



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

Viola Bensinger
Karen Sokoll

Die EU-Vorgaben für kommerzielle Aktivitäten
des öffentlich-rechtlichen Rundfunks.
Umsetzung und Konsequenzen
- Analyse und Workshopbericht -

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

Heft 234

Köln, im November 2007

Arbeitspapiere des Instituts für Rundfunkökonomie

ISSN der Arbeitspapiere: 0945-8999

ISBN des vorliegenden Arbeitspapiers 234: 978-3-938933-38-1

Schutzgebühr 8,00 EUR

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

Mitteilungen und Bestellungen richten Sie bitte per E-Mail an:
rundfunk-institut@uni-koeln.de
oder an die u. g. Postanschrift



Institut für Rundfunkökonomie an der Universität zu Köln

Hohenstaufenring 57a

50674 Köln

Telefon: (0221) 23 35 36

Telefax: (0221) 24 11 34

Viola Bensinger, Karen Sokoll

**Die EU-Vorgaben für kommerzielle Aktivitäten
des öffentlich-rechtlichen Rundfunks.
Umsetzung und Konsequenzen**

- Analyse und Workshopbericht -

Gliederung

1. Einleitung	6
1.1. Ausgangslage	6
1.1.1. Beihilferechtliches Vertragsverletzungsverfahren.....	6
1.1.2. EuGH-Verfahren zum Vergaberecht	7
1.1.3. Gebührenurteil des Bundesverfassungsgerichts	7
1.2. Die Auflagen der Kommission	8
1.3. Die anstehende Umsetzung im deutschen Rundfunkrecht	9
1.3.1. Zeitplan	9
1.3.2. Ausgestaltung.....	10
2. Problemfelder und Lösungsansätze	12
2.1. Abgrenzung kommerzielle/gemeinwirtschaftliche Aktivitäten ...	12
2.2. Trennung der kommerziellen von gemeinwirtschaftlichen Aktivitäten	14
2.3. Beteiligungsmanagement und -kontrolle	17
2.4. Nettokostenprinzip	19
2.5. Marktkonformes Handeln, „arm’s length principle“ und „private investor test“	22
2.6. Beschränkung der (Finanzierungs-)Garantie auf gemeinwirtschaftliche Aufgaben	24
2.7. Anwendung des Vergaberechts auf Aufträge öffentlich-rechtlicher Sender	25
2.8. Erfahrungen mit anderen öffentlichen Unternehmen	26
3. Zwischenbilanz und Ausblick	27
3.1. Ergebnisse	27
3.2. Bewertung	28

Viola Bensinger, Karen Sokoll*

Die EU-Vorgaben für kommerzielle Aktivitäten
des öffentlich-rechtlichen Rundfunks.
Umsetzung und Konsequenzen
- Analyse und Workshopbericht -

Nach den Vorgaben der Europäischen Kommission (im Folgenden: „Kommission“) im Rahmen der Einstellung des Beihilfeverfahrens im Frühjahr 2007 müssen die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ihre „kommerziellen“ Aktivitäten künftig klar von ihren gemeinwirtschaftlichen Tätigkeiten abgrenzen und einem Marktconformitätstest unterwerfen. Mit diesem Thema befasste sich am 30. August 2007 die Expertenrunde eines Workshops im Rahmen der Medienwoche Berlin-Brandenburg. Den Einführungsvortrag hielt Andrew Baxter, Head of Commercial Policy von BBC Worldwide. Anschliessend diskutierten unter der Moderation von Dr. Viola Bensinger auf dem Panel Eva-Maria Michel, Justiziarin des WDR, Dr. Heinz Fischer-Heidlberger, Vizepräsident der Kommission zur Ermittlung des Finanzbedarfs der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten (KEF) und Präsident des Bayerischen Obersten Rechnungshofs, Dr. Manfred Kops, Geschäftsführer des Instituts für Rundfunkökonomie an der Universität zu Köln, Marc-Jan Eumann, Vorsitzender der Medienkommission beim SPD-Parteivorstand und Mitglied des Rundfunkrats des WDR, Dr. Dieter Frank, Geschäftsführer der Bavaria Film GmbH, sowie Dr. Jan Endler, Partner der Sozietät Linklaters für Vergabe- und Beihilferecht. Die Expertenrunde wollte herausarbeiten, welche konkreten Veränderungen sich für die Rundfunkanstalten und andere Marktteilnehmer aus der Umsetzung der Vorgaben der Kommission (und gegebenenfalls aus der Anwendung des Vergaberechts) ergeben werden. Dabei wurde auch die Frage gestellt, inwieweit Erfahrungen anderer mit gemeinwirtschaftlichen Aufgaben betrauter Unternehmen für den Umsetzungsprozess fruchtbar gemacht werden können. Im Ergebnis wurden Chancen, aber auch Grenzen des EU-rechtlichen Ansatzes deutlich.

Das vorliegende Papier gibt einen Überblick über die Vorgaben der Kommission, berichtet über den Stand der anstehenden Umsetzung und zeigt Probleme auf, die sich bei der Konkretisierung ergeben, sowie Lösungsansätze, die die Experten im Rahmen des Workshops präsentierten.

* Dr. Viola Bensinger und Karen Sokoll sind Rechtsanwältinnen im Berliner Büro der internationalen Sozietät Linklaters LLP.



1. Einleitung

1.1. Ausgangslage

1.1.1. Beihilferechtliches Vertragsverletzungsverfahren

Im Frühjahr 2007 stellte die Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland aufgrund verschiedener, seit 2002 anhängiger Beschwerden wegen möglicher Verstöße gegen das Beihilfeverbot gemäß Art. 87 EG durch Teilaspekte der Gebührenfinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks ein.¹ Damit konnte die streitige Frage offen bleiben, ob es sich bei der deutschen Rundfunkgebühr um eine staatliche Beihilfe im Sinne des Art. 87 EG handelt. Im Ergebnis legt aber die Kommission, die in ihrer mittlerweile umfangreichen Entscheidungspraxis Rundfunkgebühren stets als staatliche Beihilfen behandelt, bei ihrer Prüfung exakt die Kriterien an, die für die Vereinbarkeit einer Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt im Sinne von Art. 86 Abs. 2 EG in Verbindung mit der Rundfunkmitteilung² der Kommission gelten.

Grundlage für die Verfahrenseinstellung waren bestimmte Zusagen der Bundesrepublik Deutschland, deren Umsetzung allerdings den Bundesländern als Rundfunkgesetzgebern obliegt. Die Kommission geht davon aus, dass bei Einhaltung dieser Zusagen die Rundfunkgebühr als Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist.³ Sie verlangt hierzu zum einen Maßnahmen zur Konkretisierung des Auftrags für digitale Zusatzkanäle und neue Online-Angebote sowie der Regeln für die Sublizenzierung von Sportrechten. Zum anderen fordert sie aber auch Vorkehrungen hinsichtlich „kommerzieller Tätigkeiten“ der Rundfunkanstalten, die sie vor allem der für öffentliche Unternehmen geltenden Transparenzrichtlinie⁴ entnimmt. Die Zusagen sind bis April 2009 umzusetzen. Bei aus Sicht der Kommission unzureichender Umsetzung würde diese das Verfahren wieder aufnehmen; dann könnten die Auflagen auch verschärft werden.

¹ Vgl. Mitteilung der Kommission an die Bundesregierung vom 24. April 2007 über die Einstellung des Beihilfeverfahrens, Az.: 24. 04. 2007, K (2007) 1761 endg., Staatliche Beihilfe E 3/2007, abrufbar unter http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2005/e003-05.pdf

² Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über Staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk (2001/C 320/04), ABl EG vom 15. 11. 2001, C 320/5.

³ EU-Bescheid, Rz. 397.

⁴ Richtlinie der Kommission vom 16. November 2006 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen, 2006/111/EG („Transparenzrichtlinie“), Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 17.11.2006, L 318/17, abrufbar unter http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/de/oj/2006/l_318/l_31820061117de00170025.pdf.

1.1.2. EuGH-Verfahren zum Vergaberecht

Unabhängig von dem beihilferechtlichen Verfahren sind zudem zwei Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) zu der Frage anhängig, ob auf Aufträge, die Rundfunkanstalten und ihre Tochterunternehmen vergeben, das öffentliche Vergaberecht Anwendung findet. Das ist dann der Fall, wenn es sich bei den Rundfunkanstalten um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne der Vergaberichtlinie handelt.⁵ Abweichend vom Verständnis in anderen Mitgliedstaaten der EU wird dies von den deutschen Rundfunkanstalten und dem deutschen Gesetzgeber bislang verneint. Daher hat der deutsche Gesetzgeber auch die Möglichkeit einer Ausnahmeregelung gemäß der europäischen Vergaberichtlinie für programmbezogene Aktivitäten öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten⁶ nicht vollständig wahrgenommen.

Mit einer Entscheidung des EuGH im ersten der beiden Verfahren kann für Anfang 2008 gerechnet werden. Insbesondere nach dem kürzlich veröffentlichten Schlussantrag des Generalanwalts kann es als sehr wahrscheinlich gelten, dass der EuGH die Qualifizierung der Rundfunkanstalten als öffentliche Unternehmen bejahen wird und demnach Werk- und Lieferverträge von Rundfunkanstalten künftig ausschreibungspflichtig sein werden.⁷

1.1.3. Gebührenurteil des Bundesverfassungsgerichts

Von mittelbarer Bedeutung für die Umsetzung der EU-Vorgaben ist schließlich das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 11. September 2007, mit dem es die Verfassungswidrigkeit der letzten Gebührensatzung durch die Länder, in Abänderung der entsprechenden KEF-Empfehlung, feststellte.⁸ Die Urteilsbegründung bleibt auf der Linie der bereits bislang geltenden höchstrichterli-

⁵ Art. 1 Abs. 9 der Richtlinie 2004/18/EG vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge („Vergaberichtlinie“). Dazu Vorlagebeschluss des OLG Düsseldorf vom 21. Juli 2006 (VII-Verg 13/06, Verg 13/06), NZBau 2006, S. 731 ff. und Vertragsverletzungsverfahren der Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland, Pressemitteilung IP/07/356.

⁶ Die Bereichsausnahme bezieht sich auf „Kauf, Entwicklung und Produktion von Programmen zur Ausstrahlung durch Rundfunk- und Fernsehanstalten sowie die Ausstrahlung von Sendungen“, vgl. Art. 16 b Vergaberichtlinie. Demgegenüber sieht § 100 Abs. 2 lit. j) GWB eine Ausnahme von der Anwendung des Vergaberechts lediglich für Arbeitsverträge und Aufträge über die Ausstrahlung von Sendungen vor.

⁷ Vgl. Schlussanträge des Generalanwalts Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer vom 6. Sept. 2007, Rechtssache C-307/06, abrufbar unter: eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uwi=CELEX:62006C0337:DE:HT. Nach geltendem deutschem Recht – da der Bund es unterlassen hat, die Bereichsausnahme für den programmbezogenen Bereich umzusetzen – würde dies vor einer entsprechenden Gesetzesanpassung auch für den programmbezogenen Bereich gelten.

⁸ Bundesverfassungsgericht, 1 BvR 2270/05, 1 BvR 809/06 und 1 BvR 830/06, Urteil vom 11. 9. 2007, abrufbar unter: www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen.



chen Auslegung der Rundfunkfreiheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 2, 2. alt. Grundgesetz. Insbesondere hält das Bundesverfassungsgericht daran fest, dass die Programmautonomie der Rundfunkanstalten als unantastbarer Kern ihrer Rundfunkfreiheit den Gesetzgeber daran hindert, ihnen im Einzelnen die Art und Weise vorzugeben, wie der Auftrag zu erfüllen ist.⁹ Demgegenüber forderte die Kommission in ihrem Einstellungsbeschluss zum Beihilfeverfahren (entsprechend ihrer ständigen Spruchpraxis zu Art. 86 Abs. 2 EG und der Rundfunkmitteilung) die klare Abgrenzung der Auftragserfüllung als gemeinwirtschaftlicher Tätigkeit von kommerziellen Tätigkeiten und zu diesem Zweck zuallererst eine möglichst klare Auftragsdefinition durch den Mitgliedstaat. Hierauf geht die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nicht ein. Jedoch macht das Gericht an anderer Stelle deutlich, dass der Gesetzgeber sehr wohl die Aufgabe und den medienpolitischen Spielraum hat, den Auftrag der Rundfunkanstalten gesetzlich näher auszugestalten.¹⁰ Diese Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts zum Funktionsauftrag haben insofern mittelbar Bedeutung für den Bereich kommerzieller Tätigkeiten, als die Auftragsbestimmung zumindest nach der Vorstellung der Kommission zugleich „spiegelbildlich“ den kommerziellen Bereich abgrenzt: Kommerzielle Aktivitäten sind all jene, die nicht der Erfüllung des Funktionsauftrags dienen.

1.2. Die Auflagen der Kommission

Im Einzelnen fordert die Kommission in ihrem Schreiben an die Bundesregierung vom 24. April 2007 über die Einstellung des Beihilfeverfahrens (nachfolgend verkürzt als „EU-Bescheid“ bezeichnet) die folgenden zweckdienlichen Maßnahmen,¹¹ die von der Bundesrepublik Deutschland umzusetzen sind:

- A. Klare *Unterscheidung* zwischen „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ („gemeinwirtschaftlichen Aufgaben“) und „*rein kommerziellen Tätigkeiten*“.
- B. Einführung *getrennter Rechnungskreise und Buchführung* für kommerzielle Tätigkeiten einerseits, gemeinwirtschaftliche Aufgaben andererseits, nach Maßgabe der Transparenzrichtlinie.
- C. *Beschränkung* der Gebührenfinanzierung *auf Nettokosten* des öffentlich-rechtlichen Auftrags.
- D. *Beschränkung der staatlichen Finanzierungsgarantie* auf die gemeinwirtschaftlichen Aufgaben.
- E. *Marktkonformität* („Handeln unter Marktbedingungen“) als gesetzliches Erfordernis für alle Beziehungen der Rundfunkanstalten gegenüber Dritten und gegenüber ihren Tochtergesellschaften.

⁹ Bundesverfassungsgericht, a. a. O., Rz. 124.

¹⁰ Bundesverfassungsgericht, a. a. O., Rz. 115 und 125.

¹¹ EU-Bescheid (s. o., Fn. 1), Rz. 308 ff.

- F. Erlass von *Rechtsvorschriften* zur Umsetzung der o. g. Maßnahmen.
- G. Einführung von geeigneten und eindeutigen *Kontrollmaßnahmen* sowie Regelungen zum Verfahren mit *Einnahmeüberschüssen* am Jahresende.

Hierbei ist insgesamt zu berücksichtigen, dass die Ausführungen der Kommission in den dem Maßnahmenkatalog vorangehenden Abschnitten des EU-Bescheids zum Teil detaillierter und zum Teil weitreichender sind. In Bezug auf einige Maßnahmen wird man diese übrigen Ausführungen als den Maßnahmenkatalog konkretisierend ansehen müssen. In einigen Fällen kann aber die berechnete Frage gestellt werden, ob nicht tatsächlich nur der Maßnahmenkatalog den für die Umsetzung relevanten Maßstab bietet.

1.3. Die anstehende Umsetzung im deutschen Rundfunkrecht

Der EU-Bescheid nimmt ausdrücklich Bezug auf die zuvor gegebenen einzelnen Zusagen der Bundesregierung.¹² Bezüglich der hier relevanten, von der Kommission geforderten Maßnahmen (A. – G., oben) hält die Kommission diese Zusagen weitgehend für ausreichend. Das erscheint überraschend, da zum Teil die Forderungen der Kommission über das von der Bundesregierung Angebotene hinausgehen. Hierbei ist aber wohl zu berücksichtigen, dass die von der Bundesregierung vorgeschlagenen Schritte zum Teil recht unpräzise sind und einer weitergehenden Konkretisierung bedürfen. Außerdem hat die Bundesregierung diese Zusagen im Dezember 2006 vorgelegt, also vor der Mitteilung der Kommission, mit der gemäß Art. 19 Abs. 1 der Verfahrensordnung¹³ die Zusagen verbindlich festgestellt wurden (aber nach Erhalt des informatorischen Schreibens der Kommission nach Art. 17 Abs. 2 Verfahrensordnung am 3. März 2005). Die Kommission dürfte deshalb davon ausgehen, dass die weitere Konkretisierung und Umsetzung der Zusagen im Lichte und in Verfolgung der von der Kommission im EU-Bescheid dargelegten Forderungen und Zielsetzungen erfolgen wird.

1.3.1. Zeitplan

Die Länder planen, die neuen Vorgaben noch nicht im derzeit verhandelten 10. Rundfunkänderungsstaatsvertrag umzusetzen, der voraussichtlich im August 2008 in Kraft treten wird, sondern erst mit dem nächsten, dem 11. Rundfunkänderungsstaatsvertrag, der dann frühestens ab 2009 gelten wird.

¹² Vgl. im Einzelnen: Mitteilung der Bundesregierung vom 28. Dezember 2006 – Staatliche Beihilfen E3/2005 (ex CP232/2002, 2/2003, 43/2003, 195/2004, 234/2004) Anpassung des Finanzierungssystems des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Deutschland - Zusammenfassung der vorgeschlagenen Maßnahmen, abgedruckt in: Funk-Korrespondenz 6/2007, S. 28 ff ; EU-Bescheid, Rz. 327 ff.

¹³ Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates vom 22. März 1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 [jetzt: Art. 88] des EG-Vertrags, ABI EG vom 27.03.1999, L 83/1.



1.3.2. Ausgestaltung

Die Kommission mahnt möglichst konkrete („klare“) Regelungen zur Umsetzung der Vorgaben an. Hingegen scheinen die Länder der Auffassung zuzuneigen, wegen ihrer Rundfunkfreiheit müsse den Anstalten selbst ein möglichst weiter Umsetzungsspielraum verbleiben. Sie scheinen daher zu beabsichtigen, die Ausgestaltung der EU-Vorgaben im Detail Satzungen oder Selbstverpflichtungen der Rundfunkanstalten zu überlassen.¹⁴ Ob die Kommission dies akzeptiert, wird sicherlich auch davon abhängen, wie zufriedenstellend aus ihrer Sicht die Satzungen und Selbstverpflichtungen letztlich ausgestaltet sein und in ihrer Umsetzung kontrolliert werden. Vorbild könnten insofern die Selbstverpflichtungen der BBC in Form verschiedener „Guidelines“ sein, die von der Kommission als ausreichend anerkannt wurden.¹⁵

Zum Beispiel ist hier die Definition des zentralen Begriffs „*kommerzielle Aktivitäten*“ zu nennen. Er wird in den Vorgaben der Kommission nicht definiert – ebenso wenig wie der Gegenbegriff der gemeinwirtschaftlichen, auftragsbezogenen Aktivitäten. Stattdessen werden in nicht abschließender Form bestimmte Bereiche kommerzieller Aktivitäten aufgezählt.¹⁶ Auch der deutsche Gesetzgeber hat angekündigt, lediglich eine solche beispielhafte Aufzählung in den Rundfunkstaatsvertrag aufnehmen zu wollen.¹⁷ In diesem Fall liegt die eigentliche Aufgabe, diese beiden Bereiche sauber zu trennen, bei den Rundfunkanstalten selbst und ihren Kontrollinstanzen, d. h. in erster Linie den jeweiligen anstaltsinternen Kontrollgremien (Verwaltungs- und Rundfunkräten bzw. Fernsehrat) sowie der KEF. Ähnliches gilt für die Bestimmung marktgerechter Bedingungen für

¹⁴ Vgl. Mitteilung der Bundesregierung vom 28. Dezember 2006 (s. o. Fn. 12), insbesondere Einleitung, Ziff. 2.1, und die Dokumentation: „Konzepte rechtsaufsichtlich geprüft“, ARD/ZDF-Verfahren: Eckpunkte-Papier der Bundesländer und der EU-Kommission“, in: epd medien Nr. 78/79 vom 07. 10. 2006, S. 26 ff., insbesondere 3.1.

¹⁵ Vor allem die „Fair Trading Guidelines“, abrufbar unter http://www.bbc.co.uk/info/policies/commercial_guides/pdf/fairtrading_guidelines_0707.pdf; vgl. dazu Statement of Policy on Fair Trading des BBC Trust, abrufbar unter: http://www.bbc.co.uk/bbctrust/assets/files/pdf/regulatory_framework/fair_trading/policy.pdf. Siehe dazu: European Commission State aid No. N 37/2003 – United Kingdom “BBC Digital Curriculum”, insbesondere Rz. 41, 53 ff.: Die Kommission hat in dieser Entscheidung die konkrete Ausgestaltung der Public-Service-Aufgaben und ihre Abgrenzung von den kommerziellen Tätigkeiten durch Selbstverpflichtungen der BBC als hinreichend klare Auftragsdefinition und hinreichend konkrete Beauftragung akzeptiert, mit dem besonderen Hinweis darauf, dass diese Selbstverpflichtungen und ihre Einhaltung ihrerseits der externen Kontrolle unterliegen.

¹⁶ Dies sind E-Commerce, Werbung, Sponsoring; Merchandising, Programmverwertung, Vermietung von Senderstandorten sowie Pay TV und Pay-Per-View, EU-Bescheid vom 24. 04. 2007, Rz. 64, 66 und 239. Die Zusage der Bundesregierung nennen demgegenüber zusätzlich die Filmproduktion, EU-Bescheid vom 24. 04. 2007, Rz. 239.

¹⁷ Mitteilung der Bundesregierung vom 28. 12. 2006 (s. o. Fn. 12), Ziff. 2.2.1.

kommerzielle Aktivitäten und die konkrete Ausgestaltung eines effizienten Beteiligungsmanagements.¹⁸

Ein weiteres Beispiel stellt der künftige Drei-Stufen-Test (auch als Public-Value-Test bezeichnet) dar. Hier hat der Gesetzgeber für digitale Angebote deutlich gemacht, dass er von ARD und ZDF bereits im Vorfeld der Implementierung erwartet, die künftigen Vorgaben einzuhalten. Dies haben die Rundfunkanstalten auch zugesagt.¹⁹ Im Hinblick auf den vorliegend behandelten Themenkreis sind die Landesgesetzgeber jedoch wesentlich zurückhaltender. Man könnte fast vermuten, die Ländervertreter seien hier selbst noch unsicher oder uneinig, welche weitreichenden Folgen mit den neuen Anforderungen verbunden sind.

Die Rundfunkanstalten haben sich bereits im Rahmen einer internen Arbeitsgruppe über möglichen Handlungs- und Optimierungsbedarf, z. B. zu organisatorischen Unterschieden in den verschiedenen Häusern, einen Überblick verschafft und erste Lösungsansätze entwickelt. Die Rundfunkanstalten sehen sich aber nicht in der Position, mit Vorschlägen für Selbstverpflichtungen in Vorlage zu gehen. Vielmehr kündigte Eva-Maria Michel auf dem Expertenpanel an, die ARD werde nun zunächst die Änderungsvorschläge des Gesetzgebers abwarten.

Die Kommission hat deutlich gemacht, dass ihre Beurteilung der Frage, ob die Verpflichtungen auch hinreichend umgesetzt wurden, wesentlich davon abhängen wird, ob einheitliche Regelungen gefunden und praktiziert werden. Falls den Rundfunkanstalten tatsächlich eine große Mitverantwortung für diesen Umsetzungsprozess zugewiesen wird, wird dies eine enge Zusammenarbeit aller ARD-Anstalten miteinander und möglicherweise mit dem ZDF erfordern. Gleiches gilt für die jeweiligen anstaltsinternen Kontrollgremien. Aufgrund der verschiedenen Funktionen erscheint eine Kooperation bei der Entwicklung der konkreten Vorgaben zwischen den Rundfunkanstalten und der KEF dagegen nicht praktikabel.

¹⁸ Vgl. Mitteilung der Bundesregierung (s. o. Fn. 12), Ziff. 2.2.2 (zu Marktkonformität und Fremdvergleich) und die Dokumentation: „Konzepte rechtsaufsichtlich geprüft“, ARD/ZDF-Verfahren: Eckpunkte-Papier der Bundesländer und der Kommission“, in: epd medien Nr. 78/79 vom 07. 10. 2006, S. 26 ff., insbesondere 3.1.

¹⁹ Diskussionen gab es insofern zu der Frage, ob zwischenzeitliche Positionierungen von ARD und ZDF und die Einführung von Neuerungen wie der Audio- und Videoportale ZDF-Mediathek und ARD Mediathek der Vereinbarung zuwiderlaufen, die künftigen Vorgaben schon im Vorfeld zu beachten.



2. Problemfelder und Lösungsansätze

Bei näherer Analyse wirft das Schreiben der Kommission viele Zweifelsfragen im Detail auf. Fast drängt sich die Frage auf, ob die Kommission sich überhaupt im Klaren darüber ist, was genau sie vom deutschen Gesetzgeber erwartet.

Auslegungsfragen beginnen bei der Weichenstellung, welche Aktivitäten denn als „kommerziell“ anzusehen sind, in Abgrenzung zu den gemeinwirtschaftlichen Tätigkeiten (dazu sogleich 2.1.), und wie erstere von letzteren im Einzelnen getrennt werden müssen (siehe 2.2.). Viele Einzelfragen stellen sich ferner zur Organisation des Beteiligungsmanagements (2.3.). Weitere Stichworte sind: Nettokostenprinzip (2.4.), Marktkonformes Handeln, „arm’s length principle“ und private investor test (2.5.) sowie die Beschränkung der (Finanzierungs-)Garantie auf gemeinwirtschaftliche Aufgaben (2.6.). Perspektivisch wird voraussichtlich auch die Anwendung des Vergaberechts auf Aufträge öffentlich-rechtlicher Sender neue Anforderungen an die Rundfunkanstalten stellen (2.7.).

2.1. Abgrenzung kommerzielle/gemeinwirtschaftliche Aktivitäten

2.1.1. Dieses Begriffspaar stammt aus dem Beihilferecht und ist dem deutschen Rundfunkrecht wesensfremd.

Die Unterscheidung dient primär dazu, die Finanzierung der jeweiligen Tätigkeiten klar zuordnen zu können.²⁰ Hintergrund ist das Anliegen des Beihilferechts und der dahinter stehenden europäischen Binnenmarkt-Grundfreiheiten, den freien Wettbewerb erwerbswirtschaftlicher Aktivitäten von EU-Bürgern und Unternehmen gegen Wettbewerbsverzerrungen durch staatliche Eingriffe und durch die Beteiligung des Staates am Wirtschaftsleben zu schützen.²¹ Staatliche (oder vom Staat mit einer Gemeinwohlaufgabe betraute) Unternehmen sind nach diesem Ansatz durchaus berechtigt, auch erwerbswirtschaftlichen, auf Gewinnerzielung abzielenden Tätigkeiten nachzugehen.²² Es muss jedoch zum Schutz des freien Wettbewerbs verhindert werden, dass sie (oder mit ihrer Hilfe einzelne dritte Unternehmen) dabei direkt oder indirekt von Vorteilen aus staatlichen Mitteln profitieren und dadurch Wettbewerbsnachteile für private Wettbewerber oder sonstige Verfälschungen des Wettbewerbs entstehen.

Daneben steht das Begriffspaar des deutschen Rundfunkrechts: Aktivitäten, die der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Rundfunkauftrags dienen und solche, die dies nicht tun. Hier geht es nicht – oder nicht nur – um die Frage der Finanzierung, sondern um die Zulässigkeit überhaupt: Erstere sind den Rundfunkanstalten erlaubt, letztere nicht. Dazwischen gibt es allerdings die „Grauzone“ der Aktivitäten, die sowohl der Auftragserfüllung als auch anderen Zwecken dienen.

²⁰ Vgl. Präambel, Ziff. 16 der Transparenzrichtlinie.

²¹ Vgl. Art. 43 Abs. 2, 44 Abs. 2 a), 48 Abs. 2, und 87 Abs. 1 EG.

²² Das entspricht dem von den EU-Organen anerkannten Grundsatz der Neutralität der Eigentumsordnung.

Diese sind, vereinfacht gesprochen, dann zulässig (und im Sinne der Gebührenzahler häufig durchaus wünschenswert), wenn der primäre und Hauptzweck einer Tätigkeit die Erfüllung des Programmauftrags ist (sog. „Annexität“) oder dadurch vorhandene freie Ressourcen sinnvoll genutzt werden (sog. „Randnutzung“).²³

So ist es zwar EU-beihilferechtlich irrelevant, ob eine Rundfunkanstalt oder ihr Tochterunternehmen kommerziellen Aktivitäten nachgeht, die noch im Rahmen des Funktionsauftrags liegen, oder solchen, die nicht mehr davon erfasst werden – solange nur gewährleistet ist, dass die Finanzierung nicht aus Gebühren erfolgt.²⁴ Rundfunkrechtlich ist diese Unterscheidung dagegen entscheidend. Grundsätzlich setzt sie sich auch auf der Ebene der Töchter fort: Auch durch seine Beteiligungsgesellschaften darf eine öffentlich-rechtliche Sendeanstalt nur solchen Aktivitäten nachgehen, die vom Rundfunkauftrag gedeckt sind. So sehen es verschiedene Vorschriften für einzelne Rundfunkanstalten ausdrücklich vor,²⁵ und so deutet es generell die juristische Kommentarliteratur.²⁶ In der Praxis gehen einige der Töchter jedoch auch Tätigkeiten nach, die man nach den genannten rundfunkrechtlichen Abgrenzungskriterien als „rein“ kommerziell einordnen müsste (Kinofilmproduktion, Auftragsproduktionen für Dritte, Werbezeitenvermarktung für private Radiosender, Lizenzrechteverkauf für Dritte).

2.1.2. Von der Kommission wird der Begriff „kommerzielle Aktivitäten“ im Hinblick auf das Tätigkeitsspektrum von Rundfunkanstalten nicht definiert, sondern nur negativ abgegrenzt gegenüber gemeinwirtschaftlichen Aktivitäten. Es werden (nicht abschließende) Beispiele genannt, wie z. B. Werbezeitenvermarktung, Merchandising, Programmverwertung und Vermietung von Sendestandorten.

²³ Vgl. dazu Libertus in: Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht 2003, § 12 Rn. 72 ff.; Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, Rundfunkstaatsvertrag, Kommentar, § 13 Rn. 16 ff. Zur Abgrenzung im Einzelnen ist vieles streitig, vgl. etwa die nachstehende Fußnote.

²⁴ Vgl. etwa Schreiben der Kommission vom 03. 04. 2002 C (2002)932 fin. Staatliche Beihilfe NN 2/2002 – Deutschland – ZDF Mediapark in Mainz Lerchenberg: Die geplante Investition des ZDF in einen Freizeitpark mit inhaltlichen Bezügen zum ZDF-Programm wurde von der Kommission beihilferechtlich als unbedenklich angesehen, weil dargelegt wurde, dass das ZDF keine Gebührengelder investierte und auch nicht mittelbar dritten Unternehmen Vorteile zuwendete, weil die Vertragsbeziehungen zum Pächter bzw. Betreiber des Freizeitparks nach marktgerechten Bedingungen ausgestaltet waren; das ZDF werde demnach nur wie ein Privatinvestor tätig. Nach rundfunkrechtlichen/wettbewerbsrechtlichen Grundsätzen wurde die geplante Investition dagegen deshalb für zulässig befunden, weil das ZDF zum Zweck der Eigenwerbung tätig werde und damit nach Auffassung des Gerichts überwiegend die Erfüllung seines (Programm-)auftrags verfolgte.

²⁵ Vgl. z. B. § 36 SWR-Staatsvertrag.

²⁶ Vgl. Fn. 23.



2.1.3. Nicht eindeutig zuordnen lässt sich z. B. die Ermittlung von Einschaltquoten, die sowohl dem Nachweis der Auftragserfüllung als auch der Ermittlung von Werbepreisen dient. Ähnlich lässt sich die Produktion nicht pauschal als kommerzielle Tätigkeit einordnen. Produziert eine Rundfunkanstalt selbst Inhalte für ihr Programm, gehört dies vielmehr zum Kernbereich ihres Funktionsauftrags und ist demnach eindeutig eine gemeinwirtschaftliche, keine kommerzielle Tätigkeit. Dasselbe gilt, wenn sie die Produktion in Auftrag gibt oder ein von Dritten produziertes Programm (z. B. eine US-Serie) einkauft. Beauftragt die Anstalt mit der Produktion ihr eigenes Tochterunternehmen, so ist die Beauftragung demnach keine kommerzielle Tätigkeit und die Finanzierung des Programms erfolgt zulässigerweise aus Gebühren. Ähnlich kann auch der Programmeinkauf für die eigenen Programme wohl kaum deshalb als kommerzielle Tätigkeit gewertet werden, weil er nicht vom Sender selbst getätigt wird, sondern durch ein Tochterunternehmen. Auch der Programmaustausch innerhalb der ARD oder auch mit dem ZDF dürfte kaum als kommerzielle Tätigkeit anzusehen sein.

Wird ein Beitrag produziert, der nicht nur im öffentlich-rechtlichen Programm selbst ausgestrahlt, sondern auch an Dritte (z. B. ins Ausland) verkauft wird, so ist dies zum Teil als gemeinwirtschaftliche, zum Teil als kommerzielle Tätigkeit anzusehen. Die Produktionskosten dürften folglich nur anteilig aus dem Gebührenaufkommen bestritten und müssten im Übrigen kommerziell verdient werden. Dass dieser Ansatz schwer umzusetzen ist, hat die Kommission in der Rundfunkmitteilung selbst erkannt. Sie schlägt als pragmatischen Lösungsansatz vor, solche Produktionen insgesamt als gemeinwirtschaftliche Aktivitäten zu behandeln und der Problematik durch den unten dargestellten Nettokostenansatz Rechnung zu tragen.²⁷

2.2. Trennung der kommerziellen von gemeinwirtschaftlichen Aktivitäten

2.2.1. Die Kommission verlangt, kommerzielle von gemeinwirtschaftlichen Aktivitäten durch getrennte Buchführung und Kostenzuordnung zu separieren. Hierbei sind die Grundsätze der Transparenzrichtlinie zu beachten. Im Einzelnen sind jeweils getrennte Konten zu führen für die Geschäftsbereiche, die der Auftragserfüllung oder aber anderen Tätigkeiten zuzuordnen sind. Alle Kosten und Erlöse sind aufgrund einheitlich angewandter und objektiv gerechtfertigter Kostenrechnungsgrundsätze zuzuordnen und diese Grundsätze eindeutig zu bestimmen.²⁸ Die zwingende Ausgliederung aller kommerziellen Tätigkeiten in Tochtergesellschaften und Rückverlagerung aller nicht-kommerziellen Tätigkeiten in die Anstalten bedeutet das nicht.

²⁷ Rundfunkmitteilung, Rz. 53, 56.

²⁸ EU-Bescheid, Rz. 343; Rundfunkmitteilung, Rz. 51.

2.2.2. Genau das hat die Bundesregierung aber vorgeschlagen.²⁹ Ob das in jedem Einzelfall sinnvoll ist, erscheint gerade in der beschriebenen „Grauzone“ der Programmproduktion zweifelhaft. In dieser Konsequenz würde der Ansatz etwa dazu führen, dass nur noch die Anstalten selbst die Programme für den Eigenbedarf produzieren dürften. Denn wie oben beschrieben wird eine an sich gemeinwirtschaftliche Tätigkeit nicht dadurch kommerziell, dass sie von einer Tochtergesellschaft im Auftrag des Senders ausgeführt wird.

2.2.3. Da das kaum richtig sein kann, ist es vielmehr geboten, jeweils für jeden konkreten Vorgang (etwa eine Filmproduktion, die sowohl für das eigene Programm als auch zur Zweitverwertung bei anderen Veranstaltern Verwendung findet) zu unterscheiden zwischen den gemeinschaftlichen Aspekten (Deckung des eigenen Programmbedarfs) und den kommerziellen Aspekten (Weiterverwertung vorhandener Programme gegenüber Dritten Nutzung freier Ressourcen für Produktionen, die ausschließlich für dritte Veranstalter bestimmt sind, etc.).

Bei konsequenter Durchführung dieses Ansatzes ist es denkbar, dass mehr mögliche kommerzielle Aktivitäten „entdeckt“ werden, durch die mehr Einnahmen generiert werden können, die das Gebührenaufkommen entlasten. Die jüngste Entwicklung von BBC Worldwide deutet eindrucksvoll hierauf hin. Ein denkbarer Bereich für neue Verwertungsaktivitäten wäre zum Beispiel die Weiterverwertung des in den Archiven „schlummernden“ Programmvermögens (über das nun in den kostenlosen Mediathek-Angeboten gewählte siebentägige „Catch-Up“-Fenster hinaus). Allerdings wären hier insbesondere auch die nicht unerheblichen Aufbereitungskosten sowie urheberrechtliche Schranken zu berücksichtigen.

2.2.4. Nicht in allen Bereichen (Personal, Betriebsmittel, Rechtebestand) muss es zu einer stringenten (gesellschaftsrechtlichen) Entflechtung kommen. Vielmehr kann es im Interesse der Minimierung des erforderlichen Gebührenaufwands sogar geboten sein, vorhandene Ressourcen sowohl für die Auftragserfüllung als auch für kommerzielle Zwecke zu nutzen. Letzteres erscheint durch das Nettokostenprinzip sogar geboten.

Darauf scheint man sich mittlerweile auch zwischen den Ländern und den Rundfunkanstalten zu verständigen. Es muss aber durch getrennte Rechnungskreise und Buchführung gewährleistet sein, dass kommerzielle Aktivitäten nicht quer-subventioniert werden. Die Umsetzung ist jedoch, wie der Vergleich mit anderen Bereichen der öffentlichen Daseinsvorsorge zeigt, nicht einfach.

Hier mag ein Blick nach Großbritannien lehrreich sein. Hier wurden infolge einer Reform im Jahr 2004 („Commercial Review“) im Zusammenhang mit dem letzten „License Agreement“ mit der britischen Regierung die Ausrichtung der kommerziellen BBC-Tochtergesellschaft BBC Worldwide, Inc. und die Vorgaben für

²⁹ Das hieße beispielsweise, dass künftig die Werbezeitenvermarktung durch das ZDF oder umgekehrt die Produktion von ARD-Vorabendprogramm durch die sog. „Werbetöchter“, z. B. die WDR mediagroup GmbH, nicht mehr zulässig wäre.



ihre Geschäftstätigkeit umfassend geregelt. BBC Worldwide unterwirft sich insbesondere vier Maximen: nicht entgegen dem Auftrag der BBC zu handeln; wirtschaftlich effizient zu sein, d. h. eine angemessene Rendite zu erwirtschaften; dem Ruf und der Marke der BBC nicht zu schaden und bestimmte Regeln für faire Geschäftsbeziehungen („Fair Trading Rules“) einzuhalten. Letztere schreiben unter anderem die klare Abgrenzung auftragsbezogener von kommerziellen Aktivitäten und die Nutzung von BBC-Ressourcen durch BBC Worldwide zu Marktbedingungen vor.³⁰ Ein komplexes Verfahren der (Selbst-)Kontrolle durch verschiedene Kommissionen, regelmäßige Audits und (bei großen Projekten) die Überprüfung durch das oberste Aufsichtsgremium BBC Trust soll die Einhaltung dieser Grundsätze gewährleisten.³¹

Andrew Baxter beschrieb in seinem Einführungsvortrag eindrucksvoll das Selbstverständnis von BBC Worldwide als „commercial player“ und den wachsenden Umfang ihrer geschäftlichen Aktivitäten (z. B. als größter europäischer Fernsehprogrammrechthändler, bei der weltweiten Vermarktung zahlreicher, zum Teil gebührenpflichtiger Themenkanäle, als Herausgeber von Zeitschriften, als Betreiber einer Online-Plattform speziell auch für ausländische Nutzer, demnächst wohl auch bei der kommerziellen Vermarktung des BBC iplayer).³² Dabei vertrat Andrew Baxter die Ansicht, dass die aufwändigen (Selbst-)Kontrollmechanismen effizient gewährleisten, dass die Grundsätze fairen Handels eingehalten werden. Ein besonders großer Prüfungsaufwand sei erforderlich, um die Beziehungen zur BBC rechtlich konform zu gestalten und z. B. nicht nur direkte, sondern auch indirekte Quersubventionen durch die Nutzung von BBC-Ressourcen auszuschließen. Dies führe zu dem nicht unbedingt gewollten Anreiz, dass BBC Worldwide Geschäfte mit der BBC zugunsten von weniger komplizierten Geschäften mit dritten Partnern tendenziell vermeide. Auch sei BBC Worldwide im Verhältnis zur BBC bestrebt, Geschäftsfelder, die das Potenzial für eine lukrative Vermarktung haben, lieber selbst zu übernehmen, als sie dem nicht gewinnorientierten Mutterhaus zu überlassen.

³⁰ Vgl. Fair Trading Guidelines (s. o. Fn. 15), Key Principles (Ziff. 21, 22, 26, 29) und Statement of Policy des BBC Trust (siehe ebd.), „Definitions“. „*Commercial Activity*“ wird dort definiert als: „the services which are provided, or other activities which are undertaken, by the BBC’s Commercial Subsidiaries not primarily (or at all) in order to promote the Public Purposes, but with a view to generating profit.“ Davon unterschieden werden sog. „*Commercial Trading Activities*“: „those Activities carried out by the BBC in order to promote the Public Purposes but which may also generate a profit as listed in section 101 (2) of the Agreement.“

³¹ Vgl. dazu im Einzelnen die Fair Trading Guidelines (s. o. Fn. 15), Ziff. 37 ff.

³² Bei einem Vergleich mit den britischen Verhältnissen ist allerdings auch zu berücksichtigen, dass auch der Auftrag der BBC deutlich weiter gefasst ist als der Funktionsauftrag der deutschen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten.

2.3. Beteiligungsmanagement und -kontrolle

2.3.1. Die Bundesregierung hat sich namens der Länder verpflichtet, für alle Rundfunkanstalten eine Vorschrift analog § 36 SWR-Staatsvertrag einzuführen (die es allerdings für die meisten Rundfunkanstalten so oder ähnlich bereits gibt). Demnach ist die Gründung von oder Beteiligung an Unternehmen mit wirtschaftlichem Zweck grundsätzlich nur zulässig, wenn dies zu den gesetzlichen Aufgaben der Rundfunkanstalt gehört, das Unternehmen die Rechtsform einer juristischen Person besitzt, die Satzung des Unternehmens einen Aufsichtsrat oder ein entsprechendes Organ vorsieht und sich die Anstalt durch geeignete Abmachungen den nötigen Einfluss auf die Geschäftsleitung des Unternehmens sichert. Eine Prüfung ihrer Betätigung unter Beachtung kaufmännischer Grundsätze ist auszubedingen.

Im Gesetz, in Satzungen oder Richtlinien ist künftig zu regeln, dass eine Überwachung des Beteiligungsmanagements durch den jeweiligen Verwaltungsrat erfolgt.³³

2.3.2. Vielfältig sind die Motive, aus denen sich Rundfunkanstalten entschieden haben, manche Tätigkeiten an Tochterunternehmen abzugeben und nicht mehr selbst auszuführen. Dazu zählen Risikoabgrenzung, Motivationssteigerung, bessere Kooperation gemeinsamer Aktivitäten mehrerer Rundfunkanstalten und häufig auch steuerrechtliche Gründe. In der Praxis unterhalten die Rundfunkanstalten heute vielfältige Beteiligungen, von 100%igen oder Mehrheitsbeteiligungen hin zu Minderheitsbeteiligungen. Nicht selten finden sich Tochtergesellschaften, an denen mehrere Rundfunkanstalten beteiligt sind. Durch Beteiligungen der (unmittelbaren) Töchter entstehen komplexe Konzernstrukturen.

2.3.3. Das Beteiligungsmanagement innerhalb der Rundfunkanstalten erfolgt derzeit durch die Gesellschafterstellung sowie die Wahrnehmung von Aufsichtsfunktionen.

Die Bedeutung der internen Selbstkontrollgremien bei der Aufsicht über Beteiligungsgesellschaften wird durch die Ausweitung ihrer Aufgaben aufgrund der EU-Vorgaben erheblich gestärkt werden. Der (Arbeits-)Aufwand und die qualitativen Anforderungen an die anstaltsinterne Kontrolle werden etwa durch die nun erforderlichen jährlichen Beteiligungsberichte an die Rechnungshöfe, Landesregierungen und die KEF erheblich steigen. So ist in den Berichten im Einzelnen darzulegen, wie die Marktkonformitätsregeln und die Vorgabe angemessener Renditen eingehalten wurden. Wie in der Vergangenheit Sonderfälle, etwa die Betrugsaffären um Telefilm Saar oder TaunusFilm, gezeigt haben, sind ehrenamtliche Gremien mit beschränktem Zeitbudget tendenziell damit überfordert, etwa regelmäßig die einzelnen Positionen der Bilanzen der Tochterunternehmen nachzuvollziehen. Die künftig zu erwartenden Aufgaben werden nach Einschätzung von Marc Jan Eumann, der selbst als Mitglied des Rundfunkrats des

³³ EU-Bescheid, Rz. 345.



WDR eine Aufsichtsratsfunktion ausgeübt hat, realistischerweise nur mit Hilfe professioneller Mitarbeiter geleistet werden können. Eine deutlich verbesserte Ausstattung und intensiviertere Kooperation der Aufsichtsgremien erscheint ihm deshalb dringend erforderlich.

Als ersten Schritt in diese Richtung kann man es werten, dass die Konferenz der Gremiovorsitzenden der Rundfunk- und Verwaltungsräte der ARD nun die Arbeit der ehrenamtlichen Aufsichtsgremien anstaltsübergreifend koordiniert und dafür mittlerweile über eine Geschäftsstelle mit hauptberuflicher Geschäftsführung verfügt.

2.3.4. Neben den jährlichen Beteiligungsberichten sind die Beteiligungsgesellschaften künftig in die Prüfung durch die Rechnungshöfe und die KEF einzubeziehen (analog § 30 Abs. 3 ZDF-Staatsvertrag).³⁴ Einzelne Rundfunkanstalten, z. B. der WDR, praktizieren dies schon heute. Bislang ist nicht vorgesehen, dass die Beteiligungsberichte oder Auszüge davon auch der Öffentlichkeit zugänglich sein werden.

Die KEF hatte bereits einheitliche Verfahrensweisen und möglichst ein einheitliches System steuerungsrelevanter Kennziffern gefordert und allen Anstalten die nur zum Teil durchgeführte Konzernbetrachtung empfohlen. Mit der Zusage durchgängiger Beteiligungsprüfungen durch die Rechnungshöfe entspricht die Bundesregierung einer dieser Forderungen.

Für gemeinsame Beteiligungen, etwa mit privaten Unternehmen, bleibt es dabei, dass im Fall von Minderheitsbeteiligungen nur eine Betätigungsprüfung erfolgen wird.

2.3.5. In diesem Zusammenhang diskutierte das Panel die Frage, ob sich durch diese Mechanismen an der Bereitschaft der Anstaltsmütter zur Gebührenfinanzierung ihrer Töchter etwas ändern wird und ob die Töchter durch die neue Trennung insofern unabhängiger und damit krisensicherer werden.

Dr. Dieter Frank erwartet hier aus Sicht der Produktionstöchter keine erschwerten Bedingungen. Bereits heute genießen sie weder Preisvorteile noch Auftragsgarantien von Seiten der Anstalten, sondern seien ebenso wie Dritte von Entscheidungen der jeweiligen Programmredaktionen abhängig und es gewöhnt, Aufträge am Markt zu generieren.

2.3.6. Unklar erscheint, ob die neue Betonung des wirtschaftlichen Aspektes von Programminvestitionen bei der Überprüfung durch die Aufsichtsgremien nicht zu Lasten von deren Wächterfunktion für die Auftragserfüllung gehen könnte. So könnten ihre Forderungen nach Programmentscheidungen zugunsten von nicht am breiten Zuschauererfolg orientierten Beiträgen schwächer werden, die doch ein wichtiges Element eines vielfältigen und ausgewogenen Programms ausmachen. Das wäre umso fataler, als auch in den Rundfunkanstalten

³⁴ EU-Bescheid, Rz. 347.

selbst die Neigung gefördert werden könnte, eher in renditeträchtige Projekte – wie international vermarktbarere Programme – als in nicht weiter verwertbare Formate wie lokale Berichterstattung zu investieren. Dr. Manfred Kops bemerkte, solche Tendenzen der Vernachlässigung des gemeinwohlorientierten Kernauftrags – wie sie auch im Vortrag von Andrew Baxter zur BBC angeklungen seien – könne man auch in anderen öffentlichen Sektoren, etwa bei kommunalen Unternehmen, beobachten.

2.4. Nettokostenprinzip

2.4.1. Für die Auftragserfüllung müssen künftig nach gesetzlichen Vorgaben von der KEF die Nettokosten ermittelt werden. Nur in diesem Rahmen ist die Gebührenfinanzierung gerechtfertigt. Hierzu sind Einnahmen (Nettoerlöse) aus der gewerblichen Verwertung der im öffentlichen Auftrag stehenden Tätigkeiten abzuziehen.³⁵

2.4.2. Probleme stellen sich hier zum Beispiel bei der Zuordnung von Aufwendungen für die Produktion und den Einkauf von Programmen. Da Programme oft auch weiterverwertet werden, müssten die Erwerbskosten, wie bereits erwähnt, jedenfalls teilweise als Kosten kommerzieller Tätigkeit klassifiziert werden. Da sich das de facto aber kaum quantifizieren lässt, schlägt die Kommission in der Rundfunkmitteilung selbst vor, solche Kosten ausnahmsweise insgesamt den Kosten zur Ausführung des öffentlich-rechtlichen Auftrags zuzuordnen.³⁶ Das scheint insgesamt sachgerecht, wenn die mit der Randverwertung erzielten Nettoeinnahmen wieder abgezogen werden.

Ferner wird es in der Praxis schwierig sein, (Gemein-)Kosten für Personal, Studios und Geräte, die sowohl für kommerzielle als auch für auftragsumsetzende Tätigkeiten eingesetzt werden, entsprechend aufzuteilen. Die Kommission schlägt in der Rundfunkmitteilung vor, hier die Differenz, die für die zusätzliche Nutzung für kommerzielle Tätigkeiten anfällt, zu ermitteln.³⁷

Weiterhin sind nach den Auflagen der Kommission Defizitübertragungen oder Verlustübernahmen für kommerzielle Tätigkeiten nicht mehr zulässig. Demnach sind künftig auch Haftungsübernahmen ausgeschlossen, die sich als Rechtsfolge aufgrund von Gewinnabführungsverträgen mit gewerblichen Tochterunternehmen ergeben können.

³⁵ Vgl. dazu Rundfunkmitteilung, Rz. 57. Hintergrund ist der Ansatz der Kommission, dass auch indirekte Vorteile aus der Gebührenfinanzierung als „staatliche Beihilfe“ erachtet werden.

³⁶ Rundfunkmitteilung, Rz. 56; EU-Bescheid, Rz. 53, 56, 57.

³⁷ Konkret soll das in der Weise erfolgen, dass man unterstellt, die nicht dem öffentlich-rechtlichen Auftrag zuzuordnende Tätigkeit würde eingestellt; die dadurch eingesparten Kosten sind den anderweitigen Tätigkeiten zuzuordnen, vgl. Rundfunkmitteilung, Rz. 55 und Fn. 19.



2.4.3. Grundsätzlich sind Einnahmen aus der „gewerblichen Verwertung der gemeinwirtschaftlichen Tätigkeiten“ von den Kosten abzuziehen. Fraglich ist dann aber, wie Einnahmen (der Tochtergesellschaften) aus rein kommerziellen Tätigkeiten, die in keinem Zusammenhang mit der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags stehen (z. B. Produktion von Programmen für Dritte; Werbezeitenvermarktung für private Sender) zu behandeln sind. In der Rundfunkmitteilung scheint die Kommission zu fordern, dass sämtliche Einnahmen aus solchen kommerziellen Tätigkeiten abgezogen werden müssen.³⁸ Man wird dies aber in der Systematik des beihilferechtlichen Ansatzes wohl so verstehen müssen, dass auch hier nur die Verwertung „des Auftrags“, also die Nutzung der Ressourcen, die mit Gebührengeldern finanziert wurden, anzurechnen ist. Alles Übrige, was die kommerzielle Tochter aus eigener Anstrengung erwirtschaftet hat, muss dagegen nicht abgezogen werden.

Hier stellen sich zahlreiche Detailfragen, wie etwa, ob dies nur als Rechnungsposten zu verstehen ist, oder tatsächlich die Tochtergesellschaften regelmäßig (z. B.) ihre Gewinne (entsprechend anteilig) an ihre öffentlich-rechtlichen Mütter ausschütten müssen. Es besteht die Gefahr, dass den Tochtergesellschaften damit nicht unerhebliche Wettbewerbsnachteile gegenüber ihren privaten Wettbewerbern entstehen. Nach der bisherigen Praxis der KEF werden die Erträge als Rechnungsposten im Rahmen der Ermittlung des künftigen Gebührenbedarfs einbezogen, aber müssen nicht tatsächlich abgeführt werden.

Zum Nettokostenprinzip gehört außerdem nach den Vorgaben der Kommission der Nachweis, dass die abzuziehenden Einnahmen auch „marktkonform“ erwirtschaftet wurden (dazu sogleich unten). Hierzu müssen Preisvergleiche durchgeführt werden (sofern die entsprechenden Leistungen überhaupt auch von anderen angeboten werden; ansonsten muss man fiktive Preise ermitteln). Es fragt sich, ob dadurch nicht im Ergebnis im auftragsbezogenen Bereich ähnliche Maßstäbe angewandt werden müssten wie bei den kommerziellen Aktivitäten. Zudem dürfte es für einen komplexen Bereich wie den der Programmbeschaffung in der Praxis kaum handhabbar sein, die auftragsbezogenen und die kommerziellen Aspekte eines Projekts unterschiedlich zu behandeln.

Kommerzielle Aktivitäten müssen eine „angemessene Kapitalrendite“ erbringen. Das bedeutet, dass auch fiktive Einnahmen, die mit kommerziellen Tätigkeiten nur deshalb nicht erzielt worden sind, weil sich die Anstalt oder das Tochterunternehmen nicht marktkonform verhalten hat, in Abzug gebracht werden müssen. Dies hat die Bundesregierung auch angeboten.³⁹

Interessant ist die Frage, ob sich hieraus eine Pflicht ableiten lässt, sämtliche möglichen Randnutzungen (Verwertungschancen) auch tatsächlich zu nutzen. Nach den Zusagen der Bundesregierung und der Erwartung der Kommission soll die KEF mit Hilfe der Rechnungshöfe in der Tat auf angemessene Kapital-

³⁸ Rundfunkmitteilung, Rz. 57.

³⁹ EU-Bescheid, Rz. 350.

renditen und den marktgerechten Rückfluss der Investitionen achten.⁴⁰ Dr. Heinz Fischer-Heidberger warnte jedoch davor, die KEF mit der unpassenden Erwartungshaltung zu überfrachten, sie könne über ihre bereits in der Praxis eingespielte, für künftige Zeiträume vorausschauende und am Gesamtbedarf an Gebührenmitteln orientierte Prüfung von Überkompensationen hinaus eine Art übergeordnete Kontrollbehörde für die Investitionsentscheidungen der Rundfunkanstalten werden.

Dieser Aspekt der europarechtlichen Entscheidung könnte zudem die Diskussionen weiter anfachen. Das Beispiel von BBC Worldwide zeigt, dass es offenbar durchaus im Einklang jedenfalls mit beihilferechtlichen Vorgaben sein kann, dass kommerzielle Aktivitäten öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten mehr und mehr ausgeweitet werden.

2.4.4. Die Bundesregierung hat Folgendes zugesagt: Wenn am Jahresende ermittelt wird, dass die Einnahmen die Nettokosten des Auftrags übersteigen, so soll ein Betrag in Höhe von 10% der Einnahmen ohne Weiteres bei den Rundfunkanstalten verbleiben. Diese Toleranzgrenze von 10% hat die Kommission in vorangehenden Fällen akzeptiert.⁴¹ Darüber hinausgehende Beträge sollen (verzinst und) zurückgestellt werden, um damit eine mögliche „systembedingte Unterdeckung für den angemeldeten Bedarf für den weiteren Verlauf“ abzudecken. Auch dies hat die Kommission im EU-Bescheid grundsätzlich anerkannt, obgleich sie zunächst gefordert hatte, dass solche Beträge nur insoweit zurückgestellt werden dürften, als sie für im Voraus festgelegte Projekte bestimmt seien, deren Kosten von einer unabhängigen Stelle (also z. B. der KEF) festgestellt worden seien und die zu einem späteren Zeitpunkt innerhalb der Gebührenperiode durchgeführt werden sollen. Auch dies sollte aber nur gelten, wenn es Kontrollmechanismen gebe, die hinreichend gewährleisten, dass diese Rückstellungen nicht für andere Zwecke verwendet würden.⁴² Die demgegenüber weniger spezifische Zusage der Bundesregierung dürfte nur dann die Forderungen der Kommission erfüllen, wenn sie im Sinne der soeben zitierten Ausführungen umgesetzt wird.

Zusätzlich sollen nach den Zusagen der Bundesregierung am Ende einer Gebührenperiode festgestellte Gebührenüberschüsse (ggf. auch akkumulierte Jahresüberschüsse, und zwar wohl ohne Berücksichtigung der 10% Toleranzschwelle oder irgendwelcher Rückstellungen für zukünftige Projekte) auf den Bedarf für die nächste Gebührenperiode angerechnet (also abgezogen) werden.

⁴⁰ EU-Bescheid, Rz. 344 und Rz. 391.

⁴¹ Vgl. EU-Bescheid, Rz. 281; Commission Decision of 22 June 2006 – C (2006) 2084 fin., on the Ad hoc Financing of Dutch Public Service Broadcasters (C 2/2004/ (ex NN 170/2003).

⁴² EU-Bescheid, Rz. 317.



2.5. Marktkonformes Handeln, „arm's length principle“ und „private investor test“

2.5.1. Marktkonformes Handeln wird grundsätzlich in allen Beziehungen der Rundfunkanstalten zu ihren Tochtergesellschaften wie auch zu Dritten verlangt – jedenfalls dann, wenn es um kommerzielle Tätigkeiten geht.⁴³ Es bietet sich hier an, zwischen Verwertungs- und Beschaffungsgeschäften der Sender zu unterscheiden, also solchen Geschäften, bei denen die Sender Einnahmen erzielen, und solchen, bei denen sie Ausgaben haben.

2.5.2. Verwertungsgeschäfte müssen immer marktkonform abgeschlossen werden.

2.5.3. Bei Beschaffungsgeschäften mit Tochterunternehmen verhält es sich komplizierter. Ein Beispiel ist die Erbringung von (technischen) Sendeleistungen durch Tochterunternehmen der öffentlich-rechtlichen Sender. Diese erbringen dieselben Leistungen auch für Dritte. Hier ist von anderen Marktteilnehmern der Vorwurf erhoben worden, dass die Preise, die den öffentlich-rechtlichen Sendern von dem Tochterunternehmen berechnet werden, deutlich unter denen lägen, die Privaten in Rechnung gestellt werden.⁴⁴ Würden aber (unterstellt, dies träfe zu) diese Preise „marktkonform“ angehoben, so würde dies die Programmkosten der Anstalten und damit den Gebührenbedarf erhöhen.

Erwirtschaften andererseits die Tochterunternehmen Gewinne dadurch, dass sie Dritten höhere – auf dem freien Markt aber darstellbare – Preise berechnen, so kann dies jedenfalls beihilferechtlich wohl kaum problematisch sein (u. U. aber wettbewerbsrechtlich). Würden andererseits die Preise auch für die öffentlich-rechtlichen Sender angehoben, würde sich zugleich der Gewinn der Tochterunternehmen (zu Lasten ihrer Mütter) erhöhen, woran wiederum die Anstalten als ihre Gesellschafter partizipieren. Eine Herabsetzung der Preise auf das den Rundfunkanstalten berechnete Niveau wäre schließlich möglicherweise nicht mehr kostendeckend. Es wird deutlich, dass die Prüfung ein und desselben Vorgangs unterschiedlich ausfallen kann, je nachdem ob man versucht, die Frage zu beantworten, ob Gebühren effizient verwendet werden und bestehende Einnahmequellen marktgerecht genutzt werden, oder ob man danach fragt, ob sich die Rundfunkanstalt als Marktteilnehmerin wettbewerbsgerecht verhält und Dritte wie ihren eigenen Tochterunternehmen gleiche Wettbewerbschancen gewährt.

2.5.4. Der „private investor test“ besagt, dass die Rundfunkanstalten nur in Aktivitäten von Tochtergesellschaften investieren dürfen, wenn dies auch ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber täte. Dieser Test ist künftig für die

⁴³ Vgl. dazu EU-Bescheid, Rz. 318 ff: Dadurch soll gewährleistet werden, dass der Finanzbedarf der Rundfunkanstalten durch nicht marktkonformes Verhalten nicht künstlich erhöht wird; diese Vorgabe dürfte sich daher generell auf das Ausgabeverhalten der Rundfunkanstalten, auch im Bereich der Funktionserfüllung, beziehen.

⁴⁴ Vgl. etwa Beschwerde von Kabel Baden-Württemberg, EU-Bescheid Rz. 71.

deutschen Rundfunkanstalten nach Maßgabe der hierzu ergangenen EU-Rechtsprechung gesetzlich (ggf. in den Einzelheiten durch Selbstverpflichtungen) festzulegen und durchzuführen, und zwar im Hinblick auf Investitions- und Beteiligungsentscheidungen der Anstalten. Unklar erscheint noch, ob die Anstalt oder die Prüfungsinstanz (Rechnungshof, KEF) den Test durchführen muss und ab welcher Größenordnung der Test anzuwenden ist. Hier scheint es noch keine festen Vorstellungen zu geben und könnten unterschiedliche Auffassungen bei den Rundfunkanstalten und ihren internen Aufsichtsgremien bestehen.

Auch könnte sich, wie erwähnt, das Problem stellen, dass dieser Test im Bereich der Programmproduktion mit spezifisch programmbezogenen Erwägungen kollidieren wird, die sich gerade aus der besonderen Aufgabe der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ergeben.

2.5.5. Der Marktkonformitätstest setzt voraus, dass Vergleichsmaßstäbe existieren. Verrechnungspreise müssen dem entsprechen, was üblicherweise mit fremden Dritten vereinbart worden wäre. Die Kommission ist der Auffassung, Vergleichsmaßstab sei zuallererst der private Wettbewerber. Auch sei es unter Berücksichtigung des Auftrags nicht unmöglich, einzelne Kostenfaktoren mit denen der privaten Wettbewerber zu vergleichen.⁴⁵ Man könnte hier aber auch an die bisherige Praxis der KEF im Rahmen ihrer Prüfung der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit anknüpfen, Ausgaben verschiedener Sendeanstalten jedenfalls stichprobenartig untereinander zu vergleichen,⁴⁶ oder an die Erfahrungen aus steuerrechtlichen Betriebsprüfungen zu marktgerechten Vertrags- und Preisgestaltungen.⁴⁷

Fraglich ist, ob die neuen beihilferechtlichen Vorgaben mehr Chancen für unabhängige Produzenten und andere Wettbewerber mit sich bringen. Denkbar ist das insofern, als wegen der vorgesehenen Anrechnung der Gewinne aus kommerziellen Tätigkeiten auf den Gebührenanspruch kein Anreiz für die Anstalten bestehen könnte, Tochterunternehmen gegenüber Dritten zu bevorzugen. Möglicherweise ist aber auch gerade das Gegenteil zu erwarten, weil nach den EU-Vorgaben stets auf Kosteneffizienz abgestellt werden muss, d. h. nur die notwendigen bzw. die „Nettokosten des Auftrags“ ausgegeben werden dürfen. Unter dieser Maßgabe könnte eher sogar ein verstärkter Trend zu Produktionen

⁴⁵ Rundfunkmitteilung, Rz. 58; EU-Bescheid Rz. 168; ähnlich plädiert Thum, NVwZ 2007, 523 „Gebührenfinanzierung und EG-Beihilferecht“, für eine fiktive Wettbewerbssimulation. Skeptisch Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, RStV, Kommentar, § 14 Rn. 47. Im Falle einer künftigen Anwendung des Vergaberechts auf Aufträge der öffentlich-rechtlichen Anstalten würde künftig im Rahmen der Ausschreibung jeweils der Marktpreis ermittelt.

⁴⁶ Wobei sich durch die unterschiedliche Situation verschiedener Anstalten im Detail viele Schwierigkeiten ergeben, vgl. z. B. den Vergleich der Kosten der Produktion von Erstsendeminuten für das ARD-Gemeinschaftsprogramm, 15. KEF-Bericht, Tzn. 553 f.

⁴⁷ Darauf weist die KEF in ihrem 15. Bericht, Tz. 306, hin.



durch die Tochterunternehmen der Anstalten zu erwarten sein (die allerdings nach Marktkriterien und „Arm's Length Principle“ beauftragt werden müssen).

Das Beihilferecht dürfte daher zur Verfolgung bestimmter medienpolitischer Ziele, z. B. der Stärkung der freien Produktionsunternehmen in Deutschland,⁴⁸ nicht das geeignete Instrumentarium darstellen.

2.6. Beschränkung der (Finanzierungs-)Garantie auf gemeinwirtschaftliche Aufgaben

2.6.1. Nach den EU-Vorgaben muss sichergestellt werden, dass sich die den Rundfunkanstalten zukommende Finanzierungsgarantie nicht auf kommerzielle Aktivitäten erstreckt. Demnach sind künftig z. B. auch Gewinnabführungsverträge unzulässig, die zu einer gesellschaftsrechtlichen Haftung der Anstalten als Gesellschafter für ihre Tochtergesellschaften führen. Die Bundesregierung hat den Ausschluss von Haftungsübernahmen, Gewinnabführungsverträgen oder Gewinnentnahmen durch die Anstalten bei den „kommerziellen“ Tochtergesellschaften durch rundfunkrechtliche Regelungen zugesagt. Die Kommission verlangt zudem, dass die Rundfunkanstalten keine Verbindlichkeiten von ihren Tochtergesellschaften übernehmen, es sei denn, dies entspricht dem Verhalten eines privaten Investors.⁴⁹

Schwierig scheint es dagegen, kommerzielle Tätigkeiten der Rundfunkanstalten selbst aus der Finanzierungsgarantie auszunehmen, da diese aus der Rechtsform als Anstalt erwächst und nicht auf einzelne Tätigkeiten der Anstalt bezogen ist. Die Umsetzbarkeit dieser Vorgabe dürfte also davon abhängen, ob es in der Tat möglich ist, kommerzielle Tätigkeiten insgesamt und ohne Ausnahme auf Tochtergesellschaften auszugliedern.⁵⁰ Wie dargelegt, wird dies von der Bundesregierung zwar angeboten, ist aber von zweifelhafter Praktikabilität. Allerdings ist hier zu berücksichtigen, dass eine Kreditaufnahme durch die Rundfunkanstalten bereits nach dem geltenden Rundfunkrecht nur sehr eingeschränkt zulässig ist und entsprechend selten erfolgt.

⁴⁸ Vgl. etwa zu Forderungen des Interessenverbandes film 20 nach einem „Code of Conduct“ der Produktionstöchter und Selbstverpflichtungen der öffentlich-rechtlichen Sender zu Auftragsvergaben an unabhängige Produzenten (über die bestehende Selbstverpflichtung der ARD für 2007/08 von 70 % der „Produktionen von Fernsehfilmen“ hinaus), Georgia Tornow in PROMEDIA 6/2007, S. 26 ff.

⁴⁹ EU-Bescheid, Rz. 380.

⁵⁰ Das unterstellt aber die Kommission bei ihrer Feststellung, die Zusagen der Bundesregierung hinsichtlich der Finanzierungsgarantie seien ausreichend, vgl. EU-Bescheid, Rz. 380.

2.7. Anwendung des Vergaberechts auf Aufträge öffentlich-rechtlicher Sender

Als „zweites Instrument“ der Kommission, auf die Einhaltung der Wettbewerbsregeln hinzuwirken, zwingt das Vergaberecht Einrichtungen, die Sonderrechte genießen, ihr Beschaffungswesen im Wettbewerb zu organisieren. Die Frage, ob die Rundfunkanstalten öffentliche Auftraggeber im Sinne des Vergaberechts sind, wird der EuGH in dem Vorlageverfahren zu Auftragsvergaben der GEZ⁵¹ wohl erst Anfang 2008 beantworten. Andererseits ist nicht vorherzusehen, ob der EuGH die Wirkungen der Entscheidung erst für die Zeit nach dieser Entscheidung ansetzt. Schon jetzt könnte die Gefahr bestehen, dass Aufträge, die heute nicht entsprechend den vergaberechtlichen Vorschriften vergeben wurden, später angreifbar werden.

Nach der Bereichsausnahme des Art. 16 b der Vergaberichtlinie gilt die Pflicht zur Durchführung förmlicher Vergabeverfahren nicht für den Bereich programmbezogener Leistungen, also insbesondere nicht für Filmproduktionen zur anstaltseigenen Verwendung. Allerdings wurde diese Ausnahme vom deutschen Gesetzgeber nicht umgesetzt, weil er bislang der Auffassung ist, dass Rundfunkanstalten sich außerhalb des Anwendungsbereichs des Vergaberechts befinden. Sie seien keine „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ im Sinne der Vergaberichtlinie, die „...überwiegend vom Staat oder einer anderen Einrichtung des öffentlichen Rechts finanziert wird“, da ja eine staatliche Kontrolle über Rundfunkanstalten wegen des Gebots der Staatsferne ausgeschlossen sei. Dahin geht auch das Hauptargument der Bundesrepublik Deutschland in den anhängigen Vergaberechtsverfahren. Dem hat der Generalanwalt in seinem Plädoyer widersprochen. In anderen Mitgliedstaaten, beispielsweise Großbritannien oder Polen, ist die Eigenschaft des gebührenfinanzierten öffentlich-rechtlichen Rundfunks als öffentlicher Auftraggeber anerkannt.

Unterstellt, der EuGH stellt fest, dass die deutschen Rundfunkanstalten öffentliche Auftraggeber im Sinne des Vergaberechts sind, so hätte dies nach Einschätzung von Dr. Jan Endler weit reichende Konsequenzen:

Zunächst wäre der Gesetzgeber am Zuge, die Bereichsausnahme für den programmbezogenen Bereich umgehend vollständig umzusetzen. Bislang ist im deutschen Recht in § 100 Abs. 2 lit. j GWB lediglich ein Ausnahmetatbestand für Aufträge hinsichtlich der *Ausstrahlung von Sendungen* geregelt.

Außerhalb der Bereichsausnahmen wären für die Ausschreibung von Beschaffungsgeschäften der Rundfunkanstalten die formellen Rahmenbedingungen und besonderen Dokumentationspflichten des öffentlichen Vergaberechts einzuhalten. Besonders sensibel sind die höheren Risiken der Einwendung der Nichtigkeit der Auftragsvergabe bzw. die Anfechtungsmöglichkeiten durch Dritte. Schließlich zeigt die Erfahrung, dass aufgrund zahlreicher Anforderungen die

⁵¹ S. o. Fn. 5 und 7.



Einführung von Vergabepflichten auch auf die Beziehungen im „Konzern“ Auswirkungen hat, was hier etwa auch die Kooperation zwischen verschiedenen Rundfunkanstalten betreffe.

2.8. Erfahrungen mit anderen öffentlichen Unternehmen

2.8.1. Auch in anderen Bereichen öffentlicher Daseinsvorsorge gelten die EU-rechtlichen Vorgaben zur strukturellen Trennung von kommerziellen und gemeinwirtschaftlichen Aktivitäten und zur Begrenzung der Gewährträgerhaftung. Zum Ansatz des europäischen Beihilferechts betonte Dr. Jan Endler, dass es der Kommission nicht darum gehe, kommerzielle Tätigkeiten der öffentlichen Hand auszuschließen. Ihr Anliegen sei allein die transparente Trennung kommerzieller von gemeinwirtschaftlichen Tätigkeiten, um Quersubventionierungen und sonstige Wettbewerbsverzerrungen zu verhindern. Bei Einhaltung der Wettbewerbsregeln habe die Kommission die Möglichkeit kommerzieller Tätigkeit staatlicher Unternehmen stets anerkannt. Wie das vorliegende Verfahren seien die nun seit zwanzig Jahren zu beobachtenden Verfahren, etwa zuletzt im Bereich der Landesbanken, des Gesundheitssektors, des öffentlichen Nahverkehrs oder (bereits vor einiger Zeit) des Telekommunikationssektors, auf Beschwerden privater Wettbewerber hin eingeleitet worden, die auf die Einhaltung eindeutiger, klarer und nicht diskriminierender Wettbewerbsbedingungen drängen.

2.8.2. Ein struktureller Unterschied zu anderen Bereichen liegt freilich in der engen vertikalen Verknüpfung der Sendeanstalten mit ihren kommerziellen Töchtern. Hier findet ein umfangreicher Leistungsaustausch statt, wodurch zugleich sowohl die kommerziellen Töchter als auch die Rundfunkanstalten jeweils mit privaten Wettbewerbern konkurrieren. Hingegen stehen z. B. die Landesbanken und ihre kommerziellen Töchter eher nebeneinander und bieten dieselben Leistungen unter unterschiedlichen Bedingungen und unterschiedlichen Kunden an. Sie konkurrieren in ihren Leistungsbeziehungen miteinander und weniger mit Dritten.

2.8.3. Es gibt aber auch Parallelen. So war auch bei den Landesbanken oder der Kreditanstalt für Wiederaufbau der Umstrukturierungsprozess durch die Vorgabe einer strikten gesellschaftsrechtlichen Gliederung geprägt, wie dies die Bundesregierung jedenfalls bislang für die Rundfunkanstalten auch vorgeschlagen hat. Eine Vermischung von öffentlichen Aufgaben und kommerziellen Tätigkeiten innerhalb einer Bank sollte tunlichst vermieden werden, was auch gut gelungen ist. Dem ging allerdings ein mühsamer Prozess der Zuordnung von zusammengehörigen Tätigkeiten und teilweise eine völlige Neustrukturierung ganzer Bereiche voran, die in beiden Sektoren gebraucht werden.

3. Zwischenbilanz und Ausblick

3.1. Ergebnisse

In der Zwischenbilanz lassen sich folgende Aspekte hervorheben: Den Rundfunkanstalten wird die wichtige Rolle zufallen, die Vorgaben der Kommission in Form von Satzungen und Selbstverpflichtungen mit umzusetzen. Eva-Maria Michel wagte aus ihrer Sicht die Prognose, dass in diesem Prozess auch die Chance liege, interne Strukturen zu verbessern. Tiefe Einschnitte erwarte sie insofern jedoch nicht. Für die grundlegende Unterscheidung der kommerziellen von den gemeinwirtschaftlichen Tätigkeiten könne sicherlich nicht die Ausgliederung einer Tätigkeit entscheidend sein; Kriterium könne aber etwa sein, ob die Tätigkeit unmittelbar der Auftragserfüllung diene.

Die entscheidende Rolle für die effiziente Kontrolle der Vorgaben⁵² wird der KEF zugewiesen; auch die Rolle der Rechnungshöfe wird deutlich aufgewertet. Dr. Heinz Fischer-Heidlberger warnte jedoch vor einem falschen Verständnis der Funktion der KEF als einer umfassenden Kontrollbehörde. Vielmehr sei der KEF ein zwar wichtiger, aber klar abgegrenzter Bereich zur Kontrolle zugewiesen. Er zeigte sich im Übrigen zuversichtlich, dass für die vielen Detailfragen handhabbare Lösungen gefunden werden, und wies darauf hin, dass die KEF bereits heute Erträge und Überschüsse der Anstalten erfasse und bei der Ermittlung des Finanzbedarfs berücksichtige. Wichtigstes Ziel der Kommission sei es sicherzustellen, dass Rundfunkgebühren tatsächlich und nachkontrollierbar nur zur Erfüllung des Rundfunkauftrages verwendet werden, nicht aber für die Finanzierung kommerzieller Tätigkeiten.

Marc Jan Eumann meinte, die Rundfunkanstalten könnten zum Umgang mit Transparenzanforderungen und zur Unabhängigkeit und Ausstattung eines Rundfunk-Aufsichtsgremiums viel von der BBC bzw. dem BBC Trust lernen. Er sieht in den neuen Aufgaben der ehrenamtlichen Aufsichtsgremien beim Beteiligungscontrolling wie auch bei der Durchführung des Public Value Test ein großes Problempotential. Sollten sich die Aufsichtsgremien aufgrund ihrer beschränkten Ausstattung und dezentralen Strukturen hier nicht bewähren, sei zu befürchten, dass nur deshalb das Beihilfeverfahren wieder aufgerollt werde. Es könne nicht sein, dass die Aufsichtsgremien im Ergebnis von der fachlichen Einschätzung der Rundfunkanstalten abhängig seien. Hier brauche es künftig mehr Kompetenz für die eigenständige Beurteilung.

⁵² Hierbei ist insbesondere zu beachten, dass es nach Auffassung der Kommission nicht ausreicht, dass der Auftrag der Rundfunkanstalten klar definiert wird, sondern auch, dass die gemeinwirtschaftliche Dienstleistung sodann tatsächlich so erbracht wird, wie es zwischen dem Staat und dem beauftragten Unternehmen förmlich vereinbart wurde; dies soll von einem unabhängigen Aufsichtsgremium überwacht werden. Vgl. Rundfunkmitteilung Rz. 41, 42.



Dr. Dieter Frank bewertete das beihilferechtliche Verfahren aus Sicht der „Produktionstöchter“ der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten positiv. Er kritisierte, ihm sei der Anlass der Beschwerden der Wettbewerber unklar geblieben. Er erkenne keine Wettbewerbsverzerrungen, die etwa den durch die staatlichen Gewährleistungen für Landesbanken entstandenen vergleichbar wären. Weder zahlten die Sender ihren Töchter zu hohe Preise noch Preise unterhalb des Marktüblichen. Tochtergesellschaften, die wie die Bavaria auch andere Gesellschafter als die Rundfunkanstalten hätten, dürften schon gar nicht anders als zu Marktbedingungen handeln. Dr. Dieter Frank erwartet daher für die Praxis in diesem Bereich wenig Änderungsbedarf.

Dr. Manfred Kops vertrat die Auffassung, dass grundsätzlich verschiedene Vorstellungswelten aufeinander prallten: einerseits die Sichtweise der Kommission, für die die Güterbereitstellung durch private Unternehmen die Regel und die Bereitstellung durch öffentliche Unternehmen die Ausnahme sei, und andererseits die deutsche rechts- und ordnungspolitische Sichtweise, für die Bereitstellung von Rundfunkprogrammen die – zunächst ausschließliche, mittlerweile vorrangige – Aufgabe öffentlich-rechtlicher Rundfunkveranstalter sei. Dr. Kops sah aber durchaus Möglichkeiten, letztere Position, d. h. den Mehrwert öffentlich-rechtlicher Bereitstellung, in vielen Bereichen und nicht nur in einzelnen Nischen, auch ökonomisch zu begründen. Insofern betrachte er den von der Kommission geforderten Nachweis des „public value“ nicht nur als Versuch einer Eingrenzung öffentlich-rechtlicher Programmangebote, sondern zugleich auch als wichtige Chance, deren gesellschaftlichen Nutzen und Legitimität mit dem von der Kommission angewandten ökonomischen Instrumentarium zu verdeutlichen.

Dr. Jan Endler betonte die möglicherweise anstehenden Veränderungen im Fall der Anwendbarkeit des Vergaberechts. Aufgrund der damit verbundenen detaillierten und strengen Anforderungen für das Berichtswesen und die Geschäftsabläufe auch innerhalb des „Konzerns“ habe die Anwendung des Vergaberechts erfahrungsgemäß über das Beschaffungswesen hinaus weit reichende Konsequenzen für interne Organisationsabläufe und Strukturen.

3.2. Bewertung

Es hat sich gezeigt, dass zahlreiche Einzelfragen, die sich bei der Konkretisierung der EU-Vorgaben stellen, der einheitlichen und praktikablen Umsetzung bedürfen. Hier warten die Rundfunkanstalten zwar zunächst auf die konkreten Maßgaben des Gesetzgebers. Parallel entwickeln sie aber ebenso wie die KEF bereits intern praktikable Lösungen. Eine intensive Abstimmung zwischen den Rundfunkanstalten wird erforderlich sein, um die einheitliche Umsetzung zu gewährleisten. Noch offen ist, ob die ehrenamtlichen Kontrollgremien ihrer aufgewerteten Rolle insbesondere beim Beteiligungscontrolling gerecht werden können. Ebenso wenig absehbar erscheint, welchen Maßstab die Kommission an die Umsetzung stellen wird. In der Vergangenheit hat sie sich in anderen Beihilfe-

verfahren betreffend den öffentlich-rechtlichen Rundfunk durchaus pragmatisch gezeigt.

Mehr Transparenz in den internen Geschäftsabläufen und Geschäftsbeziehungen der Rundfunkanstalten dürfte für alle Beteiligten von Vorteil sein. Andererseits stehen manche beihilferechtlichen Vorgaben tendenziell im Spannungsverhältnis zur besonderen Aufgabe des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, auch unabhängig von rein wirtschaftlichen Erwägungen den Funktionsauftrag eines vielseitigen und anspruchsvollen Rundfunkprogramms für alle Bürger zu erfüllen. Dies betrifft etwa den Marktkonformitätstest oder die Berücksichtigung auch hypothetischer Nettoerlöse. Es wird spannend sein zu sehen, wie man diesen „Spagat“ in der Praxis bewältigen kann. Andererseits wies Eva-Maria Michel auf die Chance hin, dass die beihilferechtlichen Vorgaben umfangreiche Optimierungs- und Abstimmungsprozesse in den und zwischen den Rundfunkanstalten in Gang bringen. Konfliktpotenzial deutet sich dagegen bei der Frage an, inwieweit die Bereitschaft der Rundfunkanstalten und ausreichende Kapazitäten der internen Aufsichtsgremien bestehen, letztere in diese Prozesse einzubeziehen.

In der Diskussion wurde immer wieder deutlich, dass im Hintergrund die Grundsatzdebatte über eine zeitgemäße Funktionsbestimmung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks steht. Entscheidende Grundfrage ist, welchen Umfang der Auftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten haben soll. Dadurch wird nicht nur spiegelbildlich die Grundlinie der Abgrenzung „kommerzieller“ Tätigkeiten gezogen, sondern danach bestimmt sich auch der (rundfunkrechtlich) zulässige Tätigkeitsbereich der Rundfunkanstalten überhaupt.⁵³

Die Beschwerden der privaten Wettbewerber bei der Kommission zielten wohl eigentlich darauf ab, den Rundfunkanstalten Tätigkeiten untersagen zu lassen, die ihrer Auffassung nach nicht mehr vom Funktionsauftrag gedeckt sind. Diese Entscheidung hat die Kommission aber nicht getroffen, sondern an den deutschen Gesetzgeber zurückgereicht. An ihn richtet sich die Aufgabe, den „public value“ öffentlich-rechtlicher Angebote für unsere Gesellschaft zu bestimmen. Auch die Rundfunkanstalten haben daran ein ureigenes Interesse, z. B. um verlässlich eine wettbewerbsfähige Digitalstrategie ausrichten zu können. Wie insgesamt bei der diesjährigen Medienwoche Berlin-Brandenburg deutlich wurde, die dieses Thema schwerpunktmäßig beleuchtete, steht man noch am Anfang einer Auftragsbestimmung, die sowohl die Kommissionsforderung nach Klarheit erfüllt, als auch die verfassungsrechtlich garantierte Programmautonomie gewährleistet als auch den für die Legitimität des gebührenfinanzierten Rundfunks notwendigen gesellschaftlichen Konsens wiedergibt.

⁵³ Das ist, wie dargelegt, eine rundfunkrechtliche Frage, für deren Klärung die Mitgliedstaaten zuständig sind. Vgl. dazu Amsterdamer Protokoll zum öffentlich-rechtlichen Rundfunk und Rundfunkmitteilung Rz. 33 (wenn sich auch die Kommission stets vorbehält, im Rahmen der beihilferechtlichen Prüfung „offensichtlich fehlerhafte“ Auftragsbestimmungen nicht zu akzeptieren).



Dr. Manfred Kops fasste seine Bewertung in folgender These zusammen: „Die von den kommerziellen Rundfunkveranstaltern und den Zeitungsverlegern mit dem Vorstoß in Brüssel beabsichtigte Beschränkung der kommerziellen Aktivitäten der öffentlich-rechtlichen Anstalten wird mit den EU-Vorgaben nicht erreicht. Die klare Ausweisung kommerzieller Aktivitäten der öffentlich-rechtlichen Anstalten und ihre Verpflichtung, alle Möglichkeiten zur Erzielung kommerzieller Einnahmen zu nutzen, um die Gebührenlast zu reduzieren, könnte eher das Gegenteil bewirken. Der Vortrag von Andrew Baxter zur BBC war für mich insofern ein instruktives, aber kaum für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in Deutschland vorbildliches Beispiel.“

ISBN 978-3-938933-38-1
ISSN 0945-8999