SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS FRANCIS G. JACOBS

vom 24. Juni 1999 *

1. In der vorliegenden Rechtssache geht es um die Unterbrechung im Fernsehen gezeigter Filme durch Werbung, und zwar insbesondere um die Methode, nach der gemäß der Richtlinie „Fernsehen ohne Grenzen" [1] die zulässige Zahl solcher Unterbrechungen zu berechnen ist.

3. Der Rechtsstreit ist durch den Wortlaut des Artikels 11 Absatz 3 der Richtlinie ausgelöst worden, wonach die zulässige Zahl der Unterbrechungen von im Fernsehen gezeigten Filmen durch Werbung unter Berücksichtigung der „programmierten Sendezeit" (bzw. der „programmierten Sendedauer") zu berechnen ist.

Sachverhalt und Ausgangsverfahren

2. Die Kläger und Berufungsbeklagten sind elf öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten der deutschen Bundesländer, die in der Arbeitsgemeinschaft Deutscher Rundfunkanstalten (ARD) zusammengeschlossen sind. Nach dem deutschen Grundgesetz fällt die Fernsehtätigkeit in die Zuständigkeit der Länder. Die genannten Anstalten sind gemeinsam für den Fernsehsender ARD verantwortlich. Die Beklagte und Berufungsklägerin, die PRO Sieben Media AG (Pro Sieben), ist ein privater Fernsehveranstalter.

4. Nach dem von Pro Sieben befürworteten „Bruttoprinzip" ist in dem Zeitraum, auf dessen Grundlage die zulässige Zahl der Unterbrechungen berechnet wird, die Werbedauer einzubeziehen. Nach dem von der ARD befürworteten „Nettoprinzip" darf die Werbung nicht in diesen Zeitraum einbezogen werden; der maßgebliche Zeitraum bezieht sich also nur auf die Länge des Filmes selbst. Der Unterschied liegt darin, daß bei Anwendung des Bruttoprinzips unter bestimmten Umständen mehr Unterbrechungen zulässig wären als nach dem Nettoprinzip.

5. Die ARD brachte diese Frage durch eine Klage wegen unlauteren Wettbewerbs gegen Pro Sieben vor die deutschen Gerichte.

* Originalsprache: Englisch.

1 — Richtlinie 89/552/EWG des Rates vom 3. Oktober 1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehtätigkeit (ABl. L 298, S. 23), geändert durch die Richtlinie 97/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Juni 1997 (ABl. L 202, S. 60); siehe unten, Nr. 8.

Zwei weitere private Fernsehveranstalter, die SAT 1 Satellitenfernsehen GmbH und die Kabel 1, K1 Fernsehen GmbH, traten dem Rechtsstreit als Streithelfer zur Unterstützung von Pro Sieben bei. Im Oktober 1996 verurteilte das Landgericht Stuttgart nach Auslegung der einschlägigen deutschen Regelung[2] Pro Sieben, es zu unterlassen, Filme häufiger, als nach dem Nettoprinzip zulässig, zu unterbrechen. Pro Sieben legte Berufung beim Oberlandesgericht Stuttgart ein und machte geltend, daß die deutsche Regelung, selbst wenn sie das Nettoprinzip vorschreiben sollte, gegen die Richtlinie und primäres Gemeinschaftsrecht verstoße.

6. Das Oberlandesgericht Stuttgart hat im November 1997 das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Schreibt Artikel 11 Absatz 3[3] Richtlinie 97/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Juni 1997 zur Änderung der Richtlinie 89/552/EWG (Fernsehänderungsrichtlinie) bzw. der wortgleiche Artikel 11 Absatz 3 Richtlinie 89/552/EWG des Rates zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehtätigkeit vom 3. Oktober 1989 (Fernsehrichtlinie) das Brutto- oder Nettoprinzip vor?

2. Unterstellt, § 44 Absatz 4 Dritter Staatsvertrag zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge (Anl. B 33 = Bl. 437 d. A.) schreibt das Nettoprinzip vor, ist dies dann mit Artikel 11 Absatz 3 in Verbindung mit Artikel 3 Absatz 1 Fernsehrichtlinie bzw. primärem Gemeinschaftsrecht (Artikel 5, 6, 30 ff., 59 ff., 85 ff. EG-Vertrag, allgemeiner Gleichheitssatz) vereinbar?

Frage 1

7. Bei der ersten Frage sind die Mitgliedstaaten, die beim Gerichtshof Erklärungen eingereicht haben, geteilter Meinung: Frankreich, die Niederlande und Portugal befürworten das Nettoprinzip, Italien, Luxemburg, das Vereinigte Königreich und die Kommission das Bruttoprinzip. Schweden beantwortet nur die zweite Frage.

2 — § 26 Absatz 4 des Staatsvertrags der 16 Bundesländer über den Rundfunk im vereinigten Deutschland vom 31. August 1991. Diese Vorschrift wurde durch § 44 Absatz 4 des Dritten Staatsvertrags zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge geändert, der am 1. Januar 1997 in Kraft trat.

3 — Diese Nennung von Artikel 11 Absatz 3 ist nicht korrekt; der neue Wortlaut des Artikels 11 Absatz 3 der Richtlinie 89/552 wurde durch Artikel 1 Nr. 13 der Richtlinie 97/36 eingeführt.

Die Fernsehrichtlinie

8. Die Fernsehrichtlinie wurde am 3. Oktober 1989 erlassen und war bis zum 3. Oktober 1991 umzusetzen [4]. Sie wurde durch die Richtlinie 97/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Juni 1997 geändert, die bis zum 31. Dezember 1998 umzusetzen war [5]. Zwar hat das Verfahren in der vorliegenden Rechtssache vor Erlaß der zweiten Richtlinie begonnen, doch wurde der Beschluß des Oberlandesgerichts Stuttgart, mit dem die Rechtssache dem Gerichtshof vorgelegt worden ist, erst im Dezember 1997 erlassen und nennt daher beide Richtlinien. Die zweite Richtlinie änderte durch Artikel 1 Nr. 13 Artikel 11 der ursprünglichen Richtlinie, ohne jedoch den Wortlaut des Artikels 11 Absatz 3, um den es in der vorliegenden Rechtssache geht, wesentlich abzuändern. Richtlinienzitate in diesen Schlußanträgen beziehen sich, sofern nichts anderes angegeben ist, auf die Richtlinie in ihrer geänderten Fassung.

9. Die Richtlinie wurde gemäß Artikel 57 Absatz 2 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 47 Absatz 2 EG) und Artikel 66 EG-Vertrag (jetzt Artikel 55 EG) erlassen. Sie sollte nach ihren Begründungserwägungen die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Ausübung der Fernsehtätigkeit im Binnenmarkt schaffen, wobei im Erlaß gemeinsamer Senderegeln ein Beitrag insbesondere zur Verwirklichung der Dienstleistungsfreiheit gesehen wurde. Die gemeinsamen Regeln schließen als einen wesentlichen Teil der Richtlinie gemeinsame Werberegeln ein, die in Kapitel IV der Richtlinie — „Fernsehwerbung, Sponsoring und Teleshopping" — enthalten sind (Artikel 10 bis 20).

10. Fernsehwerbung muß als solche klar erkennbar und von anderen Programmteilen getrennt sein (Artikel 10 Absatz 1). Sie ist im allgemeinen zwischen den Sendungen einzufügen; in laufende Sendungen darf sie nur eingefügt werden, „sofern sie den Zusammenhang und den Wert der Sendungen nicht beeinträchtig[t] — wobei die natürlichen Programmunterbrechungen und die Länge und Art des Programms zu berücksichtigen sind — und sofern nicht gegen die Rechte von Rechtsinhabern verstoßen wird" (Artikel 11 Absatz 1). Die Richtlinie versucht offenkundig, mit diesen Bestimmungen einen Ausgleich zwischen einer Reihe potentiell widerstreitender Interessen herzustellen: den Interessen der Zuschauer, der Fernsehveranstalter, der Werbetreibenden, von denen das Fernsehen finanziell abhängt, und der Programmhersteller.

11. Artikel 11 Absatz 2 enthält eine spezielle Regelung für Sendungen, die ihrer Art nach aus eigenständigen Teilen bestehen, wie etwa Sportsendungen. Hier muß die Werbung in den Pausen, z. B. bei Halbzeit, gezeigt werden.

4 — Artikel 25 der Richtlinie.

5 — Artikel 2 der Änderungsrichtlinie.

12. Artikel 11 Absatz 3 bestimmt:

„Die Übertragung audiovisueller Werke wie Kinospielfilme und Fernsehfilme (mit Ausnahme von Serien, Reihen, leichten Unterhaltungssendungen und Dokumentarfilmen) kann für jeden vollen Zeitraum von 45 Minuten einmal unterbrochen werden, sofern ihre programmierte Sendezeit mehr als 45 Minuten beträgt. Eine weitere Unterbrechung ist zulässig, wenn die programmierte Sendedauer um mindestens 20 Minuten über zwei oder mehrere volle 45-Minuten-Zeiträume hinausgeht."

13. Zwischen Werbeblöcken innerhalb einer Sendung muß in der Regel ein Abstand von mindestens 20 Minuten liegen (Artikel 11 Absatz 4).

14. Artikel 11 Absatz 5 bestimmt:

„Die Übertragung von Gottesdiensten darf nicht durch Werbung oder Teleshopping unterbrochen werden. Des weiteren dürfen Nachrichten, Magazine über das aktuelle Zeitgeschehen, Dokumentarfilme, Sendungen religiösen Inhalts und Kindersendungen, die eine programmierte Sendezeit von weniger als 30 Minuten haben, nicht durch Werbung oder Teleshopping unterbrochen werden. Beträgt ihre programmierte Sendezeit mindestens 30 Minuten, so gelten die Bestimmungen der vorangegangenen Absätze."

15. Die Artikel 12 bis 20 enthalten weitere Bestimmungen über Werbung und Sponsoring, auf die zum Teil noch einzugehen sein wird.

16. Die Wirkung des Artikels 11 Absatz 3 hängt davon ab, ob das Brutto- oder das Nettoprinzip Anwendung findet. Dauert ein Film z. B. 40 Minuten, so kann er nach dem Nettoprinzip gar nicht unterbrochen werden, nach dem Bruttoprinzip könnte er dagegen durch sechs Minuten Werbung unterbrochen werden. Dies gilt allerdings nur innerhalb der Obergrenzen des Artikels 18: Artikel 18 Absatz 2 regelt z. B. die Höchstdauer von Werbung innerhalb einer Stunde. Obwohl also bei Anwendung des Nettoprinzips weniger Unterbrechungen zulässig wären als nach dem Bruttoprinzip, wirkt sich dies nicht auf die Gesamtdauer der Werbung aus, wenn die Höchstdauer nach Artikel 18 vollständig genutzt wird. Insofern mag es um die Frage gehen, ob häufigere, aber kürzere Unterbrechungen nach dem Bruttoprinzip oder weniger häufige, aber längere Unterbrechungen nach dem Nettoprinzip erfolgen. Diese Frage spielt jedenfalls in einigen Mitgliedstaaten eine wichtige Rolle und hat offenbar sowohl kommerziell als auch im Rahmen der Rundfunkpolitik große Bedeutung.

17. Um festzustellen, ob Artikel 11 Absatz 3 das Brutto- oder das Nettoprinzip vorschreibt, werde ich mich (wie es der Vertreter der französischen Regierung in der mündlichen Verhandlung getan hat) erstens mit der wörtlichen Auslegung,

zweitens mit der Entstehungsgeschichte, drittens mit der systematischen Auslegung und viertens mit den Zielen der Richtlinie befassen.

Wörtliche Auslegung

18. Sowohl die Befürworter des Bruttoprinzips als auch die des Nettoprinzips berufen sich weitgehend auf den Wortlaut des Artikels 11 Absatz 3.

19. Das Nettoprinzip wird zunächst darauf gestützt, daß in einigen, wenn auch nicht allen Sprachfassungen des Artikels 11 Absatz 3 zum Ausdruck komme, daß sich die Dauer auf die audiovisuellen Werke (die Filme) selbst beziehe und nicht auf die *Übertragung* des Filmes. Wegen des Verweises auf die Dauer des Filmes solle die Vorschrift so verstanden werden, daß sie den Film unter Ausschluß von Werbeunterbrechungen betreffe, während ein Verweis auf die Übertragung des Filmes eher so verstanden werden könne, daß der Film zusammen mit den Werbeunterbrechungen erfaßt werde [6].

20. Dagegen besteht ein auf den Wortlaut des Artikels 11 Absatz 3 gestütztes Argument für das Bruttoprinzip darin, daß diese Vorschrift nicht lediglich auf die „Dauer" der Werke verweise, sondern auf deren „programmierte Sendezeit" („programmierte Sendedauer"). Dieser Ausdruck müsse sich auf die Dauer der Sendung beziehen, wie sie im Programm des Fernsehveranstalters angegeben sei, und damit auch auf die Werbezeit. Wäre dies nicht so, so wäre der Begriff „programmiert" überflüssig.

21. Für die Verwendung dieses Begriffes sind aber auch andere Erklärungen angeführt worden. Eine davon lautet, daß Kinospielfilme im Fernsehen in einer geringfügig anderen Geschwindigkeit übertragen würden. Es habe daher klargestellt werden müssen, daß nicht die Dauer des ursprünglichen Werkes, sondern die für das Fernsehen angesetzte Dauer des Filmes ausschlaggebend sei. Nach einer anderen, vielleicht mindestens ebenso plausiblen Erklärung war der Begriff „programmiert" für den Fall erforderlich, daß sich die übertragene Fassung des Filmes aufgrund von Kürzungen oder anderen eventuell nicht vorhersehbaren Änderungen als kürzer als im Programm angesetzt erweisen sollte; der Fernsehveranstalter solle wegen einer solchen unbeachtlichen Abweichung nicht dem Risiko von Geldstrafen ausgesetzt sein, weshalb maßgebliches Kriterium die im Programm angesetzte Dauer und nicht die Übertragungsdauer sei. Beide Erklärungen sprechen für das Nettoprinzip, so daß meines Erachtens die Bedeutung des Begriffes „programmiert" als Faktor, der für das Bruttoprinzip spricht, nicht überbewertet werden sollte.

22. Bedeutung wurde auch dem Umstand beigemessen, daß die Änderungsrichtlinie den in der englischen Fassung der ur-

6 — Vgl. Matthias Pechstein, Brutto- bzw. Nettoprinzip bei der Unterbrecherwerbung, *EuZW 1994*, S. 583.

sprünglichen Richtlinie verwendeten Begriff „programmed duration" durch den Begriff „scheduled duration" ersetzt hat. Wahrscheinlich wurde „programmed duration" jedoch ursprünglich als wörtliche, aber unglückliche Übersetzung des französischen „durée programmée" gewählt und in der geänderten Richtlinie von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, die englische Fassung zu verbessern. Jedenfalls liegt meines Erachtens kein relevanter Bedeutungsunterschied vor.

23. Das letzte Argument, auf das in diesem Stadium einzugehen ist, beruht auf einer normalen, vom gesunden Menschenverstand geleiteten Auslegung des Artikels 11 Absatz 3. Es mag paradox erscheinen, den Ausdruck „programmierte Sendezeit", der nach dieser Vorschrift der Maßstab für die Entscheidung über die zulässige Zahl der Unterbrechungen ist, so zu verstehen, daß er die Unterbrechungen selbst umfaßt. Logisch betrachtet kann es erforderlich erscheinen, zunächst die Länge des Filmes selbst festzustellen, bevor bestimmt werden kann, wie oft er unterbrochen werden darf.

24. Dies mag auf den ersten Blick stark für das Nettoprinzip sprechen. Jedoch läßt sich nicht leugnen, daß die Vorschrift anders verstanden werden kann und auch bereits anders verstanden worden ist. Zudem wird an anderen Stellen der Richtlinie in die Grundlage für die Berechnung der Werbeunterbrechungen die Werbung selbst einbezogen. So verhält es sich z. B. bei Artikel 18 Absatz 2, der die Grenzen für Werbung innerhalb einer Stunde regelt.

25. Die auf den Wortlaut des Artikels 11 Absatz 3 gestützten Argumente lassen also, einzeln und zusammen betrachtet, keinen eindeutigen Schluß darauf zu, ob die Vorschrift das Brutto- oder das Nettoprinzip vorschreibt. Ich komme nunmehr zur Entstehungsgeschichte der Richtlinie.

Entstehungsgeschichte

26. Die Entstehungsgeschichte eines Gemeinschaftstextes ist vom Gerichtshof nicht sehr häufig als Anhaltspunkt für seine Bedeutung herangezogen worden und wird im allgemeinen lediglich als ergänzendes Auslegungsmittel betrachtet. Größeres Gewicht hat der Gerichtshof der Systematik des Textes und seinem legislativen Kontext (systematische Auslegung) sowie den Zielen und Zwecken des Textes beigemessen. Gleichwohl hat der Gerichtshof anerkannt, daß die Entstehungsgeschichte nützliche Hinweise geben kann, und in der Rechtssache RTI u. a. [7] hat der Gerichtshof bei der Untersuchung der Entstehungsgeschichte der Richtlinie, um die es vorliegend geht, auf die gleichen Elemente Bezug genommen, die in der vorliegenden Rechtssache angeführt werden, nämlich auf das Europäische Übereinkommen über das grenzüberschreitende Fernsehen und auf den Standpunkt, den die Gemeinschaftsorgane während des Gesetzgebungsverfahrens eingenommen haben.

7 — Verbundene Rechtssachen C-320/94, C-328/94, C-329/94, C-337/94, C-338/94 und C-339/94 (Slg. 1996, I-6471).

Das Europäische Übereinkommen über das grenzüberschreitende Fernsehen

27. Licht auf die Entstehungsgeschichte der Richtlinie kann zunächst das Europäische Übereinkommen über das grenzüberschreitende Fernsehen [8] werfen, das im Europarat kurz vor Erlaß der Richtlinie angenommen wurde und ganz ähnliche Bestimmungen enthält. Beide Texte waren gleichzeitig ausgearbeitet worden, und bei seinem Treffen in Rhodos am 2. und 3. Dezember 1988 hat der Europäische Rat erklärt:

„Der Europäische Rat hält es für wichtig, daß die Bemühungen der Gemeinschaft im Einklang mit dem entsprechenden Übereinkommen des Europarates entfaltet werden." [9]

Das Übereinkommen wird auch in den Begründungserwägungen der Richtlinie genannt.

28. Artikel 14 Absatz 3 des Übereinkommens hat den gleichen Wortlaut wie Artikel 11 Absatz 3 der Richtlinie, wenn man davon absieht, daß er von „duration" („dauern") und nicht von „programmed duration" („programmierte Sendezeit") spricht. Dieser Unterschied ist in den beiden verbindlichen Fassungen des Übereinkommens, in der englischen wie in der französischen, enthalten.

29. Aus dem Verhältnis zwischen der Richtlinie und dem Übereinkommen lassen sich verschiedene Schlüsse ziehen. Einerseits könnte man sagen, daß der Formulierungsunterschied einen Unterschied in der beabsichtigten Bedeutung widerspiegeln muß. Andererseits ließe sich argumentieren, daß der Formulierungsunterschied vernachlässigt werden sollte, da es unwahrscheinlich ist, daß dieselben Staaten, die zur selben Zeit verhandelt haben (wenn auch im etwas weiteren Rahmen des Europarates und unter Einbeziehung weiterer Staaten, die Parteien des Europäischen Kulturübereinkommens sind), sich auf einander widersprechende Bestimmungen geeinigt hätten.

30. Zwar ist in Artikel 14 Absatz 3 des Übereinkommens nicht von „scheduled duration" die Rede, dafür aber im — nicht verbindlichen — Erläuternden Bericht zum Übereinkommen (in der deutschen nichtamtlichen Übersetzung: „geplante Dauer") [10]. Außerdem ist das Übereinkommen kürzlich durch ein Protokoll [11] dahin gehend geändert worden, daß in Artikel 14 Absatz 3 auf die „scheduled duration" verwiesen wird. Nach den Erklärungen der Kommission in der vorliegenden Rechtssache soll diese Änderung den Beitritt der Gemeinschaft zum Übereinkommen erleichtern. Die Änderung läßt jedenfalls

8 — *European Treaty Series*, Nr. 132.

9 — *Bulletin der EG*, Nr. 12/1988, S. 8, 10 f.

10 — Transfrontier television: explanatory report on the European convention (5 May 1989) (Erläuternder Bericht zum Europäischen Übereinkommen vom 5. Mai 1989 über das grenzüberschreitende Fernsehen), Nr. 191. In Nr. 192 wird jedoch auf die Dauer des Filmes verwiesen. Die Erläuternden Berichte des Europarates werden von dem zwischenstaatlichen Ausschuß, der den Text des betreffenden Übereinkommens beschließt, nicht jedoch vom Ministerkomitee des Europarates angenommen und haben ausdrücklich keine verbindliche Wirkung.

11 — Protocol amending the European Convention on Transfrontier Television, *European Treaty Series*, Nr. 171, 1. Oktober 1998 (Protokoll zur Änderung des Europäischen Übereinkommens über das grenzüberschreitende Fernsehen).

darauf schließen, daß der Begriff „scheduled" für wichtig gehalten wurde.

Die Erklärung des Rates und der Kommission

31. Die Kommission und die Regierung des Vereinigten Königreichs verweisen auf das Sitzungsprotokoll des Rates vom 3. Oktober 1989 [12] (als die ursprüngliche Richtlinie verabschiedet wurde), das eine Erklärung des Rates und der Kommission enthalte, wonach die in Artikel 11 Absätze 3 und 5 festgesetzten Zeiten gemäß der programmierten Dauer zu berechnen seien. Der Gerichtshof hat in der Regel Bedenken gehabt, eine solche Erklärung zur Auslegung einer Rechtsvorschrift heranzuziehen, sofern nicht der Inhalt der Erklärung in der auszulegenden Vorschrift seinen Niederschlag gefunden hat [13]. Im vorliegenden Fall stimmt die Erklärung genau mit der Vorschrift überein. Tatsächlich läßt sich sagen, daß die Erklärung die Frage aufwirft, was „programmierte Dauer" bedeutet, und genau darum geht es in der vorliegenden Rechtssache. Auch dies zeigt aber wieder, welche Bedeutung dem Begriff beigemessen wird. Zudem verweist die Erklärung auf die programmierte Dauer der *Sendungen* („la durée programmée des émissions"), was, wie oben erwähnt, eher so verstanden werden kann, daß der Film zusammen mit den Werbeunterbrechungen gemeint ist.

Der Änderungsvorschlag des Europäischen Parlaments

32. Als Bestandteil der Entstehungsgeschichte wird einem Änderungsvorschlag für Artikel 11 Absatz 3 Bedeutung beigemessen, den das Europäische Parlament am 14. Februar 1996 in dem Verfahren, das zum Erlaß der geänderten Richtlinie führte, unterbreitet hat. Die vorgeschlagene Änderung lautete folgendermaßen:

„Die Übertragung audiovisueller Werke wie Kinospielfilme und Fernsehfilme (mit Ausnahme von Serien, Reihen, Unterhaltungssendungen und Dokumentarfilmen) kann für jeden vollen Zeitraum von 45 Minuten einmal unterbrochen werden. Eine weitere Unterbrechung ist zulässig, wenn die programmierte Sendedauer, *die abzüglich jeder etwaigen Unterbrechung zu berechnen ist*, um mindestens 20 Minuten über zwei oder mehrere volle 45-Minuten-Zeiträume hinausgeht" (Hervorhebung von mir) [14].

Das Parlament wollte also offenbar klarstellen, daß das Nettoprinzip zumindest für

12 — Von der Kommission und vom Vereinigten Königreich als Ratsdokument SN 3063/89 zitiert. Im französischen Original heißt es: „Le Conseil et la Commission déclarent que les durées prévues aux paragraphes 3 et 5 doivent être calculées sur la durée programmée des émissions."

13 — Urteil des Gerichtshofes vom 26. Februar 1991 in der Rechtssache C-292/89 (Antonissen, Slg. 1991, I-745, Randnr. 18); vgl. Urteil des Gerichtshofes vom 12. Mai 1998 in der Rechtssache C-106/96 (Vereinigtes Königreich/Kommission, Slg. 1998, I-2729, Randnr. 29).

14 — Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 89/552/EWG des Rates zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehtätigkeit (ABl. C 65, S. 107).

die „weiteren Unterbrechungen" gilt, mit denen sich der Änderungsvorschlag befaßt.

33. Die Kommission antwortete [15] in bezug auf diesen Punkt, daß sie den Teil der Abänderung nicht akzeptieren könne, der als Grundlage für die Berechnung der erlaubten Unterbrechungen die programmierte Sendedauer vorsehe, die „abzüglich jeder etwaigen Unterbrechung" zu berechnen sei. Dies wäre eine unnötige Beschränkung, die sich sehr negativ auf die Einkünfte der Fernsehveranstalter auswirken würde.

34. Meines Erachtens kann den genannten Ereignissen im Rahmen der Entstehungsgeschichte der geänderten Richtlinie nicht viel entnommen werden. Der Änderungsvorschlag des Parlaments zeigt, daß das Parlament versucht hat, irgendeine ausdrückliche Anerkennung des Nettoprinzips zu erreichen.

35. Die Antwort der Kommission zeigt, daß der Begriff „programmierte Sendezeit" ihrer Auffassung nach Werbeunterbrechungen einschließen kann. Die Antwort zeigt ferner, daß die Kommission das Bruttoprinzip befürwortete. Den gleichen Standpunkt hatte die Kommission bereits zuvor eingenommen, wie im Mai 1995 in ihrem Bericht über die Anwendung der Richtlinie [16] deutlich wurde, in dem sie erklärte, daß das Bruttoprinzip eine für die Zwecke der Richtlinie erforderliche Mindestvorschrift darstelle.

36. Im Ergebnis sei festgestellt, daß die Entstehungsgeschichte — auch wenn ich ihr kein großes Gewicht beimesse — erkennen läßt, daß es dem Parlament nicht gelungen ist, eine teilweise Anerkennung des Nettoprinzips zu erreichen; dies könnte dafür sprechen, daß in der Regelung absichtlich eine mehrdeutige Formulierung beibehalten wurde, die nach Auffassung der Kommission und einiger Mitgliedstaaten das Bruttoprinzip zuläßt.

Systematische Auslegung

37. Unter der Überschrift „Systematische Auslegung" mag es sinnvoll erscheinen, Artikel 11 Absatz 3 im Licht des Kapitels IV der Richtlinie („Fernsehwerbung, Sponsoring und Teleshopping") insgesamt auszulegen. Die übrigen Artikel scheinen demgegenüber keine Relevanz zu besitzen.

38. Das Hauptargument, das insbesondere von den Niederlanden in ihren schriftlichen Erklärungen und von Frankreich in der mündlichen Verhandlung vorgetragen worden ist, betrifft das Verhältnis zwischen Artikel 11 Absatz 1 und Artikel 11 Absatz 3. Artikel 11 Absatz 1 schreibt bekanntlich die allgemeine Regel fest, wonach Werbung zwischen den Programmen eingefügt werden muß, läßt es jedoch zu, daß unter den in den Absätzen 2 bis 5 des Artikels genannten Voraussetzungen Werbung

15 — Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 89/552/EWG des Rates zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehtätigkeit, Kom(96) 200 endg.

16 — Bericht über die Anwendung der Richtlinie 89/552/EWG, Kom(95) 86 endg.

„auch in die laufenden Sendungen eingefügt werden [kann], sofern sie den Zusammenhang und den Wert der Sendungen nicht beeinträchtigt[t]... und sofern nicht gegen die Rechte von Rechtsinhabern verstoßen wird".

39. Nach Auffassung der Niederlande und Frankreichs bildet, da Artikel 11 Absatz 1 die allgemeine Regel aufstelle, wonach Werbung *zwischen* den Programmen einzufügen sei, die durch Artikel 11 Absatz 3 erlaubte Unterbrechung von Sendungen eine Ausnahme, die als Abweichung von der allgemeinen Regel eng, also im Sinne des Nettoprinzips, auszulegen sei.

40. Ich halte diese Schlußfolgerung nicht für zutreffend. Konkret ausgedrückt, geht es, wie oben erläutert, im wesentlichen um die Wahl zwischen der Möglichkeit häufigerer, aber kürzerer Unterbrechungen und der Möglichkeit weniger häufiger, aber längerer Unterbrechungen. Ein allgemeines Argument, das sich auf den Grundsatz der engen Auslegung von Abweichungen stützt, kann meines Erachtens zur Beantwortung dieser speziellen Frage nicht viel beitragen.

41. Jedenfalls scheint die Prämisse selbst zweifelhaft. Eine Abweichung sollte sicherlich eng ausgelegt werden, wenn sie sich auf eine Grundfreiheit bezieht. In anderen Fällen mag es richtiger sein, einer Abweichung den Umfang zu geben, der aufgrund ihrer Formulierung und ihres eigenen Zieles und Zweckes angemessen ist. Und wenn im vorliegenden Fall überhaupt eines der beiden Prinzipien eher mit der Verwirklichung einer Grundfreiheit vereinbar ist, dann doch wohl das Bruttoprinzip, denn durch das Nettoprinzip wird die Freiheit des Fernsehveranstalters und des Werbetreibenden stärker beschränkt. Derartige Beschränkungen können natürlich auch zum Schutz der Zuschauer erstrebenswert sein, doch sind sie meines Erachtens nicht lediglich mit dem genannten Auslegungsgrundsatz zu rechtfertigen.

42. Meiner Auffassung nach zwingt die systematische Auslegung jedoch zu einer anderen Schlußfolgerung. Da Artikel 11 Absatz 1 eine allgemeine Regel aufstellt, muß, so scheint mir, Werbung, die die Übertragung von Filmen unterbricht, nach dieser Vorschrift unabhängig davon, ob nach Artikel 11 Absatz 3 das Brutto- oder das Nettoprinzip gilt, auf jeden Fall Vollständigkeit und Wert des Filmes wahren und darf nicht gegen die Rechte derer verstoßen, die Rechte an dem Film haben.

43. Ein anderes, strukturelles Argument beruht auf der Verwendung desselben Begriffes „programmierte Sendezeit" in Artikel 11 Absatz 5 der Richtlinie und geht dahin, daß der Begriff in beiden Vorschriften gleich auszulegen sei. Dieses Argument wird insbesondere von der Regierung des Vereinigten Königreichs vorgetragen, deren Hauptargument in bezug auf Artikel 11 Absatz 5 etwas andere Fragen aufwirft, als sie im Mittelpunkt der vorliegenden Rechtssache stehen. Danach würde das Nettoprinzip, wenn man es auf Artikel 11 Absatz 5 anwendete, die Programmpolitik der kommerziellen Fernsehveranstalter des Vereinigten Königreichs untergraben, die darin bestehe, für zahlreiche Nachrichtensendungen, Magazine über das aktuelle Zeitgeschehen und Dokumentarfilme eine halbe Stunde anzusetzen und eine einzige Werbeunterbrechung in der Mitte dieser

Sendungen vorzusehen. Aus Gründen, die sogleich ersichtlich werden, ist es möglicherweise nicht erforderlich, die Implikationen dieses Arguments insbesondere hinsichtlich der berechtigten Erwartungen der Betroffenen zu prüfen. Ich halte es jedoch für vertretbar, daß der Begriff „programmierte Sendezeit" in Artikel 11 Absatz 3 und in Artikel 11 Absatz 5 in gleicher Weise auszulegen ist.

Teleologische Argumente: Die Ziele der Richtlinie

44. Ich komme schließlich zu den Zielen der Richtlinie. Beide Seiten führen Argumente an, die auf die in den Begründungserwägungen genannten Ziele der Richtlinie gestützt sind. Nach ihrer 27. Begründungserwägung soll die Richtlinie sicherstellen, daß die Interessen der Verbraucher als Zuschauer umfassend und angemessen geschützt werden und daß die Fernsehwerbung daher einer Reihe von Mindestnormen und Kriterien unterworfen wird. Dies rechtfertigt angeblich eine enge Auslegung des Artikels 11 Absatz 3 und spricht für das Nettoprinzip.

45. Dagegen macht Pro Sieben geltend, daß die Richtlinie auf der Prämisse der Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung, insbesondere der Freiheit der Fernsehtätigkeit, beruhe. Pro Sieben zitiert u. a. die sechste und die siebte Begründungserwägung, in denen es heißt, daß die Fernsehtätigkeit eine Dienstleistung im Sinne des Vertrages darstellt und daß der Vertrag den freien Verkehr aller in der Regel gegen Entgelt erbrachten Dienstleistungen vorsieht. Die Begründungserwägungen führen auch die Freiheit der Meinungsäußerung an, wie sie in Artikel 10 Absatz 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention verankert ist.

46. Die Begründungserwägungen nennen noch verschiedene andere wirtschaftliche Ziele, wie die Gewährleistung fairen Wettbewerbs [17] und die Förderung europäischer Produktionen [18]. Die Richtlinie erwähnt somit eine Reihe konkurrierender Belange. Zudem ist bei weitem nicht klar, ob die verschiedenen Ziele am besten durch das Nettoprinzip oder durch das Bruttoprinzip gefördert werden, und wirtschaftliche Argumente sind von beiden Seiten vorgetragen worden.

47. Es wird z. B. argumentiert, daß das Bruttoprinzip nachteilig für die Verbraucher wäre, weil danach Sendungen häufiger für Werbung unterbrochen werden dürften. Außerdem würde, weil mehr Werbeflächen zu einem potentiell günstigeren Preis verfügbar wären, die verbleibende Nachfrage der Werbetreibenden sinken. Dadurch würde eine hohe Anfangshürde für neue Fernsehveranstalter errichtet, die ihre Einnahmen zwangsläufig aus der Werbung

17 — Dritte Begründungserwägung.
18 — 20., 22. und 24. Begründungserwägung.

beziehen müßten. Dies würde zu Lasten der europäischen Fernsehindustrie wie auch der Produzenten und Zuschauer gehen, so daß der Pluralismus, den die Richtlinie fördern solle, eingeschränkt würde.

48. Dagegen machen Pro Sieben und die Regierung des Vereinigten Königreichs geltend, daß sich die Anwendung des Nettoprinzips wirtschaftlich nachteilig auf private Fernsehveranstalter und Werbetreibende auswirken würde. Ihre Argumentation beruht auf der Prämisse, daß, wie oben erläutert, nach dem Nettoprinzip weniger, aber längere Werbeblöcke zulässig wären.

49. Nach einer von Pro Sieben in Auftrag gegebenen Studie hätten Unterbrechungen von einer solchen Länge zwei Konsequenzen: Erstens würden die Zuschauer dazu neigen, nach Beginn solcher Werbeblöcke auf andere Programme umzuschalten, und zweitens wäre die Wiedererkennbarkeit einzelner Werbespots in den Werbeblöcken nicht mehr gegeben[19]. Das würde in der Praxis bedeuten, daß die Fernsehveranstalter das Werbevolumen reduzieren müßten, damit die Unterbrechungen sowohl Zuschauern als auch Werbetreibenden zumutbar seien. Die Reduzierung des Werbevolumens würde sich nachteilig auf die Einnahmen privater Fernsehveranstalter auswirken. Andererseits — und insofern ist die Analyse vielleicht widersprüchlich — würde aus der Sicht der Werbetreibenden das Angebot an Werbeflächen verknappt, was zu Preiserhöhungen führen würde. Zudem würden für die europäischen Produzenten und Zuschauer Nachteile entstehen, weil die Fernsehveranstalter nicht mehr im gleichen Maße unterschiedliche Programme finanzieren könnten.

50. Betrachtet man die vorstehend genannten Argumente, die auf die Ziele der Richtlinie gestützt sind, so scheint wieder nichts eindeutig für das Brutto- oder das Nettoprinzip zu sprechen. Die angeführten wirtschaftlichen Argumente brauchen daher meines Erachtens nicht bewertet zu werden.

Beurteilung

51. Die vorgebrachten Argumente führen, ob sie nun auf der Analyse des Wortlauts, auf der Entstehungsgeschichte, auf einer systematischen Auslegung oder auf den Zielen oder möglichen Auswirkungen der Richtlinie beruhen, zu keinem eindeutigen Ergebnis. Auch wenn die Entstehungsgeschichte vielleicht für das Bruttoprinzip spricht, so sind die Argumente doch keineswegs zwingend.

52. Grundsätzlich erscheint es mir unter solchen Umständen falsch, daß, wenn eine Richtlinie zwei Auslegungen zuläßt, die engere Auslegung gewählt wird. Soll eine legislative Maßnahme eine Tätigkeit beschränken, so sollte diese Beschränkung deutlich ausgedrückt werden. Dieser Grundsatz muß erst recht gelten, wenn es

19 — Publieurope International Ltd, Memorandum zu den Auswirkungen des Nettoprinzips auf ausländische Werbetreibende, S. 3.

sich bei der betreffenden Tätigkeit sowohl um die Ausübung einer Grundfreiheit des Vertrages — der Dienstleistungsfreiheit — als auch um die Wahrnehmung eines Grundrechts gemäß der Europäischen Menschenrechtskonvention — der Meinungsfreiheit — geht, beides Freiheiten, die speziell in den Begründungserwägungen der Richtlinie genannt sind.

53. Dieser Grundsatz erscheint jedenfalls in der vorliegenden Rechtssache besonders angebracht, in der die betreffende Vorschrift, bedenkt man die von beiden Seiten vorgetragenen Argumente, nicht nur zwei gegensätzliche Auslegungen gleichermaßen zuläßt, sondern vielleicht absichtlich mehrdeutig formuliert ist. Die Beschränkung einer Grundfreiheit kann nicht auf eine Mehrdeutigkeit — insbesondere nicht auf eine absichtliche Mehrdeutigkeit — gestützt werden.

54. Dies ließe mangels eindeutiger Hinweise auf das Gegenteil darauf schließen, daß die Vorschrift so auszulegen ist, daß sie das Bruttoprinzip vorschreibt, da es weniger restriktiv ist.

55. Diese grundsätzliche Überlegung wird aber meines Erachtens auch durch einen wichtigen Aspekt der Richtlinie gestützt, der nicht genügend beachtet worden ist.

56. Wir müssen im Auge behalten, daß die Richtlinie nur Mindestanforderungen festlegen soll und daß bei diesen Anforderungen ausdrücklich von der Möglichkeit ausgegangen wird, daß Sendungen, die in einem einzigen Mitgliedstaat ausgestrahlt werden, verschiedenen rechtlichen Regelungen unterliegen. Dieser Aspekt der Richtlinie ist in der Rechtsprechung des Gerichtshofes zur Auslegung anderer auf die Werbung bezogener Bestimmungen der Richtlinie, insbesondere in den Rechtssachen Leclerc-Siplec, RTI sowie De Agostini und TV-Shop [20], hervorgehoben worden.

57. In den Begründungserwägungen der ursprünglichen Richtlinie heißt es:

„Diese Richtlinie regelt das notwendige Mindestmaß, um den freien Sendeverkehr zu verwirklichen...[21]

Um sicherzustellen, daß die Interessen der Verbraucher als Zuschauer umfassend und angemessen geschützt werden, muß die Fernsehwerbung einer Reihe von Mindestnormen und Kriterien unterworfen werden; die Mitgliedstaaten müssen das Recht behalten, ausführlichere oder strengere Bestimmungen und in bestimmten Fällen unterschiedliche Bedingungen für die ihrer

20 — Urteile des Gerichtshofes vom 9. Februar 1995 in der Rechtssache C-412/93 (Leclerc-Siplec, Slg. 1995, I-179), in der Rechtssache RTI (zitiert in Fußnote 7) und in den verbundenen Rechtssachen C-34/95, C-35/95 und C-36/95 (De Agostini und TV-Shop, Slg. 1997, I-3843).

21 — 13. Begründungserwägung.

Rechtshoheit unterworfenen Fernsehveranstalter einzuführen." [22]

58. In den Begründungserwägungen der Änderungsrichtlinie heißt es darüber hinaus:

„Das in der Richtlinie 89/552/EWG und in der vorliegenden Richtlinie gewählte Konzept dient einer grundlegenden Harmonisierung, die notwendig und hinreichend ist, um den freien Empfang von Fernsehsendungen in der Gemeinschaft sicherzustellen. Die Mitgliedstaaten können für Fernsehveranstalter, die ihrer Rechtshoheit unterworfen sind, strengere oder ausführlichere Bestimmungen in den durch diese Richtlinie koordinierten Bereichen vorsehen ..." [23]

59. Diese Begründungserwägungen sowie Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie, der weiter unten behandelt wird, lassen erkennen, daß es bei der Richtlinie nur um eine Mindestharmonisierung geht und daß es als möglich angesehen wird, daß Mitgliedstaaten verschiedene rechtliche Regelungen für die ihrer jeweiligen Rechtshoheit unterworfenen Fernsehveranstalter erlassen.

60. Aufgrund der vorstehenden Argumente komme ich bei der ersten Frage zu dem Ergebnis, daß Artikel 11 Absatz 3 dahin auszulegen ist, daß er das Bruttoprinzip vorschreibt, wenngleich Unterbrechungen auf jeden Fall den allgemeinen Anforderungen des Artikels 11 Absatz 1 entsprechen müssen.

61. Angesichts dieses Ergebnisses braucht nicht erörtert zu werden, welche Störungen unter Umständen hervorgerufen würden und welche Auswirkung es möglicherweise auf bestehende Verträge und auf die berechtigten Erwartungen der Betroffenen hätte, wenn Mitgliedstaaten, die bisher das Bruttoprinzip angewandt haben, das Nettoprinzip einführen müßten. Wäre ich jedoch zum gegenteiligen Ergebnis gelangt, so müßte geprüft werden, inwieweit die vom Gerichtshof zu erlassende Entscheidung zu beschränken wäre, damit derartige berechtigte Erwartungen geschützt werden, insbesondere im Hinblick darauf, daß sich die Kommission kontinuierlich für das Bruttoprinzip ausgesprochen hat [24].

Frage 2

62. Mit seiner zweiten Frage möchte das nationale Gericht wissen, ob es mit Artikel 11 Absatz 3 in Verbindung mit Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie und mit primärem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist, daß ein Mitgliedstaat das Nettoprinzip vorschreibt.

22 — 27. Begründungserwägung.

23 — 44. Begründungserwägung.

24 — Siehe oben, Nr. 35; zur Bedeutung des Standpunkts der Kommission in bezug auf die Frage der berechtigten Erwartungen siehe Urteil des Gerichtshofes vom 8. April 1976 in der Rechtssache 43/75 (Defrenne, Slg. 1976, 455, Randnrn. 72 und 73).

63. Nur Pro Sieben spricht sich dafür aus, diese Frage zu verneinen. Für eine Bejahung sind die Kläger, die französische, die italienische, die niederländische und die schwedische Regierung sowie die Regierung des Vereinigten Königreichs und die Kommission.

64. Die zweite Frage läßt sich in zwei Teile gliedern, und zwar dahin, a) ob Artikel 11 Absatz 3 in Verbindung mit Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie es den Mitgliedstaaten erlaubt, das Nettoprinzip vorzuschreiben, und b) ob das Nettoprinzip mit primärem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist.

Erster Teil der zweiten Frage

65. Gegenwärtig enthält die Richtlinie zwei Bestimmungen, Artikel 3 Absatz 1 und Artikel 20, nach denen die Mitgliedstaaten andere als die sonst in der Richtlinie festgelegten Bedingungen aufstellen dürfen. (Der ursprüngliche Text enthielt zwei weitere Bestimmungen: Artikel 8, bei dem es um Sprachpolitik ging, und Artikel 19, wonach „die Sendezeit und die Modalitäten der Fernsehübertragung... strenger festgelegt werden [können] als in Artikel 18 vorgesehen".)

66. Artikel 20 bestimmt: „Unbeschadet des Artikels 3 können die Mitgliedstaaten für Sendungen, die ausschließlich für ihr eigenes Hoheitsgebiet bestimmt sind und weder unmittelbar noch mittelbar in einem oder mehreren anderen Mitgliedstaaten öffentlich empfangen werden können, unter Einhaltung des Gemeinschaftsrechts andere als die in Artikel 11 Absätze 2 bis 5... festgelegten Bedingungen vorsehen." Artikel 20 findet auf den Sachverhalt der vorliegenden Rechtssache keine Anwendung, da die Sendungen von Pro Sieben in anderen Mitgliedstaaten empfangen werden können.

67. Artikel 3 Absatz 1 sieht noch allgemeiner folgendes vor: „Die Mitgliedstaaten können Fernsehveranstalter, die ihrer Rechtshoheit unterworfen sind, verpflichten, strengeren oder ausführlicheren Bestimmungen in den von dieser Richtlinie erfaßten Bereichen nachzukommen." Der Wortlaut dieser allgemeinen Vorschrift erscheint schlüssig.

68. Pro Sieben macht jedoch geltend, daß Artikel 3 Absatz 1 im vorliegenden Fall keine Anwendung finden könne, da die fraglichen Bestimmungen unter den Regelungsgegenstand des Artikels 11 (zeitliche Einteilung der Werbeunterbrechungen) fielen und da die Mitgliedstaaten, weil Artikel 20 auf Artikel 11 verweise, zusätzliche Bestimmungen im Sinne von Artikel 11 nur unter den in Artikel 20 vorgesehenen Umständen erlassen dürften, nämlich wenn die betreffenden Sendungen nur im eigenen Hoheitsgebiet empfangen werden könnten.

69. Meines Erachtens braucht man sich jedoch nur zu vergegenwärtigen, daß Artikel 20 ausdrücklich „unbeschadet des Artikels 3" gilt. Außerdem spricht der Um-

stand, daß Artikel 20 „andere als" die in Artikel 11 festgelegten Bedingungen betrifft, dafür, daß er sich mit einer anderen Art von Bestimmung befaßt, als in Artikel 3 Absatz 1 vorgesehen ist, in dem es um „strengere oder ausführlichere Bestimmungen" geht. Diese Auffassung wird durch den Wortlaut der 27. und der 28. Begründungserwägung der ursprünglichen Richtlinie gestützt, die zwischen „ausführlicheren oder strengeren Bestimmungen" und „anderen Bedingungen" unterscheiden.

70. Wie der Gerichtshof in der Rechtssache Leclerc-Siplec [25] zu Artikel 19 der ursprünglichen Richtlinie ausgeführt hat, geht weder aus den Begründungserwägungen noch aus der Zielsetzung der Richtlinie hervor, daß diese dahin auszulegen ist, daß sie den Mitgliedstaaten das ihnen durch Artikel 3 Absatz 1 zuerkannte Recht entzieht [26]; darüber hinaus wird die Erreichung des Zieles der Richtlinie, die freie Ausstrahlung von Fernsehsendungen, die den in ihr vorgesehenen Mindestnormen entsprechen, in keiner Weise berührt, wenn die Mitgliedstaaten die Fernsehveranstalter, die ihrer Rechtshoheit unterstehen, strengeren Bestimmungen unterwerfen [27].

71. Ich meine daher, daß Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie den Mitgliedstaaten die Möglichkeit gibt, auf die Fernsehveranstalter, die ihrer Rechtshoheit unterworfen sind, eine Regelung wie das Nettoprinzip, das strenger ist als das Bruttoprinzip, anzuwenden, solange diese Regelung mit den übrigen einschlägigen Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts vereinbar ist.

Zweiter Teil der zweiten Frage

72. Nachdem ich festgestellt habe, daß es nicht gegen die Richtlinie verstieße, wenn ein Mitgliedstaat auf die Fernsehveranstalter, die seiner Rechtshoheit unterworfen sind, das Nettoprinzip anwendet, wende ich mich nun der Frage zu, ob die Anwendung dieses Prinzips mit dem Vertrag und den allgemeinen Rechtsgrundsätzen vereinbar wäre.

73. Das Oberlandesgericht Stuttgart verweist auf die Artikel 5, 6, 30, 59 und 85 des Vertrages (frühere Numerierung) und auf den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz.

74. Obwohl Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie den Erlaß ausführlicherer oder strengerer Bestimmungen (und damit das Nettoprinzip) in den von der Richtlinie erfaßten Bereichen nur im Hinblick auf Fernsehveranstalter erlaubt, die der Rechtshoheit des Staates unterworfen sind, der derartige Bestimmungen erlassen möchte, könnte man argumentieren, daß die Anwendung des Nettoprinzips durch einen Mitgliedstaat gemäß Artikel 3 Absatz 1 aus folgenden Gründen eine grenzüberschreitende Auswirkung auf Dienstleistungen und Waren hat.

25 — Rechtssache C-412/93 (zitiert in Fußnote 20).
26 — Randnr. 42 des Urteils.
27 — Randnr. 44 des Urteils.

75. Erstens könnten die geringere Zahl attraktiver Werbeflächen und die aus einer solchen Reduzierung wahrscheinlich resultierende Erhöhung der Preise für die Werbung durchaus die Möglichkeit für im Ausland niedergelassene Waren- und Dienstleistungsverkäufer beeinträchtigen, in dem betreffenden Staat für ihre Waren und Dienstleistungen zu werben.

76. Zweitens steht nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes fest — und wird in den Begründungserwägungen anerkannt —, daß die Erbringung von Fernsehdiensten im allgemeinen und die Ausstrahlung von Fernsehwerbung im besonderen unter die Dienstleistungsbestimmungen des Vertrages fallen[28]. Die Möglichkeit für die Fernsehveranstalter, ihre Fernsehdienste zum Zweck der Übertragung von Werbung solchen Kunden (d. h. Werbetreibenden) anzubieten, die in anderen Mitgliedstaaten niedergelassen sind, kann durchaus beeinträchtigt sein, wenn die Zahl attraktiver Werbeflächen, die sie anbieten dürfen, beschränkt ist. Man könnte sagen, daß ein Fernsehveranstalter, der der Rechtshoheit eines Staates unterliegt, der das Nettoprinzip vorschreibt, gegenüber einem Fernsehveranstalter, der der Rechtshoheit eines Staates unterliegt, der das Bruttoprinzip anwendet, im Wettbewerb benachteiligt ist (sofern beide Veranstalter in den jeweils anderen Staat übertragen können), da er weniger attraktive Werbeflächen anbieten kann, die aufgrund der geringeren Verfügbarkeit wahrscheinlich auch teurer sind.

77. Die Argumente, mit denen geltend gemacht wird, daß dadurch der Vertrag verletzt werde, lassen sich jedoch recht rasch zurückweisen. Was zunächst Artikel 30 (nach Änderung jetzt Artikel 28 EG) betrifft, so hat der Gerichtshof in der Rechtssache Leclerc-Siplec[29], wie erinnerlich, entschieden, daß das Verbot von Fernsehwerbung in einem bestimmten Sektor (dem Vertrieb) nicht in den Anwendungsbereich dieses Artikels fällt. Da die Werbebeschränkung, um die es in der vorliegenden Rechtssache geht, derjenigen in der Rechtssache Leclerc-Siplec ähnelt, jedoch nicht so weit geht, schließe ich daraus, daß die Anwendung des Nettoprinzips nicht in den Anwendungsbereich dieses Artikels fällt.

78. Was die Anwendung des Artikels 59 (nach Änderung jetzt Artikel 49 EG) angeht, so lassen sich, soweit das Nettoprinzip die Dienstleistungsfreiheit im Sinne dieses Artikels beschränkt, derartige Beschränkungen meines Erachtens auf jeden Fall mit dem Verbraucherschutz rechtfertigen.

79. Der Gerichtshof hat bereits anerkannt, daß bestimmte Beschränkungen der Sendung von Werbemitteilungen einschließlich einer Beschränkung der Dauer oder der

28 — Vgl. insbesondere Urteile des Gerichtshofes vom 30. April 1974 in der frühen Rechtssache 155/73 (Sacchi, Slg. 1994, 407, Randnr. 6) sowie in den verbundenen Rechtssachen C-34/95, C-35/95 und C-36/95 (De Agostini und TV-Shop, zitiert in Fußnote 20, Randnr. 48 des Urteils und Nr. 106 meiner Schlußanträge).

29 — Rechtssache C-412/93 (zitiert in Fußnote 20).

Häufigkeit dieser Mitteilungen durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein können, wenn sie vorgeschrieben werden, um die Verbraucher gegen ein Übermaß an Werbung zu schützen, um im Rahmen der Kulturpolitik eine bestimmte Programmqualität zu wahren oder um ein pluralistisches Rundfunkwesen aufrechtzuerhalten (vgl. Urteil Collectieve Antennevoorziening Gouda) [30].

80. Nach Auffassung der ARD zielt das Nettoprinzip tatsächlich auf den Verbraucherschutz und den Schutz von Kunstwerken ab. Die Kommission vertritt dagegen die Auffassung, daß das Nettoprinzip in Deutschland angewandt werde, um eine Senkung der Werbekosten zu vermeiden, damit den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ihre Einnahmen erhalten blieben. Ziele seien die Wahrung der Medienvielfalt im Interesse der Kulturpolitik und der Schutz des Wettbewerbs.

81. Meines Erachtens kann das Nettoprinzip eindeutig aus Gründen des Verbraucherschutzes gerechtfertigt werden. Zwar enthält bereits die Richtlinie selbst im Interesse der Verbraucher einige Schutzvorkehrungen gegen übermäßige Werbung. Dies kann jedoch nicht so verstanden werden, daß den Mitgliedstaaten dadurch zwangsläufig die Möglichkeit genommen wird, strengere Bestimmungen mit dem Verbraucherschutz zu rechtfertigen, denn die Richtlinie ist nur im Sinne einer Mindestharmonisierung formuliert. Wenn die Mitgliedstaaten also keine solche Möglichkeit hätten, würden, wie die Kommission in der mündlichen Verhandlung ausgeführt hat, Richtlinien zur Mindestharmonisierung in der Praxis in Richtlinien zur vollständigen Harmonisierung mit Maximalanforderungen umgewandelt.

82. Wie die Kommission vorträgt, läßt sich auch nicht sagen, daß die Anwendung des Nettoprinzips den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzt, da die Auswirkungen des Nettoprinzips auf die Dienstleistungsfreiheit nicht wesentlich größer erscheinen als die des Bruttoprinzips und eindeutig nicht in einem unangemessenen Verhältnis zu den Zielen der nationalen Maßnahme stehen.

30 — Urteil des Gerichtshofes vom 25. Juli 1991 in der Rechtssache C-288/89 (Slg. 1991, I-4007, Randnrn. 23 und 27).

83. Es liegt keine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Sinne von Artikel 6 des Vertrages (nach Änderung jetzt Artikel 12 EG) vor. Unterschiede zwischen der Art und Weise, wie Deutschland seine inländischen Fernsehveranstalter behandelt, und der günstigeren Behandlung, die die Fernsehveranstalter anderer Mitgliedstaaten durch diese Staaten erfahren, fallen nicht in den Anwendungsbereich von Artikel 6, da dieser Artikel nicht verlangt, daß ein Mitgliedstaat seine eigenen Fernsehveranstalter genauso behandelt wie andere Mitgliedstaaten ihre Fernsehveranstalter [31].

84. Es läßt sich auch nicht behaupten, daß der allgemeine Gleichheitsgrundsatz verletzt ist. Obwohl Fernsehveranstalter in verschiedenen Mitgliedstaaten möglicherweise verschiedenen Bedingungen unterliegen, so daß bestimmte Ungleichheiten in den Wettbewerbsbedingungen fortbestehen, scheint es sich bei solchen Ungleichheiten um ein Merkmal zu handeln, das Rechtsvorschriften, die Mindestanforderungen vorsehen, immanent ist. Tatsächlich hat der Gerichtshof in anderem Zusammenhang festgestellt, daß diese Folgen ein notwendiges Merkmal von Harmonisierungsbestimmungen sind, die Mindestanforderungen enthalten und in dieser Beziehung nicht als rechtswidrig angesehen werden können [32].

85. Schließlich ist kaum zu erkennen, inwiefern Artikel 85 (jetzt Artikel 81 EG) und Artikel 5 (jetzt Artikel 10 EG) einschlägig sein könnten, da keine Unternehmensvereinbarung festgestellt worden ist. Weder ist vorgebracht worden, daß die Anwendung des Nettoprinzips den Abschluß einer Unternehmensvereinbarung erforderlich machen, fördern oder deren Wirkungen verstärken würde, noch, daß die streitige Regelung die Verantwortlichkeit für die Regelung von Fernsehwerbung an Privatunternehmen delegiere.

31 — Vgl. z. B. Urteil des Gerichtshofes vom 7. Mai 1992 in den verbundenen Rechtssachen C-251/90 und C-252/90 (Wood und Cowie, Slg. 1992, I-2873, Randnr. 19).

32 — Vgl. Urteil des Gerichtshofes vom 19. Oktober 1995 in der Rechtssache C-128/94 (Hörnig, Slg. 1995, I-3389, Randnr. 17).

Ergebnis

86. Demnach sind die vom Oberlandesgericht Stuttgart vorgelegten Fragen nach meiner Ansicht wie folgt zu beantworten:

1. Artikel 11 Absatz 3 der Richtlinie 89/552/EWG des Rates vom 3. Oktober 1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehtätigkeit in seiner ursprünglichen Fassung und in der Fassung des Artikels 1 Nr. 13 der Richtlinie 97/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Juni 1997 ist dahin auszulegen, daß er das Bruttoprinzip vorschreibt, d. h., daß bei der Berechnung des 45-Minuten-Zeitraums zum Zweck der Festlegung der zulässigen Unterbrechungen der Übertragung von audiovisuellen Werken wie Kinospielfilmen und Fernsehfilmen durch Werbung die Werbedauer in den genannten Zeitraum einzubeziehen ist. Derartige Unterbrechungen sind jedoch nur zulässig, wenn Vollständigkeit und Wert des Werkes gewahrt bleiben und nicht gegen die Rechte derer, die Rechte an dem Werk haben, verstoßen wird.

2. Unter den gleichen Voraussetzungen können die Mitgliedstaaten gemäß Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie für die Fernsehveranstalter, die ihrer Rechtshoheit unterworfen sind, das Nettoprinzip vorsehen, d. h. vorschreiben, daß bei der Berechnung des fraglichen Zeitraums die Werbedauer nicht einbezogen wird.