

Die Rundfunkgebühren auf dem Prüfstand des Altmark Trans-Urteils des Europäischen Gerichtshofs *

Von Professor Dr. Christian Koenig**, LL.M. (LSE), und Dr. Andreas Haratsch***, Bonn

Am 24. Juli 2003 hat der Europäische Gerichtshof in seinem Altmark Trans-Urteil seine Rechtsprechung zum Beihilfenbegriff, wie sie in der Ferring-Entscheidung Ausdruck gefunden hat, fortgeführt und präzisiert. Das Urteil enthält wesentliche Vorgaben für die Frage, ob die Gegenleistung für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, mit denen ein Unternehmen betraut ist, eine Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG darstellt. Im Folgenden wird die Gebührenfinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Deutschland an den Maßstäben des Altmark Trans-Urteils gemessen.

I. Der Beihilfentatbestand

Nach Art. 87 Abs. 1 EG »sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen«. Eine Begünstigung ist allerdings ausgeschlossen, wenn der geldwerten Leistung eine angemessene Gegenleistung (Kompensation) gegenübersteht. Umstritten waren dabei bislang die Fälle, in denen ein Unternehmen mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Sinne von Art. 86 Abs. 2 EG betraut ist und hierfür eine Gegenleistung erhält. Während einmal vertreten wurde, ein angemessenes Leistungs-Gegenleistungs-Verhältnis lasse bereits den Beihilfentatbestand entfallen¹, bejahte die Gegenauffassung das tatbestandliche Vorliegen einer Beihilfe und griff auf die Ausnahmeklausel des Art. 86 Abs. 2 EG im Sinne einer Rechtfertigung zurück².

II. Die Altöl- und Ferring-Rechtsprechung

Im so genannten Altöl-Fall hatte der Europäische Gerichtshof (EuGH) bereits 1985 entschieden, dass Zuschüsse an Unternehmen, die mit der Sammlung oder Beseitigung von Altölen betraut sind, keine Beihilfen im Sinne des Gemeinschaftsrechts darstellen³. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichts erster Instanz (EuG) handelte es sich beim Ausgleich für gemeinwirtschaftliche Dienstleistungen jedoch um Bei-

hilfen mit der Folge, dass Art. 86 Abs. 2 EG als Ausnahmebestimmung von Art. 87 Abs. 1 EG einschlägig war⁴. Gegen die Auffassung des EuG wandte sich der EuGH in seinem Ferring-Urteil von 2001 und knüpfte an die Altöl-Rechtsprechung an⁵. Das Ferring-Urteil entschied, dass eine Begünstigung eines Unternehmens ausscheidet und somit schon tatbestandlich keine Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG vorliegt, wenn der Betrag der von den staatlichen Stellen gewährten Vorteile nicht den der Kosten übersteigt, die sich aus den gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen ergeben⁶. Einer Rechtfertigung und damit einer Überprüfung der staatlichen Zuwendung am Maßstab des Art. 86 Abs. 2 EG bedarf es in diesen Fällen nicht mehr.

III. Das Altmark Trans-Urteil des EuGH

Dieser Ansatz des EuGH ist in der Folge auf Kritik gestoßen, da er die Beachtung des Verhinderungsmaßstabs und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nach Art. 86 Abs. 2 EG stark reduziert⁷. Generalanwalt Léger hat in den Schlussanträgen zur Rechtssache Altmark Trans⁸ daher für eine Abkehr von der Ferring-Rechtspre-

* Die Abhandlung beruht auf einem Rechtsgutachten, das der Verfasser Koenig für den Westdeutschen Rundfunk Köln angefertigt hat.

** Der Verfasser ist Direktor des Zentrums für Europäische Integrationsforschung an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

*** Der Verfasser ist wissenschaftlicher Referent am Zentrum für Europäische Integrationsforschung an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn und Privatdozent an der Universität Potsdam.

1 Dazu Pernice/Wernicke, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Das Recht der EU, Stand: April 2003, Art. 86 EGV Rn. 95.

2 v. Burchard, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2000, Art. 86 EGV Rn. 54.

3 EuGH, Rs. 240/83, Procureur de la République/ADBHU, Slg. 1985, 531 Rn. 18.

4 EuG, Rs. T-106/95, FFSA u. a./Kommission, Slg. 1997, II-229 Rn. 172, 199; bestätigt durch EuGH, Rs. C-174/97 P, FFSA, Slg. 1998, I-1303; EuG, Rs. T-46/97, SIC, Slg. 2000, II-2125 Rn. 84.

5 EuGH, Rs. C-53/00, Ferring, Slg. 2001, I-9067.

6 EuGH, Rs. C-53/00, Ferring, Slg. 2001, I-9067 Rn. 29.

7 Vgl. Mitteilung der Kommission zu den Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa v. 20.9.2000, ABLEG 2001 C 17/4; EuGH, Rs. C-202/88, Frankreich/Kommission, Slg. 1991, I-1223 Rn. 12; Rs. C-67/96, Albany, Slg. 1999, I-5751 Rn. 103.

8 Schlussanträge GA Léger in der Rs. C-280/00, Altmark Trans GmbH, v. 19.3.2002.

chung plädiert⁹, während wenig später Generalanwalt *Jacobs* in der Rechtssache GEMO SA¹⁰ für eine vermittelnde Ansicht eingetreten ist. Er hat vorgeschlagen, dass in Fällen, in denen der Zusammenhang zwischen der vom Mitgliedstaat gewährten Finanzierung und der auferlegten klar definierten Gemeinwohlverpflichtung unmittelbar und offensichtlich sei, keine Beihilfe vorliegen solle. In Fällen, in denen der Zusammenhang zwischen der staatlichen Finanzierung und den auferlegten Gemeinwohlverpflichtungen nicht unmittelbar erkennbar oder die Gemeinwohlverpflichtung nicht klar definiert sei, sollten hingegen die Notifizierungspflicht und das Durchführungsverbot des Art. 88 Abs. 3 EG Anwendung finden und Art. 86 Abs. 2 EG der entscheidende Prüfstein bleiben.

Der EuGH hat im Altmark Trans-Urteil vom 24. Juli 2003¹¹ trotz dieser Kritik an seiner Altöl- und Ferring-Rechtsprechung festgehalten und die Voraussetzungen qualifiziert, unter denen der Beihilfentatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG zu verneinen ist. Im Altmark Trans-Urteil heißt es ausdrücklich, dass eine staatliche Maßnahme nicht unter den Beihilfentatbestand fällt, soweit sie als Ausgleich anzusehen ist, der die Gegenleistung für Leistungen bildet, die von den Unternehmen, denen sie zugute kommt, zur Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen erbracht werden.¹² Der EuGH stellt vier qualifizierte Voraussetzungen auf, die kumulativ erfüllt sein müssen, um einen derartigen Ausgleich im konkreten Fall nicht als staatliche Beihilfe zu qualifizieren¹³:

»Erstens muss das begünstigte Unternehmen tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut sein, und diese Verpflichtungen müssen klar definiert sein. [...]

Zweitens sind die Parameter, anhand deren der Ausgleich berechnet wird, zuvor objektiv und transparent aufzustellen, um zu verhindern, dass der Ausgleich einen wirtschaftlichen Vorteil mit sich bringt, der das Unternehmen, dem er gewährt wird, gegenüber konkurrierenden Unternehmen begünstigt. [...]

Drittens darf der Ausgleich nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen ganz oder teilweise zu decken. [...]

Wenn viertens die Wahl des Unternehmens, das mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut werden soll, im konkreten Fall nicht im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge erfolgt, [...] so ist die Höhe des erforderlichen Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen, das [...] den gestellten gemeinwirtschaftlichen Anforderungen genügen kann, bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte, wobei die dabei

erzielten Einnahmen und ein angemessener Gewinn aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen zu berücksichtigen sind.«

IV. Auswirkungen auf die Gebührenfinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks

Das Altmark Trans-Urteil hat Auswirkungen auf die beihilfenrechtliche Beurteilung der Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Deutschland. Vorauszuschicken ist dabei allerdings, dass die Gebührenfinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Deutschland bereits deshalb den Beihilfentatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG nicht erfüllt, da es sich bei den Rundfunkgebühren nicht um Mittel aus staatlichen Haushalten oder aus Haushalten staatlich benannter Einrichtungen im Sinne der *PreussenElektra*¹⁴ und der *Stardust Marine-Rechtsprechung*¹⁵ des EuGH handelt¹⁶.

Unterstellte man die staatliche Herkunft der Rundfunkgebühren, wäre der Beihilfentatbestand dennoch nicht erfüllt, wenn die vom EuGH im Altmark Trans-Urteil aufgestellten Voraussetzungen im Bezug auf die Gebührenfinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks erfüllt sind. Dies wird im Folgenden am Beispiel des Westdeutschen Rundfunks (WDR) überprüft.

1. Auferlegung klar definierter gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen

a) Gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen

Zunächst müsste der WDR mit der Erfüllung »gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen« betraut sein. Dieser in der Altmark Trans-Entscheidung verwendete Begriff¹⁷ entspricht dem Terminus des Art. 86 Abs. 2 EG von der Erbringung von Dienstleistungen »von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse«. Dieser Begriff ist weit zu verstehen¹⁸. Die Kommission definiert die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen

9 Vgl. kritisch *Gundel*, RIW 2002, 222, 222 ff.; die Rechtsprechung hingegen befürwortend *Bartosch*, NVwZ 2002, 174, 174 f.

10 Schlussanträge GA *Jacobs* in der Rs. C-126/01, GEMO SA, v. 30.4.2002.

11 EuGH, Rs. C-280/00, Altmark Trans GmbH, Urt. v. 24.7.2003, NJW 2003, 2515.

12 EuGH, Rs. C-280/00, Altmark Trans GmbH (Fn. 11), Rn. 87.

13 EuGH, Rs. C-280/00, Altmark Trans GmbH (Fn. 11), Rn. 89-93, 95.

14 EuGH, Rs. C-379/98, *PreussenElektra*, Slg. 2001, I-2099.

15 EuGH, Rs. C-482/99, *Stardust Marine*, Slg. 2002, I-4397.

16 Dazu eingehend *Koenig/Kühling*, ZUM 2001, 537 ff.; a. A. *Pelny*, ZUM 2003, 643, 648.

17 EuGH, Rs. C-280/00, Altmark Trans GmbH (Fn. 11), Rn. 89.

18 Siehe bereits Schlussanträge GA *de Lamothe*, Rs. 10/71, *Hafen von Mertert*, Slg. 1971, 723/732, 739.

Interesse als marktbezogene Tätigkeiten, »die im Interesse der Allgemeinheit erbracht und daher von den Mitgliedstaaten mit besonderen Gemeinwohlverpflichtungen verbunden werden«¹⁹.

Zwar handelt es sich beim Begriff der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse um einen autonomen Begriff der Gemeinschaftsrechtsordnung²⁰. Die Mitgliedstaaten verfügen bei der Definition des allgemeinen wirtschaftlichen Interesses aber über eine weit reichende Einschätzungsprerogative²¹. Insbesondere die Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrags von Rundfunkanstalten fällt gemäß dem Amsterdamer Protokoll Nr. 23 über den öffentlichen Rundfunk in den Mitgliedstaaten²² sowie nach Auffassung der Kommission in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten²³.

Die Tätigkeit von öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten haben der EuGH²⁴ und die Kommission²⁵ grundsätzlich als im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse liegend anerkannt. Eindeutig ist insoweit die Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk aus dem Jahr 2001, wonach die Betrauung eines Senders, ein ausgewogenes und breit gefächertes Programm in Einklang mit seinem Auftrag anzubieten und dabei gewisse Einschaltquoten zu gewährleisten, als zulässig betrachtet wird²⁶. Angesichts des besonderen Charakters des Rundfunks ist eine solche »breit gefasste« Definition des Rundfunkauftrags nicht zu beanstanden²⁷. Die mitgliedstaatliche Definition muss sich nach Auffassung der Kommission auch nicht darauf beschränken, einen bestimmten Sender zu verpflichten, ein ausgewogenes und breit gefächertes Rundfunkprogramm anzubieten, sondern der öffentlich-rechtliche Auftrag kann auch »Dienste (wie Online-Informationendienste) umfassen, die keine »Programme« im traditionellen Sinne sind, sofern diese – auch unter Berücksichtigung der Entwicklung und Diversifizierung der Tätigkeiten im digitalen Zeitalter – den selben demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft dienen«²⁸.

Im Rahmen der Prüfung der mitgliedstaatlichen Definition des öffentlich-rechtlichen Sendeauftrags für Rundfunkanstalten beschränkt sich die Rolle der Kommission auf eine Überprüfung auf offensichtliche Fehler.²⁹ Ein offensichtlicher Fehler in der Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrags, der die im allgemeinen Interesse angebotenen Dienste beschreibt, läge etwa vor, wenn dieser auch Tätigkeiten, wie etwa elektronische Handelsaktivitäten, umfasste, die nicht den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft entsprechen³⁰.

§ 3 Abs. 1 WDR-Gesetz³¹ definiert als Aufgabe des WDR »die für die Allgemeinheit bestimmte Veranstaltung und Verbreitung von Darbietungen aller Art in Wort, in Ton und in Bild unter Benutzung elektromagne-

tischer Schwingungen ohne Verbindungsleitungen oder längs oder mittels eines Leiters«. Die Rundfunkanstalt ist nach § 3 Abs. 2 Satz 2 WDR-Gesetz verpflichtet, das Land Nordrhein-Westfalen gleichwertig zu versorgen.

Ergänzt wird diese Aufgabenzuweisung durch § 4 WDR-Gesetz. Der WDR hat danach den Auftrag, Rundfunk als Medium und Faktor des Prozesses freier Meinungsbildung und als Sache der Allgemeinheit zu veranstalten und zu verbreiten. Der WDR hat in seinen Sendungen einen umfassenden Überblick über das internationale und nationale Geschehen in allen wesentlichen Lebensbereichen zu geben. Sein Programm hat der Information, Bildung und Unterhaltung zu dienen. Er hat Beiträge zur Kultur, Kunst und Beratung anzubieten. Der regionalen Gliederung und der kulturellen Vielfalt des Sendegebiets soll im Programm Rechnung getragen werden.

19 Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABl.EG 1996 C 281/3; ebenso Daseinsvorsorgemitteilung 2000 (Fn. 7), Anhang II.

20 EuGH, Rs. 41/83, Italien/Kommission, Slg. 1985, 873 Rn. 30; EuG, Rs. T-260/94, Air Inter/Kommission, Slg. 1997, II-997 Rn. 135; Jung, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EU- und EG-Vertrag, 2. Aufl. 2002, Art. 86 EGV Rn. 37; Pernice/Wernicke, in: Grabitz/Hilf (Fn. 1), Art. 86 EGV Rn. 32; Schindler, CMLR 1970, 57, 70 f.

21 Lecheler/Gundel, RdE 1998, 92, 93, sprechen sogar von der »Definitionshoheit« der Mitgliedstaaten, was allerdings zu weit geht.

22 Protokoll über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in den Mitgliedstaaten, ABl.EG 1997 C 340/1, 109.

23 Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über Staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk v. 15.11.2001, ABl.EG 2001 C 320/5, Ziff. 33.

24 EuGH, Rs. 155/73, Sacchi, Slg. 1974, 409 Rn. 15

25 Entscheidung der Kommission v. 24.2.1999, Beihilfe NN 70/98, Kinderkanal u. Phoenix, S. 10; ebenso Entscheidung der Kommission v. 14.12.1999, Beihilfe NN 88/98, BBC News 24, Rn. 52; zul. ausführlich in der Rundfunkbeihilfenmitteilung (Fn. 23), Ziff. 28 ff.

26 Rundfunkbeihilfenmitteilung (Fn. 23), Ziff. 33.

27 Rundfunkbeihilfenmitteilung (Fn. 23), Ziff. 33.

28 Rundfunkbeihilfenmitteilung (Fn. 23), Ziff. 34.

29 Rundfunkbeihilfenmitteilung (Fn. 23), Ziff. 36; siehe auch EuGH, Rs. C-67/96, Albany, Slg. 1999 Rn. 107; ferner bereits EuGH, Rs. C-202/88, Frankreich/Kommission, Slg. 1991, I-1223 Rn. 12; Rs. C-157/94, Kommission/Niederlande, Slg. 1997, I-5699 Rn. 38 ff.; explizit: Kommission, Daseinsvorsorgemitteilung 2000 (Fn. 7), Rn. 22, und Schlussanträge GA Léger v. 10.7.2001, Rs. C-309/99, Wouters, Slg. 2002, I-1577, Ziff. 162.

30 Rundfunkbeihilfenmitteilung (Fn. 23), Ziff. 36. – In diesem Zusammenhang weist die Kommission darauf hin, dass die Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrags nicht mit dem Finanzierungsmodus verwechselt werden darf, der für diese Dienste gewählt wird. Demnach können öffentlich-rechtliche Sendeanstalten zu Einnahmezwecken zwar »kommerziellen Tätigkeiten« nachgehen (z. B. Verkauf von Sendeplatz für Werbung), doch sind diese nach Auffassung der Kommission nicht als Teil des öffentlich-rechtlichen Auftrags anzusehen, vgl. Rundfunkbeihilfenmitteilung (Fn. 23), Ziff. 37.

31 Gesetz über den »Westdeutschen Rundfunk Köln« (WDR-Gesetz), i. d. F. der Bekanntmachung v. 25.4.1998, GV.NRW 265, zul. geändert durch das 10. Rundfunkänderungsgesetz v. 17.6.2003, GV.NRW 2251.

Nach § 4 Abs. 3 ARD-Staatsvertrag³² sind die in der ARD zusammengeschlossenen Landesrundfunkanstalten zudem berechtigt, gemeinsam im Rahmen ihrer Aufgabenerfüllung Mediendienste im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 4 Mediendienste-Staatsvertrag³³, d. h. auch werbe- und sponsoringfreie Online-Dienste, mit vorwiegend programmbezogenem Inhalt anzubieten. Auch § 3 Abs. 3 Satz 2 WDR-Gesetz ermächtigt den WDR, neue Dienste mittels neuer Techniken anzubieten. Nach § 4 Abs. 2 ARD-Staatsvertrag und § 3 Abs. 7 WDR-Gesetz sind die Landesrundfunkanstalten einschließlich des WDR weiterhin ermächtigt, Druckwerke mit vorwiegend programmbezogenem Inhalt zu veröffentlichen, wenn dies zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich ist.³⁴ Im Bezug auf die Beteiligung des WDR an Film- und Fernsehproduktionsgesellschaften führt das WDR-Gesetz in § 3 Abs. 8 aus, dass der Sender zur Herstellung und zur wirtschaftlichen Verwertung von Rundfunkproduktionen mit Dritten zusammenarbeiten kann und sich zu diesem Zweck an anderen Unternehmen beteiligen darf. § 45 Abs. 1 Nr. 1 WDR-Gesetz präzisiert diese Ermächtigung. Danach kann sich der WDR an einem Unternehmen, das einen gewerblichen oder sonstigen wirtschaftlichen Zweck zum Gegenstand hat, beteiligen, wenn dies zu seinen gesetzlichen Aufgaben gehört.

Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten sind folglich mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Sinne der ersten Altmark Trans-Voraussetzung betraut.

b) Akt der Betrauung

Weiterhin verlangt der EuGH eine ausdrückliche Betrauung³⁵. Hierbei können die im Rahmen von Art. 86 Abs. 2 EG entwickelten Grundsätze entsprechend herangezogen werden. Dort hat die Kommission ausgeführt, dass der öffentliche Auftrag einem Unternehmen im Wege einer förmlichen Rechtshandlung übertragen werden muss³⁶. Auch der EuGH hat in seinen ersten Urteilen zu Art. 86 Abs. 2 EG bestimmte Anforderungen an den Akt der Betrauung gestellt. Danach kann das bloße Tätigwerden eines Unternehmens im Interesse der Allgemeinheit nicht als hinreichend angesehen werden, selbst wenn das Unternehmen von öffentlichen Instanzen bei seiner Tätigkeit überwacht wird³⁷. Vielmehr bedarf es eines an ein bestimmtes Unternehmen gerichteten³⁸ Hoheitsaktes³⁹ des Mitgliedstaates oder seiner gliedstaatlichen Gebietskörperschaften oder sonstigen hoheitlichen Einrichtungen⁴⁰, der bestimmte Gemeinwohlverpflichtungen festlegt.

Der WDR erhält seine Betrauung mit bestimmten Aufgaben durch Staatsvertrag und durch das WDR-Gesetz. Diese Form der gesetzlichen Übertragung von

Aufgaben genügt in formeller Hinsicht den gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen⁴¹.

c) Klarheit der Definition

Der EuGH fordert eine klare Definition der wirtschaftlichen Verpflichtungen⁴², da nur bei einer klaren Umschreibung des zu erfüllenden Auftrags beurteilt werden kann, ob die Mittelzufuhr als angemessene Kompensation hierfür anzusehen ist. Auch die Kommission fordert in ihrer Rundfunkbeihilfenmitteilung aus dem Jahr 2001, dass der öffentlich-rechtliche Auftrag »so präzise wie möglich definiert« werden soll⁴³. Aus dieser Definition soll unmissverständlich hervorgehen, ob der Mitgliedstaat eine bestimmte Tätigkeit der jeweiligen Anstalt in den öffentlich-rechtlichen Auftrag aufnehmen will oder nicht.

Die Aufgaben- und Auftragszuweisung an den WDR durch § 3 WDR-Gesetz sowie durch § 4 WDR-Gesetz weist die geforderte Klarheit auf. Sehr präzise definiert § 3 Abs. 1 WDR-Gesetz die Aufgabe des WDR, die in der für die Allgemeinheit bestimmten Veranstaltung und Verbreitung von Darbietungen aller Art in Wort, in Ton und in Bild unter Benutzung elektromagnetischer Schwingungen ohne Verbindungsleitungen oder längs oder mittels eines Leiters besteht. Die Rundfunkanstalt ist nach § 3 Abs. 2 Satz 2 WDR-Gesetz verpflichtet, das Land Nordrhein-Westfalen gleichwertig zu versorgen. Die Aufgabenzuweisung wird durch den Auftrag des § 4

32 ARD-Staatsvertrag v. 31.8.1991, zul. geänd. durch den Siebenten Rundfunkänderungsstaatsvertrag v. 26.9.2003.

33 Mediendienste-Staatsvertrag i. d. F. des sechsten Staatsvertrags zur Änderung des Rundfunkstaatsvertrages, des Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrages und des Mediendienste-Staatsvertrages (Sechster Rundfunkänderungsstaatsvertrag); in Kraft seit 1.7.2002. Der Siebente Rundfunkänderungsstaatsvertrag v. 26.9.2003 sieht einen neuen § 11 Rundfunkstaatsvertrag vor, der eine Definition des Auftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks enthält. Dieser Auftrag umfasst gemäß § 11 Abs. 1 Satz 2 und ausweislich der amtlichen Begründung ausdrücklich das Angebot programmbegleitender Mediendienste mit programmbezogenem Inhalt.

34 Vgl. etwa *Denninger*, ZUM 1987, 479, 481; *Jarass*, Online-Dienste und Funktionsbereich des Zweiten Deutschen Fernsehens, 1997, S. 41; *Degenhart*, Der Funktionsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in der »Digitalen Welt«, 2001, S. 43 ff.

35 EuGH, Rs. C-280/00, Altmark Trans GmbH (Fn. 11), Rn. 89.

36 Rundfunkbeihilfenmitteilung (Fn. 23), Ziff. 40.

37 EuGH, Rs. 172/80, Züchner/Bayerische Vereinsbank, Slg. 1981, 2021 Rn. 7; Rs. 7/82, GVL, Slg. 1983, 483 Rn. 29 ff.

38 EuGH, Rs. 7/82, GVL, Slg. 1983, 483 Rn. 31.

39 EuGH, Rs. 127/73, BRT II, Slg. 1974, 313 Rn. 19/22; Rs. 172/80, Züchner/Bayerische Vereinsbank, Slg. 1981, 2021 Rn. 7.

40 Siehe dazu *Hochbaum*, in: v. d. Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl. 1997, Art. 90 EGV Rn. 57 mit Fn. 258.

41 So auch *Pelny*, ZUM 2003, 643, 651.

42 EuGH, Rs. C-280/00, Altmark Trans GmbH (Fn. 11), Rn. 89.

43 Rundfunkbeihilfenmitteilung (Fn. 23), Ziff. 37.

WDR-Gesetz ergänzt. Dieser Auftrag ist – der Natur eines Gesetzes entsprechend – generell-abstrakt, gleichwohl hinreichend präzise formuliert. Er ermöglicht den mit dieser Aufgabe betrauten sowie den mit der Überwachung der Aufgabenerfüllung befassten Einrichtungen, den Umfang und die Reichweite dieses Auftrages und das geforderte Handeln zu erkennen.

2. Vorherige, objektive und transparente Aufstellung der Parameter der Ausgleichsberechnung

Der EuGH verneint das Vorliegen einer staatlichen Beihilfe nur, sofern die Parameter, anhand deren der Ausgleich berechnet wird, zuvor objektiv und transparent aufgestellt worden sind⁴⁴. Das Verfahren der Ausgleichsbestimmung muss von einer unabhängigen Instanz durchgeführt werden, und die angewandte Methodik muss offen nachvollziehbar sein.

Aus der Staatsfreiheit des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, die sich auch darauf bezieht, dass die Gebührenfestsetzung weder direkt noch indirekt zu Zwecken der Programmleitung oder -gestaltung benutzt werden darf, sowie aus dem Interesse der mit Rundfunkgebühren belasteten Teilnehmer hat das Bundesverfassungsgericht die Erforderlichkeit einer externen Kontrolle der Bedarfsfeststellung der Rundfunkanstalten abgeleitet⁴⁵. Der Gesetzgeber ist daher nach den Vorgaben der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dazu verpflichtet, bei der Übertragung dieser Prüfungs- und Ermittlungsaufgabe an ein sachverständig zusammengesetztes Gremium dessen Aufgabe, Zusammensetzung und Verfahren gesetzlich zu regeln und die Unabhängigkeit seiner Mitglieder gesetzlich zu sichern⁴⁶. Diesen Vorgaben ist mit den Bestimmungen des Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrags (RFinStV)⁴⁷ nachgekommen worden, der in § 2 die Einsetzung der Kommission zur Überprüfung und Ermittlung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten (KEF) vorschreibt. Die KEF setzt sich gemäß § 4 Abs. 1 RFinStV aus 16 unabhängigen Sachverständigen zusammen. Auch Aufgaben (§ 3 RFinStV) und Verfahren der KEF (§§ 5, 6 RFinStV) sind im RFinStV geregelt. Dadurch wird auch der von der Altmark Trans-Entscheidung des EuGH eingeforderten Objektivität der Festsetzung der Ausgleichsparameter Rechnung getragen.

§ 13 Abs. 3 Rundfunkstaatsvertrag (RStV) schreibt hinsichtlich der Überprüfung und Ermittlung des Finanzbedarfs vor, dass »ein hoher Grad der Objektivierbarkeit« erreicht werden soll. Darin ist ein ausdrücklicher Auftrag an die KEF zu sehen, ihr Verfahren nach objektiven Kriterien und Methoden auszugestalten⁴⁸. Die KEF hat gemeinsam mit den in der ARD zusammengeschlossenen Rundfunkanstalten und dem ZDF eine Methode der Feststellung des Finanzbedarfs der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten entwickelt.

Die Durchführung dieses »Indexgestützten Integrierten Prüf- und Berechnungsverfahrens zur Feststellung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten« (IIVF) wird in einem »Verfahrensheft« geregelt, in dem bis hin zu Formularen für den Datennachweis die Einzelschritte des IIVF für die Anwendung in den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten beschrieben werden⁴⁹.

Im Überblick besteht das IIVF aus folgenden Verfahrensschritten:

1. Vorbereitung der Datengrundlagen:
 - a) Transformation von Daten aus den Rechenwerken der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zu Basiswerten für die Bestandsfortschreibung
 - b) Ermittlung bzw. Auswahl von Preissteigerungsraten sowie deren Anwendung zur Fortschreibung einzelner Aufwandskategorien
2. Hauptschritt A: Feststellung des Finanzbedarfs für die Bestandsaufwendungen
3. Hauptschritt B: Feststellung des Finanzbedarfs für die Entwicklung
4. Hauptschritt C: Finanzbedarfsminderung aufgrund festgestellter Potenziale der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit
5. Zusatzschritt D: Finanzbedarf zur Minderung von Deckungslücken der betrieblichen Altersversorgung
6. Zusatzschritt E: Feststellung der Erträge außerhalb des Gebührenaufkommens
7. Zusatzschritt F: Korrekturen früherer Planannahmen aufgrund von Soll-/Ist-Vergleichen
8. Zusatzschritt G: Minderungen des Finanzbedarfs aufgrund darüber hinaus anrechenbarer Eigenmittel
9. Zusatzschritt H: eventuelle Korrekturen aufgrund von Bestandsanpassungen.
10. Zwischenergebnis: Feststellung des aus Gebühren zu deckenden Finanzbedarfs
11. Zusatzschritt I: Feststellung und Anrechnung der voraussichtlichen Erträge aus Rundfunkgebühren
12. Ergebnis: Feststellung des Fehlbetrags oder Überschusses

Auf der Grundlage der KEF-Empfehlung zur Höhe der Rundfunkgebühr erfolgt dann die Festlegung der Rundfunkgebühr durch einen Staatsvertrag der Länder gemäß § 13 Abs. 4 RStV. Dabei dürfen die politischen Instanzen nach der Rechtsprechung des Bundesverfas-

44 EuGH, Rs. C-280/00, Altmark Trans GmbH (Fn. 11), Rn. 90.

45 BVerfGE 90, 60, 102 f.; *Libertus*, in: Hahn/Vesting (Hrsg.), Kommentar zum Rundfunkrecht, 2003, § 13 RStV Rn. 27.

46 BVerfGE 90, 60, 103.

47 Abgedruckt in: Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, Rundfunkstaatsvertrag, Kommentar, Stand: April 2003, A 1.5.

48 *Libertus*, in: Hahn/Vesting (Fn. 45), § 13 RStV Rn. 97.

49 Vgl. KEF, Feststellung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten auf der Grundlage des Indexgestützten Integrierten Prüf- und Berechnungsverfahrens (IIVF), 21.2.2003, Teil 2, Verfahrensheft, Tz. 32 ff.

sungsgerichts von der Bedarfsfeststellung durch die KEF nur unter Hinweis auf solche Gründe abweichen, die vor der Rundfunkfreiheit Bestand haben. Etwaige Abweichungen sind zu begründen⁵⁰. Damit greift eine weitgehende (tatsächliche) Bindungswirkung der Bedarfsfeststellung durch die KEF⁵¹.

Alle Verfahrensschritte sind vorab detailliert festgelegt und objektiv nachvollziehbar. Gleiches gilt für die anzuwendenden Parameter. Diese Maßstäbe sind nicht von subjektiven Einschätzungen der KEF oder der Rundfunkanstalten abhängig. So wird der bestandsbezogene Finanzierungsbedarf auf der Grundlage eines ausgewählten Basisjahres festgestellt. Die Fortschreibung des Programmaufwands wird auf der Grundlage einer eigens ermittelten »rundfunkspezifischen Preissteigerungsrate« durchgeführt, wobei das Berechnungsverfahren für die rundfunkspezifische Preissteigerungsrate dem Verfahren des Statistischen Bundesamtes bei der Berechnung des Preisindex für die private Lebenshaltung vergleichbar ist⁵². Zu Grunde gelegt wird dabei ein rundfunkspezifischer Warenkorb. Die ausgewiesenen Aufwandspositionen eines Basisjahres werden jeweils im Zusammenhang des gesamten Programmaufwands anteilig gewichtet. Daraus ergeben sich Einsichten in das tatsächliche Kostengefüge der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten. Die Fortschreibung der Personalaufwendungen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten orientiert sich grundsätzlich an den prognostizierten Steigerungsraten der Personalausgaben der Länder⁵³. Für den sonstigen Sachaufwand erfolgt eine Fortschreibung mit dem Deflator des Bruttoinlandsprodukts⁵⁴. Maßstab für die Berücksichtigung eines angemessenen Investitionsbedarfs ist eine aus dem bisherigen Anteil der Investitionen am Finanzbedarf abgeleitete Investitionsquote, die auf der Grundlage der Ist-Ergebnisse der Rundfunkanstalten der letzten acht Jahre als durchschnittlicher Anteil der tatsächlichen Investitionsausgaben an den bereinigten Gesamtaufwendungen der Anstalten ermittelt wird. Die Ermittlung des Finanzbedarfs für neue Vorhaben (Projekte) erfolgt anhand eines Checklistenverfahrens, das die KEF im Einvernehmen mit den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten entwickelt hat und das Informationen über die qualitative und quantitative Beschaffenheit des Projekts liefert⁵⁵. Die Prüfung der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit erfolgt anhand von Nachweisen der Rundfunkanstalten, die in einem Bericht zusammengefasst werden (»Quantitativer Nachweis von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit« – QNWS)⁵⁶. Darin werden die einzelnen Aufwandsarten des Bestandsbedarfs (Personal-, Programm- und Sachaufwand) eines Basisjahres mit den jeweiligen Steigerungsraten fortgeschrieben. Die sich ergebenden indexierten Aufwendungen werden mit den angemeldeten Aufwendungen der Anstalten für jede Aufwandsart verglichen. Unterschreiten die Anstaltsmeldungen die

Indexwerte so liegen Wirtschaftlichkeitseffekte vor. Im Rahmen des QNWS werden Kennzahlen als Indikatoren der Wirtschaftlichkeitsentwicklung eingesetzt⁵⁷. Die Kennzahlen und deren Entwicklung geben Hinweise auf Einsparpotenziale oder Ertragsverbesserungen und führen in der Regel zu weiteren Analysen, die ihrerseits Maßnahmen zu einer erhöhten Wirtschaftlichkeit zur Folge haben⁵⁸. Auch die Zusatzschritte orientieren sich an objektiven, vorab festgelegten Parametern. So dienen zur Absicherung der betrieblichen Altersversorgung der ARD-Mitarbeiter nach der »alten« Versorgungsordnung so genannte Deckungsstöcke, deren Mittel bis zum Jahr 2016 der Schließung der Finanzierungslücke dienen sollen⁵⁹. Die Korrekturen früherer Planannahmen aufgrund von Soll-/Ist-Vergleichen stützen sich auf objektive Maßstäbe (z. B. Bruttoinlandsprodukt-Deflator, mengenbereinigte Personalkostensteigerung der alten Bundesländer)⁶⁰. Anhand von Indizes prognostizierte Fortschreibungsraten werden mit den Beträgen abgeglichen, die anhand der tatsächlichen (objektiven) Entwicklung der rundfunkspezifischen oder personalspezifischen Preissteigerungsrate ex-post ermittelt werden⁶¹. Allein bei fehlenden externen Maßstäben, wie bei den Investitionen, Werbeerträgen und sonstigen Erträgen wird ein Plan-/Ist-Vergleich vorgenommen⁶².

3. Nettomehrkostentest

Weiterhin darf nach den Grundsätzen des Altmark Trans-Urteils der Ausgleich nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen ganz oder teilweise zu decken⁶³.

a) Mehrkostenprinzip

Wie dem Ferring-Urteil liegt auch der Altmark Trans-Entscheidung das Mehrkostenprinzip zu Grunde. Abzu-

50 BVerfGE 90, 60, 103 f.

51 So auch *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner* (Fn. 47), § 13 Rn. 100.

52 KEF, IIVF, Verfahrensheft (Fn. 49), Tz. 49 f.

53 Dazu KEF, IIVF, Verfahrensheft (Fn. 49), Tz. 52 ff.

54 Vgl. KEF, IIVF, Verfahrensheft (Fn. 49), Tz. 68 ff.

55 Zum Checklistenverfahren vgl. KEF, IIVF, Verfahrensheft (Fn. 49), Tz. 91 ff.

56 KEF, IIVF, Verfahrensheft (Fn. 49), Tz. 98 ff.

57 Vgl. den Bericht der ARD/ZDF-Arbeitsgruppe »Kennzahlen« v. 24.6.1999.

58 KEF, IIVF, Verfahrensheft (Fn. 49), Tz. 122.

59 KEF, IIVF, Verfahrensheft (Fn. 49), Tz. 124.

60 KEF, IIVF, Verfahrensheft (Fn. 49), Tz. 130, 140.

61 KEF, IIVF, Verfahrensheft (Fn. 49), Tz. 132 f.

62 Vgl. KEF, IIVF, Verfahrensheft (Fn. 49), Tz. 129 ff.

63 EuGH, Rs. C-280/00, *Altmark Trans GmbH* (Fn. 11), Rn. 92.

stellen ist danach an sich auf die »zusätzlichen Kosten«, die einem Unternehmen aus der Erfüllung der ihnen auferlegten gemeinwirtschaftlichen Pflichten entstehen⁶⁴. Das Mehrkostenprinzip ist allerdings erkennbar auf Unternehmen zugeschnitten, die primär kommerziellen Aktivitäten nachgehen und darüber hinaus auch im Rahmen der Daseinsvorsorge mit einer allgemeinwirtschaftlichen Dienstleistung betraut sind. Das Mehrkostenprinzip findet daher auf die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, die ausschließlich im Bereich der Daseinsvorsorge tätig sind, keine Anwendung.

Das WDR-Gesetz beauftragt gemäß § 3 und § 4 die Anstalt umfassend damit, Rundfunk als Medium und Faktor des Prozesses freier Meinungsbildung und als Sache der Allgemeinheit zu veranstalten und zu verbreiten, die im Sendegebiet bedeutsamen politischen, weltanschaulichen und gesellschaftlichen Kräfte und Gruppen in die eigenverantwortliche Erfüllung dieser Aufgaben einzubinden, einen umfassenden Überblick über das internationale und nationale Geschehen in allen wesentlichen Lebensbereichen zu geben, mit seinem Programm der Information, Bildung und Unterhaltung zu dienen, Beiträge zur Kultur, Kunst und Beratung anzubieten sowie der regionalen Gliederung und der kulturellen Vielfalt des Sendegebiets im Programm Rechnung zu tragen. Der Auftrag erscheint nicht als ein »Mehr«, das auf ein auch ohne Gebührenfinanzierung erbrachtes Angebot »aufgesattelt« wird. Es geht vielmehr darum, ein bestimmten verfassungsrechtlich vorgegebenen Qualitätsanforderungen entsprechendes Programm anzubieten. Die Kommission hält eine solche breit gefasste Betrauung eines Senders ausdrücklich für zulässig⁶⁵. Zudem wäre ein »Mehr«, mit dessen Erbringung die öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter betraut wären, bei rein qualitativen Vorgaben kaum bestimmbar. Es müsste versucht werden, die Differenz zwischen einem Fernsehprogramm zu ermitteln, das den Ausgewogenheitsanforderungen noch nicht entspricht und einem Programmangebot, das die gestellten Anforderungen erfüllt. Grenzkosten für eine letzte zusätzliche Produktionseinheit, die ohne eine mit dem Betrauungsakt verbundene Ausgleichszahlung nicht mehr angeboten oder hergestellt worden wäre, können im Fall der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten praktisch nicht ermittelt werden. Der Mehrkostentest ist daher auf die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten nicht anwendbar.

b) Nettokostenprinzip

Der Altmark Trans-Entscheidung liegt zudem das Nettokostenprinzip zu Grunde. Es dürfen nur die Kosten kompensiert werden, die bei der Leistungsbereitstellung entstehen, abzüglich der Einnahmen, die dabei erzielt werden⁶⁶. Dabei müssen auch sämtliche sonstigen Vorteile berücksichtigt werden, die durch die Leistungsbe-

reitstellung erlangt werden⁶⁷. Bei der Bestimmung der Angemessenheit der Kompensation ist allerdings eine angemessene Rendite auf das eingesetzte Kapital berücksichtigungsfähig⁶⁸.

Im Fall der Feststellung des Finanzbedarfs der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten durch die KEF erfolgt eine diesen Anforderungen entsprechende Bestimmung der Nettokosten. In Zusatzschritt E des IIVF werden die Erträge außerhalb des Gebührenaufkommens bedarfsmindernd angerechnet. Zudem werden im Zusatzschritt G Minderungen des Finanzbedarfs aufgrund anrechenbarer Eigenmittel berücksichtigt. Auch Gebührenrückflüsse von den Landesmedienanstalten aus deren unverbrauchten Mitteln sind auf den Finanzbedarf der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten mindernd anzurechnen. Entsprechendes gilt für Erträge, die beispielsweise im Fall des WDR, von der Bavaria Film GmbH über die Westdeutsche Rundfunkwerbung GmbH (WWF), einer Werbetochter des WDR, an die Rundfunkanstalt abgeführt werden. Die von der KEF vorgenommene Prüfung des Finanzbedarfs erweist sich hier sogar als strenger, als von der Altmark Trans-Entscheidung des EuGH gefordert, da Gewinnzuschläge bei der Feststellung des Finanzbedarfs der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten von der KEF nicht berücksichtigt werden.

4. Objektiver Kostenvergleich mit einem »durchschnittlichen, gut geführten Unternehmen«

a) Erforderlichkeit einer Benchmarking-Analyse

Sofern die Wahl des Unternehmens, das mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut wird, nicht im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge erfolgt, verlangt der EuGH als vierte Kompensationsvoraussetzung im Altmark Trans-Urteil, dass die Höhe des erforderlichen Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen ist, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen, das den gestellten gemeinwirtschaftlichen Anforderungen genügen kann, bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte⁶⁹.

Der EuGH entscheidet sich hier für einen objektiven Kostenmaßstab. Das Urteil Ferring hatte noch offen gelassen, ob die subjektiven (tatsächlichen) Kosten des die Aufgabe erfüllenden Unternehmens ersetzt werden dürfen. Nunmehr stellt der EuGH ersichtlich auf einen

64 EuGH, Rs. C-53/00, Ferring, Slg. 2001, I-9067 Rn. 29; Rs. C-280/00, Altmark Trans GmbH (Fn. 11), Rn. 86 und 87.

65 Rundfunkbeihilfenmitteilung (Fn. 23), Ziff. 33.

66 EuGH, Rs. C-280/00, Altmark Trans GmbH (Fn. 11), Rn. 92, 93.

67 Koenig/Kühling, EWS Heft 3/2003, Die erste Seite, und dies., ZHR 2002, 656, 680 ff.

68 EuGH, Rs. C-280/00, Altmark Trans GmbH (Fn. 11), Rn. 92.

69 EuGH, Rs. C-280/00, Altmark Trans GmbH (Fn. 11), Rn. 93.

objektiven Maßstab ab, nämlich den eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens. Denn auch bei sonstigen Austauschgeschäften der öffentlichen Hand mit Privaten können nicht die dem Leistung erbringenden Unternehmen tatsächlich entstandenen bzw. entstehenden Kosten, sondern nur die marktüblichen Preise geltend gemacht werden (»market economy-Test«)⁷⁰. Allerdings stellt der EuGH nicht auf ein Idealunternehmen ab, sondern verlangt einen Vergleich mit einem durchschnittlichen, gut geführten Unternehmen. Erforderlich ist jedenfalls eine Benchmarking-Analyse.

b) Anwendbarkeit auf die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten?

Es fragt sich allerdings, ob diese Forderung nach einer Benchmarking-Analyse im Hinblick auf die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten praktikabel und sinnvollerweise anwendbar ist. Im Fall der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten fehlt es an der Möglichkeit eines tatsächlichen Vergleichs mit einem durchschnittlichen, gut geführten Unternehmen, das dem Wettbewerbs- und Kostendruck in vollem Maße ausgesetzt ist und das ein vergleichbar breit gefächertes Angebot aufweisen kann. Die Sicherstellung einer Versorgung in der ganzen Breite des öffentlich-rechtlichen Auftrags, d. h. auch das Angebot nicht massenattraktiver, möglicherweise aber kostenintensiver Programme, die sich durch einen hohen Qualitätsstandard auszeichnen, hat weitgehend Unikatscharakter oder findet zumindest keine Parallele bei privaten Rundfunkanbietern⁷¹. Es unterliegt daher ernsthaften Zweifeln, ob die Anwendung der vierten Altmark Trans-Voraussetzung in Bezug auf die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten praktikabel ist. Fehlen Vergleichsmaßstäbe, kann eine Analyse der Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens und damit ein Benchmarking nur im Rahmen eines analytischen Kostenmodells⁷² auf der Grundlage einer »Wettbewerbssimulation« durchgeführt werden⁷³. Dabei kann allenfalls auf eine durchschnittlich kosteneffiziente Leistungsbereitstellung im Vergleich mit anderen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten abgestellt werden.

c) Beschränkung auf den Vergleich zwischen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten

Ungeachtet dieser Zweifel an ihrer Anwendbarkeit soll gleichwohl geprüft werden, ob die Anforderungen der vierten Altmark Trans-Voraussetzung erfüllt sind und das KEF-Verfahren der geforderten Benchmarking-Analyse entspricht, die sich an den objektivierten Kosten – auf der analytischen Grundlage einer Wettbewerbssimulation – orientiert. Fraglich ist dabei, ob man die Kostenstrukturen anderer öffentlich-rechtlicher Rundfunkan-

stalten oder die privater Rundfunkanbieter als Maßstab heranziehen muss. Es liegt zwar nahe, grundsätzlich die Vergleichspreise aus solchen Märkten heranzuziehen, auf denen ein Wettbewerb stattfindet. Teilweise wird daher vertreten, bei der Beurteilung von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit durch die KEF seien die Kostenstrukturen des privaten Rundfunks heranzuziehen⁷⁴. Der Unikatscharakter der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten sowie der besondere Qualitätsaspekt bei der Leistungserstellung beschränken jedoch die Suche nach geeigneten Vergleichsparametern auf den Sektor des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Durchschnittliche, gut geführte Vergleichsunternehmen im Sinne der vierten Altmark Trans-Voraussetzung sind daher vorliegend nur die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten.

In Teilbereichen der Prüfung und Feststellung des Finanzbedarfs wird von der KEF tatsächlich auf die Methode des Benchmarking zurückgegriffen. Wenn im Rahmen des QNWS Kennzahlen als Indikatoren der Wirtschaftlichkeitsentwicklung eingesetzt werden, nimmt die KEF einen Vergleich mit Referenzgrößen vor. Dabei handelt es sich entweder um Zeitreihenvergleiche innerhalb einer Rundfunkanstalt oder um Vergleiche mit anderen Anstalten oder branchengleichen Unternehmen. Vorbild sind dabei Anstalten oder Unternehmen, die auf den betreffenden Teilgebieten »best practices« bieten⁷⁵. Eine Orientierung an Marktpreisen erfolgt auch etwa dadurch, dass der bestandsbezogene Bedarf der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten im Rahmen des IIVF indexgestützt fortgeschrieben wird⁷⁶. Soweit tatsächliche Vergleichszahlen von Unternehmen fehlen, wird sich die Benchmarking-Analyse allerdings nur in der Form realisieren lassen, dass man dem Vergleich ein so genanntes analytisches Kostenmodell zu Grunde legt, das modellhaft die objektivierten Kosten zu ermitteln sucht, die unter (simulierten) Wettbewerbsbedingungen auf den relevanten Beschaffungsmärkten für die Erbringung einer bestimmten Dienstleistung entstehen würden. Maßgeblich ist dabei die Prüfung, ob sich die Kosten für die angebotene Dienstleistung an den Grundsätzen eines wirtschaftlichen und sparsamen Verhaltens am Markt orientieren.

70 Dazu Koenig/Kühling/Ritter, EG-Beihilfenrecht, 2002, S. 43 ff.

71 So auch Libertus, in: Hahn/Vesting (Fn. 45), § 13 RStV Rn. 51.

72 Vgl. etwa Stamm, Die Entgeltregulierung im Telekommunikationsgesetz, 2001, S. 174 ff.; Vogelsang, MMR 1998, 594 ff.

73 In seiner Chronopost-Entscheidung verlangt der EuGH bei einer fehlenden tatsächlichen Vergleichsmöglichkeit am Markt, die »normalen Marktbedingungen« anhand der verfügbaren objektiven und nachprüfbaren Faktoren zu ermitteln; EuGH, verb. Rs. C-83/01 P, C-94/01 P und C-94/01 P, Chronopost u. a., Urt. v. 3.7.2003, EuZW 2003, 504 Rn. 38.

74 Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner (Fn. 47), § 13 Rn. 47.

75 KEF, IIVF, Verfahrensheft (Fn. 49), Tz. 121.

76 Dazu KEF, IIVF, Verfahrensheft (Fn. 49), Tz. 46 ff.

Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten sind von Gesetzes wegen verpflichtet, Anstrengungen zur Verbesserung der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu unternehmen (§ 13 Abs. 1 RStV, § 39 Abs. 2 Satz 1 WDR-Gesetz). Die Prüfung der KEF bezieht sich daher ausdrücklich gemäß § 3 Abs. 1 Satz 2 RFinStV auch darauf, ob der angemeldete Finanzbedarf der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten »im Einklang mit den Grundsätzen von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit ermittelt worden ist«. Der zu Grunde liegende Wirtschaftlichkeitsbegriff umfasst nach allgemeiner Auffassung zum einen das so genannte Minimalprinzip, wonach ein vorgegebenes Ziel mit den geringst möglichen Mitteln zu erreichen ist, zum anderen das so genannte Maximalprinzip, wonach bei einem vorgegebenen Mitteleinsatz ein größtmöglicher Nutzen zu erreichen ist⁷⁷. Anzulegen ist dabei ein strenger Maßstab, wobei durch die Wirtschaftlichkeits- und Sparsamkeitskontrolle die Programmfreiheiten der Rundfunkanstalten allerdings nicht unterlaufen werden darf⁷⁸. Zu Grunde zu legen ist eine durchschnittlich kosteneffiziente Leistungsbereitstellung unter Berücksichtigung einer marktüblichen Kapitalrendite. Diesen Vorgaben wird die Prüfung durch die KEF gerecht. Die Kontrolle der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit anhand des QNWS⁷⁹ führt zu einer Reduzierung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten und vermindert die Summe, die sich aus der indexgestützten Fortschreibung des Bestandes und den anerkannten Entwicklungsprojekten ergibt⁸⁰. Da Gewinnzuschläge bei der Feststellung des Finanzbedarfs der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten von der KEF nicht berücksichtigt werden, wird

insoweit sogar ein strengerer Maßstab angelegt, als vom EuGH gefordert.

V. Ergebnis

Die Gebührenfinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Deutschland entspricht den Grundsätzen der Altmark Trans-Rechtsprechung des EuGH und erfüllt somit nicht den Beihilfentatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG. Die Rundfunkgebühren dienen der Erfüllung von gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen, die vorab klar definiert sind. Die Parameter der Berechnung des Ausgleichs sind zuvor objektiv und transparent aufgestellt worden. Der ex ante durch die KEF festgestellte Ausgleich geht nicht über das hinaus, was zur Erbringung der Dienstleistung erforderlich ist. Die Ermittlung der Höhe des Ausgleichs erfolgt auf der Grundlage einer Benchmarking-Analyse der Kosten, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen, das mit der Erfüllung des Auftrags betraut wäre, haben würde. Soweit tatsächliche Vergleichszahlen fehlen, werden die kompensationsfähigen Kosten mit Hilfe eines analytischen Kostenmodells ermittelt, das von einer durchschnittlich kosteneffizienten Leistungsbereitstellung ausgeht.

⁷⁷ Lehment, ZUM 1994, 617, 622 f.; Libertus, in: Hahn/Vesting (Fn. 45), § 13 RStV Rn. 36; v. Arnim, Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, 1988, S. 49 f.

⁷⁸ Libertus, in: Hahn/Vesting (Fn. 45), § 13 RStV Rn. 37.

⁷⁹ Vgl. o. Fn. 56.

⁸⁰ KEF, IIVF, Verfahrensheft (Fn. 49), Tz. 119.

§ 20 b Abs. 2 UrhG und das neue Urhebervertragsrecht

Von Dr. Elmar Mand*, Marburg

I. Einleitung

Am 1.7.2002 ist das Gesetz zur Stärkung der vertraglichen Stellung von Urhebern und ausübenden Künstlern in Kraft getreten¹. Es soll Äquivalenzstörungen bei urheberrechtlichen Nutzungsverträgen korrigieren, die sich aus der wirtschaftlichen und organisatorischen Unterlegenheit der Kreativen gegenüber den Primärverwertern ihrer Werke ergeben². Zentrale Bestimmungen der Gesetzesnovelle sind § 32 UrhG und § 32 a UrhG. Nach diesen Vorschriften können Urheber im Falle der Einräumung von Nutzungsrechten einen Anspruch auf Vertragsänderung geltend machen, wenn die vereinbarte Vergütung unangemessen niedrig ist bzw. wenn sich später zeigt, dass sie in einem auffälligen Missverhältnis zu

den tatsächlichen Erträgen und Vorteilen der Werknutzung steht³. Über die Verweisung in § 75 Abs. 4 UrhG haben ausübende Künstler dieselben Rechte.

* Der Verfasser ist Juniorprofessor an der Philipps-Universität in Marburg.

¹ BGBl. 2002 I, S. 1155 ff. Die Materialien zusammengestellt hat Hucko, Das neue Urhebervertragsrecht, 2002, S. 91 ff.

² Aml. Begr. BT-Dr. 14/6433, S. 7. Der Kabinettsentwurf des Gesetzes, BT Dr. 14/7564, ist mit BT-Dr. 14/6433 identisch und wurde nicht eigens abgedruckt.

³ Eingehend zu diesen neuen Ansprüchen Erdmann, GRUR 2002, 923, 925 ff.; Ory, AfP 2002, 93, 95 ff.; Schack, GRUR 2002, 853, 855 ff.; Schmidt, ZUM 2002, 781, 782 ff.