

Prof. Dr. Roland Broemel
Prof. Dr. Hans-Heinrich Trute

Beihilferechtliche Rahmenbedingungen der Einräumung von CC-Lizenzen

Gutachten erstellt im Auftrag des Wikimedia Deutschland e.V.
Dezember 2018/April 2019

Gliederung

- I. Gutachtenfrage
- II. Zusammenfassung
- III. Beihilferechtlicher Rahmen
 - 1. Zuwendungskomponente
 - 2. Zurechenbarkeit zur öffentlichen Hand
 - a) Rundfunkbeitrag als Vorteil aus staatlichen Mitteln
 - b) Von den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten gewährte Vorteile
 - c) Zurechenbarkeit von Mitteln anderer öffentlicher Stellen
 - 3. Selektivität
 - a) Allgemeiner Charakter auch kommerzieller CC-BY-Lizenzen
 - b) Beihilferechtliche Grenze der De-facto-Selektivität
 - aa) Kriterien der Rechtsprechung
 - bb) De facto-Selektivität der Einräumung von CC-BY-Lizenzen
 - c) De-facto-Selektivität von CC-BY-Lizenzen sonstiger öffentlicher Stellen
 - 4. Tatsächliche oder drohende Wettbewerbsverfälschung
 - a) Indizien einer drohenden Wettbewerbsverfälschung
 - b) Keine Ausnahme nach der De-minimis-Verordnung
 - aa) Anforderungen an die transparente Bestimmung des Bruttosubventionsäquivalents
 - bb) Prozedurale Anforderungen an die Gewährung von De-minimis-Beihilfen
 - 5. Handel zwischen den Mitgliedstaaten
 - 6. Mittelbare Auswirkungen des beihilferechtlichen Rahmens der Rundfunkfinanzierung

I. Gutachtenfrage

Wikimedia ist als Gesellschaft zur Förderung freien Wissens bemüht, durch Kooperationen die Rahmenbedingungen für freies Wissen zu verbessern. In der Zusammenarbeit mit öffentlich-rechtlichen Institutionen, insbesondere Rundfunkanstalten, die Inhalte teilweise unter einer freien Lizenz veröffentlichen, könnten sich möglicherweise attraktive Angebote für die Allgemeinheit ergeben. Dabei stellt sich offenbar für die öffentlich-rechtlichen Institutionen zum Teil die Frage, ob bei der Veröffentlichung von Inhalten auf eine nur nicht-kommerzielle Nutzungen erlaubende Lizenzvariante zurückgegriffen werden muss, sofern und soweit eine weitergehende Freigabe öffentlich finanzierter Inhalte ansonsten eine Subvention darstellen könnte. So besteht etwa die Sorge, dass Inhalte, die auch für Schulbuchverlage interessant sein könnten, nicht unter freier Lizenz, sondern nur in der Non-Commercial-Variante freigegeben werden können, da Schulbuchverlage davon sonst kommerziellen Gebrauch machen und damit unzulässig subventioniert werden könnten. Diese beihilferechtlichen Rahmenbedingungen sollen im Hinblick auf die inhaltlichen Angebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, aber auch allgemein öffentlicher Institutionen und Unternehmen untersucht werden.

Die Gutachtenfrage lautet:

„Stellt die Freigabe von Inhalten öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten für die Allgemeinheit, konkret unter einer Jedermannlizenz wie CC-BY, die auch kommerzielle Nutzungen erlaubt, eine unzulässige Subvention dar?“

II. Zusammenfassung

Die Einräumung einer CC-BY-Lizenz durch öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten, andere öffentliche Stellen oder öffentliche Unternehmen stellt einen beihilferechtsrelevanten Vorteil dar. Da die Lizenzierung nicht zu Gunsten eines bestimmten Unternehmens, sondern allgemein erfolgt, begünstigt die Einräumung einer CC-BY-Lizenz allerdings im Grundsatz kein bestimmtes Unternehmen und keinen bestimmten Wirtschaftszweig. Mangels Selektivität ist es deshalb jedenfalls grundsätzlich zulässig, Inhalte der Allgemeinheit zur Nutzung im Rahmen einer CC-BY-Lizenz zur Verfügung zu stellen.

Allerdings kann sich die Selektivität einer Begünstigung trotz des formell allgemeinen Charakters der Begünstigung aus den Umständen des Einzelfalls ergeben (sog. De-facto-Selektivität). So wird eine zielgerichtete Herstellung der später lizenzierten Inhalte mit Blick auf die Bedürfnisse von Wikimedia im Rahmen einer Kooperation als de facto selektive Beihilfe zu werten sein. Unabhängig davon hängt die Bewertung einer De-facto-Selektivität vor allem von der vorhersehbar diskriminierenden Wirkung der formell allgemein eingeräumten Lizenz ab. Typisches Indiz für eine solche diskriminierende Wirkung ist es, wenn ein Akteur die Lizenz vorhersehbar besser nutzen kann als andere, selbst wenn diese nicht auf demselben Markt tätig sind. Dabei ist die Eignung der Inhalte für Bildungszwecke per se noch nicht ausreichend, um einen selektiven Charakter zu begründen. Ist die Einräumung der Lizenz de facto als selektiv einzuordnen, führt der Vorteil regelmäßig zu einer drohenden Verfälschung des Wettbewerbs sowie zu einer Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten. Trotz des relativ hohen Höchstwerts von 200.000 Euro fällt die Einräumung von CC-BY-Lizenzen – sofern sie im konkreten Fall diskriminierende Wirkung hat – wegen der Anforderungen an die Transparenz des Beihilfewerts und an die laufende Überwachung regelmäßig nicht unter die Ausnahme für sog. De-minimis-Beihilfen.

Diese beihilferechtlichen Rahmenbedingungen betreffen die Einräumung von CC-BY-Lizenzen sowohl durch öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten als auch durch andere öffentlich-rechtliche Körperschaften, Anstalten oder Stiftungen sowie durch unmittelbar oder mittelbar öffentlich beherrschte Unternehmen. Für die Lizenzierung durch öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten ergeben sich allerdings aus den beihilferechtlichen Voraussetzungen der marktunabhängigen Finanzierung der Rundfunkanstalten weitere Anforderungen an die Aktivitäten öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, die mittelbar auch die Lizenzierung der aus Rundfunkbeiträgen finanzierten Inhalte betreffen. Mit guten Gründen wird man im Ausgangspunkt annehmen können, dass CC-

Lizenzen, jedenfalls solange sie nicht selektiv wirken und dadurch marktverzerrende Effekte auslösen, und die Anforderungen struktureller Trennung von beitragsfinanzierten und kommerziellen Tätigkeiten einhalten, auch marktkonform sind und daher auch im Lichte des Beihilfekompromisses unbedenklich sind.

Auch wenn also die nicht-selektive Lizenzierung von Inhalten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten mit den Regelungszielen des von der Europäischen Kommission und der Bundesregierung erzielten sog. Beihilfekompromisses vereinbar sein dürfte, entspricht die Lizenzierung nicht allen Vorgaben an Telemedien der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, die in Umsetzung des Kompromisses in den Rundfunk-Staatsvertrag aufgenommen worden sind. Neben den Anforderungen an Telemedien-Konzepte fehlt es insbesondere an einer zeitlichen Beschränkung der Publikation, wie sie in der derzeit noch geltenden Fassung des § 11d RStV vorgesehen ist.

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass Freigaben öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten unter einer CC-BY-Lizenz grundsätzlich beihilferechtlich zulässig sind, wenn es ihnen an einer Selektivität mangelt. Die Einräumung nicht-selektiver Lizenzen an die Allgemeinheit ist zugleich mit dem Regelungsziel des sog. Beihilfekompromisses vereinbar, der zu Änderungen des Rundfunkstaatsvertrags bei den Regelungen zu Telemedien der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten geführt hat. Sie verstoßen allerdings gegen das Beihilfeverbot, wenn von ihnen durch eine sog. De-facto-Selektivität faktisch eine vorhersehbar verzerrende Wirkung ausgeht. Eine dauerhafte Veröffentlichung der Inhalte im Rahmen einer CC-BY-Lizenz kann zudem gegen einige derzeit noch in Kraft befindlichen rundfunkrechtlichen Vorgaben verstoßen, insbesondere gegen die Vorgaben an sog. Telemedien-Konzepte und gegen die noch geltende Befristung der Veröffentlichung.

III. Beihilferechtlicher Rahmen

Die Gutachtenfrage führt zwangsläufig zunächst in das Beihilferecht der Europäischen Union. Nach Art. 107 Abs. 1 AEUV sind unter anderem aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Maßgeblich für die beihilferechtliche Zulässigkeit der Einräumung von CC-BY-Lizenzen ist demnach, dass es sich um eine Zuwendung handelt (1.), die der öffentlichen Hand im beihilferechtlichen Sinne zurechenbar ist (2.). Diese Zuwendung müsste ein bestimmtes Unternehmen begünstigen (3.), eine zumindest drohende Wettbewerbsverfälschung verursachen (4.) und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen (5.). Schließlich gehen aus den beihilferechtlichen Voraussetzungen der marktunabhängigen Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks mittelbar Anforderungen an die Aktivitäten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten hervor (6.).

1. Zuwendungskomponente

Das Merkmal der „Beihilfe“ aus Art. 107 Abs. 1 AEUV ist im AEUV nicht definiert und wird mit Blick auf den Sinn und Zweck des Beihilfeverbots weit und entwicklungsoffen ausgelegt.¹ Typische Formulierungen aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs stellen darauf ab, dass die Maßnahme unabhängig von ihrer Form (Tun oder Unterlassen) die Belastungen verringern, die ein Unternehmen normalerweise zu tragen hat.² Beihilferechtlich relevant ist danach über die unmittelbare Gewährung von Subventionen hinaus auch die Einräumung sonstiger Vorteile, die Subventionen nach Art und Wirkung gleichstehen.³ Unabhängig von Form und Ausgestaltung des Vorteils ist das Fehlen einer angemessenen, d.h. marktüblichen Gegenleistung ein wesentliches Merkmal für die Annahme einer Beihilfe.⁴

a) Einordnung als Unternehmen im beihilferechtlichen Sinn

Mit Blick auf die gemeinnützige Tätigkeit des Wikimedia Deutschland e.V. stellt sich bei der Prüfung des Tatbestandsmerkmals einer Beihilfe zunächst die Frage, ob der Anwendungsbereich des Beihilferechts im Fall der Freigabe von Inhalten unter einer CC BY-Lizenz im Verhältnis zum Wikimedia Deutschland e.V. überhaupt eröffnet ist. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass der Wikimedia Deutschland e.V. als gemeinnützig anerkannt ist, die Autorinnen und Autoren der Wikipedia ehrenamtlich arbeiten, die veröffentlichten Inhalte der Allgemeinheit unentgeltlich zur Verfügung gestellt werden und der Wikimedia Deutschland e.V. sich hauptsächlich aus Spenden und Mitgliedschaftsbeträgen finanziert.

Maßgeblich bei der Konkretisierung des persönlichen Anwendungsbereichs des Beihilferechts ist nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ein sog. funktionaler Unternehmensbegriff.⁵ Nach dieser ständigen Rechtsprechung umfasst der Begriff des Unternehmens im Wettbewerbsrecht „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung (...)“⁶. Für diese Einordnung ist unerheblich, ob die jeweilige Einheit gemeinnützig

¹ Aus der Literatur nur zusammenfassend *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, Art. 107 AEUV, Rn. 10; *Kühling*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 107 AEUV Rn. 28.

² Aus der Rechtsprechung nur EuGH, Urt. v. 27. Juni 2017, C-74/16 – Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania, Rn. 66 m.w.N.

³ EuGH, Urt. v. 27. Juni 2017, C-74/16 – Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania, Rn. 66; EuGH, Urt. v. 19. März 2013, C-399/10 P und C-401/10 P – Bouygues SA und die Bouygues Télécom SA, Rn. 101, m.w.N.

⁴ *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, Art. 107 AEUV, Rn. 10 m.w.N. aus der Literatur.

⁵ *Kapp* in: Jaeger/Kokott/Pohlmann/Schroeder, Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 92. Lieferung 11.2018, Art. 106 AEUV Rn. 11.

⁶ EuGH, Urt. v. 6. November 2018, C-622/16 P u.a. – Scuola Elementare Maria Montessori, Rn. 103; EuGH, Urt. v. 12. Dezember 2013, C-327/12 – SOA Nazionale Costruttori, juris, Rn. 27; EuG, Urt. v. 26. November 2015, T-461/13, juris, Rn. 35, m.w.N.; aus der Literatur *Mestmäcker/Schweitzer*, in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2012, Art. 106 AEUV Rn. 1.

tätig ist⁷ oder ob sie kostendeckend arbeitet.⁸ Maßgeblich ist vielmehr, ob die in Frage stehende Tätigkeit einen hinreichenden Marktbezug aufweist. Für den Wikimedia Deutschland e.V. kann sich ein solcher Marktbezug aus den Eigenschaften des Angebots der Wikipedia sowie aus der Nachfrage nach lizenzierten Inhalten ergeben.

aa) Bereitstellung von Inhalten aus dem Bereich Bildung und Wissen

Die Unentgeltlichkeit der Angebote von Wikipedia könnte der Einordnung dieser Dienstleistungen als wirtschaftliche Tätigkeit entgegenstehen. Für Dienstleistungen, die nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs als wirtschaftliche Tätigkeiten gewertet werden, ist in der Regel ein Entgelt charakteristisch, das die wirtschaftliche Gegenleistung für das Angebot bildet.⁹

An einer solchen unmittelbaren Gegenleistung der Nutzerinnen und Nutzer für die Nutzung der unentgeltlich abrufbaren Inhalte fehlt es. Auch erhebt Wikipedia nach unseren Informationen keine personenbezogenen Daten über die Nutzung der Angebote, die auf anderen, verbundenen Märkten für kommerzielle Zwecke verwertet werden.¹⁰

Allerdings genügt allein die Unentgeltlichkeit der konkreten Nutzung im Verhältnis zu den jeweiligen Nutzerinnen und Nutzern nach der Rechtsprechung und Literatur nicht, um die Qualifizierung als wirtschaftliche Tätigkeit auszuschließen. So geht die Rechtsprechung insbesondere im Bildungsbereich davon aus, dass die als wirtschaftliche Tätigkeit eingeordnete Dienstleistung nicht unbedingt von denjenigen zu bezahlen ist, denen sie zu Gute kommt.¹¹ Anderes gilt jedoch für eine staatliche Finanzierung von Unterricht in Einrichtungen des staatlichen Bildungssystems. Diese Finanzierung ist Ausdruck hoheitliche Aufgabenerfüllung.¹²

Nach diesem Maßstab dürften bereits die jährlichen Spenden Privater den wirtschaftlichen Charakter der Angebote von Wikipedia begründen. Zwar besteht kein Rechtsanspruch des Trägers von Wikipedia auf Zahlung der Spenden; vielmehr wird der Spendenaufruf in jährlichen Abständen solange auf der Homepage veröffentlicht, bis das vom Träger festgelegte Zielaufkommen erreicht ist. Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht kommt es jedoch nicht auf die zivilrechtliche Durchsetzbarkeit bestimmter Ansprüche, sondern auf die hinreichend sichere Finanzierung aus privaten Mitteln an. Die Möglichkeit von Wikimedia, die Höhe des Spendenaufkommens vor Beginn des Spendenaufrufs festzulegen, geht wesentlich auf die Aufmerksamkeit zurück, die Wikipedia über einen längeren Zeitraum mit den zur Verfügung gestellten Inhalten erzielt. Die Spendenkampagnen bilden dadurch

⁷ EuGH, Urt. v. 1. Juli 2008, C-49/07 – MOTOE, Rn. 28.

⁸ EuGH, Urt. v. 19. Dezember 2012, C-288/11 P – Mitteldeutsche Flughafen AG, Rn. 50.

⁹ EuGH, Urt. v. 27. Juni 2017, C-74/16 – Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania, Rn. 47; EuGH, Urt. v. 6. November 2018, C-622/16 P u.a. – Scuola Elementare Maria Montessori, Rn. 104.

¹⁰ Näher zur kartellrechtlichen Einordnung solcher unentgeltlicher Angebote *Bundeskartellamt*, Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, Juni 2016, S. 36 ff.

¹¹ EuGH, Urt. v. 27. Juni 2017, C-74/16 – Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania, Rn. 49; daran anschließend EuGH, Urt. v. 6. November 2018, C-622/16 P u.a. – Scuola Elementare Maria Montessori, Rn. 105.

¹² EuGH, Urt. v. 27. Juni 2017, C-74/16 – Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania, Rn. 50.

eine wenn auch mittelbare Form der Kapitalisierung der über die Inhalte generierten Aufmerksamkeit. Diese Mittel werden zur Finanzierung der Tätigkeiten Wikimedias von privater Seite bereitgestellt, ohne Ausdruck hoheitlicher Aufgabenerfüllung zu sein.

Weitergehend greift die Literatur zur Charakterisierung einer wirtschaftlichen Tätigkeit im wettbewerbsrechtlichen Sinne teilweise auf den sog. hypothetischen Wettbewerbstest zurück. Danach ist eine Tätigkeit dann als wirtschaftlich einzuordnen, wenn sie zumindest grundsätzlich auch von privaten, kommerziell tätigen Unternehmen ausgeübt werden könnte.¹³ Vergleichbare Angebote werden auf dem Markt etwa in Form von Lexika insbesondere durch Medienverlage bereitgestellt; die Auswirkungen auf das Marktpotential dieser traditionellen Geschäftsmodelle stellen ein Indiz für den wirtschaftlichen Charakter der Aktivitäten von Wikipedia dar.¹⁴

bb) Nachfrage nach lizenzierten Inhalten

Daneben kann sich der wirtschaftliche Charakter der Tätigkeiten unter Umständen auch auf das Verhalten als Nachfrager gründen. Zwar bewertet die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs die Nachfrage nach bestimmten Dienstleistungen akzessorisch zu den Angeboten, zu deren Bereitstellung die Dienstleistungen nachgefragt werden.¹⁵ Allerdings zeichnet die Rechtsprechung insofern kein widerspruchsfreies Bild, als die nationale Rechtsprechung der Mitgliedstaaten, insbesondere in Deutschland, das Nachfragerverhalten und das Angebotsverhalten getrennt beurteilen.¹⁶ Unter Hinweis auf den Sinn und Zweck der wettbewerbsrechtlichen Regelungen lehnen Teile der Literatur eine einschränkende, zum Angebotsverhalten akzessorische Einordnung des Nachfrageverhaltens ab.¹⁷ Die Nachfrage nach Lizenzen für die Verbreitung urheberrechtlich geschützter Inhalte wäre demnach als unternehmerische Tätigkeit einzuordnen.

Im Fall von CC BY-Lizenzen kommt hinzu, dass ihre Besonderheit darin liegt, auch kommerzielle Nutzungen abzudecken. Gegenüber Lizenzen, die kommerzielle Nutzungen nicht beinhalten, stellt die Nutzung einer CC BY-Lizenz dadurch ein zusätzliches Indiz für das Vorliegen einer wirtschaftlichen Tätigkeit dar.

Insgesamt sprechen gute Gründe, vor allem der mittelbare Zusammenhang zwischen den zur Verfügung gestellten Inhalten und der Kapitalisierung der durch sie generierten Aufmerksamkeit durch

¹³ *Mestmäcker/Schweitzer*, in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2012, Art. 106 Rn. 9, m.w.N. aus der Praxis.

¹⁴ Zu einem beihilferechtlich relevanten Wettbewerbsverhältnis zwischen der Tätigkeit einer Vereinigung, die keinen Erwerbszweck verfolgt, und gewerblichen Unternehmen EuGH, Urt. v. 1. Juli 2008, C-49/07 – MOTOE, Rn. 28.

¹⁵ Für den Kauf von Erzeugnissen EuGH, Urt. v. 11. Juli 2006, C-205/03 – FENIN II, Rn. 26.

¹⁶ BGH, Urt. v. 26. Oktober 1961, KZR 1/61 – Gummistrümpfe, Rn. 21; daran anknüpfend BGH, Urt. v. 24. Januar 2017, KZR 47/14 – VBL-Gegenwert II, Rn. 39; aus der Literatur *Mestmäcker/Schweitzer*, in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2012, Art. 107, Rn. 33 f.

¹⁷ *Kapp* in: Jaeger/Kokott/Pohlmann/Schroeder, Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 92. Lieferung 11.2018, Art. 106 AEUV Rn. 11.

die Spendenkampagnen, für die Annahme einer dem Beihilferecht unterfallenden wirtschaftlichen Tätigkeit.

b) CC BY-Lizenz als beihilferechtlich relevanter Vorteil

Die Einräumung einer CC-Lizenz erlaubt unterschiedliche Arten der Nutzung des von der Lizenz gedeckten Werks.¹⁸ Im Ausgangspunkt ermöglichen sie es, das Werk zu verbreiten, zu remixen, zu verbessern und darauf aufzubauen, auch kommerziell. Verlangt ist freilich, dass der Urheber genannt wird. Diese Lizenzen können variiert werden; sie können die kommerzielle Nutzung oder Abwandlungen ausschließen oder die Weitergabe nur unter denselben Lizenzbedingungen ermöglichen. In Rede stehen hier vor allem die CC-BY-(SA/ND) Lizenzen, die eine kommerzielle Nutzung nicht ausschließen. Im Gegensatz zur CC-BY-NC-Lizenzen lassen sie allgemein die Verwendung der generierten Inhalte, auch für kommerzielle Zwecke zu. Die Einräumung der Rechte im Rahmen der CC-BY-SA -Lizenz erfolgt unentgeltlich, während die Nutzung geschützter Inhalte nach Marktbedingungen jedenfalls im kommerziellen Kontext eine entgeltliche Lizenz nahelegt. Die unentgeltliche Einräumung lässt sich insoweit als eine beihilferechtlich relevante Begünstigung verstehen, zumal auch in der zivilgerichtlichen Rechtsprechung im Rahmen von Schadensersatzprozessen entschieden worden ist, dass ein Lizenzgeber sich für den Fall eines Verstoßes gegen die Bedingungen einer CC-Lizenz eine Vergütung vorbehalten hätte.¹⁹ Dass die Rechtsprechung teilweise davon ausgeht, dass nach Einräumung einer CC-Lizenz an entgeltlichen Lizenzen für vergleichbare Nutzungen desselben Inhalts keine Nachfrage mehr besteht,²⁰ ändert nichts daran, dass jedenfalls die Einräumung der CC-BY-Lizenz einen wirtschaftlichen Vorteil darstellt. Dies gilt für die Einräumung von CC-BY-Lizenzen durch öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten und andere öffentlich oder aus öffentlichen Mitteln finanzierte Institutionen wie Museen, Archive oder allgemein Materialien von öffentlich-rechtlichen Körperschaften, Anstalten oder Stiftungen sowie von öffentlichen Unternehmen.

2. Zurechenbarkeit zur öffentlichen Hand

Art. 107 Abs. 1 AEUV beschreibt die Zurechenbarkeit des gewährten Vorteils zur öffentlichen Hand mit den beiden alternativen Merkmalen „staatliche Beihilfe“ oder „aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfe“, wobei das zweite Merkmal den Anwendungsbereich des Beihilfeverbots weiter ausdehnt. Insoweit folgert die Unionsrechtsprechung, dass nicht nur die unmittelbar durch den Staat und ihm zurechenbaren Untergliederungen gewährten Begünstigungen einzubeziehen sind, sondern auch solche durch vom Staat benannte oder errichtete öffentliche oder private Einrichtungen.²¹

¹⁸ Einzelheiten dazu finden sich bei Creative Commons.org <https://creativecommons.org/licenses/>.

¹⁹ LG München, Urt. v. 12. Dezember 2013, 21 S 2269/14, Rn. 12.

²⁰ OLG Köln, Urt. v. 13. April 2018, I-6 U 131/17, Rn. 33: „Da die Bilder kostenfrei angeboten worden sind, hätten vernünftige Parteien für die Nutzung als solche weder eine Lizenz gefordert noch gezahlt.“

²¹ *Koenig/Förtsch*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 107 AEUV Rn. 61.

a) Rundfunkbeitrag als Vorteil aus staatlichen Mitteln

Bei dem Rundfunkbeitrag handelt es sich um einen solchen aus staatlichen Mitteln gewährten Vorteil. Dies hatte schon die Kommission im sog. Beihilfekompromiss aus dem Jahre 2007 aus einer Reihe von Gründen angenommen,²² unter anderem wegen des verfassungsrechtlichen Anspruch auf funktionsgerechte Finanzierung, der staatlichen Übertragung eines zwangsweisen Einzugs der Mittel, der staatlichen Festlegung der Höhe, also letztlich wegen der staatlichen Kontrolle über die Finanzierung. Darüber hinaus waren noch weitere Aspekte maßgeblich, die hier dahingestellt sein mögen.

Zwar ist die Einordnung der Rundfunkgebühr in Deutschland als Beihilfe teilweise in Abrede gestellt worden, vor allem unter Hinweis auf die (ältere) PreussenElektra-Rechtsprechung²³ zu energierechtlichen Vorhaben für Einspeisung.²⁴ Danach stellt eine Verpflichtung zur Abnahme von Strom aus erneuerbaren Energiequellen zu über den Marktpreisen liegenden Mindestpreisen zwar einen wirtschaftlichen Vorteil dar. Jedoch ist dieser Vorteil nach der sog. PreussenElektra-Rechtsprechung nicht aus staatlichen Mitteln gewährt, weil die korrespondierenden finanziellen Belastungen nicht über eine vom Staat benannte oder errichtete öffentliche oder private Einrichtung gewährt, sondern von den Elektrizitätsversorgungsunternehmen sowie den privaten Betreibern der vorgelagerten Elektrizitätsnetze getragen werden.²⁵

Die Rundfunkgebühr ist mittlerweile in einer Reihe von Entscheidungen sowohl des Europäischen Gerichtshofs aus dem Bereich Vergaberecht²⁶ sowie des Europäischen Gerichts zum Beihilferecht²⁷ als aus staatlichen Mitteln gewährter Vorteil der öffentlichen Hand zugerechnet worden. Zudem sind die Kriterien der Zurechnung von Mitteln in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs in der Folgezeit insofern erweitert worden, als auch Mittel, die ständig unter staatlicher Kontrolle und somit den zuständigen nationalen Behörden zur Verfügung stehen, als staatliche Mittel qualifiziert werden.²⁸ Nicht zuletzt hat der Europäische Gerichtshof in einem jüngst erlassenen Urteil festgestellt, dass die Umstellung der Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks von einer an den Besitz eines Rundfunkgeräts anknüpfenden Rundfunkgebühr zu einem haushaltsbezogenen Rundfunkbeitrag

²² Europäische Kommission, Mitteilung v. 24. April 2007 an die Bundesregierung, Staatliche Beihilfe E 3/2005 – Die Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in Deutschland, K(2007) 1761 endg., Tz. 142-151.

²³ EuGH, Urt. v. 13. März 2001, C-379/98 – PreussenElektra AG.

²⁴ Näher *Gundel*, in Gersdorf/Paal (Hrsg.), Beck'scher OK Informations- und Medienrecht, 21. Edition 1.8.2018, Art. 107 Rn. 10 m.w.N.

²⁵ EuGH, Urt. v. 13. März 2001, C-379/98 – PreussenElektra AG, Rn. 56 ff.

²⁶ EuGH, Urt. v. 13. Dezember 2007, C-337/06, Bayerischer Rundfunk u.a., Rn. 32 ff.: öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten als „überwiegend durch den Staat finanzierte“ öffentliche Auftraggeber.

²⁷ Zu Mitteln der Landesmedienanstalten, die mittelbar aus der Rundfunkgebühr finanziert sind, EuG, Urt. v. 6. Oktober 2009, T-8/06 – FAB Fernsehen aus Berlin, Rn. 49; zusammenfassend *Gundel*, in Gersdorf/Paal (Hrsg.), Beck'scher OK Informations- und Medienrecht, 21. Edition 1.8.2018, Art. 107 Rn. 13.

²⁸ Zu einem gesetzlich vorgesehenen Ausgleichsmechanismus, der Mehrkosten für die Abnahme von Strom aus erneuerbaren Energien auf Endverbraucher umwälzt, EuGH, Urt. v. 19. Dezember 2013, C-262/12 – Association Vent De Colère! Fédération nationale, Rn. 21.

keine Änderung einer bestehenden Beihilfe darstellt.²⁹ Klargestellt wurde damit zugleich, dass es sich sowohl bei dem geräteabhängigen Rundfunkbeitrag als auch bei der auf Haushalte und Betriebsstätten bezogenen Rundfunkgebühr um Beihilfen handelt.³⁰

b) Von den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten gewährte Vorteile

Der zweite Aspekt liegt in der Frage, ob Vorteile, die durch den insoweit durch Beiträge finanzierten öffentlich-rechtlichen Rundfunk gewährt werden, ebenfalls als aus staatlichen Mitteln gewährte Vorteile angesehen werden müssen. Dies ist anzunehmen.

Zwar geht die institutionelle Ausgestaltung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks aus der Perspektive des deutschen Rundfunkverfassungsrechts auf die rundfunkverfassungsrechtliche Vorgabe zurück, nach der Rundfunk wegen seiner besonderen Relevanz für die freie individuelle und öffentliche Meinungsbildung einerseits staatsfern zu organisieren ist und andererseits auch einer oder einzelnen gesellschaftlichen Gruppen nicht ausgeliefert werden darf.³¹ Ziel des Gebots der Staatsferne ist es danach, trotz der öffentlich-rechtlichen Organisation des Rundfunks die inhaltliche Unabhängigkeit des Programms von Repräsentanten und Amtsträgern des Staatsapparats zu gewährleisten.³² Jedoch bleibt der öffentlich-rechtliche Rundfunk trotz dieser inhaltsbezogenen Unabhängigkeit auch aus rundfunkverfassungsrechtlicher Perspektive Teil des staatlichen Verantwortungsbereichs.³³

Aus der Perspektive des Rechts der Europäischen Union sind von öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten gewährte Vorteile der öffentlichen Hand schon mit Blick auf die öffentlich-rechtliche Ausgestaltung zurechenbar. Die Einordnung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten als auf einen staatlichen Hoheitsakt zurückgeführte, juristische Person des öffentlichen Rechts indiziert die Zurechenbarkeit. Hinzu kommt, dass die Aktivitäten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zum überwiegenden Anteil marktfern aus dem Rundfunkbeitrag finanziert werden, der seinerseits aus staatlichen Mitteln gewährt wird.³⁴ So sind in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichts Zahlungen, die von Landesmedienanstalten gewährt werden, als beihilferechtlich relevant eingestuft worden, weil die Haushalte der Landesmedienanstalten ihrerseits aus Rundfunkgebühren finanziert werden.³⁵

²⁹ EuGH, Urt. v. 13. Dezember 2018, C-492/17, Südwestrundfunk, Rn. 53-67.

³⁰ EuGH, Urt. v. 13. Dezember 2018, C-492/17, Südwestrundfunk, Rn. 53.

³¹ Aus der ständigen Rechtsprechung nur BVerfG, Urt. v. 12. März 2008, 2 BvF 4/03, Rn. 94 ff. m.w.N.

³² BVerfG, Urt. v. 25. März 2014, 1 BvF 1/11, 1 BvF 4/11, Rn. 45, m.w.N.

³³ BVerfG, Urt. v. 25. März 2014, 1 BvF 1/11, 1 BvF 4/11, Rn. 44.

³⁴ Siehe oben, III. 2. a).

³⁵ EuG, Urt. v. 6. Oktober 2009, T-8/06 – FAB Fernsehen aus Berlin, Rn. 49: „Was erstens die Voraussetzung anbelangt, nach der Maßnahmen, um als staatliche Beihilfe eingestuft werden zu können, zum einen unmittelbar oder mittelbar vom Staat gewährt werden und zum anderen dem Staat zuzurechnen sein müssen (...), so folgt aus der angefochtenen Entscheidung und ist zwischen den Parteien unstreitig, dass sich der Haushalt der MABB aus den deutschen Rundfunkgebühren finanziert, dass die Zahlungen an die privaten Rundfunkanbieter aus dem Haushalt der MABB finanziert werden, dass diese unter der Rechtsaufsicht des Staates steht und dass ihr Haushalt vom Berliner Rechnungshof kontrolliert wird.“

c) Zurechenbarkeit von Mitteln anderer öffentlicher Stellen

Bei CC-BY-Lizenzen, die von anderen öffentlichen Stellen wie öffentlich-rechtlichen Körperschaften, Anstalten oder Stiftungen eingeräumt werden, handelt es sich ebenfalls um zurechenbare Beihilfen aus Mitteln, die staatlicher Kontrolle unterstehen. Gleiches gilt für Mittel von Unternehmen des Privatrechts, auf die ein Mitgliedstaat mittelbar oder unmittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann.³⁶

3. Selektivität

Das Beihilfeverbot findet an sich nur Anwendung, wenn durch die staatlichen Mittel einzelne Unternehmen oder Produktionsstätten begünstigt werden, da auf diese Weise Wettbewerbsverzerrungen drohen. Der aus staatlichen Mitteln gewährte Vorteil ist daher beihilferechtlich relevant, wenn damit selektiv ein bestimmtes Unternehmen oder eine bestimmte Gruppe von Unternehmen begünstigt werden.

Der Sache nach bezieht sich das auf Konstellationen der wirtschaftlichen Tätigkeit der Unternehmen, also eine unternehmerische Tätigkeit auf einem Markt. Nur dann kann der Wettbewerb auch durch staatliche Mittel verzerrt werden.³⁷ Für die Einordnung als unternehmerische Tätigkeit im beihilferechtlichen Sinn dürfte insoweit ausreichen, dass der Inhaber der Lizenz zumindest auch als Nachfrager oder Anbieter von Leistungen auf Märkten auftritt, selbst wenn die juristische Person als gemeinnützig anerkannt ist. Die Nutzung einer Lizenz, die auch kommerzielle Verwendungen abdeckt, stellt ein Indiz für eine unternehmerische Tätigkeit dar.

Dass die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs den Anwendungsbereich des Beihilfeverbots insoweit sehr weit fasst, wird auch daran deutlich, dass die für die Selektivität maßgebende Diskriminierung sich auch auf Unternehmen beziehen kann, die auf unterschiedlichen Märkten aktiv sind. Nach dieser ständigen Rechtsprechung schließen auch die Verschiedenartigkeit oder die Bedeutung der Wirtschaftszweige, zu denen die begünstigten Unternehmen zählen, die Selektivität einer staatlichen Maßnahme nicht aus.³⁸ Das Kriterium der Bestimmtheit bzw. Selektivität der Maßnahme soll der Sache nach allgemeine staatliche Fördermaßnahmen, die der gesamten

³⁶ *Mestmäcker/Schweitzer*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2016, Art. 107 Rn. 270; vgl. zum Begriff des „öffentlichen Unternehmens“ Art. 2 lit. b) Richtlinie 2006/111/EG der Kommission vom 16. November 2006 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen, ABl. EU Nr. L 318 v. 17. November 2006, S. 17 ff.: „jedes Unternehmen, auf das die öffentlichen Hand aufgrund Eigentums, finanzieller Beteiligung, Satzung oder sonstiger Bestimmungen, die die Tätigkeit des Unternehmens regeln, unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann.“

³⁷ *Koenig/Förtsch*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 107 AEUV Rn. 75.

³⁸ EuGH, Urt. v. 8. November 2001, C-143/99 – *Adria-Wien Pipeline*, Rn. 48: „Zunächst kann eine staatliche Initiative weder aufgrund der großen Zahl der begünstigten Unternehmen noch aufgrund der Verschiedenartigkeit und der Bedeutung der Wirtschaftszweige, zu denen diese Unternehmen gehören, als eine allgemeine wirtschaftspolitische Maßnahme angesehen werden (...).“, m.w.N.; aus der Literatur *Nowak*, in: Pechstein/ders./Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar, 2017, Bd. III, Art. 107 EUV, Rn. 41.

Wirtschaft zugute kommen, von der Beihilfekontrolle ausnehmen. Eine Wettbewerbsverzerrung ist hingegen anzunehmen, wenn die Maßnahme spezifisch bzw. selektiv ist.

Während es bei einem der Allgemeinheit in gleichem Umfang gewährten Vorteil an dieser wettbewerbsverzerrenden Selektivität im Grundsatz fehlt (a.), kann auch ein formell allgemein zur Verfügung gestellter Vorteil faktisch auf die Situation bestimmter Unternehmen zugeschnitten sein und deshalb als diskriminierend selektiver Vorteil gewertet werden (b).

a) Allgemeiner Charakter auch kommerzieller CC-BY-Lizenzen

Bei der unterschiedslosen Einräumung urheberrechtlicher Lizenzen an die Allgemeinheit fehlt es im Grundsatz an der für den Beihilfebegriff erforderlichen Selektivität. Ähnlich wie bei der Weiterverwendung von Informationen des öffentlichen Sektors für kommerzielle wie auch für nichtkommerzielle Zwecke³⁹ stellt die generelle Verbesserung der Grundlage für Aktivitäten Dritter keine wettbewerbsverzerrende, selektive Beihilfe dar.

An dieser Selektivität fehlt es unabhängig davon, ob die geförderten Aktivitäten kommerziell oder nicht kommerziell erfolgen. Auch bleibt es der öffentlichen Einrichtung im Grundsatz unbenommen, die Inanspruchnahme des generellen Vorteils ohne Bedingungen zu gewähren oder an bestimmte Bedingungen zu knüpfen, solange die Bedingungen keine Wettbewerbsverzerrungen nach sich ziehen.⁴⁰

Eine beihilferechtsrelevante wettbewerbsverzerrende Wirkung eines generell gewährten Vorteils ergibt sich auch nicht bereits daraus, dass die allgemein zur Verfügung gestellte Leistung für bestimmte Geschäftsmodelle oder für bestimmte Unternehmen vorteilhafter ist als für andere.⁴¹ Das Ziel allgemein zur Verfügung gestellter Vorteile, den Binnenmarkt sowie die Entwicklung neuer Produkte und Dienstleistungen in einem fairen, unverzerrten Wettbewerb zu fördern,⁴² geht

³⁹ Vgl. den allgemeinen Grundsatz in Art. 3 der Richtlinie 2003/98/EG über die Weiterverwendung von Informationen des öffentlichen Sektors, ABl. EU v. 31. Dezember 2003 Nr. L 345, S. 90 ff.

⁴⁰ Vgl. zur Lizenzierung bei der Weitergabe von Informationen des öffentlichen Sektors Art. 8 Abs. 1 Richtlinie 2003/98/EG über die Weiterverwendung von Informationen des öffentlichen Sektors.

⁴¹ Zurückhaltend die allgemeine Einschätzung der Europäischen Kommission, Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. EU Nr. C 262 v. 19. Juli 2016, S. 1 ff., Rz. 118: „(...) Eine staatliche Maßnahme kann weder aufgrund der großen Zahl der begünstigten Unternehmen (zu denen sogar alle Unternehmen eines bestimmten Wirtschaftszweigs gehören können) noch aufgrund der Verschiedenartigkeit und der Bedeutung der Wirtschaftszweige, zu denen diese Unternehmen gehören, als eine allgemeine wirtschaftspolitische Maßnahme angesehen werden, wenn sie nicht allen Wirtschaftszweigen zugute kommt. Die Tatsache, dass die Beihilfe nicht für einen oder mehrere spezifische, vorab definierte Empfänger bestimmt ist, sondern eine Reihe objektiver Kriterien erfüllt sein müssen, bevor sie auf der Grundlage einer vorab festgelegten Gesamtmittelausstattung einer nicht festgelegten Zahl von Beihilfeempfängern, die zunächst nicht einzeln bekannt sind, gewährt wird, reicht nicht aus, um den selektiven Charakter einer Maßnahme in Frage zu stellen.“

⁴² Zur Förderung vor allem im Bereich der Digitalisierung durch die Weitergabe von Informationen des öffentlichen Sektors Erwägungsgrund (5) der Richtlinie 2003/98/EG über die Weiterverwendung von Informationen des öffentlichen Sektors.

zwangsläufig damit einher, dass Unternehmen die Angebote in unterschiedlicher Weise für ihre jeweils eigenen Zwecke im Wettbewerb verarbeiten.

b) Beihilferechtliche Grenze der De-facto-Selektivität

aa) Kriterien der Rechtsprechung

Führt ein formell allgemein und unterschiedslos gewährter Vorteil allerdings durch die weiteren Umstände strukturell zu einer Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Unternehmensgruppen und ist diese diskriminierende Wirkung bei der Vorteilsgewährung absehbar und nicht bereits in übergeordneten, zulässigen Grundsatzentscheidungen angelegt, so stellt die Europäische Kommission bei der normativen Bewertung auf die selektive, wettbewerbsverzerrende Wirkung des Vorteils ab.⁴³

Die Praxis der Europäischen Kommission und der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs bildet aus den unterschiedlichen Fällen materieller (im Gegensatz zu formeller) Selektivität Fallgruppen, die je nach Ursache des diskriminierenden Charakters zwischen einer De-jure- und einer De-facto-Selektivität unterscheiden. Bei der De-jure-Selektivität ergibt sich die Diskriminierung unmittelbar aus den rechtlichen Kriterien für die Gewährung einer Maßnahme.⁴⁴ Die De-facto-Selektivität hängt von den Auswirkungen der jeweiligen Umstände ab.⁴⁵ Für den Bereich des Steuerrechts hat sich eine eingehende Systematik entwickelt, die bei der Bewertung staatlicher Maßnahmen zur Verringerung der normalen Belastung von Unternehmen das jeweilige Bezugssystem ermittelt, Abweichungen vom Bezugssystem feststellt und schließlich die Rechtfertigung dieser Abweichungen durch die Natur oder den inneren Aufbau des Bezugssystems prüft.⁴⁶

Im Kern ist nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für das Kriterium der Selektivität maßgeblich, ob der gewährte Vorteil geeignet ist, bestimmte Unternehmen gegenüber anderen Unternehmen zu begünstigen, die sich im Hinblick auf das mit der betreffenden Regelung verfolgte Ziel in einer vergleichbaren tatsächlichen oder rechtlichen Situation befinden.⁴⁷ Die Gewährung des

⁴³ Europäische Kommission, Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl.EU Nr. C 262 v. 19. Juli 2016, S. 1 ff.

⁴⁴ Europäische Kommission, Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (Fn. 28), Tz. 121.

⁴⁵ Europäische Kommission, Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (Fn. 28), Tz. 122.

⁴⁶ Europäische Kommission, Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (Fn. 28), Tz. 126-141.

⁴⁷ Aus der Rechtsprechung nur EuGH, Urt. v. 14. Januar 2015, C-518/13 – Eventech, Rn. 55: „Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs verlangt Art. 107 Abs. 1 AEUV insoweit die Feststellung, ob eine nationale Maßnahme im Rahmen einer bestimmten rechtlichen Regelung geeignet ist, ‚bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige‘ gegenüber anderen Unternehmen oder Produktionszweigen zu begünstigen, die sich im Hinblick auf das mit der betreffenden Regelung verfolgte Ziel in einer

Vorteils ist mit anderen Worten nach dieser Rechtsprechung dann selektiv, wenn sie „geeignet [ist], bestimmte Unternehmen in eine günstigere Lage zu versetzen als andere“,⁴⁸ wobei nach der Rechtsprechung eine unterschiedliche Behandlung im Einzelfall gerechtfertigt sein kann, wenn sie sich aus übergeordneten Gründen, im Steuerrecht etwa aus der Natur oder dem Aufbau des Steuersystems ergibt.⁴⁹

Zu berücksichtigen ist überdies, dass nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof eine Selektivität sich auch daraus ergeben kann, dass die mitgliedstaatlichen Stellen, die bei der Anwendung einer allgemeinen Regelung finanzielle Vorteile gewähren, bei dieser Anwendung über Ermessensspielräume verfügen, die es ihnen ermöglichen, den Kreis der Begünstigten oder die Bedingungen der Begünstigung zu bestimmen.⁵⁰ Schon der Spielraum der über die Begünstigung entscheidenden Stelle schließt danach die Allgemeinheit des Vorteils aus,⁵¹ selbst wenn die ausgestaltende Entscheidung nicht willkürlich war.⁵²

bb) De-facto-Selektivität der Einräumung von CC-BY-Lizenzen

vergleichbaren tatsächlichen und rechtlichen Situation befinden (...);“ zu nationalen Steuermaßnahmen EuGH, Urt. v. 18. Juli 2013, C-6/12 – P Oy, Rn. 19 m.w.N.; EuGH, Urt. v. 4. Juni 2015, C-15/14 P – Kommission/MOL, Rn. 59; EuGH, Urt. v. 4. Juni 2015, C-5/14 – Kernkraftwerke Lippe-Ems, Rn. 74: „Was die Beurteilung der Voraussetzung der Selektivität betrifft, muss nach ständiger Rechtsprechung gemäß Art. 107 Abs. 1 AEUV festgestellt werden, ob eine nationale Maßnahme im Rahmen einer bestimmten rechtlichen Regelung geeignet ist, bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige gegenüber anderen Unternehmen oder Produktionszweigen, die sich im Hinblick auf das mit der betreffenden Regelung verfolgte Ziel in einer vergleichbaren tatsächlichen und rechtlichen Situation befinden, zu begünstigen (...).“; aus der Literatur zusammenfassend *Nowak*, in: Pechstein/ders./Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar, 2017, Bd. III, Art. 107 EUV Rn. 38 m.w.N.

⁴⁸ EuGH, Urt. v. 4. Juni 2015, C-15/14 P – Kommission/MOL, Rn. 59.

⁴⁹ EuGH, Urteil vom 26. April 2018, C-233/16 – Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED), Rn. 42: „Keine staatliche Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV ist jedoch eine Maßnahme, die eine Unterscheidung zwischen Unternehmen einführt, die sich im Hinblick auf das von der in Rede stehenden rechtlichen Regelung verfolgte Ziel in einer vergleichbaren tatsächlichen und rechtlichen Situation befinden, und damit a priori selektiv ist, wenn der betreffende Mitgliedstaat nachweisen kann, dass diese Unterscheidung gerechtfertigt ist, weil sie sich aus der Natur oder dem Aufbau des Systems ergibt, in das sie sich einfügt (Urteil vom 21. Dezember 2016, Kommission/World Duty Free Group SA u. a., C-20/15 P und C-21/15 P, EU:C:2016:981, Rn. 58 und die dort angeführte Rechtsprechung).“

⁵⁰ Im Kontext steuerrechtlicher Maßnahmen EuGH, Urt. v. 18. Juli 2013, C-6/12 – P Oy, Rn. 25: „Was das Ermessen der zuständigen Behörde betrifft, so kann nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs eine Maßnahme nicht als Maßnahme allgemeiner Art angesehen werden, wenn dieser Behörde ein Ermessen eingeräumt wurde, das es ihr ermöglicht, die Begünstigten oder die Bedingungen der gewährten Maßnahme zu bestimmen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 29. Juni 1999, DM Transport, C-256/97, Slg. 1999, I-3913, Randnr. 27 und die dort angeführte Rechtsprechung).“; als allgemeinen Grundsatz eingeordnet bei *Nowak*, in: Pechstein/ders./Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar, 2017, Bd. III, Art. 107 EUV Rn. 40.

⁵¹ EuGH, Urt. v. 18. Juli 2013, C-6/12 – P Oy, Rn. 25.

⁵² Ebenfalls aus dem Kontext steuerlicher Vergünstigungen EuGH, Urt. v. 6. März 2002, T-92/00 und T-103/00 – Territorio Histórico de Álava, Rn. 35: „Um die Einstufung einer Maßnahme als eine Maßnahme allgemeiner Art auszuschließen, braucht aber, wie die Kommission ausführt, nicht geprüft zu werden, ob die Handlungsweise der Steuerbehörden willkürlich war. Es genügt der – im vorliegenden Fall erbrachte – Nachweis, dass die zuständigen Behörden über ein Ermessen verfügten, das es ihnen ermöglichte, u. a. den Betrag oder die Anwendungsvoraussetzungen der fraglichen Steuervergünstigung entsprechend den Merkmalen des von ihnen zu beurteilenden Investitionsvorhabens zu ändern.“; aus der Literatur *Nowak*, in: Pechstein/ders./Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar, 2017, Bd. III, Art. 107 EUV Rn. 40.

Während die allgemeine unentgeltliche Lizenzierung gegenüber jedermann im Grundsatz nicht zwischen Unternehmen oder Produktionszweigen diskriminiert, kann sich eine unterschiedliche Wirkung aus den Umständen ergeben, unter denen die lizenzierten Inhalte erstellt und die Lizenz erteilt worden ist. Ist bereits bei der Erteilung einer CC-BY-Lizenz erkennbar oder sogar absehbar, dass bestimmte Unternehmen von der Möglichkeit, die Inhalte für eigene Zwecke zu nutzen, stärker profitieren als andere Unternehmen in einer vergleichbaren tatsächlichen Situation, wäre die Lizenzierung trotz ihres formell allgemeinen Charakters de facto als selektiv einzuordnen.

Indizien für eine solche unterschiedliche Verwertbarkeit ergeben sich, wenn Inhalte bereits mit Blick auf einen bestimmten Verwender produziert worden, im Rahmen einer Kooperation entstanden oder gar auf die Bedürfnisse eines bestimmten Unternehmens abgestimmt sind. In solchen Fällen dürfte typischerweise bereits die zumindest auch aus Rundfunkbeiträgen finanzierte Erstellung der Inhalte einen beihilferelevanten, selektiven Vorteil darstellen. Die Lizenzierung dieser Inhalte setzt dann den selektiven Vorteil vertiefend fort, selbst wenn formell eine Vielzahl von Unternehmen von der generellen Lizenzierung profitiert. Anders liegt es, wenn Inhalte von den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zunächst aus rein redaktionellen Gründen hergestellt worden sind und Ausschnitte davon, etwa Standbilder, Diagramme oder kurze Ausschnitte, zu einem späteren Zeitpunkt wegen ihres informativen Gehalts oder eines angenommenen Informationsinteresses der Allgemeinheit über eine CC-BY-Lizenz zur Verfügung gestellt werden. Eine Trennung der Produktionsentscheidung von der Entscheidung zur Einräumung einer CC-BY-Lizenz sowie die Ausrichtung der Entscheidung zur Einräumung von CC-BY-Lizenzen an übergreifenden, dem Auftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten entsprechenden Kriterien stellen Indizien dar, die gegen eine De-facto-Selektivität sprechen. Die Einordnung bestimmter Inhalte oder Lizenzen als de facto-selektiv hängt damit maßgeblich von dem jeweiligen Kontext ab, in dem die Inhalte entstanden und lizenziert worden sind.

Beispielhaft für einen besonderen Fall der Selektivität mag eine in den Medien geschilderte Kooperation zwischen einer öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt und Wikimedia, der sog. #ZDFcheck, die Relevanz des jeweiligen Kontexts für die beihilferechtliche Bewertung verdeutlichen. Nach einer Schilderung auf dem Wikimedia-Blog⁵³ betreuen Mitwirkende von Wikipedia (*wikipedians in residence*) in einem Büro des ZDF die Zusammenarbeit zwischen dem ZDF und Wikimedia. Dabei zeichnet sich die Kooperation u.a. dadurch aus, dass die generierten Inhalte über eine CC-BY-Lizenz für die Nutzung durch Wikipedia freigegeben werden und bereits bei der Erstellung in besonderer Weise auf die Bedürfnisse von Wikipedia abgestimmt sind. In dem Blog-Eintrag heißt es dazu:

„Eine Besonderheit des Checks ist, dass nicht nur die Möglichkeit zum Mitmachen besteht, sondern, dass alle erstellten Infomaterialien (Texte, Bilder und Videos) unter einer Freien Lizenz stehen. Dazu

⁵³ Eintrag vom 27. Mai 2013 von Tim Moritz Hector, <https://blog.wikimedia.de/2013/05/27/14-tage-zdfcheck-ein-zwischenbericht/>.

verwenden wir die Lizenz CC-BY. Gemeinsam mit der Grafikerin des ZDF und der Beratung von Wikipedianern erarbeiten wir so auch gezielt Material, das in der Wikipedia noch fehlt.“⁵⁴

Eine solche gezielte, auf die Bedürfnisse von Wikipedia abgestimmte Erstellung von Material durch eine öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt dürfte das Kriterium der De-facto-Selektivität erfüllen. Es ist sehr wahrscheinlich, dass solches Material und die daran eingeräumten Lizenzen Wikimedia in eine günstigere Lage versetzen als andere Anbieter vergleichbarer digitaler Medien. Dadurch, dass die Nutzung durch Wikipedia bereits bei der Erstellung des Materials feststand, das Material unter Einfluss von Mitwirkenden Wikipedias („Wikipedianer“) erstellt worden und sogar zumindest teilweise auf die Bedarfe von Wikipedia abgestimmt ist, bietet es trotz der formell generellen Lizenzierung Wikipedia gegenüber Wettbewerbern einen größeren Nutzen. Diese faktisch unterschiedliche Behandlung ist bereits bei der Gewährung des Vorteils absehbar. Zudem übt die öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt bei der Konzeption und Erstellung der Inhalte einen weiten Ermessensspielraum aus, welcher Akteur ggf., zu welchen Bedingungen durch die spätere allgemeine Lizenzierung der Inhalte begünstigt wird.⁵⁵

Für eine solche unterschiedliche Behandlung dürfte es regelmäßig an einem rechtfertigenden sachlichen Grund fehlen. Zwar ist denkbar, dass eine zulässige Kooperation einen übergeordneten, rechtfertigenden Grund für daraus hervorgehende, faktisch selektive Vorteile bildet. Das setzt allerdings die Zulässigkeit der Kooperation und damit u.a. regelmäßig ein im sog. 3-Stufen-Test geprüftes Telemedienkonzept voraus.⁵⁶

c) De-facto-Selektivität von CC-BY-Lizenzen sonstiger öffentlicher Stellen

Sowohl die grundsätzlichen Kriterien als auch die Abhängigkeit der Bewertung von den Umständen des jeweiligen Einzelfalls gelten gleichermaßen für die Einräumung von CC-BY-Lizenzen durch sonstige der öffentlichen Hand zurechenbare Stellen. Bei der Einräumung von CC-BY-Lizenzen an die Allgemeinheit fehlt es im Grundsatz an einer selektiven Begünstigung bestimmter Unternehmen oder bestimmter Wirtschaftszweige. Aus dem jeweiligen Kontext kann sich jedoch ergeben, dass die formell allgemeine Lizenzierung faktisch ein bestimmtes Unternehmen in diskriminierender Weise besserstellt als andere Unternehmen in einer vergleichbaren Situation. Indizien für eine solche De-facto-Selektivität können sich insbesondere aus Kooperationen zwischen der öffentlichen Stelle und Wikimedia ergeben. Wenn bei Erstellung oder der Auswahl der jeweiligen Inhalte bereits bekannt oder

⁵⁴ Tim Moritz Hector, Eintrag vom 27. Mai 2013, <https://blog.wikimedia.de/2013/05/27/14-tage-zdfcheck-einzwischenbericht/>.

⁵⁵ Zu diesem Kriterium siehe oben, Fn. 37.

⁵⁶ §§ 11d, 11 f RStV; näher zur Verknüpfung von Beihilferecht und den Vorgaben des nationalen Rundfunkrechts sowie den mittelbaren Auswirkungen auf die Zulässigkeit der Lizenzierung für Dritte siehe unten, III. 6.

absehbar ist, dass die Inhalte auf der Grundlage einer CC-BY-Lizenz in Wikipedia genutzt werden sollen, kann dies als Indiz für eine De-facto-Selektivität der Lizenzierung gewertet werden.

4. Tatsächliche oder drohende Wettbewerbsverfälschung

Liegt ein aus hoheitlichen Mitteln gewährter, selektiver Vorteil vor, ist regelmäßig auch das Merkmal der tatsächlichen oder drohenden Wettbewerbsverfälschung erfüllt.⁵⁷ Da der Tatbestand des Beihilfeverbots nach der Rechtsprechung lediglich eine Eignung des Vorteils zur Wettbewerbsverfälschung voraussetzt,⁵⁸ erfüllt die Gewährung selektiver Vorteile diese Voraussetzungen typischerweise.⁵⁹

a) Indizien einer drohenden Wettbewerbsverfälschung

Die hohe potentielle Reichweite der im Internet zur Verfügung gestellten Inhalte, die Kosten für die Erstellung der Inhalte sowie die Höhe der marktüblichen Entgelte für eine Lizenz zur kommerziellen weltweiten Nutzung legen nahe, dass die Lizenzierung, soweit sie einen selektiven Vorteil darstellt, regelmäßig eine zumindest drohende Wettbewerbsverfälschung bewirkt.

b) Keine Ausnahme nach der De-minimis-Verordnung bei selektiven Begünstigungen

Die Lizenzierung ist auch nicht notwendig wegen ihres Umfangs durch die sog. De-minimis-Verordnung⁶⁰ vom Beihilfeverbot ausgenommen.

Nach Art. 3 Abs. 1, Abs. 2 der De-minimis-Verordnung sind bestimmte Beihilfemaßnahmen vom Beihilfeverbot ausgenommen, sofern der einem einzigen Unternehmen gewährte Gesamtbetrag in einem Zeitraum von drei Steuerjahren 200.000 Euro nicht übersteigt. Auch wenn der Wert einer eingeräumten unentgeltlichen CC-Lizenz je nach Umständen des Einzelfalls unterhalb der Grenze von 200.000 Euro liegen kann, sind die Voraussetzungen der De-minimis-Verordnung an die transparente Berechnung des Subventionswerts in Form des sog. Bruttosubventionsäquivalents bei der Einräumung unentgeltlicher Lizenzen typischerweise nicht erfüllt mit der Folge, dass die Ausnahme nach Art. 3 Abs. 1 der Verordnung nicht greift.

⁵⁷ Näher *Nowak*, in: Pechstein/ders./Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar, 2017, Bd. III, Art. 107 EUV Rn. 42: Merkmal begrenzt Anwendungsbereich des beihilferechtlichen Verbotstatbestands nur geringfügig.

⁵⁸ EuGH, Urteil vom 26. April 2018, C-233/16 – Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED), Rn. 64 m.w.N.: kein Nachweis der tatsächlichen Auswirkungen der Beihilfe auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten und einer tatsächlichen Wettbewerbsverzerrung, sondern nur Prüfung, ob die Beihilfe geeignet ist, diesen Handel zu beeinträchtigen und den Wettbewerb zu verfälschen.

⁵⁹ Aus der Rechtsprechung zuletzt EuGH, Urteil vom 26. April 2018, C-233/16 – Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED), Rn. 66: „In Bezug auf die Voraussetzung der Wettbewerbsverzerrung ist darauf hinzuweisen, dass Beihilfen, die ein Unternehmen von den Kosten befreien sollen, die es normalerweise im Rahmen seiner laufenden Geschäftsführung oder seiner üblichen Tätigkeiten zu tragen gehabt hätte, grundsätzlich die Wettbewerbsbedingungen verfälschen (vgl. u. a. Urteil vom 27. Juni 2017, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania, C-74/16, EU:C:2017:496, Rn. 80)“.

⁶⁰ Verordnung (EU) Nr. 1407/2013 der Kommission über die Anwendung von Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen, ABl.EU Nr. L 352 v. 24. Dezember 2013, S. 1 ff.

aa) Anforderungen an die transparente Bestimmung des Bruttosubventionsäquivalents

Nach Art. 4 Abs. 1 der De-minimis-Verordnung gilt die Verordnung nur für Beihilfen, deren Bruttosubventionsäquivalent im Voraus genau berechnet werden kann, ohne dass eine Risikobewertung erforderlich ist, sog. transparente Beihilfe. Hintergrund für diese einschränkende Vorgabe ist die Gewährleistung von Transparenz, Gleichbehandlung und wirksamer Überwachung.⁶¹ Als hinreichend transparent gelten nach Art. 4 Abs. 2 der De-minimis-Verordnung Beihilfen in Form von Zuschüssen oder Zinszuschüssen. Darüber hinaus werden Beihilfen in Form von Darlehen, Kapitalzuführungen, von bestimmten Risikofinanzierungsmaßnahmen sowie von Garantien nach Art. 4 Abs. 3-6 der De-minimis-Verordnung unter näheren Voraussetzungen als hinreichend transparent angesehen. Bei allen übrigen, in anderer Form gewährten Beihilfen setzt eine hinreichende Transparenz nach Art. 4 Abs. 7 der De-minimis-Verordnung voraus, dass die Beihilfebestimmungen eine Obergrenze vorsehen, die gewährleistet, dass der einschlägige Höchstbetrag nicht überschritten wird.⁶²

Bei der Einräumung von CC-BY-Lizenzen fehlt es an einer solchen Obergrenze. Zum einen findet eine Bestimmung des Marktwerts der eingeräumten Lizenzen schon wegen des Charakters einer unentgeltlichen, formell der Allgemeinheit eingeräumten Lizenz nicht statt. Hingegen setzt eine effektive Einhaltung der Schwellenwerte nach der Literatur voraus, dass das Unternehmen, welches als Empfänger der Beihilfen gilt, bestimmt wird.⁶³ Auch lässt sich allein aus der unentgeltlichen Einräumung nicht schließen, dass der Lizenz im beihilferechtlichen Sinn kein Marktwert zukäme. Selbst wenn eine Bewertung dieses Marktwerts im Einzelfall durchgeführt wird, entspricht die einzelfallbezogene Bewertung nicht den Anforderungen der De-minimis-Verordnung an eine bewertungsfreie Berechnung des Bruttosubventionsäquivalents aus Art. 4 Abs. 1 der De-minimis-Verordnung.⁶⁴ Zum anderen müsste die Obergrenze sicherstellen, dass der Höchstbetrag auch durch eine Kumulation mehrerer Lizenzen während eines gleitenden Zeitraums von drei Steuerjahren⁶⁵ nicht

⁶¹ Erwägungsgrund (14) der Verordnung (EU) Nr. 1407/2013.

⁶² Demgegenüber hat die deutsche Rechtsprechung zur vorherigen Fassung der De-minimis-Verordnung (Verordnung (EG) Nr. 1998/2006 der Kommission vom 15. Dezember 2006 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf „De-minimis“-Beihilfen, ABl. EU Nr. L 379 v. 28. Dezember 2006, S. 5 ff.) teilweise das Bruttosubventionsäquivalent nachträglich im Einzelfall berechnet, OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 5. Juli 2012, OVG 6 S 16.12, Rn. 5, zur Berechnung des Werts der vergünstigen Überlassung eines Grundstücks zur Errichtung einer Sport-Kletterhalle. Diese Rechtsprechung dürfte allerdings schon deshalb nicht auf die aktuell in Kraft befindliche De-minimis-Verordnung übertragbar sein, weil diese die Anforderungen an die Transparenz der Beihilfe nunmehr abschließend regelt, vgl. Nowak, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2016, Art. 5 AGVO Rn. 4: Art. 4 Abs. 7 der De-minimis-Verordnung als Auffangabsatz.

⁶³ Mestmäcker/Schweitzer, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2016, Art. 107 Abs. 1 AEUV, Rn. 333.

⁶⁴ Anders zur vorhergehenden, abweichenden Fassung der De-minimis-Verordnung OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 5. Juli 2012, OVG 6 S 16.12, Rn. 5, siehe bereits oben Fn. 48.

⁶⁵ Zur fließenden Berechnung des Zeitraums von drei Jahren näher Erwägungsgrund (10) der De-minimis-Verordnung.

überschritten wird, wobei nach Art. 2 Abs. 2 der De-minimis-Verordnung verschiedene Formen von wirtschaftlichen Einheiten zu einem Unternehmen im Sinne der Verordnung zusammengefasst werden. Um gemäß den Anforderungen aus Art. 4 Abs. 7 der De-minimis-Verordnung zu gewährleisten, dass der einschlägige Höchstbetrag nicht überschritten wird, müsste die Obergrenze sicherstellen, dass der Wert der innerhalb der letzten drei Steuerjahre eingeräumten Lizenzen die Schwelle von 200.000 Euro nicht überschreitet und die De-minimis-Verordnung für keine neuen Beihilfen einschließlich de facto-selektiver Lizenzen in Anspruch genommen wird, wenn der Höchstbetrag dadurch insgesamt überschritten würde, Art. 3 Abs. 7 der De-minimis-Verordnung.

bb) Prozedurale Anforderungen an die Gewährung von De-minimis-Beihilfen

Darüber hinaus erfüllt die Einräumung allgemeiner, aber faktisch selektiver CC-Lizenzen regelmäßig nicht die prozeduralen Voraussetzungen der De-minimis-Verordnung zur Überwachung. Nach Art. 6 Abs. 1 der De-minimis-Verordnung sind die Mitgliedstaaten vor der Gewährung einer De-minimis-Beihilfe verpflichtet, dem begünstigten Unternehmen schriftlich die als Bruttosubventionsäquivalent ausgedrückte voraussichtliche Höhe der Beihilfe mitzuteilen und auf die De-minimis-Verordnung sowie die Einordnung der geplanten Beihilfe hinzuweisen. Zudem darf der Mitgliedstaat die Beihilfe erst gewähren, nachdem das betreffende Unternehmen in schriftlicher oder elektronischer Form eine Erklärung über alle anderen gewährten De-minimis-Beihilfen aus diesem sowie den beiden vorangegangenen Steuerjahren abgegeben hat.⁶⁶ Diese prozeduralen Vorgaben sowie die inhaltliche Prüfung, ob die Voraussetzungen der De-minimis-Verordnung einschließlich des einschlägigen Höchstbetrags erfüllt sind, sind nach Art. 6 Abs. 3 der De-minimis-Verordnung Voraussetzung für die Gewährung einer nach der De-minimis-Verordnung vom Beihilfeverbot ausgenommenen Beihilfe.⁶⁷ Schließlich treffen den Mitgliedstaat eingehende Dokumentationspflichten für einen Zeitraum von zehn Jahren.⁶⁸

Mit Blick auf diese Anforderungen an die Transparenz des Bruttosubventionsäquivalents einer Beihilfe sowie an die Überwachung der Gewährung von De-minimis-Beihilfen erfüllt die Einräumung von CC-BY-Lizenzen die Voraussetzungen für eine Ausnahme vom Beihilfeverbot nach der De-minimis-Verordnung regelmäßig nicht.

5. Handel zwischen den Mitgliedstaaten

⁶⁶ Daneben können die Mitgliedstaaten zur Überwachung auch nach Art. 6 Abs. 2 der De-minimis-Verordnung ein Zentralregister für De-minimis-Beihilfen mit vollständigen Informationen über alle von Behörden in diesem Mitgliedstaat gewährten De-minimis-Beihilfen einrichten.

⁶⁷ Aus der Literatur *Koenig/Paul*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 109 Rn. 19; *Mestmäcker/Schweitzer*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2016, Art. 107 Abs. 1 AEUV, Rn. 337.

⁶⁸ Art. 6 Abs. 4 der De-minimis-Verordnung.

Gleiches gilt für die im Tatbestand des Beihilfeverbots geforderte Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten. Auch insoweit genügt nach der Rechtsprechung die generelle Eignung des Vorteils zur Beeinträchtigung des zwischenmitgliedstaatlichen Handels.⁶⁹ Eine solche Eignung zur Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten dürfte sich neben dem nicht unerheblichen Wert der in Rede stehenden Lizenzen auch aus der grenzüberschreitende Abrufbarkeit und der Übertragbarkeit in anderssprachige Angebote ergeben.

6. Mittelbare Auswirkungen des beihilferechtlichen Rahmens der Rundfunkfinanzierung

Mittelbare Wirkungen können sich aus den europarechtlichen Anforderungen ergeben, wie sie im sog. Beihilfekompromiss niedergelegt sind. Die von der Bundesrepublik gemachten Zusagen im Beihilfekompromiss sind mit Blick auf die von der Kommission vorgeschlagenen zweckdienlichen Maßnahmen erfolgt und insoweit rechtlich bindend.⁷⁰ Sie bilden damit zu beachtende Vorgaben für eine europarechtskonforme Interpretation der §§ 11a ff. RStV.⁷¹ Dabei wird man davon auszugehen haben, dass eine klare Separierung des öffentlichen Auftrags und etwaiger kommerzieller Tätigkeiten eine durchgängige Erwartung im Beihilfekompromiss ist, die entsprechende Zusagen der Bundesrepublik Deutschland nach sich gezogen hat. Insoweit verlangt die Kommission, dass durch geeignete Rechtsvorschriften sicherzustellen ist, dass die Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten sich auf die Nettokosten des öffentlichen Auftrags beschränkt. Nur die Kosten für die Erbringung des öffentlichen Auftrags dürfen berücksichtigt werden (ausschließlich Kosten/Verluste im Zusammenhang mit kommerziellen Tätigkeiten); andererseits muss gewährleistet werden, dass alle Einnahmen aus der gewerblichen Verwertung des öffentlichen Auftrags abgezogen werden. Es muss außerdem gewährleistet werden, dass die abzuziehenden gewerblichen Einnahmen nach marktkonformen Grundsätzen erwirtschaftet werden.⁷² Dazu gehört also auch der Grundsatz marktkonformen Verhaltens.

Im Lichte dessen wird man im Hinblick auf Telemedien zwei Aspekte zu berücksichtigen haben. Bei den fraglichen Inhalten, die der Allgemeinheit zur Verfügung gestellt werden sollen, dürfte es sich nach dem derzeitigen Stand überwiegend um Telemedien handeln, die als solche Teil des Funktionsauftrages des öffentlich-rechtlichen Rundfunks sind. Folge des Beihilfekompromisses ist insoweit die Schärfung des Auftrages, die sich in § 11d Abs. 3 RStV niederschlägt, wonach die Telemedienangebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks allen Bevölkerungsgruppen die Teilhabe

⁶⁹ EuGH, Urteil vom 26. April 2018, C-233/16 – Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED), Rn. 64, siehe oben, Fn. 44; zur Parallelität der beiden Merkmale *Nowak*, in: Pechstein/ders./Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar, 2017, Bd. III, Art. 107 EUV Rn. 43.

⁷⁰ Vgl. nur *Eifert*, in: Hahn/Vesting (Hrsg.), Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 4. Aufl. 2018, § 11 Rn. 18.

⁷¹ *Eifert*, in: Hahn/Vesting (Hrsg.), Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 4. Aufl. 2018, § 11 Rn. 18.

⁷² Europäische Kommission, Mitteilung v. 24. April 2007 an die Bundesregierung, Staatliche Beihilfe E 3/2005 – Die Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in Deutschland, K (2007) 1761 endg., Tz. 315, 342, 343, 366, 375.

an der Informationsgesellschaft ermöglichen soll, Orientierungshilfe bieten und technische und inhaltliche Medienkompetenz gefördert werden sollen. Diese Anforderungen an den Funktionsauftrag mögen zunächst einmal plausibilisieren, dass die ungehinderte, nichtkommerzielle Verbreitung dem Funktionsauftrag durchaus entspricht. Insoweit mag es gute Gründe dafür geben, dass CC-Lizenzen in der Tat durchaus dem Funktionsauftrag entsprechen. Dabei wird man freilich berücksichtigen müssen, dass der Beihilfekompromiss ebenso wie die §§ 11d, 11f RStV die Aspekte von Inhalten, die der Allgemeinheit kostenlos zur Verfügung gestellt werden, nicht eigens thematisiert. Dem Beihilfekompromiss ging es wesentlich um eine strukturelle Trennung der beitragsfinanzierten Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und der kommerziellen Tätigkeiten, um so die jeweilige Funktionslogik zur Geltung zu bringen und voneinander zu separieren. Mit guten Gründen wird man daher annehmen können, dass CC-Lizenzen, jedenfalls solange sie nicht selektiv wirken und dadurch marktverzerrende Effekte auslösen, und die Anforderungen struktureller Trennung von beitragsfinanzierten und kommerziellen Tätigkeiten einhalten, auch marktkonform sind und daher auch im Lichte des Beihilfekompromisses unbedenklich sind.

Allerdings, und das ist der zweite Aspekt, enthalten die Vorschriften über Telemedien, insbesondere die §§ 11d, 11f RStV, eine Reihe von Anforderungen, die zumindest zum Teil dazu dienen, die Anforderungen des Beihilfekompromisses umzusetzen. Nicht nur diese stehen dem dauerhaften Angebot von Inhalten über CC-Lizenzen durchaus entgegen, etwa die Regelungen über die Depublikation.⁷³ Sie begründen auch aus Sicht des öffentlich-rechtlichen Rundfunks Hindernisse, „Inhalte Dritten – zum Beispiel Kultureinrichtungen und NGOs – für deren Plattformen zur Verfügung stellen oder Inhalte mit einer Creative-Commons-Lizenz“ anzubieten.⁷⁴ Zumindest nach der Einschätzung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten scheitern viele „Chancen der Partizipation und des Austausches mit den Nutzerinnen und Nutzern (...) immer noch an der Vorschrift, dass jeder Inhalt außerhalb eines Archivs eine begrenzte Verweildauer hat und zu einem bestimmten Zeitpunkt verschwinden muss“.⁷⁵ Auch außerhalb der Depublikationsvorschriften werfen diese Vorschriften zumindest Fragen im Hinblick auf die Verwendung von CC-Lizenzen auf. So kann die Verwendung von CC-Lizenzen in einem Feld, in dem entsprechende Inhalte bisher nur unter marktlichen Lizenzbedingungen angeboten worden sind, erhebliche Auswirkungen haben und dies dürfte im 3-Stufen-Test entsprechend zu berücksichtigen sein. Angesichts der Tatsache, dass wesentliche Elemente etwa des § 11f RStV auf rechtsverbindlichen Zusagen im Rahmen des Beihilfekompromisses beruhen, liegen in der etwaigen Verfehlung von Anforderungen hier durchaus

⁷³ Zur Neufassung des § 11d Abs. 2 RStV-E vgl. etwa Meyer, NordÖR 2018, 55 ff.

⁷⁴ Vgl. ARD, ZDF, Deutschlandradio, Stellungnahme zur Fortentwicklung des Telemedienauftrags, 2018, S. 4

⁷⁵ ARD, ZDF, Deutschlandradio, Stellungnahme zur Fortentwicklung des Telemedienauftrags, 2018, S. 4; deutlich weitergehende Forderungen finden sich etwa bei Dobusch, Neues aus dem Fernsehrat (11): Online-Konsultation zum „Telemedienauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks“, <https://netzpolitik.org/2017/neues-aus-dem-fernsehrat-11-online-konsultation-zum-telemedienauftrag-des-oeffentlich-rechtlichen-rundfunks>.

gewisse Risiken, die Rückwirkungen auf die beihilferechtliche Beurteilung haben können. Zudem sind bestimmte rundfunkrechtliche Vorgaben an Telemedien der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in der jüngeren Rechtsprechung als Marktverhaltensregelung eingeordnet worden, die bei einem Verstoß lauterkeitsrechtlich durch betroffene Mitbewerber gerichtlich geltend durchgesetzt werden können.⁷⁶

Die Anforderungen an die Telemedien im Einzelnen, aber auch die geplanten Neuregelungen liegen allerdings außerhalb der im engeren Sinne beihilferechtlichen Fragestellung. Insoweit kann auch die Frage nach dem Umfang lauterkeitsrechtlicher Relevanz der entsprechenden Anforderungen hier dahinstehen.

Roland Riemel

Man - Heisterdahl

⁷⁶ BGH, Urt. v. 30. April 2015, I ZR 13/14 – Tagesschau-App, Rn. 55, zur Unzulässigkeit nichtsendungsbezogener presseähnlicher Telemedien nach § 11d Abs. 2 S. 1 Nr. 3 Teilsatz 3 RStV.