rungsverbote zum Zuge, sofern diese mit der Erfüllung der Aufgaben dieser Unternehmen nicht nachweislich unvereinbar sind.

9. Die Verbotsvorschriften des Artikels 86 haben auch im Rahmen des Artikels 90 unmittelbare Wirkung und begründen Rechte der einzelnen, welche die nationalen Gerichte zu wahren haben.

10. Die Verleihung des ausschließlichen Rechts für die Ausstrahlung von Fernsehsendungen stellt keine Verletzung des Artikels 7 des Vertrages dar. Es ist jedoch mit dieser Vorschrift nicht vereinbar, wenn Unternehmen, denen ein derartiges Recht verliehen wurde, Bürger der Mitgliedstaaten wegen ihrer Staatsangehörigkeit diskriminieren.

In der Rechtssache 155/73

betreffend das dem Gerichtshof nach Artikel 177 EWG-Vertrag vom Tribunale in Biella in dem vor diesem Gericht anhängigen Strafverfahren gegen

GIUSEPPE SACCHI, Como,

vorgelegte Ersuchen um Vorabentscheidung über die Auslegung der Artikel 2, 3, 5, 7, 37, 86 und 90 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft

erläßt

DER GERICHTSHOF

unter Mitwirkung des Präsidenten R. Lecourt, der Kammerpräsidenten A. M. Donner und M. Sørensen, der Richter R. Monaco, J. Mertens de Wilmars (Berichterstatter), P. Pescatore, H. Kutscher, C. Ó Dálaigh und A. J. Mackenzie Stuart,

Generalanwalt: G. Reischl
Kanzler: A. Van Houtte

folgendes

URTEIL

Tatbestand

Der Vorlagebeschluß und die nach Artikel 20 der Satzung des Gerichtshofes der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft eingereichten schriftlichen Erklärungen können wie folgt zusammengefaßt werden:

I — Sachverhalt und Verfahren

Nach italienischem Recht ist das Fernsehen als Monopol ausgestaltet, das der Staat der Radio Audizione Italiana (im

folgenden: RAI) verliehen hat. Dieses Monopol umfaßt einerseits das Werbefernsehen, andererseits enthält es für jede sonstige Person oder jedes sonstige Unternehmen das Verbot, audio-visuelle Signale zwecks Wiederausstrahlung zu empfangen, mögen diese vom italienischen Hoheitsgebiet oder von ausländischen Sendestationen ausgestrahlt werden.

Herr Sacchi, der ein staatlich nicht genehmigtes Fernsehunternehmen (Telebiella) betreibt, bestritt im Hinblick auf das Kabelfernsehen die Vereinbarkeit dieser Regelung mit dem EWG-Vertrag. Nachdem er sich geweigert hatte, die Gebühr für die Fernsehempfänger zu entrichten, eine nach italienischem Recht strafbare Handlung, wurde er angeklagt, weil er, „ohne die vorgeschriebene Abonnementsgebühr entrichtet zu haben, außerhalb seiner Wohnung in für die Öffentlichkeit zugänglichen Räumen mehrere Fensehempfänger gehalten habe, die zum Empfang der Kabelsendungen benutzt worden seien".

Der einzelstaatliche Richter, der Bedenken an der Rechtmäßigkeit dieser Gebühr trägt, falls sich erweisen sollte, daß das Monopol der RAI insbesondere im Hinblick auf die Ausstrahlung von Fernsehsendungen mit dem EWG-Vertrag unvereinbar ist, hat dem Gerichtshof mit Beschluß vom 25. Juli 1973 die nachstehenden Fragen vorgelegt:

1. Sind der Grundsatz des freien Warenverkehrs innerhalb des Gemeinsamen Marktes und das daraus folgende Verbot der Abschottung der nationalen Märkte, durch die die volle Verwirklichung eines einzigen Marktes in Europa, wie ihn die Artikel 2 und 3f des Vertrages vorsehen, verhindert würde, grundlegende Prinzipien der Gemeinschaftsrechtsordnung, aus denen sich subjektive Rechte zugunsten des einzelnen Bürgers ergeben, auf die dieser sich im Fall einer etwaigen Verletzung auch seitens der Mitgliedstaaten in Anbetracht des Artikels 5 des Vertrages vor den einzelstaatlichen Richtern berufen kann?

2. Stellt, falls die Frage zu 1 bejaht wird, die Verleihung eines ausschließlichen Rechts seitens eines Mitgliedstaats an eine Aktiengesellschaft zur Ausstrahlung jeder Art von Fernsehsendungen (einschließlich Kabelfernsehen) auch für Werbezwecke auf dem gesamten Gebiet des genannten Staates eine Verletzung der vorgenannten Grundsätze dar, wenn berücksichtigt wird, daß ein solches ausschließliches Recht für alle übrigen Marktbürger folgende Verbote mit sich bringt:

   a) das Verbot, Werbemitteilungen über Fernsehen (verstanden als Erzeugnisse an sich) auf dem Gebiet des betreffenden Mitgliedstaats zu verbreiten, es sei denn durch die alleinberechtigte Gesellschaft;

   b) das Verbot, Werbemitteilungen über Fernsehen (verstanden als notwendige Mittel zur Ausweitung des Handels) zwecks Reklame für bestimmte Erzeugnisse regional oder lokal innerhalb des betreffenden Staatsgebietes zu verbreiten, es sei denn unter Einschaltung der alleinberechtigten Gesellschaft;

   c) das Verbot, Fernsehfilme, Fernsehdokumentarfilme und andere zur Ausstrahlung über Fernsehen geeignete Werke in das betreffende Staatsgebiet auszuführen, zu verleihen oder in irgendeiner Form dort in Umlauf zu bringen, es sei denn, sie wären für die alleinberechtigte Gesellschaft bestimmt?

3. Ist Artikel 86 im Lichte der Artikel 2 und 3f und im Hinblick auf Artikel 90 Absatz 1 des Vertrages dahin auszulegen, daß der Aufbau einer beherrschenden Stellung auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes (unabhängig davon, wie

dieser Aufbau erfolgt) rechtswidrig und verboten ist, wenn das beherrschende Unternehmen, sei es auch durch Gesetz, jedwede Form von Wettbewerb im Bereich der von ihm ausgeübten Tätigkeit auf dem genannten Gebiet eines Mitgliedstaats beseitigt?

4. Hat, falls die Frage zu 3 bejaht wird, eine Aktiengesellschaft, der von einem Mitgliedstaat durch Gesetz das ausschließliche Recht verliehen wird, auf dem ganzen Gebiet des Mitgliedstaats auch zu Werbezwecken jede Art von Fernsehsendungen, einschließlich jener per Kabel, auszustrahlen, eine mit Artikel 86 nicht zu vereinbarende und verbotene beherrschende Stellung inne, wenn berücksichtigt wird, daß das vorgenannte ausschließliche Recht zum Nachteil der auch im weiteren Sinne als Benutzer im allgemeinen verstandenen Verbraucher der Gemeinschaft folgende Auswirkungen hat:

   a) die Beseitigung jeden Wettbewerbs bezüglich

      — der Verbreitung von Werbemitteilungen (verstanden als Erzeugnis an sich oder als Mittel zur Ausweitung des Handels);

      — des Inverkehrbringens von Filmen, Dokumentarberichten und sonstigen in der Gemeinschaft hergestellten Werken für das Fernsehen;

   b) die Festsetzung von Monopolpreisen für die Werbefernsehsendungen (da kein anderer Wettbewerber auf dem Markt existiert) mit daraus folgender mißbräuchlicher Ausnutzung der beherrschenden Stellung;

   c) die Möglichkeit, die Werbesendungen über der alleinberechtigten Gesellschaft nicht genehme Erzeugnisse, sei es aus politischen, sei es aus kommerziellen Gründen, nach Belieben einzuschränken;

   d) die Möglichkeit, die Werbesendungen von Industrie oder Handel ebenfalls aus nicht rein wirtschaftlichen Gründen zu begünstigen;

   e) die weitestgehende Ermessensfreiheit bei der Auswahl und der Fernsehausstrahlung der Erzeugnisse wie Filme, Dokumentarberichte und andere Werke, deren Verwendung allein von den Entscheidungen der alleinberechtigten Gesellschaft abhängen kann?

5. Steht, falls die Frage zu 4 bejaht wird, den Bürgern ein subjektives, vor den einzelstaatlichen Richtern einklagbares Recht auf Beseitigung des ausschließlichen Rechts zu, daß die oben unter der Frage zu 4 beschriebenen Auswirkungen nach sich zieht?

6. Findet Artikel 37 Absätze 1 und 2 des Vertrages auch im Falle einer Aktiengesellschaft Anwendung, der ein Mitgliedstaat durch Gesetz das ausschließliche Recht übertragen hat, jede Art von Fernsehsendungen auf dem Gebiet des genannten Staates auszustrahlen, insbesondere bezüglich:

   a) der Werbesendungen (in den oben unter der Frage zu 2 Buchstaben a und b genannten Arten) und

   b) der Sendungen von Filmen, Dokumentarberichten usw., die in den anderen Mitgliedstaaten hergestellt wurden?

7. Ist, falls die Frage zu 6 bejaht wird, Artikel 37 Absatz 1 des Vertrages dahin auszulegen, daß der mit dem ausschließlichen Recht beliehene „Ente" (Anstalt des öffentlichen Rechts) vom 31. Dezember 1969 an (Tag des Endes der Übergangszeit) so umgeformt werden muß, daß die gegebenenfalls auftretenden Diskri-

minierungen der Reihe nach beseitigt werden, oder aber dahin, daß der mit dem ausschließlichen Recht beliehene „Ente" gar nicht mehr die Möglichkeit hat zu diskriminieren und folglich die ausschließlichen Rechte im Verhältnis zu den übrigen Mitgliedstaaten ab 1. Januar 1970 erloschen sind?

8. Ist Artikel 37 Absätze 1 und 2 des Vertrages unmittelbar anwendbar, und hat er subjektive Rechte der einzelnen begründet, die die einzelstaatlichen Richter zu wahren haben?

9. Ist, falls die Fragen zu 7 und 8 bejaht werden, davon auszugehen, daß das einer Aktiengesellschaft verliehene ausschließliche Recht, auf dem gesamten Gebiet eines Mitgliedstaats jede Art von Fernsehsendungen auszustrahlen, in bezug auf die aus den übrigen Mitgliedstaaten kommenden Werbemitteilungen, Filme und Fernsehdokumentarberichte seit 1. Januar 1970 erloschen ist?

10. Können, falls die Frage zu 8 bejaht wird, die durch die unmittelbar anwendbare „standstill"-Bestimmung des Artikels 37 Absatz 2 verbotenen neuen Maßnahmen auch in der extensiven Auslegung eines ausschließlichen Rechts bestehen (vorliegend: Ausdehnung des ausschließlichen Rechts auch auf die Kabelfernsehsendungen)?

11. Stellt es eine Verletzung des Artikels 7 des Vertrages dar, einer Aktiengesellschaft eines Mitgliedstaats das ausschließliche Recht vorzubehalten, auf dem gesamten Gebiet des genannten Mitgliedstaats Fernsehwerbesendungen auszustrahlen?

Der Vorlagebeschluß ist am 27. Juli 1973 in das Register der Kanzlei des Gerichtshofes eingetragen worden.

Der Gerichtshof hat auf den Bericht des Berichterstatters nach Anhörung des Generalanwalts beschlossen, von einer vorherigen Beweisaufnahme abzusehen.

Die Kommission, die Regierungen der Bundesrepublik Deutschland und Italiens sowie Herr Sacchi haben schriftliche Erklärungen eingereicht.

II — Nach Artikel 20 der Satzung des Gerichtshofes eingereichte Erklärungen

A — Erklärungen der Kommission der Europäischen Gemeinschaften

Die Kommission stellt zunächst — namentlich unter technischen Gesichtspunkten — die unterschiedlichen Betriebsbedingungen des drahtlosen und des Kabelfernsehens dar und zeigt die kulturellen, wirtschaftlichen und technischen Perspektiven dieses letzteren auf lokaler Ebene auf. Sie untersucht sodann die Regelung des Fernsehens und der Verbreitung von Fernsehsendungen sowie insbesondere deren Verwendung zu Werbezwecken in verschiedenen Mitgliedstaaten. Sie unterstreicht in diesem Zusammenhang den Einfluß namentlich der Verbreitung von Fernsehsendungen auf die gegenseitige Durchdringung der Märkte.

Sie bemerkt ferner, zwar sei das Fernsehen in den meisten, wenn nicht allen Mitgliedstaaten Gegenstand eines staatlichen oder staatlich verliehenen Monopols, doch sei diese Regelung zusehends, und ganz besonders, was das Kabelfernsehen angehe, Einflußnahmen ausgesetzt, die auf die durch die technische Entwicklung geförderte Diversifizierung des Angebots abzielten.

Zum Grundsatz des freien Warenverkehrs (1. und 2. Frage)

Nach Auffassung der Kommission stellen zwar der Grundsatz des freien Warenverkehrs sowie die in den Artikeln 2, 3 Buchstabe f und 5 des Vertrages verankerten Grundsätze ganz sicher Grundlagen der Gemeinschaftsrechtsordnung dar. Als solche seien sie jedoch nicht in

dem Sinne unmittelbar anwendbar, daß sie den einzelnen individuelle Rechte verliehen, welche die einzelstaatlichen Richter zu schützen gehalten wären. Die Funktion dieser Grundsätze, deren zwingender Charakter vom Gerichtshof unterstrichen worden sei (EuGH 21. Februar 1973 — Europemballage Corporation, 6/72 — Slg. 1973, 216), bestehe namentlich darin, die Grenzen der in Sondervorschriften des Vertrages vorgesehenen etwaigen Ausnahmen in der Weise abzustecken, daß die Vertragsziele nicht beeinträchtigt werden könnten.

Wie der Gerichtshof bereits zu Artikel 5 Absatz 2 entschieden habe, stellten diese Vorschriften allgemeine Verpflichtungen der Mitgliedstaaten dar, deren konkreter Inhalt in jedem Einzelfall von den Bestimmungen des Vertrages oder den Regeln abhinge, die seinem Gesamtsystem zu entnehmen seien.

Die erste Frage sei somit zu verneinen. Halte man sich streng an die Formulierung der zweiten Frage, die nur für den Fall gestellt sei, daß die erste Frage bejaht werde, so werde sie gegenstandslos.

Den vorstehenden Erwägungen zufolge hänge jedoch die Frage, inwieweit das der RAI verliehene ausschließliche Recht und die auf diesem ausschließlichen Recht oder seiner Ausübung gründenden Verbote mit dem Vertrag unvereinbar seien und ob diesen Unvereinbarkeiten eine unmittelbare Wirkung zukomme, von einer Untersuchung der spezifischen Bestimmungen des Vertrages ab, die jene allgemeinen Grundsätze konkretisierten, nach Auffassung des einzelstaatlichen Richters vornehmlich der Artikel 7, 37, 86 und 90 des Vertrages, die im folgenden zu prüfen sind.

Zum Mißbrauch einer beherrschenden Stellung durch ein öffentliches Unternehmen (3., 4. und 5. Frage)

Da die beherrschende Stellung der RAI nach Ansicht der Kommission auf der ihr vom Staat gewährten Konzession, das heißt einer hoheitlichen Maßnahme, beruht, müsse in erster Linie Artikel 90 des Vertrages herangezogen werden. Die RAI sei ein öffentliches Unternehmen oder zumindest ein Unternehmen, dem besondere oder ausschließliche Rechte im Sinne dieser Vorschrift gewährt worden seien, so daß der italienische Staat den Wettbewerbsbestimmungen widersprechende Maßnahmen in bezug auf sie weder treffen noch beibehalten könne.

Die Verleihung des Ausschließlichkeitsrechtes stelle jedoch an sich keinen Verstoß gegen den Artikel 90 dar. Da weder die beherrschende Stellung als solche noch — im Falle eines Privatunternehmens — das Ausschließlichkeitsrecht nach Artikel 86 untersagt seien, könne Artikel 90 keine Verpflichtungen begründen, die über jene des Artikels 86 hinausgingen.

Die Kommission prüft sodann, ob die Ausweitung des für das drahtlose Fernsehen verliehenen Ausschließlichkeitsrechtes auf das Kabelfernsehen als mit dem Verbot, den Wettbewerbsbestimmungen widersprechende Maßnahmen zu treffen, unvereinbar angesehen werden könne, und räumt ein, Artikel 90 gestatte einem Mitgliedstaat, einem Unternehmen ein ausschließliches Recht zu verleihen, das diesem nicht zwangsläufig zu einer beherrschenden Stellung verhelfe. Es sei jedoch zweifelhaft, ob diese Befugnis stets und notwendigerweise auch für den Erlaß einer Maßnahme gelte, welche die beherrschende Stellung eines öffentlichen oder gleichgestellten Unternehmens so stärke, daß jeder mögliche Wettbewerb beseitigt werde.

Die voraufgegangene Untersuchung führe zu dem Ergebnis, daß ein Mitgliedstaat, der einem Unternehmen das ausschließliche Recht verleihe, auf dem ganzen Staatsgebiet auch zu Werbezwecken jede Art von Fernsehsendungen, einschließlich jener per Kabel, auszustrahlen, dadurch allein die Wettbewerbsvorschriften nicht verletze.

Wenn eine derartige beherrschende Stellung in ihrer Struktur nach den Wettbewerbsvorschriften der Gemeinschaft nicht ohne weiteres untersagt sei, so setz-

ten diese Vorschriften mit dem Verbot der mißbräuchlichen Ausnutzung dem Marktverhalten des beherrschenden Unternehmens dennoch erhebliche Schranken.

So könne ein Verhalten des Monopolinhabers, das geeignet wäre, die Entstehung neuer Wettbewerbsformen zu unterbinden, oder das die Festsetzung zu hoher Preise beinhalten würde, ferner die Weigerung, bestimmte Werbesendungen auszustrahlen, oder die diesen gewährte Vorzugsbehandlung, sei es zur Wahrung der wirtschaftlichen Belange des Monopolinhabers oder aus politischen Gründen, schließlich die Diskriminierung in den Fernsehausstrahlungen von Erzeugnissen wie Filmen oder Dokumentarberichten einen in bestimmten Fällen nach Artikel 86 sogar ausdrücklich verbotenen Mißbrauch darstellen.

Da schließlich die Artikel 86 und 90 Absatz 1 nach Auffassung der Kommission unmittelbar anwendbare Vorschriften bilden, seien den einzelnen subjektive Rechte verliehen, die der einzelstaatliche Richter zu wahren habe.

Zu den Handelsmonopolen (6. bis 10. Frage)

Diese Fragen betreffen die Auslegung des Artikels 37 des Vertrages, der die schrittweise Umformung der staatlichen Handelsmonopole derart, daß jede Diskriminierung zwischen den Angehörigen der Mitgliedstaaten ausgeschlossen ist, und die Pflicht der Mitgliedstaaten regelt, jede neue Maßnahme diskriminierender Art zu unterlassen.

Artikel 37 findet nach Ansicht der Kommission nur Anwendung, wenn drei Voraussetzungen erfüllt sind: Es müsse sich um ein staatliches oder staatlich verliehenes Monopol handeln; das Monopol müsse ein Handelsmonopol sein; es müsse den Handel zwischen den Mitgliedstaaten merklich beeinflussen. Im Falle der RAI sei aber die zweite Voraussetzung nicht erfüllt. Denn der Begriff Handelsmonopol schließe die Dienstleistungsmonopole aus, wie schon aus der Stellung des Artikels 37 innerhalb des Titels „Der freie Warenverkehr", der Verwendung der Worte „Ware" und „Versorgungs- und Absatzbedingungen" innerhalb seines Wortlauts und der in seinem Absatz 2 enthaltenen Bezugnahme auf die nach einmütiger Auffassung nicht auf Dienstleistungen anwendbaren Vorschriften über die Abschaffung der Zölle und mengenmäßigen Beschränkungen folge.

Die Kommission beruft sich auch auf das Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache 6/64 (EuGH 15. Juli 1964 — Costa-ENEL — Slg. 1964, 1276), dem zufolge die fraglichen Monopole „Umsätze in Handelswaren zum Gegenstand haben" müßten.

Selbst wenn die Dienstleistungsmonopole nicht abstrakt und generell aus dem Anwendungsbereich des Artikels 37 auszuklammern seien, müsse noch konkret dargetan werden, daß die fragliche Dienstleistung eine Handelsware sei, daß im Hinblick auf sie „ein Wettbewerb und zwischenstaatlicher Warenaustausch möglich" und „für diesen Warenaustausch tatsächlich von Bedeutung" sei (Urteil Costa-ENEL). Es sei notwendig, die dem fraglichen Monopol innewohnenden Diskriminierungsmöglichkeiten genau abzuwägen.

Falls Artikel 37 dahin zu verstehen sei, daß er auch die Dienstleistungen erfasse, kann es nach Auffassung der Kommission keine Zweifel an dem kaufmännischen Charakter des Werbefernsehens geben.

Die tatsächlichen Wettbewerbsmöglichkeiten wären dann unter Berücksichtigung der neuen Perspektiven zu betrachten, die im Bereich des Fernsehens die Sendung über Koaxialkabel anbiete. Sowohl die technischen Gründe, die das Monopol für die drahtlose Ausstrahlung (beschränkte Anzahl der benutzbaren Frequenzen) rechtfertige, als auch die Hindernisse für den Austausch von Fernsehprogrammen über die Grenzen hinweg entfielen praktisch mit der Technik der Kabelsendung. Schließlich meint die Kommission auch, daß das strittige Mo-

nopol im Warenaustausch zwischen den Mitgliedstaaten als Werbeträger eine beachtliche Rolle spielen könne.

Im Hinblick auf die Diskriminierung müsse geklärt werden, ob die Verbindung dieses Monopols für die Herstellung der nationalen Programme mit einem Monopol für die Verbreitung der nationalen wie der ausländischen Programme nicht schon als solches eine Vorzugsregelung zugunsten der inländischen Produktion darstelle und demnach diskriminierend sei. Insoweit verweist die Kommission auf die in der Rechtssache 82/71 (SAIL — Slg. 1972, 131) vorgetragenen Argumente.

Mit Rücksicht auf ihre Stellungnahme gegen die Gleichstellung der Dienstleistungs- mit den Handelsmonopolen im Sinne des Artikels 37 glaubt die Kommission, die siebte Frage, welche die Auswirkung des Ablaufs der Übergangszeit auf den Fortbestand der Ausschließlichkeitsrechte des Monopols betrifft, nicht beantworten zu müssen.

Sie weist jedoch darauf hin, daß sie bereits in ihren Erklärungen in der Rechtssache 82/71 (SAIL) die Ansicht geäußert habe, die nach Artikel 37 Absatz 1 vorgesehene Umformung müsse in der Weise geschehen, daß das Monopol weder tatsächlich noch potentiell weitere Diskriminierungen im Handel zwischen den Mitgliedstaaten zum Nachteil der ein- oder ausgeführten Erzeugnisse hervorrufen könne. Die Monopole könnten nur Bestand haben, wenn sie das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes nicht behinderten, das heißt also, daß die Ausschließlichkeitsrechte neutralisiert werden müßten. Eine solche Neutralisierung führe nicht notwendig zum Verfall der Ausschließlichkeitsrechte, vielmehr hänge die Lösung von einer Überprüfung im Einzelfall ab.

Die Rechtssache 82/71 (SAIL) habe der Kommission auch bereits Gelegenheit gegeben, darauf hinzuweisen, daß Absatz 1 des Artikels 37 ihres Erachtens nach Ablauf der Übergangszeit grundsätzlich unmittelbar anwendbar geworden sei. Der Gerichtshof habe bereits entschieden, daß dem zweiten Absatz des Artikels 37, der sich vom ersten nicht durch die in ihm enthaltene Verpflichtung, sondern allein durch den Zeitpunkt unterscheide, zu dem die Verpflichtung voll zum Tragen gekommen sei, unmittelbare Wirkung zukomme.

Zwar sehe Absatz 1 des Artikels 37 eine „schrittweise Umformung" der staatlichen Monopole vor, was einen gewissen Beurteilungsspielraum voraussetze, doch sei die endgültige Verpflichtung, das heißt der Ausschluß jeder Diskriminierung, klar und eindeutig, an keine Bedingung geknüpft und hänge nicht von einem Tätigwerden der Mitgliedstaaten oder der Gemeinschaftsorgane ab. Hierzu beruft sich die Kommission auf das Urteil des Gerichtshofes vom 16. Juni 1966 in der Rechtssache 57/65 (Lütticke — Slg. 1966, 257) zu Artikel 95 des Vertrages.

Falls Artikel 37 entgegen der Meinung der Kommission als auf den vorliegenden Fall anwendbar angesehen werden sollte, könne das einer Aktiengesellschaft übertragene ausschließliche Recht, Fernsehsendungen auszustrahlen, nur dann als aufgehoben gelten und die extensive Auslegung dieses Rechts nur dann als ein Verstoß gegen die „standstill"-Regel des Artikels 37 Absatz 2 angesehen werden, wenn das betreffende ausschließliche Recht oder seine Erweiterung offenbar wirklich zu Diskriminierungen oder Möglichkeiten der Diskriminierung in den Versorgungs- und Absatzbedingungen zwischen den Angehörigen der Mitgliedstaaten führten.

Zur elften Frage

Nach Ansicht der Kommission stellt Artikel 7 eine bloß subsidiäre Vorschrift dar, wenn man es mit einem Bereich zu tun hat, für den der Vertrag Sonderbestimmungen vorsieht.

B — Erklärungen der deutschen Regierung

Die deutsche Regierung legt dar, daß die Veranstaltung von Rundfunksendungen

in Deutschland als eine öffentliche Aufgabe angesehen werde. Die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk, welche die Verfassung garantiere, schließe auch die institutionelle Freiheit von Rundfunk und Fernsehen mit ein und wirke sowohl gegenüber dem Staat als auch gegenüber gesellschaftlichen Gruppen oder Einflußnahmen privater Interessen. Darum sei den Rundfunkgesellschaften, die nur einer beschränkten staatlichen Rechtsaufsicht unterlägen und dennoch Organisationen des öffentlichen Rechts seien, ein Monopol verliehen worden.

Zum Grundsatz des freien Warenverkehrs (1. und 2. Frage)

Nach Ansicht der deutschen Regierung ist die erste Frage zu verneinen.

Die Grundsätze des freien Warenverkehrs und der Wettbewerbsfreiheit stellten zwar tragende Prinzipien des Gemeinschaftsrechts dar, begründeten aber als solche keine subjektiven Rechte zugunsten einzelner. Solche Rechte könnten allenfalls aufgrund der konkreten Normen des Vertrages (wie etwa die Art. 9 ff., 30 ff., 85 und 86) oder des sekundären Gemeinschaftsrechts, die diese Grundsätze näher ausgestalteten und institutionell absicherten, erwachsen.

Die Artikel 2 und 3, welche die Zielsetzungen des Vertrages beziehungsweise die Mittel zu ihrer Verwirklichung beschrieben, könnten, selbst in Verbindung mit Artikel 5, keine unmittelbare Wirkung begründen. Denn diesem Artikel 5 fehle hinsichtlich der in ihm enthaltenen Verpflichtung die für die unmittelbare Anwendbarkeit erforderliche Bestimmtheit.

Die deutsche Regierung prüft sodann trotz der auf die erste Frage vorgeschlagenen verneinenden Antwort das Problem der Vereinbarkeit der bestehenden Rundfunk- und Fernsehmonopole einschließlich des Werberundfunks und -fernsehens mit den Grundsätzen des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs. Sie gelangt zu der Auffassung, daß die Vertragsbestimmungen zur Durchführung dieser Grundsätze (Art. 30 ff. und 59 ff.) das Ziel verfolgten sicherzustellen, daß die einheimischen und eingeführten Erzeugnisse auf dem inländischen Markt unter gleichen Bedingungen angeboten werden könnten. Die Beibehaltung von Monopolen sei also nach jenen Vorschriften nicht untersagt. Für die Handelsmonopole ergebe sich dies im übrigen schon deutlich aus dem Wortlaut des Artikels 37. Die Berechtigung der Mitgliedstaaten zur Aufrechterhaltung und Erweiterung des Rundfunk- und Fernsehmonopols bedeute indes nicht, daß sämtliche Verhaltensweisen des Monopols gemeinschaftsrechtlich legitimiert seien, wie dem Diskriminierungsverbot jenes Artikels 37 eindeutig zu entnehmen sei.

Zum Mißbrauch einer beherrschenden Stellung durch ein öffentliches Unternehmen (3., 4. und 5. Frage)

Nach Meinung der deutschen Regierung unterliegen die öffentlichen Unternehmen im Sinne des Artikels 90 Absatz 1 den Verbotsnormen der Artikel 85 und 86 EWG-Vertrag. Das Verbot, eine Monopolstellung aufzubauen, das das Urteil in der Rechtssache Continental Can (EuGH 21. Februar 1973 — 6/72 — Slg. 1973, 215) dem Grundsatz nach bestätigt habe, könne nicht uneingeschränkt für den öffentlichen Sektor gelten. Aus Artikel 90 Absatz 1 ergebe sich nämlich die Befugnis der Mitgliedstaaten, öffentlichen oder privaten Unternehmen ausschließliche Rechte zu gewähren, die sich sogar bis zu einem Monopol verdichten könnten. Für die Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut seien oder den Charakter eines Finanzmonopols aufwiesen, gelte ein etwaiges Monopolverbot ohnedies nach Absatz 2 der genannten Bestimmung nur insoweit, als es die Erfüllung der ihnen übertragenen Aufgabe nicht verhindere.

Außerdem sind die Rundfunk- und Fernsehanstalten nach Auffassung der deutschen Regierung keine „Unternehmen"

im Sinne des Vertrages, weil sie eine Aufgabe der öffentlichen Verwaltung ausübten und ihnen nach der Verfassung zur Erfüllung dieser Aufgabe die institutionelle Freiheit gewährt werden müsse. Diese Anstalten seien also Unternehmen im Sinne der Wettbewerbsregeln allenfalls in bezug auf bestimmte Verhaltensweisen. In diesem Falle müsse jedoch Artikel 90 Absatz 2 gelten, und zwar auch für die Werbesendungen, die zu den „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse" gehörten. Werberundfunk und -fernsehen seien nämlich nur im Rahmen von allgemeineren Programmen möglich, doch müßten sie andererseits wegen ihres Einflusses auf die öffentliche Meinungsbildung den für die allgemeine Rundfunkaufgabe geltenden Leitlinien und Grundsätzen entsprechen. Die Freistellung von den Wettbewerbsnormen rechtfertige sich allerdings nur insoweit, wie deren Anwendung der Erfüllung dieser im allgemeinen Interesse liegenden Aufgabe entgegenstehe. Auch hier sei eine Einzelfallprüfung angezeigt.

Die deutsche Regierung glaubt, auf eine Beantwortung der fünften Frage verzichten zu können, die nur für den Fall der Bejahung der vierten Frage gestellt sei. Auf jeden Fall lasse sich der Rechtsprechung des Gerichtshofes entnehmen, daß die Marktbürger nur aus solchen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten individuelle Rechte herleiten könnten, die hinreichend konkret und ohne Einschränkung auf ein Unterlassen gerichtet seien.

Zu den Handelsmonopolen (6. bis 10. Frage)

Nach Ansicht der deutschen Regierung ist die sechste Frage zu verneinen.

Die öffentliche Anstalt des Fernsehens, auch sogar des Werbefernsehens, sei kein Handelsmonopol, sondern Teil eines Dienstleistungsmonopols. Im übrigen sei der Austausch von Filmen zwischen den Mitgliedstaaten nicht Waren-, sondern Dienstleistungsverkehr, wie sich daraus ergebe, daß die Richtlinie Nr. 63/607/EWG des Rates vom 15. Oktober 1963 zur Durchführung der Bestimmungen des allgemeinen Programms zur Aufhebung der Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs auf dem Gebiet des Filmwesens (ABl. Nr. 159 vom 2. November 1963, S. 2661) auf Artikel 63 Absatz 2 gestützt worden sei.

Darum sei die Beantwortung der siebten, achten, neunten und zehnten Frage entbehrlich.

Zum Diskriminierungsverbot (11. Frage)

Die deutsche Regierung ist der Auffassung, das Diskriminierungsverbot des Artikels 7 des Vertrages werde nicht verletzt, wenn ein Mitgliedstaat einer in seinem Hoheitsgebiet ansässigen Gesellschaft das Werbefernsehmonopol überlasse.

C — Erklärungen der italienischen Regierung

Nach Ansicht der italienischen Regierung sind die vom Tribunale Biella gestellten Fragen unzulässig und nicht stichhaltig. Sinn des Artikels 177 sei es nämlich nicht, rein hypothetische Fragen vor den Gerichtshof zu bringen, sondern Fragen, von deren Lösung die Anwendung des innerstaatlichen Rechts abhänge. Es bestehe kein Anlaß, um Vorabentscheidung zu ersuchen, wenn das innerstaatliche Recht ohne Zuhilfenahme des Gemeinschaftsrechts angewandt werden könne oder wenn der einzelstaatliche Richter das anwendbare innerstaatliche Recht erst noch bestimmen müsse. Vorliegend falle die Vorfrage, ob auch für das Halten von Apparaten zum Empfang des Kabelfernsehens eine Gebühr geschuldet werde, voll in den Bereich des innerstaatlichen Rechts. In der Sache bemerkt die italienische Regierung, Rundfunk und Fernsehen seien eher ein natürliches als ein rechtlich-wirtschaftliches Monopol insoweit, als schon von der Natur des Gegenstandes her nur ein mono- oder oligopolistischer Betrieb möglich sei. Das Gesetz, welches dem Staat den Betrieb eines solchen Gegenstandes übertrage, schaffe also das Monopol nicht, sondern behalte es lediglich

dem Staat vor, um zu verhindern, daß private Monopolisten es sich aneigneten.

Zum Grundsatz des freien Warenverkehrs (1. und 2. Frage)

Die italienische Regierung ist der Meinung, die erste Frage sei zu verneinen. Nach den Artikeln 2 und 3 Buchstabe f des Vertrages seien die Mitgliedstaaten verpflichtet, eine den Interessen der Gemeinschaftsrechtsordnung entsprechende rechtsetzende Tätigkeit zu entfalten, ohne jedoch an konkrete Verpflichtungen gebunden zu sein, denen subjektive Rechte der einzelnen entsprächen.

Da die zweite Frage von einer bejahenden Antwort auf die erste abhänge, müsse sie ebenfalls verneint werden.

Zum Mißbrauch einer beherrschenden Stellung durch ein öffentliches Unternehmen (3. bis 5. Frage)

Die italienische Regierung glaubt nicht, daß die Fernsehanstalten in den Anwendungsbereich des Artikels 86 fielen: Sie verfolgten keine wirtschaftliche Tätigkeit, sondern führten einen öffentlichen Betrieb kultureller, unterhaltender und informativer Zielsetzung. Die Werbetätigkeit des Fernsehens diene lediglich finanziellen Zwecken, sei nebensächlich und habe die Aufgabe, die Lasten des Betriebes tragen zu helfen und dadurch eine Gebührenerhöhung zu verhindern. Außerdem ahnde Artikel 86 nur diejenigen Praktiken, die den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen könnten.

Was andererseits Artikel 90 angeht, weist die italienische Regierung darauf hin, daß Absatz 2 dieser Bestimmung zufolge die Wettbewerbsregeln auf die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen nur zur Anwendung kämen, soweit die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich nicht verhindert werde.

Zu den Handelsmonopolen (6. bis 10. Frage)

Die italienische Regierung ist der Ansicht, die Mitgliedstaaten hätten bei der Abfassung der Regelung für die staatlichen Monopole mit Handelscharakter die Fernsehanstalten nicht in diesen Begriff einschließen wollen, da diese allgemein als gemeinnützige Anstalten angesehen würden, die nur aus finanziellen Zwecken und nebenher Werbetätigkeiten zur Verfügung stünden.

Zum Diskriminierungsverbot (11. Frage)

Sinn und Zweck des Artikels 7 des Vertrages sei es, die Diskriminierungen zu verhindern, die auf die Rechtsunterworfenen der Mitgliedstaaten beim Betreiben wirtschaftlicher und kaufmännischer Tätigkeiten ausgeübt werden könnten, und zu verhindern, daß die Staatsangehörigkeit als Grundlage für begünstigende oder nachteilige Praktiken dienen könne. Die ausschließliche Übertragung der Aufgaben des Fernsehens auf eine einzige Einrichtung bedeute aber, daß die Ausübung einer solchen Tätigkeit allen anderen Personen, ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit, verwehrt sei.

D — Erklärungen des Herrn Sacchi

Herr Sacchi bemerkt zunächst, die Tätigkeiten von Telebiella, das er betreibe, unterfielen nicht dem Monopol der RAI, sondern, da sie ein Informationsnetz bildeten, den Pressegesetzen.

Herr Sacchi wendet sich sodann der Prüfung der gestellten Fragen zu und erklärt, seine Darstellung in zwei Teile untergliedern zu wollen: Der erste sei dem Grundsatz des freien Warenverkehrs gewidmet, wobei dieser in einem weiten Sinne verstanden werde und auch die Auslegung des Begriffes „staatliches Handelsmonopol" im Sinne des Artikels 37 des Vertrages umfasse (Fragen zu 1, 2, 6 bis 10 und auch 11). Der zweite gelte dem Problem des Mißbrauchs einer beherrschenden Stellung durch ein öffentliches Unternehmen oder ein Unternehmen, dem nach innerstaatlichem Recht Ausschließlichkeitsrechte zustünden, was die Frage nach der Auslegung der Artikel 86 bis 90 des Vertrages aufwerfe (Fragen zu 3, 4 und 6).

Zum Grundsatz des freien Warenverkehrs und zu den Handelsmonopolen (1., 2., 6. bis 11. Frage)

Die Werbesendung müsse als Immaterialgut per se gelten oder zumindest in einem Zubehör-Verhältnis zu den Erzeugnissen gesehen werden, die sie betreffe; sie falle in dieser zweifachen Hinsicht sowohl unter die Zollunion als auch unter den Grundsatz des freien Warenverkehrs. Der Rechtsprechung des Gerichtshofes sei zu entnehmen, daß diese Bestimmungen auf Immaterialgüter — so etwa die Elektrizität — anwendbar seien (EuGH 15. Juli 1964 — Costa/ENEL, 6/64 — Slg. 1964, 1267) und daß als Ware alle die Erzeugnisse anzusehen seien, die einen Geldwert haben und deshalb Gegenstand von Handelsgeschäften sein können (EuGH 10. Dezember 1968 — Kommission/Italien, 7/68, — Slg. 1968, 641).

Diese Gleichstellung der Werbesendung mit einer Ware sei unerläßlich, um die Vereinheitlichung des Marktes, die tatsächliche Chancengleichheit hinsichtlich der Marktdurchdringung und eine Verteilung herbeizuführen, die nicht allein den großen multinationalen Unternehmen Möglichkeiten eröffne.

Wenn der einzelstaatliche Richter in seiner ersten Frage auf den Grundsatz des freien Warenverkehrs, nicht aber auf dessen besondere Ausprägungen in Gestalt der über den ganzen Vertrag verstreuten Bestimmungen Bezug genommen habe, so deshalb, weil diese Ausprägungen allein aus sich heraus nicht den vollen möglichen Inhalt des Grundsatzes erkennen ließen. Denn der Grundsatz des freien Warenverkehrs sei als eine der das Funktionieren des Marktes garantierenden Grundfreiheiten zu verstehen und anzuwenden.

Daraus folge, daß er sich nicht in der Sicherung des einfachen Warenabsatzes innerhalb des Gemeinsamen Marktes erschöpfen könne, sondern diesen Absatz auch im Hinblick auf den Verbrauch sichern müsse, so daß jede Maßnahme untersagt sei, die über die vom Vertrag genau geregelten Fälle hinaus die Verwendung bestimmter Waren beschränken würde. Der Grundsatz des freien Warenverkehrs müsse infolgedessen umfassend für alles zum Zuge kommen, was nicht ausdrücklich abweichend geregelt sei. An der unmittelbaren Wirkung der damit anerkannten Grundregel könne keinerlei Zweifel bestehen, da der allgemeine Grundsatz so deutlich, klar und unzweideutig wie seine im Vertrag erhaltenen besonderen Ausprägungen abgefaßt sei.

Von dieser Warte aus erheische nicht nur die erste Frage über die unmittelbaren Wirkungen des Grundsatzes des freien Warenverkehrs eine bejahende Antwort. Gleiches gelte vielmehr auch für die beiden ersten Unterfälle (a und b) der zweiten Frage. Die Werbesendung stehe qua Immaterialgut unter der Garantie des freien Verkehrs. Diesen Schutz erlange sie auch in ihrer Eigenschaft als Hilfsmittel und Zubehör des Warenverkehrs. Dieser freie Verkehr schließe auch die freie Aufmachung der Waren ein und die freie Ausübung von Tätigkeiten wie der Verteilung der Vermarktung, von denen der Verkehr der Waren abhänge.

Mit dem letzten Abschnitt der zweiten Frage (Unterfall c) werde danach gefragt, ob das Verbot, Fernsehfilme, Fernsehdokumentarfilme und andere zur Ausstrahlung über Fernsehen geeignete Werke auszuführen, zu verleihen oder in Umlauf zu bringen, es sei denn, sie wären für die alleinberechtigte Gesellschaft bestimmt, den Grundsatz des freien Warenverkehrs verletze. Auch diese Frage müsse bejaht werden, da die als Träger der Fernsehsendungen dienenden Güter ohne jeden Zweifel in die Kategorie der „Waren" fielen. Es sei ferner wichtig, daß nach der Anerkennung des freien Verkehrs der Fernsehsendung der freie Verkehr auch des Trägers anerkannt werde.

Nach Ansicht von Herrn Sacchi muß in die Prüfung der gestellten Fragen auch die Frage einbezogen werden, ob die für den freien Verkehr der Fernsehsendung errichteten Schranken nicht unter das in den Artikeln 30 ff. des Vertrages ausgesprochene Verbot der Maßnahmen mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Be-

schränkungen fielen. Eine Richtlinie der Kommission (Nr. 70/50/EWG vom 22. Dezember 1969, ABl. L 13 vom 19. Januar 1970) habe darauf hingewiesen, daß dieser Begriff diejenigen Maßnahmen erfasse, die unterschiedslos alle in- und ausländischen Erzeugnisse belasteten, ohne daß sie „erforderlich" seien, „um eine Zielsetzung zu erreichen, die im Rahmen der den Mitgliedstaaten durch den Vertrag belassenen Befugnis bleibt, Handelsregelungen zu erlassen". Nun beeinträchtigten aber die sich aus dem Monopol der RAI ergebenden Beschränkungen für die Benutzung der Werbemittel oder -träger die ausländischen Produzenten in stärkerem Maße. Der Grund dafür liege einmal in der bedeutenden Rolle, die das Kabelfernsehen insbesondere im Hinblick auf eine selektive Werbung spiele, zum anderen in den begrenzten Möglichkeiten einer Werbung über die öffentlichen Sendenetze. Die Zielsetzung der Beschränkungen halte sich somit nicht im Rahmen der einer Handelsregelung eigenen Wirkungen, da eine regelrechte Informationskontrolle vorliege. Die Maßnahmen der Regierung seien folglich mit dem Gemeinschaftsrecht nicht zu vereinbaren gewesen und hätten daher spätestens von der Errichtung der Zollunion an aufgehoben werden müssen, soweit die Beseitigung der mengenmäßigen Beschränkungen eine unmittelbar anwendbare Regel sei.

Was die das Monopol und das Diskriminierungsverbot betreffenden Fragen anbelange, seien die sechste und siebte Frage zu Recht dem Problem gewidmet, wie der Anwendungsbereich des Artikels 37 des Vertrages abzustecken sei, insbesondere aber dem, ob er das Fernsehmonopol miterfasse.

Zwar beziehe sich Artikel 37 auf den ersten Blick nicht auf die Tätigkeiten des tertiären Bereichs, doch sei zu berücksichtigen, daß der Begriff „Dienstleistungen" in Titel III Kapitel 3 des zweiten Teiles des Vertrages, wie an den Artikeln 60 und 61 abzulesen sei, eine Auffangfunktion habe, also viel enger sei als der Begriff „Dienstleistungen" nach innerstaatlichem Recht.

Ferner folge aus Artikel 59, daß der Anwendungsbereich der Gemeinschaftsregelung für die Dienstleistungen die Beseitigung der Hindernisse für solche Dienstleistungen betreffe, die von einem Mitgliedstaat aus zugunsten eines in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Leistungsempfängers erbracht würden. Er erstrecke sich also nicht auf die Ausstrahlung von Werbesendungen per Kabel durch eine öffentliche Anstalt eines Mitgliedstaats, da diese Verbreitung zwangsläufig lokal begrenzt sei. Wenn man außerdem in Rechnung stelle, was zum Charakter der Fernsehsendung als einem Immaterialgut oder einem Zubehör gesagt worden sei, so dränge sich der Schluß auf, daß Artikel 37 auf das Werbefernsehmonopol anwendbar sei.

Im übrigen seien alle Voraussetzungen für eine Anwendung des Artikels 37 erfüllt. Mit der Kontrolle über die Errichtung von Fernsehanlagen und mit der Verleihung der ausschließlichen Rechte zur Nutzung der Fernsehwellen liege ein zumindest mittelbarer Eingriff des Gesetzes in die Ausstrahlung der Fernsehsendung vor. Der Monopolträger befasse sich mit Geschäften über ein Handelserzeugnis oder ein zur wirtschaftlichen Tätigkeit gehörendes Gut, die Gegenstand des Wettbewerbs und des Handels zwischen den Mitgliedstaaten sein könnten. Schließlich komme den Werbegeschäften ein Gewicht zu, das sich auf den innergemeinschaftlichen Handel merklich auswirke; ausländische Lieferanten würden dadurch diskriminiert, daß hinsichtlich der Werbebedürftigkeit (wegen der Zugangsmöglichkeiten zum nationalen Markt, der Verbraucherpräferenzen, der sprachlichen Hindernisse) von Grund auf unterschiedlich gelagerte Sachverhalte, vergleicht man sie mit den italienischen Verhältnissen, gleichbehandelt würden. Diese Erwägungen ergäben bereits die Antwort auf die elfte Frage des einzelstaatlichen Richters. Da es dem Artikel 37 unterfalle, sei das Fernsehmono-

pol auf dem Werbesektor nach Absatz 2 dieses Artikels hinfällig geworden.

Für die unmittelbare Anwendbarkeit von Artikel 37 Absatz 2 beruft sich Herr Sacchi auf das Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache 6/64 (EuGH 15. Juli 1964 — Costa/ENEL — Slg. 1964, 1259).

In Beantwortung der zehnten Frage legt Herr Sacchi dar, worin seiner Auffassung nach der Verstoß gegen die in Artikel 37 Absatz 2 aufgestellte standstill-Verpflichtung bestehe.

Der durch Königliches Dekret Nr. 645 vom 27. Februar 1936 genehmigte „Codice Postale e delle Telecommunicazioni" (Gesetzbuch über das Post- und Fernmeldewesen) habe sich allein auf das auf Hertzschen Wellen beruhende Fernsehen bezogen. Das Dekret Nr. 156 des Staatspräsidenten vom 29. März 1973 (Gazzetta Ufficiale Nr. 113 vom 3. Mai 1973) habe nach dem Ablauf der Übergangszeit dieses Monopol auf das Kabelfernsehen erstreckt, indem es bestimmt habe, daß „die Anlagen zur Sendung von Ton- und Bildprogrammen per Kabel ... ebenfalls als radioelektrische Anlagen anzusehen sind". Das Dekret vom Jahre 1973 habe außerdem für die nicht genehmigte Errichtung und den Betrieb des Kabelfernsehens die Verhängung einer Strafe vorgesehen, die es vorher nicht gegeben habe. Ein weiterer Verstoß gegen die „standstill"-Verpflichtung folge schließlich aus dem Dekret des Präsidenten der Republik vom 15. Dezember 1972, das das am 31. Dezember 1972 abgelaufene ausschließliche Recht der RAI bis zum 31. Dezember 1973 verlängert habe.

Hierzu sei festzustellen, daß die zweite Frage des einzelstaatlichen Richters keinen Bezug zu den strittigen Problemen aufweise. Denn das Dekret vom Jahre 1973 sei kein Gesetz zur Auslegung des früheren Dekrets vom Jahre 1936, sondern stelle neue Normen auf.

Nach Ansicht von Herrn Sacchi werfen die Fragen zu 7, 8 und 9 nicht allein das Problem des Verstoßes gegen die standstill-Verpflichtung des Artikels 37 Absatz 2 auf, sondern viel radikaler das der Rechtmäßigkeit des Monopols, wie es zur Zeit bestehe, nach Artikel 37 Absatz 1. Der Zweck des Artikels 37 bestehe darin, während der Übergangszeit die monopolartigen Strukturen umzuformen und dadurch auszuschließen, daß nach dem Ablauf dieser Zeit Diskriminierungen gegenüber den Wettbewerbern beibehalten oder neu geschaffen werden können. In den Fällen, in denen die Beibehaltung von Ausschließlichkeitsrechten offenbar zwangsläufig den Rückgriff auf diskriminierende Maßnahmen voraussetze, sei der von Artikel 37 gewollte Ausgleich undurchführbar, und das Monopol selbst werde als solches in Frage gestellt, da sich seine „Umformung" als unmöglich erweise. Nach Auffassung von Herrn Sacchi läßt sich aber die Gefahr einer Diskriminierung nicht beseitigen, ohne daß die ausschließlichen Rechte des Monopols, insbesondere im Hinblick auf die Werbung und den Handel mit Fernsehfilmen, aufgehoben werden. Ein Gegenargument könne nicht daraus hergeleitet werden, daß Artikel 37 nicht die Beseitigung der Monopole, sondern ihre Umformung vorsehe, da das Monopol auf jeden Fall gegenüber den Drittländern fortbestehe. Letztlich würde man also bei einem Monopol anlangen, das mit Ausschließlichkeitsrechten für Erzeugnisse mit Herkunft aus dritten Ländern ausgestattet wäre, während das Monopol für die Waren mit Herkunft aus den Mitgliedstaaten als solches keine Wirkungen mehr entfalten könnte. Jede Firma, die Filme, Dokumentarberichte und Werbesendungen herstelle, müsse Zugang zum Binnenmarkt eines jeden Mitgliedstaates haben, ohne dafür zwingend auf die Monopolgesellschaft (wie in Frankreich oder in Italien) oder auf das Oligopol (wie in der Bundesrepublik Deutschland) angewiesen zu sein. Dieser Gesichtspunkt finde eine Bestätigung in dem Entwurf für eine Verordnung über die staatlichen Handelsmonopole für Tabakwaren (ABl. C 25 vom 28. Februar 1970, S. 70), deren Artikel 1 zufolge trotz der Handelsmonopole in bestimmten Mitgliedstaaten

„Tabakwaren aus den übrigen Mitgliedstaaten frei und unmittelbar eingeführt werden [können]. Die Lieferanten dieser Tabakwaren haben die Möglichkeit, in jedem Mitgliedstaat ihre eigene Vertriebsorganisation auf der Großhandelsstufe aufzubauen und Vorräte zu halten".

Die eigentliche Diskriminierungsgefahr rühre vorliegend daher, daß die Aktien der RAI-TV fast vollständig auf den Namen des Istituto per la Ricostruzione Industriale (IRI) lauteten. Sobald ein Interessenkonflikt zwischen einem Unternehmen der IRI-Gruppe und einem konkurrierenden Unternehmen der Gemeinschaft aufzubrechen drohe, könnten die RAI-TV und die SIPRA (eine Konzessionsnehmerin der ersten für den Werbesektor) keine neutrale Haltung wahren. Insoweit verweist Herr Sacchi auf das Urteil des Gerichtshofes und die Schlußanträge des Generalanwalts Roemer in der Rechtssache 82/71 (EuGH 21. März 1972 — SAIL — Slg. 1972, 119).

Zum Mißbrauch einer beherrschenden Stellung durch ein öffentliches Unternehmen (3., 4. und 5. Frage)

Nach dem Dafürhalten von Herrn Sacchi ist es zweifelhaft, ob man die RAI als öffentliches Unternehmen im Sinne von Artikel 90 einstufen kann. Doch wenn man dies tue, so handle es sich auf jeden Fall weder um ein mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrautes Unternehmen noch um ein Finanzmonopol im Sinne des Artikels 90 Absatz 2, so daß die nach diesem Absatz 2 möglichen Beschränkungen für die Anwendbarkeit der Wettbewerbsvorschriften im Falle eines Fernsehunternehmens nicht zum Zuge kämen. Als öffentliches Unternehmen unterfalle somit die RAI voll dem Artikel 90 Absatz 1.

Nun beträfen aber die nach dieser Vorschrift untersagten Maßnahmen eher die Mitgliedstaaten als die Unternehmen selbst. Im Falle eines öffentlichen Unternehmens sei es mit anderen Worten nicht erforderlich, wie dies aufgrund von Artikel 86 für ein Privatunternehmen geschehe, festzustellen, daß ein Mißbrauch einer beherrschenden Stellung vorliege. Ein Verstoß gegen Artikel 90 liege vor, sobald die gesetzgeberischen Maßnahmen des Mitgliedstaats dem öffentlichen Unternehmen die Erreichung eines Zieles ermöglichen wollten, das zu erreichen den Privatunternehmen untersagt sei.

Auf alle Fälle stelle das Monopol für die Fernsehausstrahlung einen Mißbrauch einer beherrschenden Stellung im Sinne von Artikel 86 dar.

Dem Urteil des Gerichtshofes vom 22. Februar 1973 in der Rechtssache Continental Can (Europemballage Corporation/Kommission, 6/72 — Slg. 1973, 215) zufolge beziehe sich Artikel 86 nicht nur auf Verhaltensweisen, durch die den Verbrauchern ein unmittelbarer Schaden erwachsen könne, sondern auch auf solche, die ihnen durch einen Eingriff in die Struktur des tatsächlichen Wettbewerbs Schaden zufügten. Außerdem bedürfe es zur Anwendung dieser Vorschrift nicht der völligen Beseitigung des Wettbewerbs. Vielmehr stelle bereits eine Verstärkung der beherrschenden Stellung dergestalt, daß der „Wettbewerb wesentlich behindert" würde, einen Mißbrauch dar. Mit dem Vertrag unvereinbar sei infolgedessen die Tätigkeit eines Unternehmens, das tatsächlich und rechtlich eine die Beseitigung des Wettbewerbs einschließende Monopolstellung innehabe, so daß eine Verstärkung dieser Stellung nicht einmal mehr erforderlich wäre. Da das Monopol die Beseitigung des Wettbewerbs voraussetze, fielen der Mißbrauch einer beherrschenden Stellung und das bloße Vorhandensein des Monopols ununterscheidbar miteinander zusammen. Diesbezüglich bestehe eine Parallelität zwischen dem, was sich aus Artikel 37 für das Diskriminierungsverbot durch die Handelsmonopole herleiten lasse, und der Bedeutung des Begriffes Mißbrauch einer beherrschenden Stellung durch die öffentlichen Unternehmen, denen von Gesetzes wegen eine Monopolstellung eingeräumt sei.

Schließlich stelle es auf jeden Fall einen Mißbrauch einer beherrschenden Stel-

lung dar, wenn das ursprüngliche Monopol des drahtlosen Fernsehens auf das Kabelfernsehen ausgedehnt werde. Aus der Sicht des Urteils in der Rechtssache Europemballage Corporation handle es sich um einen Verstoß gegen die den Unternehmen in beherrschender Stellung auferlegte standstill-Verpflichtung, wonach es diesen untersagt sei, jene Stellung dergestalt zu verstärken, daß in die Struktur des tatsächlichen Wettbewerbs eingegriffen werde.

In der Sitzung vom 19. Februar 1974 haben Herr Sacchi, vertreten durch die Rechtsanwälte Professor G. M. Ubertazzi und F. Capelli, zugelassen in Mailand, die italienische Regierung, vertreten durch ihren Botschafter A. Maresca und Herrn Savaresi, die deutsche Regierung, vertreten durch Herrn M. Seidel, und die Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch Herrn A. Marchini-Camia, mündliche Erklärungen abgegeben.

Sie beantworteten namentlich die Fragen, die ihnen der Gerichtshof gestellt hatte.

a) In einer ersten Frage waren die deutsche und die italienische Regierung, die Kommission und Herr Sacchi gebeten worden, zusätzliche Ausführungen dazu zu machen, ob audio-visuelle Signale, die von Fernsehunternehmen namentlich zu Werbezwecken verbreitet werden, gegebenenfalls Erzeugnissen oder Waren im Sinne der Bestimmungen des Titels I des zweiten Teils des Vertrages gleichgestellt werden können.

Die Kommission wie auch die deutsche und die italienische Regierung halten eine solche Gleichstellung nicht für möglich. Nach Ansicht der Kommission ist der freie Verkehr der Fernsehsendungen hauptsächlich der Dienstleistungsfreiheit zuzurechnen. Sie weist allerdings darauf hin, daß bestimmte Aspekte der Ausübung der Urheber- und verwandter Rechte auch mit dem Grundsatz des freien Warenverkehrs zu tun hätten, wie der Gerichtshof in seinem Urteil vom 8. Juni 1971 (Deutsche Grammophon/Metro, 78/70 — Slg. 1971, 487) entschieden habe.

Die deutsche und die italienische Regierung schließen jede Gleichstellung der Fernsehsendung mit einer Ware aus. Die Ausstrahlung von Fernsehsignalen erfolge im Rahmen der Ausübung einer öffentlichen Aufgabe. Dieser Bereich unterstehe voll und ausschließlich der nationalen Souveränität. Nach Ansicht der deutschen Regierung könnten die audiovisuellen Signale in bezug auf bestimmte marktbezogene Verhaltensweisen der Rundfunk- und Fernsehanstalten allerdings erforderlichenfalls als Dienstleistungen angesehen werden.

Herr Sacchi meint, die Fernsehsendung sei in zweifacher Hinsicht als eine „Ware" zu betrachten, das heißt einmal als Form von Energie, daneben aber auch als Erzeugnis intellektueller Tätigkeit. Ein zweites besonders das Werbefernsehen betreffendes Argument bestehe in der funktionellen Beziehung zwischen dieser Sendung und der propagierten Ware. Ein drittes Argument allgemeineren Charakters zugunsten der von Herrn Sacchi vorgetragenen These ergebe sich schließlich daraus, daß gemäß Artikel 60 des Vertrages dem Anwendungsbereich der Vertragsbestimmungen über die Dienstleistungen im Verhältnis zu der allgemeineren Anwendung der Bestimmungen über den freien Warenverkehr enge Grenzen gezogen seien.

b) Eine zweite Frage betraf „die Gründe, die einige Rechtsordnungen (unter anderem die italienische) veranlaßt haben, die sogenannte ‚Einfuhr von Signalen', d. h. ihr Auffangen mit dem Ziel der Weiterverbreitung, zu verbieten, während sich in anderen nationalen Rechtsordnungen ein solches Verbot offensichtlich nicht findet".

Die Kommission und die deutsche Regierung meinen hierzu, das Verbot ergebe sich aus dem ausschließlichen Recht, das dem Fernsehkonzessionsinhaber zustehe. Hinzu trete das Fernmeldemonopol des Staates. Der italienischen Regierung zufolge fallen die Beschränkungen für die Errichtung und den Betrieb der Fernmel-

dedienste in die ausschließliche und souveräne Zuständigkeit des Staates und stellen kein Hindernis für den freien Verkehr der Fernsehfilme dar.

Dagegen sind die Beschränkungen für die Einfuhr der Fernsehsignale nach Ansicht von Herrn Sacchi innerhalb des allgemeineren Rahmens der Kontrolle der „Massenmedien" zu sehen, nämlich unter dem Blickwinkel, daß die Staaten eine uneingeschränkte Kontrolle über die öffentliche Meinung auszuüben wünschten.

c) Eine dritte Frage ging dahin, „ob die heutigen technischen und wirtschaftlichen Gegebenheiten es zulassen, an einem Ort oder in einem Gebiet mehrere Kabelnetze für das Fernsehen zu errichten oder zu betreiben, oder ob diese Gegebenheiten in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht die Errichtung eines Monopols für den Aufbau und den Betrieb solcher Netze erfordern oder begünstigen".

Die Kommission und Herr Sacchi sind der Meinung, in Wahrheit gebe es keine technischen oder wirtschaftlichen Hindernisse. Eine Vermehrung der Netze sei nicht einmal geboten, denn die Anzahl der durch ein einziges Kabel angebotenen Kanäle ermögliche mehreren Fernsehanstalten dessen gleichzeitige Benutzung frei von Störrisiken. Für die deutsche und italienische Regierung stellt das Monopol die wirtschaftlich rationellste Betriebsmethode dar. Die italienische Regierung bemerkt, ein Monopol an den Sendemitteln sei nicht unbedingt gleichbedeutend mit einem Monopol für die freie Leistung von Diensten.

d) Auf die Frage nach den Gründen, die den italienischen Gesetzgeber veranlaßt haben, das für das drahtlose Fernsehen bestehende Monopol auf das Kabelfernsehen auszudehnen, führt die italienische Regierung aus, eine Ausdehnung sei nicht gegeben, da das Kabelfernsehen seit eh und je dem Fernmeldebereich zugehöre, dessen Regelung sich der italienische Staat vorbehalten habe. Nichts rechtfertige die Behauptung, die neuen Rechtsvorschriften über die Fernsehsendungen hätten auch für die Sendungen per Kabel ein neues Betriebsmonopol zugunsten der RAI oder einer anderen Stelle eingeführt.

e) In einer an die Kommission gerichteten Frage wurde diese aufgefordert, ihren Standpunkt zur kommerziellen Werbung in Hörfunk und Fernsehen im Hinblick auf den Grundsatz der Freiheit des Dienstleistungssektors mitzuteilen. Die Kommission gibt zur Antwort, die Freiheit im Dienstleistungssektor sei in dem Sinne zu verwirklichen, daß ein in einem Mitgliedstaat ansässiger Auftraggeber nicht daran gehindert werden könne, mit einer Fernsehanstalt in einem anderen Mitgliedstaat eine vertragliche Abmachung zu treffen, um in diesem letzteren Staat seine Werbesendungen auf dem Bildschirm zu bringen.

f) Auf die Aufforderung, zu der These Stellung zu nehmen, welche die italienische und die deutsche Regierung zur Anwendbarkeit des Artikels 90 des Vertrages, insbesondere seines Absatzes 2, auf die Fernsehwerbung (drahtlos oder mit Kabel) entwickelt haben, führt die Kommission folgendes aus:

1. Es sei nicht ausgeschlossen, daß die Rundfunk- und Fernsehanstalten als Unternehmen zu betrachten seien, selbst soweit es sich um deren Sendungen handle, denen kein Werbecharakter zukomme.

2. Diese Anstalten könnten, zumindest was ihre Werbetätigkeit angehe, nicht so angesehen werden, als seien sie mit „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse" im Sinne des Artikels 90 Absatz 2 betraut.

3. Selbst wenn man die Anwendbarkeit des Artikels 90 Absatz 2 auf die Fernsehanstalten billigen sollte, sieht die Kommission nicht ein, in welcher Weise die Errichtung von Kabelfernsehstationen und die Einfuhr von Programmen aus dem Ausland als Folge davon ein Hindernis für die Erfüllung der Aufgaben bilden könnten, mit de-

nen die bereits bestehenden Fernsehanstalten in der Form von ausschließlichen Rechten betraut seien.

g) Mit einer letzten Frage wurde der Kommission aufgegeben, zur Anwendbarkeit der Richtlinie der Kommission Nr. 70/50/EWG vom 22. Dezember 1969 auf das Werbefernsehen (drahtlos oder mit Kabel) Stellung zu nehmen.

Unter Berufung auf den Wortlaut des Artikels 2 Absatz 3 Buchstabe m und des Artikels 3 der Richtlinie weist die Kommission darauf hin, daß die die Werbemöglichkeiten untersagenden oder beschränkenden Maßnahmen verboten seien, wenn sie die Einfuhren erschwerten, ohne daß dies erforderlich wäre, um ein Ziel zu erreichen, das den Rahmen der den Mitgliedstaaten vom Vertrag belassenen Rechtsetzungsbefugnis nicht überschreite, oder wenn die Wirkungen der beschränkenden Maßnahmen außer Verhältnis zu dem angestrebten Ziel stünden.

Der Generalanwalt hat seine Schlußanträge in der Sitzung vom 20. März 1974 vorgetragen.

Entscheidungsgründe

1 Das Tribunale di Biella stellt mit Beschluß vom 25. Juli 1973, bei der Kanzlei des Gerichtshofes eingegangen am 27. Juli 1973, gemäß Artikel 177 des EWG-Vertrags verschiedene Fragen nach der Auslegung der Artikel 2, 3, 5, 7, 37, 86 und 90 des Vertrages. Vor dem einzelstaatlichen Richter ist ein Strafverfahren gegen den Unternehmer einer privaten Fernsehstation anhängig, dem vorgeworfen wird, in jedermann zugänglichen Räumen ohne Bezahlung der vorgeschriebenen Abonnementsgebühr Fernsehgeräte aufgestellt zu haben, die für den Empfang von Kabelsendungen benutzt werden. Die Beantwortung der gestellten Fragen soll dem Tribunale di Biella eine Entscheidung darüber ermöglichen, ob bestimmte Vorschriften des italienischen Rechts, die dem Staat das ausschließliche Recht zum Betrieb des Fernsehens — auch des Kabelfernsehens — vorbehalten, mit dem Vertrag vereinbar sind, und zwar insbesondere insoweit, als sich dieses ausschließliche Recht auf die Werbung erstreckt.

A — Zur Zuständigkeit des Gerichtshofes

2 Die italienische Regierung erhebt Bedenken gegen die Zulässigkeit des Vorabentscheidungsersuchens. Sie macht geltend, eine Antwort auf die vorgelegten Fragen sei für die Entscheidung des vor dem einzelstaatlichen Richter anhängigen Strafverfahrens nicht erforderlich.

3 Artikel 177 geht jedoch von einer klaren Trennung der Aufgaben der staatlichen Gerichte und des Gerichtshofes aus; er gestattet diesem deshalb nicht, die Gründe des Auslegungsersuchens zu prüfen. Die prozeßhindernde Einrede ist deshalb zu verwerfen.

B — Zu den Fragen 1, 2, 6, 7, 8 und 9

4 Die beiden ersten Fragen gehen im wesentlichen dahin, ob der Grundsatz des freien Warenverkehrs innerhalb des Gemeinsamen Marktes auf Fernsehsendungen, namentlich soweit es um deren wirtschaftliche Aspekte geht, Anwendung findet und ob das von einem Mitgliedstaat einer Aktiengesellschaft verliehene ausschließliche Recht, jede Art von Fernsehsendungen, auch für Werbezwecke, auszustrahlen, eine Verletzung dieses Grundsatzes darstellt.

5 Die Antwort hängt von der vorherigen Klärung der Frage ab, ob Fernsehsendungen Erzeugnissen oder Waren im Sinne der Artikel 3 Buchstabe a und 9 sowie der Überschrift von Titel I des zweiten Teils des Vertrages gleichzustellen sind.

6 In Ermangelung ausdrücklicher entgegenstehender Vertragsbestimmungen sind Fernsehsendungen ihrer Natur nach als Dienstleistungen anzusehen. Zwar ist es nicht ausgeschlossen, daß Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, unter die Bestimmungen über den freien Warenverkehr fallen. Doch ist dies nach Artikel 60 nur der Fall, soweit sie diesen Bestimmungen unterstellt sind. Demnach fällt die Ausstrahlung von Fernsehsendungen als solche, einschließlich jener zu Werbezwecken, unter die Vertragsvorschriften über Dienstleistungen.

7/8 Dagegen unterliegt der Handel mit sämtlichen Materialien, Tonträgern, Filmen und sonstigen Erzeugnissen, die für die Ausstrahlung von Fernsehsendungen benutzt werden, den Bestimmungen über den freien Warenverkehr. Mithin verletzt zwar ein Unternehmen, das ein Monopol für Fernsehwerbesendungen besitzt, nicht schon durch seine Existenz den Grundsatz des freien Warenverkehrs, doch verstieße es gegen diesen Grundsatz, falls es zugunsten inländischer Materialien und Erzeugnisse diskriminierte. Steht einem Unternehmen eines Mitgliedstaats das ausschließliche Recht für Fernsehwerbesendungen zu, so ist dies nicht schon an sich mit dem Grundsatz des freien Verkehrs der Waren unvereinbar, deren Vermarktung diese Sendungen zu fördern suchen. Etwas anderes müßte jedoch dann gelten, wenn das Ausschließ-

lichkeitsrecht dazu benutzt würde, innerhalb der Gemeinschaft bestimmte Handelsströme oder Wirtschaftsunternehmen gegenüber anderen zu fördern. Wie Artikel 3 der Richtlinie der Kommission vom 22. Dezember 1969 über die Beseitigung von Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen, die nicht unter andere aufgrund des EWG-Vertrags erlassene Vorschriften fallen (ABl. L 13 vom 19. Januar 1970, S. 29), hervorhebt, können Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen in Maßnahmen über die Vermarktung von Waren gesehen werden, deren beschränkende Wirkungen den Rahmen der solchen Handelsregelungen eigentümlichen Wirkungen überschreiten. Dies wird insbesondere dann der Fall sein, wenn diese beschränkenden Wirkungen außer Verhältnis stehen zu dem angestrebten Ziel, hier der Ausgestaltung des Fernsehens als öffentliche Aufgabe im Recht eines Mitgliedstaats.

9 Die sechste Frage betrifft die Auslegung des Artikels 37 des Vertrages; sie ist zusammen mit den Problemen zu prüfen, die die Vorschriften über den freien Warenverkehr betreffen, zu denen Artikel 37 gehört. Die Frage geht dahin, ob Artikel 37 Absätze 1 und 2 auch im Falle einer Aktiengesellschaft Anwendung findet, der ein Mitgliedstaat das ausschließliche Recht übertragen hat, Fernsehsendungen auf seinem Gebiet auszustrahlen, und zwar einschließlich der Werbesendungen und der Sendungen von Filmen und Dokumentarberichten, die in den anderen Mitgliedstaaten hergestellt wurden.

10 Artikel 37 regelt die Umformung der staatlichen Handelsmonopole. Sowohl aus der Stellung dieser Bestimmung innerhalb des Kapitels über die Beseitigung der mengenmäßigen Beschränkungen als auch aus der Verwendung der Worte „Einfuhr" und „Ausfuhr" in Satz 2 des ersten Absatzes und der Worte „Waren" oder „Erzeugnisse" in den Absätzen 3 und 4 folgt, daß sie den Handel mit Waren betrifft, sich aber nicht auf ein Dienstleistungsmonopol beziehen kann. Somit liegt das gewerblich betriebene Werbefernsehen wegen seines Dienstleistungscharakters außerhalb des Anwendungsbereichs dieser Bestimmungen.

11 Da die Fragen 7 und 9 nur für den Fall gestellt sind, daß die Frage 6 bejaht wird, haben sie sich ebenso wie die Frage 8 erledigt.

C — Zu den Fragen 3, 4 und 5

12 Die Fragen 3, 4 und 5 gehen dahin, ob die von einem Mitgliedstaat einer Aktiengesellschaft im Hinblick auf Fernsehsendungen verliehenen ausschließ-

lichen Rechte sowie die Ausübung dieser Rechte mit den Wettbewerbsbestimmungen des Vertrages vereinbar sind. Mit der dritten Frage wünscht das vorlegende Gericht zu erfahren, ob Artikel 86 in Verbindung mit Artikel 90 des Vertrages in dem Sinne auszulegen ist, daß einem unter Artikel 90 Absatz 1 fallenden Unternehmen der Aufbau einer beherrschenden Stellung untersagt ist, und zwar selbst dann, wenn er auf Maßnahmen der staatlichen Behörden zurückgeht, falls diese beherrschende Stellung die Beseitigung jedweder Form von Wettbewerb im Bereich der von diesem Unternehmen ausgeübten Tätigkeit auf dem Gebiet eines Mitgliedstaats bewirkt. Für den Fall einer Bejahung der dritten Frage wird mit der vierten Frage um Entscheidung darüber gebeten, ob eine Gesellschaft, der das ausschließliche Recht verliehen wurde, auch zu Werbezwecken Fernsehsendungen, insbesondere mittels Kabel, auszustrahlen, eine mit Artikel 86 nicht zu vereinbarende beherrschende Stellung innehat oder zumindest ihre beherrschende Stellung dadurch mißbräuchlich ausnützt, daß sie bestimmte vom vorlegenden Gericht angeführte wettbewerbswidrige Praktiken anwendet. Für den Fall, daß diese Frage bejaht werden sollte, wird mit der fünften Frage gebeten zu entscheiden, ob die in den vorangegangenen Fragen erwähnten Verbote unmittelbar gelten und Rechte der einzelnen begründen, die die staatlichen Gerichte zu wahren haben.

13 Die Regierungen Italiens und Deutschlands machen geltend, die Fernsehanstalten erfüllten eine im öffentlichen Interesse liegende kulturelle und informatorische Aufgabe und seien daher keine „Unternehmen" im Sinne der Vertragsvorschriften. Sie hätten zumindest eine Aufgabe von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse wahrzunehmen, so daß sie nur insoweit den Vertrags- und insbesondere den Wettbewerbsvorschriften unterlägen, als die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert.

14 Artikel 90 Absatz 1 gestatte es den Mitgliedstaaten unter anderem, Unternehmen besondere oder ausschließliche Rechte zu gewähren. Der Vertrag hindert die Mitgliedstaaten in keiner Weise daran, aus Gründen, die im öffentlichen Interesse liegen, Fernsehsendungen, einschließlich Kabelsendungen, dem Wettbewerb zu entziehen, indem sie einer oder mehreren Anstalten das ausschließliche Recht zu deren Verbreitung verleihen. Diese Anstalten haben jedoch bei der Erfüllung ihrer Aufgabe die Diskriminierungsverbote zu beachten und fallen, soweit die Erfüllung ihrer Aufgaben Tätigkeiten wirtschaftlicher Art mit sich bringt, unter die in Artikel 90 genannten Bestimmungen über öffentliche Unternehmen und solche Unternehmen, denen die Staaten besondere oder ausschließliche Rechte gewähren. Die Auslegung von Artikel 86 in Verbindung mit Artikel 90 führt zu dem Ergebnis, daß das Bestehen eines Monopols zugunsten eines Unternehmens, dem ein Mitgliedstaat ausschließliche Rechte

gewährt, als solches mit Artikel 86 nicht unvereinbar ist. Das gleiche muß folgerichtig gelten, wenn eine spätere Maßnahme dieses Staates solche Rechte erweitert.

15 Wenn im übrigen bestimmte Mitgliedstaaten die mit dem Betrieb des Fernsehens beauftragten Unternehmen, selbst soweit es um deren kaufmännische Betätigung — namentlich im Bereich der Werbung — geht, als mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraute Unternehmen ausgestalten, kommen gemäß Artikel 90 Absatz 2 im Hinblick auf ihr Marktverhalten die gleichen Verbote zum Zuge, sofern diese mit der Erfüllung der Aufgaben dieser Unternehmen nicht nachweislich unvereinbar sind.

16 In der vierten Frage zählt das vorlegende Gericht mehrere Verhaltensweisen auf, die Mißbräuche im Sinne des Artikels 86 darstellen könnten.

17 Dies träfe sicherlich dann zu, wenn ein Unternehmen, das ein Monopol für das Werbefernsehen besitzt, denjenigen, die seine Dienste in Anspruch nehmen, unbillige Gebühren oder Bedingungen auferlegt oder hinsichtlich des Zugangs zum Werbefernsehen zwischen den nationalen Wirtschaftssubjekten oder Erzeugnissen einerseits und denen der anderen Mitgliedstaaten andererseits diskriminierte.

18 In jedem Falle ist es Sache des einzelstaatlichen Richters, das Vorliegen solcher Mißbräuche festzustellen, und Sache der Kommission, dem im Rahmen ihrer Befugnisse abzuhelfen. Somit haben die Verbotsvorschriften des Artikels 86 auch im Rahmen des Artikels 90 unmittelbare Wirkung und begründen Rechte der einzelnen, welche die nationalen Gerichte zu wahren haben.

D — Zur Frage 11

19 Die elfte Frage geht dahin, ob es eine Verletzung des Artikels 7 des Vertrages darstellt, einer Aktiengesellschaft eines Mitgliedstaats das ausschließliche Recht vorzubehalten, auf dem gesamten Gebiet dieses Staates Fernsehwerbesendungen auszustrahlen.

20 Aus den vorhergehenden Ausführungen folgt, daß die Verleihung eines ausschließlichen Rechts der vom einzelstaatlichen Richter geschilderten Art keine Verletzung des Artikels 7 darstellt, daß es jedoch mit dieser Vorschrift nicht

vereinbar wäre, wenn Unternehmen, denen ein derartiges Recht verliehen wurde, Bürger der Mitgliedstaaten wegen ihrer Staatsangehörigkeit diskriminierten.

Kosten

21 Die Auslagen der Kommission der Europäischen Gemeinschaften sowie der italienischen und der deutschen Regierung, die vor dem Gerichtshof Erklärungen abgegeben haben, sind nicht erstattungsfähig. Für die Beteiligten des Ausgangsverfahrens ist das vorliegende Verfahren ein Zwischenstreit in dem vor dem einzelstaatlichen Gericht anhängigen Rechtsstreit. Die Kostenentscheidung obliegt daher diesem Gericht.

DER GERICHTSHOF

hat sonach auf die ihm vom Tribunale di Biella gemäß dessen Beschluß vom 25. Juli 1973 vorgelegten Fragen für Recht erkannt:

1. **Die Ausstrahlung von Fernsehsendungen als solchen, einschließlich jener zu Werbezwecken, fällt unter die Vertragsvorschriften über Dienstleistungen. Jedoch unterliegt der Handel mit sämtlichen Materialien, Tonträgern, Filmen, Apparaten und sonstigen für die Ausstrahlung der Fernsehsendungen verwendeten Erzeugnissen den Bestimmungen über den freien Warenverkehr.**

2. **Steht einem Unternehmen eines Mitgliedstaats das ausschließliche Recht für Fernsehwerbesendungen zu, so ist dies nicht schon an sich mit dem Grundsatz des freien Verkehrs der Waren unvereinbar, deren Vermarktung diese Sendungen zu fördern suchen. Etwas anderes müßte jedoch dann gelten, wenn das Ausschließlichkeitsrecht dazu benutzt würde, innerhalb der Gemeinschaft bestimmte Handelsströme oder Wirtschaftsunternehmen gegenüber anderen zu fördern.**

3. **Artikel 37 des Vertrages betrifft den Handel mit Waren und kann sich nicht auf ein Dienstleistungsmonopol beziehen.**

4. **Das Bestehen eines Monopols zugunsten eines Unternehmens, dem ein Mitgliedstaat ausschließliche Rechte im Sinne von Artikel 90 gewährt, oder die Erweiterung solcher Rechte durch eine weitere Maßnahme**

dieses Staates sind als solche mit Artikel 86 des Vertrages nicht unvereinbar.

5. Auch im Rahmen des Artikels 90 haben die Verbotsbestimmungen des Artikels 86 unmittelbare Wirkung und begründen Rechte der einzelnen, welche die nationalen Gerichte zu wahren haben.

6. Die Verleihung des ausschließlichen Rechts für die Ausstrahlung von Fernsehsendungen stellt als solche keine Verletzung des Artikels 7 des Vertrages dar. Es ist jedoch mit dieser Vorschrift nicht vereinbar, wenn Unternehmen, denen ein derartiges Recht verliehen wurde, Bürger der Mitgliedstaaten wegen ihrer Staatsangehörigkeit diskriminieren.

Lecourt Donner Sørensen Monaco Mertens de Wilmars
Pescatore Kutscher Ó Dálaigh Mackenzie Stuart

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 30. April 1974.

Der Kanzler
A. Van Houtte

Der Präsident
R. Lecourt

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS GERHARD REISCHL VOM 20. MÄRZ 1974

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

Herr Sacchi, der Angeklagte des nationalen Verfahrens, das zu der heute zu behandelnden Vorlage geführt hat, ist Eigentümer und Geschäftsführer eines Unternehmens, das — abgekürzt — „Telebiella" genannt wird. Dieses Unternehmen wurde im September 1972 gegründet; sein Geschäftsgegenstand ist die Übertragung von Programmen aus eigener Produktion und von Werbung durch Kabelfernsehen. Daneben hält es in öffentlichen Lokalen einige Fernsehgeräte, die zu solchem Kabelempfang benutzt werden.

Nach dem italienischen Gesetzesdekret Nr. 246 vom 21. Februar 1938 (in der Fassung späterer Änderungen) sind Halter von Apparaten zum Empfang von Radiosendungen zur Zahlung einer Ge-