

Von Professor
Dr. Christian Koenig,
LL.M., Bonn, und
Priv.-Doz. Dr. Jürgen
Kühling, LL.M.,
Karlsruhe

Der Autor Koenig ist Direktor
am Zentrum für Europäische
Integrationsforschung (ZEI)
der Universität Bonn. Der
Autor Kühling ist dort Senior
Fellow und zurzeit Vertreter
des Lehrstuhls für
Öffentliches Recht, Medien-
und Telekommunikationsrecht
einschließlich
Datenschutzrecht der
Universität Karlsruhe. Mehr
über die Autoren erfahren Sie
auf S. VIII.

EG-beihilfenrechtlicher „Switch-Off“ für das digitale terrestrische Fernsehen (DVB-T)?

Zugleich ein Beitrag zur EG-beihilfenrechtlichen Qualifikation
staatlich benannter Einrichtungen

Unter großem Medieninteresse wurde im Februar 2002 in Berlin/Potsdam das digitale terrestrische Fernsehen (DVB-T) in Betrieb genommen. Weitere Bundesländer, wie insbesondere Nordrhein-Westfalen, beabsichtigen in diesem Jahr ebenfalls den digitalen „Switch-Over“ in der terrestrischen Rundfunkverbreitung. Dabei ist hier wie in Berlin eine massive Förderung des Wechsels geplant. Dies gilt vor allem in Bezug auf die Übernahme der Mehrkosten für die privaten Rundfunkveranstalter, die durch die Umstellung entstehen und von den Landesmedienanstalten übernommen werden (sollen). Wie so oft bei derartigen Infrastrukturprojekten sind die EG-beihilfenrechtlichen Aspekte der Fördermaßnahmen nicht weiter beachtet worden. Von einer Notifizierung in Brüssel wurde abgesehen. Jetzt stellt sich die Frage, ob diese Förderung zugunsten der privaten Rundfunkveranstalter und mittelbar zugunsten des Betreibers der Infrastruktur (T-Systems MediaBroadcast) rechtswidrig ist und daher bereits ausgekehrte Beihilfen zurückzuzahlen sind. Dabei wirft die Förderung interessante dogmatische Fragen auf, und zwar vor allem mit Blick auf das nach wie vor unklare Tatbestandsmerkmal „aus staatlichen Mitteln“.

I. Einleitung¹

Im Zuge der Bestrebungen einer schrittweisen Digitalisierung der Rundfunkverbreitungswege wurde jüngst auch die Einführung des digitalen terrestrischen Fernsehens (DVB-T) vorangetrieben. Damit soll die in den letzten Jahren stark abgenommene Nutzung der Terrestrik gefördert werden, indem bei verbesserter Übertragungsqualität zugleich eine deutlich höhere Übertragungskapazität von bundesweit ca. 20–24 Programmen erreicht wird. Zudem sollen im Hinblick auf die mögliche Erschließung eines Rückkanals beispielsweise über Mobilfunk Perspektiven interaktiver Nutzungsmöglichkeiten wie Video-on-demand eröffnet werden. Für den Empfang von DVB-T auf herkömmlichen Fernsehgeräten ist der Erwerb einer so genannten Set-Top-Box zur Umwandlung der digitalen in analoge Sendesignale notwendig. Zunächst wurde DVB-T im Februar 2002 im Großraum Berlin/Potsdam in Betrieb genommen. Im August 2003 wurde dort die analoge Ausstrahlung gänzlich eingestellt. Demnächst soll DVB-T in verschiedenen Ballungsräumen in Nordrhein-Westfalen und Norddeutschland eingeführt werden. So ist geplant, im Mai 2004 den Betrieb in den Räumen Köln/Bonn, Hannover/Braunschweig und Bremen/Unterweser zu starten. Im November 2004 sollen dann die Räume Düsseldorf/Ruhr, Hamburg/Lübeck und Kiel hinzukommen. Kürzlich wurde auch die Einführung in Baden-Württemberg, Hessen und Rheinland-Pfalz beschlossen. Darüber hinaus gibt es noch wenig konkrete

Pläne für eine spätere Einführung in weiteren Regionen. Die zur Verfügung stehenden Frequenzen werden dabei hälftig zwischen den öffentlich-rechtlichen und den privaten Rundfunkveranstaltern aufgeteilt. Der Aufbau des Gesamtsystems wird durch die T-Systems MediaBroadcast vorgenommen. Die Ausgangslage für die Einführung von DVB-T in Deutschland ist dadurch gekennzeichnet, dass der terrestrische Übertragungsweg von nur 5–7% der Fernsehteilnehmer genutzt wird. Von Seiten der Rundfunkveranstalter wird die Terrestrik ganz überwiegend von den öffentlich-rechtlichen Anstalten genutzt, während diese für die Privatsender ein marginaler Verbreitungsweg ist. So erreicht RTL beispielsweise nur rund 5% seiner Zuschauer über die Terrestrik. Demgemäß ist das Interesse der Privatsender an Investitionen in diesen Übertragungsweg und damit auch an der Einführung von DVB-T eher gering. Diese sind insbesondere nicht bereit, hiermit verbundene Mehrkosten zu tragen.

Die Umstellung geht indes mit erheblichen Kosten einher, die nicht vollständig durch die Einsparungen aufgrund der Einstellung der analogen Ausstrahlung aufzufangen sind. Um die privaten Sender gleichwohl einzubinden, nicht zuletzt um mit der Ausstrahlung auch der großen privaten Programme die Attraktivität von DVB-T

¹ Die Verfasser danken *Stefan Barudi* für Hilfe bei der Recherche und kritische Hinweise. Die Abhandlung beruht auf einem Rechtsgutachten. Unabhängig davon hatte bereits der Verband ANGA Ende 2002 eine Beihilfenbeschwerde bei der Kommission eingereicht.

zu sichern, sollen die anfallenden Mehrkosten der Privatsender im Rahmen einer finanziellen Förderung durch die Landesmedienanstalten übernommen werden. Mit dieser in Berlin und Brandenburg bereits umgesetzten, in den anderen Ländern erst geplanten Förderung aus den Mitteln des 2%-Anteils der Landesmedienanstalten an der Rundfunkgebühr werden die von den Sendern an den Systembetreiber T-Systems MediaBroadcast zu entrichtenden Ausstrahlungsentgelte subventioniert. Im Raum Berlin/Potsdam wurden so von der Medienanstalt Berlin-Brandenburg (MABB) ca. 65 000 € pro Jahr und Programm bei insgesamt 25 Programmen übernommen. Damit wird die MABB über einen Zeitraum von fünf Jahren ca. 25–35% der Verbreitungskosten tragen. In Nordrhein-Westfalen sollen von der Landesanstalt für Medien (LfM) von 2004 bis 2008 beispielsweise jährlich zwischen 1,6 und 2,3 Mio. € bereitgestellt werden.

II. Vorbemerkung: Es ist zu unterscheiden zwischen der Frage, ob Rundfunkgebühren eine Beihilfe darstellen, und der Frage, ob die Mittel der Landesmedienanstalten als staatliche Mittel zu qualifizieren sind

Bei der EG-beihilfenrechtlichen Beurteilung der Finanzierung von DVB-T geht es nicht um die seit vielen Jahren hoch umstrittene Frage, ob die Mittel, die den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten bzw. den Landesmedienanstalten in Form der Rundfunkgebühren zufließen, Beihilfen darstellen². Vielmehr geht es bei der Förderung von DVB-T um die Frage, ob die Landesmedienanstalten ihrerseits hoheitliche Mittel verausgaben und damit gegebenenfalls in rechtswidriger Art und Weise Beihilfen auskehren³.

III. Das Tatbestandsmerkmal der staatlichen Herkunft – Eine Übertragung der Mittel einer staatlich benannten Einrichtung liegt vor

Die Begünstigung muss „staatlich oder aus staatlichen Mitteln“ gewährt sein, damit der Beihilfentatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag erfüllt ist. Hierbei macht es keinen Unterschied, ob die Mittel vom Mitgliedstaat selbst oder von den in die Mitgliedstaaten eingegliederten Gebietskörperschaften gewährt werden. In Deutschland gilt dies insbesondere für die Länder und die Kommunen⁴. Daher ist die Finanzierung aus Ländermitteln unproblematisch, da auch insoweit eine staatliche Herkunft bejaht werden kann. Allerdings ist bei einer Förderung durch die Landesmedienanstalten kein Staatshaushalt eines Landes betroffen. Vielmehr werden die Gelder aus den Mitteln der Landesmedienanstalten gezahlt. Dabei ist vorab darauf hinzuweisen, dass die Staatlichkeit der Fördermittel der Landesmedienanstalten nicht darauf gestützt werden kann, dass das Geld aus den Rundfunkgebühren stammt, die ihrerseits als staatliche Mittel zu qualifizieren sind. Denn in der Logik der EuGH-Rechtsprechung nach dem Urteil in der Rechtssache *Preussen Elektra*⁵ ist die Staatlichkeit der Rundfunkgebühren zu verneinen⁶.

1. Bisherige Rechtsprechung des EuGH zur Übertragung von Mitteln staatlich benannter Einrichtungen

Aus der Unterscheidung zwischen „staatlich“ und „aus staatlichen Mitteln“ wird deutlich, dass nicht nur die unmittelbar vom Staat gewährten Begünstigungen in den Anwendungsbereich des Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag fallen. Einzubeziehen sind nach ständiger Rechtsprechung des EuGH und nach der Kommissionspraxis vielmehr auch solche Fördermittel, „die über eine vom Staat benannte oder errichtete öffentliche oder private Einrichtung gewährt werden“ (im Folgenden: staatlich benannte Einrichtung)⁷. Auch in diesen Fällen muss eine Zurechnung möglich sein, da sich die Mitgliedstaaten ansonsten durch eine Ausgliederung der die Unternehmen begünstigenden Einheiten aus der unmittelbaren Staatsverwaltung dem Anwendungsbereich des Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag entziehen könnten.

Eine Definition staatlich eingesetzter Einrichtungen ist der Rechtsprechung nicht zu entnehmen. Die bisherige Judikatur nennt nicht einmal explizite Kriterien für das Vorliegen einer „Einrichtung“ und für deren Qualifikation als „vom Staat benannt“. Auch für die Anforderungen an die Annahme einer „Mittelübertragung“ fehlt es an präziseren Hinweisen. Gesichert ist allein das Erfordernis der Mittelgewährung durch eine solche zwischen-geschaltete Instanz, wenn eine Finanzierung aus dem Staatshaushalt nicht vorliegt.

Dabei zeigt eine nähere Analyse der bisherigen Rechtsprechung zur Vergabe von Beihilfen über staatlich eingesetzte Zwischeninstanzen, dass die jeweils erfassten Einrichtungen einen erheblichen Grad an organisatorischer Verfestigung aufwiesen und dabei auch über die jeweils zur Diskussion stehenden Mittel verfügen konnten bzw. diese zu verwalten hatten.

2 Dazu etwa ausführlich *Koenig/Kühling*, ZUM 2001, 537 ff.; *Oppermann*, Deutsche Rundfunkgebühren und europäisches Beihilferecht, 1997; *Selmer/Gersdorf*, Die Finanzierung des Rundfunks in der Bundesrepublik Deutschland auf dem Prüfstand des EG-Beihilferegimes, 1994; Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk vom 15. 11. 2001, ABIEG 2001 Nr. C 320, 4; s. ferner zuletzt die Kommissionsentscheidungen vom 24. 2. 1999, NN 70/98 *Kinderkanal/Phoenix*; Entscheidung der Kommission vom 14. 12. 1999, NN 88/98 *BBC News 24*, SG(99) D/ 10201; vom 1. 10. 2003, N 37/2003, *BBC Digital Curriculum*, C (2003) 3528 endg.; vom 13. 10. 2003, C 62/1999, *RAI*, C (2003) 3371 endg.; vom 15. 10. 2003, NN 166/95 a, *RTVE*; vom 23. 1. 2004, NN 170/2003, C (2004)/166; zur Frage der Beurteilung der deutschen Rundfunkgebühren vor dem Hintergrund des *Altmark-Trans*-Urteils (dazu Fn. 38), siehe jetzt *Koenig/Haratsch*, ZUM 2003, 804 ff.; zu früheren Entscheidungen s. auch *Harings*, Praxis des Europäischen Beihilfenrechts, 2001, Rdnr. 73 ff.

3 Vgl. zu dieser Frage auch die Untersuchung von *Gounalakis*, Funktionsauftrag und wirtschaftliche Betätigung des Zweiten Deutschen Fernsehens, 2000, S. 166 ff., der an der angegebenen Stelle insbesondere der Frage nachgeht, ob das ZDF im Rahmen der Verwirklichung des ZDF-Mediensparks die entsprechende Betreiber-gesellschaft, an der auch Private beteiligt sind, begünstigt; vgl. auch Entscheidung der Kommission vom 3. 4. 2002, NN 2/2002, *ZDF Medienpark*, C (2002) 932 endg.

4 EuGH, Rs. 248/84, Slg. 1987, 4013 Rdnr. 17 – Deutschland/Kommission.

5 EuGH, Rs. C-379/98, Slg. 2001, I-2099 Rdnr. 59 – Preussen Elektra.

6 *Koenig/Kühling*, ZUM 2001, 537 ff.

7 Vgl. EuGH, verb. Rs. C-52/97, C-53/97 und C-54/97, Slg. 1998, I-2629 Rdnr. 13. – Viscido, m. w. N.; dazu *Rodger*, ECLR 1999, 251; s. auch die Aufforderung der Kommission zur Abgabe einer Stellungnahme, *PMPOA*, ABIEG 2001 Nr. C 179, 18; französische Wasserbehörde als zur Beihilfenvergabe benannte öffentliche Einrichtung.

In den meisten Fällen handelte es sich um die Verwaltung von Fonds. Im Urteil *Italien/Kommission* stellte der EuGH erstmals fest, dass die Gewährung von Vorteilen, die staatlich eingerichtete Fonds belasten, das Tatbestandsmerkmal der staatlichen Herkunft erfüllt⁸. Dabei ging es um die Senkung des Beitragssatzes für Familienabgaben, den italienische Textilunternehmen bei normaler Anwendung des Steuer- und Abgabensystems zu entrichten hätten. Der daraus folgende Einnahmeverlust wurde aus einem staatlichen und durch Zwangsbeiträge gespeisten Fonds ausgeglichen. Auch das Urteil *Steinike und Weinlig* betraf Geldmittel, die aus einem Fonds geleistet wurden, der seinerseits aus Zwangsbeiträgen gespeist wurde. Die Entscheidungsgremien des Fonds konnten (über eine vom Fonds kontrollierte Gesellschaft) die Einnahmen weitgehend frei für Maßnahmen verwenden, die den Absatz und die Verwertung von Erzeugnissen aus der deutschen Land-, Forst- und Ernährungswirtschaft steigern⁹. Ähnlich war die Fallkonstellation in der Rechtsache *„Lagerkosten für Zucker“*, die einen staatlich gesteuerten Fonds zur Finanzierung der Lagerkosten für Zuckerhersteller betraf¹⁰. Im Fall *CNCA* (Frankreich/Kommission) ging es erneut um Beiträge aus einer institutionalisierten öffentlichen Einrichtung, nämlich der „Caisse nationale de crédit agricole“ (CNCA)¹¹. Diese Rechtsprechungslinie des EuGH¹² wurde später vom Europäischen Gericht erster Instanz (EuG) im Fall *Air France* bestätigt. Dem Urteil lag wiederum die Finanzierung von Fördermaßnahmen durch eine Caisse zugrunde, nämlich der „Caisse des dépôts et consignations“, einer durch Gesetz geschaffenen öffentlichen Einrichtung mit Sonderaufgaben (Etablissement public spécial)¹³. In allen zitierten Fällen haben EuGH und EuG das Vorliegen einer staatlich eingesetzten Einrichtung bejaht. Dabei floss in den jeweiligen Fallkonstellationen das Geld zunächst in einen staatlichen „Nebenhaushalt“, zumindest aber in den Haushalt einer Einrichtung, auf die der Staat – und sei es auch nur durch den Gründungsakt – Einfluss hat.

Mit dem *PreussenElektra*-Urteil ist ferner die im Anschluss an die vorangegangene Rechtsprechung des EuGH¹⁴ betonte notwendige Bedingung zu verlangen, dass es zu einer Belastung öffentlicher Haushalte kommen muss¹⁵. Danach muss also bei einer staatlich benannten Einrichtung eine entsprechende Mittelbelastung erfolgen. Schließlich ist nach dem Urteil *Stardust Marine*¹⁶ gegenwärtig in der Rechtsprechung des EuGH unklar, ob nicht über öffentliche Unternehmen hinaus auch bei staatlich benannten Einrichtungen die Zurechnung des Mitteltransfers zum Staat anhand weiterer Indizien im Einzelfall festgestellt werden muss, so dass ein zweistufiger Test Anwendung findet¹⁷. Diesen Ansatz hat der EuGH am Fall der Finanzzuführungen durch öffentliche Unternehmen entwickelt und insoweit anhand eines Bündels von Merkmalen wie dem Grad der Eingliederung in die Strukturen der öffentlichen Verwaltung, der Marktüblichkeit der Tätigkeit, dem Rechtsstatus des Unternehmens und der Intensität der behördlichen Aufsicht die Zurechnung des Finanztransfers zum Staat geprüft¹⁸. Mit diesem Ansatz sollte zunächst einmal ausgeschlossen werden, dass Mitteltransfers durch öffentliche Unternehmen bereits allein deshalb dem Staat zugerechnet werden, weil diesem als Eigentümer ein mittelbarer Einfluss auf das jeweilige Unternehmen zukommt¹⁹. Andererseits sollte Voraussetzung für die Zurechnung auch nicht der

unter Umständen nur schwierig oder überhaupt nicht zu führende Nachweis einer konkreten Veranlassung zu der Beihilfenmaßnahme durch staatliche Instanzen sein²⁰. Mit Hilfe von Indizien soll dementsprechend eine Beteiligung von Behörden bzw. die Unwahrscheinlichkeit einer fehlenden Beteiligung von Behörden am Erlass der Fördermaßnahme ermittelt werden²¹. Da die Rechtsprechung auf öffentliche Unternehmen bezogen ist, bleibt allerdings zunächst offen, ob sie auch für staatlich benannte Einrichtungen greift²². Dabei kann gegen eine Übertragung dieser Grundsätze angeführt werden, dass die genannten Indizien bei den meisten staatlich benannten Einrichtungen zumindest teilweise grundsätzlich erfüllt sein dürften. Dies gilt insbesondere für die Frage der Marktüblichkeit der Verhaltensweise. So kann in Bezug auf öffentliche Unternehmen in zahlreichen Aspekten des Wirtschaftens durchaus davon ausgegangen werden, dass diese marktüblich handeln, auch wenn der Staat mit diesen Unternehmen andere als kaufmännische Ziele verfolgen kann²³. Bei zahlreichen staatlich benannten Einrichtungen – wie den Landesmedienanstalten – ist dies nicht gleichermaßen der Fall. Sie werden von vornherein nicht primär wirtschaftlich tätig, sondern nehmen marktfremde Kontroll- und Förderaufgaben wahr. Darüber hinaus sind sie im Gegensatz zu öffentlichen Unternehmen auch grundsätzlich in die Strukturen der öffentlichen Verwaltung eingekleidet, haben einen öffentlich-rechtlichen Rechtsstatus und unterliegen zumindest der staatlichen Rechts- und Finanzaufsicht²⁴, von der politisch geprägten Ernennungspraxis hinsichtlich der Leitungspersönlichkeiten ganz zu schweigen.

8 EuGH, Rs. C-173/73, Slg. 1974, 709 Rdnr. 33, 35 – Familienzusagen im Textilsektor.

9 EuGH, Rs. C-78/76, Slg. 1977, 595 Rdnr. 2 – Steinike und Weinlig.

10 EuGH, Rs. C-72/79, Slg. 1980, 1411 Rdnr. 20 ff. – Lagerkosten für Zucker.

11 EuGH, Rs. C-290/83, Slg. 1985, 439 Rdnr. 1, 5, 13 ff. – CNCA.

12 S. auch EuGH, Rs. C-57/86, Slg. 1988, 2855 Rdnr. 12 f. – Bank von Griechenland, und EuGH, Rs. 303/88, Slg. 1991, I-1433 Rdnr. 10–14 – ENI.

13 EuG, Rs. T-358/94, Slg. 1996, II-2109 Rdnr. 4, 57 ff. – Air France; vgl. bereits EuGH, Rs. 102/87, Slg. 1988, 4067 Rdnr. 2 f. – FMI (Fall betreffend einen industriellen Modernisierungsfonds – „Fonds industriel de modernisation“ – der von der französischen Regierung gegründet worden war und zu zinsgünstigen Darlehen an Industrieunternehmen beitrug).

14 Siehe insbesondere EuGH, verb. Rs. C-72/91 und C-73/91, Slg. 1993, I-887 Rdnr. 21 – Sloman Neptun.

15 So insbesondere *Soltész*, Die „Belastung des Staatshaushalts“ als Tatbestandsmerkmal einer Beihilfe i.S. des Art. 92 I EGV, EuZW 1998, 747, 751 ff.; insoweit ist der Titel des Aufsatzes allerdings zu eng gefasst, da es, wie *Soltész* zutreffend darlegt, nicht allein um die Belastung staatlicher Haushalte, sondern auch solcher Haushalte von staatlich eingesetzten Einrichtungen geht.

16 EuGH, Rs. C-482/99, Slg. 2002, I-4397 Rdnr. 50 ff. – Stardust Marine; dazu *Koenig/Kühling*, EStAL 2002, 7 ff.

17 Dazu *Koenig/Kühling*, in: Streinz, EUV/EGV Kommentar, 2003, Art. 87 EGV Rdnr. 46.

18 EuGH, Rs. C-482/99, Slg. 2002, I-4397 Rdnr. 56 – Stardust Marine.

19 EuGH, Rs. C-482/99, Slg. 2002, I-4397 Rdnr. 52 – Stardust Marine.

20 EuGH, Rs. C-482/99, Slg. 2002, I-4397 Rdnr. 53 f. – Stardust Marine.

21 EuGH, Rs. C-482/99, Slg. 2002, I-4397 Rdnr. 56 – Stardust Marine.

22 Dies grds. bejahend mit dem Hinweis darauf, dass entscheidend auf das Tatbestandsmerkmal der Marktüblichkeit der Verhaltensweise abzustellen sei, *Koenig/Kühling* (Fn. 17), Art. 87 EGV Rdnr. 46.

23 Vgl. EuGH, Rs. C-482/99, Slg. 2002, I-4397 Rdnr. 39 – Stardust Marine.

24 Näher hierzu *Bumke*, Die öffentliche Aufgabe der Landesmedienanstalten, 1995, S. 318 ff.

Jedenfalls mit Blick auf staatlich benannte Einrichtungen wie die Landesmedienanstalten spricht daher einiges dafür, keine Zurechenbarkeit der konkreten individuellen Finanztransaktion zu prüfen.

2. Anwendung dieser Grundsätze auf das Tätigwerden der Landesmedienanstalten

Zunächst handelt es sich bei den Landesmedienanstalten um organisatorisch verfestigte Gebilde, so dass von einer „Einrichtung“ im Sinne der Kommissionspraxis und EuGH-Rechtsprechung gesprochen werden kann. Den Landesmedienanstalten werden auch entsprechende Mittel zur Verwaltung zur Verfügung gestellt. Diese sind in § 40 RStV auf maximal 2% des Rundfunkgebührenaufkommens fixiert. Die Einzelheiten sind in den §§ 10f. RFinStV niedergelegt. Die Abwicklung durch die Landesmedienanstalten wird durch eine „Verwaltungsvereinbarung über die Einziehung und Abführung des Anteils der nach Landesrecht zuständigen Stellen an der Rundfunkgebühr“ vom 1./4./18. 12. 1987 geregelt²⁵.

Allerdings stellt sich die in der deutschen Literatur im Streit um die staatliche Herkunft der Rundfunkgebühr mit Blick auf die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten kontrovers diskutierte Frage²⁶, ob das Gebot der Staatsfreiheit des Rundfunks einer Qualifikation der Rundfunkanstalten als „staatlich benannt“ entgegensteht, auch in Bezug auf die Landesmedienanstalten. Angesichts der vorrangigen Ausrichtung der Landesmedienanstalten auf die Inhalteregulierung und Pluralismussicherung hat sich deren besonderer, grundrechtlich geprägter Status entwickelt. Die aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG abgeleiteten Gebote der Pluralismussicherung und der Staatsferne des Rundfunks verlangen nach vorherrschender Meinung auf der Ebene der Kontrolle privater Rundfunkveranstalter als Gegenstück eine plurale und autonome Ausgestaltung der Landesmedienanstalten. Organisatorisch umgesetzt werden diese Anforderungen insbesondere durch die gesellschaftsplurale Besetzung des Hauptentscheidungsorgans der Landesmedienanstalten, dem ein Exekutivorgan beigeordnet wird²⁷. Die Staatsferne erfordert zudem eine umfassende Weisungsfreiheit gegenüber staatlichen Instanzen²⁸. Dabei wird nicht nur eine Unabhängigkeit gegenüber tagespolitischer Einmischung, sondern ganz generell gegenüber dem Einfluss der Regierung und sogar des Parlaments verlangt.

Angesichts dieser weit reichenden Unabhängigkeit könnte nun bezweifelt werden, dass eine staatliche Benennung vorliegt bzw. ein Mitteltransfer von Seiten der Landesmedienanstalten dem Staat zugerechnet werden kann. Insoweit ist allerdings darauf hinzuweisen, dass das EuG im Urteil *Air France* dargelegt hat, dass die Unabhängigkeit eines Organs nicht dazu führt, dass eine Qualifikation als staatlich eingesetzte Einrichtung ausgeschlossen ist²⁹. Es genügt nach dieser Rechtsprechung, dass die betroffene Institution durch einen hoheitlichen Akt ins Leben gerufen wurde und ihr Handeln in Rechtsvorschriften geregelt ist. Damit ist die anschließende Unabhängigkeit einer Einrichtung gegenüber staatlichen Gremien dann nicht entscheidend, wenn diese Einrichtung durch staatlichen Hoheitsakt gegründet und aufgrund öffentlicher Bestimmungen tätig wird. Dadurch wird schließlich auch ihr staatlicher Charakter entscheidend determiniert.

Im Gegensatz zu privatwirtschaftlichen Akteuren, die ihr Handeln allein an marktwirtschaftlichen Kriterien orientieren müssen, um am Markt zu bestehen, verhindert die Unabhängigkeit einer derartigen Einrichtung nicht, dass diese ihr Handeln und insbesondere den Einsatz ihrer Mittel eben nicht allein an marktwirtschaftlichen, sondern vor allem an politischen Kriterien ausrichtet. Demnach ist es gerechtfertigt, auch derartige unabhängige, wenn auch nicht originär staatliche, so doch dem Staat zu zurechnende Einrichtungen dem Kontrollstrahl des EG-Beihilfenrechts zu unterwerfen³⁰. Bei den Landesmedienanstalten ist der Tatbestand einer staatlichen Einrichtung somit angesichts der gesetzlichen Regelung der Tätigkeit im Rundfunkstaatsvertrag bzw. den Landesmediengesetzen zu bejahen. Auch die Fördertätigkeit wird durch staatliche Regelungen vorgegeben (§ 40 Abs. 1 S. 2 RStV i.V.m. dem jeweils ermächtigenden Landesgesetz³¹). Würden die Haushalte derartiger Entitäten nicht als staatlich qualifiziert, eröffnete man staatlichen Instanzen mannigfaltige Umgehungsmöglichkeiten des EG-Beihilfentatbestands. Diese könnten nach Belieben staatsferne Einrichtungen ausgliedern, um aufgrund gleichwohl vorgegebener staatlicher Regelungen an sich unzulässige Förderungen durchführen zu lassen.

Die Belastung des Haushalts der Landesmedienanstalten ist angesichts der bei allen Förderoptionen vorgesehenen Finanzierung aus den Haushaltsmitteln der Landesmedienanstalten gegeben. Dies ist im Fall der Finanzierung aus einem Fonds, der aus Mitteln der Landesmedienanstalten gespeist wird, besonders evident. Selbst wenn in der Folge des Urteils *Stardust Marine* auch bei derartigen staatlich benannten Einrichtungen die staatliche Veranlassung der konkreten individuellen Finanztransaktion anhand bestimmter Anhaltspunkte im Einzelfall festgestellt werden muss³², ist eine solche hier zu bejahen. Denn

- 25 Abgedruckt in *Hahn/Vesting*, Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 2003, § 11 RFinStV, Rdnr. 11.
- 26 Dazu *Oppermann*, Deutsche Rundfunkgebühren und europäisches Beihilfenrecht, 1997, S. 46 (tendenziell verneinend); *Hoffmann-Riem*, Öffentliches Wirtschaftsrecht der Kommunikation und der Medien, in: Schmidt, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Besonderer Teil I, 1995, S. 601 f. (dezidiert verneinend). Dabei wird die Diskussion jedoch eher pauschal im Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal der staatlichen Herkunft geführt.
- 27 Dazu mit Einzelheiten *Bumke*, Die öffentliche Aufgabe der Landesmedienanstalten, 1995, S. 289 ff.
- 28 Exemplarisch § 95 Abs. 1 S. 2 Landesmediengesetz Nordrhein-Westfalen; die Rechtsaufsicht, die auf das Eingreifen im Fall evidenter Rechtsverstöße beschränkt ist, bleibt davon unberührt, dazu *Bumke* (Fn. 27), S. 245 ff.; *Gersdorf*, Staatsfreiheit des Rundfunks in der dualen Rundfunkordnung der Bundesrepublik Deutschland, 1991, S. 202; *Jarass*, Die Freiheit des Rundfunks vom Staat, 1981, S. 53 ff.
- 29 EuG, Rs. T-358/94, Slg. 1996, II-2109 Rdnr. 58 ff. – *Air France*.
- 30 Andernfalls wäre im Übrigen kritisch zu untersuchen, ob nicht das Ausmaß an Durchbrechungen der Unabhängigkeit vorliegend in EG-beihilfenrechtlicher Hinsicht von Bedeutung ist. So werden gemäß den §§ 9, 10 MSIV BB die Mitglieder des Medienrates als Hauptentscheidungsorgan der MABB beispielsweise nicht nach dem pluralistischen Modell, sondern nach Gesichtspunkten der Sachkunde von den Länderparlamenten als staatlichen Hoheitsträgern (!) bestimmt. Eine pluralistische Zusammensetzung des Hauptentscheidungsorgans ist demnach keinesfalls zwingend; dazu *Gersdorf*, Grundzüge des Rundfunkrechts, 2003, Rdnr. 384. Schließlich ist auch die Staatsferne in der Realität keineswegs durchgängig gewährleistet. Vielmehr bestehen zahlreiche Einfallstore für einen Einfluss von Staat und Politik; hierzu *Fechner*, Die Aufsicht über den Privatrundfunk in Deutschland, 2003, S. 32 ff.
- 31 Vgl. beispielsweise § 47 Abs. 1 S. 2 LMedienG BW; § 57 Abs. 2 Nr. 2b) HessPRG; § 69 Abs. 1 LRG RP; § 59 Abs. 1 Nr. 3, 4 MedienG LSA; § 73 Abs. 1 Nr. 3 LRG SH; § 53 Abs. 3 ThürLMG.
- 32 EuGH, Rs. C-482/99, Slg. 2002, I-4397 Rdnr. 56 – *Stardust Marine*; dazu *Koenig/Kühling*, ESTAL 2002, 7 ff., und *dies.*, in: Streinz (Fn. 17), Art. 87 EGV Rdnr. 46.

die vom EuGH herangezogenen Indizien (Marktüblichkeit der Tätigkeit, privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Status der Einrichtung, Intensität der behördlichen Aufsicht, Grad der Eingliederung in die Strukturen der öffentlichen Verwaltung) sprechen für das Vorliegen eines staatlichen – und nicht privatwirtschaftlichen – Charakters der Förderung durch die Landesmedienanstalten. Wenngleich diese im Hinblick auf ihre Staatsferne auch nicht unmittelbar in die Strukturen der allgemeinen öffentlichen Verwaltung eingegliedert sind, so sind sie doch als öffentlich-rechtliche Rechtssubjekte verfasst. Ebenso unterliegen sie zumindest der staatlichen Rechts- und Finanzaufsicht³³. Entscheidend ist allerdings, dass die Tätigkeit der Landesmedienanstalten zwar grundsätzlich staatsfern ist, dass es hier aber dennoch um staatliche Aufgaben geht, deren Ausübung eben nicht von marktwirtschaftlichen Grundsätzen geprägt ist. Auch im hier zu bewertenden konkreten Fall wird die Marktunüblichkeit der Förderung bereits dadurch deutlich, dass es sich bei der durchgeführten und beabsichtigten Förderung um verlorene Zuschüsse handelt, für die keine Gegenleistung erlangt wird. Die Förderung durch die Landesmedienanstalten wäre nach alledem auch im Sinne der *Stardust Marine*-Rechtsprechung dem Staat zuzurechnen.

IV. Das Tatbestandsmerkmal der Begünstigung und das Problem der mittelbaren Begünstigung

Auch in Bezug auf das Tatbestandsmerkmal der Begünstigung wirft die DVB-T-Förderung spannende Fragen auf. Dabei liegt die Begünstigung der privaten Rundfunkveranstalter angesichts der Übernahme der bei bestimmten privaten Rundfunkveranstaltern anfallenden Ausstrahlungsentgelte, die von T-Systems MediaBroadcast verlangt werden, auf der Hand. Genauso wird aber auch der Betreiber des terrestrischen digitalen Rundfunknetzes T-Systems MediaBroadcast mittelbar begünstigt. Diesem wird die Einführung eines Produktes erleichtert, das sich ohne staatliche Förderung am Markt nicht gleichermaßen durchsetzen könnte. T-Systems MediaBroadcast erlangt so einen Finanzierungsvorteil gegenüber den Verbreitungswegen „Kabel“ und „Satellit“. Auch solche mittelbaren Begünstigungen werden vom EG-Beihilfentatbestand erfasst, da dieser nur wirkungsbezogen, allein auf die Begünstigung abstellt³⁴. Dies betrifft insbesondere die staatliche finanzielle Unterstützung von Unternehmen oder Verbrauchern zugunsten des Erwerbs bestimmter Produkte oder Dienstleistungen eines Unternehmens. Sofern die weiteren Tatbestandsmerkmale des Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag gegeben sind, liegt in diesem Fall eine Beihilfe zugunsten des Letztbegünstigten vor³⁵. Eine Begünstigung könnte allenfalls dadurch ausgeschlossen werden, dass der Betreiber einer geförderten Infrastruktur im Wege eines offenen, transparenten und bedingungs-freien Ausschreibungsverfahrens ermittelt wird³⁶. Darauf haben zuletzt die Kommissionsbeamten *Westerhof/Santamato* gerade mit Blick auf die Förderung des digitalen Fernsehens hingewiesen³⁷. Eine solche Ausschreibung von Fördergeldern für die Bereitstellung digitalen Fernsehens unter Einbeziehung der konkurrierenden Infrastrukturanbieter ist hier jedoch nicht erfolgt. Ferner könnte nach der jüngsten *Altmark-Trans*-Rechtsprechung³⁸ eine Begünstigung auch dann ausscheiden, wenn der Empfän-

ger der Fördermittel vorab definierte Gemeinwohlpflichten erbringt, die im Rahmen eines objektiven Ausgleichsmechanismus nicht überkompensiert werden. Vorliegend ist jedoch weder eine vorab definierte Gemeinwohlpflichtung noch ein objektiver und transparenter Ausgleichsmechanismus zu erkennen, so dass auch insoweit kein Ausschluss der Begünstigungswirkung möglich ist.

V. Bestimmtheit der Begünstigung

Das Kriterium der Bestimmtheit – bzw. Spezialität – ist das entscheidende Tatbestandsmerkmal, um staatliche Fördermaßnahmen, die unterschiedslos der gesamten Wirtschaft zugute kommen, aus dem gemeinschaftsrechtlichen Beihilfenbegriff auszuschneiden³⁹. Vorliegend wird aber nicht eine allgemeine Infrastruktur wie der Straßenbau oder eine Veranstaltungshalle gefördert, die durch eine Vielzahl von Unternehmen verwendet werden kann. Vielmehr werden (gegebenenfalls) ausgewählte Unternehmen (einzelne private Rundfunkveranstalter), jedenfalls aber (zumindest mittelbar) ein individualisierter System-Betreiber/Hersteller (T-Systems MediaBroadcast) begünstigt. Eine Bestimmtheit (der Begünstigung) könnte demnach vorliegend allenfalls dann ausscheiden, wenn die Förderung einer Infrastruktur technologie-neutral ausgestaltet wird, das heißt wenn diese bei Vorliegen von mehreren im Wettbewerb befindlichen Infrastrukturen allen gleichermaßen zugute kommt oder, wenn noch keine Infrastruktur vorhanden ist, diese sich auf die von vornherein am besten geeignete beschränkt⁴⁰. Angesichts der Beschränkung der Förderung auf digitales Fernsehen bezogen auf terrestrisches DVB-T und dabei auf einen individualisierten System-Betreiber/Hersteller (T-Systems MediaBroadcast) kann hier indes von einer technologie-neutralen Förderung keine Rede sein.

VI. Wettbewerbsverfälschung

1. Wettbewerbsverzerrung auf dem Markt der Rundfunkübertragungsinfrastrukturen

Weiterhin muss die Beihilfe den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen. Eine Wettbewerbsverfälschung ist gegeben, wenn die Beihilfe – tatsächlich oder potenziell – in ein bestehendes oder möglicherweise zur Entstehung kommendes Wettbewerbsverhältnis zwischen Unternehmen oder Produktionszweigen eingreift und damit den Ablauf des Wettbewerbs verändert⁴¹. Es muss weder das Wettbewerbsverhältnis noch die Verfälschung tat-

33 Näher hierzu *Bumke* (Fn. 27), S. 318 ff.

34 *Koenig/Kühling* (Fn. 17), Art. 87 EGV Rdnr. 30.

35 Dazu zuletzt EuGH, Rs. C-156/98, Slg. 2000, I-6857 Rdnr. 26 – Bundesrepublik Deutschland/Kommission; und Generalanwalt *Saggio*, Schlussanträge Nr. 29 sowie die Entscheidung der Kommission vom 21. 1. 1998, ABIEG 1998 Nr. L 212, 50; s. zur mittelbaren Begünstigung *Koenig/Sander*, EuR 2000, 743; kritisch *Heidenhain*, in: ders., Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts, 2003, § 4 Rdnr. 16.

36 Dazu umfassend *Koenig/Kühling*, DVBl. 2003, 289 ff.; *dies.*, NVwZ 2003, 779 ff.

37 *Westerhof/Santamato*, EuZW 2003, 645, 646.

38 EuGH, Rs. C-280/00, Urteil vom 24. 7. 2003, EuZW 2003, 496 – *Altmark Trans*.

39 Ausführlich zur Abgrenzung zwischen staatlichen Beihilfen und allgemeinen Maßnahmen *Bacon*, YEL 1997, 269.

40 S. erneut den entsprechenden Hinweis bei *Westerhof/Santamato*, EuZW 2003, 645, 646, gerade mit Blick auf das Beispiel des digitalen Fernsehens.

41 EuGH, Rs. 730/79, Slg. 1980, 2671 Rdnr. 11 f. – *Philip Morris*.

sächlich vorliegen. In beiderlei Hinsicht ist jeweils die Möglichkeit ausreichend. Eine Wettbewerbsverfälschung setzt voraus, dass ein relevanter Markt vorhanden ist oder entstehen könnte, auf dem einzelne Wettbewerber durch die Beihilfe gegenüber anderen einen Vorteil erhalten. In sachlicher Hinsicht umfasst der relevante Produktmarkt „sämtliche Erzeugnisse und/oder Dienstleistungen, die von den Verbrauchern hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden“⁴². Der sachlich relevante Markt wird danach grundsätzlich aus Sicht der Nachfrager nach Maßgabe des so genannten Bedarfsmarktkonzeptes beurteilt⁴³. Er wird dadurch bestimmt, dass ein für die Nachfrager relevantes Wettbewerbsverhältnis zwischen austauschbaren Produkten besteht (funktionale Austauschbarkeit). Als sachlich relevanter Markt ist hier primär der Markt für Rundfunkübertragungsdienste als Telekommunikationsdienstleistungen bzw. als elektronische Kommunikation in der Terminologie der EG-Telekommunikations-Richtlinien⁴⁴ einschlägig, da es vorrangig um die Begünstigung der DVB-T-Infrastruktur und damit vor allem um das diese Infrastruktur bereitstellende Unternehmen (T-Systems Media-Broadcast) geht. Dabei sind die verschiedenen Rundfunkübertragungstechniken jedenfalls für die Zuschauer als Nachfrager der Rundfunkinhalte und – was hier im Vordergrund steht – der Übertragung der entsprechenden Inhalte austauschbar. Auch wenn möglicherweise nicht identische Leistungen geboten werden (so ist die Programmanzahl von DVB-T leicht geringer), sind die Übertragungsleistungen für die Zuschauer doch im Wesentlichen vergleichbar. Bei einer relevanten Preisgünstigkeit von DVB-T ist damit zu rechnen, dass die Verbraucher vom Kauf einer Satellitenempfangsanlage und dem Anschluss an das Kabelnetz absehen und stattdessen eine entsprechende Set-Top-Box zum Empfang von DVB-T erwerben werden. Angesichts der geplanten (spezifischen⁴⁵) Gebührenfreiheit des DVB-T-Rundfunkübertragungsdienstes dürften auch Bestandskunden zumindest der Rundfunkübertragung via Kabel auf die DVB-T-Technik wechseln, wenn diese aufgrund von Fördermitteln verbilligt angeboten wird und damit für Kabelkunden die laufenden Gebühren entfallen⁴⁶. Auf eine entsprechende „Wanderbewegung“ weisen Zahlen hin, die in einem Bericht über das Symposium der „Deutschen TV-Plattform“ im Mai 2003 verlautbart wurden. Danach rüsteten von November 2002 bis April 2003 in Berlin fast 60000 Kabel- oder Satellitenhaushalte auf DVB-T um. Damit bestätigt die empirische Entwicklung die Tendenz in der Kommissionspraxis zur Fusionskontrolle, entgegen früheren Entscheidungen⁴⁷ die Märkte für Rundfunkübertragungsdienste nunmehr zusammengefasst zu betrachten und nicht hinsichtlich der verschiedenen Übertragungstechniken (Satellit, Kabel, Terrestrik) aufzuspalten⁴⁸.

Dabei ist insbesondere die Höhe der Wechselkosten ein für die Kommission entscheidender Parameter. Dass diese in jüngerer Zeit abgenommen haben, begründet entscheidend die neuerdings zusammengenommene Betrachtungsweise. Gerade die fehlenden Endkundenentgelte für die DVB-T-Übertragung und die relative Günstigkeit der Set-Top-Box induzieren vorliegend eine entsprechende Wechselbereitschaft, wie die für den Berliner Markt angeführten Zahlen auch belegen. Daher ist selbst

nach den strengeren Maßstäben des Fusionskontrollrechts von einem einheitlichen sachlich relevanten Markt für Rundfunkübertragungsdienste auszugehen.

Demnach können auch für den EG-Beihilfentatbestand die drei genannten Rundfunkübertragungstechniken demselben sachlich relevanten Markt zugerechnet werden. Unabhängig davon geht es beim EG-Beihilfenrecht darum, umfassend auch nur potenzielle Wettbewerbsverzerrungen durch staatliche Begünstigungen auszuschließen, so dass selbst dann, wenn im Fusionskontrollrecht noch eine Trennung der Märkte vertreten würde, dies nicht auch für die Marktabgrenzung im EG-Beihilfenrecht gelten müsste. Denn im Hinblick auf auch bloße potenzielle Wettbewerbsverfälschungen können weiter gefasste Marktabgrenzungen sachgerecht sein. Hinsichtlich des geografisch relevanten Marktes⁴⁹ ist nicht zu fordern, dass die Wettbewerbsverfälschung den gesamten Gemeinsamen Markt oder weite Teile desselben betrifft⁵⁰. Es reicht aus, dass eine Wettbewerbsverfälschung zwischen Marktteilnehmern eines Mitgliedstaates oder verschiedener Mitgliedstaaten eintritt oder einzutreten droht. Da demnach auch eine Wettbewerbsverzerrung auf dem deutschen Markt genügt, kommt es nicht darauf an, dass es inzwischen einen zumindest (potenziell) gemeinschaftsweiten Wettbewerb um entsprechende Rundfunkübertragungsinfrastrukturen gibt. Darauf deuten auch die verschiedenen ausländischen – auch internationalen – Investoren in Bezug auf die Kabelgesellschaften hin. Mit Blick auf die Satellitenübertragungsdienste liegt der zumindest gemeinschaftsweite Charakter des Marktes für Rundfunkübertragungsdienste auf der Hand.

Auf die Spürbarkeit einer festgestellten Wettbewerbsverfälschung kommt es – oberhalb des von der Kommission

42 Zu der Definition vgl. die Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes i.S. des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABIEG 1997 Nr. C 372, 5. Ziff. 7.

43 Näher zur Marktabgrenzung im Beihilfenrecht sowie der diesbezüglichen Vergleichbarkeit mit der Fusions- sowie Missbrauchskontrolle Koenig, in: Koenig/Roth/Schön, Aktuelle Fragen des EG-Beihilfenrechts, 2001, S. 9, 19 ff.; Mederer, in: Schröter/Jakob/Mederer, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, 2003, Art. 87 Rdnr. 42.

44 S. insbesondere Art. 2 lit. c Telekommunikations-Rahmenrichtlinie 2002/21/EG, ABIEG 2002 Nr. L 108, 33.

45 Ein Entgelt wird gleichwohl durch die Rundfunkgebühr erhoben. Dieses ist jedoch unabhängig von der spezifischen Nutzung der DVB-T-Übertragungsdienste, da die Rundfunkgebühr bei Nutzern von Satelliten- und Kabelinfrastrukturen gleichermaßen anfällt.

46 Dies kann bei Satellitenkunden anders sein, da diese durch entsprechende Investitionen in größerem Umfang versunkene Kosten getätigt haben.

47 Entscheidung der Kommission vom 9. 11. 1994, 94/922/EG, *MSG Media Service*, ABIEG 1994 Nr. L 364, 1, Ziff. 41 ff.; Entscheidung der Kommission vom 19. 7. 1995, 96/177/EG, *Nordic Satellite Distribution*, ABIEG 1996 Nr. L 53, 20, Ziff. 57; offen gelassen wurde diese Frage bereits in der Entscheidung der Kommission vom 27. 5. 1998, 1999/154/EG, *Deutsche Telekom/BetaResearch*, ABIEG 1999 Nr. L 53, 31, Ziff. 22; ebenso im deutschen Recht BKarta, Entscheidung vom 23. 4. 1999, B7-35/99, abrufbar unter <http://www.bkarta.de/B7-35-99.pdf>; Bundeskartellamt, Entscheidung vom 4. 4. 2001, B7-205/00, abrufbar unter <http://www.bkarta.de/B7-205-00.pdf>.

48 Entscheidung der Kommission vom 3. 3. 1999, 1999/242/EG, *TPS I*, ABIEG 1999 Nr. L 90, 6, Ziff. 30; Entscheidung der Kommission vom 15. 9. 1999, 1999/781/EG, *British Interactive Broadcasting/Open*, ABIEG 1999 Nr. L 312, 1, Ziff. 26; Entscheidung der Kommission vom 30. 10. 1999, 2001/98/EG, *Telia/Telenor*, ABIEG 2001 Nr. L 40, 1, Ziff. 269 ff.; *EMR/ZEI*, Market Definitions in the Media Sector, 2003, Rdnr. 1.81 ff. (1.84 f.).

49 Zu der Definition vgl. die Ausführungen in der Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes i.S. des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABIEG 1997 Nr. C 372, 5. Ziff. 8.

50 Mederer, in: von der Groeben/Schwarze, Kommentar zum EU- und EG-Vertrag, Bd. 2, 6. Aufl. 2003, Art. 87 EGV Rdnr. 42 m. w. N.

in der Verordnung für De-minimis-Beihilfen festgelegten Schwellenwertes („De-minimis“-Verordnung⁵¹) – nicht an⁵². Unabhängig davon führt die Intensität der in Berlin tatsächlich durchgeführten und in anderen Bundesländern beabsichtigten Förderung aber ohnehin dazu, dass jeglicher Grad einer Spürbarkeit überschritten wäre. Dies gilt sowohl in relativer wie in absoluter Hinsicht. So trägt die MABB über einen Zeitraum von fünf Jahren etwa 25–35% der Verbreitungskosten, so dass eine Beihilfenintensität von etwa einem Drittel vorliegt. Das absolute Fördervolumen überschreitet den De-minimis-Wert von 100000 € in einem Drei-Jahres-Zeitraum um ein Vielfaches.

2. Wettbewerbsverzerrungsgefahren auf vor- und nachgelagerten Märkten (Quersubventionsgefahren im Konzernverbund der DTAG)

In Bezug auf die tatsächlichen und potenziellen Wettbewerbsverfälschungen ist auf die besonderen (Quersubventionierungs-)Gefahren hinzuweisen, die dadurch entstehen, dass mit T-Systems MediaBroadcast eine Tochtergesellschaft der Deutschen Telekom AG begünstigt ist. Ein Unternehmen, das die Kabelnetze abgegeben hat⁵³, erlangt durch die Hintertür Fördermittel für den Aufbau einer neuen attraktiven Rundfunkübertragungsinfrastruktur, die rückkanalfähig gemacht und mit weiteren Angeboten aus dem Gesellschaftsverbund des Altsassen kombiniert werden kann. Sie kann so an die Stelle des Kabelnetzes als weitere multifunktionale Telekommunikationsinfrastruktur treten. Damit besteht die Gefahr, dass die Fördermittel auch zur Quersubventionierung auf anderen vor- und nachgelagerten Märkten (etwa im Bereich der Medien- und Teledienstmärkte beispielsweise Video-on-Demand) eingesetzt werden. Darüber hinaus ist zu befürchten, dass die ohnehin schon dominanten Stellungen der Deutschen Telekom AG in anderen Bereichen (wie im DSL-Markt) durch das geförderte Bereitstellen einer weiteren Infrastruktur verstärkt werden. Jedenfalls wird den Kabelnetzbetreibern der Weg erschwert, mit dem Ausbau der Kabelnetze zu rückkanalfähigen Telekommunikationsnetzen attraktive Kombinationen von TV-Angeboten und interaktiven Anwendungen gebündelt zur Verfügung zu stellen und dadurch einen erheblichen relativen Vorteil gegenüber dem im Übrigen marktstarken Altsassen zu erwirken.

Unabhängig davon ist es in jedem Fall bedenklich, dass das im Telekommunikationsfestnetz-Bereich marktbeherrschende Unternehmen dabei unterstützt wird, eine parallele Infrastruktur für die Verbreitung von Rundfunkdiensten aufzubauen. Die Vorgabe einer gesellschaftsrechtlichen Trennung⁵⁴ in Art. 9 Kabel-Richtlinie 90/388/EWG durch die Änderung in der zweiten Kabel-Richtlinie 1999/64/EG⁵⁵ diene ausweislich der Begründungserwägungen⁵⁶ gerade dem Zweck, den Wettbewerb im Festnetzbereich zu forcieren, da durch die gemeinsame Bereitstellung von Kabel- und Telekommunikationsnetzen durch ein- und denselben marktbeherrschenden Betreiber ein Interessenkonflikt entsteht, der nicht nur einen zügigen Ausbau konkurrierender Breitband-Infrastrukturen als Telekommunikationsinfrastrukturen „zu Lasten von Verbrauchern, Diensteanbietern sowie der gesamten europäischen Wirtschaft“ in Frage stellt, sondern den

Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten erheblich erschwert.

Die Notwendigkeit der gesellschaftsrechtlichen Separierung wurde zuletzt in der Telekommunikations-Wettbewerbsrichtlinie 2002/77/EG erneut betont⁵⁷ und dort in Art. 8 aufrechterhalten. Die Marktchancen der Wettbewerber und insbesondere der Kabelnetzbetreiber, die Kabelnetze zu multifunktionalen Netzen umzurüsten, wird durch diesen staatlich geförderten Aufbau konkurrierender Infrastrukturen für das Kernprodukt der Kabelnetzbetreiber, nämlich die Übertragung von Rundfunkdiensten, erheblich erschwert. Die Auswirkungen auf den Wettbewerb sind daher von großer Intensität.

3. Verschärfte Wettbewerbsverzerrung angesichts eines Verstoßes gegen den EG-telekommunikationsrechtlichen Grundsatz der Technologieneutralität

Darüber hinaus widerspricht die Förderung einer bestimmten Telekommunikationsinfrastruktur dem Regulierungsansatz der Technologieneutralität, der dem EG-Telekommunikations-Richtlinienpaket zugrunde liegt⁵⁸. Technologieneutralität bedeutet, dass die Regulierung unabhängig von der Netzinfrastruktur erfolgt, die zur Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen genutzt wird.

Sämtliche Regulierungsinstrumente wie die Zugangs-, Entgelt- und Universaldienstregulierung sollen auf alle Telekommunikationsnetze gleichermaßen Anwendung finden. So formuliert der fünfte Erwägungsgrund der Telekommunikations-Rahmenrichtlinie 2002/21/EG deutlich das Ziel des Richtlinienpakets, einen einheitlichen Rechtsrahmen für sämtliche Übertragungsnetze zu schaffen. Auch die umfassende, plattformübergreifende Definition der elektronischen Kommunikationsnetze in Art. 2 lit. a der Rahmenrichtlinie sowie die durchgängige Verwendung dieses Begriffs in den verschiedenen Richtlinien unterstreichen diesen Ansatz. Schließlich spricht der 18. Erwägungsgrund der Rahmenrichtlinie explizit von einer „technologieneutralen Regulierung“ und definiert diese dahin gehend, „dass weder eine bestimmte Technologie vorgeschrieben, noch deren Einsatz begünstigt wird“. Im Weiteren wird in dem Erwägungsgrund darauf hingewiesen, dass dies zwar nicht ausschließe, „dass

51 Art. 2 Abs. 2 der De-minimis-Verordnung, VO (EG) Nr. 69/2001 der Kommission, ABIEG 2001 Nr. L 10, S. 30, abgedruckt in: *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht, 2002, S. 270.

52 Siehe EuG, Rs. T-55/99, Slg. 2000, II-3207 Rdnr. 92 – CETM m. w. N. aus der Rspr.; so auch *Rengeling*, Das Beihilferecht der Europäischen Gemeinschaften, in: *Börner/Neundörfer*, Recht und Praxis der Beihilfen im Gemeinsamen Markt, 1984, S. 23, 31; *von Wallenberg*, in: *Grabitz/Hilf*, Das Recht der Europäischen Union, Altband I, Stand: 14. Lfg. Okt. 1999, Art. 92 EGV Rdnr. 27.

53 Zum gemeinschaftsrechtlichen Hintergrund dieser Trennung sogleich bei Fn. 55f.

54 Zur gesellschaftsrechtlichen Separierung als Regulierungsinstrument *Kühling*, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, Typologie – Wirtschaftsverwaltungsrecht – Wirtschaftsverfassungsrecht, 2004, S. 347f.

55 ABIEG 1999 Nr. L 75, 39; s. auch den Hinweis bei Fn. 57.

56 S. insbesondere die Begründungserwägungen 3–5, 10 und 11.

57 ABIEG 2002 Nr. L 249, 21; s. insbesondere Begründungserwägung 14. Diese Richtlinie löst die vorangegangenen Kabelrichtlinien ab.

58 S. dazu exemplarisch die Hinweise bei *Scherer*, K&R 2002, 273, 278; *Schütz/Attendorp*, Beilage MMR 4/2002, 1, 6.

angemessene Schritte unternommen werden, um bestimmte spezifische Dienste in gerechtfertigten Fällen zu fördern, wie z. B. das Digitalfernsehen als ein Mittel zur effizienteren Nutzung des Frequenzspektrums“. Allerdings wird vorliegend nicht das Digitalfernsehen allgemein, sondern eine spezifische Infrastruktur zum Digitalfernsehen gefördert. Gerade dies widerspricht aber dem Grundsatz der Technologieneutralität, sofern eine gleichmäßige Förderung der Bereitstellung des digitalen Fernsehdienstes möglich ist. Auch wenn die finanzielle Förderung von Telekommunikationsdiensten oder -netzen selbst nicht explizit Gegenstand des sekundärrechtlichen Telekommunikations-Richtlinienpakets ist, sondern insoweit allein das primärrechtliche EG-Beihilfenverbot greift, konterkariert eine technologiespezifische Infrastrukturförderung gleichwohl den Ansatz des Richtlinienpakets. Damit wird die durch eine technologieneutrale Regulierung angestrebte Wettbewerbsneutralität (der Regulierung) infrage gestellt und folglich das Ausmaß der diesbezüglichen Wettbewerbsverfälschung besonders evident.

VII. Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten

Der wirtschaftliche Vorteil muss schließlich zu einer Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten führen. Eine solche Beeinträchtigung ist bereits dann gegeben, wenn der Vorteil eine mögliche Auswirkung auf den zwischenstaatlichen Handel hat⁵⁹. Im Rahmen der Ausführungen zur Wettbewerbsverzerrung ist deutlich geworden, dass es sich beim Wettbewerb der verschiedenen Infrastrukturanbieter nicht nur um einen national umkämpften Markt, sondern um einen zumindest gemeinschaftsweit relevanten Markt handelt, der durch die Fördermaßnahmen beeinträchtigt wird. Mit Blick auf die Satellitenbetreiber wird besonders deutlich, dass die Förderung der DVB-T-Anbieter gemeinschaftsweit agierende Wettbewerber beeinträchtigt. Außerdem handelt es sich bei der Deutschen Telekom AG bzw. T-Systems und auch bei T-Systems MediaBroadcast um international aufgestellte Unternehmen, die entsprechende Fördermittel im Wege von Quersubventionierungen auch zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels auf benachbarten Märkten verwenden können. Zum selben Ergebnis gelangt man im Übrigen, wenn man auf die Begünstigung der Rundfunkveranstalter und damit auf die grenzüberschreitenden Fernsehmärkte abstellt.

VIII. Ergebnis und Ausblick

Damit wird deutlich, dass die Übernahme der Mehrkosten, die den privaten Rundfunkveranstaltern beim digitalen „Switch-Over“ entstehen, eine Beihilfe darstellt, die nicht nur unmittelbar die privaten Rundfunkveranstalter, sondern auch mittelbar T-Systems MediaBroadcast als Infrastrukturbetreiber begünstigt. Eine Genehmigung der bisherigen Förderpläne nach Art. 87 Abs. 3 EG-Vertrag dürfte letztlich an der fehlenden Verhältnismäßigkeit⁶⁰ scheitern. Vor allem ist nicht ersichtlich, wie das Ausmaß der Förderung gerechtfertigt werden könnte. So wäre eine Einführung von DVB-T auch ohne Förderung denkbar. Stattdessen könnten Endkundenentgelte erhoben werden,

wie beispielsweise in den Niederlanden beabsichtigt. Dasselbe gälte im Übrigen bei einer Berufung auf Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag, der ebenfalls einen strengen Verhinderungsmaßstab⁶¹, jedenfalls aber eine entsprechende Verhältnismäßigkeitsprüfung verlangt⁶². Hinsichtlich der bereits ausgezahlten rechtswidrigen Beihilfen gilt, dass diese – infolge einer entsprechenden Rückzahlungsaufforderung der Kommission – nach dem Verfahren des betreffenden Mitgliedstaates⁶³, also nach deutschen Vorschriften, zurückzuführen sind. Die Beihilfenelemente wären hier an die Landesmedienanstalten zurückzuführen. Für die ausnahmsweise Annahme von Vertrauensschutz bestehen insoweit keine Anhaltspunkte. Auch ein nationales Gericht, das mit der Rechtmäßigkeit der Finanzzuführungen befasst würde, könnte gleichermaßen die Rückforderung der bereits ausgekehrten Beihilfen anordnen, da diese gegen das Durchführungsverbot aus Art. 88 Abs. 3 S. 3 EG-Vertrag verstoßen⁶⁴.

Damit führt die mangelnde EG-beihilfenrechtliche Abstimmung der Einführung von DVB-T zu einer erheblichen Gefährdung dieses Infrastrukturprojekts. Warum nicht wie in Österreich die Fördermaßnahmen notifiziert und damit die EG-beihilfenrechtlichen Stolpersteine eruiert und gegebenenfalls zumindest zum Teil beseitigt wurden, ist unverständlich. Die Folgen einer entsprechenden Rückforderungsentscheidung der Kommission wurden offensichtlich nicht hinreichend bedacht. Denn im schlimmsten Fall könnte dies das „Switch-Off“ von DVB-T jedenfalls in der beabsichtigten publikumswirksamen Form bedeuten, wenn die privaten Rundfunkveranstalter angesichts der ausbleibenden Fördergelder nicht mehr „mitspielen“.

Ordnungspolitisch ist es aber ohnehin bedenklich, dass der Staat mit entsprechenden Förderentscheidungen in die inzwischen privatwirtschaftlich organisierten Märkte der Rundfunkübertragung interveniert. Sofern kundenseitig ein Bedürfnis nach DVB-T besteht, sollte sich ein entsprechendes Übertragungsangebot auch ohne staatliche Finanzierung etablieren lassen. Es ist auch keinesfalls aus rundfunkrechtlichen⁶⁵ Gründen geboten, vereinfachte Zugänge zu Rundfunkübertragungsinfrastrukturen durch die einseitige staatliche Förderung der DVB-T-Infrastrukturen zu gewährleisten. Insoweit genügt vielmehr der privilegierte Zugang schützenswerter Rundfunkinhalte zu bestehenden oder gegebenenfalls im Markt zusätzlich entwickelten Infrastrukturen vollkommen.

59 EuGH, Rs. 730/79, Slg. 1980, 2671 Rdnr. 11 – Philip Morris.

60 Zu diesem Erfordernis *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 2. Aufl. 2002, Art. 87 EGV Rdnr. 27 ff.

61 Dazu *Hochbaum*, in: Schröter/Jakob/Mederer, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, 2003, Art. 86 Rdnr. 60; *Koenig/Kühling* (Fn. 17), Art. 86 EGV Rdnr. 62 ff.

62 Siehe dazu Generalanwalt *Léger*, Rs. C-309/99, Slg. 2002, I-1577, Rdnr. 189 ff. – Wouters.

63 EuGH, Rs. C-5/89, Slg. 1990, I-3437 Rdnr. 12 – BUG-Alutechnik; EuGH, Rs. 94/87, Slg. 1989, 175, 192 – Alcan; vgl. *Mederer* (Fn. 50), Art. 88 EGV Rdnr. 64.

64 Zu den Rückführungsmodalitäten im Einzelnen *Koenig/Kühling* (Fn. 17), Art. 88 EGV Rdnr. 24 ff. und 44 ff.

65 Zu den rundfunkrechtlichen Bedenken gegen die gegenwärtige Förderung von DVB-T siehe vielmehr *Koenig/Kühling/Baradi*, Rundfunkstaatsvertragliche Störsignale für das digitale terrestrische Fernsehen DVB-T? Grenzen der Förderung der Rundfunkinfrastruktur zugunsten privater Rundfunkveranstalter aus der Rundfunkgebühr, AfP 2004 (in Vorbereitung).