

JÖRG FREDERIK FERREAU

Öffentlich-rechtlicher
Rundfunk und
ökonomischer
Wettbewerb

*Schriften zum Medienrecht
und Kommunikationsrecht*

1

Mohr Siebeck

Schriften zum
Medienrecht und Kommunikationsrecht

Herausgegeben von
Christian von Coelln, Karl-Nikolaus Peifer und Karl-Eberhard Hain

1



Jörg Frederik Ferreau

Öffentlich-rechtlicher Rundfunk und ökonomischer Wettbewerb

Analyse und Perspektiven rechtlicher Spielräume
zur Entfaltung kommerzieller Tätigkeiten
durch die Rundfunkanstalten

Mohr Siebeck

Jörg Frederik Ferreau, geboren 1983; Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Mainz; 2009 Erstes Staatsexamen; wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Medienrecht an der Universität Köln und bei der Kommission zur Ermittlung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten (KEF); wissenschaftlicher Mitarbeiter in einer Rechtsanwaltskanzlei in Berlin; Rechtsreferendar am Landgericht Duisburg; 2015 Zweites Staatsexamen; Referent bei der Mediengruppe RTL Deutschland GmbH, Bereich Medienpolitik; seit 2016 wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Medienrecht an der Universität Köln.

ISBN 978-3-16-155049-2 / eISBN 978-3-16-161068-4 unveränderte eBook-Ausgabe 2021
ISSN 2512-7365

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2017 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von epline in Neuffen gesetzt und von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Vorbemerkung

Die vorliegende Arbeit ist im Sommersemester 2016 von der Juristischen Fakultät der Universität zu Köln als Dissertation angenommen worden. Gesetzgebung, Literatur und Rechtsprechung sind für die Drucklegung im Wesentlichen auf den Stand von Oktober 2016 gebracht worden.

Meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Karl-Eberhard Hain, gilt mein besonderer Dank: Er hat mich nicht nur in der Wahl des Themas bestärkt, sondern stand mir jederzeit als Ratgeber, Förderer und – wenn es sein musste – Antreiber zur Seite. Die Erfahrungen aus der Mitarbeit an zahlreichen seiner wissenschaftlichen Projekte sowie die offene Diskussionskultur an seinem Lehrstuhl haben mich und mein Denken stark geprägt.

Herrn Professor Dr. Christian von Coelln danke ich sehr für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Den Herren Professoren Dr. Karl-Nikolaus Peifer, von Coelln und Hain danke ich für die Aufnahme der Arbeit in die neue Schriftenreihe zum Medienrecht und Kommunikationsrecht. Ein besonderer Dank gilt der Dr. Giesing-Stiftung für die großzügige Förderung der Drucklegung dieser Arbeit.

Zu Dank verpflichtet bin ich auch Frau Eva-Maria Michel, Justiziarin des Westdeutschen Rundfunks, und Herrn Dr. Tobias Schmid, Direktor der Landesanstalt für Medien Nordrhein-Westfalen: Beide haben – letztgenannter noch in seiner früheren Funktion als Bereichsleiter Medienpolitik der Mediengruppe RTL Deutschland GmbH – mir in ausführlichen Gesprächen wertvolle Impulse für meine Arbeit gegeben. Dank gebührt ferner meinen ehemaligen Lehrstuhlkollegen Hans-Christian Poth und Thomas Wierny, die mir in Diskussionen stets als kritische „Sparringspartner“ zur Verfügung gestanden haben.

Zu guter Letzt sei meinen Eltern ganz besonders gedankt: meiner Mutter, die mich auf meinem bisherigen Weg auf so vielfältige Weise unterstützt hat, und meinem verstorbenen Vater, ohne dessen guten Einfluss ich wohl nie Jurist geworden wäre. Ihnen beiden ist diese Arbeit in Liebe und Dankbarkeit gewidmet.

Köln, im November 2016

Jörg Frederik Ferreau

Inhaltsverzeichnis

Einführung	1
Gang der Untersuchung	7

1. Kapitel

Die kommerzielle Betätigung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Überblick

A. Kommerzielle Tätigkeiten gemäß § 16a Abs. 1 Satz 2 RStV	10
I. Werbung	10
II. Sponsoring	13
III. Verwertungsaktivitäten	14
IV. Merchandising	15
V. Produktion und Sendestandortvermietung an Dritte	16
VI. Sonstige Tätigkeiten	16
B. Kommerzielle Beteiligungsunternehmen	19
I. Systematisierung der Unternehmensbeteiligungen	19
1. Hundertprozentige Tochtergesellschaften einer Anstalt	19
2. Gemischt-öffentliche Beteiligungsgesellschaften	20
3. Gemischtwirtschaftliche Beteiligungsunternehmen	21
4. Rechtliche Schlussfolgerungen	22
II. Wirtschaftliche Bedeutung der Beteiligungsunternehmen	22

2. Kapitel

EU-Beihilfenrechtliche Beurteilung

A.	Vereinbarkeit der Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks mit dem Beihilfenverbot	27
I.	Beihilfenrechtliche Spezifika bezüglich des öffentlich-rechtlichen Rundfunks	27
	1. Das Amsterdamer Rundfunkprotokoll	28
	a) Finanzierungskompetenz	29
	b) Kompetenz zur Auftragsdefinition	29
	c) Wechselseitige Kompetenzbeschränkungen	29
	2. Die Entschließung des Europäischen Rates über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk	30
	3. Die Rundfunkmitteilung der Kommission	31
II.	Erfüllung des Tatbestands einer Beihilfe gemäß Art. 107 AEUV	32
	1. Staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen	32
	a) Einordnung der Finanzierungsquellen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks	33
	b) Insbesondere: Einordnung von Rundfunkabgaben	34
	2. Selektive Begünstigung	38
	a) Vorliegen einer Begünstigung gemäß der Altmark-Kriterien	39
	aa) Tatsächliche Betrauung mit der Erbringung einer klar definierten gemeinwirtschaftlichen Pflicht	42
	aaa) Rundfunk als gemeinwirtschaftliche Dienstleistung	42
	bbb) Hoheitliche Betrauung öffentlich-rechtlicher Rundfunkveranstalter	44
	ccc) Kontrolle über die Auftrags Erfüllung	45
	bb) Ausgleichsberechnung anhand objektiver und transparenter Parameter	45
	aaa) Adhoc-Beihilfen zugunsten France 2 und France 3	46
	bbb) Bedarfsermittlungsverfahren zugunsten von TV2/Danmark	47
	ccc) Politischer Ermessensspielraum im deutschen Festsetzungsverfahren	48
	cc) Ex post-Kontrolle zur Verhinderung von Überkompensationen	49
	aaa) Getrennte Buchführung	50
	bbb) Beschränkung auf die Nettokosten der Auftrags Erfüllung	51
	ccc) Verhinderung von Wettbewerbsverfälschungen	52

ddd) Effektive Finanzaufsicht	52
dd) Auswahl des betrauten Unternehmens durch Vergabeverfahren oder Kostenvergleich mit einem durchschnittlichen, gut geführten Unternehmen	53
aaa) Erforderlichkeit und Umfang eines Kostenvergleichs im Rundfunksektor	54
(1) Einschränkungen aus <i>Chronopost</i> - und <i>BUPA</i> -Rechtsprechung	54
(2) Kommissionspraxis	55
bbb) Inhaltliche Anforderungen an den Kostenvergleich	56
ee) Zwischenergebnis	58
b) Selektivität der Begünstigung	59
3. Wettbewerbsverfälschende Wirkung	59
4. Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels	61
5. Tatbestandsausnahme nach Art. 107 Abs. 3 AEUV	62
6. Ergebnis	64
III. Rechtfertigung nach Art. 106 Abs. 2 AEUV	64
B. Die Vorgaben der Kommission bezüglich der Entfaltung kommerzieller Tätigkeiten	68
I. Kommerzielle Tätigkeiten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse	69
1. Tätigkeiten nichtwirtschaftlicher Art	70
2. Bestimmung des „allgemeinen Interesses“	70
a) Kriterien der Rechtsprechung	70
b) Kriterien der Kommission	73
c) Zusammenfassung: Objektive Kriterien für die Einstufung als Dienstleistung von allgemeinem Interesse	76
3. Tätigkeiten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im „allgemeinen Interesse“	76
a) Erfassung sämtlicher Unternehmenstätigkeiten durch die Privilegierung des Art. 106 Abs. 2 AEUV?	76
b) Besondere Unterscheidung von normalen Wirtschaftstätigkeiten aufgrund des Rundfunkprotokolls	78
c) Präzisierung des gemeinwirtschaftlichen Charakters gemäß der Rundfunkmitteilung	81
aa) Fernsehvollprogramme und neue Mediendienste	81
bb) Sonstige (= kommerzielle) Tätigkeiten	82
cc) Bewertung	83
aaa) Zulässigkeit einer offenen Auftragsdefinition	83

bbb) Einbeziehung entgeltlicher Angebote in den Auftrag	85
ccc) Ausschluss bestimmter Tätigkeiten aus dem potentiell gemeinwirtschaftlichen Betätigungsfeld .	87
4. Zusammenfassung und unionsrechtliche Definition kommerzieller Tätigkeiten	88
II. Pflicht zur getrennten Buchführung zum Aufspüren von Quersubventionierungen	90
1. Anwendungsbereich der Transparenzrichtlinie	92
a) Transparenzverpflichtung bezüglich öffentlicher Unternehmen (Art. 1 Abs. 1 TRL)	92
b) Transparenzverpflichtung von nach Artikel 106 AEUV privilegierten Unternehmen (Art. 1 Abs. 2 TRL)	92
c) Ausnahmen nach Art. 5 Abs. 2 TRL	93
2. Anwendbarkeit auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk	93
a) Segmentierungspflicht	94
b) Eingreifen der Ausnahmeregelungen	95
aa) Keine merkliche Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels	95
bb) Geringer Jahresnettoumsatz	96
cc) Offenes, transparentes und nicht diskriminierendes Festsetzungsverfahren	96
c) Zwischenergebnis	98
3. Anforderungen an die Kostenrechnung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks	99
a) Grundlagen der Kostenrechnung	99
b) Methoden zum Nachweis wettbewerbsrechtlich relevanter Quersubventionen	101
c) Anforderungen gemäß der Transparenzrichtlinie	103
d) Spezielle Kostengrundsätze gemäß der Rundfunkmitteilung .	104
e) Bewertung	106
4. Zusammenfassung	108
III. Pflicht zur Quersubventionierung des gemeinwirtschaftlichen Rundfunkauftrags	108
1. Rechtsprechung	109
a) Deutsche Post-Urteil	110
b) TNT Traco-Urteil	111
c) Zwischenergebnis	112
2. Übertragung auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk	112
3. Ergebnis	114

IV. Die Einhaltung von Marktprinzipien bei kommerzieller Betätigung	115
1. Anwendbarkeit auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk	116
a) Rundfunkveranstalter	116
b) Kommerziell tätige Tochtergesellschaften	117
aa) Empfänger staatlicher Beihilfen	117
bb) Öffentliche Unternehmen	118
c) Ergebnis	120
2. Das Prinzip des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers ..	120
a) Objektive Investitionsmaßstäbe	121
aa) Ausschluss einer Begünstigung des Kapitalnehmers	121
bb) Ausschluss einer Begünstigung privater Kapitalgeber ...	122
b) Subjektive Investitionsmaßstäbe	123
c) Sonderfall Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen	124
3. Das Prinzip des Fremdvergleichs	125
4. Exkurs: Kartellrechtliche Parallelwertungen bezüglich des Verhältnisses von Mutter- zu Tochterunternehmen	127
a) Kartellverbot (Art. 101 Abs. 1 AEUV) und Konzernprivileg ..	127
b) Missbrauchsverbot (Art. 102 AEUV)	128
aa) Diskriminierungsverbot (Art. 102 Satz 2 lit. c AEUV) ..	128
bb) Essential facilities-Doktrin (Art. 102 Satz 2 lit. b AEUV)	130
c) Vergleich mit beihilfenrechtlichen Marktprinzipien	132
5. Ausschluss wettbewerbsschädigender Praktiken durch den Einsatz öffentlicher Mittel	134
a) Unterbieten marktüblicher Preise	135
aa) Kartellrechtliche Maßstäbe zur Bewertung von Kampfpreisstrategien	135
aaa) Rechtsprechung	135
bbb) Kommissionspraxis	136
bb) Insbesondere: Kampfpreisstrategien auf dem Fernsehwerbemarkt	137
b) Erwerb und Nutzung von Premiuminhalten	140
aa) Zulässiger Anteil von Sportübertragungen am Gesamtprogramm	141
bb) Zahlung überhöhter Preise für Sportübertragungsrechte	142
cc) Pflicht zur Sublizenzierung ungenutzter Übertragungsrechte	143
dd) Bewertung	145
6. Zusammenfassung	147

C.	Beihilfenrechtliche Vorgaben für den öffentlich rechtlichen Rundfunk in Deutschland ..	149
I.	Deutschlands Verpflichtungen aus der Einstellungsentscheidung	149
	1. Die von der Kommission vorgeschlagenen zweckdienlichen Maßnahmen	149
	2. Die von Deutschland gegebenen Zusagen	151
II.	Vergleich zwischen zweckdienlichen Maßnahmen und Zusagen .	155
III.	Bewertung der Zusagen durch die Kommission	157

3. Kapitel

Verfassungsrechtliche Beurteilung

A.	Zulässigkeit einer kommerziellen Betätigung der öffentlichen Hand	162
I.	Anwendbarkeit auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk als Bestandteil der (mittelbaren) Staatsverwaltung	162
	1. Formal-organisatorische Betrachtung	163
	2. Materiell-rechtliche Betrachtung	163
	3. Ergebnis	165
II.	Keine verfassungsrechtliche Subsidiarität öffentlicher Wirtschaftsbetätigung	166
III.	Keine Notwendigkeit einer verfassungsrechtlichen Ermächtigung	167
IV.	Verfassungsrechtliche Grenzen	168
	1. Notwendigkeit einer Verfolgung öffentlicher Zwecke	168
	2. Grundrechte privater Wettbewerber	170
	a) Rechtsprechung: Ablehnung eines Grundrechtseingriffs durch öffentliche Konkurrenz	171
	b) Kritik in der Literatur	172
	c) Stellungnahme	173
V.	Zusammenfassung	176

B. Die Bedeutung der Rundfunkfreiheit für die kommerzielle Betätigung der Rundfunkanstalten ..	177
I. Objektivrechtliche Dimension der Rundfunkfreiheit	177
1. Sondersituation des Rundfunks	178
2. Gesetzgeberischer Ausgestaltungsauftrag	179
3. Schlussfolgerung: Maximen der Rundfunkfreiheit für die einfachrechtliche Ausgestaltung	180
4. Verhältnis von Ausgestaltungs- zu Schrankenregelungen	181
a) Differenzierung anhand des Regelungsziels	181
b) Einheitlicher Rechtfertigungsmaßstab: Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne	183
c) Verbleibende Unterschiede	185
II. Schutzbereich der Rundfunkfreiheit	185
1. Sachlicher Schutzbereich: Rundfunkbegriff	186
a) Verfassungsrechtlicher Rundfunkbegriff	186
b) Einfachgesetzlicher Rundfunkbegriff	188
2. Persönlicher Schutzbereich: Öffentlich-rechtlicher Rundfunk als Träger der Rundfunkfreiheit	189
III. Die Stellung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im dualen Rundfunksystem	192
1. Keine verfassungsrechtliche Pflicht zur Errichtung einer dualen Rundfunkordnung	192
2. Die Erfüllung des verfassungsmäßigen Rundfunkauftrags durch den öffentlich-rechtlichen Rundfunk	194
a) Grundversorgung als Pflichtaufgabe	194
b) Grundversorgung und Privatrundfunk	196
IV. Der verfassungsrechtliche Schutzzumfang der Rundfunkfreiheit des öffentlich-rechtlichen Rundfunks	197
1. Selbstverwaltungsrecht als notwendige Bedingung der Programmautonomie	197
2. Bestands- und Entwicklungsgarantie für die Auftrags Erfüllung .	199
3. Garantie funktionsadäquater Finanzierung	200
a) Verbot dysfunktionaler Unterfinanzierung	201
b) Verhinderung staatlicher oder partikular-gesellschaftlicher Abhängigkeit	201
c) Vorrang der Abgabenfinanzierung	202
4. Zusammenfassung	204
V. Grundrechtlicher Schutz bezüglich kommerzieller Betätigung ..	205
1. Rundfunkanstalten	205

a) Finanzierungsfunktion	205
aa) Verfassungsgerichtliche Rechtsprechung	206
bb) Einwände aus dem Schrifttum	207
aaa) Aufrechterhaltung finanzieller Flexibilität der Anstalten	207
bbb) Anstaltsvermögen als persönliche Mittel der Anstalten	209
b) Publizistische Funktion	210
aa) Kein Anspruch auf Veranstaltung kommerzieller Rundfunkangebote	210
bb) Aktivierung der abwehrrechtlichen Schutzfunktion bei Gestattung kommerzieller Rundfunkveranstaltung ..	212
c) Ergebnis	212
2. Kommerziell tätige Beteiligungsunternehmen	213
a) Verfassungsgerichtliche Rechtsprechung	213
aa) Unternehmen im Volleigentum der öffentlichen Hand ..	213
bb) Gemischtwirtschaftliche Unternehmen	214
aaa) Frühere Rechtsprechung	214
bbb) Fraport-Urteil	215
b) Ansätze in der Literatur	216
aa) Rechtsformansatz	217
bb) Beherrschungsansatz	217
cc) Grundrechtsgewährleistungsansatz	218
dd) Aufgabenansatz	219
ee) Funktionsansatz	220
c) Stellungnahme	220
d) Ergebnis	225
C. Verfassungsrechtliche Grenzen kommerzieller Betätigung	227
I. Vorbehalt des Gesetzes für die Entfaltung kommerzieller Tätigkeiten	227
1. Grundlagen des Vorbehalts des Gesetzes	228
2. Entwicklung der einfachgesetzlichen Rechtslage	229
a) Rechtslage vor Inkrafttreten des zwölften Rundfunk- änderungsstaatsvertrags	230
aa) Regelungen in Rundfunkstaatsvertrag und Anstalts- organisationsgesetzen	230
bb) Kategorisierung des anstaltlichen Tätigkeitskreises	231
aaa) Haupttätigkeiten	232
bbb) Hilfstätigkeiten	233
(1) Annextätigkeiten	234

(2) Randnutzung/-betätigung	234
b) Rechtslage seit Inkrafttreten des zwölften Rundfunk- änderungsstaatsvertrags	236
aa) Dichotomischer Tätigkeitsbereich der Anstalten	236
bb) Umfassende Ermächtigung zu kommerzieller Betätigung	237
3. Notwendigkeit einer spezifischen gesetzlichen Ermächtigung zu kommerzieller Betätigung	238
a) Gegenständliches Verständnis der Aufgabenbestimmung	238
b) Funktionales Verständnis der Aufgabenbestimmung	239
c) Stellungnahme unter Berücksichtigung des Vorbehalts des Gesetzes im Bereich des Rundfunkrechts	239
4. Notwendiger Inhalt einer gesetzlichen Ermächtigung	244
5. Zusammenfassung und Schlussfolgerung für die weitere Untersuchung	246
II. Verfassungsrechtliche Begrenzungen des gesetzgeberischen Spielraums	247
1. Notwendigkeit eines Sachzusammenhangs mit dem Auftrag	247
a) WDR-Urteil	248
b) Guldenburg-Beschluss	250
c) Schlussfolgerung	251
d) Ergebnis: Kein sachliche, sondern funktionale Bindung	254
2. Verbot zweckbeeinträchtigender oder -gefährdender Betätigung	254
a) Konkretisierung anhand der Maximen der Rundfunkfreiheit	255
aa) Gewährleistung vielfältiger und glaubwürdiger Bericht- erstattung	255
bb) Gewährleistung von Neutralität zur Sicherstellung funktionsadäquater Gruppendistanz	256
cc) Insbesondere: Gebot publizistischer Konkurrenzfähigkeit als „Verbot publizistischer Binnenkonkurrenz“?	258
aaa) Vorrang der Auftragserfüllung	259
bbb) Wahrung der Identifizierbarkeit öffentlich-rechtlicher Programme	260
b) Gefährdungspotential kommerzieller Tätigkeiten	261
aa) Programminterne Betätigung: Werbung und Sponsoring	261
bb) Programmexterne Betätigung: Programmverwertung und Merchandising	262
cc) Kooperationen mit Dritten	263
c) Zulässigkeitsprüfung mittels Abwägungsentscheidung	264
aa) Einflussrelativierende Aspekte	265
aaa) Vorrang öffentlicher Abgabenfinanzierung	265
bbb) Strukturelle Sicherungsvorkehrungen	265

(1) Gesellschaftsrechtliche Trennung von Auftrags- und kommerzieller Tätigkeit	265
(2) Personelle Entflechtung	268
ccc) Vertragliche Sicherungsvorkehrungen	269
bb) Positive Aspekte kommerzieller Betätigung	270
aaa) Stärkung der finanziellen Unabhängigkeit	270
bbb) Minderung der Abgabenlast	271
ccc) Werbeeffect für Auftragsangebote	271
cc) Zuständigkeit für die Vornahme der Abwägungsentscheidung	271
aaa) Ausgestaltungsaufgabe des Gesetzgebers	272
bbb) Zuständigkeit innerhalb der Rundfunkanstalten ...	274
ccc) Externe Kontrolle durch Rechtsaufsicht und Gerichte	275
(1) Rechtsaufsicht	275
(2) Gerichtliche Überprüfung	276
d) Zusammenfassung	277
3. Die Grundrechte privater Wettbewerber	278
a) Wirtschaftsgrundrechte	278
b) Mediengrundrechte	279
aa) Schutzzumfang der Medienfreiheiten im Hinblick auf ökonomische Aspekte	280
bb) Materiellrechtliche Voraussetzungen einer Grundrechtsverletzung	280
aaa) Verkürzung des publizistischen Wettbewerbs	281
bbb) Verkürzung des ökonomischen Wettbewerbs	282
ccc) Bewertung unter Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips	283
c) Ergebnis	287

4. Kapitel

Rundfunkgesetzliche Regelung kommerzieller Betätigung

A. Vorgaben für Kommerzielle Tätigkeiten	291
I. Legaldefinition nach § 16a Abs. 1 Satz 2 RStV	291
1. Abgrenzung vom Auftragstätigkeitskreis	292
a) Sachliche Beauftragung	292
aa) Fernseh- und Hörfunkprogramme	292
bb) Telemedien	293
b) Räumliche Beauftragung	295

2. Positivdefinitorische Merkmale des § 16a Abs. 1 Satz 2 RStV ...	295
a) Leistungen für Dritte	296
b) Angebot im Wettbewerb	296
c) Ablehnung zusätzlicher Definitionsmerkmale	297
3. Abgrenzung von Auftrags- und kommerziellem Tätigkeitsbereich	297
a) Einordnung gemeinnütziger Tätigkeiten	298
b) Einordnung von Tätigkeiten zur Anstaltskommunikation ...	300
c) Zuordnung einzelner Online-Angebotsinhalte	301
II. Begrenzungen kommerzieller Betätigungsmöglichkeiten	304
1. Begrenzungen aus auftragsbezogenen Vorschriften (§§ 11a bis 11f RStV)	304
a) Gesamtsystematik und entstehungsgeschichtlicher Hintergrund	305
b) Begrenzungen für kommerzielle Telemedien durch § 11d RStV?	306
c) Ergebnis: Beschränkung der Geltung der §§ 11a ff RStV auf Auftragsangebote	309
2. Begrenzungen aus den Vorgaben zur Anstaltsfinanzierung (§ 13 RStV)	310
III. Sicherstellung marktkonformer Betätigung	311
1. Fremdvergleichsgrundsatz und Ausschluss wettbewerbsschädigender Preisgestaltung	311
a) Marktgerechte Preise im Verhältnis zwischen Rundfunkanstalt und kommerziell tätigem Beteiligungsunternehmen	312
aa) Allgemeine Vorgaben für die Preisgestaltung	312
bb) Konkrete Preisbewertung auf Grundlage der Verrechnungspreisrichtlinie	312
b) Marktgerechte Preise im Verhältnis zwischen kommerziellen Beteiligungsgesellschaften	314
c) Marktgerechte Preise im Verhältnis zwischen Tochtergesellschaften und Dritten	314
2. Prinzip des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers	317
3. Fehlende Regelungen bezüglich Nutzung und Sublizenzierung von Sportübertragungsrechten	318
4. Strukturelle und finanzielle Trennung	320
a) Grundsatz: Kommerzielle Betätigung nur durch Tochtergesellschaften	320
b) Ausnahme: Kommerzielle Betätigung durch die Anstalten selbst	320

IV. Zwischenfazit für die verfassungsrechtliche Bewertung	322
V. Das Genehmigungsverfahren gemäß § 16a Abs. 2 RStV	324
1. Materielle Genehmigungsanforderungen	325
2. Formelle Ausgestaltung des Genehmigungsverfahrens	327
3. Verfassungsrechtliche Bewertung: Notwendige Einbeziehung programmverantwortlicher Gremien	328
VI. Ergebnis: Verfassungswidrigkeit des § 16a RStV	330
B. Vorgaben für kommerzielle Unternehmensbeteiligungen .	332
I. Geltungsbereich formaler und materieller Beteiligungsvoraussetzungen	334
II. Sachlicher Zusammenhang mit den Anstaltsaufgaben (§ 16b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 RStV)	335
1. Bezug zu den gesetzlichen Auftragsangeboten (§§ 11a bis 11d RStV)	336
a) Negative Abhängigkeit	336
aa) Verwertung materieller Güter	336
bb) Verwertung immaterieller Güter	337
b) Positive Abhängigkeit und Annextätigkeiten	338
2. Wahrnehmung der meinungsbildenden Gemeinwohlfunktion ..	339
3. Insbesondere: Möglichkeit zur Beteiligung an kommerziellen Rundfunkveranstaltern?	339
a) Beteiligung an kommerziellen Fernsehveranstaltern	340
b) Beteiligung an kommerziellen Hörfunkveranstaltern	342
4. Räumliche Begrenzung	342
5. Sonstige Tätigkeiten des Beteiligungsunternehmens	343
III. Grad des notwendigen Anstaltseinflusses (§ 16b Abs. 2 Satz 1 RStV)	343
1. Genereller Ausschluss einer Beherrschung?	344
a) Kein Ausschluss aufgrund der Festlegung auf privatwirtschaftliche Erbringung	344
b) Kein Ausschluss aufgrund eines „Finanziellen Abstandsgebots“ im Verhältnis zu den Anstalten	346
2. Keine Notwendigkeit einer Beherrschung	347
3. Orientierung an Zweckerfüllung	347
IV. Verfassungsrechtliche Bewertung: Ausschluss personeller Verflechtungen von Auftrags- und kommerzieller Betätigung ...	348

1. Fehlende Regelungen im Rundfunkstaatsvertrag	348
2. Systematik bestehender landesgesetzlicher Regelungen	349
3. Bewertung	351
a) Generalklauselartige Bestimmungen wie in § 21 Abs. 9 Sätze 4 bis 6 ZDF-StV	351
b) Adäquate Erfassung konkreter Beteiligungs- oder Mitgliedskonstellationen	352
c) Ausschluss von Rechtsgeschäften wie in § 18 Abs. 9 MDR-StV	354
4. Schlussfolgerung	354
V. Kontrolle kommerzieller Beteiligungsunternehmen	355
1. Allgemeine Beteiligungskontrolle (§ 16c RStV)	355
a) Beteiligungscontrolling	355
b) Berichtspflichten gegenüber der Rechtsaufsicht	356
c) Rechnungshofprüfung	357
2. Kontrolle kommerzieller Tätigkeiten (§ 16d RStV)	359
a) Bestellung des Jahresabschlussprüfers	359
b) Prüfungsauftrag und Mitteilungspflichten der Rechnungshöfe	360
3. Bewertung	363
C. Finanzbedarfsermittlung unter Berücksichtigung kommerzieller Erträge	364
D. Rechtsschutz privater Wettbewerber aufgrund rundfunkrechtlicher Regelungen	366
I. Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz bezüglich der Aufnahme kommerzieller Tätigkeiten	366
II. Wettbewerbsrechtlicher Rechtsschutz bezüglich des Marktverhaltens bei kommerzieller Betätigung	368
1. Gezielte Mitbewerberbehinderung (§ 4 Nr. 4 UWG)	368
a) Geschäftliche Handlung	368
b) Gezielte Behinderung von Mitbewerbern	369
2. Verstoß gegen Marktverhaltensregeln (§ 3a UWG)	371
a) Gesetzliche Vorschriften	371
b) Regelung des Marktverhaltens	371
c) Regelung im Interesse der Marktteilnehmer	374
III. Zusammenfassung	375

Schlussbetrachtung	377
Wesentliche Ergebnisse der Untersuchung	381
Die kommerzielle Betätigung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Überblick (1. Kapitel)	381
EU-beihilfenrechtliche Beurteilung (2. Kapitel)	381
Verfassungsrechtliche Beurteilung (3. Kapitel)	383
Rundfunkgesetzliche Beurteilung (4. Kapitel)	386
Literaturverzeichnis	389
Register	403

Einführung

Der öffentlich-rechtliche Rundfunk hat als Medium und Faktor im Prozess individueller wie öffentlicher Meinungs- und Willensbildung zu wirken. So definiert § 11 Abs. 1 Satz 1 RStV Zielsetzung und Existenzberechtigung öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten¹. In dieser Funktion konkurrieren öffentlich-rechtliche Rundfunkprogramme und Telemedien mit privatwirtschaftlichen Medienangeboten um die Aufmerksamkeit der Mediennutzer: Zwischen öffentlich-rechtlichem Rundfunk und privaten Medienanbietern herrscht insoweit *publizistischer* Wettbewerb.

Zugleich stehen die Rundfunkanstalten aber auch in zahlreichen *ökonomischen* Wettbewerbsbeziehungen zu privatwirtschaftlichen Unternehmen. Die Konkurrenzsituation besteht sowohl auf Angebotsmärkten, beispielsweise auf dem Markt für die Vermarktung von Werbesendezeiten, als auch auf Nachfragemärkten, insbesondere auf dem Markt für den Erwerb von Programmrechten. Aufgrund der ganz überwiegenden Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks über hoheitlich auferlegte Abgaben in Form von „Rundfunkbeiträgen“² besteht aus Sicht privater Wettbewerber

¹ Es handelt sich hierbei zuvorderst um (explizit oder konkludent) gemeinnützige Körperschaften in der Rechtsform einer Anstalt des öffentlichen Rechts; Art. 1 Abs. 1 BR-G („Er hat (...) die den gemeinnützigen Anstalten zuerkannten Vorrechte“); § 1 Abs. 1 Satz 1 HR-G; § 1 Abs. 1 Satz 1 MDR-StV („gemeinnützige Anstalt“); § 1 Abs. 1 NDR-StV („gemeinnützige Anstalt“); § 1 Abs. 2 RB-G („gemeinnützige Anstalt“); § 1 Abs. 1 Satz 1 RBB-StV („gemeinnützige rechtsfähige Anstalt“); § 22 Abs. 1 Satz 1 SaarlMedienG („gemeinnützige Anstalt“); § 1 Abs. 1 Satz 1 SWR-StV („gemeinnützige rechtsfähige Anstalt“); § 1 Abs. 1 Satz 1 WDR-G („gemeinnützige Anstalt“); § 1 Abs. 1 ZDF-StV („gemeinnützige(n) Anstalt“). Das „Deutschlandradio“ ist eine gemeinnützige Körperschaft des öffentlichen Rechts, deren einzige Mitglieder die in der ARD zusammengeschlossenen Anstalten und das ZDF sind; § 1 Abs. 1 DR-StV. – Nicht unter die Bestimmungen des Rundfunkstaatsvertrags fällt die gemeinnützige Anstalt „Deutsche Welle“ als für den Auslandsrundfunk zuständige „Rundfunkanstalt des Bundesrechts“; § 1 Abs. 1 DW-G.

² Gemäß § 13 Abs. 1 Satz 1 RStV finanziert sich der öffentlich-rechtliche Rundfunk vorrangig aus sogenannten Rundfunkbeiträgen. Die Pflicht zu deren Zahlung regelt der zum 01. Januar 2013 in Kraft getretene Rundfunkbeitragsstaatsvertrag. Beitragsschuldner sind demnach die Inhaber von Wohnungen (§ 2 Abs. 1 RBeiStV), Betriebsstätten (§ 5 Abs. 1 Satz 1 RBeiStV), Fremdenzimmer (§ 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 RBeiStV) und zu bestimmten Zwecken verwendeten Kraftfahrzeugen (§ 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 RBeiStV). Die Höhe des monatlich zu zahlenden Rundfunkbeitrags bemisst sich nach dem Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag und beträgt derzeit 17,48 € (§ 8 RFinStV). – Über die Verfassungsmäßigkeit des Rundfunkbeitragsstaatsvertrags, insbesondere über die genaue abgabenrechtliche Ein-

auf diesen Märkten die Gefahr einer Wettbewerbsverzerrung durch den Einsatz öffentlicher Mittel.

Entsprechend ist die rechtswissenschaftliche und medienpolitische Kontroverse um die Zulässigkeit wirtschaftlicher Betätigung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks so alt wie er selbst. Und sie entflammte jedes Mal aufs Neue, wenn die Anstalten ein weiteres wirtschaftliches Betätigungsfeld zu betreten gedachten:

- Erster Konfliktherd war die Vermarktung von Werbesendezeiten und die Ausstrahlung von Werbesendungen, welche bereits vor Gründung der Bundesrepublik Deutschland im Jahre 1949 Einzug in die Programme der ARD-Anstalten gehalten hatte³ und mit Inkrafttreten des ZDF-StV am 01. Dezember 1961 erstmals auch eine gesetzliche Regelung erfuhr⁴.
- Mit dem Aufkommen der Videokassettenteknik Anfang der 1970er Jahren war die Frage verbunden, ob die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten Programmvermarktung in Form von Videokassetten ihrer Sendungen betreiben dürfen⁵.
- Mitte der 1980er Jahre sorgte die Überlegung, den Anstalten die Herausgabe programmbegleitender Zeitschriften einzuräumen, für medienrechtlichen Zündstoff und heftige Gegenwehr der Zeitungsverlage⁶.

ordnung des „Rundfunkbeitrags“, herrscht Streit. Die Kritiker bezweifeln unter anderem die Kompetenz der Länder zum Erlass einer von der Rundfunknutzung abgekoppelten Abgabe und erblicken im „Rundfunkbeitrag“ vielmehr eine zur Finanzierung von Staatsaufgaben erhobene Steuer, für deren Erhebung keine grundgesetzliche Kompetenzgrundlage bestehe; vgl. hierzu nur *Korioth/Koemm*, DStR 2013, 833 (834). Auch wenn sich in den bisherigen gerichtlichen Entscheidungen insbesondere der rheinland-pfälzische Verfassungsgerichtshof – Urt. v. 13.5.2014, Az. VGH B 35/12 –, der bayrische Verfassungsgerichtshof – Urt. v. 15.5.2014, Az. Vf. 8-VII-12 u. Vf. 24-VII-12 – und das Bundesverwaltungsgericht – NVwZ 2016, 1081 ff – dieser Einschätzung nicht angeschlossen haben, wird im Folgenden neutral von ‚Rundfunkabgaben‘ gesprochen.

³ *Breunig*, MP 2014, 50 (52 f).

⁴ Aus der umfangreichen Literatur, die sich der rechtlichen Würdigung von Werbefernsehen im öffentlich-rechtlichen Rundfunk widmet, vgl. nur *Fröhler*, Werbefernsehen, passim; *Leisner*, Werbefernsehen, passim; *Lerche*, Rechtsprobleme, passim; *Schneider*, Werbung im Rundfunk, passim; *Emmerich/Steiner*, Möglichkeiten und Grenzen, S. 19 f. u. 48. Aus der Rechtsprechung vgl. insbesondere BVerfGE 83, 238 (309 ff); BGH NJW 1958, 1298 ff.

⁵ Vgl. nur *v. Hutten*, Erwerbswirtschaftliche Beteiligung, passim; *Seeger*, DÖV 1972, 253 ff; *Ipsen*, DÖV 1974, 721 ff. S. dazu auch *Emmerich/Steiner*, Möglichkeiten und Grenzen, S. 20 m. w. N.

⁶ Ausführlich dazu etwa *Kübler*, Rundfunkauftrag und Programminformation, passim; *Scholz*, Rundfunkeigene Programmpresse, passim; *Emmerich/Steiner*, Möglichkeiten und Grenzen, passim. Aus der Rechtsprechung vgl. insbesondere BVerfGE 83, 238 (312 ff).

- In den 1990er Jahren loteten die Anstalten – allen voran das ZDF⁷ – die wirtschaftlichen und insbesondere rechtlichen Möglichkeiten zur Veranstaltung von Pay-TV-Programmen aus⁸.
- Mit Entstehung des World Wide Web drangen auch die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten mit eigenen Angeboten in den Online-Bereich vor und lösten damit die Diskussion über die Reichweite des Funktionsauftrags der Anstalten aus, die letztlich auch mit der Frage verbunden war, ob Online-Angebote dem Rundfunkauftrag oder dem wirtschaftlichen Tätigkeitsbereich zuzuordnen seien⁹.
- Das Projekt der Errichtung und des Betriebs eines „Medienparks“ durch das ZDF steht exemplarisch für die Bestrebungen der Anstalten zu Beginn der 2000er-Jahre, mittels innovativer Formen der Programmwerbung und Anstaltskommunikation über das Programm hinaus Aufmerksamkeit zu generieren. Damit testeten sie zugleich die Grenzen dessen aus, was ihr Auftrag zur Rundfunkveranstaltung an wirtschaftlichen Kompetenzen zu vermitteln imstande ist¹⁰.

War die ökonomische Betätigung öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten bis dahin Gegenstand verfassungs-, verwaltungs- und wettbewerbsrechtlicher Fragestellungen, wurde sie durch die Einlegung von Beschwerden privater Konkurrenten bei der EU-Kommission ab dem Jahre 2002 zur Prüfung eines Verstoßes gegen das Verbot staatlicher Beihilfen gemäß Art. 87 EG [Art. 107 AEUV] in Form unzulässiger Abgabenfinanzierung der Anstalten dem Europäischen Beihilfenrecht zur Bewertung zugeführt. Mit der Einstellungsentscheidung¹¹ und der Abgabe verpflichtender Zusagen Deutschlands beendete die Kommission am 24. April 2007 das beihilfenrechtliche Verfahren. Hieraus resultiert die vollständige Neuregelung wirtschaftlicher Betätigungsmöglichkeiten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks durch die in Rundfunkangelegenheiten zuständigen Bundesländer¹²: Seit dem Inkrafttreten des zwölften Rundfunkänderungsstaatsvertrags am 01. Juni 2009 sind

⁷ Vgl. zu den Plänen einer Pay-TV-Veranstaltung durch das ZDF in Kooperation mit privatwirtschaftlichen Medienunternehmen *Stettner*, ZUM 1995, 293 (305).

⁸ Vgl. dazu nur *Hoffmann-Riem*, Pay-TV im öffentlich-rechtlichen Rundfunk, passim; *ders.*, Pay-TV im öffentlich-rechtlichen Rundfunk, MP 1996, 73 ff.; *Kresse*, ZUM 1995, 178 ff.; *Stettner*, ZUM 1995, 293 ff.; *Schäfer*, Neue Betätigungsfelder, S. 155 ff.

⁹ Vgl. dazu nur *Jarass*, Online-Dienste und Funktionsbereich, passim; *Degenhart*, Funktionsauftrag, passim.

¹⁰ Dazu *Rath-Glawatz*, K&R 2000, 72; *Degenhart*, Rundfunk und Freizeitparks, passim; *Gounalakis*, Funktionsauftrag und wirtschaftliche Betätigung, passim; *Mand*, Erwerbswirtschaftliche Betätigung, S. 15 f.; *Schäfer*, Neue Betätigungsfelder, S. 139 ff. Aus der Rechtsprechung: LG Mainz, MMR 2000, 765 ff.; OLG Koblenz, MMR 2001, 812 ff.

¹¹ KOM (2007), 1761 endg. – Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Deutschland. Zum Hergang des Verfahrens ebd., Tz. 1 ff.

¹² Grundlegend BVerfGE 12, 205 (243).

die Rundfunkanstalten gemäß § 16a Abs. 1 Satz 1 RStV explizit berechtigt, „kommerzielle Tätigkeiten“ auszuüben.¹³ Die Tätigkeiten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks auf ökonomischen Märkten wurden dadurch nicht nur mit einer neuen Terminologie belegt, sondern auch einem neuartigen Rechtsregime (gemäß der §§ 16a ff RStV) unterworfen, welches einer umfassenden Würdigung unter Einbeziehung seiner beihilfenrechtlichen und rundfunkverfassungsrechtlichen Wurzeln bedarf.

Bereits jetzt zeigt sich nämlich, dass die medienpolitische und medienrechtliche Diskussion um die künftige (ökonomische) Rolle des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in der zunehmend konvergenten Medienlandschaft mit der Novellierung des Rundfunkstaatsvertrags keinesfalls zum Abschluss gekommen ist. Die Auseinandersetzung um das von den Beteiligungsgesellschaften der Rundfunkanstalten initiierte Projekt zum Aufbau einer nach den Regeln für kommerzielle Tätigkeiten agierenden Video-on-Demand-Plattform unter dem Arbeitstitel „Germany’s Gold“¹⁴, welches letztendlich aufgrund des Widerstandes des Bundeskartellamts aufgegeben worden ist¹⁵, ist dafür ein erster Vorboten. Tatsächlich erodiert die überkommene Medienlandschaft in zunehmendem Maße und zwingt traditionelle „Player“ zum Kampf um ihren Platz in der neuen Medienordnung: Mit neuen technischen Möglichkeiten stellt sich ein immer deutlicher zu spürender Wandel in der Rezeption von Medien ein¹⁶, der zugleich klassische Formen der Refinan-

¹³ Im Übrigen berechtigte bereits § 13 Satz 1 RStV in seiner Fassung vor Inkrafttreten des zwölften Rundfunkänderungsstaatsvertrags die Rundfunkanstalten zur Erzielung „sonstiger Einnahmen“.

¹⁴ Näher zur Projektierung Hain/Wierny, K&R 2012, 261 ff; Loeb, Kommerzielle Tätigkeiten, in: Hain u. a. (Hrsg.), Kommerzielle Tätigkeiten, S. 5 (9 ff).

¹⁵ Nachdem das Bundeskartellamt kartellrechtliche Bedenken bezüglich der Vereinbarkeit mit dem Kartellverbot (§ 1 GWB) geäußert hatte – vgl. Pressemitteilung v. 11.03.2013, abrufbar unter http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2013/11_03_2013_Germanys-Gold.html (letzter Abruf: 25.10.2016) –, kündigten die Gesellschafter mit Pressemitteilung vom 16.09.2013 – abrufbar unter <http://www.presseportal.de/pm/59521/2556792> (letzter Abruf: 25.10.2016) an, das Vorhaben nicht weiter verfolgen zu wollen.

¹⁶ So ging die Gesamtauflage deutscher Tageszeitungen von 27,3 Millionen Exemplaren im Jahre 1991 auf 16,1 Millionen im Jahre 2015 zurück; statista, abrufbar unter <http://de.statista.com/statistik/daten/studie/72084/umfrage/verkaufte-auflage-von-tageszeitungen-in-deutschland/> (letzter Abruf: 25.10.2015). Dagegen nimmt insbesondere die Internetnutzung kontinuierlich zu: 2016 nutzten bereits 83,8 Prozent der Gesamtbevölkerung das Internet zumindest selten, wobei die durchschnittliche Verweildauer pro Tag auf inzwischen 128 Minuten angestiegen ist; ARD/ZDF Onlinestudie 2016, abrufbar unter <http://www.ard-zdf-onlinestudie.de/index.php?id=568> (letzter Abruf: 25.10.2016). – Die zunehmende Internetnutzung geht jedoch nicht zu Lasten des „klassischen“ Rundfunks: So verharrt der durchschnittliche tägliche Fernsehkonsum auf konstant hohem Niveau und ging im Vergleich zu seinem Allzeithoch (225 Minuten im Jahr 2010) lediglich um vier Minuten auf 221 Minuten (jeweils in den Jahren 2013 und 2014) zurück; Zubayr/Gerhard, MP 2015, 110 (114); indes rezipieren insbesondere Jugendliche zwischen zwölf und 19 Jahren vermehrt zeitversetzte Inhalte auf Videoportalen, 50 Prozent dieser Altersgruppe

zierung von Medienangeboten wie die für Printmedien typische Verkaufs- und Abonnementfinanzierung unter Druck setzt. Schließlich wird auch das immer stärkere Hinzutreten internationaler Konkurrenten¹⁷ den Kampf um Aufmerksamkeit zwischen den Medienanbietern verschärfen.

In Zeiten fundamentaler Umwälzungen auf den Medienmärkten wird auch die (Sonder-)Rolle des abgabenfinanzierten öffentlich-rechtlichen Rundfunks zunehmend hinterfragt werden. Bedingt durch seine nach wie vor starke publizistische Marktposition¹⁸ werden die ökonomischen Auswirkungen seiner Betätigungen von den privatwirtschaftlichen Wettbewerbern mit Argusaugen beobachtet: Denn zum einen hängt deren ökonomischer Erfolg maßgeblich vom publizistischen Erfolg ihrer Angebote ab, weshalb publizistische Angebote der Rundfunkanstalten mittelbar die ökonomischen Grundlagen privater Anbieter beeinflussen. Zum anderen verschärft das Hinzutreten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks als Konkurrent auf ökonomischen Märkten den dortigen Wettbewerb und hat dadurch unmittelbaren Einfluss auf die ökonomischen Grundlagen privatwirtschaftlicher Mediendienste.

Auf der anderen Seite bestehen aber nachvollziehbare Gründe dafür, dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk kommerzielle Betätigung zu gestatten: Die hierdurch erzielten Einnahmen tragen zur Gesamtfinanzierung der Anstalten bei und mindern auf diese Weise die allgemeine Abgabenlast der Rundfunkteilnehmer¹⁹, was sich positiv auf Akzeptanz des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in der Bevölkerung auswirken kann. Zudem kann eine Diver-

besitzen darüber hinaus einen YouTube-Account; *Puffer*, MP 2015, 17 (23). – Auch die Hörfunknutzung in Deutschland verharrt beinahe auf ihrem Niveau und erreichte 2012 eines Tagesreichweite von 76,6 Prozent der Bevölkerung bei einer durchschnittlichen Verweildauer von 232 Minuten; *Gattringer/Klingler*, MP 2016, 461 (467).

¹⁷ So vollzog etwa der us-amerikanische Video-on-Demand-Anbieter *Netflix* am 16.09.2014 seinen Markteintritt in Deutschland. Gerade im Video-on-Demand-Segment entstammen bis zu 73 Prozent der Anbieter in den größeren europäischen Ländern den USA; *Puffer*, MP 2015, 17 (23).

¹⁸ Im Fernsehmarkt (Gesamtpublikum ab drei Jahren) erzielte das ZDF 2015 bundesweit die größte Reichweite mit einer durchschnittlichen Einschaltquote von 12,5 Prozent vor dem Ersten Fernsehprogramm der ARD (11,6 Prozent) und RTL als stärkstem kommerziellen TV-Programm mit 9,9 Prozent, dahinter rangieren Sat.1 (7,9 Prozent), ProSieben (5,3 Prozent) und VOX (5,1 Prozent); *statista*, abrufbar unter <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/214350/umfrage/marktanteile-der-tv-sender-in-deutschland/> (letzter Abruf: 25.10.2016).

¹⁹ Die KEF ist in ihrem Sonderbericht „Verzicht auf Werbung im Sponsoring im öffentlich-rechtlichen Rundfunk“ zu dem Ergebnis gelangt, ein vollständiger Verzicht auf die Ertragsquellen Werbung und Sponsoring mache eine Kompensation in Form einer Erhöhung der Rundfunkabgabe um 1,26 € erforderlich; abrufbar unter http://www.kef-online.de/inhalte/sonderbericht/KEF_Sonderbericht_2014.pdf (letzter Abruf: 25.10.2016). Im 20. KEF-Bericht hat sie diese Berechnung erneuert und den Kompensationsbetrag um 0,03 € auf nunmehr 1,23 € gesenkt; 20. KEF-Bericht, Tz. 382.

sifizierung der Ertragsquellen prinzipiell die Unabhängigkeit der Anstalten stärken und somit eine bessere Erfüllung ihres Auftrags sicherstellen²⁰.

Die aufgezeigten ökonomischen wie gesellschaftlichen Vor- und Nachteile kommerzieller Betätigung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks verlangen nach möglichst präziser Bestimmung des rechtlichen Spielraums des Gesetzgebers und der Anstalten zu deren Entfaltung. Die vorliegende Arbeit verfolgt das Ziel, die Betätigungsmöglichkeiten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und deren Grenzen darzulegen und Perspektiven für die künftige Ausgestaltung des ökonomischen Wettbewerbs zwischen Rundfunkanstalten und privatwirtschaftlichen Medienunternehmen aufzuzeigen.

²⁰ So auch das Bundesverfassungsgericht in früherer Rechtsprechung: BVerfGE 83, 238 (310f); 87, 181 (200); 90, 60 (91). Näher dazu u., 3. Kap. IV 3 c).

Gang der Untersuchung

Im Rahmen dieser Untersuchung ist zu prüfen, ob der öffentlich-rechtliche Rundfunk zur Teilnahme am ökonomischen Wettbewerb berechtigt ist und, soweit dies zu bejahen sein sollte, welchen Vorgaben er hierbei unterliegt.

Wesentlicher Untersuchungsgegenstand im Hinblick auf die ökonomischen Wettbewerbsbeziehungen zwischen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten und privaten Anbietern ist das *Anbieten* kommerzieller Tätigkeiten, entweder durch die Anstalten selbst oder durch ihre kommerziellen Beteiligungsgesellschaften. Daneben werden die ökonomischen Wettbewerbsbeziehungen aber auch geprägt durch öffentlich-rechtliche und private Konkurrenzsituationen auf *Nachfragemärkten*, insbesondere auf Märkten für den Erwerb von Programmrechten. Auf diesen Aspekt wird, wo dies für das Verständnis rechtlicher Vorgaben für die Erbringung kommerzieller Tätigkeiten sinnvoll erscheint, im Rahmen dieser Untersuchung ebenfalls eingegangen.

Um den zentralen Untersuchungsgegenstand näher zu illustrieren, werden zunächst anhand der Legaldefinition und der Regelbeispielaufzählung in § 16a Abs. 1 RStV die typischen kommerziellen Tätigkeiten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten sowie ihre Beteiligungen an kommerziell tätigen Unternehmen skizziert (1. Kapitel).

Die darauf aufbauende rechtliche Würdigung behandelt die originär auf die Regelung kommerzieller Betätigung der Rundfunkanstalten abzielenden Rechtsgebiete, nämlich das EU-Beihilfenrecht sowie das allgemeine Verfassungs- und das spezielle Rundfunkverfassungsrecht. Nach grundlegender Darlegung ihrer Vorgaben werden die hierdurch gewonnenen Erkenntnisse auf die rundfunkstaatsvertraglichen Vorschriften betreffend kommerzielle Tätigkeiten angewandt.

Aufgrund des unionsrechtlichen Anwendungsvorrangs¹ geht die Untersuchung zuerst auf die allgemeinen Voraussetzungen des EU-Beihilfenrechts für die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanbieter ein. Dabei beschränkt sich die Perspektive nicht auf die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in Deutschland, sondern erfasst die Vorgaben, die für sämtliche gemeinwirtschaftlich tätigen Rundfunkveranstalter innerhalb der EU gelten. Daran anknüpfend werden die konkreten Vorgaben bezüglich der kommerziellen

¹ Für einen (bloßen) Anwendungs- und nicht etwa einen Geltungsvorrang des Unionsrechts gegenüber nationalem Recht überzeugend etwa *Herdegen*, Europarecht, § 8, Rdnr. 3.

Betätigung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in der Bundesrepublik Deutschland auf der Grundlage der Beihilfenentscheidung vom 24. April 2007 vorgestellt und bewertet (2. Kapitel).

Sodann erfolgt die Untersuchung nationaler verfassungsrechtlicher Vorgaben: Dazu sind zunächst die allgemeinen verfassungsrechtlichen Voraussetzungen darzulegen, welche die Fragen einer Zuordnung der Anstalten zur öffentlichen Hand sowie nach den Möglichkeiten und Grenzen einer kommerziellen Betätigung derselben beantworten. Im Anschluss daran wird den besonderen verfassungsrechtlichen Vorgaben aus der Rundfunkfreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG) nachgegangen. Nach der Darstellung der vom Bundesverfassungsgericht entwickelten objektiv-rechtlichen Dimension der Rundfunkfreiheit und der verfassungsrechtlichen Position des öffentlich-rechtlichen Rundfunks wird die Frage eines grundrechtlichen Anspruchs auf Ermächtigung zu kommerzieller Betätigung sowohl der Anstalten als auch ihrer Betreibungsunternehmen behandelt. Anschließend sind die verfassungsrechtlichen Grenzen kommerzieller Tätigkeiten zu ziehen; in diesem Rahmen wird aufgrund des gesetzgeberischen Ausgestaltungsvorbehalts für die Rundfunkfreiheit auch ein Vergleich mit der einfachgesetzlichen Rechtslage vor Inkrafttreten des 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrags angestellt (3. Kapitel).

Abschließend (4. Kapitel) werden die rundfunkstaatsvertraglichen Regelungen, insbesondere der §§ 16a ff RStV, dargestellt und unter Berücksichtigung der zuvor gewonnen Erkenntnisse auf ihre Vereinbarkeit sowohl mit dem EU-Beihilfenrecht als auch mit dem allgemeinen und dem Rundfunkverfassungsrecht hin überprüft. Hierin fließen auch erste praktische und rechtliche Erfahrungen im Umgang mit den Vorschriften ein. Abschließend wird untersucht, inwieweit die rundfunkgesetzlichen Regelungen privaten Wettbewerbern Rechtsschutz gegen kommerzielle Betätigung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks vermitteln.

1. Kapitel

Die kommerzielle Betätigung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Überblick

Zunächst ist darzustellen, was unter einer „kommerziellen Tätigkeit“ des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zu verstehen ist. Hierzu dient eine Veranschaulichung des Begriffs anhand der Beleuchtung beispielhafter Tätigkeiten, wie sie der Rundfunkstaatsvertrag nunmehr als Regelbeispiele aufzählt; über diese Aufzählung hinaus wird aber auch kurz auf weitere (und möglicherweise ebenfalls als kommerzielle Tätigkeiten) einzuordnende Aktivitäten eingegangen (A.).

Zusätzlich werden die unterschiedlichen Erscheinungsformen von Beteiligungen der Rundfunkanstalten an kommerziellen Unternehmen aufgezeigt und systematisiert (B.).

A. Kommerzielle Tätigkeiten gemäß § 16a Abs. 1 Satz 2 RStV

Als *kommerziell* werden allgemein geschäftliche, das heißt auf Gewinn bedachte, Tätigkeiten bezeichnet¹. § 16a RStV definiert dagegen in Absatz 1 Satz 2 die kommerziellen Tätigkeiten, welche die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten entfalten dürfen, als „Betätigungen, bei denen Leistungen auch für Dritte im Wettbewerb angeboten werden“. Beispielhaft hierfür benennt die Vorschrift „Werbung und Sponsoring, Verwertungsaktivitäten, Merchandising, Produktion für Dritte und die Vermietung von Senderstandorten an Dritte“. Inwieweit § 16a RStV zu darüber hinaus gehender kommerzieller Betätigung berechtigt, ist im Rahmen dieser Arbeit zu untersuchen. Jedenfalls erfassen die genannten Regelbeispiele die zurzeit typischen und bedeutsamsten Formen kommerzieller Betätigungen der Anstalten.

I. Werbung

Die Ausstrahlung von Sendezeiten für Werbesendungen² im öffentlich-rechtlichen Fernsehen unterliegt den allgemeinen qualitativen Voraussetzungen für Rundfunkwerbung nach den §§ 7 und 7a RStV sowie spezifischen und im Vergleich zum Privatrundfunk strengeren quantitativen Restriktionen: Gemäß § 16 Abs. 1 RStV beträgt die tägliche Höchstdauer in Fernsehprogrammen 20 Minuten, nach 20 Uhr sowie an Sonn- und bundesweiten Feiertagen ist Werbung untersagt.³ Der Umfang von Werbung im Hörfunk richtet sich nach Landesrecht, wobei die werktägliche Höchst-

¹ Duden online, abrufbar unter <http://www.duden.de/suchen/dudenonline/kommerziell> (letzter Abruf: 25.10.2016).

² § 2 Abs. 2 Nr. 7 RStV definiert Werbung im Rundfunk als „jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs, die im Rundfunk von einem öffentlich-rechtlichen oder einem privaten Veranstalter oder einer natürlichen Person entweder gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung oder als Eigenwerbung gesendet wird, mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen, gegen Entgelt zu fördern“.

³ Für private Rundfunkveranstalter gilt lediglich die – auch für die öffentlich-recht-

Sachverzeichnis

- Altmark-Kriterien 40 ff, 64 ff
Annexstätigkeiten 234, 300, 338
Anwendungsvorrang des Unionsrechts 7, 299
Arm's length principle 52, 125, 311
Auftragstätigkeiten 108, 264, 292, 321, 323, 353, 378
- Baden-Württemberg-Urteil des BVerfG 195, 206 f, 210, 258, 281 ff
Beherrschung (von Unternehmen) 22, 118 f, 128, 179, 215 ff, 222 ff, 344 ff
Bestands- und Entwicklungsgarantie 197, 199 f, 239, 244
Bundeskartellamt 4, 134
BUPA-Rechtssache des EuGH 41, 48, 55, 57
- Chronopost-Rechtssache des EuGH 54 f, 106
- Deutschlandfernsehen-Urteil des BVerfG 164, 178, 257
Drei-Stufen-Test 294, 306 f, 340
Drinne und Draußen 17, 301
Druckwerke 16, 188, 230, 240, 248 ff, 292, 300 f
Duale Rundfunkordnung 192, 205
Dumpingpreise 52
Durchführungsverbot 26, 124
- Faulhaber-Regel 102
Frapport-Urteil des BVerfG 215 f, 223 f, 344, 346
Fully Distributed Costs-Test 101
Funktionsauftrag 3, 195 f, 198, 211, 282, 292, 351, 356, 378
- Gemeinnützige Tätigkeit 295, 298 f
Germany's Gold 21, 134, 306
Gewinnerzielungsabsicht 113, 296, 298 f, 339
Gruppendistanz 181, 244, 255 ff, 269, 349, 351
Guldenburg-Beschluss des BVerfG 206, 239, 248, 250 f, 338
- Haftungsübernahme 154, 317 f
- IDW-Prüfungsstandard 360, 363
Incremental Cost-Test 102, 105 f
Inkompatibilitätsregelungen 45, 268 f, 349 ff, 354, 378
Intendant 274, 327 f, 330, 350, 352 f, 355, 362
- Kampfpreisstrategie 137 ff, 369
KEF 11, 13 f, 22 f, 37, 48, 96, 98, 153 f, 208, 270, 362, 364 f
Klagebefugnis 366
Kosten 99
Kostenartenrechnung 100
Kostenträgerrechnung 100
- Market Economy Investor-Test 39, 124, 317
Marktabgrenzung 60, 140, 143, 146
Marktversagen 31, 75, 79, 125
Medienpark 3, 233
Merchandising 10, 14 ff, 34, 82, 87, 89, 152, 188, 207, 239, 250, 257, 261 f, 271 f, 276, 279, 337 f
Monopolisierung 173 f, 279, 283
- Negativliste (öffentlich-rechtlicher Telemedien) 293, 304, 306, 309

- Niedersachsen-Urteil des BVerfG 193 f, 242
- Notifizierungsgebot 26, 124
- Pay-Angebote 86, 187
- Pay-TV 3, 34, 258
- PreußenElektra-Rechtssache des EuGH 35 ff
- Programmverwertung 14, 34, 88, 104, 188, 207, 209 f, 261 f, 276, 279, 337
- Publizistische Binnenkonkurrenz 261, 303, 341
- Publizistische Konkurrenzfähigkeit 146, 148
- Randnutzung 234 ff, 298, 336
- Rechnungshöfe 154 f, 312 ff, 356 ff, 370, 379
- Rechtsaufsicht 154, 199, 275 f, 356 f, 359, 361, 363
- Rundfunkorchester 17, 299
- Rundfunkrat 274, 327 ff, 353
- Rundfunkverfassungsverstreit 327, 331
- Saarland-Urteil des BVerfG 178, 184, 192
- Sachzusammenhang 247 ff, 278, 335 f, 339, 343, 367, 377
- Sacrifice-Test 136
- Sonderdogmatik (der Rundfunkfreiheit) 177, 180
- Sportübertragungsrechte 20, 60, 141 ff, 151, 154, 208, 318 ff, 371, 374
- Staatsdistanz 80, 181, 212, 242, 257, 268 f, 356
- Stand Alone Cost-Test 101
- Stardust Marine-Rechtssache des EuGH 118 ff
- Teilkostenrechnung 101
- Telefon-Mehrwertnummern 82, 87, 89
- Telemarketing 131 f
- Telemedienangebote 81, 258, 282, 293, 305, 307, 325
- Universaldienst 72, 76, 111 ff
- Verrechnungspreisrichtlinie 312, 314, 316
- Verwaltungsrat 274, 327 ff, 350 ff, 362
- Video-on-demand 4, 134, 188, 260, 306, 308
- Vielfaltsgebot 244, 246, 255, 277
- Vollkostenrechnung 100 f, 103, 105 f
- WDR-Urteil des BVerfG 196, 209, 248 ff, 252, 257, 263, 283 f, 287
- Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit 98, 235 f, 239, 364
- ZDF-Urteil des BVerfG 165, 242, 244, 268
- Zweckdienliche Maßnahmen 108, 150, 156
- Zweites Gebührenurteil des BVerfG 203, 262, 270, 285