SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS GIUSEPPE TESAURO vom 18. April 1991 *

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

1. Meine heutigen Schlußanträge beziehen sich auf zwei verschiedene Verfahren: ein von der Kommission gegen das Königreich der Niederlande betriebenes Verfahren (C-353/89) und ein Vorabentscheidungsverfahren aufgrund einer Vorlage des niederländischen Raad van State (C-288/89).

In beiden Rechtssachen geht es um teilweise identische Probleme der Vereinbarkeit der niederländischen Regelung über die Herstellung und Verbreitung von Hörfunk- und Fernsehprogrammen mit dem Gemeinschaftsrecht. Genauer gesagt betreffen die zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen die Voraussetzungen, unter denen nach Artikel 66 der „Mediawet" [1] Programme aus anderen Mitgliedstaaten, die speziell für das niederländische Publikum bestimmte Werbung enthalten, übertragen werden dürfen; die von der Kommission erhobene unmittelbare Klage betrifft neben den in Artikel 66 aufgeführten Voraussetzungen ferner die in Artikel 61 der Mediawet festgelegte Verpflichtung der Sendeanstalten, sich für die Herstellung ihrer Programme ganz oder zum Teil an ein inländisches niederländisches Unternehmen zu wenden.

Gründe der Prozeßökonomie veranlassen mich daher, gemeinsame Schlußanträge vorzulegen; ich werde die Rechtssache Kommission/Niederlande fachgerecht behandeln, um hieraus sodann die Antworten auf die Fragen des vorlegenden Gerichts in der Rechtssache C-288/89 abzuleiten.

2. Was die Rechtssache C-353/89 anlangt, so beantragt die Kommission festzustellen, daß die Niederlande dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Artikel 59 EWG-Vertrag verstoßen haben, daß sie einem inländischen Unternehmen die Herstellung von Programmen für die inländischen Sendeanstalten — ganz oder zum Teil — vorbehalten und den ausländischen Sendern bestimmte Bedingungen für die Übertragung von Programmen im Kabelnetz auferlegt haben, falls diese speziell für das niederländische Publikum bestimmte Werbung enthalten.

3. Die beiden streitigen Maßnahmen sind, wie ich bereits gesagt habe, in der Mediawet, einem am 1. Januar 1988 in Kraft getretenen Gesetz, enthalten. Diesem Gesetz liegt wie dem zuvor für diesen Bereich geltenden Gesetz das Bestreben zugrunde, ein pluralistisches und nichtkommerzielles Rundfunksystem aufrechtzuerhalten. Auf eben dieses Ziel sind die wichtigsten Vorschriften dieser Regelung ausgerichtet, insbesondere die über das Senderecht und die über die Werbung.

Um eine Programmgestaltung sicherzustellen, die die verschiedenen politischen, gesellschaftlichen und religiösen Strömungen der niederländischen Gesellschaft widerspiegelt, wird die Sendezeit auf nationaler

* Originalsprache: Italienisch.

1 — Gesetz vom 21. April 1987 zur Regelung der Verbreitung von Hörfunk- und Fernsehprogrammen, der Hörfunk- und Fernsehgebühren und der Beihilfen für Presseorgane (*Staatsblad* 1987 Nr. 249).

Ebene zum großen Teil unter sogenannten Sendevereinen („omroepverenigingen") aufgeteilt, bei denen es sich um rechtsfähige Zusammenschlüsse von Radiohörern und Fernsehzuschauern mit wenigstens 150 000 Mitgliedern handelt. Beschränkte Sendezeit (ungefähr 8 %) wird ferner den politischen Parteien, den Konfessionen und den kulturellen Minderheiten zugewiesen.

Die Koordinierung der auf nationaler Ebene ausgestrahlten Programme und die Herstellung von Sendungen von allgemeinem Interesse (z. B. Fernsehnachrichten) obliegt der Nederlandse Omroep Stichting (niederländische Stiftung für die Verbreitung von Hörfunk- und Fernsehprogrammen).

Die Sendevereine genießen im Grundsatz bei ihren Sendungen große Freiheit: Sie können bereits fertige Programme sowohl in den Niederlanden wie in anderen Staaten kaufen oder selbst eigene Programme produzieren.

Im letztgenannten Fall sind sie allerdings gemäß Artikel 61 der Mediawet verpflichtet, sich der Strukturen und technischen Mittel (Aufnahmestudios, Werkstätten für Bühnenbilder, Techniker, Orchester usw.) einer Gesellschaft niederländischen Rechts, des Nederlandse Omroepproduktie Bedrijf (im folgenden: Bedrijf) zu bedienen, der seine Dienste zu kontrollierten Preisen bereithält. Die betreffende Verpflichtung gilt für sämtliche Hörfunk- und für 75 % der Fernsehprogramme.

4. Weiterhin ist es den Sendevereinen verboten, in ihre Programme von Dritten stammende Werbemitteilungen aufzunehmen. Das Monopol für die Verbreitung solcher Mitteilungen steht nämlich der Stichting Etherreclame (Stiftung für Hörfunk- und Fernsehwerbung; im folgenden: STER) zu, einer von den Inhabern des Senderechts unabhängigen öffentlichen Einrichtung. Die STER beschränkt sich im wesentlichen darauf, Sendezeit für Werbung zu verkaufen; die dadurch erzielten Einnahmen werden an den Staat abgeführt und für die Subventionierung der Sendevereine sowie in geringerem Umfang der Presse verwendet.

In den Niederlanden können Programme zum größten Teil nur über ein Kabelnetz empfangen werden. Die Betreiber sind berechtigt, ausländische Programme zu übertragen. Abgesehen von den Fällen, in denen diese Programme mit Hilfe einer Einzelantenne empfangen werden können, gestattet indessen Artikel 66 der Mediawet ihre Ausstrahlung über Kabel, wenn sie speziell für das niederländische Publikum bestimmte Werbung enthalten, nur bei Beachtung bestimmter Voraussetzungen.

Eine erste Gruppe von Voraussetzungen betrifft den Sender selbst; dieser darf nicht in Gewinnerzielungsabsicht tätig sein, er darf keine Gewinne für Dritte machen und er muß die Durchführung der Werbung einer unabhängigen juristischen Person überlassen.

Die übrigen Voraussetzungen betreffen demgegenüber die Werbemitteilungen; sie müssen als solche erkennbar sein, dürfen 5 % der Gesamtsendezeit nicht überschreiten und dürfen nicht an Sonntagen ausgestrahlt werden.

Eine Werbemitteilung gilt als für das niederländische Publikum bestimmt, wenn sie „in oder unmittelbar nach einem Programmteil oder zusammenhängenden Ganzen von

Programmteilen gesendet wird, in dem niederländische Untertitel oder ein Teil in niederländischer Sprache vorkommen".

Wenden wir uns nun den beiden Beanstandungen der Kommission zu.

A — Zu dem Vorbehalt zugunsten des Bedrijf (Artikel 61 der Mediawet)

5. Die Kommission bestreitet die Vereinbarkeit des Artikels 61 der Mediawet mit Artikel 59 EWG-Vertrag und trägt vor, diese Bestimmung hindere die Unternehmen der anderen Mitgliedstaaten daran, ihre Dienstleistungen für die Herstellung von Hörfunkprogrammen zu erbringen, und schränke ihre Möglichkeiten, Dienstleistungen für die Produktion von Fernsehprogrammen anzubieten, erheblich, nämlich auf 25 %, ein.

Die niederländische Regierung macht zunächst geltend, die von der Mediawet geschaffene Verpflichtung sei vorübergehender Natur und ihr liege das Bestreben zugrunde, einen harmonischen Übergang vom alten System, in dem die technischen Mittel zum öffentlichen Sektor gehört hätten und die fragliche Verpflichtung absolut gewesen sei, zu einem System sicherzustellen, in dem im Gegensatz hierzu die Marktgesetze in vollem Umfang zur Geltung kämen[2]. Eine Übergangszeit sei unerläßlich, um den Konkurs des Bedrijf und Massenentlassungen zu verhindern und überdies die kulturellen Errungenschaften der Vergangenheit und vor allem den Pluralismus zu bewahren. Ohne Übergangszeit wäre der Bedrijf auf große finanzielle Schwierigkeiten gestoßen, die zu einer Auflösung hätten führen können; dann hätten die Sendeanstalten keinen Zugang zu seinen technischen Mitteln mehr, und die Kontinuität des Systems wäre in Frage gestellt.

Im wesentlichen gründet sich die Verteidigung der niederländischen Regierung unter dem zuletzt genannten Blickwinkel nicht auf rechtliche Argumente, sondern beschränkt sich darauf, auf die Unangebrachtheit eines Verfahrens nach Artikel 169 zu einem so kritischen Zeitpunkt und folglich auf das mangelnde „Verständnis" der Kommission hinzuweisen.

Insoweit genügt es, mit der Kommission darauf hinzuweisen, daß der vorübergehende Charakter der gegenwärtigen Situation die Außerachtlassung des in Artikel 59 ausgesprochenen Verbots nicht zu rechtfertigen vermag.

6. Folglich ist die Vereinbarkeit des Artikels 61 der Mediawet mit Artikel 59 EWG-Vertrag unabhängig davon zu prüfen, daß es sich um eine vorübergehende Situation handelt.

Die niederländische Regierung bemerkt hierzu, daß die beanstandete Maßnahme nicht mit Artikel 59 unvereinbar sei; sie bewirke keinerlei Diskriminierung zwischen anderen niederländischen Unternehmen als dem Bedrijf und den Unternehmen anderer Mitgliedstaaten. Darüber hinaus könnten Unternehmen oder Einrichtungen, die nicht auf nationaler Ebene tätig seien, die technischen Mittel ihrer Wahl einsetzen; weiterhin sei es bei der Produktion von Fernsehprogrammen im Umfang von 25 % möglich, sich an Unternehmen anderer Mitgliedstaaten zu wenden.

2 — Die Regierung der Niederlande hat dem Parlament den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Mediawet vorgelegt; nach der vorgeschlagenen Änderung wird die in Artikel 61 ausgesprochene Verpflichtung für Fernsehproduktionen vom 1. Januar 1991 und für Hörfunkproduktionen vom 1. Januar 1992 an abgeschafft. Diese Änderung ist noch nicht verabschiedet worden; für die Produktion von Fernsehprogrammen ist sie jedoch tatsächlich bereits in Kraft, weil die betreffende Verpflichtung auf 0 % festgesetzt worden ist.

Der Ansicht der beklagten Regierung kann ich nicht beipflichten. Es läßt sich nämlich nicht abstreiten, daß die betreffende Vorschrift ein inländisches Unternehmen begünstigt, indem es ihm die Deckung des größten Teils der inländischen Nachfrage vorbehält; sie schränkt daher die Möglichkeit der Unternehmen anderer Mitgliedstaaten, Dienstleistungen in den Niederlanden anzubieten, beträchtlich ein oder beseitigt sie nachgerade[3]. Daß die betreffende Maßnahme entsprechend auch die übrigen inländischen Unternehmen trifft, kann nicht als eine Rechtfertigung der Beschränkung gegenüber den Erbringern von Dienstleistungen der anderen Mitgliedstaaten betrachtet werden.

Eine nationale Maßnahme, die den freien Dienstleistungsverkehr einschränkt, der, wie der Gerichtshof mehrfach entschieden hat, eine der vom Vertrag garantierten *Grundfreiheiten* darstellt, kann nämlich nicht allein deswegen als mit Artikel 59 vereinbar angesehen werden, weil ihre einschränkenden Wirkungen nicht sämtliche inländischen Unternehmen der betreffenden Art begünstigen.

Ich bin in der Tat der Überzeugung, daß diese Argumentation, der der Gerichtshof bisher nur in einem den freien Warenverkehr betreffenden Fall gefolgt ist[4], auch für den freien Dienstleistungsverkehr gilt. Der bislang erreichte Stand der Gemeinschaftsintegration läßt es nicht zu, die Tragweite des Artikels 59 in anderer, engerer Weise als die des Artikels 30 zu umschreiben. Dies um so mehr, als der Gerichtshof in dem kürzlich erlassenen „Telekommunikations-Urteil"[5] dargelegt hat, daß die Tragweite des Artikels 30 nach Maßgabe eines „Systems nicht verfälschten Wettbewerbs" zu bestimmen ist, das die „Chancengleichheit der einzelnen Wirtschaftsteilnehmer" voraussetzt, die meines Erachtens nicht allein auf die Wirtschaftsteilnehmer beschränkt werden kann, die am Warenverkehr beteiligt sind.

7. Die vorstehenden Erwägungen lassen mich zu dem Schluß gelangen, daß die streitige niederländische Regelung einen diskriminierenden Charakter aufweist und daher keine etwaigen Gründe des Allgemeininteresses zu ihrer Rechtfertigung angeführt werden können. Es sei daran erinnert, daß sich nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes „innerstaatliche Vorschriften, die nicht unterschiedslos auf Dienstleistungen ohne Rücksicht auf deren Ursprung anwendbar und ... somit diskriminierend sind, mit dem Gemeinschaftsrecht nur dann vereinbaren lassen, wenn sie unter eine ausdrücklich abweichende Bestimmung fallen"[6].

Die einzige im vorliegenden Fall möglicherweise anzuwendende Ausnahme wäre demgemäß diejenige, die Artikel 56 EWG-Vertrag (auf den Artikel 66 verweist) vorsieht, wonach etwaige diskriminierende Maßnahmen aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sein müssen.

Nach meinem Dafürhalten dürfte aber weder die Wahrung des pluralistischen und nichtkommerziellen Charakters des nieder-

3 — Erinnert sei insoweit an das Urteil vom 10. Juli 1984 in der Rechtssache 72/83 (Campus Oil, Slg. 1984, 2727, Randnr. 16), in dem der Gerichtshof bezüglich einer nationalen Maßnahme, die alle Einführer verpflichtete, bei einem inländischen Lieferanten einen bestimmten Anteil Erdöl einzukaufen, festgestellt hat: „Die ... Verpflichtung ... beschränkt insoweit die Möglichkeiten der Einfuhr dieses Erzeugnisses. Sie entfaltet somit eine Schutzwirkung zugunsten einer einheimischen Erzeugung und benachteiligt in demselben Maße die Erzeuger anderer Mitgliedstaaten ..." Der Gerichtshof hat folglich ihre Unvereinbarkeit mit Artikel 30 festgestellt.

4 — Urteil vom 20. März 1990 in der Rechtssache 21/88 (Du Pont de Nemours, Slg. 1990, 889, Randnrn. 11 bis 14).

5 — Urteil vom 19. März 1991 in der Rechtssache 202/88 (Frankreich/Kommission, Slg. 1991, I-1223, Randnr. 51).

6 — Urteil vom 26. April 1988 in der Rechtssache 352/85 (Bond van Adverteerders, Slg. 1988, 2085, Randnr. 32).

ländischen Hörfunk- und Fernsehsystems unter den Anwendungsbereich des Artikels 56 fallen, noch dürfte insbesondere ein solches Ziel als ein „Grund der öffentlichen Ordnung" anzusehen sein, wenn man die restriktive Rechtsprechung des Gerichtshofes in diesem Bereich zugrunde legt[7].

8. Aber das Ergebnis wäre auch kein anderes, wenn man davon ausginge, daß die streitige Maßnahme nicht auf Elemtenten einer formalen Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit beruht und mithin die sich aus ihr ergebenden Beschränkungen jedenfalls dem Grundsatz nach aus Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein können.

Denn obwohl der Schutz von Anliegen kultureller Art wie etwa der Sicherung des pluralistischen und nichtkommerziellen Charakters[8] des niederländischen Hörfunk- und Fernsehsystems grundsätzlich zu den Gründen des Allgemeininteresses[9] gehört, können die vorliegend vorgebrachten (mit diesem Interesse zusammenhängenden) Gründe eine Ausnahme vom freien Dienstleistungsverkehr nicht rechtfertigen. Insoweit sei daran erinnert, daß der niederländischen Regierung zufolge die betreffende Maßnahme unerläßlich ist, um den Zugang der Sendevereine zu technischen Mitteln von hoher Qualität und damit die Kontinuität des Systems sowie die Erfüllung der dem Bedrijf übertragenen kulturellen Aufgaben sicherzustellen.

Da die beklagte Regierung anerkennt, daß die betreffende Maßnahme „tatsächlich das Überleben des Bedrijf sicherstellen soll" (S. 5 der Gegenerwiderung), möchte ich gleich sagen, daß ein solches „Überleben" und auch die mit der Wahrung dieses Zwecks verbundenen besonderen Voraussetzungen für die Sicherstellung des Pluralismus und des nichtkommerziellen Charakters des Systems selbst nicht erforderlich sind. Insoweit genügt der Hinweis, daß die Sendevereine, wenn sie es für zweckmäßig hielten, sich an den Bedrijf zu wenden, um in den Genuß kostengünstiger technischer Mittel zu gelangen, dies auch tun würden, wenn eine dahin gehende Rechtspflicht nicht bestünde; der Vorbehalt ist daher unter diesem Blickwinkel überflüssig. Bezüglich der Übertragung kultureller Aufgaben (Erhaltung von Sachmitteln wie Orchester, Chöre, Phonothek, Film- und Videoarchive) weiß ich mich mit der Kommission darin einig, daß die Durchführung dieser gänzlich vom Staat finanzierten Aufgaben auch nach Abschaffung der in Artikel 61 der Mediawet festgelegten Pflicht beibehalten werden könnte, wenn dies unter anderen Gesichtspunkten rechtmäßig wäre.

Schließlich zeigt gerade der Umstand, daß der betreffende Vorbehalt, zumindest soweit es die Produktion von Fernsehprogrammen anlangt, tatsächlich bereits abgeschafft worden ist, daß das Überleben des Bedrijf nicht unerläßlich ist, um den Pluralismus des niederländischen Systems sicherzustellen. Außerdem bestätigt die Behauptung der niederländischen Regierung, daß der Bedrijf,

7 — Ich erinnere daran, daß der Gerichtshof mehrfach bestätigt hat, daß Artikel 56, da seine Anwendung eine Ausnahme von einem fundamentalen Grundsatz des Vertrages (Artikel 3 Buchstabe c) darstellt, eng auszulegen ist und seine Anwendung eine „tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung ..., die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt" (Urteil vom 27. Oktober 1977 in der Rechtssache 30/77, Bochereau, Slg. 1977, 1999, Randnr. 35) voraussetzt sowie den Erlaß von Maßnahmen, die in einem angemessenen Verhältnis zu den zu schützenden Interessen stehen und unbedingt notwendig sind (siehe Urteil vom 18. Mai 1982 in den verbundenen Rechtssachen 115/81 und 116/81, Adoui und Cornuaille, Slg. 1982, 1665, Randnr. 9).

8 — Ich stelle insoweit klar, daß der nichtkommerzielle Charakter eines Hörfunk- und Fernsehsystems für sich genommen auf keinen Fall als zwingendes Erfordernis betrachtet werden kann, das eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs rechtfertigen könnte. Folglich kann dieser Charakter Beschränkungen nur insoweit rechtfertigen, als sie unerläßlich sind, um ein auf Gemeinschaftsebene schutzwürdiges Ziel wie gerade etwa das Ziel einer auf Erhaltung des Pluralismus gerichteten Kulturpolitik zu erreichen.

9 — Siehe z. B. das Urteil vom 26. Februar 1991 in der Rechtssache C-180/89, Kommission/Italien, Slg. 1991, I-709, Randnr. 20, in dem der Gerichtshof anerkannt hat, daß „[das] allgemeine Interesse ... an der Erhaltung des historischen und künstlerischen Erbes ... ein zwingender Grund sein [kann], der eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs rechtfertigt".

wenn der betreffende Vorbehalt ohne Übergangsregelung abgeschafft worden wäre, in Konkurs gegangen wäre, und damit 3 000 Arbeitsplätze verlorengegangen wären, daß die betreffende Maßnahme eng mit Erwägungen wirtschaftlicher Art zusammenhängt.

9. Die niederländische Regierung macht hilfsweise geltend, daß die Regelung nach Artikel 61 der Mediawet gemäß Artikel 90 Absatz 1 EWG-Vertrag zulässig sei, der gerade die Rechtmäßigkeit von Unternehmen mit besonderen und ausschließlichen Rechten voraussetze.

Ich beschränke mich insoweit — ohne daß geklärt werden muß, ob und in welchem Umfang der Vorbehalt zugunsten des Bedrijf ein ausschließliches oder besonderes Recht darstellt — auf den Hinweis, daß der Gerichtshof in dem erwähnten „Telekommunikations-Urteil“ [10] zu Recht ausgeführt hat, daß Artikel 90 zwar das Vorhandensein von Unternehmen mit bestimmten besonderen und ausschließlichen Rechten voraussetze, daß damit jedoch nicht alle besonderen und ausschließlichen Rechte notwendigerweise mit dem Vertrag vereinbar seien. Dies hänge vielmehr von den einzelnen Vorschriften ab, auf die Artikel 90 Absatz 1 verweise.

In der Sache hat der Gerichtshof Artikel 90 Absatz 1 als Verweisungsnorm behandelt; dies bedeutet für den vorliegenden Fall, daß die Überprüfung der Vereinbarkeit des Artikels 61 der Mediawet mit dem Vertrag insoweit im Hinblick auf Artikel 59 durchzuführen ist, als diese Vorschrift die Möglichkeit vorsieht, vom Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs abzuweichen.

10 — Urteil vom 19. März 1991 in der Rechtsache 202/88, a. a. O., Randnr. 22.

B — Zu den Voraussetzungen des Artikels 66

10. Nach Artikel 66 der Mediawet dürfen ausländische Programme, die speziell für das niederländische Publikum bestimmte Werbung enthalten, übertragen werden, wenn sie eine Reihe von Voraussetzungen erfüllen, die auch für die inländischen Sendeanstalten gelten. Sind diese Voraussetzungen nicht allesamt erfüllt, so können ausländische Programme nur gesendet werden, wenn sie keine speziell für das niederländische Publikum bestimmte Werbung enthalten.

Ich erinnere daran, daß drei der sechs Voraussetzungen die Sender selbst betreffen (keine Gewinnerzieluungsabsicht, keine Gewinnerzielung für Dritte, Durchführung der Werbung durch eine unabhängige juristische Person) und die drei übrigen die Werbemitteilungen angehen (sie dürfen 5 % der Gesamtsendezeit nicht überschreiten, müssen als solche erkennbar sein und sich vom übrigen Programm abheben und dürfen nicht an Sonntagen ausgestrahlt werden).

Bevor ich nun zur Prüfung der Vereinbarkeit dieser Voraussetzungen mit Artikel 59 EWG-Vertrag komme, halte ich es für angezeigt, einige Bemerkungen allgemeiner Art zu den Beschränkungen des freien

Dienstleistungsverkehrs zu machen, wie sie sich aus der Anwendung unterschiedslos anwendbarer Maßnahmen ergeben.

11. Zunächst möchte ich darauf hinweisen, daß Artikel 59 Absatz 1 nicht nur Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit, sondern ganz allgemein „*Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Gemeinschaft für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Staat der Gemeinschaft als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind*", verbietet. Zu ergänzen ist, daß Vorschriften, die eine Sonderregelung für „Ausländer" vorsehen, nur anwendbar sind, wenn sie „aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind" (Artikel 56, auf den Artikel 66 verweist).

12. Wie ich bereits anfangs bemerkt habe, entspricht ein solches System wegen der verwandten Terminologie und wegen seines Regelungsgehalts weitgehend dem des freien Warenverkehrs mit seinem Verbot aller Beschränkungen (Artikel 30 bis 34) und den Ausnahmen des Artikels 36; deshalb sind meiner Meinung nach etwaige — auch nichtdiskriminierende — Beschränkungen, wie dies auch für den freien Warenverkehr gilt, grundsätzlich mit Artikel 59 unvereinbar [11].

11 — Vgl. in diesem Sinne die Schlußanträge von Generalanwalt Jacobs in der Rechtssache 76/90, Säger, vorgetragen in der Sitzung vom 21. Februar 1991, sowie die Schlußanträge von Generalanwalt Lenz zu den „Fremdenführer"-Urteilen vom 26. Februar 1991 in den Rechtssachen C-154/89 (Kommission/Frankreich, Slg. 1991, I-659), C-180/89 (Kommission/Italien, Slg. 1991, I-709) und C-198/89 (Kommmission/Griechenland, Slg. 1991, I-727). Interessante Erwägungen hierzu finden sich weiter in den Schlußanträgen von Generalanwalt Van Gerven in der Rechtssache 340/89, Vlassopoulou, vorgetragen in der Sitzung vom 28. November 1990, Urteil vom 7. Mai 1991 (Slg. 1991, I-2357, I-2365), die allerdings einen Fall des Niederlassungsrechts betreffen.

Die Rechtsprechung des Gerichtshofes scheint einer solchen Schlußfolgerung zumindest abstrakt gesehen nicht entgegenzustehen. Ich erinnere etwa daran, daß der Gerichtshof in der Rechtssache Van Binsbergen [12] entschieden hat, daß die Artikel 59 und 60 über den freien Dienstleistungsverkehr mit Ablauf der Übergangszeit unmittelbar anwendbar geworden sind, „*ohne daß ihre Anwendbarkeit von der Harmonisierung oder Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten abhängig ist*" [13].

Er hat weiter ausgeführt, die Artikel 59 und 60 verlangten „nicht nur die Beseitigung sämtlicher Diskriminierungen des Leistungserbringers aufgrund seiner Staatsangehörigkeit, sondern auch die Beseitigung aller Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs, die damit zusammenhängen, daß der Leistungserbringer in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem die Leistung erbracht wird, ansässig ist" [14]. Dem hat er folgendes hinzugefügt: „Insbesondere kann der Mitgliedstaat für die Erbringung der Dienstleistungen in seinem Hoheitsgebiet nicht die Einhaltung aller für eine Niederlassung erforderlichen Bedingungen verlangen, weil damit den Bestimmungen, die den freien Dienstleistungsverkehr gewährleisten sollen, ihre praktische Wirksamkeit völlig genommen würde" [15].

13. Die Tragweite des freien Dienstleistungsverkehrs ist damit zumindest abstrakt sehr weit umschrieben. Insbesondere ergibt sich deutlich aus den soeben zitierten Äußerungen, daß das Verbot von Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit nicht wie beim Niederlassungsrecht eine absolute und entscheidende Rolle spielt. In

12 — Urteil vom 3. Dezember 1974 in der Rechtssache 33/74 (Slg. 1974, 1299).

13 — Siehe zuletzt das Urteil vom 4. Dezember 1986 in der Rechtssache 205/84 (Kommission/Deutschland, Slg. 1986, 3755, Randnr. 25).

14 — Urteil Kommission/Deutschland, a. a. O., Randnr. 25, sowie Urteil vom 26. Februar 1991 in der Rechtssache C-180/89 (Kommission/Italien, Slg. 1991, I-709).

15 — Urteil Kommission/Italien, a. a. O., Randnr. 15.

Wahrheit würde der Grundsatz der Inländerbehandlung, da eine „Grenzüberschreitung" bei Dienstleistungen nicht mit einer festen Niederlassung einhergeht, angesichts dieses Merkmals des freien Dienstleistungsverkehrs unwillkürlich Einschränkungen mit sich bringen. Würde nämlich ein Staat ungeachtet des soeben Ausgeführten Ausländern die gleichen, eine feste Beziehung zu ihm voraussetzenden Bedingungen auferlegen wie Inländern, so würde er letztendlich in der Sache die betreffende Freiheit zunichte machen und gerade ihre Besonderheit gegenüber dem Niederlassungsrecht aufheben [16].

Zwar hat der Gerichtshof selbst dem weiten Anwendungsbereich des Verbots des Artikels 59 wichtige Grenzen gezogen, indem er Beschränkungen, die Inländer wie EG-Ausländer in gleicher Weise treffen, als rechtmäßig anerkannt hat, sofern sie sich aus der Anwendung innerstaatlicher Vorschriften ergeben, die zum Schutz von allgemeinen Interessen erforderlich und folglich für alle verbindlich sind.

14. Der Gerichtshof hat indessen auf dem Ausnahmecharakter der Möglichkeit von Abweichungen bestanden und hierzu festgestellt, daß der freie Dienstleistungsverkehr als fundamentaler Grundsatz des Vertrages nur beschränkt werden kann:

— durch Regelungen, die durch das Allgemeininteresse gerechtfertigt sind und die (unterschiedslos) für alle im Hoheitsgebiet des Bestimmungsstaats tätigen Personen und Unternehmen gelten;

— soweit diesem Interesse nicht bereits durch die Rechtsvorschriften Rechnung getragen ist, denen der Leistungserbringer in dem Staat unterliegt, in dem er ansässig ist;

— wenn außerdem diese Erfordernisse objektiv notwendig sind, das heißt sofern das gleiche Ergebnis nicht durch weniger einschränkende Regeln erreicht werden kann [17].

Kommen wir damit zur Prüfung der von der Mediawet aufgestellten Voraussetzungen; aus systematischen Gründen werde ich zunächst die die Sender betreffenden und sodann diejenigen behandeln, die sich auf die Werbemitteilungen beziehen.

— *Anforderungen an die Sender*

15. Die Kommission bringt vor, daß die Mediawet mit der Erstreckung des für inländische Sender geltenden Systems auf ausländische Sender die Übertragung von Programmen ausländischer Sender im Kabelnetz der Niederlande tatsächlich unmöglich mache, falls die Programme speziell für das niederländische Publikum bestimmte Werbung enthielten. Dies sei im wesentlichen darauf zurückzuführen, daß die ausländischen Sender, um diese Anforderungen zu erfüllen, in Staaten niedergelassen sein müßten, deren Rechtsvorschriften den in den Niederlanden geltenden nachgebildet seien.

In Wahrheit seien die betreffenden Maßnahmen, auch wenn sie formell ohne Unter-

16 — In diesem Sinne Tizzano, La libera circolazione dei servizi nella CEE, Profili generali, in: *Professioni e servizi nella CEE* (herausgegeben von Tizzano), Padua 1985, S. 20 ff.

17 — In Zusammenhang mit den drei genannten Voraussetzungen siehe die Urteile vom 18. Januar 1979 in den verbundenen Rechtssachen 110/78 und 111/78 (Van Wesemael, Slg. 1979, 35); vom 17. Dezember 1981 in der Rechtssache 279/80 (Webb, Slg. 1981, 3320); vom 4. Dezember 1986, Kommmission/Deutschland, a. a. O. Randnrn. 27 und 29, sowie zuletzt vom 26. Februar 1991, Kommission/Italien, a. a. O., Randnrn. 17 und 18.

schied anwendbar seien, aufgrund ihrer Natur doch tatsächlich diskriminierend. Da die anderen Mitgliedstaaten kein Hörfunk- und Fernsehsystem hätten, das dem in den Niederlanden bestehenden vergleichbar sei, ergebe es sich nämlich, daß die ausländischen Sender sich auf keinen Fall in derselben Situation befinden könnten wie die inländischen Sender. Die „materielle" Diskriminierung ergebe sich im wesentlichen aus der Gleichbehandlung von Situationen, die nicht vergleichbar seien.

16. Insoweit ist darauf hinzuweisen, daß nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes „nicht nur jede auf der Staatsangehörigkeit des Leistenden beruhende offene Diskriminierung" verboten ist, „sondern auch alle verdeckten Formen von Diskriminierung, die zwar scheinbar auf neutralen Kriterien beruhen, tatsächlich jedoch zum selben Ergebnis führen" [18].

Die von der Mediawet aufgestellten Anforderungen an die ausländischen Sender scheinen nun einen typischen Fall verdeckter Diskriminierung darzustellen. Auf jeden Fall können sie nicht als durch Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt betrachtet werden. Denn sie machen letzten Endes die Übertragung von Programmen aus anderen Mitgliedstaaten im Kabelnetz unmöglich, ohne doch Auswirkungen im Sinne des Ziels zu haben, das die niederländische Regierung zu verfolgen vorgibt: Schutz des Pluralismus und des nichtkommerziellen Charakters des Hörfunk- und Fernsehsystems.

17. Den ausländischen Sendern vorzuschreiben, keine Gewinne für Dritte zu erzielen, um damit, wie die niederländische Regierung beteuert, auszuschließen, daß sonst für die Finanzierung des Rundfunks bestimmte Beträge zweckentfremdet werden, sowie zu verlangen, daß diese Sender nicht in Gewinnerzielungsabsicht betrieben werden und damit die Werbeeinnahmen ausschließlich für die Finanzierung des Rundfunks eingesetzt werden, um „den ausländischen Sendern Möglichkeiten zu bieten, die denen des niederländischen Systems mindestens gleichkommen" (S. 24 der Klagebeantwortung), steht in Wahrheit in keinem Zusammenhang mit dem verfolgten Ziel. Es ist offensichtlich, daß die Erfüllung (oder Nichterfüllung) der genannten Anforderungen keinerlei Auswirkung auf das niederländische Hörfunk- und Fernsehsystem als solches hat.

Die fraglichen Anforderungen betreffen nämlich nicht den Inhalt der Programme; in Wahrheit verhindern sie, indem sie das Eindringen ausländischer Sender in den niederländischen Werbungsmarkt verhindern, daß der STER ein Teil der Werbeeinnahmen entzogen wird. Soweit man den Standpunkt vertreten sollte, daß diese Einnahmen eine Finanzierungsquelle für die inländischen Sendeanstalten darstellten und infolgedessen dazu beitrügen, unter diesem Blickwinkel den Pluralismus dieses Systems aufrechtzuerhalten, möchte ich dazu nur bemerken, daß es sich um ein Ziel handelt, das eindeutig wirtschaftlicher Art ist und auf jeden Fall außer Verhältnis zu dem verfolgten Zweck steht, vor allem wenn man berücksichtigt, daß der Teil der Finanzierung, den man als aus den Einnahmen der STER stammend ansehen kann, verglichen mit der Gesamtheit der öffentlichen Finanzmittel nur einen beschränkten Teil darstellt.

Bezüglich der Anforderung, daß die Werbemitteilungen von einer juristischen Person produziert sein müssen, die mit dem Sender nicht identisch ist, trägt die niederländische Regierung vor, sie solle verhindern, daß die Werbung den Inhalt der Programme beein-

18 — Urteil vom 3. Februar 1982 in den verbundenen Rechtssachen 62/81 und 63/81 (Seco, Slg. 1982, 223, Randnr. 8).

flusse; sie ziele daher auf den Schutz der Verbraucher im Hinblick auf die Qualität des Programms ab. Die niederländische Regierung beteuert aber zugleich, daß sie nicht fordere, daß eine solche Unterscheidung in den im Sendemitgliedstaat geltenden Rechtsvorschriften getroffen werde. Es sei vielmehr ausreichend, wenn bei dem betreffenden Sendeunternehmen Redaktion und Werbeabteilung juristisch getrennt seien; es wäre mit anderen Worten selbst eine bloße „Fiktion" geeignet, dem von der niederländischen Regierung aufgestellten Erfordernis zu genügen. Es versteht sich von selbst, daß eine solche Hypothese nicht als geeignet betrachtet werden kann, sicherzustellen, daß die Werbung die Programme nicht beeinflußt.

18. Die von der Mediawet aufgestellten Anforderungen an die ausländischen Sender sind damit unter keine der Ausnahmen vom freien Dienstleistungsverkehr einzuordnen; sie sind folglich unvereinbar mit Artikel 59 EWG-Vertrag.

— *Anforderungen an die Werbemitteilungen*

19. Bezüglich der von der Mediawet aufgestellten Anforderungen an die Werbung weise ich zunächst darauf hin, daß es sich um sowohl formell wie auch grundsätzlich in der Sache unterschiedslos anwendbare Maßnahmen handelt, mithin um *nichtdiskriminierende Beschränkungen.*

Weiter erinnere ich daran, daß der Gerichtshof Gelegenheit gefunden hat, zu den Beschränkungen bei der Fernsehwerbung in dem Urteil Debauve[19] und in dem Urteil Bond van Adverteerders[20] Stellung zu nehmen, und daß er im wesentlichen entschieden hat, daß nichtdiskriminierende Beschränkungen, solange die einschlägigen nationalen Rechtsvorschriften nicht harmonisiert seien, als mit dem Vertrag vereinbar betrachtet werden müßten.

In dem Urteil Debauve hat der Gerichtshof nämlich erklärt: „In Anbetracht der Besonderheiten bestimmter Dienstleistungen, wie etwa der Ausstrahlung und Übertragung von Fernsehsendungen, dürfen allerdings solche an den Leistungserbringer gestellten besonderen Anforderungen nicht als mit dem Vertrag unvereinbar angesehen werden, die sich aus der Anwendung von für bestimmte Arten von Tätigkeiten erlassenen Vorschriften ergeben, welche durch das Allgemeininteresse gerechtfertigt sind und für alle im Gebiet des betreffenden Mitgliedstaats ansässigen Personen oder Unternehmen gelten; dies gilt insoweit, als ein in einem anderen Mitgliedstaat ansässiger Leistungserbringer dort ähnlichen Vorschriften nicht unterworfen ist" (Randnr. 12).

Tatsächlich ist der Gerichtshof von der Feststellung ausgegangen, daß die meisten Mitgliedstaaten unterschiedlich weit gehende Beschränkungen der Ausstrahlung von Werbemitteilungen vorsehen, die vom absoluten Verbot bis zu Beschränkungen von Inhalt, Ziel, Dauer und Einzelheiten der Sendungen selbst gehen und durch den Umstand bestimmt sind, daß die Staaten in dem betreffenden Bereich Ziele allgemeiner Art verfolgen. Der Gerichtshof ist so zu der Feststellung gelangt, daß „unter Berücksichtigung der auf das Allgemeininteresse abstellenden Erwägungen, die den einschränkenden Regelungen auf diesem Gebiet zu-

19 — Urteil vom 18. Mai 1980 in der Rechtssache 52/79 (Slg. 1980, 833).

20 — Es sei daran erinnert, daß der Gerichtshof in diesem Urteil über die Auslegung des Artikels 59 EWG-Vertrag im Zusammenhang mit Artikel 4 Kabelregeling entschieden hat, der, soweit es die vorliegend bedeutsamen Aspekte angeht, durch Artikel 66 Mediawet ersetzt worden ist.

grunde liegen, ... die Anwendung dieser Rechtsvorschriften nicht als Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs angesehen werden [kann], soweit diese Vorschriften alle Dienstleistungen auf diesem Gebiet gleich behandeln, unabhängig davon, wo sie ihren Ursprung haben und welche Staatsangehörigkeit der Erbringer der Dienstleistung besitzt oder wo er ansässig ist" (Randnr. 13).

Diese Schlußfolgerung wird im wesentlichen durch das Urteil Bond van Adverteerders bestätigt, in dem der Gerichtshof Artikel 4 der Kabelregeling insoweit, als dieser ausländischen Sendern die Übertragung von speziell für das niederländische Publikum bestimmter Werbung sowie die Untertitelung der in den Niederlanden im Kabelnetz übertragenen Programme in niederländischer Sprache untersagte, für mit Artikel 59 unvereinbar erklärt, zugleich aber bestätigt hat, daß Beschränkungen, die ein Staat aus Gründen des Allgemeininteresses (in diesem Fall Anliegen der Kulturpolitik) angeordnet hat, für sich genommen nicht mit dem Vertrag unvereinbar sind, falls sie nicht diskriminierend sind und nicht außer Verhältnis zu den verfolgten Zielen stehen.

20. Aus der einschlägigen Rechtsprechung ergibt sich letztlich, daß der vom Vertragunmittelbar garantierte freie Dienstleistungsverkehr, solange die nationalen Rechtsvorschriften über den Rundfunk nicht harmonisiert sind [21], lediglich das Verbot beinhaltet, Fernsehmitteilungen restriktiver zu beschränken als die inländische Fernsehwerbung.

21 — Insoweit ist daran zu erinnern, daß die Richtlinie 89/552/EWG des Rates vom 3. Oktober 1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehtätigkeit (ABl. L 298, S. 23) am 3. Oktober 1991 in Kraft treten wird.

Ich füge hinzu, daß der Geichtshof in dem Urteil Bond van Adverteerders das „Verbot der Werbung für bestimmte Erzeugnisse oder an bestimmten Tagen, [die] Begrenzung der Zeitdauer oder der Häufigkeit der Sendungen" als objektive Beschränkungen betrachtet hat [22].

Mithin hat der Gerichtshof im wesentlichen solche Beschränkungen als durch das Allgemeininteresse gerechtfertigt angesehen, die sich aus bestimmten Anforderungen an Werbemitteilungen ergeben. Mit der vorliegenden Klage stellt die Kommission die Vereinbarkeit gerade derartiger Anforderungen mit Artikel 59 in Frage.

21. Die Kommission macht nämlich geltend, der Umstand, daß diese Anforderungen bei Werbemitteilungen, die nicht speziell für das niederländische Publikum bestimmt seien, nicht beachtet werden müßten oder jedenfalls nicht beachtet werden könnten, beweise, daß sie nicht im Allgemeininteresse, zum Beispiel zum Schutz des Fernsehzuschauers oder Radiohörers gegen übermäßige Werbung, vorgeschrieben seien.

Dieser Argumentation tritt die niederländische Regierung entgegen und meint, daß auf jeden Fall Hörer und Fernsehzuschauer, die ausländische Programme verfolgten, nur einen geringen Vomhundertsatz ausmachten und es infolgedessen ausreiche sicherzustellen, daß die Programme in niederländischer Sprache oder mit Untertiteln in niederländischer Sprache die vorgeschriebenen Anforderungen erfüllten.

Nach Meinung der Kommission hingegen ist das einzige Ziel der niederländischen Regierung, den niederländischen Werbemarkt

22 — Urteil vom 26. April 1988, a. a. O., Randnr. 37.

zugunsten des inländischen Rundfunksystems gegen die ausländische Konkurrenz zu schützen.

22. Ich bemerke hierzu, daß Rechtsvorschriften der vorliegenden Art bei genauer Betrachtung geeignet sind, die Übertragung von Programmen, die speziell für das niederländische Publikum bestimmte Werbemitteilungen enthalten, für ausländische Sender teuerer und schwieriger zu machen, und sei es nur, weil sie gezwungen sind, ihre Programmme umzugestalten, um die betreffenden Anforderungen zu erfüllen. Anforderungen etwa wie die Beschränkung auf 5 % und das Verbot der Übertragung von Werbung an Sonntagen ergeben tatsächlich insofern eine Sonderregelung für die Sender anderer Mitgliedstaaten, als nur in ihrem Fall ein Teil des Programms herausgenommen werden muß.

Die betreffenden Anforderungen sind daher geeignet, tatsächlich in erster Linie die Tätigkeit ausländischer Sender zu behindern, und stellen eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs für den betroffenen Bereich dar. Ich habe daher einige Zweifel, ob es sich unter diesem Blickwinkel um Anforderungen handelt, die ohne weiteres als „objektive" angesehen werden können, da der Unterschied zu den bereits geprüften drei Anforderungen eher scheinbar als wirklich besteht.

23. Es darf jedoch nicht außer acht gelassen werden, daß eine solche Beschränkung auf der Grundlage von mit dem Allgemeininteresse zusammenhängenden Erfordernissen wie etwa gerade dem Verbraucherschutz gerechtfertigt sein kann, den der Gerichtshof selbst mehrere Male als schutzwürdiges Erfordernis im Bereich der Dienstleistungen angesehen hat[23].

Vorliegend nun ist es unstreitig, daß die beanstandeten Maßnahmen nichtdiskriminierend sowohl auf inländische wie auf ausländische Sender zur Anwendung gelangen und nicht außer Verhältnis zu dem angestrebten Ziel stehen (denn ist nicht nachgewiesen, daß das von den niederländischen Behörden angestrebte Ergebnis mit weniger einschneidenden Vorschriften erreicht werden könnte).

Sicherlich setzt sich auf diese Weise das Recht des Empfangsstaats und nicht, wie dies doch bei einer Liberalisierungsregelung wie der im Vertrag und allgemein vom Gerichtshof selbst vorausgesetzten eigentlich der Fall sein sollte, das des Sendestaats durch.

Dies zeigt indessen lediglich, daß der freie Dienstleistungsverkehr ganz wie der freie Warenverkehr, obwohl es um eine vom Vertrag garantierte Grundfreiheit geht, mit nicht weniger „grundlegenden" Anforderungen wie vorliegend dem Verbraucherschutz abgestimmt werden muß (solange eine Harmonisierung auf Gemeinschaftsebene fehlt).

24. Letztlich sind daher die von Artikel 66 der Mediawet aufgestellten Anforderungen an Werbemitteilungen, obwohl sie eine tatsächliche Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs darstellen, mit Artikel 59 insoweit vereinbar, als sie durch die Verfolgung eines schutzwürdigen Allgemeininteresses, des Verbraucherschutzes, gerechtfertigt sind.

23 — Vgl. zuletzt das Urteil vom 4. Dezember 1986, Kommission/Deutschland, a. a. O., Randnr. 33, sowie das Urteil vom 26. Februar 1991, Kommission/Italien, a. a. O., Randnr. 20.

25. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen schlage ich daher dem Gerichtshof vor,

— festzustellen, daß das Königreich der Niederlande dadurch gegen seine Verpflichtungen aus Artikel 59 EWG-Vertrag verstoßen hat, daß es einem inländischen Unternehmen die Herstellung von Programmen für die inländischen Sendeanstalten — ganz oder zum Teil — vorbehalten und daß es den ausländischen Sendern für die Übertragung von Programmen, die speziell für das niederländische Publikum bestimmte Werbung enthalten, vorgeschrieben hat, daß sie nicht in Gewinnerzielungsabsicht tätig sein und keine Gewinne für Dritte erzielen dürfen und die Durchführung der Werbung einer unabhängigen juristischen Person übertragen müssen;

— die Klage im übrigen abzuweisen;

— dem Beklagten die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

26. In der Rechtssache C-288/89 schlage ich dem Gerichtshof vor, die ihm vom niederländischen Raad van State vorgelegten Fragen wie folgt zu beantworten:

1) Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs durch unterschiedslos anwendbare nationale Rechtsvorschriften sind mit Artikel 59 nur vereinbar, wenn sie durch zwingende, auf dem Allgemeininteresse beruhende Erfordernisse gerechtfertigt sind und diese Erfordernisse nicht durch weniger einschneidende Bedingungen zu verwirklichen sind.

2) Die Verfolgung eines Ziels der Kulturpolitik wie der Erhaltung eines pluralistischen Rundfunksystems kann grundsätzlich ein zwingendes Erfordernis sein, das eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs rechtfertigt.

3) Artikel 59 EWG-Vertrag ist dahin auszulegen, daß er der Anwendung einer nationalen Regelung wie Artikel 66 der Mediawet, mag sie auch unterschiedslos anwendbar sein, entgegensteht, wenn diese die Übertragung von Programmen aus anderen Mitgliedstaaten, die speziell für das inländische Publikum bestimmte Werbung enthalten, davon abhängig macht, daß der Sender nicht in Gewinnerzielungsabsicht tätig ist, keine Gewinne für Dritte erzielt und die Werbung durch eine vom Sender unabhängige juristische Person durchführen läßt; hingegen ist bei Fehlen einer Harmonisierung die Anforderung, daß nur Werbemitteilungen übertragen werden dürfen, die als solche erkennbar sind, daß die Werbung nicht mehr als 5 % der Sendezeit in Anspruch nehmen darf und daß sie nicht an Sonntagen gesendet werden darf, durch zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses gerechtfertigt.