

27. April 2004

AI/Sz

EURORAI Seminar „Die regionalen Einrichtungen der öffentlichen Finanzkontrolle und die Prüfung von Rundfunk- und Fernsehanstalten“, Leipzig, 12. - 14. Mai 2004

Transparenzrichtlinie und Beihilfekontrolle bei Rundfunkanstalten - aus Sicht einer Rundfunkanstalt

Eva Maria Michel, Justiziarin, WDR

[Begrüßung/ Anrede]

Hätte ich mich sogleich an die Ausarbeitung meines Referates gemacht, als ich seinerzeit die Einladung, zu Transparenzrichtlinie und Beihilfekontrolle bei Rundfunkanstalten vor Ihnen zu sprechen, erhalten hatte, so sähen meine Ausführungen ganz anders aus. In der Tat hat sich seit Dezember letzten Jahres hier eine Menge getan.

Bevor ich auf die jüngsten Entwicklungen zu sprechen komme, möchte ich doch denjenigen unter Ihnen, die sich nicht tagtäglich mit dem Beihilferecht herumschlagen müssen, einen kurzen Überblick über die rechtliche Ausgangslage und die bisherigen Meilensteine der Praxis der Kommission und der europäischen Gerichte geben.

Dreh- und Angelpunkt ist Artikel 87 Abs. 1 EG: Danach sind, soweit der Vertrag nicht etwas anderes bestimmt, staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen (gleich welcher Art), die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb zumindest zu verfälschen drohen, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.

Die zwei für die Qualifizierung der deutschen Rundfunkgebühren entscheidenden Tatbestandsmerkmale sind jenes der *staatlichen* Herkunft der Mittel sowie jenes der *Begünstigung*.

Nach Auffassung nicht nur von ADR und ZDF, sondern auch von Bund und Ländern sind beide Tatbestandsmerkmale im Falle der deutschen Rundfunkfinanzierung nicht erfüllt:

Was die *staatliche* Herkunft der Mittel anbelangt, so ist auf das Urteil des EuGH vom 13. März 2001 in Sachen *PreussenElektra* zu verweisen: Danach ist erforderlich, dass der *staatliche* Haushalt belastet wird. Für die staatliche Zurechenbarkeit reicht es demgegenüber danach nicht aus, wenn die Mittel aus dem Budget Privater stammen, - auch wenn diese die Mittel nicht freiwillig, sondern auf Grund

staatlicher, im Sinne von gesetzlichen Vorgaben leisten. Am 16. Mai 2002 hat der EuGH diese Rechtsprechung in der Sache *Stardust* bestätigt. Er hat sogar zusätzlich gefordert, dass die Mittel dem Staat in dem Sinne konkret zurechenbar sein müssen, dass dieser in irgendeiner Form die Möglichkeit hat, auf die Mittel Zugriff zu nehmen, diese zu kontrollieren oder über diese zu verfügen.

Beide Urteile betreffen zwar nicht rundfunkrechtliche Sachverhalte. Sie sind jedoch meines Erachtens auf die deutsche Rundfunkgebührenfinanzierung zu übertragen: Die Gebührengelder stammen nicht aus dem staatlichen Haushalt, sondern werden von den Rundfunkteilnehmern entrichtet. Dass diese hierzu gesetzlich verpflichtet sind, begründet nach der zitierten Rechtsprechung noch nicht die staatliche Herkunft dieser Mittel. ARD und ZDF sind unmittelbar Gläubiger des Gebührenanspruchs. Bund und Länder haben zu keinem Moment Zugriff auf das Gebührenaufkommen.

Auch in der Kommission gibt es Vertreter, namentlich im Juristischen Dienst, die diese Auffassung teilen. Wir wissen jedoch, dass insbesondere die mit Beihilfefragen betrauten Vertreter der zuständigen Generaldirektion Wettbewerb eine Übertragbarkeit der angeführten Rechtsprechung auf das Gebührenfinanzierungssystem ablehnen. Eine letzte Klärung könnten hier nur die Luxemburger Richter bringen. Die Rechtsprechung, nicht aber die Kommission, verfügt über das Auslegungsmonopol.

Zum Tatbestandsmerkmal der *Begünstigung* haben bislang wiederum nicht nur der öffentlich rechtliche Rundfunk, sondern auch Bund und Länder die Ansicht vertreten, dass es im Falle der Gebührenfinanzierung hieran deshalb fehlt, weil ihr eine adäquate Gegenleistung in Form der Rundfunkangebote gegenüber steht. Hierfür konnte bereits auf das *Altö*-Urteil des EuGH vom 7. Februar 1985 verwiesen werden. Der Gerichtshof hatte damals festgestellt, dass die Mittel, die ein Unternehmen zum Ausgleich derjenigen Kosten erhält, die dem Unternehmen in Erfüllung einer im öffentlichen Interesse liegenden Aufgabe entstehen, schon tatbestandlich eine Begünstigung entfallen lassen. Zwischenzeitlich hatte jedoch das Gericht Erster Instanz in den Urteilen *FFSA* vom 27. Februar 1997 und dem Urteil *SIC* vom 10. Mai 2000 entschieden, dass dieser Kostenausgleich nicht schon auf der Tatbestandsebene, sondern erst auf der sogenannten Rechtfertigungsebene gemäß Artikel 86 Abs. 2 EG, der die sogenannten Leistungen der Daseinsvorsorge zum Gegenstand hat, relevant würde. Die Kommission hatte sich der Auffassung des erstinstanzlichen Gerichts angeschlossen und danach auch bei Rundfunkgebühren jeweils zunächst eine Begünstigung und das Vorliegen einer grundsätzlichen unzulässigen Beihilfe angenommen. Ausdrücklich findet sich diese Wertung in der Entscheidung in Sachen *Phoenix/Kinderkanal* vom 24. Februar 1999 (wie im übrigen auch hinsichtlich der britischen Gebührenfinanzierung in der Entscheidung *BBC News 24* vom 29. September 1999). Ohne sich wirklich

mit den Tatbestandsmerkmalen der staatlichen Herkunft der Mittel und der Begünstigung auseinander zu setzen, hatte die Kommission diese - wie auch die anderen Tatbestandsmerkmale - bejaht, den Ausnahmetatbestand der sogenannten Kulturklausel gem. Art. 87 Abs. 3 lit. d) EG verneint und sodann die „Rechtfertigungs“-vorschrift des Art. 86 Abs. 2 EG in einzelne Voraussetzungen aufgesplittert, deren Vorliegen en detail geprüft und letztlich bejaht.

Das mit großer Spannung erwartete Urteil des EuGH vom 22. November 2001 in Sachen *Ferring* brachte dann die Klärung: Der EuGH bestätigte seine *Altöl*-Rechtsprechung und damit die sogenannte Tatbestandslösung. Das Urteil wirbelte nicht nur im Schrifttum, sondern auch bei der Kommission und bei den Generalanwälten großen Wirbel auf. Eine Welle von Konferenzen, Seminaren, Publikationen etc. beschäftigte sich mit den Folgen. Insbesondere wurde befürchtet, dass die Kommission ihrer Kompetenz zur Beihilfekontrolle im Bereich der sogenannten Daseinsvorsorge beraubt werden könnte.

Nicht verwunderlich ist daher, dass eine weitere Klärung seitens des EuGH nahezu sehnsüchtig erwartet wurde. Diese schien nun mit seinem Urteil vom 24. Juli 2003 erreicht worden zu sein.

In der Sache *Altmark-Trans* bekräftigte der EuGH zunächst die *Altöl*- und *Ferring*-Rechtsprechung. Mit Blick wohl auf die harsche Kritik, die letztere geerntet hatte, stellte er nunmehr jedoch vier Voraussetzungen auf, die erfüllt sein müssen, damit das Tatbestandsmerkmal der Begünstigung verneint werden kann: Der Mitgliedstaat müsse das betreffende Unternehmen mit einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung betraut und diese klar definiert haben; zum Zweiten müssten die Parameter, anhand derer der Ausgleich berechnet werde, zuvor objektiv und transparent aufgestellt worden sein; zum Dritten dürften die Mittel nicht über das für die Aufgabenerfüllung erforderliche hinausgehen (Kostenausgleich), wobei auch ein angemessener Gewinn mit berücksichtigt werden könne; schließlich bedürfe es entweder einer Ausschreibung des Auftrags oder einer Berechnung der Kosten anhand einer Kostenanalyse vergleichbarer Unternehmen.

Daraufhin kam die Kommission in einer Reihe von den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in Großbritannien, Italien, Portugal, Spanien und Frankreich betreffenden Entscheidungen vom Oktober und Dezember 2003 nicht umhin, auf das *Altmark*-Urteil einzugehen. Eine tiefgehende Auseinandersetzung mit den vom EuGH aufgestellten Voraussetzungen sucht man indes vergeblich. Vielmehr begnügt sich die Kommission damit, recht kursorisch jeweils darauf zu verweisen, dass jedenfalls die vierte bzw. die zweite und vierte der Voraussetzungen nicht erfüllt seien, um dann - nicht

anders als zu Zeiten lange vor [PreußenElektra], *Ferring* und *Altmark* (Stichwort: *Phoenix/Kinderkanal* und *BBC News24*) ihre Prüfung in die „Rechtfertigungs“-vorschrift des Art. 86 Abs. 2 EG zu verlagern.

Dennoch sahen sich ARD und ZDF in ihrer schon bisherigen Bewertung bestätigt, wonach die deutschen Rundfunkgebühren zu keiner Begünstigung führen. Auch die vom EuGH aufgestellten vier Voraussetzungen können, ihre Anwendbarkeit auf den öffentlich rechtlichen Rundfunk unterstellt, vorliegend nämlich als erfüllt betrachtet werden: Verfassungsrechtlich, staatsvertraglich sowie einfach-gesetzlich ist der öffentliche rechtliche Rundfunk mit der Erfüllung des Rundfunkauftrages betraut und dieser klar definiert; die Parameter, anhand derer die Gebühren berechnet werden, stehen jeweils vor Beginn einer Gebührenperiode objektiv fest und sind für jedermann nachvollziehbar bzw. einsehbar. Hier ist insbesondere auf das Verfahren der Kommission zur Ermittlung des Finanzbedarfs (KEF) hinzuweisen - insoweit kann ich auf die Ausführungen insbesondere von Herrn Conrad verweisen; die Höhe der Gebühren geht nicht über das für die Programm Erfüllung erforderliche hinaus, - auch hierfür sorgt das bereits heute morgen ausführlich beschriebene KEF-System; eine Ausschreibung des Rundfunkauftrages findet zwar nicht statt, auch fragt sich auf welche vergleichbaren Unternehmen zurückgegriffen werden; jedoch beinhaltet das KEF-Verfahren durchaus *bench-marking*-Elemente, die zur Gewährleistung einer effizienten Aufgabenerfüllung herangezogen werden können bzw. könnten. Auf die Methode eines solchen *objektiven Kostenvergleichs* greift die KEF beispielsweise dadurch zurück, dass sie im Rahmen des „Quantitativen Nachweis von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit“ wenn Kennzahlen als Indikatoren der Wirtschaftlichkeitsentwicklung einsetzt und damit Referenzgrößen - sei es innerhalb einer Rundfunkanstalt, sei es in Bezug auf andere Anstalten oder sei es in Bezug auf branchengleiche Unternehmen - vergleicht. Vorbild sind dabei jeweils diejenigen Anstalten/Unternehmen, die auf dem einschlägigen Teilgebiet *Best Practice* darstellen. Auch allgemein im Rahmen des „Indexgestützten integrierten Prüf- und Berechnungsverfahren zur Feststellung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten“ findet eine Orientierung, soweit möglich, an Marktpreisen statt. Fehlen indes tatsächliche Vergleichszahlen, so ist - auf der Basis eines sogenannten analytischen Kostenmodells - zu prüfen, ob sich die jeweiligen Kosten an den Grundsätzen eines wirtschaftlichen und sparsamen Verhaltens am Markt orientieren. Genau hier schließt sich wieder der Kreis der Prüfung der KEF: Diese bezieht sich gemäß § 3 Abs. 1 Satz 2 Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag gerade auch darauf, ob der angemeldete Finanzbedarf „im Einklang mit den Grundsätzen von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit ermittelt worden ist“.

Im übrigen könnte durchaus kritisch hinterfragt werden, ob bzw. wie weit der *private market investor*-Test, der letztlich hinter der Effizienzvoraussetzung steht, überhaupt auf Unternehmen, die mit der

Erfüllung eines im öffentlichen Interesses liegenden Auftrages betraut sind, ein-zu-eins übertragbar ist. Der EuGH hat in einer Entscheidung, die zeitlich unmittelbar im Zusammenhang mit *Altmark* steht, nämlich in der Sache *Chronopost* vom 3. Juli 2003, festgestellt, dass der Maßstab des privaten Investors bei Dienstleistungen im Sinne des Art. 86 Abs. 2 EG, bei denen ja gerade auch nichtökonomischen Aspekte eine maßgebliche Rolle spielen, nicht bzw. jedenfalls nicht ohne weiteres passt. Vielmehr muss hier auf andere Kriterien zurückgegriffen werden bzw. werden können, um die Effizienz der Leistungserbringung überprüfen zu können.

Als Zwischenergebnis war daher zunächst festzuhalten, dass aus deutscher Sicht die Rundfunkgebührenfinanzierung aus zwei jeweils für sich stehenden Gründen (keine Staatlichkeit der Mittel; keine Begünstigung) schon nicht den Beihilfetatbestand erfüllen.

Infolge dessen war und ist man bislang in Deutschland auch der Auffassung, dass im konkreten Fall von ARD und ZDF die Tatbestandsvoraussetzungen der *Transparenzrichtlinie* nicht gegeben sind. Diese setzt nämlich nicht nur Unternehmen der Daseinsvorsorge im Sinne des Artikels 86 Abs. 2 EG, sondern zusätzlich voraus, dass diese *Beihilfen* empfangen.

Die Anwendbarkeit der Transparenzrichtlinie wird, zumindest aus Sicht von ARD und ZDF, im übrigen allerdings auch deshalb als nicht gegeben erachtet, weil die in der Richtlinie vorgeschriebene getrennte Buchführung voraussetzt, dass ein Unternehmen sowohl im Bereich einer im öffentlichen Interesse liegenden Aufgabe tätig wird, als auch darüber hinausgehende so genannte kommerzielle Aktivitäten entfaltet. Nach deutschem Verfassungsverständnis ist es ARD und ZDF aber ohnehin nur gestattet, im Rahmen ihres Rundfunkauftrages tätig zu werden. Zumindest nach diesem Verständnis liegt daher etwa die Vermarktung von Werbezeiten oder die Lizenzierung von Programmrechten nicht außerhalb des Schutzbereichs der Rundfunkfreiheit gemäß Artikel 5 Abs. 1 Satz 2 Grundgesetz. Auch dies sieht jedoch die Kommission anders. Schon in ihrer so genannten Beihilfemitteilung zum öffentlich rechtlichen Rundfunk vom November 2001 hatte sie klargestellt, dass ihrer Ansicht nach namentlich die Vermarktung von Werbezeiten eindeutig eine in diesem Sinne kommerzielle Aktivität ist.

Das dritte Argument, wonach aus deutscher Sicht die Anwendung der Transparenzvorschriften auf ARD und ZDF scheitern musste, war eine in der Richtlinie selbst vorgesehene Ausnahnevorschrift: Danach soll die Transparenzrichtlinie nämlich dann keine Anwendung finden, wenn die Finanzierung in einem offenen, nicht-diskriminierenden und transparenten Verfahren festgesetzt wird. Und in soweit kann wiederum auf das von mir schon erwähnte KEF-Verfahren verwiesen werden.

An dieser Stelle möchte ich betonen, dass es ARD und ZDF bei ihrer Position darum geht, allein die einer Bejahung der Anwendbarkeit *vorgelagerten* Implikationen in Frage zu stellen, - nämlich die Anerkennung der Beihilfetatbestandsmäßigkeit der Gebühren sowie die Anmaßung der Kommission, auch mittels Vorgaben dessen, was beim öffentlich-rechtlichen Rundfunk als „nicht kommerzielle“ und was als „kommerzielle“ Aktivität im Sinne der Transparenzrichtlinie zu betrachten sei, empfindlich in die Kompetenz der Mitgliedstaaten einzugreifen. Das Amsterdamer Protokoll stellt unmissverständlich klar, dass es Sache der Mitgliedstaaten ist, den Auftrag zu bestimmen, auszugestalten und auch die Art und Weise der Finanzierung festzulegen.

Demgegenüber geht es ARD und ZDF keineswegs darum, sich Transparenzvorgaben als solchen zu entziehen. Vielmehr verfügen die Anstalten bereits heute über eine Vielzahl an Instrumenten, Mechanismen und Kontrollmöglichkeiten, die Publizität und Nachvollziehbarkeit der Buchführung gewährleisten.

Die Rundfunkanstalten verfügen mit den - im übrigen gesetzlich vorgeschriebenen - Kostenrechnungssystemen über ein sogar weitaus differenziertes Aufzeichnungssystem, als jenes, das die Transparenzrichtlinie im Sinne der getrennten Buchführung vorschreibt. Elemente der Kostenrechnung sind die - miteinander verknüpften - Kostenartenrechnung, Kostenstellenrechnung und Kostenträgerrechnung. Ersteres gibt Auskunft über die Art der angefallenen Kosten (Gehälter, Sozialversicherungsleistungen, Urhebervergütungen, Fremdleistungen, Abschreibungen etc.); zweiteres spiegelt die Organisations- und Aufgabenstruktur einer Anstalt wieder und letzteres erfasst die zunächst den Hörfunk- und Fernsehprogrammen unmittelbar zuzuordnenden Programmkosten und in einem zweiten Schritt die anstaltsinternen Produktionsleistungen. Sämtliche Kosten und Erlöse werden sodann auf der Grundlage einheitlich angewandter und objektiv gerechtfertigter Kostenrechnungsgrundsätze dem Projekt zugeordnet und zugewiesen. Die Kostenrechnungen sind hierbei mit der Geschäftsbuchhaltung und dem Jahresabschluss abstimbar; bei der Zuordnung der Kosten an die Erträge gilt der Grundsatz der Kausalität sowie eine Abrechnung nach zielentsprechenden Kontenrahmen. Schließlich sind auch alle Kostenrechnungsgrundsätze, die der getrennten Buchführung zugrunde liegen, eindeutig bestimmt. Hierbei finden die Grundsätze der Offenlegung und Nachvollziehbarkeit Anwendung. Die für die ARD relevanten Grundsätze hierbei sind Transparenz, Kausalität, korrekte Zuordnung, Vollständigkeit, Wirtschaftlichkeit, Wesentlichkeit und Stetigkeit. Über dieses bereits sehr ausdifferenzierte Instrumentarium der getrennten Buchführung hinaus müssen die Rundfunkanstalten im übrigen, nach den Bestimmungen des HGB Rechnung legen,

- sie sind mithin - im Gegensatz zu staatlichen Stellen, die die kameralistische Buchführung anwenden, zur doppelten Buchführung, die ihrerseits eine höhere Transparenz aufweist, verpflichtet.

Die Bundesrepublik hatte die Transparenzrichtlinie nahezu wortgleich in ein Bundesgesetz umgesetzt. Eine konkrete Anwendung der Vorschriften zur getrennten Buchführung auf ARD und ZDF fand und findet vor dem von mir skizzierten Hintergrund bis heute aber konsequenterweise nicht statt.

Zwischenzeitlich hat indes die Kommission mit Blick auf eine etwaige unzureichende Umsetzung der Transparenzrichtlinie ein sogenanntes *Auskunftsersuchen* an die Bundesrepublik gerichtet. Die wenigen hierin enthaltenen Fragen sind jedoch sehr allgemein gehalten und nehmen keinerlei Bezug auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk.

Soweit die Welt noch bis, wie gesagt, Dezember letzten Jahres.

Angesichts dessen, dass das *Altmark*-Urteil jedoch nicht nur eine Klärung (Tatbestands- statt Rechtfertigungslösung) gebracht, sondern auch eine Reihe von neuen Fragen aufgeworfen hat, namentlich zum Verständnis der aufgestellten vier Voraussetzungen, sah sich die Generaldirektion Wettbewerb veranlasst, ein Bündel von Maßnahmen vorzuschlagen, die den Rechtsunterworfenen aufzeigen sollten, wie die Kommission zukünftig gedenkt, die *Altmark*-Rechtsprechung in ihrer Fallpraxis anzuwenden. Dieses nach dem zuständigen Kommissar benannte Monti-Paket beinhaltete ursprünglich vier Bestandteile. Den Ersten, einen Entwurf einer Mitteilung, der Kriterien aufstellte, anhand derer die Kommission prüfen wollte, ob die *Altmark*-Voraussetzungen vorliegen oder nicht, hat die Generaldirektion Wettbewerb nicht zuletzt aufgrund massivem Widerstandes aus den Kommissionskreisen selbst - bis auf weiteres - zurückgezogen. Als Zweites - jetzt also als erstes - enthält das Paket eine so genannte Entscheidung zur Anwendung von Artikel 86 Abs. 2 EG, wonach trotz Vorliegens einer Beihilfe ausnahmsweise die gemäß Artikel 88 Abs. 3 EG erforderliche *Notifizierung* entfallen soll. Die hier aufgeführten Konstellationen betreffen jedoch nicht den öffentlich rechtlichen Rundfunk und bleiben daher außer betracht. Ursprünglich dritter, jetzt zweiter Bestandteil des Montipaketes ist ein so genannter Gemeinschaftsrahmen für Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden. Der Entwurf sieht ausdrücklich vor, dass dieser Gemeinschaftsrahmen *nicht* auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk Anwendung finden soll, angesichts des im Zuge des Amsterdamer Vertrages von 1997 aufgenommenen Protokolls zum öffentlich rechtlichen Rundfunk sowie der einschlägigen Beihilfemitteilung vom November 2001. Letzter Bestandteil des Montipaketes ist nun aber der Entwurf einer Änderung der *Transparenzrichtlinie*.

Die Generaldirektion Wettbewerb schlägt hier vor, den bislang von der Transparenzrichtlinie verwendeten Begriff der Beihilfe durch jenen der *Vergütung* zu ersetzen. Der Grund liegt in eben jenem *Altmark*-Urteil, dass bei Vorliegen der vier Voraussetzungen eine Begünstigung und schon damit letztlich den Beihilfetatbestand verneint. Die Kommission will also, mit anderen Worten, die Anwendbarkeit ihrer Transparenzrichtlinie auch nach *Altmark* „retten“. Des Weiteren sieht der Entwurf zur Änderung der Transparenzrichtlinie - etwas überraschend bzw. zusammenhanglos - die ersatzlose Streichung der von mir schon erwähnten Ausnahmenvorschrift zugunsten von solchen Unternehmen vor, deren Finanzierung in einem offenen, und nicht-diskriminierenden und transparenten Verfahren festgesetzt worden ist.

Würde die Änderung der Transparenzrichtlinie, wie vorgesehen, realisiert werden, so würde dies bedeuten, dass einige der Argumente, die aus deutscher Sicht bislang gegen die Anwendung der Transparenzrichtlinie auf ARD und ZDF gesprochen haben, der Boden entzogen würde. Dies betrifft zum einen das Argument, dass es mangels einer Begünstigung an einer Beihilfe fehlt und zum anderen die zitierte Ausnahmenvorschrift.

Selbst in diesem Fall bliebe weiterhin aber das Argument, dass es sich bei den Gebühren jedenfalls deshalb schon nicht um eine tatbestandliche Beihilfe handelt, weil es ihnen an der *staatlichen* Herkunft der Mittel fehlt. Im Übrigen fehlt es, jedenfalls nach Auffassung von ARD und ZDF, weiterhin an unterschiedlichen Geschäftsbereichen im Sinne der Transparenzrichtlinie.

Die Kommission stützt die Transparenzrichtlinie und damit auch deren Änderung auf Artikel 86 Abs. 3 EG, - eine der wenigen Vertragsnormen, die ihr eine originäre Rechtssetzungskompetenz einräumt. Formal bedarf es daher auch nicht der Einbindung des Rates und des Europäischen Parlamentes. Gleichwohl hat die Kommission die im so genannten Beihilfeausschuss vertretenen Mitgliedstaaten und auch die Parlamentarier im April konsultiert.

[Ggf. Ergänzung später]

Ungeachtet dessen bleiben weiterhin erhebliche rechtliche Bedenken, gegen die (vorgesehenen) Änderungen bestehen:

Nach Auffassung von ARD und ZDF überschreitet die Kommission dadurch, dass sie den Begriff Beihilfe mit jenem der Vergütung ersetzt, ihre von der Ermächtigungsgrundlage eingeräumte Kompetenz: Artikel 86 Abs. 3 EG verlangt, dass hierauf gestützte Richtlinien oder Entscheidungen stets staatliche Beihilfen der Mitgliedstaaten im Sinne des Artikels 87 EG zum Regelungsgegenstand haben. Darüber hinaus ergibt sich aus der Rechtsprechung des EuGH, dass sich die auf Artikel 86 Abs. 3 EG gestützten Richtlinien stets auf Maßnahmen der *Mitgliedstaaten* beziehen müssen. Erhält also ein Unternehmen - etwa in Ermangelung der staatlichen Herkunft der Mittel - keine Beihilfe, so kann sich die Kommission nicht - etwa mit einer Verpflichtung zur getrennten Buchführung - direkt an die Unternehmen richten. Artikel 86 EG räumt der Kommission gerade keine generelle Kontrollbefugnis in Bezug auf öffentliche Unternehmen bzw. Unternehmen der Daseinsfürsorge, unabhängig davon ein, ob diese Beihilfen beziehen oder nicht.

Auch lässt sich nicht einwenden, dass die Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Transparenzrichtlinie über Beihilfen hinaus erforderlich sei, um einen wettbewerbswidrigen Missbrauch seitens der Unternehmen aufdecken zu können. Artikel 86 EG regelt allein die Voraussetzungen, unter denen ein Mitgliedstaat vom grundsätzlichen Beihilfeverbot gemäß Artikel 86 Abs. 1 EG abweichen kann. Auch die präventive Überwachung, die die Transparenzrichtlinie, namentlich mit Blick auf etwaige Quersubventionierungen, der Kommission erleichtern soll, setzt das Vorliegen einer staatlichen Beihilfe voraus. Eine Verlagerung dieser Aufsicht auf jedwede Mittel, die Unternehmen zur Erfüllung des im öffentlichen Interesses liegenden Auftrags erhalten, stellt mithin keine Präzisierung der Anwendung von Artikel 86 EG dar, sondern statuiert neue, hierüber hinaus gehende Verpflichtungen. Auch die *Altmark*-Rechtsprechung setzt ihrerseits im übrigen voraus, dass dem Unternehmen zunächst *staatliche* Mittel gewährt wurden.

Im übrigen verstößt die (vorgesehene) Änderung der Transparenzrichtlinie materiell-rechtlich gegen den *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*. Fehlt es - namentlich in Ermangelung der *Staatlichkeit* der Mittel - am Beihilfetatbestand, so kann die von der Transparenzrichtlinie vorgeschriebene getrennte Buchführung keine Kenntnisse zu Tage fördern, die die Beihilfenqualität des Mittelzuflusses begründen. Die Maßnahme der getrennten Buchführung ist mithin für das Überwachungsziel im Kontext von Artikel 86 EG *nicht geeignet*.

Geht man demgegenüber davon aus, dass die Kommission mit dem neuen Begriff der Vergütung nicht nur das Problem der fehlenden Begünstigung im Sinne der *Altmark*-Rechtsprechung „erschlagen“ wollte, sondern auch noch die ihr mindestens ebenso unliebsame Rechtsprechung des EuGH zum

Tatbestandsmerkmal der *staatlichen* Herkunft der Mittel (*PreussenElektra*), so ließe es sich mit guten Gründen argumentieren, dass hier eine Verletzung des *Bestimmtheitsgrundsatz* vorliegt. Dieser aus dem deutschen Recht bekannte Grundsatz gilt auch im Gemeinschaftsrecht und bindet die Unionsorgane insbesondere beim Erlass von Sekundärrecht (Artikel 6 EU). Wortlaut und Entstehungsgeschichte sprechen dafür, dass sich der Begriff der Vergütung allein auf die Frage des Kostenausgleichs und damit auf das Tatbestandsmerkmal der Begünstigung beziehen soll. Andererseits scheint die Kommission davon auszugehen, dass hiermit jegliche wie auch immer staatlich veranlasste Mittelzuwendung, auch wenn diese nicht den Anforderungen der staatlichen Zurechenbarkeit im Sinne der *PreussenElektra*- und *Stardust*-Rechtsprechung entspricht, ausreicht. Weder dem Wortlaut noch der Zielsetzung bzw. Begründung der (vorgesehenen) Richtlinienänderung lässt sich aber ein eindeutiges Argument für die eine oder andere Auslegung entnehmen.

Auch hier wieder könnte nur Luxemburg letztendlich für eine Klarstellung sorgen.

Bis auf weiteres bleibt es daher aus Sicht des deutschen öffentlich-rechtlichen Rundfunks dabei, dass die Voraussetzungen der Transparenzvorschriften auch nach einer (etwaigen) Änderung der Richtlinie im Falle von ARD und ZDF nicht erfüllt sind. Sollte sich der neu eingeführte Begriff der Vergütung allein auf das vom EuGH in seinem *Altmark*-Urteil problematisierte Tatbestandsmerkmal der *Begünstigung* beziehen, so ist jedenfalls deshalb der Beihilfetatbestand nach wie vor nicht gegeben, weil die Rundfunkgebühren nicht *staatlicher* Herkunft sind. Sollte jedoch der Begriff der Vergütung demgegenüber auch die staatliche Herkunft der Mittel als nunmehr irrelevant erachten, so verstößt die (vorgesehene) Änderung der Richtlinie angesichts der dann begründeten Kompetenzüberschreitung gegen das Primärrecht.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.