

fungsmaßnahme – wie bei der Einbeziehung von zu erbringenden Leistungen in die erst noch erfolgende Gestaltung und Erstellung von Programmen – ist demgegenüber nicht ausreichend.

2. Dem entsprechen die programmbezogenen Ausnahmeregelungen in Erwägungsgrund 25 und Art. 16 lit. b Richtlinie 2004/18/EG.

3. Der deutsche Gesetzgeber hat den programmbezogenen Ausnahmetatbestand der EG-DKR nicht in § 100 Abs. 2 lit. j GWB umgesetzt. Die europarechtliche Regelung gilt in Deutschland daher unmittelbar. Im Zuge der Novellierung des Vergaberechts sollte das programmbezogene Regelungsdefizit in § 100 Abs. 2 lit. j GWB beseitigt werden.

## Ring frei im DVB-T-Beihilfenstreit vor der Europäischen Kommission – Terrestrischer digitaler Rundfunk vor dem Aus?\*

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

Mit Schreiben vom 14. Juli 2004 hat die Europäische Kommission der Bundesrepublik Deutschland ihren Beschluss mitgeteilt, wegen der finanziellen Förderung des digitalen terrestrischen Rundfunks (Digital Video Broadcasting – Terrestrial, DVB-T) im Großraum Berlin/Potsdam durch die Landesmedienanstalt Berlin-Brandenburg (MABB) ein Beihilfenkontrollverfahren nach Art. 88 Abs. 2 EG einzuleiten<sup>1</sup>. Nachdem die Bundesregierung der Aufforderung der Kommission, eine Stellungnahme in dieser Sache abzugeben, nachgekommen ist, steht die Entscheidung der Kommission bevor. Sollte die Kommission feststellen, dass es sich bei den von der MABB an die privaten Rundfunkveranstalter ausgekehrten Fördermitteln um gemeinschaftsrechtswidrige Beihilfen an die unmittelbar begünstigten Programmveranstalter und/oder an den mittelbar begünstigten Betreiber des Sendernetzes handelt, würde dies einen empfindlichen Rückschlag für die geplante bundesweite Einführung des digitalen terrestrischen Fernsehens bedeuten.

### I. Das DVB-T-Projekt Berlin/Brandenburg

Im Jahr 2002 wurde das digitale Fernsehen in Berlin in Betrieb genommen. Die Einführung von DVB-T in Berlin/Brandenburg wird durch die MABB aus ihrem zweiprozentigen Anteil an den Rundfunkgebühren gefördert, den die Medienanstalt gemäß § 40 Abs. 1 Nr. 2 des Rundfunkstaatsvertrags (RStV)<sup>2</sup> auch zur Förderung neuer technischer Infrastrukturen einsetzen kann. Auf landesrechtlicher Ebene werden die Fördermaßnahmen auf § 8 Abs. 1 Nr. 8 des Staatsvertrages über die Zusammenarbeit zwischen den Ländern Berlin und Brandenburg im Bereich des Rundfunks (MStV BB)<sup>3</sup> gestützt<sup>4</sup>. Die MABB hat im Zuge der DVB-T-Einführung mit den privaten Rundfunkveranstaltern RTL und ProSiebenSat.1 sowie den beteiligten öffentlich-

rechtlichen Rundfunkanstalten am 13. Februar 2002 ein Übereinkommen geschlossen. In öffentlich-rechtlichen Zusatzvereinbarungen hat die MABB den privaten Rundfunkveranstaltern Übertragungskapazitäten für DVB-T zugewiesen. Die privaten Programmveranstalter verpflichten sich im Gegenzug, ihre wichtigsten Fernsehprogramme digital-terrestrisch zu verbreiten. Die Verträge sehen weiter vor, dass die Medienanstalt die Kosten des Sendebetriebs auf zwei Senderstandorten in Höhe von etwa 30 % des Ausstrahlungsaufwandes der privaten Veranstalter gegenüber dem Sendernetzbetreiber T-Systems MediaBroadcast, einer Tochtergesellschaft der Deutschen Telekom AG, übernimmt. Die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (RegTP) hatte zuvor T-Systems die Frequenz für das neue digitale terrestrische Fernsehnetz im Wege eines Frequenzzuteilungsverfahrens zugewiesen. Im Dezember 2002 hat der Verband Privater Kabelnetzbetreiber (ANGA) bei der Europäischen Kommission eine Beschwerde gegen

\* Die Abhandlung beruht auf einer rechtsgutachterlichen Stellungnahme.

\*\* Der Verfasser ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

\*\*\* Der Verfasser ist wissenschaftlicher Referent am ZEI und Privatdozent an der Universität Potsdam.

1 Kommission, Beihilfe C 25/2004 (ex NN 36/04), Einführung des digitalen terrestrischen Fernsehens (DVB-T) in Berlin-Brandenburg, ABl. EU 2004 C 216/5.

2 Rundfunkstaatsvertrag v. 31.8.1991, Brandenburg GVBl. 1991 S. 580, Berlin GVBl. 1991 S. 309, zuletzt geänd. durch Art. 1 des Siebten Rundfunkänderungsstaatsvertrags v. 23.-26.9.2003, Brandenburg GVBl. 2004 S. 2.

3 Staatsvertrag über die Zusammenarbeit zwischen Berlin und Brandenburg im Bereich des Rundfunks v. 29.2.1992, Berlin GVBl. 1992 S. 150; Brandenburg GVBl. 1992 S. 142, i. d. F. des Zweiten Änderungsstaatsvertrags v. 13. - 26.2.2001, Berlin GVBl. 2001 S. 185; Brandenburg GVBl. 2001 S. 82.

4 Zu den Zweifeln, ob § 40 Abs. 1 Satz 2 RStV i. V. m. § 8 Abs. 1 Nr. 8 MStV BB eine ausreichende Rechtsgrundlage bildet, vgl. Koenig/Kühling/Barudi, AfP 2004, 215, 216 ff.

die Finanzierung des DVB-T durch die MABB eingereicht. Im Kern wendet sich die Beschwerde gegen die mittelbare Begünstigung des Sendernetzbetreibers.

## II. Der Beihilfencharakter der mittelbaren Förderung des Netzbetreibers

Beihilfenrechtlichen Bedenken begegnet nicht nur die unmittelbare Förderung der privaten Programmveranstalter aus Mitteln der MABB, sondern auch, dass von den Fördermaßnahmen mittelbar der Betreiber des terrestrischen digitalen Rundfunknetzes profitiert. Die vom Netzbetreiber T-Systems von den privaten Rundfunkveranstaltern erhobenen Ausstrahlungsentgelte werden in der vollen Höhe der durch den »Switch-Over« generierten Umstellungskosten der Programmanbieter durch MABB-Mittel gedeckt.

### 1. Die staatliche Herkunft der Mittel

Nach Art. 87 Abs. 1 EG sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen, 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. Die Begünstigung muss »staatlich oder aus staatlichen Mitteln« gewährt sein. Vorliegend fließen die Fördermittel nicht aus dem Staatshaushalt eines oder mehrerer Länder, sondern aus dem Haushalt der von den Ländern Berlin und Brandenburg gegründeten MABB.

#### a) Die »Nichtstaatlichkeit« der Rundfunkgebühren

Die Staatlichkeit der Fördermittel der MABB ist nicht etwa deshalb zu verneinen, weil das Geld aus den Rundfunkgebühren stammt, die ihrerseits unter Zugrundelegung der PreussenElektra-Rechtsprechung<sup>5</sup> des EuGH keine staatlichen Mittel im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG darstellen<sup>6</sup>. Auch Steuern speisen sich aus privaten Mitteln, da sie von privaten Haushalten erhoben werden. Entscheidend ist vielmehr, dass diese Mittel in einen staatlichen Haushalt oder den Haushalt einer staatlich benannten Einrichtung eingestellt werden und damit zu staatlichen Mitteln oder Mitteln einer staatlichen Einrichtung im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG werden. Entsprechendes muss für die Mittel gelten, die der MABB aus den Rundfunkgebühren zufließen. Auch hier handelt es sich um private Gelder, die einem der staatlichen Sphäre zuzurechnenden Haushalt, nämlich dem Haushalt der MABB, zugeführt werden. Dass es sich um einen der staatlichen Sphäre zuzurechnenden öffentlichen Haushalt handelt, belegt die Tatsache, dass der Anteil am Rundfunkgebührenaufkommen nicht die ein-

zige Einnahmequelle der MABB darstellt. Gemäß Art. 15 Abs. 1 Satz 1 MStV BB finanziert sich die MABB u. a. auch aus den von ihr erhobenen Verwaltungsgebühren. Diese von der MABB selbst auf hoheitlicher Grundlage erhobenen und in den MABB-Haushalt fließenden Verwaltungsgebühren stellen jedenfalls staatliche Mittel dar.

#### b) Landesmedienanstalten als staatliche oder staatlich benannte Einrichtungen

Die in Art. 87 Abs. 1 EG vorgenommene Unterscheidung zwischen »staatlich« und »aus staatlichen Mitteln« verdeutlicht, 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 auch Fördermittel, »die über eine vom Staat benannte oder errichtete öffentliche oder private Einrichtung gewährt werden«<sup>7</sup>. Auch solche Mitteltransfers sind dem Staat zurechenbar, da sich ein Mitgliedstaat ansonsten durch eine Ausgliederung der die Unternehmen begünstigenden Einheiten aus der unmittelbaren Staatsverwaltung dem Anwendungsbereich des Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag entziehen könnte<sup>8</sup>.

#### aa) Die hoheitlichen Aufgaben der Landesmedienanstalten

Die MABB ist gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 MStV BB eine rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts. Sie nimmt, wie auch die anderen Landesmedienanstalten, unter anderem die Aufgaben der Marktzutrittskontrolle (Zulassung) und der repressiven Verhaltenskontrolle wahr und übt damit staatliche Hoheitsgewalt aus. Deutlich kommt dies in § 22 Abs. 1 RStV zum Ausdruck, der die Auskunftsrechte und Ermittlungsbefugnisse der Landesmedienanstalten regelt. Danach kann eine Landesmedienanstalt alle Ermittlungen durchführen und alle Beweise erheben, die zur Erfüllung ihrer sich aus den §§ 26 bis 34 RStV ergebenden Aufgaben erforderlich sind. Sie bedient sich dabei der Beweismittel, die sie nach pflichtgemäßem Ermessen zur Ermittlung des Sachverhalts für erforderlich hält. Sie kann insbesondere Auskünfte einholen, Beteiligte im Sinne des § 13 VwVfG anhören, Zeugen und Sachverständige vernehmen oder die schriftliche Äußerung von Beteiligten, Sachverständigen und Zeugen einholen, Urkunden und

5 EuGH, Rs. C-379/98, PreussenElektra, Slg. 2001, I-2099 Rn. 59.

6 Dazu eingehend Koenig/Kühling, ZUM 2001, 537, 537 ff.; vgl. auch dies., K&R 2004, 201, 202.

7 Vgl. EuGH, verb. Rs. C-52/97, C-53/97 und C-54/97, Viscido, Slg. 1998, I-2629 Rn. 13 m. w. N.

8 Koenig/Kühling, K&R 2004, 201, 202.

Akten beziehen sowie den Augenschein einnehmen. Gegen Entscheidungen der MABB kann nach § 7 Abs. 3 MStV BB Widerspruch gemäß § 68 VwGO eingelegt werden.

*bb) Die Unabhängigkeit und »Staatsferne« der Landesmedienanstalten*

Die Eigenschaft der Landesmedienanstalten als staatliche Einrichtungen wird nicht durch ihre funktionale von der grundrechtlichen Rundfunkfreiheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG geforderte so genannte »Staatsferne« in Frage gestellt. Die Gebote der Pluralismussicherung und der Staatsferne des Rundfunks bedingen zwar eine weitgehende Weisungsfreiheit der Medienanstalten gegenüber anderen staatlichen Instanzen. Ihre Weisungsfreiheit ist jedoch nicht schrankenlos, da ihr durch die staatliche Rechtsaufsicht Grenzen gezogen werden. Die MABB untersteht gemäß § 18 Abs. 1 MStV BB der staatlichen Rechtsaufsicht, die in zweijährigem Wechsel von dem nach der Geschäftsverteilung zuständigen Mitglied der Landesregierung von Brandenburg und der nach der Geschäftsverteilung zuständigen Berliner Senatsverwaltung ausgeübt wird. Die besondere »staatsferne« Rechtsstellung der Landesmedienanstalten gliedert sie keineswegs aus dem staatlichen Bereich aus<sup>9</sup>. Sie werden nicht zu privaten Einrichtungen, die der gesellschaftlichen Sphäre zuzuordnen wären. Ihre Unabhängigkeit gegenüber anderen staatlichen Instanzen ist funktional begrenzt und reicht nur soweit, wie dies zur Sicherung der Rundfunkfreiheit erforderlich ist. Es ist nicht ungewöhnlich, dass staatliche Einrichtungen und Organe, um ihnen die effektive Erfüllung ihrer hoheitlichen Aufgaben zu ermöglichen, durch Rechtsnormen weisungsfrei und unabhängig ausgestaltet werden. Dies gilt etwa für die Richter, die zur Sicherung einer rechtsstaatlichen Rechtspflege von Verfassung wegen (Art. 97 Abs. 1 GG) unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen sind. Ebenso ist die Bundesbank, bei der es sich nach § 2 Satz 1 BBankG um eine juristische Person des öffentlichen Rechts handelt, gemäß § 12 Satz 1 BBankG bei der Ausübung ihrer Befugnisse von Weisungen der Bundesregierung unabhängig. Diese Unabhängigkeit dient der Sicherung ihrer Aufgabenerfüllung mit dem vorrangigen Ziel der Sicherung von Preisstabilität (§ 3 Satz 2 BBankG). Gleichwohl nehmen auch die unabhängigen Gerichte und die weisungsfreie Bundesbank originäre hoheitliche Befugnisse wahr. Bei ihren Akten handelt es sich ungeachtet ihrer funktionalen Unabhängigkeit um staatliches Handeln. In gleichem Maße dient die Unabhängigkeit der Landesmedienanstalten nicht ihrer Herausnahme oder Ausgliederung aus dem staatlichen Bereich, sondern im Gegenteil der Sicherung ihrer effektiven staatlichen Aufgabenerfüllung.

*cc) Zurechnung des Handelns der Landesmedienanstalten an den Staat*

*(1) Keine Anwendbarkeit der Grundsätze der Stardust Marine-Rechtsprechung*

Vor dem Hintergrund dieser Überlegungen ist zu fragen, ob die vom EuGH in der Rechtssache Stardust Marine<sup>10</sup> in Bezug auf öffentliche Unternehmen entwickelten Grundsätze über die Zurechnung des Mitteltransfers an den Staat überhaupt auf die Landesmedienanstalten Anwendung finden können. Den Ansatz, wonach Finanzzuführungen einer staatlich benannten Einrichtung dem Staat anhand von Indizien zugerechnet werden müssen, wie dem Grad der Eingliederung in die Strukturen der öffentlichen Verwaltung, der Marktüblichkeit der Tätigkeit, dem Rechtsstatus des Unternehmens sowie der Intensität der behördlichen Aufsicht, hat der EuGH am Fall eines öffentlichen Unternehmens entwickelt<sup>11</sup>. Danach sollen einerseits Mitteltransfers durch öffentliche Unternehmen nicht allein deshalb dem Staat zugerechnet werden, weil ihm als Eigentümer ein mittelbarer Einfluss auf das jeweilige Unternehmen zukommt<sup>12</sup>. Andererseits soll Voraussetzung für die Zurechnung auch nicht der unter Umständen kaum zu führende Nachweis einer konkreten Veranlassung der Beihilfenmaßnahme durch staatliche Instanzen sein<sup>13</sup>. Mit Hilfe von Indizien soll dementsprechend eine Beteiligung von Behörden bzw. deren fehlende Beteiligung am Erlass der Fördermaßnahme ermittelt werden<sup>14</sup>. Eine Übertragung dieser Grundsätze auf behördliche Einrichtungen, die mit staatlicher Hoheitsgewalt ausgestattet sind, scheidet jedoch aus. Der Stardust Marine-Vorbehalt gründet auf einer regelmäßig vorliegenden organisationsrechtlichen Verselbstständigung öffentlicher Unternehmen, da öffentliche Unternehmen auf der Grundlage gesellschaftsrechtlicher Organisationsmechanismen gesteuert werden. So leitet etwa der Vorstand einer AG diese nach § 76 Abs. 1 AktG unter eigener Verantwortung. Der Aufsichtsrat, in dem der Staat als Anteilseigner vertreten ist, ist nach § 111 Abs. 1 AktG auf reine Überwachungstätigkeiten beschränkt. Selbst wenn ein öffentliches Unternehmen keine Gewinnerzielungsabsicht ver-

9 Kommission, Beihilfe C 25/2004 (Fn. 1), ABl. EU 2004 C 216/5, Ziff. 20.

10 EuGH, Rs. C-482/99, Stardust Marine, Slg. 2002, I-4397 Rn. 50 ff., dazu Koenig/Kühling, EStAL 2002, 7, 7 ff.; dies., in: Streinz, EUV/EGV Kommentar, 2003, Art. 87 EGV Rn. 46; Schmid-Kühnhöfer, Die Staatlichkeit von Beihilfen, Mittel- und Transferzurechnung nach Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag, 2004, S. 90 ff.

11 EuGH, Rs. C-482/99, Stardust Marine, Slg. 2002, I-4397 Rn. 56.

12 EuGH, Rs. C-482/99, Stardust Marine, Slg. 2002, I-4397 Rn. 52.

13 EuGH, Rs. C-482/99, Stardust Marine, Slg. 2002, I-4397 Rn. 53 f.

14 EuGH, Rs. C-482/99, Stardust Marine, Slg. 2002, I-4397 Rn. 56.

folgt, muss es sich betriebswirtschaftlichen Gesetzmäßigkeiten unterwerfen. Dies bedingt regelmäßig eine gewisse Emanzipation von staatlicher Einflussnahme. Auf diesen Überlegungen beruht das Stardust Marine-Urteil. Die Anwendung der dort für öffentliche Unternehmen entwickelten Grundsätze über die Zurechnung von Mitteltransfers an den Staat macht jedoch keinen Sinn, wenn die Mitteltransfers von einer mit Polizeigewalt ausgestatteten Anstalt des öffentlichen Rechts getätigt werden, die Teil des Staates und damit einer staatlichen Aufsichtshierarchie unterworfen ist. Bei einer Landesmedienanstalt handelt es sich noch nicht einmal um eine staatlich benannte Einrichtung, sondern um eine staatliche Einrichtung. Insofern ist der Begriff der angeblichen »Staatsferne« der Landesmedienanstalten missverständlich, da er eine Emanzipation eines staatlichen Organs vom Staat suggeriert, die Hoheitseinrichtungen gerade nicht aufweisen. Im Hinblick auf Landesmedienanstalten ist daher keine besondere Zurechnung der konkret individuellen Finanztransaktion an den Staat anhand der auf öffentliche Unternehmen bezogenen Stardust Marine-Kriterien zu prüfen<sup>15</sup>.

## (2) Hilfsweise: Zurechnung in Anwendung der Stardust Marine-Grundsätze

Aber selbst wenn man davon ausginge, dass die Grundsätze der Stardust Marine-Rechtsprechung hier Anwendung fänden, lägen die Voraussetzungen für eine staatliche Zurechnung ungeachtet der Unabhängigkeit der Landesmedienanstalten vor. Dies wird durch die EuG-Rechtsprechung in der Rechtssache Air France ausdrücklich bestätigt. Danach führt die Unabhängigkeit eines Organs nicht dazu, dass eine Qualifikation als staatlich eingesetzte Einrichtung ausgeschlossen ist<sup>16</sup>. Ausreichend ist vielmehr bereits, dass die betroffene Institution durch einen hoheitlichen Akt ins Leben gerufen wurde und ihr Handeln in Rechtsvorschriften geregelt ist. Bei den Landesmedienanstalten ist der Tatbestand einer staatlichen Einrichtung angesichts der gesetzlichen Regelung des Tätigwerdens im Rundfunkstaatsvertrag und in den jeweiligen Landesmediengesetzen zu bejahen. Legt man die vom EuGH in seiner Stardust Marine-Rechtsprechung herangezogenen Indizien für eine Zurechnung, wie etwa die Marktüblichkeit der Tätigkeit, den privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Status der Einrichtung, die Intensität der behördlichen Aufsicht, den Grad der Eingliederung in die Strukturen der öffentlichen Verwaltung, an die Landesmedienanstalten an, muss man von einem staatlichen – und nicht privatwirtschaftlichen – Charakter ihrer Förderung ausgehen<sup>17</sup>. Die Landesmedienanstalten sind als öffentlich-rechtliche Rechtssubjekte verfasst und unterliegen der staatlichen Rechts- und Finanzaufsicht<sup>18</sup>. Ihre Tätigkeit besteht in der Wahrnehmung staatlicher

Aufgaben unter Inanspruchnahme staatlicher Hoheitsgewalt. Sie ist nicht an marktwirtschaftlichen Grundsätzen, wie etwa einer Gewinnerzielungsabsicht, ausgerichtet. Gerade die fehlende Marktüblichkeit ist der entscheidende Anknüpfungspunkt für die Unterwerfung staatlicher Subventionen unter die Kontrolle des Beihilfenrechts. Bei den finanziellen Transfers der Landesmedienanstalten zu Gunsten von DVB-T wird die Marktunüblichkeit der Förderung bereits dadurch deutlich, dass es sich um verlorene Zuschüsse handelt. Die Fördertätigkeit der Landesmedienanstalten erfolgt in Erfüllung ihrer staatlichen Aufgaben und ist daher dem Staat zuzurechnen.

## 2. Begünstigung des Betreibers des terrestrischen digitalen Rundfunknetzes

### a) Empfang eines geldwerten Vorteils

Eine staatliche Maßnahme wirkt begünstigend im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG, wenn ein Unternehmen eine Leistung ohne angemessene, d. h. marktübliche Gegenleistung erlangt. Unter einer Leistung ist jeder geldwerte Vorteil für den Empfänger zu verstehen. Auch mittelbare Begünstigungen werden vom EG-Beihilfenatbestand erfasst, da dieser nur wirkungsbezogen, allein auf die Begünstigungswirkung abstellt<sup>19</sup>. Mittelbar begünstigt wird hier der Betreiber des terrestrischen digitalen Rundfunknetzes T-Systems, indem die MABB einen Teil der Ausstrahlungsentgelte trägt, die der Netzbetreiber von den privaten Rundfunkveranstaltern verlangt. In Berlin/Brandenburg werden Kosten in Höhe von rund 65.000 EUR pro Jahr und Programm von der MABB übernommen. Auf diese Weise werden die privaten Rundfunkveranstalter beim Wechsel zum Produkt des terrestrischen digitalen Sendernetzbetreibers gefördert, sodass mittelbare Begünstigungseffekte eintreten. T-Systems wird die Einführung eines Produktes erleichtert, das sich ohne staatliche Förderung am Markt nicht gleichermaßen durchsetzen könnte<sup>20</sup>. Der Netzbetreiber erlangt einen Finanzierungsvorteil gegenüber den Verbreitungswegen »Kabel« (DVB-C) und »Satellit« (DVB-S).

<sup>15</sup> Angedeutet bereits von Koenig/Kühling/Scholz, in: Koenig/Kühling/Theobald (Hrsg.), Recht der Infrastrukturförderung, 2004, 3. Kap. Rn. 20.

<sup>16</sup> EuG, Rs. T-358/94, Air France, Slg. 1996, II-2109 Rn. 58 ff.; ebenso Kommission, Beihilfe C 25/2004 (Fn. 1), ABi. EU 2004 C 216/5, Ziff. 20.

<sup>17</sup> Ebenso Koenig/Kühling, K&R 2004, 201, 204 f.

<sup>18</sup> Vgl. § 18 MStV BB.

<sup>19</sup> Vgl. Koenig/Kühling, in: Streinz, EUV/EGV Kommentar, 2003, Art. 87 EGV Rn. 30; dies., K&R 2004, 201, 205.

<sup>20</sup> Kommission, Beihilfe C 25/2004 (Fn. 1), ABi. EU 2004 C 216/5, Ziff. 32.

### b) Angemessenes Leistungs-Gegenleistungs-Verhältnis

Eine Begünstigung ist allerdings ausgeschlossen, wenn der geldwerten staatlichen Leistung eine angemessene Gegenleistung gegenübersteht<sup>21</sup>. Es spricht eine Vermutung gegen eine Beihilfengewährung, wenn die Höhe der Gegenleistung in einem objektiven Verfahren bestimmt worden ist. Als solches sieht die Kommission ein offenes Ausschreibungsverfahren oder (hilfsweise) die Erstellung eines objektiven Wertgutachtens durch unabhängige Sachverständige an<sup>22</sup>. Auch der detaillierte Nachweis der Kosten für die Erbringung bestimmter Leistungen kann eine Begünstigung ausschließen<sup>23</sup>. Der EuGH hat in seinem Altmark Trans-Urteil<sup>24</sup> die Voraussetzungen, unter denen der Beihilfentatbestand zu verneinen ist, in vier qualifizierten Bedingungen zusammengefasst, die kumulativ erfüllt sein müssen<sup>25</sup>: Das begünstigte Unternehmen muss (1) mit der Erfüllung klar definierter gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut sein. Die Parameter, anhand deren der Ausgleich berechnet wird, müssen (2) zuvor objektiv und transparent aufgestellt werden. Der Ausgleich darf (3) 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 ganz oder teilweise zu decken. Wenn 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, ist (4) die Höhe des erforderlichen Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte.

#### aa) Auferlegung klar definierter gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen

##### (1) Gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen des Netzbetreibers

Zunächst müsste der Betreiber des digitalen terrestrischen Netzes T-Systems mit der Erbringung klar definierter gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut sein<sup>26</sup>. Die Kommission definiert die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse als marktbezogene Tätigkeiten, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht und daher von den Mitgliedstaaten mit besonderen Gemeinwohlverpflichtungen verbunden werden<sup>27</sup>. Vorliegend besteht die Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse in der Bereitstellung von Sendemöglichkeiten für die Verbreitung digitalen terrestrischen Rundfunks, um dem Verbraucher eine Auswahl von (kostengünstigen) Übertragungswegen zu sichern.

##### (2) Akt der Betrauung gegenüber dem Netzbetreiber

Im Hinblick auf die erforderliche Betrauung des Netzbetreibers können die im Rahmen von Art. 86 Abs. 2 EG entwickelten Grundsätze entsprechend herangezogen werden<sup>28</sup>. Danach kann das bloße Tätigwerden eines Unternehmens im Interesse der Allgemeinheit nicht als hinreichend angesehen werden<sup>29</sup>; vielmehr bedarf es eines Betrauungsaktes<sup>30</sup>, der an ein bestimmtes Unternehmen gerichtet ist<sup>31</sup> und der bestimmte Gemeinwohlverpflichtungen festlegt. Das Europäische Gemeinschaftsrecht fordert nicht, dass der Betrauungsakt in Form einer gesetzlichen Bestimmung erfolgt<sup>32</sup>. Die Betrauungsakte könnten hier in der Zuweisung der von T-Systems im Rahmen des durchgeführten Zuteilungsverfahrens beantragten Frequenzen liegen sowie in der dem Netzbetreiber damit auferlegten Verpflichtung, diese Frequenzen interessierten Programmveranstaltern zur Ausstrahlung von digitalem Rundfunk anzubieten.

21 EuG, Rs. T-14/96, BAI, Slg. 1999, II-139 Rn. 71 ff.; *Hancher/Ottovanger/Slot*, E.C. State Aids, 2. Aufl. 1999, Rn. 2-007.

22 Mitteilung der Kommission betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand, ABl. EG 1997 C 209/3, Ziff. II.2.a.

23 Vgl. Pressemitteilung IP/96/882 der Kommission v. 10.2.1998 und die Entscheidung der Kommission, Beihilfe NN 141/95, Auxílio estatal – Financiamento dos canais públicos de televisão, Ziff. 5; sowie EuG, Rs. T-46/97, SIC, Slg. 2000, II-2125 Rn. 75 ff.; vgl. ferner *Koenig/Kühling*, EuZW 2000, 197, 198.

24 EuGH, Rs. C-280/00, Altmark Trans GmbH, Slg. 2003, I-7747 Rn. 86 f.

25 EuGH, Rs. C-280/00, Altmark Trans GmbH, Slg. 2003, I-7747 Rn. 87; siehe auch EuGH, verb. Rs. C-34/01 bis C-38/01, Enirisorse SpA, Urt. v. 27.11.2003, EWS 2004, 26, Rn. 32 ff.; EuGH, Rs. C-345/02, Pearle BV u. a., Urt. v. 15.7.2004, EWS 2004, 358 Rn. 33; EuG, Rs. T-274/01, Valmont Nederland BV/Kommission, Urt. v. 16.9.2004, Rn. 129.

26 Siehe EuGH, Rs. C-280/00, Altmark Trans GmbH, Slg. 2003, I-7747 Rn. 89.

27 Vgl. Kommission, Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2004) 374 endg. v. 12.5.2004, Anhang 1, S. 27; Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003) 270 endg. v. 21.5.2003, Ziff. 17; vgl. auch ABl. EG 1996 C 281/3, Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa; ebenso Anhang II der Mitteilung der Kommission zu den Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa v. 20.9.2000, ABl. EG 2001 C 17/4.

28 *Koenig/Haratsch*, ZUM 2003, 804, 807; *dies.*, EStAL 2 (2003), 569, 573.

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

30 EuGH, Rs. 127/73, BRT II, Slg. 1974, 313 Rn. 19/22; EuGH, Rs. 172/80, Züchner/Bayerische Vereinsbank, Slg. 1981, 2021 Rn. 7; vgl. auch die 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. 40.

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

32 Vgl. EuGH, Rs. C-159/94, Kommission/Frankreich, Slg. 1997, I-5815 Rn. 66.

### (3) Klarheit der Definition

Der EuGH verlangt eine klare Definition der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen<sup>33</sup>, da nur so beurteilt werden kann, ob die Mittelzufuhr als angemessene Kompensation anzusehen ist. Die Umschreibung des öffentlichen Auftrags von T-Systems ergibt sich aus dem im Rahmen des Frequenzzuteilungsverfahrens beschriebenen Versorgungsbedarf<sup>34</sup>. Ob allerdings auch die als Betrauungsakte in Betracht kommenden Frequenzzuweisungsbescheide an den Netzbetreiber die erforderliche eindeutige Umschreibung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen enthalten, könnte nur bei Einsichtnahme in die betreffenden Bescheide geklärt werden.

#### bb) 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 für die Erbringung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse berechnet wird, zuvor objektiv und transparent aufgestellt worden sind<sup>35</sup>. Aus den Ausgleichsparametern müssen sich die spezifischen Konditionen der staatlichen Bezuschussung objektiv ermitteln lassen, insbesondere die Höhe des staatlichen Mitteltransfers verknüpft mit den Koeffizienten der Leistungs-/Gegenleistungsausgleichsrelation. Im vorliegenden Fall sind die Einzelheiten der Förderung der Umstellung auf digitales terrestrisches Fernsehen in Berlin/Brandenburg in öffentlich-rechtlichen Verträgen zwischen den Programmanbietern und der MABB niedergelegt. Darin ist vorgesehen, dass die MABB die Kosten des Gleichwellenbetriebs auf zwei Senderstandorten in Höhe von etwa 30 % des Ausstrahlungsaufwandes der privaten Veranstalter gegenüber dem Sendernetzbetreiber übernimmt. Zweifel bestehen allerdings an der Transparenz der Parameterfestlegung. Als problematisch erweist sich dabei, dass die Einzelheiten in öffentlich-rechtlichen Verträgen mit den Programmanbietern niedergelegt sind, nicht aber unmittelbar gegenüber dem Netzbetreiber, der mittelbar von den Fördermaßnahmen zu Gunsten der Programmanbieter profitiert. Der EuGH hat, soweit ersichtlich, noch nicht dazu Stellung bezogen, für wen und vor allem in Bezug auf wen die Förderkonditionen transparent sein müssen. Im Hinblick auf die adressatenorientierte Transparenz muss davon ausgegangen werden, dass nicht nur die von einer staatlichen Fördermaßnahme Begünstigten, auch die mittelbar Begünstigten, vorab Kenntnis von den Konditionen der staatlichen Unterstützungsmaßnahme erlangen müssen, sondern im Rahmen eines beihilfenrechtlichen Ausschreibungsverfahrens alle potentiellen Bewerber. Vorliegend ist noch nicht einmal ersichtlich, ob überhaupt der Netzbetreiber in transparenter und nachvollziehbarer

Weise von den Einzelheiten der Fördermaßnahmen der MABB vorab Kenntnis erlangt hatte. In Bezug auf die inhaltliche Transparenz der Ausgleichsparameter muss ersichtlich sein, an wessen Nettomehrkosten sich die Parameter zur Bestimmung der Höhe der staatlichen Ausgleichsleistung orientieren. Auch diesen Anforderungen der inhaltlichen Transparenz entspricht die Festlegung der Förderkonditionen nicht, da eine ausschließliche Ausrichtung an den Umstellungskosten der Programmanbieter erfolgt, die Nettomehrkosten des mittelbar begünstigten Netzbetreibers bei der Parametereinstellung jedoch keine ausdrückliche Berücksichtigung gefunden haben.

#### cc) Ausgleich in Höhe der Nettomehrkosten

Der Ausgleich darf 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 ganz oder teilweise zu decken<sup>36</sup>. Der Nettomehrkostentest besteht aus den folgenden Ausgleichsvoraussetzungen:

1. Es sind nur die Kosten berücksichtigungsfähig, die durch die Erbringung der Daseinsvorsorgedienste selbst und die Art ihres Angebots entstehen.

2. Die Berechnung der Nettomehrkosten hat nach dem Grundsatz einer marktorientierten Differenzhypothese zu erfolgen. Danach werden nur die »zusätzlichen Kosten«<sup>37</sup> für diejenigen Dienste in Ansatz gebracht, die ohne eine Ausgleichszahlung an den öffentlich Betrauten gar nicht oder nicht in der gebotenen Menge oder Qualität auf dem Markt (freiwillig) von dem Betrauten angeboten werden. Die mit dem Betrauungsakt verbundene Ausgleichszahlung muss sich darauf beschränken, das Angebot eines Dienstes durch das betraute Unternehmen erst zu induzieren<sup>38</sup>. Umstellungskosten, die durch marktwirtschaftliche Kostenwälzung in die Preiskalkulation eingehen, entsprechen nicht den beihilfenrechtlichen Mehrkosten, sofern der Verbraucher bereit ist, diese höheren Preise zu zahlen. Nur wenn die Kostenabwälzung auf nachgelagerte Dienstleistungspreise nicht funktioniert, entstehen beihilfenrechtlich kompensationsfähige Mehrkosten. Diese

33 EuGH, Rs. C-280/00, Altmark Trans GmbH, Slg. 2003, I-7747 Rn. 89; vgl. auch Rundfunkbeihilfenmitteilung (Fn. 30), ABl. EG 2001 C 320/5, Ziff. 37.

34 Vgl. Ziff. III der Vfg. Nr. 22/2002 der RegTP, ABl. RegTP 2002, 1010.

35 EuGH, Rs. C-280/00, Altmark Trans GmbH, Slg. 2003, I-7747 Rn. 90.

36 EuGH, Rs. C-280/00, Altmark Trans GmbH, Slg. 2003, I-7747 Rn. 92.

37 Vgl. EuGH, Rs. C-53/00, Ferring, Slg. 2001, I-9067 Rn. 29; EuGH, Rs. C-280/00, Altmark Trans GmbH, Slg. 2003, I-7747 Rn. 86 f.

38 Koenig/Kühling, ZHR 2002, 656, 680 ff.

Mehrkosten im beihilfenrechtlichen Sinn sind nur die Induktionskosten für die Bereitstellung des Dienstes von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse.

3. Bei der Bestimmung der Angemessenheit der Kompensation ist eine angemessene Rendite auf das eingesetzte Kapital berücksichtigungsfähig.

4. Nach dem Nettomehrkostenprinzip sind von den Kosten, die bei der Leistungsbereitstellung entstehen, die dabei erzielten Einnahmen abzuziehen.

Legt man diese Kriterien an die mittelbare Förderung des Netzbetreibers durch die MABB an, müssten zunächst die dem Netzbetreiber entstehenden Mehrkosten für die Umstellung auf einen digitalen terrestrischen Sendebetrieb identifiziert werden. Laut Angaben der Bundesregierung bilden bislang Vertragsverhältnisse mit den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten die Basis des Rundfunkversorgungsgeschäfts von T-Systems. Dieses ertragreiche Geschäft, das fast 90 % des Umsatzes von T-Systems bei der Fernsehversorgung ausmacht, wird – so die Bundesregierung – durch die Umstellung auf einen digitalen Sendebetrieb in Frage gestellt. Es erscheint zweifelhaft, ob hierin – und ggf. in welcher Höhe – Mehrkosten im Sinne der Altmark Trans-Rechtsprechung zu erblicken sind. Laut Angaben der Bundesregierung bemisst sich die Förderhöhe jedenfalls nicht an etwaigen Mehrkosten des Netzbetreibers, sondern an den Umstellungskosten der privaten Rundfunkveranstalter. Hierbei sind drei Faktoren berücksichtigt worden: (1) die bisherigen Kosten der privaten Programmanbieter der analogen Übertragung, (2) die künftigen Kosten der privaten Programmanbieter der digitalen Übertragung sowie (3) die Mehrkosten gegenüber der vollständigen Einstellung der analogen terrestrischen Übertragung. Eine Analyse und ggf. anschließende Berücksichtigung etwaiger Mehrkosten des (vorgelagerten) Netzbetreibers, der mittelbar von den Förderleistungen der MABB zu Gunsten der (nachgelagerten) Programmanbieter profitiert, findet nicht statt.

*dd) Objektiver Kostenvergleich mit »durchschnittlichem, gut geführtem Unternehmen«*

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, dass die Höhe des Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen ist, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte<sup>39</sup>.

*(1) Fehlen eines Vergabeverfahrens bzw. eines beihilfenrechtlichen Ausschreibungsverfahrens*

Ein Benchmarking mit einem durchschnittlichen, gut geführten Unternehmen ist nur erforderlich, wenn die

Betraung mit einer gemeinwirtschaftlichen Dienstleistung nicht im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge erfolgt. Das vorliegend von der RegTP durchgeführte Frequenzzuteilungsverfahren stellt kein Vergabeverfahren im Sinne der vierten Altmark Trans-Voraussetzung dar. Es handelt sich um eine reine Frequenzallokations-, nicht aber um eine vergabe- bzw. beihilfenrechtliche Ausschreibung. Ein Ausschreibungs- oder Vergabeverfahren ist nur dann geeignet, eine beihilfenrelevante Begünstigung auszuschließen, wenn es so ausgestaltet ist, dass der wirtschaftlichste Anbieter der staatlich nachgefragten Dienstleistung den Zuschlag erhält. Das setzt voraus, dass sämtliche das Leistungs-Gegenleistungsverhältnis determinierenden Faktoren in der Ausschreibung enthalten sind. Nur auf der Grundlage aller wesentlichen Leistungs-Gegenleistungsparameter kann ein Anbieter eine seriöse Kalkulation seines Preises durchführen. Das Frequenzvergabeverfahren hat jedoch auf einen wesentlichen preisbildenden Faktor, nämlich die mittelbare Förderung des gesuchten Netzbetreibers durch Zuschüsse an die Programmanbieter, keinen Bezug genommen. Die mittelbare Förderung des Netzbetreibers durch die MABB ist erst nachträglich durch öffentlich-rechtliche Verträge zwischen der MABB und den Programmanbietern eingeführt worden. Hätten die Einzelheiten dieser Förderung bereits im Zeitpunkt der Durchführung des Frequenzvergabeverfahrens festgestanden und wären mit der Einleitung des Verfahrens bekannt gemacht worden, hätte dies möglicherweise zu anderen Zuteilungskonditionen geführt. Das von der RegTP durchgeführte Frequenzzuteilungsverfahren war daher nicht geeignet, Begünstigungswirkungen im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG auszuschließen.

*(2) Benchmarking*

Da ein beihilfenrechtlichen Anforderungen genügendes öffentliches Vergabeverfahren nicht durchgeführt worden ist, müsste die Höhe des erforderlichen Ausgleichs für die Erbringung der Dienstleistung auf der Grundlage einer Analyse der Kosten bestimmt werden, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte<sup>40</sup>. Hierbei kann es sich als notwendig erweisen, ein analytisches Kostenmodell zu erstellen, das allerdings nicht auf ein Idealunternehmen abstellt, sondern von einer durchschnittlich effizienten Leistungserbringung ausgeht<sup>41</sup>. Erforderlich ist jedenfalls eine Benchmarking-Analyse. Die Höhe der durch die MABB mittelbar

39 EuGH, Rs. C-280/00, Altmark Trans GmbH, Slg. 2003, I-7747 Rn. 93.

40 EuGH, Rs. C-280/00, Altmark Trans GmbH, Slg. 2003, I-7747 Rn. 93.

41 Koenig/Haratsch, ZUM 2003, 804, 811.

dem Netzbetreiber zufließenden geldwerten Vorteile kann einer solchen Analyse kaum standhalten. Zweifel bestehen in erster Linie, weil sich die Höhe des Förder Volumens ausdrücklich nicht an etwaigen Mehrkosten des Netzbetreibers orientiert. Maßstab für die Höhe der Förderung ist vielmehr der bei den Programmanbietern im Zuge der Umstellung auf digitales terrestrisches Fernsehen entstehende finanzielle Aufwand. Zwar werden die Kosten der Programmanbieter zum Teil auch durch die vom Netzbetreiber erhobenen tatsächlichen Ausstrahlungsentgelte determiniert, diese Kosten werden jedoch allenfalls als Rechnungsposten bei der Bestimmung der Höhe der Förderung durch die MABB berücksichtigt. Ob die in die Berechnung eingestellten tatsächlichen Ausstrahlungsentgelte des Netzbetreibers auf der Grundlage einer durchschnittlich effektiven Leistungserbringung kalkuliert worden sind, ist dabei nicht hinterfragt worden. Die mittelbare Förderung der MABB zu Gunsten des Netzbetreibers kann daher einem Nettomehrkostentest nicht standhalten.

Da mithin die Altmark Trans-Kriterien nicht erfüllt sind, liegt eine Begünstigung vor. Da auch die übrigen Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 87 Abs. 1 EG gegeben sind<sup>42</sup>, insbesondere die Tatbestandsmerkmale der Wettbewerbsverfälschung und der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handelsverkehrs, sind in den dem Netzbetreiber mittelbar zufließenden geldwerten Vorteilen tatbestandsmäßige Beihilfen zu sehen.

### III. Rechtfertigung nach Art. 86 Abs. 2 EG

Nach Art. 86 Abs. 2 EG, der weder in der Altmark Trans-Rechtsprechung aufgeht noch obsolet geworden ist<sup>43</sup>, sind Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zu Gunsten eines Unternehmens für die Erbringung gemeinwirtschaftlicher Dienste gerechtfertigt, soweit ohne eine staatliche Beihilfe die Erfüllung der übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert würde und die Entwicklung des Handelsverkehrs dadurch nicht unverhältnismäßig beeinträchtigt wird. Die Kommission hat dabei folgende Rechtfertigungsvoraussetzungen herausgearbeitet<sup>44</sup>: Die zu erbringende Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse muss (1) vom Mitgliedstaat klar definiert sein (Definition). Das Unternehmen muss (2) mit der Erbringung der Dienstleistung durch eine öffentliche Stelle betraut sein (Beauftragung). Die staatliche Beihilfe darf (3) nicht über die Nettomehrkosten der gemeinwirtschaftlichen Dienstleistung hinausgehen, wobei andere Einkünfte, die unmittelbar oder mittelbar aus der Erbringung der öffentlichen Dienstleistung entstehen, zu berücksichtigen sind (Verhältnismäßigkeit). Dabei entspricht die Prüfung der ersten beiden Rechtfertigungsvoraussetzungen<sup>45</sup> im Wesentlichen der Prüfung des

ersten Altmark Trans-Kriteriums. Die dritte Rechtfertigungsvoraussetzung im Rahmen von Art. 86 Abs. 2 EG, die Verhältnismäßigkeitsprüfung<sup>46</sup>, entspricht dem dritten Altmark Trans-Kriterium des EuGH. Über die derzeitige Kommissionspraxis hinaus verlangt der von der Kommission Anfang 2004 vorgelegte Entwurf eines »Gemeinschaftsrahmens für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden«<sup>47</sup>, in Anlehnung an die zweite Altmark Trans-Voraussetzung zusätzlich sogar die vorherige Aufstellung objektiver und transparenter Parameter für die Kompensationsberechnung<sup>48</sup>. Wie im Zuge der Prüfung des Beihilfentatbestandes gemäß Art. 87 Abs. 1 EG aufgezeigt, entsprechen die Förderleistungen der MABB, die mittelbar dem Netzbetreiber zugute kommen, nicht den aus der Erbringung des öffentlichen Auftrags entspringenden Nettomehrkosten des Netzbetreibers. Damit verfehlt die staatliche Bezuschussung zugleich den im Rahmen von Art. 86 Abs. 2 EG geforderten Verhältnismäßigkeitstest. Eine Rechtfertigung der mittelbaren Förderung des Netzbetreibers T-Systems durch Mittel der MABB auf der Grundlage von Art. 86 Abs. 2 EG kommt mithin nicht in Betracht.

### IV. Fazit

Auch wenn die Kommission die Förderpraxis der MABB zu Gunsten des digitalen terrestrischen Rundfunks in Berlin/Brandenburg für beihilfenrechtswidrig erachten sollte, muss dies nicht dessen endgültiges Aus bedeuten. Eine negative Kommissionsentscheidung würde jedoch bewirken, dass künftige Förderleistungen nicht gezahlt und unter Verstoß gegen das Durchführungsverbot des Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG bereits geleistete Mitteltransfers nach Art. 14 Abs. 1 VO Nr. 659/1999<sup>49</sup> rückabgewickelt werden müssen. Die

42 Dazu ausführlich *Koenig/Kühling*, K&R 2004, 201, 205 ff.

43 Dazu *Koenig/Haratsch*, ZUM 2004, 122 ff.

44 Vgl. Entscheidung der Kommission v. 15.10.2003 über die Maßnahmen, die Italien zu Gunsten von RAI SpA durchgeführt hat, K (2003) 3528 endg., ABl. EU 2004 L 199/1, Tz. 99 f.; Entscheidung der Kommission v. 1.10.2003, State aid No. N 37/2003 – United Kingdom, BBC Digital Curriculum, K (2003) 3371 endg., ABl. EU 2003 C 271/47; vgl. auch *Koenig/Haratsch*, ZUM 2004, 122, 123 f.

45 Dazu RAI-Entscheidung der Kommission (Fn. 44), ABl. EU 2004 L 199/1, Tz. 102 ff.; BBC-Entscheidung der Kommission (Fn. 44), ABl. EU 2003 C 271/47, Tz. 40 ff., 45 ff.

46 Dazu RAI-Entscheidung der Kommission (Fn. 44), ABl. EU 2004 L 199/1, Tz. 120 ff.; BBC-Entscheidung der Kommission (Fn. 44), ABl. EU 2003 C 271/47, Tz. 50 ff.

47 Im Internet abrufbar unter: [http://europa.eu.int/comm/competition/state\\_aid/others/#compensation](http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/others/#compensation).

48 Vgl. Ziff. 10 des Gemeinschaftsrahmens (Fn. 47).

49 Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates vom 22.3.1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 88 des EG-Vertrags, ABl. EG 1999 L 83/1; geänd. durch Akte zum Beitrittsvertrag v. 16.4.2003, ABl. EU L 236/33.



Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfen ist die Restitutionsfolge der sich in der Wettbewerbsverfälschung entfaltenden Rechtswidrigkeit der Beihilfe<sup>50</sup>. Eine staatliche Förderung der Einführung von DVB-T, die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben entspricht, setzt vor allem voraus, dass etwaige Nettomehrkosten der privaten Programmanbieter einerseits und des Sendernetzbetreibers andererseits korrekt identifiziert und die vorab aufzustellenden Ausgleichsparameter daran ausgerichtet werden. Sollten Nettomehrkosten nicht anfallen, etwa wenn zu erwarten wäre, dass sich das Produkt DVB-T

auch ohne staatliche Bezuschussung auf dem Markt durchsetzen würde, darf der Staat nicht in das Marktgeschehen eingreifen, da ansonsten wettbewerbsverfälschende und damit beihilfenrechtswidrige Effekte provoziert würden.

<sup>50</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-142/87, Tubemeuse, Slg. 1990, I-959 Rn. 66; EuGH, Rs. C-305/89, Alfa Romeo, Slg. 1991, I-1603 Rn. 41.

## »Man spricht deutsch« zwischen den Instanzen – Zum Verhältnis von nationalem und europäischem Urheberrecht am Beispiel des § 137 h Abs. 2 UrhG

Zugleich Besprechung von BGH ZUM 2005, 69 ff.

Von Professor Dr. Oliver Castendyk\* und Jenny Kirchherr\*\*, Potsdam

### I. Einleitung

Mit seinem Urteil vom 13. Oktober 2004 zum Gerhard Polt Film »Man spricht deutsch« hat der Bundesgerichtshof eine theoretisch und praktisch bedeutsame Entscheidung getroffen. Sie ist das vorläufige Ende eines Rechtsstreits, der im einstweiligen Rechtsschutz mit einer einstweiligen Verfügung der 17. Kammer des Landgerichts Stuttgart vom 20.7.2001 begann und voraussichtlich in ein bis zwei Jahren beim Europäischen Gerichtshof landen wird. Obwohl es scheinbar nur um die Auslegung des § 137 h UrhG, der Übergangsvorschrift bei der Umsetzung der Kabel- und Satellitenrichtlinie<sup>1</sup> und damit einer fast apokryphen Norm des Urheberrechts geht, wirft der Fall neben seiner immensen praktischen Bedeutung für vor Juni 1998 geschlossene Koproduktionsverträge auch interessante grundsätzliche Fragen zum Satellitensenderecht ebenso wie zum Verhältnis von europäischem und nationalem Urheberrecht auf.

### II. Der Sachverhalt

Die klagende Filmproduktionsfirma V. und die Filmproduktionsfirma M. schlossen am 18. Mai/28. Juli 1987 eine so genannte »Koproduktionsvereinbarung«, bei der unter der Überschrift »Nutzungsrechte und Auswertung« u. a. folgende Punkte geregelt wurden:

»1. V. überträgt und räumt der M. mit Ablieferung der sendefertigen Produktion die zeitlich unbefristeten,

räumlich auf die Bundesrepublik Deutschland, DDR, Österreich einschließlich Südtirol und die deutschsprachige Schweiz beschränkten Rechte für die rundfunkmäßige Verwendung des Films durch alle bekannten Nutzungsarten, einschließlich Kabelfernsehen, Übertragung durch Satelliten oder ähnliche technische Einrichtungen, ein. ...

2. Alle sonstigen Verwertungsrechte an der Produktion, soweit sie nicht nach diesem Vertrag der M. ausdrücklich eingeräumt sind, verbleiben der V. ...«

V. beteiligt die M. in Höhe von 25 % an den Verwertungserlösen aus ihrem Territorium. Eine entsprechende Erlösbeteiligung der V durch die M. findet nur für die Auswertung in Österreich einschließlich Südtirol und die deutschsprachige Schweiz statt, nicht jedoch an den Erlösen für die Auswertung in der Bundesrepublik Deutschland. Eine Abtretung von Rechten ist erlaubt. M. überträgt später die Rechte für die Bundesrepublik Deutschland einschließlich des Satellitensenderechts an den beklagten SWR. Dieser strahlt den Film am 22. Juli 2001 ohne Zustimmung der Klägerin aus, und zwar auch in europaweit direkt empfangbarer Form über Satellit. Die Klägerin beantragt Unterlas-

\* Der Verfasser ist Direktor des Erich Pommer Instituts, Professor an der Universität Potsdam und Rechtsanwalt in Berlin.

\*\* Die Verfasserin ist Rechtsreferendarin in Berlin, Maître en Droit und Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Erich Pommer Institut.

<sup>1</sup> Richtlinie 93/83/EWG des Rates vom 27. September 1993 zur Koordinierung bestimmter urheber- und leistungsschutzrechtlicher Vorschriften betreffend Satellitenrundfunk und Kabelweitverbreitung.