

DER DIREKTOR

Professor Dr. Matthias Cornils

Mainzer Medieninstitut e.V.  
Jakob-Welder-Weg 4  
55128 Mainz

Telefon 06131 1449250  
Telefax 06131 1449260  
info@mainzer-medieninstitut.de  
www.mainzer-medieninstitut.de

Mainz, 6. Mai 2019

### **Stellungnahme Professor Dr. Matthias Cornils**

Direktor des Mainzer Medieninstituts

Lehrstuhl für Medienrecht, Kulturrecht und Öffentliches Recht, Johannes Gutenberg-Universität  
Mainz

Anhörung von Sachverständigen  
des Ausschusses für Kultur und Medien  
des Landtages Nordrhein-Westfalen am 9. Mai 2019

Zum Antrag der Fraktion der SPD: „Lokalradiovielfalt in NRW erhalten – Die Landesregierung muss den technischen Einstieg des Lokalfunk in DAB plus finanziell fördern“, LT-Drs. 17/4119\*

#### **I. Inhalt des Antrags und Gegenstand der Stellungnahme**

Der zur Anhörung gestellte Antrag befasst sich mit der etwaigen und rechtspolitisch diskutierten Umstellung (simulcast oder – auf längere Sicht – switch over) des lokalen Hörfunks auch in Nordrhein-Westfalen auf DAB+. Er besteht erstens in einer Schilderung der Ausgangslage aus Sicht der antragstellenden Fraktion. Insoweit wird namentlich ein Finanzbedarf des privaten Hörfunks für den DAB+-Einstieg in Höhe eines dreistelligen Millionenbetrages zugrunde gelegt, und zwar bundesweit – eine auf NRW bezogene Summe nennt der Antrag nicht. Zweitens werden Feststellungen des Landtags beantragt, die im Wesentlichen einerseits eine Bekräftigung der Bedeutung des lokalen Hörfunks für die Medienvielfalt und insoweit ein Bekenntnis zum Zwei-Säulen-Modell in NRW

---

\* Geringfügig redigierte Fassung vom 10.5.2019.

beinhalten, andererseits sowohl die Notwendigkeit eines Einstiegs in DAB+ als auch die Schwierigkeit eigenwirtschaftlicher Finanzierung konstatieren sollen. Drittens richtet sich der Antrag auf vom Landtag zu beschließende Forderungen an die Landesregierung, vor allem diejenige einer finanziellen Unterstützung der privaten Lokalfunkanbieter beim „technischen Einstieg“ von UKW in DAB+.

Im Kern geht es dem Antrag mithin um das Anliegen einer Anschubfinanzierung des DAB+-Einstiegs in NRW aus öffentlichen Mitteln, und zwar offenbar beschränkt auf die privaten Lokalfunkanbieter. Zu den Fördergegenständen verhält sich der Antrag im Einzelnen nicht (nur: Unterstützung beim „technischen Einstieg“). Die Bezugnahme auf das bayerische DAB+-Konzept könnte immerhin dahingehend zu verstehen sein, dass das bayerische Förderungsmuster auch für NRW als beispielgebend verstanden wird. Schon aus diesem Grund wird die Stellungnahme sich auch mit dem Förderkonzept der BLM (unterstützt durch Mittel der Bayerischen Staatsregierung) beschäftigen müssen.

Die Stellungnahme beschränkt sich auf die mit dem Ziel des Antrags aufgeworfene *Rechtsfrage*, mithin die rechtliche Beurteilung der Zulässigkeit der Einführung einer Förderung. Zur ökonomischen oder medienpolitischen Sinnhaftigkeit oder Fragwürdigkeit eines Übergangs zur digitalen Hörfunkübertragung in terrestrischer Technik werden hier keine Aussagen getroffen. Im Hinblick auf die allein behandelte Frage rechtlicher Zulässigkeit der Förderung konzentriert sich die Beurteilung auf die Maßstäbe des unionalen Beihilfenrechts; Bedenken verfassungs- oder rundfunkrechtlicher Art drängen sich nicht auf. Ebenso wenig ist umgekehrt anzunehmen, dass eine Förderung des Umstiegs von privatwirtschaftlichen Lokalhörfunkangeboten auf eine andere – digitale – Übertragungstechnik aus verfassungsrechtlichen Gründen zwingend geboten sei; einer derartigen Überlegung ist hier nicht weiter nachzugehen.

## **II. Vorbild oder Muster?: Zum bayerischen DAB+-Konzept**

Wenn und soweit in der rechtspolitischen Diskussion und auch nun im hier erörterten Antrag auf das bayerische DAB+-Konzept Bezug genommen und dieses Konzept mehr oder weniger deutlich als Muster oder Vorbild für eine Entwicklung von DAB+ im regionalen und lokalen Bereich auch in anderen Bundesländern herangezogen wird, kommt es naturgemäß darauf an, wie zum einen dort die Rahmenbedingungen hinsichtlich der verfügbaren Netze aussehen und wie zum anderen die Förderung der Hörfunkanbieter aus öffentlichen Mitteln konkret und genau beschaffen ist. Eine

Schilderung dieser Umstände kann hier nicht in allen Einzelheiten geschehen, wohl aber ist auf einige wichtige Basisdaten hinzuweisen.

Tatsächlich sind die DAB+-Netzabdeckung auch auf regionaler Ebene und die simulcast-UKW-/DAB+-Übertragung durch die lokalen Hörfunkanbieter in Bayern (unter der gemäß bayerischer Verfassungslage öffentlich-rechtlichen Verantwortung der BLM) weit vorangeschritten und in Deutschland führend. Die Umstellung des Hörfunks in Bayern (auch) auf DAB+ ist erklärtes medienpolitisches Ziel der BLM mit Unterstützung der bayerischen Staatsregierung. Neben dem landesweiten DAB+-Netz sind in allen Landesteilen bis auf das Versorgungsgebiet Voralpenland, das ab 2019/2020 ebenfalls erschlossen sein soll, regionale Netze in Betrieb (insgesamt mit Voralpenland elf Netze).

Wesentliche Voraussetzung für diese Bereitstellung von Netzkapazitäten, die eine wirtschaftlich vertretbare Netznutzung durch die Lokalsender ermöglichen, ist die Zusammenarbeit von Bayerischem Rundfunk und BLM, insbesondere eine Mitnutzung („Sharing“) der BR-Netze auch für den privaten Hörfunk (über den Sendernetzbetreiber Bayern Digital Radio GmbH). Basis der DAB+-Aktivitäten in Bayern, insbesondere des von der BLM formulierten Ziels einer in naher Zukunft vollständigen simulcast-Verbreitung aller aktuellen lokalen privaten UKW-Angebote, ist daher eine Infrastrukturvereinbarung zwischen dem BR, der BLM und der BDR.

Neben die Kooperation beim Netzbetrieb tritt im bayerischen DAB+-Konzept die finanzielle Förderung der Lokalsender, die als Anschubförderung mit degressiver Struktur konzipiert ist. Die Förderung der digitalen terrestrischen Verbreitung ausschließlich der (des Weiteren geförderten) gemeinnützigen Hörfunkangebote betrug für 2017 1.204 T EUR; bei förderbaren Netzkosten in Höhe von insgesamt 2.558 T EUR ergab sich somit eine Förderquote von 47,1 %. Bei den lokalen/regionalen DAB+-Netzen erreichte die Förderquote 62,3 % der Infrastrukturkosten.<sup>1</sup> Für 2018 standen 1.900 T EUR zur Verfügung. Die Mittel wurden jeweils zum größeren Teil aus dem Haushalt der BLM, zum anderen Teil (2017: 450 T EUR, 2018: 900 T EUR) von der Bayerischen Staatskanzlei bereitgestellt.

Gegenstand, Zuwendungsempfänger, sachliche Voraussetzungen und Verfahren der Förderung ergeben sich aus der Richtlinie zur Förderung der technischen Infrastruktur von terrestrischen Hörfunkangebot nach dem Bayerischen Mediengesetz v. 30.3.2017, geändert durch Richtlinie vom 14.

---

<sup>1</sup> S. BLM-Geschäftsbericht 2017, [https://www.blm.de/files/pdf2/blm-gb\\_finalweb.pdf](https://www.blm.de/files/pdf2/blm-gb_finalweb.pdf), S. 88 ff.

Dezember 2018.<sup>2</sup> Danach sind nur lokale, regionale und landesweite, nicht auch bundesweite Hörfunkangebote förderfähig. Die Förderung beschränkt sich auf die Kosten der Anbieter für die Nutzung der Sendernetze, sie umfasst nicht den Bereich der Programmproduktion. Eine unmittelbare Förderung der Netze (durch Zuwendungen an die Netzbetreiber) findet nicht statt. Ausgangspunkt für die Berechnung der Zuwendung ist eine Basisförderung in Höhe von 25 %, die in der Aufbauphase um einen je nach Regionalnetz unterschiedlichen Faktor (bis 3,0: entspricht 75 %-Förderung) erhöht wird. In den folgenden Förderzeiträumen senkt sich der Faktor jeweils um 0,5 ab (Degression). Für DAB+-only Angebote kann wegen deren besonders schwieriger Ertragslage eine zusätzliche Erhöhung der Förderung beantragt werden. Für landesweite digitale Hörfunkangebote soll nur höchstens ein Drittel der pro Jahr zur Verfügung stehenden Fördermittel eingesetzt werden.

Gemäß Ziff. 5.2 der Förderrichtlinie ist die beim jeweiligen Zuwendungsempfänger sich rechnerisch ergebende Fördersumme der Höhe nach auf die Schwellenwerte der De-minimis-Regelungen des Europäischen Beihilfenrechts begrenzt. Zugrunde gelegt wird dafür die allgemeine De-minimis-Verordnung, also eine Höchst-Fördersumme von 200 T EUR je Unternehmen in drei Jahren. Eine Deckelung der Förderung zur Einhaltung der De -minimis-Schwelle ist nach Auskunft der BLM nur bei landesweiten Angeboten denkbar und vorgekommen, nicht bei den lokalen Anbietern, bei denen die Fördersumme ohnehin offenbar nur in einer Größenordnung von ca. 25.000 EUR liegt.

Ob diese Rahmenbedingungen in vergleichbarer Weise in Nordrhein-Westfalen vorliegen oder hergestellt werden können, entzieht sich meiner Kenntnis. Die Vergleichbarkeit dieser Bedingungen – insbesondere auch eine starke Rolle des öffentlich-rechtlichen Landessenders bei der Netzbereitstellung – ist aber sicherlich eine wichtige Voraussetzung für eine Orientierung am bayerischen Muster.

### **III. Beihilferechtliche Zulässigkeit einer DAB+Förderung von Lokalfunkanbietern**

#### **1. De-Minimis-Förderung**

Eine solche Orientierung würde für die finanzielle Förderung bedeuten, diese in der Höhe unterhalb der allgemeinen de-minimis-Schwelle nach der Verordnung (EU) Nr. 1407/2013 der Kommission

---

<sup>2</sup> [https://www.blm.de/files/pdf2/tifrl\\_dez18.pdf](https://www.blm.de/files/pdf2/tifrl_dez18.pdf).

vom 18. Dezember 2013<sup>3</sup> zu halten, also auf maximal 200.000 € je Unternehmen in einem Zeitraum von drei Steuerjahren zu beschränken.

Bleibt die Forderung unterhalb des Höchstbetrages, wird sie rechtlich als Maßnahme angesehen, die nicht alle Tatbestandsmerkmale des Art. 107 Abs. 1 AEUV erfüllt; sie gilt daher nicht als Beihilfe und ist konsequenterweise auch von der Anmeldepflicht nach Art. 108 Abs. 3 AEUV ausgenommen (Art. 3 Abs. 1 VO Nr. 1407/2013). Der Höchstbetrag gilt für De-Minimis-Beihilfen gleich welcher Art und Zielsetzung. Die in der Verordnung vorgesehenen Ausnahmetatbestände (Fischerei und Aquakultur, Landwirtschaft, Exportbeihilfen) greifen für eine Digitalisierungsförderung ersichtlich nicht.

Zentrale Bedeutung für die Berechnung der zulässigen Höchstförderung hat naturgemäß der Begriff des „einzigsten Unternehmens“ in Art. 3 Abs. 2 der VO Nr. 1407/2013.<sup>4</sup> Der Begriff ist in der Verordnung legal definiert und zwar unter Heranziehung von „für die Zwecke der Verordnung geeigneten“ Kriterien, die im Wettbewerbsrecht der EU für die Qualifizierung als verbundenes Unternehmen entwickelt worden sind.<sup>5</sup> Danach bezieht der Begriff des einzigen Unternehmens alle Unternehmen mit ein, die zueinander in zumindest einem von vier verschiedenen Abhängigkeitsverhältnissen stehen, die in Art. 2 Abs. 2 der Verordnung aufgelistet sind. Namentlich gehören dazu das Halten der Mehrheit der Stimmrechte der Anteilseigner oder Gesellschafter eines anderen Unternehmens, das Recht, die Mehrheit der Mitglieder der Leitungsgremien des anderen Unternehmens zu bestellen oder abzurufen, das Recht, kraft Vertrages beherrschenden Einfluss über das andere Unternehmen oder die alleinige Kontrolle über die Mehrheit der Stimmrechte von dessen Anteilseignern oder Gesellschaftern auszuüben. Alle Einheiten, die rechtlich oder de facto von ein und derselben Einheit kontrolliert werden, sollen daher als ein einziges Unternehmen angesehen werden.<sup>6</sup>

Für die Förderung von Hörfunkanbietern in der Form eines Zuschusses zu den Sendernetzkosten für DAB+ (wie im bayerischen DAB+-Konzept) bedeutet dies, dass es auf die Beteiligungsverhältnisse an den jeweiligen Gesellschaften, die die Träger der unmittelbar geförderten Unternehmen

---

<sup>3</sup> Verordnung (EU) Nr. 1407/2013 der Kommission vom 18. Dezember 2013<sup>3</sup> über die Anwendung der Art. 107 und 108 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen, ABl. Nr. L 352 v. 24.12.2013, S. 1.

<sup>4</sup> Die Vorschrift lautet: „Der Gesamtbetrag der einem einzigen Unternehmen von einem Mitgliedstaat gewährten De-minimis-Beihilfen darf in einem Zeitraum von drei Steuerjahren 200.000 EUR nicht übersteigen.“

<sup>5</sup> Vgl. Erwägungsgrund Nr. 4 VO Nr. 1407/2013.

<sup>6</sup> Erwägungsgrund Nr. 4 Satz 2 VO Nr. 1407/2013, unter Berufung auf EuGH, Urteil vom 13. Juni 2002, C-382/99-Niederlande/Kommission; s. insoweit insb. Rn. 37 f.: mit der De-minimis-Ausnahme nicht vereinbare Kumulierung von Beihilfen an Tankstellen, die in einem Abhängigkeitsverhältnis zu Mineralölgesellschaften stehen.

sind, ankommt. Werden diese im Sinne der verschiedenen gesellschaftsrechtlichen Varianten, auf die die Verordnung Bezug nimmt, von einem anderen Unternehmen beherrscht oder gesteuert, gilt dieses Unternehmen als die Einheit, der die Beihilfe(n) zuzurechnen ist. Bestehen Unternehmensverbindungen eines herrschenden Unternehmens mit verschiedenen Anbietergesellschaften, sind diese im Sinne der De-minimis-Verordnung dem herrschenden Unternehmen als „einzigem Unternehmen“ zuzurechnen. Eine kumulierte Förderung an die einzelnen Anbietergesellschaften, die in der Summe den Höchstbetrag von 200.000 € überschritte, ist damit als De-minimis-Beihilfe ausgeschlossen. Eine Förderung kommt in solchen Fällen nur noch unter Einhaltung der Voraussetzungen in Betracht, die entweder für eine De-Minimis-Förderung von Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse nach der dafür geltenden DAWI-De-minimis-Verordnung gelten (s. dazu sogleich, Höchstgrenze: 500.000 € in drei Jahren), oder nach den allgemeinen Regeln für eine Beihilfenrechtfertigung gem. Art. 106-108 AEUV bestehen.

Für eine Anbieterförderung in Nordrhein-Westfalen ist im Zwei-Säulen-Modell auf die Betriebsgesellschaften und auf die bei diesen bestehenden Beteiligungsverhältnisse abzustellen. Sofern hier Medienunternehmen bei verschiedenen Betriebsgesellschaften jeweils bestimmenden Einfluss im Sinne der Kriterien der De-minimis-Verordnung ausüben – ob und bei welchen Gesellschaften dies der Fall ist, kann hier nicht beurteilt werden –, ist die damit gebotene Addierung der Förderungen für die Einhaltung des Höchstbetrages zu beachten.

Im Auge zu behalten und zu prüfen ist darüber hinaus die Möglichkeit, dass auch dem *DAB+-Netzbetreiber* aus den Zuwendungen an die Anbietergesellschaften mittelbar ein wirtschaftlicher Vorteil erwächst, der mit den Beihilfenvorschriften des Unionsrechts vereinbar sein muss. In den Verfahren betreffend die DVB-T-Förderung in Berlin-Brandenburg und Nordrhein-Westfalen hat die Kommission in ihren die Unionrechtswidrigkeit feststellenden Entscheidungen einen solchen mittelbaren Vorteil zwar nicht definitiv festgestellt, aber immerhin für möglich gehalten („deutet vieles darauf hin“).<sup>7</sup> Ein solcher Vorteil könne darin bestehen, entweder wegen der „Einkommensgarantie“ der öffentlich finanzierten Netznutzungskosten auf Abonnementsgebühren zu Lasten der Endbenutzer zu verzichten oder jedenfalls die Übertragungsgebühren auf einem höheren Niveau einzusetzen, als die Rundfunkanbieter ohne Zuschuss zu zahlen bereit wären. Würde ein solcher mittelbarer Vorteil

---

<sup>7</sup> Entscheidung vom 9. November 2005 (betreffend die DVB-T Beihilfe in Berlin-Brandenburg), 2005/513/EG, ABl. Nr. L 200 v. 22.7.2006, S. 14, Ziff. 62 ff. 68 ff. 76 ff.; Aufforderung zur Abgabe einer Stellungnahme (betreffend die DVB-T-Beihilfe in Nordrhein-Westfalen) vom 19. Juli 2006, 2006/C 204/05), ABl. Nr. C 204 vom 26.8.2006, S. 9, Ziff. 38 ff., 53 ff.

auch für den Betreiber des DAB+-Netzes identifiziert, stellte sich die Herausforderung, die Förderung jedenfalls und zuverlässig auf den Höchstbetrag zu begrenzen, auch hinsichtlich dieser Begünstigung. Zudem wäre näher der Frage nachzugehen, ob ein solcher mittelbarer Vorteil überhaupt der für De-minimis-Beihilfen geltenden Voraussetzung hinreichender Transparenz (Art. 4 VO Nr. 1407/2013) gerecht werden könnte. Zweifel daran bestehen, weil bei derartigen im Vorhinein vermutlich kaum präzise zu berechnenden Vorteilen möglicherweise nicht zu gewährleisten ist, dass der Höchstbetrag nicht überschritten wird (vgl. Art. 4 Abs. 7 der Verordnung).

## 2. DAWI-Förderung

Sofern eine Förderung im Rahmen des allgemeinen De-minimis-Höchstbetrages für die Unterstützung des DAB+-Umstieg Nordrhein-Westfalen (anders als offenbar in Bayern) nicht ausreichen sollte oder Bedenken hinsichtlich der Tragfähigkeit als De-minimis-Beihilfe wegen der skizzierten Effekte einer Kumulierung oder mittelbaren Begünstigung bestehen sollte, ist auch an eine Rechtfertigung aus dem Gesichtspunkt des unionsrechtlich anerkannten Ausgleichs für eine Dienstleistung im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse (DAWI) zu denken. Lassen sich die geförderten Angebote als eine derartige DAWI qualifizieren, ist die beihilferechtliche Zulässigkeit wiederum in verschiedenen Hinsichten denkbar:

### a) DAWI-Fördervarianten

Die Förderung kann erstens so gestaltet sein, dass die Beihilfeneigenschaft (Art. 107 Abs. 1 AEUV) im Sinne der Altmark Trans-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs<sup>8</sup> schon mangels einer wirtschaftlichen Begünstigung entfällt,<sup>9</sup> eine Rechtfertigung als Beihilfe gem. Art. 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV oder Art. 106 Abs. 2 AEUV mithin nicht mehr erforderlich ist und auch die Notifizierungspflicht entfällt.

---

<sup>8</sup> EuGH, Urt. v. 24.7.2003, C-280/00 - Altmark Trans GmbH und Regierungspräsidium Magdeburg gegen Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH.

<sup>9</sup> Die vier Altmark-Voraussetzungen, bei deren kumulativer Erfüllung der wirtschaftliche Vorteil und damit die Beihilfeneigenschaft entfällt, lauten: 1. die tatsächliche Betrauung des begünstigten Unternehmens mit der Erfüllung klar definierter gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen, 2. die objektive und transparente Aufstellung der Parameter, anhand deren der Ausgleich berechnet wird, 3. keine Überkompensation der Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung, 4. Bestimmung der Höhe des Ausgleichs nach dem Maßstab effizienter Kosten, entweder über eine Ausschreibung oder eine Kostenanalyse durch Unternehmensvergleich, vgl. dazu zusammenfassend Beschluss der Kommission vom 20. Dezember 2011 über die Anwendung von Art. 106 Abs. 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, 2012/21/EU, ABl. Nr. L 7 vom 11.1.2012, S. 3 Rz. 4.

Das Unionsrecht kennt darüber hinaus – zweitens – die Möglichkeit einer DAWI-De-minimis-Beihilfe,<sup>10</sup> die im Wesentlichen den gleichen Regeln unterworfen ist wie die allgemeinen de-minimis-Beihilfen. Der Hauptunterschied besteht darin, dass der Höchstbetrag je Dreijahreszeitraum 500.000 € beträgt. Hintergrund dieser Sonderstellung von DAWI-De-minimis-Beihilfen ist die Erwägung, dass Förderungen von DAWI ihrem Wesen nach weniger wettbewerbsverzerrend sind, weil sie darauf angelegt sind, einen Ausgleich für die nicht gedeckten Kosten strukturell defizitärer Dienste im öffentlichen Interesse zu leisten, die wegen ihrer Nicht-Rentabilität von privatwirtschaftlichen Marktteilnehmern ohne Förderung ohnehin nicht erbracht würden.<sup>11</sup> Dies erlaubt die für die de-minimis-Beihilfen kennzeichnende Unterstellung des Nichtvorliegens einer verbotenen Beihilfe auch bei im Umfang höheren Förderungen.

Drittens können Zuwendungen für Dienste im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse, die nicht schon die Altmark-Trans-Voraussetzungen erfüllen (und daher schon keine Beihilfe sind) und die auch über den Höchstbetrag der DAWI-De-minimis-Verordnung hinausgehen als DAWI-Beihilfen gemäß Art. 106 Abs. 2 AEUV gerechtfertigt sein. Auch für nach dieser Vorschrift rechtfertigungsfähige DAWI (nicht nur für die DAWI-De-minimis-Beihilfen) dispensiert das Unionsrecht im Übrigen von der Anmeldepflicht gemäß Art. 108 Abs. 3 AEUV, sofern der Ausgleich aus öffentlichen Mitteln Dienstleistungen in bestimmten Sektoren - aufgeführt in Art. 2 Abs. 1 des Beschlusses der Kommission vom 20. Dezember 2011, 2012/21/EU – betrifft oder aber unabhängig davon eine Höhe von 15 Mio € pro Jahr nicht überschreitet (vgl. Art. 2 Abs. 1 Buchst. a) Beschl. 2012/21/EU).

Die Voraussetzungen für eine Rechtfertigung einer DAWI-Beihilfe sind:

1. Die Dienstleistung im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse muss von den Mitgliedstaaten hinreichend klar als solche definiert worden sein (Definition).
2. Der Mitgliedstaat muss das betreffende Unternehmen ausdrücklich mit der Erbringung dieser Dienstleistung betraut haben (Betrauung).
3. Die zur Erfüllung der dem Unternehmen übertragenen besonderen Aufgaben erforderliche Freistellung von den Wettbewerbsregeln darf die Entwicklung des Handels nicht einem Ausmaß beeinträchtigen, das dem Interesse der Union zuwiderläuft (Verhältnismäßigkeit).<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> Gemäß der Verordnung (EU) Nr. 360/2012 der Kommission vom 25. April 2012 über die Anwendung der Art. 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf de-minimis-Beihilfen an Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erbringen, ABl. Nr. L 114 v. 26.4.2012, S. 8.

<sup>11</sup> Vgl. Erwägungsgrund Nr. 3 VO Nr. 360/2012.

<sup>12</sup> Z.B: EuG, Urt. v. 24.9.2015, Rs. T-125/12 – Viasat Broadcasting, Rn. 61.



#### b) DAWI-Definition und Betrauung

Die für die Beihilfen-Rechtfertigung nach Art. 106 Abs. 2 AEUV greifenden Voraussetzungen der Definition und Betrauung stimmen, das ist inzwischen in der unionsrechtlichen Rechtsprechung geklärt,<sup>13</sup> mit der ersten Altmark-Voraussetzung überein. Sie bestimmen wesentlich den Charakter einer Dienstleistung als DAWI.

Gerade und schon unter diesem Gesichtspunkt der Definition und unionsrechtlichen Anerkennung als DAWI, deren Förderung daher entweder sogar schon nicht als Beihilfe oder doch zumindest als gemäß Art. 106 Abs. 2 AEUV rechtfertigungsfähige Beihilfe qualifiziert werden kann, bestehen hinsichtlich eines Angebots von Rundfunk im Wege digitaler Terrestrik Zweifel. Diese erfassen mithin, um das noch einmal klarzustellen, sämtliche, vorstehend geschilderte Unterarten einer Legitimation der Förderung von DAWI, sowohl in der Gestalt als Ausgleich ohne Beihilfeneigenschaft im Sinne der Altmark-Grundsätze, als DAWI-De-minimis-Beihilfe und als gemäß Art. 106 Abs. 2 AEUV zu rechtfertigende DAWI-Beihilfe.

#### c) Insbesondere: Die Rechtslage bei DVB-T im Vergleich

Die Zweifel ergeben sich vor allem aus der umfangreichen, bisher schon entfalteten Kommissions- und Rechtsprechungspraxis zum älteren „Schwester“-Problem der DVB-T-Förderung, nicht nur in Deutschland, sondern auch in Spanien und Großbritannien.<sup>14</sup> Soweit ersichtlich in keinem Fall haben die Kommission und die Unionsgerichte bisher mitgliedstaatliche Förderungen von DVB-T als DAWI-Förderung anerkannt,<sup>15</sup> und zwar ungeachtet der konkreten Ausgestaltung der Förderung,

---

<sup>13</sup> Im Kontext der DVB-T-Förderung ausdrücklich EuG, Urteil vom 26. November 2015. T-461/13 - Königreich Spanien/Kommission, Rn. 60.

<sup>14</sup> Kommission, Aufforderung zur Abgabe einer Stellungnahme gemäß Art. 88 Abs. 2 des EG-Vertrags, staatliche Beihilfe C 13/08 (ex N 589/07) – Beihilfe für Digitalisierungskosten von Channel 4, ABl. (EU) Nr. C 137 v. 4.6.2008, S. 16.

<sup>15</sup> Eine slowakische simulcast-Beihilfe für digitale Fernsehübertragung hat die Kommission akzeptiert (unter dem Gesichtspunkt des Art. 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV), allerdings war die Förderung hier technologieneutral ausgestaltet, State aid N 671b/2009 – Switch-over to digital TV broadcasting in Slovakia, zur Technologieneutralität s. Ziff. 56.

entweder unmittelbar an die Netzbetreiber (so in den Spanien-Fällen)<sup>16</sup> oder an die Rundfunkanbieter (wie in den Fällen Berlin-Brandenburg<sup>17</sup> und Nordrhein-Westfalen<sup>18</sup>). Dies bedeutet noch nicht, dass eine abweichende, die DAWI-Eigenschaft der DAB+-Übertragung von (regionalem und lokalem) Hörfunk bejahende Qualifizierung rechtlich ausgeschlossen ist. Aber eine derartige Rechtsbegründung muss sich doch jedenfalls mit den Einwänden der Unionsorgane gegen eine solche Qualifizierung von DVB-T auseinandersetzen und vor allem signifikante und tragfähige Unterschiede zwischen der DVB-T-Übertragung und der DAB+-Übertragung von Lokalfunk nachweisen und geltend machen.

Abgelehnt haben die Kommission und die deren Entscheidungen im Wesentlichen bestätigenden Unionsgerichte die Qualifikation der DVB-T-Übertragung von Fernsehinhalten als DAWI aus verschiedenen Gründen und in einer mittlerweile umfangreichen Entscheidungs- und Spruchpraxis, die hier nicht im Einzelnen ausgebreitet werden kann. Ausgangspunkt ist allerdings die gefestigte unionsrechtliche Annahme, dass den Mitgliedstaaten bei der Definition von DAWI ein weites Ermessen zukommt. Jedoch ist dieses Ermessen nicht unbegrenzt, stößt vielmehr an unionsrechtliche Spielraumgrenzen, deren Einhaltung von den Unionsorganen zu überwachen ist. „Um als DAWI qualifiziert werden zu können, muss an der fraglichen Dienstleistung ein allgemeines wirtschaftliches Interesse bestehen, das gegenüber dem Interesse an anderen Tätigkeiten des Wirtschaftslebens spezifische Merkmale aufweist.“<sup>19</sup> Das Angebot von privatem Rundfunk über die DVB-T-Plattform in Deutschland und anderen Mitgliedstaaten ist als solches nach Auffassung der Kommission danach kein förderbedürftiger und -fähiger Dienst im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse. Zentrale Bedeutung hat insoweit der Einwand mangelnder Technologieneutralität einer spezifischen Förderung digitaler Terrestrik in einem Umfeld, in dem auch andere digitale Plattformen tätig sind und für Rundfunkübertragungsdienste zur Verfügung stehen (Satellit, Kabel und Internet).<sup>20</sup> Damit zu-

---

<sup>16</sup> EuG, Urteile vom 26. November 2015, T-461/13; T-462/13; T-465/13; T-541/13, dazu Rechtsmittelentscheidung des EuGH v. 20.12.2017, verb. Rs. C-66/16 P bis C-69/16 P; EuG, Urt. v. 26.11.2015, verb. Rs. T- 463 und 464/13, dazu Rechtsmittelentscheidung des EuGH v. 20.12.2017 – C-70/16 P: Aufhebung der EuG-Entscheidung wegen nicht hinreichender Begründung der Selektivität der Beihilfe für die Region Galizien (vgl. Rn. 57 ff.).

<sup>17</sup> Dazu EuG, Urt. v. 6. 10.2009, T-21/06, T-24/06, T-8/06; Rechtsmittelentscheidung des EuGH, Urt. v. 15.9.2011, C-544/09 P.

<sup>18</sup> EuG, Beschl. v. 5.10.2009, T-2/08: Unzulässigkeit der Klage mangels Klagebefugnis der LfM.

<sup>19</sup> EuG, Urt. v. 26. November 2015, T, 461/13 - Königreich Spanien/Kommission, Rn. 62.

<sup>20</sup> Das Argument spielt eine zentrale Rolle bei der (von Kommission und Gerichten abgelehnten) Rechtfertigungsfähigkeit einer DVB-T- Beihilfe gemäß Art. 107 Abs. 3 Buchst. c) AEUV; es prägt aber auch schon die Verneinung der DAWI-Eigenschaft des Dienstes, s. EuG, Urt. v. 26. November 2015, T, 461/13 - Königreich Spanien/Kommission, Rn. 68, 74; Kommission Entscheidung vom 9. November 2005 (betreffend die DVB-T Beihilfe in Berlin-Brandenburg), 2005/513/EG, ABl. Nr. L 200 v. 22.7.2006, S. 14, Ziff. 126.

sammen hängt das Argument der Nicht-Erforderlichkeit einer spezifischen Förderung der terrestrischen Plattform für die (anerkannten) Zwecke der Sicherung der Meinungsvielfalt und des Übertragungsdienstewettbewerbs. Insoweit lasse sich ein Marktversagen und eine daraus sich ergebende Notwendigkeit der Förderung des terrestrischen Übertragungswegs nicht nachweisen.<sup>21</sup> Vielmehr handele es sich bei der geförderten Tätigkeit privater Rundfunkanbieter um deren reguläre kommerzielle Tätigkeit, nicht um eine spezifisch übertragene Aufgabe im öffentlichen Interesse, die unter Marktbedingungen nicht erfüllt werden könne.<sup>22</sup> Diese Sichtweise mündet in grundsätzliche Zweifel der Kommission, „ob die in Rede stehende Maßnahme, die reguläre gewerbliche Aktivitäten privater Unternehmen fördert, als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse gelten kann, insbesondere wenn es parallel dazu öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten gibt, deren ausdrücklicher öffentlicher Auftrag in der Sicherung der Meinungsvielfalt und der Bereitstellung lokaler und regionaler Programmangebote besteht“.<sup>23</sup>

Im Kern lassen sich die Bedenken der Kommission dahingehend zusammenfassen, dass die EU zwar uneingeschränkt das Ziel der Digitalisierung der Kommunikationswege unterstützt und insoweit bei Marktversagen auch ein öffentliches, förderfähiges Interesse anerkennt, ein solcher Gemeinwohl-Mehrwert jedoch für eine bestimmte vom Markt nicht eigenwirtschaftlich nachgefragte Digital-Technologie (die Terrestrik) nicht plausibel begründet werden könne,<sup>24</sup> jedenfalls dann, wenn es andere digitale Übertragungsplattformen gibt, die zudem (im Vergleich mit DVB-T) mindestens ebenso leistungsfähig sind.

Diese doch sehr deutliche Ablehnung eines unionsrechtlich als DAWI anzuerkennenden gemeinwirtschaftlichen Mehrwerts der spezifischen Technik Digital-Terrestrik lastet auf Vorhaben, nun

---

<sup>21</sup> Kommission, Aufforderung zur Abgabe einer Stellungnahme gemäß Art. 88 Abs. 2 GG-Vertrag (betr. DVB-T-Beihilfe Nordrhein-Westfalen, C-34/2006, Ziff. 65: „ist die Kommission nicht davon überzeugt, dass sich die terrestrische Verbreitungsweise besser als die Kabel- oder Satellitenverbreitung dazu eignet, Meinungsvielfalt zu fördern und lokale und regionale Programme auszustrahlen, und in diesem Zusammenhang die in Rede stehende Maßnahme des richtige Mittel zur Korrektur eines Marktversagens darstellt.“

<sup>22</sup> Kommission, Entscheidung vom 9. November 2005 (betreffend die DVB-T Beihilfe in Berlin-Brandenburg), 2005/513/EG, ABI. Nr. L 200 v. 22.7.2006, S. 14, Ziff. 125.

<sup>23</sup> Kommission, Aufforderung zur Abgabe einer Stellungnahme gemäß Art. 88 Abs. 2 GG-Vertrag (betr. DVB-T-Beihilfe Nordrhein-Westfalen, C-34/2006, Ziff. 76.

<sup>24</sup> S. deutlich Kommission, Aufforderung zur Abgabe einer Stellungnahme gemäß Art. 88 Abs. 2 des EG-Vertrags, staatliche Beihilfe C 13/08 (ex N 589/07) – Beihilfe für Digitalisierungskosten von Channel 4, ABI. (EU) Nr. C 137 v. 4.6.2008, Rn. 53: „It should be recalled that the Commission is in principle in favour of public support for the digital switchover provided that a number of conditions are respected. In particular, the Commission has stated in the past that it would take a favourable view for “financial compensation to public service broadcasters for the cost of broadcasting via all transmission platforms in order to reach the entire population, provided this forms part of the public service mandate”; Kommission, Entscheidung v. 23.10.2007 über die staatliche Beihilfe C 34/06 (ex N 29/05 und ex CP 13/04) betr. die Einführung des digitalen terrestrischen Fernsehens in NRW, 2008/706/EG, Ziff. 143.

die Rundfunk Übertragung über DAB+ aus öffentlichen Mitteln zu fördern, als gravierende unionsrechtliche Hypothek.

Zwar erscheint nicht ausgeschlossen, auf Unterschiede zwischen DVB-T und DAB+ zu verweisen, insbesondere soweit es um die lokale Hörfunk-Übertragung geht. Insofern kann der Versuch unternommen werden, hier eine andere Ausgangslage zu begründen als seinerzeit in den DVB-T-Fällen. Dies erscheint auch in mancher Hinsicht nicht aussichtslos: Die derzeit über UKW ausgestrahlten lokalen Hörfunkangebote sind (bisher) nicht vergleichbar den auf der DVB-T-Plattform ausgestrahlten überregionalen Fernsehangeboten auch über Satellit oder Kabel verfügbar. Eines der zentralen Argumente der Kommission gegen die DVB-T-Förderung, das gerade den (aus Sicht der Kommission nicht gestörten) Plattformen-Wettbewerb betont und von diesem Befund aus die Erforderlichkeit einer marktfernen Terrestrik-Förderung bezweifelt hat, greift mithin für DAB+ nicht in gleicher Weise. Diese Besonderheit hat in der Tat auch immerhin in einem Fall (DAB-Beihilfe für den Umstieg in Dänemark) den Ausschlag gegeben für eine Genehmigung einer DAB-Förderung durch die Kommission.<sup>25</sup> Insofern existiert tatsächlich eine Blaupause für eine beihilferechtlich approbierte mitgliedstaatliche Switch-over-Förderung. Allerdings herrschten im dänischen Fall (der überdies bereits bald ein Jahrzehnt zurückliegt) außergewöhnliche wirtschaftliche Umstände (Erfolglosigkeit überhaupt aller Angebote privatwirtschaftlichen Hörfunks), die wesentlich zur Bejahung der Voraussetzung des Marktversagens beigetragen haben und von denen fraglich ist, ob sie ohne weiteres auf die Situation in Deutschland (mit einer immerhin noch reichhaltigen Hörfunklandschaft) übertragbar sind.

Auch hat die Kommission schon in den DVB-T-Fällen auch auf die Internet-Alternative verwiesen, die – anders als die Satellitenübertragung – immerhin auch für eine digitale Radioübertragung in Betracht kommt. Gegen die Gleichwertigkeit des Internet-Übertragungswegs (web-radio) im Vergleich mit DAB+ lassen sich zwar derzeit noch gewichtige Argumente finden (so auch die Argumentationslinie der BLM), etwa die Abhängigkeit von Portalbetreibern und auch die selbst unter künftigen 5G-Bedingungen (sharing-Engpassprobleme bei Mobilfunk!) möglicherweise nicht äquivalente technische Leistungsfähigkeit insbesondere in der Fläche. Ob diese vielleicht doch nur transitorischen Nachteile indes die finanzielle Unterstützung des Aufbaus und der Nutzung eines terrestrischen Hörfunknetzes für den Zweck der Übertragung privaten Hörfunks rechtfertigen können,

---

<sup>25</sup> State aid SA.33659 (2011/NN) Digital Audio Broadcasting transmission network in Denmark,

ist nicht frei von Zweifeln. Und auch für DVB-C (Kabel) ist immerhin nicht ausgeschlossen – entsprechende Projekte laufen bereits – dass auch diese Plattform künftig stärker für lokalen Hörfunk geöffnet werden könnte.

Vor diesem Hintergrund erscheint eine DAB+-Umstiegsförderung auch oberhalb der de-minimis-Schwelle zwar beihilferechtlich deutlich eher begründbar als bei DVB-T. Es muss aber auch die Möglichkeit im Auge behalten werden, dass die grundsätzlich skeptische Haltung der Kommission gegenüber einer politisch gesteuerten Ausrichtung der Digitalisierung der Rundfunkübertragung auf eine bestimmte (keineswegs notwendig überlegene) Technologie auch bei einer beihilfenrechtlichen Prüfung einer mitgliedstaatlichen DAB+-Förderung wieder Platz greifen würde.

Hinsichtlich des Vielfaltsarguments (Erhaltung und reichweitenstarke Verbreitung vielfältiger lokaler und regionaler Hörfunkprogramme)<sup>26</sup> müsste zudem auch dem denkbaren Einwand entgegnet werden, dass eine Umstellung auf kapazitätenstärkere DAB+-Übertragung die wirtschaftlich in angespannten Werbemärkten ohnehin nicht einfache Situation der Lokalsender möglicherweise zusätzlich strapaziert und die Existenzfähigkeit der Sender in einer wachsenden Konkurrenz mit anderen Hörfunkangeboten eher gefährdet als schützt. Vermarktungsprobleme vor allem bei DAB+-only sind auch in Bayern längst sichtbar geworden; auch das bayerische Konzept hat im Zusammenspiel von Förderung und regulatorischer Kapazitätenvergabe (Programmplätze) einen Kurs nur mehr vorsichtiger Entwicklung eingeschlagen, weil eine mit den neuen Kapazitäten an sich mögliche weitergehende Angebotsvermehrung wirtschaftlich nicht tragbar ist. Welche Szenarien und Prognosen insoweit zugrunde gelegt werden können, entzieht sich juristischer Beurteilung, spielt aber für die Tragfähigkeit des Arguments des Schutzes einer vielfältigen regionalen und lokalen Radiolandschaft naturgemäß eine wichtige Rolle.

#### d) Fazit

Die beihilferechtliche Frage einer DAWI-Qualifikation kann hier nicht im Einzelnen erschöpfend aufbereitet werden. Es erscheint aber doch zusammenfassend folgende Einschätzung möglich: Ein Vorhaben der degressiven Förderung der DAB+-Übertragung für eine simulcast-Übergangsphase erscheint unionsrechtlich als DAWI-Förderung zwar nicht ausgeschlossen, wenn – im Anschluss an

---

<sup>26</sup> Das Argument kann eine spezifische Förderung gerade lokaler und regionaler Angebote an sich durchaus rechtfertigen – gerade auch im Unterschied zu DVB-T in Deutschland, hinsichtlich dessen die Kommission keinen Vielfalts-Mehrwert regionaler und lokaler Angebotsinhalte feststellen konnte, Kommission, Entscheidung v. 23.10.2007 über die staatliche Beihilfe C 34/06 (ex N 29/05 und ex CP 13/04) betr. die Einführung des digitalen terrestrischen Fernsehens in NRW, 2008/706/EG, Ziff. 157: „Bei der Maßnahme geht es auch nicht um eine gezielte Förderung von Regional- und Lokalprogrammen oder Rundfunkveranstaltern, die solche Programme ausstrahlen.“

die Begründung des dänischen DAB-Förderprojekts – die hier angedeuteten tatsächlichen Unterschiede zur DVB-T-Übertragung markant herausgearbeitet werden und es gelingt, die Notwendigkeit der Übertragung von Lokalfunk gerade im DAB+-Netz plausibel zu begründen. Eine solche Argumentation und damit ein solches – nicht technologieneutral ausgestaltetes – Vorhaben unterliegen allerdings dem Risiko, bei der Kommission kein Gehör bzw. keine Anerkennung zu finden und am Ende dasselbe Schicksal zu erleiden wie seinerzeit die Projekte einer DVB-T-Förderung oberhalb der De-minimis-Höchstbeträge.

### **3. Beihilfenrechtfertigung gem. Art. 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV**

Für eine Rechtfertigung einer (angemeldeten) Beihilfe nicht als DAWI, sondern auf der Grundlage von Art. 107 Abs. 3 Buchst. c) AEUV („Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige“) dürfte nichts wesentlich anderes gelten. Allerdings wird Art. 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV in den Fällen einer Digitalisierungsförderung von der Kommission bisher in der Tat vorrangig als einschlägiger Maßstab herangezogen. Wesentlich für diese Beurteilung (nicht primär als DAWI, sondern als Wirtschaftsbeihilfe) dürfte sein, dass es in diesen Fällen regelmäßig an einer für Art. 106 Abs. 2 AEUV geforderten spezifischen hoheitlichen Betrauung mit einer gemeinwirtschaftlichen Versorgungsaufgabe fehlt.<sup>27</sup> In der Sache führen die für eine Rechtfertigung nach Art. 107 Abs. 3 Buchst. c EUV erforderlichen Gründe (tragfähiges Gemeininteresse oder Marktversagen, Eignung und Erforderlichkeit der Fördermaßnahme, Verhältnismäßigkeit) indes zu einer synchronen Beurteilung wie schon unter dem Gesichtspunkt der Definition als DAWI: Die Kommission hat ihre oben dargelegte ablehnende Argumentation in den deutschen DVB-T-Fällen sowohl auf Art. 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV bezogen als auch auf Art. 106 Abs. 2 AEUV, die Argumentationslinien insoweit also parallelisiert.<sup>28</sup> Die aus Sicht der Kommission anzunehmende Nicht-Erforderlichkeit einer nicht technologieneutralen spezifischen Förderung der DVB-T-Plattform (über den Zuschuss zu den Netzkosten an die Rundfunkanbieter) führt sowohl zur Ablehnung der DAWI-Definition als auch zur Ablehnung der Rechtfertigung aus dem Gesichtspunkt des Art. 107 Abs. 3 Buchst. c) AEUV.

---

<sup>27</sup> S. explizit im Fall der dänischen DAB-Förderung, State aid SA.33659 (2011/NN) Digital Audio Broadcasting transmission network in Denmark, Ziff. 145: „The Commission considers Article 107(3) TFEU a more appropriate legal basis than Article 106(2) TFEU for assessing the case at hand, taking into account that no public service obligation has been duly entrusted to the commercial broadcasters and the terms of the financing have been established through commercial negotiations between DR and the commercial operators.“

<sup>28</sup> S. insbesondere die Verweisung auf die vorstehende Argumentation zu Art. 87 Abs. 3 Buchst. c) EG-V in Kommission, Aufforderung zur Abgabe einer Stellungnahme gemäß Art. 88 Abs. 2 EG-Vertrag (betr. DVB-T-Beihilfe Nordrhein-Westfalen, C-34/2006, Ziff. 76; ebenso in Entscheidung vom 9. November 2005 (betreffend die DVB-T Beihilfe in Berlin-Brandenburg), 2005/513/EG, ABl. Nr. L 200 v. 22.7.2006, S. 14, Ziff. 127 f.

Anders als bei der Definition einer DAWI, für die immerhin ein weites mitgliedstaatliches Ermessen anerkannt ist, liegt die Anerkennung einer Beihilfenrechtfertigung nach Art. 107 Abs. 3 AEUV zudem im weiten, gerichtlich nur auf offensichtliche Fehler überprüfaren Ermessensspielraum der Kommission. Namentlich der Gesichtspunkt der Technologieneutralität spielt für die Rechtfertigungsfähigkeit von Wirtschaftsbeihilfen eine zentrale Rolle; er findet sich schon in der Mitteilung der Kommission über den Übergang vom analogen zum digitalen Rundfunk vom 17.9.2003 (KOM(2003) 541), S. 13, und prägt auch etwa die Argumentation der EuG-Rechtsprechung in den spanischen DVB-T-Fällen.<sup>29</sup>

---

<sup>29</sup> Urt. v. 26 November 2015, T, 461/13 - Königreich Spanien/Kommission, Rn. 104: „indem die Kommission [...] zu dem Ergebnis gelangt ist, dass die fragliche Maßnahme dem Grundsatz der Technologieneutralität nicht gerecht werde, hat sie weder einen offensichtlichen Fehler begangen noch die Beweislast für die Beachtung dieses Grundsatzes umgekehrt.“