

NEUE MEDIENRECHT

Die Rahmenvorgaben des EU-Beihilfenrechts für die Gestaltung der bayerischen Lokalfunktfinanzierung

Rechtsgutachten im Auftrag
der Bayerischen Landeszentrale
für neue Medien



Prof. Dr. Jörg Gundel
Lehrstuhl für öffentliches Recht,
Völker- und Europarecht
Universität Bayreuth

Die Rahmenvorgaben des EU-Beihilfenrechts für die Gestaltung der bayerischen Lokalfunktfinanzierung

**Rechtsgutachten im Auftrag der
Bayerischen Landeszentrale für
neue Medien**

Prof. Dr. Jörg Gundel
Lehrstuhl für öffentliches Recht,
Völker- und Europarecht
Universität Bayreuth

Mai 2012

Herausgeber:

Bayerische Landeszentrale für neue Medien (BLM)

Heinrich-Lübke-Straße 27

81737 München

Telefon (089) 638080

E-Mail: blm@blm.de

Internet: www.blm.de

Visuelles Konzept: Mellon Design GmbH, Augsburg

Satz: Reinhard Fischer, München

Copyright BLM 2012

Alle Rechte vorbehalten. Nachdruck und Vervielfältigung nur mit
Genehmigung des Herausgebers

Inhalt

I. Sachverhalt und Gutachtenauftrag	7
II. Der allgemeine Rahmen der Art. 107 ff. AEUV	10
1. Die Erfüllung der Grundvoraussetzungen	10
a) Die Zuwendung staatlicher Mittel an ein Unternehmen	10
b) Die Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten	12
2. Die Behandlung von Ausgleichsleistungen im EU-Beihilfenrecht	13
a) Tatbestands- oder Rechtfertigungslösung	13
b) Die Weichenstellung durch die Altmark-Trans-Entscheidung	15
c) Die weitere Ausgestaltung durch die EU-Kommission	17
3. Besondere Regelungen für den („öffentlich-rechtlichen“) Rundfunk	21
III. Die verschiedenen Ebenen im Einzelnen	24
1. Die erste Ebene: Die Altmark-Kriterien	24
2. Die zweite Ebene: Die Voraussetzungen des DAWI-Beschlusses	27
3. Die dritte Ebene: Einzelfall-Genehmigung gemäß Art. 108 AEUV nach Notifikation	28

IV. Die Problemfragen	31
1. Die Entscheidung über den Umfang der Betreuung	31
a) Die materielle Entscheidungsfreiheit der Mitgliedstaaten	31
b) Die Anforderungen an die Bestimmtheit der Aufgaben- beschreibung	32
2. Anforderungen an Abrechnung und Buchführung	35
a) Die Trennung zwischen „betrauten“ und kommerziellen Tätigkeiten	35
b) Die Trennung nach Zeitabschnitten	38
3. Die Einbeziehung eines angemessenen Gewinns in den Ausgleich	39
a) Die grundsätzliche Zulässigkeit der Einbeziehung	39
b) Kriterien der „Angemessenheit“	41
V. Ergebnisse	42

I. Sachverhalt und Gutachtenauftrag

Die Neuordnung der bayerischen Lokalrundfunkfinanzierung ist durch die Teilnehmerentgelt-Entscheidung des BVerfG¹ aus dem Jahr 2005 notwendig geworden, die mit Wirkung zum 1. Januar 2009 die bisherige Finanzierung durch die Erhebung des sog. Teilnehmerentgelts für unvereinbar mit Art. 2 Abs. 1 GG erklärt hat. In der Folge wurde diese Finanzierung mit der Neufassung des Art. 23 BayMG zunächst durch Mittel aus dem Staatshaushalt ersetzt, deren Verteilung der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien (BLM) als staatsfreier Anstalt des öffentlichen Rechts übertragen wurde. Die Bestimmung enthält zugleich eine präzise Umschreibung der Aufgaben, mit deren Erbringung die Anbieter betraut und deren Kosten mit der Zuwendung der Mittel ausgeglichen werden sollen². Die auf diesem Weg gewährten Ausgleichsleistungen stellen etwa die Hälfte der Einnahmen der 16 bayerischen Lokalrundfunkanbieter dar, die sich im übrigen im wesentlichen aus Werbeeinnahmen finanzieren.

Die derzeitige Regelung des Art. 23 BayMG galt zunächst befristet bis zum 31.12.2009; die Befristung wurde in der Folge bis zum

¹ BVerfG, 26.10.2005 – 1 BvR 396/98, BVerfGE 114, 371 = NVwZ 2006, 201 - Bayerisches Teilnehmerentgelt („Kabelgroschen“).

² Zu den Einzelheiten der Entstehung der Regelung s. *Wieland*, Lokalrundfunkfinanzierung in Bayern, 2009, S. 18 ff.; *Müller-Terpitz*, Die Finanzautonomie der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien im Lichte der aktuellen Förderung lokaler und regionaler Fernsehangebote, 2010, S. 7 ff.

31.12.2012 verlängert³. Bei der damit nun bevorstehenden erneuten Reform soll insbesondere die bisherige Finanzierung der Förderung aus dem Staatshaushalt durch eine Finanzierung aus den Haushaltsmitteln der BLM abgelöst werden, soweit die Programmförderung betroffen ist; die Förderung der technischen Verbreitung soll dagegen weiter aus Haushaltsmitteln des Landes erfolgen. Die Grundstruktur der Programmförderung als Ausgleichsleistung für die den Anbietern auferlegten Aufgaben bleibt zwar erhalten, in der Reformdiskussion sind aber auch Umgestaltungsoptionen erwogen worden, deren Zulässigkeit auch am Maßstab des EU-Beihilfenrechts geprüft werden muss.

Dabei sind insbesondere drei Punkte fraglich:

(1) Zum einen stellt sich die Frage, ob die Betrauung der bayerischen Lokalrundfunkanbieter auch Angebote jenseits der lokalen Ebene – etwa in Form eines gemeinsamen landesweiten Dachprogramms – umfassen darf, obwohl insoweit bereits mit dem Programm des Bayerischen Rundfunks ein „klassisches“ öffentlich-rechtliches Angebot besteht.

(2) Weiter ist problematisch, welche Maßnahmen zur Kontrolle und Abrechnung der gewährten Ausgleichsleistungen vorgesehen werden müssen, um eine Überkompensation der mit der Betrauung verbundenen Belastung auszuschließen; dahinter steht das Problem, dass die betrauten Anbieter zugleich weiter als kommerzielle Rundfunkun-

³ § 3 Abs. 1 S. 1 des Gesetzes zur Änderung des Bayerischen Rundfunkgesetzes und des Bayerischen Mediengesetzes v. 8.12.2009, GVBl. 2009, S. 609.

ternehmen tätig sind und sichergestellt werden muss, dass die Ausgleichszahlungen nicht tatsächlich für die Finanzierung dieser kommerziellen Aktivitäten genutzt werden.

(3) Schließlich ist die Frage aufgeworfen, ob die Ausgleichsleistung auch einen angemessenen Gewinn des Empfängers vorsehen kann, oder ob eine Beschränkung auf einen reinen Kostenersatz beihilfenrechtlich notwendig ist.

Diese drei Einzelpunkte werden unter IV. näher geprüft; zuvor ist der Rahmen zu bestimmen, aus dem sich die jeweiligen Antworten ergeben. Hierzu wird zunächst der EU-beihilfenrechtliche Rahmen für Ausgleichsleistungen im Rundfunksektor skizziert (II.), im Anschluss werden die verschiedenen Prüfungsebenen aufbereitet, die insbesondere für die Frage der Notwendigkeit einer beihilferechtlichen Notifikation der Regelung, aber auch für die jeweiligen inhaltlichen Anforderungen an die nationale Regelung maßgeblich sind (III.).

II. Der allgemeine Rahmen der Art. 107 ff. AEUV

1. Die Erfüllung der Grundvoraussetzungen

a) Die Zuwendung staatlicher Mittel an ein Unternehmen

Probleme des EU-Beihilfenrechts können sich von vornherein nur stellen, wenn der Beihilfentatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV erfüllt ist. Hierfür ist zunächst erforderlich, dass einem Unternehmen eine staatliche oder zumindest „aus staatlichen Mitteln“ stammende Unterstützung gewährt wird. Dazu ist festzuhalten, dass die geplante Umstellung der Lokalfunkförderung von Haushaltsmitteln des Freistaats Bayern, die dieses Merkmal von vornherein unproblematisch erfüllten⁴, auf Haushaltsmittel der BLM nichts an dem Befund ändern könnte, dass eine Förderung aus staatlichen Mitteln im Sinn des Art. 107 Abs. 1 AEUV vorliegt: Auch die Haushaltsmittel der BLM sind nach diesen Kriterien staatliche Mittel, da sie aus Rundfunkgebühren stammen (s. § 40 RStV).

Dass die durch das deutsche Rundfunkgebühren-System erzielten Mittel diese Voraussetzungen des Art. 107 AEUV erfüllen, war zwar längere Zeit vor allem mit der Begründung bestritten worden, dass diese Mittel direkt von den staatsunabhängigen Rundfunkanstalten vereinnahmt und somit nicht Teil des Staatshaushalts werden⁵. Diese

⁴ S. nur *Wieland*, Lokalfunkfinanzierung in Bayern, 2009, S. 65 f.

⁵ S. stellvertretend für diese Stimmen noch in jüngerer Zeit *Eberle*, Gestaltung der deutschen Rundfunkordnung durch die europäische Beihilfenaufsicht?, in: FS Mailänder, 2006, S. 497 (501 f.).

Zweifel dürften aber durch die Rechtsprechung⁶ des EuGH ausgeräumt sein, die unabhängig von dieser Konstruktion auf die umfassende staatliche Lenkung des Mittelflusses abgestellt hat; das ist in jüngster Zeit gerade für die aus Rundfunkgebühren stammenden Mittel der Landesmedienanstalten – nun sogar schon ohne nähere Problematisierung – entschieden worden⁷.

Die BLM selbst ist – anders als die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten – allerdings nicht als Beihilfenempfänger einzustufen, da sie zwar nach bayerischem Verfassungsrecht verantwortlicher Träger des Programms ist⁸, nach den Kriterien des EU-Rechts aber nicht selbst als Unternehmen tätig wird⁹; als Unternehmen sind vielmehr die An-

⁶ S. erstmals zum EU-Vergaberecht, das für die Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber ebenfalls auf die Finanzierung aus staatlichen Mitteln abstellt: EuGH, 13.7.2007 Rs. C-337/06 (Bayerischer Rundfunk u.a.), Slg. 2007, I-11173, Tz. 41 ff. = EWS 2008, 186 m. Anm. *Kan* = EuZW 2008, 80 m. Anm. *Antweiler*, explizit zur beihilferechtlichen Qualifikation des deutschen Rundfunkgebührensensystems dann die in der folgenden Fn. nachgewiesenen Entscheidungen des EuG.

⁷ S. EuG, 6.10.2009 Rs. T-8/06 (FAB/Kommission), Slg. 2009, II-196* (abgek. Veröff.), Tz. 49 f.; EuG, 6.10.2009 Rs. T-24/06 (MABB/Kommission), Slg. 2009, II-198* (abgek. Veröff.), Tz 50 f.; s. auch noch EuG, 6.10.2009 Rs. T-21/06 (Deutschland/Kommission – DVB-T-Förderung), Slg. 2009, II-197* (abgek. Veröff.), Tz. 10; Rechtsmittel wurden nicht eingelegt.

⁸ Dazu zuletzt *Bethge*, Der verfassungsrechtliche Status der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien (BLM), 2. A. 2011, S. 19 ff.

⁹ S. zur Abgrenzung EuG, 16.12.2010 verb. Rs. T-231/06 u. T-237/06 (Niederlande und NOS/Kommission), Tz. 91 ff. (dort zu einem Dachverband der öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter der Niederlande, an den die einzelnen Veranstalter nicht verbrauchte Mittel als Programmrücklagen abführten); allgemein zum Unternehmensbegriff des EU-Rechts s. Sä-

bieter einzuordnen, die auf den Programm- und Werbemärkten wirtschaftlich agieren. Es besteht damit die etwas paradoxe Situation, dass die Verteilung von Mitteln, die bereits einmal – in ihrer Eigenschaft als Rundfunkgebühren-Mittel – als Beihilfe bewertet wurden, nun erneut am EU-Beihilfenrecht zu messen ist.

b) Die Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten

Ob eine Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten vorliegt, wird vor allem bei den lokalen Diensten der Daseinsversorgung immer wieder thematisiert; die EU-Kommission geht davon aus, dass dies z.B. bei rein lokalen Kulturveranstaltungen tatsächlich zu verneinen ist¹⁰. Die hier fraglichen Lokalrundfunkangebote richten sich zwar ebenfalls an ein regional begrenztes Publikum, können aber zumindest in begrenztem Umfang den Handel zwischen den Mitgliedstaaten auf den Programm-Märkten beeinträchtigen, wenn ihre Aufgabe nicht von vornherein auf eine rein lokale Berichterstattung beschränkt wird; zudem kann auch auf den Werbemärkten eine Beeinträchtigung eintreten, auf denen die Lokalrundfunkanbieter im Wett-

cker/Herrmann, in: Hirsch/Montag/Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Band 1, 2007, Einl. J Rn. 1590 ff.

¹⁰ S. dazu und zu weiteren Beispielen nun die Kommissionsmitteilung „über die Anwendung der Beihilfavorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“, ABl. EU 2012 C 8/4, Tz. 40.

bewerb mit anderen Werbeträgern stehen¹¹. Unter Berufung auf diese Gesichtspunkte hat die EU-Kommission eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels durch nationale Maßnahmen zur Förderung lokaler Rundfunkanbieter bereits bejaht¹².

2. Die Behandlung von Ausgleichsleistungen im EU-Beihilfenrecht

a) Tatbestands- oder Rechtfertigungslösung

Der europarechtliche Angelpunkt und Maßstab für die Zulässigkeit der hier fraglichen Ausgleichszahlung für die dem Anbieter auferlegte Verpflichtung ist Art. 106 Abs. 2 AEUV, nach dem für die Erbringung von Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse – d.h. (wirtschaftliche) Leistungen, an deren Bereitstellung für die Allgemeinheit ein öffentliches Interesse besteht, die aber zu Marktbedingungen nicht erbracht werden können – die Bestimmungen des Vertrages (nur) insoweit gelten, als sie diese Erbringung nicht verhindern. Diese Weichenstellung, nach der die Erbringung solcher Leistungen im Weg der Betrauung durch die Mitgliedstaaten möglich ist und hierfür – soweit erforderlich – auch von den Regeln des Vertrages abge-

¹¹ S. dazu EuGH, 22.12.2008 Rs. C-333/07 (*Régie Networks*), Slg. 2008, I-10807 = EWS 2009, 363 m. Anm. *Gundel* S. 350 ff. = EStAL 2009, 557 m. Anm. *Kekelis/Rusu*; dazu auch *Schuchter*, in: Jaeger/Rumersdorfer (Hrsg.), *Jahrbuch Beihilferecht* 2010, S. 315 (324 ff.).

¹² S. insbes. zur Lokalrundfunkförderung in Wallonien die Kommissionsentscheidung v. 13.2.2002, *Aide d'Etat No N 548/2001 – Belgique – Aide en faveur des télévisions locales dans la Communauté française*, C (2002)446fin (in deutscher Sprache zusammengefaßt mitgeteilt in ABI. EG 2002 C 150/7).

wichen werden kann, ist durch das Protokoll Nr. 26 zum Vertrag von Lissabon zu den Diensten von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse („DAWI“)¹³ nur bestätigt worden.

Allerdings ist seit Mitte der 1990er Jahre intensiv die Frage diskutiert worden, auf welche Weise diese Wertung des Art. 106 Abs. 2 AEUV im Feld des EU-Beihilfenrechts umzusetzen ist. In der Literatur hatten sich hier zwei große Lager gebildet¹⁴: Auf der einen Seite standen die Vertreter der Tatbestandslösung, nach der die Qualifikation als Ausgleichsleistung schon das Vorliegen einer Beihilfe ausschließt, weil kein wettbewerbsrelevanter Vorteil gewährt, sondern nur ein Nachteil ausgeglichen werde¹⁵. Auf der Gegenposition fanden sich die Vertreter der Rechtfertigungslösung, nach deren Auffassung die Ausgleichsleistung durchaus einen beihilferelevanten Vorteil begründete, weil sie dem Empfänger das Risiko der Refinanzierung über den Markt abnimmt. Art. 106 Abs. 2 AEUV kommt nach dieser Konstruktion als Rechtfertigung der Zuwendung im Rahmen der beihilferechtlichen Prüfung durch die Kommission zur Anwendung: Danach ist die Beihil-

¹³ Die Abkürzung hat sich in der deutschen Fachsprache noch nicht allgemein durchgesetzt, während in der englischen und französischen Literatur die entsprechenden Kürzel SGEI (services of general economic interest) bzw. SIEG (service d'intérêt économique général) gebräuchlich sind.

¹⁴ S. zum Meinungsstreit m.w.N. *Gundel*, Staatliche Ausgleichszahlungen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse: Zum Verhältnis zwischen Art. 86 Abs. 2 EGV und dem EG-Beihilfenrecht, RIW 2002, 222 ff.; zur weiteren Entwicklung *ders.*, in: Hirsch/Montag/Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Band 1, 2007, Art. 86 EGV Rn. 149 ff.

¹⁵ Dazu wiederum (als Argument gegen die Einordnung der deutschen Rundfunkgebühren als Beihilfe) *Eberle* (Fn. 5), S.497 (502).

fe bei Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 106 Abs. 2 AEUV zwar zwingend zu genehmigen, die präventive Beihilfenkontrolle durch die EU-Kommission bleibt aber – anders als nach der Tatbestandslösung – weiter anwendbar. Beide Seiten konnten Präjudizien aus der insgesamt uneinheitlichen Rechtsprechung für ihre Sicht anführen.

b) Die Weichenstellung durch die Altmark-Trans-Entscheidung

Eine Lösung in diesem Meinungsstreit hat schließlich die Altmark-Trans-Entscheidung des EuGH vom Juli 2003¹⁶ herbeigeführt, die dieses Überschneidungsfeld von Art. 106 und Art. 107 AEUV richterrechtlich neu geordnet hat: Nach dieser Entscheidung scheidet das Vorliegen einer Beihilfe bereits tatbestandlich aus, wenn vier Voraussetzungen – die sog. Altmark-Trans-Kriterien – erfüllt sind:

Danach muss (1) die Betrauung mit einer präzise umschriebenen Aufgabe erfolgt sein, (2) müssen die Parameter, nach denen der Ausgleich berechnet wird, vorab objektiv und transparent festgelegt werden, (3) darf der Ausgleich nicht über das zur Deckung der Kosten einschließlich eines ggf. zulässigen angemessenen Gewinns hinausgehen, (4) muss dieser Ausgleich sich an den Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens orientieren; dieses Kriteri-

¹⁶ EuGH, 24.7.2003 Rs. C-280/00 (Altmark Trans), Slg. 2003, I-7747 = EuR 2003, 1036 m. Anm. *Leibenath* = RIW 2003, 710 m. Anm. *van Ysendyck/Zühlke*.

um muss nur dann nicht erfüllt sein, wenn die Aufgabe im Wege der Ausschreibung nach Marktbedingungen vergeben wurde¹⁷.

Wenn diese Elemente kumulativ erfüllt sind, besteht aus der Sicht des Gerichtshofs hinreichende Sicherheit, dass dem Empfänger der Ausgleichsleistung kein wettbewerbsverzerrender Vorteil¹⁸ gewährt wird. Dieser richterrechtliche Kriterienkatalog überschneidet sich zwar mit den Voraussetzungen des Art. 106 Abs. 2 AEUV, ist mit ihm jedoch nicht deckungsgleich. Dass die Altmark-Trans-Rechtsprechung nicht eine schlichte Entscheidung zugunsten der „Tatbestandslösung“ mit der Folge eines Ausschlusses der Art. 107 ff. AEUV war, sondern einen Mittelweg gestaffelter Kontrollmaßstäbe eingeschlagen hat, ist allerdings erst mit einer gewissen Verzögerung wahrgenommen worden¹⁹: Wenn die anspruchsvollen, über die Anforderungen des Art. 106 Abs. 2 AEUV teils hinausgehenden Kriterien der Rechtsprechung

¹⁷ Zur Prüfung dieser Kriterien durch die Kommission s. nun die Mitteilung über die Anwendung der Beihilfavorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen (Fn. 10), ABl. EU 2012 C 8/4, Tz. 42 ff.

¹⁸ Problematisch erscheint in Bezug auf diese Schlussfolgerung auf den ersten Blick die Zulassung eines „angemessenen Gewinns“, weil dem Empfänger auf diese Weise doch ein Vorteil zufließt; dennoch lässt sich diese Regelung bei näherem Hinsehen systemkonform erklären, s. dazu m.w.N. unten IV. 3. a).

¹⁹ So z.B. die Erwartung bei *Schohe/Arhold*, Die Rechtsprechung von EuGH und EuG zu staatlichen Beihilfen in den Jahren 1998 – 1/2002, EStAL 2002, 33 (56 f.): „Für die Anwendung von Art. 86 Abs. 2 EG besteht danach in Beihilfefällen kein Platz mehr, da der Ausgleich der durch die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse bewirkten Mehrkosten bereits keinen wirtschaftlichen Vorteil im Sinne des Beihilfenbegriffs des Art. 87 Abs. 1 EG darstellt und eine Überkompensierung auch nach Art. 86 Abs. 2 EG nicht zu rechtfertigen ist“.

erfüllt sind, liegt bereits kein wettbewerbsverzerrender Vorteil für den Empfänger der Ausgleichsleistung und damit schon tatbestandlich keine Beihilfe vor, die durch Art. 106 Abs. 2 AEUV gerechtfertigt werden müsste. Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, so bleibt im Rahmen der damit eröffneten beihilfenrechtlichen Prüfung trotzdem noch eine Rechtfertigung nach Art. 106 Abs. 2 AEUV möglich²⁰.

c) Die weitere Ausgestaltung durch die EU-Kommission

Zwischen diese beiden Stufen schiebt sich eine weitere Zwischenebene, die die EU-Kommission mit der DAWI-Entscheidung von 2005²¹ geschaffen hat. Bei dieser Entscheidung, die von der Kommission als Bestandteil des sog. „Monti-Pakets“²² in Reaktion auf die

²⁰ So z.B. nachdrücklich EuG, 11.3.2009 Rs. T-354/05 (TF 1/Kommission), Slg. 2009, II-471, Tz. 125 ff.; nochmals EuG, 1.7.2010 verb. Rs. T-568/08 u. T-573/08 (M6 u. TF 1/Kommission), Tz. 128 ff.; die Kriterien und Prüfungsebenen vermengend dagegen z.B. *Martini*, Auch im Internet in der ersten Reihe?, DVBl. 2008, 1477 (1482); *Schladebach/Simantiras*, Grundstrukturen des unionalen Rundfunkrechts, EuR 2011, 784 (800 f.); in sich widersprüchlich *Wernicke*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 106 AEUV Rn. 119.

²¹ Entscheidung 2005/842/EG der Kommission v. 28.11.2005 über die Anwendung von Art. 86 Abs. 2 EG auf staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden, ABI. EU 2005 L 312/67.

²² Zu diesem Paket und seinen weiteren Bestandteilen s. auch *Gundel* (Fn. 14), Art. 86 EGV Rn. 161 ff.; *Wolf*, in: Montag/Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Band 3 (Beihilfen- und Vergaberecht), 2011, Art. 107 AEUV Rn. 752 ff.; *Lechner*, Daseinsvorsorge-Entscheidung und Gemeinschaftsrah-

Altmark-Trans-Rechtsprechung erlassen wurde, handelt sich um eine Form der Gruppenfreistellung von der Einzelgenehmigungspflicht für Beihilfen, die zum Tragen kommt, wenn die in der Entscheidung²³ aufgeführten Voraussetzungen erfüllt sind: In Bezug auf die Rechtsfolge liegt damit eine Erweiterung der Altmark-Rechtsprechung vor, weil eine Einzelfallprüfung mit Notifikation hier ebenfalls entfällt; dogmatisch hat diese Regelung allerdings nicht dieselbe Funktion, weil anders als bei Erfüllung der Altmark-Trans-Kriterien nicht schon tatbestandlich der Beihilfencharakter entfällt²⁴, sondern die EU-Kommission nur auf die Durchführung des vorgesehenen Verfahrens verzichtet, weil die in der Entscheidung aufgestellten Bedingungen geeignet erscheinen, auch ohne Einzelfallprüfung eine schädliche Wettbewerbsverzerrung auszuschließen. Auch diese Bedingungen haben Bezug zu Art. 106 Abs. 2 AEUV, gehen über seine Vorgaben aber teilweise auch hinaus. Der mit dieser Entscheidung verbundene Verzicht auf die Einzelfallprüfung kann praktische Wirkung zudem nur entfalten, wenn tatbestandlich eine Beihilfe vorliegt – was voraussetzt, dass die insoweit vorrangigen Altmark-Trans-Kriterien, die den Tatbestand ausschließen, nicht vollständig erfüllt wurden.

men der Kommission – Ein Beitrag zur Rechtssicherheit?, in: Jaeger (Hrsg.), Jahrbuch Beihilferecht 2008, S. 245 ff.; *Koenig/Vorbeck*, Europäische Beihilfenkontrolle in der Daseinsvorsorge – Ein kritischer Zwischenruf zum Monti-Paket, ZEuS 2008, 207 ff.

²³ Die Rechtsform als Entscheidung anstelle der im Beihilferecht für Gruppenfreistellungen üblicherweise gewählten Ordnungsform erklärt sich aus der besonderen Rechtsgrundlage in Art. 106 Abs. 3 AEUV, die nur Richtlinien oder Entscheidungen (bzw. nun Beschlüsse, s. noch u. Fn. 27) vorsieht.

²⁴ Dazu nachdrücklich EuG, 16.12.2010 verb. Rs. T-231/06 u. T-237/06 (Niederlande und NOS/Kommission), Tz. 151 ff.

Der dogmatische Standort des Rechtsakts bedingt zudem, dass diese Bedingungen – anders als die Rechtsprechungsvorgaben des Altmark-Trans-Urteils²⁵ – durch die EU-Kommission auch wieder geändert werden können; diese seit längerem vorbereitete Revision²⁶ ist nun im Dezember 2011 vollzogen worden. Die bisherige DAWI-Entscheidung ist damit zum DAWI-Beschluss²⁷ geworden, dessen Regelungen ab dem 31. Januar 2012 Anwendung finden; an ihm wird damit ggf. auch die geplante Reform der Lokalrundfunkfinanzierung zu messen sein.

Auch die dritte Stufe – die Einzelfallprüfung nach Notifikation für Ausgleichszahlungen, die weder die Altmark-Trans-Kriterien noch diejenigen des DAWI-Beschlusses erfüllen – hat die Kommission durch einen im Rahmen des „Monti-Pakets“ erlassenen Gemeinschaftsrah-

²⁵ Insoweit ist die Kommission auf die Auslegung und Anwendung unter der Kontrolle des EuGH beschränkt; zu ihren Interpretationsgrundsätzen in diesem Bereich s. nun die Mitteilung über die Anwendung der Beihilfevorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen (Fn. 10), ABl. EU 2012 C 8/4.

²⁶ Vorgesehen war eine Folgenabschätzung nach vier Jahren der Anwendung bereits in Art. 9 der DAWI-Entscheidung; s. zur Vorbereitung der Reform die Kommissionsmitteilung KOM (2011) 146 endg. v. 23.3.2011.

²⁷ Beschluss 2012/21/EU der Kommission v. 20.12.2011 über die Anwendung von Art. 106 Abs. 2 AEUV auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, ABl. EU 2012 L 7/3; zum terminologischen Wechsel von der Entscheidung zum Beschluss durch den Vertrag von Lissabon s. z.B. *Gundel*, Verwaltung, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), *Europarecht – Handbuch für die deutsche Rechtspraxis*, 2. A. 2010, § 3 Rn. 71 ff.

men²⁸ näher konturiert, der formal nur den Status einer Kommissionsmitteilung hat²⁹; auch dieser Gemeinschaftsrahmen wurde im Rahmen der Revision des Monti-Pakets im Dezember 2011 neu gefasst³⁰. Er findet allerdings ebenso wie sein Vorgänger und anders als die DAWI-Entscheidung ausdrücklich keine Anwendung auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, für den stattdessen auf die Rundfunkmitteilung verwiesen wird³¹; ob das bayerische Rundfunkmodell hierunter zu subsumieren ist, ist allerdings fraglich (dazu sogleich unter 3.).

²⁸ Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden, ABl. EU 2005 C 297/4.

²⁹ Zum Rechtscharakter solcher Auslegungsmitteilungen s. *Gundel*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Fn. 27), § 3 Rn. 86 ff.; speziell zum EU-Beihilfenrecht EuG, 6.10.2009 Rs. T-21/06 (Deutschland/Kommission – DVB-T-Förderung), Slg. 2009, II-197* (abgek. Veröff.), Tz. 51; *Uerpmann*, Kooperatives Verwaltungshandeln im Gemeinschaftsrecht: Die Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, EuZW 1998, 331 ff.

³⁰ Rahmen der Europäischen Union für staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen (2011), ABl. 2011 C 8/15.

³¹ Tz. 3 des Gemeinschaftsrahmens (Fn. 28), Tz. 8 des EU-Rahmens (Fn. 30). Der Verzicht auf eine entsprechende Vorrangregelung im DAWI-Beschluss ist dadurch erklärlich, dass beide Rechtsakte verfahrensrechtlich nie konkurrierend zur Anwendung kommen: Der DAWI-Beschluss beschreibt die Voraussetzungen für die Verzichtbarkeit der Genehmigung, die Rundfunkmitteilung enthält die im Genehmigungsverfahren zu berücksichtigenden Gesichtspunkt, wenn ein solches Verfahren stattfindet.

3. Besondere Regelungen für den („öffentlich-rechtlichen“) Rundfunk

Hinzu kommen rundfunkspezifische Regelungen, die die beihilferechtliche Situation des Rundfunks präzisieren: Dabei handelt es sich um das Rundfunkprotokoll zum Vertrag von Amsterdam³², das nun zu Protokoll Nr. 29 zum Vertrag von Lissabon geworden ist, und die zuerst im Jahr 2001 veröffentlichte, 2009 überarbeitete Mitteilung der EU-Kommission „über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk“ (sog. Rundfunkmitteilung)³³. Beide Rechtsakte beruhen auf der Prämisse, dass das Beihilfenrecht anwendbar ist; sie spiegeln zugleich die Tatsache wieder, dass von der beihilfenrechtlichen Diskussion bisher vor allem der öffentlich-rechtliche Rundfunk betroffen war, der auch die Entscheidungspraxis der Kommission geprägt hat³⁴. Kommissionsent-

³² Protokoll Nr. 9 zum Vertrag von Amsterdam; zu ihm z.B. *Stulz-Herrstadt*, Nationale Rundfunkfinanzierung und europäische Beihilfenaufsicht im Lichte des Amsterdamer Rundfunkprotokolls, 2004, S. 266 ff.; *Krausnick*, Das deutsche Rundfunksystem unter dem Einfluss des Europarechts, 2005, S. 129 ff.; *Bär*, Freiheit und Pluralität der Medien nach der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2005, S. 92 ff.

³³ ABl. EU 2009 C 257/1; dazu z.B. *Repa/Tosics/Dias/Bacchiaga*, The 2009 Broadcasting Communication, Competition Policy Newsletter 3/2009, 10 ff.; *Këllezi*, Public service broadcasting and EC State aid rules: A review of the broadcasting communication, *Concurrences* 1/2010, 71 ff.

³⁴ S. aus neuerer Zeit *Ferreau*, Rundfunkfinanzierung und EU-Beihilfentatbestand im Licht aktueller Unionsrechtsprechung und Kommissionsspraxis, *K&R* 2011, 298 ff.; *Grespan*, A Busy Year for State Aid Control in the Field of Public Service Broadcasting, *EStAL* 2010, 79 ff.; *Mortensen*, Altmark, Article 86 (2) and Public Service Broadcasting, *EStAL* 2008, 239 ff.

scheidungen zur Förderung privater Anbieter liegen dagegen bisher nur vereinzelt vor³⁵; sie betreffen bezeichnenderweise ebenfalls lokale Rundfunkangebote, die auch in anderen Mitgliedstaaten auf Förderung angewiesen sind.

Ob auch das bayerische Rundfunkmodell, nach dem private Anbieter unter der öffentlich-rechtlichen Verantwortung der BLM tätig werden, generell als öffentlich-rechtlicher Rundfunk im Sinne des EU-Rechts einzuordnen ist, ist allerdings zweifelhaft³⁶: Der Begriff wird weder im Rundfunkprotokoll noch in der Kommissionsmitteilung explizit definiert; vor allem in der Mitteilung wird er mit der Gegenüberstellung von „öffentlich-rechtlichen“ und „kommerziellen“ Rundfunkveranstaltern vorausgesetzt³⁷, die selbst ihre Finanzierung über den Markt sicherstellen müssen. Nach dieser Maßgabe wären die Anbieter nach bayerischem Recht der zweiten Gruppe zuzuordnen, da sie sich grundsätzlich selbst im Wettbewerb (und damit „kommerziell“) finanzieren. Jedenfalls aber soweit es wie hier um die punktuelle Betrauung solcher Anbieter mit (Rundfunk-)Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse geht, sind unabhängig von der generellen Einordnung des Rundfunkanbieters die Aussagen der Rundfunkmittei-

³⁵ S. Kommissionsentscheidung v. 13.2.2002, Aide d'Etat No N 548/2001 – Belgique – Aide en faveur des télévisions locales dans la Communauté française, C (2002)446fin (Lokalrundfunk in Wallonien); Kommissionsbeschluss v. 29.9.2010 „über die von Frankreich durchgeführte Beihilferegulierung C 4/09 (ex N 679/97) zur Förderung des Hörfunks“, ABl. EU 2011 L 61/22 (Lokalradios in Frankreich).

³⁶ Verneinend *Lorenzmeier*, Rechtmäßigkeit der Lokalrundfunkfinanzierung in Bayern, 2011, S. 87 f.

³⁷ S. z.B. Tz. 16 der Rundfunkmitteilung (Fn. 33).

lung zumindest teilweise einschlägig³⁸. Das zeigt sich schon dadurch, dass die Mitteilung auch die Konstellation der Erfüllung solcher Aufgaben durch private Anbieter behandelt³⁹.

³⁸ So hat die Kommissionsentscheidung v. 13.2.2002, Aide d'Etat No N 548/2001 – Belgique – Aide en faveur des télévisions locales dans la Communauté française, C (2002)446fin, S. 6 ff. die Rundfunkmitteilung ohne Problematisierung auf die mit Programmvorgaben betrauten wallonischen Lokalfunkanbieter angewandt; im jüngeren Kommissionsbeschluss v. 29.9.2010 „über die von Frankreich durchgeführte Beihilferegelung C 4/09 (ex N 679/97) zur Förderung des Hörfunks“, ABl. EU 2011 L 61/22, fehlt dagegen jeder Bezug auf die Rundfunkmitteilung, allerdings sah das nationale Recht hier wohl auch keine Betrauung vor.

³⁹ S. dazu insbes. noch zur Frage des angemessenen Gewinns u. IV. 3. a) mit Fn. 87.

III. Die verschiedenen Ebenen im Einzelnen

1. Die erste Ebene: Die Altmark-Kriterien

In der Prüfungsabfolge vorrangig ist nach dem Gesagten die Frage der Erfüllung der Altmark-Trans-Kriterien: Sind sie gegeben, so liegt bereits tatbestandlich keine Beihilfe vor, womit eine Notifikation von vornherein entfällt; diese weitreichende Rechtsfolge erklärt auch die besondere Strenge der Kriterien. Hierbei haben sich in der bisherigen Praxis der Rundfunkbeihilfenkontrolle das zweite und das vierte Altmark-Kriterium als kaum erfüllbar erwiesen⁴⁰; insbesondere die Gebührenfinanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter in den verschiedenen Mitgliedstaaten konnte diese Voraussetzungen bei der systematischen Prüfung der bestehenden Regelungen durch die Kommission bisher in keinem Fall erfüllen, so dass eine (ggf. mit Vorbehalten versehene) Billigung erst auf der Stufe der Einzelfallprüfung am Maßstab des Art. 106 Abs. 2 AEUV erfolgen konnte. Als Stolperstein erwies sich vor allem das vierte Altmark-Kriterium, nach dem nicht die individuellen Kosten des betrauten Unternehmens zugrundegelegt werden dürfen⁴¹, sondern abstrakt auf die Kosten

⁴⁰ Dazu m.w.N. *Gundel*, Nationale Rundfunkfinanzierung, Art. 86 EGV und das EG-Beihilfenrecht: Die Position der Gemeinschaftsgerichte, ZUM 2008, 758 (761); später z.B. noch die Kommissionsentscheidung v. 28.10.2009, Staatliche Beihilfe E 2/2008 – Finanzierung des ORF, K (2009) 8113 endg., Tz. 116 f.

⁴¹ So bereits kurz nach dem Altmark-Urteil die Kommissionsentscheidung v. 1.10.2003 im Fall „BBC Digital Curriculum“ (Staatliche Beihilfe N 37/2003,

eines gut geführten Unternehmens abzustellen ist⁴². Die nach der Altmark-Trans-Rechtsprechung für dieses Kriterium eröffnete Alternative einer Ausschreibung nach Maßgabe des günstigsten oder wirtschaftlichsten Angebots⁴³ erscheint im Rundfunksektor nicht als realistische Option⁴⁴.

In der Literatur ist in jüngerer Zeit im Anschluss an die BUPA-Entscheidung des EuG aus dem Jahr 2008⁴⁵ die Frage aufgeworfen worden, ob insbesondere das problematische vierte Kriterium durch

C (2003) 3371 fin = EStAL 2004, 113 ff.): Eine Rechtfertigung nach den Altmark-Kriterien schied aus, weil der Ausgleich nach den konkreten Kosten der BBC für das neue Angebot berechnet worden war; im Anschluss wurde eine Rechtfertigung nach Art. 86 Abs. 2 EGV (nun Art. 106 Abs. 2 AEUV) geprüft und auch bejaht. Nach diesem Maßstab erfüllen z.B. auch die Bedarfsanmeldungen der deutschen öffentlich-rechtlichen Veranstalter nach dem RStV die Voraussetzungen der Altmark-Rechtsprechung nicht.

⁴² Auf die individuellen Kosten des Unternehmens kann nur dann abgestellt werden, wenn belegt werden kann, dass diese dem abstrakten Maßstab entsprechen, so Tz. 75 der Kommissionsmitteilung über die Anwendung der Beihilfavorschriften auf Ausgleichsleistungen (Fn. 10).

⁴³ Zu diesen Vorgaben s. Tz. 67 der Kommissionsmitteilung über die Anwendung der Beihilfavorschriften auf Ausgleichsleistungen (Fn. 10); bei solchen Ausschreibungen können zwar zusätzliche Anforderungen an die Bieter gestellt werden, die aber wiederum gerade beim lokalen Rundfunk das Bewerberfeld in einer die Ausschreibung entwertenden Weise verengen können, s. dazu die folgende Fn.

⁴⁴ Im Bereich des lokalen Rundfunks wäre hier ggf. auch nur mit wenigen, bereits lokal etablierten Interessenten zu rechnen, was nach Auffassung der Kommission den Anforderungen nicht genügt, s. Tz. 68 der Kommissionsmitteilung über die Anwendung der Beihilfavorschriften auf Ausgleichsleistungen (Fn. 10).

⁴⁵ EuG, 12.2.2008 Rs. T-289/03 (BUPA), Slg. 2008, II-81, Tz. 245 ff.

diese Entscheidung abgeschwächt oder ganz in Frage gestellt wäre⁴⁶: Das Urteil hatte auf eine wörtliche Anwendung der Bedingungen verzichtet und sich mit der Prüfung begnügt, ob das betroffene Ausgleichssystem die Entschädigung von Kosten ausschloss, die durch fehlende Effizienz der begünstigten Unternehmen entstanden waren. Allerdings wurde diese Entscheidung durch den EuGH nicht geprüft, da kein Rechtsmittel eingelegt wurde; zudem entstammt der Sachverhalt dem Bereich der Sozialversicherung, auf den das europäische Wettbewerbsrecht einschließlich des Beihilferechts nur mit Einschränkungen angewandt wird⁴⁷. Der EuGH hat diese Relativierung jedenfalls bisher soweit ersichtlich nicht aufgenommen; die in der Folgezeit ergangenen Entscheidungen nehmen ohne Modifikation auf die Altmark-Trans-Kriterien Bezug⁴⁸. Auch die EU-Kommission wen-

⁴⁶ Dazu *A. Kahl/T. Müller*, Fünf Jahre nach Altmark – Was blieb von den „Daseinsvorsorge-Kriterien“?, in: Jaeger (Hrsg.), Jahrbuch Beihilferecht 2009, S. 351 (360 ff.); *Biermeyer*, Services of General Economic Interest and the state aid paradox in BUPA, 16 MJ (2009), 507 ff.; speziell zur Frage der Übertragbarkeit auf den Rundfunksektor *Ferreau* (Fn. 34), K&R 2011, 298 (302 f.).

⁴⁷ Dazu *Säcker/Herrmann* (Fn. 9), Rn. 1613 ff.

⁴⁸ S. z.B. EuGH, 10.6.2010 Rs. C-140/09 (Fallimento Traghetti del Mediterraneo), Slg. 2010, I-5243, Tz. 40; EuGH, 2.9.2010 Rs. C-399/08 P (Kommission/Deutsche Post), Tz. 42 f. Eine Entscheidung des EuG im Rundfunksektor scheint allerdings an das BUPA-Urteil anzuknüpfen: Danach soll es genügen, dass das nationale Recht „im Wesentlichen für die Beachtung“ des vierten Kriteriums gesorgt habe, so EuG, 22.10.2008 verb. Rs. T-309/04 u.a. (TV 2/TV Danmark), Slg. 2008, II-2935, Tz. 232 = ZUM 2009, 208 m. Anm. *Döpfkens*; für eine uneingeschränkte Geltung der Altmark-Kriterien auch im Rundfunksektor aber wieder EuG, 16.12.2010 verb. Rs. T-231/06 u. T-237/06 (Niederlande und NOS/Kommission), Tz. 144.

det das vierte Kriterium im Rundfunksektor weiter uneingeschränkt an⁴⁹.

2. Die zweite Ebene: Die Voraussetzungen des DAWI-Beschlusses

Die von der Kommission 2005 erlassene DAWI-Entscheidung – nach der Neufassung vom Dezember 2011 nun der DAWI-Beschluß – stellt Beihilfen, die seine Vorgaben erfüllen, von der Notifikation frei. Diese Freistellung greift allerdings nur unterhalb bestimmter Schwellen⁵⁰ und nach der Neuregelung des Beschlusses grundsätzlich auch nur, wenn der Zeitraum der Betrauung 10 Jahre nicht überschreitet⁵¹. Insgesamt sind die Voraussetzungen aber leichter zu erfüllen als die Bedingungen der Altmark-Rechtsprechung, zumal das problematische vierte Altmark-Kriterium hier keine Entsprechung findet.

⁴⁹ So der Kommissionsbeschluss v. 20.4.2011 zu den Maßnahmen Dänemarks (Beihilfe C 2/03) zugunsten von TV2/Danmark, ABl. EU 2011 L 340/1, Tz. 126 unter ausdrücklicher Einordnung des BUPA-Sachverhalts als Sonderfall aus dem Gesundheitssektor; eine Übertragbarkeit verneinend auch *Ferreau* (Fn. 34), K&R 2011, 298 (302 f.).

⁵⁰ Nach dem nun erlassenen Beschluss liegt die sektorenunabhängige Obergrenze nun bei 15 Mio € jährlicher Ausgleichleistungen für ein Unternehmen (Art. 2 Abs. 1 lit a DAWI-Beschluss), die zuvor geltende Grenze lag zwar doppelt so hoch, sah aber zusätzliche Grenzen für den Unternehmensumsatz vor.

⁵¹ Art. 2 Abs. 2 des DAWI-Beschlusses (Fn. 27); längere Zeiträume lässt S. 2 nur zu, wenn Investitionen des Dienstleistungserbringers erforderlich sind, für deren Abschreibung der Regelzeitraum nicht ausreicht. Das BayMG entspricht diesen Vorgaben bereits, da die Betrauung gemäß Art. 23 Abs. 5 BayMG stets befristet auszusprechen ist.

Die in Art. 4 des Beschlusses normierten formalen Voraussetzungen dieser Freistellung sind in Teilen strenger als die Anforderungen des Art. 106 Abs. 2 AEUV: Das gilt z.B. für das Erfordernis der namentlichen Aufführung des betrauten Unternehmens und der Wiedergabe „der Parameter für die Berechnung, Überwachung und etwaige Änderung der Ausgleichzahlungen“ im betrauenden Rechtsakt. Ein Verstoß gegen Primärrecht liegt in diesen weitergehenden Voraussetzungen freilich nicht, da eine Billigung im Einzelfall anhand der Kriterien des Art. 106 Abs. 2 AEUV durch den Beschluss nicht ausgeschlossen wird. Weiter wird im Beschluss festgehalten, dass die Mitgliedstaaten durch regelmäßige Kontrollen auszuschließen haben, dass eine Überkompensation der Belastung erfolgt (Art. 6). Die Mitgliedstaaten müssen die betreffenden Informationen über 10 Jahre nach Abschluss des Betrauungszeitraums verfügbar halten⁵².

3. Die dritte Ebene: Einzelfall-Genehmigung gemäß Art. 108 AEUV nach Notifikation

Sind auch die Voraussetzungen für die Genehmigungsfreiheit nach dem DAWI-Beschluss nicht erfüllt, bleibt die Möglichkeit der Einzelfallgenehmigung auf der Grundlage der Art. 108 und Art. 106 Abs. 2 AEUV. Die Leitlinien für die Entscheidung über solche Einzelfallgenehmigungen hat die Kommission mit dem im Jahr 2005 geschaffenen Gemeinschaftsrahmen beschlossen, der nun im Rahmen der Reform des „Monti-Pakets“ als EU-Rahmen neu erlassen wurde; da-

⁵² Art. 8 des DAWI-Beschlusses (Modifikation der bisherigen Regelung in Art. 7 der DAWI-Entscheidung); auch diese Vorgabe ist in Art. 23 Abs. 11 BayMG bereits berücksichtigt.

neben steht als Spezialregelung für den (öffentlich-rechtlichen) Rundfunksektor die Rundfunkmitteilung. Den EU-Rahmen wird die Kommission damit bei der Beurteilung von Ausgleichsleistungs-Beihilfen anwenden, die z.B. die Höchstsummen des DAWI-Beschlusses überschreiten oder eine dauerhafte, den 10-Jahres-Zeitraum des Beschlusses überschreitende Betrauung aussprechen⁵³.

Einen Präzedenzfall für eine solche im Wege der Einzelfallgenehmigung zugelassene Förderung bilden die Beihilfen für den privaten Lokalfunk in Belgien, die die Kommission im Jahr 2002 ohne Durchführung eines Hauptprüfungsverfahrens als durch Art. 86 Abs. 2 EGV (nun Art. 106 Abs. 2 AEUV) gerechtfertigt angesehen hat⁵⁴.

Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass eine solche Genehmigung nicht notwendig eine Rechtfertigung der Beihilfe nach Art. 106 Abs. 2 AEUV voraussetzt, sondern auch auf die in Art. 107 Abs. 3 AEUV aufgeführten Gesichtspunkte gestützt werden kann; allerdings steht die Genehmigung insoweit anders als im Fall des Art. 106 Abs. 2 AEUV im Ermessen der Kommission. So wurde z.B. im Fall der

⁵³ Auch der EU-Rahmen legt den Mitgliedstaaten zwar die Beschränkung auf eine bestimmte Dauer nahe, die den für die Amortisation von Investitionen erforderlichen Zeitraum „grundsätzlich nicht überschreiten“ dürfe, so Tz. 17 des Rahmens. Da eine Beschränkung der Betrauungsdauer allerdings in Art. 106 Abs. 2 AEUV nicht vorgesehen ist, kann der Rahmen insoweit keine verbindlichen Vorgaben setzen, sondern im Fall von Abweichungen nur eine verschärfte Prüfung ankündigen, so auch die Konsequenz in Tz. 55 des Rahmens.

⁵⁴ Kommissionsentscheidung v. 13.2.2002, Aide d'Etat No N 548/2001 – Belgique – Aide en faveur des télévisions locales dans la Communauté française, C (2002)446fin (in diesem Fall 12 geförderte Veranstalter, Gesamtfördervolumen 3,2 Mio. €).

französischen Lokalradioförderung die Genehmigung auf Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV („Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige“) gestützt⁵⁵; in Bezug auf Art. 107 Abs. 3 lit. d AEUV („Förderung der Kultur und der Erhaltung des kulturellen Erbes“) hat die Kommission allerdings bereits klargestellt, dass eine Genehmigung unter diesem Gesichtspunkt nur im Fall einer ausschließlichen Förderung kultureller Ziele in Betracht kommt, worunter die im Rundfunk üblichen Vielfalts- und Bildungsvorgaben regelmäßig nicht subsumiert werden können⁵⁶.

⁵⁵ Kommissionsbeschuß v. 29.9.2010 „über die von Frankreich durchgeführte Beihilferegelung C 4/09 (ex N 679/97) zur Förderung des Hörfunks“, ABl. EU 2011 L 61/22; allerdings waren in diesem Fall den Veranstaltern wohl keine besonderen Verpflichtungen auferlegt worden, so dass für eine Anwendung von Art. 106 Abs. 2 AEUV von vornherein kein Ansatzpunkt bestand.

⁵⁶ Tz. 34 f. der Rundfunkmitteilung (Fn. 33).

IV. Die Problemfragen

1. Die Entscheidung über den Umfang der Betrauung

a) Die materielle Entscheidungsfreiheit der Mitgliedstaaten

Bei der inhaltlichen Definition der Aufgabe gesteht das EU-Recht den Mitgliedstaaten große Freiheit zu: Sie ist schon nach der Struktur des Art. 106 Abs. 2 AEUV Aufgabe der Mitgliedstaaten; diese Kompetenzverteilung wird durch das Prot. Nr. 26 zum Vertrag von Lissabon zu den Diensten von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse nicht verändert, sondern nur bestätigt⁵⁷. Die Entscheidung über Umfang und Ausrichtung dieser Leistungen, also im Rundfunksektor Umfang des durch eine Betrauung bestimmten Programmangebots und seine Organisationsform, bleibt damit Sache der Mitgliedstaaten⁵⁸, das EU-Recht beschränkt seine Prüfung hier auf offensichtliche Fehler⁵⁹. Ein

⁵⁷ So zutreffend *Weiβ*, Das Verhältnis von Wettbewerb und Daseinsvorsorge nach Lissabon, in: Müller-Graff/Schwarze (Hrsg.), Neues Europäisches Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht?, EuR-Beih. 2/2011, S. 47 (62).

⁵⁸ Der EU-Rahmen legt den Mitgliedstaaten nahe („sollten“), den Bedarf „anhand einer öffentlichen Konsultation oder anderer angemessener Mittel“ zu belegen, so Tz. 14 des Rahmens (Fn. 30); ob dies als zwingende Vorgabe mit Art. 106 Abs. 2 AEUV vereinbar wäre, erscheint zweifelhaft.

⁵⁹ Ständige Rechtsprechung, s. aus jüngerer Zeit z.B. EuG, 12.2.2008 Rs. T-289/03 (BUPA), Slg. 2008, II-81, Tz. 220 f.; EuG, 22.10.2008 verb. Rs. T-309/04 u.a. (TV 2/TV Danmark), Slg. 2008, II-2935, Tz. 101 ff., 120 ff. = ZUM 2009, 208 m. Anm. *Döpfkens*; EuG, 16.12.2010 verb. Rs. T-231/06 u. T-237/06 (Niederlande und NOS/Kommission), Tz. 223; ebenso Tz. 48 der Rundfunkmitteilung der Kommission (Fn. 33).

solcher offensichtlicher Fehler ist dann zu bejahen, wenn die Betrauung „Tätigkeiten umfasst, bei denen realistischerweise nicht davon auszugehen ist, dass sie (...) der Befriedigung der ‚demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnisse jeder Gesellschaft‘ dienen“⁶⁰.

Eine Darlegungslast trifft die Mitgliedstaaten allerdings in Bezug auf die Frage, ob die entsprechende Leistung bereits durch „kommerziell“ tätige, d.h. ohne Ausgleichsleistungen im Wettbewerb finanzierte Anbieter erbracht wird, zu deren Lasten der Wettbewerb durch eine Ausweitung der Betrauung verzerrt würde⁶¹. Dass durch ein neues oder erweitertes, im Wege der Betrauung geschaffenes Angebot ein anderes Angebot ergänzt wird, das auf dieselbe Weise entstanden ist und finanziert wird, ist dagegen unschädlich.

b) Die Anforderungen an die Bestimmtheit der Aufgabenbeschreibung

Das EU-Beihilfenrecht verlangt allerdings generell eine möglichst exakte Beschreibung der mit der Betrauung übertragenen Aufgaben, weil nur so die Höhe der Ausgleichsleistung in Bezug zu den auferlegten Verpflichtungen gesetzt und damit eine Überkompensation ver-

⁶⁰ So Tz. 48 der Rundfunkmitteilung der Kommission (Fn. 33) unter Bezugnahme auf den Text des Rundfunkprotokolls zum Vertrag von Amsterdam (o. Fn. 32).

⁶¹ Hierauf zielt auch die in Tz. 84 ff. der Rundfunkmitteilung vorgesehene „Bedürfnisprüfung“ für „wesentliche neue audiovisuelle Dienste“ der öffentlich-rechtlichen Veranstalter im Bereich der neuen Medien; für die deutsche Umsetzung dieser Forderung mit dem Drei-Stufen-Test s. § 11 f RStV.

mieden werden kann⁶². Abstriche bei den Anforderungen an die Präzision der Beschreibung werden aber bei den vor allem qualitäts- und vielfaltsbezogenen (und damit nicht quantifizierbaren) Vorgaben für den Rundfunk gemacht; hier lässt die EU-Kommission abstrakte qualitätsbezogene Aufgabenbeschreibungen zu⁶³.

Dass der Auftrag – und damit im Rundfunksektor z.B. Vorgaben für die Programmstandards – durch den Mitgliedstaat definiert werden müssen, lässt zwar zunächst Konflikte mit dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Staatsfreiheit des Rundfunks befürchten⁶⁴; auf nationaler Ebene kann eine solche Kollision aber leicht durch die Wahl von Lösungen vermieden werden, die diese nähere Bestimmung staatsfreien Einheiten wie den Landesmedienanstalten zuordnen⁶⁵; nur eine Selbstdefinition durch den Anbieter – aus europarechtlicher Sicht also durch den Leistungserbringer anstatt durch den „Besteller“ – wäre aus Sicht des EU-Rechts nicht akzeptabel.

⁶² Tz. 45 der Rundfunkmitteilung der Kommission (Fn. 33).

⁶³ Tz. 47 der Rundfunkmitteilung (Fn. 33) unter Verweis auf EuG, 26.6.2008 Rs. T-442/03 (SIC/Kommission), Slg. 2008, II-1161, Tz. 201 = ZUM 2008, 766 m. Besprechung *Gundel*, ZUM 2008, 758 ff.

⁶⁴ Darauf abstellend *Lorenzmeier*, Rechtmäßigkeit der Lokalrundfunkfinanzierung in Bayern, 2011, S. 92; die von ihm angenommene „zwickmühlenartige Gemengelage“ von europäischen und verfassungsrechtlichen Vorgaben besteht allerdings vor allem beim „klassischen“ öffentlich-rechtlichen Rundfunk, für den staatsfreie und zugleich vom Unternehmen getrennte Strukturen bisher nicht existieren.

⁶⁵ So z.B. Art. 23 Abs. 2 BayMG für die konkrete Auswahl der betrauten Unternehmen durch die Landesmedienanstalt als staatsfreie Einheit; s. zur im Ansatz vergleichbaren Förderung lokaler „Bürgerfunk“-Beiträge in Nordrhein-Westfalen: OVG Münster, 12.12.2001 – 8 A 538/01, AfP 2002, 253 (357).

Im Gegenzug zu den eingeschränkten Anforderungen an die Präzision der Auftragsumschreibung im Rundfunksektor verlangt die Kommission allerdings die Einrichtung von Mechanismen, die die Kontrolle insbesondere der qualitätsbezogenen Auftragselemente sicherstellen⁶⁶; diese Kontrolle soll durch vom Anbieter unabhängige Stellen oder Gremien erfolgen⁶⁷. Die Umsetzung dieser Forderung hat in Bezug auf das klassische Modell des öffentlich-rechtlichen Rundfunk in Deutschland erhebliche Schwierigkeiten bereitet; im Fall des bayerischen Modells reicht die Kontrolle der Auftragserfüllung durch die BLM aus⁶⁸, weil die BLM gerade nicht selbst Beihilfeempfänger ist.

⁶⁶ Tz. 53 der Rundfunkmitteilung (Fn. 33).

⁶⁷ Zur Kontrolle der Auftragserfüllung s. Tz. 54 der Rundfunkmitteilung: „Eine wirksame Kontrolle dürfte nur von einem Gremium gewährleistet werden können, das effektiv von der Geschäftsführung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt unabhängig ist und über die erforderlichen Befugnisse sowie die notwendigen Kapazitäten und Ressourcen verfügt, um eine regelmäßige Kontrolle vorzunehmen.“ Noch stärker ist die Formulierung zur Finanzkontrolle in Tz. 78: „Die Kontrolle dürfte nur wirksam sein, wenn sie regelmäßig (vorzugsweise jährlich) von einer externen Stelle durchgeführt wird, die von der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt unabhängig ist.“

⁶⁸ A.A. ohne Problematisierung *Lorenzmeier*, Rechtmäßigkeit der Lokalrundfunkfinanzierung in Bayern, 2011, S. 89 f., der nur auf die (tatsächlich eingeschränkte) Kontrolle durch die Staatskanzlei abstellt; die Unabhängigkeit der BLM ist aber nicht nur verfassungsrechtlich gefordert (das wäre europarechtlich kein Argument), sie dürfte darüber hinaus die Kontrollanforderungen der Kommission sogar besonders gut erfüllen.

2. Anforderungen an Abrechnung und Buchführung

a) Die Trennung zwischen „betrauten“ und kommerziellen Tätigkeiten

Die Betrauung von Unternehmen mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse wirft besondere Probleme auf, wenn diese neben der Aufgabenerfüllung kraft Betrauung auch kommerzielle Aktivitäten entfalten; in diesem Fall müssen beide Bereiche strikt getrennt werden, um eine Quersubventionierung der kommerziellen Tätigkeit durch den „betrauten“ Bereich auszuschließen⁶⁹. Dieser Grundsatz ist heute selbst für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk umgesetzt, für den in der deutschen Diskussion lange Zeit schon die Existenz solcher kommerziellen Tätigkeiten verneint worden war⁷⁰. Die dort gewählte Lösung einer grundsätzlichen Auslagerung auf eigenständige juristische Personen ist allerdings durch das EU-Recht nicht vorgegeben⁷¹.

⁶⁹ Dazu allgemein *Gundel* (Fn. 14), Art. 86 EGV Rn. 137 ff.; s. auch v. *Danwitz*, The concept of state aid in liberalised sectors, in: *Liber Amicorum Pranas Kuris*, 2008, S. 597 ff.

⁷⁰ S. §§ 16 ff. RStV; dazu z.B. *Eberle*, Kommerzielle Tätigkeiten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und Grundrechtsschutz, in: *Kleist/Roßnagel/Scheuer* (Hrsg.), *Europäisches und nationales Medienrecht im Dialog*, 2010, S. 217 ff.

⁷¹ Tz. 69 der Rundfunkmitteilung (Fn. 33) empfiehlt den Mitgliedstaaten allerdings, eine „funktionale oder strukturelle Trennung erheblicher und abtrennbarer kommerzieller Tätigkeiten als vorbildliches Verfahren in Betracht zu ziehen.“ Auf das hiesige Modell ist diese Konsequenz nicht übertragbar, da der kommerzielle Teil der Aktivität zum gleichberechtigten Kerngeschäft der bayerischen Lokalrundfunkveranstalter gehört.

Das EU-Recht verlangt allerdings eine strikte buchhalterische Trennung beider Bereiche; zugleich stellt sich bei dieser Trennung stets die Frage der korrekten Zuordnung von Kosten, insbesondere der Gemeinkosten. In der Aufteilung unterscheiden sich allerdings die Ansätze des DAWI-Beschlusses und der Rundfunkmitteilung der Kommission: Während der Beschluss generell eine Aufteilung im Wege der Zuweisung angemessener Beiträge verlangt⁷², fordert die Rundfunkmitteilung eine solche verhältnismäßige Teilung nur als Sollregelung für den Fall, dass „dies in aussagekräftiger Art und Weise möglich ist“⁷³, und erlaubt andernfalls eine volle Zuordnung der „dual-use-Kosten“ zum betrauten Bereich⁷⁴. Dieser Unterschied setzt sich dann auch bei der Zuordnung der Gewinne fort, die außerhalb des betrauten Bereichs erzielt wurden: Nach der Rundfunkmitteilung müssen die Gewinne aus kommerziellen Aktivitäten, die mit den öffentlich-rechtlichen Tätigkeiten in Verbindung stehen, „bedarfsmindernd“ auf die Kosten der betrauten Tätigkeit angerechnet werden⁷⁵.

Diese Gestaltung in der Rundfunkmitteilung ist damit zu erklären, dass die kommerziellen Randaktivitäten sich hier im Regelfall als Verwertungsannex eines zuvor in vollem Umfang öffentlich-rechtlich

⁷² Art. 5 Abs. 3 lit. c und Abs. 9 DAWI-Beschluss.

⁷³ So Tz. 67 der Rundfunkmitteilung (Fn. 33).

⁷⁴ Tz. 67 der Rundfunkmitteilung (Fn. 33).

⁷⁵ Tz. 71 der Rundfunkmitteilung (Fn. 33): „... werden bei der Berechnung der Nettokosten der öffentlich-rechtlichen Dienstleistungen die Nettogewinne aus allen kommerziellen Tätigkeiten berücksichtigt, die mit den öffentlich-rechtlichen Tätigkeiten in Verbindung stehen.“ Bestätigend dazu EuG, 16.12.2010 verb. Rs. T-231/06 u. T-237/06 (Niederlande und NOS/Kommission), Tz. 242 ff.

finanzierten Programms darstellen⁷⁶. Diese Prämisse, die das Bild des klassischen öffentlich-rechtlichen Veranstalters zugrundelegt, passt nicht auf das Modell eines privaten Anbieters, der neben einem mit der Betrauung belegten Programmteil auch ein nennenswertes kommerzielles Programm ausstrahlt⁷⁷; in dieser Konstellation erscheint vielmehr die im DAWI-Beschluss zugrundegelegte strikte Trennung der Bereiche sowohl in Bezug auf die Kosten als auch auf die Einnahmen als die angemessene Lösung⁷⁸.

⁷⁶ Tz. 65 der Rundfunkmitteilung: "... insbesondere im Bereich des herkömmlichen Rundfunks dürfen die Mitgliedstaaten das gesamte Programmangebot der Mitgliedstaaten in den öffentlich-rechtlichen Auftrag einbeziehen und gleichzeitig seine kommerzielle Nutzung gestatten. Mit anderen Worten können öffentlich-rechtliche und sonstige Tätigkeiten zu einem großen Teil auf denselben Inputs beruhen und die Kosten lassen sich möglicherweise nicht in jedem Fall angemessen trennen". Dazu auch *Repa/Tosics/Dias/Bacchiega*, The 2009 Broadcasting Communication, Competition Policy Newsletter 3/2009, 10 (13).

⁷⁷ Dieser Befund bestätigt die Annahme unter II. 3., dass der Begriff des „öffentlich-rechtlichen Rundfunks“ im EU-rechtlichen Sinne neben dem Vorliegen einer Betrauung mit besonderen Aufgaben v.a. durch die Finanzierungsform geprägt ist.

⁷⁸ Allerdings werden z.B. Werbeerlöse aus Werbezeiten innerhalb des betrauten Programmteils auch in dieser Konstellation auf die ausgleichsfähigen Kosten der Betrauung anzurechnen sein, s. dazu schon für den walлонischen Lokalrundfunk Kommissionsentscheidung v. 13.2.2002, Aide d'Etat No N 548/2001 – Belgique – Aide en faveur des télévisions locales dans la Communauté française, C (2002)446fin, S. 8: „Dans le cas d'une exploitation commerciale des programmes de service public (par exemple dans le cas d'une vente d'espace publicitaire), ces recettes commerciales doivent être déduites des coûts de ce service public.“

Neben der Verpflichtung zur buchhalterischen Trennung von betrauter und kommerzieller Tätigkeit hält der DAWI-Beschluss auch fest, dass auch die vom betrauten Unternehmen gewählten Parameter für die Zuordnung der Kosten angegeben werden müssen (Art. 5 Abs. 9 des Beschlusses).

b) Die Trennung nach Zeitabschnitten

Als Teil der Vorkehrungen zur Vermeidung von Überkompensationen muss gesichert werden, dass Überschüsse aus der Ausgleichszahlung nicht dauerhaft dem betrauten Unternehmen verbleiben. Der DAWI-Beschluss sieht regelmäßige Kontrollen in Abständen vor, die maximal drei Jahre betragen dürfen⁷⁹. Festgestellte Überkompensationen sind grundsätzlich zurückzuzahlen und die Leistungen für die Zukunft anzupassen; Überschüsse von bis zu 10 % der jährlichen Ausgleichsleistungen der vorangegangenen Abrechnungsperiode können aber im Unternehmen belassen und auf die nachfolgende Ausgleichsperiode angerechnet werden⁸⁰. Weitere Voraussetzungen, etwa eine engere Taktung der Zeitabschnitte, sieht das EU-Recht in diesem Bereich nicht vor; eine Zäsur setzt der DAWI-Beschluss aller-

⁷⁹ Art. 6 Abs. 1 DAWI-Beschluss (Fn. 27).

⁸⁰ Dem entspricht im Grundsatz die Handhabung der Kommission bei nicht dem DAWI-Beschluss unterfallenden Beihilfen an öffentlich-rechtliche Veranstalter, s. z.B. die Kommissionsentscheidung v. 22.6.2006 über die Ad-hoc-Finanzierung öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten in den Niederlanden C 2/2004 (ex NN 170/2003), ABI. EU 2008 L 49/1, Tz. 147 ff.; billigend mit Verweis auf die Parallele in der damaligen DAWI-Entscheidung EuG, 16.12.2010 verb. Rs. T-231/06 u. T-237/06 (Niederlande und NOS/Kommission), Tz. 266.

dings mit der maximalen Betrauungsdauer von 10 Jahren, an deren Ende eine abschließende Kontrolle erfolgen muss.

3. Die Einbeziehung eines angemessenen Gewinns in den Ausgleich

a) Die grundsätzliche Zulässigkeit der Einbeziehung

Die Einstellung eines angemessenen Gewinns in die Ausgleichsleistung für die Belastung mit der Betrauung erscheint auf den ersten Blick systemwidrig, weil mit dieser Leistung grundsätzlich nur die aus der Betrauung resultierenden Nachteile ausgeglichen werden sollen, während zugleich die Entstehung oder der Verbleib wettbewerbsverzerrender Vorteile verhindert werden soll⁸¹. Dennoch ist die Zulassung dieses Elements unverzichtbar, wenn die Möglichkeit der Einbeziehung privater Unternehmen in die Erbringung der Leistung nicht ausgeschlossen werden soll; selbst bei dem in der Altmark-Entscheidung gewiesenen „Königsweg“ zur nicht wettbewerbsverzerrenden (und damit nicht beihilferelevanten) Form der Betrauung im Wege der Ausschreibung⁸² – der ersten Alternative des vierten Altmark-Kriteriums – ist ein solcher Gewinn Bestandteil des Systems, weil auch der erfolgreiche Bieter einen solchen Gewinn typischer- und

⁸¹ S. dazu *Britz*, Finanzielle Direkthilfen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse: Handelt der Staat wie ein „privater Wirtschaftsteilnehmer“?, ZHR 169 (2005), 370 (397); *Gundel* (Fn. 14), Art. 86 EGV Rn. 152.

⁸² S. auch die Bewertung in Tz. 63 der Kommissionsmitteilung über die Anwendung der Beihilfevorschriften auf Ausgleichsleistungen (Fn. 10): Die Wahl der Ausschreibung sei „die einfachste Möglichkeit für Behörden, das vierte Altmark-Kriterium zu erfüllen ...“

legitimerweise in sein Gebot einkalkulieren wird; konsequent erscheint der angemessene Gewinn dann auch ausdrücklich als zulässiges Element in der zweiten Alternative des vierten Altmark-Kriteriums⁸³.

Konsequent sehen auch der DAWI-Beschluss der Kommission⁸⁴ und der EU-Rahmen für die Einzelfall-Genehmigung von Beihilfen als Ausgleichzahlungen⁸⁵ die Zulässigkeit der Berücksichtigung eines angemessenen Gewinns vor. Aufschlussreich sind hierzu auch die Ausführungen in der Kommissionsmitteilung zu den Beihilfen für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk: Die Zuerkennung eines solchen Gewinns wird von der Kommission dort für den Regelfall des öffentlich-rechtlichen Rundfunks ausgeschlossen⁸⁶, die Eventualität einer Erbringung durch betraute private („kommerzielle“) Rundfunkunternehmen wird aber ausdrücklich angesprochen und für diesen Fall auch die Einstellung eines angemessenen Gewinns akzeptiert⁸⁷.

⁸³ S. auch *Gundel* (Fn. 14), Art. 86 EGV Rn. 152 mit Nachweisen aus der Kommissionspraxis vor dem Altmark-Urteil, die ebenfalls schon eine Kapitalrendite zugelassen hatte.

⁸⁴ Art. 5 Abs. 1 des DAWI-Beschlusses (Fn. 27).

⁸⁵ Tz. 33 ff. des EU-Rahmens (Fn. 30).

⁸⁶ So Tz. 72 der Rundfunkmitteilung (Fn. 33); kritisch dazu *Këllezi*, Public service broadcasting and EC State aid rules: A review of the broadcasting communication, *Concurrences* 1/2010, 71 (75).

⁸⁷ S. die Rundfunkmitteilung (Fn. 33), Tz. 72: „In anderen Fällen jedoch, beispielsweise wenn kommerziell geführte Unternehmen, die eine Kapitalrendite erzielen müssen, mit besonderen gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen betraut werden, kann ein Gewinelement, das eine faire Kapitalrendite unter Berücksichtigung des Risikos gewährleistet, als angemessen betrachtet werden, sofern dies hinreichend gerechtfertigt ist und das Ge-

b) Kriterien der „Angemessenheit“

Was unter einem „angemessenen Gewinn“ zu verstehen ist, wird im Altmark-Trans-Urteil des EuGH nicht näher erläutert; die EU-Kommission geht auch auf dieser ersten Prüfungsstufe davon aus, dass hier von der Kapitalrendite auszugehen ist, die ein typisches Unternehmen des betroffenen Sektors bei der Entscheidung darüber zugrundelegen würde, ob es die betreffende Dienstleistung anbietet⁸⁸.

Dieser Ansatz wird nun in Art. 5 Abs. 5 – 8 des DAWI-Beschlusses⁸⁹ aufgenommen und weiter präzisiert; anders als in der Vorgängerfassung wird hier nun auch ein fester Sockel im Sinne einer unwiderleglichen Angemessenheitsvermutung fixiert, wonach bei einer Kapitalrendite von 100 Basispunkten über dem relevanten Swap-Satz der Gewinn „in jedem Fall als angemessen“ anzusehen ist (Art. 5 Abs. 7 S. 1 des Beschlusses); wenn mit der Erbringung der Dienstleistungen kein beträchtliches Geschäftsrisiko verbunden ist, gilt diese Marke zugleich als Obergrenze des angemessenen Gewinns (Art. 5 Abs. 7 S. 3). Die entsprechenden Grundsätze finden sich dann auch im EU-Rahmen für die Einzelfallgenehmigung⁹⁰.

winnelement für die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen erforderlich ist.“

⁸⁸ Tz. 61 der Kommissionsmitteilung über die Anwendung der Beihilfevorschriften auf Ausgleichsleistungen (Fn. 10).

⁸⁹ Art. 5 Abs. 1 des Beschlusses (Fn. 27).

⁹⁰ Tz. 33 ff. des EU-Rahmens (Fn. 30).

V. Ergebnisse

1. Für die Beurteilung staatlicher Ausgleichsleistungen für Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse hat sich nach der Altmark-Trans-Entscheidung des EuGH und der DAWI-Entscheidung der EU-Kommission ein dreistufiges Prüfungsrastrer herausgebildet: Sind die Voraussetzungen des Altmark-Trans-Urteils erfüllt, so liegt bereits tatbestandlich keine Beihilfe vor. Ist das nicht der Fall, sind aber die Voraussetzungen des DAWI-Beschlusses eingehalten, so handelt es sich um eine auch ohne Notifikation und Einzelfallgenehmigung durch die Kommission zulässige Beihilfe. Sind auch diese Voraussetzungen nicht erfüllt, bleibt die Möglichkeit der beihilferechtlichen Genehmigung im Einzelfall, auf deren Erteilung bei Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 106 Abs. 2 AEUV ein Anspruch besteht; die Voraussetzungen auf dieser letzten Ebene werden durch den EU-Rahmen für Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen und speziell für den Rundfunksektor durch die Rundfunkmitteilung der Kommission näher beschrieben.
2. a) Die Bestimmung der aus ihrer Sicht erforderlichen Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse unterfällt der Zuständigkeit der EU-Mitgliedstaaten, die hierbei erhebliche inhaltliche Gestaltungsfreiheit genießen; das EU-Recht sieht hier nur eine Willkürkontrolle vor. Europarechtlich sind damit nicht nur die Betrauung mit Aufgaben der lokalen Rundfunkversorgung und

entsprechende Ausgleichsleistungen möglich, für die es bereits Präzedenzfälle aus anderen Mitgliedstaaten gibt; auch die Ausweitung der Betrauung auf das Angebot eines regionalen Dachprogramms der Lokalrundfunkveranstalter ist möglich, auch wenn insoweit schon ein „klassisches“ öffentlich-rechtliches Rundfunkangebot besteht.

b) Durch das EU-Beihilfenrecht geboten ist allerdings eine möglichst präzise Beschreibung der mit der Betrauung übertragenen Aufgabe, weil nur so der Umfang der notwendigen Ausgleichsleistungen zuverlässig nachgeprüft werden kann. Die EU-Kommission lässt hiervon im Rundfunksektor angesichts der vor allem qualitativen und damit schwer quantifizierbaren Anforderungen Abstriche zu, fordert im Gegenzug aber eine unabhängige Kontrolle der Erfüllung der qualitativen Vorgaben auf nationaler Ebene. Im Fall einer Betrauung privater Rundfunkunternehmen bieten die Landesmedienanstalten die geeigneten Strukturen für eine solche Kontrolle.

3. Wenn die Betrauung an ein Unternehmen erfolgt, das daneben zugleich kommerziell tätig ist, so ist bei der Ermittlung der ausgleichsfähigen Kosten strikt zwischen beiden Tätigkeitsfeldern zu trennen, um Quersubventionierungen zu vermeiden. Das in der Kommissionsmitteilung zum öffentlich-rechtlichen Rundfunk zugrundegelegte Modell, nach dem die Gemeinkosten dem betrauten Bereich zugeordnet werden können, zugleich aber auch die Gewinne aus der mit dem öffentlich-rechtlichen Programm verbundenen kommerziellen Tätigkeit den Bedarf an Ausgleichs-

tungen mindern, passt für die Konstellation einer punktuellen Betrauung privater Anbieter nicht.

4. Ein angemessener Gewinn des mit der Aufgabe betrauten Unternehmens darf auf allen Prüfungsebenen in die Berechnung der Ausgleichsleistung eingestellt werden, weil nur auf dieser Grundlage eine Einbeziehung privater Unternehmen in die Erbringung der Leistungen sinnvoll möglich ist; einen Vorbehalt macht die Kommission hier in der Rundfunkmitteilung konsequent nur für den Bereich der „klassischen“ öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter, nicht aber für die Einbeziehung privater Anbieter im Wege der Betrauung.

Bayreuth, Mai 2012

Prof. Dr. Jörg Gundel