

Blick nach Brüssel

EuGH-Verfahren zu Dienstleistungsfreiheit und Warenverkehrsfreiheit sowie Review des TK-Richtlinienpakets vor dem Durchbruch

I. Verbot landesweiter Fernsehwerbung EG-rechtlich unzulässig bei gleichzeitiger Erlaubnis lokaler Fernsehwerbung

Der Europäische Gerichtshof hat in seinem Urteil vom 17.07.2008 in der Rechtssache C-500/06¹ ein aktuelles Vorlageverfahren eines italienischen Zivilgerichts dazu nutzen können, eine weitere Klärung zur Zulässigkeit von Werbeverboten für TV-Veranstalter auf nationaler Ebene herbeizuführen. Der Hintergrund ist knapp skizziert: Einem zivilrechtlichen Streit liegt ein Vertragsverhältnis zwischen der spanischen Gesellschaft Corporation Dermoestética SA und der italienischen Werbeagentur To Me Group Advertising Media zugrunde. Gegenstand des Verfahrens ist eine Forderung wegen Nichterfüllung dieses Vertrages über die Veranstaltung einer Werbekampagne für Dermoestética durch To Me Group in Italien. Dermoestética hatte To Me Group am 10.10.2005 den Auftrag erteilt, eine Werbekampagne durchzuführen, die über den nationalen italienischen Fernsehsender Canale 5 verbreitet werden und Dienstleistungen der kosmetischen Medizin zum Gegenstand haben sollte. Nach Erhalt eines Vorschusses von 2.000,00 € teilte To Me Group seiner Auftraggeberin Dermoesté-

tica mit, dass die Verbreitung der vorgesehenen Werbespots über nationale Fernsehkanäle aufgrund des Gesetzes 175/1992 unmöglich sei, erklärte sich aber bereit, sich stattdessen um Werbezeiten auf lokalen Fernsehkanälen zu bemühen, wo derartige Werbespots erlaubt seien. Daran hatte der Auftraggeber offensichtlich kein Interesse und verlangte den Vorschuss der To Me Group zurück, die nicht zahlen wollte. Die Werbeagentur macht nun geltend, ihr sei die Erfüllung ihrer vertraglichen Verpflichtungen unmöglich, während Dermoestética im Verfahren vorträgt, die italienische Regelung über die Werbung medizinischer Einrichtungen, insbesondere die Bestimmungen, nach denen die Verbreitung einer solchen Werbung über landesweite Fernsehsender verboten ist, sei mit den Artikeln 43 EG (Niederlassungsfreiheit) und 49 EG (Herstellung des freien Dienstleistungsverkehrs) unvereinbar. Das vorliegende Gericht weist hierzu darauf hin, dass das Verbot der medizinischen Werbung über landesweite Fernsehsender nicht mit dem Gemeinschaftsrecht in Einklang stehe. Es handele sich um eine ungerechtfertigte Beschränkung nach den genannten Vertragsnormen. So gelangte der Fall zur Vorabentscheidung zum EuGH.

Die Besonderheit des Falls liegt darin, dass nach dem italienischen Gesetz 175/1992 Fernsehwerbung für medizinisch-chirurgische Behandlungen, die in privaten Gesundheitseinrichtungen vorgenommen werden, vorbehaltlich einer nach Anhörung der Berufskammern gewährten Genehmigung der örtlichen Verwaltung und vorbehaltlich der Einhaltung eines Ausgabenrahmens von 5% des für das Vorjahr erklärten Einkommens nur über lokale Fernsehsender erlaubt ist, was nach Auffassung des vorlegenden Gerichts einem Verbot dieser Werbung über nationale Fernsehsender gleichkommt². Der Gerichts-

1. Corporation Dermoestética SA / To Me Group Advertising Media, abgedruckt u.a. in EuZW 16/2008, S. 505 ff.

2. So Begründung zu den Vorlageverfahren unter Rdn. 30.

hof wiederholt seine grundsätzlichen Ausführungen, dass Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit solche Maßnahmen sind, die die Ausübung dieser Freiheiten verbieten, behindern oder weniger attraktiv machen³. Die italienische Gesetzesregelung führe faktisch zu einem Verbot dieser Werbung über nationale Fernsehsender und stelle ein ernsthaftes Hindernis für die Ausübung ihrer Tätigkeiten für Unternehmen dar, die ihren Sitz in anderen Mitgliedstaaten hätten. Diese Regelung sei daher geeignet, den Zugang dieser Marktteilnehmer zum italienischen Markt zu erschweren. Selbiges gelte in der Empfangsfreiheit von Dienstleistungen italienischer Anbieter für die Verbreitung von Fernsehwerbung, also TV-Veranstalter wie Canale 5 oder Kabelnetzbetreiber.

Der EuGH führt die nach seiner ständigen Rechtsprechung bekannten vier Voraussetzungen aus, wonach solche Maßnahmen zulässig sein können: Sie müssen in nichtdiskriminierender Weise angewandt werden (1), sie müssen zwingenden Gründen des Allgemeininteresses entsprechen (2), sie müssen zur Erreichung des verfolgten Ziels geeignet sein (3) und sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist (4)⁴. Eine Diskriminierung EU-ausländischer Marktteilnehmer lag offensichtlich nicht vor. Der EuGH schließt ferner nicht aus, dass der Gesundheitsschutz zu den zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gehört und eine Beschränkung der Fernsehwerbung für von privaten Gesundheitseinrichtungen vorgenommene medizinisch-chirurgische Behandlungen im Hinblick auf das Ziel des Schutzes der öffentlichen Gesundheit gerechtfertigt werden können. Bei der Prüfung der Erforderlichkeit weise die italienische Regelung aber insoweit einen Widerspruch auf, als zugleich die Möglichkeit eröffnet werde, eine solche Werbung über lokale Fernsehsender zu verbreiten. Damit sei die Regelung nicht geeignet, dem genannten Ziel in sachgerechter Weise zu dienen. Mithin war die italienische Regelung als gemeinschaftswidrig zu erklären. Der Duktus der EuGH-Entscheidung ist nicht neu, enthält aber eine für alle Mitgliedstaaten pikante Neuigkeit: Eine Unterscheidung der Werberegulungen zwischen nationalen TV-Ausstrahlungen auf der einen Seite und lokalen oder regionalen TV-Ausstrahlungen auf der anderen Seite wird künftig kaum noch realisierbar sein, da die Konsistenz und damit die Verhältnismäßigkeit einer nationalen Beschränkung bei gleichzeitiger Erlaubnis auf der anderen örtlichen Ebene durch den nationalen Gesetzgeber, der die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit und der Niederlassungsfreiheit rechtfertigen will, nicht mehr vertretbar ist.

II. Schlussanträge des Generalanwalts Yves Bot vom 08.07.2008 in der RS C-110/05 (Kommission/Italien) – Keck-Rechtsprechung zu „Maßnahmen gleicher Wirkung“ i.S. von Art. 28 EG vor grundlegender Änderung?

In der epochalen Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 24.11.2003⁵ hatte sich der EuGH dem Dauerbombardement von Verfahren zur Feststellung von „Maßnahmen gleicher Wirkung“ i.S. des Art. 28 EG durch einen Befreiungsschlag entledigt. Mit diesem Urteil erklärte er den Marktteilnehmern in der Gemeinschaft, dass Maßnahmen gleicher Wirkung i.S. von Art. 28 EG-Vertrag nur solche sein können, die sich auf *Produktregelungen* beziehen, also solche, die die Zusammensetzung, Verpackung und Präsentation des Produkts betreffen. Nur diese waren auf ihre Kompatibilität mit der Warenverkehrsfreiheit bei grenzüberschreitendem Warenverkehr zu überprüfen. Alle anderen sogenannten „bestimmten Verkaufs-

modalitäten“ wie Vertriebs- und Werberegulungen seien von Art. 28 nicht erfasst, wenn sie in gleicher Weise für in- und EG-ausländische Erzeugnisse gelten und den Absatz beider Arten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren⁶. An einem Beispiel simplifiziert bedeutet dies: Wenn ein EG-ausländisches Nahrungsmittel die Grenze in dem Handel eines anderen EG-Staat nicht überschreiten durfte, weil bestimmte Nahrungsbestandteile dort verboten waren, die dieses Produkt im Einklang mit dem heimischen Recht enthielt, so unterfiel dies der Prüfung des EuGH nach Warenverkehrsfreiheit. Wenn der Verkauf dieser Produkte in einem Supermarkt beispielsweise nur in Regalen in Augenhöhe von Erwachsenen und nicht tiefer erlaubt war, so war dies eine Verkaufsmodalität, die der EuGH nicht an den Maßstäben der Warenverkehrsfreiheit messen wollte.

In einem nun anhängigen Fall hat der Generalanwalt Yves Bot in seinem Schlussantrag vom 08.07.2008⁷ für eine Modifikation dieser Rechtsprechung plädiert. Die Trennung des EuGH sei vielfach künstlich und habe sich von der Rechtsprechung zu anderen Verkehrsfreiheiten entfernt. Entscheidendes Kriterium für die Anwendung des Art. 28 EG ist für Generalanwalt Bot die Wirkung der staatlichen Maßnahmen auf den Marktzugang; dies sei allen gemeinschaftlichen Verkehrsfreiheiten gemeinsam⁸, worauf bereits in früheren Verfahren hingewiesen worden war. Die hergebrachte, statisch an der Keck-Doktrin haftende EuGH-Rechtsprechung kontrolliere den Aspekt des Marktzugangs nicht mehr hinreichend, wiewohl die gerichtliche Kontrolle nicht grenzenlos sein müsse. Verfahrensgegenstand war das italienische Verbot der Benutzung von Anhängern (mit Ausnahme im Ausland zugelassener Fahrzeuge) in der Straßenverkehrsordnung, die Herstellern den italienischen Markt versperre. Bot wörtlich:

*„Diese Regelungen sind Beschränkungen, die dem Vertrag zuwiderlaufen, weil sie durch die Behinderung des Zugangs neuer Wirtschaftsteilnehmer zum Markt objektiv Hemmnisse für die Verkehrsfreiheiten darstellen. Derartige Maßnahmen schreiben den bestehenden Marktzustand fest und verstoßen daher ihrer Natur nach gegen die Verkehrsfreiheiten und den freien Wettbewerb, auf denen der Gemeinsame Markt gerade beruht.“*⁹

Entscheidend ist nach Auffassung des Generalanwalts Bot die Rechtfertigungsprüfung. Das Anhängerverbot der italienischen Straßenverkehrsordnung schieße wohl über das Ziel hinaus, weil sich auch weniger beschränkende Maßnahmen denken ließen. Die italienische Regelung weise verkappt protektionistische Züge auf, denn in Italien besteht keine eigene Anhängerproduktion.

Reich¹⁰ sieht im Schlussantrag eine Bewegung zu einer „flexiblen Handhabung der Differenzierungen aus der Keck-Rechtsprechung durch Abstellen auf das zentrale Merkmal des Marktzugangs“. Setzt sich die Auffassung des Generalanwalts durch, so müsste jede nationale, die Warenverkehrsfreiheit beschränkende Maßnahme auf ihre Wirkung geprüft werden, da offensichtlich nicht jede lokale oder regionale Nutzungsbeschränkung geeignet ist, den Warenverkehr zu beeinflussen. Der zukünftige Vortrag in entsprechenden Verfahren wird sich daher weniger an der filigranen Trennung zwischen Produktregelungen und Verkaufsmodalitäten festhalten dürfen, als vielmehr den Beweis antreten müssen, dass die als gemeinschaftsrechtswidrig empfundene nationale Regelung marktzugangser schwerend wirkt.

6. Vgl. näher: Reich, EuZW 16/2008 S. 458 f.

7. Rechtssache C-110/05, auffindbar unter <http://curia.europa.eu/juris/cgi-bin/form.pl?lang=en&Submit=Rechercher&alldocs=alldocs&docj=docj&docop=docop&docor=docor&docjo=docjo&numaff=C-110/05&datefs=&datefe=&nomusuel=&domaine=&mots=&resmax=100> [letzter Abruf: 18.09.2008].

8. Rdn. 83, 123.

9. So Rdn. 127.

10. EuZW 16/2008 S. 485 [486].

3. A.a.O., Rdn. 32, m.w.N.

4. A.a.O., Rdn. 35, m.w.N.

5. Sogenannte Keck-Rechtsprechung im Fall C-267/91, Slg. 1993 S. I-6097.

III. TK-Review in der Endphase

Vier Jahre nach der Verabschiedung des Rechtsrahmens für elektronische Kommunikation aus dem Jahre 2002 hatte die Kommission im Jahre 2006 zum TK-Review aufgerufen¹¹. Die geplanten Änderungen im Einzelnen bezogen sich auf das Marktanalyseverfahren und Vorabregulierung, Verfahrensverbesserungen, Ausweitungen des Vetorechts der Kommission auf Regulierungsmaßnahmen, Vorabregulierung von Anbietern ohne beträchtliche Marktmacht, aufschiebende Wirkung von Rechtsbehelfen sowie eine Reihe von Änderungen der Markttempfhlungen, Frequenzmanagement, Stärkung der Verbraucher- und Nutzerinteressen, Sicherheitserhöhung, Nummernvergabe, Universaldienste und Aufhebung erledigter Vorschriften. Im November 2007 nahm die Kommission die Review-Vorschläge der zuständigen Kommissarin Viviane Reding an¹². Im laufenden Jahr wurde das Maßnahmenpaket dem Europäischen Parlament zur Debatte vorgelegt und wird im Rat verhandelt. Es ist das Ziel der Kommission, das Maßnahmenpaket in Form einer Vielzahl von Richtlinienänderungen im Jahre 2010 nach entsprechender nationaler Umsetzung in Kraft zu setzen.

Bei der Debatte im Parlament am 02.09.2008 gewannen die Konsumenten-bezogenen Themen die Oberhand. Ein wesentlicher Stein des Anstoßes zwischen Kommission, Parlament und Rat war zu diesem Zeitpunkt und möglicherweise auch noch zum Zeitpunkt der letzten Lesung am 22. bis 25.09.2008 die Frage der Einrichtung einer europäischen Regulierungsbehörde. Die „European Electronic Market Communications Authority (EECA)“ soll neben einem Board of Appeal und einem Board of Regulators von einem Direktor und seinen Behördenbeamten gemanagt werden und dabei die Rolle eines unabhängigen europäischen Regulierers übernehmen. Anfäng-

lich hatte die Kommission von einer europäischen Superregulierungsbehörde in ihren Vorschlägen abgesehen, dann aber doch aus der Kritik an der wenig effizient in Erscheinung getretenen European Regulators Group (ERG) – der bestehenden Kooperation der nationalen Regulierungsbehörde – die Konsequenzen gezogen und ein „Community Body“ vorgeschlagen. Die Sicht der nationalen Regulierungsbehörden dazu ist eindeutig ablehnend¹³. Das Paket wird vor Jahresende Parlament und Rat passiert haben und die Auswirkungen auf die Telekommunikationsmärkte, auch auf die auf diesen Märkten tätigen Medienunternehmen werden entscheidend sein. Viviane Reding führt am 16.09.2008 in einer Rede vor dem CER-Seminar aus:

„Wir vertrauen darauf, dass Rat und Parlament als Co-Legislatoren die Gelegenheit ergreifen werden, um das wahre Potential eines einheitlichen europäischen Telekommunikationsmarktes zu erschließen. Europas Betreiber und Bürger haben lange darauf gewartet, so dass wir ambitiös in der Umsetzung sein müssen. Europa und seine 500 Millionen Bürger verdienen nicht weniger als das.“

Rechtsanwalt Michael Schmittmann, Düsseldorf¹⁴

11. Mitteilung der Kommission vom 29.06.2006, KOM (2006) S. 334; vgl. ausführlicher zum Sachstand 2006: *Enaux/Worok*, CR 11/2006 S. 736 ff., und *Ladeur*, K&R 4/2007 S. 187 (193 f.). Zum Hintergrund auch *Holzengel/Schumacher*, DVBl. 2007 S. 409 ff., mit Ausführungen auch zum Energiewirtschaftssektor.
12. Vgl. unter http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecommtomorrow/index_en.htm [letzter Abruf: 18.09.2008].
13. Vgl. Präsentation von Dr. *Iris Henseler-Unger*, „The Regulatory Agenda: 2008-2009“, vorgetragen auf der 19th Annual Communications and Competition Law Conference, Munich, 19.05.2008, zu beziehen über den Unterzeichner.
14. Der Verfasser Rechtsanwalt *Michael Schmittmann* ist Partner in der Sozietät *Heuking Kühn Lüer Wojtek*, Düsseldorf.