

keitsprüfung vorzunehmen,¹⁾ an deren Ende europäische Sekundärrechtsakte auch für ungültig weil unverhältnismäßig erklärt wurden.²⁾

III.

Die Kompetenzen der Union im Medienbereich und ihre Grenzen

1. Allgemeines

- 17 Wie bereits angedeutet, entfaltet die Union im Bereich des Rundfunks, insbesondere auf dem Feld der audiovisuellen Mediendienste, weitreichende Aktivitäten. Ausgangspunkt der Überlegungen ist dabei – und dies wird häufig nicht genügend beachtet – die Feststellung, dass es eine ausdrückliche Rundfunkkompetenz für die Gemeinschaft, wenn man von den Ansätzen in Art. 167 AEUV einmal absieht, nicht gibt. Diese Ausgangsfeststellung hat durchaus Konsequenzen. Gemäß Art. 5 Abs. 1 EU enthalten nämlich die Unionsverträge keine generelle Ermächtigung zum Erlass von Rechtsakten, sondern nur begrenzte Einzelermächtigungen.³⁾ Dieses Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung bedeutet, dass die Unionsorgane nur dort tätig werden dürfen, wo der Vertrag die Verbandskompetenz der Union ausdrücklich begründet, und dass sie die jeweils vorgeschriebene Form des Rechtsaktes (z. B. Verordnung oder Richtlinie) verwenden müssen, es sei denn, der Vertrag stellt ihnen die Wahl der Rechtsform frei.

2. Der AEUV als rechtlicher Rahmen

2.1 Allgemeines

- 17 Zunächst ist zu konstatieren, dass der hier maßgebliche Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) in der Fassung des Lissaboner Vertrages, der den EG-Vertrag ersetzt hat, keinen Titel zum Sachgebiet Medien oder Rundfunk und keine für den Bereich Medien spezifische Einzelvorschriften enthält.

1) Vgl. dazu im medienrechtlichen Bereich auch das Urteil des EuGH zur Kurzberichterstattung nach Art. 15 Abs. 6 AVMD-RL, EuGH, Urt. v. 22.1.2013, Rs. C-283/11 – Sky Österreich, EuZW 2013, 347 ff.

2) Vgl. dazu etwa EuGH, Urt. v. 9.11.2010, verb. Rs. C-92/09 und C-93/09, Slg. 2010, I-11063 – Schecke & Eifert sowie EuGH, Urt. v. 8.4.2014, verb. Rs. C-293/12 und C-594/12 – Digital Rights Ireland und Seitinger u. a. Die erste Entscheidung betraf die Veröffentlichungspflicht personenbezogener Daten bei Landwirtschaftsbeihilfen nach der Verordnung (EG) Nr. 1290/2005, die zweite Entscheidung die Richtlinie 2006/24/EG über die Vorratsdatenspeicherung. Zu Bereichen, in denen der EuGH dem Unionsgesetzgeber nach wie einen sehr weiten Gestaltungsspielraum einräumt und die Grenze bei „offensichtlich ungeeigneten“ Maßnahmen zieht, vgl. *Wagner*, in: FS Dausen, S. 477 m. w. N.

3) Vgl. *Streinz*, Europarecht, 9. Aufl. 2012, RdNr. 201 ff.; *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 5 EUV RdNr. 13 ff.; *Oster/Wagner*, Kommunikation und Medien, in: Dausen, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, E. V. RdNr. 7.

Auch die Bestimmung des Art. 3 EU-Vertrag ermächtigt die Union nicht, Regelungen im Medienbereich zu treffen. Zwar ist dort die Rede davon, dass es zu den Zielen der Union gehört, den Reichtum ihrer kulturellen und sprachlichen Vielfalt zu wahren und das kulturelle Erbe Europas zu schützen und zu entwickeln. Wie sich aus Art. 5 Abs. 1 EU ergibt, stellt dies aber keine Handlungsermächtigung dar. Auch die Bestimmung des Art. 167 AEUV, die den audiovisuellen Bereich im Rahmen der Kulturpolitik mit erfasst, eröffnet der Union allenfalls Kompetenzen zur Durchführung von Fördermaßnahmen, keinesfalls dagegen eine Befugnis zur Harmonisierung der nationalen Rechtsordnungen.¹⁾ Dies stellt Art. 167 Abs. 5 AEUV ausdrücklich klar.

2.2 Die Bedeutung der Dienstleistungsfreiheit

Weitgehende Rechtsetzungskompetenzen der Europäischen Union im Medienbereich, insbesondere im Rundfunkbereich, werden den Bestimmungen über die Dienstleistungsfreiheit (Art. 62 i. V. m. 53 Abs. 2 AEUV) entnommen. In diesem Zusammenhang wurde die Kompetenzfrage, allerdings noch im Zusammenhang mit dem EG-Vertrag a. F., differenziert beantwortet:²⁾ Die Bestimmungen des EG-Vertrags (also nunmehr des AEUV) müssten einerseits entsprechend der primären wirtschaftspolitischen Zielsetzung ausgelegt werden. Es gelte das Prinzip der nichtkulturellen Interpretation. Andererseits bestehe kein alles überwölbender Exklusionsgrund für den Bereich der Kultur, der die Anwendbarkeit von Gemeinschaftsrecht generell ausschließe. Dem ist erst recht seit dem Inkrafttreten des Lisaboner Vertrages im Ergebnis voll zuzustimmen. Es kann auch angesichts der Rechtsprechung des EuGH nicht mehr geleugnet werden, dass der Rundfunk und auch sonstige audiovisuelle Mediendienste Elemente einer Dienstleistung aufweisen. Zudem ist die Union inzwischen weit mehr als eine Wirtschaftsgemeinschaft. Vielmehr stellt die Union, wie insbesondere Art. 1 und 2 EU-Vertrag deutlich machen, auch eine Rechts- und Wertegemeinschaft dar. Damit ist allerdings nicht gesagt, dass die EU jede Frage regeln darf, die den Rundfunk betrifft. Dies macht gerade Art. 167 AEUV deutlich, der die Union im Bereich der Kultur auf Fördermaßnahmen begrenzt und nach Absatz 5 eine Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften erklärtermaßen ausschließt. Wie die Kompetenzen zwischen der Union und den Mitgliedstaaten im Bereich des Rundfunks exakt abzugrenzen sind, ist weitgehend ungeklärt. Das Problem ist deshalb so schwierig, weil unionsrechtliche Querschnittskompetenzen bzw. funktionale Zuständigkeiten, denn um solche handelt es sich bei den Kompetenzen aus Art. 62 EG und den in Bezug genommenen Art. 53 Abs. 2 AEUV, gegenüber mitgliedstaatlichen Sachzuständigkeiten abzugrenzen sind.

1) *Oster/Wagner*, Kommunikation und Medien, in: Dausen, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, E. V. RdNr. 7, 20.

2) Vgl. dazu grundlegend *Ress*, Kultur und europäischer Binnenmarkt, 1991, S. 29 ff. und 47 ff.

- 19 Dass aus der Dienstleistungsfreiheit Rechtsetzungskompetenzen der Union im Bereich des Rundfunks folgen, bestätigt die Rechtsprechung des EuGH. Er hat bereits im Fall *Sacchi*¹⁾ klargestellt, dass die Ausstrahlung von Fernsehsendungen als Dienstleistung anzusehen ist. Eine nähere Begründung für diese Feststellung erfolgte allerdings nicht. Mit der Entscheidung *Debauve*²⁾ nahm der EuGH im Jahre 1980 auf die *Sacchi*-Entscheidung lediglich Bezug und führte aus, dass es keinen Grund gebe, die Übertragung von Fernsehsendungen im Wege des Kabelfernsehens anders zu behandeln. Bestätigt wurde dies in der *Coditel I*-Entscheidung.³⁾ Auch in dem sog. *Kabelregelung-Urt. v. 26. April 1988*⁴⁾ hielt der EuGH daran fest, dass Dienstleistungen vorliegen, wenn in einem Mitgliedstaat ansässige Betreiber von Kabelnetzen Fernsehprogramme verbreiten, die von Sendern an deren Mitgliedstaaten angeboten werden und Werbemittelungen enthalten. In der Begründung sind erstmals Ausführungen enthalten, warum eine grenzüberschreitende Dienstleistung vorliegt. In den späteren Fällen, die der EuGH zu entscheiden hatte, hat der Gerichtshof an dieser Beurteilung festgehalten und den Dienstleistungscharakter von Fernsehsendungen in den Fällen *ERT*,⁵⁾ in der Sache *Stichting Collectieve Gouda*,⁶⁾ *Kommission/Niederlande*,⁷⁾ *Kommission/Belgien*⁸⁾ und *United Pan Europe Communications u. a./Belgien*⁹⁾ bejaht. Auch die 5. Kammer des EuGH betont in ihrem *Urt. v. 5. Oktober 1994 im Fall TV 10 SA*,¹⁰⁾ dass sich das Konzept des freien Dienstleistungsverkehrs auf die Übertragung von Fernsehprogrammen eines Rundfunkveranstalters im Kabelnetz eines Mitgliedstaates bezieht, selbst wenn der Rundfunkveranstalter in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und den Sitz deshalb dort gewählt hat, um das im Empfangsstaat für einheimische Rundfunkveranstalter geltende Recht zu umgehen. Angesichts dieser ständigen Rechtsprechung des EuGH muss als geklärt gelten, dass der Union unter Berufung auf die Art. 56 ff. AEUV Kompetenzen zur Regelung des Rundfunkbereichs zustehen.

1) EuGH, *Urt. v. 30.4.1974*, Rs C-155/73, *Slg.* 1974, 409 – *Sacchi*. Zu den Urteilen des EuGH im Überblick auch *Cole*, in: *Fink/Cole/Keber*, RdNr. 35 ff.

2) EuGH, *Urt. v. 18.3.1980*, Rs C-52/79, *Slg.* 1980, 833 – *Debauve*.

3) EuGH, *Urt. v. 18.3.1980*, Rs C-62/79, *Slg.* 1980, 881 – *Coditel*.

4) EuGH, *Urt. v. 26.4.1988*, Rs C-352/85, *Slg.* 1988, 2085 – *Bond van Adverteerders*.

5) EuGH, *Urt. v. 18.6.1991*, Rs C-260/89, *Slg.* 1991, I-2925 – *ERT*.

6) EuGH, *Urt. v. 25.7.1991*, Rs C-288/89, *Slg.* 1991, I-4007 – *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda*.

7) EuGH, *Urt. v. 25.7.1991*, Rs C-353/89, *Slg.* 1991, I-4069 – *Kommission/Niederlande*.

8) EuGH, *Urt. v. 16.12.1992*, Rs C-211/91, *Slg.* 1992, I-6757 *Kommission/Belgien*.

9) EuGH, *Urt. v. 13.12.2007*, Rs C-250/06, *Slg.* 2007, I-11135 – *United Pan-Europe Communications Belgium*.

10) EuGH, *Urt. v. 5.10.1994*, Rs C-23/93, *Slg.* 1994, I-4795 – *TV10/Commissariat voor de Media*.

2.3 Die Bedeutung der Niederlassungs- und Warenverkehrsfreiheit

Auch die Niederlassungsfreiheit (Art 49 i. V. m. 53 Abs. 2 AEUV) kann für die Rechtsetzung der EU im Medienbereich eine Rolle spielen, wenn Unternehmenssitze innerhalb der Union verlegt werden sollen¹⁾ oder bestimmte Vor- oder Nachteile etwa innerhalb eines Frequenzvergabeverfahrens an den Sitz eines Unternehmens anknüpfen.²⁾ Allerdings hat sie im Medienbereich gegenüber der Dienstleistungsfreiheit eine untergeordnete Bedeutung.³⁾ Der EuGH versteht den Begriff Niederlassung im Sinne der Art. 49 ff. AEUV in einem weiten Sinne, nämlich als die Möglichkeit, „in stabiler und kontinuierlicher Weise am Wirtschaftsleben eines anderen Mitgliedstaates als seines Herkunftslandes teilzunehmen und daraus Nutzen zu ziehen, wodurch die wirtschaftliche und soziale Verflechtung innerhalb der [Union] im Bereich der selbstständigen Tätigkeiten gefördert wird.“⁴⁾ Von der Dienstleistungsfreiheit unterscheidet sich die Niederlassungsfreiheit damit zentral durch das Merkmal der Kontinuität.⁵⁾

19a

Der Warenverkehrsfreiheit, die in den Art. 28 ff. AEUV geregelt ist, kommt vor allem bei der Frage Bedeutung zu, ob nationale Regelungen mit dieser Grundfreiheit vereinbar sind.⁶⁾ Voraussetzung ist, dass verkörperte Medien, wie Bücher, CDs oder DVDs betroffen sind, da der Begriff „Ware“ grundsätzlich einen körperlichen Gegenstand voraussetzt,⁷⁾ und ein grenzüberschreitender Bezug gegeben ist. In diesem Zusammenhang entschied der EuGH, dass mitgliedstaatliche Vorschriften, die vorsehen, dass Zeitschriften, die in ihrem Hoheitsgebiet vertrieben werden, keine Gewinnspiele enthalten dürfen, mit der Warenverkehrsfreiheit vereinbar sind, wenn dieses Verbot in einem angemessenen Verhältnis zur Aufrechterhaltung der Medienvielfalt steht und dieser Zweck nicht durch Maßnahmen erreicht wer-

- 1) Ausführlich zur grenzüberschreitenden Sitzverlegung von Gesellschaften sowie zur diesbezüglichen Rechtsprechungsentwicklung seit der Entscheidung EuGH, Urt. v. 27.9.1988, Rs. C-81/87, Slg. 1988, 5483 – *Daily Mail and General Trust, Thiermann*, EuZW 2012, 209 ff.
- 2) Eingehend dazu bezogen auf die Regelungen im ehemaligen Landesrundfunkgesetz des Landes Rheinland-Pfalz *Dörr*, Das Zulassungsregime im Hörfunk: Spannungsverhältnis zwischen europarechtlicher Niederlassungsfreiheit und nationaler Pluralismussicherung, in: Becker/Gebrande (Hrsg.), *Der Rundfunkstaatsvertrag als föderales Instrument der Regulierung und Gestaltung des Rundfunks*, Symposium für Wolf-Dieter Ring zum 60. Geburtstag, UFITA-Schriftenreihe, Bd. 215, 2004, S. 71 ff.
- 3) *Oster/Wagner*, Kommunikation und Medien, in: Dausen, *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, E. V. RdNr. 7, 15.
- 4) EuGH, Urt. v. 30.11.1995, Rs. C-55/94, Slg. 1995, I-4165 – *Gebhard*, Tz. 25.
- 5) So zu Recht *Herdegen*, *Europarecht*, 16. Aufl. 2014, § 16, Rdnr. 22.
- 6) *Oster/Wagner*, Kommunikation und Medien, in: Dausen, *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, E. V. RdNr. 7, 16.
- 7) Grundlegend EuGH, Urt. v. 11.7.1985, Rs. C-60 u. 61/84, Slg. 1985, 2605 – *Cinéthèque*, Tz. 10.

den kann, die weniger beschränkend sind.¹⁾ Auch die gesetzlich vorgeschriebene Alterskennzeichnung auf DVDs nach dem jeweiligen nationalen Recht²⁾ hat er ebenso wie die Buchpreisbindung³⁾ an der Warenverkehrsfreiheit gemessen.

2.4 Die Bedeutung des Wettbewerbsrechts

- 20 Bedeutung für den Medienbereich haben auch die Wettbewerbsvorschriften der Art. 101 ff. AEUV.⁴⁾ Nach Auffassung der Kommission sind diese Regelungen nämlich generell auf Medienunternehmen anwendbar. Fraglich ist aber, ob die Anwendbarkeit dieser Vorschriften auf die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten durch den Vorbehalt des Art. 106 Abs. 2 AEUV ausgeschlossen wird. Der EuGH hat in der ERT-Entscheidung⁵⁾ ausdrücklich klargestellt, dass der Vorbehalt des Art. 86 Abs. 2 EG a. F., dem Art 106 Abs. 2 AEUV wörtlich entspricht, für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, der Anwendung des Wettbewerbsrechts entgegenstehen kann. Damit können grundsätzlich auch die gesellschafts- und kulturpolitischen Gesichtspunkte des Rundfunks über Art. 106 Abs. 2 AEUV einfließen. Die Anwendung des Art. 106 Abs. 2 AEUV setzt dabei zunächst die Betrauung eines Unternehmens mit einer besonderen Aufgabe durch Hoheitsakt voraus. Dieses Merkmal ist bei den deutschen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten grundsätzlich erfüllt, da sie durch oder auf Grund von Landesgesetzen errichtet sind und seit dem Zwölften Rundfunkänderungsstaatsvertrag durch §§ 11–11d mit klar umrissenen Aufgaben betraut sind. Fraglich war in diesem Zusammenhang in der Vergangenheit, wie präzise der Betrauungsakt sein muss, ob also die Aufgaben des öffentlich-rechtlichen Rundfunks bis zum Inkrafttreten der §§ 11–11d RStV hinreichend bestimmt waren.⁶⁾
- 21 Die Vorschrift des Art. 106 Abs. 2 AEUV schließt die Anwendung der Wettbewerbsregelungen zudem nur dann aus, wenn die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten die besondere Aufgabe, mit der sie betraut sind, bei Anwendung der Wettbewerbsvorschriften nicht mehr erfüllen können. Daher kann dieser Vorbehalt grundsätzlich nur ausnahmsweise die Anwendung der Bestimmungen des AEUV einschränken. Allerdings legte der EuGH die Vorgängerbestimmungen der Art. 90 Abs. 2 EGV a. F. bzw. Art. 86 EG a. F. ausweislich seiner Rechtsprechung großzügig aus und ließ es genügen, dass die Erfüllung der übertragenen Aufgaben lediglich

1) EuGH, Urt. v. 26.6.1997, Rs. C-368/95, Slg. 1997, I-3689 – Familiapress.

2) EuGH, Urt. v. 14.2.2008, Rs. C-244/06, Slg. 2008, I-505 – Dynamic Medien.

3) EuGH, Urt. v. 10.1.1985, Rs. 229/83, Slg. 1985, 1 – Leclerc u. a.; Urt. v. 30.4.2009, Rs. C-531/07, Slg. 2009, I-3717 – Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft.

4) Ausf. hierzu Cole, in: Fink/Cole/Keber, RdNr. 133 ff.

5) EuGH, Urt. v. 18.6.1991, Rs. C-260/89, Slg. 1991, I-2925 – ERT.

6) Dazu unten RdNr. 42 ff.

behindert wird.¹⁾ Dies wird man in gleicher Weise für Art. 106 Abs. 2 AEUV gelten lassen müssen. Für die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks spielt diese Bestimmung eine wichtige Rolle.²⁾

3. Die Grenzen der Unionskompetenzen im Medienbereich

3.1 Allgemeines

Die Grenzen dieser Kompetenzen hat der EuGH bislang nicht klar beschrieben. 22 Daraus wurde verschiedentlich geschlossen, dass die Union grundsätzlich berechtigt ist, nicht nur den Werberundfunk bzw. die wirtschaftlichen Aspekte des Fernsehens, sondern den gesamten Bereich der Medien zu regeln. Dagegen gehen andere davon aus, dass der Union im Medienbereich lediglich beschränkte Kompetenzen zustehen. Nach wie vor fehlen aber allgemein anerkannte Kriterien, mit Hilfe derer sich die Grenzen der gemeinschaftlichen Zuständigkeiten nachzeichnen lassen. Im Schrifttum sind dazu verschiedene Lösungsmöglichkeiten aufgezeigt worden, z. B. die Abgrenzung durch das Prinzip der Organentscheidung, die Theorie der nationalen Repräsentation, das Verhältnismäßigkeitsprinzip, die Theorie vom Regelungsschwerpunkt und die Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Verfassungssysteme der Mitgliedstaaten.³⁾

Für den Bereich der Medien kann insbesondere die Pflicht zur Rücksichtnahme auf 23 die Verfassungen der Mitgliedstaaten, die aus dem Gebot der Unionstreue des Art. 4 Abs. 3 EU abzuleiten ist, Bedeutung gewinnen.⁴⁾ Aus der Unionstreue ergibt sich nämlich nicht nur eine Treuepflicht der Mitgliedstaaten zur Union, sondern auch eine Treuepflicht der Union zur loyalen Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten. Daraus folgt insbesondere die Pflicht der Union, beim Erlass ihrer Rechtsakte die Grenze des den Mitgliedstaaten Zumutbaren nicht zu überschreiten, d. h. auf elementare nationale Verfassungsprinzipien Rücksicht zu nehmen. Die EU darf demnach keine Rechtssetzungsakte auf dem Gebiet der Medien erlassen, die der Bundesrepublik Deutschland eine Rundfunkordnung zumuten, die im Widerspruch zu den elementaren nationalen Verfassungsprinzipien des Art. 5 Abs. 1 und des Art. 20 GG steht. Allerdings stellt der Grundsatz der Unionstreue eine reine Kompetenzausübungsbeschränkung dar.

1) Vgl. dazu EuGH, Urt. v. 19.5.1993, Rs. C-320/91, Slg. 1993, I-2533 RdNr. 14 – Corbeau; EuGH, Urt. v. 23.10.1997, Rs. C-159/94, Slg. 1997, I-5815 RdNr. 59 Kommission/Frankreich.

2) Dazu unten RdNr. 35 ff.

3) Vgl. ausführlich dazu *Dörr*, Die Kommunikationsfreiheiten im Recht der Europäischen Union, in: *Dörr/Kreile/Cole*, Handbuch Medienrecht, 2. Aufl. 2011, B RdNr. 42 ff, 80 ff.

4) *Oster/Wagner*, Kommunikation und Medien, in: *Dausen*, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, E. V. RdNr. 19.

- 24 Mangels unionsrechtlicher Regelungen wird empfohlen, auf allgemeine Zuordnungs- und Abgrenzungskriterien in bundesstaatlichen Verfassungen zurückzugreifen, da auch die EU föderale Züge aufweist. Danach kann ein in der kompetenzziellen Zuordnung umstrittener Regelungsgegenstand nach Maßgabe von Kriterien wie „mittelbare oder unmittelbare Regelungen“, „Haupt- oder Nebenzweck“ oder „Schwerpunkt der Regelungen“ jeweils einem der Kompetenzkonkurrenten zugeordnet werden. Angesichts der Tatsache, dass der Bereich der Kultur als solcher gerade nicht zu den Sachgebieten gehört, die der Zuständigkeit der Union unterworfen sind, bietet sich vorrangig die Theorie vom Regelungsschwerpunkt an, um bei Maßnahmen der Union, die sich auf den kulturellen Bereich, zu dem auch der Rundfunk zählt, auswirken, eine sachgerechte Kompetenzabgrenzung vorzunehmen. Liegt der Regelungsschwerpunkt im wirtschaftlichen Bereich, fällt die Maßnahme in die Kompetenzen der Union, liegt er im kulturellen Bereich, bleibt der Mitgliedstaat für diese medienrechtliche Frage zuständig.
- 25 Auch wenn Skepsis angebracht bleibt, ob sich der EuGH der genannten Zuordnungskriterien bedienen wird, so ist mittlerweile doch ein vorsichtiger Wandel in der Rechtsprechung festzustellen. Bis ungefähr 1990 war der EuGH bei Kompetenzkonflikten von einer allgemeinen Kompetenzvermutung zu Gunsten der Union ausgegangen.¹⁾ Inzwischen ist er stärker bemüht, die Grenzen der Unionskompetenzen festzulegen. Zudem erkennt er die Gewährleistung des Pluralismus im Rundfunkwesen als ein Ziel an, das im Allgemeininteresse liegt und Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit zu rechtfertigen vermag.²⁾

3.2 Das Subsidiaritätsprinzip

- 26 Als mögliches Abgrenzungskriterium wird im Medienbereich auch das Subsidiaritätsprinzip ins Feld geführt, wenn es um Konfliktfälle zwischen den Zuständigkeiten der Gemeinschaft und den Kompetenzen der Mitgliedstaaten geht.³⁾ Das Subsidiaritätsprinzip, das früher lediglich für den Bereich des Umweltrechts in Art. 130r Abs. 4 des damaligen EWG-Vertrags enthalten war, ist seit einiger Zeit ein allgemein gültiger Grundsatz des Unionsrechts und seit dem Lissaboner Vertrag in Art. 5 Abs. 3 EU verankert. Die Bestimmung des Art. 5 Abs. 3 EU lautet:
- (3) ¹⁾Nach dem Subsidiaritätsprinzip wird die Union in den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen auf Ebene der Mitgliedstaaten weder auf zen-

1) Vgl. etwa EuGH, Urt. v. 31.3.1971, Rs. C-22/70, Slg. 1971, 263, 275 f. – Kommission/Rat; EuGH, Urt. v. 15.9.1981, Rs. C-208/80, Slg. 1981, 2205, 2218 f. – Bruce of Donington.

2) Vgl. dazu Dörr, Die Entwicklung des Medienrechts, NJW 1995, 2265 und 1997, 1341 (1342 f.).

3) Oster/Wagner, Kommunikation und Medien, in: Dausen, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, E. V. RdNr. 18, eingehend dazu Bickenbach, Das Subsidiaritätsprinzip in Art. 5 EUV und seine Kontrolle, EuR 2013, 523 ff.

traler noch auf regionaler noch auf lokaler Ebene ausreichend verwirklicht werden können, sondern vielmehr wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind.

²Die Organe der Union wenden das Subsidiaritätsprinzip nach dem Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit an. Die nationalen Parlamente achten auf die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips nach dem in jenem Protokoll vorgesehenen Verfahren.

Die Vorschrift regelt zwei verschiedene Aspekte. Der erste Unterabsatz verdeutlicht das Subsidiaritätsprinzip. Er stellt zunächst klar, dass das Prinzip lediglich für konkurrierende Zuständigkeiten der Gemeinschaft gilt, nicht aber in Bezug auf ausschließliche Zuständigkeiten. Allerdings enthält seit dem Lissaboner Vertrag Art. 3 AEUV einen Katalog, was unter ausschließlichen Zuständigkeiten zu verstehen ist. Dazu zählen neben der Währungspolitik, der gemeinsamen Handelspolitik und der Zollunion nur die für das Funktionieren des Binnenmarkts erforderlichen Wettbewerbsregeln. Dagegen zählt der übrige Bereich des Binnenmarkts, wie Art. 4 Abs. 2 a) AEUV verdeutlicht, zur geteilten Zuständigkeit, die von dem Subsidiaritätsprinzip erfasst wird. Dies führt dazu, dass die Maßnahmen der Union, die die Fernsehaktivität betreffen und sich auf die Vorschriften zur Dienstleistungsfreiheit stützen, unter das Subsidiaritätsprinzip fallen.¹⁾ 27

Daher ist zu konstatieren, dass das Subsidiaritätsprinzip zumindest genauere Begründungen von Rat, Europäischem Parlament und Kommission zu der Frage bewirkt, warum in den jeweiligen Fällen unionsweite Regelungen erforderlich sind. Zudem ist das Subsidiaritätsprinzip durch das Protokoll Nr. 2 über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit²⁾, das dem Vertrag von Lissabon als Annex beigefügt wurde, weiter aufgewertet worden. Art. 7 des Protokolls legt insoweit ein Verfahren fest, in welcher Weise Einwände und Stellungnahmen der nationalen Parlamente zu berücksichtigen sind. Zudem ermöglicht Art. 8 des Protokolls auch Klagen der Mitgliedstaaten im Namen seines nationalen Parlaments vor dem EuGH wegen Verletzung des Subsidiaritätsprinzips.³⁾ 28

3.3 Die Bedeutung des Art. 167 AEUV

Auch der Kulturartikel des Art. 167 AEUV ist durchaus geeignet, Regelungskompetenzen der EU im Bereich des Rundfunks zu begrenzen.⁴⁾ Dies ergibt sich vor allem daraus, dass Art. 167 Abs. 2 AEUV den audiovisuellen Bereich zur Kultur-

 29

1) Vgl. dazu *Dörr*, in: *Dörr/Kreile/Cole*, Handbuch Medienrecht, RdNr. B 82.

2) ABl. EG Nr. C 306, S. 148.

3) Dazu eingehend *Bickenbach*, Das Subsidiaritätsprinzip in Art. 5 EUV und seine Kontrolle, EuR 2013, 523, 532 ff.

4) So auch *Oster/Wagner*, Kommunikation und Medien, in: *Dausen*, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, E. V. RdNr. 20.

politik der Union rechnet. In diesem Bereich wird die Union bei ihrer Rechtsetzungsbefugnis durch Art. 167 Abs. 5 AEUV auf Fördermaßnahmen begrenzt. Eine Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften wird durch diese Bestimmung ausdrücklich ausgeschlossen. Die Bestimmung lautet:

(1) Die Union leistet einen Beitrag zu Entfaltung der Kulturen der Mitgliedstaaten unter Wahrung ihrer nationalen und regionalen Vielfalt sowie gleichzeitiger Hervorhebung des gemeinsamen kulturellen Erbes.

(2) Die Union fördert durch ihre Tätigkeit die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten und unterstützt und ergänzt erforderlichenfalls deren Tätigkeit in folgenden Bereichen:

- Verbesserung der Kenntnis und Verbreitung der Kultur und Geschichte der europäischen Völker,
- Erhaltung und Schutz des kulturellen Erbes von europäischer Bedeutung,
- nichtkommerzieller Kulturaustausch,
- künstlerisches und literarisches Schaffen, einschließlich im audiovisuellen Bereich.

(3) Die Union und die Mitgliedstaaten fördern die Zusammenarbeit mit dritten Ländern und den für den Kulturbereich zuständigen internationalen Organisationen, insbesondere mit dem Europarat.

(4) Die Union trägt bei ihrer Tätigkeit aufgrund anderer Bestimmungen dieses Vertrages den kulturellen Aspekten Rechnung, insbesondere zur Wahrung und Förderung der Vielfalt ihrer Kulturen.

(5) Als Beitrag zu Verwirklichung der Ziele dieses Artikels

- erlassen das Europäische Parlament und der Rat gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren und nach Anhörung des Ausschusses der Regionen Fördermaßnahmen unter Ausschluss jeglicher Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten;
- erlässt der Rat auf Vorschlag der Kommission Empfehlungen.

30 Daraus kann man unter Berücksichtigung der bereits angesprochenen Theorie vom Regelungsschwerpunkt durchaus folgern, dass die Union im Rundfunkbereich keine Regelungen erlassen darf, die ihrem Schwerpunkt nach den kulturellen Sektor des Rundfunks berühren, es sei denn, es handelt sich um Fördermaßnahmen. Auch das BVerfG hat in seiner Maastricht-Entscheidung vom 12. Oktober 1993¹⁾ den Kulturartikel in diesem kompetenzbegrenzenden und nicht in einem kompetenzausweitenden Sinne interpretiert. Dagegen sehen andere unter Berufung auf

1) BVerfGE 89, 155; vgl. dazu *Dörr*, Die Maastricht-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts und ihre Auswirkungen auf die Medienpolitik, ZUM 1995, 14 ff.

Art. 167 Abs. 4 AEUV in der Vorschrift eine Querschnittskompetenz, die nicht etwa als Begrenzung der bisher der Union zugebilligten Ermächtigungen konzipiert sei, sondern als eine zusätzliche Erweiterung in den Bereich der Kulturpolitik hineinwirke.¹⁾ Art. 167 Abs. 4 AEUV ändere an der bisherigen Kompetenz nichts, sondern verlange nur, dass die Union jetzt bei allen Aktivitäten der Kultur Rechnung trägt.²⁾ Übersehen wird dabei aber, dass die Union auf das Ziel der regionalen und mitgliedstaatlichen kulturellen Vielfalt verpflichtet wird und dass es nicht angeht, über Art. 167 Abs. 4 AEUV das in Art. 167 Abs. 5 AEUV ausdrücklich verankerte Verbot der Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften im Bereich der Kultur auszuhebeln.

Bei der Bestimmung des Begriffs „Kultur“ im Sinne des Art. 167 AEUV ist eine „pragmatische Lösung“ zu wählen.³⁾ Das Unionsrecht macht im Rahmen des Kulturbereichs auch an anderer Stelle gewisse Vorgaben, indem es z. B. in den Art. 165 f. AEUV die Bildung besonders regelt. Daraus folgt jedoch, dass die allgemeine und berufliche Bildung gerade nicht zur Kultur zählen. Innerhalb der Vorgaben der Art. 165 f. AEUV haben die Mitgliedstaaten immerhin einen gewissen Gestaltungsspielraum. In dem Bereich des Art. 167 AEUV dürfen die Mitgliedstaaten ihre eigene Kulturpolitik betreiben. Dies bedeutet aber nicht, dass in „verschiedenen abgeschotteten Sphären“ gedacht werden kann. Das würde der Ausgestaltung der Kompetenzzuweisung durch den AEUV nicht gerecht.⁴⁾ Liegt der Schwerpunkt der Regelung allerdings im Bereich der Kultur, richten sich die Kompetenzen der Union nach Art. 167 AEUV, mit der Folge, dass sie auf das Ergreifen von Fördermaßnahmen begrenzt sind.⁵⁾ 31

-
- 1) *Ress*, Kultursubventionen und Rundfunkfreiheit in der EU, in: *Prinzipien des Kulturgüterschutzes*, 1996, S. 123, 124 f.
 - 2) Vgl. dazu *Dörr*, in: *Dörr/Kreile/Cole*, *Handbuch Medienrecht*, RdNr. B 86; so für die Vorgängerbestimmung des Art. 151 EG a. F. auch *Ress/Ukrow*, in: *Grabitz/Hilf* (Hrsg.), *Kommentar zur Europäischen Union*, Stand: Februar 2002, Art. 151 EG, RdNr. 8; für eine „weite“ Auslegung des Kulturbegriffs plädieren *Selmer/Gersdorf*, *Die Finanzierung des Rundfunks in der Bundesrepublik Deutschland auf dem Prüfstand des EG-Beihilfenregimes*, 1994, S. 63 f.
 - 3) Für diese Lösung z. B. *Ress/Ukrow*, Art. 151 EG, RdNr. 13. Konkret gehören dazu etwa Film und Rundfunk, aber auch CD-ROM etc.
 - 4) *Ress*, *Kultursubventionen und Rundfunkfreiheit in der EU*, in: *Fechner/Oppermann/Prott* (Hrsg.) *Prinzipien des Kulturgüterschutzes*, 1996, S. 127.
 - 5) Grundlegend dazu *Jury*, *Die Maßgeblichkeit von Art. 49 EG für nationale rundfunkpolitische Ordnungsentscheidungen unter besonderer Berücksichtigung von Art. 151 EG*, 2005, S. 137 ff.

3.4 Das Protokoll über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in den Mitgliedstaaten

- 32 Für die Grenzen der Unionskompetenzen im Rundfunkbereich kommt auch dem „Protokoll über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in den Mitgliedstaaten“¹⁾ Bedeutung zu, auf das sich die Staats- und Regierungschefs der Mitgliedstaaten der Europäischen Union bereits während ihres Gipfeltreffens in Amsterdam am 17. Juni 1997 verständigt haben.²⁾ Es bestätigt, dass die Mitgliedstaaten weiterhin die primäre Zuständigkeit besitzen, den Funktionsbereich des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zu bestimmen. Außerdem macht es deutlich, dass die Rundfunkgebühren grundsätzlich keine verbotenen Beihilfen im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellen. Mit dem Inkrafttreten des Vertrags von Amsterdam zum 1. Mai 1999 hat dieses Protokoll volle Rechtskraft erlangt. Es wurde gemäß dem Protokoll Nr. 1 zum Lissaboner Vertrag auch den neuen Verträgen beigefügt und sprachlich angepasst. Es hat folgenden deutschen Wortlaut:

Die Hohen Vertragsparteien – in der Erwägung, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk in den Mitgliedstaaten unmittelbar mit den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen jeder Gesellschaft sowie mit dem Erfordernis verknüpft ist, den Pluralismus in den Medien zu wahren – haben folgende auslegende Bestimmung vereinbart, die den Verträgen beigefügt wird:

Die Bestimmungen der Verträge berühren nicht die Befugnis der Mitgliedstaaten, den öffentlich-rechtlichen Rundfunk zu finanzieren, sofern die Finanzierung der Rundfunkanstalten dem öffentlich-rechtlichen Auftrag, wie er von den Mitgliedstaaten den Anstalten übertragen, festgelegt und ausgestaltet wird, dient und die Handels- und Wettbewerbsbedingungen in der Union nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt, das dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft, wobei den Erfordernissen der Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Aufgaben Rechnung zu tragen ist.

- 33 Dieses Protokoll ist keine bloße Absichtserklärung, sondern nach Art. 51 EUV ein integrierter rechtsverbindlicher Bestandteil des Vertrages.³⁾ Dabei verdeutlicht sein Einleitungssatz, dass es sich um eine auslegende Bestimmung handelt. Dies bedeutet, dass das Protokoll das Primärrecht nicht selbst modifiziert. Es hat vielmehr klarstellenden Charakter. Das Protokoll zeigt aber, wie die entsprechenden Bestimmungen des Vertrages nach dem übereinstimmenden Willen der Mitgliedstaaten, die immerhin die „Herren der Verträge“ sind, verstanden werden sollen. Daher hat das Protokoll für die Auslegung des EUV und des AEUV eine nicht zu unterschät-

1) Vgl. das Protokoll (Nr. 32) über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in den Mitgliedstaaten (1997) in der Gesetzessammlung Sart. II, Nr. 151 (ABl. Nr. C 340 S. 109), zuletzt geändert durch Art. 1 Abs. 4 lit. h, Abs. 28 Protokoll Nr. 1 zum Vertrag von Lissabon v. 13.12.2007 (ABl. Nr. C 306 S. 163).

2) Vgl. zur Bedeutung des Protokolls auch *Oster/Wagner*, in: Dausen, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, E. V. RdNr. 21.

3) *Zeller*, Die EBU, 1999, S. 233.

zende Bedeutung, denn aus ihm ergibt sich, wie die Mitgliedstaaten das Primärrecht sehen. Das Protokoll erkennt ausdrücklich die Kompetenz der Mitgliedstaaten an, dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk einen bestimmten Aufgabenkreis oder Funktionsbereich zu übertragen, diesen festzulegen und auszugestalten. Dies verdeutlicht und bestätigt also das bereits aus Art. 167 AEUV abzuleitende Ergebnis, dass es Sache der Mitgliedstaaten ist, den Aufgabenbereich der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zu bestimmen. Auch haben der Rat und die im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten mit ihrer Entschließung vom 25. Januar 1999 über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk¹⁾ dessen zentrale Bedeutung für die Kultur und die Demokratie hervorgehoben. Zudem kann das Protokoll als Argument dafür herangezogen werden, dass Rundfunkgebühren bzw. Rundfunkbeiträge zumindest nach Art. 106 Abs. 2 AEUV gerechtfertigte Beihilfen darstellen. Damit ist es den Mitgliedstaaten gestattet, den öffentlich-rechtlichen Rundfunk auch durch Rundfunkgebühren bzw. Rundfunkbeiträge zu finanzieren, wenn diese eine angemessene Gegenleistung für die von den Mitgliedstaaten festzulegenden Funktionen darstellen, die der öffentlich-rechtliche Rundfunk zu erfüllen hat.

3.5 Zusammenfassung

Auch wenn Skepsis angebracht bleibt, ob der EuGH die genannten Kompetenzgrenzen in seiner Rechtsprechung umfassend anerkennen wird, so ist mittlerweile doch ein vorsichtiger Wandel in der Judikatur festzustellen. Bisher war der EuGH bei Kompetenzkonflikten von einer allgemeinen Kompetenzvermutung zu Gunsten der Union ausgegangen.²⁾ Inzwischen ist er stärker bemüht, die Grenzen der Unionskompetenzen festzulegen. Zudem akzeptiert er zunehmend auch Regelungsspielräume der Mitgliedstaaten im Bereich des Medienrechts.³⁾ Schließlich erkennt er die Gewährleistung des Pluralismus im Rundfunkwesen als ein Ziel an, das im Allgemeininteresse liegt und Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit zu rechtfertigen vermag.⁴⁾

34

1) ABl. EG Nr. C vom 5.2.1999, S. 1.

2) Vgl. etwa EuGH, Urt. v. 31.3.1971, Rs. C-22/70, Slg. 1971, 263, 275 f. – Kommission/Rat; EuGH, Urt. v. 15.9.1981, Rs. C-208/80 Slg. 1981, 2205, 2218 f. – Bruce of Donington.

3) EuGH, Urt. v. 28.10.1999, Rs. C-6/98, Slg. 1999, I-7599 – ARD.

4) Vgl. dazu Dörr, NJW 1995, 2265; ders., NJW 1997, 1341.