



Brüssel, den 24.IV.2007
K(2007) 1761 endg.

**Betreff: Staatliche Beihilfe E 3/2005 (ex- CP 2/2003, CP 232/2002, CP 43/2003, CP 243/2004 und CP 195/2004) – Deutschland
Die Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in Deutschland**

Sehr geehrter Herr Bundesminister!

Die Kommission beehrt sich, Ihnen mitzuteilen, dass die von Deutschland im Rahmen dieses Verfahrens eingegangenen Verpflichtungen die Bedenken der Kommission in Bezug auf die Unvereinbarkeit der geltenden Finanzierungsregelung zugunsten des öffentlichen Rundfunks ausräumen. Deshalb hat die Kommission entschieden, das Verfahren einzustellen.

1. VERFAHREN

- (1) Seit 2002 erhielt die Kommission eine Reihe von Beschwerden zu unterschiedlichen Aspekten der Finanzierungsregelung für die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in Deutschland (die von den Beschwerdeführern vorgebrachten Argumente der sind unter den Randnummern (67) ff. in Einzelnen ausgeführt). Im Anschluss an einen weiteren Schriftwechsel zwischen der Kommission und Deutschland teilte die Kommission der Bundesregierung im März 2005 mit, sie sei zu dem vorläufigen Schluss gelangt, dass die Finanzierungsregelung zugunsten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in Deutschland nicht mehr mit dem EG-Vertrag vereinbar sei (die vorläufigen Feststellungen der Kommission sind unter den Randnummern (74) ff. im Einzelnen dargelegt).
- (2) Die Bundesregierung nahm im Mai 2005 zu diesen vorläufigen Schlussfolgerungen Stellung und übermittelte im April 2006 nach einem weiteren Auskunftersuchen der Kommission vom Februar 2006 zusätzliche Informationen

Seiner Exzellenz Herrn Frank-Walter STEINMEIER
Bundesminister des Auswärtigen
Werderscher Markt 1
D - 10117 Berlin

(die von Deutschland vorgebrachten Argumente und die zusätzlichen Auskünfte sind unter den Randnummern (78) ff. im Detail dargestellt).

- (3) Auch die Beschwerdeführer übermittelten im Laufe des Verfahrens weitere Stellungnahmen und Argumente (die von den Beschwerdeführern vorgebrachten Argumente und zusätzlichen Auskünfte sind unter den Randnummern (115) ff. im Einzelnen dargelegt).
- (4) Im Juli 2006 konnte eine Einigung über die Eckpfeiler der künftigen Finanzierungsregelung erzielt werden. Diese Einigung führte im Folgenden zu einer Verständigung über die erforderlichen zukünftigen Änderungen sowie der im Dezember 2006 von Deutschland unterbreiteten förmliche Zusage, die geltende Finanzierungsregelung zu ändern (die von Deutschland eingegangenen Verpflichtungen sind unter den Randnummern (322) ff. im Einzelnen aufgeführt).

2. BESCHREIBUNG

2.1. Beschreibung der Finanzierungsregelung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Deutschland

2.1.1. Allgemeine Anmerkungen und Hintergrund

- (5) Die Rundfunkfreiheit ist in Artikel 5 des Grundgesetzes verankert. Die Rundfunkfreiheit verlangt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dass die so genannte „Grundversorgung“ durch den öffentlich-rechtlichen Rundfunk sichergestellt wird. Hierzu gehört auch die Sicherstellung einer angemessenen Finanzausstattung und die „Bestands- und Entwicklungsgarantie“ des öffentlich-rechtlichen Rundfunks.
- (6) Gemäß dem Grundgesetz liegt die Gesetzgebungskompetenz für den Rundfunk bei den Ländern. Folglich sind die den öffentlich-rechtlichen Rundfunk und dessen Finanzierung betreffenden Regeln in einer Reihe von Rechtsakten der Länder festgelegt. Zu diesen Rechtsakten zählen der sowohl auf öffentlich-rechtliche als auch auf private Rundfunkveranstalter anwendbare Rundfunkstaatsvertrag (RStV)¹, der für alle öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter geltende Rundfunkgebührenstaatsvertrag (RGStV) sowie der Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag–(RFStV), ARD-Staatsvertrag und ZDF-Staatsvertrag sowie die die auf einzelne Landesrundfunkanstalten anwendbare Rechtsvorschriften (z. B. WDR-Gesetz).

¹ Der Rundfunkstaatsvertrag (RStV) umfasst Bestimmungen über die allgemeinen Grundsätze für Fernsehprogramme, die Übertragung von Ereignissen von erheblicher gesellschaftlicher Bedeutung (Großereignissen), Werbung und Sponsoring. Außerdem gibt der RStV die allgemeinen Rahmenbedingungen vor, unter denen sowohl private als auch öffentlich-rechtliche Rundfunkveranstalter ihre Tätigkeit ausüben können (Lizenz- und Verfahrensregeln, Regeln zur Sicherung der Meinungsvielfalt, Organisation der Medienaufsicht und Finanzierung von Sonderaufgaben, Programmgrundsätze, Sendezeit für Dritte, Finanzierung und Werbung, Datenschutz, Revision, Ordnungswidrigkeiten und Übertragungskapazitäten). Ferner sind im RStV der Auftrag für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk und die Möglichkeit für öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten, zusätzliche Programme anzubieten, die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und die Regeln für Werbung festgelegt.

- (7) Die ersten den öffentlich-rechtlichen Rundfunk betreffenden Regelungen wurden von den Ländern nach dem zweiten Weltkrieg zwischen 1948 und 1955 verabschiedet. Die jeweils anwendbaren Rechtsvorschriften regelten die Errichtung der Landesrundfunkanstalten sowie die Ausgestaltung und Finanzierung des ihnen übertragenen öffentlichen Auftrags.
- (8) Im Jahre 1950 schlossen sich die Landesrundfunkanstalten zur „Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland“ (ARD) zusammen. Dieser Zusammenschluss wurde durch den Fernsehvertrag von 1953 weiter ausgestaltet, der die Einzelheiten der Kooperation zwischen den einzelnen Landesrundfunkanstalten regelt.
- (9) Im Jahre 1961 gründeten die Länder das ZDF als zweiten deutschlandweiten Sender.
- (10) Nach einem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Zuständigkeit der Länder (und nicht des Bundes) in Rundfunkangelegenheiten, einschließlich der Finanzierung durch Gebühren, verabschiedeten die Länder 1968/1969 den RGStV. Infolgedessen wurde die Rundfunkgebühr nicht länger von der Post im Namen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten aufgrund des Fernmeldeanlagengesetzes des Bundes, sondern von den Anstalten selbst aufgrund der von den Ländern verabschiedeten Regelungen eingezogen. Zu diesem Zweck gründeten sie die „Gebühreneinzugszentrale“ (GEZ), die seit 1976 die Rundfunkgebühren im Namen der einzelnen Rundfunkanstalten einzieht.
- (11) Mit dem Auftreten der ersten privaten Rundfunkveranstalter in Deutschland Anfang der 80er Jahre wurde mit dem ersten Rundfunkstaatsvertrag, ein umfassender Rechtsrahmen für öffentlich-rechtliche und private Rundfunkveranstalter geschaffen, die so genannte „duale Rundfunkordnung“.
- (12) Nach der Wiedervereinigung wurde im Jahre 1991 mit dem „Staatsvertrag über den Rundfunk im vereinten Deutschland“ das Rundfunksystem in Deutschland auf eine einheitliche Grundlage gestellt und die ehemals ostdeutschen Anstalten in das bestehende Finanzierungssystem einbezogen.
- (13) Seit 1991 wurde der Rundfunkstaatsvertrag mehrfach geändert. Die Änderungen betrafen insbesondere folgende Aspekte:
 - die Höhe der Rundfunkgebühr²;
 - das Verfahren zur Ermittlung des Finanzbedarfs öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten (das so genannte KEF-Verfahren³);

² In den letzten zehn Jahren wurde die Rundfunkgebühr mehrmals erhöht: 1996 von 23,80 DM auf 28,25 DM (d. h. um 19 %), 2000 auf 31,58 DM (d. h. um 12 %) und 2004 auf 17,03 EUR (d. h. um 5 %).

³ Änderungen durch den 3. Rundfunkänderungsstaatsvertrag (RÄStV), der 1997 in Kraft trat. Die 1994 auf ein Urteil des Bundesverfassungsgerichts hin vorgenommenen Änderungen betrafen die Methodik zur Festsetzung der Gebührenhöhe und die größere Unabhängigkeit der Kommission zur Ermittlung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten (KEF).

- die Möglichkeiten öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, neue Mediendienste anzubieten⁴, sowie
 - die Möglichkeit öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, Programme digital zu verbreiten und digitale Zusatzkanäle anzubieten⁵.
- (14) Die jüngsten der Kommission mitgeteilten Änderungen, die erst nach der Übermittlung des Schreibens nach Artikel 17 vom 3. März 2005 in Kraft traten, (8. und 9. Rundfunkänderungsstaatsvertrag – RÄStV⁶) betrafen vor allem die Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrags:
- Vorgabe der Schwerpunktsetzung auf Information, Bildung und Kultur für digitale Zusatzkanäle (eingeführt durch den 8. RÄStV);
 - Einführung des Begriffs der "Telemedien", der den zuvor verwandten Begriff der „Mediendienste“ ersetzt (eingeführt durch den 9. RÄStV);
- sowie finanzielle Aspekte:
- Kontrolle von finanzwirksamen Selbstverpflichtungen durch die KEF (eingeführt durch den 8. RÄStV);
 - Beschränkung der Zulässigkeit von Kreditaufnahmen durch öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten (eingeführt durch den 8. RÄStV).

2.1.2. Definition des öffentlichen Auftrags

- (15) Der Umfang des öffentlichen Auftrags ist zum einen gesetzlich festgelegt (hauptsächlich im RStV) und wird zum anderen von den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten im Wesentlichen durch Leitlinien und Selbstverpflichtungen ausgestaltet.
- (16) Gemäß dem RStV hat der öffentlich-rechtliche Rundfunk durch die Herstellung und Verbreitung von Hörfunk- und Fernsehprogrammen als Medium und Faktor des Prozesses freier individueller und öffentlicher Meinungsbildung zu wirken (§ 11 Absatz 1 Satz 1 RStV). Der öffentlich-rechtliche Rundfunk hat in seinen Angeboten und Programmen einen umfassenden Überblick über das internationale, europäische, nationale und regionale Geschehen in allen wesentlichen Lebensbereichen zu geben. Er soll hierdurch die internationale Verständigung, die europäische Integration und den gesellschaftlichen Zusammenhalt in Bund und Ländern fördern. Sein Programm hat der Information, Bildung, Beratung und Unterhaltung zu dienen. Er hat Beiträge insbesondere zur Kultur anzubieten. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk hat bei der Erfüllung seines Auftrags die Grundsätze der Objektivität und Unparteilichkeit der Berichterstattung, die Meinungsvielfalt sowie die Ausgewogenheit der Angebote und Programme zu berücksichtigen.

⁴ Im 4. RÄStV, der 2000 in Kraft trat, wurden ARD und ZDF ermächtigt, Mediendienste mit vorwiegend programmbezogenem Inhalt anzubieten. Mit dem 7. RÄStV, der am 1. April 2004 in Kraft trat, wurde der Funktionsauftrag durch Selbstverpflichtungserklärungen der Rundfunkanstalten klarer gefasst und die vorherige Formulierung „mit vorwiegend programmbezogenem Inhalt“ in „mit programmbezogenem Inhalt“ geändert, um eine engere Verknüpfung des neuen Medienangebots mit den entsprechenden Programmen zu erreichen.

⁵ Änderungen durch den 4. RÄStV, der 2001 in Kraft trat.

⁶ Der 8. RÄStV trat am 1. April 2005 und der 9. RÄStV am 1. März 2007 in Kraft.

- (17) Er kann programmbegleitend Druckwerke und Mediendienste mit programmbezogenem Inhalt anbieten (§ 11 Absatz 1 Satz 2 RStV). Im Hinblick auf Druckwerke sind erfasst Informationen über die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten selbst, über die Rahmenbedingungen ihrer Programmtätigkeit sowie Programmvorschau und Wiedergabe von Programminhalten, vorausgesetzt dass ein durchgehender Programmbezug gegeben ist und die Erfüllung des Programmauftrags unterstützt wird⁷. Dies gilt auch für Mediendienste, wobei den spezifischen Merkmalen dieser Dienste Rechnung zu tragen ist⁸.
- (18) Im 9. RÄStV wurde der Begriff der „Mediendienste“ durch den der „Telemedien“ ersetzt. Der Begriff „Telemedien“ sei nicht auf den Rundfunk im engeren Sinn beschränkt, sondern erfasse alle Dienste, die vom Rundfunkbegriff im verfassungsrechtlichen Sinne erfasst sind (Verweis in der Begründung zur BVerfGE 74, 297 (350) und BVerfGE 83, 238 (302)). Unter den so verstandenen Rundfunkbegriff fallen der herkömmliche Rundfunk, *Live-Streaming* (zusätzliche parallele/zeitgleiche Übertragung herkömmlicher Rundfunkprogramme über das Internet) und *Web-Casting* (ausschließliche Übertragung von Rundfunkprogrammen über das Internet). Die Begründung zum Staatsvertrag enthält eine Liste von Beispielen für Telemedien wie das Angebot von Verkehrs-, Wetter-, Umwelt- oder Börsendaten, *News-Groups*, *Chat-Rooms*, elektronische Presse, Fernseh-/Radiotext, Teleshopping und auch Telespiele⁹, Video auf Abruf, soweit es sich nicht nach Form und Inhalt um einen Fernsehdienst im Sinne der „Fernsehen ohne Grenzen“-Richtlinie handelt (auch unter Berücksichtigung der jüngsten Rechtsprechung in der Rechtssache "Mediakabel"), Online-Dienste, die Instrumente zur Datensuche, zum Zugang zu Daten oder zur Datenabfrage bereitstellen (z. B. Internetsuchmaschinen) sowie die kommerzielle Verbreitung von Informationen über Waren- /Dienstleistungsangebote mit elektronischer Post (z. B. Werbemails).
- (19) Gemäß § 11 Absatz 4 RStV erlassen die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zur näheren Ausgestaltung ihres öffentlichen Auftrags Satzungen oder Richtlinien, die zu veröffentlichen sind. Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten sind verpflichtet alle zwei Jahre, erstmals zum 1. Oktober 2004, einen Bericht über die Erfüllung ihres Auftrags, über die Qualität und Quantität der Angebote und Programme sowie die geplanten Schwerpunkte der jeweils anstehenden programmlichen Leistungen vorzulegen. Dieser Verpflichtung nachkommend wurden im Jahre 2004 die "Leitlinien für die Programmgestaltung der ARD" sowie die "Programmperspektiven des ZDF 2004 – 2006" veröffentlicht. In diesen Dokumenten finden sich Aussagen zu den geplanten Tätigkeitsschwerpunkten, in einigen Fällen quantitative Ziele für bestimmte Programmgattungen sowie die Ankündigung konkreter Programme.

⁷ Diesbezüglich hatte die Bundesregierung noch vor dem Schreiben nach Artikel 17 erläutert, dass es sich bei den nach dieser Bestimmung zulässigen neuen Mediendiensten um eine unterstützende Randbetätigung bei der Erfüllung des Programmauftrags handele. Des Weiteren hatte die Bundesregierung erläutert, dass das verfassungsmäßige Rundfunkkonzept evolutionär sei, so dass öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten sich an neue technologische Entwicklungen anpassen können. Die neuen Mediendienste wurden nur aus Gründen der Klarheit ausdrücklich in den RStV aufgenommen, und die Vorschrift der Programmbezogenheit sollte eine Beschränkung dieser Dienste bewirken.

⁸ Vgl. Begründung zum 7. RÄStV, Nummer 4 Absatz 1.

⁹ Der Begründung zum Mediendienstestaatsvertrag (MStV) zufolge fielen Teleshopping und Telespiele nicht unter die frühere Definition von „Mediendienst“ in § 2 Absatz 2 Nummer 4 MStV.

Sie enthalten ferner Ausführungen zu den digitalen Zusatzkanälen¹⁰ sowie zu Online-Angeboten¹¹.

- (20) § 19 RStV (in der durch den 8. RÄStV geänderten Fassung) gibt einen Überblick über die von ARD und ZDF angebotenen Rundfunkprogramme. Danach veranstalten ARD und ZDF jeweils ein Fernsehprogramm. Die einzelnen in der ARD zusammengeschlossenen Landesrundfunkanstalten dürfen insgesamt nicht mehr als die zum 1. April 2004 verbreiteten Fernsehprogramme veranstalten.
- (21) Ferner können ARD und ZDF gemeinsam ein Fernsehprogramm mit kulturellem Schwerpunkt (Sat3 in Zusammenarbeit mit dem ORF und dem SR) und zwei Spartenfernsehprogramme (Phoenix und Kinderkanal) veranstalten. Sie beteiligen sich am Europäischen Fernsehkanal (ARTE). Diese Programme werden über Satellit ausgestrahlt; die zusätzliche Verbreitung auf anderen Übertragungswegen richtet sich nach Landesrecht.
- (22) ARD und ZDF können ihre Programme auch in digitaler Technik verbreiten und sind darüber hinaus berechtigt, ausschließlich in digitaler Technik jeweils bis zu drei weitere Fernsehprogramme mit den Schwerpunkten Kultur, Bildung und Information zu veranstalten.
- (23) Gemäß § 13 RStV sind Programme und Angebote gegen besonderes Entgelt hingegen unzulässig.

2.1.3. Kontrolle

- (24) Die Erfüllung des öffentlichen Auftrags unterliegt anstaltsinterner sowie externer Kontrolle. Der Fernsehrat bzw. Rundfunkrat ist eines der anstaltsinternen Kontrollorgane, das sich aus Mitgliedern zusammensetzt, die den verschiedenen gesellschaftlichen Bereichen entstammen und diese repräsentieren.¹² Er genehmigt den Haushaltsplan, so wie er vom Verwaltungsrat beschlossen wurde (siehe auch weiter unten, Randnummer (36)) und wählt den Intendanten. Er stellt ferner die Richtlinien für die Sendungen der Rundfunkanstalten auf und berät den Intendanten in Programmfragen. Er prüft außerdem, ob die öffentlich-rechtlichen

¹⁰ In den ARD-Leitlinien heißt es beispielsweise, dass die digitalen Zusatzkanäle als ergänzendes Angebot gedacht sind, das den Zuschauern auf benutzerfreundlichere Weise Zugang zu bereits vorhandenem Programmmaterial ermöglichen soll. Und auch in den ZDF-Programmperspektiven wird erläutert, dass das digitale Zusatzangebot hauptsächlich auf vorhandenem Programmmaterial basiert.

¹¹ Diese Leitlinien beinhalten bestimmte Grundsätze für Online-Tätigkeiten (z. B. hinsichtlich der Programmbezogenheit) und in einigen Fällen Beschränkungen (z. B. keine lokalen oder regionalen Informationsdienste wie Veranstaltungskalender oder Restaurantführer.) Ferner sind die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten die – der Kontrolle durch die KEF unterliegende – Verpflichtung eingegangen, Aufwendungen für das Online-Angebot auf 0,75 % des ARD/ZDF-Gesamtaufwands zu beschränken.

¹² So besteht beispielsweise der ZDF Fernsehrat aus 77 Mitgliedern, einschliesslich Vertreter der 16 Bundesländer, des Bundes sowie der verschiedenen politischen Parteien und Konfessionsgemeinschaften Deutschlands. Ausserdem werden auf Vorschlag der jeweiligen Verbände und Organisationen von den Ministerpräsidenten weitere Mitglieder berufen, wie z.B. Vertreter des deutschen Gewerkschaftsbundes, der Industrie- Landwirtschafts- sowie Umwelt und Naturschutzverbände, Vertreter des Journalistenverbandes und des Verbandes deutscher Zeitungsverleger.

Rundfunkanstalten sowohl ihre Programmleitlinien als auch ihre Selbstverpflichtungen einhalten.

- (25) Abgesehen von diesen internen Kontrollmechanismen müssen die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten den Landesparlamenten im Abstand von zwei Jahren über die finanzielle Lage und die Erfüllung des öffentlichen Auftrags Bericht erstatten. Ferner müssen sie den Ländern einen Bericht über die Erfüllung ihres öffentlich-rechtlichen Auftrags vorlegen.
- (26) Auch die KEF („Kommission zur Ermittlung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten“)¹³ muss bei der Beurteilung des Finanzbedarfs der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten – unter Achtung der Programmautonomie der Anstalten – prüfen, ob sich die Programmentscheidungen im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Auftrags bewegen.

Dritte können bei den anstaltsinternen Kontrollorganen und letztlich bei den jeweiligen die Rechtsaufsicht ausübenden Bundesländern Beschwerde einlegen. Gegen die Entscheidung des jeweiligen Bundeslandes steht Dritten Rechtsmittel vor den zuständigen Gerichten zu.

2.1.4. Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten

2.1.4.1. Finanzierung über Rundfunkgebühren

(a) Rechtsvorschriften

- (27) Die im Grundgesetz verankerte Finanzierungsgarantie findet sich einfachgesetzlich in § 12 RStV wieder, der vorsieht, dass die Finanzausstattung den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in die Lage zu versetzen hat, seine verfassungsmäßigen und gesetzlichen Aufgaben zu erfüllen. Sie hat insbesondere den Bestand und die Entwicklung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zu gewährleisten (so genannte „Bestands- und Entwicklungsgarantie“). Aus dieser Bestimmung ergibt sich ein direkter Anspruch der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten gegenüber dem Staat auf angemessene Finanzausstattung.
- (28) Gemäß § 13 RStV finanziert sich der öffentlich-rechtliche Rundfunk über Rundfunkgebühren, Einnahmen aus Rundfunkwerbung und sonstigen Einnahmen; vorrangige Finanzierungsquelle ist die Rundfunkgebühr.
- (29) Nach § 14 RStV wird der Finanzbedarf des öffentlich-rechtlichen Rundfunks auf der Grundlage von Bedarfsanmeldungen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten durch die unabhängige Kommission zur Überprüfung und Ermittlung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten (KEF) geprüft und ermittelt. Für die Höhe der Rundfunkgebühren, die durch den Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag (RFinStV) festgesetzt wird, bestimmt sich nach dem anerkannten Finanzbedarf der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten erforderlich sind.

¹³ Die Hauptaufgabe der KEF besteht darin, den Finanzbedarf der Rundfunkanstalten zu bestimmen, der Grundlage der von den Ländern zu treffenden Entscheidung zur Gebührenhöhe ist. Die Einzelheiten der Aufgaben der KEF sind weiter unten in Randnummer (30) ausgeführt.

- (30) Der RFinStV regelt die Organisation der KEF und das Verfahren zur Prüfung und Ermittlung des Finanzbedarfs der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten. Die KEF besteht aus 16 unabhängigen Sachverständigen (je ein Sachverständiger pro Bundesland), die von den jeweiligen Ministerpräsidenten für eine Dauer von fünf Jahren ernannt werden. Der KEF gehören Sachverständige der Rechnungshöfe an sowie Sachverständige aus Bereichen wie Wirtschaftsprüfung, Unternehmensberatung, Medienrecht/-wirtschaft/-wissenschaft. Es obliegt der KEF, die Finanzbedarfsanmeldungen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zu prüfen. Dabei prüft sie auch, ob und inwieweit sich die Programmentscheidungen im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Auftrags bewegen und Einsparpotenziale bestehen. Die Prüfung des Finanzbedarfs der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten basiert auf dem Bestands- und dem Entwicklungsbedarf. Die Feststellung des Finanzbedarfs erfolgt unter Berücksichtigung der allgemeinen Kostenentwicklung und der besonderen Kostenentwicklung im Medienbereich. Der Finanzbedarf der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten wird unter Berücksichtigung der Grundsätze von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit festgestellt. Der 8. RÄStV verlangt von der KEF bei der Ermittlung des Finanzbedarfs der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten auch die allgemeine wirtschaftliche Entwicklung und die Entwicklung der öffentlichen Haushalte zu berücksichtigen.
- (31) Ferner hat die KEF zu prüfen, inwieweit die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten finanzwirksame Selbstverpflichtungen eingehalten haben (wie z.B. die Selbstverpflichtung, für ihre Online-Angebote nicht mehr als 0,75 % ihres Gesamtaufwands zu verausgaben)¹⁴. Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten dürfen nur zum Erwerb, zur Erweiterung und zur Verbesserung der Betriebsanlagen Kredite aufnehmen. Diese Vorschrift ist als grundsätzliches Verbot einer Kreditfinanzierung zu verstehen. Die KEF hat deshalb das ZDF aufgefordert, eine in Erträgen und Aufwendungen ausgeglichene Gebührenperiode anzustreben und künftig eine Kreditaufnahme zu vermeiden¹⁵.
- (32) Alle zwei Jahre erstattet die KEF Bericht über die finanzielle Lage der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten und schlägt gegebenenfalls Erhöhungen der Rundfunkgebühr vor. Die Gebührenfestsetzung erfolgt durch den RFinStV auf Vorschlag der KEF und nach Einigung der Länder und darauf folgender Annahme durch die Länderparlamente. Der RFinStV regelt auch die Aufteilung der Einnahmen aus den Rundfunkgebühren zwischen den einzelnen Rundfunkanstalten¹⁶.
- (33) Die Rundfunkgebührenpflicht und das Einziehungsverfahren sind im Rundfunkgebührenstaatsvertrag (RGebStV) geregelt. Die Gebühr besteht aus

¹⁴ In ihrem 15. Bericht gelangte die KEF zu dem Schluss, dass ARD und ZDF die von ihnen ausgesprochenen Selbstbindungen zur Begrenzung ihres Online-Aufwands auf 0,75 % ihres Gesamtaufwands eingehalten hatten (vgl. 15. KEF-Bericht, Band 1, Tz. 270).

¹⁵ Dem 15. KEF-Bericht zufolge planten ARD und ZDF keinerlei Kreditfinanzierung für den Gebührenzeitraum 2005-2008. In der Vergangenheit hatte die KEF nur ausnahmsweise Kreditemächtigungen erteilt (z. B. für das Projekt DAB, siehe 12. Bericht, Tz. 229).

¹⁶ So werden nach dem 8. RÄStV beispielsweise die Einnahmen aus den Fernsehgebühren zwischen ARD und ZDF derart aufgeteilt, dass die ARD rund 61 % (zuvor 62 %) und das ZDF rund 39 % (zuvor 38 %) erhalten.

einer Grundgebühr für jedes Rundfunkempfangsgeräts sowie einer Fernsehgebühr für jedes Fernsehempfangsgerät.

- (34) Mit dem 8. RÄStV wurde die im RGebStV bezifferte Rundfunkgebühr auf eine monatliche Grundgebühr von 5,52 EUR sowie eine monatliche Fernsehgebühr von 11,51 EUR und damit insgesamt auf 17,03 EUR erhöht.
- (35) Die Rundfunkanstalten haben gemeinsam die Gebühreneinzugszentrale (GEZ) gegründet, die die Rundfunkgebühr im Namen der Rundfunkanstalten einzieht. Die Aufforderung zur Zahlung erfolgt per Rundfunkgebührenbescheid und rückständige Rundfunkgebühren können im Verwaltungszwangsverfahren vollstreckt werden. Jeglicher Verstoß gegen die Pflicht zur Gebührentichtung stellt eine Ordnungswidrigkeit dar.
- (36) Die Feststellung des Finanzbedarfs der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten und die daraus resultierende Verwendung der verfügbaren Finanzmittel unterliegen anstaltsinterner und externer Kontrolle. Der Fernsehrat genehmigt die Haushaltspläne und die Jahresabschlüsse der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten. Die Haushaltsführung von ARD und ZDF unterliegt der Kontrolle durch den Verwaltungsrat, der Haushaltsplan und Jahresabschluss beschließt. Zudem müssen die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, wie bereits dargelegt, die Länderparlamente über ihre finanzielle Lage unterrichten. Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten unterliegen ferner der Kontrolle durch die Rechnungshöfe, die die Ausführung des Haushaltsplans nach den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit prüfen.

(b) Finanzielle Lage der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten

- (37) Für den Zeitraum 2005-2008 verfügen ARD und ZDF über (geschätzte) Einnahmen von 23,8 Mrd. EUR bzw. 7,7 Mrd. EUR (oder 5,95 Mrd. EUR bzw. 1,9 Mrd. EUR pro Jahr). Im selben Zeitraum betragen die Einnahmen aus der Rundfunkgebühr für die ARD rund 86,4 % der Gesamteinnahmen (rund 20,6 Mrd. EUR), wobei sich der Anteil der Einnahmen aus Werbung auf 6 % und jener anderer Einnahmen auf 7,6 % beläuft. Für das ZDF belief sich der Anteil der Einnahmen aus der Rundfunkgebühr auf rund 86,1 % der Gesamteinnahmen (rund 6,6 Mrd. EUR), auf die Einnahmen aus Werbung entfielen 6,1 % und auf die anderen Einnahmen 7,8 %¹⁷.
- (38) Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten haben die Aufwendungen für Online-Angebote für den Zeitraum 2005-2008 mit 172,5 Mio. EUR für die ARD und 41,4 Mio. EUR für das ZDF beziffert. Der aufgrund der Obergrenze von 0,75 % für diesen Zeitraum zulässige Höchstbetrag (einschließlich der zusätzlichen finanziellen Mittel, die den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten durch Kosteneinsparungen in anderen Bereichen zur Verfügung stehen) würde sich auf rund 180 Mio. EUR für die ARD und rund 57,5 Mio. EUR für das ZDF belaufen. ARD und ZDF könnten somit zusammen über den Vierjahreszeitraum bis 2008 etwa 240 Mio. EUR bzw. rund 60 Mio. EUR pro Jahr für Online-Angebote aufwenden.

¹⁷ Vgl. 15. KEF-Bericht, Band 1, Tzn. 35 und 40.

- (39) Für digitale Zusatzkanäle hatten ARD und ZDF für den Zeitraum 2005-2008 einen Finanzbedarf von 45,3 Mio. EUR bzw. 57,4 Mio. EUR angemeldet. Dies entspricht 0,2 % bzw. 0,7 % ihres jeweiligen Gesamtaufwands¹⁸.
- (40) Den deutschen Behörden zufolge ist in den Haushaltsplänen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ein Sportrechte-Etat ausgewiesen, dessen Ausführung interner Kontrolle unterliegt. Für den Zeitraum 2001-2004 verfügte die ARD über einen Etat von 805 Mio. EUR, von dem lediglich 789 Mio. EUR ausgegeben wurden (die Differenz wurde auf den nächsten Gebührenzeitraum übertragen). Für den Zeitraum 2005-2008 beläuft sich der Etat auf 894 Mio. EUR. Im Falle des ZDF belief sich der Sportrechte-Etat für den Zeitraum 2001-2004 auf 670 Mio. EUR, von denen 638 Mio. EUR ausgegeben wurden (die Differenz wurde auf den nächsten Gebührenzeitraum übertragen). Für den Zeitraum 2005-2008 beläuft sich der Etat des ZDF auf 761 Mio. EUR. Folglich beliefen sich die Durchschnittsausgaben der beiden öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zusammengenommen für Sportrechte/-übertragungen jährlich auf rund 356 Mio. EUR (197 Mio. EUR bei der ARD und 159 Mio. EUR beim ZDF). Der Anteil des Sportrechte-Etats am Gesamtbudget der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten beläuft sich im Gebührenzeitraum 2005-2008 auf 3,8 % bei der ARD und 9,9 % beim ZDF¹⁹.

2.1.4.2. Steuerliche Sonderbehandlung der kommerziellen Tätigkeiten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten

- (41) Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten sind juristische Personen des öffentlichen Rechts (Anstalten) und grundsätzlich nicht steuerpflichtig. Sofern juristische Personen des öffentlichen Rechts jedoch gewerblich tätig werden, sind solche Tätigkeiten (so genannte Betriebe gewerblicher Art, BgA²⁰) gemäß § 1 Absatz 1 Körperschaftsteuergesetz (KStG) unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtig. Die deutschen Steuerbehörden haben eine Reihe von BgA definiert wie Werbung, Kostenbeteiligung Dritter, Verwertung von Programmmaterial und Studios, Verpachtung von Anlagevermögen und Sendestandortmitbenutzung.
- (42) Gemäß § 7 Absatz 1 bemisst sich die Körperschaftsteuer von BgA nach dem zu versteuernden Einkommen. Bei der Bemessung des zu versteuernden Einkommens können alle in Verbindung mit der betreffenden Wirtschaftstätigkeit angefallenen Kosten von den entsprechenden Einnahmen abgezogen werden. Da aber öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten Kosten sowohl in Verbindung mit nicht steuerpflichtigen als auch in Verbindung mit steuerpflichtigen Tätigkeiten entstehen (so genannte gemischt veranlasste Kosten), stellt sich die Frage der Kostenzuordnung. Nach deutschem Steuerrecht können Kosten, die unmittelbar durch die betreffende Wirtschaftstätigkeit entstehen, abgezogen werden. Andere gemischt veranlasste Kosten werden normalerweise nicht der Wirtschaftstätigkeit

¹⁸ Vgl. 15. KEF-Bericht, Band 1, Tz. 293.

¹⁹ Der höhere Anteil beim ZDF lässt sich darauf zurückführen, dass sein Sportetat zwar jenem der ARD entspricht, sein Gesamtbudget aber wesentlich niedriger ist als das der ARD.

²⁰ Gemäß § 4 KStG sind Betriebe gewerblicher Art von juristischen Personen des öffentlichen Rechts im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 6 alle Einrichtungen, die einer nachhaltigen wirtschaftlichen Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen dienen. Gewinnerzielungsabsicht ist nicht erforderlich.

zugerechnet, wenn sie vorwiegend in Verbindung mit der nicht steuerpflichtigen Tätigkeit entstehen. Unter dem Vorbehalt eines sachgerechten Maßstabs der Kostenzuordnung können diese gemischt veranlassenen Kosten der Wirtschaftstätigkeit jedoch zugerechnet werden.

- (43) Bereitet die Zuordnung gemischt veranlassener Kosten Schwierigkeiten, können die Steuerbehörden nach § 162 der Abgabenordnung (AO) Schätzungen heranziehen. Gemäß der einschlägigen Rechtsprechung zur Auslegung dieser Vorschrift können die Steuerbehörden in den Fällen auf Schätzungen zurückgreifen, in denen die Bemessung der Steuergrundlage unmöglich oder mit übermäßig großem Aufwand verbunden wäre. In einigen Fällen, in denen der Gesetzgeber Schwierigkeiten bei der Bemessung der Steuergrundlage vorhergesehen hat, wurde durch eine ausdrückliche Regelung zusätzlich zu dem allgemeinen Grundsatz in § 162 AO festgelegt, dass steuerpflichtige Gewinne durch Schätzungen bemessen werden können, die den in dem fraglichen Sektor üblichen Gewinn widerspiegeln²¹.
- (44) Die Steuerbehörden haben in der Vergangenheit den Umfang abzugsfähiger Kosten für die verschiedenen BgA öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten geprüft und Schätzungen des steuerpflichtigen Gewinns für die verschiedenen Tätigkeiten, ausgedrückt als Prozentsatz des Umsatzes, vorgenommen, welche dann allgemeine Anwendung fanden. Diese durch Schätzung ermittelten steuerpflichtigen Gewinne sind zumeist in Verwaltungsroundschreiben festgehalten.
- (45) Für die Veranstaltung von Werbesendungen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten wurde die Bemessung des steuerpflichtigen Gewinns durch die Festschreibung der gängigen Verwaltungspraxis gesetzlich geregelt. Seit 2001 beträgt gemäß § 8 Absatz 1 Satz 2 KStG bei den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten das Einkommen aus dem Geschäft der Veranstaltung von Werbesendungen 16 % der Einnahmen aus Werbesendungen. Diese Bestimmung galt bereits vorher, aber nur für das ZDF (seit 1977). Im Falle der ARD wurde ein anderes Kostenzuordnungsmodell verwendet, das so genannte „1:4/1:7“-Modell. Nach diesem bereits zuvor existierenden Modell, das 1980 per Verwaltungserlass förmlich festgelegt wurde, durfte die ARD von ihren Werbeeinnahmen die Kosten für 4 (Fernsehwerbung) bzw. 7 (Radiowerbung) Minuten des Rahmenprogrammes pro Werbeminute abziehen²². Beide Bestimmungen/Modelle basierten ursprünglich jedoch auf dem geschätzten steuerpflichtigen Gewinn von 16 % des Umsatzes beim Verkauf von Sendezeit für Werbung. Als das für die ARD geltende Modell wegen des drastischen Rückgangs der Werbeeinnahmen zu enormen rechnerischen Verlusten führte und folglich die ARD (im Gegensatz zum ZDF) keine Steuern mehr zu entrichten hatte, wurde beschlossen, die Besteuerung der Werbeeinnahmen von ARD und ZDF einheitlich zu regeln.
- (46) Für andere gewerbliche Tätigkeiten wurde in ähnlicher Weise vorgegangen und nach eingehende Prüfungen durch die Steuerbehörden Gewinnpauschalen festgelegt: für Kostenbeteiligungen Dritter gilt eine Gewinnpauschale von 16 % der Einnahmen, für die Verwertung von Programmmaterial eine

²¹ Siehe beispielsweise § 64 AO über die Verwertung unentgeltlich erworbenen Altmaterials.

²² Dieses Modell basierte auf Untersuchungen, wie viele Minuten Werberahmenprogramm erforderlich waren, um eine Werbeminute zu verkaufen.

Gewinnpauschale von 25 % und für die Verpachtung von Anlagevermögen, den Verkauf von CDs und DVDs und andere Merchandisingaktivitäten eine Gewinnpauschale von 40 % der Einnahmen. Für andere Tätigkeiten wie die Sendestandortmitbenutzung gelten hingegen die allgemeinen Steuerregeln (d. h. die Bemessungsgrundlage ist der tatsächlich erzielte Gewinn).

2.1.4.3. Finanzierungsgarantie und Anstaltslast

- (47) Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist der Staat verpflichtet, den Bestand und die Entwicklung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zu gewährleisten. Diese Finanzierungsgarantie begründet einen direkten Anspruch der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten gegenüber dem Staat auf eine hinreichende Finanzausstattung zur Erfüllung ihres öffentlich-rechtlichen Auftrags²³.
- (48) Ferner beinhaltet diese Finanzierungsgarantie, dass das jeweilige Bundesland einen Konkurs der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten abwenden und gegebenenfalls die Verbindlichkeiten der Rundfunkanstalt übernehmen muss²⁴. Die Unzulässigkeit von Insolvenzverfahren ist zudem ausdrücklich in Rechtsakten betreffend einzelne Rundfunkanstalten festgelegt²⁵.
- (49) Außerdem sind die öffentlich-rechtlichen Rundfunksender Anstalten des öffentlichen Rechts, für die die Grundsätze der Anstaltslast gelten. Diesen Rechtsgrundsätzen zufolge ist der Staat verpflichtet, eine angemessene Finanzausstattung sicherzustellen und etwaige Defizite auszugleichen.

2.2. Beschreibung des Rundfunkmarktes in Deutschland

- (50) Die ARD ist ein auf das Jahr 1953 zurückgehender Zusammenschluss von neun Landesrundfunkanstalten. Sie strahlt ein landesweites Programm aus, das sogenannte "Erste Deutsche Fernsehen", und die einzelnen Landesrundfunkanstalten übertragen in den jeweiligen Bundesländern mit den Dritten Programmen ihre eigenen regionalen Programme. Das "Zweite Deutsche Fernsehen" (ZDF) wurde 1961 gegründet und überträgt das zweite landesweite Programm.
- (51) ARD und ZDF strahlen ferner seit 1997 gemeinsam zwei Spartenkanäle aus, und zwar den Kinderkanal und den Ereignis- und Dokumentationskanal Phoenix. Zusammen mit der österreichischen und der schweizerischen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt (ORF und SRG) strahlen ARD und ZDF (seit 1984) den Satelliten-Kulturkanal 3sat aus. ARD und ZDF arbeiten ferner seit 1992 mit der französischen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt bei der Übertragung des europäischen Kulturkanals ARTE zusammen. Abgesehen von diesen Kanälen dürfen ARD und ZDF je drei weitere digitale Kanäle anbieten. Das öffentlich-rechtliche Angebot umfasst zu rund 51,8 % Hauptprogramme (je 5 % landesweite Programme von ARD und ZDF und 41,7 % regionale Programme der Landesrundfunkanstalten), zu 18,7 % Spartenkanäle (Phoenix und Kinderkanal

²³ Vgl. Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts BVerfGE 90, 60 (91).

²⁴ Vgl. Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts BVerfGE 89, 144.

²⁵ Vgl. beispielsweise § 32 des ZDF-Staatsvertrags über die Unzulässigkeit eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des ZDF und § 1 WDR-Gesetz.

mit 8,7 % sowie 3sat, ARTE und BR-alpha mit 10,1 %) und zu 29,5 % digitale Zusatzkanäle²⁶.

- (52) Ausgehend vom jüngsten KEF-Bericht²⁷ stellt sich das Programmangebot der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten folgendermaßen dar²⁸:

Tabelle 1: Anteile der von der ARD angebotenen Programmformate aufgeschlüsselt nach Prime Time und Gesamtprogramm (in %)

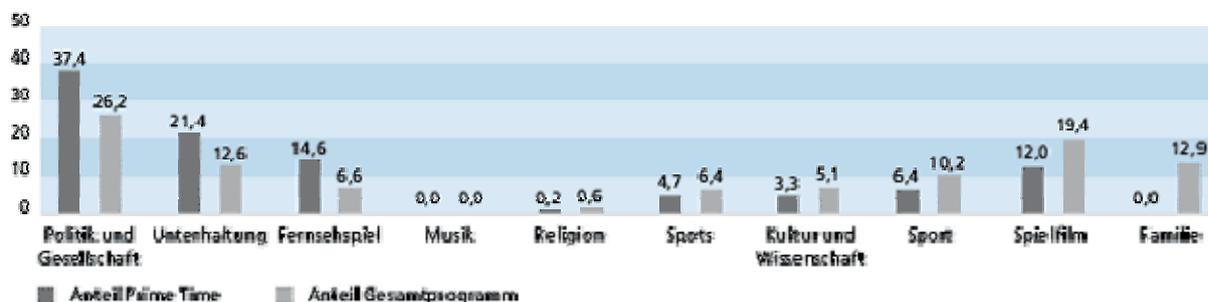
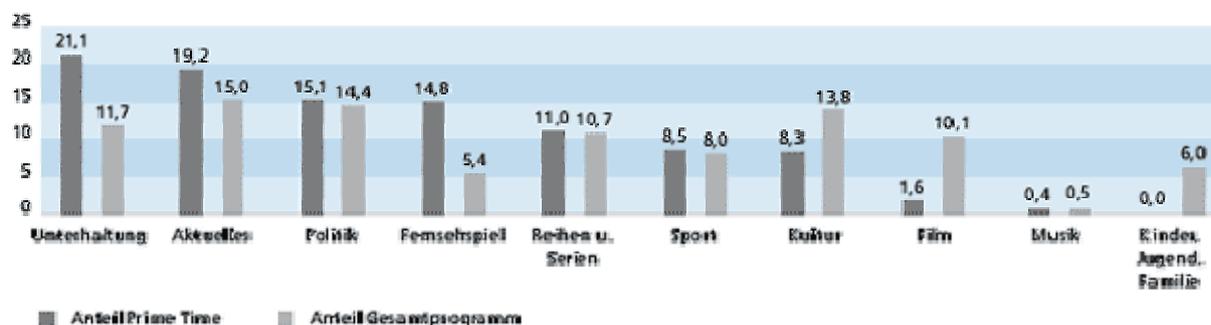


Tabelle 2: Anteile der vom ZDF angebotenen Programmformate aufgeschlüsselt nach Prime Time und Gesamtprogramm (in %)



- (53) Das Angebot der drei digitalen Zusatzkanäle von ARD und ZDF stellt sich folgendermaßen dar:

Tabelle 3: Anteile der verschiedenen Programmformate am digitalen Angebot von EinsMuXx, EinsExtra und EinsFestival im Jahr 2004 (in %)

²⁶ Vgl. 15. KEF-Bericht, Band 2, Tz. 330.

²⁷ Vgl. 15. KEF-Bericht, Band 2, insbesondere Tzn. 363 - 365.

²⁸ Es sei darauf hingewiesen, dass es keine allgemeingültige einheitliche Kategorisierung der Programmformate gibt, so dass ein unmittelbarer Vergleich zwischen ARD und ZDF sowie zwischen den Hauptprogrammen der Rundfunkanstalten und ihrem Angebot über digitale Zusatzkanäle nicht möglich ist. Die Schaubilder geben aber einen gewissen Aufschluss über die Programmformate und deren Gewichtung im Angebot der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten.

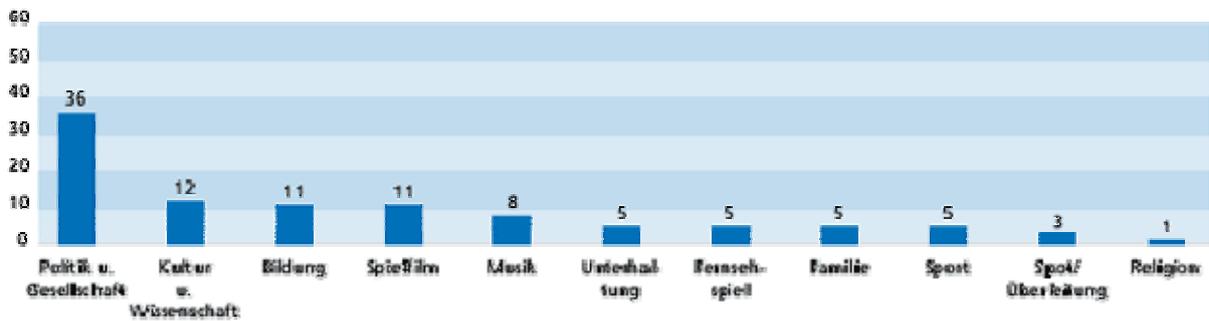
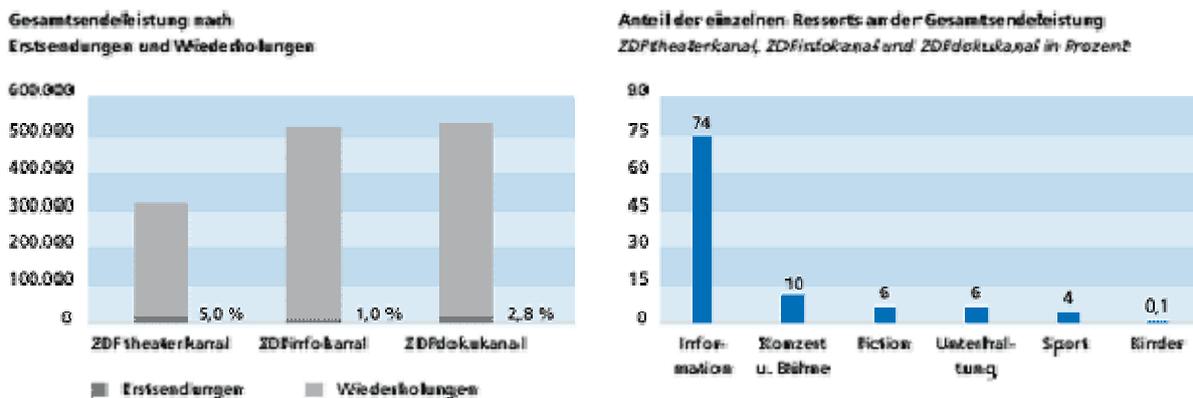


Tabelle 4: Anteile der verschiedenen Programmgenarten am digitalen Angebot des ZDF im Jahr 2004 (in %)



(54) Bei Heranziehung anderer Quellen, die einen vergleichenden Überblick über die Programmgenarten sowohl der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten als auch der wichtigsten privaten Rundfunkveranstalter geben, ergibt sich folgendes Bild:

Tabelle 5: Verschiedene Programmgenarten bei ARD/Das Erste, ZDF, RTL, SAT.1 und ProSieben im Jahr 2004 (2005), ausgedrückt in % der Sendezeit

	ARD	ZDF	RTL	SAT.1	Pro7
Information – darunter u. a.:	41,7 (43,0)	48,4 (48,8)	23,9 (25,2)	16,8 (17,7)	29,9 (27,7)
- Nachrichten	18,3 (9,6)	19,2 (9,6)	7,3 (4,0)	3,4 (3,2)	1,7 (1,1)
- Magazine	20,8 (20,9)	26,4 (26,8)	2,3 (2,3)	12,6 (12,9)	21,2 (19,5)

	ARD	ZDF	RTL	SAT.1	Pro7
Sport²⁹	9,6 (6,8)	7,5 (5,5)	2,2 (2,1)	0,6 (0,5)	-
Sportinformation	3,8 (2,6)	3,5 (2,6)	1,1 (0,9)	0,3 (0,2)	-
Sportübertragungen	5,8 (4,1)	4,0 (2,9)	1,2 (1,2)	0,3 (0,3)	-
Nonfikt. Unterhaltung	8,2 (6,9)	6,1 (5,6)	20,6 (19,9)	31,5 (31,7)	17,7 (20,8)
Musik	1,6 (1,5)	1,6 (1,1)	1,7 (1,7)	0,6 (0,5)	1,7 (0,6)
Kinderprogramm	6,2 (5,7)	5,9 (5,0)	1,6 (1,4)	1,6 (0,2)	3,7 (2,4)
Fiktion	28,7 (32,)	26,7 (30,5)	24,7 (23,8)	23,1 (24,1)	27,0 (28,7)
Sonstige	2,5 (2,4)	2,5 (2,3)	5,3 (5,4)	5,0 (4,7)	5,3 (5,4)
Werbung	1,5 (1,4)	1,3 (1,3)	20,0 (20,5)	20,8 (20,5)	14,6 (14,5)

Quelle: Krüger, Udo Michael: Sparten, Sendungsformen und Inhalte im deutschen Fernsehangebot. Programmanalyse 2004 and 2005 von ARD/Das Erste, ZDF, RTL, SAT.1 und ProSieben. In: Media Perspektiven 4/2006

- (55) 1984 traten private Rundfunkveranstalter in den Markt ein. Die wichtigsten auf dem deutschen Free-TV-Markt tätigen Unternehmen sind die ProSiebenSAT.1 Media AG (mit den Free-TV-Kanälen ProSieben, Sat1, Kabel eins und n24) und RTL (mit den Free-TV-Kanälen RTL, n-tv und VOX). Weitere Fernsehkanäle sind das Deutsche Sportfernsehen (DSF)³⁰, Tele 5, VIVA und MTV³¹. Insgesamt werden 81 landesweite Fernsehprogramme angeboten, davon 21 von öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten und 60 von privaten Wettbewerbern.

²⁹ Der 2005 im Vergleich zu 2004 geringere Sportanteil am Programm der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ist darauf zurückzuführen, dass 2004 ein „Sportjahr“ mit bedeutenden Sportereignissen war.

³⁰ Das DSF hatte 2006 offensichtlich einen Umsatz von 108 Mio. EUR zu verzeichnen (Quelle: epd medien).

³¹ Quelle: KEK (Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich) -Überblick über die Marktanteile privater Rundfunkveranstalter auf dem deutschen Markt im Jahr 2005.

- (56) Premiere ist der größte Pay-TV-Anbieter auf dem deutschen Markt mit mehr als 3 Mio. Abonnenten und einem Jahresumsatz von rund 1 Mrd. EUR (2005)³².
- (57) Ferner gibt es eine Reihe ausländischer Fernsehveranstalter mit Programmen für das deutschsprachige Publikum wie National Geographic Deutschland, Discovery Channel und Nick Deutschland³³. Kabelbetreiber haben ebenfalls eine Vielzahl von ausländischen Kanälen in ihren Programmbouquets³⁴.
- (58) Das Budget von ARD und ZDF beläuft sich auf rund 7,9 Mrd. EUR pro Jahr, davon entfallen 5,95 Mrd. EUR auf die ARD und 1,9 Mrd. EUR auf das ZDF. Die größten Konkurrenten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten auf dem Free-TV-Markt verzeichnen Jahresumsätze von rund 2 Mrd. EUR (ProSiebenSat1 Media AG, 2006) bzw. 1,8 Mrd. EUR (RTL Fernsehen Deutschland, 2005).
- (59) Die Marktanteile der großen Fernsehsender (Free-TV) verteilen sich wie folgt:

Tabelle 6: Marktanteile (2005)

Marktanteile nach Sendezeiten ¹⁾								
Zuschauer ab 3 Jahren; ausgedrückt in %								
	03.00-15.00		15.00-18.00		18.00-20.00		20.00-01.00	
	2004	2005	2004	2005	2004	2005	2004	2005
„Das Erste“ (landesweites ARD-Programm)	12,6	12,0	12,8	11,7	14,9	13,6	15,1	14,9
ZDF	10,6	10,5	12,3	13,7	16,4	16,0	15,2	14,4
„Dritte“ (Programme der Landesrund- funkanstalten)	9,8	9,7	12,5	11,8	16,9	16,5	15,3	15,0
SAT.1	11,4	12,0	14,6	15,3	9,1	11,2	8,9	9,1
RTL	15,3	14,5	14,0	13,9	12,9	12,3	13,4	12,7
ProSieben	7,9	7,9	6,4	5,8	5,6	5,2	7,1	6,8
Sonstige	32,5	33,5	27,4	27,9	24,1	25,1	24,9	27,1

1) Marktanteile 2005: Januar – November.

Quelle: AGF/GfK Fernsehforschung.

³² Neben dem führenden Pay-TV-Anbieter Premiere mit seinen rund 3,4 Mio. Abonnenten beginnen aber auch Netzbetreiber und Sportrechteagenturen, wie Kabel Deutschland (ca. 500 000 Abonnenten) und Arena (ca. 1 Mio. Abonnenten) in den Pay-TV-Markt eingestiegen. Und auch einige Free-TV-Unternehmen bieten inzwischen Pay-TV-Dienste an.

³³ Siehe Angaben des „European Audiovisual Observatory“ für das Jahr 2004.

³⁴ Dem European Audiovisual Observatory zufolge entfielen bei Kabel Deutschland 2004 rund 40 % des Programmbouquets auf ausländische Kanäle.

- (60) Die vorstehende Tabelle zeigt, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zusammen mit ihrem Hauptprogramm (ohne thematische und digitale Zusatzkanäle) zur Hauptsendezeit (18:00 – 20:00) einen Marktanteil von rund 46 % und in der Sendezeit von 20:00 bis 1:00 einen Marktanteil von rund 45 % erzielten (2005 Zahlen).
- (61) Bei den Marktanteilen für den gesamten Tag (2005 Zahlen) entfallen auf ARD und ZDF je 13,5 %, auf die Dritten Programme weitere 13,6 % und auf andere Gemeinschaftsprogramme und Spartenkanäle der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten (einschließlich Phoenix, Kinderkanal, 3sat und ARTE) rund 3-4 %, d. h. insgesamt rund 45 %, während die privaten Rundfunkveranstalter/Kanäle der ProSiebenSat1-Gruppe (Sat.1, ProSieben, kabel eins, N24 und 9live) 25 % (davon RTL allein 13,2 %) bzw. 11 % (davon ProSieben allein 6,7 %) erreichten³⁵. Andere private Rundfunkveranstalter erreichten folgende Marktanteile: DSF 1,2 %, Eurosport 0,9 %, Tele 5 0,4 %, VIVA 0,5 %, MTV 0,4 % und Premiere rund 2,3 %³⁶.
- (62) Öffentlich-rechtliche und private Rundfunkveranstalter sind in ganz unterschiedlichem Maße von Einnahmen aus der Werbung abhängig; so entfielen auf die privaten Rundfunkveranstalter der RTL-Gruppe und der ProSiebenSat1-Gruppe 2005 je 43,5 % des Werbemarktes, während der Marktanteil von ARD und ZDF lediglich 4,3 % betrug³⁷.
- (63) Neben dem Angebot von Fernsehprogrammen, sind die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten auch ermächtigt, neue Mediendienste anzubieten. Seit Mitte der 90er Jahre begannen die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten mit Angeboten im Internet.³⁸ Das Online-Angebot beinhaltet zunächst Angaben zu den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten selbst und ihren Programmen. Die Online-Dienste der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten umfassen des weiteren auch Hintergrundinformationen zu den einzelnen Sendungen, Zugang zu Archivmaterial, in geringerem Umfang Videoclips und Downloads von Fernsehsendungen, Diskussionsforen und Newsletter, aber auch Online-Spiele, Online-Shops, Datenbanken und Online-Rechner, Chats, Links zu externen Angeboten sowie "mobile Dienste". Daneben gab es - zumindest in der Vergangenheit - Kooperationen mit Dritten hinsichtlich der Erbringung von Online-Diensten³⁹.

2.3. Kommerzielle Tätigkeiten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten

- (64) Kommerzielle Tätigkeiten werden hauptsächlich über kommerzielle Tochtergesellschaften ausgeübt (siehe unten) und in geringerem Umfang durch die Rundfunkanstalten selbst⁴⁰.

³⁵ Siehe Daten für 2005 in *Media Perspektiven* 3/2006 sowie KEK-Überblick für 2005.

³⁶ Quelle: KEK-Überblick über die Marktanteile 2005.

³⁷ Daten der KEK über den Markt für Werbung in Deutschland.

³⁸ Im 15. KEF-Bericht sind die von den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten angebotenen Online-Dienste im Einzelnen beschrieben (vgl. 15. KEF-Bericht, Band 2, Tzn. 380 ff.).

³⁹ Ein Beispiel war die Zusammenarbeit des ZDF mit T-Online sowie mit der Jobs & Adverts AG, um Online-Arbeitsvermittlungsdienste (WISO-Stellenmarkt) anzubieten.

⁴⁰ Beispiele sind die Programmverwertung und die Vermietung von Sendestandorten durch den BR oder die vom ZDF produzierte Werbung.

- (65) 2003 hielten die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten 139 Mehrheitsbeteiligungen⁴¹.
- (66) ARD und ZDF halten gemeinsam Beteiligungen an SportA (Erwerb und Veräußerung von Sportrechten). Außerdem halten mehrere ARD-Anstalten gemeinsam Beteiligungen an Unternehmen wie der Degeto Film GmbH (Erwerb und Veräußerung von Rechten, Spielfilmen und Fernsehprojekten) und der Telepool GmbH (Beschaffung, Herstellung und Verwertung von Fernseh- und Filmproduktionen). Auch die Landesrundfunkanstalten halten durch ihre Holding-Gesellschaften Beteiligungen insbesondere im Bereich Filmproduktion und verwandte Dienste. Die größten von ARD Anstalten gehaltenen Filmproduktionsgesellschaften sind die Bavaria Film, das Studio Hamburg und die drefa holding. Diese Unternehmen produzieren Filme nicht nur für ihre Muttergesellschaften⁴², sondern in unterschiedlichem Maße auch für Dritte⁴³. Bavaria Film and Studio Hamburg zählen zu den 10 größten Produktionsgesellschaften in Deutschland⁴⁴. Ferner haben die meisten Landesrundfunkanstalten Tochtergesellschaften, die Sendezeit für Werbung verkaufen (Werbetöchter), sich um Marketing und Sponsoring kümmern oder im Bereich der Entwicklung von Multimedia- und Online-Diensten tätig sind. Das ZDF hat die ZDF Enterprises GmbH gegründet, deren Unternehmenszweck die Beschaffung, Herstellung und Verwertung von Programmen und Rechten sowie Beteiligungsmanagement umfasst. Sendezeit für Werbung wird jedoch weiterhin durch das selbst verkauft.

3. EINLEITUNG DES PRÜFVERFAHRENS

- (67) Die von den Beschwerdeführern vorgebrachten Bedenken und Behauptungen sowie die ursprünglichen Stellungnahmen der Bundesregierung lassen sich wie folgt zusammenfassen.
- (68) Im Oktober 2002 wurde eine informelle Beschwerde betreffend die Finanzierung der Online-Tätigkeiten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten eingereicht und vorgebracht, dass bestimmte Online-Dienste nicht unter den öffentlich-rechtlichen Auftrag fielen und zu Wettbewerbsverzerrungen auf dem Markt für Online-Dienste führten (vgl. Beschwerde CP 2/2003).
- (69) Im Oktober 2002 wurde eine weitere Beschwerde mit der Behauptung eingereicht, dass Produktionsgesellschaften der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten staatliche Beihilfen erhielten (vgl. Beschwerde CP 232/2002).

⁴¹ Diese Zahl spiegelt den Stand im Jahr 2003 und somit einen Anstieg gegenüber den 120 Beteiligungen wider, von denen noch im 14. KEF-Bericht die Rede war.

⁴² Zum Zwecke der Ausstrahlung durch die Rundfunkanstalt getätigte Filmproduktionen könnten noch als Teil des Auftrags angesehen werden.

⁴³ Den von Deutschland vor dem Schreiben nach Artikel 17 übermittelten Informationen zufolge erzielten Bavaria Film und Studio Hamburg nur 33 % bzw. 20 % ihres jährlichen Umsatzes mit Produktionen für ihre Muttergesellschaften.

⁴⁴ Nach Angaben der KEK belief sich der Umsatz von Studio Hamburg 2005 auf 570 Mio. EUR und jener von Bavaria auf 280 Mio. EUR, während die privaten Produktionsgesellschaften/-konzerne UFA (2004) einen Umsatz von rund 300 Mio. EUR und Endemol Deutschland von rund 100 Mio. EUR erzielten. Was das Produktionsvolumen angeht, so stehen Bavaria und Studio Hamburg an 5. bzw. 9. Stelle im Vergleich zu UFA und Endemol, die die 1. bzw. 3. Stelle einnehmen (Zahlen für 2004).

Dem Beschwerdeführer zufolge gewährleisteten weder die bestehenden Rechtsvorschriften noch die vorhandenen Kontrollmechanismen, dass die finanziellen Transaktionen zwischen den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten und ihren Produktionsgesellschaften marktkonform sind. Dies ermögliche es den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, in Unternehmen zu investieren, ohne dass ein angemessener Investitionsrückfluss gesichert sei, diesen Unternehmen Dienste ohne angemessene Vergütung zu erbringen und deren Verluste zu übernehmen. Infolgedessen würden die Filmproduktionstöchter der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten einen ungerechtfertigten Vorteil zum Nachteil ihrer Mitbewerber auf dem Markt für Filmproduktionen genießen.

- (70) Im April 2003 reichte der Verband Privater Rundfunk und Telemedien e. V. (VPRT) eine umfassende Beschwerde betreffend die Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ein (Beschwerde CP 43/2003). Nach Ansicht des Beschwerdeführers beachte die Finanzierungsregelung nicht die in der Transparenzrichtlinie vorgesehenen Verpflichtungen. Folglich könne nicht ausgeschlossen werden, dass die Finanzierung über Rundfunkgebühren über das hinausgehe was zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags erforderlich sei, und die Gebühren deshalb auch rein kommerziellen Tätigkeiten zugute kämen. Der Beschwerdeführer äußerte sich insbesondere besorgt über eine den Rundfunkanstalten selbst überlassene Ausweitung ihrer Tätigkeiten im Bereich der neuen Mediendienste und über wettbewerbsverzerrende Auswirkungen aufgrund der Finanzierung umfassender durch die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten erworbenen Sportrechtepakete.
- (71) Im März 2004 erhielt die Kommission eine weitere Beschwerde von einem Kabelnetzbetreiber (Kabel Baden-Württemberg, im Folgenden „Kabel BW“). Der Beschwerdeführer brachte vor, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten für die Bereitstellung von Sendeanlagen keine Marktpreise in Rechnung stellten und so den Wettbewerb zum Nachteil anderer Betreiber verzerrten (diese Behauptungen wurden im Rahmen einer Beschwerde über die finanzielle Unterstützung für private Rundfunkveranstalter in der Sache C 25/2004 DVB-T Berlin Brandenburg vorgebracht)⁴⁵.
- (72) Im Juli und Oktober/November 2004 erhielt die Kommission weitere Beschwerden wegen angeblicher Wettbewerbsverzerrungen durch Erwerb und Verwertung von Sportrechten (vgl. Beschwerde CP 243/2004 von Pro7Sat1 und Beschwerde CP 195/2004 von Premiere). Die Beschwerdeführer machten im Einzelnen geltend, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten mit öffentlichen Mitteln umfangreiche Sportrechtepakete erwerben, darunter Exklusivrechte, Rechte zur Verwertung im Bereich neuer Medien sowie Pay-TV-Rechte, ohne dass diese Rechte für die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags erforderlich seien und ohne sie vollständig in Anspruch zu nehmen, gleichzeitig aber ihre Sublizenzierung an Dritte verweigerten.

⁴⁵ In der endgültigen Entscheidung im Fall DVB-T Berlin-Brandenburg vom November 2005 wies die Kommission darauf hin, dass die Beschwerde von Kabel BW im Rahmen des Verfahrens zur allgemeinen Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten (Staatliche Beihilfe Nr. E 372005) behandelt würde, da sie mit dem Verhalten der Rundfunkanstalten im Zusammenhang mit der Vermietung ihrer Sendeanlagen zusammenhinge.

- (73) In Erwiderung auf das Auskunftersuchen der Kommission vertrat die Bundesregierung die Auffassung, dass die Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten durch Rundfunkgebühren keine staatliche Beihilfe darstelle und dass die Transparenzrichtlinie auf die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten nicht anwendbar sei. Ferner wurden die Behauptungen bezüglich einer angeblichen Überkompensierung und Quersubventionierung der kommerziellen Tätigkeiten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zurückgewiesen. Außerdem gewährleisteten die geltenden Bestimmungen, dass sich die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten und ihre Tochtergesellschaften marktkonform verhielten. Im Zusammenhang mit den Behauptungen zum Online-Angebot der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten und zum Erwerb von Sportrechten machte die Bundesregierung geltend, dass diese Tätigkeiten Teil des öffentlich-rechtlichen Auftrags seien und ihre Finanzierung folglich gemäß Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag zulässig sei.

4. SCHREIBEN NACH ARTIKEL 17

- (74) Auf der Grundlage der Ausführungen der Beschwerdeführer sowie den von den deutschen Behörden übermittelten Informationen führte die Kommission eine erste Prüfung anhand der gemeinschaftsrechtlichen Beihilfebestimmungen durch. Gemäß Artikel 17 der Verfahrensverordnung informierte sie die Bundesregierung über ihre vorläufige Auffassung, dass die geltende Finanzierungsregelung nicht länger mit dem EG-Vertrag vereinbar sei (so genanntes „Schreiben nach Artikel 17“ vom 3. März 2005), und forderte Deutschland zur Stellungnahme auf.
- (75) Die Kommission vertrat die Auffassung, dass die uneingeschränkte staatliche Garantie und die Gebührenfinanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten sowie möglicherweise die steuerliche Sonderbehandlung der kommerziellen Tätigkeiten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten als staatliche Beihilfe anzusehen seien. Die Kommission bemängelte das Fehlen einer hinreichend präzisen Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrags und einer angemessenen Beauftragung (insbesondere in Bezug auf neue Mediendienste und digitale Zusatzkanäle) unter Ausschluss von Tätigkeiten, deren Einbeziehung einen „offensichtlichen Fehler“ darstellen würde (insbesondere kommerzielle Tätigkeiten sowie "mobile Dienste"). Vor diesem Hintergrund äußerte sie auch Zweifel daran, ob die Erfüllung des öffentlichen Auftrags durch die Rundfunkanstalten wirksamer Kontrolle unterliegt. Die Kommission vertrat ferner die Auffassung, dass die einschlägigen Rechtsakte keine hinreichenden Mechanismen zur Beschränkung der staatlichen Finanzierung auf die Nettokosten des öffentlichen Auftrags vorsehen. In diesem Kontext äußerte sich die Kommission ebenfalls besorgt darüber, dass die bestehenden Rahmenbedingungen nicht sicherstellten, dass sich die Rundfunkanstalten im Hinblick auf ihre kommerziellen Tätigkeiten durchgehend marktkonform verhalten. Schließlich äußerte die Kommission Zweifel in Bezug auf die Finanzierung von umfangreichen Sportrechtepaketen und der (Nicht-)Nutzung von Sportrechten.
- (76) Ausgehend von der vorstehend zusammengefassten vorläufigen Würdigung zeigte die Kommission Maßnahmen auf, die die dargelegten Bedenken ausräumen könnten, und zwar:

- Weitere Konkretisierung des öffentlichen Auftrags der Rundfunkanstalten hinsichtlich der Erbringung von neuen Mediendiensten sowie des Angebots der digitalen Kanäle und Ausschluss solcher Dienste, die nicht als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse angesehen werden können;
- Klare Beauftragung der Rundfunkanstalten (insbesondere im Hinblick auf Online-Dienste und digitale Angebote) sowie angemessene nachträgliche Kontrolle;
- Klare Unterscheidung zwischen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und rein kommerziellen Tätigkeiten und Einführung getrennter Buchführung gemäß der Transparenzrichtlinie;
- Gewährleistung, dass rein kommerzielle Tätigkeiten der Rundfunkanstalten nicht von staatlichen Zuwendungen gleich welcher Art profitieren (insbesondere durch Rundfunkgebühren, aber auch durch mögliche Vorteile aufgrund der steuerlichen Sonderbehandlung oder der uneingeschränkten Finanzierungsgarantie);
- Geeignete Maßnahmen, um sicherzustellen, dass sich die Rundfunkanstalten hinsichtlich ihrer kommerziellen Tätigkeiten nach marktwirtschaftlichen Prinzipien verhalten. Dies bedeutet, dass die finanziellen Beziehungen zwischen Rundfunkanstalten und ihren kommerziell tätigen Tochterunternehmen transparent sind und im Einklang mit dem Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers stehen. Ferner müssen sich die finanziellen Beziehungen zwischen Rundfunkanstalten und ihren Tochterunternehmen an dem Grundsatz des Fremdvergleichs („arm’s length principle“) messen lassen. Schließlich sollten Rundfunkanstalten verpflichtet werden, sich hinsichtlich ihrer kommerziellen Tätigkeiten marktkonform zu verhalten. Die Einhaltung dieser marktwirtschaftlichen Grundsätze sollte regelmäßiger Kontrolle unterliegen.

(77) Im Hinblick auf die Finanzierung von Sportrechten bat die Kommission die Bundesregierung, zu der vorläufigen Würdigung Stellung zu nehmen und gegebenenfalls Maßnahmen vorzuschlagen, um eine unverhältnismäßige Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu vermeiden.

5. VORBRINGEN DER BUNDESREGIERUNG IM ANSCHLUSS AN DAS SCHREIBEN NACH ARTIKEL 17

(78) Mit Schreiben vom 6. Mai 2005⁴⁶ übermittelte die Bundesregierung ihre Stellungnahme zu den vorläufigen Feststellungen der Kommission und unterbreitete eine Reihe von Vorschlägen, um die von der Kommission dargelegten Bedenken auszuräumen. Ferner übermittelte sie eine Kopie des 8. Rundfunkänderungsstaatsvertrags, der erst nach der Übermittlung des Schreibens nach Artikel 17 in Kraft getreten war (am 1. April 2005).

(79) Nach Zusammenkünften von Vertretern der Kommission und der deutschen Behörden im März und Juli 2005 versandte die Kommission am 10. Februar 2006

⁴⁶ Von der Kommission unter dem Aktenzeichen A/33786 registriert.

ein weiteres Auskunftsersuchen⁴⁷, dem die deutschen Behörden mit Schreiben vom 13. April 2006⁴⁸ nachkamen. Später übermittelten sie eine Kopie des 9. Rundfunkänderungsstaatsvertrags, den die Länder im November 2005 verabschiedet hatten und der am 1. März 2007 in Kraft getreten ist.

- (80) Die Stellungnahme der Bundesregierung zu den verschiedenen von der Kommission in dem Schreiben nach Artikel 17 aufgezeigten Aspekten lässt sich folgendermaßen zusammenfassen:

5.1. Qualifizierung als staatliche Beihilfe gemäß Artikel 87 Absatz 1 EG Vertrag

5.1.1. Die Finanzierung über Rundfunkgebühren stellt keine staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag dar

- (81) Nach Auffassung der Bundesregierung stellt die Finanzierung über Rundfunkgebühren keine staatliche Beihilfe zugunsten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten dar. Erstens handele es sich bei den Gebühreneinnahmen nicht um staatliche Mittel. Zweitens kämen die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten durch die Gebührenfinanzierung nicht in den Genuss eines finanziellen Vorteils im Sinne von Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag in der Auslegung durch den Gerichtshof im Altmark-Urteil.
- (82) Die Rundfunkgebühren würden von den Besitzern von Radio- und Fernsehgeräten direkt an die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten gezahlt, so dass der staatliche Haushalt nicht tangiert würde. Des Weiteren unterständen die Rundfunkgebühren weder der Kontrolle durch den Staat noch könne er auf sie zugreifen.⁴⁹ In Anbetracht der *PreussenElektra*- und *Pearle*-Rechtsprechung und entgegen den diesbezüglichen vorläufigen Schlussfolgerungen der Kommission ergebe sich der Beihilfecharakter der Gebührenfinanzierung weder aus der Tatsache, dass es sich um eine Zwangsabgabe handelt, noch daraus, dass der Empfänger eine öffentlich-rechtliche Anstalt ist und dass die Verwendung der Gebühreneinnahmen Haushaltsvorschriften sowie der Kontrolle durch die Rechnungshöfe unterliegt.
- (83) Zudem verneint die Bundesregierung eine Vorteilsgewährung, da die Gebührenfinanzierung nicht über das zur Erfüllung des öffentlichen Auftrags erforderliche Maß hinausgehe und die Finanzierung des öffentlichen Rundfunks die vom EuGH im Altmark-Urteil aufgestellten Voraussetzungen erfülle: Der öffentliche Auftrag der Rundfunkanstalten sei klar definiert (erstes Kriterium), das KEF-Verfahren zur Ermittlung des Finanzbedarfs der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten basiere auf vorab festgelegten transparenten und objektiven Parametern (zweites Kriterium), die den Rundfunkanstalten zufließenden Gebührenmittel überstiegen nicht die Nettokosten des öffentlichen Auftrags, so dass eine Überkompensierung ausgeschlossen sei (drittes Kriterium), und das KEF-Verfahren gewährleiste, dass die Höhe des erforderlichen Ausgleichs auf

⁴⁷ Registriert unter dem Aktenzeichen D/51257.

⁴⁸ Von der Kommission unter dem Aktenzeichen A/32930 registriert.

⁴⁹ In diesem Zusammenhang verweist die Bundesregierung auf die Rechtssachen C-303/88, Italien/Kommission, Randnr. 11, C-482/99, Stardust Marine, Randnr. 24, C-126/01, GEMO, Randnr. 24, und C-345/02, Pearle, Randnr. 35.

der Grundlage einer Analyse der Kosten bestimmt wird, die einem durchschnittlichen, gut geführten Unternehmen entstünden (viertes Kriterium). Insbesondere bezüglich des vierten Kriteriums habe die Kommission nicht nachgewiesen, dass der anerkannte Finanzbedarf der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten jenem eines gut geführten Unternehmens übersteige, und somit nicht den erforderlichen Beweis für das Vorliegen eines Vorteils erbracht. Ferner sei das vierte Kriterium im Lichte der *Chronopost*-Rechtsprechung⁵⁰ auszulegen. Folglich könne sich die Kommission nicht auf die hypothetischen Kosten privater Rundfunkveranstalter berufen, da letztere nicht denselben gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unterlägen.

5.1.2. Aus der steuerlichen Sonderbehandlung der kommerziellen Tätigkeiten erwächst den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten kein finanzieller Vorteil

(84) Die Bundesregierung vertritt die Auffassung, dass den Rundfunkanstalten aus der steuerlichen Behandlung ihrer kommerziellen Tätigkeiten kein finanzieller Vorteil erwächst. In den Fällen, in denen die Ermittlung des zu versteuernden Gewinns nicht möglich ist – vor allem wegen Schwierigkeiten bei der Kostenzuordnung zwischen dem öffentlichen Auftrag und den kommerziellen Tätigkeiten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten – sehen die allgemeinen Grundsätzen des deutschen Steuerrechts die Möglichkeit der Schätzung der Besteuerungsgrundlage vor. Dementsprechend haben die Steuerbehörden allgemeine Grundsätze für die Ermittlung des Gewinns der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten entwickelt und daraufhin Gewinnpauschalen für die verschiedenen kommerziellen Tätigkeiten festgesetzt, die in Rechtsvorschriften, Verwaltungsmitteilungen oder in der Verwaltungspraxis übernommen wurden. Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten unterliegen regelmäßiger Kontrolle durch die Steuerbehörden. Sollte sich hierbei ergeben, dass die Gewinnpauschale nicht länger den ursprünglich zugrunde gelegten wirtschaftlichen Gegebenheiten entspricht, kann dies zu einer Anpassung der Besteuerungspraxis führen.

(85) Schließlich macht die Bundesregierung geltend, dass die derzeitige Besteuerung der kommerziellen Tätigkeiten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten keinen Vorteil, sondern vielmehr einen Nachteil darstellt, da die Rundfunkanstalten keine höheren als die pauschalierten Kosten zum Abzug bringen dürfen. Deshalb seien die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten anders als private Rundfunkveranstalter auch dann steuerpflichtig, wenn kommerzielle Tätigkeiten Verluste verzeichnen⁵¹.

5.1.3. Aus der staatlichen Finanzierungsgarantie erwächst den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten kein beihilferechtlich relevanter Vorteil

(86) Nach Auffassung der Bundesregierung erwächst den öffentlich-rechtlichen Rundfunksendern aus der durch ihren Anstaltsstatus bedingten

⁵⁰ Vgl. EuGH-Urteil vom 3. Juli 2003, Verbundene Rechtssachen C-83/01 P, C-93/01 P und C-94/01 P, *Chronopost*.

⁵¹ Diese Schlussfolgerung wird der Bundesregierung zufolge durch einen Vergleich der Steuerlast am Gesamtumsatz zwischen privaten und öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstaltern untermauert: der Bundesregierung zufolge betrug die Steuerlastquote der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten 2002/2003 rund 9 %, jene der RTL-Gruppe und von ProSiebenSat1 hingegen nur 1,9 %/2,1 % bzw. 0,4 %/0,7 %.

Finanzierungsgarantie kein beihilferechtlich relevanter Vorteil insbesondere für die kommerziellen Tätigkeiten. In diesem Zusammenhang hob die Bundesregierung einerseits den sehr beschränkten Einsatz externer Finanzmittel durch die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten und andererseits die Tatsache hervor, dass etwaige externe Finanzmittel ausnahmslos für nicht-kommerzielle Tätigkeiten verwendet würden⁵². Andererseits, so die Bundesregierung, profitieren die kommerziellen Tochtergesellschaften weder direkt noch indirekt von der Finanzierungsgarantie, da diese zum einen an den Anstaltsstatus gebunden ist, und zum anderen die Kreditwürdigkeit kommerzieller Tochtergesellschaften unabhängig von den Anstalten geprüft werde.

5.2. Vereinbarkeit mit Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag

5.2.1. Definition des öffentlichen Auftrags

- (87) Die Bundesregierung vertrat die Auffassung, dass die Definition des Auftrags der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten hinreichend präzise ist, und zwar nicht nur hinsichtlich der herkömmlichen Rundfunkaktivitäten, sondern auch bezüglich der neuen Angebote wie den neuen Mediendiensten und den digitalen Zusatzkanälen.
- (88) Hinsichtlich der digitalen Zusatzkanäle vertrat die Bundesregierung die Auffassung, dass die mit dem 8. RÄStV eingeführten Änderungen im Hinblick auf eine Schwerpunktsetzung der digitalen Zusatzkanäle auf Kultur, Information und Bildung in Verbindung mit den geltenden Programmleitlinien der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, die Ausführungen zum Digitalangebot enthalten, sowie das Digitalkonzept, das von den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zu entwickeln ist und in ihre Selbstverpflichtungen aufgenommen würde den Anforderungen an eine klare Definition genügen.
- (89) Auch in Bezug auf das Angebot neuer Mediendienste wies die Bundesregierung die vorläufigen Bedenken der Kommission über die mangelnde Klarheit der jetzigen Definition zurück. Der erforderliche Bezug zum Fernsehprogramm im Sinne programmbezogener und programmbegleitender Angebote sei in den meisten Fällen offensichtlich und unproblematisch⁵³. Zudem würden die Begriffe „programmbegleitend“ und „programmbezogen“ in den Selbstverpflichtungen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten weiter präzisiert.
- (90) Die Bundesregierung vertrat die Auffassung, dass – entgegen den von der Kommission geäußerten Zweifeln – die Online-Tätigkeiten der öffentlich-

⁵² Die Bundesregierung betonte, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in der Regel nicht auf Fremdfinanzierung zurückgreifen dürfen. Eine Ausnahme bildet lediglich die Vorfinanzierung von Großinvestitionen mit einem Volumen von mehr als 25 Mio. EUR (in diesen Fällen stuft die KEF nicht die Investition, sondern die Abschreibungskosten und die Zinszahlungen als Kosten des öffentlichen Auftrags ein). Zur Veranschaulichung der geringen Kreditaufnahme führt die Bundesregierung die Zinszahlungen der ARD (mit allen Landesanstalten) in Höhe von 20 Mio. EUR für den Zeitraum 2005-2008 an (vgl. 14. KEF-Bericht).

⁵³ Ein solcher Programmbezug sei gegeben, wenn auf das Programmangebot unmittelbar Bezug genommen werde, wenn auf für Fernsehprogramme genutzte Quellen und Materialien zurückgegriffen und wenn die Fernsehprogramme thematisch und inhaltlich die Programmaufgaben unterstützen, vertiefen und begleiten.

rechtlichen Rundfunkanstalten (wie Online-Spiele, *Chat-Rooms*, *Links* zu externen Dienst Anbietern usw.) Teil des öffentlichen Auftrags sind. Ausgenommen seien allerdings Tätigkeiten wie elektronische Werbung und elektronisches Sponsoring sowie elektronischen Handel für Produkte und Dienstleistungen Dritter, kostenpflichtige *Downloads* und Spiele.

- (91) Die Bundesrepublik erhob auch Einwände gegen die vorläufige Schlussfolgerung der Kommission, dass „mobile Dienste“ nicht als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse angesehen werden können. Ihrer Auffassung nach stellen „mobile Dienste“ lediglich eine andere Form der Verbreitung von Inhalten im Sinne der dem Grundsatz der Technikneutralität unterliegenden Entwicklungsgarantie der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten dar. Die Tatsache, dass sowohl die Rundfunkanstalten als auch private Nutzer Vereinbarungen und Verträge mit Mobilanbietern schließen, berühre den öffentlich-rechtlichen Charakter der betreffenden Inhalte nicht. Andererseits seien Lizenzvereinbarungen mit Mobilanbietern hinsichtlich der Verwertung von Programmmaterial für ihre eigenen Portale als kommerzielle Tätigkeit anzusehen.

5.2.2. *Beauftragung und Kontrolle*

- (92) Nach Auffassung der Bundesregierung reicht die den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten durch den RStV verliehene Möglichkeit, neue Mediendienste und digitale Zusatzkanäle anzubieten, als Beauftragung aus.
- (93) Ferner sei die durch die internen Kontrollorgane und letztlich die Länder ausgeübte Kontrolle angemessen und ausreichend. Die Bundesregierung betonte, dass der Rundfunkrat der einzelnen Anstalten eine unabhängige und wirksame Kontrolle gewährleiste, da die Mitglieder des Rundfunkrats Vertreter aller gesellschaftlich relevanten Gruppen und nicht an Weisungen gebunden seien.
- (94) Ferner könnten die Länder die Rundfunkanstalten im Rahmen der Rechtsaufsicht dazu auffordern, jegliche Zuwiderhandlung gegen gesetzliche Vorgaben abzustellen, ohne dabei jedoch Einfluss auf die Programmentscheidungen zu nehmen. Die Erfüllung des öffentlichen Auftrags unterliege ferner der Kontrolle durch die Länderparlamente im Rahmen der Erörterung der im Abstand von zwei Jahren vorgelegten Berichte über die finanzielle Lage der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten einschließlich der Erfüllung des öffentlichen Auftrags.
- (95) Schließlich stehe es privaten Wettbewerbern offen, entweder durch Einreichung einer Beschwerde bei den internen Kontrollorganen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten und anschließend bei der Rechtsaufsichtsbehörde oder vor den nationalen Gerichten gegen etwaige Verstöße der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten vorzugehen.

5.2.3. *Verhältnismäßigkeit*

- (96) Die Bundesregierung vertritt die Auffassung, dass die geltenden rechtlichen Rahmenbedingungen sowie die durch die KEF aber auch durch Rechnungshöfe, Wirtschaftsprüfer und Steuerbehörden ausgeübte Kontrolle eine Überkompensation sowie eine Quersubventionierung der kommerziellen Tätigkeiten ausschließe.

- (97) Die KEF stelle insbesondere sicher, dass rein kommerzielle Tätigkeiten nicht mit Gebühreneinnahmen finanziert würden. Allerdings sei den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten nicht ausdrücklich und kategorisch untersagt, Verluste von kommerziellen Tochtergesellschaften zu übernehmen, da eine Verlustübernahme unter bestimmten Umständen mit einem normalen Marktverhalten in Einklang stehen könne. Bei der Ermittlung des Finanzbedarfs der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ziehe die KEF Erträge aus kommerziellen Tätigkeiten von den Kosten des öffentlichen Auftrags ab. In der Regel berücksichtige die KEF nur die tatsächlichen bzw. erwarteten Gewinne, die von der Tochtergesellschaft an die Rundfunkanstalt abgeführt werden. Sollte die KEF jedoch der Auffassung sein, dass die von den Rundfunkanstalten erwarteten Gewinne zu niedrig veranschlagt wurden, würde sie höhere Gewinne zugrunde legen und somit von einem niedrigeren Finanzbedarf ausgehen. Gegebenenfalls würde die KEF eine über die tatsächlich abgeführten Gewinne hinausgehende Gewinnthesaurierung berücksichtigen.
- (98) Nach Auffassung der Bundesregierung führt die KEF eine regelmäßige und umfassende *Ex-post*-Kontrolle durch, indem sie die Schätzungen, auf deren Grundlage der Finanzbedarf der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ursprünglich ermittelt wurde, mit den tatsächlichen Entwicklungen abgleicht. Gegebenenfalls nimmt sie dann Korrekturen - wie beispielsweise eine Kürzung des anerkannten Finanzbedarfs - für die folgende Gebührenperiode vor. Jeglicher Überschuss zum Ende einer Gebührenperiode wird von dem Finanzbedarf für die nächste Gebührenperiode abgezogen und kann nicht für sonstige Programmvorhaben verwendet werden. Zudem dürfen die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten nicht länger Defizite von einer Gebührenperiode auf die nächste übertragen.
- (99) Die Bundesregierung teilte allerdings mit, dass die Prüfung auf eine etwaige Überkompensation hin nicht jährlich, sondern lediglich zum Ende der jeweiligen Gebührenperiode erfolge. Eine jährliche *Ex-post*-Kontrolle stehe im Widerspruch zur Logik des deutschen Finanzierungssystems, das auf einer umfassenden *Ex-ante*-Bewertung basiere. Die nachträgliche Kontrolle erfolge nicht durch die KEF, sondern durch Wirtschaftsprüfungsgesellschaften und interne Kontrollorgane.
- (100) Insbesondere in Bezug auf die Einhaltung marktwirtschaftlicher Grundsätze werde die von der KEF ausgeübte Kontrolle durch jene anderer Gremien ergänzt. So untersuchten Wirtschaftsprüfungsgesellschaften, ob die Wirtschaftlichkeits- und Sparsamkeitsgrundsätze beachtet wurden und ob die finanziellen Transaktionen innerhalb einer Holdinggesellschaft marktkonform sind (Verweis auf § 53 HGrG)⁵⁴. Ferner prüften die Steuerbehörden die finanziellen Beziehungen zwischen der Holdinggesellschaft und ihren Töchtern nach dem Grundsatz des Fremdvergleichs (Verweis auf § 193 Abgabenordnung⁵⁵). Sollte eine solche Prüfung das Vorliegen von Quersubventionierungen in Form einer

⁵⁴ Gemäß dieser Bestimmung des Haushaltsgrundsatzgesetzes, die sich im Kapitel über die Rechte von Gebietskörperschaften gegenüber privatrechtlichen Unternehmen, an denen sie Beteiligungen halten, findet, kann die Gebietskörperschaft verlangen, dass das Unternehmen den Abschlussprüfer beauftragt, unter anderem die Entwicklung von Rentabilität und Liquidität des Unternehmen und die Ursachen für verlustbringende Geschäfte aufzuzeigen.

⁵⁵ § 193 betrifft die Zulässigkeit von Außenprüfungen zur Aufklärung der die für die Besteuerung erheblichen Verhältnisse.

ungerechtfertigten Zuwendung bzw. Gewinn- oder Kostenaufteilung ergeben, würde dies von den Steuerbehörden durch entsprechende steuerrechtliche Maßnahmen korrigiert.

- (101) Die Bundesregierung hob ferner hervor, dass der von den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten angemeldete Finanzbedarf von der KEF geprüft und häufig erheblich gekürzt würde, insbesondere aufgrund des von der KEF festgestellten Wirtschaftlichkeits- und Sparsamkeitspotenzials.
- (102) Darüber hinaus unterstrich die Bundesregierung, dass durch die gegenwärtige Wirtschaftlichkeitsprüfung die Beachtung marktwirtschaftlicher Grundsätze und insbesondere die Prüfung einer angemessenen Kapitalrendite aus Unternehmensbeteiligungen bereits gewährleistet sei. Außerdem unterlägen die Beteiligungen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten regelmäßiger Kontrolle durch KEF und Rechnungshöfe. Allerdings, so die Bundesregierung, würden die Rechnungshöfe aufgrund ihrer verfassungsmäßigen Unabhängigkeit selbst über die konkreten Prüfungen entscheiden und Prüfungsschwerpunkt, Prüfungshäufigkeit und Prüfungsdichte festlegen.
- (103) Schließlich wies die Bundesregierung Behauptungen zurück, Die Finanzierung des Erwerbs von insbesondere Premium-Sportrechten stelle eine Überkompensierung dar und führe zu unverhältnismäßigen Wettbewerbsverzerrungen.
- (104) Nach Auffassung der Bundesregierung ist der Erwerb von Exklusivrechten Teil des öffentlichen Auftrags, ein attraktives und unverwechselbares Programm anzubieten ist. Exklusivrechte seien für öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten notwendig, um sich publizistisch zu profilieren, um sich von anderen Angeboten abzugrenzen und Zuschauer an das öffentlich-rechtliche Programm zu binden. Im Übrigen würden Sportrechte vielfach nur exklusiv angeboten.
- (105) Die Bundesregierung wies darauf hin, dass ARD und ZDF die erworbenen Rechte überwiegend selbst verwerteten, und wies Behauptungen zurück, Rechte blieben ungenutzt. Im Hinblick auf die Olympischen Spiele erläuterte die Bundesregierung, dass sich die erworbenen Rechte nicht auf eine bestimmte Anzahl an Übertragungsstunden, sondern auf das Ereignis insgesamt beziehen. Selbst wenn die Rundfunkanstalten lediglich eine Auswahl aller verfügbaren Ereignisse übertragen, könnte daraus nicht der Schluss gezogen werden, die Rechte seien nicht vollständig genutzt worden. Sofern ausnahmsweise Rechte nicht verwertet werden, würden sie Dritten zu normalen Marktbedingungen angeboten. Dies ergebe sich schon aus dem allgemeinen Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit.
- (106) Obwohl Pay-TV-Rechte von den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten nicht selbst genutzt werden könnten, sei eine Sublicenzierung dieser Rechte für z. B. Live-Übertragungen wegen der Wechselwirkungen zwischen Free-TV und Pay-TV nicht angemessen. Der Wert von Sportrechten leite sich aus der Möglichkeit von Live-Übertragungen ab. Eine zeitgleiche Übertragung durch einen Pay-TV-Anbieter würde die Exklusivität zunichte machen. Trotz dieser grundsätzlichen Erwägungen, teilte die Bundesregierung mit, dass in einigen Fällen die Rechte für zeitversetzte oder Live-Übertragungen privaten Rundfunkveranstaltern angeboten wurden, ohne dass es jedoch zu einer endgültigen Vereinbarung kam, da sowohl

Free-TV- als auch Pay-TV-Anbieter vor allem am Erwerb von Exklusivrechten interessiert seien. Auch gegenüber den ursprünglichen Rechteinhabern (wie dem IOC oder der UEFA) eingegangene Verpflichtungen ließen häufig eine Sublicenzierung nicht zu. Die Bundesregierung verwies ferner auf Fälle, in denen öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten selbst Exklusivrechte (z. B. für Spiele der EURO 2004, die zeitgleich zu den im öffentlich-rechtlichen Fernsehen gezeigten Spielen stattfanden) angeboten hatten, ohne dass es jedoch zu einer endgültigen Vereinbarung gekommen wäre.

- (107) Die Bundesregierung weist ferner Behauptungen über überhöhte Preise zurück. Es gebe keine Anhaltspunkte dafür, dass der Markt durch von den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten gezahlte überhöhte Preise verzerrt würde, vielmehr sei das Gegenteil der Fall. Sie hob in diesem Zusammenhang auch hervor, dass vielfach nicht das höhere Angebot den Ausschlag gebe, sondern die von den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten im Vergleich zu privaten Wettbewerbern angebotene bessere Qualität.
- (108) In diesem Zusammenhang verweist die Bundesregierung auch auf das KEF-Verfahren, das gewährleiste, dass die Aufwendungen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten für Sportrechte verhältnismäßig blieben. Für den Fall, dass die Ausgaben für Sportrechte im Verhältnis zum Finanzbedarf für andere Teile des Programmangebots der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten überhand nehmen würden, gewährleiste das KEF-Verfahren, dass in diesen Bereichen für den nächsten Gebührenzeitraum weniger Finanzbedarf anerkannt werde mit dem Ergebnis, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten im nächsten Gebührenzeitraum über weniger finanzielle Mittel verfügen würden.
- (109) Bezüglich der Behauptungen, die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten würden den Markt "leerkaufen" und der Sportbereich werde im öffentlich-rechtlichen Fernsehen übermäßig gewichtet, wies die Bundesregierung darauf hin, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten weder einzeln noch über die EBU sämtliche Rechte für massenattraktive Sportereignisse erwerben.
- (110) Aus den von der Bundesregierung übermittelten Informationen über den Erwerb von Sportrechten durch die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ergibt sich folgendes Bild:
- (111) Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten erwarben Rechte an der Übertragung z. B. des DFB-Pokals (Erstsenderechte bis 2009), der Spiele der deutschen Fußballnationalmannschaft (Erstsenderechte für Live-Übertragungen 2002/2003 – 2004/2005 bis 2009 und für 2006/2007 – 2007/2008 Erstziehungsrecht des ZDF für 5 Spiele), des UEFA-Pokals (bis 2008) und der UEFA-Pokal-Endspiele (Erstsenderechte für Live-Übertragungen für den Zeitraum 2000-2006), der EURO 2004 (Erstsenderechte für Live-Übertragungen) und der Weltmeisterschaften 2002, 2006 und 2010 (Erstsenderechte für Live-Übertragungen eines Teils der Spiele zusammen mit Premiere für das Pay-TV, das die Rechte für alle Spiele hielt; für die WM 2006 lagen die Erstsenderechte für einige Spiele bei RTL), der Olympischen Sommerspiele (Erstsenderechte für Live-Übertragungen 2000-2012 zusammen mit Eurosport), der Olympischen Winterspiele (Erstsenderechte für Live-Übertragungen, für 2002 Pay-TV-Rechte sublicenziert an Premiere und für 2006-2010 zusammen mit Eurosport), der Tour de France (Erstsenderechte für Live-Übertragungen 2000-2009).

- (112) Die Free-TV-Anbieter dagegen erwarben die Rechte für die 2. Bundesliga (bestimmte Rechte liegen beim DSF, und Premiere hält die Rechte für alle Spiele für das Pay-TV), die UEFA-Pokal-Viertelfinale und den Supercup (die Rechte für den Zeitraum 2006/2007 – 2008/2009 liegen bei Pro7/Sat.1), die Champions League (bis 2006 lagen die Rechte für den Zeitraum 1998-2002 bei RTL und für den Zeitraum 2003-2006 bei Sat.1) sowie die Rechte für Skispringen (die Rechte für die Vierschanzentournee bis 2006/2007 hält RTL) und für Formel Eins (die Rechte für den Zeitraum 1998-2002 hielt RTL). Die Rechte für andere (nicht auf der Liste der Bundesregierung aufgeführte) Sportereignisse betreffen den Eishockey-Weltcup (Rechte bis 2011 beim DSF), Basketball (EM und WM 2005-2007 bzw. 2006 beim DSF), Tennis – Wimbledon (2005-2008 beim DSF), Boxen (Rechte für die Klitschko-Boxkämpfe seit 2006 bei RTL), Handball (Liga 2003/2004 – 2005/2006 beim DSF und Weltmeisterschaft 2005 für einen Teil der Spiele beim DSF).
- (113) Außerdem erwarb der Pay-TV-Sender Premiere in der Regel die Rechte für Live-Übertragungen der 1. Bundesliga (sowie der 2. Bundesliga, wobei die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten die Erstsenderechte für zwei Spiele pro Saison halten), die Champions League, die Fußballweltmeisterschaft (2002, 2006 und 2010) und die Formel Eins (2000-2006). Die Rechte für andere (nicht auf der Liste der Bundesregierung aufgeführte) Sportereignisse betreffen insbesondere die Basketballliga und Boxen (Sauerland Boxstall).
- (114) Nach Auffassung der Bundesregierung zeigt die Verteilung der Sportrechte zwischen den öffentlich-rechtlichen und den privaten Sendern, dass der Wettbewerb auf dem Markt für Sportrechte ordnungsgemäß funktioniert. Folglich seien Abhilfemaßnahmen in Form von verhaltensbezogenen Auflagen nicht gerechtfertigt.

6. VORBRINGEN DER BESCHWERDEFÜHRER IM ANSCHLUSS AN DAS SCHREIBEN NACH ARTIKEL 17

6.1. Vorbringen des VPRT

- (115) Der VPRT übermittelte im Juli 2005 eine ergänzende Stellungnahme und machte insbesondere geltend, die im Mai 2005 von Deutschland unterbreiteten Vorschläge seien nicht ausreichend, um die wettbewerbsrechtlichen Bedenken auszuräumen. Im April 2006 brachte der VPRT insbesondere unter Bezugnahme auf die Antwort der deutschen Behörden auf das Auskunftsersuchen der Kommission vom Februar 2006 weitere Argumente vor.
- (116) Die Argumente des VPRT lassen sich wie folgt zusammenfassen:
- 6.1.1. Qualifizierung als staatliche Beihilfe*
- (117) Der Beschwerdeführer vertritt die Auffassung, dass es sich bei den Rundfunkgebühren um staatliche Beihilfen handelt und dass die „Altmark“-Kriterien nicht erfüllt sind. Zudem verschaffen nach Ansicht des Beschwerdeführers die Pauschalbesteuerung der kommerziellen Tätigkeiten sowie die unbeschränkte staatliche Garantie den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten insbesondere im Hinblick auf deren kommerzielle Tätigkeiten einen finanziellen Vorteil.

6.1.2. Prüfung der Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt

6.1.2.1. Definition des öffentlichen Auftrags

- (118) Nach Auffassung des Beschwerdeführers beinhaltet der Grundsatz der Technikneutralität nicht, dass der bestehende öffentliche Auftrag automatisch neue Dienste und die Verbreitung von Inhalten über neue Plattformen erfasst. Der Beschwerdeführer macht geltend, dass es beispielsweise bei der Nutzung einer mobilen Plattform nicht nur um eine neuartige Verbreitung derselben Inhalte gehe, sondern auch um das Angebot neuer Dienste. Damit diese Dienste dem öffentlich-rechtlichen Auftrag zugerechnet werden können, ist nach Auffassung des Beschwerdeführers nachzuweisen, dass das Angebot der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt für die individuelle und öffentliche Meinungsbildung insofern notwendig ist, als dies nicht auch auf andere Weise gewährleistet werden kann. Eine entsprechende Bewertung müsse für jeden einzelnen Dienst vorgenommen und anschließend in einem speziellen Rechtsakt verankert werden (siehe auch weiter unten im Zusammenhang mit der Frage der Beauftragung).
- (119) Entgegen der Darstellung der Bundesregierung ist der Beschwerdeführer nicht der Ansicht, dass beispielsweise Chats, Online-Spiele und Online-Rechner integraler Bestandteil des öffentlich-rechtlichen Auftrags sind. Ob es sich dabei um Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse handelt, müsse in jedem Einzelfall untersucht werden, wobei auch zu prüfen sei, inwieweit diese Dienste denselben demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft dienen. Zudem widerspricht der Beschwerdeführer der Ansicht der deutschen Bundesregierung, alle derzeitigen Online-Angebote seien programmbezogen. Der Beschwerdeführer äußerte ferner Bedenken hinsichtlich der umfangreichen Verlinkung auf kommerzielle Internetseiten sowie das Ausmaß der E-Shops.
- (120) Der Beschwerdeführer äußerte auch Bedenken im Hinblick auf die Ausweitung des öffentlich-rechtlichen Auftrags im Zuge des 9. Rundfunkänderungsstaatsvertrags, mit dem der Begriff der „Telemedien“ eingeführt wurde, der nach Auffassung des Beschwerdeführers weiter gefasst ist als der zuvor verwandte Begriff der „Mediendienste“.

6.1.2.2. Beauftragung und Kontrolle

- (121) Der Beschwerdeführer macht geltend, Selbstverpflichtungen öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten seien kein Ersatz für einen klar definierten und ordnungsgemäß übertragenen öffentlichen Auftrag. Der öffentliche Auftrag müsse in entsprechenden Rechtsakten klar festgelegt werden, und nur die Ausführung dürfe den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten überlassen bleiben.
- (122) Der Beschwerdeführer bemängelt ferner, dass bei den digitalen Zusatzkanälen von ARD und ZDF eine klare Beauftragung fehle. Obwohl gemäß den neuen Rechtsvorschriften Kultur, Bildung und Information den Schwerpunkt der digitalen Kanäle bilden müssten, hätten die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten diese zusätzlichen Übertragungskapazitäten weiterhin für umfangreiche Sportübertragungen (zum Beispiel während der Olympischen Spiele) nutzen können. Nach Auffassung des Beschwerdeführers waren die Sportübertragungen auf diesen Kanälen mehr als nur ein Zusatzangebot und hatten zur Folge, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ihre

Sportprogramme ausweiten konnten und weniger Bereitschaft zeigten, Sublizenzen für solche Rechte zu vergeben, die nicht im Hauptprogramm genutzt werden konnten. Insbesondere mit Blick auf die Olympischen Winterspiele von 2006 führt der Beschwerdeführer an, dass ARD und ZDF durch das verstärkte Angebot an Sportsendungen in dem fraglichen Zeitraum ihre Marktanteile zu Lasten der privaten Mitbewerber beträchtlich steigern konnten.

- (123) Der Beschwerdeführer äußerte des Weiteren Bedenken hinsichtlich der angeblich übermäßigen Gewichtung des Sports im Gesamtprogramm der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten. Beispielsweise hätten ARD und ZDF während der Fußballweltmeisterschaft vorrangig Sendungen rund um das Thema Fußball ausgestrahlt und kein ausgewogenes und vielfältiges Programm mehr angeboten, das die unterschiedlichen Bedürfnisse und Interessen der Bevölkerung widerspiegelt.
- (124) Schließlich hält der Beschwerdeführer die bestehenden Kontrollmechanismen für unzureichend. Dies gelte sowohl für die Kontrolle durch die Rundfunkräte, bei denen offensichtlich ein Interessenkonflikt bestehe, als auch für die externe Kontrolle durch die Länder („Rechtsaufsicht“), da diejenigen, die die Kontrolle ausübten, oftmals auch den internen Aufsichtsgremien der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten angehörten.

6.1.2.3. Verhältnismäßigkeit

- (125) Nach Auffassung des Beschwerdeführers ist die Verhältnismäßigkeit der Finanzierung vor allem deswegen nicht gewährleistet, weil bei den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten eine getrennte Buchführung im Einklang mit der Transparenzrichtlinie fehlt. In Bezug auf die Finanzierung speziell der Online-Tätigkeiten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten bemängelt der Beschwerdeführer, dass die Kostendaten, die diese Anstalten der KEF in Bezug auf ihre Online-Dienste übermittelt hätten, nicht hinreichend aussagekräftig gewesen seien, so dass die KEF die einschlägigen Kosten nicht hätte eindeutig ermitteln können.
- (126) Was die Überwachung der Beteiligungen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten anbetrifft, so bemängelt der Beschwerdeführer, dass die Rechnungshöfe keine einheitlichen und klar umschriebenen Prüfungskompetenzen hätten. Insbesondere seien die Rechnungshöfe nicht in der Lage, alle Beteiligungen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zu prüfen. Die KEF wiederum scheine nicht in der Lage zu sein, eine umfassende Prüfung der Beteiligungen vorzunehmen und die Marktkonformität der Unternehmensbeteiligungen ordnungsgemäß zu überprüfen. So prüfe die KEF insbesondere nicht, ob der Investitionsrückfluss von den kommerziellen Tochtergesellschaften angemessen sei. Die KEF sei nach eigenen Angaben unter den gegebenen Rahmenbedingungen auch nicht in der Lage zu prüfen, ob die finanziellen Beziehungen zwischen den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten und ihren Tochtergesellschaften dem Grundsatz des Fremdvergleichs gerecht werden.
- (127) Anders als die Bundesregierung ist der Beschwerdeführer der Auffassung, dass die Kontrolle durch Wirtschaftsprüfer und die steuerliche Betriebsprüfung nicht als angemessen angesehen werden können, da insbesondere die finanziellen

Beziehungen zwischen den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten und ihren Tochtergesellschaften nicht in jährlichen Abständen geprüft würden.

- (128) Schließlich bekräftigt der Beschwerdeführer seinen Standpunkt, dass die Finanzierung von Sportrechten, die öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten erwerben, aber nicht selbst nutzen können (z.B. Pay-TV-Rechte) nicht unter Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag fällt. Sollten Pay-TV-Rechte Teil eines Rechtepakets sein, müssten öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten verpflichtet sein, unter zuvor festgelegten Bedingungen Sublicenzen an Dritte zu vergeben. Die durch die Vergabe von Sublicenzen potentiell zu erzielenden Einkünfte müssten vom Bedarf der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten abgezogen werden, um die staatliche Finanzierung auf den nach Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag zulässigen Betrag zu beschränken.
- (129) Der Beschwerdeführer ist ferner der Ansicht, dass sich die Finanzierung von Exklusivrechten nicht mit Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag rechtfertigen lässt. Der öffentlich-rechtliche Auftrag, ein ausgewogenes und vielfältiges Programm anzubieten, erfordere keine Ausschließlichkeit. Nach Auffassung des Beschwerdeführers widerspricht der Erwerb von Exklusivrechten ferner dem Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, da die Zuschauerbedürfnisse auch ohne Exklusivrechte befriedigt werden könnten. Zwar würde es ohne Exklusivrechte zwangsläufig zu Zuschauerverlusten kommen, doch würde dadurch die Lage der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten nicht nennenswert beeinträchtigt, da sie nicht in gleichem Maße auf kommerzielle Einkünfte angewiesen seien.
- (130) Der Beschwerdeführer bekräftigt seine Behauptung, die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten würden überhöhte Preise für bestimmte Sportrechte zahlen, und macht geltend, dass diese Preise nicht unter normalen Marktbedingungen refinanziert werden könnten und für private Rundfunkveranstalter erhebliche Verluste mit sich bringen würden. Dies zeige, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten für den Erwerb dieser Sportrechte mehr ausgegeben hätten als für die Erfüllung ihres öffentlich-rechtlichen Auftrags nötig gewesen wäre.
- (131) Der Beschwerdeführer bemängelt auch, dass die Mittelflüsse zwischen ARD/ZDF und der gemeinsamen kommerziellen Tochtergesellschaft SportA, die häufig Sportrechte für die Anstalten erwerbe, nicht transparent seien, da sie nicht der Kontrolle durch die KEF unterliegen.

6.2. Vorbringen von Kabel BW

- (132) Kabel BW übermittelte im März und im Oktober 2006 ergänzende Informationen und führte insbesondere aus, das Finanzierungssystem der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten erfülle nicht die Altmark-Kriterien und entspreche nicht den Vorgaben der Rundfunkmitteilung.
- (133) Im Einzelnen macht Kabel BW geltend, die von der KEF anerkannten Kosten könnten nicht als Kosten eines effizienten Wirtschaftsteilnehmers angesehen werden, weil die KEF die Programmentscheidungen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten nicht in Frage stellen würde und weil das KEF-Verfahren keinen Leistungsvergleich mit anderen Unternehmen (sei es privaten Rundfunksendern oder öffentlichen Rundfunkanstalten in anderen Mitgliedstaaten) ermögliche. Unter Zugrundelegung eines Vergleichs der Kosten

pro Sendeminute⁵⁶, eines Vergleichs des allgemeinen Preisindex mit den Gebührenerhöhungen in den vergangenen Jahren sowie eines Vergleichs der Gebühreinnahmen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten mit den Werbeeinnahmen kommerzieller Anbieter⁵⁷ vertritt der Beschwerdeführer die Auffassung, dass die Kosten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten nicht den Kosten eines effizienten Wirtschaftsteilnehmers entsprechen. Nach Ansicht des Beschwerdeführers können die im Vergleich zu privaten Mitbewerbern höheren Programmkosten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten nicht mit speziellen öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen gerechtfertigt werden, da die höchsten Kosten pro Sendeminute in den Bereichen Sport und Fiktion anfielen, während die Produktionskosten in den Bereichen Kultur, Information und Nachrichten vergleichsweise niedrig seien.

- (134) Kabel BW ist ferner der Auffassung, dass der öffentliche Auftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten nicht hinreichend präzise definiert sei und dass die Anstalten durch das Angebot bestimmter Online-Dienste und den Erwerb bestimmter Sportrechte über ihren öffentlich-rechtlichen Auftrag hinausgehen würden. Nach Ansicht von Kabel BW wird außerdem nicht angemessen kontrolliert, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten bei rein kommerziellen Tätigkeiten marktwirtschaftliche Grundsätze einhalten. Dies gelte insbesondere für eine Vielzahl von Beteiligungen öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, die keiner angemessenen Kontrolle unterliegen würden, so dass eine etwaige Quersubventionierung nicht aufgedeckt und verhindert werden könne.

6.3. Vorbringen von Premiere

- (135) Im Juni 2005 übermittelte Premiere ergänzende Informationen und betonte erneut, dass das Verhalten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten insbesondere im Hinblick auf den Erwerb von Sportrechten und ihre angebliche Weigerung, Sublicenzen zu vergeben, ernste wettbewerbsrechtliche Bedenken aufwerfe.
- (136) Premiere weist erneut darauf hin, dass ARD und ZDF – aufgrund der öffentlichen Finanzierung - entweder allein oder insbesondere über die EBU Sportrechte erwerben könnten, ohne den wirtschaftlichen Zwängen privater Mitbewerber zu unterliegen. Anders als private Betreiber seien öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten in der Lage, für Sportrechte Preise anzubieten, die unter marktwirtschaftlichen Bedingungen nicht zu refinanzieren seien, und solche Rechte schon in einem sehr frühen Stadium zu erwerben, wenn noch nicht feststehen würde, ob die Veranstaltung tatsächlich übertragen werde (z.B. weil eine Teilnahme Deutschlands noch nicht vorhersehbar ist).

⁵⁶ Der Vergleich erstreckt sich sowohl auf nationale private Rundfunksender als auch auf andere europäische öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten und zeige, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in Deutschland die höchsten Produktionskosten je Sendeminute verzeichneten.

⁵⁷ Den Angaben ist nach Ansicht des Beschwerdeführers zu entnehmen, dass die Werbeeinnahmen zurückgingen, während sich die Gebühreinnahmen kontinuierlich erhöhten, so dass sich der Wettbewerbsdruck auf die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten verringerte und damit zunehmend die Gefahr ineffizienten Handelns bestünde.

- (137) Insbesondere im Hinblick auf den Erwerb von Sportrechten über die EBU betonte Premiere, die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten seien in der Lage, den Markt "leerzukaufen" und Sportrechtepakete zu erwerben, von denen ein Großteil letztlich nicht genutzt würde.
- (138) Premiere stellt die Einbeziehung von Sport in den öffentlich-rechtlichen Auftrag vor allem deswegen in Frage, weil auch private Rundfunkveranstalter (einschließlich Free-TV) Sportveranstaltungen übertragen könnten. Zudem vertritt Premiere die Auffassung, dass die übermäßige Nutzung digitaler Zusatzkanäle für die Übertragung von Sportveranstaltungen missbräuchlich und nicht durch den öffentlich-rechtlichen Auftrag, ein ausgewogenes und vielfältiges Programm anzubieten, abgedeckt sei.
- (139) Premiere vertritt ferner den Standpunkt, dass der Erwerb von Exklusivrechten nicht mit dem öffentlich-rechtlichen Auftrag gerechtfertigt werden kann, da solche Exklusivrechte zu einer Verringerung des Angebots zu Lasten der Verbraucher führen würden. Diesbezüglich verweist Premiere auf die mögliche Verbesserung des Angebots, wenn Sportrechte von mehreren Anbietern genutzt würden und private und öffentlich-rechtliche Rundfunkveranstalter hinsichtlich anderer Aspekte als der Übertragung des Sportereignisses als solchem miteinander in Wettbewerb treten müssten.
- (140) Aufgrund dieser Bedenken hält es Premiere für notwendig, den öffentlichen Auftrag durch die Einführung qualitativer und quantitativer Beschränkungen genauer zu definieren und dabei zugleich die Umwidmung digitaler Zusatzkanäle zu untersagen sowie die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten entweder vom Erwerb von Exklusivrechten auszuschließen bzw. sie in angemessener Weise zur Vergabe von Sublizenzen zu verpflichten.

7. BEIHLIFERECHTLICHE WÜRDIGUNG

7.1. Staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag

- (141) Eine staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag liegt vor, wenn folgende Tatbestandsmerkmale erfüllt sind:
- Es handelt sich um eine staatliche oder aus staatlichen Mitteln finanzierte Maßnahme gleich welcher Art;
 - sie begünstigt bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige (selektiver Vorteil),
 - sie verfälscht den Wettbewerb oder droht ihn zu verfälschen, und
 - sie beeinträchtigt den Handel zwischen Mitgliedstaaten.

Die Kommission hat geprüft, ob es sich bei der Gebührenfinanzierung, der steuerlichen Sonderbehandlung und der staatlichen Garantie um staatliche Beihilfen nach Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag handelt.

7.1.1. Verwendung staatlicher Mittel

7.1.1.1. Gebührenfinanzierung

- (142) Unter Verweis auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs in den Rechtssachen *PreussenElektra*, *Stardust Marine* und *Pearle* verneint Deutschland die Verwendung staatlicher Mittel, da die Rundfunkgebühren direkt von den Besitzern der Radio-/Fernsehgeräte an die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten gezahlt werden und zu keinem Zeitpunkt unter staatlicher Kontrolle stehen.
- (143) Die Kommission ist demgegenüber und gemäß der Rechtsprechung und ihrer gängigen Entscheidungspraxis der Ansicht, dass es sich bei den Einnahmen aus den Rundfunkgebühren um staatliche Mittel handelt, die unter staatlicher Kontrolle stehen.
- (144) Die Kommission stellt zunächst fest, dass die durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts näher ausgestaltete Finanzierungsgarantie der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten im Grundgesetz verankert und ausdrücklich im Rundfunkstaatsvertrag niedergelegt ist. Demzufolge haben die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten gegenüber den jeweiligen Ländern einen direkten Rechtsanspruch auf eine angemessene Finanzausstattung, die sie in die Lage versetzt, ihren öffentlich-rechtlichen Auftrag zu erfüllen. Dieser rechtlichen Verpflichtung gegenüber den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten sind die Länder durch die Einführung der Gebührenfinanzierung nachgekommen. Unter diesen Umständen ist es irrelevant, dass die Finanzierung nicht direkt aus dem Staatshaushalt erfolgt, sondern dass die Länder – statt die Rundfunkgebühren zunächst von den Besitzern von Radio- und Fernsehgeräten einzuziehen und die Einnahmen anschließend an die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten weiterzuleiten - den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten das Hoheitsrecht⁵⁸ übertragen haben, die Rundfunkgebühren direkt einzuziehen.
- (145) Im Hinblick auf den letztgenannten Aspekt ist auch zu betonen, dass es sich bei der Rundfunkgebühr um eine den Besitzern von Radio und Fernsehgeräten auferlegte Zwangsabgabe handelt⁵⁹ und dass die Rundfunkgebühren nach ähnlichen Verfahren eingezogen werden wie Steuern⁶⁰. So setzen beispielsweise die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten die Rundfunkgebühr durch Verwaltungsakt fest und können rückständige Rundfunkgebühren im Verwaltungszwangsverfahren vollstrecken.
- (146) Die Rundfunkgebühr wird zur Finanzierung der „Gesamtveranstaltung Rundfunk“ erhoben und der einzelne öffentlich-rechtliche Sender hat nur gemäß

⁵⁸ Unter Hoheitsrecht ist die hoheitliche Gewalt zu verstehen, die in der Regel nur der Staat kraft Überordnung beispielsweise durch Verwaltungsakte gegenüber den Bürgern ausübt.

⁵⁹ Siehe zu diesem Aspekt auch Entscheidung über BBC 24 hour news, Staatliche Beihilfe NN 88/98, Randnummer 22; Entscheidung über BBC Digital Curriculum, Staatliche Beihilfe N 37/2003, Randnummer 21; Entscheidung über die Gebührenfinanzierung von France 2 und France 3, Staatliche Beihilfe E 8/2005, Randnummer 21; Entscheidung über die Gebührenfinanzierung von RAI, Staatliche Beihilfe E 9/2005, Randnummer 16.

⁶⁰ Siehe zu diesem Aspekt auch Entscheidung über TV2, Staatliche Beihilfe C 2/2003, Randnummer 59.

der staatsvertraglich festgelegten Verteilung Anspruch auf einen bestimmten Betrag der Gebühreneinnahmen⁶¹.

- (147) Ferner wird die Rundfunkgebühr von den Länderparlamenten gemeinsam beschlossen und in den entsprechenden Rechtsakten festgelegt. Dies erfolgt zwar auf Vorschlag der KEF aufgrund des von ihr unter Berücksichtigung der Finanzierungsgarantie ermittelten Finanzbedarfs der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten. Letztlich entscheiden jedoch die Länder über die den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zur Verfügung stehenden finanziellen Mittel⁶². Zudem müssten die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten rechtlich gegen die Länder vorgehen, sollten sie der Auffassung sein, die zugewiesenen Finanzmittel würden der verfassungsmäßig verankerten Finanzierungsgarantie nicht gerecht werden.
- (148) Schließlich stellt die Kommission fest, dass es sich bei den öffentlich-rechtlichen Rundfunksendern um „Anstalten des öffentlichen Rechts“ handelt, die den Ländern regelmäßig über ihre finanzielle Lage und die Erfüllung ihres öffentlich-rechtlichen Auftrags Bericht erstatten müssen und die hinsichtlich der Verwendung der Rundfunkgebühren der Haushaltskontrolle durch die Rechnungshöfe unterliegen.
- (149) Im Einklang mit der einschlägigen Rechtsprechung⁶³ und entgegen der Auffassung der deutschen Behörden ist es sehr wohl von Belang, dass es sich bei den Empfängern der Rundfunkgebühren um öffentliche Einrichtungen handelt, die zur Erbringung einer im öffentlichen Interesse liegenden Tätigkeit gegründet wurden, nämlich zur Veranstaltung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Einklang mit dem von den Ländern verabschiedeten Rundfunkstaatsvertrag. Nach Auffassung der Kommission ist es ebenfalls von Belang, dass die Verpflichtung zur Gebühreneinnahme und die Höhe der Rundfunkgebühr von den Ländern festgelegt werden mit dem Ziel, den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten die Erfüllung ihres öffentlich-rechtlichen Auftrags zu erlauben, und nicht als Entgelt für Leistungen, die die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten den Gebühreneinnahmern erbringen.
- (150) Entgegen den von Deutschland vorgebrachten Argumenten ist die Kommission der Auffassung, dass in dem Fall, in dem der Staat einem Unternehmen ein Hoheitsrecht wie hier das Recht auf Erhebung von Rundfunkgebühren überträgt (ein Recht, das die Länder im Übrigen durch die Änderung der entsprechenden Rechtsvorschriften auch wieder entziehen können), im Lichte der einschlägigen Rechtsprechung davon auszugehen ist, dass die Einnahmen aus den eingezogenen Rundfunkgebühren unter staatlicher Kontrolle stehen⁶⁴.

⁶¹ Siehe zu diesem Aspekt auch Entscheidung über BBC 24 hours news, Randnummer 22 und Entscheidung über TV2, Randnummer 59.

⁶² Siehe zu diesem Aspekt auch Entscheidung über Kinderkanal/Phoenix, Staatliche Beihilfe NN 70/98, und Entscheidung über TV2, Randnummer 59.

⁶³ Siehe Urteil des Gerichtshofs vom 15. Juli 2004, in der Rechtssache C-345/02, Pearle, Slg. 2004, I-7139, insbesondere Randnrn. 36-38 in Verbindung mit den Schlussanträgen des Generalanwalts Colomer vom 11. März 2004 in der vorgenannten Rechtssache, Randnrn. 67 - 78.

⁶⁴ Siehe Urteil vom 16. Mai 2002 in der Rechtssache C-482/99, Stardust Marine, Slg. 2002, I-4397, Randnr. 37 mit Verweis auf das Urteil des Gerichtshofs vom 16. Mai 2000 in der Rechtssache C-83/98 P, France v Ladbrooke Racing/Kommission, Slg. 2000, I-3271, Randnr. 50.

- (151) Die Kommission ist ebenfalls und entgegen den Ausführungen Deutschlands der Ansicht, dass die Gebührenfinanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten nicht mit dem der Rechtssache *PreussenElektra* zugrundeliegenden Sachverhalt vergleichbar ist, der eine Vorteilsgewährung aus gesetzlich vorgeschriebenen Mindestabnahmemengen und festgelegten Mindestpreisen betraf. Anders als bei dem Sachverhalt, der dem vorgenannten Urteil zugrunde liegt⁶⁵ besteht im vorliegenden Fall kein privatrechtliches Verhältnis zwischen dem Begünstigten und Dritten⁶⁶. Die Verpflichtung zur Gebührezahlung besteht nämlich unabhängig davon, ob der Besitzer des Fernsehgeräts tatsächlich von der Möglichkeit, Programme der öffentlichen Sender tatsächlich anzuschauen, Gebrauch macht, so dass die Gebühr nicht als Entgelt für eine Leistung angesehen werden kann, die den Gebührenpflichtigen gegenüber erbracht wird.

7.1.1.2. Steuerliche Sonderbehandlung

- (152) Insoweit als die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten durch die steuerliche Sonderbehandlung von einer Steuerlast befreit werden, die sie normalerweise tragen müssten, verzichtet der Staat auf Steuereinnahmen. Solche Steuereinnahmeverluste stehen – wie in der Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf Maßnahmen im Bereich der direkten Unternehmensbesteuerung dargelegt – der Verwendung staatlicher Mittel im Sinne von Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag gleich⁶⁷. In der Mitteilung wird auch Folgendes klargestellt: *„Im übrigen kann sich das staatliche Handeln sowohl in Steuergesetzen, -verordnungen und -verwaltungsvorschriften als auch in der Praxis der Steuerverwaltung manifestieren.“* Somit ist davon auszugehen, dass bei einem eventuellen Verlust von Steuereinnahmen, der sich entweder aus § 8 KStG im Hinblick auf Veranstaltung von Werbesendungen oder aus der Verwaltungspraxis der Steuerbehörden im Hinblick auf andere kommerzielle Tätigkeiten ergibt, staatliche Mittel betroffen sind.

7.1.1.3. Staatliche Garantie

- (153) Gemäß der Bürgschaftsmittteilung der Kommission liegt eine Beihilfe in Form einer Garantie vor, wenn die Rechtsform eines Unternehmens Zahlungsunfähigkeitsverfahren ausschließt, so dass sich günstigere Finanzierungsbedingungen für das betreffende Unternehmen ergeben⁶⁸. Das vom Staat hierdurch übernommene Risiko würde unter normalen Marktbedingungen durch eine Prämie vergütet werden. Wird auf eine solche Prämie verzichtet, so ist dies ein Vorteil für das Unternehmen, der ebenfalls zu Lasten staatlicher Mittel im Sinne von Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag geht.

⁶⁵ Insbesondere unter Randnr. 60 dieses Urteils wies der Gerichtshof darauf hin, dass sich die Schlussfolgerung, der zufolge die Maßnahme nicht zu Lasten staatlicher Mittel geht, darauf stützt, dass sich die Maßnahme auf das Verhältnis zwischen privaten Parteien auswirkt (siehe Urteil vom 13. März 2001 in der Rechtssache C-379/98, *PreussenElektra*, Slg. 2001, I -2099, Randnrn. 54-66).

⁶⁶ Siehe zu diesem Aspekt auch Entscheidung über TV2, Randnummer 59.

⁶⁷ Siehe Randnummer 10 der vorgenannten Mitteilung der Kommission (veröffentlicht in ABl. C 384 vom 10.12.1998, S. 3.): *„Ein Steuereinnahmeverlust steht der Verwendung staatlicher Mittel in Form von Steuerausgaben gleich.“*

⁶⁸ Siehe Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften; ABl. C 71 vom 11/03/2000, S. 14, Randziffer 2.1.3.

- (154) Unter Berücksichtigung dieser Feststellungen vertritt die Kommission die Auffassung, dass der Staat den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten durch die im Grundgesetz und im Rundfunkstaatsvertrag verankerte Bestands- und Entwicklungsgarantie, den ausdrücklichen Ausschluss von Insolvenzverfahren⁶⁹ sowie die Anstaltslast das Risiko der Zahlungsunfähigkeit abnimmt. Hierfür erhält er von den Rundfunkanstalten keine Prämie. Damit geht die Garantie zu Lasten staatlicher Mittel.

7.1.2. *Finanzieller Vorteil*

7.1.2.1. Finanzierung über Rundfunkgebühren

- (155) Nach Auffassung der Kommission verschafft die staatlich garantierte Finanzierung über Rundfunkgebühren den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten einen finanziellen Vorteil gegenüber ihren privaten Mitbewerbern, die allein auf kommerzielle Einnahmen angewiesen sind.
- (156) Deutschland verneint die Gewährung eines finanziellen Vorteils, da sich die Finanzierung auf die von den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten getragenen Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags beschränke.
- (157) Die Kommission erinnert daran, dass der Gerichtshof im Altmark-Urteil die Voraussetzungen festgelegt hat, unter denen ein Ausgleich für Leistungen zur Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen nicht als staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels 87 Absatz 1 EG-Vertrag zu werten ist:
- (158) *„Erstens muss das begünstigte Unternehmen tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut sein, und diese Verpflichtungen müssen klar definiert sein.*
- (159) *Zweitens sind die Parameter, anhand deren der Ausgleich berechnet wird, zuvor objektiv und transparent aufzustellen, um zu verhindern, dass der Ausgleich einen wirtschaftlichen Vorteil mit sich bringt, der das Unternehmen, dem er gewährt wird, gegenüber konkurrierenden Unternehmen begünstigt.*
- (160) *Gleicht daher ein Mitgliedstaat, ohne dass zuvor die Parameter dafür aufgestellt worden sind, die Verluste eines Unternehmens aus, wenn sich nachträglich herausstellt, dass das Betreiben bestimmter Dienste im Rahmen der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen nicht wirtschaftlich durchführbar war, so stellt dies ein finanzielles Eingreifen dar, das unter den Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 EG-Vertrag fällt.*
- (161) *Drittens darf der Ausgleich nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen ganz oder teilweise zu decken. Nur bei Einhaltung dieser Voraussetzung ist gewährleistet, dass dem betreffenden Unternehmen kein Vorteil gewährt wird, der dadurch, dass er die*

⁶⁹ Siehe z.B. § 32 ZDF-StV.

Wettbewerbsstellung dieses Unternehmens stärkt, den Wettbewerb verfälscht oder zu verfälschen droht.

- (162) *Wenn viertens die Wahl des Unternehmens, das mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut werden soll, im konkreten Fall nicht im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge erfolgt, das die Auswahl desjenigen Bewerbers ermöglicht, der diese Dienste zu den geringsten Kosten für die Allgemeinheit erbringen kann, so ist die Höhe des erforderlichen Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen, das so angemessen mit Transportmitteln ausgestattet ist, dass es den gestellten gemeinwirtschaftlichen Anforderungen genügen kann, bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte, wobei die dabei erzielten Einnahmen und ein angemessener Gewinn aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen zu berücksichtigen sind*⁷⁰.
- (163) Die Kommission stellt fest, dass – wie weiter unten erläutert wird⁷¹ – die geltenden rechtlichen Rahmenbedingungen den öffentlich-rechtlichen Auftrag nicht ausreichend klar und präzise definieren. Gemäß dem Rundfunkstaatsvertrag dürfen die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten bestimmte neue Mediendienste und digitale Zusatzkanäle anbieten, ohne dass Umfang und Grenzen der zum öffentlich-rechtlichen Auftrag gehörenden Tätigkeiten hinreichend präzise dargelegt werden⁷².
- (164) Zudem bezweifelt die Kommission, dass der den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten gewährte Ausgleich anhand von Parametern im Sinne der Vorgaben des Gerichtshofes bestimmt wird, da die Höhe der Rundfunkgebühr nicht von der KEF, sondern von den Ländern festgesetzt wird.
- (165) Wie ebenfalls weiter unten näher erläutert wird⁷³, gewährleistet das derzeitige Finanzierungssystem zudem nicht in hinreichendem Maße, dass der den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten gewährte Ausgleich die Kosten der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags nicht übersteigt.
- (166) Schließlich ist die Kommission nicht davon überzeugt, dass die Finanzierungsregelung – in Ermangelung eines Ausschreibungsverfahrens – gewährleistet, dass sich der Ausgleich auf die Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens beschränkt. Zwar prüft die KEF den angemeldeten Bedarf der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten nach den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, doch ist diese Prüfung nicht gleichwertig mit einer Analyse der Kosten eines gut geführten Unternehmens, zumal das KEF-Verfahren vom Finanzbedarf der öffentlich-rechtlichen Rundfunksender ausgeht. Die einschlägigen Bestimmungen sehen weder die Durchführung einer solchen

⁷⁰ Siehe Urteil des Gerichtshofs vom 24. Juli 2003 in der Rechtssache C-280/00, Altmark Trans und Regierungspräsidium Magdeburg, Slg. 2003, I-7747, Randnrn. 88-94.

⁷¹ Siehe Randnummern (227) und (236).

⁷² Die KEF erkannte beispielsweise den Finanzbedarf der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten für Online-Angebote an, wies aber gleichzeitig darauf hin, dass sie nicht in der Lage gewesen sei zu prüfen, inwieweit die entsprechenden Angebote unter den öffentlichen Auftrag fallen, d. h., ob sie wirklich programmbezogen und für die Erfüllung des öffentlichen Auftrags notwendig sind (siehe insbesondere 13. Bericht der KEF, Tz. 201 und 15. Bericht der KEF, Band 2, Tz. 381).

⁷³ Siehe insbesondere Randnummern (268) f.

Analyse vor, noch legen sie Kriterien fest, nach denen die Kosten eines effizienten Wirtschaftsteilnehmers ermittelt und mit dem von den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten angemeldeten Finanzbedarf verglichen würden. Die Kommission ist nicht davon überzeugt, dass die KEF im Rahmen der bestehenden Rechtsvorschriften – auf die Deutschland Bezug nimmt – verpflichtet ist, Marktvergleiche vorzunehmen, die mit einer Bewertung der Kosten eines gut geführten Unternehmens vergleichbar wären⁷⁴. Zudem stellt die Kommission fest, dass die deutschen Behörden der Kommission nicht die erforderlichen Angaben übermittelt haben, die eine Prüfung erlaubt hätten, inwieweit die von der KEF anerkannten Kosten tatsächlich den Kosten eines effizienten Unternehmens entsprechen⁷⁵. Anders als von Deutschland geltend gemacht, obliegt es den Mitgliedstaaten, die sich auf Altmark-Ausnahme berufen, die erforderlichen Nachweise zu erbringen und nicht der Kommission darzulegen, dass die von der KEF anerkannten Kosten nicht den Kosten eines effizienten Unternehmens entsprechen.

- (167) Deutschland hatte unter Verweis auf das *Chronopost*-Urteil geltend gemacht, das vierte Kriterium sei dann nicht anwendbar, wenn es keinen vergleichbaren privaten Wirtschaftsteilnehmer als Maßstab gebe.
- (168) Ungeachtet der Frage, ob die Feststellungen im *Chronopost*-Urteil überhaupt für die Bewertung der Finanzierung öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten nach den *Altmark*-Kriterien relevant sind, teilt die Kommission nicht die Auffassung der Bundesregierung, dass es unmöglich und als rein hypothetisch anzusehen ist, die Kosten eines effizienten Wirtschaftsteilnehmers als Vergleichsmaßstab zu ermitteln. Deutschland hat auch keine Informationen vorgelegt, die darauf hingedeutet hätten, dass dies unmöglich ist. Vielmehr ist die Kommission der Auffassung, dass die einzelnen Kostenfaktoren der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten sehr wohl mit den Kosten anderer privater Wettbewerber – auch unter Berücksichtigung der sich aus dem öffentlichen Auftrag ergebenden Verpflichtungen - verglichen werden können. Selbst wenn dem Vorbringen gefolgt würde, dass ein Vergleich mit privaten Wirtschaftsteilnehmern nicht angemessen ist, stellt die Kommission fest, dass die KEF zwar die unterschiedlichen Kosten der einzelnen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten (die alle den gleichen öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen nachkommen müssen) prüft, doch auf dieser Grundlage keinen einheitlichen Maßstab festlegt,

⁷⁴ In den von Deutschland in diesem Zusammenhang angeführten Rechtsvorschriften (§ 1 und 3 RFinStV) wird nur allgemein auf die Prüfung der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit durch die KEF verwiesen.

⁷⁵ Die der Kommission vorliegenden Informationen deuten vielmehr darauf hin, dass der den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten gewährte Ausgleich höher sein könnte als die Kosten eines effizienten Wirtschaftsteilnehmers. Die Landesrechnungshöfe bemängelten beispielsweise, dass die Kosten für von Dritten erbrachte Dienste durchaus die Marktpreise für entsprechende Dienste übersteigen könnten, da diese Dienste von den Anstalten nicht ausgeschrieben werden. Siehe diesbezüglich auch das laufende Vertragsverletzungsverfahren wegen der Nichtanwendung der Beschaffungsregeln durch die GEZ/die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2006/4680 und die Entscheidung der Kommission vom 21.3.2007, Deutschland diesbezüglich eine mit Gründen versehene Stellungnahme zuzuleiten.

mit dem die angemeldeten Kosten aller öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten verglichen und gegebenenfalls gekürzt werden könnten⁷⁶.

- (169) Aus allen vorgenannten Gründen vertritt die Kommission die Auffassung, dass die gegenwärtige Finanzierungsregelung die im *Altmark*-Urteil festgelegten Kriterien nicht erfüllt.

7.1.2.2. Steuerliche Sonderbehandlung

- (170) Die Kommission hat geprüft, inwieweit die steuerliche Sonderbehandlung den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten dadurch einen Vorteil verschafft, die sie diese von einer finanziellen Last befreien, die die Anstalten normalerweise für ihre kommerziellen Tätigkeiten tragen müssten. Wie in der Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfenvorschriften auf die direkte Unternehmensbesteuerung erläutert, könnte dies der Fall sein, wenn die Rechtsvorschriften (wie § 8 KStG hinsichtlich der Besteuerung von Werbetätigkeiten) sowie die steuerliche Behandlung sonstiger kommerzieller Tätigkeiten eine Ausnahme von der Anwendung des allgemein geltenden Steuersystems darstellen⁷⁷, die nicht durch die Natur oder den inneren Aufbau des Steuersystems gerechtfertigt ist, das heißt, die sich nicht unmittelbar aus den Grund- oder Leitprinzipien des betreffenden Steuersystems ergibt⁷⁸.
- (171) Der Vorteil könnte sich aus der Minderung der Steuerbemessungsgrundlage ergeben, sofern beispielsweise nicht die tatsächlichen Gewinne zugrunde gelegt werden, sondern eine in den einschlägigen Vorschriften festgelegte hypothetische Gewinnpauschale (z.B. ein bestimmter Prozentsatz des Umsatzes)⁷⁹. Wie oben dargelegt (siehe Randnummern (45) und (46)) wurden die Gewinne aus den kommerziellen Tätigkeiten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten entweder per Gesetz oder im Rahmen der Verwaltungspraxis pauschal festgesetzt.
- (172) Diesbezüglich nimmt die Kommission die Erläuterungen der deutschen Behörden zur Kenntnis, wonach die Rechtsvorschrift in § 8 KStG (betreffend die Besteuerung von Werbetätigkeiten) zur Festsetzung der Körperschaftsteuerbemessungsgrundlage einen allgemeinen, in § 162 AO niedergelegten Rechtsgrundsatz widerspiegelt und somit keine Ausnahme vom allgemeinen Steuersystem darstellt. Kann der steuerpflichtige Gewinn – insbesondere aufgrund von Problemen bei der Zuordnung der entsprechenden Kosten – nur schwer oder gar nicht ermittelt werden, stellt die Schätzung des steuerpflichtigen Gewinns eine "Ausweich"-Lösung dar, um die ordnungsgemäße Besteuerung kommerzieller Tätigkeiten sicherzustellen. Die Kommission hat in der Rundfunkmitteilung anerkannt, dass die Kostenzuteilung in einigen Fällen möglicherweise nicht aussagekräftig ist.

⁷⁶ Siehe zum Beispiel die Aufforderung der KEF, die Übermittlung und Analyse der einschlägigen Daten zu verbessern, damit die Produktionskosten der einzelnen Rundfunkanstalten im Interesse einer weiteren Steigerung der Wirtschaftlichkeit in qualifizierter Weise verglichen werden können (15. KEF-Bericht, Tzn. 553 f).

⁷⁷ Siehe Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf Maßnahmen im Bereich der direkten Unternehmensbesteuerung, Randnummer 16.

⁷⁸ Siehe Mitteilung der Kommission über die Unternehmensbesteuerung, Randnummer 12, unter Bezugnahme auf das Urteil des Gerichtshofs vom 2. Juli 1974 in der Rechtssache C-173/73, Italien/Kommission, Slg. 1974, S. 709, Randnr. 14.

⁷⁹ Siehe Mitteilung der Kommission über die Unternehmensbesteuerung, Randnummer 9.

- (173) Die Kommission ist jedoch im Einklang mit ihrer Entscheidungspraxis der Auffassung, dass Steuervorschriften, denen zufolge der steuerpflichtige Gewinn ungeachtet der tatsächlichen Rentabilität des betreffenden Unternehmens festgesetzt wird, diesem Unternehmen einen Vorteil verschaffen können, sofern die Gewinnpauschale festgesetzt wird, ohne dass im Rahmen einer *Ex-ante*-Bewertung und einer *Ex-post*-Kontrolle geprüft wird, ob diese Gewinnpauschale den wirtschaftlichen Gegebenheiten des betreffenden Wirtschaftssektors entspricht⁸⁰.
- (174) Diesbezüglich erläuterten die deutschen Behörden, dass die Steuerbehörden für die jeweiligen kommerziellen Tätigkeiten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten unterschiedliche Gewinnpauschalen festgesetzt und vor der Festsetzung der Steuerbemessungsgrundlage umfassende Untersuchungen durchgeführt haben. Im Übrigen würden die Steuerbehörden die Steuerbemessungsgrundlage anpassen, sollte sie nicht mehr den wirtschaftlichen Gegebenheiten entsprechen.
- (175) Im Hinblick auf die von den Steuerbehörden festgelegten BgA wie Werbung, Kostenbeteiligung Dritter, kommerzielle Verwertung von Programmmaterial und Studios sowie Verpachtung von Anlagevermögen ist die Kommission unter diesen Umständen der Auffassung, dass die für diese Tätigkeiten festgelegten Gewinnpauschalen im Rahmen der bestehenden Finanzierungsregelung als gerechtfertigt angesehen werden können, sofern – wie von Deutschland bestätigt wurde – die Gewinnpauschalen regelmäßig überprüft werden, damit sie gegebenenfalls an die wirtschaftlichen Gegebenheiten des betreffenden Sektors angepasst werden können.
- (176) Die Kommission weist jedoch darauf hin, dass dies nicht zwangsläufig auch für die künftige Finanzierungsregelung zutrifft. Die deutschen Behörden haben angekündigt, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten künftig ausdrücklich verpflichtet sein werden, hinsichtlich der finanziellen Beziehungen zu ihren kommerziellen Tochtergesellschaften den Grundsatz des Fremdvergleichs zu beachten. Demnach müssen die Tochtergesellschaften für alle, von den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten erhaltenen Leistungen marktübliche Preise zahlen. Somit dürfte es künftig keinen Grund mehr geben, bei der Ermittlung des steuerpflichtigen Gewinns nach dem allgemeinen Steuersystem die Angemessenheit und Zuverlässigkeit der Kosten der kommerziellen Tochtergesellschaften in Frage zu stellen.

7.1.2.3. Staatliche Garantie

- (177) Gemäß Randziffer 2.1.1. der Bürgschaftsmitteilung der Kommission versetzt die Garantie ein Unternehmen in die Lage, Gelder zu günstigeren finanziellen Konditionen aufzunehmen, als normalerweise auf den Finanzmärkten verfügbar.
- (178) Nach Auffassung der Kommission ist die staatliche Garantie, die an den Status der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten gebunden ist, geeignet, den Anstalten einen finanziellen Vorteil insbesondere in Form günstigerer Finanzierungsbedingungen zu verschaffen.

⁸⁰ Siehe zum Beispiel Entscheidung der Kommission über die Koordinierungsstellen in Belgien, ABl. L 282 vom 30.10.2003, S. 25.

- (179) Zwar machten die deutschen Behörden geltend, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten nur in begrenztem Umfang Kredite aufnehmen⁸¹, doch stellt die Kommission fest, dass ihnen die Kreditaufnahme nicht vollständig untersagt ist. Damit kann nicht ausgeschlossen werden, dass den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten günstigere Kreditkonditionen gewährt werden.
- (180) Ferner kann im Rahmen der bestehenden Finanzierungsregelung (insbesondere wegen des Fehlens klarer Regeln, die die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zur Einhaltung marktwirtschaftlicher Grundsätze einschließlich des Fremdvergleichsprinzips bei ihren Beziehungen zu ihren kommerziellen Tochtergesellschaften verpflichten würden⁸²) nicht ausgeschlossen werden, dass sich die staatliche Garantie auch zu Gunsten rein kommerzieller Tätigkeiten/Tochtergesellschaften auswirkt.

7.1.3. Wettbewerbsverfälschung und Handelsbeeinträchtigung

- (181) Nach ständiger Rechtsprechung gilt: „...*Die Unvereinbarkeit einer Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt ist somit dann festzustellen, wenn die Beihilfe eine Auswirkung auf den innergemeinschaftlichen Handel und eine verzerrende Wirkung auf den Wettbewerb im innergemeinschaftlichen Handel entfaltet oder entfalten kann. Insbesondere wird der innergemeinschaftliche Handel von einer von einem Mitgliedstaat gewährten Beihilfe beeinflusst, wenn diese Beihilfe die Stellung eines Unternehmens gegenüber anderen Wettbewerbern in diesem Handel stärkt.*“⁸³
- (182) Unter Berücksichtigung des häufig international abgewickelten Handels mit Programmen und Programmrechten, der grenzüberschreitenden Wirkung von Werbung (vor allem in grenznahen Gebieten, in denen beiderseits der Landesgrenze dieselbe Sprache gesprochen wird) und angesichts der Tatsache, dass sich die Eigentumsstruktur kommerzieller Rundfunksender auf mehr als einen Mitgliedstaat erstrecken kann, geht die Kommission generell davon aus, dass eine staatliche Finanzierung öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt⁸⁴.
- (183) Die den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten gewährte Beihilfe (siehe oben) ist unter Berücksichtigung der verschiedenen Tätigkeiten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten geeignet, den Wettbewerb und den Handel in mehrerer Hinsicht zu verfälschen.
- (184) Durch die Beihilfe wird den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ein finanzieller Vorteil verschafft, der ihre Stellung gegenüber anderen privaten Rundfunkveranstaltern stärkt, die ihre Tätigkeiten aus kommerziellen Einnahmen finanzieren müssen. Sowohl öffentliche als auch private Sender stehen im

⁸¹ Siehe zu diesem Aspekt oben in Randnummer (86).

⁸² Siehe diesbezüglich Randnummern (286) f.

⁸³ Siehe Urteil des Gerichtshofs vom 15. Dezember 2005 in der Rechtssache C-148/04, Unicredito Italiano SpA, Slg. 2005, I-11137, Randnrn. 55 und 56, unter Verweis auf das Urteil vom 17. September 1980 in der Rechtssache 730/79, Philip Morris/Kommission, Slg. 1980, 2671, Randnr. 11, das Urteil vom 22. November 2001 in der Rechtssache C-53/00, Ferring, Slg. 2001, I-9067, Randnr. 21, und das Urteil vom 29. April 2004 in der Rechtssache C-372/97, Italien/Kommission, Slg. 2004, I-3679, Randnr. 52.

⁸⁴ Siehe Rundfunkmitteilung, Randnummer 18.

Wettbewerb um Zuschauer. Da die Einschaltquoten für die Höhe der Werbepreise maßgeblich sind, wirkt sich ein Anstieg der Einschaltquote bei öffentlich finanzierten Rundfunkanstalten auf Kosten privater Wettbewerber direkt auf die Werbeeinnahmen der privaten Sender aus.

- (185) Doch auch hinsichtlich des Erwerbs von Fernsehrechten und dem Verkauf von Sende- und sonstigen Rechten kann die den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten gewährte Beihilfe den Wettbewerb beeinträchtigen, da die privaten Sender und die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten miteinander im Wettbewerb um Rechte (z. B. Film- oder Sportrechte) stehen, die erstere vollständig aus kommerziellen Einnahmen finanzieren müssen, während letztere als öffentlich finanzierte Anstalten die Refinanzierung der erworbenen Rechte nicht sicherstellen müssen. Ähnlich können die öffentlich-rechtlichen Anstalten durch die Beihilfe in die Lage versetzt werden, im Vergleich zu den privaten Sendern attraktivere und qualitativ höherwertige Inhalte anzubieten, was sich möglicherweise nachteilig auf die Einnahmen der privaten Sender aus dem Verkauf von von ihnen hergestellten Inhalten bzw. Senderechten auswirkt.
- (186) Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten sind nicht nur auf dem nationalen Rundfunkmarkt, sondern insbesondere im Rahmen von Kooperationen mit anderen ausländischen Sendern auch auf europäischen Märkten tätig. Ferner stehen die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten mit privaten Rundfunkveranstaltern mit internationaler Gesellschaftsstruktur (z.B. RTL) und anderen ausländischen Sendern, die ihre für den deutschen Markt bestimmten Programme anbieten, im Wettbewerb. Zudem stehen die Angebote der deutschen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten mit den deutschsprachigen Sendern in anderen Mitgliedstaaten im Wettbewerb⁸⁵.
- (187) Des Weiteren sind die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten vor allem im Rahmen der EBU auch im Hinblick auf den Erwerb und Verkauf von Programmrechten europaweit tätig.
- (188) Ferner sind die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten – vor allem über ihre kommerziellen Tochtergesellschaften – auch auf anderen Märkten tätig, wie beispielsweise der Filmproduktion und der Vermietung von Sendestandorten. Bei diesen Tätigkeiten stehen die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten mit anderen auf dem europäischen Markt tätigen Wirtschaftsteilnehmern (z.B. Filmproduktionsgesellschaften oder Netzbetreibern) im Wettbewerb.
- (189) Schließlich stehen die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten insbesondere im Hinblick auf neue Medien mit privaten Sendern, die ähnliche Online-Dienste anbieten, im Wettbewerb. Bieten öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten ähnliche oder identische Online-Dienste an wie private Sender, liegt auf der Hand, dass sich die öffentliche Finanzierung solcher Tätigkeiten auf private Geschäftsmodelle auswirken kann, und zwar entweder durch den Wettbewerb von entgeltpflichtigen Diensten der privaten Sender mit kostenlosen Angeboten der

⁸⁵ So gehören beispielsweise die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ARD und ZDF nach dem ORF in Österreich zu den am häufigsten eingeschalteten Rundfunksendern (Quelle: ORF *media research*).

öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten oder durch den Wettbewerb um Nutzer, die letztlich für die Werbeeinnahmen der privaten Sender maßgeblich sind.

- (190) Unter diesen Umständen ist die Kommission der Ansicht, dass die staatlichen Beihilfen für die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in Deutschland geeignet sind, den Wettbewerb und den Handel in der Europäischen Union zu verfälschen.

7.1.4. Schlussfolgerungen

- (191) Unter Berücksichtigung der vorstehenden Feststellungen vertritt die Kommission die Auffassung, dass es sich bei der Finanzierungsgarantie (einschließlich der uneingeschränkten staatlichen Garantie aufgrund der Tatsache, dass es sich bei den öffentlich-rechtlichen Rundfunksendern um Anstalten handelt) und der Gebührenfinanzierung um eine staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels 87 Absatz 1 EG-Vertrag handelt.

7.2. Natur der Beihilfe

- (192) Gemäß Artikel 1 Buchstabe b der Verfahrensverordnung (EG) Nr. 659/1999⁸⁶ gelten als „bestehende Beihilfen“ (unter anderem):
- (193) *“(i) ..., alle Beihilfen, die vor Inkrafttreten des Vertrags in dem entsprechenden Mitgliedstaat bestanden, also Beihilferegulungen und Einzelbeihilfen, die vor Inkrafttreten des Vertrags eingeführt worden sind und auch nach dessen Inkrafttreten noch anwendbar sind;*
- (194) *(v) Beihilfen, die als bestehende Beihilfen gelten, weil nachgewiesen werden kann, dass sie zu dem Zeitpunkt, zu dem sie eingeführt wurden, keine Beihilfe waren und später aufgrund der Entwicklung des Gemeinsamen Marktes zu Beihilfen wurden, ohne dass sie eine Änderung durch den betreffenden Mitgliedstaat erfahren haben. Werden bestimmte Maßnahmen im Anschluss an die Liberalisierung einer Tätigkeit durch gemeinschaftliche Rechtsvorschriften zu Beihilfen, so gelten derartige Maßnahmen nach dem für die Liberalisierung festgelegten Termin nicht als bestehende Beihilfen.”*
- (195) Gemäß Artikel 4 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 794/2004⁸⁷ gilt als Änderung einer bestehenden Beihilfe *„jede Änderung, außer einer Änderung rein formaler oder verwaltungstechnischer Art, die keinen Einfluss auf die Würdigung der Vereinbarkeit der Beihilfemaßnahme mit dem Gemeinsamen Markt haben kann”*.
- (196) Gemäß der Rechtsprechung in der Rechtssache *Gibraltar*⁸⁸ ist nicht davon auszugehen, dass jede Änderung einer bestehenden Beihilfe die Umwandlung dieser Beihilfe in eine neue Beihilfe bewirkt. Der Gerichtshof stellte vielmehr

⁸⁶ Siehe Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates vom 22. März 1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrags [nunmehr Artikel 88 EG-Vertrag], ABl. L 83 vom 27.03.1999, S. 1.

⁸⁷ Siehe Verordnung (EG) Nr. 794/2004 der Kommission vom 21. April 2004 zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrags (ABl. L 140 vom 30. April 2004, S. 1).

⁸⁸ Siehe Urteil vom 30. April 2002 in den verbundenen Rechtssachen T-195/01 und T-207/01, Slg. 2002, II-2309, Randnr. 111.

fest: „Daher wird die ursprüngliche Regelung durch die Änderung nur dann in eine neue Beihilferegelung umgewandelt, wenn die Änderung sie in ihrem Kern betrifft. Um eine derartige wesentliche Änderung kann es sich jedoch nicht handeln, wenn sich das neue Element eindeutig von der ursprünglichen Regelung trennen lässt.“

- (197) Generalanwalt Trabucchi betonte in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache *Van der Hulst*⁸⁹, dass Änderungen wesentlich sind, wenn die Kernbestandteile des Systems geändert werden wie die Natur des Vorteils, das mit der Maßnahme verfolgte Ziel, die Rechtsgrundlage für die Gebühr, der Kreis der Empfänger oder die Finanzierungsquelle.
- (198) Der Gerichtshof hat in der Rechtssache *Namur-Les Assurances du Crédit SA* Folgendes klargestellt: „... die Frage, ob eine neue Beihilfe oder die Umgestaltung einer bestehenden Beihilfe vorliegt, [kann] nicht danach beurteilt werden, welche Bedeutung die Beihilfe für das Unternehmen im Lauf des Bestehens jeweils hatte und wie hoch sie insbesondere jeweils war. Maßstab für die Einstufung einer Beihilfe als neue oder umgestaltete Beihilfe sind die Bestimmungen, in denen sie vorgesehen ist, sowie die dort vorgesehenen Modalitäten und Beschränkungen.“ Werden die Rechtsvorschriften weder im Hinblick auf die Natur der Vorteile noch auf die Tätigkeiten des Empfängers geändert, handelt es sich nicht um eine neue Beihilfe⁹⁰.
- (199) Unter Berücksichtigung dieser Vorgaben prüfte die Kommission, (1) ob die ursprüngliche Finanzierungsregelung für die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten vor dem Inkrafttreten des EWG-Vertrags eingeführt wurde und (2) ob entweder die späteren Änderungen von der ursprünglichen Maßnahme abgetrennt werden können und damit neue Beihilfen darstellen oder (3) ob die nichtabtrennbaren Änderungen den wesentlichen Charakter der ursprünglichen Maßnahme berühren (d. h. die Art des Vorteils oder die Finanzierungsquelle, das Ziel oder die Rechtsgrundlage der Beihilfe, den Kreis der Empfänger oder den Umfang der Tätigkeiten der Empfänger), so dass letztere insgesamt in eine neue Beihilfe umgewandelt wird (anders als rein formale oder verwaltungstechnische Änderungen, die sie nicht auf die Einstufung der ursprünglichen Finanzierungsregelung als bestehende Beihilfe auswirken).

7.2.1. Finanzierung über Rundfunkgebühren

- (200) Die Kommission stellt fest, dass die Finanzierungsregelung für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk vor Inkrafttreten des EWG-Vertrags eingeführt wurde. Für die damals existierenden öffentlichen Rundfunkanstalten (Landesrundfunkanstalten, die sich später zur Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland, ARD, zusammenschlossen) galten mehrere Landesgesetze und Staatsverträge die zwischen 1948 und 1955 in Kraft traten. Sie enthielten Bestimmungen zum öffentlich-rechtlichen Auftrag und seiner Finanzierung über Rundfunkgebühren,

⁸⁹ Siehe Schlussanträge des Generalanwalts Trabucchi vom 4. Dezember 1974 in der Rechtssache 51/74, van der Hulst, Slg. 1975, S. 79.

⁹⁰ Siehe insbesondere Randnrn. 28 und 29 des Urteils.

so dass die Finanzierung der ARD gemäß Artikel 1 Buchstabe b Ziffer i der Verfahrensverordnung als bestehende Beihilfe angesehen werden kann.

- (201) Das ZDF wurde als zweiter landesweiter Fernsehsender erst 1961, d.h. nach dem Inkrafttreten des EWG-Vertrags, gegründet. Die Kommission stellt jedoch fest, dass der ZDF-Staatsvertrag noch vor Ablauf der im EWG-Vertrag vorgesehenen Übergangsfrist⁹¹ verabschiedet wurde, also zu einem Zeitpunkt, als der Rundfunkbereich weder *de jure* noch *de facto* dem Wettbewerb offen stand⁹². Staatliche Zuwendungen zugunsten öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten vor Ablauf der Übergangsfrist sind deshalb nicht als Beihilfen im Sinne von Artikel 87 Absatz 1 EWG-Vertrag zu werten. Deshalb betrachtet die Kommission die durch den ZDF-Staatsvertrag eingeführte Finanzierung gemäß Artikel 1 Buchstabe b Ziffer v der Verfahrensverordnung als bestehende Beihilfe.
- (202) Die einschlägigen, die in der ARD zusammengeschlossenen Rundfunkanstalten sowie das ZDF betreffenden Rechtsakte wurden in der Folgezeit mehrfach geändert. Nach Auffassung der Kommission sind diese Änderungen weder von der ursprünglichen Finanzierungsregelung abtrennbar, noch berühren sie deren wesentlichen Charakter.
- (203) Erstens wirkte sich die Reform des Rundfunkgebührensystems nach einem Urteil des Bundesverfassungsgerichts aus den Jahren 1968/1969 (demzufolge die Länder und nicht der Bund für Medien- und Rundfunkangelegenheiten zuständig sind) weder auf den Tatbestand aus, der die Pflicht zur Gebühreneinzug begründet (d. h. den Besitz eines Rundfunkempfangsgerätes), noch änderte sich dadurch der Kreis der Gebührenempfänger (d. h. die einzelnen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten). Auch an dem Zweck der Gebühren änderte sich nichts (d. h. Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Auftrags). Die Reform führte lediglich zu einer Änderung der Verfahren für den Gebühreneinzug – die ein integraler und nichtabtrennbarer Bestandteil der Finanzierungsregelung sind – und ist daher als eine Änderung rein verwaltungstechnischer Art zu werten.
- (204) Zweitens können die Anpassung des bestehenden Rechtsrahmens nach der deutschen Wiedervereinigung ("Rundfunkstaatsvertrag im vereinten Deutschland 1991") und die Ausweitung der bestehenden Finanzierungsregelung auf die Rundfunkanstalten in der früheren DDR weder vom ursprünglichen Finanzierungssystem abgetrennt werden, noch handelt es sich dabei um eine wesentliche Änderung des ursprünglichen Systems, da die ostdeutschen Rundfunkanstalten in die ARD integriert wurden, welche als solche weiterhin nach den bestehenden Regeln mit öffentlichen Mitteln finanziert wird.
- (205) Drittens betraf das 1997 eingeführte „KEF-Verfahren“ eine Änderung der Methodik und des Verfahrens zur Ermittlung des Finanzbedarfs der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten. Die KEF als solche bestand bereits zuvor, hatte jedoch nur beratende Funktion. Durch die neuen Rahmenbedingungen wurde ihre

⁹¹ Gemäß Artikel 8 des EWG Vertrages wird der Gemeinsame Markt während einer Übergangszeit von zwölf Jahren schrittweise verwirklicht. Das Ende der Übergangszeit ist gleichzeitig der Endtermin für das Inkrafttreten aller vorgesehenen Vorschriften sowie für die Durchführung aller Maßnahmen, die zur Errichtung des Gemeinsamen Marktes gehören.

⁹² In diesem Zusammenhang sei auch daran erinnert, dass der erste private Rundfunksender in Deutschland erst 1984 auf den Markt trat.

Unabhängigkeit gestärkt. Da das Verfahren zur Ermittlung des Finanzbedarfs der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten integraler Bestandteil der Finanzierungsregelung ist, können die betreffenden Änderungen nicht von der ursprünglichen Finanzierungsregelung getrennt werden. Im Einklang mit der bisherigen Praxis der Kommission können diese Änderungen daher als Änderungen administrativer und technischer Art angesehen werden, die den wesentlichen Charakter der Finanzierungsregelung nicht berühren⁹³.

- (206) Viertens sind die Gebührenerhöhungen nach Auffassung der Kommission nicht als neue Beihilfe zu werten. Die Erhöhungen sind vielmehr die Konsequenz eines gestiegenen Finanzbedarfs der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten bei der Erfüllung ihres öffentlich-rechtlichen Auftrags. Im Einklang mit der bisherigen Entscheidungspraxis der Kommission⁹⁴ ist daher festzustellen, dass die Erhöhungen nicht von der ursprünglichen Finanzierungsregelung abgetrennt werden können und keine wesentliche Änderung darstellen, sofern sich der öffentlich-rechtliche Auftrag als solcher nicht wesentlich geändert hat.
- (207) Fünftens ist die Kommission auch der Ansicht, dass die den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ausdrücklich eingeräumte Möglichkeit, programmbezogene und programmbegleitende Online-Dienste/neue Mediendienste anzubieten, nicht von der ursprünglichen Finanzierungsregelung abgetrennt werden kann und den wesentlichen Charakter der bestehenden Finanzierungsregelung nicht berührt.
- (208) Die Kommission ist im Einklang mit ihrer bisherigen Entscheidungspraxis der Auffassung, dass die den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten eingeräumte Möglichkeit, den bestehenden öffentlich-rechtlichen Auftrag über eine neue Verbreitungsplattform wie das Internet zu erfüllen, an sich keine wesentliche und abtrennbare Änderung darstellt, vorausgesetzt, dass ein enger Bezug zu den ursprünglichen Aufgaben besteht, dass der über die neue Plattform angebotene Inhalt dem bestehenden Programmauftrag entspricht und dass sich die Rechtsgrundlage für die Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Tätigkeiten nicht geändert hat⁹⁵.
- (209) Das im gegenwärtigen Rundfunkstaatsvertrag verankerte Erfordernis „programmbegleitender Mediendienste mit programmbezogenem Inhalt“ soll einen solchen engen Bezug zu den traditionellen Programmaufgaben der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten widerspiegeln. Die Kommission nimmt die Ausführungen der deutschen Behörden zur bestehenden Finanzierungsregelung zur Kenntnis, wonach die so qualifizierten Mediendienste das Hauptprogramm unterstützende Tätigkeiten beschränkt sind. Ferner stellt die Kommission fest, dass Definition des öffentlich-rechtlichen Programmauftrags in qualitativer Hinsicht (d.h. Information, Bildung, Beratung und Unterhaltung)

⁹³ Siehe auch Entscheidung über die Gebührenfinanzierung von RAI, Randnummer 42, und Staatliche Beihilfe E 14/2005 betreffend Ausgleichszahlungen für den portugiesischen öffentlich-rechtlichen Rundfunksender RTP, insbesondere Randnummer 72.

⁹⁴ Siehe Entscheidung über die Gebührenfinanzierung von RAI, Randnummer 43. Siehe auch Entscheidung über die Gebührenfinanzierung von France 2 und France 3, Randnummern 34 und 35 und die Entscheidung über die allgemeine Finanzierungsregelung von RTVE, Staatliche Beihilfe E 8/2005, Randnummer 53.

⁹⁵ Siehe zu diesem Aspekt auch Entscheidung der Kommission über BBC Digital Curriculum, Staatliche Beihilfe N 37/2003, Randnummern 35/36 und Randnummer 48 mit Bezug auf die Entscheidung der Kommission über BBC 24 hours news, Randnummer 69 und 70.

sowie die Bestimmungen zur Regelung der Finanzierung der Aufgaben der öffentlich-rechtlichen Fernsehanstalten nach der Anpassung des öffentlich-rechtlichen Auftrags unverändert galten⁹⁶.

- (210) Aus ähnlichen Gründen vertritt die Kommission ferner die Auffassung, dass die seit 2001 für ARD und ZDF bestehende Möglichkeit, existierende Programme mit digitaler Technik zu verbreiten und jeweils drei digitale Zusatzkanäle anzubieten, als nichtabtrennbare Änderung angesehen werden kann, die den wesentlichen Charakter der bestehenden Finanzierungsregelung nicht berührt.
- (211) Die Nutzung anderer Verbreitungswege wirkt sich nicht auf den ursprünglichen öffentlich-rechtlichen Auftrag aus. Dies gilt auch für die digitalen Zusatzkanäle. Die Kommission nimmt die Erklärung der deutschen Behörden zur Kenntnis, dass sich der über diese Kanäle verbreitete Inhalt im Rahmen der derzeitigen Finanzierungsregelung weitgehend auf vorhandenes Programmmaterial stützt, das neu zusammengestellt wird. Obwohl Information, Kultur und Bildung im Mittelpunkt stehen müssen, haben diese Kanäle, wie weiter oben näher ausgeführt wurde, keinen thematischen Schwerpunkt, der mit den Spartenkanälen *Kinderkanal* und *Phoenix*, deren Finanzierung 1999 von der Kommission genehmigt wurde, vergleichbar wäre.
- (212) Ferner können die Änderungen, die mit dem 8. und dem 9. Rundfunkänderungsstaatsvertrag (die beide nach dem Schreiben der Kommission nach Artikel 17 in Kraft traten) eingeführt wurden, nach Auffassung der Kommission weder von der ursprünglichen Finanzierungsregelung abgetrennt werden, noch wirken sie sich auf diese ursprüngliche Regelung aus.
- (213) Die mit dem 8. Rundfunkänderungsstaatsvertrag eingeführten Änderungen betreffen den öffentlich-rechtlichen Auftrag sowie bestimmte Beschränkungen im Hinblick auf die Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten⁹⁷. Die Kommission vertritt die Auffassung, dass durch die vorgeschriebene schwerpunktmäßige Ausrichtung der digitalen Zusatzkanäle auf Information, Bildung und Kultur sowie durch die Beschränkung der von den Landesrundfunkanstalten organisierten Programme der Umfang des öffentlich-rechtlichen Auftrags begrenzt wird, was nicht als abtrennbare und wesentliche Änderung zu werten ist. Auch mit der erweiterten Kontrollbefugnis der KEF im Hinblick auf die Selbstverpflichtungen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten sowie der Beschränkung der Kreditaufnahmemöglichkeiten dieser Anstalten wurden strengere Maßstäbe hinsichtlich des anerkannten Finanzbedarfs eingeführt, so dass dies nicht als abtrennbare und wesentliche Änderung der ursprünglichen Finanzierungsregelung zu werten ist.
- (214) Zu dem mit dem 9. Rundfunkänderungsstaatsvertrag eingeführten neuen Konzept der „Telemedien“ (anstelle des derzeitigen Konzepts der „Mediendienste“) stellt die Kommission fest, dass dieses Konzept möglicherweise ein breitergefächertes

⁹⁶ Nach den der Kommission vorliegenden Informationen erkannte die KEF – schon vor der Änderung der Rechtsvorschriften – den Finanzbedarf für die Online-Projekte der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten im Rahmen der „Bestands- und Entwicklungsgarantie“ an. Für den Zeitraum 1997 – 2000 erkannte die KEF den Finanzbedarf für Online-Projekte auf der Grundlage der früheren Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrags an (siehe 10. KEF-Bericht).

⁹⁷ Siehe zu diesem Aspekt auch Entscheidung der Kommission über die Kompensationszahlungen für den portugiesischen öffentlich-rechtlichen Rundfunksender RTP, Randnummer 77.

Angebot an Diensten abdecken kann als das bisherige Konzept. Im Einklang mit der Argumentation bei der Ausweitung des Angebots von traditionellen Fernsehaktivitäten auf Online-Dienste vertritt die Kommission jedoch die Auffassung, dass die unverändert bestehende Begrenzung auf unterstützende Tätigkeiten gewährleistet, dass weiterhin ein enger Bezug zu den traditionellen Programmaufgaben besteht.

7.2.2. Staatliche Garantie

- (215) Sowohl die verfassungsrechtlich verankerte Bestands- und Entwicklungsgarantie als auch der ungeschriebene Rechtsgrundsatz der Anstaltslast bestanden bereits vor Inkrafttreten des EWG-Vertrags. Daher werden die daraus resultierenden Vorteile als bestehende Beihilfe betrachtet.

7.2.3. Schlussfolgerungen

- (216) Nach Auffassung der Kommission können sowohl die Finanzierungsgarantie als auch die Gebührenfinanzierung von ARD und ZDF in ihrer jetzigen Form und ihrem jetzigen Umfang als bestehende Beihilfe angesehen werden.

7.3. Beurteilung der Vereinbarkeit der derzeitigen Finanzierungsregelung mit dem Gemeinsamen Markt

- (217) Die Vereinbarkeit der vorgenannten Beihilfemaßnahmen mit dem Gemeinsamen Markt ist nach Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag, dem Protokoll von Amsterdam sowie der Mitteilung über die Anwendung der Vorschriften über Staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk (Rundfunkmitteilung) zu bewerten⁹⁸.

- (218) Der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zufolge müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein, damit eine Beihilfe gemäß Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar angesehen werden kann⁹⁹:

(i) Die betreffende Dienstleistung muss eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und von dem Mitgliedstaat klar als solche definiert sein (Definition).

(ii) Das betreffende Unternehmen muss von dem Mitgliedstaat ausdrücklich mit der Ausführung der Dienstleistung beauftragt worden sein (Beauftragung).

(iii) Die Anwendung der Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags - im vorliegenden Fall das Verbot staatlicher Beihilfen - muss die Erfüllung der dem Unternehmen übertragenen Aufgaben verhindern, und die Freistellung von diesen Regeln darf die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem Maße beeinträchtigen, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft (Verhältnismäßigkeitskriterium).

- (219) In der 2001 von der Kommission angenommenen Rundfunkmitteilung sind die Voraussetzungen aufgeführt, unter denen die Finanzierung öffentlich-rechtlicher

⁹⁸ Siehe ABl. C 320 vom 15.12.2001, S. 5.

⁹⁹ Siehe auch Rundfunkmitteilung, Randnummer 29.

Rundfunkanstalten als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar angesehen werden kann. Gemäß der Rundfunkmitteilung muss die Kommission prüfen, ob

(i) es sich bei den Tätigkeiten von ARD und ZDF um klar definierte Verpflichtungen handelt, die aus dem öffentlich-rechtlichen Auftrag erwachsen,

(ii) ob ARD and ZDF die Erfüllung dieses Auftrags von den deutschen Behörden offiziell übertragen wurde und ob angemessen kontrolliert wird, ob sie ihren Auftrag erfüllt haben, und

(iii) ob die Finanzierung gemessen an den Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags verhältnismäßig ist und nicht zu unnötigen Wettbewerbsverzerrungen führt.

7.3.1. Definition

(220) Die Kommission erkennt Folgendes an: *„Die Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrags fällt in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten...“*; dagegen *„beschränkt sich die Rolle der Kommission auf eine Überprüfung auf offensichtliche Fehler. ... Ein offensichtlicher Fehler in der Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrags läge allerdings vor, wenn dieser auch Tätigkeiten umfasste, die nicht - um in der Formulierung des Protokolls zu bleiben - den „demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen jeder Gesellschaft“ entsprechen“*, wie dies bei elektronischem Handel der Fall wäre (siehe Randnummer 36 der Rundfunkmitteilung).

(221) *„In Anbetracht des besonderen Charakters der Rundfunkbranche und angesichts der auslegenden Bestimmungen des Protokolls kann eine „breit gefasste“ Definition, bei der ein bestimmter Sender damit betraut wird, ein ausgewogenes und breit gefächertes Programm in Einklang mit seinem Auftrag anzubieten und dabei gewisse Einschaltquoten zu gewährleisten, als legitim gemäß Artikel 86 Absatz 2 betrachtet werden. Eine solche Definition entspräche dem Ziel, die demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnisse der Gesellschaft zu decken und den Pluralismus zu wahren, einschließlich kultureller und sprachlicher Vielfalt.“* (siehe Randnummer 33 der Rundfunkmitteilung).

(222) *„Auch könnte der öffentlich-rechtliche Auftrag Dienste (wie Online-Informationendienste) umfassen, die keine „Programme“ im traditionellen Sinne sind, sofern diese - auch unter Berücksichtigung der Entwicklung und Diversifizierung der Tätigkeiten im digitalen Zeitalter - den selben demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft dienen.“* (siehe Randnummer 34 der Rundfunkmitteilung).¹⁰⁰

(223) Obwohl es den Mitgliedstaaten freisteht, den öffentlich-rechtlichen Auftrag zu definieren, muss die Definition der Mitgliedstaaten hinreichend präzise und klar

¹⁰⁰ Siehe auch Randnummer 12 der Rundfunkmitteilung mit Verweis auf die Entschließung des Rates und der im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten vom 25. Januar 1999 über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, worin es heißt, der öffentlich-rechtliche Rundfunk müsse den technologischen Fortschritt nutzen, der Öffentlichkeit die Vorteile der neuen audiovisuellen Dienste und Informationsdienste sowie der neuen Technologien nahe bringen und seine Tätigkeiten im digitalen Zeitalter weiterentwickeln und diversifizieren.

sein. Aus dieser Definition „*sollte unmissverständlich hervorgehen, ob der Mitgliedstaat eine bestimmte Tätigkeit der jeweiligen Anstalt in den öffentlich-rechtlichen Auftrag aufnehmen will oder nicht.*“ Eine klare und präzise Festlegung ist auch wichtig, weil dies „*... den nicht öffentlich-rechtlichen Anbietern die Planung ihrer Tätigkeiten [erleichtert]*“ und „*...um den Behörden der Mitgliedsstaaten eine wirksame Kontrolle seiner Einhaltung zu ermöglichen...*“ (siehe Randnummern 37-39 der Rundfunkmitteilung).

7.3.1.1. Auftragsdefinition hinsichtlich der allgemeinen Programmtätigkeit der Rundfunkanstalten

- (224) Die Kommission ist im Einklang mit ihrem vorläufigen Standpunkt in dem Schreiben nach Artikel 17 der Auffassung, dass die derzeitige Auftragsdefinition im Hinblick auf die allgemeine Programmtätigkeit der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten hinreichend präzise und klar ist, wobei zu berücksichtigen ist, dass die Kommission eine „breit gefasste“ Definition akzeptiert, die ein ausgewogenes und breit gefächertes Programm einschließt und sich eher auf qualitative als auf quantitative Kriterien stützt¹⁰¹. Diesbezüglich nimmt die Kommission auch zur Kenntnis, dass die allgemeine Definition nach § 11 RStV von den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten durch rechtsverbindliche und zu veröffentlichende Leitlinien näher zu präzisieren ist.

7.3.1.2. Auftragsdefinition hinsichtlich der digitalen Zusatzkanäle

- (225) In dem Schreiben nach Artikel 17 vertrat die Kommission die vorläufige Auffassung, dass die Auftragsdefinition für digitale Zusatzkanäle nicht hinreichend präzise ist, insbesondere weil es an Programmkonzepten fehlte, die den Umfang der anzubietenden Programme näher bestimmt.
- (226) Deutschland hatte ursprünglich geltend gemacht, die für diese Kanäle vorgesehene Schwerpunktsetzung auf Kultur, Information und Bildung stelle eine hinreichend präzise Definition des öffentlichen Auftrags für digitale Zusatzkanäle sicher, auch unter Berücksichtigung der Entwicklung von "Digitalkonzepten" durch die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten. Deutschland hatte zum damaligen Zeitpunkt auch ausgeführt, dass diese Kanäle kein eigenes Programmprofil entfalten sollten. Für diese Zusatzkanäle würde vielmehr weitgehend vorhandenes Programmmaterial genutzt.
- (227) Nach Auffassung der Kommission ist die allgemeine im Rundfunkstaatsvertrag vorgesehene Vorgabe einer Schwerpunktsetzung auf Kultur, Information und Bildung nicht ausreichend, um die Verpflichtungen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in Bezug auf diese Zusatzkanäle klar zu umschreiben. Ohne eine klare Umschreibung was unter „Kultur, Information und Bildung“ zu verstehen ist, könnten die meisten von den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten angebotenen Programmgestaltungen unter diese Begriffe fallen. Unter diesen Umständen bleibt unklar, welchen Mehrwert diese Kanäle im Vergleich zu den bereits existierenden Kanälen bringen. Die Schaffung

¹⁰¹ Siehe auch die Entscheidung über die Ad-hoc-Finanzierung von RTP, Staatliche Beihilfe C 85/2001, ABl. 142 vom 6. Juni 2005, S. 1, Randnummer 164.

zusätzlicher Kapazitäten (Kanäle) ohne ein klares Programmkonzept, das den gemeinwirtschaftlichen Mehrwert dieser Kanäle widerspiegelt, birgt die Gefahr, dass lediglich der Anteil von bestimmten Programmgestaltungen wie z.B. von Sportsendungen in einem Maße erhöht wird, das sich nicht mehr mit dem öffentlich-rechtlichen Auftrag rechtfertigen ließe, ein ausgewogenes und vielfältiges Programm anzubieten. Ohne präzisere rechtliche Auflagen hinsichtlich des erforderlichen und zulässigen Umfangs dieser Zusatzkanäle kann die angekündigte Entwicklung eines Digitalkonzepts durch die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten nicht als zufriedenstellend angesehen werden¹⁰².

- (228) Die Kommission vertritt daher die Auffassung, dass die derzeit den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten eingeräumte Möglichkeit, Zusatzkanäle mit Schwerpunktsetzung auf Information, Kultur und Bildung anzubieten, nicht ausreichend präzise abgegrenzt ist.

7.3.1.3. Auftragsdefinition hinsichtlich der neuen Mediendienste

- (229) Im Einklang mit der Rundfunkmitteilung erkennt die Kommission an, dass der öffentlich-rechtliche Auftrag auch neue Dienste umfassen kann, sofern diese denselben demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft dienen.
- (230) Die Kommission vertritt jedoch die Auffassung, dass eine allgemeine Ermächtigung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zur Erbringung nur unscharf definierter neuen Mediendienste und die daraus resultierende mangelnde Vorhersehbarkeit des Umfangs solcher Dienste für Dritte die Gefahr birgt, dass andere Marktteilnehmer davon abgehalten werden, solche neuen Mediendienste zu entwickeln und anzubieten. Eine klare Auftragsdefinition ist auch wichtig, um ein angemessenes Gleichgewicht zwischen der Erbringung von Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und der Schaffung gleicher Rahmenbedingungen für öffentliche und private Betreiber herzustellen und damit sicherzustellen, dass die Finanzierung neuer Mediendienste nicht dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft.
- (231) Die Kommission bestreitet nicht das Recht der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, an neuen technologischen Entwicklungen teilzuhaben und Fernsehinhalte über neue Plattformen zu verbreiten. Allerdings ist die Kommission nicht der Auffassung, dass sich aus der Möglichkeit, neue Plattformen zu nutzen automatisch ergibt, dass alle über diese Plattformen vertriebenen Dienste einen gemeinwirtschaftlichen Charakter haben. Die Nutzung neuer Plattformen ermöglicht es den Rundfunkanstalten, eine breite Palette von Diensten zu entwickeln, die sich in ihrer Art von den im Rahmen herkömmlicher Fernsehprogramme erbrachter Dienste unterscheiden und bei denen die Bedeutung für den Meinungsbildungsprozess und der spezifische Beitrag der

¹⁰² Diesbezüglich stellt die Kommission auch fest, dass die ihr von Deutschland vorgelegten Digitalkonzepte wenig konkret sind. So wurden beispielsweise im Konzept des ZDF Entwicklungsoptionen mit Beispielcharakter skizziert, ohne dass jedoch ein klares Bild von den geplanten Programminhalten vermittelt wird.

Rundfunkanstalten zur Deckung der demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnisse nicht immer erkennbar ist.

- (232) Die Kommission teilt nicht die Ansicht der deutschen Behörden, dass alle Online-Angebote der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten (einschließlich von Online-Spielen, Chat-Rooms, Rechnern, Links zu Angeboten/Diensten von Dritten, Online-Kontaktdienste usw.) automatisch und unabhängig von ihrer konkreten Ausgestaltung Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sind. Wie in dem Schreiben nach Artikel 17 erläutert, können diesen Diensten unter Umständen im Vergleich zu anderen Diensten, die vom Markt bereits in ähnlicher oder identischer Form angeboten werden, die erforderlichen gemeinwirtschaftlichen Merkmale fehlen.
- (233) Die Kommission hält auch unter Berücksichtigung der Erläuterungen der deutschen Behörden an den bereits im Schreiben nach Artikel 17 zum Ausdruck gebrachten Bedenken hinsichtlich bestimmter Online-Tätigkeiten fest. Dabei bestreitet die Kommission nicht grundsätzlich, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten beispielsweise durch *Chat-Rooms* zum gesellschaftlichen Meinungsbildungsprozess beitragen können. Sofern solche *Chat-Rooms* allerdings ohne einen klaren Bezug zu den Fernsehprogrammen angeboten werden, kann der spezifische Beitrag der Rundfunkanstalten zum Meinungsbildungsprozess vernachlässigenswert werden, während diese Angebote gleichzeitig mit ähnlichen Dienste auf dem Markt in Wettbewerb treten. Auch andere Online-Dienste wie Online-Rechner (z. B. zur Ermittlung der günstigsten Kranken- oder Kfz-Versicherung), Online-Spiele oder Online-Kontaktbörsen können gegebenenfalls als Ergänzungen des traditionellen Angebots der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten angesehen werden, spiegeln jedoch nicht stets die spezifische Aufgabe der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten bzw. die spezifische gestaltende Leistung dieser Rundfunkanstalten wider, während sie gleichzeitig mit ähnlichen oder identischen Diensten, die von anderen Marktteilnehmern angeboten werden in Wettbewerb treten¹⁰³.
- (234) Die Kommission ist nicht davon überzeugt, dass der erforderliche Programmbezug der neuen Mediendienste („programmbezogene“ und „programmbegleitende“ „Mediendienste“ bzw. „Telemedien“ im Rahmen des neuen Rundfunkstaatsvertrags) angemessen ist, um zu ermitteln, inwieweit neue Medienangebote, die über die bloße Verbreitung ähnlicher oder identischer Inhalte über verschiedene Plattformen hinausgehen (siehe oben), denselben demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen dienen wie Fernsehprogramme im herkömmlichen Sinne.
- (235) Diesbezüglich stellt die Kommission fest, dass es keine allgemein anwendbaren Kriterien für die Bestimmung der Art des Programmbezugs gibt, anhand deren eindeutig ermittelt werden könnte, inwieweit die in Frage stehenden Online-Tätigkeiten dieser Vorgabe gerecht werden. Diesbezüglich erklärten die deutschen Behörden zwar, dass ein Programmbezug gegeben sei, wenn auf das

¹⁰³ Ähnliche Bedenken hatte die Kommission bereits im Hinblick auf Online-Spiele oder *Chat-Rooms* zum Ausdruck gebracht, die sich nicht von ähnlichen kommerziellen Produkten unterscheiden und die von den dänischen Behörden selbst als rein kommerzielle Tätigkeiten angesehen wurden; siehe Entscheidung über TV2, Randnummern 90 bis 92.

Programmangebot unmittelbar Bezug genommen werde, wenn auf für Fernsehprogramme genutzte Quellen und Materialien zurückgegriffen und wenn die Fernsehprogramme thematisch und inhaltlich die Programmaufgaben unterstützen, vertiefen und begleiten. Allerdings sind diese Umstände nicht verbindlich festgelegt, so dass keine angemessene Kontrolle gewährleistet ist. In diesem Zusammenhang stellt die Kommission auch fest, dass die KEF wiederholt erklärt hat, dass sie nicht in der Lage gewesen sei zu beurteilen, ob die Online-Angebote von ARD und ZDF tatsächlich programmbezogen und programmbegleitend waren¹⁰⁴.

- (236) Daher vertritt die Kommission die Auffassung, dass eine Bestimmung, der zufolge öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten programmbezogene und programmbegleitende neue Mediendienste anbieten dürfen, allein nicht hinreichend präzise ist und nicht erkennen lässt, dass die so definierten Dienste als Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag angesehen werden können.

7.3.1.4. „Offensichtliche Fehler“ bei der Auftragsdefinition und klare Trennung zwischen öffentlich-rechtlichem Auftrag und kommerziellen Tätigkeiten

- (237) Neben der Frage danach, inwieweit die geltende Auftragsdefinition hinreichend präzise ist (siehe Ausführungen oben unter den Randnummern (224) ff.), hat die Kommission gemäß der Rundfunkmitteilung auch zu prüfen, inwieweit die Auftragsdefinition "*offensichtlichen "Fehler"*" aufweist.
- (238) Die derzeitige Auftragsdefinition räumt den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten die Möglichkeit ein, Tätigkeiten nachzugehen, die nach Ansicht der Kommission rein kommerzieller Natur sind. Dies birgt die Gefahr, dass solche rein kommerzielle Tätigkeiten mittels Rundfunkgebühren finanziert werden, da die KEF den Finanzbedarf der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten für die Tätigkeiten anerkennt, die unter den öffentlich-rechtlichen Auftrag fallen. Des weiteren lässt sich nicht ausschließen, dass von den Anstalten selbst ausgeübte rein kommerzielle Tätigkeiten in unzulässiger Weise Vorteile erhalten, die sich aus der an den Anstaltsstatus anknüpfenden uneingeschränkten staatlichen Garantie ergeben,.
- (239) Zu solchen rein kommerziellen Tätigkeiten, deren Einbeziehung in den öffentlich-rechtlichen Auftrag nach Auffassung der Kommission einen „offensichtlichen Fehler“ darstellt, gehören insbesondere *E-Commerce* (Verkauf von Waren und Dienstleistungen über das Internet), Werbung, Sponsoring und Merchandising über das Internet oder andere neue Medien. In der Regel wären auch entgeltpflichtige Dienste wie Pay-TV oder *Pay-per-View* dazu zu zählen. Ebenso sollten Angebote, die bei der Erbringung über einen bestimmten Verbreitungsweg als kommerziell angesehen werden, grundsätzlich auch dann als

¹⁰⁴ Siehe Ausführungen der KEF zur Notwendigkeit klarer Kriterien zur Begrenzung und Konzentration der Online-Angebote auf Programmbegleitung, die die Feststellung erlauben würden, inwieweit die Online-Angebote der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten tatsächlich zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags erforderlich sind (14. KEF-Bericht Tzn. 227, 229 und 253 und 13. KEF-Bericht Tz. 201) sowie 15. KEF-Bericht, Bd. 2, Tz. 381

kommerziell eingestuft werden, wenn sie über einen anderen Verbreitungsweg zur Verfügung gestellt werden.

- (240) Dagegen ist die Kommission nicht der Ansicht, dass das Vorliegen eines „offensichtlicher Fehler“ allein darauf gestützt werden kann, dass neue Übertragungswege genutzt werden, sofern der Inhalt über die neuen Plattformen unter identischen oder ähnlichen Bedingungen verbreitet wird wie beim herkömmlichen Fernsehen. Daher betrachtet die Kommission die Einbeziehung „mobiler Dienste“ in den öffentlich-rechtlichen Auftrag nicht als „offensichtlichen Fehler“. Sofern allerdings öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten ihren Inhalt kommerziell verwerten, indem sie ihn Telekommunikationsbetreibern gegen Entgelt zur Verfügung stellen, würde dies eine normale kommerzielle Tätigkeit darstellen.
- (241) Gemäß dem Gemeinschaftsrecht ist es den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten nicht untersagt, kommerziellen Tätigkeiten nachzugehen, sofern durch geeignete Maßnahmen sichergestellt wird, dass für diese Tätigkeiten keine öffentlichen Mittel bereitgestellt werden. Dies ist jedoch durch die derzeitigen Regelungen nicht der Fall.
- (242) Schließlich stellt die Kommission hinsichtlich des Vorbringens der Beschwerdeführer, Sport stelle einen nicht mehr vom Auftrag gedeckten übermäßigen Anteil am Gesamtprogramm dar, fest, dass die rechtlichen Rahmenbedingungen, einschließlich der bestehenden Kontrollmechanismen geeignet sind sicherzustellen, dass Sport Teil eines ausgewogenen und vielfältigen Programms bleibt. Deshalb sieht die Kommission keine Veranlassung, hier von einem offensichtlichen Fehler auszugehen.¹⁰⁵

7.3.2. *Beauftragung und Kontrolle*

- (243) Gemäß Randnummer 40 der Rundfunkmitteilung „...sollte der öffentliche Auftrag einem oder mehreren Unternehmen im Wege einer förmlichen Rechtshandlung übertragen werden (wie ein Rechtsakt, ein Vertrag oder eine Aufgabenbeschreibung).“ Ferner ist in der Rundfunkmitteilung Folgendes festgelegt: „Bei jeder Ausweitung des öffentlich-rechtlichen Auftrags auf neue Dienste sollten die Definition und der Akt, mit dem der Anstalt der öffentlich-rechtliche Auftrag übertragen wird, innerhalb der von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag gesetzten Grenzen geändert werden“ (siehe Randnummer 35 der Rundfunkmitteilung).
- (244) Gemäß Randnummer 41 „...muss diese Dienstleistung tatsächlich so erbracht werden, wie zwischen dem Staat und dem beauftragten Unternehmen förmlich vereinbart. Dies sollte von einer geeigneten Behörde oder einer benannten Stelle überwacht werden.“ In Randnummer 42 der Rundfunkmitteilung wird klargestellt: „Die Entscheidung darüber, wie die Einhaltung der aus dem öffentlich-rechtlichen Auftrag erwachsenden Verpflichtungen überwacht werden soll, liegt in der Kompetenz der Mitgliedstaaten. Eine solche Aufsichtsinstanz dürfte ihrer Aufgabe nur gerecht werden können, wenn sie von dem beauftragten

¹⁰⁵ Die Frage der Finanzierung von Sportrechten wird im Einzelnen weiter unten behandelt, siehe Randnummern (289) ff.

Unternehmen abhängig ist.“ Schließlich heißt es in Randnummer 43: „Solange sie nicht über ausreichende und verlässliche Hinweise darauf verfügt, dass der Dienst auch tatsächlich dem Auftrag entsprechend erbracht wird, kann die Kommission die ihr in Artikel 6 Absatz 2 zugewiesenen Aufgaben nicht erfüllen und im Rahmen dieses Artikels keine Freistellung gewähren.“

7.3.2.1. Beauftragung

- (245) Im Schreiben nach Artikel 17 vertrat die Kommission die vorläufige Auffassung, dass die allgemeine Ermächtigung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, neue Mediendienste und digitale Zusatzkanäle anzubieten, nicht als angemessene Rechtshandlung zur Übertragung des öffentlich-rechtlichen Auftrags angesehen werden kann.
- (246) Deutschland teilt diese Auffassung nicht und macht geltend, dass die Ermächtigung gemäß § 11 und § 19 des Rundfunkstaatsvertrags als ausreichend angesehen werden sollte.
- (247) Die Kommission kann sich diesem Standpunkt nicht anschließen. Anders als die für die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten bestehende Verpflichtung, Fernsehvollprogramme anzubieten („Pflichtaufgabe“ in Bezug auf das „Fernsehvollprogramm“), handelt es sich beim Angebot von neuen Mediendiensten oder von Zusatzkanälen um keine Verpflichtung, sondern um eine den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten eingeräumte Möglichkeit. Die Kommission ist im Einklang mit ihrer bisherigen Entscheidungspraxis der Auffassung, dass eine bloße Ermächtigung einer öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt zur Erbringung von Tätigkeiten, deren Umfang nicht hinreichend präzise bestimmt ist, nicht als ausreichende Beauftragung angesehen werden kann. Diese den Anstalten eingeräumte allgemein gehaltene Möglichkeit müsste näher ausgestaltet werden, und die öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt müsste eigens mit der Erbringung der so konkretisierten Dienste beauftragt werden¹⁰⁶.
- (248) Nach Auffassung der Kommission ist die derzeitige Definition von programmbezogenen und programmbegleitenden neuen Mediendiensten nicht ausreichend präzise (siehe Randnummer (236)). Ferner stellt die Kommission fest, dass es keine zusätzliche förmliche Rechtshandlung gab, mit der die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zur Erbringung näher spezifizierter neuer Mediendienste ermächtigt wurden. Insbesondere kann die eingehendere Beschreibung des geplanten Online-Angebots in den Selbstverpflichtungen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten (wie erstmals im Oktober 2004 veröffentlicht) nicht als förmliche Rechtshandlung zur Übertragung des öffentlichen Auftrags angesehen werden, da sie von den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten selbst verfasst wurde.

¹⁰⁶ Siehe zum Beispiel die Entscheidung über die Ad-hoc-Finanzierung von RTP, Randnummer 171; dagegen hält es die Kommission für ausreichend, wenn auf der Grundlage einer allgemeinen Ermächtigungsklausel in einem späteren förmlichen Rechtsakt der genaue Umfang solcher Zusatzdienste festgelegt wurde (Entscheidung über BBC 24 hours news, Randnummern 65 bis 70).

- (249) Dasselbe gilt auch für die Möglichkeit der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, (jeweils) drei digitale Zusatzkanäle anzubieten. Die im Rundfunkstaatsvertrag festgelegte Vorgabe, dass diese Kanäle ihren Schwerpunkt auf Information, Bildung und Kultur legen müssen, ist nicht ausreichend präzise (siehe Randnummer (228)). Ferner fehlt eine zusätzliche Rechtshandlung zur Auftragsübertragung, in deren Rahmen die Länder die spezifischen Verpflichtungen im Hinblick auf diese Zusatzangebote festgelegt hätten (zum Beispiel auf der Grundlage eines hinreichend präzisen Programmkonzepts). Wie oben dargelegt, können Selbstverpflichtungen für digitale Angebote in dieser Hinsicht nicht als ausreichend angesehen werden. Dies gilt auch für die Ausarbeitung so genannter „Digitalkonzepte“ der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, da das Konzept hier wiederum von der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt entwickelt und nicht von den Ländern gebilligt wird.
- (250) Deutschland hatte geltend gemacht, das Grundgesetz und insbesondere die Grundsätze der Programmautonomie und der Staatsferne würden keine weitergehende Beauftragung als die allgemeinen Bestimmungen in § 11 und 19 des Rundfunkstaatsvertrags zulassen.
- (251) Die Kommission vertritt jedoch angesichts gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben die Auffassung, dass die Staatsferne eine Ausweitung des Auftrags der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ohne klare Bestimmung durch die Länder, welche neuen, durch Gebühren zu finanzierende Dienste die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zusätzlich zum herkömmlichen Fernsehen anbieten sollen, nicht rechtfertigen kann. Die Kommission hält es nicht für akzeptabel, dass es im Rahmen der derzeitigen Finanzierungsregelung ausschließlich den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten einschließlich ihrer internen Aufsichtsgremien überlassen bleibt, den Umfang ihrer Tätigkeiten festzulegen. Die Frage der Beauftragung ist von der Frage der redaktionellen Unabhängigkeit zu trennen, die durch das Erfordernis der Beauftragung nicht in Frage gestellt wird. Es obliegt in der Tat den Rundfunkanstalten, im Rahmen des öffentlichen Auftrags auf der Grundlage publizistischer Kriterien über den Inhalt der einzelnen Programme und der neuen Medienangebote zu entscheiden.
- (252) Im Lichte dieser Erwägungen liegt nach Auffassung der Kommission keine angemessene Beauftragung im Hinblick auf die neuen Mediendienste und die digitalen Zusatzkanäle vor.

7.3.2.2. Kontrolle

- (253) In ihrem Schreiben nach Artikel 17 äußerte die Kommission Zweifel, ob die bestehenden Mechanismen eine angemessene Kontrolle gewährleisten, weil insbesondere bei den Tätigkeiten im Bereich der neuen Medien und der digitalen Zusatzkanäle eine klare Auftragsbestimmung sowie eine hinreichend klare Beauftragung fehlten. Unter diesen Umständen erschien es zweifelhaft, ob die Kontrollorgane die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags wirksam überprüfen sowie angemessen kontrollieren könnten, ob sich die öffentlichen Rundfunkanstalten innerhalb der Grenzen ihres Auftrags bewegten.
- (254) Die deutschen Behörden haben geltend gemacht, dass eine angemessene Kontrolle über die zahlreichen internen und externen Kontrollinstanzen und –mechanismen gewährleistet werde.

- (255) Die Kommission ist sich der besonderen Stellung und Bedeutung des Rundfunkrates (bei ARD Anstalten) bzw. des Fernsehrates (beim ZDF) innerhalb der öffentlich-rechtlichen Rundfunkordnung in Deutschland bewusst. Sie bezweifelt jedoch, dass die anstaltsinternen Kontrollorgane allein die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags wirksam überwachen können.
- (256) Der Rundfunkrat/Fernsehrat legt die Programmleitlinien fest und berät den Intendanten bei den Programmtätigkeiten der Rundfunkanstalt. Der Umstand, dass Rundfunkrat/Fernsehrat gleichzeitig dafür zuständig ist, die Befolgung dieser Regeln/Leitlinien zu überprüfen¹⁰⁷, kann jedoch zu einem Interessenkonflikt zwischen seiner Funktion hinsichtlich der Programmtätigkeit der Rundfunkanstalt einerseits und den Aufsichts- und Kontrollfunktionen andererseits führen.
- (257) Die Kommission nimmt jedoch zur Kenntnis, dass neben diesen internen Kontrollorganen die öffentlichen Rundfunkanstalten auch einer externen Kontrolle unterliegen, die zum einen durch die Länderparlamente auf der Grundlage der Berichte über die finanzielle Lage der Rundfunkanstalten und zum anderen durch die Länder in Ausübung ihrer Rechtsaufsicht wahrgenommen wird. Die Kontrolle erstreckt sich auch auf die Erfüllung der Selbstverpflichtungen, die von den Anstalten erstmalig im Oktober 2004 eingegangen wurden.
- (258) Trotz dieser Umstände bleibt die Kommission bei ihrer Auffassung, dass diese Kontrollmechanismen nur dann wirklich wirksam funktionieren, wenn der öffentliche Auftrag hinreichend klar und genau bestimmt ist.

7.3.3. Verhältnismäßigkeit

- (259) Gemäß Ziffer 47 der Rundfunkmitteilung *„muss die Kommission im Rahmen von Artikel 86 Absatz 2 darüber wachen, dass die Freistellung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse von der regulären Anwendung der Wettbewerbsregeln den Wettbewerb auf dem Gemeinsamen Markt nicht in unverhältnismäßig hohem Maße beeinträchtigt. Hierbei handelt es sich um einen „Negativtest“, d.h. es wird überprüft, ob die betreffende Maßnahme nicht unverhältnismäßig ist. Auch sollte die Beihilfe die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem Ausmaß beeinträchtigen, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft“.*
- (260) Außerdem wird in Ziffer 49 der Rundfunkmitteilung klargestellt, dass die Prüfung der Verhältnismäßigkeit *„... eine klare und genaue Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrags und eine klare und angemessene Trennung zwischen gemeinwirtschaftlichen und anderen Tätigkeiten erfordert. ... Nur auf der Grundlage einer ordnungsgemäßen Kosten- und Mittelzuweisung lässt sich feststellen, ob die öffentliche Finanzierung tatsächlich auf die Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags begrenzt und damit nach Artikel 86 Absatz 2 und nach den auslegenden Bestimmungen des Protokolls akzeptabel ist.“* Die Anforderungen betreffend die getrennte Buchführung gemäß der Transparenzrichtlinie sind in den Ziffern 50-56 dargelegt.

¹⁰⁷ Siehe z.B. § 20 ZDF-StV.

- (261) Gemäß Ziffer 57 der Rundfunkmitteilung „... geht die Kommission von der Überlegung aus, dass das Unternehmen die staatliche Finanzierung im Normalfall benötigt, um seinen öffentlich-rechtlichen Auftrag erfüllen zu können. Um diese Prüfung zu bestehen, darf die staatliche Beihilfe jedoch die Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags nicht überschreiten, wobei auch anderen direkten oder indirekten Einnahmen aus diesem öffentlich-rechtlichen Auftrag Rechnung zu tragen ist. Aus diesem Grund wird der Nettoerlös, den die öffentlich-rechtlichen Tätigkeiten im Rahme nicht öffentlich-rechtlicher Tätigkeiten einbringen, bei der Bewertung der Verhältnismäßigkeit berücksichtigt“.
- (262) Schließlich wird in Ziffer 58 der Rundfunkmitteilung darauf hingewiesen, dass „... es Marktverzerrungen geben könnte, die nicht zwangsläufig durch die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags bedingt sind. So könnte eine öffentlich-rechtliche Sendeanstalt, sofern niedrigere Einnahmen durch staatliche Beihilfen ausgeglichen werden, geneigt sein, die Preise für Werbung oder andere nicht öffentlich-rechtliche Tätigkeiten auf dem Markt zu drücken, um die Einnahmen der Konkurrenz zu schmälern. Ein solches Verhalten einer öffentlich-rechtlichen Anstalt ließe sich nicht mit dem ihr übertragenen öffentlich-rechtlichen Auftrag rechtfertigen....“
- (263) Vor diesem Hintergrund umfasst die von der Kommission durchzuführende Prüfung der Verhältnismäßigkeit folgende Gesichtspunkte: (1) getrennte Buchführung, (2) Kontrolle der Beschränkung der staatlichen Finanzierung auf die Nettokosten des öffentlichen Auftrags und (3) Prüfung möglicher Wettbewerbsverfälschungen, die nicht durch die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags bedingt sind.
- (264) Bei der Prüfung bestehender Beihilfen untersucht die Kommission insbesondere inwieweit die betreffenden Rechtsakte ausreichende Garantien für die Einhaltung der vorstehenden Anforderungen enthalten¹⁰⁸.

7.3.3.1. Getrennte Buchführung

- (265) Gemäß Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe d der Transparenzrichtlinie¹⁰⁹ „sind Unternehmen, die verpflichtet sind, getrennte Bücher zu führen: Inhaber besonderer oder ausschließlicher von einem Mitgliedstaat gemäß Artikel 86 Absatz 1 EG-Vertrag verliehener Rechte, die mit der Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag betraut sind, eine Vergütung in unterschiedlicher Form in Bezug auf diese Dienstleistung erhalten, und die andere Tätigkeiten ausüben“.
- (266) Die Kommission ist der Auffassung, dass die öffentlichen Rundfunkanstalten in Deutschland mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gemäß Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag betraut sind, Ausgleichszahlungen für die Erbringung dieser Dienstleistung erhalten und andere Tätigkeiten ausüben. In der Tat sind nach Auffassung der Kommission Tätigkeiten wie z. B. der Verkauf von

¹⁰⁸ Siehe Finanzierung der Lizenzgebühren für France 2 und France 3, Ziff. 56.

¹⁰⁹ Siehe Richtlinie 2005/81/EG der Kommission vom 28. November 2005 zur Änderung der Richtlinie 80/723/EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen, ABl. L 312 vom 29.11.2005, Ziffern 47/48.

Werbezeit oder andere Verwertungsaktivitäten nicht als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sondern als „sonstige Tätigkeiten“ im Sinne der Transparenzrichtlinie anzusehen.

- (267) Die bestehenden Rechtsakte enthalten keine ausdrückliche Verpflichtung für öffentliche Rundfunkanstalten, getrennte Bücher für einerseits öffentlich-rechtliche und für rein kommerzielle Tätigkeiten andererseits zu führen. Außerdem geht aus den, von den deutschen Behörden unterbreiteten Unterlagen hervor, dass die Rundfunkanstalten in der Praxis keine getrennten Bücher gemäß den Anforderungen der Transparenzrichtlinie führen.

7.3.3.2. Beschränkung der Ausgleichsleistungen auf die Nettokosten des öffentlichen Auftrags

- (268) Wie bereits erwähnt muss die Kommission prüfen, ob die rechtlichen Rahmenbedingungen die erforderlichen Garantien dafür geben, dass der den öffentlichen Rundfunkanstalten gewährte Ausgleich die Nettokosten für die Erfüllung des öffentlichen Auftrags nicht übersteigt. Zur Ermittlung dieser Nettokosten müssen die in getrennten Büchern (siehe oben) aufgeführten Kosten des öffentlichen Auftrags eindeutig ermittelt sowie die Einnahmen aus kommerziellen Tätigkeiten berücksichtigt werden. Um zu gewährleisten, dass die Ausgleichsleistungen auf die Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags beschränkt bleiben, muss eine angemessene *Ex-post*-Kontrolle durchgeführt werden.

(a) Ermittlung der Kosten für die Erfüllung des öffentlichen Auftrags

- (269) Zunächst ist festzustellen, dass sich die staatliche Finanzierungsgarantie zugunsten der öffentlichen Rundfunkanstalten auf alle Tätigkeiten erstreckt, die diese nach nationalem Recht ausüben dürfen. Der Tätigkeitsbereich ist nicht ausdrücklich auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse beschränkt, sondern umfasst auch rein kommerzielle Tätigkeiten.
- (270) Ferner stellt die Kommission fest, dass es gegenwärtig keine Regelung gibt, die eine Berücksichtigung von Verlusten kommerzieller Tätigkeiten/Tochtergesellschaften ausschließen würde. Nach Auffassung der Kommission sind jedoch Verluste der kommerziell betriebenen Tochtergesellschaften, die von der Muttergesellschaft, d.h. der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt übernommen werden, Kosten von kommerziellen Tätigkeiten, die nicht den Kosten der öffentlich-rechtlichen Dienstleistung zugerechnet werden können.

(b) Abzug der gewerblichen Einnahmen

- (271) Die Kommission nimmt zur Kenntnis, dass die KEF grundsätzlich Einnahmen aus kommerziellen Tätigkeiten bei der Ermittlung des Finanzbedarfs der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten berücksichtigt. In ihrem Schreiben nach Artikel 17 hatte die Kommission jedoch Bedenken geäußert, da unklar sei, ob die KEF die von kommerziellen Tochtergesellschaften erzielten Gewinne vollständig berücksichtigt.

- (272) Die deutschen Behörden hatten vorgebracht, dass eine vollständige Abführung der Gewinne der gewerblichen Tochtergesellschaften an die Muttergesellschaft nicht den Marktgepflogenheiten entsprechen würde.
- (273) Die Kommission ist gemäß den Anforderungen der Rundfunkmitteilung sowie ihrer ständigen Entscheidungspraxis der Auffassung, dass die Erträge vollumfänglich zu berücksichtigen sind und an die Rundfunkanstalten zurückfließen müssten, sofern sie über die kommerzielle Verwertung des öffentlichen Auftrags erwirtschaftet werden und keine angemessene Kostenzuordnung zwischen den öffentlich-rechtlichen und den kommerziellen Tätigkeiten vorgenommen werden kann (siehe vorstehend zum Fehlen einer getrennten Buchführung unter Randnummer (267)).¹¹⁰
- (274) Diesbezüglich nimmt die Kommission zunächst die Ausführungen der deutschen Behörden zur Kenntnis, wonach die KEF in Zukunft zur Ermittlung des Finanzbedarfs der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten nicht nur die Gewinne heranziehen wird, die tatsächlich an die Anstalten abgeführt werden, sondern auch die von der gewerblichen Tochtergesellschaft einbehaltenen Erträge („*Berücksichtigung der Gewinnthesaurierung*“).
- (275) Hinsichtlich der an die Rundfunkanstalten abgeführten Gewinne bzw. Dividenden¹¹¹ hatte die Kommission Bedenken an der Angemessenheit dieser Rückflüsse geäußert, da es an einem angemessenen Beteiligungsmanagement- und Kontrollmechanismen mangelt und da nicht hinreichend klar war, inwieweit die Angemessenheit der Investitionsrückflüsse durch die KEF bei der Ermittlung der Nettokosten der öffentlichen Rundfunkanstalten geprüft und berücksichtigt wird.
- (276) In dieser Hinsicht, nimmt die Kommission zur Kenntnis, dass die KEF den Finanzierungsbedarf der öffentlichen Rundfunkanstalten gegebenenfalls anpasst, wenn sie der Auffassung ist, dass die geplanten Mittelrückflüsse von den Rundfunkanstalten zu niedrig angesetzt sind.
- (277) Die Kommission stellt jedoch fest, dass Investitionen einer öffentlichen Rundfunkanstalt in gewerbliche Unternehmen keinen klaren und einheitlichen Anforderungen sowie einer angemessenen Kontrolle unterliegen (siehe hierzu auch Randnummer (283).*ff*).
- (278) Außerdem erlauben es die gegenwärtigen Rechtsvorschriften nach Auffassung der Kommission der KEF nicht, eingehend zu prüfen, inwieweit die Investitionsrückflüsse der zahlreichen Beteiligungen der öffentlichen Rundfunkanstalten als angemessen anzusehen sind. Die rechtlichen Rahmenbedingungen stellen ferner nicht sicher, dass die Anstalten über ein

¹¹⁰ In ihrer Entscheidung zur Ad-hoc-Finanzierung der RAI (ABl. L 119 vom 23.4.2004, S. 1) hatte die Kommission sämtliche über gewerbliche Tochtergesellschaften erwirtschaftete Gewinne mit der Begründung abgezogen, dass die Korrektheit der Transferpreise zwischen der RAI und ihren Tochtergesellschaften nicht überprüft werden konnte; siehe insbesondere Ziffn. 126 und 127.

¹¹¹ Sofern gewährleistet ist, dass ein Tochterunternehmen der öffentlichen Rundfunkanstalt keinerlei Vorteile aufgrund der Finanzbürgschaft und/oder der Gebührenfinanzierung erhält, ist es gerechtfertigt, dass nicht sämtliche Gewinne, sondern nur die Dividenden an die Rundfunkanstalt abgeführt werden.

wirksames Beteiligungsmanagement und Kontrollsystem verfügen, um zu gewährleisten, dass die Investitionen in gewerbliche Unternehmen die bestmöglichen Renditen erwirtschaften. Damit besteht das Risiko, dass sich die Rundfunkanstalten nicht marktkonform verhalten und somit den Wettbewerb verzerren und keine optimalen gewerblichen Einnahmen erzielen. Dies wiederum kann dazu führen, dass weniger gewerbliche Einkünfte berücksichtigt werden, wodurch sich der Finanzierungsbedarf der Rundfunkanstalten erhöht.

(c) *Ex-post*-Kontrolle einer möglichen Überkompensation

- (279) Schließlich ist die Kommission der Auffassung, dass die bestehenden Vorschriften keine angemessene *Ex-post*-Kontrolle einer möglichen Überkompensation vorsehen. Wie in dem Schreiben nach Artikel 17 dargelegt, hat die Kommission Bedenken, dass die KEF nicht zu prüfen scheint, inwieweit die Gebühreneinnahmen der Rundfunkanstalten den tatsächlichen Kosten der Erfüllung des öffentlichen Auftrags entsprechen.
- (280) Die deutschen Behörden teilen diese Bedenken nicht und sind der Auffassung, dass die bestehenden Kontrollmechanismen einschließlich der durch die KEF und andere Instanzen ausgeübten Kontrolle gewährleisten, dass die Finanzierung über Rundfunkgebühren auf die Kosten für die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags beschränkt ist.
- (281) Entsprechend ihrer bisherigen Entscheidungspraxis ist die Kommission der Auffassung, dass die relevanten Rechtsakte eindeutige Bestimmungen dahingehend enthalten sollten, dass die jährlich bereitgestellten öffentlichen Finanzmittel auf die Nettokosten für die Erbringung des öffentlichen Auftrags in einem jeden Haushaltsjahr zu begrenzen sind, sowie angemessene Kontrollmechanismen vorsehen sollten, die gewährleisten, dass die Rundfunkanstalten nur die zur Deckung der Kosten des öffentlichen Auftrags erforderlichen Finanzmittel erhalten¹¹². Die Kontrollmechanismen müssen sicherstellen, dass in der Regel eventuelle Überschüsse den Rundfunkanstalten nicht zur freien Verfügung stehen. Sofern die Ermittlung des Finanzbedarfs sowie die Gewährung des Ausgleichs jährlich erfolgen, sind eventuell am Jahresende verbuchte Überschüsse zurückzufordern oder von den Zahlungen für das folgende Haushaltsjahr abzuziehen. Die Kommission hat jedoch eine Marge von 10 % zugelassen, um die Rundfunkanstalten in die Lage zu versetzen, auf Mehrkosten bzw. Mindereinnahmen zu reagieren. Andererseits können eventuell am Jahresende verbuchte Überschüsse unter bestimmten Voraussetzungen dann bei den Rundfunkanstalten verbleiben und auf das nächste Haushaltsjahr übertragen werden, wenn die Finanzierungsregelung Zuwendungen für einen längeren Zeitraum festlegt. In beiden Fällen müssen jedoch die am Ende eines bestimmten Zeitraums verbuchten Überschüsse der Rundfunkanstalt endgültig entzogen werden¹¹³.

¹¹² Siehe Entscheidung zur Gebührenfinanzierung von France 2 und France 3, Ziff. 67 und 68.

¹¹³ Siehe Entscheidung der Kommission zur *Ad-hoc*-Finanzierung der öffentlichen niederländischen Rundfunkanstalt C 2/2004 (ex NN 170/2003).

(282) Es ist festzustellen, dass die gegenwärtigen Rechtsvorschriften keine Bestimmung enthalten, mit der die öffentliche Finanzierung auf die Nettokosten des öffentlichen Auftrags begrenzt wird, und die erforderliche Kontrollmechanismen vorsehen. So gibt es z.B. keine Bestimmungen über die Verwendung eines eventuellen Überschusses am Ende eines Haushaltsjahres. Die KEF nimmt auch keine auf einzelne Haushaltsjahre bezogene *Ex-post*-Kontrolle anhand von aktuellen Zahlen vor, aus der hervorginge, inwieweit die einer öffentlichen Rundfunkanstalt in einem Jahr zugewiesenen Gebührenbeträge höher waren, als dies für die Erfüllung ihres Auftrags in diesem Jahr erforderlich gewesen wäre. Andere von den deutschen Behörden angeführte Kontrollmechanismen wie z.B. die Prüfung der Jahresabschlüsse durch Wirtschaftsprüfer können nicht als ausreichende Sicherungen vor einer Überkompensation angesehen werden, da die Wirtschaftsprüfer nicht darauf hinwirken können, dass die festgestellten Überschüsse der Rundfunkanstalt entzogen werden. Nach der bestehenden Regelung ist allein die KEF und dies nur zum Ende einer Gebührenperiode in der Lage, überschüssige Beträge vom gemeldeten Finanzbedarf abziehen. Doch selbst wenn die KEF zum Ende einer Gebührenperiode, d.h. nach vier Jahren, überschüssige Beträge abzieht, beruht die Ermittlung dieser Überschüsse nicht auf den tatsächlichen Finanzzahlen der öffentlichen Rundfunkanstalten in den betreffenden Jahren.

7.3.3.3. Einhaltung marktwirtschaftlicher Grundsätze

(283) In ihrem Schreiben nach Artikel 17 äußerte die Kommission Bedenken, dass die bestehenden rechtlichen Rahmenbedingungen keine allgemeinen Grundsätze und Anforderungen für die Einhaltung marktwirtschaftlicher Grundsätze, angemessene Beteiligungsmanagement- und Kontrollmechanismen und keine *ex-post*-Kontrollmechanismen vorsehen. Außerdem äußerte sie Zweifel an der Wirksamkeit bestehender Kontrollmechanismen, da die Rechnungshöfe keine umfassenden und einheitlichen Prüfungskompetenzen insbesondere hinsichtlich der Beteiligungen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten haben.

(284) Die deutschen Behörden machten geltend, dass die Einhaltung marktwirtschaftlicher Grundsätze bereits durch die entsprechenden Kontrollinstanzen (einschließlich Steuerbehörden und externe Wirtschaftsprüfer) hinreichend überwacht werde.

(285) Die Kommission ist der grundsätzlichen Auffassung, dass öffentliche Rundfunkanstalten ihre kommerziellen Tätigkeiten im Wettbewerb mit anderen Anbietern zu Marktbedingungen betreiben sollten. Nicht-marktkonformes Verhalten hinsichtlich ihrer kommerziellen Tätigkeiten könnte zu nicht durch die Erfüllung des öffentlichen Auftrags gerechtfertigte Wettbewerbsverzerrungen führen, sowie dazu, dass Einnahmen aus diesen Tätigkeiten, die zur Finanzierung der Kosten des öffentlichen Auftrags herangezogen werden, geringer ausfallen, und die staatliche Finanzierung höher ausfällt als dies zur Erfüllung des öffentlichen Auftrags erforderlich ist. Aus diesen Gründen hat die Kommission in ihrer Entscheidungspraxis die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet zu gewährleisten,

dass die öffentlichen Rundfunkanstalten Grundsätze des marktkonformen Verhaltens befolgen¹¹⁴.

- (286) Die Kommission ist nicht der Auffassung, dass die bestehenden Rahmenbedingungen und Kontrollmechanismen ausreichen, um sicherzustellen, dass durch ein nichtmarktkonformes Verhalten bei den öffentlichen Rundfunkanstalten kein zusätzlicher Finanzierungsbedarf entsteht.
- (287) Zunächst ist festzustellen, dass der Rundfunkstaatsvertrag keine klare und ausdrückliche Verpflichtung der Rundfunkanstalten zu marktkonformen Verhalten enthält. Die anderen von den deutschen Behörden angeführten Rechtsvorschriften (insbesondere § 53 HGrG und § 193 AO) können nach Auffassung der Kommission nicht als ausreichend angesehen werden, da in diesen Gesetzen nicht ausdrücklich auf diese Grundsätze Bezug genommen wird, die von den jeweils zuständigen Kontrollorganen ausgeübte Kontrolle nicht regelmäßig und letztendlich nicht gewährleistet ist, dass eine Verletzung dieser Grundsätze bei der Ermittlung des angemessenen Betrages eines Ausgleichs zugunsten der öffentlichen Rundfunkanstalten entsprechend berücksichtigt wird. Das Argument der deutschen Behörden, wonach die Steuerbehörden die erforderlichen Korrekturen vornehmen (wenn sie zu der Auffassung gelangen, dass die Finanzgeschäfte zwischen einer öffentlichen Rundfunkanstalt und ihren gewerblichen Tochtergesellschaften einem Fremdvergleich nicht standhalten) vermag nicht zu überzeugen, da diese Korrekturen nur die Steuerschuld betreffen, jedoch keine Auswirkungen auf die staatliche Finanzierung haben.
- (288) Außerdem nimmt die Kommission zur Kenntnis, dass die KEF selbst erklärt hat, sie sei nicht in der Lage, die Einhaltung des Grundsatzes des Fremdvergleichs zu überprüfen¹¹⁵. Auch wurden von Rechnungshöfen und der KEF wiederholt ausreichende Zuständigkeiten zur Kontrolle von Beteiligungen der öffentlichen Rundfunkanstalten gefordert, und wiederholt darauf hingewiesen, dass die erforderlichen Überprüfungen nicht durchgeführt werden konnten¹¹⁶. Schließlich zeigt die Äußerung der deutschen Behörden, wonach die Rechnungshöfe über den Umfang und die Häufigkeit ihrer Prüfungen selbst befinden, dass die regelmäßige Überprüfung des marktkonformen Verhaltens ebenso wenig gewährleistet ist wie die Anforderung, dass der Finanzierungsbedarf der öffentlichen Rundfunkanstalten nicht durch eine Verletzung dieser Grundsätze künstlich erhöht wird.

¹¹⁴ Siehe z.B. staatliche Beihilfe N 631/2001 BBC-Lizenzgebühren, Ziff. 51; siehe auch jüngere Entscheidungen: RAI-Lizenzgebühren, Ziff. 60 und 61; RTVE allgemeine Finanzierungsregelung, Ziff. 71 und France 2 und France 3 Entscheidung Lizenzgebühren, Ziff. 69; siehe auch Kommissionsentscheidung zur Ausgleichszahlung an den Portugiesischen öffentlichen Rundfunkanbieter RTP, insbesondere Ziff. 98 und 101.

¹¹⁵ Siehe 15. KEF-Bericht, Band 1, Tz. 294, wo ausgeführt wird, dass „...die Kommission weder rechtlich noch tatsächlich die Einhaltung des von der Generaldirektion Wettbewerb für kommerzielle Tätigkeiten der Rundfunkanstalten postulierten „arms length principle“ garantieren kann“

¹¹⁶ Siehe 14. KEF-Bericht, Tz. 696 sowie die Ausführungen Rechnungshöfe über mangelnde umfassende Kontrollbefugnisse der gewerblichen Beteiligungen von öffentlichen Rundfunkanstalten (so hat z.B. der Rechnungshof in dem Bericht des Jahres 2005 über den *Bayrischer Rundfunk* festgestellt, dass weiterhin nur 10 von 18 Beteiligungen, unter Ausschluss insbesondere der SportA überwacht werden könnten; siehe auch die Ausführung eines anderen Rechnungshofes, denen zufolge der *Südwestdeutsche Rundfunk* (SWR) den Rechnungshof nicht über Begründungen und Veränderungen von Beteiligungen unterrichtet habe.

7.3.3.4. Erwerb und Nutzung von Sportrechten

- (289) In ihrem Schreiben nach Artikel 17 hat die Kommission gestützt auf die Behauptungen der Beschwerdeführer Zweifel an der Rechtfertigung der staatlichen Finanzierung von Exklusivrechten, Pay-TV-Rechten und Rechten für neue Medien geäußert und beanstandet, dass die öffentlichen Rundfunkanstalten sich angeblich weigern, Sublicenzen für nicht genutzte Rechte zu erteilen. Die Beschwerdeführer hatten ferner angeführt, dass die öffentlichen Rundfunkanstalten über zu hohe Finanzmittel verfügten, die es ihnen erlaubten, übermäßig hohe Preise zu bezahlen und damit ihre Wettbewerber zu überbieten. Außerdem machten sie geltend, dass der Programmanteil des Sports übermäßig hoch und nicht mehr durch den öffentlichen Auftrag gedeckt sei, ein ausgewogenes und vielfältiges Programm anzubieten.
- (290) Die deutschen Behörden haben die Argumente der Beschwerdeführer und die Zweifel der Kommission, inwieweit der Erwerb ausschließlicher Rechte, von Pay-TV-Rechten und Rechten für neue Medien zur Erfüllung des öffentlichen Auftrags erforderlich sei, zurückgewiesen. Erworbene Rechte würden grundsätzlich von den Anstalten genutzt; seien sie in Ausnahmefällen nicht genutzt worden, so hätten die öffentlichen Rundfunkanstalten diese Rechte Dritten angeboten. Auch Vorwürfe hinsichtlich übermäßig hoher Preise und einer übermäßigen Gewichtung des Sports in den Programmen der öffentlichen Rundfunkanstalten wurden von den deutschen Behörden zurückgewiesen.
- (291) Die Kommission ist der Auffassung, dass der Sport Bestandteil des öffentlichen Auftrags zum Angebot eines ausgewogenen und vielfältigen Programms sein kann. Damit lässt sich die Finanzierung von Sportrechten als Teil der Ausgleichsleistung für den öffentlichen Auftrag rechtfertigen.
- (292) Da der Gesamtanteil des Sports am Programm der öffentlichen Rundfunkanstalten durchschnittlich 10 % der Übertragungszeit nicht übersteigt, ist die Kommission im vorliegenden Fall der Auffassung, dass die Gewichtung des Sportes nicht übermäßig hoch ist und damit als Bestandteil eines vielfältigen und ausgewogenen Programms angesehen werden kann. Auch lassen sich allein aus dem Anteil des Sports am Gesamtprogramm keine Wettbewerbsbedenken herleiten, wenn man berücksichtigt, dass dieser Anteil nicht nur große und massenattraktive Sportveranstaltungen, sondern auch andere Sportarten einbezieht, die weniger Zuschauer anziehen und deshalb für die privaten Anbieter von geringerem oder keinem Interesse sind¹¹⁷. Die Kommission nimmt ferner die Erläuterungen der deutschen Behörden zur Kenntnis, dass durch das KEF-Verfahren sowie die Anforderung an eine ausgewogene und vielfältige Programmgestaltung die Gefahr übermäßiger Kostenverschiebungen zugunsten von Sportübertragungen und zu Lasten der übrigen Programme beschränkt werde.
- (293) Die Kommission ist deshalb der Auffassung, dass die den öffentlichen Rundfunkanstalten auferlegte Verpflichtung, ein ausgewogenes und vielfältiges Programm anzubieten, die Festlegung des Finanzbedarfs durch die KEF und die bestehenden *Ex-post*-Kontrollmechanismen, mit denen überprüft wird, ob die

¹¹⁷ Laut deutschen Behörden beträgt der Anteil der sportlichen Großereignisse an den Sportübertragungen insgesamt bei der ARD lediglich 30 %.

Rundfunkanstalten ihre Verpflichtungen erfüllt haben, ausreichen müssten, um einen übermäßig hohen Anteil von Sportübertragungen am Programmangebot der Rundfunkanstalten auszuschließen.

- (294) Des Weiteren ist die Kommission der Ansicht, dass der Erwerb von Exklusivrechten ein gerechtfertigtes Verhalten darstellt, nicht nur um Einkünfte zu maximieren, sondern auch um sich von anderen Anbietern zu unterscheiden. Selbst wenn die den Rundfunkanstalten zugestandene staatliche Finanzierung bewirkt, dass der Erwerb exklusiver Rechte durch die öffentlichen Rundfunkanstalten weniger von finanziellen Erwägungen abhängt, bleibt die Exklusivität für sie von Bedeutung, um ein weites Publikum zu erreichen und die Attraktivität ihrer Programme zu fördern. Deshalb ist die Kommission nicht der Auffassung, dass die Bereitstellung staatlicher Mittel für den Erwerb exklusiver Sportübertragungsrechte an sich gegen Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag verstößt.
- (295) Die Kommission muss dennoch prüfen, ob die Finanzierung von Sportrechten durch öffentliche Mittel zu Marktverfälschungen führt, die für die Erfüllung des öffentlichen Auftrags nicht unerlässlich sind. Bei der Ermittlung der Verhältnismäßigkeit müssen die Bedürfnisse der öffentlichen Rundfunkanstalten hinsichtlich der Erfüllung ihres Auftrags gegen die nachteiligen Auswirkungen auf den Wettbewerb abgewogen werden.
- (296) Anhand der von den deutschen Behörden gegebenen Auskünfte lässt sich feststellen, dass die öffentlichen Rundfunkanstalten einen wesentlichen Teil der Rechte an massenattraktiven Sportereignissen erworben haben¹¹⁸, ohne dass dabei jedoch private Anbieter vom Erwerb von Rechten an ähnlich attraktiven Sportereignissen abgehalten worden wären.
- (297) Es lässt sich allgemein feststellen, dass über einen Zeitraum von mehreren Jahren die öffentlichen Rundfunkanstalten die ausschließlichen Direktübertragungsrechte für rund die Hälfte der Sportveranstaltungen hielten, die von den deutschen Behörden als die, für den deutschen Markt attraktivsten Sportveranstaltungen ausgewiesen wurden. Bei einigen dieser Sportveranstaltungen wurden die Rechte mit privaten Anbietern (Free- und Pay-TV) geteilt. Andererseits hielten private Free-TV-Sender Rechte für rund ein Drittel der von den deutschen Behörden aufgelisteten Sportveranstaltungen sowie ausschließliche Rechte für andere Sportübertragungen. Im Pay-TV-Bereich hielt Premiere Rechte für weniger als die Hälfte der aufgelisteten großen Sportveranstaltungen sowie Rechte an anderen Veranstaltungen¹¹⁹.
- (298) Unter diesen Umständen hat die Kommission keinen Grund zu der Annahme, dass die gegenwärtige Finanzierungsregelung die öffentlichen Rundfunkanstalten

¹¹⁸ Hierzu zählen erste und zweite Bundesliga, Champions League, DFB-Pokal, Formel Eins, Fußball-Europameisterschaft, Fußball-Länderspiele, insbesondere Qualifikationsspiele für EM und WM, Fußball-Weltmeisterschaft, Olympische Spiele, Tour de France, UEFA-Pokal, Vierschanzen-Tournee. Einige dieser Sportereignisse gehören zu den nach Artikel 3 (a)(1) der "Fernsehen ohne Grenzen" Richtlinie definierten sowie in Artikel 4 (2) RStV aufgelisteten sportlichen Großereignissen.

¹¹⁹ Vor dem Hintergrund, dass die Rechte an der Übertragung einiger Sportveranstaltungen sowohl von öffentlichen Rundfunkanstalten also auch privaten Anbietern gehalten wurden, ist dies nur ein grober Überblick der Verteilung der Sportrechte zwischen privaten und öffentlichen Sendern.

in die Lage versetzt, die Wettbewerber regelmäßig zu überbieten, indem sie in der Lage wären durchgängig Angebote abzugeben, die wesentlich über den Preise liegen, die von privaten Anbietern gezahlt werden können, und somit den Markt „leerzukaufen“.

- (299) Andererseits ist die Kommission der Auffassung, dass die Nichtnutzung von Rechten für die Erfüllung des öffentlichen Auftrags nicht erforderlich ist. Die Zurückhaltung insbesondere von ausschließlichen Rechten führt zu Marktverfälschungen, die für die Erfüllung des öffentlichen Auftrags nicht unerlässlich sind. Deshalb wäre die Nutzung staatlicher Mittel zur Finanzierung ausschließlicher Rechte, die eine öffentliche Rundfunkanstalt nicht nutzen kann oder nicht zu nutzen beabsichtigt, grundsätzlich nicht mit Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag zu vereinbaren.
- (300) Die Kommission anerkennt, dass es objektive Zwänge oder Gründe dafür geben kann, dass nicht alle potenziell verfügbaren Rechte genutzt werden. Es muss jedoch ein Ausgleich gefunden werden zwischen den berechtigten Interessen der öffentlichen Rundfunkanstalten an der Nutzung von Exklusivrechten und der Notwendigkeit einer gewissen Flexibilität bei der Planung von Veranstaltungen einerseits und andererseits den Marktverfälschungen, die nicht durch die Erfüllung des öffentlichen Auftrags bedingt sind, weil Exklusivrechte erworben, jedoch nicht genutzt und auch nicht Dritten zur Nutzung angeboten werden.
- (301) Es ist festzustellen, dass gegenwärtig kein System besteht, das für einen solchen Ausgleich sorgen würde, da es keine klaren Vorgaben für den Erwerb, die Nutzung und mögliche Erteilung von Sublizenzen von Sportrechten an Dritte gibt. Insbesondere besteht keine hinreichende Klarheit, was als (berechtigte) Nichtnutzung von Rechten anzusehen ist. Die Frage der „ungenutzten“ Rechte stellt sich z.B. dann, wenn öffentliche Rundfunkanstalten Übertragungsrechte für eine Sportveranstaltung einschließlich Direktübertragungen erworben haben, jedoch nur Zusammenfassungen zeigen, oder wenn die potenziell verfügbaren Übertragungsminuten einer Veranstaltung die Zeit bei weitem überschreiten, die die öffentlichen Rundfunkanstalten für die Übertragung dieser Veranstaltung zur Verfügung stellen (können). Darüber hinaus gibt es andere Umstände, in denen die Frage der ungenutzten Rechte einer weiteren Klärung bedarf; z.B. wenn die öffentlichen Rundfunkanstalten wegen des gesetzlichen Verbots, Pay-TV-Dienste anzubieten, nicht in der Lage sind, Pay-TV-Rechte zu verwerten oder wegen des Fehlens eines eindeutigen gesetzlichen Auftrags zur Erbringung neuer Mediendienste unklar ist, ob die Übertragung von Sportveranstaltungen über neue Plattformen von dem öffentlichen Auftrag erfasst wird. Angesichts der Tatsache, dass Sportübertragungsrechte von öffentlichen Fernsehanstalten/freeTV Veranstaltern und Pay-TV-Betreibern teilweise gemeinsam genutzt werden, und angesichts der im Allgemeinen geringen Auswirkungen des Pay-TV auf das Free-TV¹²⁰ kann sich die Kommission den Argumenten der deutschen Seite gegen die Erteilung von Sublizenzen für Pay-TV-Rechte nicht anschließen, wonach Pay-TV Rechte in der Verwertung der freeTV Rechte quasi aufgehen.

¹²⁰ Eine gewisse Wechselwirkung zwischen diesen beiden Märkten lässt sich nicht leugnen. So verringert ein attraktives Angebot im Free-TV den Anreiz für die Zuschauer, ein Abonnement für Pay-TV zu wählen. Damit besteht ein gewisser Einfluss von Free-TV auf Pay-TV. Umgekehrt kann das Pay-TV jedoch wegen geringer Verbreitung keinen vergleichbaren Einfluss auf Free-TV ausüben.

- (302) Die deutschen Behörden haben darauf hingewiesen, dass in einem Rechtepakete enthaltene Pay-TV-Rechte (sowie Rechte für neue Medien) mehrmals von öffentlichen Rundfunkanstalten Dritten angeboten wurden oder bestehenden Verpflichtungen zur Erteilung von Sublicenzen unterlagen¹²¹.
- (303) Das gegenwärtige System gewährleistet jedoch nicht, dass Sublicenzen systematisch und in für Dritte vorhersehbare Weise angeboten werden.
- (304) Nach Auffassung der deutschen Behörden gewährleisten die allgemeinen Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, dass die öffentlichen Rundfunkanstalten Sublicenzen für Rechte erteilen, wann immer dies möglich ist. Die Kommission versteht die Prüfung des Wirtschaftlichkeitspotentials dahingehend, dass diese auch die Möglichkeit der Erschließung neuer Einnahmeformen oder der Verbesserung bestehender Einnahmequellen umfasst. Diesbezüglich ist jedoch anzumerken, dass außer diesem allgemeinen Verweis in den verschiedenen KEF-Berichten die spezifische Frage der Erteilung von Sublicenzen für Sportrechte im Rahmen der Prüfung des Wirtschaftlichkeitspotentials nicht angesprochen wird.
- (305) Zusammenfassend ist die Kommission der Ansicht, dass die bestehenden Rahmenbedingungen nicht verhindern können, dass die öffentlichen Rundfunkanstalten staatliche Mittel zum Erwerb von Sportübertragungsrechten verwenden, die für die Erfüllung ihres öffentlich-rechtlichen Auftrags nicht erforderlich sind. In Fällen, in denen es den öffentlichen Rundfunkanstalten nicht erlaubt ist, bestimmte Rechte zu erwerben, entweder wegen des ausdrücklichen Verbots der Erbringung von Pay-TV-Diensten¹²² oder weil diese Tätigkeit nicht Bestandteil des öffentlichen Auftrags ist, wäre der Erwerb derartiger Rechte z.B. als Bestandteil eines Rechtspaketes mit dem Risiko behaftet, dass die öffentliche Rundfunkanstalt diese Rechte nicht nutzt, was zu Wettbewerbsverfälschungen führen würde, die nicht durch die Erbringung des öffentlichen Auftrages bedingt wären.
- (306) Wegen des Fehlens geeigneter Vorgaben zum Umfang der Verpflichtung zum Angebot von Sublicenzen gewährleistet die bestehende Finanzierungsregelung nicht, dass die staatliche Finanzierung auf den für die Erfüllung des öffentlichen Auftrags erforderlichen Umfang und deren nachteilige Auswirkungen auf den Wettbewerb auf das erforderliche Mindestmaß begrenzt werden.

7.3.4. Schlussfolgerungen zur Bewertung der bestehenden Finanzierungsregelung

- (307) Die Kommission schließt aus dem Vorstehenden, dass die bestehende Finanzierungsregelung keine hinreichend klare und genaue Definition des öffentlichen Auftrags und auch keine förmliche Übertragung eines Auftrags für neue Mediendienste (Online-Dienste und digitale Zusatzkanäle) enthält. Außerdem umfasst der öffentliche Auftrag auch rein kommerzielle Tätigkeiten

¹²¹ Dies galt für die Rechte zur Übertragung des DFB-Pokales, der UEFA-Pokalendspiele, der Olympischen Spiele und der Tour de France, während in anderen Fällen wie z.B. für Spiele der Fußballnationalmannschaften und dem UEFA-Pokal derartige Rechte Dritten offenbar nicht angeboten wurden.

¹²² Vgl. § 13 RStV.

mit der Folge, dass diese Tätigkeiten möglicherweise in den Genuss staatlicher Mittel kommen. Schließlich gewährleisten die bestehenden rechtlichen Rahmenbedingungen nicht, dass der den öffentlichen Rundfunkanstalten gewährte Ausgleich auf das für die Erfüllung des öffentlichen Auftrags erforderliche Maß beschränkt ist, dass die kommerziellen Tätigkeiten nach marktkonformen Grundsätzen ausgeübt werden und dass insbesondere bei der Finanzierung der Sportübertragungsrechte die nachteiligen Auswirkungen auf den Wettbewerb nicht unverhältnismäßig sind.

7.4. Zweckdienliche Maßnahmen

- (308) In Anbetracht der vorstehend erläuterten Bedenken hinsichtlich der bestehenden Finanzierungsregelung und nach Gesprächen mit den deutschen Behörden hält die Kommission die folgenden Maßnahmen für geeignet, um die Vereinbarkeit mit den Wettbewerbsvorschriften herzustellen.

7.4.1. Klare Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrags hinsichtlich neuer Mediendienste

- (309) Es ist durch die Vorgabe allgemeiner rechtlicher Anforderungen und die Entwicklung hinreichend konkreter Programmkonzepte zu gewährleisten, dass der Umfang des öffentlich-rechtlichen Auftrags der Rundfunkanstalten in Bezug auf die digitalen Zusatzkanäle klar bestimmt ist.
- (310) Es ist ferner sicherzustellen, dass bei der Bestimmung, inwieweit neue Medienangebote die gleichen demokratischen, sozialen und kulturellen Anforderungen der Gesellschaft erfüllen, Kriterien zugrunde gelegt werden, mit denen der gemeinwirtschaftliche Charakter des in Frage stehenden Angebotes auch unter Berücksichtigung bereits auf dem Markt vorhandener Angebote beurteilt werden kann. Die rechtlichen Rahmenbedingungen müssen den öffentlichen Auftrag hinreichend präzise definieren, damit auch andere Anbieter ihre Tätigkeiten planen und die Kontrollorgane die Erfüllung des Auftrags wirksam überwachen können.
- (311) Schließlich müssen die rechtlichen Rahmenbedingungen gewährleisten, dass rein kommerzielle Tätigkeiten nicht Bestandteil des öffentlichen Auftrags sind, der den öffentlichen Rundfunkanstalten Anspruch auf einen finanziellen Ausgleich verleiht (dies schließt nicht die Möglichkeit aus, dass die öffentlichen Rundfunkanstalten derartige Tätigkeiten ausüben, sofern dies nach marktkonformen Grundsätzen erfolgt).

7.4.2. Beauftragung und Kontrolle

- (312) In Anbetracht der Möglichkeit, neue Mediendienste anzubieten und digitale Zusatzkanäle auszustrahlen, ist sicherzustellen, dass den öffentlichen Rundfunkanstalten ein hinreichend präzise definierter öffentlicher Auftrag förmlich übertragen wird. Die Rundfunkanstalten sind in keiner Weise daran gehindert, Vorschläge für neue Medienangebote zu entwickeln und zu unterbreiten, dabei muss jedoch sichergestellt werden, dass die Länder in letzter Instanz darüber befinden, ob diese Vorschläge vom öffentlichen Auftrag erfasst sind.

- (313) Der Aufnahme neuer, von den Rundfunkanstalten bisher nicht angebotener Mediendienste muss die förmliche Übertragung eines Auftrags vorausgehen. Des Weiteren muss auch der Umfang derjenigen neuen Mediendienste näher bestimmt werden, der dieser *Ex ante*-Beauftragung unterworfen sind.

7.4.3. *Verhältnismäßigkeit*

7.4.3.1. Getrennte Buchführung

- (314) Es sind die erforderlichen Rechtsvorschriften zu erlassen, die die Einhaltung der Vorgaben der Transparenzrichtlinie hinsichtlich einer getrennten Buchführung gewährleisten, und zwischen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und sonstigen Tätigkeiten unterscheiden.

7.4.3.2. Keine Überkompensierung und Quersubventionierung kommerzieller Tätigkeiten

- (315) Es sind Rechtsvorschriften zu erlassen, mit denen die Finanzierung der öffentlichen Rundfunkanstalten auf die Nettokosten des öffentlichen Auftrags beschränkt wird. Dies bedeutet einerseits, dass nur die Kosten für die Erbringung des öffentlichen Auftrags berücksichtigt werden (ausschließlich Kosten/Verluste im Zusammenhang mit kommerziellen Tätigkeiten), und dass andererseits gewährleistet wird, dass alle Einnahmen aus der gewerblichen Verwertung des öffentlichen Auftrags abgezogen werden. Es muss außerdem gewährleistet werden, dass die abzuziehenden gewerblichen Einnahmen nach marktkonformen Grundsätzen erwirtschaftet werden (siehe auch Prüfung der des Grundsatzes marktkonformen Verhaltens).
- (316) Bei den zu erlassenden Maßnahmen ist auch zu gewährleisten, dass rein kommerzielle Tätigkeiten nicht durch die staatliche Garantie begünstigt werden.
- (317) Ferner ist die Kommission der Auffassung, dass die Finanzierungsregelung eine *Ex-Post*-Kontrolle vorsehen sollte, um sicherzustellen, dass die Gebühreneinnahmen der öffentlichen Rundfunkanstalten die Kosten für die Erbringung des öffentlichen Auftrags nicht übersteigen (und zwar beruhend auf aktuellen Zahlenangaben). Außerdem muss es eindeutige Regeln und Kontrollmechanismen hinsichtlich möglicher Überschüsse zum Ende eines jeden Jahres sowie zum Ende der Gebührenperiode geben. Dies bedeutet, dass ein zum Ende einer Gebührenperiode verbuchter Überschuss von den für die nächste Gebührenperiode gewährten Ausgleichsleistungen abgezogen wird. Ferner bedeutet dies, dass innerhalb des Gebührenzeitraums entstandene, den öffentlichen Rundfunkanstalten weiterhin zur Verfügung stehende Überschüsse, in der Regel nicht den Betrag überschreiten dürfen, der als Rückstellung für unvorhergesehene Mehrkosten und Mindereinnahmen erforderlich ist (d.h. 10 % der jährlichen Ausgleichszahlung). Eine höhere jährliche Rückstellung wäre beispielsweise dann zu rechtfertigen, wenn der Überschuss für im Voraus festgelegte Projekte bestimmt ist, deren Kosten von einer unabhängigen Stelle festgestellt worden sind und die zu einem späteren Zeitpunkt innerhalb der Gebührenperiode durchgeführt werden sollen, vorausgesetzt es gibt Kontrollmechanismen, die hinreichend gewährleisten, dass diese Rückstellungen nicht für andere Zwecke verwendet werden.

7.4.3.3. Marktkonformes Verhalten bei rein kommerziellen Tätigkeiten

- (318) Es müssen die erforderlichen Rechtsvorschriften erlassen werden, um die öffentlichen Rundfunkanstalten zu einem marktkonformen Verhalten zu verpflichten. Die Kommission ist der Auffassung, dass zur Einhaltung von Marktprinzipien nicht nur ein marktkonformes Verhalten gegenüber Dritten (z.B. kein Unterbieten von Preisen beim Verkauf von Werbezeit) gehört, sondern auch, dass sich die Rundfunkanstalten gegenüber ihren gewerblichen Tochtergesellschaften wie gegenüber Dritten verhalten (Grundsatz des Fremdvergleichs). Marktkonformes Verhalten beinhaltet auch den Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Investors im Hinblick auf Investitions-/Beteiligungentscheidungen der Rundfunkanstalten.
- (319) Die Einhaltung dieser Grundsätze muss einer regelmäßigen externen Kontrolle unterliegen.
- (320) Diese Maßnahmen müssen gewährleisten, dass der Finanzierungsbedarf der Rundfunkanstalten durch nicht marktkonformes Verhalten nicht künstlich erhöht wird (siehe auch vorstehend zur Überkompensierung).

7.4.3.4. Maßnahmen gegen die Finanzierung ungenutzt bleibender Sportübertragungsrechte

- (321) Es muss gewährleistet werden, dass die Finanzierung des Erwerbs von Sportrechten durch die öffentlichen Rundfunkanstalten auf den Betrag beschränkt ist, der für die Erfüllung eines ordnungsgemäß übertragenen öffentlichen Auftrags erforderlich ist. Dies bedeutet insbesondere, dass der Finanzierungsbedarf der Anstalten nicht dadurch künstlich erhöht wird, dass Dritten keine Sublizenzen für nicht genutzte Rechte angeboten werden. Dies setzt voraus, dass das Verhalten der öffentlichen Rundfunkanstalten beim Erwerb, der Nutzung und möglichen Vergabe von Sublizenzen an Dritte für diese transparent und vorhersehbar gemacht wird. Dies erfordert eine Klarstellung, wann ein Übertragungsrecht als nicht genutzt gilt und unter welchen Umständen und Bedingungen die öffentlichen Rundfunkanstalten derartige Rechte anderen Unternehmen anbieten.

7.5. Von den deutschen Behörden im Dezember 2006 gemachte Zusagen

- (322) Nach Gesprächen zwischen der Kommission und den deutschen Behörden über die erforderlichen Maßnahmen haben Kommissarin Kroes und die Ministerpräsidenten Beck und Stoiber eine Grundsatzvereinbarung erzielt¹²³, die im Dezember 2006 zu einer Einigung mit Deutschland über die erforderlichen Zusagen hinsichtlich der zukünftigen Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in der Bundesrepublik Deutschland führte.
- (323) In diesem Zusammenhang hat Deutschland ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Zusagen im Hinblick auf eine Änderung der Finanzierung des öffentlichen Rundfunks nicht dahin gehend zu verstehen seien, dass Deutschland der

¹²³ Siehe gemeinsame Presseerklärung von Kommissarin Kroes und den Ministerpräsidenten Kurt Beck und Edmund Stoiber, MEMO/06/273 vom 7. Juli 2006.

Qualifizierung der Gebührenfinanzierung als staatliche Beihilfe durch die Kommission zustimme.

- (324) In ihrem Schreiben vom 28. Dezember 2006¹²⁴ hat die deutsche Regierung eine Reihe von Maßnahmen vorgeschlagen, unbeschadet ihres Rechtsstandpunktes, dass die Rundfunkgebühr keine staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag sei. Diese im Folgenden näher dargelegten Maßnahmen sollen innerhalb von zwei Jahren ab der Entscheidung der Kommission durchgeführt werden. Innerhalb dieser Frist soll der Staatsvertrag zur Umsetzung der geplanten Maßnahmen in Kraft getreten sein.
- (325) Deutschland hat ausgeführt, dass sich die Bundesregierung bei der Umsetzung dieser Maßnahmen von folgenden Grundsätzen leiten lassen wird: die redaktionellen Verantwortung der Rundfunkanstalten in Bezug auf ihre Programmentscheidungen ist zu respektieren, und die Anforderungen an eine klare Definition und Beauftragung greifen nicht in die Programmautonomie der Rundfunkanstalten und ihren Entscheidungen zum redaktionellen Inhalt ein. Ferner führt Deutschland den Grundsatz der Technologieneutralität an, wonach die von Auftrag umfassten Angebote über alle vorhandenen Übertragungswege einschließlich Internet-Fernsehen, Mobiltelefone oder andere tragbare Geräte übertragen werden dürfen.
- (326) Mit Schreiben vom 28. Dezember 2006 hat Deutschland förmlich folgende Zusagen unterbreitet:
- (327) Deutschland erläuterte die vorgesehenen Maßnahmen zur Präzisierung des öffentlichen Auftrags und Beauftragung auf landesgesetzlicher Ebene, zur Prüfung und Konkretisierung durch die öffentlichen Rundfunkanstalten und zur Formalisierung durch die Länder wie folgt: (1) gesetzliche Vorschriften präzisieren den Auftrag für „*Telemedien*“ und digitale Zusatzangebote unter Bezugnahme auf verbindliche Kriterien (siehe Randnummern (335) *ff* bzw. (337) *ff*.) und legen die Kriterien fest, nach denen sich bemisst, wann ein Prüfverfahren durchzuführen ist; (2) die öffentlichen Rundfunkanstalten konkretisieren diese Kriterien und führen das Verfahren durch (siehe Randnummer (328)) und (3) dieses Verfahren endet mit der Prüfung und Feststellung durch die Länder im Rahmen ihrer Rechtsaufsicht.
- (328) Deutschland hat die Einführung eines Prüfverfahrens und von Kriterien für alle neuen oder veränderten digitalen Angebote der öffentlichen Rundfunkanstalten angekündigt. Dieses Verfahren soll auch für „mobile Dienste“ gelten. Die Länder werden das Verfahren zur Beauftragung für alle neuen Angebote der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten konkretisieren. Die öffentlichen Rundfunkanstalten werden dazu verpflichtet, für alle neuen und veränderten digitalen Angebote einen dreistufigen Test durchzuführen. Die drei Stufen werden gesetzlich festgelegt und erfordern eine Prüfung durch die Rundfunkanstalten für jedes Angebot, dass es (1) zum öffentlichen Auftrag gehört und damit die demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen einer Gesellschaft entspricht, dass es (2) in qualitativer Hinsicht zum publizistischen Wettbewerb beiträgt und dass (3) der Aufwand für die Erbringung des Angebotes vorgesehen ist. Der Begriff des publizistischen Wettbewerbs wird in der

¹²⁴ Von der Kommission registriert unter A/30032.

Gesetzesbegründung weiter konkretisiert, wobei folgende Punkte einzubeziehen sind: Umfang und Qualität der vorhandenen, frei zugänglichen Angebote sowie marktrelevante Auswirkungen des geplanten Angebots sowie die meinungsbildende Funktion des vorgesehenen Angebots (die unterhaltende Elemente einschließen kann) angesichts bereits vorhandener Angebote.

- (329) Deutschland erläuterte, dass nicht jede Änderung eines Online- oder anderen Digitalangebots diesem Verfahren unterliegt. Die staatsvertragliche Regelung wird vorsehen, dass die öffentlichen Rundfunkanstalten in Satzungen und Richtlinien transparente und überprüfbare Kriterien entwickeln und niederlegen, wann ein neues Angebot vorliegt und das beschriebene Verfahren greift. Bei der Erstellung dieser Satzungen und Richtlinien müssen die Rundfunkanstalten folgende Kriterien berücksichtigen: Die Bedeutung des Vorhabens für den publizistischen Wettbewerb, seine finanzielle Relevanz, seine geplante Dauer und inwieweit vergleichbare Angebote von den Anstalten bereits angeboten werden (d.h. welche Dienste aus Sicht der Nutzer austauschbar sind).
- (330) Der Staatsvertrag wird den öffentlichen Rundfunkanstalten auferlegen, dass die Begründungen zu dem Vorhaben nach Durchführung der Prüfung hinreichend konkret sind, um der jeweils zuständigen Aufsicht aber auch Dritten eine Beurteilung des Angebots zu ermöglichen.
- (331) Dritte werden Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten. Der Staatsvertrag wird den internen Gremien der öffentlichen Rundfunkanstalten auferlegen, sich vor ihrer Entscheidung mit Stellungnahmen Dritter zu den marktlichen Auswirkungen zu befassen.
- (332) Die Selbstverpflichtungen der öffentlichen Rundfunkanstalten für das jeweilige Angebot werden nach Genehmigung durch die Aufsichtsgremien in den amtlichen Veröffentlichungsblättern der Länder veröffentlicht. Diese werden im Rahmen ihrer Rechtsaufsicht die Selbstverpflichtungen auf ihre Übereinstimmung mit dem gesetzlich festgelegten Auftrag prüfen und diese feststellen.
- (333) In Bezug auf die „Telemedien“, die bereits von den öffentlichen Rundfunkanstalten angeboten werden, hat Deutschland angekündigt, dass die Länder förmlich bestätigen werden, dass diese Tätigkeiten vom öffentlichen Auftrag, wie im zukünftigen Rundfunkstaatsvertrag konkretisiert, abgedeckt sind. Diese förmliche Bestätigung kann beispielsweise durch Erklärung zum Rundfunk(änderungs-)staatsvertrag erfolgen. Zu diesem Zwecke werden die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten den Ländern ein Gesamtkonzept zu neuen Medien vorlegen.
- (334) Deutschland hat darüber hinaus erläutert, dass mit dem Inkrafttreten des zukünftigen Staatsvertrages die Neuregelung Grundlage und Begrenzung für alle bestehenden Telemedien und zusätzlichen digitalen Angeboten ist. Dies bedeute, dass Angebote, die nicht von diesem gesetzlichen Auftrag gedeckt sind, nicht von den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten angeboten werden dürfen. Die Kontrolle der Einhaltung dieser neuen Anforderungen erfolgt über die Rechtsaufsicht, entweder aufgrund von Beschwerden (nach erfolgloser Abrufung der internen Aufsicht) oder von Amts wegen.
- (335) Zu den digitalen Zusatzangeboten hat Deutschland erklärt, dass der zukünftige Rundfunkstaatsvertrag beispielhaft Programmkategorien einführen werde, um die

bestehende Anforderung des allgemeinen Programmauftrags (d.h. der Schwerpunktbildung auf Information, Bildung und Kultur) weiter zu konkretisieren. Bei dem Schwerpunkt „Information“ könnte sich der Staatsvertrag auf Programmkategorien wie Nachrichten, politische Information, Regionales, aber auch Sport beziehen. In die Kategorie "Bildung" wären Wissenschaften und Technik, Kinder und Jugend, Erziehung, Geschichte, Religion, Naturkunde usw. möglich. Der Schwerpunkt "Kultur" könnte durch die Bezugnahme auf Programmkategorien wie Bühnenstücke, Musik, Architektur, Philosophie, Literatur, Kino usw. ausgefüllt werden.

- (336) Die Anstalten werden gesetzlich verpflichtet, ein Programmkonzept unter Bezugnahme auf diese Programmkategorien zu entwickeln. Dieses Programmkonzept ist von den zuständigen Gremien zu genehmigen und anschließend in den amtlichen Veröffentlichungsblättern der Länder zu veröffentlichen. Die Länder werden im Rahmen der Rechtsaufsicht die Selbstverpflichtungen der Anstalten auf ihre Übereinstimmung mit dem gesetzlich festgelegten Auftrag prüfen und diese feststellen.
- (337) Im Hinblick auf die Konkretisierung des öffentlichen Auftrags für Telemedien hat Deutschland auf das in Randnummer (328) beschriebene Beauftragungsverfahren verwiesen.
- (338) Die Beauftragung wird staatsvertraglich auf journalistisch-redaktionelle Angebote begrenzt, was auch journalistisch-redaktionell veranlasste Angebote wie Internet-Chats umfasst. Was unter „journalistisch-redaktionell“ verstanden wird, wird in der staatsvertraglichen Begründung konkretisiert und leitet sich aus dem durch die Rechtsprechung bereits konkretisierten Begriff in anderen Gesetzen ab.
- (339) Außerdem hat Deutschland die Erstellung einer (Positiv/Negativ-) Liste von Telemedien angekündigt, die illustrativen Charakter hat und auch Angebote bezeichnet, die - wie beispielsweise *E-Commerce* – als nicht vom Auftrag erfasst anzusehen sind.
- (340) Der Staatsvertrag wird Kriterien enthalten, denen die Vorhaben im Bereich der Online-Angeboten dienen müssen. Diese Kriterien beziehen sich auf Funktionen, die gerade durch das öffentlich-rechtliche Online-Angebot erfüllt werden müssen, um den unverändert bestehenden Auftrag der Anstalten unter Bedingungen des Medienwandels zu erfüllen. Hierzu zählen beispielsweise: Allen Bevölkerungsgruppen die Teilhabe an der Informationsgesellschaft zu ermöglichen, Minderheiten adäquaten Zugang zu Angeboten zu verschaffen, Bürgern den Nutzen der neuen digitalen Angebote nahe zu bringen, Glaubwürdige Orientierungshilfe bei neuen digitalen Diensten zu bieten, Medienkompetenz zu fördern und Rundfunksendungen dem Wandel der Mediennutzung entsprechend zu begleiten.
- (341) Den Zusagen Deutschlands zufolge soll die flächendeckende lokale Berichterstattung nicht Bestandteil des öffentlichen Auftrags sein. Werbung und Sponsoring bleiben ausgeschlossen. Darüber hinaus werden die Anstalten gesetzlich verpflichtet, in Selbstverpflichtungen Regeln zu entwickeln, die sicherstellen, dass Verweisungen von ihren Angeboten nicht unmittelbar zu direkten Kaufaufforderungen führen. Auch sind die öffentlichen Rundfunkanstalten künftig gehalten, für sendungsbegleitende Angebote die

betreffende Sendung und den zeitlichen Bezug in den Konzepten für diese Angebote transparent zu machen.

- (342) Deutschland hat ferner erklärt, dass eine neue Vorschrift in den Rundfunkstaatsvertrag bzw. die gesetzlichen Grundlagen der Anstalten aufgenommen wird, die "kommerziellen Tätigkeiten" der Rundfunkanstalten regelt. Im gesetz beispielhaft aufgeführte Tätigkeiten betreffen Werbung und Sponsoring, Verwertungsaktivitäten, Merchandising, Produktionstöchter sowie die Vermietung von Sendestandorten. Es wird gesetzlich festgeschrieben, dass "kommerzielle Tätigkeiten" nur unter Marktbedingungen erbracht werden dürfen und von den übrigen Tätigkeiten durch gesonderte Rechnungslegung zu trennen sind. Die gesetzlichen/staatsvertraglichen Vorgaben erfassen Marktkonformität und Fremdvergleich. Die Begründung wird klarstellen, dass Marktkonformität die Prüfung durch die Anstalten sowie die Finanzaufsicht beinhaltet, ob die jeweilige Entscheidung dem "private investor test" im Sinne der Rechtsprechung des EuGH entspricht. Den Anstalten wird die konkrete Ausformung der Kriterien in Selbstverpflichtungen aufgegeben.
- (343) Deutschland hat zugesagt, dass die kommerziellen Tätigkeiten durch rechtlich selbstständige Tochtergesellschaften erbracht werden, während die Rundfunkanstalten mit der Wahrnehmung des öffentlich-rechtlichen Auftrags betraut werden .
- (344) Durch die KEF wird sichergestellt, dass bei festgestellten Verstößen gegen den Grundsatz des marktkonformen Verhaltens die dadurch entstehenden Defizite nicht über Rundfunkgebühren abgedeckt werden. Die Länder werden explizit in den Prüfkatalog der KEF aufnehmen, dass die KEF bei den Beteiligungen auf einen marktgemessenen Rückfluss der Investitionen zu achten hat, eine Prüfung die den deutschen Behörden zufolge bereits Bestandteil der Wirtschaftlichkeitsprüfung durch die KEF sei.
- (345) Für Beteiligungen hat Deutschland einheitliche Vorgaben (im Staatsvertrag oder anderen gesetzlichen Grundlagen der Anstalten) angekündigt, die sich an § 36 des SWR-Staatsvertrages orientieren. Die Norm wird die Voraussetzung der Gründung oder Beteiligung regeln. Zudem werden Regeln des Beteiligungsmanagements etabliert sowie staatsvertragliche Vorgaben zu marktkonformem Verhalten bei "kommerziellen" Beteiligungsunternehmen. Den öffentlichen Rundfunkunternehmen wird auferlegt, diese Vorgaben in Satzungen bzw. Richtlinien zu konkretisieren. Sie werden vorsehen, dass der Verwaltungsrat das Beteiligungscontrolling überwacht. In den einschlägigen Gesetzen und Staatsverträgen wird festgelegt, dass die Rundfunkanstalten gegenüber ihren kommerziellen Beteiligungsunternehmen das Prinzip des marktwirtschaftlichen Investors sowie das "*arm's length principle*" beachten.
- (346) Deutschland hat eine Reihe von Maßnahmen zur Kontrolle der vorstehenden Anforderungen angekündigt. Erstens werden die Kontrollbefugnisse der Rechnungshöfe betreffend die Beteiligungsunternehmen der öffentlichen Rundfunkanstalten gestärkt. Es wird ein einheitliches Prüfrecht der Rechnungshöfe entsprechend der Regelung in § 30 ZDF-Staatsvertrag bei allen Tochtergesellschaften vorgesehen. Bei Minderheitsbeteiligungen wird dies in Form der Betätigungsprüfung erfolgen.

- (347) Alle ARD-Landesrundfunkanstalten und das ZDF werden verpflichtet, für alle Beteiligungen ein effektives Controlling sicherzustellen und den zuständigen Rechnungshöfen sowie den Länderregierungen jährlich einen Bericht über ihre Beteiligungen zu übermitteln. Diese Berichte umfassen folgende Bereiche: Darstellung sämtlicher unmittelbarer und mittelbarer Beteiligungen und ihre wirtschaftlichen Bedeutung für die Anstalt; gesonderter Nachweis der Einhaltung der gesetzlichen/staatsvertraglichen Vorgaben für kommerzielle Aktivitäten (einschließlich der organisatorischen/buchhalterischen Trennung, *arm's length principle*, usw.) sowie Darstellung der Kontrolle der Beteiligungen.
- (348) Bei den Mehrheitsbeteiligungen der Rundfunkanstalten werden zusätzlich zu den Prüfungsrechten der Rechnungshöfe weitere Maßnahmen vorgesehen. Hierzu zählt die Prüfung zusätzlicher Fragestellungen, wie zum Beispiel der Nachweis der Einhaltung der staatsvertraglichen/gesetzlichen Vorgaben für kommerzielle Aktivitäten. Diese Fragestellungen werden von den Rechnungshöfen festgelegt und von Wirtschaftsprüfern durchgeführt. Die Wirtschaftsprüfer testieren den Jahresabschluss der Beteiligungsunternehmen und berichten den zuständigen Rechnungshöfen auch hinsichtlich dieser Fragestellungen. Die Rechnungshöfe werten die Prüfung durch die Wirtschaftsprüfer aus und können auch selbst Prüfmaßnahmen bei den betreffenden Beteiligungsunternehmen ergreifen. Über festgestellte Verstöße gegen die Bestimmungen zur Marktkonformität unterrichten die Rechnungshöfe die Rechtsaufsicht, die die notwendigen Maßnahmen ergreift. Außerdem werden die Prüfungsmitteilungen der Rechnungshöfe auch der KEF zugeleitet (die Anstalten können diesen Mitteilungen ihre eigene Stellungnahme hinzufügen).
- (349) Im Übrigen erfolgt die Prüfung der Beteiligungsgesellschaften durch unabhängige Wirtschaftsprüfer.
- (350) Hinsichtlich der Frage der Verhältnismäßigkeit der staatlichen Finanzierung hat Deutschland zugesichert, dass zum einen ausschließlich die Kosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags angesetzt und zum anderen alle Einnahmen der Anstalten berücksichtigt werden. Außerdem werden entgegen dem Grundsatz wirtschaftlichen Handelns nicht erzielte Einnahmen bei der Rundfunkgebührenfestsetzung bedarfsmindernd berücksichtigt.
- (351) Deutschland hat ferner eine Regelung vorgeschlagen, wonach, sofern die jährlichen Gesamterträge der Anstalten die Gesamtaufwendungen für die Auftrags Erfüllung um mehr als 10 % der Rundfunkgebühren übersteigen, diese Beträge als Rücklage anzulegen und zu verzinsen sind, um damit die systembedingte Unterdeckung für den angemeldeten Bedarf für den weiteren Verlauf abzudecken. Die KEF prüft, inwieweit die Anstalten diese Reserven für im Voraus festgelegte Zwecke verwendet haben.
- (352) Dadurch dass die von der KEF zum Ende einer Gebührenperiode festgestellten Überschüsse vom von der KEF für die folgende Gebührenperiode festgestellten Finanzbedarf der Anstalten vollständig in Abzug gebracht werden, wird sichergestellt, dass eventuelle aufgrund der jeweiligen Jahresabschlüsse festgestellte akkumulierte Überschüsse bedarfsmindernd berücksichtigt werden. Defizitübertragung werden von der KEF nicht akzeptiert.

- (353) Deutschland hat ferner zugesagt, staatsvertraglich abzusichern, dass die Gesamterträge der Anstalten aus Gebühren die Nettokosten nicht übersteigen, die aus dem öffentlich-rechtlichen Auftrag erwachsen, bei Berücksichtigung der anderen direkte oder indirekte Einnahmen aus diesem Auftrag.
- (354) Weiter wird vorgesehen, dass die KEF durchgängig eine Überprüfung auf der Basis von Ist-Zahlen vornimmt (wo Planzahlen zugrunde gelegt wurden, geschieht dies nachträglich).
- (355) Im Hinblick auf die Sportrechte hat Deutschland erklärt, dass die Rundfunkanstalten ihre in diesem Bereich praktizierte Geschäftspolitik transparent machen :
- Die Sportberichterstattung in den Hauptprogrammen von ARD und ZDF überschreitet regelmäßig eine Größenordnung von ca. 10 % des jährlichen Gesamtprogramms nicht;
 - ARD und ZDF lassen Rechte insofern nicht ungenutzt, als sie die Rechte entweder selbst nutzen oder zur Sublicensierung anbieten. Bei den über die EBU erworbenen Rechten werden Sublicenzen gemäß den einschlägigen EBU-Regeln unter Kontrolle eines Treuhänders angeboten;
 - ARD und ZDF werden ohne ausdrückliche staatsvertragliche Ermächtigung der Länder keinen eigenen Sportkanal betreiben;
 - Sportberichterstattung in den Digitalkanälen von ARD und ZDF erfolgt in Ergänzung zu den Hauptprogrammen ohne dass eine Umwidmung dieser Programme vorgenommen wird. Entsprechende Nutzungen schränken die Möglichkeit zum Erwerb von Sublicenzen durch Dritte nicht ein;
 - Ungenutzte Rechte müssen Dritten zur Sublicensierung angeboten werden, wobei ARD und ZDF transparent machen, unter welchen Voraussetzungen Rechte als „ungenutzt“ angesehen werden;
 - Das Verhalten der Anstalten muss für potenzielle Erwerber (Dritte) transparent sein, insbesondere im Hinblick darauf wann und in welchem Umfang Rechte angeboten werden (Veröffentlichung des Angebots im Internet).
- (356) Im Hinblick auf die Finanzierungsgarantie hat Deutschland erklärt, dass künftig vertragliche Haftungsübernahmen der Rundfunkanstalten zugunsten kommerziell tätiger Töchter gesetzlich ausgeschlossen werden. Ferner werden Gewinnabführungsverträge/Gewinnentnahmen, die eine gesellschaftsrechtliche Haftung kraft Gesetzes auslösen, ausgeschlossen.
- (357) Hinsichtlich der Besteuerung kommerzieller Tätigkeiten haben die deutschen Behörden ausgeführt, dass die Pauschalierung bei der Besteuerung alternativlos erscheine. Die Höhe der Pauschale werde regelmäßig überprüft, um Marktverzerrungen auszuschließen.

7.6. Bewertung der von Deutschland gegebenen Zusagen

- (358) Die Kommission hat die Zusagen im Hinblick auf die zuvor dargelegten Bedenken und aufgezeigten Maßnahmen zur Änderungen der bestehenden Finanzierungsregelung (siehe Randnummer (307) und (308) ff.) geprüft.

7.6.1. Klare Definition des öffentlichen Auftrags für Tätigkeiten im Bereich der neuen Medien

- (359) Die Kommission nimmt die Zusagen der deutschen Behörden in Bezug auf eine Konkretisierung des öffentlichen Auftrags für Tätigkeiten im Bereich der neuen Medien (d.h. digitale Zusatzkanäle und „Telemedien“) sowie eine Trennung zwischen öffentlich-rechtlichen und rein kommerziellen Tätigkeiten zur Kenntnis.
- (360) Hinsichtlich der Definition des öffentlichen Auftrags in Bezug auf digitale Zusatzkanäle ist die Kommission der Auffassung, dass die Bezugnahme im zukünftigen Staatsvertrag auf Programmkategorien geeignet ist, den potenziellen Umfang dieser Kanäle zusätzlich zu der von den Ländern durch den 8. Rundfunkänderungsstaatsvertrag eingeführten Anforderung einer Schwerpunktsetzung auf Information, Erziehung und Kultur genauer festzulegen. Die Kommission ist ferner der Auffassung, dass die Verpflichtung der öffentlichen Rundfunkanstalten, ein Programmkonzept zu entwickeln, in dem die verschiedenen in dem zukünftigen Staatsvertrag festgelegten Programmkategorien weiter ausgestaltet werden, als geeignet angesehen werden kann, Umfang und Zweck dieser Kanäle im Vergleich zu anderen Angeboten der öffentlichen Rundfunkanstalten hinreichend deutlich zu machen, und privaten Anbietern die Planung ihre Tätigkeiten und den jeweils zuständigen Kontrollorganen eine wirksame Kontrolle der diesbezüglichen Verpflichtungen zu ermöglichen (zur Kontrollfrage siehe auch nachstehend).
- (361) Insbesondere die Erklärung der deutschen Behörden, dass die Übertragung von Sportveranstaltungen auf den Digitalkanälen von ARD und ZDF lediglich als Ergänzung zu den Hauptprogrammen erfolgen soll, ohne den gesetzlich vorgegebenen Schwerpunkt dieser Sender zu ändern („Ergänzung zu den Hauptprogrammen ohne Umwidmung dieser Programme“), sollte ausreichend sein um zu gewährleisten, dass die öffentlichen Rundfunkanstalten mit Verweis auf die Schwerpunktsetzung auf u.a. Information (was laut deutschen Behörden auch den Sport umfasst) und ohne ausdrücklichen Auftrag keinen Sportsender aufbauen und dass die potenzielle Nutzung der Digitalkanäle für die Übertragung von Sportveranstaltungen in der Weise begrenzt ist, dass dem im Rundfunkstaatsvertrag verankerten Erfordernis der Schwerpunktsetzung auf Information, Erziehung und Kultur in seiner weiteren Ausgestaltung durch Programmkonzepte Genüge getan ist.
- (362) Hinsichtlich der Bestimmung des öffentlich-rechtlichen Auftrags für „Telemedien“ ist die Kommission der Auffassung, dass die angekündigten zusätzlichen Kriterien und Bedingungen zur Umgrenzung des Auftrags geeignet sind, den öffentlichen Auftrag klarer zu fassen. Es steht den einzelnen Mitgliedstaaten frei, in transparenter Weise Vorgaben für die Bestimmung des gemeinwirtschaftlichen Charakters neuer Mediendienste zu entwickeln. Die folgenden Ausführungen beziehen sich auf das von Deutschland vorgeschlagene Modell. In dieser Hinsicht, ist die Kommission der Auffassung, dass die

Darlegung der einzelnen Funktionen und der Rolle, die die Telemedien-Angebote der öffentlichen Rundfunkanstalten übernehmen sollen, sowie die Anforderung, dass die Telemedien qualitativ zum „publizistischen Wettbewerb“ beitragen, als angemessene Kriterien und Bedingungen angesehen werden können, um zu ermitteln, inwieweit diese Angebote den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft entsprechen. Die Kommission ist ferner der Auffassung, dass die Zusagen der deutschen Behörden, dass bei der näheren Bestimmung des Begriffs des publizistischen Wettbewerbs der Umfang und die Qualität der bereits bestehenden kostenlosen Angebote ebenso berücksichtigt werden wie die meinungsbildende Funktion des vorgesehenen Angebots gemessen an den bereits auf dem Markt vorhandenen Angeboten und die Auswirkungen des geplanten Angebots auf den Markt, als geeignet angesehen werden können, um Bedenken hinsichtlich eventueller wettbewerbsverfälschender Auswirkungen neuer Mediendienste, die mit bereits angebotenen Diensten vergleichbar oder identisch sind, auszuräumen. Die Kommission betrachtet ferner die Beschränkung des öffentlich-rechtlichen Auftrags auf journalistisch-redaktionelle Angebote, ein Konzept, das in den entsprechenden Rechtsakten noch genauer zu fassen ist, als geeignet, um den Umfang der Telemedien auf solche Angebote zu beschränken, die den publizistischen Mehrwert der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten wiedergeben (z.B. Themenauswahl und der Schwerpunktsetzung nach journalistischen Kriterien).

- (363) Die Kommission geht davon aus, dass die Umsetzung und zukünftige Anwendung dieser Kriterien die erforderliche Bewertung ermöglicht, inwieweit neue Medienangebote der öffentlichen Rundfunkanstalten, in Bezug auf die von der Kommission Zweifel hinsichtlich einer automatischen Qualifizierung als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (Spiele, Internetchats usw.) geäußert wurden, gemeinwirtschaftliche Merkmale aufweisen
- (364) Die Kommission sieht die angekündigte Erstellung einer beispielhaften Liste von Telemediendiensten, die normalerweise (nicht) unter den öffentlich-rechtlichen Auftrag fallen, als einen Weg, die im zukünftigen Rundfunkstaatsvertrag niederzulegenden allgemeinen Begriffe zu veranschaulichen und damit die Anwendung und Auslegung dieser Begriffe zu erleichtern. Sie erhöht die Transparenz und die Vorhersehbarkeit für andere Anbieter im Markt und erlaubt es den zuständigen Kontrollinstanzen, die Rechtmäßigkeit der Telemedienangebote wirksam zu überwachen (zum Kontrollaspekt siehe auch Randnummer (368) ff.).
- (365) Die Kommission nimmt hinsichtlich der Tätigkeiten im Bereich der neuen Medien die Auflistung solcher in den Zusagen der deutschen Behörden erwähnten Dienste zur Kenntnis, die ausdrücklich nicht Bestandteil des öffentlichen Auftrags sein sollen wie z.B. elektronischer Geschäftsverkehr, Sponsoring und Werbung im Internet, flächendeckende lokale Berichterstattung, keine unmittelbaren Verweisungen zu direkten Kaufaufforderungen sowie andere in vorangehenden Stellungnahmen der deutschen Behörden erwähnten Tätigkeiten wie kostenpflichtige Spiele oder sonstige "Downloads". In diesem Zusammenhang, nimmt die Kommission ferner zur Kenntnis, dass „mobile Dienste“ vorbehaltlich der genannten Kriterien unter den öffentlichen Auftrag fallen können, während Lizenzvereinbarungen mit Mobilfunkbetreibern als rein kommerzielle Tätigkeit angesehen werden.

- (366) Schließlich ist die Kommission der Auffassung, dass die Zusage einer Klarstellung, dass den öffentlichen Rundfunkanstalten die Erfüllung des öffentlichen Auftrags vorbehalten bleibt, während rein kommerzielle Tätigkeiten von den gewerblichen Tochtergesellschaften ausgeübt werden, die notwendige Trennung zwischen öffentlichem Auftrag und rein kommerziellen Tätigkeiten gewährleistet. Von den deutschen Behörden genannte Beispiele derartiger kommerzieller Tätigkeiten sind Werbung/Sponsoring, die kommerzielle Nutzung des öffentlichen Auftrags, Merchandising, die Filmproduktion sowie die Vermietung von Sendestandorten. Hierzu haben die deutschen Behörden erläutert, dass diese Liste nicht erschöpfend ist und auch andere Tätigkeiten einbeziehen kann, bei denen die öffentlichen Rundfunkanstalten in Wettbewerb mit privaten Betreibern treten (ökonomische Konkurrenz). Unter diesen Umständen und unter Berücksichtigung der Zusagen betreffend die Verhältnismäßigkeit der Finanzmittel (siehe unten) kann im Rahmen der zukünftigen Finanzregelung das Risiko ausgeschlossen werden, dass Gebühreneinnahmen für kommerzielle Tätigkeiten verwendet werden.
- (367) Unter diesen Umständen erachtet die Kommission die Zusagen betreffend die zukünftige Bestimmung des öffentlichen Auftrags hinsichtlich der neuen Mediendienste unter Ausschluss rein kommerzieller Tätigkeiten als geeignet, den öffentlichen Auftrag hinreichend genau und klar zu definieren, und gleichzeitig solche Tätigkeiten auszuschließen, die als „offenkundige Fehler“ anzusehen wären.

7.6.2. Beauftragung und Kontrolle

- (368) Die Kommission ist der Auffassung, dass die Zusagen der deutschen Behörden hinsichtlich des Prüfungs- und Beauftragungsverfahrens gemeinsam mit der Rechtsaufsicht der Länder im Bereich der Telemedien und der zusätzlichen digitalen Angebote (einschließlich „mobiler Dienste“) die Anforderungen an eine förmliche Übertragung des Auftrags und eine angemessene Kontrolle dieser Dienste erfüllen.
- (369) In Bezug auf Telemedien, die bereits von den öffentlichen Rundfunkanstalten angeboten werden, haben die deutschen Behörden erklärt, dass die Länder bestätigen werden, dass die Tätigkeiten, die Teil eines von den öffentlichen Rundfunkanstalten vorzulegenden Gesamtkonzeptes für neue Medien sind, unter den im zukünftigen Rundfunk-Staatsvertrag festzulegenden Auftrag fallen. Die Kommission ist der Auffassung, dass diese Bestätigung, die als Erklärung zum Staatsvertrag erfolgen kann, eine ordnungsgemäße Übertragung des zukünftig auf der Grundlage von Kriterien definierten und abgegrenzten öffentlichen Auftrags gewährleistet.
- (370) Hinsichtlich der neuen Telemedien-Angebote wird der Beauftragung eine umfassendere Prüfung vorausgehen, bei der auch Dritte die Gelegenheit haben werden, zu den erwarteten Auswirkungen auf den Markt Stellung zu nehmen. Außerdem werden die Länder im Rahmen ihrer Rechtsaufsicht prüfen und erklären, inwieweit die Selbstverpflichtungen den gesetzlichen Anforderungen entsprechen und damit Bestandteil des öffentlichen Auftrags sind. Dadurch dass das Übertragungsverfahren mit dieser Erklärung seinen Abschluss findet, ist sichergestellt, dass die öffentlichen Rundfunkanstalten neue Telemediendienste

erst anbieten dürfen, nachdem ihnen der Auftrag von den Ländern ordnungsgemäß übertragen worden ist.

- (371) Die Kommission hält es für gerechtfertigt, das umfassendere Beauftragungsverfahren auf die neuen Dienste anzuwenden, bei denen wegen ihres Umfangs (auch hinsichtlich eines zusätzlichen Finanzbedarfs) Auswirkungen auf den Markt in Bereichen, die von den bestehenden Angeboten der öffentlichen Rundfunkanstalten noch nicht erfasst werden, wahrscheinlich sind. Die angekündigten Kriterien zur Bestimmung solcher neuen Dienste (einschließlich der finanziellen Auswirkungen und Dauer des Angebots sowie eines Vergleichs mit bereits bestehenden Angeboten), und die weitere Ausformung durch die öffentlichen Rundfunkanstalten in Satzungen und Richtlinien sind angemessen, um diejenigen Dienste zu bestimmen, die von den öffentlichen Rundfunkanstalten gegenwärtig nicht als Teil ihres öffentlichen Auftrags angeboten werden (d.h. programmbezogene und programmbegleitende Telemedien). Außerdem ermöglicht die Zusage, dass die öffentlichen Rundfunkanstalten weitere Kriterien zur Bestimmung, wann es sich um einen solchen neuen Dienst handelt, entwickeln werden, eine Überprüfung der Notwendigkeit eines umfassenderen Beauftragungsverfahrens durch die Länder.
- (372) Hinsichtlich der zusätzlichen digitalen Angebote ist die Kommission der Auffassung, dass die gesetzliche Verpflichtung der öffentlichen Rundfunkanstalten, ein Programmkonzept zu entwickeln, das die verschiedenen im zukünftigen Staatsvertrag aufzuführenden Programmkategorien näher bestimmt, und welches nach Genehmigung durch die internen Kontrollorgane von den Ländern gebilligt wird, gewährleistet, dass die Verpflichtungen in Bezug auf diese digitalen Zusatzkanäle den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten förmlich übertragen werden.
- (373) Die deutschen Behörden haben ferner klargestellt, dass mit dem Inkrafttreten des zukünftigen Staatsvertrags die neu einzuführenden Anforderungen betreffend Telemedien und zusätzliche digitale Angebote unmittelbar für alle bestehenden Angebote gelten. Dienste, die diese Anforderungen nicht (nicht mehr) erfüllen, dürften dann von den öffentlichen Rundfunkanstalten nicht als Teil ihres öffentlichen Auftrags angeboten werden. Die Länder gewährleisten die Kontrolle der Einhaltung dieser neuen Anforderungen im Rahmen ihrer Rechtsaufsicht entweder aufgrund einer von Dritten eingelegten Beschwerde oder von Amts wegen.
- (374) Unter diesen Umständen ist die Kommission der Auffassung, dass die bestehenden externen Kontrollmechanismen als zufriedenstellend angesehen werden können, weil die präzisere Bestimmung des öffentlichen Auftrags und dessen ordnungsgemäße Übertragung die entsprechenden Instanzen in die Lage versetzen, eine wirksame Kontrolle auch im Hinblick darauf durchzuführen, inwieweit sich die öffentlichen Rundfunkanstalten innerhalb der Grenzen ihres Auftrags bewegen. In diesem Zusammenhang nimmt die Kommission insbesondere zur Kenntnis, dass im Rahmen der *Ex-post*-Kontrolle auch überprüft wird, inwieweit die öffentlichen Rundfunkanstalten ihre Selbstverpflichtungen und die für Telemedien und digitale Zusatzkanäle entwickelten Konzepte erfüllt haben.

7.6.3. Verhältnismäßigkeit

7.6.3.1. Getrennte Buchführung

- (375) Die deutschen Behörden haben sich dazu verpflichtet, die kommerziellen Tätigkeiten von den Tätigkeiten im Rahmen des öffentlichen Auftrags strukturell zu trennen. Während den Rundfunkanstalten der öffentliche Auftrag übertragen wird, werden sämtliche kommerziellen Tätigkeiten von den kommerziellen Tochtergesellschaften ausgeübt (siehe Randnummer (342) und (343)). Die deutschen Behörden haben ferner zugesagt, im zukünftigen Staatsvertrag vorzusehen, dass für die kommerziellen Tätigkeiten eine Reihe marktwirtschaftlicher Grundsätze gelten werden, nämlich getrennte Buchführung und die Anwendung der Grundsätze des Fremdvergleiches sowie des marktwirtschaftlich handelnden Investors in den Finanzbeziehungen zwischen den öffentlichen Rundfunkanstalten und ihren gewerblichen Tochtergesellschaften.
- (376) Die Kommission ist der Auffassung, dass das Erfordernis getrennter Buchführung durch eine strukturelle Trennung zwischen öffentlich-rechtlichen und kommerziellen Tätigkeiten¹²⁵ zusammen mit der Anforderung des Fremdvergleichs in den Finanzbeziehungen zwischen den öffentlichen Rundfunkanstalten und deren kommerziellen Tochtergesellschaften erfüllt werden kann. Die von den deutschen Behörden hierzu gegebenen Zusagen entsprechen den Anforderungen nach Kostentrennung gemäß der Transparenzrichtlinie und gewährleisten eine klare Trennung zwischen öffentlich-rechtlichen und kommerziellen Tätigkeiten gemäß der Rundfunkmitteilung. Insbesondere gewährleistet die strukturelle Trennung, dass für die öffentlich-rechtlichen und die kommerziellen Tätigkeiten getrennte Bücher geführt werden und dass alle Einkünfte und Kosten durch Anwendung des Fremdvergleichs den entsprechenden Tätigkeiten auf der Grundlage eindeutig festgelegter, durchgehend angewandter und objektiv zu rechtfertigender Grundsätze im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 der Transparenzrichtlinie zugewiesen werden.

7.6.3.2. Begrenzung des Ausgleichs auf die Nettokosten des öffentlichen Auftrags

- (377) Die Kommission ist der Auffassung, dass die von den deutschen Behörden angekündigten Maßnahmen gewährleisten, dass die Finanzierung der öffentlichen Rundfunkanstalten mittels Rundfunkgebühren auf die Nettokosten des öffentlichen Auftrags begrenzt wird. Dies ergibt sich aus der Zusage der deutschen Behörden, staatsvertraglich zu verankern, dass die Gebühreneinkünfte die Kosten nicht überschreiten, die ausschließlich durch öffentlich-rechtliche Tätigkeiten entstehen, während andere direkte oder indirekte Einnahmen aus kommerziellen Tätigkeiten der Rundfunkanstalten abgezogen werden (Begrenzung der Gebührenfinanzierung auf die Nettokosten des öffentlichen Auftrags). Die deutschen Behörden haben diesbezüglich hervorgehoben, dass die KEF bei der Ermittlung des Finanzbedarfs sämtliche Einnahmen der öffentlichen Rundfunkanstalten berücksichtigt.

¹²⁵ Siehe Entscheidung zur Gebührenregelung der BBC, *BBC Licence fee*, Ziff. 42.

- (378) Des Weiteren ist die Kommission der Auffassung, dass die von den deutschen Behörden erteilten Zusagen eine eindeutige Ermittlung der Kosten des öffentlichen Auftrags unter Ausschluss der bei kommerziellen Tätigkeiten entstehenden Kosten ermöglichen.
- (379) Die Zusage, dass die Rundfunkanstalten ausschließlich mit dem öffentlichen Auftrag betraut werden, während kommerzielle Tätigkeiten von den gewerblichen Tochtergesellschaften ausgeführt werden, bedeutet, dass sich die KEF bei der Ermittlung des Finanzbedarfs der öffentlichen Rundfunkanstalten nur auf die Kosten stützt, die bei der Erfüllung des öffentlichen Auftrags entstehen. Demzufolge kann in Zukunft ausgeschlossen werden, dass die kommerziellen Tätigkeiten in den Genuss von Gebühreneinkünften und aufgrund der unbeschränkten staatlichen Bürgschaft bestehenden vorteilhaften Kreditbedingungen gelangen.
- (380) Die Kommission nimmt zur Kenntnis, dass gemäß der zukünftigen Finanzierungsregelung die auf die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten beschränkte Finanzierungsgarantie, keine kommerziellen Tätigkeiten mehr erfasst, da diese von den Anstalten nicht mehr selbst, sondern ausschließlich über kommerzielle Tochtergesellschaften erbracht werden; diese werden aufgrund ihrer privatrechtlichen Gesellschaftsform nicht von der Finanzierungsgarantie der Anstalten erfasst. Auch schließt die zukünftige Finanzierungsregelung aus, dass die kommerziellen Tochtergesellschaften indirekt in den Genuss der vorteilhaften Kreditbedingungen der öffentlichen Rundfunkanstalten kommen, da die Tochtergesellschaften Leistungen, die ihnen die öffentlichen Rundfunkanstalten zur Verfügung stellen, zu Marktpreisen vergüten müssen. Auch hinsichtlich der Kreditaufnahme durch die kommerziellen Tochtergesellschaften selbst ist die Kommission der Auffassung, dass die Zusagen der deutschen Behörden geeignet sind, eventuelle Vorteile der Tochtergesellschaften aufgrund der staatliche Bürgschaft zugunsten der Muttergesellschaft auszuschließen. Nach Aufnahme des Grundsatzes marktkonformen Verhaltens in die entsprechenden Vorschriften sollte hinreichend klar sein, dass die öffentlichen Rundfunkanstalten keine Verbindlichkeiten von ihren Tochtergesellschaften übernehmen, es sei denn dies entspricht dem Verhalten eines privaten Investors. Des Weiteren nimmt die Kommission die Zusage der deutschen Behörden zur Kenntnis, dass es in Zukunft keine Gewinnabführungsverträge zwischen den kommerziellen Tochtergesellschaften und den Rundfunkanstalten geben wird, die eine Haftung für bei der Tochtergesellschaft entstandene Verluste auslösen würden.
- (381) Ferner ist die Zusage der deutschen Behörden, den Grundsatz des marktwirtschaftlich orientierten Investors auf die Beteiligungen von öffentlichen Rundfunkanstalten an kommerziellen Unternehmen anzuwenden, geeignet auszuschließen, dass den kommerziellen Tochtergesellschaften bzw. Tätigkeiten staatlichen Beihilfen in Form von Gebühreneinnahmen zufließen, sofern die zusätzlich vorgesehenen Beteiligungskontroll- und managementmechanismen in angemessener Weise umgesetzt werden.
- (382) Andererseits gewährleisten die entsprechenden Rechtsvorschriften sowie die Erläuterungen der deutschen Behörden, dass die KEF alle Einkünfte aus kommerziellen Tätigkeiten von den mit dem öffentlich-rechtlichen Auftrag verbundenen Kosten abziehen wird, um die Nettokosten des Auftrags zu ermitteln, für die Mittel aus Gebühreneinnahmen bereitgestellt werden können.

- (383) Schließlich gewährleisten die von den deutschen Behörden angekündigten Kontrollmechanismen, dass eine angemessene Kontrolle einer möglichen Überkompensierung stattfindet und sichergestellt wird, dass mögliche Überschüsse am Ende eines Haushaltsjahres nur für im Voraus festgelegte Zwecke unter Kontrolle der KEF verwendet werden
- (384) In diesem Zusammenhang nimmt die Kommission insbesondere die Zusage der deutschen Behörden zur Kenntnis, sie werden in den entsprechenden Rechtsakten vorsehen, dass überschüssige Beträge, die bei den öffentlichen Rundfunkanstalten am Ende eines Haushaltsjahres entstanden sind und 10 % der Gebühreneinnahmen übersteigen, einer zu verzinsenden Rückstellung zugeführt werden, die für eine systembedingte Unterdeckung in den Folgejahren der laufenden Gebührenperiode bestimmt ist. Die Kommission erachtet es als zufriedenstellend, dass die KEF prüfen wird, dass die öffentlichen Rundfunkanstalten die Gelder aus der Rückstellung nur für im Voraus festgelegte Zwecke verwenden.
- (385) Die Kommission erkennt an, dass ein System, das auf der Ermittlung des Finanzbedarfs der öffentlichen Rundfunkanstalten über einen Zeitraum von vier Jahren und der entsprechenden Bestimmung der Höhe der Gebühren durch ein unabhängiges Gremium beruht, dazu führen kann, dass einzelne Jahresabschlüsse eine Überkompensierung aufweisen. Übersteigen die Gebühreneinkünfte die Kosten des öffentlichen Auftrags am Ende eines Haushaltsjahres, müsste der Überschuss der Rundfunkanstalt nicht entzogen werden, sofern dieser dem Geldbetrag entspricht, der für andere Zwecke bestimmt war, deren Kosten planmäßig erst zu einem späteren Zeitpunkt des maßgeblichen Zeitraums anfallen werden. Unter bestimmten Umständen kann es gerechtfertigt sein, dass eine solche systembedingte Überkompensierung 10 % der jährlichen Finanzmittel übersteigt. Vor dem Hintergrund, dass der in anderen Fällen zugestandene "Puffer" von 10 % es den öffentlichen Rundfunkanbietern ermöglichen sollte, auf unvorhergesehene Mehrkosten und Mindereinnahmen zu reagieren, ist diese Obergrenze dann nicht unbedingt anwendbar, wenn wie im Falle Deutschlands der Überschuss in einem Haushaltsjahr das Ergebnis bereits vorhersehbarer Ereignisse bzw. Projekte ist, deren Finanzbedarf von einer unabhängigen Kontrollinstanz (in diesem Falle der KEF) ermittelt wurde.
- (386) Die Kommission nimmt die Zusage der deutschen Behörden zur Kenntnis, dass ein Überschuss zum Ende einer Gebührenperiode vom Finanzbedarf der öffentlichen Rundfunkanstalten in der nächsten Gebührenperiode abgezogen wird. Andererseits wird die KEF keine Übertragung von Defiziten aus dem vergangenen auf den nächsten Gebührenzeitraum anerkennen.
- (387) Die Kommission erachtet die Ankündigung der deutschen Behörden als zufriedenstellend, dass der von der KEF durchgeführten Finanzkontrolle aktuelle Zahlenangaben zugrunde liegen werden (sind diese Angaben zum Zeitpunkt der Durchführung der Kontrolle nicht erhältlich, wird diese auf einen späteren Zeitpunkt verschoben, so dass eine fortlaufende Kontrolle sämtlicher Finanzjahre gewährleistet ist).
- (388) Unter diesen Voraussetzungen erachtet die Kommission die von den deutschen Behörden gemachten Zusagen (siehe Randnummern (377) und (387)) als geeignet, um zu gewährleisten, dass der den öffentlichen Rundfunkanstalten

gewährte Ausgleich den für die Erfüllung des öffentlichen Auftrags notwendigen Betrag nicht übersteigen wird.

7.6.3.3. Einhaltung marktwirtschaftlicher Grundsätze

- (389) Die Kommission ist der Auffassung, dass die von den deutschen Behörden gemachten Zusagen (siehe insbesondere Randnummern (342) ff.), gewährleisten, dass die kommerziellen Tätigkeiten der öffentlichen Rundfunkanstalten eindeutigen gesetzlichen Vorgaben unterliegen, und zwar dem in den entsprechenden Rechtsakten definierten und in den Selbstverpflichtungen der Rundfunkunternehmen weiter ausgestalteten Grundsatz des marktkonformen Verhaltens. Die Einhaltung marktwirtschaftlicher Grundsätze umfasst marktkonformes Verhalten, den Grundsatz des Fremdvergleichs und den Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Investors. Insbesondere hinsichtlich der zahlreichen Unternehmensbeteiligungen der Rundfunkanstalten ist die Schaffung einheitlicher Bedingungen, unter denen die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten Beteiligungen eingehen bzw. fortführen können, als angemessen anzusehen. Außerdem wird es Vorgaben für ein wirksames Beteiligungsmanagement sowie Vorschriften geben, die ein marktkonformes Verhalten dieser kommerziellen Unternehmen gewährleisten.
- (390) Die Kommission erachtet es als zufriedenstellend, dass die Einhaltung der Grundsätze des marktwirtschaftlichen Handelns der Kontrolle sowohl der KEF als auch der Rechnungshöfe unterliegen wird (siehe Randnummer (346) ff.).
- (391) Die KEF wird prüfen, inwieweit kommerzielle Unternehmen der öffentlichen Rundfunkanstalten eine angemessene Kapitalrendite erwirtschaften. Durch das KEF-Verfahren wird gewährleistet, dass entgegen dem Grundsatz des marktwirtschaftlichen Handelns nicht erwirtschafteten Erlöse vom anerkannten Finanzbedarf abgezogen werden, während zusätzliche auf nicht marktkonformes Verhalten zurückzuführende Kosten von der KEF bei der Ermittlung des Finanzbedarfs der öffentlichen Rundfunkanstalten nicht berücksichtigt werden. Hierbei kann sich die KEF auch auf die ihr vorgelegten Untersuchungsergebnisse der Rechnungshöfe zum marktkonformen Verhalten beziehen.
- (392) Die Rechnungshöfe erhalten zusätzliche Kontrollbefugnisse für die kommerziellen Beteiligungen der Rundfunkanstalten, und werden überprüfen, inwieweit die Rundfunkanstalten die gesetzlichen Anforderungen hinsichtlich der organisatorischen Trennung bzw. der getrennten Buchführung, des Fremdvergleichs, usw. einhalten.
- (393) Unter diesen Umständen geht die Kommission davon aus, dass die Zusagen der deutschen Behörden geeignet sind, die erforderlichen Rahmenbedingungen für ein marktkonformes Verhalten der öffentlichen Rundfunkanstalten bei ihren rein kommerziellen Tätigkeiten zu schaffen. Die angekündigten Maßnahmen gewährleisten darüber hinaus, dass der Finanzbedarf der öffentlichen Rundfunkanstalten nicht unnötig durch ein nicht marktkonformes Verhalten erhöht wird, indem die KEF Nettokosten des öffentlichen Auftrags nach Abzug der gemäß den vorgenannten Grundsätzen erwirtschafteten gewerblichen Einnahmen feststellt.

7.6.3.4. Erwerb und Nutzung von Sportübertragungsrechten

- (394) Die Kommission nimmt die Zusagen der deutschen Behörden zur Kenntnis, durch die gewährleistet werden soll, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ihre Geschäftspolitik im Bereich der Sportrechte transparent machen (siehe Randnummern (355) ff.).
- (395) Die öffentlichen Rundfunkunternehmen werden ausdrücklich dazu verpflichtet, keine Sportrechte ungenutzt zu lassen, und selbst nicht genutzte Rechte Dritten anzubieten. Die angekündigte Klarstellung des Begriffs der „ungenutzten“ Rechte ermöglicht eine transparente und objektive Beurteilung, inwieweit eine vollständige oder teilweise Nichtnutzung von Sportrechten möglicherweise gerechtfertigt ist. Die angekündigte Klarstellung zu Umfang und Zeitplan des Verfahrens zur Erteilung von Sublizenzen¹²⁶ sollte privaten Anbietern ermöglichen, den Umfang der zur Sublizenzierung angebotenen Sportrechte im Voraus zu erkennen und ihre Tätigkeiten entsprechend zu planen. In diesem Zusammenhang nimmt die Kommission ferner die Erklärung der deutschen Behörden zur Kenntnis, dass die den öffentlichen Rundfunkanstalten offenstehende Möglichkeit, Digitalkanäle für Sportübertragungen zu nutzen, Dritte nicht am Erwerb von Sublizenzen hindern werde.
- (396) Die Kommission ist der Auffassung, dass diese Zusagen grundsätzlich geeignet sind, die öffentliche Finanzierung von Sportübertragungsrechten auf den für die Erfüllung des öffentlichen Auftrags erforderlichen Umfang zu beschränken und eine unverhältnismäßige Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu verhindern¹²⁷.

8. SCHLUSSFOLGERUNGEN

- (397) Nachdem die deutschen Behörden gemäß Artikel 17 der Verfahrensverordnung über die vorläufige Auffassung der Kommission in Kenntnis gesetzt wurden, dass die bestehende Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks nicht mehr mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist, und nach Prüfung der von den deutschen Behörden daraufhin unterbreiteten Informationen und Argumente gelangt die Kommission gemäß Artikel 18 der Verfahrensverordnung zu dem Schluss, dass die bestehende Beihilferegulierung mit dem Gemeinsamen Markt nicht mehr zu vereinbaren ist (siehe Randnummer (307)). Um die Vereinbarkeit der Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Zukunft zu gewährleisten, erörterte die Kommission mit den deutschen Behörden die erforderlichen Änderungen an der bestehenden Regelung und empfahl daraufhin zweckdienliche Maßnahmen (siehe Randnummern (308) ff.).
- (398) Mit der Übermittlung von Zusagen zur Änderung der Finanzierungsregelung für die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten haben sich die deutschen Behörden damit einverstanden erklärt, die vereinbarten zweckdienlichen Maßnahmen durchzuführen. Mit der vorliegenden Entscheidung nimmt die Kommission die von den deutschen Behörden gemachten Zusagen zur Kenntnis (siehe

¹²⁶ Für die über die EBU erworbenen Rechte werden Sublizenzen gemäß den Verfahren der EBU unter Kontrolle eines Treuhänders angeboten.

¹²⁷ Die Beurteilung der von Deutschland gemachten Zusagen beschränkt sich auf das vorliegende Beihilfeverfahren.

Randnummern (322) *ff.*), bekundet die Zustimmung der deutschen Behörden gemäß Artikel 19 der Verfahrensordnung und stellt das Verfahren ein.

- (399) Die deutschen Behörden werden ersucht, der Kommission rechtzeitig einen Entwurf der Rechtsvorschriften zur Umsetzung der erteilten Zusagen sowie die endgültige Fassung der Neuregelung, die zwei Jahre ab Datum des vorliegenden Schreibens in Kraft getreten sein muss, zu unterbreiten.
- (400) Dieses Schreiben ergeht unbeschadet der fortlaufenden Überprüfung bestehender Beihilferegulungen durch die Kommission gemäß Artikel 88 Absatz 1 EG-Vertrag und der Befugnis der Kommission zweckdienliche Maßnahmen vorzuschlagen, sofern sich dies in Anbetracht der voranschreitenden Entwicklung oder der Funktionsweise des Gemeinsamen Marktes als erforderlich erweist.

Falls dieses Schreiben vertrauliche Angaben enthält, die nicht veröffentlicht werden sollen, werden Sie gebeten, die Kommission hiervon innerhalb von 15 Arbeitstagen nach dessen Eingang unter Angabe von Gründen in Kenntnis zu setzen. Erhält die Kommission keinen derart begründeten Antrag innerhalb der vorerwähnten Frist, so geht sie davon aus, dass Sie mit der Veröffentlichung des vollständigen Wortlauts dieses Schreibens in der verbindlichen Sprachfassung auf der Internet-Seite http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/index.htm an Dritte einverstanden sind. Ihr Antrag ist per Einschreiben oder Telekopiergerät an folgende Anschrift zu richten:

Europäische Kommission
Generaldirektion für Wettbewerb
Kanzlei Staatliche Beihilfen
Rue de Spa 3
BE-1049 Brüssel

Fax-Nr.: +32 2 296.12.42

Mit vorzüglicher Hochachtung,

Für die Kommission

Neelie KROES
Mitglied der Kommission

Inhaltsangabe

1. VERFAHREN	1
2. BESCHREIBUNG	2
2.1. Beschreibung der Finanzierungsregelung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Deutschland	2
2.1.1. <i>Allgemeine Anmerkungen und Hintergrund</i>	2
2.1.2. <i>Definition des öffentlichen Auftrags</i>	4
2.1.3. <i>Kontrolle</i>	6
2.1.4. <i>Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten</i>	7
2.1.4.1. Finanzierung über Rundfunkgebühren.....	7
(a) Rechtsvorschriften.....	7
(b) Finanzielle Lage der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten.....	9
2.1.4.2. Steuerliche Sonderbehandlung der kommerziellen Tätigkeiten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten.....	10
2.1.4.3. Finanzierungsgarantie und Anstaltslast.....	12
2.2. Beschreibung des Rundfunkmarktes in Deutschland	12
2.3. Kommerzielle Tätigkeiten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten	17
3. EINLEITUNG DES PRÜFVERFAHRENS	18
4. SCHREIBEN NACH ARTIKEL 17	20
5. VORBRINGEN DER BUNDESREGIERUNG IM ANSCHLUSS AN DAS SCHREIBEN NACH ARTIKEL 17	21
5.1. Qualifizierung als staatliche Beihilfe gemäß Artikel 87 Absatz 1 EG Vertrag	22
5.1.1. <i>Die Finanzierung über Rundfunkgebühren stellt keine staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag dar</i>	22
5.1.2. <i>Aus der steuerlichen Sonderbehandlung der kommerziellen Tätigkeiten erwächst den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten kein finanzieller Vorteil</i>	23
5.1.3. <i>Aus der staatlichen Finanzierungsgarantie erwächst den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten kein beihilferechtlich relevanter Vorteil</i>	23
5.2. Vereinbarkeit mit Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag	24
5.2.1. <i>Definition des öffentlichen Auftrags</i>	24
5.2.2. <i>Beauftragung und Kontrolle</i>	25

5.2.3.	<i>Verhältnismäßigkeit</i>	25
6.	VORBRINGEN DER BESCHWERDEFÜHRER IM ANSCHLUSS AN DAS SCHREIBEN NACH ARTIKEL 17	29
6.1.	Vorbringen des VPRT	29
6.1.1.	<i>Qualifizierung als staatliche Beihilfe</i>	29
6.1.2.	<i>Prüfung der Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt</i>	30
6.1.2.1.	Definition des öffentlichen Auftrags.....	30
6.1.2.2.	Beauftragung und Kontrolle.....	30
6.1.2.3.	Verhältnismäßigkeit	31
6.2.	Vorbringen von Kabel BW	32
6.3.	Vorbringen von Premiere	33
7.	BEIHILFERECHTLICHE WÜRDIGUNG	34
7.1.	Staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag	34
7.1.1.	<i>Verwendung staatlicher Mittel</i>	35
7.1.1.1.	Gebührenfinanzierung.....	35
7.1.1.2.	Steuerliche Sonderbehandlung.....	37
7.1.1.3.	Staatliche Garantie	37
7.1.2.	<i>Finanzieller Vorteil</i>	38
7.1.2.1.	Finanzierung über Rundfunkgebühren.....	38
7.1.2.2.	Steuerliche Sonderbehandlung.....	41
7.1.2.3.	Staatliche Garantie	42
7.1.3.	<i>Wettbewerbsverfälschung und Handelsbeeinträchtigung</i>	43
7.1.4.	<i>Schlussfolgerungen</i>	45
7.2.	Natur der Beihilfe	45
7.2.1.	<i>Finanzierung über Rundfunkgebühren</i>	46
7.2.2.	<i>Staatliche Garantie</i>	50
7.2.3.	<i>Schlussfolgerungen</i>	50
7.3.	Beurteilung der Vereinbarkeit der derzeitigen Finanzierungsregelung mit dem Gemeinsamen Markt	50
7.3.1.	<i>Definition</i>	51
7.3.1.1.	Auftragsdefinition hinsichtlich der allgemeinen Programmtätigkeit der Rundfunkanstalten.....	52
7.3.1.2.	Auftragsdefinition hinsichtlich der digitalen Zusatzkanäle.....	52
7.3.1.3.	Auftragsdefinition hinsichtlich der neuen Mediendienste	53

7.3.1.4.	„Offensichtliche Fehler“ bei der Auftragsdefinition und klare Trennung zwischen öffentlich-rechtlichem Auftrag und kommerziellen Tätigkeiten	55
7.3.2.	<i>Beauftragung und Kontrolle</i>	56
7.3.2.1.	Beauftragung	57
7.3.2.2.	Kontrolle	58
7.3.3.	<i>Verhältnismäßigkeit</i>	59
7.3.3.1.	Getrennte Buchführung	60
7.3.3.2.	Beschränkung der Ausgleichsleistungen auf die Nettokosten des öffentlichen Auftrags	61
(a)	Ermittlung der Kosten für die Erfüllung des öffentlichen Auftrags	61
(b)	Abzug der gewerblichen Einnahmen	61
(c)	<i>Ex-post</i> -Kontrolle einer möglichen Überkompensation	63
7.3.3.3.	Einhaltung marktwirtschaftlicher Grundsätze	64
7.3.3.4.	Erwerb und Nutzung von Sportrechten	66
7.3.4.	<i>Schlussfolgerungen zur Bewertung der bestehenden Finanzierungsregelung</i>	69
7.4.	Zweckdienliche Maßnahmen	70
7.4.1.	<i>Klare Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrags hinsichtlich neuer Mediendienste</i>	70
7.4.2.	<i>Beauftragung und Kontrolle</i>	70
7.4.3.	<i>Verhältnismäßigkeit</i>	71
7.4.3.1.	Getrennte Buchführung	71
7.4.3.2.	Keine Überkompensierung und Quersubventionierung kommerzieller Tätigkeiten	71
7.4.3.3.	Marktkonformes Verhalten bei rein kommerziellen Tätigkeiten	72
7.4.3.4.	Maßnahmen gegen die Finanzierung ungenutzt bleibender Sportübertragungsrechte	72
7.5.	Von den deutschen Behörden im Dezember 2006 gemachte Zusagen	72
7.6.	Bewertung der von Deutschland gegebenen Zusagen	79
7.6.1.	<i>Klare Definition des öffentlichen Auftrags für Tätigkeiten im Bereich der neuen Medien</i>	79
7.6.2.	<i>Beauftragung und Kontrolle</i>	81
7.6.3.	<i>Verhältnismäßigkeit</i>	83
7.6.3.1.	Getrennte Buchführung	83

7.6.3.2.	Begrenzung des Ausgleichs auf die Nettokosten des öffentlichen Auftrags.....	83
7.6.3.3.	Einhaltung marktwirtschaftlicher Grundsätze.....	86
7.6.3.4.	Erwerb und Nutzung von Sportübertragungsrechten	87
8.	SCHLUSSFOLGERUNGEN.....	87