SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS ANTONIO TIZZANO vom 10. März 2005 [1]

1. Der niederländische Raad van State hat dem Gerichtshof mit Beschluss vom 18. Februar 2004 gemäß Artikel 234 EG drei Fragen nach der Auslegung der Richtlinie 89/552/EWG des Rates vom 3. Oktober 1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehtätigkeit [2] (im Folgenden: Richtlinie 89/552) und der Richtlinie 98/34/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Juni 1998 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften [3] in der durch die Richtlinie 98/48/EG [4] geänderten Fassung (im Folgenden: Richtlinie 98/34) zur Vorabentscheidung vorgelegt.

2. Im Kern möchte das nationale Gericht wissen, ob das Angebot eines Senders von Filmen, die in einem Netz zu im Voraus festgesetzten Zeiten in verschlüsselter Form gesendet werden und die vom Kunden mit Hilfe eines besonderen Dekodier-Schlüssels betrachtet werden, der ihm nach Zahlung des vorgesehenen Entgelts zugesandt wird, eine „Fernsehsendung" im Sinne der Richtlinie 89/552 oder aber eine „Dienstleistung der Informationsgesellschaft" im Sinne der Richtlinie 98/34 darstellt.

I — Rechtlicher Rahmen

Gemeinschaftsrecht

3. In der vorliegenden Rechtssache ist vor allen Dingen Artikel 1 Buchstabe a der Richtlinie 89/552 einschlägig, wonach unter „Fernsehsendung" Folgendes zu verstehen ist:

„die drahtlose oder drahtgebundene, erdgebundene oder durch Satelliten vermittelte, unverschlüsselte oder verschlüsselte Erstsendung von Fernsehprogrammen, die zum Empfang durch die Allgemeinheit bestimmt ist ... Nicht eingeschlossen sind Kommuni-

1 — Originalsprache: Italienisch.

2 — ABl. L 298, S. 23, berichtigt in ABl. 1989, L 331, S. 51.

3 — ABl. L 204, S. 37.

4 — Richtlinie 98/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juli 1998 zur Änderung der Richtlinie 98/34/EG über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften (ABl. L 217, S. 18).

kationsdienste, die auf individuellen Abruf Informationen oder andere Inhalte übermitteln, wie Fernkopierdienste, elektronische Datenbanken und andere ähnliche Dienste."

4. Ferner ist erheblich Artikel 4 Absatz 1 dieser Richtlinie, der die Verpflichtung der Mitgliedstaaten vorsieht, „im Rahmen des praktisch Durchführbaren und mit angemessenen Mitteln dafür Sorge [zu tragen], dass die Fernsehveranstalter den Hauptteil ihrer Sendezeit ... der Sendung von europäischen Werken ... vorbehalten".

5. Soweit erheblich, sei ferner auf Artikel 1 der Richtlinie 98/34 hingewiesen, wo es heißt:

„Für die Zwecke dieser Richtlinie bedeutet:

...

2. ‚Dienst': eine Dienstleistung der Informationsgesellschaft, d. h. jede in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung.

Im Sinne dieser Definition bezeichnet der Ausdruck

— ‚im Fernabsatz erbrachte Dienstleistung' eine Dienstleistung, die ohne gleichzeitige physische Anwesenheit der Vertragsparteien erbracht wird;

— ‚elektronisch erbrachte Dienstleistung' eine Dienstleistung, die mittels Geräten für die elektronische Verarbeitung (einschließlich digitaler Kompression) und Speicherung von Daten am Ausgangspunkt gesendet und am Endpunkt empfangen wird und die vollständig über Draht, über Funk, auf optischem oder anderem elektromagnetischem Wege gesendet, weitergeleitet und empfangen wird;

— ‚auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung' eine Dienstleistung, die durch die Übertragung von Daten auf individuelle Anforderung erbracht wird.

Eine Beispielliste der nicht unter diese Definition fallenden Dienste findet sich in Anhang V.

Diese Richtlinie findet keine Anwendung auf:

— Hörfunkdienste;

— Fernsehdienste gemäß Artikel 1 Buchstabe a der Richtlinie 89/552/EWG."

6. In Anhang V sind unter Nummer 3 folgende Dienstleistungen aufgeführt:

„Nicht ‚auf individuellen Abruf eines Empfängers' erbrachte Dienste

Dienste, die im Wege einer Übertragung von Daten ohne individuellen Abruf gleichzeitig für eine unbegrenzte Zahl von einzelnen Empfängern erbracht werden (Punkt-zu-Mehrpunkt-Übertragung):

a) Fernsehdienste (einschließlich zeitversetzter Videoabruf) nach Artikel 1 Buchstabe a der Richtlinie 89/552/EWG;

b) Hörfunkdienste;

c) Teletext (über Fernsehsignal)".

Nationales Recht

7. In den Niederlanden wird die Sendung von Rundfunk- und Fernsehprogrammen durch die Mediawet (Mediengesetz) [5] geregelt.

8. Nach Artikel 71a Absatz 1 der Mediawet darf eine gewerbliche Rundfunk- oder Fern-

5 — Niederländisches Gesetz vom 21. April 1987, das die Sendung von Rundfunk- und Fernsehprogrammen, die Rundfunk- und Fernsehgebühren und die Beihilfen für die Presseorgane regelt; *Staatsblad* vom 4. Juni 1987, Nr. 249.

seheinrichtung ein Fernsehprogramm nur dann senden oder senden lassen, wenn ihm für diesen Zweck eine Genehmigung des Commissariaat voor de Media (Medienüberwachungseinrichtung, im Folgenden: das Commissariaat) erteilt worden ist.

II — Sachverhalt und Verfahren

9. Seit Ende 1999 bietet die Firma Mediakabel ihren Abonnenten die Möglichkeit, in Ergänzung der Programme anderer Sender eine Reihe von Fernsehsendungen zu empfangen (das so genannte Mr. Zap-Angebot). Im Rahmen dieses Angebots kann der Abonnent ferner einen oder mehrere Filme bestellen, die über die Fernsehbildschirme oder eingeblendete Programmführer auszuwählen sind (das so genannte Filmtime-Angebot).

10. Die Filme des Filmtime-Angebots werden gleichzeitig, jedoch in verschlüsselter Form an alle Abonnenten zu von Mediakabel festgelegten Zeiten übertragen. Der Abonnent teilt dann von fern, auch telefonisch, mit, welchen Film er zu den zur Verfügung stehenden Zeiten sehen möchte und erhält nach Entrichtung des vorgesehenen Entgelts einen elektronischen Schlüssel für die Dekodierung der Fernsehbilder.

11. Mit Bescheid vom 15. März 2001 teilte das Commissariaat Mediakabel mit, dass der Filmtime-Dienst ein Fernsehprogramm darstelle, für das gemäß Artikel 71a Absatz 1 der Mediawet eine besondere Genehmigung erforderlich sei.

12. Nachdem der gegen diesen Bescheid eingelegte Widerspruch zurückgewiesen worden war, erhob die Firma Mediakabel, die allerdings in der Zwischenzeit die beantragte Genehmigung erhalten hatte, bei der Rechtbank Rotterdam Klage gegen die Einstufung ihrer Dienstleistung durch das Commissariaat.

13. Auch diese Klage wurde abgewiesen. Mediakabel legte Rechtsmittel beim Raad van State ein und machte in diesem Verfahren geltend, dass Filmtime nicht als der Genehmigungspflicht und der Einhaltung der Programmquote für europäische Werke unterliegende „Fernsehsendung", sondern vielmehr als „Dienstleistung der Informationsgesellschaft" von der Art des zeitversetzten Videoabrufs zu qualifizieren sei, die als solche nicht den erwähnten Verpflichtungen unterliege.

14. Das vorlegende Gericht hat Zweifel an der richtigen Qualifizierung der in Rede

stehenden Dienstleistungen und hat beschlossen, dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

1 a. Ist der Begriff „Fernsehsendung" im Sinne des Artikels 1 Buchstabe a der Richtlinie 89/552/EWG dahin auszulegen, dass eine „Dienstleistung der Informationsgesellschaft" im Sinne des Artikels 1 Nummer 2 der Richtlinie 98/34/EG in der Fassung der Richtlinie 98/48/EG nicht darunter fällt, dass darunter wohl aber Dienste fallen wie die in der Beispielliste in Anhang V der Richtlinie 98/34/EG, insbesondere in Nummer 3 („einschließlich zeitversetzter Videoabruf") beschriebenen Dienste, die nicht unter Artikel 1 Nummer 2 der Richtlinie 98/34/EG fallen und folglich keine „Dienstleistungen der Informationsgesellschaft" sind?

1 b. Falls die Frage 1a verneint wird: Wie ist der Begriff „Fernsehsendung" im Sinne des Artikels 1 Buchstabe a der Richtlinie 89/552/EWG von dem dort ebenfalls genannten Begriff „Kommunikationsdienste, die auf individuellen Abruf Informationen oder andere Inhalte übermitteln" abzugrenzen?

2 a. stellen, ob ein Dienst wie der in Rede stehende, bei dem verschlüsselte Signale eines vom Anbieter ausgewählten Angebots an Filmen, die von Abonnenten gegen gesonderte Bezahlung pro Film mit Hilfe eines vom Anbieter auf individuellen Abruf zugesandten Schlüssels entschlüsselt und zu verschiedenen, vom Anbieter bestimmten Zeitpunkten gesehen werden können, über ein Netz verbreitet werden und der Elemente einer (individuellen) Dienstleistung der Informationsgesellschaft und zugleich Elemente eines Fernsehdienstes umfasst, ein Fernsehdienst oder eine Dienstleistung der Informationsgesellschaft ist?

2 b. Ist dabei der Sichtweise des Abonnenten oder derjenigen des Anbieters des Dienstes besondere Bedeutung beizumessen? Ist es von Belang, mit welcher Art von Diensten der fragliche Dienst im Wettbewerb steht?

3. Ist es in diesem Zusammenhang relevant, dass

— einerseits die Einordnung eines Dienstes wie des hier vorliegenden als „Dienstleistung der Informationsgesellschaft", auf die die Richtlinie 89/552/EWG nicht anwendbar ist, die Wirksamkeit dieser Richtlinie beeinträchti-

gen könnte, insbesondere auch in Bezug auf die Ziele, die der sich aus der Richtlinie ergebenden Verpflichtung zugrunde liegen, einen bestimmten Prozentsatz der Sendezeit für europäische Werke bereitzustellen,

— andererseits aber, sollte die Richtlinie 89/552/EWG doch anwendbar sein, die sich aus ihr ergebende Verpflichtung, einen bestimmten Prozentsatz der Sendezeit für europäische Werke bereitzustellen, nicht besonders sinnvoll ist, da die Abonnenten pro Film bezahlen und nur den Film sehen können, für den sie bezahlt haben?

15. In dem auf diese Weise anhängig gemachten Verfahren haben die Firma Mediakabel, das Commissariaat, die niederländische, die belgische und die französische Regierung sowie die Regierung des Vereinigten Königreichs und die Kommission schriftliche Erklärungen eingereicht.

16. Mediakabel, das Commissariaat, die niederländische Regierung und die Kommission haben dann in der Sitzung des Gerichtshofes vom 20. Januar 2005 mündliche Ausführungen gemacht.

III — Rechtliche Erwägungen

Vorbemerkungen

17. Bekanntlich hat in den letzten Jahren aufgrund der raschen technologischen Änderungen eine Vervielfachung der über das Fernsehen erbrachten Dienstleistungen stattgefunden.

18. Zu den herkömmlichen Fernsehdienstleistungen kamen nämlich die Dienstleistungen des Pay-TV, des Pay-per-view, des Videoabrufs (Video-on-demand) und des zeitversetzten Videoabrufs (Near-video-on-demand) hinzu, die dem Zuschauer im Verhältnis zu den Erstgenannten eine größere Flexibilität bei der Nutzung des Erzeugnisses bieten.

19. Beim Pay-TV ist das Produkt Teil eines vom Sender produzierten Programms, das der Zuschauer insgesamt erwerben kann; das Gleiche gilt bei Pay-per-view mit dem Unterschied, dass der Zuschauer das einzelne Produkt ansehen und bezahlen kann. Größere Flexibilität bietet der zeitversetzte Videoabruf, bei dem das einzelne Erzeugnis mehrmals zu nahe beieinander liegenden Zeiten übertragen wird, und noch mehr der Videoabruf bei dem der Zuschauer in einem speziellen elektronischen Katalog von sich aus auswählen kann, welches Programm er zu welchem Zeitpunkt betrachten möchte.

20. Zu diesen neuen Dienstleistungen gehören noch die interaktiven Online-Dienstleistungen über Fernsehterminal (so genanntes interaktives Fernsehen), wie Heim-Bank-Dienstleistungen (Home banking), Einkäufe von zu Hause aus (Home shopping), Reise- und Feriendienstleistungen, das Herunterladen von Spielen und Online-Unterricht hinzu.

21. In diesen Zusammenhang fügt sich die Frage des niederländischen Gerichts ein, die eine genaue Dienstleistung (nämlich den zeitversetzten Videoabruf) betrifft, die ausdrücklich von der Richtlinie 98/34 erwähnt ist und in ihr einen ganz genauen Platz gefunden hat. Daher werde ich bei der Prüfung der Vorlagefragen im Wesentlichen auf diese Richtlinie Bezug nehmen und ihr, wo nötig, die ältere Richtlinie 89/552 gegenüberstellen.

Zur Einstufung des zeitversetzten Videoabrufs (Frage 1a)

22. Die Frage 1a des niederländischen Gerichts geht im Wesentlichen dahin, ob die Dienstleistungen des zeitversetzten Videoabrufs unter den Begriff „Fernsehsendung" oder den Begriff „Dienstleistung der Informationsgesellschaft" einzuordnen sind.

23. Wie wohl auch die am Verfahren beteiligten Regierungen und die Kommission bin ich der Ansicht, dass sich die Antwort auf diese Frage unmittelbar und eindeutig schon aus dem Wortlaut der Richtlinie 98/34 entnehmen lässt.

24. Wie wir nämlich gesehen haben, definiert die Richtlinie in Artikel 1 Nummer 2 als „Dienstleistung der Informationsgesellschaft" „jede in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung" und sieht in Absatz 4 dieser Bestimmung ausdrücklich vor, dass diese Richtlinie keine Anwendung auf „Fernsehdienste gemäß Artikel 1 Buchstabe a der Richtlinie 89/552/EWG" findet.

25. Die Richtlinie 98/34 bestätigt dann in ihrem Anhang V Nummer 3 Buchstabe a erneut, dass die oben erwähnte Begriffsbestimmung „Fernsehdienste nach Artikel 1 Buchstabe a der Richtlinie 89/552/EWG" nicht erfasst, und bestimmt dann ausdrücklich, dass unter diesen Begriff auch der „zeitversetzte Videoabruf" fällt.

26. Ohne dass weitere Untersuchungen notwendig wären, erlaubt mir die eindeutige Bedeutung der erwähnten Bestimmungen den Schluss, dass gemäß Nummer 3 Buchstabe a des Anhangs V der Richtlinie 98/34 die Dienstleistungen des zeitversetzten Videoabrufs unter den Begriff „Fernsehsendung" im Sinne von Artikel 1 Buchstabe a der Richtlinie 89/552 fallen. Dagegen werden die Dienstleistungen der „Fernsehsendung" von der Definition der „Dienstleistung der Informationsgesellschaft" im Sinne von Artikel 1 Nummer 2 der Richtlinie 98/34 nicht erfasst.

27. Dieses Ergebnis erscheint mir, wie auch die Regierung des Vereinigten Königreichs ausgeführt hat, bereits für sich ausreichend dafür, den Ausgangsrechtsstreit zu entscheiden, und zwar dahin gehend, dass das Commissariaat den Filmtime-Dienst zu Recht einem Genehmigungsverfahren unterworfen hat.

28. Denn das vorlegende Gericht hat selbst in seinem Beschluss ausgeführt, dass die erwähnte Dienstleistung in die Kategorie des zeitversetzten Videoabrufs gehört [6], also in eine Kategorie, die, wie ich soeben ausgeführt habe, die Richtlinie 98/34 von Rechts wegen in den Begriff der „Fernsehsendung" einbezieht. Und für diese Art Sendung ist nach niederländischem Recht gerade die Genehmigung beim Commissariaat zu beantragen.

6 — Vorlagebeschluss, Nr. 2.2.

29. Allerdings hat Mediakabel in der mündlichen Verhandlung einen in gewissem Sinne vorgreiflichen Einwand in Bezug auf die Einstufung des Filmtime-Dienstes erhoben. Sie hat nämlich bestritten, dass diese Dienstleistung tatsächlich als zeitversetzter Videoabruf betrachtet werden könne.

30. Nun wird aber in den in Rede stehenden Richtlinien keine Definition des Begriffes „zeitversetzter Videoabruf" oder allgemein der einzelnen Übertragungsdienstleistungen mit Fernsehinhalt gegeben; auch ist die Einordnung des zeitversetzten Videoabrufs in der Lehre umstritten. Um daher auf den Einwand von Mediakabel mit einer weniger unsicheren und gleichzeitig für die hier interessierenden Zwecke nützlicheren Antwort eingehen zu können, ist es meines Erachtens vorzuziehen, direkt das Kriterium für die Unterscheidung zwischen „Fernsehsendung" und „Dienstleistungen der Informationsgesellschaft" zu bestimmen und dann anhand dieses Kriteriums zu klären, unter welchen von beiden Filmtime fällt.

31. Dieser Ansatz hat im Übrigen den Vorteil, zu den anderen mit dem Vorlagebeschluss aufgeworfenen Fragen hinzuführen, mit deren Prüfung ich daher nun fortfahre.

Zur Unterscheidung zwischen Dienstleistungen in Form einer „Fernsehsendung" und „Dienstleistungen der Informationsgesellschaft" (Frage 2a)

32. Mit der Frage 2a, die im Kern vorzuziehen ist und eine eigene Antwort auf die Frage 1b überflüssig macht, ersucht das vorlegende Gericht den Gerichtshof um Angabe des geeigneten Kriteriums dafür, ob eine Dienstleistung der Übertragung von Fernsehinhalten wie die im vorliegenden Fall in Rede stehende eine „Fernsehsendung" im Sinne der Richtlinie 89/552 oder aber eine „Dienstleistung der Informationsgesellschaft" im Sinne der Richtlinie 98/34 darstellt.

33. Mediakabel vertritt die Ansicht, wenn man sich an die Richtlinie 98/34 halte, so sei für diesen Zweck die Möglichkeit eines „individuellen Abrufs" des Produktes durch den Zuschauer maßgeblich. Mit anderen Worten, wenn der Zuschauer beim Dienstleister die Betrachtung eines einzelnen Films abrufen könne, so handele es sich um eine „Dienstleistung der Informationsgesellschaft", wenn jedoch diese Möglichkeit ausgeschlossen sei, so liege eine „Fernsehsendung" vor.

34. Neben der Möglichkeit eines individuellen Abrufs könnten dann weitere zweckdienliche Anhaltspunkte für die Annahme einer „Dienstleistung der Informationsgesellschaft" darin bestehen, dass der Erbringer der Dienstleistung Entschlüsselungssysteme für die Bilder und Zahlungsmodalitäten für das Entgelt zur Verfügung stelle, die es dem Zuschauer ermöglichten, nur den angeforderten Film zu betrachten und zu bezahlen.

35. Nach diesem Lösungsansatz gelangt Mediakabel zu dem Ergebnis, dass Filmtime als „Dienstleistung der Informationsgesellschaft" einzustufen sei. Die einzelnen von diesem Dienst angebotenen Filme würden zwar an alle Abonnenten übertragen, könnten jedoch nur von denjenigen betrachtet werden, die sie eigens angefordert hätten und denen nach Zahlung des entsprechenden Entgelts ein eigener Dekodierungsschlüssel übersandt worden sei.

36. Allerdings meine ich, dass dieser Lösung nicht gefolgt werden kann. Denn sie geht meines Erachtens von einer Überbewertung von Umständen aus, die für die in Rede stehende Einstufung völlig unerheblich sind (von den Formen der Verschlüsselung und den Einzelheiten der Zahlung) und beruht gleichzeitig auf einer unrichtigen Auslegung des Begriffes „individueller Abruf" des Fernsehdienstes im Sinne der Richtlinie 98/34.

37. Zur Stützung der vorstehenden Ausführungen möchte ich vor allem die Definitionen ins Gedächtnis rufen, um die es in der vorliegenden Rechtssache geht:

— Im Sinne von Artikel 1 Buchstabe a der Richtlinie 89/552 ist unter „Fernsehsendung" die „drahtlose oder drahtgebundene, erdgebundene oder durch Satelliten vermittelte, *unverschlüsselte oder verschlüsselte* Erstsendung von Fernsehprogrammen, die *zum Empfang durch die Allgemeinheit bestimmt ist*", zu verstehen;

— im Sinne von Artikel 1 Nummer 2 Absatz 1 der Richtlinie 98/34 ist unter „Dienstleistung der Informationsgesellschaft" „jede *in der Regel* gegen Entgelt, elektronisch, im Fernabsatz und *auf individuellen Abruf* eines Empfängers erbrachte Dienstleistung" [7] zu verstehen.

38. Der Begriff „individueller Abruf" wird wiederum durch Artikel 1 Nummer 2 Absatz 2 und Anhang V Nummer 3 näher erläutert.

39. Nach der erstgenannten Bestimmung ist mit diesem Begriff eine Dienstleistung gemeint, „die durch die *Übertragung* von Daten *auf individuelle Anforderung* erbracht wird". Die zweite Bestimmung schließt dagegen von dem Begriff Dienstleistungen wie Fernsehdienste (einschließlich zeitversetzter Videoabruf) aus, die „im Wege einer *Übertragung von Daten ohne* individuellen *Abruf gleichzeitig* für eine unbegrenzte Zahl von einzelnen Empfängern erbracht werden (Punkt-zu-Mehrpunkt-Übertragung)" [8].

40. Wie die beteiligten Regierungen ausgeführt haben, ergibt sich aus der Prüfung dieser Bestimmungen vor allem, dass man sich bei der Unterscheidung zwischen „Fernsehsendung" und „Dienstleistungen der Informationsgesellschaft" nicht darauf stützen kann, ob die Übertragung der Bilder *in verschlüsselter oder in nicht verschlüsselter Form* erfolgt, weil diese Form nach der Richtlinie 89/552 für die Unterscheidung völlig unerheblich ist. Auch kann man sich nicht auf die Zahlungsmodalitäten für die geleisteten Dienste stützen, weil die erwähnten Bestimmungen nichts dazu besagen und daher diese Bezahlung auf verschiedenste Weise erfolgen und bei den Dienstleistungen der Informationsgesellschaft, wenn auch nur ausnahmsweise, sogar unterbleiben kann.

41. Diese ersten beiden Elemente sind daher für unsere Zwecke unerheblich. Entscheidend erscheint mir dagegen zu sein, wann die Übertragung eines Fernsehinhalts als für

7 — Hervorhebung von mir.

8 — Hervorhebungen von mir.

„die Allgemeinheit bestimmt" oder als einem „individuellen Abruf" entsprechend eingestuft werden kann.

42. Wie auch die Kommission ausgeführt hat, ergibt sich aus der parallelen Prüfung der in Nummer 37 angeführten Bestimmungen, dass eine „Fernsehsendung" und keine „Dienstleistung der Informationsgesellschaft" vorliegt, wenn die Fernsehinhalte gerade für „die Allgemeinheit bestimmt" sind, d. h. wenn — um die genauere Terminologie der Richtlinie 98/34 aufzunehmen — die entsprechenden Daten nicht dem einzelnen Zuschauer übersandt werden, der sie angefordert hat (Punkt-zu-Punkt-Übertragung), sondern dazu bestimmt sind, gleichzeitig von einer unbestimmten Zahl von Empfängern empfangen zu werden (Punkt-zu-Mehrpunkt-Übertragung).

43. Im Licht dieses Entscheidungskriteriums ist eine Dienstleistung wie die hier untersuchte, die nach den Angaben des vorlegenden Gerichts, die von der Firma Mediakabel anerkannt werden, die gleichzeitige Übertragung — wenn auch in verschlüsselter Form — von Filmen an alle Abonnenten voraussetzt, als „Fernsehsendung" einzustufen.

44. Auf dieser Aussage aufbauend wird dann das nationale Gericht, das die Einzelheiten des Sachverhalts am besten kennt, im Ausgangsrechtsstreit die Einstufung vorzunehmen haben.

45. Diesen Punkt abschließend schlage ich vor, zu antworten, dass eine Dienstleistung eine „Fernsehsendung" im Sinne von Artikel 1 Buchstabe a der Richtlinie 89/552 und nicht eine „Dienstleistung der Informationsgesellschaft" im Sinne von Artikel 1 Nummer 2 der Richtlinie 98/34 ist, wenn in ihrem Rahmen die übertragenen audiovisuellen Daten für „die Allgemeinheit bestimmt" sind, d. h. nicht dem einzelnen Zuschauer übersandt werden, der sie angefordert hat (Punkt-zu-Punkt-Übertragung), sondern dazu bestimmt sind, gleichzeitig von einer unbestimmten Zahl von Adressaten empfangen zu werden (Punkt-zu-Mehrpunkt-Übertragung).

Zu den Umständen, die bei der Einstufung einer Dienstleistung der Übertragung von Fernsehinhalten zu berücksichtigen sind (Fragen 2b und 3)

46. Mit den Fragen 2b und 3, die im Zusammenhang miteinander zu behandeln sind, ersucht das niederländische Gericht den Gerichtshof um Auskunft darüber, ob bei der Einstufung einer Dienstleistung der Übertragung von Fernsehinhalten der Sichtweise des Empfängers oder derjenigen des Erbringers der Dienstleistung der Vorrang einzuräumen ist, die Dienstleistungen zu berücksichtigen sind, mit denen der Dienstleistende konkurriert, und ob der Umstand zu würdigen ist, dass die Pflicht zur Übertragung einer bestimmen Quote europäischer Werke, die von der Richtlinie 89/552 vorgesehen ist, faktisch auf eine Dienstleistung unanwendbar ist, bei der es Sache des Zuschauers ist, den zu betrachtenden Film auszuwählen und zu bezahlen.

47. Die Firma Mediakabel führt aus, dass ihre Dienstleistung und alle Dienstleistungen des zeitversetzten Videoabrufs, die nach dem Punkt-zu-Punkt-Verfahren übertragen würden und daher ohne weiteres „Dienstleistungen der Informationsgesellschaft" darstellten, ähnliche Merkmale hätten und in gewisser Weise untereinander austauschbar seien. Denn beide erlaubten es dem Verbraucher, den zu betrachtenden Film auszuwählen. Beide müssten daher gleich eingestuft werden und den gleichen Verpflichtungen unterliegen. Die Firma Mediakabel führt hierzu aus, dass es ihr sehr wohl möglich gewesen wäre, die Übertragung der Filme des Filmtime-Angebots nach dem Punkt-zu-Punkt-Verfahren zu gestalten, doch habe sie darauf wegen der übermäßigen Kosten verzichtet, die diese Technik mit sich bringe.

48. Ferner sei die Einstufung der Dienstleistung als „Fernsehsendung" mit der daraus folgenden Unterwerfung unter die Einhaltung der Übertragungsquote für europäische Werke sinnlos, da es bei dieser Dienstleistung dem Zuschauer obliege, das Programm auszuwählen und damit festzulegen, ob er ein europäisches Werk betrachten wolle oder nicht.

49. Meines Erachtens ist dieser Standpunkt nicht haltbar.

50. Denn wie wir oben (Nr. 42) gesehen haben, ist für die Feststellung, ob eine bestimmte Dienstleistung eine „Dienstleistung der Informationsgesellschaft" oder eine „Fernsehsendung" ist, zu prüfen, ob die Fernsehinhalte dem einzelnen Zuschauer übersandt werden, der sie angefordert hat (Punkt-zu-Punkt-Übetragung), oder ob sie dazu bestimmt sind, gleichzeitig von einer unbestimmten Zahl von Adressaten empfangen zu werden (Punkt-zu-Mehrpunkt-Übertragung).

51. Zu diesem Zweck muss also, wie die niederländische Regierung, die Regierung des Vereinigten Königreichs und die Kommission unterstrichen haben, eine objektive, auf einem im Wesentlichen technischen Kriterium, das den Einzelheiten der Übertragung des Fernsehinhalts innewohnt, beruhende Wertung vorgenommen werden.

52. Dies dient damit dazu, auszuschließen, dass die Einstufung der Dienstleistung je nach dem persönlichen Standpunkt unterschiedlich ist, den die Person, die die Auslegung vornimmt, als Erbringer oder Empfänger der Dienstleistung einnimmt. Noch weniger kann die Einstufung von möglichen Wettbewerbsnachteilen abhängen, die die Wahl der Punkt-zu-Mehrpunkt-Übertragung (die allerdings weniger kostspielig und daher unter anderen Gesichtspunkten vorteilhafter ist) mit sich bringen kann.

53. Insbesondere meine ich nicht, dass man sich der erwähnten objektiven Bewertung

durch die Berufung auf ein mögliches Schadenspotenzial aus der Anwendung von Artikel 4 Absatz 1 der Richtlinie 89/552 entziehen kann, wonach die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, „im Rahmen des praktisch Durchführbaren und mit angemessenen Mitteln" dafür Sorge zu tragen, dass die Fernsehveranstalter den Hauptanteil ihrer Sendezeit der Sendung von europäischen Werken vorbehalten.

54. Denn im Unterschied zu der Ansicht, die wohl vom vorlegenden Gericht und der Firma Mediakabel vertreten wird, gilt diese Verpflichtung auch für Dienstleistungen wie Filmtime, bei denen es Sache des Zuschauers ist, den Film, den er betrachten möchte, auszuwählen und zu bezahlen.

55. Wie nämlich die französische Regierung, die Regierung des Vereinigten Königreichs und die Kommission ausgeführt haben, verpflichtet Artikel 4 Absatz 1 die *Fernsehveranstalter* dazu, während des Hauptanteils ihrer Sendezeit europäische Werke *zu senden*; dies verpflichtet jedoch die *Fernsehzuschauer* nicht, diese Werke zu wählen. Die Veranstalter wie Mediakabel können daher zwar dazu gezwungen werden, die europäischen Werke in ihr Programm aufzunehmen und — auch in verschlüsselter Form — zu übertragen, doch steht es selbstverständlich den Abonnenten frei, auszuwählen, welche Sendungen sie bezahlen und betrachten möchten.

56. Wie ich vor wenigen Minuten schon gesagt habe, müssen die Mitgliedstaaten im Übrigen die Beachtung der in Rede stehenden Pflicht nur „im Rahmen des praktisch Durchführbaren" und „mit angemessenen Mitteln" gewährleisten.

57. Dies bedeutet meines Erachtens, dass diese Pflicht nicht stets und unter allen Umständen gilt. Bestimmt gilt sie nicht dann, wenn es sich als so kostspielig erweisen würde, dass bestimmte Dienstleistungen wirtschaftlich *unmöglich* gemacht würden. Daneben muss dies nach den besonderen Einzelheiten der Leistung und der Inanspruchnahme der Fernsehübertragung angepasst und abgestuft werden, wobei, wo nötig, auf teilweise oder zeitlich begrenzte Ausnahmen zurückgegriffen werden kann [9].

58. Schließlich gilt, wie die Regierung des Vereinigten Königreichs ausgeführt hat, diese Verpflichtung für alle Dienstleistungen der Fernsehsendung einschließlich derjenigen, bei denen es dem Zuschauer obliegt, den zu betrachtenden Film auszuwählen, sie kann jedoch konkret nur dann angewandt werden, wenn und insoweit sie keine unüberwindbaren Schwierigkeiten für die Veranstalter mit sich bringt.

59. Nach allem komme ich daher in diesem Punkt zu dem Ergebnis, dass die Einstufung einer Dienstleistung als „Fernsehsendung"

9 — Das Commissariaat hat in der mündlichen Verhandlung erklärt, dass das niederländische Recht die Möglichkeit vorsehe, die Anwendung der in Artikel 4 der Richtlinie 89/552 vorgesehenen Verpflichtung dadurch abzustufen, dass in bestimmten Fällen teilweise oder zeitlich begrenzte Ausnahmen gewährt werden.

im Sinne der Richtlinie 89/552 oder als „Dienstleistung der Informationsgesellschaft" im Sinne der Richtlinie 98/34 nicht vom subjektiven Standpunkt des Erbringers oder des Empfängers der Dienstleistung oder den Wettbewerbsnachteilen abhängt, die die gewählte Technik der Übertragung der Bilder mit sich bringen kann.

60. Die in Artikel 4 Absatz 1 der Richtlinie 89/552 vorgesehene Verpflichtung, den Hauptanteil der Fernsehzeit europäischen Werken vorzubehalten, gilt im Rahmen des praktisch Durchführbaren und mit angemessenen Mitteln auch für die Dienstleistungen der Fernsehsendung, bei denen es dem Zuschauer obliegt, den Film, den er betrachten möchte, auszuwählen und zu bezahlen.

IV — Ergebnis

61. Nach allem schlage ich dem Gerichtshof vor, auf die Fragen des Raad van State wie folgt zu antworten:

1. Gemäß Nummer 3 Buchstabe a des Anhangs der Richtlinie 98/34/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Juni 1998 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften in der durch die Richtlinie 98/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juli 1998 geänderten Fassung fallen die Dienstleistungen des zeitversetzten Videoabrufs unter den Begriff „Fernsehsendung" im Sinne von Artikel 1 Buchstabe a der Richtlinie 89/552/EWG des Rates vom 3. Oktober 1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehtätigkeit.

Die Dienstleistungen der „Fernsehsendung" im Sinne von Artikel 1 Buchstabe a der Richtlinie 89/552 werden von der Definition der „Dienstleistungen der Informationsgesellschaft" im Sinne von Artikel 1 Nummer 2 der Richtlinie 98/34 in der durch die Richtlinie 98/48 geänderten Fassung nicht erfasst.

2a. Eine Dienstleistung ist eine „Fernsehsendung" im Sinne von Artikel 1 Buchstabe a der Richtlinie 89/552 und nicht eine „Dienstleistung der Informationsgesellschaft" im Sinne von Artikel 1 Nummer 2 der Richtlinie 98/34 in der durch die Richtlinie 98/48 geänderten Fassung, wenn in ihrem Rahmen die übertragenen audiovisuellen Daten für die Allgemeinheit bestimmt sind, d. h. nicht dem einzelnen Zuschauer übersandt werden, der sie angefordert hat (Punkt-zu-Punkt-Übertragung), sondern dazu bestimmt sind, gleichzeitig von einer unbestimmten Zahl von Empfängern empfangen zu werden (Punkt-zu-Mehrpunkt-Übertragung).

2b. Die Einstufung einer Dienstleistung als „Fernsehsendung" im Sinne der Richtlinie 89/552 oder als „Dienstleistung der Informationsgesellschaft" im Sinne der Richtlinie 98/34 in der durch die Richtlinie 98/48 geänderten Fassung hängt nicht vom subjektiven Standpunkt des Erbringers oder Empfängers der Dienstleistung oder den Wettbewerbsnachteilen ab, die die gewählte Technik der Übertragung der Bilder mit sich bringen kann.

3. Die in Artikel 4 Absatz 1 der Richtlinie 89/552 vorgesehene Verpflichtung, den Hauptanteil der Sendezeit den europäischen Werken vorzubehalten, gilt im Rahmen des praktisch Durchführbaren und mit angemessenen Mitteln auch für die Dienstleistungen der Fernsehsendung, bei der es dem Zuschauer obliegt, den Film, den er betrachten möchte, auszuwählen und zu bezahlen.