



Institut für Rundfunkökonomie  
an der Universität zu Köln

Horst M. Schellhaaß

Die Konsequenzen des Rechtsstreits  
mit der Europäischen Kommission  
aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht

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

**Heft 242**

**Köln, im März 2008**

## **Arbeitspapiere des Instituts für Rundfunkökonomie**

ISSN der Arbeitspapiere: 0945-8999

ISBN des vorliegenden Arbeitspapiers 242: 978-3-938933-46-6

Schutzgebühr 8,50 EUR

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

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



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

Hohenstaufenring 57a

50674 Köln

Telefon: (0221) 23 35 36

Telefax: (0221) 24 11 34

Horst M. Schellhaaß

**Die Konsequenzen des Rechtsstreits  
mit der Europäischen Kommission  
aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht\***

Gliederung

1. Problemstellung .....	5
2. Die deutsche Rundfunkgebühr im Spannungsfeld zwischen Verfassungsrecht und Beihilfenkontrolle .....	6
3. Wettbewerbspolitische Konfliktfelder der deutschen Rundfunkfinanzierung.....	10
4. Schärfung des Programmauftrags als Vorstufe der Beihilfenkontrolle .....	14
5. Schluss.....	19

---

\* Überarbeitete Fassung eines Vortrags, den der Autor, Direktor des Instituts für Rundfunkökonomie und Prorektor der Universität zu Köln, am 13. 11. 2007 auf der vom Institut für Rundfunkökonomie an der Universität zu Köln veranstalteten Tagung "Die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks" vorgetragen hat.



Horst M. Schellhaaß

Die Konsequenzen des Rechtsstreits  
mit der Europäischen Kommission  
aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht

**1. Problemstellung**

Die Europäische Kommission hat im April 2007 die anhängigen Beihilfeverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland wegen der Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten durch Rundfunkgebühren mit einer salomonischen Entscheidung beigelegt. Darin wird die Rundfunkgebühr als solche nicht angetastet, jedoch werden zum einen konkret beschriebene Maßnahmen verlangt, um die öffentlich-rechtlichen Aufgaben in einer nachvollziehbaren und nachprüfbaren Weise von den kommerziellen Aktivitäten zu trennen, und zum anderen werden Handlungsmaximen für ein wettbewerbskonformes Verhalten beider Bereiche vorgegeben.

Die Europäische Kommission hat in ihren Ausführungen – trotz der faktischen Nicht-Entscheidung über die bisherigen Klagen wegen unzulässiger Beihilfen – deutlich gemacht, dass die allgemeinen Grundsätze des gemeinsamen Binnenmarktes auch auf den Rundfunksektor anwendbar sind. Ziel der Beihilfenkontrolle ist ein fairer Wettbewerb zwischen den privatwirtschaftlichen und öffentlich-rechtlichen Rundfunkunternehmen trotz unterschiedlicher Unternehmensziele und Finanzierungsmodalitäten. Nach dem Verständnis der Kommission können und dürfen die Mitgliedsstaaten ihren öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten gemeinwirtschaftliche Aufgaben nach eigenem Ermessen übertragen und die hierdurch entstehenden Mehrausgaben bzw. Mindereinnahmen durch eine Rundfunkgebühr kompensieren. Die für die EU-Kommission relevante Abgrenzung besteht deshalb zwischen den marktfähigen Programmen, für die eine Quersubventionierung aus Rundfunkgebühren nicht zulässig ist, auf der einen Seite, und den nicht-marktfähigen Programminhalten, die als gemeinwirtschaftliche Lasten durch die Rundfunkgebühr refinanziert werden können, auf der anderen Seite. Eine Rundfunkgebühr in Höhe des Nachteilsausgleichs beeinträchtigt den Wettbewerb zwischen den beiden Gruppen von Rundfunkunternehmen nicht.

Demgegenüber nimmt das Bundesverfassungsgericht einen anderen Blickwinkel ein. Seine fortwährenden Grundprinzipien sind die Wahrung des publizistischen Wettbewerbs sowie der Staats- und Marktferne des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. In diesem Sinne wird Rundfunk eher als ein Kulturgut denn als ein Wirtschaftsgut betrachtet. Die für das Bundesverfassungsgericht relevante Ab-



grenzung besteht deshalb zwischen den Aktivitäten, die für den öffentlich-rechtlichen Programmauftrag erforderlich sind, und denjenigen Aktivitäten, die den Programmauftrag nicht erfüllen. Die Wettbewerbsbeziehungen zu den privaten Rundfunkunternehmen spielen in den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts keine Rolle.

Als Fazit ist festzuhalten, dass das Bundesverfassungsgericht die Zusammensetzung des Programms und die Europäische Kommission die Funktionsfähigkeit der dualen Rundfunkordnung in den Mittelpunkt ihrer Überlegungen stellen. Aus dieser Gemengelage resultieren Irritationen bis hin zu schroffen Ablehnungen der Gegenmeinung. Die durch die Konfrontation des europäischen Wettbewerbsrechts und des deutschen Rundfunkrechts heraufbeschworenen Probleme erfordern zu ihrer Lösung eine interdisziplinäre Herangehensweise, die einerseits die verfassungsrechtlichen Prinzipien des öffentlich-rechtlichen Programmauftrags und andererseits die ökonomischen Grundlagen einer funktionsfähigen dualen Rundfunkordnung berücksichtigen. In dem folgenden Beitrag will ich versuchen, einen modus vivendi zwischen den beiden Rechtsordnungen zu entwickeln.

## **2. Die deutsche Rundfunkgebühr im Spannungsfeld zwischen Verfassungsrecht und Beihilfenkontrolle**

Konflikte zwischen den beiden Rechtsordnungen drohen, wenn das deutsche Verfassungsrecht für die Berechnung der Rundfunkgebühr andere Vorgaben als die Europäische Kommission macht. Hierzu ist es notwendig, die Prinzipien der verfassungsrechtlichen Gebührenermittlung mit den Prinzipien einer wettbewerblichen Preisbildung zu vergleichen.

Das Ziel des Verfassungsrechts besteht in der Gewährleistung der Meinungsfreiheit und -vielfalt im Rundfunk. Angesichts der Unbestimmtheit der Rechtsbegriffe hat das Bundesverfassungsgericht die konkrete Ausprägung der Meinungsvielfalt an die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten delegiert (BVerfG, 1 BvR 2270/05 vom 11.09.2007, Absatz Nr. 114 ff.). Hierdurch kann der Programmauftrag flexibel an die im Zeitverlauf wechselnden gesellschaftlichen Themenschwerpunkte angepasst werden. Da die Programmautonomie jedoch nicht nur durch direkte Weisungen, sondern auch durch finanzielle Daumenschrauben eingeschränkt werden kann, wird sie durch die Zusage einer funktionsgerechten Finanzierung abgesichert.

Aus ökonomischer Sicht handelt es sich bei der Rundfunkgebühr um einen kostenbasierten administrierten Preis. Ausgangspunkt müssen nach dem Bundesverfassungsgericht die Programmentscheidungen der Landesrundfunkanstalten und der hieraus resultierende Finanzbedarf sein. In einem zweiten Schritt überprüft die Kommission zur Entwicklung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten (KEF) die Finanzanforderungen nach den Grundsätzen von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit und errechnet die Rundfunkgebühr für eine zumeist vierjährige Periode. Anzumerken ist, dass die KEF nur einen eingeschränkten Prüfungsauftrag hat. „Diese Kontrolle darf sich allerdings nicht auf die Vernünftigkeit oder

Zweckmäßigkeit der jeweiligen Programmentscheidungen der Rundfunkanstalten beziehen, sondern allein darauf, ob sie sich im Rahmen des rechtlich umgrenzten Rundfunkauftrags halten und ob der aus den Programmentscheidungen abgeleitete Finanzbedarf zutreffend und im Einklang mit den Grundsätzen von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit ermittelt worden ist“ (BVerfG, 1 BvR 2270/05 vom 11. 09. 2007, Abs. Nr. 139). Beispielsweise fällt jedem Beobachter unmittelbar auf, dass sich die privaten Rundfunkunternehmen auf einen Standort konzentrieren, während der öffentlich-rechtliche Rundfunk eine dezentrale Organisationsstruktur mit vielen Standorten bevorzugt. Prinzipiell können die Landesgesetzgeber den Gebührevorschlag der KEF korrigieren, wenn die Bürger durch die vorgeschlagene Gebührenhöhe überfordert werden. Allerdings sind die Anforderungen an eine erfolgreiche Korrektur des KEF-Vorschlags nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom September 2007 so hoch, dass die Rundfunkgebühr de facto als gebundene Entscheidung von den Landesgesetzgebern beschlossen wird.

Im Wettbewerb stehenden Unternehmen wird der Preis in der Regel vom Markt vorgegeben. Die Aufgabe des Unternehmers besteht dann darin, den Produktionsprozess so zu organisieren, dass die Kosten unter dem Marktpreis bleiben. Gelingt ihm dies nicht, muss er über kurz oder lang aus dem Markt ausscheiden. Im Wettbewerb entscheiden die Kosten nicht darüber, was der Produzent seinen Konsumenten in Rechnung stellen darf, sondern sie entscheiden darüber, ob er im Markt bleiben darf oder ausscheiden muss. Folglich kann ein Anbieter bei Wettbewerbspreisen Gewinne oder Defizite machen, je nach dem, ob seine eigenen Kosten über oder unter den Kosten des Grenzanbieters liegen.

Nun spielen zwar im Rundfunksektor Preise gegenüber Endkunden – abgesehen vom Pay-TV – keine Rolle, aber die Unterschiede in den Refinanzierungsmethoden wirken sich auf die Beschaffungsmärkte aus. Die Tausenderkontaktpreise sind Marktpreise, die für einen Kontakt mit den Rezipienten gezahlt werden. Die privaten Rundfunkanbieter müssen mit den Einnahmen aus Werbung ihre gesamten Kosten decken. Da die besonders begehrten Sport- und Filmrechte wegen ihres Unikatcharakters keine festen Marktpreise haben, sondern in Auktionen versteigert werden, wird das Höchstgebot der privaten Rundfunkunternehmen durch ihre Werbeeinnahmen gedeckelt.

Demgegenüber sind die öffentlich-rechtlichen Landesrundfunkanstalten in einer komfortablen Lage. Sie können – so der Vorwurf der Beschwerdeführer – die privaten Gebote geringfügig überbieten und sich die entstandenen Kosten bei der Gebührenfestsetzung refinanzieren lassen. An dieser Stelle setzt die Beihilfenkontrolle an (zur Einordnung der Rundfunkgebühr als Beihilfe vgl. Entscheidung der Kommission vom 25. 04. 2007, Abs. Nr. 145 ff.) Eine wettbewerbskonforme Überbietung läge beispielsweise vor, wenn der öffentlich-rechtliche Rundfunk durch die Qualität seines Programms mehr Zuschauer attrahieren und dadurch höhere tatsächliche oder potentielle Werbeeinnahmen generieren würde. Eine Überbietung der privaten Konkurrenten wäre jedoch wettbewerbswidrig, wenn das höhere Gebot der öffentlich-rechtlichen Anstalten durch eine Quersubventionierung aus Rundfunkgebühren zustande gekommen wäre. Für die



Beihilfenkontrolle ist es irrelevant, ob der öffentlich-rechtliche Rundfunk teilweise oder vollständig aus Rundfunkgebühren finanziert wird. Wenn der öffentlich-rechtliche Rundfunk beispielsweise in den dritten Programmen einem Werbeverbot unterliegt, können kompensatorische Rundfunkgebühren an die Stelle der entgangenen Markterlöse treten, allerdings müssen sie bei den marktfähigen Programmen dem entsprechen, was ansonsten über den Markt erwirtschaftet worden wäre.

Charakteristisch für den öffentlich-rechtlichen Programmauftrag ist die Anreicherung des Programms durch nicht-marktfähige Sozialisationsinhalte. Der Rundfunkstaatsvertrag umschreibt diesen Auftrag mit den Worten, dass der Rundfunk die internationale Verständigung, die europäische Integration und den gesellschaftlichen Zusammenhalt in Bund und Ländern fördern soll. Dabei habe der öffentlich-rechtliche Rundfunk die Grundsätze der Objektivität und Unparteilichkeit der Berichterstattung, die Meinungsvielfalt sowie die Ausgewogenheit der Angebote und Programme zu berücksichtigen. Aus europäischer Sicht ist unstrittig, dass die Mindereinnahmen bzw. Mehraufwendungen der gemeinwirtschaftlichen Aufgaben aus Rundfunkgebühren finanziert werden dürfen. Danach sind die marktfähigen Programmbestandteile über den Markt und die nicht-marktfähigen Programmelemente aus Rundfunkgebühren zu finanzieren. Dabei wird der nationale Rundfunkgesetzgeber nicht in seiner Autonomie eingeschränkt, seine eigenen Vorstellungen bei der Betrauung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks mit gemeinwirtschaftlichen Aufgaben zu realisieren. Auf dieser abstrakten Ebene ist keine Kollision zwischen der europäischen Beihilfenkontrolle und dem nationalen Rundfunkrecht zu erkennen.

Voraussetzung für das harmonische Miteinander von europäischer Beihilfenkontrolle und deutschem Rundfunkrecht ist eine eindeutige Zuordnung eines Programms entweder zum kommerziellen Sektor oder zum öffentlich-rechtlichen Programmauftrag. Beispielsweise hat die EU-Kommission die Sportsendungen und die Online-Aktivitäten dem kommerziellen Bereich zugeordnet. Sie sind deshalb der Beihilfenkontrolle voll zugänglich. Da in dieser Konzeption der kommerzielle und der gemeinwirtschaftliche Sektor nicht miteinander interagieren, ruft die Subventionierung des öffentlich-rechtlichen Programmauftrags keine wettbewerbsspolitischen Verzerrungen hervor.

Eine tiefer gehende Analyse zeigt, dass die Annahme der EU-Kommission über die Existenz von zwei getrennten Programmsegmenten nicht haltbar ist. Aus ökonomischer Sicht ist der öffentlich-rechtliche Programmauftrag so zu charakterisieren, dass er zwar einen hohen volkswirtschaftlichen Nutzen stiftet, indem er z. B. den Demokratiegedanken oder Werte wie Solidarität und Fairness in den Vordergrund rückt, aber aus individueller Sicht nur einen geringen Nutzen stiftet. Wenn die für die Entwicklung des Gemeinwesens förderlichen Sozialisationsinhalte überhaupt von den Nutzern nachgefragt werden sollen, können sie nicht in eigenständigen Sozialisationsprogrammen ausgestrahlt werden. Sie müssen – in vorsichtigen Dosen – einem attraktiven Hauptprogramm beigegeben werden. Dabei hat das marktfähige Programm die Funktion, den Verbleib den Fernsehzuschauer bei den Sendungen zu sichern, in denen Sozialisationsinhalte ausgestrahlt werden.



tionsbotschaften „versteckt“ sind (vgl. Schellhaaß 1994a). Im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Programmauftrags haben deshalb die massenattraktiven Programme eine unverzichtbare Hilfsfunktion, indem sie die Plattform schaffen, um die Zuschauer überhaupt den Sozialisationsbotschaften auszusetzen. Ansonsten gäbe es zwar ein Angebot an einem öffentlich-rechtlichen Programm, aber keine Rezipienten.

Obwohl die attraktiven marktfähigen Programme für die Verwirklichung des öffentlich-rechtlichen Programmauftrags nur eine Türöffnerfunktion haben, sind sie die Ursache für die anhaltenden Kontroversen zwischen der europäischen Beihilfenkontrolle und dem deutschen Rundfunkrecht. Für die Wettbewerbswirkungen ist es nämlich gleichgültig, ob man mit den marktfähigen Programmen Gewinne erzielen oder „nur“ Zuschauer für die Sozialisationsbotschaften gewinnen möchte. In beiden Fällen gibt es auf den Beschaffungsmärkten Konkurrenz um begehrte Programme und auf den Werbemärkten Konkurrenz um Werbekunden. Wenn der öffentlich-rechtliche Rundfunk marktfähige und nicht-marktfähige Programminhalte mischen muss, um überhaupt vom Rezipienten wahrgenommen zu werden, lassen sich die gemeinwirtschaftlichen Lasten nicht mehr eindeutig bestimmten Programmkategorien zuordnen. Methodisch folgt hieraus, dass sich die Trennung zwischen einem kommerziellen und einem gemeinwirtschaftlichen Sektor nicht aufrechterhalten lässt. Verluste aus Fehlentscheidungen, wie sie in jeder Marktwirtschaft vorkommen, lassen sich dann nicht mehr von Verlusten aus gemeinwirtschaftlichen Auflagen unterscheiden. Beispielsweise kann dann die beihilferechtlich relevante Deckungslücke, die bei der Zahlung eines überhöhten Anschaffungspreises anfällt, nicht mehr von dem beihilferechtlich irrelevanten Defizit des gemeinwirtschaftlichen Auftrages trennscharf unterschieden werden. Angesichts der Unklarheiten bei der Marktabgrenzung lässt sich dann ein Einfluss der europäischen Beihilfenkontrolle auf die Programmentscheidungen der öffentlich-rechtlichen Landesrundfunkanstalten nicht mehr ausschließen.

Die Ursachen für die Kontroversen zwischen der europäischen Beihilfenkontrolle und dem deutschen Rundfunkrecht sind also nicht in der generellen Zielinkongruenz zu orten, denn beide Rechtsordnungen könnten im Prinzip nebeneinander existieren. Die Gemengelage entsteht erst durch die Existenz von Informationsasymmetrien und daraus resultierenden Problemen bei der Marktabgrenzung. Beihilferechtlich wird zwischen kommerziellen und gemeinwirtschaftlichen Programmangeboten unterschieden, wobei die Frage der Finanzierungsmodalitäten im Vordergrund steht. Dieses Begriffspaar ist dem deutschen Rundfunkrecht wesensfremd, denn dieses unterscheidet zwischen Aktivitäten, die der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Rundfunkauftrags dienen, und solchen, die dies nicht tun. Im Mittelpunkt des Interesses steht hier die Frage der Zulässigkeit (vgl. Benzinger/Sokoll 2007, S.12 ff.). An dieser Stelle verhaken sich die beiden Rechtsordnungen, denn die für die Zuschauerbindung unverzichtbare Kopplung von marktfähigen und nicht-marktfähigen Programminhalten verhindert einen eindeutigen und unstrittigen Nachweis der mit dem gemeinwirtschaftlichen Programmauftrag verbundenen Kosten. Ein zielführendes Vorgehen muss



deshalb darin bestehen, die Kostenerfassung und -zurechnung zu verbessern. Dies setzt zum einen eine belastungsfähige Abgrenzung des öffentlich-rechtlichen Programmauftrags und zum anderen eine Konkretisierung der im Rundfunkbereich denkbaren Wettbewerbsverzerrungen voraus.

### **3. Wettbewerbspolitische Konfliktfelder der deutschen Rundfunkfinanzierung**

Das Bundesverfassungsgericht sieht für den Kernbereich des Rundfunks eine marktferne Organisationsform vor, um dem publizistischen Wettbewerb Freiraum zu verschaffen. Insofern wird der öffentlich-rechtliche Rundfunk sowohl bei der Programmgestaltung als auch bei der Finanzierung bewusst von den Markteinflüssen abgeschottet. Dazu hat das Gericht ein in sich konsistentes System zur Sicherung von Meinungsvielfalt und -freiheit entwickelt und in den verschiedenen Rundfunkurteilen stetig fortentwickelt. Privatwirtschaftliche Rundfunkunternehmen sind zwar – mit geringeren Anforderungen an die Meinungsvielfalt – zugelassen, aber auf eine dem Schutz der Meinungsvielfalt vergleichbare Konzeption einer funktionsfähigen dualen Rundfunkordnung wartet man bis heute vergebens.

Die Europäische Kommission auf der anderen Seite geht in ihrer Beihilfenkontrolle von der Konzeption eines wirtschaftlichen Wettbewerbs aus, in dem sich auf Dauer die effizienten Unternehmen durchsetzen und die Konsumentenwünsche durch eine optimale Allokation der Ressourcen in höchstmöglichem Umfang erfüllen. Dabei hat die Kommission die Mehraufwendungen aufgrund der gemeinwirtschaftlichen Lasten in ihre Konzeption integriert. Prinzipiell versucht die europäische Beihilfenkontrolle, beide Aspekte des Rundfunkmarktes, nämlich sowohl die Funktionsfähigkeit der dualen Rundfunkordnung als auch die Gewährleistung des öffentlich-rechtlichen Programmauftrags, zu berücksichtigen.

Ausgangspunkt der Beihilfenkontrolle ist stets die Höhe der gewährten Beihilfe, ein Aspekt, an dem die juristische Konzeption der Überkompensation ansetzt. Sie soll vorliegen, wenn die Gebühreneinnahmen über dem Betrag liegen, der zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Programmauftrags erforderlich ist. Für die Praxis wird diese Konstellation jedoch ausgeschlossen, da die Finanzanforderungen der Rundfunkanstalten von der KEF im Hinblick auf Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit überprüft werden. Insofern akzeptiert das deutsche Rundfunkrecht zwar die grundsätzliche Anwendbarkeit der europarechtlichen Beihilfenvorschriften auf den Rundfunk, erteilt der Rundfunkgebühr jedoch zugleich eine Generalabsolution, weil eine Überkompensation durch geeignete Überwachungsinstitutionen ausgeschlossen wird.

Diese definitorische „Problemlösung“ kann nicht überzeugen, denn die KEF hat nur einen eingeschränkten Prüfauftrag. Dies ist Ausfluss der verfassungsrechtlichen Zielhierarchie, wonach das Grundrecht der Meinungsfreiheit Vorrang vor dem einfachen Gebot von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit hat. Die generelle Aussage, dass auch in den programmrelevanten Bereichen die Gebühren nur

die erwarteten Kosten decken, ist zwar als solche richtig, aber für eine wettbewerbspolitische Analyse unzureichend. Wenn sich beispielsweise der öffentlich-rechtliche Rundfunk durch ein sehr hohes Gebot die Bundesliga-Rechte sichert, ist im Regelfall das Kostendeckungskriterium erfüllt. Bei der Anmeldung für die jeweilige Gebührenperiode wird der entsprechende Betrag für die Sportrechte eingestellt, die KEF muss diese Programmentscheidung akzeptieren, und im Nachhinein decken die Rundfunkgebühren gerade die angefallenen Kosten.

Aus wettbewerbstheoretischer Sicht ist das Kriterium der Kostendeckung irrelevant, hier kommt es nur darauf an, ob das Gebot des öffentlich-rechtlichen Rundfunks einem Markttest standhalten kann. Diesen kann man sich wie folgt vorstellen: Würde der öffentlich-rechtliche Rundfunk, wenn er die Sportrechte genauso wie die privatwirtschaftlichen Konkurrenten über Werbung refinanzieren müsste, das gleiche Gebot wie unter dem Regime der Rundfunkgebühren abgeben? Selbstverständlich darf die Refinanzierung über den Markt durch eine Beihilfe ergänzt werden, wenn eine öffentlich-rechtliche Sportsendung durch gemeinwirtschaftliche Lasten, z. B. durch eine die Zuschauer nervende Betonung des Gedankens der Fairness, geprägt wäre. Die meisten Beobachter sind sich jedoch darüber einig, dass Sportsendungen nicht durch ein besonders hohes Maß an Sozialisationsbotschaften auffallen.

Der grundlegende Einwand gegen das Konzept der Überkompensation bezieht sich darauf, dass die Kostenkontrolle durch die KEF an dem Ziel der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, aber nicht an dem Ziel der Wettbewerbskonformität orientiert ist. Greifen wir als Beispiel die berühmten goldenen Wasserhähne heraus. Der durch die Wahl von Luxusvarianten entstehende Mehraufwand ist ein Ärgernis für die Gebührenzahler, aber keine Behinderung von Wettbewerbern. Zweifelsohne handelt es sich hier um eine Überkompensation in dem Sinn, dass die Konsumenten stärker als unbedingt erforderlich belastet werden. Auf die Beziehungen zwischen dem öffentlich-rechtlichen und dem privatwirtschaftlichen Rundfunk hat dies jedoch keine Auswirkungen, da die Überkompensation nicht für eine Intensivierung des Wettbewerbs auf den Programm- oder Werbemärkten verwendet wird. Auf normalen Märkten wäre eine Subventionierung der goldenen Wasserhähne eine unzulässige Beihilfe, da hierdurch ein ineffizienter Wettbewerber zulasten der effizienten Konkurrenten im Markt gehalten würde. Hier kommt jedoch eine rundfunkspezifische Besonderheit zum Tragen, denn wegen der Vielfaltsanforderungen des Bundesverfassungsgerichts ist die Existenz des öffentlich-rechtlichen Rundfunks eine notwendige Voraussetzung für die Zulassung von privaten Rundfunkunternehmen. Dieses verfassungsrechtliche Gebot muss auch von der Europäischen Kommission beachtet werden, was bislang in der Beihilfenkontrolle nicht geschehen ist. Eine Gleichsetzung von Überkompensation mit unzulässiger Beihilfe ist deshalb nicht möglich. Schon allein deshalb läuft das rundfunkrechtliche Kostendeckungskriterium als Argument zur Ablehnung der Beihilfenkontrolle ins Leere.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das rundfunkrechtliche Kostendeckungsprinzip andere Ziele als die europarechtliche Beihilfenkontrolle verwirklichen möchte. Beide Ziele erfordern unterschiedliche Prüfkriterien. Nach den



Aussagen des Bundesverfassungsgerichts geht es bei der Forderung nach Kostendeckung darum, den Rundfunkteilnehmer vor Überforderung zu schützen. Dies ist die Aufgabe der KEF. Dazu genügt es, die Gesamtkosten des öffentlich-rechtlichen Rundfunksystems den Gesamteinnahmen aus Rundfunkgebühren gegenüberzustellen. Nach diesem Kriterium ist es geboten, eventuelle Überschüsse bei marktgängigen Sendungen mit dem Subventionsbedarf bei Minderheitensendungen zu verrechnen.

Bei der europäischen Beihilfenkontrolle geht es darum, den Wettbewerb vor Verfälschungen durch staatliche Interventionen zu schützen. Um bei unserem Beispiel der Bundesligarechte zu bleiben, ist zu prüfen, ob das höhere Gebot des öffentlich-rechtlichen Rundfunks aufgrund einer höheren Zuschauerzahl gerechtfertigt ist, oder ob es – bei einer niedrigeren Zuschauerakzeptanz als im privaten Rundfunk – durch Rundfunkgebühren quersubventioniert wird. Aus wettbewerbstheoretischer Sicht ist die Höhe der Rundfunkgebühr insgesamt irrelevant, hier kommt es nur darauf an, ob der Betrag, der den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten auf den wettbewerblich umkämpften Programmmärkten für den Rechteerwerb zur Verfügung steht, wettbewerbskonform ist. Überkompensation im Sinne der europäischen Beihilfenregelungen liegt deshalb vor, wenn die Rundfunkgebühr den Aufwand für die Erbringung des gemeinwirtschaftlichen Auftrages überschreitet und dadurch teilweise zur Quersubventionierung von marktfähigen Programmen eingesetzt werden kann.

Die Begrenzung des Prüfkriteriums auf die finanzielle Abwicklung des gemeinwirtschaftlichen Auftrages lässt offen, mit welchem Wirtschaftsergebnis der öffentlich-rechtliche Rundfunk seine kommerziellen Programmaktivitäten abschließt. Gehen wir einmal davon aus, dass er bei seinen Sportübertragungen einen Gewinn erzielt. Anders als bei dem rundfunkrechtlichen Kostendeckungsprinzip spielt dieser Gewinn bei der Überprüfung der Beihilfe keine Rolle. Gewinne im marktfähigen Programmbereich müssen nicht mit den Verlusten im nicht-marktfähigen Bereich der Sozialisation verrechnet werden, weil ein privater Investor dies ebenfalls nicht tun würde. Unter der Voraussetzung, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk in seinem marktfähigen Programm sehr erfolgreich wäre, würde dies bedeuten, dass die nach der europäischen Beihilfenkontrolle zulässige Rundfunkgebühr höher als die nach deutschem Rundfunkrecht angemessene Rundfunkgebühr sein könnte.

An dieser Stelle unterliegt die Kommission in ihrer Entscheidung vom 25. 04. 2007 einem Denkfehler, weil sie in ihren Empfehlungen ebenfalls das Prinzip der Kostendeckung hervorhebt, was mit dem marktkonformen Private-Investor-Test nicht kompatibel ist. Charakteristisch für den Marktmechanismus sind Überschüsse bzw. Defizite. Wenn Verluste als solche ein Element einer funktionsfähigen Marktwirtschaft sind, muss man akzeptieren, dass Verluste der kommerziell betriebenen Tochtergesellschaften von der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt übernommen werden müssen (dagegen Entscheidung der Kommission vom 25. 04. 2007, Absatz Nr. 270). Ebenso sind Überschüsse von Tochtergesellschaften für eine funktionierende Marktwirtschaft charakteristisch. Aus Sicht der Beihilfenkontrolle ist es deshalb inkonsistent, die Überschüsse der

kommerziellen Aktivitäten mit den Defiziten der gemeinwirtschaftlichen Lasten zu verrechnen (so die Kommission in ihrer Entscheidung vom 25. 04. 2007, Absatz Nr. 281). Dies ist eine Schutzvorschrift zugunsten der Verbraucher, die gut in die Konzeption des deutschen Verfassungsgerichts passt, aber nicht in die marktwirtschaftliche Konzeption der Beihilfenkontrolle.

Statt des Kriteriums der Überkompensation empfiehlt es sich, bei der Beihilfenkontrolle auf die bei der Behinderungsmissbrauchsaufsicht bewährten Verfahren zurückzugreifen. Es gehört zu den generellen Eigenschaften eines funktionsfähigen Wettbewerbs, dass sich die Konkurrenten bei der Erschließung neuer Märkte, bei der Sicherung von Programmen oder bei der Abwerbung von Werbekunden gegenseitig in die Quere kommen. Bei diesem evolutorischen Prozess von Vorstoß und innovatorischem Nachziehen erlebt mal der eine, mal der andere Wettbewerber eine Enttäuschung, weil seine Pläne nicht aufgehen. Enttäuschung allein reicht für einen Einsatz der Beihilfenkontrolle nicht aus. Die Beihilfenkontrolle greift erst ein, wenn es zu einer Enttäuschung aufgrund der einseitigen finanziellen Förderung eines Konkurrenten durch den Staat kommt. Um welche Aktionen es sich dabei handeln kann, sollen die folgenden Fallgestaltungen exemplifizieren.

*Fall 1: Dilemma der Vielfalt:* Es ist unstrittig, dass es im Medienbereich bei einem Primat des wirtschaftlichen Wettbewerbs zu einer suboptimalen Produktvielfalt kommt. Dies ist einer der Gründe für die starke Stellung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten bei der Gestaltung ihres Programms. Aber wo endet die verfassungsrechtlich gebotene Kompensation des Defizits an Meinungsvielfalt und schlägt in eine ungezügelter Programmexpansion des öffentlich-rechtlichen Rundfunks um? Jedes weitere Regionalstudio, jedes weitere Minderheitenprogramm erhöht die Meinungsvielfalt, aber zugleich vermindern sie angesichts der Zeitrestriktionen der Zuschauer die Marktzutrittschancen privater Wettbewerber. Unter Beihilfegesichtspunkten interessiert dabei, ob mit Hilfe der Rundfunkgebühren immer weitere defizitäre Programme für neue Minderheiten angeboten werden dürfen, oder ob dies eine unzulässige Beihilfe ist, weil hierdurch das verbleibende Marktsegment für die privaten Wettbewerber geschmälert wird. In der digitalisierten Welt wird die Brisanz dieses Themas zunehmen, da angesichts der Kanalvermehrung immer mehr Minderheiten auch privatwirtschaftlich bedient werden können.

*Fall 2: Dilemma der Qualität:* Der öffentlich-rechtliche Programmauftrag soll nicht nur quantitative Lücken in der Meinungsvielfalt schließen, sondern auch für ein qualitativ hochwertiges Angebot sorgen. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk ist zu Recht darauf stolz, dass er bei den Nachrichtensendungen eine hohe Qualität gewährleistet. Die weniger sichtbaren Folgen dieser Qualitätsoffensive bestehen darin, dass es sich für die privaten Wettbewerber nicht lohnt, bei den Nachrichtensendungen in einen intensiven qualitativen Wettbewerb mit den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zu treten. Sie haben, da sie auf eine Refinanzierung der Nachrichten über den Markt angewiesen sind, keine Chance, jemals einen komparativen Wettbewerbsvorteil gegenüber den subventionierten Nachrichtensendungen der öffentlich-rechtlichen Anstalten zu erlangen. Betriebs-





wirtschaftlich ist es dann rational, bei den privaten Nachrichtensendungen eine geringere Qualitätsstufe zu wählen. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die privaten Anbieter keine bessere Qualität anbieten könnten, sondern es besagt nur, dass es angesichts der Beihilfe für die öffentlich-rechtlichen Nachrichten nicht lohnend ist, eine höhere Qualität anzubieten. Dies ist eines der schwierigsten wettbewerbsrechtlichen Probleme, denn intuitiv mag jeder eine hohe Qualität wünschen, aber man muss sich darüber im Klaren sein, dass eine über dem Marktgleichgewicht liegende Qualitätsstufe des öffentlich-rechtlichen Rundfunks die Zutrittschancen der privaten Wettbewerber schmälert.

*Fall 3: Dilemma des Zeitpunkts des Markteintritts:* Je intensiver der Wettbewerb ist, umso früher erfolgt ein Marktzutritt, um Marktanteile auf Dauer zu sichern. Im Wettbewerb findet diese Tendenz zur Vorverlegung ein Ende, wenn ein Marktzutritt gerade noch die marktübliche Rendite abwirft. Wenn ein Anbieter auf Rundfunkgebühren zurückgreifen kann, ist das Kostendeckungskriterium keine Grenze mehr für die Vorverlegung des Marktzutritts. Unter dem Blickwinkel des publizistischen Wettbewerbs kann es interessant sein, einen neuen Verbreitungsweg oder ein neues Programmformat bereits zu starten, wenn es sich finanziell noch nicht trägt. Private Investoren, die auf eine Refinanzierung ihres Marktzutritts durch Markterlöse angewiesen sind, können dabei nicht mithalten. Da der Erstinnovator aufgrund der Wechselkosten in der Regel einen bleibenden Wettbewerbsvorteil erringt, können die öffentlich-rechtlichen Anstalten den zu erwartenden Zuschaueranteil für die private Konkurrenz so stark drücken, dass sich ihr Marktzutritt auf Dauer nicht mehr rechnet. Auch hier ist es schwierig, zwischen wettbewerbskonformen und wettbewerbswidrigen Marktzutritten zu unterscheiden, denn die Eroberung neuer Märkte ist für alle Marktteilnehmer an sich zulässig und zudem im Regelfall mit Anfangsverlusten verbunden.

Angesichts dieser Wettbewerbswirkungen hält es die Kommission „nicht für akzeptabel, dass es im Rahmen der derzeitigen Finanzierungsregelung ausschließlich den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten einschließlich ihrer internen Aufsichtsgremien überlassen bleibt, den Umfang ihrer Tätigkeiten festzulegen. Die Frage der Beauftragung ist von der Frage der redaktionellen Unabhängigkeit zu trennen, die durch das Erfordernis der Beauftragung nicht in Frage gestellt wird“ (Entscheidung der Kommission vom 25. 04. 2007, Absatz Nr. 251). Hieraus resultiert die Forderung nach einer Schärfung des öffentlich-rechtlichen Programmauftrags.

#### **4. Schärfung des Programmauftrags als Vorstufe der Beihilfenkontrolle**

Normalerweise erfolgt die Prüfung, ob eine Beihilfe zulässig oder unzulässig ist, durch eine Marktsimulation. Für die normalen Beihilfeverfahren ist charakteristisch, dass es für die untersuchten Produkte einen Markt gibt, auf dem das Zusammenspiel von Angebot und Nachfrage Preis und Qualität bestimmen. Vor diesem Hintergrund lassen sich der Mehraufwand bzw. die Mindereinnahmen aufgrund gemeinwirtschaftlicher Lasten relativ zuverlässig errechnen.

Diese für die Beihilfenkontrolle elementare Voraussetzung ist auf Rundfunkmärkten nicht gegeben, da das Bundesverfassungsgericht im Hinblick auf die Meinungsvielfalt ausdrücklich ein Abweichen vom Marktergebnis fordert. Die EU-Kommission überwindet diese Schwierigkeiten, indem sie den so genannten klassischen Rundfunkauftrag völlig aus der Beihilfenkontrolle herausnimmt und statt dessen die Beihilfenkontrolle auf die Programmaktivitäten konzentriert, bei denen ein intensiver Wettbewerb zwischen den privaten und öffentlich-rechtlichen Rundfunkunternehmen besteht. Konkret handelt es sich um die Sportberichterstattung, die digitalen Kanäle und die Onlineaktivitäten. Implizit unterstellt die EU-Kommission bei diesen Programmkategorien, dass sie so gut wie keine Sozialisationsinhalte verbreiten, d. h. die öffentlich-rechtliche Berichterstattung über eine Fußballweltmeisterschaft unterscheidet sich kaum von einer privatwirtschaftlichen Übertragung.

Bei diesen Programmkategorien findet der Private-Investor-Test Anwendung. Danach muss sich der öffentlich-rechtliche Rundfunk so behandeln lassen, als wenn er wie ein privater Unternehmer im Wettbewerb stünde. Die kommerziellen Tätigkeiten müssen in Zukunft in selbständige Tochtergesellschaften ausgelagert werden, die marktkonform agieren und dem Prinzip des marktwirtschaftlichen Investors genügen müssen. Dies verlangt die Berücksichtigung der Präferenzen der Konsumenten auf der Nachfrageseite, was bedeutet, dass die Breite der Meinungsvielfalt durch die Sehbeteiligungen gesteuert wird; Randsportarten werden im Zweifelsfalle nicht ausgestrahlt. Wenn man – wie die EU-Kommission – der Sportberichterstattung und den Online-Aktivitäten gemeinschaftsförderliche Sozialisationsinhalte abspricht, ist es nur konsequent, wenn sie in einem marktlichen Auswahlverfahren unterliegen. Eine Quersubventionierung aus Rundfunkgebühren, um das aus der mangelnden Sehbeteiligung resultierende Defizit aufzufangen, wäre dann eine unzulässige Beihilfe.

Faktisch mag es so sein, dass der Spitzensport im öffentlich-rechtlichen Fernsehen wie ein kommerzielles Angebot präsentiert wird. Dennoch stößt das Vorgehen der EU-Kommission auf theoretische Bedenken. Sozialisation ist ein Programmelement, für das die Zuschauer keine originäre Nachfrage entwickeln. Die Anreicherung eines Programms mit Sozialisationsinhalten führt im Regelfall zum Umschalten einiger Zuschauer. Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten haben deshalb das Optimierungsproblem zu lösen, wie sie den Gesamtumfang ihrer Sozialisation auf die einzelnen Programmkategorien verteilen. Bei einigen Sendungen kann schon eine geringe Beimischung an Sozialisation viele Zuschauer zum Abschalten bewegen, bei anderen Sendungen wird nahezu kein Zuschauererrückgang eintreten, weil das zugrunde liegende Programm sehr attraktiv ist. Um den Gesamtverlust an Zuschauern zu minimieren, besagt die Ramsey-Preisregel, dass umso mehr Sozialisation in ein Programm integriert werden soll, je unelastischer die Sehbeteiligung der Zuschauer ist (vgl. Schellhaaß 1994a).

Bei Spitzensportveranstaltungen ist ein Umschalten der Zuschauer kaum zu befürchten, wenn der Reporter bei einer Europa- oder Weltmeisterschaft z. B. auch etwas über Land und Leute erzählt. Dies wäre eine Komponente, durch



die sich eine öffentlich-rechtliche von einer privaten Sportberichterstattung unterscheiden könnte. Im Gegensatz zu einer weit verbreiteten Meinung soll der öffentlich-rechtliche Rundfunk nicht auf kommerziell verwertbare Angebote verzichten, sondern er soll sie als Vehikel benutzen, um seine Sozialisationsbotschaften an den Konsumenten heranzutragen. Unter diesem Blickwinkel sind gerade Sportübertragungen eine geeignete Programmkategorie, um den öffentlich-rechtlichen Programmauftrag zu erfüllen.

Faktisch mag die EU-Kommission Recht haben, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk dieses Potential derzeit nicht nutzt. Würden jedoch die Sportübertragungen – wie vorgesehen – dem Private-Investor-Test unterworfen, könnte dieses Potential an Sozialisation auch in Zukunft nicht genutzt werden. Insofern ist festzuhalten, dass nach dem gegenwärtigen Stand des Rechtsstreits die europäische Beihilfenkontrolle im Bereich der Sportberichterstattung und der Online-Aktivitäten eine Verwirklichung des öffentlich-rechtlichen Programmauftrags verhindern würde. An dieser Stelle gäbe es dann eine Unvereinbarkeit zwischen der europäischen Beihilfenkontrolle und dem öffentlich-rechtlichen Programmauftrag.

Für den großen Bereich des klassischen Rundfunkauftrags verzichtet die EU-Kommission auf eine Beihilfenkontrolle, indem sie „eine ‚breit gefasste‘ Definition akzeptiert, die ein ausgewogenes und breit gefächertes Programm einschließt und sich eher auf qualitative als auf quantitative Kriterien stützt“ (Entscheidung der Kommission vom 25. 04. 2007, Absatz Nr. 224). Arbeitsökonomisch ist das insoweit gerechtfertigt, als defizitäre Minderheitenprogramme für private Rundfunkunternehmen nicht begehrenswert sind, so dass hier keine Wettbewerbsverfälschungen entstehen. Zu dem klassischen Programmauftrag gehören jedoch auch die Spielfilme, um deren Rechte sich ein intensiver Wettbewerb entwickelt hat. Spielfilme eignen sich im Prinzip ebenfalls sehr gut als Vehikel für Sozialisationsbotschaften, da sie eine unelastische Nachfrage aufweisen. Diese Aussage gilt jedoch ausschließlich für Eigenproduktionen. Bei den auf dem Markt eingekauften Spielfilmen bieten dagegen öffentlich-rechtliche und private Sender ein identisches Produkt an, so dass der generelle Verzicht auf den Private-Investor-Test etwas voreilig erscheint.

Konzeptionelle Schwierigkeiten entstehen, sobald die Qualitätskomponente ins Spiel kommt. Als Beispiel wollen wir die Nachrichtensendungen heranziehen. Der spezielle Wettbewerbsvorteil der öffentlich-rechtlichen Sender liegt darin, dass sie eine Qualität anbieten, die sich auf dem Markt nicht refinanzieren lässt. Rechtlich gesehen steht es den privaten Rundfunkunternehmen frei, eine gleichwertige Qualität bei den Nachrichtensendungen anzustreben. Betriebswirtschaftlich macht diese Strategie jedoch keinen Sinn, da sie nicht die geringste Chance haben, hier einen Wettbewerbsvorteil gegenüber den öffentlich-rechtlichen Sendern zu erringen. Wie sind diese Wettbewerbswirkungen in der Interaktion zwischen öffentlich-rechtlichem Programmauftrag und europäischer Beihilfenkontrolle zu bewerten?

Eine hohe Qualität von Nachrichtensendungen ist ein essentieller Input für die Funktionsfähigkeit einer Demokratie, so dass diese als eine besondere Ausprä-



gung des öffentlich-rechtlichen Programmauftrags interpretiert werden kann. Folgt man dieser Ansicht, bedeutet dies die faktische Schließung des Nachrichtenmarktes für die private Konkurrenz. Beihilferechtlich ist dies zulässig, wenn der öffentlich-rechtliche Programmauftrag eine besonders hohe Qualität vorsieht (vgl. Wiedemann 2008, S. 15).

Die Subventionierung aus Rundfunkgebühren kann dadurch begründet werden, dass hier Gemeinwohl fördernde Sozialisationswirkungen eintreten. Die Bedeutung gut recherchierter und den Vielfaltsgedanken unterstützender Nachrichten für die Entwicklung einer Demokratie ist offensichtlich. Der Erwerb der qualitativ besten Sport- und Filmrechte lässt sich wesentlich schwieriger begründen, da diese Programme, wenn sie der öffentlich-rechtliche Rundfunk nicht ausstrahlen würde, von den privaten Rundfunkunternehmen gesendet würden. Anders als bei den Nachrichtensendungen würde das Gesamtspektrum an Meinungsvielfalt nicht beeinträchtigt werden, wenn der öffentlich-rechtliche Rundfunk auf die teuersten Sport- und Filmrechte verzichten würde.

Für die Beihilfenkontrolle lässt sich hieraus folgendes Vorgehen ableiten. Bislang ist die Programmautonomie in Deutschland so interpretiert worden, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten selbst die jeweilige Qualität festgelegt haben. Da eine über dem Marktniveau liegende Qualität Wettbewerber aus dem Markt drängt, kann diese Entscheidung den Landesrundfunkanstalten nicht selbst überlassen werden, da sie in dem Ringen um Marktanteile nicht als Schiedsrichter, sondern als Mitspieler agieren (vgl. Entscheidung der Kommission vom 25. 04. 2007, Absatz Nr. 251). In ähnlicher Weise äußert sich das Bundesverfassungsgericht im Hinblick auf den Schutz der Konsumenten vor Überforderung: „Denn die Anstalten bieten aufgrund ihres, jeder Institution eigenen Selbstbehauptungs- und Ausweitungsinteresses keine hinreichende Gewähr dafür, dass sie sich bei der Anforderung der finanziellen Mittel im Rahmen des Funktionsnotwendigen halten“ (BVerfG, 1 BvR 2270/05 vom 11. 09. 2007, Absatz Nr. 138). Für beide Adressaten muss der Gesetzgeber durch eine Schärfung des öffentlich-rechtlichen Programmauftrags konkret angeben, bei welchen Programmkategorien eine über dem Marktniveau liegende Qualitätsstufe zur Erfüllung des Programmauftrags erforderlich ist. Der hierdurch entstehende Mehraufwand ist dann eine gemeinwirtschaftliche Last im Sinne der Beihilfenkontrolle. Durch diese Vorgehensweise behalten die Mitgliedsstaaten ihren vollen Autonomiebereich, wobei sie bei ihrer Entscheidung berücksichtigen müssen, dass hohe qualitative Anforderungen an den öffentlich-rechtlichen Rundfunk gleichzeitig die Anreize für eine privatwirtschaftliche Tätigkeit auf diesen Gebieten stark verringern. Der Gesetzgeber kann als ein unparteiischer Schiedsrichter zwischen den Interessen öffentlich-rechtlicher und privater Rundfunkveranstalter betrachtet werden, so dass er dieses Werturteil fällen kann.

Neben der Überwachung des aktuellen Marktgeschehens hat die EU-Kommission bei ihrer Konzeption auch die dynamischen Wettbewerbsfunktionen im Blick. Die Präzisierung des öffentlichen Auftrages soll es privaten Anbietern ermöglichen, die langfristigen Chancen von Marktzutritten abzuwägen. Dies ist wegen des sunk-cost-Charakters von Investitionen eine wesentliche Vorausset-



zung für eine funktionsfähige Marktwirtschaft (vgl. Entscheidung der Kommission vom 25. 04. 2007, S. 70). Mit der Verbesserung der Planungssicherheit hat die EU-Kommission jedoch kein Marktergebnis vorweggenommen. Es bleibt beihilferechtlich offen, ob der öffentlich-rechtliche Rundfunk den privaten Wettbewerbern das digitale Feld überlässt, oder ob sich die privaten Anbieter mit den Marktsegmenten begnügen müssen, die ihnen die öffentlich-rechtlichen Anstalten freiwillig überlassen.

In seinem Urteil vom September 2007 hat das Bundesverfassungsgericht ebenfalls eine Schärfung des öffentlich-rechtlichen Programmauftrags gefordert. Damit ist die bislang ungeklärte Frage entschieden worden, in welcher Weise das Interesse der Gebührenzahler an niedrigen Rundfunkgebühren in den Entscheidungsprozess eingebracht werden kann. Um eine unzulässige Einflussnahme auf das Programm zu vermeiden, darf die Ermittlung der Rundfunkgebühr nicht mit strukturellen Überlegungen, wie z. B. einer Fusion von Landesrundfunkanstalten, der Schließung von Regionalstudios oder der Einstellung verschiedener Hörfunkprogramme verquickt werden. Die letztgenannten medienpolitischen Ziele sind legitim, allerdings müssen die medienpolitischen Weichenstellungen in einem separaten Rechtsakt vollzogen werden. Nach dem deutschen Verfassungsrecht soll durch die Schärfung des öffentlich-rechtlichen Programmauftrags der Ausgleich zwischen den Interessen der Gebührenzahler an niedrigen Rundfunkgebühren und den Interessen der Rundfunkanstalten an einer funktionsgerechten Finanzierung verwirklicht werden.

Aus ökonomischer Sicht ist die juristische Vorgabe einer Präzisierung des öffentlich-rechtlichen Programmauftrags in der Weise zu interpretieren, dass der Rundfunkgesetzgeber mit hinreichender Genauigkeit die Bereiche zu definieren hat, in denen vom Marktergebnis abgewichen werden soll. Denn die eigentliche Begründung für die Rundfunkgebühr kommt erst dann zum Tragen, wenn der öffentlich-rechtliche Rundfunk Zusatzleistungen offeriert, die die private Konkurrenz nicht anbietet. Wirtschaftstheoretisch handelt es sich um den weiten Bereich der externen Erträge der Sozialisationsbotschaften auf der einen Seite und um die höheren Qualitätsvorgaben für bestimmte Programmkategorien auf der anderen Seite. Mit anderen Worten, es wird von den Parlamenten erwartet, dass sie – anders als bisher – Art und Umfang der gemeinwirtschaftlichen Lasten in einer nachprüfbaren Art umschreiben. Wenn dies erfolgt, ist die nach den verfassungsrechtlichen Vorschriften errechnete Rundfunkgebühr im Prinzip mit den wettbewerbsrechtlichen Vorgaben der EU-Kommission vereinbar. Insofern zielen die von der EU-Kommission und dem deutschen Bundesverfassungsgericht geforderten Änderungen in die richtige Richtung.

Aufgrund der unterschiedlichen Ziele sind die Erwartungen der Europäischen Kommission und des Bundesverfassungsgerichts an die Schärfung des Programmauftrags in ihrer Wirkungsrichtung nicht deckungsgleich, es genügt jedoch, wenn sie miteinander kompatibel sind. Ein Beispiel soll dies erläutern: Der deutsche Rundfunkgesetzgeber steuert die Online-Aktivitäten der Rundfunkanstalten zum einen durch die Deckelung der finanziellen Aufwendungen auf 0,75 % des Budgets und zum anderen durch das Erfordernis der Programm-

begleitung. Aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht hingegen kann sowohl auf die Deckelung als auch auf den Programmbezug verzichtet werden, da diese für die Wettbewerbswirkungen irrelevant sind. Nichtsdestoweniger ist eine nationale Einschränkung der Onlineaktivitäten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten mit den Beihilferegelungen kompatibel (vgl. Antoniadis 2007, S. 3).

## 5. Schluss

Gegenwärtig befinden wir uns im Anfangsstadium der Anwendung der Beihilfenkontrolle auf medienpolitische Sachverhalte. Angesichts des innovativen Verfahrens ist es sinnvoll, Erfahrungen mit der Methode und den Reaktionen der Marktbeteiligten auf abgegrenzten Konfliktfeldern zu sammeln. Insofern ist die konkrete Benennung von drei wettbewerblich stark umkämpften Programmkategorien als ein erster Schritt der EU-Kommission zu interpretieren, um die Beihilfenkontrolle auf den Rundfunkbereich auszudehnen. Hiermit soll als erste Stufe eines jeden Wettbewerbsverfahrens der relevante Markt abgegrenzt werden.

Die verbleibenden Konfliktfelder resultieren aus einer unterschiedlichen Abgrenzung des relevanten Marktes. Aus wettbewerbstheoretischer Sicht verläuft die Grenzlinie für die Beihilfenkontrolle zwischen den marktfähigen und den nicht-marktfähigen Programminhalten. Die kommerziellen Angebote, die auch im öffentlich-rechtlichen Rundfunk ausgestrahlt werden dürfen, werden dem Private-Investor-Test unterworfen. Dagegen ist die Finanzierung der gemeinwirtschaftlichen Lasten in den nicht-marktfähigen Programmen aus der Rundfunkgebühr unstrittig, denn diese werden per definitionem vom Markt nicht vergütet.

Diese Grenzziehung ist allerdings nicht mit der von der EU vorgenommenen Abgrenzung nach Programmkategorien identisch. Die EU betrachtet die Sportrechte und die digitalen Zusatzkanäle als kommerzielle Angebote, die in einer getrennten Rechnungslegung zu erfassen sind. Die Anlegung des Markttestes an Sportsendungen erlaubt es dann auf der einen Seite nicht mehr, attraktive Sportsendungen als Vehikel für nicht-marktfähige Sozialisationsbotschaften zu nutzen. Auf der anderen Seite ist die pauschale Freistellung des klassischen Rundfunkauftrags von der Beihilfenkontrolle vermutlich nur eine Zwischenetappe, denn die marktfähigen Programmbestandteile, z. B. Spielfilme, unterliegen in einer dualen Rundfunkordnung einem intensiven Wettbewerb, dessen Spielregeln durch die Beihilfenkontrolle zu überwachen sind. Die Kommission wollte sich jedoch zunächst auf die Prüfung von unverhältnismäßigen Auswirkungen auf den Wettbewerb beschränken (vgl. Antoniadis 2007, S. 6).

Insofern sind die Konfliktfelder zwischen der europäischen Beihilfenkontrolle und dem deutschen Rundfunkrecht mit der vorliegenden Entscheidung noch nicht gelöst. Allerdings sind jetzt die Bundesländer und die Rundfunkanstalten Herr des Verfahrens, denn es ist „allein Aufgabe der Beteiligten in Deutschland, sich auf einen neuen Rechtsrahmen zu einigen, der allerdings die Brüssel gegenüber gemachten Zusagen voll umfänglich umzusetzen hat“ (Antoniadis 2007, S. 3). Damit eröffnen sich Chancen und Gestaltungsspielräume für die Weiterentwicklung der dualen Rundfunkordnung. Auch wenn Deutschland seine Rechts-



position, wonach die Rundfunkgebührenfinanzierung keine Beihilfe im europäischen Rechtssinne ist, förmlich gewahrt hat, ist zu erwarten, „dass das Beihilferecht deutliche Spuren im deutschen Rundfunkrecht hinterlässt“ (Wiedemann 2008, S. 7). Sollte es allerdings nicht gelingen, die beihilferechtlichen Vorgaben in das deutsche Rundfunkrecht zu integrieren, sind weitere Rechtsstreitigkeiten und hieraus resultierende Präzisierungen der Beihilfenkontrolle zu erwarten. Hier eröffnet sich noch ein weites Feld für vertiefende wissenschaftliche Analysen.

### Literaturverzeichnis

- Antoniadis, A.: Die Konsequenzen der Beilegung des Rechtsstreits mit der Europäischen Kommission aus Sicht der Europäischen Kommission. Arbeitspapiere des Instituts für Rundfunkökonomie an der Universität zu Köln, Heft 235, Köln 2007
- Armstrong, M.: Public Service Broadcasting. Fiscal Studies 26 (2005), S. 281-299
- Bensinger, V. und Sokoll, K.: Die EU-Vorgaben für kommerzielle Aktivitäten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Umsetzung und Konsequenzen. Arbeitspapiere des Instituts für Rundfunkökonomie an der Universität zu Köln, Heft 234, Köln 2007
- Bundesverfassungsgericht: Urteil vom 11. 09. 2007 (1 BvR 2270/05; 1 BvR 809/06; 1 BvR 830/06); abgedruckt in: Mediaperspektiven Dokumentation II/2007, S. 1-47. Zitierung: BVerfG 1 BvR 2270/05 vom 11. 09. 2007
- Europäische Kommission: Staatliche Beihilfe E3/2005-Deutschland. Die Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in Deutschland. Brüssel, 24. 04. 2007, K(2007)1761 endg.
- Hain, K. E.: Sicherung des publizistischen Pluralismus auf europäischer Ebene? AfP - Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht 06-2007, S. 527-534
- Schellhaaß, H.: Instrumente zur Sicherung der Meinungsvielfalt im Fernsehen. Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik 39 (1994a), S. 233-253
- Schellhaaß, H.: Sicherung der Rundfunkfreiheit - Eine ökonomische Interpretation der Fernsehurteile. Jahrbuch für Sozialwissenschaften 45 (1994b), S. 228-244
- Schellhaaß, H.: Ist die Rundfunkgebühr eine unzulässige Beihilfe? - Eine ökonomische Analyse. In: K. Stern, H. Prütting (Hrsg.), Rechtliche und ökonomische Fragen der Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Lichte des europäischen Rechts (Schriftenreihe des Instituts für Rundfunkrecht an der Universität zu Köln, Bd. 73). Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1998, S. 41-54
- Wiedemann, V.: Die Konsequenzen der Beilegung des Rechtsstreits mit der Europäischen Kommission aus Sicht des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Arbeitspapiere des Instituts für Rundfunkökonomie an der Universität zu Köln, Heft 239, Köln 2008



ISBN 978-3-938933-46-6  
ISSN 0945-8999