßnahme aufgrund vom Staat gesetzten Rechts erhoben werden. Die zweite Frage knüpft an den Ursprung der Mittel an. Hier ist zu beurteilen, ob die Förderung auch dann aus staatlichen Mitteln stammt, wenn sie durch Abgaben Privater, hier durch Abgaben der Rundfunk- und Fernsehteilnehmer, finanziert wird. Drittens ist zu erörtern, ob die staats- und politikferne Festsetzung einer Rundfunkgebühr im konkreten Fall auf der Grundlage des angemeldeten und überprüften Finanzbedarfs und des daraus abgeleiteten Gebührevorschlags dem Staat im Sinne des Art. 92 Abs. 1 EGV als Begünstigungsmaßnahme zuzurechnen ist.

Der EuGH führt in seiner Rechtsprechung zur ersten Frage aus, daß das in Art. 92 Abs. 1 EGV enthaltene Verbot sämtliche staatlichen oder aus staatlichen Mitteln gewährten Beihilfen erfasse, ohne daß danach zu unterscheiden sei, ob die Beihilfe unmittelbar durch den Staat oder durch von ihm zur Durchführung der Beihilferegulierung errichtete Einrichtungen oder durch Beauftragte öffentliche oder private Einrichtungen gewährt werde. Diese Auslegung des Art. 92 Abs. 1 EGV durch den EuGH ist überzeugend, da schon der Wortlaut von „staatlichen oder aus staatlichen Mitteln gewährten Beihilfen“ spricht.<sup>59</sup>

Auch die Frage, ob eine Beihilfe aus staatlichen Mitteln dann vorliegen kann, wenn die Mittel durch Abgaben Privater aufgebracht werden, war wiederholt Gegenstand der EuGH-Rechtsprechung.<sup>60</sup> Der EuGH hat in diesem Zusammenhang eine Beihilfe aus staatlichen Mitteln bejaht, wenn die Abgaben durch Private zwangsweise aufgebracht werden müssen, also wenn der Private verpflichtet ist, die Mittel zu entrichten. Dies ist bei Gebühren oder Beiträgen sicherlich der Fall. Für die deutschen Rundfunkgebühren bedeutet dies zunächst folgendes: Die Tatsache, daß nicht die staatliche Finanzverwaltung, sondern gemäß § 7 Abs. 3 RGebStV die Landesrundfunkanstalten formell Gebührengläubiger sind und sich der GEZ bedienen, um das Geld einzuziehen, ändert nichts daran, daß das Tatbestandselement „aus staatlichen Mitteln“

<sup>59</sup> Vgl. dazu EuGH, Slg 1977, 595 (613 ff.); Slg 1961, 1 (41 ff.)

<sup>60</sup> Vgl. z.B. EuGH, Slg 1977, 595 (613 ff.)



zu bejahen ist. Der Annahme dieses Merkmals steht auch nicht entgegen, daß das Programmengelt von den Rundfunkteilnehmern selbst und nicht unmittelbar aus staatlichen Mitteln aufgebracht wird. Maßgebend ist allein, daß mit der Regelung des § 12 Abs. 2 RStV in Verbindung mit § 2 Abs. 2 RGebStV den Teilnehmern die gesetzliche Pflicht auferlegt wird, mit dem Bereithalten eines Rundfunkempfangsgerätes Rundfunkgebühren zu entrichten.

Fraglich ist aber, ob eine staatliche Zurechnung entfällt, weil die Höhe des Programmengelts durch ein in seiner Entscheidung weisungsfreies Sachverständigengremium, nämlich die KEF, maßgeblich bestimmt wird.<sup>61</sup> Die Frage, wie eine staatsferne Festsetzung von Gebühren im Kontext mit dem Merkmal „aus staatlichen Mitteln“ zu bewerten ist, wurde vom EuGH noch nicht entschieden und in der Literatur unterschiedlich bewertet.<sup>62</sup> Allgemein kann man sicherlich sagen, daß man um so eher von einer Förderung aus staatlichen Mitteln auszugehen hat, je größer der Einfluß des Staates bei der Vergabe der Mittel ist. Umgekehrt wird man um so weniger von „staatlichen Mitteln“ sprechen können, je mehr die Finanzierung staatlichem Einfluß entzogen ist. Der Gesamtumfang der Mittel ergibt sich im Fall der Gebührenfinanzierung aus zwei Faktoren. Zum einen ist die Anzahl derjenigen maßgeblich, die eine Rundfunkgerät zum Empfang bereithalten. Zum anderen ist die Höhe des Rundfunkgebühren maßgeblich. Auf beide Faktoren hat der Staat keinen bzw. keinen nennenswerten Einfluß. Dies ist für den ersten Faktor evident. Aber auch die Höhe der Rundfunkgebühr wird gerade nicht vom Staat bestimmt. Der Gebührenvorschlag der KEF ist grundsätzlich bindend. Von ihm darf nach den Vorgaben im Gebührenurteil des BVerfG<sup>63</sup> nur abgewichen werden, wenn ein begründeter Ausnahmefall vorliegt. Dabei erschöpfen sich die Abweichungsgründe in den Gesichtspunkten des Informationszugangs und der angemessenen Belastung der Rundfunkteilnehmer.<sup>64</sup> Die deutsche Rundfunkgebühr stellt sich als eine Art Bürgerabgabe dar, mit welcher der Rundfunkteilnehmer einen durch die Aufgabe und die Funktion des Rundfunks bestimmten und begrenz-

---

<sup>61</sup> Vgl. zur Festsetzung des Programmengelts oben B II

<sup>62</sup> Eine Gewährung aus staatlichen Mitteln verneinen etwa *Carl Eugen Eberle*, Funding the public service broadcasters, Summary, Contribution to the 1993 European Television Symposium „Managing for change“ Brüssel (Thesenpapier zum Vortrag); *derselbe*, Das europäische Recht und die Medien am Beispiel des Rundfunkrechts, AfP 1993, 422 ff.; *derselbe*, Aktivitäten der EU auf dem Gebiete der Medien und ihre Auswirkungen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, ZUM 1995, 763 ff. (767); *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Öffentliches Wirtschaftsrecht der Kommunikation und der Medien, in: R. Schmidt, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Besonderer Teil 1, 1995, S. 567 ff. (601 f.); verneinend für das Programmengelt in Österreich auch *Dörr/Cloß* (Fn. 1), ZUM 1996, 116; vermittelnd *Oppermann* (Fn. 1), S. 45 ff.; bejahend - da der staatliche Zwang zur Gebührenerhebung ausreiche - *Selmer/Gersdorf* (Fn. 1), S. 29 ff. und *Engel* (Fn. 3), S. ff.

<sup>63</sup> BVerfGE 90, 60

<sup>64</sup> Vgl. dazu *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner* (Fn. 54) § 13 Rdnr. 32 ff.

ten Beitrag zur politisch-gesellschaftlichen Kultur des Gemeinwesens leistet. Bei dieser Konstellation spricht die Ratio des EG-Beihilferechts eher dafür, den staatlichen Charakter der Gebührenmittel zu verneinen.<sup>65</sup> Dafür spricht auch, daß der Tatbestand des Art. 92 Abs. 1 EGV auf eine Begünstigung abstellt. Der Staat kann ein Unternehmen aber nur dann wettbewerbswidrig begünstigen, wenn er die Vergabe der Beihilfen insgesamt in der Hand hat, er also auch über das Ob und das Wie der Begünstigung entscheiden kann. In Deutschland hat der Staat gerade keinen Einfluß auf das Ob und die Höhe des Rundfunkgebühren. Daraus folgt, daß die Rundfunkgebühr nicht nur keine Beihilfe darstellt, sondern wohl auch nicht aus „staatlichen Mitteln“ gewährt wird.

Mithin läßt sich als Ergebnis feststellen, daß die Rundfunkgebühr, wie bereits dargelegt wurde, tatbestandlich keine Beihilfe ist. Zudem bestehen Zweifel daran, ob sie „aus staatlichen Mitteln“ gewährt wird. Wenn man dies verneint, schließt auch dies die Anwendbarkeit des Art. 92 Abs. 1 EGV aus.

#### e) Begünstigung und Verfälschung des Wettbewerbs

Da der Beihilfetatbestand des Art. 92 EGV bereits aus anderen Gründen ausscheidet, braucht auf die Problematik der Begünstigung bestimmter Unternehmen und der Verfälschung des Wettbewerbs, die ebenfalls von Art. 92 Abs. 1 EGV vorausgesetzt werden, nicht mehr näher eingegangen zu werden. Diese Fragen würden sich nur stellen, wenn in Deutschland eine Überkompensation durch Rundfunkgebühren beim öffentlich-rechtlichen Rundfunk eindeutig eintreten würde. Unter dieser Voraussetzung wäre das Begünstigungsmerkmal sicherlich erfüllt. Ob auch der Wettbewerb durch eine solche Überkompensation verfälscht würde, müßte konkret festgestellt werden. Es kann nach der Rechtsprechung des EuGH nämlich nicht davon ausgegangen werden, daß Beihilfen automatisch den Wettbewerb verfälschen. Für die Feststellung einer Wettbewerbsverfälschung wäre dann eine Festlegung des relevanten Marktes in sachlicher und räumlicher Hinsicht nötig. Da der Rundfunk allerdings keine geographischen Grenzen kennt, ist von einem innergemeinschaftlichen Wettbewerb auszugehen. Zudem würde eine eindeutige Überkompensation die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten eines Mitgliedstaates gegenüber den privaten Rundfunkveranstaltern in der Gemeinschaft sowie gegenüber den anderen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in anderen Mitgliedstaaten wohl generell bevorzugen. Daher spräche unter dieser Voraussetzung einiges dafür, daß das Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsverfälschung erfüllt sein dürfte.<sup>66</sup>

---

<sup>65</sup> So im Ergebnis auch *Oppermann* (Fn. 1), S. 49

<sup>66</sup> Vgl. dazu im einzelnen *Selmer/Gersdorf* (Fn. 1), S. 49 ff.; *Wallenberg* (Fn. 1), S. 873



### 3. Die Anwendung des Art. 92 Abs. 3 lit. d EGV und des Art. 90 Abs. 2 EGV

Da die deutsche Rundfunkgebührenfinanzierung jedenfalls keine Beihilfe darstellt und wohl auch nicht aus staatlichen Mitteln gewährt wird, stellt sich nicht mehr die Frage, ob eine Genehmigung aufgrund der Ausnahmebestimmung des Art. 92 Abs. 3 d EGV möglich ist. Diese Frage käme nur dann zum Tragen, wenn in Deutschland eine Gebührenfinanzierung vorliegen würde, die eindeutig zu einer Überkompensation des ORF führen würde. Unter dieser Voraussetzung wäre - abgesehen von der Problematik der staatlichen Zurechenbarkeit - zu prüfen, ob die überhöhte Gebühr nach ihrer Notifizierung durch die Kommission gemäß Art. 92 Abs. 3 d EGV zu genehmigen wäre.

Im Hinblick auf Art. 90 Abs. 2 EGV kann nochmals darauf hingewiesen werden, daß diese Bestimmung eine Anwendung des Art. 92 EGV nur unter der Voraussetzung ausschließen würde, daß die Anwendung der Beihilfevorschriften die Rundfunkgebührenfinanzierung und damit die Erfüllung der besonderen Aufgaben des ORF insgesamt unmöglich macht. Dies ist, wie dargelegt wurde, gerade nicht der Fall. Vielmehr greift Art. 92 Abs. 1 EGV für die Rundfunkgebührenfinanzierung tatbestandlich nicht ein.

Auch die Frage einer möglichen Zulässigkeit der Rundfunkgebühren als Kulturbeihilfen<sup>67</sup> würde sich nur stellen, wenn diese tatbestandlich als Beihilfen im Sinne von Art. 92 Abs. 1 EGV anzusehen wären, was abgesehen vom Falle der Überkompensation gerade nicht der Fall ist.

---

<sup>67</sup> Eingehend dazu *Oppermann* (Fn. 1), S. 80 ff.

### **III. Die Dienstleistungsfreiheit und die gebührenfinanzierte Veranstaltung neuer Programme durch ARD und ZDF**

#### **1. Einleitung**

In dem vom VPRT in Auftrag gegebenen Rechtsgutachten wird die Auffassung vertreten, daß die Veranstaltung neuer gebührenfinanzierter öffentlich-rechtlicher Spartenprogramme jedenfalls gegen die Dienstleistungsfreiheit verstoße, wenn die Beihilfevorschriften nicht zur Anwendung kommen würden<sup>68</sup>. Für den Fall, daß die Rundfunkgebühr keine verbotene Beihilfe darstelle, greife die Dienstleistungsfreiheit in vollem Umfang ein. Die Veranstaltung eines öffentlich-rechtlichen Spartenprogramms bedeute einen Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit, der nicht gerechtfertigt werden könne. Zunächst ist dem Rechtsgutachten insoweit zuzustimmen, daß die Veranstaltung eines gebührenfinanzierten Programms an der Dienstleistungsfreiheit gemessen werden kann, wenn die Rundfunkgebühr - auch soweit sie für Spartenkanäle verwendet wird - gerade keine Beihilfe im Sinne des Art. 92 EGV darstellt. Ansonsten wäre es nämlich problematisch, ob und inwieweit Art. 92 EGV und die Grundfreiheiten nebeneinander zur Anwendung kommen können<sup>69</sup>. Diese Möglichkeit, die Dienstleistungsfreiheit als Prüfungsmaßstab heranzuziehen, bedeutet aber keineswegs, daß die Veranstaltung eines neuen gebührenfinanzierten öffentlich-rechtlichen Spartenprogramms einen Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit darstellt. Um diese Frage beantworten zu können, ist vielmehr auch auf das Verhältnis der Dienstleistungsfreiheit zum Kulturabschnitt des Art. 128 EGV einzugehen. Nur wenn man diese Bestimmung berücksichtigt, wird nämlich klar, daß es in erster Linie Sache der Mitgliedstaaten ist, den Funktionsbereich des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zu bestimmen.

#### **2. Der Rundfunk als Dienstleistung im Sinne der Art. 59 ff. EGV**

Die kulturelle Bedeutung des Rundfunks darf nicht dahingehend mißverstanden werden, daß die Gemeinschaft keine Kompetenzen besitzt, die sich auf den Rundfunk auswirken. Ausgangspunkt der Überlegungen muß aber sein - und dies wird häufig nicht genügend beachtet -, daß es eine ausdrückliche Rundfunkkompetenz für die Gemeinschaft nicht gibt. Das Fernsehen wird im primären Gemeinschaftsrecht nicht erwähnt, wenn man von den Ansätzen im neuen Art. 128 EGV, der den „audiovisuellen Bereich“ anspricht, einmal absieht. Die Ausgangsfeststellung hat durchaus Konsequenzen. Nach einheitlicher und zutreffender Auffassung enthalten die Gemeinschaftsverträge keine generelle Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsakten, sondern nur Einzelermächtigungen. Man spricht insoweit vom Prinzip der begrenzten Einzelermäch-

<sup>68</sup> Vgl. *Engel* (Fn. 3), S. 69 ff.

<sup>69</sup> Vgl. EuGH, Slg. 1985, 439 (450); EuGH, Slg. 1986, 1759 (1774); EuGH, Slg. 1992 I., 1847 (1882); EuGH, 1996, 95



tigung,<sup>70</sup> das nunmehr in Art. E EUV<sup>71</sup> und Art. 3 b) Abs. 1 EGV seinen ausdrücklichen Niederschlag gefunden hat. Dieses Prinzip bedeutet, daß die Gemeinschaftsorgane nur dort tätig werden dürfen, wo der Vertrag die Verbandskompetenz der Gemeinschaft ausdrücklich begründet.

In der Vergangenheit war umstritten, ob der Rundfunk nicht insgesamt aus der Dienstleistungsfreiheit herausfällt, also die Kultur überhaupt nicht von der Gemeinschaft geregelt werden durfte<sup>72</sup>. Diese Frage ist zwischenzeitlich durch die Neufassung des Gemeinschaftsrechts überholt. Durch Art. 128 EGV ist nämlich klargestellt, daß die Gemeinschaft - gestützt auf andere Kompetenzen - die kulturellen Aspekte mit berücksichtigen darf und sogar muß. Zudem hat in diesem Zusammenhang die Rechtsprechung des EuGH, der das Gemeinschaftsrecht verbindlich auslegt, entscheidende Bedeutung. Dem EuGH kommt nämlich Jurisdiktionshoheit zu..<sup>73</sup>

Der EuGH hat von Anfang an wiederholt festgestellt, daß Ausstrahlungen von Fernsehsendungen als Dienstleistungen anzusehen sind. Die erste Entscheidung erging bereits im Jahr 1974<sup>74</sup>. An dieser Rechtsprechung hat sich nichts geändert<sup>75</sup>. Anfänglich hat der EuGH seine Feststellungen nicht näher begründet. Allerdings sind in späteren Entscheidungen erstmals Ausführungen enthalten, warum Fernsehen eine grenzüberschreitende Dienstleistung im Sinne des Gemeinschaftsrechts darstellt.<sup>76</sup> Es kann angesichts der Rechtsprechung des EuGH und der jetzigen Fassung des Gemeinschaftsrechts nicht mehr geleugnet werden, daß der Rundfunk insgesamt die Elemente einer Dienstleistung aufweist. Damit ist allerdings noch nicht gesagt, daß die Gemeinschaft jede Frage regeln darf, die den Rundfunk betrifft, und welche Fragen von der Dienstleistungsfreiheit erfaßt werden.

### 3. Die Bedeutung des Art. 128 EGV

Eine sehr große Bedeutung kommt für die Fragen der Kompetenzgrenzen der neugefaßten Bestimmung des Art. 128 EGV zu. Dies folgt vor allem aus der

<sup>70</sup> Vgl. etwa *Streinz*, Europarecht, 3. Aufl., 1996, Rdnr. 436f.; *Schweitzer/Hummer*, Europarecht, 5. Aufl., 1996, Rdnr. 335 ff.; *Thomas Oppermann*, Europarecht, 1991, Rdnr. 433; EuGH, Slg. 1982, 2245 (2575).

<sup>71</sup> Eingehend dazu *Koenig/Pechstein*, Die Europäische Union, 1995, Kap. 2, Rdnr. 60ff.

<sup>72</sup> Vgl. *Jost Delbrück*, Die Rundfunkfreiheit der deutschen Bundesländer im Spannungsfeld zwischen Regelungsanspruch der Europäischen Gemeinschaft und nationalem Verfassungsrecht, 1986, S. 26; *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Erosionen des Rundfunkrechts, 1990, S. 47

<sup>73</sup> Eingehend dazu *Dörr/Beucher/Eisenbeis/Jost* (Fn. 48), S. 23 ff. m.w.N.

<sup>74</sup> Slg. 1974, 409 (428f. )

<sup>75</sup> Slg. 1980, 833 (855); Slg. 1988, 2085 (2138 f. ); Slg. 1991 I, 2925

<sup>76</sup> Vgl. z. B. Slg. 1988, 2085 (2138 f. )

sorgfältigen und mit Bedacht gewählten Formulierung dieser Vorschrift. Einmal ist bemerkenswert, daß Art. 128 Abs. 1 EGV von den Kulturen der Mitgliedstaaten und Regionen spricht. Es wird gerade nicht von der einen europäischen Kultur gesprochen. Die Bestimmung enthält demnach ein Bekenntnis zur kulturellen Vielfalt. Darüber hinaus folgt aus Art. 128 Abs. 2 EGV, daß der audiovisuelle Bereich, also auch Hörfunk und Fernsehen, Bestandteil der Kultur ist. Schließlich wird die Gemeinschaft durch Art. 128 Abs. 5 EGV im kulturellen Bereich auf Fördermaßnahmen begrenzt. Eine Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften wird für diesen Bereich zusätzlich ausdrücklich ausgeschlossen. Daraus kann man durchaus folgern, daß die Gemeinschaft im Rundfunkbereich keine Regelungen erlassen darf, die ihrem Schwerpunkt nach den kulturellen Sektor des Rundfunks berühren, es sei denn, es handelt sich um Fördermaßnahmen. Dies folgt daraus, daß zwei Kompetenzbereiche einschlägig sein könnten, nämlich die Kulturkompetenz des Art. 128 EGV und die Dienstleistungskompetenz des Art. 59 ff. EGV. Bei solchen Kompetenzkonflikten ist auf die allgemeinen Zuordnungskriterien zurückzugreifen<sup>77</sup>, da auch die Gemeinschaft im Sinne eines Europa der Regionen föderale Züge aufweist und, wenn sich die Bundesrepublik Deutschland daran beteiligt, diese föderale Struktur wegen Art. 23 GG auch aufweisen muß. In der Rechtslehre und Rechtsprechung der Bundesrepublik Deutschland und anderer föderaler Staaten wird ein in der kompetenzieller Zuordnung umstrittener Regelungsgegenstand nach Maßgabe von Kriterien wie „mittelbare oder unmittelbare Regelungen“, „Haupt- oder Nebenzweck“ und vor allem „Schwerpunkt der Regelung“ jeweils einem der Kompetenzkonkurrenten zugeordnet.<sup>78</sup>

Angesichts der Tatsache, daß die Kultur gerade zu den Sachgebieten gehört, die in der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten verbleiben sollen, bietet sich die Theorie vom Regelungsschwerpunkt geradezu an, um bei Maßnahmen, die (auch) den kulturellen Bereich berühren, eine sachgerechte Kompetenzabgrenzung vorzunehmen. Die Überzeugungskraft einer Zuordnung anhand dieses Kriteriums liegt darin, daß es die Zuständigkeitsbereiche der jeweiligen Kompetenzträger am wenigsten verwischt. Ein föderales Gebilde, das bei Zuordnungsentscheidungen dieses Kriterium nicht beachtet, ist notwendig instabil und rechtsunsicher. Die Plausibilität des Regelungsschwerpunkts als Zuordnungskriterium gilt unabhängig von der jeweiligen Gestaltung des föderalen

---

<sup>77</sup> *Fritz Ossenbühl*, Rundfunk zwischen nationalem Verfassungsrecht und europäischem Gemeinschaftsrecht, 1986, S. 32; *Eckart Klein*, Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft, VVDStRL 50 (1991), 50 ff. (65 f. ); *Dörr/Beucher/Eisenbeis/Jost* (Fn. 48), S. 60 f.; *Georg Röss*, Kultur und Europäischer Binnenmarkt, 1991, S. 47 ff.

<sup>78</sup> Vgl. *Rupert Stettner*, Grundlagen einer Kompetenzlehre, 1989, S. 420 ff.; *Rupert Scholz*, Ausschließliche und konkurrierende Gesetzgebungskompetenz von Bund und Ländern in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe Bundesverfassungsgericht, Bd. 2, 1976, S. 252 ff. (264 ff. )



Gemeinwesens. Es ist daher angezeigt, die Lehre vom Regelungsschwerpunkt für das Verhältnis der Gemeinschaft zu den Mitgliedstaaten fruchtbar zu machen. Auch die neuere Rechtsprechung des EuGH spricht dafür, daß der Regelungsschwerpunkt einen überaus wichtigen Anhaltspunkt dafür bietet, ob eine Zuständigkeit der Gemeinschaft oder der Mitgliedstaaten gegeben ist. Wenn der Schwerpunkt des Regelungsbereichs allerdings woanders liegt, darf und muß die Gemeinschaft die kulturellen Aspekte gem. Art. 128 Abs. 4 EGV mit berücksichtigen.<sup>79</sup>

Daher ist entscheidend, ob die Bestimmung des Funktionsbereichs des öffentlich-rechtlichen Rundfunks dem Schwergewicht nach eine kulturelle Frage darstellt. Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß der Kulturbegriff, der in Art. 128 EGV und in Art. 3 p) EGV verwendet wird, aber auch in Art. 92 Abs. 3 d) EGV im Zusammenhang mit den Beihilfen zum Ausdruck kommt, als Vertragsbegriff ein gemeinschaftsrechtlicher ist. Dies scheint dafür zu sprechen, daß der Begriff gemeinschaftseinheitlich zu definieren ist. Auf der anderen Seite spricht Art. 128 Abs. 1 EGV gerade von den Kulturen in den Mitgliedstaaten, geht also, wie die Verwendung des Plurals zum Ausdruck bringt, von unterschiedlichen Kulturen und von „regionaler Vielfalt“ aus. Diese Formulierung spricht wiederum dafür, daß auf die jeweilige Kultur des jeweiligen Mitgliedstaates abzustellen ist.<sup>80</sup>

Um den Kulturbegriff im Sinne des EGV auszulegen, ist einerseits darauf abzustellen, daß er als Vertragsbegriff zunächst nach gemeinschaftsrechtlichen Kriterien ausgelegt werden muß. Auch der EuGH geht in seiner Rechtsprechung davon aus, daß Begriffe des Gemeinschaftsrechts grundsätzlich einheitlich zu definieren sind.<sup>81</sup> Ansonsten wären nämlich die Mitgliedstaaten in der Lage, die Reichweite gemeinschaftsrechtlicher Bestimmungen durch unterschiedliche Definitionen zu begrenzen und auf diese Weise im Ergebnis die Einheit und Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts zu beeinträchtigen. Demnach ist zuerst im gemeinschaftsrechtlichen Primär- und Sekundärrecht zu ermitteln, was mit dem jeweiligen Begriff des Gemeinschaftsrechts gemeint ist.<sup>82</sup> Schon der EG-Vertrag gibt gewisse Anhaltspunkte dafür, in welchem Sinne „Kultur“ bzw. „Kulturen in den Mitgliedstaaten“ verwendet wird. So gehört nach deutscher Vorstellung zur Kultur in einem umfassenden Sinne auch das Schul- und Hoch-

---

<sup>79</sup> Eingehend dazu *Dörr* (Fn. 37), S. 23 ff.

<sup>80</sup> Vgl. dazu im Hinblick auf die Regelung des Art. 92 Abs. 3 d) EGV *Ress*, (Fn. 56), S. 602; *Dörr/Cloß* (Fn. 1), ZUM 1996, 114 f.; *Selmer/Gersdorf* (Fn. 1), S. 59 ff.; *Oppermann*, (Fn. 1), S. 76 ff.

<sup>81</sup> Vgl. etwa EuGH Slg. 1980, 3881 (3903) = NJW 1981, 2635

<sup>82</sup> Vgl. z.B. für den Arbeitnehmerbegriff des Art. 48 I EGV und seiner Auslegung *Dieter Dörr*, Das deutsche Beamtenrecht und das europäische Gemeinschaftsrecht, EuZW 1990, 565 ff. (566 f.)

schulwesen sowie der Medienbereich und die Kunst.<sup>83</sup> Dagegen wird im Gemeinschaftsrecht das Bildungswesen in Schule und Hochschule Art. 126 EGV und der Bereich der Forschung innerhalb und außerhalb der Hochschule Art. 130 f) EGV zugeordnet. Damit bringt das Gemeinschaftsrecht zum Ausdruck, daß es diese Bereiche nicht zu dem Abschnitt Kultur, der lediglich aus Art. 128 EGV besteht, rechnet. Dies läßt auch die beispielhafte Aufzählung in Art. 128 Abs. 2 EGV erkennen, die - und dies ist besonders bemerkenswert - den „audiovisuellen Bereich“ im Gegensatz zum Bildungswesen ausdrücklich einbezieht. Demnach versteht Art. 128 EGV mit Kultur jene Teile der geistigen Welten, die nicht von Art. 126, 130 f) ff. EGV erfaßt werden.<sup>84</sup> Darunter sind in erster Linie nach den Vorstellungen des Gemeinschaftsrechts die sog. „schönen Künste“ in Architektur, Literatur und Musik zu verstehen. Allerdings macht die Bestimmung des Art. 128 Abs. 2 EGV mit der ausdrücklichen Erwähnung des audiovisuellen Bereichs deutlich, daß die mediale Verbreitung geistiger Werke mit erfaßt, also der Rundfunk in den Kulturbegriff gerade eingeschlossen werden soll.<sup>85</sup> Dies hat in anderem Zusammenhang auch der EuGH deutlich gemacht, der in der bemerkenswerten TV 10-Entscheidung<sup>86</sup> die kulturelle Bedeutung des Rundfunks in erfreulicher Klarheit hervorgehoben hat. Demnach läßt sich aus dem Gemeinschaftsrecht ableiten, daß der Begriff der „Kultur“ bzw. des „Kulturlebens in den Mitgliedstaaten“ in erster Linie die „schönen Künste“ in Architektur, Literatur und Musik erfaßt, aber auch die geistigen Hervorbringungen im Rundfunk mit einschließt. Dagegen werden das Bildungswesen in Schule und Hochschule und der Bereich der Forschung gesondert durch eigene Abschnitte geregelt und sind damit nicht Bestandteil der Kultur im Sinne des Gemeinschaftsrechts.

Bei der weiteren Auslegung des Kulturbegriffs in Art. 128 EGV muß andererseits dem Umstand besondere Bedeutung beigemessen werden, daß sowohl Art. 3 p) EGV - Entfaltung des Kulturlebens in den Mitgliedstaaten - als auch Art. 128 Abs. 1 EGV - Beitrag zur Entfaltung der Kulturen der Mitgliedstaaten unter Wahrung ihrer nationalen und regionalen Vielfalt - den Plural verwenden und damit im Grundsatz unmißverständlich klarstellen, daß die Kulturpolitik in

---

<sup>83</sup> Vgl. dazu eingehend *Thomas Oppermann*, Die deutsche Länderkulturhoheit und die EG-Aktivitäten in Bildung, Forschung und technologischer Entwicklung, in: *Vogel/Oettinger*, Föderalismus in der Bewährung, 1992, 73 ff.

<sup>84</sup> So zutreffend *Oppermann* (Fn. 1), S. 77; *Slot*, State Aids in the Cultural Sector, 1994, S. 6; *Fechner*, Art. 128 EGV (Kultur), in: *Handbuch des europäischen Rechts*, 1995, I A 59, Rdnr. 13

<sup>85</sup> So zutreffend *Carl Eugen Eberle*, Das Fernsehen im Zugriff des europäischen Rechts, in: *Festschrift Thieme*, 1993, 939 ff.; *Slot* (Fn. 84), S. 1

<sup>86</sup> Vgl. EuGH, Slg. 1994 I 4795 ff.; siehe dazu auch *Dieter Dörr*, Die Entwicklungen des Medienrechts, *NJW* 1995, 2263 ff. (2265); eingehend zu der Entscheidung auch *Trautwein*, *ZUM* 1995, 324 ff.



den Händen der Mitgliedstaaten verbleiben soll.<sup>87</sup> Der Gemeinschaft ist in diesem Zusammenhang durch Art. 128 EGV die Aufgabe zuerkannt, diese nationalen Kulturpolitiken zu fördern und sich dabei vor allem auf das die unterschiedlichen regionalen und nationalen Kulturen überwölbende „gemeinsame kulturelle Erbe“ Europas zu stützen. Die Achtung der kulturellen Vielfalt und die prinzipielle Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die Kulturpolitik wird besonders deutlich durch Art. 128 Abs. 5 EGV zum Ausdruck gebracht, der eine Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften im kulturellen Bereich durch die Gemeinschaft gerade ausschließt. Demzufolge bleibt festzuhalten, daß unbeschadet der einzelnen Zuständigkeiten der Gemeinschaft für den kulturellen Bereich die primäre Kulturkompetenzen der Mitgliedstaaten weiterbestehen sollen und vom Gemeinschaftsrecht ausdrücklich anerkannt werden. Dies hat wichtige Auswirkungen für die Frage, was unter „Kultur“ - abgesehen von den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts - im einzelnen zu verstehen ist. Mit der Verwendung des Plurals und der ausdrücklichen Anerkennung regionaler und nationaler Vielfalt im Kulturleben macht das Gemeinschaftsrecht deutlich, daß auf die Vorstellungen im jeweiligen Mitgliedstaat abzustellen ist, um den jeweiligen kulturellen Bereich zu ermitteln. Daran ändert auch nichts, daß der Kulturbegriff als Vertragsbegriff grundsätzlich gemeinschaftsrechtlich zu ermitteln ist. Dies hat lediglich zur Folge, daß bestimmte allgemeine Konturen des Begriffs, wie bereits dargelegt wurde, europaweit zu ermitteln sind und gelten müssen.

#### 4. Der Rundfunk als Teil der Kultur

Demnach kommt dem deutschen Kulturverständnis durchaus eine große Bedeutung zu, wenn es darum geht, den Kulturbegriff des Art. 128 EGV und damit den Gestaltungsbereich der Österreichs aber auch der übrigen Mitgliedstaaten zu ermitteln. Auf der anderen Seite müssen die allgemeinen Konturen, die das Gemeinschaftsrecht für den Kulturbegriff vorgibt, ebenfalls hinreichend berücksichtigt werden. In Deutschland wird der Rundfunk ebenso wie etwa in Österreich und der Schweiz in erster Linie als kulturelles Phänomen begriffen. Das BVerfG hat von Anfang an in seiner Rundfunkrechtsprechung deutlich gemacht, daß der Rundfunk als ein wichtiger Bestandteil des kulturellen Bereichs angesehen werden muß. Dies bringt schon das erste Fernsehurteil im Jahr 1961 zum Ausdruck, in dem der Rundfunk als „auch ein kulturelles Phänomen“ bezeichnet wird.<sup>88</sup> An diesen ersten Erwägungen knüpfte das BVerfG schon im zweiten Fernsehurteil, der sog. Mehrwertsteuerentscheidung,<sup>89</sup> an und legte dar, daß die Veranstaltung von Rundfunksendungen durch die öffentlich-

<sup>87</sup> Zutreffend *Oppermann* (Fn.1), S. 78; *Bohr/Albert*, Die EU - Das Ende der eigenständigen Kulturpolitik der deutschen Bundesländer?, ZRP 1993, 61 ff; *Engelhard*, in: *Lenz* (Hrsg.), EGV - Kommentar, 1994, Art. 128, Rdnr. 2

<sup>88</sup> BVerfGE 12, 205 (229)

<sup>89</sup> BVerfGE 31, 314

rechtlichen Rundfunkanstalten keine gewerbliche Tätigkeit im Sinne des Umsatzsteuergesetzes darstelle. Rundfunk ist nach diesen Feststellungen eine Sache der Allgemeinheit, überparteilich und unter Mitwirkung aller gesellschaftlich-relevanten Kräfte zu organisieren und demnach dem kulturellen Bereich zuzurechnen.

Aufbauend auf diesen Erkenntnissen hat das BVerfG nach dem Entstehen der dualen Rundfunkordnung die besondere Funktion des öffentlich-rechtlichen Rundfunks für den Kulturbereich hervorgehoben. Dies gelang ihm dadurch, daß es die dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk obliegende Grundversorgungsaufgabe mit der kulturellen Funktion des Rundfunks deutlich verknüpfte.

Im sog. Grundversorgungsauftrag gehen auf diese Weise, wie es *Oppermann* zutreffend ausgedrückt hat,<sup>90</sup> der politisch-demokratische und der kulturelle Auftrag des Rundfunks eine Symbiose ein. Es ist insoweit unzutreffend, wenn dem BVerfG vorgeworfen wird, es blende die wirtschaftliche Bedeutung des Rundfunks aus. Vielmehr ist dem BVerfG die wirtschaftliche Seite der Rundfunkdienste bewußt. Dies wird gerade durch die Entscheidung zur EG-Fernsehrichtlinie deutlich.<sup>91</sup> Dort wird neben der kulturellen Aufgabe des Rundfunks seine wirtschaftliche Bedeutung durchaus gesehen und angesprochen.<sup>92</sup>

Festzuhalten bleibt jedenfalls, daß nach deutschem Verständnis der Rundfunk als Teil des kulturellen Bereichs angesehen werden muß. Dabei erfüllt insbesondere der öffentlich-rechtliche Rundfunk die kulturelle Aufgabe des Rundfunks. Mit diesem Verständnis von Rundfunk wird die prinzipielle Definitionsgewalt des Mitgliedsstaates Deutschland darüber, was er unter kulturellen Angelegenheiten versteht, auch nicht im Hinblick auf die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben überschritten. Vielmehr geht ganz im Gegenteil auch das Gemeinschaftsrecht davon aus, daß der audiovisuelle Bereich grundsätzlich zum Kulturleben der Mitgliedstaaten zu zählen ist. Dies verdeutlicht schon der Wortlaut des Art. 128 Abs. 2 EGV, der den audiovisuellen Bereich im Zusammenhang mit der Kulturpolitik ausdrücklich nennt. Demnach steht es den Mitgliedstaaten nach dem Gemeinschaftsrecht frei, den Rundfunk zumindest auch als kulturelle Einrichtung zu begreifen und einzuordnen.

## 5. Konsequenzen

Aus diesem Befund ergeben sich wichtige Konsequenzen für die Frage, welche Rolle und Aufgaben dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk in Europa zukommen bzw. zukommen dürfen. Wie bereits eingehend dargelegt wurde, ist der kultu-

<sup>90</sup> Vgl. dazu *Oppermann* (Fn. 1), S. 89

<sup>91</sup> Vgl. BVerfGE 92, 203

<sup>92</sup> Siehe dazu auch die Urteilsanmerkungen von *Arved Deringer*, ZUM 1995, 316 ff. und *Kresse/Heinze*, ZUM 1995, 394 ff.; sowie *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner* (Fn. 51), Allgemeine Erläuterungen, Rdnr. 109 h; *Dieter Dörr*, Die Entwicklung des Medienrechts, NJW 1995, 2263 ff. (2267)



relle Bereich prinzipiell in der Regelungszuständigkeit der Mitgliedstaaten verblieben. Im Rahmen dieser Zuständigkeit geht Deutschland unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben davon aus, daß der Rundfunk auch und in erster Linie dem kulturellen Bereich zuzurechnen ist und dabei insbesondere der öffentlich-rechtliche Rundfunk mit seinem Funktionsauftrag die kulturellen Aufgaben erfüllt. Aus dieser prinzipiellen Primärzuständigkeit der Mitgliedstaaten für den kulturellen Bereich und ihrer Definitionsgewalt darüber, was sie unter kulturellen Angelegenheiten verstehen, folgt, daß es Sache des Mitgliedstaates Deutschland ist, in welchem Umfang sie dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk die Aufgabe zugesteht, mittels seines Funktionsauftrages der kulturellen Aufgabe des Rundfunks gerecht zu werden. Auch insoweit besteht demnach - wie bei der Bemessung der Gebühren - ein eigenständiger Gestaltungsspielraum der jeweiligen Mitgliedstaaten, also auch des Mitgliedstaates Deutschland.

Diese Aussagen dürfen nicht dahingehend mißverstanden werden, daß die Gemeinschaft keinerlei Kompetenzen im kulturellen Bereich hätte. Die für das frühere Gemeinschaftsrecht gelegentlich vertretene Auffassung einer Bereichsausnahme für die Kultur<sup>93</sup> war schon damals überzogen.<sup>94</sup> Sie kann heute angesichts der veränderten Regelungen auf keinen Fall mehr vertreten werden. Zwar schließt Art. 128 Abs. 5 EGV eine Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften im kulturellen Bereich aus, worauf bereits hingewiesen wurde. Auch erkennen Art. 128 Abs. 1 EGV und Art. 3 b) EGV die Primärzuständigkeit der Mitgliedstaaten für die Kulturpolitik ausdrücklich an. Auf der anderen Seite ordnet aber Art. 128 Abs. 4 EGV an, daß die Gemeinschaft bei ihrer Tätigkeit aufgrund sonstiger vertraglicher Zuständigkeiten gerade den kulturellen Aspekten, aber unter Beachtung der nationalen und regionalen Vielfalt, Rechnung trägt. Demnach reicht der Hinweis auf den kulturellen Charakter einer Tätigkeit, die gleichzeitig von wirtschaftlicher Bedeutung ist und daher auch andere Zuständigkeiten berührt, gerade nicht aus, um die Anwendung von Vertragsbestimmungen und den Erlaß gemeinschaftlicher Regelungen per se auszuschließen. Gerade die technisch-wirtschaftliche Seite der Rundfunktätigkeiten macht sie nach ständiger Rechtsprechung auch zu Dienstleistungen im Sinne des Art. 59 EGV, selbst wenn der eigentliche Rundfunkauftrag nach deutschem Verständnis und nach dem Verständnis der meisten Mitgliedstaaten<sup>95</sup> politisch-kultureller Natur ist.

Jedenfalls steht nach Art. 128 Abs. 4 EGV außer Zweifel, daß die Gemeinschaft bei der Ausübung ihrer Kompetenzen, etwa der Dienstleistungs-kompetenz, auch den kulturellen Bereich berücksichtigen darf. Dies ändert aber in

<sup>93</sup> Vgl. etwa *Jost Delbrück*, Die Rundfunkhoheit der deutschen Bundesländer im Spannungsfeld zwischen Regelungsanspruch der europäischen Gemeinschaft und nationalem Verfassungsrecht, 1986, S. 39 ff.

<sup>94</sup> Vgl. dazu im einzelnen etwa *Dörr/Beucher/Eisenbeis/Jost* (Fn. 48), S. 11 ff.

<sup>95</sup> Vgl. dazu oben

keiner Weise etwas an den vorher gefundenen Ergebnissen. Einmal weist auch Art. 128 Abs. 4 EGV gerade auf den Aspekt der regionalen und nationalen Vielfalt hin. Zudem verdeutlicht Art. 128 Abs. 5 EGV, daß eine Nivellierung im kulturellen Bereich zu unterlassen ist. Demnach bleibt festzuhalten, daß die Gemeinschaft stets diese kulturelle Vielfalt im Rundfunkbereich zu beachten hat und daher allenfalls äußerst behutsam tätig werden darf, wenn auch kulturelle Aspekte berührt sind. Die Gemeinschaft muß sich also stets bewußt sein, daß insbesondere die öffentlich-rechtliche Rundfunkstätigkeit einen public service politischen und kulturellen Charakters darstellt und es daher Sache der Mitgliedstaaten bleibt, Aufgabe und Rolle des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Hinblick auf seinen kulturellen Auftrag im einzelnen zu regeln und zu bestimmen. Es ist demnach der Gemeinschaft verwehrt, insoweit eine Nivellierung und Harmonisierung zu betreiben und eine einheitliche und verbindliche Aufgabenstellung für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk vorzusehen. Das Gemeinschaftsrecht bekennt sich vielmehr insoweit zur nationalen und regionalen Vielfalt.

Die Zuständigkeit für die Frage, wer den Funktionsbereich des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zu bestimmen hat, richtet sich also nach Art. 128 EGV und nicht nach Art. 59 ff EGV. Damit ist es Sache des Mitgliedstaates Bundesrepublik Deutschland, im einzelnen festzulegen, ob und inwieweit die öffentlich-rechtlichen Programmanbieter zusätzliche gebührenfinanzierte Programme anbieten dürfen.

Dieses Ergebnis wird auch durch das schon erwähnte Protokoll über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in Europa bestätigt, die im Herbst zusammen mit dem geänderten EGV unterzeichnet wurde. Die Protokollerklärung macht deutlich, wie die entsprechenden Bestimmungen des Vertrages nach dem übereinstimmenden Willen der Mitgliedstaaten, die immerhin die "Herren der Verträge" sind, verstanden werden sollen. Daher hat die Protokollerklärung schon jetzt für die Auslegung des EGV eine nicht zu unterschätzende Bedeutung, da sich aus ihr ergibt, wie die Mitgliedstaaten das Primärrecht verstehen. Die Protokollerklärung erkennt ausdrücklich die Kompetenz der Mitgliedstaaten an, dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk einen bestimmten Aufgabenkreis oder Funktionsbereich zu übertragen, festzulegen und auszugestalten. Sie verdeutlicht und bestätigt also das bereits aus Art. 128 Abs. 2 EGV abzuleitende Ergebnis, daß es Sache des Mitgliedstaates Bundesrepublik Deutschland ist, den Aufgabenbereich der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zu bestimmen. Schon deshalb kann von einem Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit keine Rede sein.

#### **IV. Der Funktionsbereich des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und die Wettbewerbsregeln der Art. 85 ff. EGV**

Die Veranstaltung von gebührenfinanzierten zusätzlichen Programmen durch die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten kann je nach Art der Ausgestaltung die wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen der Art. 85, 86 oder 90 Abs. 1 EGV berühren. Dazu möchte ich abschließend noch auf folgendes hinweisen.

Wie bereits dargelegt wurde, haben sich die Staats- und Regierungschefs der Mitgliedstaaten der Europäischen Union während ihres Gipfeltreffens in Amsterdam am 17.06.1997 auf eine Protokollerklärung zum EGV verständigt, die zusammen mit dem geänderten EGV unterzeichnet wurde. Zwar ist diese Protokollerklärung noch nicht in Kraft getreten. Sie hat aber für die Auslegung der Vertragsbestimmungen bereits jetzt eine hohe Bedeutung. Die Protokollerklärung stellt nämlich, wie der Einleitungssatz verdeutlicht,<sup>96</sup> eine auslegende Bestimmung dar. Dies hat zur Folge, daß die Protokollerklärung das Primärrecht nicht selber modifizieren wird. Sie hat vielmehr einen klarstellenden Charakter. Demnach macht die Protokollerklärung schon jetzt deutlich, wie die entsprechenden Vertragsbestimmungen nach dem übereinstimmenden Willen der Mitgliedstaaten, die immerhin „Herren der Verträge“ sind, verstanden werden sollen. Demnach ergibt sich schon jetzt aus der Protokollerklärung, wie die Mitgliedstaaten das einschlägige Primärrecht interpretieren. Dies muß bei der Auslegung des gesamten Primärrechts berücksichtigt werden.

Wie bereits dargestellt wurde, erkennt die Protokollerklärung ausdrücklich die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die Rundfunkorganisation und die Rundfunkfinanzierung an. Zudem legt sie in unmißverständlicher Weise dar, daß es Sache der Mitgliedstaaten ist, den öffentlich-rechtlichen Auftrag der Rundfunkanstalten festzulegen und auszugestalten. Demnach liegt es in der Kompetenz der Mitgliedstaaten, den Funktionsbereich der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten durch ihr Verfassungs- und/oder Gesetzesrecht im einzelnen festzulegen und zu bestimmen, welche gebührenfinanzierten Programme er ausstrahlen darf.

Daraus folgt, daß die Überprüfungsmöglichkeiten der Organe der EU in diesem Bereich eingeschränkt sind. Dies macht insbesondere der letzte Absatz der Protokollerklärung deutlich und zeigt auch, daß sich dies auf den Bereich des Wettbewerbsrechts auswirkt. Danach ist nämlich stets den Erfordernissen der Erfüllung der öffentlichen Aufgabe (durch die öffentlich-rechtlichen Veranstalter) im Zusammenhang mit einer möglichen Beeinträchtigung der Wettbewerbsbedingungen in der Gemeinschaft Rechnung zu tragen und es ist auch zu berücksichtigen, daß der öffentlich-rechtliche Auftrag durch die Mitgliedstaaten festzulegen ist.

---

<sup>96</sup> Vgl. zum Wortlaut der Protokollerklärung oben II. 2. c) cc)

Aus alledem folgt, daß die Protokollerklärung einen grundsätzlichen Vorrang der mitgliedstaatlichen Gestaltungsfreiheit im Hinblick auf die Festlegung des Funktionsbereichs der öffentlich-rechtlichen Veranstalter anerkennt und diesem Vorrang bei der Anwendung des Gemeinschaftsrechts stets Rechnung zu tragen ist.

Dies wird auch durch die Bestimmung des Art. 128 EGV - wie bereits dargelegt - bestätigt. Aus dieser Bestimmung ergibt sich ebenfalls, daß es in erster Linie Sache der Mitgliedstaaten ist, die Aufgabe und die Rolle des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im dualen System zu bestimmen. Insoweit ist schwerpunktmäßig der kulturelle Aspekt des Rundfunks berührt. Dies bleibt nicht ohne Auswirkungen auf das Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft. Bei den Maßnahmen im Wettbewerbsrecht muß demnach den kulturellen Aspekten und der insoweit bestehenden Kompetenz der Mitgliedstaaten Rechnung getragen werden. Dies erfolgt in der Weise, daß die kollidierenden Interessen zu einem Ausgleich zu bringen sind. Die Vorgaben der für die Kultur zuständigen Mitgliedstaaten sind demnach mit den anderen Gemeinschaftspolitiken abzuwägen; der Bereich der Kultur hat dabei, wie auch aus Art. F Abs. 1 EUV folgt, zumindest das gleiche Gewicht wie die Interessen des Wettbewerbes. Daher hat der EuGH im Rahmen seiner Rechtsprechung zu Art. 59 ff.<sup>97</sup> stets anerkannt, daß die Dienstleistungsfreiheit durch nationale Regelungen zur Gewährleistung und Erhaltung des Pluralismus beschränkt werden darf.

Diese Aspekte werden durch die Protokollerklärung verdeutlicht und verstärkt. Die Protokollerklärung zeigt nämlich, daß das Interesse an der Erhaltung eines Pluralismus in den Medien und die damit verbundenen Erfordernisse der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags der Rundfunkanstalten, der von den Mitgliedstaaten im einzelnen festzulegen und auszugestalten ist, einen prinzipiellen Vorrang vor den Interessen des Wettbewerbes besitzt. Dies ergibt sich aus der Gesamtsystematik der Protokollerklärung. Die Protokollerklärung erkennt die grundsätzliche Freiheit der Mitgliedstaaten an, die Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter zu regeln und auszugestalten. Darüber hinaus ist es Aufgabe der Mitgliedstaaten, den öffentlich-rechtlichen Auftrag den öffentlich-rechtlichen Veranstaltern zu übertragen, im einzelnen festzulegen und auszugestalten, also den Funktionsbereich der öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter zu bestimmen. Diese Kompetenz der Mitgliedstaaten wird nach Maßgabe der Protokollerklärung durch die Bestimmung des EGV nur insoweit eingeschränkt, als die Handels- und Wettbewerbsbedingungen in der Gemeinschaft nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das den gemeinsamen Interessen zuwiderläuft. Aber auch diese Überprüfungsmöglichkeit wird wiederum beschränkt durch die Erfordernisse der Erfüllung des öffentlichen Auftrags. Es findet demnach nur eine begrenzte Kontrolle statt, die zudem durch den öffentlichen Auftrag bzw. die öffentlichen Aufgabe der Rundfunkanstalten nochmals beschränkt wird.

<sup>97</sup> Vgl. z.B. EuGH, Slg. 1991 I, 4007; 1991 I, 4069; 1994 I, 4795; EuZW 1993, 251



Im Ergebnis verbleibt nach der Protokollerklärung den Organen der Gemeinschaft im Wettbewerbsrecht lediglich die Befugnis, nationale Bestimmungen, die den Funktionsbereich des öffentlich-rechtlichen Rundfunk betreffen, auf erhebliche Beeinträchtigung der Handels- und Wettbewerbsbedingungen zu überprüfen und sie müssen bei dieser Prüfung stets den Erfordernissen der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags, wie ihn die einzelnen Mitgliedstaaten für ihre öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter jeweils festgelegt haben, Rechnung tragen. Diese generellen Vorgaben sind bei der Auslegung und Anwendung der Art. 85 ff. EGV zu berücksichtigen.

## V. Zusammenfassung

1. Die Bestimmung des Art. 90 Abs. 2 EGV kann die Anwendung des Art. 92 Abs. 2 EGV ausschließen. Dies setzt allerdings voraus, daß die Anwendung des Art. 92 EGV dazu führt, daß dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk die Erfüllung seiner besonderen Aufgaben unmöglich gemacht wird. Dies wäre nur dann der Fall, wenn die Gebührenfinanzierung der ARD und des ZDF durch die Anwendung des Art. 92 Abs. 1 EGV insgesamt beseitigt würde.

2. Die Rundfunkgebührenfinanzierung ist als eine Vergütung von Dienstleistungen zu qualifizieren, die ARD und ZDF im Auftrag der öffentlichen Hand verrichten. Eine Beihilfe im Sinne des Art. 92 Abs. 1 EGV kann daher unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH nur dann vorliegen, wenn die Gebühren für die erbrachten Leistungen nicht angemessen ist. Nach der in Deutschland geltenden Rechtslage ist es ausgeschlossen, daß durch die Höhe des Gebühren auch unter Berücksichtigung der übrigen Einnahmequellen von ARD und ZDF eine solche Überkompensation eintritt.

3. Wegen der Schwierigkeiten, die Höhe der angemessenen Gebühr zu bestimmen und wegen des in kulturellen Angelegenheiten bestehenden Gestaltungsspielraums der Mitgliedstaaten ist Art. 92 Abs. 1 EGV nur anwendbar, wenn die öffentliche Finanzierung eine eindeutig unangemessene Höhe erreicht, also ein klarer Fall der Überkompensation vorliegt.

4. Wegen ihrer staatsfernen Festsetzung und dem fehlenden staatlichen Einfluß spricht einiges dafür, daß die Rundfunkgebühren auch keine Leistung aus „staatlichen Mitteln“ darstellen. Auch dies würde die tatbestandliche Anwendung des Art. 92 Abs. 1 EGV auf die deutschen Rundfunkgebühren ausschließen, da diese Bestimmung eine Leistung aus „staatlichen Mitteln“ zwingend voraussetzt.

5. Auch die Dienstleistungsfreiheit steht der Veranstaltung neuer gebührenfinanzierter Programme nicht entgegen.

a) Zwar stellen die Veranstaltung und die Ausstrahlung von Fernsehsendungen grenzüberschreitenden Dienstleistungen im Sinne der Art. 59 ff. EGV dar.

b) Der Rundfunk ist aber auch eine kulturelle Angelegenheit im Sinne des Art. 128 EGV. Daraus folgt, daß es auch unter Berücksichtigung des Art. 128 Abs. 5 EGV in erster Linie Sache der Mitgliedstaaten ist, Aufgabe und Rolle des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im dualen System zu bestimmen. Es ist der Gemeinschaft verwehrt, insoweit eine Nivellierung und Harmonisierung zu betreiben und eine einheitliche und verbindliche Aufgabenstellung für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk vorzusehen.

c) Daraus folgt, daß es Sache der jeweiligen Mitgliedstaaten ist, ob und inwieweit sie dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk die Veranstaltung von gebührenfinanzierten Programmen gestatten und damit den Funktionsbereich des öffent-



lich-rechtlichen Rundfunks bestimmen. Dies wird auch durch die Protokollerklärung zum EGV nachdrücklich bestätigt, auf die sich die Staats- und Regierungschefs am 17. Juni 1997 während ihres Gipfeltreffens in Amsterdam verständigt haben.

d) Daher kann von einem Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit keine Rede sein. Die Dienstleistungsfreiheit anderer wird nicht dadurch beeinträchtigt, daß die nationalen oder ausländischen Fernsehanbieter in einem Programmbereich der einen zusätzlichen öffentlich-rechtlichen Wettbewerber erhalten. Die Dienstleistungsfreiheit der vorhandenen Fernsehveranstalter schützt diese nicht vor zukünftiger publizistischer Konkurrenz.

6. Das Protokoll über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in Europa wirkt sich auch auf das Wettbewerbsrecht des EGV aus. Im Ergebnis verbleibt nach der Protokollerklärung den Organen der Gemeinschaft im Wettbewerbsrecht lediglich die Befugnis, nationale Bestimmungen, die den Funktionsbereich des öffentlich-rechtlichen Rundfunk betreffen, auf erhebliche Beeinträchtigung der Handels- und Wettbewerbsbedingungen zu überprüfen und sie müssen bei dieser Prüfung stets den Erfordernissen der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags, wie ihn die einzelnen Mitgliedstaaten für ihre öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter jeweils festgelegt haben, Rechnung tragen. Diese generellen Vorgaben sind bei der Auslegung und Anwendung der Art. 85 ff. EGV zu berücksichtigen.

ISSN 0945-8999  
ISBN 3-930788-82-9