

Berlin, 06. Mai 2005

**Mitteilung  
der Bundesregierung an die  
Europäische Kommission  
Staatliche Beihilfen E 3/2005 (ex CP 232/2002, CP 2/2003, CP 43/2003, CP 195/2004  
und CP 234/2004)**

**Die Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten – Deutschland**

Die Bundesregierung verbindet die Stellungnahme zum Schreiben der Generaldirektion Wettbewerb (die „GD Wettbewerb“) vom 3. März 2005 (das „GD-Schreiben“) mit dem Dank für die zu diesem Verfahren gegebenen Anregungen. Es hat dazu beigetragen, die Diskussion über die Rolle des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in der Informationsgesellschaft in Deutschland voranzubringen.

Das GD-Schreiben zeigt noch bestehende Lücken oder Missverständnisse im Hinblick auf den Sachverhalt. Deshalb gilt es, den in der vorläufigen Auffassung der GD Wettbewerb zugrunde gelegten Sachverhalt durch ergänzenden Vortrag zu vervollständigen und teilweise zu berichtigen. In diesem Zusammenhang finden sich auch die noch ergänzend erbetenen Auskünfte. Die von der GD Wettbewerb zur rechtlichen Bewertung des Systems der Finanzierung und Gewährleistung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks vertretene Auffassung ist erneut gewürdigt und geprüft worden. Im Ergebnis bleibt es bei der Überzeugung, dass sich dieses System innerhalb der der Bundesrepublik Deutschland vorbehaltenen Regelungsbefugnis hält und dem gemeinschaftsrechtlichen Regime der Wettbewerbskontrolle schon deshalb und aus dem weiteren Grund entzogen ist, weil weder die Finanzierung aus Rundfunkgebühren noch die Trägerschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten noch deren Besteuerung für kommerzielle Betätigungen die Tatbestandsmerkmale einer Beihilfe im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag erfüllen. Diese Einschätzung basiert an erster Stelle auf der einschlägigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes und auf den von der Kommission bislang verfolgten Leitlinien. Das Amsterdamer Protokoll erfasst alle Angebote öffentlicher Kommunikation der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten und stellt die Definition ihres Auftrags in die Verantwortung der Mitgliedsstaaten. Daher sind – auch vor dem Hintergrund der eindeutigen Auffassung des Kulturministerrates – Tendenzen mit großer Sorge zu betrachten, die öffentlich-rechtlichen Angebote auf traditionelle Formen des Rundfunks zu beschränken. Dies gilt auch für eine Sichtweise, die öffentlich-rechtliche Anstalten ausschließlich auf Lücken privater Angebote verweist.

Unbeschadet dieser festen Rechtsauffassung verweist die Bundesregierung auf Überlegungen zu den von der GD Wettbewerb zur Ausräumung ihrer Bedenken in Betracht gezogenen Maßnahmen. Die daraus entstandenen Vorschläge werden mit der Erwartung und unter der Voraussetzung unterbreitet, dass damit alle von der GD Wettbewerb in Bezug genommenen Beihilfeverfahren zu einem Abschluss gebracht werden können, ohne dass der Meinungsstreit über Rechtsfragen vertieft werden muss. Sie folgt damit dem Gedanken der Gemeinschaftstreue aus Art. 10 Satz 2 und 3 des EG-Vertrages, der alle Mitgliedsstaaten anhält, in ihrem Einflussbereich die Verwirklichung der Ziele der Gemeinschaft zu unterstützen. Zuzufolge dessen werden jeweils Felder benannt, in denen die Bundesrepublik bereits konkrete Veränderungen des Ordnungsrahmens plant, die das Binnenmarktanliegen der GD Wettbewerb unterstützen. Daneben werden Bereiche erkennbar, in denen entweder aus faktischen oder rechtlichen Gründen noch Klärungsbedarf besteht.

Schließlich ist die Bundesregierung der Auffassung, dass es Anregungen der GD Wettbewerb gibt, deren Umsetzung in Deutschland – auch aus verfassungsrechtlichen Gründen – nicht möglich ist.

## **I. Ankündigung konkreter Maßnahmen, das Verfahren zum Abschluss zu bringen**

### **A. Auftrag**

#### **1. Allgemein**

Die GD Wettbewerb fordert im Hinblick auf die Beauftragung öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten in Deutschland, dass es eine klarere Trennung von Tätigkeiten im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse und von kommerziellen Tätigkeiten geben muss. Zu den Letztgenannten zählt sie in ihrem Schreiben Werbung/Sponsoring/Merchandising, Verwertungsaktivitäten (Programme, Studios, Senderstandorte), Produktionstöchter (insbesondere Film und Fernsehen) sowie den Rechtehandel. In allen diesen Bereichen bestehen auch Kooperationsbeziehungen, die einzubeziehen sind.

Die Länder planen die Aufnahme einer neuen Staatsvertragsnorm, also eine Regelung auf Gesetzebene, die „kommerzielle Tätigkeiten“ im Sinne der GD Wettbewerb in Bezug nimmt und dabei auch beispielhaft alle von der Kommission in diesem Zusammenhang erwähnten Tätigkeiten explizit aufführt. Merchandising wird als „kommerzielle Tätigkeit“ behandelt und den entsprechenden Vorgaben unterfallen. Diese Tätigkeiten werden den öffentlich-rechtlichen Anstalten (weiterhin) im Rahmen des nach nationalem Recht Zulässigen erlaubt sein. Es werden für diese Tätigkeiten aber spezifische Vorgaben vorgesehen werden.

Die GD Wettbewerb fordert ferner, dass im Hinblick auf alle Angebote eine Verpflichtung vorliegt, nicht lediglich eine Ermächtigung. Ansonsten fehle es insoweit an einer Beauftragung, die nach der Rechtsauffassung der Kommission europarechtlich erforderlich ist. Zumindest bedürfe es bei einer Ermächtigung einer Genehmigung des Angebotskonzeptes.

Mit § 11 Abs. 1 S. 1 Rundfunkstaatsvertrag liegt eine qualitative Beauftragung vor.

Darüber hinaus finden sich konkretere Aufträge, die für Annexdienste, digitale Fernsehkanäle und die analogen Spartenprogramme als Ermächtigungen formuliert sind. In Bezug auf programmbegleitende Angebote wie Mediendienste planen die Länder derzeit nicht, eine explizite Verpflichtung aufzunehmen. Ihrer Auffassung nach ergibt sich bereits aus der Tatsache, dass Mediendienste als programmbezogene Angebote Annexe zum Hauptauftrag darstellen, dass sie auch von diesem Auftrag erfasst sind. Zudem wird durch die Ermächtigung eine Obergrenze markiert, aber auch die Möglichkeit eingeräumt, weniger Angebote vorzusehen.

Die Landesgesetzgeber planen zudem, ihren mit dem 7. Rundfunkänderungsstaatsvertrag (RÄndStV) eingeschlagenen Weg fortzusetzen, die öffentlich-rechtlichen Anstalten gesetzlich anzuhalten, durch Selbstverpflichtungen ihren Auftrag weiter zu konkretisieren.

Dieses Vorgehen entspricht auch den Vorgaben des deutschen Verfassungsrechts, das eine Konkretisierung durch den Staat oder auch eine Genehmigung von konkreten Programmaktivitäten durch staatliche Stellen nicht zulässt (s. im Einzelnen u. Rz. 249 ff.). Ausdrücklich begrüßt wird, dass die GD Wettbewerb in ihrem Schreiben die dreistufige Beauftragung – Gesetz, Satzung/Richtlinien, Selbstverpflichtungen – nach ihrer (vorläufigen) Rechtsauffassung grundsätzlich für adäquat hält, die europarechtlichen Vorgaben zu erfüllen (Rz. 179).

Die Länder werden dieses Verfahren stärker ausformen und vorsehen, dass für neue oder veränderte Aktivitäten Selbstverpflichtungen von den Gremien zu beraten und zu genehmigen sind. Zusätzlich wird der Staatsvertrag die Vorgabe enthalten, dass die Selbstverpflichtungen

deutlich machen, inwieweit die Aktivität (1.) zum Auftrag gehört und damit den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen einer Gesellschaft entspricht und (2.) in qualitativer Hinsicht zum publizistischen Wettbewerb beiträgt. Schließlich wird obligatorisch gemacht werden, dass die Anstalten (3.) den Aufwand konkretisieren, der für die Erbringung des Angebotes vorgesehen ist. Die staatsvertragliche Regelung wird die Vorgabe vorsehen, dass die genannten Begründungen hinreichend konkret sind, um der internen und externen Aufsicht, aber auch Dritten eine Beurteilung des Angebots zu ermöglichen.

## **2. Online-/Mobile Dienste**

Die GD Wettbewerb mahnt eine Konkretisierung des Auftrages insbesondere im Hinblick auf Online- und mobile Dienste an und vermisst eine hinreichende Begründung, inwieweit diese den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen entsprechen und daher vom Auftrag öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten umfasst sind. Sie bemängelt die staatsvertragliche Vorgabe, dass die Angebote „programmbegleitend“ sein müssen, als nicht ausreichend. Hierzu ist zunächst festzustellen, dass die Digitalisierung Angebote und Nutzung im Bereich öffentlicher Kommunikation stark verändert hat und weiter verändern wird. Es besteht Einigkeit, dass dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk die Möglichkeit gegeben werden muss, seinen Auftrag auch unter diesen veränderten Bedingungen zu erfüllen und alle Übertragungswege und -plattformen zu nutzen, die zur Erfüllung dieses Auftrages erforderlich sind. Vor diesem Hintergrund stellt die gesonderte regulatorische Behandlung von Online-Angeboten ein Übergangsphänomen dar, wie auch die Überlegungen zur Novellierung der „Fernsehrichtlinie“ auf europäischer Ebene zeigen.

Im Hinblick auf mobile Dienste unterliegt die GD Wettbewerb offenbar einem Missverständnis. Mobile Dienste können nicht als eigenständige Kategorie abgegrenzt werden, wenn es um den Auftrag öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten geht. Insoweit handelt es sich um einen weiteren Verbreitungsweg, der im Sinne einer technikneutralen Entwicklungsgarantie auch öffentlich-rechtlichen Anstalten zugänglich sein muss. Im Hinblick auf den Umstand, dass aufgrund der in diesem Bereich vorherrschenden Marktstrukturen bestimmte Angebote öffentlich-rechtlicher Anstalten nur empfangbar sind, wenn der Nutzer oder die Nutzerin kostenpflichtige Angebotspakete abonniert, ist zu erinnern, dass auch im Bereich traditioneller Rundfunkverbreitung – etwa beim Breitbandkabel – für die Nutzerinnen und Nutzer zusätzliche Gebühren anfallen. Dies ändert nichts daran, dass derartige Angebote nicht als kommerzielle Tätigkeit im o. g. Sinne zu behandeln sind. Dessen ungeachtet werden die Länder im Staatsvertrag eine weitere Präzisierung vornehmen und deutlich machen, dass nur ein redaktionell gestaltetes und meinungsbildendes Angebot vom Auftrag erfasst ist, da dies in besonderer Weise den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen zu dienen geeignet ist.

Darüber hinaus wird auch bei Online-Diensten das System der Selbstverpflichtungen in der Weise konkretisiert, wie oben dargestellt. Zudem werden die Anstalten – soweit nicht schon geschehen – in Form von Richtlinien Konkretisierungen zur inhaltlichen Ausrichtung sowie zur Kontrolle durch die Gremien vorsehen. Im Zusammenhang mit dem Erlass des 8. RÄndStV haben sich die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in Deutschland bereits verpflichtet, den Aufwand für Online-Aktivitäten auf 0,75 % des Gesamtaufwandes zu begrenzen. Auch durch diese Maßnahme wird dem Anliegen der Kommission entsprochen.

Im Hinblick auf die von der GD Wettbewerb angeführten Beispiele wird auf den Sachvortrag verwiesen. Zum Teil handelte es sich um Experimente mit dem neuen Medium, die eingestellt wurden, überwiegend aber um redaktionell eingebundene Aktivitäten, die auch bei traditionellen

Fernsehangeboten selbstverständlicher Bestandteil sind und lediglich die zusätzlichen interaktiven Möglichkeiten des Online-Bereichs nutzen.

Die Generaldirektion Wettbewerb hat insoweit keine Maßnahmen vorgeschlagen. Sofern sie in diesen Angeboten einen Verstoß gegen europarechtliche Vorgaben erblickte, bestände allerdings ganz unabhängig von der grundsätzlich unterschiedlichen Würdigung der Rechtslage ein Dissens.

### **3. Digitale Zusatzkanäle**

Im Hinblick auf digitale Kanäle vermisst die Generaldirektion Wettbewerb inhaltliche Vorgaben. Zunächst ist auch im Hinblick auf diesen Punkt festzuhalten, dass die Länder planen, das System der Auftragskonkretisierung durch staatsvertragliche Vorgaben für Selbstverpflichtungen weiter auszubauen. Dies wird auch für zusätzliche digitale Programme gelten. Im Übrigen enthält der 8. RÄndStV (Anlage) für diese Frage relevante Konkretisierungen des Programmauftrags. So bezeichnet § 19 Abs. 2 Rundfunkstaatsvertrag (RStV) konkret ein Fernsehprogramm mit kulturellem Schwerpunkt und zwei Spartenfernsehprogramme, die von den in der ARD zusammengeschlossenen Landesrundfunkanstalten und dem ZDF gemeinsam veranstaltet werden. Zudem ist in Abs. 4 vorgesehen, dass die in der ARD zusammengeschlossenen Landesrundfunkanstalten und das ZDF neben der digitalen Verbreitung ihrer bestehenden Programme berechtigt sind, jeweils bis zu drei weitere Fernsehprogramme mit den Schwerpunkten Kultur, Bildung und Information zu veranstalten. Zudem wurde ein Austauschgebot installiert, das neue bundesweite oder landesweit verbreitete Programme nur erlaubt, wenn im Austausch dazu auf ein bisheriges Programmangebot verzichtet wird. Der Austausch muss kostenneutral erfolgen (§ 19 Abs. 6 u. 7 RStV).

Weitere Konkretisierungen sind auch in diesem Bereich durch Selbstverpflichtungen vorgesehen. Die in der ARD zusammengeschlossenen Landesrundfunkanstalten und das ZDF haben ihre Bereitschaft erklärt, noch im Jahre 2005 für den gegebenen gesetzlichen Rahmen ein umfassendes Digitalkonzept vorzulegen, das erläutert, wie sie ihren Programmauftrag unter den Bedingungen der Digitalisierung zukünftig erfüllen werden. Das Ergebnis wird in die Formulierung von Selbstverpflichtungen einfließen.

### **B. Marktkonformität/Transparenz**

Die GD Wettbewerb mahnt in ihrem Schreiben insbesondere die Trennung von Tätigkeiten im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse von „kommerziellen Tätigkeiten“ an. Dabei müsse eine Kostenzuordnung nach Kosten für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse einerseits und „kommerziellen Tätigkeiten“ andererseits unabhängig vom Ort der Entstehung der Kosten möglich sein, Quersubventionierungen und Überkompensationen müssten vermieden werden. Im Bereich kommerzieller Tätigkeiten müsse sichergestellt werden, dass öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten sich marktkonform verhalten.

Ungeachtet der Tatsache, dass die Voraussetzungen bereits derzeit erfüllt sind, planen die Länder eine Veränderung des Ordnungsrahmens, der auch diesem Anliegen der Generaldirektion weiter zur Geltung verhilft. Zusätzlich zu dem bestehenden Normgefüge soll eine Staatsvertragsnorm aufgenommen werden, die für „kommerzielle Tätigkeiten“ vorsieht, dass diese nur unter Marktbedingungen erbracht werden dürfen und von den übrigen Tätigkeiten durch gesonderte Rechnungslegung zu trennen sind. Die konkrete Ausformung soll auch in diesem Fall Selbstverpflichtungen der Anstalten überlassen bleiben. Die staatsvertraglichen, d. h. gesetzlich verankerten, Vorgaben für „kommerzielle Tätigkeiten“ werden folgende Anforderungen enthalten:

- Marktkonformität,
- Fremdvergleich,

- getrennte Buchführung,
- effiziente Kontrolle.

Daneben mahnt die GD Wettbewerb auch Vorgaben für die finanziellen Beziehungen zu Tochterunternehmen an.

Auch für diesen Bereich sind bereits einheitliche staatsvertragliche Vorgaben vorgesehen, die für alle Beteiligungen gelten sollen. Dies betrifft eine gesetzliche Festlegung von Gründungs- oder Beteiligungsvoraussetzungen, gesellschaftsrechtliche Vorgaben für die Ausgestaltung des Beteiligungsverhältnisses und institutionale Regelungen des Beteiligungsmanagements.

Dies ist in einigen Rechtsgrundlagen öffentlich-rechtlicher Anstalten bereits enthalten, soll aber flächendeckend eingeführt werden. Zusätzlich sollen staatsvertragliche Vorgaben zu marktkonformem Verhalten bei „kommerziellen“ Beteiligungsunternehmen aufgenommen werden, die das Anliegen der GD Wettbewerb aufgreifen und in Satzungen bzw. Richtlinien konkretisiert werden.

### **C. Kontrolle**

In ihrem Schreiben mahnt die GD Wettbewerb eine effektivere Kontrolle durch von dem Unternehmen unabhängige Aufsicht an.

In der Bundesrepublik hat sich auf Grundlage der verfassungsrechtlichen Vorgaben ein komplexes System der Kontrolle herausgebildet, das im Ergebnis auch die im GD Schreiben angesprochenen Parameter mit den adäquaten Maßstäben effektiv kontrolliert.

Es beruht auf den verschiedenen Säulen einer internen Aufsicht durch anstaltsunabhängige plural besetzte Gremien, einer in programmlicher Hinsicht beschränkten Rechtsaufsicht durch die Länder, einer methodischen Prüfung der Finanzbedarfe durch die KEF, einer Aufsicht über das Finanzgebaren durch die Rechnungshöfe und die Wirtschaftsprüfer, die Betriebsprüfung sowie die öffentliche Kontrolle durch die Landesparlamente. Da hier offenbar noch Unklarheiten bei der GD Wettbewerb bestehen, wird das System in Zusammenhang mit der rechtlichen Würdigung noch einmal mit Bezug auf die Prüfungskriterien, die für die Beurteilung relevant sind, dargestellt. Die präzisierten Selbstverpflichtungen werden die Transparenz für die Kontrolle erhöhen.

Darüber hinaus planen die Länder, die Prüfungskompetenzen und Verfahren insbesondere von KEF und Rechnungshöfen noch besser aufeinander abzustimmen. Die Prüfungsrechte der Rechnungshöfe werden dahingehend erweitert, dass sie die Kontrolle der neu vorgesehenen Vorgaben umfassen.

Entweder durch Staatsvertrag, d. h. gesetzliche Regelungen, oder durch Satzungsrecht soll eine stärkere Einbindung des Verwaltungsrates in die Aufsicht über die Beteiligung (Beteiligungscontrolling) erreicht werden. Darüber hinaus wird insgesamt eine Stärkung der Binnenkontrolle angestrebt.

Die GD Wettbewerb fordert, lückenhafte Kontrollsysteme zu schließen, etwa bei der KEF. Dazu ist zunächst festzustellen, dass die Kürzungen der KEF bereits funktional Sanktionscharakter haben. Haben sich Entwicklungen nicht wie von den Anstalten geplant realisieren lassen, werden die dafür eingesetzten Aufwandspositionen von der KEF entsprechend abgezogen.

Zudem wurde mit dem 8. RÄndStV festgelegt, dass die KEF noch stärker als bisher Marktvergleiche heranzieht. Wird der Auftrag im o. g. Sinne konkretisiert, ist auch eine genauere Zuordnung der Bedarfsmeldungen und ihrer Kontrolle möglich.

Dazu zählt auch, dass die Kosten für „kommerzielle Tätigkeiten“ nicht aus Gebührenmitteln getragen werden. Der von der GD Wettbewerb eingeführte Budget-Gedanke beseitigt allerdings die gegenseitige Deckungsfähigkeit innerhalb des Anstaltshaushaltes und kollidiert so mit der Autonomie der Anstalten, programmlich flexibel reagieren zu können.

Es ist bereits Bestandteil der Wirtschaftlichkeitsprüfung, bei den Beteiligungen auf einen marktangemessenen Rückfluss der Investitionen im kommerziellen Bereich zu achten.

Die Länder werden dies explizit in den Prüfkatalog der KEF aufnehmen.

daneben mahnt die GD Wettbewerb die Schließung von Lücken bei der Prüfung durch die Rechnungshöfe an Defizite seien bei Minderheitsbeteiligungen zu konstatieren, zudem fände keine Prüfung der Marktkonformität statt.

Dazu ist festzustellen, dass ein einheitliches Prüfungsrecht der Rechnungshöfe entsprechend der Regelung in § 30 ZDF-Staatsvertrag (ZDF-StV) bei allen Tochtergesellschaften für alle Anstalten vorgesehen werden wird; bei allen Minderheitsbeteiligungen wird dies in Form der Betätigungsprüfung erfolgen.

Mit den dargestellten Maßnahmen wird auch der allgemeine Vorwurf der GD Wettbewerber einer unzureichenden Kontrolle des Auftrages entkräftet. Dies betrifft auch die Kontrolle bei Online-Aktivitäten und digitalen Kanälen, die nachträgliche Kontrolle der tatsächlich verursachten Aufwendungen und allgemein die Transparenzkontrolle.

## **D. Sportübertragungen**

### **1. Allgemein**

Das Schreiben der GD Wettbewerb sieht im Hinblick auf Sportübertragungen keine konkreten Maßnahmen vor, so dass auch kein Anlass besteht, solche vorzuschlagen. Die Kommission erwähnt aber Vorgaben für Kanäle oder Anteile im Vollprogramm, um eine vermeintliche Überkompensation zu verhindern. Dazu ist festzuhalten, dass die Konkretisierung des Inhaltes der Digitalkanäle bereits im 8. RÄndStV erfolgt ist. Darüber hinaus besteht auch vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlichen Gebots der Staatsferne des Rundfunks Einigkeit, dass es keine gesetzlichen Quotenvorgaben für Sport in Vollprogrammen geben wird. Im Übrigen setzen die gesetzlichen Vorgaben für Vollprogramme bereits Grenzen für Überbetonung einzelner Programmelemente (vgl. § 2 Absatz 2 Nr. 1 RStV).

### **2. Spezielles**

In diesem Zusammenhang hat die GD Wettbewerb um Darlegung gebeten, inwieweit der Erwerb von Exklusivrechten für öffentlich-rechtliche Veranstalter erforderlich ist. Aus der im zweiten Teil nachfolgenden Stellungnahme ergibt sich dazu, dass exklusiv erworbene Inhalte auch im Bereich des Sportes – zur publizistischen Profilierung – Teil des Angebotes der Anstalten sein können. Zudem werden Sportrechte häufig nicht anders angeboten; die Exklusivität liegt also auch im Interesse der Rechteinhaber. Insofern stellt die Finanzierung von Exklusivrechten nicht per se eine Überkompensation dar.

Daneben hat die GD Wettbewerb um Begründung dafür gebeten, dass auch der Erwerb von Pay-TV-Rechten und Rechten für die Übertragung in anderen Medien (z. B. Video-on-Demand) erfolgt ist. Die GD Wettbewerb verweist zudem auf die Problematik des Erwerbs von Rechten, ohne dass diese anschließend auch tatsächlich genutzt werden.

Es versteht sich von selbst, dass es nicht zur Geschäftspolitik der Rundfunkanstalten gehören kann, Sportrechte zu erwerben, die von vornherein nicht zur Verwertung vorgesehen sind. Zudem ergibt sich schon aus dem Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, dass die Rundfunkanstalten nach Möglichkeit nicht genutzte Rechte zum Weiterverkauf anbieten sollen. Dies gilt auch, wenn Free-TV-Rechte nur im Paket mit Pay-TV-Rechten erworben werden können, da den Rundfunkanstalten Pay-TV-Auswertung nach § 13 Rundfunkstaatsvertrag verwehrt ist. Bei bestimmten Formaten wie Live-Ereignissen stehen allerdings Pay- und Free-TV-Verwertungen in einem Konkurrenzverhältnis.

Das Schreiben der GD Wettbewerb wirft darüber hinaus die Frage der unverhältnismäßigen Verzerrung des Marktes durch überhöhte Preise auf. Selbstverständlich darf es zu einer

unverhältnismäßigen Verzerrung des Marktes durch Zahlung überhöhter Preise für Übertragungsrechte nicht kommen. Es fehlen allerdings Belege dafür, dass eine derartige Verzerrung stattfindet. Das Mitbieten um Rechte muss den öffentlichrechtlichen Anstalten im publizistischen Wettbewerb erlaubt sein. Die Sicherung exklusiver Sport-Übertragungsrechte ist nicht unverhältnismäßig.

Die Rundfunkanstalten werden die in diesem Bereich praktizierte Geschäftspolitik transparent machen und freiwillig verbindliche Strukturvorgaben vorsehen.

### **E. Besteuerung und Anstaltslast**

Die GD Wettbewerb mahnt Maßnahmen an, die sicherstellen, dass „kommerzielle Aktivitäten“ der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten weder von steuerlicher Sonderbehandlung noch von staatlichen Finanzierungsgarantien profitieren. Die o.g. Vorschläge dienen auch diesem Anliegen. Im Übrigen wird auf die Stellungnahme zu den Vorhaltungen über Steuervergünstigung und Anstaltslast verwiesen. Es zeigt sich, dass unabhängig von der rechtlichen Würdigung kein spürbarer Vorteil für „kommerzielle Aktivitäten“ der Anstalten entsteht, was Voraussetzung dafür wäre, an dieser Stelle über Maßnahmen nachzudenken.

### **F. Schlussbemerkung**

Das vorgenannte Maßnahmenpaket bezieht alle sachdienlichen Maßnahmen, die die GD Wettbewerb für erforderlich hält, ein, um eine Verfahrensbeendigung zu erreichen. Es besteht die Bereitschaft, sich zur Umsetzung der Maßnahmen – innerhalb eines angemessenen Zeitraums – zu verpflichten, wenn die GD Wettbewerb ihrerseits alle einbezogenen Beihilfeverfahren ungeachtet etwaiger abweichender Rechtspositionen beendet. Die Vorschläge folgen dem Gedanken der Gemeinschaftstreue (Art. 10 EG-Vertrag). Sie werden in der Erwartung unterbreitet, dass sich die GD Wettbewerb und ihr folgend die Kommission ebenfalls von diesem Gedanken leiten lassen, der auch die Achtung der mitgliedsstaatlichen Verfassungsgrundsätze – wie in Deutschland des Grundsatzes der möglichst großen Staatsferne des Rundfunks – und der im Amsterdamer Protokoll bekräftigten Kompetenz der Mitgliedsstaaten zur Definition des Aufgabenbereichs des öffentlichrechtlichen Rundfunks in der Informationsgesellschaft gebietet.

## **II. Stellungnahme und ergänzende Auskünfte**

### **Nachträge, Klarstellungen und Berichtigungen zum Sachverhalt – ergänzende Auskünfte**

Der weitere Sachvortrag wird auf die Komplexe beschränkt, bei denen (i) jüngste Entwicklungen zu berücksichtigen sind oder bei denen (ii) sich aus dem GD-Schreiben abzeichnende Unterrichtungsmängel auszuräumen sind oder zu denen (iii) noch Auskunftersuchen gestellt worden sind.

#### **1. Auftrag**

*a) Fortschreibung und Stand des Rundfunkauftrags und der beauftragten Rundfunkprogramme*

(1) Regulierungssystem nach dem 7. RÄndStV

Die Bundesregierung hat in ihrer Stellungnahme vom 30.06.2004 (Vorbemerkungen) zum Verfahren CP 43/2003 das mit dem 7. RÄndStV eingeführte neue Regulierungssystem zur Präzisierung des Auftrags dargestellt. Das dreistufige System aus gesetzlicher Regelung, Richtlinie bzw. Satzung sowie Selbstverpflichtungserklärung ist dennoch im GD Schreiben nicht zutreffend dargestellt.

Auf der *ersten Ebene* befinden sich die staatsvertraglichen Regelungen zu den öffentlichrechtlichen Programmangeboten. Zu diesen gehört die „Grundnorm“ des § 11 RStV, die die Beauftragung enthält und die die generellen Inhalts- und Qualitätsanforderungen an den öffentlich-rechtlichen Rundfunk umreißt. Diese staatsvertragliche Grundnorm (zum Teil in Verbindung mit weiteren staatsvertraglichen Konkretisierungen wie z. B. § 5 ZDF-Staatsvertrag) ist die konkrete Rechtsgrundlage für die nachfolgend beschriebenen Satzungen bzw. Richtlinien und die Selbstverpflichtungserklärungen. Die Grundnorm stellt eine staatliche, d. h. gesetzgeberische Vorgabe, dar.

Auf der *zweiten Ebene* befinden sich die anstaltsautonomen Rechtsquellen, die Satzungen und die Programmrichtlinien. Die Richtlinien und Satzungen werden aber allein nicht von den Geschäftsleitungen gesetzt, sondern werden staatsfern durch die im Rundfunk- bzw. Fernsehrat vertretenen gesellschaftlich relevanten Kräfte genehmigt.

Auf der *dritten Ebene* schließen sich dann die Selbstverpflichtungserklärungen der Anstalten („Leitlinien für die Programmgestaltung der ARD 2005/2006“ und „Programmperspektiven ZDF 2004-2006“) an. Diese werden von den Intendanten unter Mitwirkung der Gremien abgegeben. Sie stellen die Konkretisierung der staatlichen Vorgaben des Gesetzgebers sowie der von der pluralistischen Gesellschaft gesetzten Programmrichtlinien durch eine konkrete Programmplanung dar. Diese Eigenpräzisierung des Programmauftrags soll die Leistungen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in der Öffentlichkeit transparent und nachprüfbar machen. Die Feststellung der GD Wettbewerb, die Satzungen und Richtlinien hätten mit Einführung des 7. RÄndStV „nunmehr rechtsverbindlichen Charakter“, ist insofern missverständlich, als die von Rundfunkrat bzw. Fernsehrat erlassenen Richtlinien bzw. Satzungen auch in der Vergangenheit rechtsverbindlich waren. § 11 Abs. 4 RStV begründet lediglich eine zuvor nicht bestehende Publizitätspflicht für die Richtlinien bzw. Satzungen und bindet sie in das System der Beauftragung ein.

Alle maßgeblichen Satzungen, Grundsätze, Leit- und Richtlinien und sonstige rechtsverbindliche Vorgaben für die Programmgestaltung sind der GD Wettbewerb übermittelt worden als Anlagen 3.1. bis 3.8. zur Stellungnahme vom 12.10.2004 (CP 43/2003).

#### (2) Weitere Festlegungen im 8. RÄndStV

Inzwischen ist mit Wirkung zum 01.04.2005 der 8. RÄndStV in Kraft getreten, der die Grundnorm des § 11 RStV unverändert belässt, jedoch § 19 dahingehend erweitert, dass dort die den Rundfunkanstalten zugewiesenen Rundfunkprogramme, deren Veranstaltung und technische Verbreitung konkretisiert sind. Außerdem ist der Umfang der Fernsehprogramme auf den Stand vom 01.04.2004 festgeschrieben. Dieser modifizierte Programmauftrag umfasst auch die Verbreitungspflichten über Satellit (§ 19 Abs. 3) und die Berechtigung für die Programmausstrahlung in digitaler Technik (§ 19 Abs. 4) mit umfangmäßigen Begrenzungen (§ 19 Abs. 5); auch für den Hörfunk ist die Gesamtzahl der verbreiteten Programme auf den Stand vom 01.04.2005 eingefroren.

#### b) Online-/Mobile Dienste

##### (1) Online-Angebote

Die gesetzliche Grundlage für das Angebot von Online-Diensten folgt für ARD und ZDF aus § 4 Abs. 3 ARD-Staatsvertrag und § 4 Abs. 3 ZDF-Staatsvertrag.

##### (2) Mobile Dienste

„Mobile Dienste“ sind nicht im Angebot der Rundfunkanstalten. Vielmehr handelt es sich um Online-Angebote, die über unabhängige Telekommunikations-Anbieter für mobilen Empfang zugänglich gemacht werden. Die Separierung eines getrennten Angebotsdienstes widerspricht dem Gebot einer technikneutralen Regulierung von elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten. Online-Angebote zum Empfang über mobile Empfangsgeräte unterliegen daher den

Auftragsbestimmungen, wie sie für Online-Mediendienste in den Staatsverträgen niedergelegt sind. Der Zugang zu den Online-Programmangeboten über mobile Dienste und Empfangsgeräte ist nicht mehr als das Ergebnis einer anderen Verbreitungsform an die solche Dienste nutzende Öffentlichkeit.

*c) Angebote digitaler Zusatzkanäle – weitere Auskunft*

Die GD Wettbewerb befasst sich allein mit der Frage, inwieweit das digitale Zusatzangebot vom Programmauftrag mit abgedeckt ist. Sie hat sich dazu noch einer abschließenden Beurteilung enthalten, weil sie durch die ihr bisher vermittelten Informationen dafür noch nicht in den Stand gesetzt sei. Dies soll im Folgenden geschehen.

(1) Programmauftragserfüllung in digitaler Sendetechnik

Auf die Ausführungen in den Stellungnahmen vom 30.06.2004 (dort S. 7, 12) und vom 06.10.2004 (dort S. 35-37) wird Bezug genommen.

Die GD Wettbewerb führt zutreffend aus, dass es sich bei der Ermächtigung zur Veranstaltung weiterer Programme mittels digitaler Technik nicht um eine neue Beihilfe handelt, wenn die dargebotenen Inhalte dem bestehenden Programmauftrag entsprechen und die rechtlichen Grundlagen der Finanzierung unverändert sind. Der Programmauftrag ist gelöst von der Sendetechnik.

(2) Programminhalte in digitalen Zusatzkanälen

Die GD Wettbewerb bezieht sich bei den „Programmen mittels digitaler Technik“ offenbar auf die in Programmbouquets enthaltenen Programme zur Verbreitung über digitale Zusatzkanäle von ARD und ZDF gem. § 19 Rundfunkstaatsvertrag (bei ARD: Eins Muxx, Eins Extra, Eins Festival, beim ZDF: ZDF Infokanal, Theaterkanal und ZDF Dokukanal).

Bezogen auf diese Programminhalte wird ausgeführt, dass die Auftragsdefinition hinsichtlich der digitalen Kanäle wegen des Fehlens eines umfassenden Programmkonzepts ungenügend sei. Die Definition des Auftrags, wie sie in § 11 Rundfunkstaatsvertrag (RStV) ihren gesetzlichen Niederschlag gefunden hat, gilt für alle Angebote und Programme der öffentlichrechtlichen Rundfunkanstalten und somit auch für die digitalen Programme und für die digitalen Zusatzprogramme. Durch den 8. RÄndStV ist ergänzend in § 19 Abs. 4 Satz 1 für die ausschließlich in digitaler Technik verbreiteten Programme eine Schwerpunktsetzung auf Kultur, Bildung und Information eingeführt worden. Mit Inkrafttreten des 4.

RÄndStV erfolgte bereits im Jahr 2000 eine quantitative Festschreibung der digitalen Bouquets von ARD und ZDF auf insgesamt 3 analoge Fernsehkanäle, von denen die ARD 2 und das ZDF 1 erhalten. Diese Rechtslage findet sich im jetzigen § 19 Abs. 5.

Neue Programme können nur im Austausch mit der Einstellung bestehender Programme und unter der Voraussetzung, dass der gesetzliche Programmauftrag auch durch das neue Angebot erfüllt wird und keine zusätzliche Kosten entstehen, veranstaltet werden (§ 19 Abs. 5 RStV).

In den „Leitlinien“ der ARD, die gem. § 11 Abs. 4 RStV u. a. die geplanten Schwerpunkte der jeweils anstehenden programmlichen Leistungen beschreiben und alle zwei Jahre veröffentlicht werden müssen, heißt es: „Die ARD versteht ihr Digitalangebot als Zusatzservice, der das vorhandene Material kundenfreundlich zur Verfügung stellt“. Die hierfür erforderlichen weiteren Programmflächen dienen dazu, auf die zunehmend differenzierten Bedürfnisse der Bevölkerung einzugehen. Die digitalen Kanäle dienen der Erfüllung des Programmauftrages aus § 11 Abs. 1 RStV. Diese sollten bewusst kein eigenständiges „Programmprofil“ entfalten, wie es beispielsweise Spartenkanälen eigen ist, sondern ein Element der Vernetzung der vorhandenen ARD-Programmfamilie sein. In Abhängigkeit zum ersten und zu den dritten Fernsehprogrammen werden vornehmlich solche Beiträge angeboten, die das Spektrum der laufenden Sendungen sinnvoll ergänzen: *Information* in „Eins Extra“, *Fiktion* in „Eins Festival“ und eine *zeitversetzte Wiedergabe des Ersten* in „Eins Muxx“. Auf diese Weise soll sichergestellt werden, dass der

Zuschauer bei der ARD jederzeit ein Programmgenre seiner Wahl vorfindet. In den Programmperspektiven des ZDF 2004-2005 wird ebenfalls betont, dass die digitalen Programme mit komplementären Angeboten spezifische Informations- und Kulturbedürfnisse der Zuschauer aufgreifen.

Weiter hat sich das ZDF verpflichtet, die Zahl seiner digitalen Kanäle nicht zu erhöhen und sie unter besonderer Ausnutzung von Programm-Synergien, d. h. mit bereits vorhandenem ZDF-Vermögen weiterzuentwickeln.

Die bewusst „Zusatzangebote“ genannten Kanäle von ARD und ZDF erfüllen damit eine rein komplementäre Funktion. Die strikte Komplementarität des digitalen Zusatzangebots weist die digitalen Kanäle nach wie vor als Bestandteile der bestehenden Programmfamilie aus.

Sie leiten sich also vollständig aus dem Programmauftrag der Rundfunkanstalten ab und bewegen sich daher im Rahmen der gesetzlichen Beauftragung.

## **2. Die Kontrollsysteme für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk**

Die GD Wettbewerb geht an verschiedenen Stellen ihres Schreibens auf die Kontrollmechanismen bei den Rundfunkanstalten ein und hinterfragt deren Wirksamkeit in der Praxis.

Hierbei stellt die GD Wettbewerb insbesondere auf die KEF ab. Die KEF führt zwar im Rahmen des Verfahrens zur Finanzbedarfsermittlung vielfältige Kontrollschritte durch, wie nachfolgend noch aufgezeigt wird. Doch liegt der Schwerpunkt der Ermittlungs- und Prüffunktionen der KEF in der zukunftsbezogenen Feststellung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten und ist somit stärker ex ante orientiert. Dabei prüft die KEF die „Gesamtveranstaltung Rundfunk“ und nicht explizit die einzelnen Rundfunkanstalten.

So führt die KEF beispielsweise verschiedene Benchmarks zwischen den ARDLandesrundfunkanstalten, dem ZDF sowie dem DLR durch und zeigt hierdurch mögliche Rationalisierungsreserven auf. Die operativen Leistungsprozesse innerhalb der Rundfunkanstalten werden jedoch nicht explizit und systematisch von der KEF analysiert. Sie unterliegen anderen Kontrollinstanzen.

Gerade diese für die Kontrolle anstaltsindividueller Leistungsprozesse zuständigen Aufsichts- und Kontrollinstanzen werden von der Generaldirektion Wettbewerb bislang nicht hinreichend in die Prüfung einbezogen. Hierbei handelt es sich vor allem um folgende Instanzen:

- Aufsichtsgremien der Rundfunkanstalten,
- Rechtsaufsicht,
- Wirtschaftsprüfer,
- Landesrechnungshöfe,
- steuerliche Betriebsprüfung,
- Landesparlamente.

Diese Aufsichts- und Kontrollinstanzen greifen Informationen und Anregungen der KEF auf. Insofern hat die KEF neben ihrer unmittelbaren Prüf- und Ermittlungsfunktion eine mittelbare Funktion zur Sicherstellung der Einhaltung der Grundsätze von Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit. Gerade auch dieses Ineinandergreifen verschiedener Aufsichts- und Kontrollfunktionen macht die Effektivität des deutschen Aufsichtssystems aus.

Das Kontrollsystem der Rundfunkanstalten variiert von Anstalt zu Anstalt. Es wird in der Antwort am Beispiel des NDR ausführlich erläutert, indem die Kontrollfunktionen inklusive vorhandener Sanktionsmöglichkeiten der Aufsichtsgremien der Rundfunkanstalten, der Rechtsaufsicht, durch Wirtschaftsprüfer, die Landesrechnungshöfe, die steuerliche Betriebsprüfung sowie die Landesparlamente dargestellt werden.

Im Anschluss werden Fehleinschätzungen der GD Wettbewerb bezüglich der KEF korrigiert und das System der Ermittlung des Finanzbedarfs ausführlich und detailliert erklärt, wodurch das Verfahren der KEF transparent und staatsfern gestaltet und garantiert ist, dass der Finanzbedarf von unabhängigen Sachverständigen nach klar beschriebenen und betriebswirtschaftlich gängigen Verfahren ermittelt wird.

Die Stellungnahme belegt, dass die Fremdmittelfinanzierung der Rundfunkanstalten marginal ist und die Anstalten weder hinsichtlich der kommerziellen Tätigkeiten noch die Beteiligungsgesellschaften günstigeren Finanzierungskonditionen haben.

### **3. Online-Angebote und ihre Finanzierung**

Medienspezifische Formate wie Spiele oder Online-Rechner sowie medienspezifische Kommunikationsangebote wie Chats, Foren oder Gästebücher sind wie bei allen anderen Online-Angeboten auch bei den Angeboten der Rundfunkanstalten ein integraler Bestandteil.

Sie gehören ebenso wie Datenbanken zum Standard einer Website.

Im Einzelnen ist zu diesen medienspezifischen Formaten noch auf folgende Fakten hinzuweisen (Sollten weitere Erläuterungen zu einzelnen redaktionellen Angeboten (z. B. Liebesalarm) für erforderlich erachtet werden, wird um entsprechenden Hinweis gebeten.):

ARD und ZDF bieten ausschließlich Chats und Foren an, die sich auf konkrete Sendungen und Programme beziehen oder die sich im Zusammenhang mit konkreten Sendungen auf aktuelle gesellschaftliche Themen beziehen. Den offenen Chatroom, in dem sich User über alle möglichen Lebensfragen austauschen konnten, hat das ZDF geschlossen.

Bei den Spielen von ARD und ZDF handelt es sich zunächst um neutrale Formate, mit denen Inhalte medienspezifisch dargestellt werden. Sie unterscheiden sich von den Angeboten der kommerziellen Anbieter durch die Qualität der Inhalte, in den Medienkompetenzangeboten durch die zielgruppengerechte Darstellungsform und durch die Anbindung an die Protagonisten und Marken von Fernsehsendungen. Für diese Angebote müssen keinerlei zusätzliche Kosten entrichtet werden, sie sind für die Allgemeinheit zugänglich.

Bei den so genannten „Online-Rechnern“ handelt es sich um onlinespezifische Aufbereitungen von Ratgeberthemen. Dies stellt einen geradezu klassischen Fall der Weiterentwicklung des Bildungs- und Beratungsauftrags der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten vor dem Hintergrund der neuen Informationsdienste dar (Rz. 12 Rundfunkmitteilung).

Durch diese Anwendungen ist kein individueller Austausch von Daten möglich.

Die von der GD Wettbewerb angeführte MDR Jobbörse in Zusammenarbeit mit Jobpilot wurde zum 31.12.2004 eingestellt.

Externe Links sind ein essenzieller Bestandteil eines jeden Online-Angebotes. Sie gehören zum Standard des Online-Journalismus. Die Qualität einer Website wird nicht nur danach bemessen, was sie beinhaltet, sondern auch danach, welche Qualität an externen Links sie bereithält. Soweit die Kommission vermutet, „konkrete Verweise auf z. B. Übernachtungsmöglichkeiten und Fahrradverleihdienste“ seien im Rahmen des Fernsehprogramms ausgeschlossen, trifft diese Vermutung nicht zu. Da im Internet dieselben journalistischen Grundsätze gelten wie für die Programme selbst, muss auch das Setzen externer Links immer redaktionell veranlasst sein. Häufig werden gerade die Nennungen aus Fernseh- oder Hörfunkbeiträgen als Links im Online-Angebot zum übernommenen Beitrag oder Thema angeboten. Dies ist Teil der gesetzlich geforderten Programmbegeleitung.

Der externe Link ist also der ergänzende Hinweis, der redaktionell ebenso veranlasst ist wie das Zeigen eines kommerziellen Dritten in einem Fernsehbeitrag oder die Erwähnung eines Hotels im

Reiseteil einer Tageszeitung. Für das Setzen externer Links fließt kein Geld an die Rundfunkanstalten. Dies würde auch grundsätzlich zu einer Einstufung als Werbung führen, die öffentlich-rechtlichen Anstalten im Online-Bereich gesetzlich untersagt ist.

Zu den E-Shops der Rundfunkanstalten ist anzumerken, dass in den Shops die klassischen Merchandising-Artikel sowie andere programmergänzende Materialien der Rundfunkanstalten angeboten werden. Diese Shops nutzen zunehmend das Internet als Vertriebsweg (E-Shop). Die E-Shops werden durchgehend extern und nicht innerhalb der Rundfunkanstalten betrieben. In der Regel sind sie Tochterunternehmen (z. B. beim BR, SR, HR, SWR, NDR, WDR, ZDF) zugeordnet. Diese klare Trennung kommt auch in der Online-Anmutung zum Tragen. Die Shops haben jeweils eigene URLs (z. B. wdrshop.de, ndrshop.de, srshop.de, www.br-shop.de), auf die man gesondert gelangen muss. Zum Teil wird der User hierauf ausdrücklich z. B. durch ein neues Pop-up-Fenster oder durch einen Worthinweis (im Sinne: Sie verlassen das Angebot der Rundfunkanstalt) aufmerksam gemacht.

Bei Datenbanken handelt es sich um strukturelle Vorhaltung von Daten, die dem gängigen Stand der Technik entsprechen. Die Datenbanken erlauben es den Nutzern, z. B. nach Eingabe von Schlagwörtern, strukturiert auf Inhalte zuzugreifen. Dies geschieht z. B. durch Eingabe eines Sendungsnamens in eine interaktive Programmzeitschrift oder einen Online-Programmführer auf den programmbegleitenden Seiten. Damit stellen Datenbanken nicht per se einen individuellen Austausch von Daten dar. Bei den Datenbanken der Rundfunkanstalten greifen die Nutzer auf einen in der Datenbank vorgehaltenen Pool von Informationen zu, die sich an die Allgemeinheit richten und für alle zugänglich sind. Es sind also immer Inhalte, bei denen die journalistische Darbietung eindeutig im Vordergrund steht. Ohne Datenbankstrukturen lassen sich im Übrigen überhaupt keine Online-Angebote mehr nachfragegerecht darstellen.

Zur Frage, wie diese Formate und Kommunikationsangebote eingesetzt und redaktionell überwacht werden, sowie zum Setzen externer Links hat die ARD im Jahre 2003 Grundsätze verabschiedet, die für alle Online-Angebote bindend sind. Die Online-Angebote wurden nach den zehn Grundsätzen von „Auftrag und Funktion“ konsequent überprüft (siehe Anlage). Damit wurde das journalistische Profil der Online-Angebote geschärft. Es stützt sich auf die Hervorbringung von Hörfunk und Fernsehen, ist informationsorientiert, richtet sich an die Allgemeinheit mit hochwertigen Inhalten und macht programmbezogene Angebote für Zielgruppen (z. B. Kinder, Jugendliche). Grundlage von „Auftrag und Funktion“ ist, dass der Funktionsauftrag nicht nur die Erstellung von Mediendiensten gestattet, sondern diese auch bindet und begrenzt. Die öffentlich-rechtlichen Online-Angebote von ARD und ZDF sind konsequent nicht-kommerziell. E-Commerce ist nach § 13 Absatz 1 Satz 2 RStV nicht statthaft.

#### *b) Finanzierung*

Die Finanzierung von Online-Aufwendungen der Rundfunkanstalten erfolgt über deren allgemeinen Haushalt:

##### *(1) Gesamtdeckungsprinzip*

Die KEF prüft den angemeldeten Finanzbedarf der Rundfunkanstalten und stellt in Form von Aufwandsfortschreibungen, Kürzungen und Anpassungen im Bestandsbedarf sowie Korrekturen beim Entwicklungsbedarf den ungedeckten Finanzbedarf fest. Die spätere Mittelverwendung obliegt dagegen den Rundfunkanstalten. Im Rahmen ihrer Programmautonomie entscheiden die Rundfunkanstalten über die Verwendung der zur Verfügung stehenden Mittel. Das Gesamtdeckungsprinzip erlaubt den Rundfunkanstalten grundsätzlich, mehr Ressourcen in speziellen Aufgabenfeldern zu verbrauchen als von der KEF genehmigt.

Diese Mittel sind dann aus zusätzlichen Potenzialen an Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu finanzieren oder aus anderen Budgetpositionen zu entnehmen. Derartige Verhaltensweisen werden von der KEF ex post geprüft und beurteilt. Sie können dazu führen, dass die KEF bei

zukünftigen Finanzbedarfsanmeldungen für eingesparte Mittel Kürzungen vornimmt.

## (2) Selbstbeschränkung im Online-Bereich

Die obigen Aussagen treffen generell auch für die Aufwendungen für Online-Angebote zu. Theoretisch wäre denkbar, dass einzelne ARD-Anstalten im Rahmen ihrer Prioritätensetzung mit Zustimmung ihrer Gremien weitere Ressourcen aus dem „allgemeinen Haushalt“ für Online einsetzen. Allerdings ist diese theoretische Möglichkeit spätestens mit der Selbstbindung der ARD zum Thema „Online“ begrenzt: Die ARD hat zugesagt, ihre Aufwendungen für Online auf 0,75 % der Gesamtaufwendungen zu beschränken. Die diesbezüglich von der ARD abgegebene Selbstbindung ist im Anhang des 8. Rundfunkänderungsstaatsvertrags aufgenommen. Der von der KEF im 13. KEF-Bericht, Tz. 206, befürchteten „Tendenz zur unbegrenzten Ausweitung“ der Online-Aktivitäten wirkt die ARD somit in zweifacher Hinsicht entgegen: Die Angebote sind programmbegleitend, und die Finanzierung ist auf einem sehr niedrigen Niveau festgeschrieben. Die enge Begrenzung der für Online einsetzbaren Finanzmittel auf 0,75 % macht zudem deutlich, dass für Fernsehen und Hörfunk ungleich höhere Ressourcen eingesetzt werden und Online schon allein wegen dieser finanziellen Begrenzung nur programmbegleitend ist.

## (3) Umfang und KEF-Kontrolle

Die KEF hat in ihrem letzten Bericht zwar festgestellt, dass die Rundfunkanstalten „keine objektivierten Aussagen zum Umfang des Online-Angebotes“ (Tz. 38) gemacht haben, stellt aber schon im nächsten Satz fest, dass „sich die Leistungsmengenerfassung im Online-Bereich schwieriger gestaltet als in den klassischen linearen Rundfunkmedien.“

Die ARD hatte schon in ihrer Meldung zum 14. Bericht der KEF dargelegt, worin die Schwierigkeit besteht. Dies wurde von der KEF auch im Bericht zitiert und keineswegs in Frage gestellt. Die KEF hat mit dieser Forderung auch keine Zweifel verbunden, ob mit den eingesetzten Mitteln die „gemeinwirtschaftlichen Dienstleistungen tatsächlich wie vereinbart“ erbracht werden. In Frage gestellt wird nicht die Qualität des Angebotes als gemeinwirtschaftliche Dienstleistung, gefragt wird vielmehr nach einer „produktionszentrierten Ermittlung von Leistungsdaten“ (Tz. 38) entsprechend der Sendeminuten in Hörfunk und Fernsehen.

Schon für den 14. Bericht wurde von der ARD erläutert, dass es diese Entsprechung bei der Produktion von Online-Angeboten nicht gibt. Internetseiten werden über moderne Produktionssysteme (Content-Management-Systeme) erst dann dynamisch in Form mehrerer redaktioneller Bestandteile aus unterschiedlichen technischen Quellen erzeugt, sobald sie vom Nutzer aufgerufen werden.

Die KEF selbst hat kein System der „produktionszentrierten Ermittlung von Leistungsdaten“ für Online-Angebote vorgeschlagen, nach dem die Rundfunkanstalten ihre Daten hätten erfassen sollen. Vielmehr haben sich ARD, ZDF, DLR/DLF und die KEF darauf verständigt, ein solches einheitliches System zu entwickeln.

Im Zuge dieser Abstimmung hat die KEF anerkannt, dass es keine Maßeinheit zur Bestimmung des Umfangs der Online-Angebote gibt, die als Äquivalent zur Sendeminute von Hörfunk und Fernsehen angesehen werden könnte. Eine solche „Ersatzmaßeinheit“ ist im Übrigen nirgends bekannt, es gibt sie auch nicht im europäischen Medienmarkt, weder bei der BBC noch bei den weit entwickelten Angeboten in Skandinavien.

Gemeinsam mit der KEF wurde deshalb eine Matrix entwickelt, mit deren Hilfe der Umfang der Online-Dienste ermittelt werden kann. Neben den Basisdaten zum Haushalt gehören dazu:

- Darstellung der programmbegleitenden Angebote nach Themen und Programmen,
- Darstellung der Angebotsformen nach onlinespezifischen Kategorien,
- Umfang der Nutzung der Angebote (Akzeptanzzahlen nach standardisierter

Erfassung).

Diese Leistungsdaten werden derzeit gesammelt und gemäß der Forderung der KEF dieser zusammen mit den Daten 2004 für Hörfunk- und Fernsehprogramme im August 2005 zur Verfügung gestellt. Damit sind die Forderungen der KEF aus dem 14. Bericht (Tz. 38) erfüllt. Angesichts dieser tatsächlichen Entwicklungen erweisen sich die Darstellungen der GD Wettbewerb zu den Bemerkungen der KEF als verkürzt und missverständlich.

Zwar hat die KEF von den Rundfunkanstalten klare Kriterien für die Begrenzung und Konzentration der Online-Angebote auf die Programmbegleitung gefordert (13. KEF-Bericht, Tz. 200 ff.). Es ist jedoch nicht zutreffend, die KEF sei ohne „solche Kriterien“ nicht in der Lage, den zusätzlichen von den Rundfunkanstalten angemeldeten Finanzbedarf zu akzeptieren. Vielmehr kürzt die KEF den von der ARD angemeldeten Finanzbedarf mit Verweis auf „zahlreiche Einsparmöglichkeiten“ (14. KEF-Bericht, Teilziffer 233). Die KEF legt allerdings in die Verantwortung der ARD, die Beiträge für Online „...durch Umschichtungen im Bestand bzw. Freisetzung zusätzlicher Mittel aus Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu ergänzen“ (Tz. 233). Ebenso wenig trifft die Aussage zu, die KEF stelle in Frage, inwieweit Online-Dienste tatsächlich für die Erfüllung des Auftrags erforderlich seien. In der insoweit als Begründung angeführten Tz. 201 des 13. KEF-Berichts führt die KEF vielmehr aus: „Unbestritten ist jedoch die grundsätzliche Bedeutung des Internets für die Rundfunkanstalten, die mit entsprechenden Angeboten der erweiterten Mediennutzung insbesondere auch jüngerer Zuschauer und Hörer Rechnung tragen müssen.“

#### **4. Finanzströme der Tochtergesellschaften**

##### *a) Getrennte Kostentragung*

Die Beteiligungsunternehmen von ARD und ZDF tragen grundsätzlich alle relevanten Kosten im Rahmen der Leistungserstellung. Gegenteilige Annahmen im GD-Schreiben treffen nicht zu.

Insbesondere erfolgen nicht:

- (1) Zahlung von über Marktpreisen liegenden Auftragsentgelten,
- (2) Übernahme von Gemeinkosten,
- (3) Übernahme einzelner Produktionskosten.

Zu 1.:

Die Auftragsentgelte entsprechen grundsätzlich den üblichen Marktpreisen. So sind etwa bei Produktionstöchtern die vom Auftraggeber jeweils vorgegebenen Vergütungssätze Grundlage für die Kalkulation. Diese Vorgaben sind bei allen Auftraggebern, seien es öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten oder private Sendeunternehmen, im Wesentlichen vergleichbar.

Zu 2.:

Gemeinkostenzuschläge und Gewinnzuschläge sind für Produktionsunternehmen in der gesamten Branche üblich und werden einheitlich von sämtlichen Auftraggebern gezahlt.

Die Beteiligungsgesellschaften sind im Übrigen mit völlig getrennten Geschäftskreisläufen von den Anstalten separiert und tragen sämtliche von ihr verursachten Kosten komplett und eigenständig. Eine Übernahme von Gemeinkosten durch die Anstalten ist ausgeschlossen.

Zu 3.:

Von den Produktionskosten übernehmen die Auftraggeber zum Teil einzelne Positionen.

Dies wird in der Branche üblicherweise als „Beistellung“ bezeichnet. Ein finanzieller Vorteil ist hieraus nicht gegeben, weil entsprechende Kalkulationspositionen aus der Vergütung herausgenommen werden.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass grundsätzlich alle relevanten Kosten von den Beteiligungsunternehmen getragen werden. Ausführliche Erläuterungen zu diesem

Themenkomplex sind in der Stellungnahme zu CP 232/2002 vom 12.6.2003, S. 48 ff., enthalten.

#### *b) Gewinnverwendung*

Eine vollständige Ausschüttung der Gewinne wäre betriebswirtschaftlich allenfalls in Einzelfällen vertretbar und ist im Übrigen in der Marktwirtschaft nicht üblich. Generell entschließen sich marktwirtschaftlich handelnde Investoren für eine Investition, beispielsweise eine Akquisition eines Unternehmens oder einer Beteiligung, wenn die Aussichten auf eine langfristige Rendite positiv sind. Die Rendite einer Beteiligung in ein Unternehmen lässt sich primär über Zahlungsströme ermitteln, sie kann sich aus Dividendenzahlungen, aber auch aus realisierten Unternehmenswertsteigerungen zusammensetzen.

Über diese im Rechnungswesen nachvollziehbaren finanziellen Zielsetzungen hinaus können aber auch strategische, nicht direkt monetär quantifizierbare Faktoren wie Image, Marktposition, Zugang zu bestimmten Marktsegmenten, Produktionsfaktoren oder Ähnliches eine Beteiligungsentscheidung fundieren.

#### *c) Verlustübernahme*

Gesetzliche oder vertragliche Bestimmungen, nach denen eine Verlustübernahme ausgeschlossen ist, existieren nicht. Allerdings liegt die Vermeidung von Verlusten bei ihren Töchtern, die „kommerzielle Aktivitäten“ betreiben, im ureigenen Interesse der Anstalten.

Die Rundfunkanstalten verfügen deshalb im Rahmen ihres Beteiligungscontrollings über ein wirksames Instrumentarium zur grundsätzlichen Vermeidung von Verlusten ihrer Tochterunternehmen. Indes lassen sich Verluste im Wirtschaftsplan nie vollkommen ausschließen. Den unternehmerischen Chancen stehen entsprechend auch unternehmerische Risiken gegenüber. Ein völliger Ausschluss der Übernahme wäre daher auch nicht marktkonform. Sollte sich jedoch zeigen, dass sich ein Unternehmen langfristig am Markt nicht behaupten kann, so werden – wie auch im privaten Sektor – konsequente Entscheidungen bis hin zur Liquidierung von Beteiligungsunternehmen getroffen.

Die Situation bei der ARD sowie beim ZDF werden anhand von konkreten Beispielen erläutert. Zu dem von der GD Wettbewerb angesprochenen Projekt „ZDF-Medienpark“ ist richtig zu stellen, dass der Projektentwicklungsaufwand in einer gesonderten Tochtergesellschaft der ZDF Enterprises in getrennter Buchführung erfasst wurde. Der aus dem Abbruch des Projekts entstandene Verlust wurde von dem privaten Mitgesellschafter und ZDF Enterprises getragen. Der auf ZDF Enterprises entfallende Verlustanteil wurde ausschließlich aus Gewinnen, die ZDF Enterprises aus ihren kommerziellen Tätigkeiten erzielt hat, finanziert. Im gesamten Zeitraum der Projektentwicklung ZDF-Medienpark (1997 bis 2004) hat ZDF Enterprises ungeachtet der Belastungen aus dem Medienpark-Projekt durchgängig Gewinne erzielt und diese gemäß Ergebnisabführungsvertrag an das ZDF abgeführt. Die Vermutung, dass das ZDF Verluste dieses Projekts übernommen hat, ist daher unbegründet.

#### *d) Beteiligungsmanagement*

Nachstehend wird das Beteiligungscontrolling der Anstalten am Beispiel des ZDF erneut konkretisiert. Vergleichbare Grundsätze gelten auch für die ARD-Landesrundfunkanstalten. Die eigentliche Kontrollfunktion in den Beteiligungsunternehmen wird neben den jeweiligen Geschäftsführungen durch die mit Mitarbeitern der Rundfunkanstalten besetzten Organe Aufsichtsrat und Gesellschafterversammlung wahrgenommen. Die Geschäftsführung des Beteiligungsunternehmens ist durch Regelungen des Gesellschaftsvertrags in ihren Befugnissen beschränkt. Handlungen, die über den gewöhnlichen Umfang des Geschäftsbetriebes der Gesellschaft hinausgehen, bedürfen einer vorherigen Zustimmung der Aufsichtsgremien. Der gewöhnliche Umfang des Geschäftsbetriebs wird maßgeblich durch den Wirtschaftsplan bestimmt. Dieser ist von den Aufsichtsgremien zu beschließen. Über die Einhaltung der Wirtschaftspläne ist von den Geschäftsführungen Rechnung zu legen.

Die Mitglieder der Kontrollorgane Aufsichtsrat und Gesellschafterversammlung werden durch das zentrale Beteiligungscontrolling des ZDF unterstützt. Das Beteiligungscontrolling hat eine beratende Funktion, überprüft sämtliche wirtschaftlich relevanten Sitzungsvorlagen und stellt den Gremienmitgliedern die notwendigen Entscheidungshilfen zur Verfügung. Zudem prüft das Beteiligungscontrolling anhand von Quartalsberichten, inwieweit die Beteiligungsunternehmen ihre Wirtschaftspläne einhalten und ob sie insgesamt einen positiven Beitrag erwirtschaften. Die regelmäßige Information der Geschäftsführung des ZDF über die wirtschaftliche Situation der Beteiligungen wird durch Zwischenberichte jedes Quartals sowie bedarfsbezogene Einzelfallanalysen sichergestellt.

Unter dem zentralen Beteiligungsmanagement der Konzernmutter ZDF gelten für den ZDF-Enterprises-Verbund folgende Grundsätze und Kriterien:

Für ZDF Enterprises ist das Beteiligungsmanagement unter dem Titel „Management und Coaching von Beteiligungsunternehmen“ eines der drei Oberziele ihrer Geschäftstätigkeit.

Sie geben die strategische Leitlinie für die Gesellschaft vor. In der Umsetzung dieser Leitlinie wurde das Aufgabenfeld von ZDF Enterprises auf ein Portfolio von Produktionsgesellschaften erweitert, um dem ZDF ein tragfähiges produktionselles Umfeld zu erhalten bzw. zu schaffen. Im Zuge dieses Auf- und Ausbaus des Beteiligungsportfolios hatte das Beteiligungsmanagement folgende Ziele der Beteiligungspolitik des ZDF Verbunds zu realisieren:

- Zugewinn von medienwirtschaftlichem Know-how,
- angemessene Teilhabe an vom ZDF generierter und initiiertes Wertschöpfung,
- Bindung eines produktionsellen Umfelds und hierin zugleich besonderer Talente.

Im Einzelnen nimmt die Geschäftsführung der ZDF Enterprises GmbH ihre Steuerungsfunktion im Rahmen des Beteiligungsmanagements hauptsächlich

- durch Vorgabe wirtschaftlicher Ziele und strategisch-gesellschaftspolitischer Ausrichtungen,
- durch betriebswirtschaftliches und strategisches Controlling,
- durch Unterstützung bei kaufmännischen und organisatorischen Aufgaben,
- durch Unterstützung bei der Akquisition und Verwertung von Projekten,
- durch die Schlichtung von Kompetenz- oder sonstigen Meinungsverschiedenheiten innerhalb des Verbundes
- sowie durch die Konstituierung von Beiräten für einzelne Gesellschaften, Workshops, gemeinsame Schulungen, bilaterale und multilaterale Besprechungen und Vereinbarungen wahr.

Diese Grundsätze sind an der marktüblichen Systematik eines Beteiligungsmanagements ausgerichtet.

### **5. Ermittlung und Pauschalierung steuerpflichtiger Erlöse – weitere Auskunft**

In der Stellungnahme wird im Einzelnen dargelegt, dass die ARD Anstalten und das ZDF ebenso wie ihre Tochtergesellschaften grundsätzlich den gleichen steuerlichen Vorschriften unterliegen wie die Privaten. Soweit für den Werbebereich Pauschalierungen vorgenommen werden, haben die Anstalten dadurch keinen Vorteil.

### **III. Beihilferechtliche Würdigung**

Dem GD-Schreiben liegt eine rechtliche Beurteilung des Sachverhaltes zugrunde, der nicht beigetreten werden kann:

- Die Auslegung der beihilferechtlichen Vorschriften hat vor dem Hintergrund des Grundsatzes der Gemeinschaftstreue gemäß Art. 10 EG-Vertrag zu erfolgen. Es wird im GD-Schreiben nicht deutlich, dass dies hinreichend berücksichtigt wurde.

- Die GD Wettbewerb ist gehalten, bei der Überprüfung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkfinanzierung anhand der Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags die Aussagen des Amsterdamer Protokolls als primärrechtliche Schrankenregelung zu berücksichtigen und die den Mitgliedsstaaten vorbehaltene Befugnis zur Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks anzuerkennen.

- Die Gebührenfinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks stellt schon rechtsbegrifflich keine Beihilfe dar,

- weil die dafür eingesetzten Rundfunkgebühren von den privaten Hörern und Zuschauern aufgebracht werden und nicht aus staatlichen Mitteln stammen, und

- weil diese Mittel ausschließlich zur Erfüllung des den Rundfunkanstalten auferlegten öffentlichen Auftrags eingesetzt werden und keinen Raum für eine Begünstigung lassen.

Die Gebührenfinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks ist – wie immer sie beihilferechtlich nach Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag klassifiziert werden mag – jedenfalls nach Artikel 86 Abs. 2 EG-Vertrag als Finanzierung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar.

243. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Rundfunkfreiheit, die nach der Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichtes zu Art. 5 Abs. 1 Satz 2 des deutschen Grundgesetzes als eine Bestands- und Entwicklungsgarantie gewertet werden muss, auch durch im Gemeinschaftsrecht bereits gegenwärtig sowie durch künftig anwendbare Grundsatznormen geschützt ist. Hier ist auf Art. 10 EMRK abzustellen, der unmittelbare Geltung im Rahmen des Gemeinschaftsrechtes beansprucht. Des Weiteren wird die Rundfunkfreiheit auch durch die noch von den einzelnen Mitgliedsstaaten zu ratifizierende Bestimmung des Art. 11 Abs. 2 der Grundrechtscharta der Union als Bestandteil der Europäischen Verfassung abgesichert. Diese Rundfunkfreiheit verlangt gleichermaßen Distanz der deutschen Staatsorgane wie der Gemeinschaftsorgane. Die jüngste Resolution des Europarats vom 11./12.03.2005, die sich für einen unabhängigen und von programmlichen Kontrollen freien öffentlich-rechtlichen Rundfunk einsetzt, weist den richtigen Weg.

### **1. Auslegungsprinzipien aus Art. 10 EGV**

Art. 10 EGV wird allgemein – und auch vom EuGH – als grundsätzliche Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit interpretiert, die auch die Gemeinschaft gegenüber den Mitgliedsstaaten verpflichtet. Aus diesem Artikel lassen sich zwei Prinzipien ableiten, die die Rücksichtnahme bei der Kompetenzausübung betreffen und auf eine – nach deutscher Diktion – praktische Konkordanz hinauslaufen.

Zum einen haben die Organe der Gemeinschaft die basalen Prinzipien der Verfassung zu beachten. Zum anderen ist zu beachten, welche Auswirkungen eine Lösungsmöglichkeit des Konfliktes auf die beiden Kompetenzträger hat. Diesem Prinzip zufolge darf eine Lösung nicht dazu führen, dass die Handlungsmöglichkeiten eines Kompetenzträgers vollständig konterkariert werden. Das erstgenannte Prinzip wird im Hinblick auf den Grundsatz der Staatsfreiheit des Rundfunks in Deutschland relevant, das zweite beim Verständnis des Auftrages der Rundfunkanstalten im dualen System.

#### *a) Der Grundsatz der Staatsfreiheit*

Die Frage der Definition der Aufgabe der Rundfunkanstalten ist nicht nur auf europäischer Ebene, sondern auch in Deutschland Gegenstand einer Debatte. Zentraler Punkt ist hierbei, welche Regelungstiefe die gesetzlichen Grundlagen der Rundfunkanstalten haben *müssen* und wie detailliert die Regelungen sein *dürfen*. Dabei ist unstrittig, dass Rundfunk nur auf gesetzlicher Grundlage erfolgen darf, eine staatliche Intervention in die Programminhalte aber gegen den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Staatsfreiheit des Rundfunks verstößt.

Der Aspekt der Staatsfreiheit wurde bereits in der ersten Rundfunkentscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1961 hervorgehoben. Art. 5 GG schließt es aus, dass der Staat unmittelbar oder mittelbar eine Anstalt oder Gesellschaft beherrscht, die Rundfunksendungen veranstaltet (BVerfGE 12, 205, 263).

Aufgrund der geschichtlichen Erfahrungen – die Umgestaltung des Rundfunks in einen „Staatsrundfunk“ in den 30er Jahren des letzten Jahrhunderts und der Missbrauch des Rundfunks als Propagandamittel durch die Nationalsozialisten – enthält Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG nicht nur das Ziel des Pluralismus, sondern auch die Vorgabe, dass der Rundfunk weder dem Staat noch einzelnen gesellschaftlichen Gruppen ausgeliefert sein dürfe.

Die Staatsfreiheit schützt nicht nur vor unmittelbaren Einwirkungen auf die Inhalte des Rundfunks, sondern greift auch bei einer staatlichen Ausgestaltung von Organisation und Verfahren der Rundfunkveranstaltung, sofern hierdurch ein (mittelbarer) Einfluss auf die Inhalte ausgeübt werden kann. Das Gebot wendet sich – so das Bundesverfassungsgericht – auch gegen „die subtileren Mittel indirekter Einwirkung, mit denen sich staatliche Organe Einfluss auf das Programm verschaffen oder Druck auf die im Rundfunk Tätigen ausüben können“.

So sah etwa das Bundesverfassungsgericht in der Festlegung der Gebührenhöhe ein Einfallstor staatlicher Intervention in das Programm und entschied, dass das damalige Modell wegen mangelnder Staatsferne und fehlender Sicherung der zur Erfüllung des Rundfunkauftrags erforderlichen finanziellen Mittel verfassungswidrig sei.

Aber auch formale Festlegungen des Angebots der Rundfunkanstalten können den Grundsatz der Staatsfreiheit verletzen.

Soweit eine Konkretisierung des Angebots den Grundsatz der Staatsfreiheit verletzt, ist sie dem Gesetzgeber in Deutschland untersagt. In einem Fall der Unmöglichkeit der Durchführung einer Entscheidung müssen laut EuGH die Kommission und der jeweilige Mitgliedsstaat „gemäß dem Grundsatz, dass den Mitgliedsstaaten und den Gemeinschaftsorganen gegenseitige Pflichten zur loyalen Zusammenarbeit obliegen, [...] redlich zusammenwirken, um die Schwierigkeiten unter vollständiger Beachtung der Bestimmungen dieses Vertrags, insbesondere derjenigen über die Beihilfen, zu überwinden.“

(EuGH, Rs. C-52/84, „Kommission/Belgien“, Slg. 1986, 16, Rdnr. 16; EuGH, Rs. C-94/87, „Kommission/Deutschland“, Slg. 1989, S. 175, Rdnr. 9).

Die europarechtlichen Vorschriften sind daher wegen des Grundsatzes der Gemeinschaftstreue Art. 10 EGV so auszulegen, dass sie sowohl dem Grundsatz der Staatsfreiheit als auch den Zielen des Art. 87 EG-Vertrag gerecht werden.

#### *b) Duale Rundfunkordnung*

Dem oben genannten Prinzip praktischer Konkordanz in Art. 10 EGV zufolge darf eine Lösung nicht dazu führen, dass die Handlungsmöglichkeit eines Kompetenzträgers vollständig konterkariert wird. Erzwänge etwa eine Auslegung des Europäischen Beihilferechts die Beauftragung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks lediglich mit Angebotsformen, die nicht auch von anderen angeboten werden, wäre ein Strukturmerkmal des dualen Rundfunks in Deutschland aufgehoben, nämlich die strukturelle Diversifizierung. Bei diesem in Deutschland aus verfassungsrechtlichen Gründen verfolgten Modell bieten die beiden Säulen des dualen Systems jeweils die Dienstleistung Rundfunk an, so dass die Anbieter insofern in publizistischer Konkurrenz stehen. Dabei legen sie aber unterschiedliche Produktionslogiken zugrunde, um insgesamt eine möglichst vielfältige und von Programmqualität geprägte Rundfunklandschaft zu gewährleisten. Die weitgehende Marktunabhängigkeit der öffentlich-rechtlichen Säule ermöglicht Strukturen, die sich vorwiegend an publizistischer Qualität orientieren (Inlandsstudios, Korrespondentennetz, Regionalisierung, Qualifikationsniveau, beschränkte Werbezeiten, flächendeckende terrestrische Versorgung).

Eine Beachtung dieses Strukturmodells steht der Verwirklichung des gemeinsamen Marktes nicht entgegen und ist daher nach Art. 10 EG-Vertrag geboten.

## **2. Schrankenprüfung im Lichte des Amsterdamer Protokolls**

Die GD Wettbewerb nimmt die beihilferechtliche Prüfung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks ohne hinreichende Berücksichtigung des Amsterdamer Protokolls vor. Anlass dieses am 02.10.1997 in Amsterdam unterzeichneten Protokolls waren bereits damals Beihilfebeschwerden privater Rundfunkveranstalter gegen die behauptete staatliche Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Europa, wie sie auch jetzt Auslöser der Beschwerdeverfahren sind. Die letztlich verabschiedete Fassung hat dazu geführt, dass die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zwar nicht gänzlich der gemeinschaftsrechtlichen Kontrolle entzogen wurde, dass dieses Finanzierungssystem jedoch gegen die Anwendung insbesondere der Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft einschließlich der Beihilfavorschriften geschützt bleibt, wenn und soweit folgenden Erfordernissen genügt wird:

(1) der öffentlich-rechtliche Auftrag an die Rundfunkanstalten muss von den Mitgliedsstaaten festgelegt und ausgestaltet sein,

(2) die Finanzierung muss dem öffentlich-rechtlichen Auftrag dienen, und

(3) die Handels- und Wettbewerbsbedingungen in der Gemeinschaft dürfen nicht in einem dem gemeinsamen Interesse zuwiderlaufenden Ausmaß beeinträchtigt werden.

Die Stellungnahme begründet anschließend im Einzelnen die primärrechtliche Rechtsqualität des Amsterdamer Protokolls und seine Verbindlichkeit auch für die Kommission. Es wird umfassend dargelegt, in welchen Bereichen das Rundfunkprotokoll in dem Verfahren stärker als bisher zu berücksichtigen ist.

### *a) Begrenzung der Gemeinschaftskompetenz*

Bei Vorliegen der angeführten qualifizierenden Merkmale (1) - (3) nach dem Amsterdamer Protokoll dürfen die Bestimmungen des EG-Vertrags die Finanzierungsbefugnisse der einzelnen Mitgliedsstaaten für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk nicht einschränken.

Die von der GD Wettbewerb vorgenommene Würdigung der Protokollwirkung, die sich allein im Zusammenhang mit der Anwendung der Bereichsausnahme nach Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag findet, gerät entschieden zu eng und wird der Bedeutung des Rundfunkprotokolls nicht gerecht. Auch ohne grundsätzliche Auseinandersetzung über die rechtliche Qualifizierung und Funktion des Rundfunkprotokolls ist es geboten, die mit dem Protokoll vorgenommene Kompetenzbegrenzung bei der Prüfung der Elemente des Beihilfetatbestandes in Art. 87 EG-Vertrag selbst und seiner Ausnahmeregelung in Art.

86 Abs. 2 EG-Vertrag zu berücksichtigen. Dabei geht es um mehr als die Verfolgung des in Art. 6 Abs. 3 EU-Vertrag angelegten allgemeinen Subsidiaritätsprinzips. Der wichtigen Bedeutung der Meinungsbildung im demokratischen Mitgliedsstaat wegen war und ist es übereinstimmendes Anliegen der hohen vertragsschließenden Mitgliedsstaaten, für den nationalen Programmauftrag an den öffentlich-rechtlichen Rundfunk ein Kompetenzvorrecht zu sichern. Dieser Sicherung des mitgliedstaatlichen Zuständigkeitsfreiraums dient das Amsterdamer Protokoll.

Zutreffend wird daher im GD-Schreiben ausgeführt: „*Es ist nicht Sache der Kommission, den Mitgliedstaaten vorzugeben, welche Dienste sie als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erachten*“. Allerdings werden in der Folge Qualifizierung bestimmter Dienste als „*offensichtlichen Fehler*“ dargestellt (z. B. mobile Dienste) oder wegen beanstandeter Defizite für ein umfassendes Programmkonzept (digitale Kanäle) in Frage gestellt oder hinsichtlich der Verbreitung einzelner Programmbestandteile (Übertragung von Sportereignissen) überprüft, ohne die Grenzen dieser Prüfungsbefugnis zu reflektieren. Dies zeigt sich auch bei der Inanspruchnahme von Prüfungs- und Entscheidungsbefugnissen bei der Auftragsübertragung und

-beaufsichtigung, die mitgliedstaatliche Prärogativen verdrängen. Unterlaufen wird die angestrebte Kompetenzabgrenzung, wenn unter dem Vorspann der Verhältnismäßigkeitsprüfung nach Art.

86 Abs. 2 EG-Vertrag erst einmal Vorstellungen über die Buchführung, die Kostenrechnung, die Kostenzuordnung, die Marktkonformität, die Beteiligungsverwaltung und das Beteiligungsmanagement zu strengen Prüfkriterien der GD Wettbewerb ausgebaut werden. Dies gilt erst recht, wenn einzelne Geschäftstätigkeiten der Rundfunkanstalten selbst unter die Lupe genommen werden und etwa geprüft wird, ob, in welchem Umfang und für welchen Preis Sportrechte erworben werden dürfen oder einer zwangsweisen Unterlizenzierung zugeführt werden sollen.

Das ist deshalb besonders bedenklich, weil damit auch der dynamische Rundfunkbegriff, wie er in der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung ausgeprägt ist, konterkariert und im Gemeinschaftsrecht widersprüchlich angewandt würde. Schon die wiederholten Bedenken und Zweifel der GD Wettbewerb an der Zurechenbarkeit anderer als der Programmsendedienste i. e. S. tragen dem nicht Rechnung. Sie sind dazu angelegt, programmliche und technische Entwicklungen zu hemmen und die Rundfunkanstalten auf einen bestehenden Status quo einzufrieren. Sie versperren dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk die Entwicklungsmöglichkeiten, die ihm auf der Ebene der Mitgliedsstaaten zugewiesen sind, und lösen damit den Konflikt mit den Mitgliedsstaaten aus, die ihre anders lautenden Vorstellungen zuletzt in der Resolution des Europarats vom 11./12. März 2005 publik gemacht haben.

#### *b) Anwendung des Amsterdamer Protokolls*

Bereits bei der Überprüfung der Beihilfemerkmale nach Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag darf deshalb nicht verkannt werden, dass die in der Gemeinschaft wie auch immer gestaltete Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks (Staatshaushalt, Teilnehmergebühren, Mischsysteme) von einer Beihilfenkontrolle unberührt bleibt, wenn nur die Protokollkriterien (1) - (3) erfüllt werden.

Eine Nachordnung des Amsterdamer Protokolls hinter die Rundfunkmitteilung der Kommission und ein Ansatz, die Bereichsausnahmekriterien des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag durch die Einführung umfänglicher Prüfungserfordernisse noch wesentlich zu verschärfen, würden weder der Absicht der Mitgliedsländer noch der Bedeutung und auch nicht dem Regelungsgehalt des Amsterdamer Protokolls als einer Gemeinschaftsnorm des primären Rechts i. S. des Art. 311 EG-Vertrag gerecht. Das Amsterdamer Protokoll ist vielmehr als Schrankenregelung der Art. 87 und Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag vorgelagert.

Soweit es in der Bundesrepublik die Finanzierung des Programmauftrags durch Rundfunkgebühr angeht, ist daran festzuhalten, dass

- (1) der öffentlich-rechtliche Programmauftrag den Anstalten zur Erfüllung übertragen, festgelegt und im Einzelnen ausreichend bestimmt ausgestaltet ist,
- (2) die Gebührenfinanzierung der Erfüllung dieses Auftrags dient und dass
- (3) für eine interessenwidrige Beeinträchtigung der Handels- und Wettbewerbsbedingungen in der Gemeinschaft Anhaltspunkte nicht erkennbar sind.

Aus diesen Feststellungen folgt, dass die Kompetenz („die Befugnis“) des Mitgliedsstaats Bundesrepublik Deutschland zur Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks nicht durch eine Beihilfenkontrolle der Kommission eingeschränkt („berührt“) sein darf. Die vorläufigen Auffassungen der GD Wettbewerb mit den verschärften Kontrollanforderungen und den eigenständigen Beurteilungsbefugnissen und daraus abgeleiteten beihilferechtlichen Regelungsberechtigungen stehen dazu in unüberbrückbarem Gegensatz und erweisen sich als Hemmschwelle für eine programmliche und technische Weiterentwicklung in der Umsetzung des dynamischen Rundfunkauftrags.

### **3. Rundfunkgebühren sind keine Beihilfen im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG**

Es folgt eine ausführliche rechtliche Begründung, warum Rundfunkgebühren auch unter Beachtung der neuesten Rechtsprechung des EuGH keine Beihilfen sind.

Hilfsweise wird die Vereinbarkeit der Rundfunkgebühren mit der Beihilfenvorschrift des Artikel 86 Abs.2 EGV ausführlich dargelegt.

Dabei wird besonders auf die **Online-Angebote und Angebote von Programminhalten über mobile Plattformen** eingegangen.

Angesichts der Bedeutung der Online-Dienste für die öffentliche Kommunikation bedeutsam kann es kein „offensichtlicher Fehler“ sein, diese Dienste in die Beauftragung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks einzubeziehen. Auch sie dienen- wie der klassische Rundfunk- der Meinungs- und Willensbildung, der Unterhaltung, Berichterstattung und kulturellen Belangen. Die Nutzungszahlen zeigen, dass Online-Dienste diese Funktionen für weite Teile der Bevölkerung erfüllen. Während aus dieser Entwicklung folgt, dass Online-Dienste neben klassischem Rundfunk demokratische, soziale und kulturelle Bedürfnisse der Gesellschaft erfüllen, kommt es darüber hinaus teilweise sogar zu einer Bedeutungsverschiebung weg von klassischem Rundfunk hin zu neuen Diensten.

Dies ist der Fall, wenn für bestimmte Nutzergruppen (etwa Jugendliche) bestimmte Funktionen (etwa Informationen über das Weltgeschehen, Unterhaltung, Bildung) in das Internet abwandern. Online-Dienste werden in diesem Fall für bestimmte Nutzergruppen oder Gegenstände zum funktionalen Äquivalent klassischer Rundfunkprogramme. Schließlich umfassen publizistische Konzepte zunehmend klassischen Rundfunk und Online, etwa wenn Live-Übertragungen im Internet mit Zusammenfassungen im Fernsehen kombiniert werden. Bei bestimmten Nutzergruppen ist die Rezeption klassischer Angebote nur durch die Koppelung von klassischen Rundfunkprogrammen mit Online-Diensten zu sichern.

All dies belegt, dass es sich auch bei Online-Diensten um Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse handelt.

Die deutschen Gesetzgeber haben – im Unterschied zu anderen Mitgliedsstaaten – trotz dieser Bedeutung von Online-Diensten für die öffentliche Kommunikation den Auftrag der Rundfunkanstalten nicht komplett für meinungsbildungsrelevante Online-Dienste geöffnet, sondern die Rundfunkanstalten nach geltender Rechtslage auf reine („programmbegleitende“ und „programmbezogene“) Annex-Dienste, die das klassische Angebot unterstützen, beschränkt. Bei diesen folgt bereits aus der engen Kopplung an das klassische Angebot, dass sie denselben demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft dienen, wie dies für öffentlich-rechtliche Rundfunkprogramme unbestritten gilt. Die Anstalten haben die Ausgestaltung dieses Auftrags für den Online-Bereich in ihren Satzungen/Richt-/Leitlinien und in ihren Selbstverpflichtungserklärungen klar beschrieben und nachvollziehbar dargelegt.

Die GD Wettbewerb bezweifelt, ob eine Reihe einzelner Online-Angebote noch vom Auftrag umfasst ist und beanstandet das Fehlen sowohl von detaillierten Programm- und Angebotskonzepten als auch von Kontrollvorkehrungen, die die Erbringung solcher gemeinschaftlicher Dienstleistungen sicherstellen. Die GD Wettbewerb stellt zudem fest, dass die Einordnung der so genannten „mobilen Dienste“ in den öffentlich-rechtlichen Programmauftrag einen offensichtlichen Fehler darstelle.

Diese Ausführungen sind sowohl im Tatsächlichen als auch im Rechtlichen nicht zutreffend. Erstens geben sie nicht die rechtlichen Rahmenbedingungen im Hinblick auf die Einstufung von Online-Diensten sowie die Beauftragung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten wieder. Zweitens ist die von der GD Wettbewerb vorgenommene Unterscheidung zwischen Online-Angeboten und mobilen Angeboten unzulässig, da sie gegen den vom Europäischen Parlament aufgestellten Grundsatz der technologischen Neutralität verstößt und auch strukturell nicht

haltbar ist. Drittens wird im Hinblick auf die von den Rundfunkanstalten angebotenen Online-Dienste der Sachverhalt missverständlich, unvollständig oder unzutreffend wiedergegeben. Die Ausführungen der GD Wettbewerb legen die Vermutung eines unzutreffenden Verständnisses der deutschen Rechtslage nahe. Es erscheint daher angezeigt, noch einmal die rechtlichen Rahmenbedingungen für Mediendienste der Rundfunkanstalten zu erläutern. Einfach gesetzliche Grundlage für die Veranstaltung von Mediendiensten auf ARD- bzw. ZDF-Ebene ist § 4 Abs. 3 ARD-Staatsvertrag bzw. § 4 Abs. 3 ZDF-Staatsvertrag. Der Rundfunkstaatsvertrag enthält in § 11 Abs. 1 S. 2 RStV eine Ergänzung dieser Grundlagen. Zur Beschreibung dessen, was der Gesetzgeber in diesem Kontext unter Mediendiensten versteht, wird in den genannten Vorschriften auf § 2 Abs. 2 Nr. 4 Mediendienste-Staatsvertrag verwiesen (Abrufdienste, bei denen Text-, Ton- oder Bild Darbietungen auf

Anforderung aus elektronischen Speichern übermittelt werden. Dabei darf der individuelle Leistungsaustausch nicht im Vordergrund stehen). Der Verweis auf den Mediendienste-Staatsvertrag dient nicht einer materiell-rechtlichen Einordnung dieser Dienste, sondern lediglich der Beschreibung. Die Länder beabsichtigen zudem, die komplexe rechtliche Differenzierung im Online-Bereich zu vereinfachen und nur noch auf „Telemedien“ abzustellen, um Einordnungsproblemen im nationalen Recht zu begegnen.

Auch Mediendienste fallen unter den verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriff (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG). Auch sie sind – unabhängig davon, ob es sich um Verteildienste oder Abrufdienste handelt – an die Allgemeinheit gerichtet, werden elektronisch übertragen und sind zur Meinungsbildung geeignet. Der verfassungsrechtliche Rundfunkbegriff ist ein dynamischer und umfasst auch neue Formen elektronischer Kommunikation. Anderenfalls würden neue Angebote, die für die öffentliche und individuelle Meinungsbildung eine wichtige Rolle spielen, aus dem Schutzbereich der Rundfunkfreiheit herausfallen.

Rundfunk stellt einen konstituierenden Faktor für die öffentliche und individuelle Meinungsbildung dar. In diesem Gefüge übernehmen die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten die Sicherstellung gleichgewichtiger, Minderheiten und Mehrheiten versorgender Angebotsvielfalt in einem umfassenden Sinne. Im Gegenzug wird ihnen eine Bestands- und Entwicklungsgarantie zuteil, was zur Folge hat, dass bei einer Veränderung der technischen Verbreitungsgrundlagen oder der Rezeptionsbedingungen auch neue Angebotsformen in den Rundfunkauftrag der Anstalten hineinwachsen können. Der so zu verstehende, aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sich ergebende verfassungsrechtliche Begriff geht damit weiter als der einfachgesetzliche Rundfunkbegriff im Rundfunkstaatsvertrag. Soweit mit Mediendiensten ebenfalls eine Meinungs- und Willensbildungsfunktion wahrgenommen wird, unterliegen diese auch dem öffentlichrechtlichen Programmauftrag. Sie sind daher Teil des verfassungsrechtlichen, d. h. dynamischen und entwicklungs-offenen Rundfunkbegriffs. Der einfachgesetzliche Programmauftrag trägt dem Rechnung.

Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass es auch nicht sachgerecht ist, Beschränkungen wie diejenigen der „*Programmbegleitung*“ oder „*Programmbezogenheit*“ zu gemeinschaftsrechtlichen Voraussetzungen für die Zulässigkeit bestimmter Tätigkeiten öffentlich-rechtlicher Sendeanstalten zu machen. Diese Kritik richtet sich auch gegen die allerjüngsten Entscheidungen der Kommission in anderen Fällen betreffend die Finanzierung von Online-Aktivitäten öffentlich-rechtlicher Sendeanstalten (vgl. nur Komm.-E. vom 01.10.2003, Fall N 37/2003 – Vereinigtes Königreich – *BBC Digital Curriculum*, Tz. 36; Komm.-E. vom 23.01.2004, Fall C (2004) 166 – *NOS/NOB* (Netherlands), Tz. 84; Komm.-E. vom 19.05.2004 – *TV2/Danmark*, Tz. 92).

Die Bedeutung des gesamten Online-Bereichs für die öffentliche Kommunikation schließt

grundsätzlich einfachgesetzliche Konkretisierungen nicht aus. Derartige Konkretisierungen hat der nationale Gesetzgeber für Mediendienste vorgenommen: Der Gesetzgeber hat Mediendienste ausdrücklich in den Auftrag der Rundfunkanstalten aufgenommen, sofern sie den in den gesetzlichen Grundlagen genannten Anforderungen entsprechen:

Die von ARD und ZDF veranstalteten Mediendienste müssen einen programmbezogenen Inhalt aufweisen. Die Kriterien der Programmbegleitung/Programmbezogenheit verdeutlichen, dass die Mediendienste der Erfüllung des Programmauftrages zu dienen haben. Im Regelfall stellt die Feststellung des Programmbezugs überhaupt kein Problem dar und ist selbsterklärend: Es wird auf Programmangebote in Hörfunk und Fernsehen unmittelbar Bezug genommen, Quellen und Materialien vom Hörfunk oder Fernsehen genutzt, bzw. es werden jedenfalls thematisch, inhaltlich und strukturell die Programmaufgaben in Hörfunk und Fernsehen unterstützt, vertieft und begleitet.

Eine weitere Konkretisierung ergibt sich aus den der GD Wettbewerb bereits bekannten Selbstverpflichtungen. Soweit unterschiedliche Fassungen (Rz. 185) der Selbstverpflichtungen von ARD einerseits und ZDF andererseits moniert werden, lässt sich dies einfach aufklären: Auf Grundlage des § 11 Abs. 4 RStV haben ARD und ZDF die jeweils eigenständig zu erfüllende Verpflichtung, Satzungen oder Richtlinien und einen Bericht zur näheren Ausgestaltung ihres jeweiligen Auftrags zu erlassen. Da dieser Auftrag nicht identisch ist (das ZDF veranstaltet z. B. keinen Hörfunk, hat keine vergleichbaren regionalen Berichterstattungspflichten), ergibt sich ganz selbstverständlich auch eine eigenständige Ausfüllung des Auftrags.

Die Betrauung mit Dienstleistungen hat durch Hoheitsakt der öffentlichen Gewalt zu geschehen (vgl. Urteil vom 23.10.1997 in Rs. C-159/94, *Kommission/Frankreich*, Slg. 1997, I-5815). Dem genügen der den Auftrag anordnende ARD- bzw. ZDF-StV, der Rundfunkstaatsvertrag und die für die Landesrundfunkanstalten maßgeblichen Gesetze.

Die Betrauung im Sinne des Beihilferechtes soll nach der französischen Konzeption des ‚service public‘ außerdem zu einem verbindlichen Leistungsauftrag führen (Rs. 66/86, *Ahmed Saeed Flugreisen*, Slg. 1999, 803) und mit der Möglichkeit einer Aufsicht der öffentlichen Verwaltung über die Erfüllung des Leistungsauftrags verbunden sein (Rs. C-266/96, *Corsica Ferries France*, Slg. 1998, I-3949 und Rs. C-159/94, *Kommission/Frankreich*, a. a. O.). Diesen Anforderungen wird der öffentlich-rechtliche Rundfunk kraft seiner Organisation in Anstalten, die unter der Rechtsaufsicht der Bundesländer stehen, gerecht. Einzelweisungen und -bindungen für den Programmauftrag und die Fachaufsicht vertragen sich nicht mit der Staatsferne des öffentlich-rechtlichen Rundfunks.

Dem trägt das Amsterdamer Protokoll Rechnung. Das ist für die deutschen Rundfunkanstalten schon wegen ihrer Einbindung in das deutsche Verfassungsrecht eine nicht vertretbare Vorgehensweise.

Nach Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments des Rates vom 07.03.2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie) (ABl. Nr. L 108/33) haben die Mitgliedsstaaten dafür zu sorgen, dass die nationalen Regulierungsbehörden weitestgehend berücksichtigen, dass die Regulierung der Technologie möglichst neutral sein soll. Insoweit wird die Technologieneutralität in Verbindung gesetzt mit der Schaffung von effektivem Wettbewerb.

Folglich soll weder eine bestimmte Technologie vorgeschrieben noch deren Einsatz begünstigt werden (Erwägungsgrund 18). Nach Erwägungsgrund 31 der Rahmenrichtlinie wird der Grundsatz der technologischen Neutralität auch im Rahmen der Interoperabilität von digitalen interaktiven Fernsehdiensten erwähnt. Hier soll durch Interoperabilität dieser Dienst auf der Ebene der Verbraucher gefördert werden, um freien Informationsfluss, Medienpluralismus und Zugang zu kultureller Vielfalt zu gewährleisten.

Im Rahmen neuer Verbreitungstechnologien soll der Verbraucher in der Lage sein, unabhängig vom Übertragungsmodus alle zulässigen Dienste empfangen zu können. Will die GD Wettbewerb indessen bereits strukturell den öffentlich-rechtlichen Rundfunk von der Teilhabe neuer – hier: mobiler – Übertragungstechnologien abkoppeln, macht sie genau das, was die erwähnte Richtlinie 2002/21/EG verhindern soll.

Ungeachtet dessen ist die Unterscheidung auch aus anderen Gründen nicht adäquat: Bei den von ARD und ZDF betriebenen „mobilen Diensten“ handelt es sich nicht um eine eigenständige neue Kategorie von Diensten. Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, ist das Kriterium „mobil“ generell nicht als Unterscheidungskriterium für die angesprochenen Dienste von ARD und ZDF geeignet. Zudem zeigt sich bei genauerer Betrachtung, dass die „mobilen Dienste“ strukturell nichts anderes sind als schon bestehende und von der GD Wettbewerb unbeanstandete Verbreitungsformen von Inhalten durch die Rundfunkanstalten.

Die GD Wettbewerb definiert „mobile Dienste“ als Dienste,

- die in der Regel nicht von der Rundfunkanstalt selbst erbracht werden,
- bei denen potenzielle Nutzer zuvor ein Abonnement mit einem Drittunternehmen abschließen müssen (entweder für die Nutzung eines Mobiltelefons oder für die Nutzung einer Software bei PDA-Diensten),
- bei denen dem Nutzer spezifische Inhalte auf individuelle Nachfrage angeboten werden,
- die sich nicht an die Allgemeinheit, sondern an Inhaber von Mobiltelefonen oder PDAs, die bei Drittunternehmen ein Abonnement haben, richten,
- die ganz spezifische Bedürfnisse einzelner Nutzer befriedigen.

Diese Definition von „mobilen Diensten“ kann der rechtlichen Beurteilung nicht zugrunde gelegt werden. Bei der Rezeption der Programmangebote von ARD und ZDF im Fernsehen, Hörfunk, Internet und auf weiteren Plattformen beschreibt eine Unterscheidung nach „mobil“, „portabel“ oder „stationär“ lediglich den Kontext, in dem ein Hörer, Zuschauer oder Nutzer die Inhalte der Rundfunkanstalten empfängt. Diese Unterscheidung war und ist in keiner Weise dazu geeignet festzustellen, ob eine Programmleistung vom Auftrag der Rundfunkanstalten abgedeckt ist oder nicht.

Ein solcher Ansatz ginge von der unzutreffenden Vorstellung aus, dass eine Programmleistung im Hörfunk, Fernsehen oder Internet fest verknüpft sei mit einem Übertragungsweg oder einem Endgerät. Zum Beispiel ist es bereits seit dem Aufkommen von Kofferradios oder Taschenempfängern die Entscheidung des Hörers, ob er mobil, portabel oder stationär Radioprogramme empfangen will. Dies gilt nach der Einführung von DVB-T zunehmend auch für das Fernsehen. Ebenso sind Internetangebote über die Nutzung von Laptops, PDAs bzw. WAP-fähigen Handys oder durch Technologien wie WLAN bzw. UMTS mittlerweile sowohl portabel als auch mobil empfangbar.

Auch technisch ergeben sich wenige Anhaltspunkte für eine sinnvolle Definition der „mobilen Dienste“: Die Telekommunikations-Unternehmen selbst bewerben die Leistung ihrer Mobilfunk-Netze als mobilen Internet-Zugang und setzen auf die Konvergenz von Telefon- und Internetzugang sowie auf die Ersetzbarkeit klassischer leitungsgebundener Telefon-Infrastruktur durch den Mobilfunk. Inzwischen werden sogar UMTS-Boxen als Alternative zum DSL-Anschluss für die schnelle Internet-Verbindung des heimischen Computers angeboten.

Zu den einzelnen Definitionspunkten der GD Wettbewerb ist demzufolge auszuführen:

Die angesprochenen Dienste der ARD, die auch mobil empfangbar sind, werden von den Rundfunkanstalten selbst erbracht und sind damit Inhalte der Rundfunkanstalt. Auf diese Inhalte kann über Telekommunikationsanbieter zugegriffen werden, oder die Inhalte werden von Telekommunikationsanbietern z. B. auf der Website von tagesschau.de abgeholt und in ihr Telekommunikationsnetz eingespeist. Es vollzieht sich also entweder ein analoger Vorgang zum

Zugriff auf Internetinhalte von ARD und ZDF oder zur Einspeisung der Fernseh- und Hörfunkprogramme in das Kabelnetz, der unverändert und unverschlüsselt erfolgt. In beiden Fällen werden die Rundfunkanstalten entgegen der Vermutung der Kommission in keiner Weise kommerziell aktiv (vgl. dazu auch unten Rz. 377/351).

335. Der Abschluss eines Abonnements mit einem Zugangsprovider ist kein taugliches Unterscheidungs- oder Abgrenzungsmerkmal für mobile Dienste: Die Erhebung von Verbindungsgebühren bei UMTS-Nutzung (bzw. GPRS) unterscheidet sich aus rechtlicher Sicht nicht von den bereits gebräuchlichen Formen der Mediennutzung via Kabel-TV oder Internetzugang: Beim Kabelzugang zu Hörfunk und Fernsehen erhält der Betreiber der Zugangs-Infrastruktur von seinem Kunden eine Abonnementgebühr für den Zugriff auf das Medium.

Entscheidend ist, dass für die Inhalte in den Mediendiensten von ARD und ZDF keine Abonnement-Gebühren gegenüber Nutzern erhoben werden, sondern lediglich eine Vergütung an den Infrastrukturanbieter für den technischen Zugang ins Internet, Kabel- bzw. Telefonnetz zu zahlen ist. So, wie auf das Internet und die dort bereitgestellten Inhalte von ARD und ZDF über die Vergütung für technische Leistungen eines Providers zugegriffen werden kann, so kann vom Nutzer über die Vergütung für die technische Leistung eines Telekommunikationsanbieters z. B. auf WAP-fähige Inhalte des öffentlichrechtlichen Rundfunks (z. B. tagesschau.de) zugegriffen werden. Davon völlig unberührt bleibt der auftragsbezogene Charakter der von ARD und ZDF bereitgestellten Inhalte für mobile Dienste.

Es handelt sich auch nicht, wie die GD Wettbewerb in Fußnote 124 unterstellt, um eine kommerzielle *Verwertungsaktivität* der Rundfunkanstalten, weil kein Lizenzierungsvorgang stattfindet, sondern die ARD bedient sich lediglich der technischen Plattform der Mobilfunkbetreiber zur Verbreitung ihrer Inhalte. Dabei können alle Betreiber von mobilen Plattformen die ARD-Inhalte verbreiten, es findet keinerlei exklusive Weitergabe von Inhalten statt. Die Dienste richten sich dabei stets an die gesamte Bevölkerung, d. h. an die Allgemeinheit. Die GD Wettbewerb stellt darauf ab, „dass es sich bei den mobilen Diensten um Mehrwertdienste handelt, die dem Benutzer spezifische Inhalte auf individuelle Nachfrage anbieten“ und dass sich diese Angebote daher „– anders als das Programmangebot der Rundfunkanstalten – nicht an die gesamte Bevölkerung, sondern allein an die Inhaber von Mobiltelefonen oder PDAs...“ richten (Rz. 192). Das ist aber nicht zutreffend, wie sich am Beispiel des PDA-Angebots der Nachrichten von tagesschau.de zeigen lässt: Allein die Tatsache, dass nicht alle Gebührenzahler über ein PDA oder ein Handy verfügen, macht aus ihnen keine individuellen oder spezifischen Inhalte. Würde das zutreffen, dann wären all jene Medienangebote spezifische und individuelle Angebote, die nicht auf eine fast 100%-Durchdringung eines Marktes mit den jeweiligen Diensten und Endgeräten treffen würden. Dazu gehörten dann auch Inhalte, die mit Hilfe neuer Technologien wie DAB (Digital Audio Broadcasting), DRM (Digital Radio Mondiale) und MHP (Multimedia Home Plattform) übertragen würden. Tatsächlich nutzen jedoch erheblich mehr Bürger Handys als Computer, so dass der potenzielle Zugang der Allgemeinheit zu den mobil verbreiteten Inhalten der Rundfunkanstalten schon heute weit über dem des („fixed“) Internets liegt. Für die Frage, ob es sich bei einer Kommunikation um ein Angebot für die Allgemeinheit handelt, kommt es also gerade nicht auf die genutzte Technologie an. Der Charakter einer Kommunikation wandelt sich nicht dadurch, dass ein Inhalt in einem Fall gesendet bzw. gestreamt wird und in einem anderen Fall technisch im Wege des Einzelabrufs zugänglich gemacht wird.

Auch die von der GD Wettbewerb benutzte Begrifflichkeit des „Mehrwertdienstes“ ist als Abgrenzungskriterium zu einem Angebot an die Allgemeinheit nicht geeignet. Denn das Gegenteil eines Angebots für die Allgemeinheit ist nicht etwa der Mehrwertdienst, der lediglich

ein Geschäftsmodell beschreibt, sondern die Individualkommunikation. Für die Beurteilung, ob ein Inhalt den Charakter einer Individualkommunikation trägt, sind eine Reihe von Faktoren maßgeblich, nämlich in erster Linie, ob der Kommunikation eine Vertraulichkeit innewohnt und ob der Inhalt für einen bestimmten einzelnen Empfänger bzw. persönlich definierten Empfängerkreis gedacht ist (Beispiele: E-Mails, Fax-Verkehr, Telefonate, persönliche SMS). In diesen Fällen der Individualkommunikation kommen dementsprechend auch ganz andere Rechtsvorschriften zur Anwendung als im Falle der Kommunikation an die Allgemeinheit. Dies gilt insbesondere für die Vorschriften zum Schutz der Vertraulichkeit der Kommunikation und des Datenschutzes an Stelle der Vorschriften zur Gegendarstellung, zum Jugendschutz etc. Im Gegensatz zur Individualkommunikation geht es bei allen von der GD Wettbewerb angeführten Beispielen für mobile Dienste also um Angebote für die Allgemeinheit, denen zunehmend durch den Massengebrauch von Handys, PDAs und ähnlichen mobilen Endgeräten auch ein hoher meinungsbildender Charakter zukommt. Es wäre daher nicht verständlich, die Nutzer mobiler Plattformen gerade von den Angeboten des öffentlichrechtlichen Rundfunks auszuschließen. Der zunehmend größer werdende Nutzerkreis muss sich vielmehr frei entscheiden können, die Mobilfunktechnologie für seinen Informationszugang zu allen Angeboten ohne Ausnahme nutzen zu können.

Als Fazit bleibt festzuhalten: Eine medienspezifische Abgrenzung des Auftrags der Rundfunkanstalten nach dem Kriterium „mobile Dienste“ ist systematisch nicht möglich und auch nicht sinnvoll, da immer mehr Programme und Inhalte auch mobil empfangbar sein werden. Angesichts der Multifunktionalität der Endgeräte und der Verfügbarkeit gleicher Inhalte in unterschiedlichen technischen Kanälen würde eine solche Abgrenzung die Zukunftsfähigkeit der Kernmedien des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und auch diese Medien selbst in Frage stellen.

Für die **digitalen Kanäle** ist in Bezug auf den Auftrag festzuhalten: Nach § 19 Abs. 4 RStV in der Fassung des seit 1. April 2005 geltenden 8. RÄndStV ist die digitale Ausstrahlung ausdrücklich als Aufgabe von ARD und ZDF bezeichnet. Das gilt für alle bereits ausgestrahlten Programme, die auch in digitaler Sendetechnik verbreitet werden können. Darunter fallen folglich die digitalen Zusatzkanäle, die nicht für die Ausstrahlung anderer spezifischer zusätzlicher Programme eröffnet werden, sondern nur einer komplementären Dienstleistung an den Zuschauern dienen und sich aus dem vorhandenen öffentlich-rechtlichen Programmstock speisen. Eine Programmausweitung – insbesondere auch über den inhaltlichen Auftragsbezug hinaus – findet insoweit nicht statt. Deshalb fällt die Programmbestreitung im digitalen Zusatzkanal auch unter den allgemeinen Programmauftrag der Rundfunkanstalten und erfordert nicht erst ein spezifisches, auf einen Sonderauftrag „digital“ bezogenes Programmkonzept. Die digitalen Zusatzkanäle dienen der zuschauerfreundlichen Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Funktionsauftrags.

Die darüber hinausgehende Ausweitung des Programmauftrags durch den erweiterten § 19 Abs. 4 RStV durch die Ermächtigung für drei weitere Fernsehprogramme wird durch die digitalen Zusatzkanäle nicht ausgeschöpft. Insoweit ist weiterhin zwischen den digitalen Zusatzprogrammen und neuen Spartenprogrammen (z. B. Kinderkanal oder Phoenix) zu differenzieren.

Die Beauftragung für digitale Angebote leitet sich also dem unveränderten Auftrag der öffentlich-rechtlichen Anstalten ab (zentral jetzt § 11 Rundfunkstaatsvertrag), so dass – bei einer Einordnung des Systems der Rundfunkfinanzierung in Deutschland als Beihilfe – jedenfalls auch insoweit kein neuer Beihilfetatbestand vorliegen kann.

#### *a) Übertragung von Sportereignissen*

Mit der Ausgangsfeststellung der GD Wettbewerb, dass die Sportübertragung Teil eines

ausgewogenen Rundfunkprogramms ist, fällt die Sportübertragung unter die programmbezogene Auftragsdefinition.

Zunächst kann Sportberichterstattung Teil der „Information“ sein. Der Begriff der „Information“ umfasst nicht nur „die Nachricht“, sondern auch Kommentare, Dokumentationen, Features, Magazine, Interviews und Reportagen. Er ist auch nicht auf bloße politische Sachverhalte beschränkt, sondern bezieht auch Sport und andere Lebensbereiche von öffentlichem Interesse ein (vgl. BVerfGE *Kurzberichterstattungsurteil*, NJW 1998, S. 1627 (1629)), wo das BVerfG wie folgt feststellt:

*„Deswegen gehört zur Information im Sinne des klassischen Rundfunkauftrages, der im Rundfunksystem insgesamt erfüllt werden muss, die gegenständlich uneingeschränkte Information über alle Lebensbereiche unter Zugrundelegung publizistischer Kriterien (...). Dazu zählen gerade auch Berichte über herausragende Sportveranstaltungen, die im Zentrum der Auseinandersetzung um das Kurzberichterstattungsrecht stehen. Die Bedeutung solcher Sportereignisse erschöpft sich nicht in ihrem Unterhaltungswert. Sie erfüllen darüber hinaus eine wichtige gesellschaftliche Funktion. Der Sport bietet Identifikationsmöglichkeiten im lokalen und nationalen Rahmen und ist Anknüpfungspunkt für eine breite Kommunikation in der Bevölkerung. Eine umfassende Berichterstattung, wie sie von Art. 5 I. 2 GG gefordert wird, lässt sich daher unter Verzicht auf Sportereignisse nicht verwirklichen.“*

Auch eine digitale Übertragung von Sportereignissen wäre deshalb innerhalb des klassischen Rundfunkauftrags.

Von dieser rechtlichen Einordnung abgesehen trifft die Aussage einer „Auslagerung von Sportereignissen in eigene Kanäle“ faktisch nicht zu. Es hat eine umfassende Berichterstattung von ARD und ZDF über die Olympischen Sommerspiele in ihren Hauptprogrammen stattgefunden, und zwar im gleichen Umfang wie bei der Übertragung der vorangegangenen Olympischen Spiele. Die digitalen Programmangebote von ARD und ZDF wurden lediglich bei den Olympischen Sommerspielen 2004 für ergänzende Übertragungen genutzt. Im Übrigen hat der 8. RÄStV die Rechtsgrundlagen für digitale Zusatzangebote wie oben dargelegt verändert. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die Bemühungen zur Vergabe von Verwertungsrechten an den Olympischen Sommerspielen 2004 an kommerzielle Sendeunternehmen durch die digitalen Zusatzangebote von ARD und ZDF nicht beeinflusst worden sind.

Kein deutscher Sender hat das Angebot einer umfassenden Berichterstattung über die Olympischen Sommerspiele unter Hinweis auf diese Zusatzangebote abgelehnt. Vielmehr konnten lediglich Verträge über Nachverwertungsrechte mit verschiedenen TV-Veranstaltern abgeschlossen werden.

Was die in Fußnote 125 zu Rz. 196 genannten Zahlen hinsichtlich des Anteils von Sportsendungen am Gesamtprogramm betrifft, so ist hierzu Folgendes richtig zu stellen: Der Sport ist im Gesamtprogramm von ARD/ZDF angemessen gewichtet. Information ist und bleibt die Kernkompetenz des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Das Programmangebot beispielsweise des Ersten teilte sich 2003 in 42,6 % Information (ohne Sport), 32,5 % Fiktionales, 11,1 % Unterhaltung und 9,4 % Sport. Auch in den kommenden Jahren wird die Sportinformation etwa 10 % des Gesamtangebots ausmachen. Es gibt Millionen Menschen in Deutschland, die sportlich aktiv sind und erwarten, dass ihre Sportarten vom öffentlich-rechtlichen Rundfunk nicht ignoriert werden. Sport – ob Top-Events oder „Kleine Sportarten“ – hat dementsprechend Anspruch auf Darstellung im öffentlich-rechtlichen Fernsehen.

(1) Erwerb von exklusiven Programmrechten

(a) Unzulässigkeit einer Verhaltenskontrolle

Die GD Wettbewerb stellt den Erwerb von Exklusivrechten für die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags generell, das heißt nicht nur auf den Sport bezogen, in Frage. Allerdings

ergibt sich aus dem Beihilferecht kein Ansatzpunkt für einen solchen Vorbehalt. Weder der im Rechtehandel gängige Erwerb von Exklusivrechten noch die als Alternative nahe gelegte Zwangssublizenzierung von Ausschließlichkeitslizenzen haben im Rahmen einer Beihilfekontrolle Platz. Es sind verhaltensbezogene Vorgaben, die nicht im Zusammenhang mit der wettbewerbsrechtlichen Aufsicht nach Art. 81, 82 EGV autorisiert wären. Einem Einsatz der Beihilfekontrolle für derartige marktbeeinflussende Verhaltensvorgaben für Unternehmen ist schon aus grundsätzlichen Erwägungen zum Zusammenspiel zwischen der Gemeinschaft und ihren Organen einerseits und den Mitgliedsstaaten andererseits zu widersprechen.

(b) Unumgänglichkeit exklusiven Rechteerwerbs

Der öffentlich-rechtliche Rundfunk hat entsprechend dem ihm vom Mitgliedsstaat Deutschland übertragenen Auftrag dafür zu sorgen, dass „ein dem klassischen Rundfunkauftrag entsprechendes Programm für die gesamte Bevölkerung angeboten wird, das im Wettbewerb mit den privaten Veranstaltern standhalten kann“, so das Bundesverfassungsgericht im Gebührenurteil (BVerfGE 90, 60, 92). Das GD-Schreiben verkennt die Rolle exklusiver Senderechte bei der Gestaltung eines solchen wettbewerbsfähigen Programms.

Jeder Rundfunkveranstalter braucht Programmelemente, die das Programm unverwechselbar machen. Nur dadurch wird das Programm in der Masse des audiovisuellen Angebots wieder erkennbar, und allein auf diese Weise kann der Rundfunkveranstalter das Publikum an den Sender binden. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk kann sich diesen Gesetzmäßigkeiten des publizistischen Wettbewerbs nicht entziehen. Er muss sie vielmehr beachten, wenn er seinen Auftrag erfüllen will, ein Programm für die gesamte Bevölkerung anzubieten. Also muss auch der öffentlich-rechtliche Rundfunk in der Lage sein, exklusive Senderechte nicht nur zu erwerben, sondern auch zu nutzen.

Spiegelbildlich haben auch die Sponsoren der Sportverbände und damit diese selbst ein Interesse an einer möglichst hohen medialen Wiedererkennbarkeit der Veranstaltung. Damit ist gemeint, dass der Fernsehzuschauer das ihn interessierende Sportereignis möglichst leicht im Fernsehgesamtangebot auffinden können soll. Dies ist nur durch die Fokussierung auf einzelne Programme zu erreichen. Eine Steuerung in diesem Sinne ist nur über Exklusivität möglich. Der Wert exklusiver Rechte schlägt sich in ihrem Preis nieder. Er ist ein Indikator für die Bedeutung eines Programmelements im kommerziellen ebenso wie im öffentlichrechtlichen Rundfunk. Exklusive Rechte spielen in allen Genres, bei fiktionalen Produktionen (Spielfilme, Fernsehfilme, Soaps, Telenovelas), Informationsprogrammen (Sport, Dokumentationen, Nachrichten), Live-Übertragungen, Programmformaten und bei der Verpflichtung herausragender Persönlichkeiten eine Rolle. Rechteinhaber wollen in aller Regel ihre Programminhalte mit dem größtmöglichen Profit veräußern. Hier schlägt sich also ein marktwirtschaftlicher Vorgang nieder, der besagt, dass eine exklusive Lizenzierung mehr Gewinn bringt als eine Mehrzahl nicht-exklusiver Lizenzen.

Ein wesentlicher Teil des programmlichen Finanzbedarfs aller Sender rührt vom Wettbewerb um exklusive Rechte her. Dabei genügt es, wenn nur *ein* Marktteilnehmer ein ausschließliches Recht anstrebt, um die Preisspirale in Bewegung zu setzen: Wenn die anderen Bewerber kein ebenbürtiges Gegengebot abgeben, unterliegen sie im Wettbewerb.

Daneben gibt es aus Sicht der Rechteinhaber auch noch andere als finanzielle Gesichtspunkte, die eine exklusive Vergabe an den öffentlich-rechtlichen Rundfunk rechtfertigen: professionelle Übertragung, seriöses Programmumfeld, Konzentration auf das Sujet statt kommerzieller Ausbeutung, Zuverlässigkeit und Kontinuität des Programmprofils über einen längeren Zeitraum. Es ist kein Grund ersichtlich, Rechteinhabern vorzuschreiben, an wen sie ihre Rechte mit welchem Inhalt zu veräußern haben, und ebenso wenig lässt sich eine Rechtfertigung dafür finden, den Fernsehveranstaltern oder auch nur einzelnen unter ihnen Vorschriften für den

Rechteerwerb zu machen.

Die hier geschilderten Gesetzmäßigkeiten werden durch Äußerungen von Verantwortlichen des größten deutschen Pay-TV Anbieters bestätigt: So äußerte sich der Premiere-Sportchef Carsten Schmidt in *Sponsors*, 11/04, S. 30: „Wichtig ist eine hohe Exklusivität.

*Für uns ist schon eine zeitnahe Verwertung im Free-TV kritisch, ganz zu schweigen von einer Parallel-Live-Übertragung.*“ Premiere hat im Vorfeld der Verhandlungen über die Vergabe der Rechte an der Fußball-Bundesliga ab Saison 2006/2007 höhere Lizenzzahlungen von einer Verschiebung der Erstverwertung im Free-TV abhängig gemacht, wofür das Zitat von Premiere-Chef Georg Kofler steht: „Hätten wir mehr Exklusivität, könnten wir mehr bezahlen. Je länger am Samstag und am Sonntag der Fußball exklusiv bei Premiere bleibt, desto mehr kann die Liga verdienen.“ (Stuttgarter Nachrichten vom 22.01.2005).

(c) Nutzungszwang oder Weitergabe?

Die GD Wettbewerb meint, die gebührenfinanzierten Kosten der Sportrechte würden dadurch erhöht, dass ungenutzte Rechte nicht an andere Fernsehveranstalter sublizenzieren würden. Sie habe den Eindruck, dass die Rundfunkanstalten Rechte erworben hätten, ohne diese vollständig genutzt zu haben. Diese Annahmen treffen nicht zu.

Die Rundfunkanstalten haben nach ihren Angaben in dem ebenfalls bei der GD Wettbewerb laufenden Verfahren „Eurovision“ (COM 32-150 R) bereits umfassende Angaben über erworbene Rechte, deren konkrete Verwendung und über Angebote potenzieller Sublizenznehmer gemacht. Auf diese Ausführungen wird insgesamt verwiesen.

Unabhängig davon, ob Rechte über das Eurovisionssystem oder unmittelbar von ARD/ZDF erworben werden, gibt es in den nach verschiedenen Ereignissen zu unterscheidenden Fallgruppen keine ungenutzten Rechte:

Im Fußball werden alle vertraglich erworbenen Spiele gezeigt. Die Rechte an den Olympischen Sommer- bzw. Winterspielen beinhalten nicht den Erwerb von Übertragungsstunden, vielmehr ist Vertragsgegenstand nach den Vorgaben des Internationalen Olympischen Komitees (IOC) die umfassende Darstellung der Gesamtveranstaltung Olympia und der olympischen Idee. Die Olympischen Sommerspiele 2000 fanden vom 15.09.2000 bis zum 01.10.2000 (einschließlich Eröffnungsveranstaltung) täglich in einem Zeitfenster von 08:30 h morgens bis 23:30 h abends (Ortszeit) statt. Wollte man dies in Stunden umrechnen, entspräche dies einer Gesamtveranstaltungslänge (16 Wettkampftage) von ca. 240 Stunden. ARD und ZDF haben von den Olympischen Sommerspielen in Sydney täglich umfassend von den 29 Sportarten mit einer Gesamtübertragungszeit über die dafür eingesetzten Kanäle von 408 Stunden berichtet und damit die Rechte vollständig genutzt.

Entsprechendes gilt für die Olympischen Winterspiele in Salt Lake City. Die Olympischen Winterspiele Salt Lake City fanden vom 08.02.2002 bis zum 24.02.2002 täglich in einem Zeitfenster von 09:00 morgens bis 23:00 h abends (Ortszeit) statt. Dies entspricht einer Veranstaltungsdauer von 227 Stunden (16 Wettkampftage). Von allen 7 Sportarten wurde in den Programmen von ARD und ZDF insgesamt 262 Stunden berichtet.

Im Übrigen unterscheidet sich die Problematik ungenutzter Rechte bei der Berichterstattung über Olympische Spiele anerkanntermaßen beispielsweise von der eines Fußballspiels.

Die im Vordergrund stehende Berichterstattung über das Gesamtereignis Olympia (ähnlich „Weltmeisterschaft“, „Tour de France“ oder anderes Event) wird am überzeugendsten und verständlichsten durch den Wechsel von einem Ereignis zum nächsten erreicht.

Hierdurch wird eine zuschauerfreundliche Live-Präsentation der Spiele erreicht, wie sie auch vom IOC vertraglich eingefordert wird. Der Regisseur der Berichterstattung muss sich folglich der vorhandenen Signale wie bei der Übertragung eines Fußballspiels bedienen, bei der er auch zwischen den verschiedenen Kameraeinstellungen auswählt.

Von ungenutzten Rechten kann in beiden Fällen nicht die Rede sein.

Alle übrigen Ereignisse werden von ARD/ZDF entweder im erworbenen Umfang gezeigt oder zur Sublicenzierung angeboten. Aufgrund der Programmphilosophie kommerzieller Sendeunternehmen finden diese Angebote regelmäßig jedoch kein Interesse.

Den Sportverbänden selbst ist eine möglichst hohe Verwertung sehr wichtig, um die öffentliche Wahrnehmung ihrer Sportart zu fördern. An dieser vereinbarten oder erwarteten Nutzung orientiert sich der Preis. Darüber hinaus schnüren manche Sportverbände Pakete, in die weitere Rechte eingehen, die sonst keinen Abnehmer finden, weil sie beim Zuschauer kaum von Interesse sind. Insoweit erworbene Rechte, bei denen in der Regel auch noch Kosten für die Signalproduktion entstehen, treffen kaum auf das Interesse potenzieller Sublicenznehmer, denn oft übersteigen allein die bei Live-Übertragungen entstehenden Kosten den Ertrag erheblich. In den Spitzensportarten verfolgen ARD und ZDF die Politik, grundsätzlich nicht selbst genutzte Rechte an Dritte weiterzugeben. Die Sportrechteagentur SportA hat den kommerziellen Sendern außerdem zur Fußball-Europameisterschaft 2004 in Portugal, zu den Olympischen Sommerspielen 2004 in Athen und zur Winterolympiade 2006 in Turin umfangreiche Angebote unterbreitet, freilich mit geringem Erfolg.<sup>1</sup> Grundlage des Angebots waren bzw. sind die mit der Europäischen Kommission im Eurovisionsverfahren bisher verhandelten Verpflichtungen. Diese Verpflichtungen enthalten – neben zahlreichen weiteren *commitments* – auch die Abgabe von ungenutzten Rechten, an die sich ARD/ZDF selbstverständlich halten werden.

Die Einsparpotenziale durch die Weiterlizenzierung von Rechten sind marginal und werden ausgeschöpft. Der gemeinsame Sportrechtearm SportA bietet die vorhandenen Rechte schon seit Jahren anderen Sendern in Deutschland an. In diesem Zusammenhang sind viele Lizenzierungen von Nachrichtenrechten erfolgt. Kommerzielle Rundfunkveranstalter haben aber kein Interesse an Teilrechten gezeigt, die ARD/ZDF nicht selbst genutzt haben oder nicht selbst nutzen konnten. Dies ist zum einen Beleg dafür, dass ARD/ZDF die erworbenen Rechte weitestgehend selbst nutzen, zum anderen für das geringe Interesse anderer Sender an weniger massenattraktiven Ereignissen. Das von Premiere wiederholt behauptete Nicht-Nutzen der nur in Zusammenfassungen genutzten Spiele des DFB-Pokals ist insoweit unzutreffend, als ARD/ZDF diese Spiele nur in Zusammenfassungen nutzen dürfen (Ausnahme ein bis zwei Live-Spiele pro Runde). Die nur zusammenfassende Berichterstattung findet auf Verlangen des DFB statt, der sich u.a. um nachlassenden Zuschauerzuspruch in den Stadien sorgt.

(d) Aussonderung von Pay-TV-Rechten?

Die Aussonderung speziell von Pay-TV-Rechten aus dem Umfang der Exklusivität, wie dies von der GD Wettbewerb erwogen wird, hängt von vielfältigen Umständen ab und liegt aus den vorgenannten Gründen nicht immer in der Gestaltungsmöglichkeit der öffentlich-rechtlichen Sender. Üblicherweise findet die Verwertung von Aufführungsrechten, zum Beispiel von Kinofilmen, im Kontext einer *Wertschöpfungskette* statt. Darin ist jeder Verwertungsebene ein eigenes *exklusives* Zeitfenster zugeordnet. Insbesondere die Free-TV-Veranstalter, die den höchsten Kostenanteil tragen, achten darauf, dass ihre (späte) Ausstrahlung nicht durch parallele Aufführungen, etwa im Pay-TV, beeinträchtigt wird. Rechte, die diese Bedingung nicht erfüllen, verlieren den größten Teil ihres kommerziellen Wertes.

<sup>1</sup> In dem in Rz. 236 angesprochenen und in Fußnote (144) näher dargelegten Fall des Interesses von Premiere an einer parallelen Live-Ausstrahlung der Olympischen Spiele in Athen 2004 hat SportA Premiere, wie den anderen deutschlandweiten Sendern auch, Rechte nach Maßgabe des Sublicenzierungsschemas in der damals vorliegenden und der GD Wettbewerb bekannten Fassung angeboten. Da ARD/ZDF keine eigenen Pay-TV-Kanäle betreiben, mussten keine umfassenden Live-Verwertungsrechte angeboten werden. Premiere wies das Angebot zurück und forderte die Einräumung unbeschränkter paralleler Live-Verwertungsrechte. SportA lehnte die Einräumung so umfassender Berichterstattungsmöglichkeiten ab, da die Spiele von ARD/ZDF umfassend live übertragen wurden, indem gantztätig live oder leicht zeitversetzt übertragen wurde. (Da zusätzlich die oben beschriebenen Sendungen in den vier digitalen Sendern erfolgten, die für alle digitalen Abonnenten von Premiere und alle Inhaber digitaler Satellitenempfänger und Empfänger von DVB-T kostenfrei zugänglich waren und damit eine erheblich größere

Verbreitung als Premiere aufwies, war ein Mehrwert des Vorhabens von Premiere für die Zuschauer nicht erkennbar.)

Soweit von Sportrechten die Rede ist, ergibt sich ihr Wert in erster Linie aus der *Live-Berichterstattung*. Eine parallele Live-Ausstrahlung im Free- und Pay-TV schließt Exklusivität aus. Die beschriebene wertmindernde Wirkung für alle Beteiligten tritt in diesem Fall ein. Sie ist sachlich begründet: Zeitgleiche Übertragungen desselben Ereignisses wenden sich an dasselbe Publikum, soweit es neben Free-TV auch Pay-TV empfangen kann. Folglich handelt es sich bei der Nicht-Nutzung solcher Rechte im Pay-TV auch nicht um „ungenutzte Rechte“, denn die Live-Übertragung im Free-TV richtet sich an das Gesamtpublikum. Das Argument, es handle sich bei Pay-TV und Free-TV um gesonderte Nutzungsformen in separaten Märkten, trifft daher für *diese Fallgestaltung jedenfalls* nicht zu. Der Vorwurf, die Anstalten würden Gebührengelder für Pay-TV-Rechte verwenden, ist demnach nicht zutreffend.

Daraus ist zu schließen, dass von einem *exklusiven Erwerb* von Übertragungsrechten im Sportbereich nur dann gesprochen werden kann, wenn keine parallele Verwertung, sei es im Pay-TV oder im Free-TV, stattfindet. Die für die Exklusivität aufgewandten Mittel dienen dem legitimen, vom öffentlichen Auftrag erfassten Ziel, ein attraktives und von anderen Sendern unterscheidbares Programm zu veranstalten.

In Ausführung des EBU-Sublizenzierungsschemas bietet SportA weiterhin die von ARD/ZDF über die EBU erworbenen Rechte in aufwändigen Angebotsverfahren den konkurrierenden Sendern an. Die Reaktionen hierauf sind dürftig (siehe Anlage III). An kleineren Ereignissen besteht kein Interesse, an den Großereignissen nur, wenn exklusive Rechteerlässe erfolgen, die die Berichterstattungsvorhaben von ARD/ZDF beschränken und damit keineswegs nur ungenutzte Rechte betreffen würden.

(2) Zur Verhältnismäßigkeit des Aufwands für Sportrechte

Zur Frage der „Marktverzerrung“ und der Verhältnismäßigkeit der speziell für Sportrechte veranschlagten und eingesetzten Mittel ist gelöst von der Fragestellung nach dem vorstehend anerkannten Auftrag für die dem Informationsbedürfnis der Zuschauer entsprechende umfangreiche Sportprogrammierung aufzuführen:

Die GD Wettbewerb hat zu Recht auf das KEF-Verfahren hingewiesen, das den Anstalten für den Erwerb von Sportrechten nur begrenzte Mittel zuerkennt. In der Praxis werden die für Sportrechte zur Verfügung stehenden Mittel im ARD- bzw. ZDF-Sportrechteetat veranschlagt. Dieser Etat wird auf ARD-Seite auf die Landesrundfunkanstalten umgelegt. In jeder Anstalt wird diese Umlage in den jeweiligen Haushalt eingestellt. Die Haushalte der Anstalten unterliegen der Zustimmung des Rundfunk- bzw. Fernseh Rates und ggf. Verwaltungsrates der jeweiligen Anstalt. Gleiches gilt für die Abrechnung des Haushalts nach Ablauf des Wirtschaftsjahres. Die Gremien von ARD/ZDF üben also die maßgebliche Kontrolle bei der konkreten Verwendung der Gebühren aus. Daneben gibt es die externe Prüfung der Mittelverwendung durch die KEF.

Kommt es zu Verschiebungen innerhalb der von der KEF anerkannten Mittel, besteht die Gefahr, dass in der folgenden Gebührenperiode die Mittel, mit denen faktisch Sportrechte zu Lasten anderer Kostenarten verbraucht wurden, nicht mehr anerkannt werden. Der Grund dafür ist der daraus zu Tage tretende geringe Bedarf bei der Kostenart, zu deren Lasten die Mittelverschiebung erfolgte. Eine Verschiebung von Mitteln, die nicht zum Erwerb von Sportrechten ausdrücklich zugewiesen wurden, führt also dazu, dass den Rundfunkanstalten in der nächsten Gebührenperiode insgesamt weniger Mittel zugewiesen werden.

Die Annahme, dass die Anstalten durch überhöhte Preise den Markt in unverhältnismäßiger Weise verzerren, trifft nicht zu: Aus dem Wettbewerb um attraktive Sportrechte gehen weder ARD und ZDF noch die EBU regelmäßig als Sieger hervor. Zuletzt ist die EBU im Bieterverfahren um den Zuschlag für die Rechte an der Fußball-EM 2008 gegen die

Sportrechteagentur SPORTFIVE unterlegen. Beim Sportrechte-Erwerb herrscht heftiger Wettbewerb, auf den die interessierten Sender mit der Priorisierung bestimmter, für ihre Programme besonders geeigneter Sportarten reagieren. So konnten ARD und ZDF weder die Formel 1 noch die Vierschanzen-Tournee noch die Fußball-Champions-League erwerben.<sup>2</sup> Die nun in der ARD-Sportschau veranstaltete Fußball-Bundesliga wurde erst erworben, nachdem zuvor die von Sat.1 bezahlten Preise um ca. 35 % gesunken waren. Im Hinblick auf prognostizierte größere Zuschauerreichweiten hätte auch ein privater Sender eine andere wirtschaftliche Bewertung der „Refinanzierbarkeit“ und damit des angemessenen Marktpreises vorgenommen. Die von der GD Wettbewerb angestellte Erwägung liefe jedoch darauf hinaus, dass ARD und ZDF grundsätzlich kein Gebot abgeben dürften, das die Gebote der kommerziellen Mitbewerber übertrifft. Damit könnten sich die öffentlichrechtlichen Sender nicht mehr mit Aussicht auf Erfolg um attraktive Sportrechte bewerben.

Die mutmaßlich verfolgte Beseitigung von Wettbewerbsverzerrungen schließe in das Gegenteil der Wettbewerbsbehinderung um.

Die GD Wettbewerb verkennt zudem, dass der Erwerb von Sportrechten durch die Veranstalter des Privatfernsehens in der Vergangenheit oftmals strategisch begründet war und daher in der Regel die Rechte zu nicht refinanzierbaren Preisen erworben wurden. Es wird auf die diesbezügliche Untersuchung der Kommission aus dem Jahr 1999 verwiesen.

Durch solches Verhalten und nicht durch angeblich großzügigen Umgang mit Gebührengeldern wurde die Preisspirale entscheidend beschleunigt.

Außerdem ist zu beachten, dass bei der Vergabe von Sportrechten durch die Verbände nicht allein das höchste Gebot ausschlaggebend ist, sondern die zu erwartende Zuschauerzahl und die Akzeptanz der Zuschauer, wobei insbesondere die Glaubwürdigkeit des Senders eine große Rolle spielt.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Man kann im Bereich der privaten Rundfunkveranstalter von wellenförmigen wirtschaftlichen Entwicklungen ausgehen, während die Gebührenfinanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten linear verläuft. Während der Phase der wirtschaftlichen Abkühlung, die zuletzt im Gefolge der „Kirch-Krise“ und des Zusammenbruchs des „Neuen Marktes“ eintrat, konnten ARD/ZDF direkt oder über die EBU erneut einige Rechte erwerben, die zuvor verloren gegangen waren (Fußball-Bundesliga: Erstverwertung im Free-TV am Samstag; Basketball-EM und -WM; Handball-WM, Wimbledon).

In den vergangenen zwölf Monaten haben die kommerziellen Rundfunkveranstalter und die Agenturen ihre Konsolidierung und Neu-Positionierungen abgeschlossen. Sie agieren wieder verstärkt auf dem Sportrechte-Markt. Schlagworte: Neu-Orientierung der Kirch-Sender und Agenturen, Erschließung neuer Erlösquellen im Bereich T-Commerce, Einstieg von kapitalstarken Investoren, Börsengang Premiere.

In Folge dieser Entwicklung haben ARD/ZDF erneut wieder einige der soeben erst wiedererlangten Rechte verloren: Basketball-EM und -WM; Wimbledon; die EURO 2008 bedeutet den Verlust eines der Top-6-Rechte im deutschen TV-Markt (hierzu gehören: Fußball-WM, Olympische Spiele, Fußball-Bundesliga, Formel 1 und UEFA Champions League). Damit verfügen ARD/ZDF von den Top-Rechten exklusiv nur noch über die Olympischen Spiele. An den verbleibenden Top-Rechten halten sie beschränkte Erstverwertungsrechte an Fußball-WM und der Bundesliga.

<sup>3</sup> Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass sich Premiere bezüglich der Vergabe der Olympischen Spiele 2010/2012 (siehe COMP/C2/39132, Beschwerde von Premiere gegen den gemeinsamen Sportrechte-Einkauf durch die EBU, vom 5.11.2004, S. 23-24) nicht über zu hohe Gebote seitens ARD/ZDF beschwert, sondern vielmehr darüber, dass an ARD/ZDF Rechte zu günstigeren Konditionen vergeben werden als an deren Mitbewerber.

Diese Tendenz von Rechtegebern ist darin begründet, - dass die Programme von ARD/ZDF im Vergleich zu ihren Mitbewerbern bei vergleichbaren Produkten höhere Reichweiten erzielen, - dass sich ARD/ZDF eine hohe Sportkompetenz erarbeitet haben, - dass die Sportberichterstattung von ARD/ZDF in einem seriösen Programmumfeld stattfindet, - dass ARD/ZDF langfristige Strategien verfolgen und gemäß ihres Auftrages von Sportarten auch dann berichten, wenn diese für das deutsche Publikum einmal weniger interessant erscheinen.

Dies zeigt exemplarisch, dass die Olympischen Spiele von kommerziellen Sendeunternehmen nicht mehr in ihrer Gesamtheit als ein weltweit überragendes, über rein sportliche Inhalte hinausgehendes Ereignis dargestellt und für den Zuschauer erlebbar gemacht werden können. Vielmehr wollen sie die Spiele filetieren und in verschiedenen Stückelungen je nach Zielsetzung der verschiedenen Sender vermarkten. Dies läuft dem Olympischen Gedanken des IOC, aber auch dem Berichterstattungsanspruch und -auftrag öffentlichrechtlicher Rundfunkanstalten zuwider. Dabei ist zu beachten, dass sich das Engagement von ARD und ZDF für die olympische Idee nicht auf eine Berichterstattung über die Olympischen Spiele erschöpft. Vielmehr wird auch während des vierjährigen Zeitraumes der Olympiade konstant über die olympischen Sportarten live und zusammenfassend berichtet.

Dies bezieht sich nicht nur auf die attraktiven Spitzensportarten, sondern auf sämtliche olympische Sportarten einschließlich von Randsportarten. ARD und ZDF berichten zudem ausführlich über die Behindertenwettkämpfe, die sog. Paralympics. Sie fördern damit die integrative Funktion des olympischen Sports einschließlich seiner Wirkung auf den sog. Breitensport. Die Berichterstattung durch die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in Europa über Olympia sichert außerdem die weitestgehenden Zugriffsmöglichkeiten der europäischen Bevölkerung auf diesen Sportevent und trägt damit auch zur europäischen Integration der Idee eines gemeinsamen Europas bei. Der für dieses auch ideelle Übertragungskonzept eingesetzte Aufwand ist deshalb jederzeit angemessen und nicht als fingierte Überkompensation außer Verhältnis.

### (3) Wirksamkeit von Marktmechanismen

Zum Beleg dafür, dass der Wettbewerb im Sportrechtmarkt funktioniert, kann auf eine Reihe von Beispielen verwiesen werden. So wurde die Fußball-Bundesliga traditionell von ARD und ZDF übertragen. Mit dem Aufkommen des privaten Rundfunks in der Bundesrepublik änderte sich dies jedoch schon bald. In der Spielzeit 1988/89 erwarb die mit dem Sender RTL verbundene Agentur Ufa erstmals den größten Teil der Free-TV-Erstverwertungsrechte über einen Zeitraum von vier Jahren zu einem Preis von ca. € 29,45 Mio. p. a. ARD und ZDF hatten in der unmittelbar vorausgegangenen Saison 1987/1988 noch € 9,2 Mio. – also weniger als ein Drittel – an den DFB überwiesen.

1992/93 gingen dann die gesamten Free-TV-Erstverwertungsrechte mit einem Fünf-Jahres-Vertrag an Sat.1 zu einem Preis von € 61 Mio. p. a. (lt. Presseberichten). Ihren Höhepunkt erreichte die Preisspirale in der Saison 2000/2001, als die Kirch-Gruppe ihren Vertrag zu einem Preis von € 355 Mio. verlängerte. Spätestens zu diesem Zeitpunkt muss die Refinanzierbarkeit der vereinbarten Vergütung über Werbung und Pay-TV-Abonnements in Zweifel gezogen werden. Im Jahr 2002 übernahm die Schweizer Rechteagentur Infront die Rechte an der Fußball-Bundesliga zu einem Preis von insgesamt € 290 Mio. pro Jahr. Die Erstaussstrahlungsrechte im Free-TV an der 1. Fußball-Bundesliga vergab die Agentur Infront in der Saison 2002/2003 ein weiteres Mal an den Sender Sat.1 zu einem Preis von 80 Mio. €. Erst 2003 gelang es der ARD, die Rechte für das Paket „Erstverwertungsrechte der 1. Bundesliga“ zu erwerben und die Lizenzkosten zu senken, im Vergleich zur vorherigen Spielzeit von € 80 Mio. auf € 49 Mio. für ein nahezu identisches Rechtspaket. Nach Ablauf dieses Vertrages steht zu

erwarten, dass es neuerlich zu einem heftigen Bieterwettbewerb um die Rechte an der Fußball-Bundesliga kommen wird. Dies zeigt, dass der Wettbewerb im Markt funktioniert und sich jeweils wechselnde Anbieter durchsetzen können. Das Beispiel Bundesliga zeigt ferner, dass mehrere Fernsehveranstalter zum Zuge kommen können, ohne dass es hierfür dirigistischer Vorgaben bedarf. So ist neben der ARD auch das Deutsche Sportfernsehen DSF (Erstausstrahlungsrechte an den zwei Sonntagsspielen der 1. Fußball-Bundesliga sowie an den Spielen der 2. Bundesliga) und Premiere sowie für weitere Nachverwertungen das ZDF an den Übertragungsrechten beteiligt.

Auch die Fußballweltmeisterschaft 2006 ist ein Beispiel für eine Aufteilung von Übertragungsrechten, die sowohl die beteiligten Sender als auch die Zuschauer zufrieden stellen kann. So übertragen ARD und ZDF 48 bzw. 49 Spiele live im Free-TV. RTL überträgt acht Sonntagsspiele. Premiere zeigt alle 64 Spiele der WM 2006, wobei acht im Free-TV 68 nicht gezeigte Spiele exklusiv nur im Pay-TV ausgestrahlt werden. Auch an diesem Beispiel zeigt sich, dass vernünftige Ergebnisse ohne dirigistische Eingriffe zu erreichen sind.

Abschließend legt die Stellungnahme dar, dass die verfassungsrechtlich begründete Finanzierungsgarantie für die Rundfunkanstalten keine Garantie oder Haftungsübernahme im üblichen Sinne ist.