



Zum Gestaltungsspielraum der EU-Mitgliedstaaten bei Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit

**Eine Untersuchung am Beispiel einer Regelung
bezüglich der Medienvielfalt in Deutschland**

Prof. Dr. Mark D. Cole

Wissenschaftlicher Direktor
des Instituts für Europäisches Medienrecht (EMR)



Institut für Europäisches Medienrecht
Institute of European Media Law
Institut du droit européen des médias

Institut für Europäisches Medienrecht (EMR) e.V.
Franz-Mai-Straße 6
D-66121 Saarbrücken
Telefon: +49 681 992 75 11
Telefax: +49 681 992 75 12
E-Mail: emr@emr-sb.de
Webseite: www.emr-sb.de

Juni 2020

Executive Summary

1. Das vorliegende Rechtsgutachten behandelt die Frage, welchen Gestaltungsspielraum die EU-Mitgliedstaaten haben, wenn sie Grundfreiheiten einschränken. Konkret geht es um eine in einem aktuellen Verfahren beim Gerichtshof der Europäischen Union umstrittene Vorschrift im deutschen Medienrecht, die die Aufrechterhaltung von Medienvielfalt zum Ziel hat und bei der das vorlegende Gericht nach der Vereinbarkeit der Vorschrift mit der Dienstleistungsfreiheit fragt. Es handelt sich dabei um eine zentrale Frage, weil die mitgliedstaatlichen Handlungsmöglichkeiten bei der Einschränkung von Grundfreiheiten auch die Kompetenzverteilung zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten berühren. Der Gerichtshof hat in diesem Verfahren die Möglichkeit, seine bisherige Rechtsprechung dazu zu bestätigen und für den Anwendungsfall medienvielfaltssichernder Regelungen zu unterstreichen.
2. Die Frage ist anhand der zur Dienstleistungsfreiheit entwickelten Prüfkriterien zur Verhältnismäßigkeit zu beantworten. Zwar ist fraglich, ob die konkrete Konstellation des Ausgangsverfahrens überhaupt zu einer relevanten Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit führt, aber soweit diese einschlägig ist, kommt es auf die Rechtfertigung nach primärrechtlichem Maßstab an. Möglicherweise einschlägiges Sekundärrecht, namentlich die Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste, enthält keine Regelung zur regionalen oder lokalen Medienvielfalt oder daraus abgeleiteter Grenzen von (mitgliedstaatlichen) Werbeverböten im Rundfunk und ist damit hinsichtlich der streitgegenständlichen Vorschrift im nationalen Recht nicht anwendbar. Neben der Dienstleistungsfreiheit kommt es entscheidend darauf an, wie die Medienvielfalt verankert ist und welche Rolle sie daher bei der Einschränkung von Grundfreiheiten spielen kann. Die Medienvielfalt ist ein grundrechtlich geschütztes Ziel, wie sich bereits aus Art. 10 EMRK aufgrund der Rechtsprechung des EGMR und Art. 11 GRC und der expliziten Aufnahme in dessen Abs. 2 ergibt.
3. Die Länder als zuständige Gesetzgeber in Deutschland haben § 7 Abs. 11 im Jahr 2016 neu in den Rundfunkstaatsvertrag aufgenommen. Die Regelung enthält für den bundesweiten Rundfunk (Hörfunk und Fernsehen) ein allgemeines Verbot der regionalisierten Werbung, also insbesondere der Einspeisung regionalspezifischer Werbeinseln in bundesweit gesendeten Rundfunkprogrammen in Kabelnetzen. Die Bestimmung ist mit einer Öffnungsklausel für die jeweiligen Landesgesetzgeber verbunden, die für Anbieter im jeweiligen Bundeslandgebiet Ausnahmen vom Verbot einführen können. Hintergrund der Einführung war, dass sich die Länder aufgrund eines Urteils des Bundesverwaltungsgerichts zu einer Klarstellung veranlasst sahen, dass regionalisierte Werbung in diesen Programmformen weiterhin (und nun explizit) verboten sein soll. Im Nachgang zum dies ermöglichenden Urteil hatten bundesweite Fernsehprogrammanbieter angekündigt, auch regionalisierte Werbung ausstrahlen zu wollen. Weil insbesondere typische Werbekunden von regional operierenden Medienunternehmen als Kunden angesprochen wurden, sahen die Länder eine Gefahr, dass regionale Werbekunden in erheblichem Umfang von Presse- und Hörfunkanbietern zu bundesweit tätigen Rundfunkveranstaltern abwandern. Der damit einhergehenden Gefährdung der Finanzierungsmöglichkeiten für publizistische Beiträge zur regionalen Meinungs- und Medienvielfalt

durch regionale und lokale Medienanbieter insgesamt sollte ausweislich der Amtlichen Begründung begegnet werden.

4. Wenngleich sich die Frage der Beschränkung von Grundfreiheiten vornehmlich aus der Bestimmung des Geltungsbereichs der jeweiligen Grundfreiheit und den Grenzen mitgliedstaatlicher Maßnahmen beantworten lässt, spielen weitere Grundprinzipien des EU-Rechts eine Rolle. Insbesondere im Zusammenhang mit Vorschriften, die dem Schutz der Medienvielfalt dienen, ist die Kompetenzabgrenzung zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten wichtig. Schon aus dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung ergibt sich, dass aus den in den Verträgen zur EU verankerten Zielbestimmungen keine allgemeinen Befugnisse der EU ableitbar sind. Gerade die Schaffung eines europäischen Binnenmarkts als Regelungsziel fällt nicht in die ausschließliche Regelungskompetenz der EU, sondern ist mit den Mitgliedstaaten geteilt. Insoweit ist die Kulturquerschnittsklausel zu beachten, wonach harmonisierende Regelungen mit kulturellem Schwerpunkt unzulässig sind. Daher ist bei medienbezogenen Vorschriften danach zu differenzieren, ob die wirtschaftliche Komponente oder die den Mitgliedstaaten vorbehaltene Regelung der kulturell-gesellschaftlichen Dimension im Vordergrund steht. Soweit es Überlagerungen zwischen Kompetenzen gibt, weil eine Materie nicht eindeutig einem Bereich zuzuordnen ist, gibt es keine Grundregel zugunsten einer Regelungsbefugnis durch die EU. Dies gilt auch im Anwendungsbereich der Grundfreiheiten, die bei Einschlägigkeit nicht dazu führen können, dass mitgliedstaatliche Regelungskompetenzen verdrängt werden.
5. Daneben ist festzustellen, dass es zu den Zielen der EU gehört, Vielfalt und Unterschiedlichkeit in den Mitgliedstaaten zu wahren und gerade das Mediensystem und Inhalteangebot auf jeweils spezifische nationale, regionale und lokale Bedürfnisse zugeschnitten sein müssen. Dem wird in den konstituierenden Strukturprinzipien der Union Rechnung getragen, insbesondere auch durch den Respekt der nationalen Identität der Mitgliedstaaten. Weil Medienvielfalt auch in ihrer regionalen Natur elementar und nur aus Sicht des jeweiligen Mitgliedstaates bzw. seiner Untergliederungen beantwortet werden kann, gehört diese zum Kernbestand mitgliedstaatlicher Regelungen.
6. Medienvielfalt ist ein anerkanntes Allgemeinwohlziel. Dies ergibt sich nicht nur aus der Verankerung als Bestandteil der Grundrechte zur Meinungs-, Informations- bzw. Medienfreiheit, sondern auch aus der Heraushebung des besonderen Werts der Vielfalt der Medien in der GRC. Pluralismussicherung wird von den Mitgliedstaaten erwartet, ist aber nicht Regelungsgegenstand für die EU. Sowohl der EGMR als auch der EuGH haben eine umfassende Rechtsprechung zur Bedeutung der Medienvielfalt allgemein und insbesondere in ihrer Rolle als legitimes Ziel zur Einschränkung von Grundrechten bzw. Grundfreiheiten entwickelt. Deutschland folgt diesem Ziel, indem die Sicherung der Medienvielfalt Basis und Leitziel der Regulierung des Rundfunksektors überhaupt ist.
7. Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit, sofern diese überhaupt durch eine Maßnahme wie der dem Vorlageverfahren zugrundeliegenden Vorschrift im Rundfunkstaatsvertrag betroffen ist, sind zulässig, wenn sie gerechtfertigt sind. Dazu müssen die Maßnahmen der Mitgliedstaaten in nicht-diskriminierender Weise angewandt werden, zwingenden Gründen des Allgemeininteresses entsprechen, und zur Erreichung des verfolgten Zieles geeignet und angemessen im engeren Sinne sein. Zudem sind solche Regelungen in ein Gesamtgefüge einzupassen, das im Blick auf das

Regulierungsziel den nationalen Rechtsrahmen systematisch und kohärent erscheinen lässt. Die an diesen Kriterien orientierte Kontrolle durch den Gerichtshof umfasst aber in Vorlagefragen keine Nachprüfung der nationalen Maßnahme darauf hin, ob es die aus seiner Sicht sachgemäßeste Lösung ist. Vielmehr beschränkt er sich darauf zu prüfen, ob die Mitgliedstaaten zur Begründung der Einschränkung nicht eine Maßnahme gewählt haben, die offensichtlich die praktische Wirksamkeit der Grundfreiheit vollständig und dauerhaft ausschließt oder unverhältnismäßig ist. Dieser zurück genommene Prüfungsumfang ist besonders bei Maßnahmen zum Schutz der Medienvielfalt wichtig, weil diese im Kompetenzbereich der Mitgliedstaaten liegt.

8. Die Besonderheit der vorliegenden Konstellation liegt darin, dass ein Grundrechtsziel zur Beschränkung der Grundfreiheit gewählt wird. Die doppelte Betroffenheit von Grundfreiheiten und Grundrechten führt aber nicht zu einem strengeren Maßstab bei der Beurteilung der mitgliedstaatlichen Regelung, sondern verlangt nur, dass beide Aspekte in der Rechtfertigung berücksichtigt werden. Den Mitgliedstaaten verbleibt daher ein Gestaltungsspielraum bei der Wahl der Einschränkung, wie insbesondere in der Rs. *Dynamic Medien* vom Gerichtshof herausgearbeitet worden ist. Daher ist es auch unschädlich, dass im Vergleich mitgliedstaatlicher Systeme unterschiedliche Regelungen bestehen, obwohl alle zur Sicherung des in den Mitgliedstaaten und der EU selbst anerkannten Grundwerts der Medienvielfalt dienen.
9. Der Gerichtshof verlangt im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung, dass mitgliedstaatliche Maßnahmen „tatsächlich dem Anliegen gerecht [werden], es in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen“. Dazu muss die Maßnahme tauglich sein, den damit verfolgten Zweck zu fördern, was aber nur von vornherein in jeder möglichen Auswirkung nicht zur Zielerreichung beitragende Regelungen ausschließt. Mit dem Kriterium „tatsächlich“ wird keine Beweisführung verlangt, dass genau ein bestimmter Effekt erreicht wird. Im Rahmen der Angemessenheit im engeren Sinne ist bei gleich geeigneten Maßnahmen diejenige zu wählen, die nicht über das hinausgeht, „was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich“ ist. Diese Frage kann wiederum nur unter Berücksichtigung des Beurteilungsspielraums der Mitgliedstaaten beantwortet werden. Die zurück genommene Kontrolldichte bei der Nachvollziehung der Abwägungsentscheidung des Mitgliedstaates trägt dem Rechnung. Auch die Kohärenz verlangt nicht, dass nur eine bestimmte von mehreren möglichen Maßnahmen gewählt worden ist, sondern dass die Maßnahme sich in das Gesamtregulierungsgefüge einfügt.
10. Ein Vergleich mit der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips auf Handlungen der Legislativorgane der EU bestätigt den zurückgenommenen Überprüfungsrahmen. Auch hier beschränkt sich der Gerichtshof darauf zu prüfen, ob die Grenzen des Handelns beachtet worden sind, so dass den Unionsorganen bei der Abwägungsentscheidung ein nur bedingt überprüfbarer Beurteilungsspielraum verbleibt. Dies hat sich etwa im Urteil zur Tabakwerbeverbots-Richtlinie gezeigt, bei der auch ein fast vollständiges Verbot der Werbung innerhalb des weiten Ermessens des Gemeinschaftsgesetzgebers gelegen habe, weil komplexe Beurteilungen vorzunehmen waren. Nur Maßnahmen, die zur Zielerreichung offensichtlich ungeeignet sind, überschreiten daher den Spielraum. Soweit dies für Unionsorgane in ihrem Zuständigkeitsbereich gilt, ist dies als Prüfungsmaßstab auch für die Kontrolle mitgliedstaatlichen Handelns heranzuziehen. In solchen Fallkonstellationen beschränkt sich der Gerichtshof daher darauf, dem vorliegenden nationalen

Gericht sachdienliche Hinweise zu geben, anhand derer die Verhältnismäßigkeitsprüfung unter Berücksichtigung des den Mitgliedstaaten zustehenden Spielraums durchgeführt werden kann.

11. Die Anwendung dieser Prüfkriterien auf die streitbefangene Vorschrift des § 7 Abs. 11 RStV zeigt, dass schon die Eröffnung des Schutzbereichs in der konkreten Situation fraglich ist. Die Vorschrift gilt nicht-diskriminierend und führt nicht zu einer vollständigen Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit, weil das Senden und Schalten von regionalisierter Werbung weiterhin möglich ist. Auf Seiten von Werbetreibenden etwa durch das Schalten von Werbung im lokalen oder regionalen Fernsehen sowie dem Hörfunk und der Presse. Aber auch in Bezug auf das Schalten regionalisierter Werbung im bundesweiten Rundfunk eröffnet das von den Ländern gewählte Regelungs(gesamt)konzept mit den Regionalfenstern eine solche Möglichkeit. Aus der Grundfreiheit ist kein Anspruch ableitbar, Werbung in jeglicher, individuell erwünschter Positionierung und jedem Umfeld schalten zu können.
12. Mit dem Rundfunkstaatsvertrag blieben die Länder bei Einführung der Verbotsnorm im Rahmen ihrer Regelungszuständigkeit für Fernsehen und Hörfunk. Andere vom Rundfunkstaatsvertrag teilweise erfasste Medien unterfallen ebenso wie die Presse einer anderen Regulierungsdichte. Dass das Regionalwerbeverbot neben Rundfunk in der bundesweiten Verbreitung nicht etwa auch die Presse betrifft, hebt die Amtliche Begründung hervor, weil das Ziel im Schutz der Anbiertergattungen Hörfunk und Presse auf dem regionalen Werbemarkt liegt. Dieses Ziel des besonderen Schutzes von (Re)Finanzierungsquellen für Anbieter redaktionell erstellter Inhalte auf dem lokalen und regionalen Markt wird unabhängig von anderen Gefährdungen weiterhin erreicht, denn die Relevanz dieser Inhalte wird daran deutlich, dass weiterhin Hörfunk und Presse zu den meistgenutzten Informationsmedien im Lokalen gehören.
13. Im Zusammenhang mit der Ausgestaltung der Medienordnung zum Zwecke der Pluralismussicherung ist darauf hinzuweisen, dass es eine Vielzahl von Mitteln gibt, lokale und regionale Meinungs- und Medienvielfalt zu fördern. Diese müssen jedoch weder alle von jedem Mitgliedstaat umgesetzt oder erwogen werden, noch sind sie im Rahmen der Überprüfung am Maßstab des Unionsrechts relevant, weil der Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten die Auswahl des aus seiner jeweiligen Sicht passenden Instrumentariums umfasst. Die Bedeutung des Allgemeinwohlziels Medienvielfalt auch in seiner regionalen und lokalen Ausprägung erlaubt eine teilweise Verkürzung der Dienstleistungsfreiheit. Daher ist § 7 Abs. 11 RStV verhältnismäßig und nach dem Maßstab des EU-Rechts rechtmäßig. Dieser Befund deckt sich mit der Erkenntnis, dass die Regulierung mit dem Ziel einer regionalen Medienvielfalt den Mitgliedstaaten vorbehalten bleibt und daher Grundfreiheitserwägungen nicht zu einer Verdrängung dieser Regelungshoheit führen dürfen.

Inhaltsübersicht

Executive Summary	I
Inhaltsübersicht	1
A. Einleitung und Gutachtenfrage	3
B. Anwendbare Bestimmungen auf europäischer und nationaler Ebene	6
I. Allgemeines	6
II. Die mögliche Einschlägigkeit speziellen Sekundärrechts: Die AVMD-Richtlinie	6
III. Das anwendbare Primärrecht: Die Dienstleistungsfreiheit.....	8
IV. Grundrechtliche Verankerung der Medienfreiheit und Medienvielfalt.....	10
V. Die anwendbaren Regelungen im nationalen Bereich	12
C. Grundprinzipien des EU-Rechts und Kompetenzabgrenzung zu den Mitgliedstaaten	15
I. Allgemeines	15
II. Prinzip begrenzter Einzelermächtigung, das Binnenmarktziel und Kompetenzüberlagerungen.....	15
III. Weitere Grundprinzipien und Ziele der EU und insbesondere der Schutz der nationalen Identität der Mitgliedstaaten	17
D. Das Allgemeinwohlziel Medienvielfalt	20
I. Allgemeines	20
II. Medienvielfalt aus EMRK und EGMR-Rechtsprechung	21
III. Medienvielfalt aus GRC und EuGH-Rechtsprechung.....	23
IV. Anerkennung des Allgemeinwohlziels im einschlägigen Sekundärrecht und als Regulierungs-Leitziel in Deutschland	24
E. Prinzipien bei der Beschränkung von Grundfreiheiten durch die Mitgliedstaaten....	26
I. Rechtfertigungsprüfung bei Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit.....	26
II. Die Ausdifferenzierung der Kriterien für die Verhältnismäßigkeitsprüfung durch den EuGH	27
1. Zwingende Gründe des Allgemeinwohlinteresses bei Betroffenheit von Grundfreiheiten und Grundrechten.....	27
2. Unterschiedliche Regelungsansätze der Mitgliedstaaten bei gleichem Ziel	28
3. Maßnahmen mit dem legitimen Zweck Medienvielfaltssicherung	29
4. Das Erfordernis der Geeignetheit, Angemessenheit und Kohärenz mitgliedstaatlicher Regelungen.....	30
III. Die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips auf Rechtsakte der EU und Ableitungen für mitgliedstaatliches Handeln	31
IV. Vorgaben durch den EuGH an vorlegende Gerichte und mitgliedstaatlicher Gestaltungsspielraum	33

F.	Anwendung der Prüfungskriterien auf den Fall der Beschränkung regionaler Fernsehwerbung durch den Rundfunkstaatsvertrag.....	37
I.	Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit.....	37
II.	Rechtfertigung einer angenommenen Beschränkung.....	38
1.	Konkretisierung des Allgemeinwohlziels im RStV.....	38
2.	Eignung des § 7 Abs. 11 RStV zur Sicherung der Meinungsvielfalt im lokalen und regionalen Bereich	39
3.	Erforderlichkeit des § 7 Abs. 11 RStV zur Erreichung des Gemeinwohlziels.....	41
III.	Ergebnis	42

A. Einleitung und Gutachtenfrage

Eine der wichtigsten Bereiche des EU-Rechts, in dem der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) in den letzten Jahrzehnten durch seine Rechtsprechung wesentliche Klärungen herbeigeführt hat, betrifft die mitgliedstaatlichen Handlungsmöglichkeiten bei der Einschränkung von Grundfreiheiten. Während zunächst – und noch immer bei passender Gelegenheit – der Anwendungs- bzw. Schutzbereich der einzelnen Grundfreiheiten näher bestimmt wurde, wurde die Frage der Rechtfertigung von beschränkenden Maßnahmen in späteren Judikaten beantwortet. Es geht dabei immer um die Grenzen der gerechtfertigten Einschränkung von Grundfreiheiten durch die Mitgliedstaaten bei eigenen Regelungen zum Schutz anerkannter Ziele von allgemeinem öffentlichem Interesse. Dabei handelt es sich auch deshalb um eine so wichtige Frage, weil deren Beantwortung vom Grundsatz der Kompetenzbe- und -abgrenzung zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten determiniert wird.

Bei der Festlegung, welche Maßnahmen und welches Maß an Beschränkung europarechtlich rechtmäßig ist, gibt es keine pauschale Antwort, weil es nicht nur auf die Art und Folge der getroffenen Maßnahme ankommt, sondern diese vor allem im Zusammenhang mit dem verfolgten legitimen Zweck, der überhaupt erst Anlass zur Einschränkung ist, gesehen werden muss. Wenn dieser Zweck in Verbindung mit Kompetenzen steht, die in der mitgliedstaatlichen Zuständigkeit verblieben sind, ist der Gestaltungsspielraum größer, was insbesondere dann gilt, wenn mitgliedstaatliche Unterschiede auch im Regulierungsrahmen widergespiegelt werden dürfen. Insoweit ist die Entscheidung über den Regulierungsrahmen, mit dem die Mitgliedstaaten in ihrem Gebiet eine für die dortige Bevölkerung relevante Medienvielfalt herstellen wollen, eine typischerweise eng mit den historischen, regionalen, gesellschaftlichen und politischen Besonderheiten verbundene Maßnahme.

Aktuell liegt dem EuGH ein von einem deutschen Gericht vorgelegtes Verfahren zur Entscheidung vor, das sich genau um diese Frage der Rechtmäßigkeit einer Beschränkung einer Grundfreiheit mit dem Ziel der Aufrechterhaltung der Medienvielfalt dreht.¹ Die Frage selbst ist nicht neu, aber der Gerichtshof erhält mit dem aktuellen Vorlageverfahren die Möglichkeit, klarstellend zu beantworten, dass die von ihm in zahlreichen früheren Fällen wiederholt aufgestellten Prinzipien weiterhin gelten und sie damit zugleich noch dauerhafter zu verankern. Es geht um die Klärung, ob die Geltung der das Funktionieren des Binnenmarktes dienenden Grundfreiheiten soweit gehen darf, dass die mitgliedstaatliche Hoheit, im eigenen Kompetenzbereich gesetzliche Maßnahmen zur Erreichung anerkannter Gemeinwohlziele zu treffen, beschränkt wird. Noch konkreter: inwieweit die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, eine Medienordnung zu etablieren, die dem grundrechtlich geschützten Ziel der Aufrechterhaltung einer für den jeweiligen Mitgliedstaat bzw. dessen Bevölkerung relevanten regionalen und lokalen Medienvielfalt dient, begrenzt wird durch die Geltung der Dienstleistungsfreiheit in Form der Erbringung von audiovisuellen Mediendiensten (hier: Fernsehen) im grenzüberschreitenden Verkehr einschließlich der Platzierung und Nutzung kommerzieller Kommunikation darin.

¹ EuGH, Rs. C-555/19, Vorabentscheidungsersuchen des Landgerichts Stuttgart (Deutschland) eingereicht am 19. Juli 2019 - *Fussl Modestraße Mayr GmbH gegen SevenOne Media GmbH*.

Zwei Jahrzehnte nach dem Grundsatzurteil des Gerichtshofs in der Rs. *Familiapress*² bietet das aktuelle Verfahren die Möglichkeit, die dort aufgestellten und seither in mehreren wichtigen Verfahren, in denen es um Regelungen betreffend den Mediensektor ging, bestätigten Prinzipien fortzuführen. Das Verfahren betrifft die von den Ländern als in der Bundesrepublik Deutschland zuständigen „Mediengesetzgebern“ 2016³ neu in den § 7 Abs. 11 Rundfunkstaatsvertrag⁴ eingeführte Regelung (dazu näher unten Kapitel B.V.). Dabei stellt sich nicht nur die Frage nach der grundsätzlichen Vereinbarkeit einer solchen Regelung, sondern auch, inwieweit der Gerichtshof bei der Bewertung solcher mitgliedstaatlicher Maßnahmen eine detaillierte fachliche Nachprüfung der Begründung für die Einführung einer Maßnahme vornehmen muss bzw. darf und wieweit der mitgliedstaatliche Gestaltungsspielraum reicht. Im vorliegenden Verfahren – wie unten zu zeigen sein wird – geht es im Rahmen der Vorlage nicht vorrangig um die Frage, ob die genaue Ausgestaltung der Neuregelung eine exakt vorhersehbare Wirkung hat, etwa indem sie bestimmter Anbieter in ihren Anwendungsbereich einbezieht und damit diesen Anbietern regionalisiert auseinandergeschaltete Fernsehwerbung verbietet. Es geht auch nicht darum, die prognostische Bewertung des zuständigen Normgebers im Detail nachzuvollziehen, wenn er die marktlichen Auswirkung in den Blick nimmt, die bei der Einführung einer solchen Regelung oder bei der bewussten Entscheidung, eine solche Regelung zu unterlassen, eintreten könnten. Es geht vielmehr darum nachzuprüfen, ob aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip bei der Einschränkung der Grundfreiheiten durch mitgliedstaatliche Handlungen bzw. Maßnahmen bestimmte Vorgaben zu beachten sind. Tatsächlich anerkennt der Gerichtshof in solchen Fällen eine Einschätzungsprärogative des nationalen Gesetzgebers.⁵ Der Beurteilungsspielraum fällt dabei umso größer aus bei einer Maßnahme, die sowohl einen im Bereich der EU-Kompetenz liegenden Einschlag hat als auch mitgliedstaatliche Hoheiten betrifft, je mehr diese in den Bereich des reservierten Kompetenzbereichs der Mitgliedstaaten gerät. Dies lässt sich unterstreichen bei einem Vergleich mit der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips auf Handlungen der Unionsorgane und wie diese vom EuGH nachgeprüft werden. Damit ist im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung entlang der vom EuGH entwickelten und weiter verfeinerten Kriterien neben der Subsumtion eines konkreten Anwendungsfalls unter diese Kriterien auch der Prüfungsmaßstab und die mögliche Beschränkung dessen Umfangs mit zu bedenken.

Aufgrund der zentralen Bedeutung des Vorlageverfahrens für die Frage gesetzgeberischer Kompetenzen der Mitgliedstaaten für die Medienregulierung ebenso wie der streitbefangenen Vorschrift zur Sicherstellung einer durch unterschiedliche Formen von Medienanbietern – dazu zählen hier vor allem Presse und Hörfunk – erbrachten, redaktionell verantworteten Herstellung und Verbreitung regionaler und lokaler Inhalte, die zu einer regional bedeutsamen Medien- (und Informations-)vielfalt beitragen, haben der Bundesverband

² EuGH, Rs. C-386/95, *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH / Heinrich Bauer Verlag*.

Nachfolgend sind Urteile des EuGH unter Angabe der Rechtssache und der beteiligten Parteien zitiert.

³ Achtzehnter Staatsvertrag zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge (Achtzehnter Rundfunkänderungsstaatsvertrag) vom 9.–28. September 2015, u.a. HmbGVBl. 2015 S. 342.

⁴ Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien (Rundfunkstaatsvertrag - RStV) vom 31. August 1991 in der Fassung des Zweiundzwanzigsten Staatsvertrages zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge (Zweiundzwanzigster Rundfunkänderungsstaatsvertrag) in Kraft seit 1. Mai 2019, u.a. HmbGVBl. 2019 S. 87, 88, ber. S. 104.

⁵ Rs. C-245/01, *RTL Television GmbH / Niedersächsische Landesmedienanstalt für privaten Rundfunk*, Rn. 73; Rs. C-244/06, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH / Avides Media AG*, Rn. 44; Rs. C-213/07, *Michaniki AE / Ethniko Symvoulío Radiotileorasis u. Ypourgos Epikrateias*, Rn. 55.

Digitalpublisher und Zeitungsverleger e.V. (BDZV) und die Arbeitsgemeinschaft Privater Rundfunk (APR) das Institut für Europäisches Medienrecht beauftragt, diese Grundsatzfragen in einem Rechtsgutachten zu untersuchen.

Das vorliegende Gutachten klärt dazu zunächst welche Bestimmungen im EU-Recht und auf der nationalen Ebene zur Anwendung kommen können (Kapitel B.). Bereits hier wird die Bedeutung der Medienvielfalt als auch grundrechtlich verankerter Wert hervorgehoben. Im folgenden Kapitel C. werden die relevanten Grundprinzipien des EU-Rechts dargestellt, die für die Kompetenzabgrenzung zwischen der Ebene der Union und den Mitgliedstaaten relevant sind und ebenfalls zur Festlegung der genauen Schranken für die Begrenzung von Grundfreiheiten beitragen. Aufgrund der Wahl des Schutzes der Medienvielfalt als Regulierungsziel durch die Länder der Bundesrepublik Deutschland bei Einführung der streitbefangenen Norm, wird dessen Anerkennung insbesondere in der Rechtsprechung als legitimes Allgemeinwohlziel, das zur Beschränkung von Grundfreiheiten wie der Dienstleistungsfreiheit taugt, nochmals ausführlich untersucht (Kapitel D.). Losgelöst von dem konkreten Anwendungsfall fasst Kapitel E. die anwendbaren Prinzipien bei der Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit durch die Mitgliedstaaten zusammen und geht dabei auf die Besonderheit des Zusammentreffens von Grundfreiheiten und Grundrechten (E.II.1.), der Unterschiedlichkeit von Regelungsansätzen in den Mitgliedstaaten (E.II.2.) sowie der genauen Bedeutung der Verhältnismäßigkeitskriterien in der Prüfung durch den EuGH (E.II.4.) ein. Zudem wird zum Vergleich untersucht, wie das Verhältnismäßigkeitsprinzip auf Handlungen der Unionsorgane angewandt wird und was daraus für die Bewertung mitgliedstaatlichen Handelns ableitbar ist (E.III.). Schließlich wird in diesem Kapitel unter IV. die (eingeschränkte) Prüfungsdichte des Gerichtshofs in solchen Konstellationen erläutert. Abschließend erfolgt in Kapitel F. die Anwendung der gefundenen Ergebnisse auf die besondere Konstellation der Regelung eines Regionalwerbverbots in bundesweit verbreiteten Fernsehprogrammen zur Förderung der Medienvielfalt. Dabei zeigt sich, dass die Vorschrift des § 7 Abs. 11 RStV eine gerechtfertigte Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit ist.

B. Anwendbare Bestimmungen auf europäischer und nationaler Ebene

I. Allgemeines

Das Vorlageverfahren und die dahinter stehende Frage des Gestaltungsspielraums von Mitgliedstaaten bei der Schaffung medienvielfaltssichernder Regelungen, auch wenn diese eine beschränkende Wirkung auf die Grundfreiheiten haben, betrifft Normen des Unions- wie des nationalen Rechts. Zunächst ist kurz zu prüfen, ob harmonisiertes Sekundärrecht vorliegt, das im Bereich der Regulierung von Fernsehwerbung einschlägig ist, was aufgrund des Anwendungsbereichs der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste möglich erscheint. Anschließend ist auf primärrechtlicher Ebene aufzuzeigen, welche Grundfreiheit und welche Grundrechte in die Prüfung einzubeziehen sind.

Neben diesen europarechtlichen Bestimmungen ist die streitbefangene Vorschrift zu beachten. Um das Regelungsziel dieser Vorschrift besser einordnen zu können, wird der Hintergrund ihrer Einführung sowie die dazu gelieferten Begründungen ebenfalls vorgestellt.

II. Die mögliche Einschlägigkeit speziellen Sekundärrechts: Die AVMD-Richtlinie

Im Kontext der Regulierung von Werbung im Rundfunk ist möglicher Anknüpfungspunkt auf sekundärrechtlicher Ebene zunächst die Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste (AVMD-Richtlinie)⁶. Sie enthält Bestimmungen für audiovisuelle Mediendienste, worunter sowohl Dienstleistungen fallen, für die ein Mediendiensteanbieter die redaktionelle Verantwortung trägt und deren Hauptzweck die Bereitstellung von Sendungen zur Information, Unterhaltung oder Bildung der allgemeinen Öffentlichkeit über elektronische Kommunikationsnetze ist, als auch die audiovisuelle kommerzielle Kommunikation.

Die Frage nach der Einschlägigkeit der AVMD-Richtlinie ist bedeutend für den Prüfungsmaßstab, an dem die deutsche Vorschrift zum Verbot regionalisierter Werbung im bundesweiten Rundfunk zu messen ist. Einerseits sind nationale Regelungen in einem Bereich, der auf Unionsebene abschließend harmonisiert wurde, am Maßstab der jeweiligen Harmonisierungsmaßnahme zu messen.⁷ Andererseits sind nationale Regelungen in einem teilweise harmonisierten Bereich im Sinne eines Vorrangs des Sekundärrechts zunächst an diesem spezielleren vorrangigen EU-Recht zu messen.

⁶ Richtlinie 2010/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. März 2010 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste), OJ L 95, 15.4.2010, S. 1–24, in der Fassung der Richtlinie (EU) 2018/1808 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. November 2018 zur Änderung der Richtlinie 2010/13/EU zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste) im Hinblick auf sich verändernde Marktgegebenheiten, OJ L 303, 28.11.2018, S. 69–92.

⁷ Rs. C-443/10, *Philippe Bonnarde / Agence de Services et de Paiement*; C-324/00, *DaimlerChrysler AG / Land Baden-Württemberg*; C-421/04, *Matratzen Concord AG / Hukla Germany SA*.

Schon die Vorläufer-Richtlinie „Fernsehen ohne Grenzen“⁸ verfolgte einen Ansatz der Mindestharmonisierung⁹ auf Basis des tragenden Herkunftslandprinzips als Kernelement der Regulierung.¹⁰ Trotz der Tatsache, dass der Anwendungs- und Harmonisierungsbereich der AVMD-Richtlinie im Laufe der Zeit ständig erweitert wurde, hat eine Vollharmonisierung auf dieser Ebene bei weitem noch nicht stattgefunden und der Ansatz einer Mindestharmonisierung in bestimmten Teilbereichen wird weitergeführt. Das wird nicht nur generell durch den Charakter der AVMD-Richtlinie als Richtlinie¹¹ zum Ausdruck gebracht, sondern auch durch die explizit in Art. 4 Abs. 1 statuierte Abweichungsbefugnis selbst von den durch die Richtlinie koordinierten Regelungsbereichen, was zu strengeren Regelungen führen kann, die aber dann nur auf unter eigener Rechtshoheit stehende Anbieter angewandt werden dürfen.

Es stellt sich also die Frage, ob das Verbot regionalisierter Werbung zumindest in den von der Richtlinie koordinierten Bereich fällt und ob damit gegebenenfalls der Prüfungsmaßstab für strengere, an inländische Anbieter gerichtete Vorschriften aus Art. 4 Abs. 1 AVMD-Richtlinie zu beachten ist. Zwar regelt die AVMD-Richtlinie die audiovisuelle kommerzielle Kommunikation laut ihres Anwendungsbereichs und enthält auch Bestimmungen zur qualitativen wie quantitativen Beschränkungen von Werbung in audiovisuellen Medien. Dazu gehört beispielsweise Art. 9 AVMD-Richtlinie mit inhaltlichen Anforderungen an audiovisuelle kommerzielle Kommunikation, insbesondere zur Erkennbarkeit, zu diskriminierenden Inhalten, unzulässigen Werbetechniken und zu Produkten, die nicht oder nur unter bestimmten Voraussetzungen beworben werden dürfen. Diese und weitere auch auf Fernsehwerbung bezogene Richtlinien-Vorschriften regeln aber Inhalte und teilweise zeitlichen Umfang und Platzierung der kommerziellen Kommunikation. Besondere Vorschriften zu regionalisierten Werbeformen im Fernsehen oder allgemeiner zur Zulässigkeit bestimmte Ausstrahlungsformen verbietender Normen gibt es dagegen nicht. Dies gilt auch beim Blick auf die in Art. 20 und 23 AVMD-Richtlinie enthaltenen quantitativen Fernsehwerbungsbestimmungen, die vorrangig Verbraucherschutzrechtlichen Zielen¹² (unter teilweiser Einbeziehung von Faktoren des Jugendschutzes) dienen, während die streitgegenständliche nationale Vorschrift des § 7 Abs. 11 RStV der Umsetzung kulturpolitischer Zwecke dient. Regelungen, die unmittelbar das Ziel der Herstellung oder Sicherung von Vielfalt in audiovisuellen Medien verfolgen, finden sich in der Richtlinie gerade nicht, obwohl

⁸ Richtlinie 89/552/EWG des Rates vom 3. Oktober 1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehtätigkeit, OJ L 298, 17.10.1989, S. 23–30.

⁹ Bereits in der Richtlinie 89/552/EWG ist die Formulierung zu finden, dass diese Richtlinie „das notwendige Mindestmaß, um den freien Sendeverkehr zu verwirklichen“, regelt.

¹⁰ Vgl. hierzu *Cole*, The Country of Origin Principle From State Sovereignty under Public International Law to Inclusion in the Audiovisual Media Services Directive of the European Union, in: Meng/Ress/Stein (Hrsg.), Europäische Integration und Globalisierung – Festschrift zum 60-jährigen Bestehen des Europa-Instituts, 2011, S. 113 ff.

¹¹ Indem der Unionsgesetzgeber das Instrument der Richtlinie wählte, die nach Art. 288 Abs. 3 AEUV den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel zur Umsetzung überlässt, hat er zugleich auch der kulturpolitischen Querschnittsklausel in Art. 167 AEUV mit ihrer auch die medienpolitische Souveränität der Mitgliedstaaten schonenden Wirkung in einer auf den Rechtsaktstypus bezogenen Weise Rechnung getragen. Vgl. hierzu *Ukrow/Ress*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 2019, Art. 167 AEUV Rn. 148 ff.

¹² Bereits die Erwägungen zur Richtlinie 89/552/EWG formuliert, „[u]m sicherzustellen, daß die Interessen der Verbraucher als Zuschauer umfassend und angemessen geschützt werden, muß die Fernsehwerbung einer Reihe von Mindestnormen und Kriterien unterworfen werden“. Auch Erwägungsgrund 85 der Richtlinie 2010/13/EG stellt auf den Schutz der Zuschauer im Zusammenhang mit den Regeln zur Werbedauer ab. Vgl. hierzu auch C-6/98, *Arbeitsgemeinschaft Deutscher Rundfunkanstalten (ARD) / PRO Sieben Media AG*, Rn. 50; Rs. C-245/01, *RTL Television GmbH / Niedersächsische Landesmedienanstalt für privaten Rundfunk*, Rn. 62 ff.

die Vielfaltssicherung als grundsätzliche Zielsetzung und Wert der EU an mehreren Stellen der Richtlinie, aber vornehmlich im Kontext mitgliedstaatlicher Möglichkeiten und Zielsetzungen (oder als übergreifendes Regulierungsziel) erwähnt wird.¹³ Vielmehr stellen Erwägungsgrund 19 und 94 klar, dass die Richtlinie nicht die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten in dieser Hinsicht berührt und dass eigenständige kulturelle Entwicklungen in den Mitgliedstaaten und die Bewahrung der kulturellen Vielfalt in der Union weiter möglich bleiben.

Mit Art. 26 AVMD-Richtlinie wird dieser Befund noch bestärkt. Danach können die Mitgliedstaaten unbeschadet der allgemeinen Abweichungsklausel des Art. 4 AVMD-Richtlinie für nur innerstaatlich verbreitete bzw. empfangbare Fernsehprogramme weitere Abweichungen bestimmter Werbebestimmungen vorsehen. Damit ist eine der Möglichkeiten zur Förderung regional und lokal ausgerichteter Programme bezeichnet, mit dem der kulturpolitisch relevante Bereich für die Mitgliedstaaten unter Berücksichtigung nationaler Besonderheiten unbeschadet der Harmonisierung auf Unionsebene geregelt werden kann. Die AVMD-Richtlinie berührt daher die Regelungshoheit der Mitgliedstaaten in Bezug auf Verbote bestimmter Werbeformen zum Schutz regionaler Medienvielfalt nicht, so dass die Beurteilung der nationalen Verbotsvorschrift am Maßstab der Grundrechte und Grundfreiheiten zu erfolgen hat.

III. Das anwendbare Primärrecht: Die Dienstleistungsfreiheit

Die in Art. 56 ff. AEUV¹⁴ verankerte Dienstleistungsfreiheit bezieht sich nach Art. 57 AEUV auf Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, soweit sie nicht den übrigen vorrangigen Grundfreiheiten unterfallen. Während die Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 ff. AEUV das Recht bezeichnet, in einem anderen Mitgliedstaat gemäß den dortigen Bestimmungen eine selbständige Tätigkeit aufzunehmen und auszuüben oder Unternehmen zu gründen und zu leiten, geht es bei der Dienstleistungsfreiheit um das Angebot von regelmäßig von Selbständigen im Wirtschaftsverkehr erbrachten Leistungen, wie sie beispielhaft in Art. 57 AEUV aufgezählt werden.¹⁵ Beide Grundfreiheiten fordern eine Wirtschaftstätigkeit mit grenzüberschreitendem Bezug, wobei diese Merkmale weit auszulegen sind.¹⁶

Medien sind zwar (auch) Kulturgut, wie der EuGH anerkannt hat, aufgrund ihrer (auch) wirtschaftlichen Bezüge ordnet der Gerichtshof diese (und dabei explizit in mehreren Urteilen den Rundfunk) als Dienstleistung im Sinne des AEUV ein.¹⁷ Dabei sind mehrere Dienstleistungen bei der Ausstrahlung von Rundfunk zu unterscheiden, wie es etwa für den Fall einer Fernsehprogrammübertragung über ein Kabelnetz vom EuGH festgestellt worden ist¹⁸: Zunächst wird eine Dienstleistung von den in einem Mitgliedstaat ansässigen Kabelnetzbetreibern zugunsten der Sendeanstalten anderer Mitgliedstaaten erbracht, indem sie Fernsehprogramme an die jeweiligen Rezipienten weiterleiten. Die Sendeanstalten erbringen sowohl eine Dienstleistung gegenüber Rezipienten mit der Ausstrahlung von Rundfunk

¹³ Vgl. hierzu Erwägungsgründe 5, 8, 12, 34, 48 und 94 der AVMD-Richtlinie.

¹⁴ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. C 326 vom 26.10.2012, S. 47-390.

¹⁵ *Randelzhofer/Forsthoft* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 49, 50 AEUV, Rn. 80.

¹⁶ Rs. C-36/74, *B.N.O. Walrave, L.J.N. Koch / Association Union cycliste internationale u.a.*, Rn. 4; C-196/87, *Udo Steymann / Staatssecretaris van Justitie*, Rn. 9.

¹⁷ Grundlegend: Rs. C-155/73, *Giuseppe Sacchi*.

¹⁸ Rs. C-352/82, *Bond van Adverteerders u.a. / Niederländischer Staat*, Rn. 14.

als auch gegenüber Werbetreibenden, sofern sie deren Fernsehwerbung ausstrahlen.¹⁹ Neben der aktiven Dienstleistungsfreiheit – der Freiheit des Dienstleisters, seine Dienstleistung in einem anderen Mitgliedstaat zu den gleichen Bedingungen wie ein dort niedergelassener Dienstleister zu erbringen – wird dabei auch die passive Dienstleistungsfreiheit²⁰ geschützt, also das Recht des Empfängers, eine Dienstleistung in einem anderen Mitgliedstaat von einem dort niedergelassenen Dienstleister zu erhalten. Im Falle von Werbebotschaften und Werbebeschränkungen werden demnach Rundfunkanbieter wie Werbetreibende grundsätzlich in ihrer Dienstleistungsfreiheit tangiert, sofern eine grenzüberschreitende Komponente vorliegt.

Die Dienstleistungsfreiheit umfasst ein Diskriminierungsverbot und ein Verbot von Beschränkungen.²¹ Hinsichtlich des Gebots in- und ausländische Dienstleister nicht unterschiedlich zu behandeln, stellt sich im Zusammenhang mit grenzüberschreitender Verbreitung oder Nutzung von Medien die Frage, ob die Dienstleistungsfreiheit die Umsetzung und Beachtung des Herkunftslandprinzips erfordert, wonach ein Mitgliedstaat seinen Regelungsrahmen nur auf unter seiner Rechtshoheit stehende Anbieter anwendet und ansonsten den freien Dienstleistungsverkehr gewährleistet für Anbieter, die der Rechtshoheit eines anderen EU-Mitgliedstaates unterfallen.²² Dies könnte sich aus der Einschätzung ergeben, dass eine nationale Vorschrift bereits dann restriktiv bezüglich der Dienstleistungsfreiheit wirkt, wenn sie einen zusätzlichen administrativen oder wirtschaftlichen Aufwand seitens des Dienstleisters erfordert. Damit soll der Dienstleister vor einer Doppelbelastung (Verpflichtungen nach dem Recht des Herkunfts- und Bestimmungslandes) geschützt werden.²³ Dementsprechend ist das Herkunftslandprinzip in verschiedenen einschlägigen Richtlinien dem Grundsatz nach statuiert. Die Vorschriften zur Dienstleistungsfreiheit selbst hingegen zielen darauf ab, Marktzutrittsschranken abzubauen, ohne dabei aber Vorgaben zu machen, wie genau die Äquivalenz für Dienstleister hergestellt werden soll.²⁴ Daher kann es auch unterschiedliche jeweils auf eine bestimmte Dienstleistung anwendbare Vorschriften in unterschiedlichen Mitgliedstaaten geben.

Wenngleich der Dienstleistungsbegriff weit gefasst wird, kommt es im Rahmen der Frage nach der beschränkenden Wirkung einer mitgliedstaatlichen Maßnahme auf die tatsächlichen Auswirkungen auf den Dienstleistungserbringer und den Dienstleistungsempfänger an. Dabei genügt aber aus Sicht des Gerichtshofs unter bestimmten Umständen bereits, dass die in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig erbrachte Dienstleistung in einem weiteren Mitgliedstaat verboten oder nur erschwert möglich ist.²⁵

¹⁹ Rs. C-34/95, C-35/95 und C-36/95, *Konsumentombudsmannen (KO) / De Agostini u.a.*, Rn. 48; Rs. C-6/98, *Arbeitsgemeinschaft Deutscher Rundfunkanstalten (ARD) / PRO Sieben Media AG*, Rn. 49

²⁰ Vgl. hierzu *Randelzhofer/Forthoff* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 49/50 AEUV Rn. 1, 51.

²¹ Gefestigte Rechtsprechung seit Rs. C-33/74, *Johannes Henricus Maria van Binsbergen / Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*.

²² Vgl. hierzu im Detail *Waldheim*, Dienstleistungsfreiheit und Herkunftslandprinzip; *Albath/Giesel*, EuZW 2(2006), S. 38, 39 ff.; *Hörnle*, International and Comparative Law Quarterly, 54(2005)1, S. 89-126.

²³ Rs. C-165/98, *Strafverfahren gegen André Mazzoleni und Inter Surveillance Assistance SARL*, Rn. 24.

²⁴ Vgl. hierzu z.B. Rs. C-55/94, *Reinhard Gebhard / Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*.

²⁵ Rs. C-76/90, *Manfred Säger / Dennemeyer & Co. Ltd.*, Rn. 12.

Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs können jedoch gerechtfertigt werden. Neben den im AEUV ausdrücklich vorgesehenen Schranken gilt auch für die Dienstleistungsfreiheit, dass weitere legitime Ziele als Allgemeinwohlinteresse gleichfalls beschränkende Maßnahmen rechtfertigen können. Dazu zählt auch, wie vom Gerichtshof mehrfach festgestellt, die mitgliedstaatliche Kulturpolitik.²⁶ Die zur Zielerreichung ergriffenen Maßnahmen müssen jedoch auch dem Verhältnismäßigkeitsprinzip genügen, also erforderlich sein und angemessen angewendet werden, insbesondere nicht über das zur Erreichung dieses Ziels erforderliche Maß hinausgehen.²⁷

IV. Grundrechtliche Verankerung der Medienfreiheit und Medienvielfalt

Art. 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)²⁸ garantiert, dass jeder das Recht auf freie Meinungsäußerung hat, einschließlich der Freiheit, eine Meinung zu äußern und Informationen zu erhalten und weiterzugeben. Unter Zugrundlegung des weiten Begriffsverständnis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) wird davon auch die massenmediale Verbreitung von Informationen geschützt, insbesondere auch die Rundfunkfreiheit öffentlich-rechtlicher wie privater Rundfunkveranstalter²⁹, wobei auch die Werbung³⁰ Teil des geschützten Kommunikationsprozesses ist. Weit gefasst wird auch der Eingriffsbegriff, der sowohl präventive Maßnahmen als auch repressive Verbote und Sanktionen erfasst, wozu auch Werbeverbote³¹ zählen. Eine Gewichtung der Eingriffsintensität findet dabei erst auf der Ebene der Rechtfertigung statt, denn die die EMRK garantiert die Meinungs- und Medienfreiheit nicht uneingeschränkt, sondern akzeptiert, dass die freie Meinungsäußerung auch mit einer gewissen Verantwortung verbunden ist und lässt daher Beschränkungen aufgrund höherrangiger Rechtsgüter zu. Den Konventionsstaaten räumt der EGMR einen Ermessensspielraums ein, innerhalb dessen sie allerdings ein angemessenes Verhältnis zwischen der Einschränkung der Meinungsfreiheit und dem verfolgten berechtigten Ziel herstellen müssen.³²

Auf Unionsebene findet sich das Gegenstück zu Art. 10 EMRK in Art. 11 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC)³³. Auch hier erfasst der Schutzbereich traditionelle Medien wie Presse, Radio und Film sowie jede andere Form der Massenkommunikation, die bereits existiert oder erst in Zukunft entstehen wird, sofern sie an die breite Öffentlichkeit gerichtet ist.³⁴ Art. 11 GRC wurde in enger Übereinstimmung mit Art. 10 EMRK bzw., was den Schutzzumfang betrifft, in direkter Übernahme in die Charta aufgenommen. Nur die spezifischen Schranken von Art. 10 Abs. 2 EMRK wurden nicht explizit übernommen, weil die GRC eine horizontal anwendbare Schrankenregelung in Art. 52 Abs. 1

²⁶ Rs. C-353/89, *Kommission der Europäischen Gemeinschaften / Königreich der Niederlande*.

²⁷ Rs. C-19/92, *Dieter Kraus / Land Baden-Württemberg*, Rn. 32; Rs. C-272/94, *Strafverfahren gegen Michel Guiot und Climatec SA*, Rn. 11.

²⁸ Europäische Menschenrechtskonvention, BGBl. 1952 II S. 685, ber. 953.

²⁹ EGMR, Nr. 50084/06, *RTBF / Belgien*, Rn. 5, 94.

³⁰ EGMR, Nr. 33629/06, *Vajnai / Ungarn*; Nr. 15450/89, *Casado Coca / Spanien*.

³¹ Hierzu EGMR, Nrn. 26935/05 und 13353/05, *Hachette Filipacchi Presse Automobile und Dupuy und Société de Conception de Presse et d'Édition und Ponson / Frankreich*.

³² EGMR, Nr. 39954/08, *Axel Springer AG / Deutschland*.

³³ Charta der Grundrechte der Europäischen Union, OJ C 326, 26.10.2012, S. 391–407.

³⁴ *Von Coelln* in: *Stern/Sachs*, Art. 11 Rn. 30.

enthält.³⁵ Im Gegensatz zu einer sehr umfassenden und differenzierten Rechtsprechung des EGMR ist die Rechtsprechung des EuGH in Bezug auf die Kommunikationsfreiheit weniger ausgeprägt. Dies ist auch darauf zurückzuführen, dass Einschränkungen der Kommunikationsfreiheit aufgrund der insoweit begrenzten Befugnisse der EU eher in den Zuständigkeitsbereich der Mitgliedstaaten fallen und daher etwa in Vorlageverfahren seltener eine Rolle spielen.³⁶ Auf die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 10 EMRK kann jedoch zurückgegriffen werden, was sich auch aus den entsprechenden Erläuterungen der Präambel zu Art. 11 GRC³⁷ sowie aus der Äquivalenzklausel des Art. 52 Abs. 3 GRC ergibt. Dies entspricht aber auch der bereits vorher vom EuGH praktizierten Anwendung der „Gemeinschaftsgrundrechte“ als allgemeiner Rechtsgrundsätze des Primärrechts, zu deren näherer Ausgestaltung er sich regelmäßig und insbesondere auch bezüglich des Art. 10 EMRK an der Interpretation des EGMR orientiert hat.³⁸

Im Gegensatz zur EMRK erwähnt Art. 11 Abs. 2 GRC einerseits explizit die Freiheit der Medien – also allgemein ausgedrückt – und insbesondere deren Pluralität, die es zu achten gilt. Ohne dass sich daraus ein Regelungsauftrag oder gar eine Kompetenzzuweisung für die EU ergibt³⁹, betont die Charta daher die Bedeutung des Pluralismus im Medienbereich und unterstreicht damit die Notwendigkeit einer Medienvielfalt. Nach den oben erwähnten Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, die laut der Präambel zur GRC bei der Auslegung von der Union und den Mitgliedstaaten zu berücksichtigen sind, stützt sich Art. 11 Abs. 2 insbesondere auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs bezüglich des Fernsehens, insbesondere in der Rs. C-288/89⁴⁰, auf das Protokoll über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in den Mitgliedstaaten⁴¹ – in dem es heißt, dass „der öffentlich-rechtliche Rundfunk in den Mitgliedstaaten unmittelbar mit den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen jeder Gesellschaft sowie mit dem Erfordernis verknüpft ist, den Pluralismus in den Medien zu wahren“ – sowie auf die (bei Verlassen der Charta geltenden) Fernsehrichtlinie, insbesondere deren Erwägungsgrund 17, der wiederum betont, dass es unerlässlich ist, dass „die Mitgliedstaaten dafür Sorge tragen, daß Handlungen unterbleiben, die den freien Fluß von Fernsehsendungen beeinträchtigen bzw. die Entstehung beherrschender Stellungen begünstigen könnten, welche zu Beschränkungen des Pluralismus und der Freiheit der Fernsehinformation sowie der Information in ihrer Gesamtheit führen würden“. Wie bereits im erwähnten Urteil in der Rs. C-288/89⁴², damals noch unter Berufung auf Art. 10 EMRK, verleihen nicht nur der EGMR sondern auch der EuGH dem Pluralismus in den Medien in ihrer Rechtsprechung eine besondere Bedeutung.⁴³

³⁵ Löffler, Presserecht, § 1 Rn. 88; Von Coelln in: Stern/Sachs, Art. 11 Rn. 7 ff.

³⁶ Löffler, Presserecht, § 1 Rn. 1, 46, 86.

³⁷ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. C 303/17, abrufbar unter [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32007X1214\(01\)&from=DE](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32007X1214(01)&from=DE).

³⁸ Vgl. C-368/95, *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH / Heinrich Bauer Verlag*.

³⁹ Vgl. hierzu eingehend *Ukrow/Cole*, Aktive Sicherung lokaler und regionaler Medienvielfalt, S. 73 ff.

⁴⁰ Rs. C-288/89, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda u. a. / Commissariaat voor de Media*.

⁴¹ Protokoll (Nr. 29) über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in den Mitgliedstaaten, OJ C 326, 26.10.2012, S. 312–312.

⁴² Vgl. dort Rn. 23.

⁴³ Hierzu näher unter Kapitel D.II. und D.III.

V. Die anwendbaren Regelungen im nationalen Bereich

Im Zentrum des beim EuGH anhängigen Vorlageverfahrens, das den Anlass für dieses Gutachten bietet, steht die Bestimmung des § 7 Abs. 11 RStV. Der Rundfunkstaatsvertrag ist die zwischen den Ländern vereinbarte und dann nach jeweiligem Landesrecht umgesetzte, bundesweite kooperative Vereinheitlichung der Regelungen zu Rundfunk und bestimmten Aspekten der Telemedien. Die streitgegenständliche Regelung enthält für den bundesweiten (öffentlich-rechtlichen und privaten) Rundfunk (Hörfunk und Fernsehen) ein allgemeines Verbot der regionalisierten Werbung, also insbesondere der Einspeisung regionalspezifischer Werbeinseln in bundesweit gesendeten Rundfunkprogrammen in Kabelnetzen. Die Bestimmung ist allerdings mit einer Öffnungsklausel für die jeweiligen Landesgesetzgeber verbunden, die für Anbieter im jeweiligen Bundeslandgebiet Ausnahmen vom Verbot vorsehen können. Gestattet das jeweilige Landesrecht regionalisierte Werbung, ist im Bereich des privaten Rundfunks hierfür jedoch eine gesonderte landesrechtliche Zulassung erforderlich, die an inhaltliche Voraussetzungen insbesondere mit vielfaltssicherndem Hintergrund geknüpft werden kann.⁴⁴

§ 7 Abs. 11 RStV lautet wörtlich:

„Die nichtbundesweite Verbreitung von Werbung oder anderen Inhalten in einem zur bundesweiten Verbreitung beauftragten oder zugelassenen Programm ist nur zulässig, wenn und soweit das Recht des Landes, in dem die nichtbundesweite Verbreitung erfolgt, dies gestattet. Die nichtbundesweit verbreitete Werbung oder andere Inhalte privater Veranstalter bedürfen einer gesonderten landesrechtlichen Zulassung; diese kann von gesetzlich zu bestimmenden inhaltlichen Voraussetzungen abhängig gemacht werden.“

Die Regelung wurde mit dem Achtzehnten Rundfunkänderungsstaatsvertrag mit Geltung zum 1. Januar 2016 eingeführt und wurde mit der – von den Ländern als solche beabsichtigten – Klarstellung in § 7 Abs. 2 S. 1 verbunden, dass Werbung Teil des (Rundfunk-)Programms ist. Vorangegangen war der Entscheidung zur Neuregelung ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichts⁴⁵, wonach die regionale Differenzierung von Werbespots durch den Veranstalter eines bundesweiten Rundfunkprogramms (nach der damaligen vom Gericht interpretierten gesetzlichen Ausgestaltung) keiner gesonderten rundfunkrechtlichen Zulassung bedurfte. Entgegen der damals noch einhelligen Ansicht, dass Werbung Teil des Programms und damit Teil der Zulassung ist, hatte das Bundesverwaltungsgericht argumentiert, dass aufgrund des fehlenden ausdrücklichen Wortlauts Werbung nicht zwingend als Programmbestandteil gesehen werden müsse.⁴⁶

⁴⁴ Mögliche Erklärungen, warum zum Einführungszeitpunkt der Norm keines der Länder von der Abweichungsmöglichkeit Gebrauch gemacht hat, finden sich bei *Weiß*, Verbot regionalisierter Werbung zur Sicherung der Medienvielfalt, AfP 2015, 505 ff.

⁴⁵ BVerwG, Urt. v. 17.12.2014, 6 C 32.13, ZUM-RD 2015, 562.

⁴⁶ Vgl. dazu *Dörr/Wagner*, Regional differenzierte Werbung in bundesweit verbreiteten Fernsehprogrammen, ZUM 2013, 525, 526 ff.; *Kreile*, in: Hartstein u.a. (Hrsg.), HK-RStV, § 7 Rn. 1d m.w.Nachw.

Aufgrund dieses Urteils hatten einige bundesweite Sender angekündigt⁴⁷ (oder bereits damit begonnen⁴⁸), in ihren Programmen fortan auch regionalisierte Werbung ausstrahlen und dies potentiellen Werbekunden anbieten zu wollen. Damit sollten seitens der Sender insbesondere typische Werbekunden von regional operierenden Medienunternehmen wie Hörfunk- und Zeitungsanbietern, etwa Möbel- und Autohäuser sowie Brauereien als Kunden angesprochen werden.⁴⁹ Hierin erkannten die Länder eine Gefahr, dass regionale Werbekunden in erheblichem Umfang von Presse- und Hörfunkanbietern zu bundesweit tätigen Rundfunkveranstaltern abwandern und damit Finanzierungsmöglichkeiten für publizistische Beiträge zur regionalen Meinungs- und Medienvielfalt verloren gehen würden.⁵⁰ Um weiterhin regionales Werbeaufkommen der Finanzierung regionaler Inhalte zuzuführen und zu vermeiden, dass dieser Werbemarkt durch Anbieter abgeschöpft würde, die ohne redaktionelles Angebot für die Region operieren, entschieden sich die für den Rundfunkstaatsvertrag zuständigen Länder zur Neuregelung. Insoweit ging es nicht vornehmlich um die Sicherung regionaler Fernsehanbieter, sondern des regionalen und lokalen Medienangebots insgesamt.

Im Diskussionsprozess über die Notwendigkeit einer gesetzlichen Reaktion auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts haben die Länder dabei abgewogen, welche Gefahr für die regionalen Inhaltenanbieter durch die neue Konkurrenzsituation droht und wie die Einschränkung von bundesweiten Programmanbietern demgegenüber zu werten ist. Dazu gab es sowohl Konsultationen mit Branchenvertretern als auch gutachterliche Untersuchungen der medienökonomischen Faktoren.⁵¹

Die Amtliche Begründung zum Achtzehnten Rundfunkänderungsstaatsvertrag verdeutlicht diese Absicht der Sicherung bzw. Förderung einer regional relevanten Medienvielfalt, ohne dass aber der Anspruch gestellt wird, dieses Ziel garantiert und nur unter Zuhilfenahme dieser Maßnahme zu erreichen:

„Mit diesem Staatsvertrag wird nunmehr ausgeschlossen, dass bundesweite Veranstalter *ohne Weiteres* Zugriff auf regionale Werbemärkte haben, die zur Refinanzierung lokaler bzw. regionaler Medien und damit zur Sicherung der Vielfalt in diesen begrenzten geografischen Räumen

⁴⁷ Vgl. hierzu die Berichterstattung von *Paperlein*, Pro Sieben Sat 1 weitet Partnerschaft mit Unity Media aus, *Horizont*, 25.3.2015, <https://www.horizont.net/medien/nachrichten/Regionale-Werbung-Pro-Sieben-Sat-1-weitet-Partnerschaft-mit-Unity-Media-aus-133546>.

⁴⁸ Pressemitteilung der ProSiebenSat.1 Media SE vom 25. Februar 2015, SevenOne Media und Dentsu Aegis Network werben für Opel erstmals regional im Connected TV, <https://www.prosiebensat1.com/presse/sevenone-media-und-dentsu-aegis-network-werben-fuer-opel-erstmalig-regional-im-connected-tv>; Pressemitteilung von IP Deutschland vom 05. Februar 2015, Regionale Pilotkampagne: „Kleiner Feigling“ bei RTL, https://www.ip.de/unternehmen/presse/presse-archiv/pressemeldungen_2015/regionale_pilotkampagne.cfm.

⁴⁹ Vgl. hierzu etwa Fn. 47 und die Geschäftsberichte von ProSiebenSat.1 (Vgl. ProSiebenSat.1 Group, Geschäftsbericht 2014 – Innovation, Growth, New Markets, S. 155, https://www.prosiebensat1.com/uploads/2015/10/18/562405b6d4114_original.pdf; Geschäftsbericht 2012 – Driving the Digital Future, S. 139, https://www.prosiebensat1.com/uploads/2015/11/03/qb12_de.pdf; Geschäftsbericht 2011 – Viewing the Future, S. 117, <http://prosiebensat1.undernehmensberichte.net/prosiebensat1/annual/2011/gb//German/pdf/report.pdf>), worin es u.a. heißt „Modelle für regional individualisierte Werbung sind eine weitere Möglichkeit, neue Werbekunden und insbesondere Firmen zu akquirieren, die bislang vor allem auf Printmedien gesetzt haben“ (Bericht 2014, S. 155).

⁵⁰ Vgl. *Kreile*, in: Harstein u.a. (Hrsg.), HK-RStV, § 7 Rn. 70b; *Dörr/Wagner*, ZUM 2013, 525, 529.

⁵¹ Vgl. etwa die Hinweise bei APR, Sender und Vermarkter in Baden-Württemberg berechnen an Hand der Umsatzdaten 2011 die Auswirkungen der Auseinanderschaltung des nationalen Werbe-TV, <https://www.privatfunk.de/r12/10223.html>; auch BLM, Ökonomische Auswirkungen regionaler TV-Werbung nationaler TV-Anbieter, https://www.blm.de/files/pdf1/P7S1_Regionalisierung_Praesentation_am_08_11_12_k.pdf.

erforderlich sind. Diese Werbemärkte sollen *grundsätzlich* denjenigen *als potentielle Einnahmequelle* vorbehalten bleiben, die einen Beitrag zur Vielfalt in diesem Raum leisten. [...] Es *besteht die Gefahr*, dass Werbekunden von regionalen Rundfunkveranstaltern und Verlegern in nicht unerheblichem Umfang zu den bundesweit agierenden Rundfunkveranstaltern abwandern, was sowohl *unmittelbar als auch mittelbar Einfluss* auf die Refinanzierung und damit verbunden auch auf die journalistische Qualität der Beiträge regionaler Verleger und Rundfunkveranstalter *hätte*. ... Einer *Gefährdung* regionaler und lokaler Meinungsvielfalt aus finanziellen Gründen soll *entgegen gewirkt* werden, wobei bereits die *Möglichkeit einer Gefährdung* ausschlaggebend ist. *Anhaltspunkte* für eine solche ergeben sich aus den Wirtschafts- und Entwicklungsdaten der nicht bundesweiten Medienangebote auf einem konvergierenden Medienmarkt. Die Begrenzung regionenspezifischer Werbung bzw. umgekehrt die damit bewirkte Bindung an einen Beitrag zur regionalen Vielfalt, dient der Refinanzierung lokaler und regionaler Medien, damit dem Schutz lokaler und regionaler Rundfunkveranstalter ebenso wie dem Schutz der örtlichen und regionalen Presse und damit schließlich der regionalen Medienvielfalt insgesamt⁵² (Hervorhebungen nur hier).

§ 7 Abs. 11 RStV hat sich daher in den Kontext einer Reihe weiterer Vorschriften zur Sicherung der Meinungsvielfalt im Rundfunkstaatsvertrag eingefügt, in deren systematischen Zusammenhang sie zu betrachten ist, da der Gesetzgeber ein gesamtstaatsvertragliches Konzept verfolgt, dessen einzelne Regelungen nicht losgelöst voneinander betrachtet werden können. Relevante Vorschriften für den privaten Rundfunk finden sich dabei insbesondere im Unterabschnitt zur Sicherung der Meinungsvielfalt in §§ 25 bis 34 RStV. Neben Regelungen zur Vermeidung vorherrschender Meinungsmacht sind in Ergänzung zur streitgegenständlichen Vorschrift vor allem die Regelungen zur Ausstrahlung von Regionalfensterprogrammen zu erwähnen. Nach § 25 Abs. 4 RStV sind in den beiden bundesweit verbreiteten reichweitenstärksten Fernsehvollprogrammen in bestimmtem Umfang nach Maßgabe des jeweiligen Landesrechts Fensterprogramme zur aktuellen und authentischen Darstellung der Ereignisse des politischen, wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Lebens in dem jeweiligen Land aufzunehmen. Dem Fensterprogrammveranstalter ist eine gesonderte Zulassung zu erteilen. Derzeit sind die Sender SAT.1 (zur ProSiebenSat.1 Media SE gehörend) und RTL (zur RTL Group SA gehörend) zur Ausstrahlung so genannter Regionalfenster verpflichtet. Aufgrund der eigenen Zulassung ermöglichen diese Fenster auch regional ausgerichtete Werbung in diesem Programmteil des bundesweiten Rundfunks. Nach nationalem Recht besteht also in bestimmten Teilbereichen auch bundesweit verbreiteter Programme die Möglichkeit regionalisierter Werbung, wenn sozusagen als „Gegenstück“ die regionale Inhaltsdimension abgebildet wird. Die Neuvorschrift des § 7 Abs. 11 RStV ließ diese Möglichkeit unberührt, so dass ein vollständiges Verbot regional ausgerichteter Werbung nach Rundfunkstaatsvertragsrecht nicht besteht.

⁵² Abgedruckt bei HK-RStV: *Kreile*, in: Hartstein u.a. (Hrsg.), HK-RStV; ferner dort Rn. 70b zur innerstaatlichen Diskussion, die zur Einführung der Norm im RStV geführt hat "Verbot dezentraler Werbespots ein verfassungsrechtlich legitimes Ziel mit angemessenen Mitteln" m.w.N.

C. Grundprinzipien des EU-Rechts und Kompetenzabgrenzung zu den Mitgliedstaaten

I. Allgemeines

Wenngleich es bei der Frage der Beschränkung von Grundfreiheiten vornehmlich um eine Bestimmung des Geltungsbereichs der jeweiligen Grundfreiheit und bei der Bewertung der mitgliedstaatlichen Maßnahme, die beschränkend wirkt, um die Anwendung des Rechtfertigungsmaßstabs geht, spielen weitere Grundprinzipien des EU-Rechts eine Rolle. Insbesondere im Zusammenhang mit Vorschriften, die dem Schutz der Medienvielfalt dienen, ist die Kompetenzabgrenzung zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten wichtig. Medienvielfalt bzw. Pluralismus der Medien ist wie erwähnt auch ein im EU-Recht anerkannter Wert, der – wie noch ausführlich unter D. gezeigt wird – in der Rechtsprechung mit besonderer Wichtigkeit ausgestattet wird. Jedoch ergibt sich daraus nicht eine Regelungszuständigkeit der EU. Wenn die Prüfung der Rechtfertigung einer Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit zugleich die mitgliedstaatliche Kompetenz zur Medienvielfaltssicherung berührt, ist daher auf die Grundprinzipien zur Kompetenzabgrenzung zurück zu greifen, die im Folgenden dargestellt werden.

II. Prinzip begrenzter Einzelermächtigung, das Binnenmarktziel und Kompetenzüberlagerungen

Die Festlegung von Zielen nach Art. 3 Vertrag über die Europäische Union (EUV)⁵³ führt nicht zu einer Zuweisung von Befugnissen. Die EU kann daher nur im Rahmen ihrer zugeordneten Zuständigkeiten die Umsetzung der Erreichung dieser Ziele anstreben.⁵⁴ Alle Zuständigkeiten, die der Union nicht durch die Verträge übertragen werden, verbleiben bei den Mitgliedstaaten gemäß Art. 5 EUV, der den Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung festlegt, wonach die Union nur innerhalb der Grenzen der Befugnisse handelt, die ihr von den Mitgliedstaaten in den Verträgen zur Erreichung der darin festgelegten Ziele übertragen wurden. Dabei handelt es sich entweder um ausschließliche Zuständigkeiten (Art. 3 AEUV), geteilte Zuständigkeiten (Art. 4 AEUV) oder Zuständigkeiten zur Unterstützung, Koordinierung oder Ergänzung der Maßnahmen der Mitgliedstaaten (Art. 6 AEUV). Die Art der Zuständigkeit bestimmt auch die jeweiligen Handlungsbefugnisse sowohl der Union als auch der Mitgliedstaaten.

Ein Kernanliegen und zugleich Anlass für zahlreiche Regelungen der EU ist der Binnenmarkt und die Förderung seines Funktionierens durch unterschiedliche Normen der Mitgliedstaaten harmonisierende Sekundärrechtsakte. Auch die im Zusammenhang mit dem

⁵³ Vertrag über die Europäische Union, Fassung aufgrund des am 1.12.2009 in Kraft getretenen Vertrages von Lissabon (Konsolidierte Fassung bekanntgemacht im ABl. EG Nr. C 115 vom 9.5.2008, S. 13), zuletzt geändert durch die Akte über die Bedingungen des Beitritts der Republik Kroatien und die Anpassungen des Vertrags über die Europäische Union, des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft (ABl. EU L 112/21 vom 24.4.2012).

⁵⁴ Ruffert in: Calliess/Ruffert, Art. 3 EUV Rn. 37.

Binnenmarkt stehenden Grundfreiheiten bilden eine Rechtsgrundlage für bestimmte Maßnahmen der EU. Jedoch fällt der Binnenmarkt nicht in die ausschließliche Zuständigkeit der EU, sondern ist nach Art. 4 Abs. 2 AEUV eine geteilte Zuständigkeit, bei der sowohl die Union als auch die Mitgliedstaaten die Möglichkeit haben, rechtsverbindliche Rechtsakte zu erlassen. Relevant für den vorliegenden Kontext sind ferner Unterstützungs-, Koordinierungs- und Ergänzungsmaßnahmen, da für den Kulturbereich Art. 6 lit. c) AEUV die Union auf solche Arten der Kompetenzausübung beschränkt. Dieser Bereich, zu dem auch die Regelung der kulturellen Aspekte der Medien gehört, verbleibt also hinsichtlich der Regulierungsdimension in der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten. Eine Harmonisierung der nationalen Rechtsvorschriften ist daher ausgeschlossen⁵⁵ und kann auch nicht indirekt über eine wirtschaftsbezogene Regelungskompetenz erreicht werden. Das System in Art. 167 AEUV, dass die EU auf der Basis einer (andernorts niedergelegten) Rechtsgrundlage aus ihrem Kompetenzkatalog die Begrenzungen aus Art. 167 AEUV umgeht.⁵⁶ Voraussetzung für die kulturelle Querschnittsklausel ist jedoch, dass sie kulturelle Aspekte berücksichtigt, was regelmäßig einem Ausgleich kultureller und anderer regulatorischer Interessen (z.B. wirtschaftlicher Aspekte) gleichkommt. Darüber hinaus ergibt sich aus dem AEUV-System, dass kulturelle Aspekte nicht im Mittelpunkt einer unionsrechtlichen Regelung stehen dürfen.⁵⁷

Schon aus dieser kurzen Übersicht ergibt sich, dass bestimmte Regelungsmaterien unterschiedliche Kompetenzbereiche berühren und es daher zu Kompetenzüberlagerungen kommen kann. An einem konkreten Beispiel dargestellt bedeutet dies etwa, dass audiovisuelle Mediendienste grundsätzlich als Dienstleistung angesehen werden können, was Regelungskompetenzen für die Union eröffnet. Diese sind zum Beispiel durch die oben erwähnte AVMD-Richtlinie wahrgenommen worden, um den grenzüberschreitenden Verkehr entsprechender Dienstleistungen zu erleichtern. Zugleich ist aber der Medienbereich auch Ausdruck kultureller Besonderheiten in den Mitgliedstaaten und damit wegen des insoweit geltenden Harmonisierungsverbotes der Regulierung der Union entzogen und den Mitgliedstaaten vorbehalten.

Es gibt keine Regel in den Verträgen, wonach eine für bestimmte Aspekte bestehende Kompetenz der EU für eine Regelungsmaterie automatisch dazu führen würde, dass die gesamte Materie vorrangig durch die Union zu regeln ist. Auch umgekehrt besteht ein solches Prinzip nicht zugunsten der Mitgliedstaaten. Entscheidend ist jeweils für jeden Teilaspekt eines Regelungsbereichs, der in beide Kompetenzen fallen kann, was genau mit einer Vorschrift oder Maßnahme geregelt werden soll und ob diese Frage entweder in den EU-Kompetenzbereich fällt (und damit bei einer tatsächlichen Regelung durch die EU bei geteilten Zuständigkeiten grundsätzlich für die Mitgliedstaaten gesperrt ist) oder eben in denjenigen der Mitgliedstaaten. Daher können auch nicht allgemein wirkende Kompetenznormen aus den Grundfreiheiten so ausgelegt werden, dass jede darunter fallende Tätigkeit umfassend durch die Union zu regeln ist.

Ebenso dürfen die Grundfreiheiten als zugunsten der Individuen wirkende Rechtspositionen nicht so verstanden werden, dass damit das Kompetenzgefüge zwischen der Union und den Mitgliedstaaten bei jeder Einschlägigkeit einer Grundfreiheit zu einer Verschiebung in

⁵⁵ *Calliess* in: *Calliess/Ruffert*, Art. 2 AEUV Rn. 28.

⁵⁶ *Lenski*, *Öffentliches Kulturrecht*, S. 142.

⁵⁷ St. Rechtsprechung, vgl. z.B. Rs. C-155/91, *Kommission der Europäischen Gemeinschaften / Rat der Europäischen Gemeinschaften*. Allg. dazu *Ukrow/Cole*, *Aktive Sicherung lokaler und regionaler Medienvielfalt*, S. 60 ff.

den Bereich der Union führt. Im Gegenteil ist gerade wegen dieser allgemein wirkenden Rechtspositionen darauf zu achten, dass nicht über den „Umweg“ der Versagung grundfreiheitsbeschränkender mitgliedstaatlicher Maßnahmen, die eigentlich im Bereich der Regulierungskompetenz der Mitgliedstaaten liegen, deren Regelungsmöglichkeiten kompetenzwidrig beschnitten werden.

III. Weitere Grundprinzipien und Ziele der EU und insbesondere der Schutz der nationalen Identität der Mitgliedstaaten

Da der EUV neben dem AEUV die Grundlagen für die Europäische Union, die sie konstituierenden Strukturprinzipien und ihre wesentlichen legitimatorischen Grundlagen festlegt, sind Maßnahmen der EU und ihrer Mitgliedstaaten daher stets auch im Licht des EUV zu betrachten. Insbesondere sind die in Art. 2 EUV verankerten Grundwerte, die in Art. 3 EUV verankerten Ziele sowie die in Art. 4 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 5 EUV getroffenen Aussagen über den Schutz der Verfassungsidentität und das Subsidiaritätsprinzip relevant.

Art. 2 EUV regelt, dass „(d)ie Werte, auf die sich die Union gründet, ... die Achtung der Menschenwürde, Freiheit, Demokratie, Gleichheit, Rechtsstaatlichkeit und die Wahrung der Menschenrechte einschließlich der Rechte der Personen, die Minderheiten angehören (sind). Diese Werte sind allen Mitgliedstaaten in einer Gesellschaft gemeinsam, die sich durch Pluralismus, Nichtdiskriminierung, Toleranz, Gerechtigkeit, Solidarität und die Gleichheit von Frauen und Männern auszeichnet“. Auch wenn sich diese Norm nach ihrem Wortlaut primär an die EU selbst richtet, kommt, wie bereits aus Satz 2 der Norm ersichtlich ist, diesen Grundwerten unionsrechtliche Bedeutung auch in Bezug auf die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten zu.⁵⁸ Insbesondere die Anknüpfung des Art. 2 EUV an die Wahrung der Menschenwürde und an das Pluralismusgebot zeigt die medienrechtliche, namentlich auch vielfaltsbezogene Relevanz der Grundwerte der EU deutlich auf.

Art. 3 EUV stellt Ziele der Union auf, die durch Integration – im Sinne eines zielorientierten Handlungssystems und nicht allein ‚um der Integration‘ selbst willen – erreicht werden sollen.⁵⁹ Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 EUV enthält dabei unter anderem die Zielsetzung, dass die Union den Reichtum ihrer kulturellen und sprachlichen Vielfalt wahrt und für den Schutz und die Entwicklung des kulturellen Erbes Europas sorgt. Zielsetzung ist es daher gerade nicht eine europäische Einheitskultur oder ‚Eurokultur‘ zu schaffen, sondern vorhandene kulturelle Vielfalt, deren Stärken gerade in der historisch gewachsenen Vielfalt liegen, zu erhalten.⁶⁰ Das kulturelle Erbe setzt sich aus den Nationalkulturen der Mitgliedstaaten, zu denen wiederum auch einzelne regionale und lokale Aspekte gehören können, zusammen, wobei allerdings daneben auch eine europäische Identität als Konglomerat dieser Kulturen

⁵⁸ Operationelle Bedeutung kommt der Norm im Kontext der EU nicht nur in Beitrittsverfahren nach Art. 49 EUV, sondern auch bei der Aussetzung mitgliedstaatlicher Rechte, einschließlich Stimmrechte, nach Art. 7 EUV zu. Vgl. zu konkreten Anwendungsfällen *Ukrow*, *Jenseits der Grenze*, S. 5.

⁵⁹ *Ruffert* in: *Callies/Ruffert*, Art. 3 EUV Rn.3; grundsätzlich zur Zielorientierung auch: *Müller-Graf* in: *Pechstein/Nowak/Häde*, Art. 3 EUV Rn. 1, *Heintschel von Heinegg* in: *Vedder/Heintschel von Heinegg*, Art. 3 EUV, Rn. 3 und *Pechstein* in: *Streinz*, Art. 3 EUV, Rn. 2.

⁶⁰ *Von Danwitz*, *NJW* 2005, 529, 531.

tritt.⁶¹ Vor diesem Hintergrund werden Maßnahmen auf nationaler Ebene, die zum Schutz nationaler und regionaler Sprachen und Kulturen erforderlich sind, auf europäische Ebene befürwortet, denn damit wird letztlich ein Beitrag zur kulturellen Vielfalt – einem der europäischen Grundwerte – geleistet.⁶² Für die (Förderung von lokalen und regionalen) Medien hat dies insoweit Bedeutung, als ihnen eine Schlüsselfunktion bei dem Schutz lokaler Kulturen (sei es auf staatlicher oder auf regionaler Ebene) zuerkannt wird und damit auch in Bezug auf den Schutz der kulturellen Vielfalt Europas.⁶³ Hinzuweisen ist jedoch darauf, dass Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 EUV keine über die oben erwähnte, eng begrenzte Befugnis zur Förderung aus Art. 167 AEUV hinausreichende kompetenzrechtliche Grundlage enthält. Zur Verwirklichung der hierin genannten Ziele kann die EU lediglich „Maßnahmen zur Unterstützung, Koordinierung oder Ergänzung der Maßnahmen der Mitgliedstaaten“ durchführen (Art. 6 AEUV) jedoch „ohne dass dadurch die Zuständigkeit der Union für diese Bereiche an die Stelle der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten tritt“ (Art. 2 Abs. 5 AEUV).

Art. 4 EUV regelt die Kompetenzwahrnehmung durch die Union unter Wahrung der nationalen Identität und die loyale Zusammenarbeit zwischen EU und Mitgliedstaaten. Nach Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV achtet die Union die Gleichheit der Mitgliedstaaten vor den Verträgen und ihre jeweilige nationale Identität, die in ihren grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen einschließlich der regionalen und lokalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt. Zur nationalen Identität gehört dabei grundsätzlich ein Bestand an Ideengehalten und Werten, die das Selbstverständnis und die Eigenart dieses Staates oder Volkes prägen und die aus unterschiedlichen Bereichen stammen können wie etwa Sprache und Kultur.⁶⁴ Darüber hinaus ist auch die identitätsstiftende Bedeutung der Region und des kommunalen Kontextes für den Menschen in den Verträgen der EU anerkannt.⁶⁵ Die Wahrung regionaler und lokaler Belange und Unterschiede neben den nationalen Unterschieden wird wiederholt hervorgehoben.⁶⁶ Auch deshalb sind sie bei der Bewertung von mitgliedstaatlichen Maßnahmen auf ihre Vereinbarkeit mit Unionsrecht mit einzubeziehen.

Der Begriff der nationalen Identität sollte dabei als Öffnungsklausel für mitgliedstaatliches Verfassungsrecht verstanden werden, so dass dieses bei der Auslegung von Art. 4 Abs. 2 EUV zu rezipieren ist.⁶⁷ Dies kann auch relevant werden, wenn – wie oben ausgeführt – durch Kompetenzüberlagerungen mitgliedstaatliche Handlungsspielräume scheinbar wegen anderer von der EU zu verfolgender Ziele wie der Verwirklichung der Grundfreiheiten verdrängt werden könnten. Insbesondere die Regelung der Medienvielfalt kann zu unterschiedlichen Vorschriften in den Mitgliedstaaten führen, mit denen ihre je nationalen Besonderheiten hinsichtlich der Medien und der Bedürfnisse zur Sicherstellung einer relevanten Medienvielfalt Beachtung finden. Diese Frage kann daher auch an den Standard der nationalen Identität heranreichen, weshalb er gegebenenfalls auch bei der Bestimmung

⁶¹ Neumann, Das Recht der Filmförderung in Deutschland, S. 43, m.w.N.

⁶² So auch: Hocharangige Gruppe zur Freiheit und Vielfalt der Medien, Bericht zu freien und pluralistischen Medien als Rückhalt der europäischen Demokratie, 2013, S. 45.

⁶³ Hocharangige Gruppe zur Freiheit und Vielfalt der Medien, Bericht zu freien und pluralistischen Medien als Rückhalt der europäischen Demokratie, 2013, S. 13.

⁶⁴ Puttler in: Callies/Ruffert, Art. 4 EUV Rn. 14; Streinz in: Streinz, Art. 4 EUV, Rn. 15.

⁶⁵ Vgl. hierzu Menasse, Europa der Regionen, S. 27 ff.

⁶⁶ Vgl. etwa den dritten Absatz der Präambel der GrCh, die Formulierung des Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV zur nationalen Identität („...Organisation ihrer staatlichen Gewalt auf nationaler, regionaler und lokaler Ebene“) oder des oben dargestellten Art. 167 Abs. 1 AEUV; insgesamt dazu Ress/Ukrow in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 167 AEUV Rn. 93 f. Vgl. auch den Hinweis von GA Trstenjak, Rs. C-324/07, *Coditel Brabant SA*, Rn. 85.

⁶⁷ Vgl. zur Erläuterung und Herleitung umfassend von *Bogdandy/Schill*, ZaöRV 70 (2010), 701 ff.

der Grenzen der Anwendung von Grundfreiheiten bzw. mitgliedstaatlicher Maßnahmen zu deren Beschränkung heranzuziehen ist. Dies gilt auch bei einer Prüfung durch den Gerichtshof, wie dieser ausdrücklich anerkannt hat, wenngleich es bislang wenig Gelegenheiten gab, zur Bedeutung der Identitätsklausel zu urteilen.⁶⁸

Aus den vorgenannten Normen ergibt sich darüber hinaus auf Ebene des EU-Primärrechts insoweit ein Spannungsverhältnis, als die EU sich einerseits verpflichtet, die nationale Identität der Mitgliedstaaten zu achten (Art. 4 Abs. 2 EUV) und den Reichtum der kulturellen Vielfalt zu wahren (Art. 3 Abs. 3 EUV), andererseits aber zugunsten der EU-Bürger einen europäischen Binnenmarkt errichten will (Art. 3 Abs. 2 und 3 EUV). Für den Mediensektor zeigt sich dieser Harmonisierungsgedanke in der Vielzahl entsprechender Sekundärrechtsakte, die im audiovisuellen Mediensektor mit der kulturellen Dimension der Medien im Spannungsverhältnis stehen. Die Harmonisierungen werden insoweit auf bestimmte Rechtgrundlagen gestützt, müssen aber die in Art. 5 EUV niedergelegten Prinzipien zur Kompetenzordnung innerhalb der EU berücksichtigen. Dazu gehört neben dem oben erwähnten Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung für die Bereiche, die nicht in ausschließliche Zuständigkeit der EU fallen, das Subsidiaritätsprinzip.⁶⁹

Danach wird die Union in nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene ausreichend verwirklicht werden können, sondern vielmehr wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind (Art. 5 Abs. 3 S. 1 EUV). Beide Prinzipien werden ergänzt durch die Verpflichtung zur Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (Art. 5 Abs. 4 EUV). Dies schließt nicht aus, dass die Union auch bestimmte Regelungen erlassen kann, die grundsätzlich auch durch Mitgliedstaaten vorgesehen werden könnten. Jedoch gibt es bestimmte Aspekte, die sich gerade auf regionale oder lokale Gegebenheiten beziehen, die typischerweise nicht durch den gesamten Wirkungsbereich des EU-Rechts über alle Mitgliedstaaten erfasst werden können und deshalb nur von den Mitgliedstaaten bzw. deren Untergliederungen geregelt werden können. Jedoch wirken sich die obigen Strukturprinzipien auch auf Maßnahmen der Mitgliedstaaten aus. Diese haben sich zu den in den Verträgen niedergelegten Prinzipien der EU bekannt, weshalb sich ihr Handeln auch nach dem Beitritt an den Werten und Zielen der Union orientieren sollte. Soweit sich aber Regelungen in den Mitgliedstaaten ihrerseits aber an den in Art. 3, 4 und 5 EUV vorgegebenen Strukturprinzipien grundsätzlich orientieren, sind diese – soweit eine mitgliedstaatliche Kompetenz besteht – in Übereinstimmung mit dem Europarecht erfolgt. Wenn also wie im vorliegenden Fall eine Regulierungskompetenz – konkret: zur Medienvielfaltssicherung – bei den Mitgliedstaaten verbleibt, dürfen diese auch Regelungen mit Auswirkungen auf durch die EU erfasste Bereiche wie die Grundfreiheiten treffen, so lange die besonderen Prüfungsmaßstäbe für diese beachtet worden sind. Der Umfang des Geltungsbereichs der Grundfreiheiten und der Einschränkungsmöglichkeiten wird aber bestimmt von der mitgliedstaatlichen Zuständigkeit.

⁶⁸ Vgl. aber insbesondere Rs. C-208/09, *Ilonka Sayn-Wittgenstein / Landeshauptmann von Wien*, Rn. 83 („Insoweit ist einzuräumen, dass ... als Teil der nationalen Identität bei der Abwägung legitimer Belange auf der einen Seite und dem vom Unionsrecht gewährten Recht der Freizügigkeit von Personen auf der anderen berücksichtigt werden kann“).

⁶⁹ Vgl. hierzu z.B. *Bickenbach*, EuR 2013, S. 523 ff.; kritisch zur bisher unzureichenden Berücksichtigung des Prinzips in der Praxis jüngst *Müller*, NJW-aktuell 1-2/2019, S. 12 ff.

D. Das Allgemeinwohlziel Medienvielfalt

I. Allgemeines

Die Aufrechterhaltung einer mitgliedstaatlich relevanten Medienvielfalt ist unbestritten eine Kompetenz der Mitgliedstaaten, die sinnvoll zumindest in der Form von Regulierung auch nur durch diese wahrgenommen werden kann.⁷⁰ Zunächst ist unbestritten, dass schon aus Art. 10 EMRK (dazu die Rechtsprechung des EGMR⁷¹) und seiner mittelbaren Geltung als Gemeinschaftsgrundrecht⁷², erst recht aber mit der expliziten Anerkennung des Ziels der Medienvielfalt in der Grundrechte-Charta der EU (Art. 11 GRC), die Medienvielfalt als ein im Allgemeininteresse liegendes Ziel gilt, wie sich schon aus dem Wortlaut des Art. 11 Abs. 2 GRC („Die Freiheit der Medien und ihre Pluralität werden geachtet.“) ergibt. Die besondere Bedeutung dieses Werts wird sogar hervorgehoben.⁷³ Zugleich ergibt sich aber aus der GRC auch, dass dieser Wert ein Unionshandeln verbietet, das dem Ziel Medienvielfalt – hier wiederum Pluralismus der Medien in den Mitgliedstaaten – zuwiderläuft. Dies ergibt sich aus der eben erwähnten Formulierung der Vorschrift in der Zusammenschau mit der vornehmlichen Zielrichtung der GRC, die nach Art. 51 Abs. 1 darin liegt, die Unionsorgane zu binden.⁷⁴

Zwar ist grundsätzlich denkbar, dass Unionsvorschriften zur Medienvielfalt dazu beitragen könnten, dem Ziel zu dienen, insbesondere etwa, wenn es Regelungen sind, die sich beispielsweise auf Zusammenschlüsse von Medienunternehmen in einer transnationalen Dimension in Europa beziehen. Dazu müsste aber der EU eine solche Regulierungskompetenz übertragen worden sein, was nicht der Fall ist.⁷⁵ Vielmehr ist auch aus dem einschlägigen Sekundärrecht durchgängig erkennbar, das von der Wichtigkeit dieses Ziels ausgegangen

⁷⁰ Vgl. umfassend dazu bereits *Cole*, Europarechtliche Rahmenbedingungen für die Pluralismussicherung im Rundfunk, in: BLM-Symposium Medienrecht 2007. Freiheitssicherung durch Regulierung: Fördert oder gefährdet die Wettbewerbsaufsicht publizistische Vielfalt im Rundfunk?, München 2009, S. 93 ff.; ferner etwa *Hain*, Sicherung des publizistischen Pluralismus auf europäischer Ebene?, AfP 2007, 527, 531, m.w.N.

⁷¹ Der EGMR sieht die Ratifikationsstaaten vor dem Hintergrund des grundrechtsbasierten Informationsanspruchs sogar in einer ultimativen Garantenpflicht für die Gewährleistung von Pluralität in den (vor allem audiovisuellen) Medien, vgl. grundlegend Urteil vom 24. November 1993, Nr. 13914/88; 15041/89; 15717/89; 15779/89; 17207/90, Rn. 38.

⁷² Vgl. hierzu insgesamt Kapitel D.III.

⁷³ So etwa in Rs. C-283/11, *Sky Österreich GmbH / Österreichischer Rundfunk*, Rn. 52 (soweit sie im Zusammenhang mit Rn. 66 gelesen wird): „Die Wahrung der durch Art. 11 der Charta geschützten Freiheiten stellt unbestreitbar ein im Allgemeininteresse liegendes Ziel dar..., dessen Bedeutung in einer demokratischen und pluralistischen Gesellschaft nicht genug betont werden kann“. Ähnlich in der noch anhängigen Rs. C-719/18, *Vivendi SA / Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*, in der GA Campos Sánchez-Bordona in seinen Schlussanträgen ausgeführt hat: „Gemäß Art. 11 Abs. 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union werden ‚[d]ie Freiheit der Medien und ihre Pluralität ... geachtet‘. Die beiden Elemente sind unverzichtbar für die Existenz der Rechte auf Meinungsfreiheit und Information, ...“ (Rn. 65).

⁷⁴ Art. 51 Abs. 1 GRC lautet:

„Diese Charta gilt für die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union unter Wahrung des Subsidiaritätsprinzips und für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union. Dementsprechend achten sie die Rechte, halten sie sich an die Grundsätze und fördern sie deren Anwendung *entsprechend ihren jeweiligen Zuständigkeiten und unter Achtung der Grenzen der Zuständigkeiten*, die der Union in den Verträgen übertragen werden.“ (Hervorhebung nur hier).

⁷⁵ *Ukrow/Cole*, Aktive Sicherung lokaler und regionaler Medienvielfalt, Leipzig 2019, S. 47 ff.

wird, aber auch dass es selbst nicht Gegenstand der Regelungskompetenz auf EU-Ebene ist. Dies gilt selbst beim angesprochenen Wettbewerbsrecht (vgl. Art. 21 Abs. 4 Fusionskontrollverordnung⁷⁶),⁷⁷ aber auch bei der für den Fernsehbereich relevanten Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste (s. die Erwägungsgründe 5, 8, 12, 34, 48 und 94 der AVMD-Richtlinie).

Die Sicherung von Medienvielfalt ist demzufolge nicht Gegenstand sekundärrechtlicher Regeln und dürfte es schon aus Kompetenzerwägungsgründen nicht sein. Auch erfolgt bezüglich der Regulierung der Fernsehwerbung, die Gegenstand der Fernseh- (oder allgemeiner audiovisuelle Mediendienste-)bezogenen Regelungen der AVMD-Richtlinie ist, durch die Richtlinie keine Vollharmonisierung. Gerade weil Regelungen bezüglich dieses Mediensektors Auswirkungen auf den Erhalt oder die Förderung der jeweiligen mitgliedstaatlichen Medienvielfalt haben (können), verzichtet die Richtlinie darauf, alle Teilbereiche zu vereinheitlichen, sondern bietet vielmehr einen – in manchen Bereichen weitgehenden – Mindestgrad an Harmonisierung.⁷⁸ Das Vorhandensein etwa zum Zwecke des Verbraucherschutzes die Fernsehwerbung beschränkender Regelungen in der AVMD-Richtlinie zeigt, dass solche Einschränkungen grundsätzlich möglich sind, auch wenn sie eine Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit zur Folge haben.⁷⁹

Soweit aber keine Regelungen in der AVMD-Richtlinie enthalten sind – und dies gilt auch für die Frage der Zulässigkeit von Sonderregelungen zu unterschiedlichen Verbreitungsgebieten von Fernsehprogrammen und in solchen Programmen enthaltener kommerzieller Kommunikation – kann der Maßstab der Prüfung entsprechender mitgliedstaatlicher Regelungen nur das Primärrecht sein. Dabei erkennen der EU- und AEU-Vertrag, wie oben dargestellt, die Pluralismussicherung nicht nur als Ziel und Wert an, auf dem die Union gründet, sondern verorten diese auch kompetenzrechtlich bei den Mitgliedstaaten und lassen dabei bewusst Spielraum für die verschiedenen nationalen Verfassungstraditionen (Art. 3 Abs. 3 EUV i.V.m. Art. 167 Abs. 4 AEUV), mit denen die Bedeutung der unterschiedlichen Kulturen der Mitgliedstaaten anstelle einer „europäischen Einheitskultur“ hervorgehoben wird.

II. Medienvielfalt aus EMRK und EGMR-Rechtsprechung

Der EGMR leitet den Schutz der Medienvielfalt als Grundbedingung aus der Medienfreiheit ab. Die Medien können ihrer Funktion als „*public watchdog*“⁸⁰, in der sie als

⁷⁶ Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen ("EG-Fusionskontrollverordnung"), ABl. L 24 vom 29.1.2004, S. 1–22.

⁷⁷ Dazu *Cole*, Europarechtliche Rahmenbedingungen für die Pluralismussicherung im Rundfunk, S. 106 ff.

⁷⁸ Einen vergleichbaren Bereich zur Werbung in audiovisuellen Medien gibt es mit dem Jugendmedienschutzrecht. Auch insoweit ist wegen der starken Vorprägung durch nationale Rechts Traditionen und kulturelle Unterschiede nur eine teilweise Harmonisierung auf Ebene der EU erfolgt und der Gerichtshof erkennt entsprechend im nicht-harmonisierten Bereich einen weiten Spielraum der Mitgliedstaaten zu, vgl. Rs. C-244/06, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH / Avides Media AG*, Rn. 45.

⁷⁹ Vom Gerichtshof bestätigt etwa in Rs. C-6/98, *Arbeitsgemeinschaft Deutscher Rundfunkanstalten (ARD) / Pro Sieben Media AG*; Rs. C-245/01, *RTL Television GmbH / Niedersächsische Landesmedienanstalt für privaten Rundfunk*; Rs. C-234/12, *Sky Italia / AGCOM*, Rn. 24 f.

⁸⁰ Vgl. für eine Konkretisierung der Rolle als *public watchdog* etwa EGMR, Nr. 21980/93, *Bladet Tromsø / Norwegen*.

Informationsmittler und Forum für öffentliche Debatten dienen⁸¹, nur dann erfolgreich wahrnehmen, wenn durch sie eine vielfältige Informationsvermittlung geschieht. Insoweit müssen gegebenenfalls Staaten durch einen Regulierungsrahmen gewährleisten, dass Pluralismus möglich ist und aufrechterhalten wird. Dies gilt insbesondere für die audiovisuellen Medien, deren Programme oft sehr weiträumig verbreitet werden und daher vom EGMR traditionell als ‚durchdringenderes‘ Medium gegenüber beispielsweise der Presse angesehen werden.⁸² Ohne Pluralismus gibt es keine Demokratie, wie es der EGMR zugespitzt formuliert hat.⁸³ Daher sieht der EGMR in der Pluralismussicherung nicht nur eine abwehrrechtliche Dimension im Sinne der Vermeidung von Eingriffen in die Pluralität, sondern die Staaten als „ultimative Garanten“⁸⁴ des Pluralismus in den Medien, wodurch sich positive Verpflichtungen aus Art. 10 EMRK ergeben. Der Staat muss danach durch einen entsprechenden rechtlichen sowie praktischen Rahmen sicherstellen, dass die Öffentlichkeit über den Rundfunk Zugang zu unparteiischen Informationen und einem Spektrum von Meinungen und Debatten hat, die unter anderem die Vielfalt der politischen Ansichten innerhalb des Landes widerspiegeln.⁸⁵

Daraus lässt sich die Bedeutung auch regionaler und lokaler Berichterstattung und als Spiegelbild die Sicherstellung entsprechender Vorhaltung solcher Informationen als Bestandteil der Informationsfreiheit ableiten. In einer jüngeren Entscheidung argumentiert der EGMR, dass so genannter Bürgerjournalismus⁸⁶ ein wichtiges zusätzliches Mittel zur Ausübung der Freiheit sein kann, Informationen und Ideen zu empfangen und weiterzugeben, insbesondere vor dem Hintergrund, dass und wenn politische Informationen von den traditionellen Medien ignoriert werden.⁸⁷ Eine vergleichbare Ausgangslage besteht auch bezüglich redaktionell verantworteter, regional und lokal ausgerichteter Medienangebote, deren Informationsgehalt regelmäßig nicht in Medien mit nationaler Ausrichtung abgebildet wird. Der EGMR begreift wie eben erwähnt den Medienpluralismus als Bedingung der Demokratie, weil er zur Abbildung vielfältiger politischer Programme und Debatten beiträgt.⁸⁸ Lokal- und regionalpolitische Debatten sind ein wichtiger Faktor in Bezug auf das Pluralismusgebot und müssen daher auch in Medien transportiert werden.⁸⁹ Daher sind Sicherungsmaßnahmen für Medienvielfalt, die eben solche Inhalte abbildet, als Bestandteil der Garantenpflicht der Staaten zu sehen. Diese gilt auch trotz des Aufkommens und der stärkeren Nutzung von „neuen“ Medien, da aus Sicht des EGMR redaktionell verantwortete Inhalte in herkömmlichen Medien weiterhin von Wichtigkeit sind.⁹⁰

⁸¹ EGMR, Nr. 37374/05, *Társaság a Szabadságjogokért* / Ungarn, Rn. 26 ff.

⁸² EGMR, Nr. 17207/90, *Informationsverein Lentia u.a.* / Österreich, Rn. 38; Nr. 24699/94, *VgT Verein gegen Tierfabriken* / Schweiz, Rn. 73.

⁸³ EGMR, Nr. 13936/02, *Manole u.a.* / Moldova, Rn. 95.

⁸⁴ Wie vor, Rn. 107.

⁸⁵ Wie vor; sowie Nr. 48876/08, *Animal Defenders International* / Vereinigtes Königreich, Rn. 134.

⁸⁶ In dem Fall ging es um den Kanal eines privaten Nutzers auf der Videoplattform YouTube.

⁸⁷ Vgl. EGMR, Nrn. 48226/10 und 14027/11, *Cengiz u.a.* / Türkei.

⁸⁸ EGMR, Nr. 13936/02, *Manole u.a.* / Moldova, Rn. 95.

⁸⁹ Vgl. hierzu im Blick auf die Bedeutung regionaler Vielfältigkeit EGMR, Nr. 44158/98, *Gorzelik u.a.* / Polen, insbesondere Rn. 92.

⁹⁰ EGMR, Nr. 48876/08, *Animal Defenders International* / UK, Rn. 119.

III. Medienvielfalt aus GRC und EuGH-Rechtsprechung

Bereits vor Inkrafttreten der GRC, die die Bedeutung des Pluralismus in Art. 11 Abs. 2 ausdrücklich verankerte, hat der EuGH die Medienvielfalt unter Heranziehung von Art. 10 EMRK als wesentliches Merkmal der Meinungsfreiheit anerkannt. So hat der EuGH in den Rs. *Kommission / Niederlande* und *Gouda / Commissariaat voor de Media* nicht nur grundlegend festgestellt, dass die Aufrechterhaltung eines pluralistischen Rundfunkwesens in einem Zusammenhang mit der durch Artikel 10 EMRK garantierten Meinungsfreiheit steht, die zu den von der (damaligen) Gemeinschaftsrechtsordnung geschützten Grundrechten gehört, sondern auch, dass eine Kulturpolitik, die dieses Ziel verfolgt, einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstellen kann, der Beschränkungen des Dienstleistungsverkehrs rechtfertigt.⁹¹ In diesem Zusammenhang erkennt der EuGH auch die mitgliedstaatliche Zielsetzung an, die Bedürfnisse verschiedener gesellschaftlicher, kultureller, religiöser und geistiger Bedürfnisse schützen zu wollen.⁹² Diese Rechtsprechung hat der Gerichtshof in zahlreichen Entscheidungen fortgeführt.⁹³

Im Ergebnis bedeutet dies, dass von der Dienstleistungsfreiheit geschützte kommerzielle Interessen der Anbieter mit kulturpolitischen Interessen im Allgemeininteresse abzuwägen sind und gegebenenfalls zurück stehen müssen.⁹⁴ Die Ausformung der Vielfaltssicherung, also die Etablierung von Maßnahmen zur Aufrechterhaltung einer pluralistischen Medienordnung, muss jedoch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beachten. Die Mitgliedstaaten haben sicherzustellen, dass Beschränkungen der Grundfreiheiten in einem angemessenen Verhältnis zur Aufrechterhaltung der Medienvielfalt stehen und dieser Zweck nicht durch Maßnahmen erreicht werden kann, die weniger beschränkend sind.⁹⁵ In diesem Zusammenhang spielen auch Marktauswirkungen der beschränkenden Maßnahme eine Rolle, deren Untersuchung und Beurteilung der EuGH allerdings bei den nationalen Gerichten verortet.⁹⁶

Auch nach Inkrafttreten der GRC, die auf dieser Rechtsprechung aufbaut, hat der EuGH seine Beurteilung in gleichem Sinne fortgeführt und auch in aktuellen Urteilen zum Ausdruck gebracht.⁹⁷ Dabei hat der Gerichtshof auch den Schutz der sprachlichen Vielfalt sowie des Zugangs zu lokalen Informationen als Charakteristika einer so verstandenen Kulturpolitik hervorgehoben.⁹⁸ Sowohl dies, als auch die Betonung des Vielfaltsschutz auf

⁹¹ Rs. 353/89, *Kommission / Niederlande*, Rn. 30; C-288/89, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda u. a. / Commissariaat voor de Media*, Rn. 23.

⁹² Rs. C-288/89, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda u. a. / Commissariaat voor de Media*, Rn. 31.

⁹³ Rs. C-148/91, *Vereniging Veronica Omroep Organisatie / Commissariaat voor de Media*, Rn. 9; Rs. C-23/93, *TV10 SA / Commissariaat voor de Media*, Rn. 18; Rs. C-368/95, *Vereinigte Familienapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH gegen Heinrich Bauer Verlag*, Rn. 19.

⁹⁴ So in Rs. C-148/91, *Vereniging Veronica Omroep Organisatie / Commissariaat voor de Media*; Rs. C-23/93, *TV10 SA / Commissariaat voor de Media*.

⁹⁵ Rs. C-368/95, *Vereinigte Familienapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH gegen Heinrich Bauer Verlag*, Rn. 19.

⁹⁶ Wie vor, Rn. 29; Vgl. zu den Kriterien im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung eingehend Kapitel E.II.

⁹⁷ Rs. C-250/06, *United Pan-Europe Communications Belgium SA u.a. / État belge*, Rn. 41; Rs. C-336/07, *Kabel Deutschland Vertrieb und Service GmbH & Co. KG / Niedersächsische Landesmedienanstalt für privaten Rundfunk*, Rn. 37; Rs. C-87/19, *TV Play Baltic AS / Lietuvos radijo ir televizijos komisija*, Rn. 38.

⁹⁸ Rs. C-250/06, *United Pan-Europe Communications Belgium SA u.a. / État belge*, Rn. 43.

Länderebene in föderalistisch aufgebauten Staaten als Ziel von Allgemeininteresse⁹⁹, zeigen, dass regionalen und lokalen Medien eine besondere Bedeutung innerhalb einer pluralistischen Medienordnung beigemessen wird.

IV. Anerkennung des Allgemeinwohlziels im einschlägigen Sekundärrecht und als Regulierungs-Leitziel in Deutschland

Wie eingehend in den vorangegangenen Abschnitten dieses Kapitels dargestellt, ist die Sicherung von Medienvielfalt ein kulturpolitisches Ziel, das von EuGH und EGMR unter Berufung auf die GRC und EMRK als Allgemeinwohlziel anerkannt wird. Dabei steht nicht eine bestimmte mitgliedstaatliche Kulturpolitik im Zentrum der Erwägungen. Vielmehr kann das Ziel der Herstellung von Pluralismus verschiedene Ausformungen gesellschaftlicher, kultureller, sprachlicher, religiöser oder geistiger Natur einer umfassend zu verstehenden vielfältigen Meinungsbildung berücksichtigen.

Dieser übergeordnete Leitgedanke der Pluralismussicherung, der sowohl auf primärrechtlicher Ebene einschließlich der Grundrechte verankert ist, findet sich auch auf sekundärrechtlicher Ebene wieder. Neben den bereits in Kapitel B.II. dargestellten Vorgaben der AVMD-Richtlinie, die die Verfolgung pluralismussichernder Maßnahmen im audiovisuellen Sektor auf nationaler Ebene grundsätzlich anerkennen und teilweise fordern, finden sich Bestimmungen, die im Zusammenhang mit der Vielfaltssicherung im Mediensektor stehen, auch in anderen sekundärrechtlichen Grundlagen. Zu nennen sind hier vor allem die unter D.I. genannte Fusionskontrollverordnung und der Europäische Kodex für die elektronische Kommunikation¹⁰⁰ (ehemals Universaldiensterichtlinie¹⁰¹) mit der must-carry-Regelung.

Art. 21 Abs. 4 der Fusionskontrollverordnung nennt dabei explizit die Medienvielfalt als berechtigtes Interesse der Mitgliedstaaten, aufgrund dessen diese von den Bestimmungen zu Zusammenschlüssen von unionsweiter Bedeutung abweichen können, deren Beurteilung eigentlich ausschließlich anhand des EU-Rechts und durch die Kommission entschieden wird. Hiervon angesprochen ist also insbesondere eine gesonderte Regulierung im Bereich des so genannten Medienkonzentrationsrechts, dessen Sonderstellung im mitgliedstaatlichen Gefüge im Wettbewerbs- und Kartellrecht der EU demnach anerkannt wird.

Art. 114 Abs. 1 des Kodex für die elektronische Kommunikation (ehemals Art. 31 Universaldiensterichtlinie) lässt den Mitgliedstaaten ebenfalls einen Gestaltungsspielraum in Bezug auf Aspekte der Vielfaltssicherung im medialen Bereich. Hiernach können die Mitgliedstaaten zur Übertragung bestimmter Hör- und Fernseh Rundfunkkanäle und -dienste den unter ihre Gerichtsbarkeit fallenden Unternehmen, die für die öffentliche Verbreitung von

⁹⁹ In Bezug auf den pluralistischen Charakter des Fernsehkanalangebots im Land Niedersachsen Rs. C-336/07, *Kabel Deutschland Vertrieb und Service GmbH & Co. KG / Niedersächsische Landesmedienanstalt für privaten Rundfunk*, Rn. 38.

¹⁰⁰ Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (Neufassung), ABl. L 321 vom 17.12.2018, S. 36–214. Die Richtlinie ist am 20.12.2018 in Kraft getreten und von den Mitgliedstaaten bis zum 21. Dezember 2020 umzusetzen.

¹⁰¹ Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (Universaldienstrichtlinie), ABl. L 108 vom 24.4.2002, S. 51–77.

Hör- und Fernseh Rundfunkdiensten genutzte elektronische Kommunikationsnetze betreiben, zumutbare Übertragungspflichten auferlegen, wenn eine erhebliche Zahl von Endnutzern diese Netze als Hauptmittel zum Empfang von Hörfunk- und Fernsehsendungen nutzen. Die vom EuGH entwickelten Kriterien zur Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit aufgrund der Verfolgung kulturpolitischer Ziele greift Art. 114 Abs. 1 S. 2 insoweit auf, als solche Übertragungspflichten nur dann auferlegt werden, soweit sie zur Erreichung klar umrissener Ziele von allgemeinem Interesse erforderlich, verhältnismäßig und transparent sind.

Daran zeigt sich, dass die Ableitungen zur Pluralismussicherung aus den Grundrechten Eingang auch in das EU-Sekundärrecht gefunden haben. Dies gilt auch bei einem Blick in die mitgliedstaatliche Ebene. So wird das Allgemeinwohlziel der Sicherung medialer Vielfalt als Regulierungsziel in der nationalen Gesetzgebung in Deutschland aufgegriffen. Bereits aus der Präambel des Rundfunkstaatsvertrages, dass der öffentlich-rechtliche und private Rundfunk der „freien individuellen und öffentlichen Meinungsbildung sowie der Meinungsvielfalt verpflichtet“ sind und dass „[i]m Zuge der Vermehrung der Rundfunkprogramme in Europa durch die neuen Techniken [...] Informationsvielfalt und kulturelles Angebot im deutschsprachigen Raum verstärkt werden [sollen]“. Die Vielfaltssicherung ist also sowohl zentrale Begründung und Grundlage für die Ausgestaltung der Medienordnung in Deutschland.

E. Prinzipien bei der Beschränkung von Grundfreiheiten durch die Mitgliedstaaten

I. Rechtfertigungsprüfung bei Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit

Im vorliegenden Kontext ist aufgrund der fehlenden Einschlägigkeit von Sekundärrecht der Maßstab für die Rechtmäßigkeit der mitgliedstaatlichen Regelung aus Sicht des EU-Rechts die Rechtfertigung einer Einschränkung der einschlägigen Dienstleistung. Diese Grundfreiheit ist unstrittig anzuwenden, weil Fernsehwerbung sowohl für den Anbieter eines Fernsehsenders als Teil seines Programms als auch für Unternehmen, die solche Werbung buchen wollen, dieser Grundfreiheit grundsätzlich unterfällt.¹⁰²

Ob jedoch die als grenzüberschreitende Werbezeitenbuchung im Fernsehen ausgeprägte Form der Dienstleistungsfreiheit als Korrespondenzdienstleistungsfreiheit in der konkreten Konstellation des Ausgangsverfahrens überhaupt betroffen ist, ist zumindest fraglich, da der Kläger eine Werbung in einem bestimmten Programm zu bestimmten Uhrzeiten und in bestimmten Formaten schalten wollte, obgleich es andere vergleichbare Möglichkeiten der Werbung gegeben hätte.¹⁰³ Soweit der Anwendungsbereich von Grundfreiheiten aber eröffnet ist, ist unbestritten, dass eine Beschränkung (nicht nur wenn deren Gebrauch verunmöglicht wird, sondern sogar wenn Maßnahmen diesen Gebrauch „weniger attraktiv machen“) durch die Mitgliedstaaten nur möglich ist, wenn die Maßnahmen in *nicht diskriminierender Weise angewandt* werden, *zwingenden Gründen des Allgemeininteresses entsprechen*, und zur Erreichung des verfolgten Zieles *geeignet* und *angemessen* im engeren Sinne sind.¹⁰⁴ Darüber hinaus müssen solche Regelungen in ein Gesamtgefüge eingepasst sein, das im Blick auf das Regulierungsziel den nationalen Rechtsrahmen *systematisch und kohärent* erscheinen lässt.¹⁰⁵

Die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips bei der Prüfung mitgliedstaatlicher Maßnahmen gibt dem Gerichtshof durchaus umfangreiche Möglichkeiten zu einer intensiven Kontrolle. Jedoch fungiert er hier nicht als „Superrevisionsinstanz“, die jede nationale Maßnahme bei Vorlagefragen daraufhin prüft, ob es die aus seiner Sicht sachgemäßeste Lösung ist. Vielmehr kommt es nur darauf an, ob die Mitgliedstaaten zur Begründung der Einschränkung nicht eine Maßnahme gewählt haben, die offensichtlich die „praktische Wirksamkeit der Grundfreiheit“¹⁰⁶ vollständig und dauerhaft ausschließt oder im Rahmen des durch die oben genannten Kriterien abgesteckten Bereichs bleibt.

Wenn das vornehmliche Ziel einer Regelung nicht eine handels- (also Dienstleistungs-) bezogene Regulierungstendenz hat, sondern – wie in der Konstellation der Medienvielfaltsicherung im Rundfunkstaatsvertrag – mit der Erhaltung des Medienpluralismus einem anderen Ziel dient, dann ist der Umfang dieses Nachprüfungsraums des Gerichtshofs

¹⁰² Rs. C-262/02, *Kommission / Frankreich (Loi Evin)*, Rn. 26.

¹⁰³ Dazu noch näher unten F.I.

¹⁰⁴ Rs. C-500/06, *Corporación Dermoestética SA / To Me Group Advertising Media*, Rn. 35; Rs. C-250/06, *United Pan-Europe Communications Belgium SA u.a. / État belge*, Rn. 39.

¹⁰⁵ Rs. C-243/01, *Piorgiorgio Gambelli u. a.*, Rn. 67.

¹⁰⁶ Rs. C-250/06, *United Pan-Europe Communications Belgium SA u.a. / État belge*, Rn. 45.

zurückgenommen. Es obliegt dem Mitgliedstaat zu entscheiden, ob und wie er Maßnahmen zur Erhaltung oder weiteren Förderung eines pluralistischen Inhalteangebots ergreifen will. Da es hierzu weder eine sekundärrechtliche Vorgabe gibt, noch eine Zuordnung der Frage zum Kompetenzbereich der Europäischen Union, können nur die Mitgliedstaaten eine Einschätzung vornehmen, welche Maßnahmen für ihren jeweiligen Hoheitsbereich angesichts der jeweils gegebenen Situation in dem Mitgliedstaat oder Teilbereichen davon sowie der Ausgestaltung des jeweiligen medienordnungsrechtlichen Rahmens möglich und zweckdienlich sind. Absolute Grenze ist dabei, dass die Maßnahme die Nutzung der Dienstleistungsfreiheit nicht verunmöglichen darf und nicht diskriminierend ausgestaltet ist, da das Ziel der Grundfreiheit darin liegt, die grenzüberschreitende Dimension sicherzustellen. Als Beispiel vermag die hier zugrunde liegende Konstellation dienen, worauf unten bei Kapitel F. noch näher einzugehen ist: Durch das zumindest im Grundsatz aufgestellte Verbot – das aber unter Berücksichtigung der föderalen Ausrichtung der Medienordnung in Deutschland Abweichungen zulässt – von regional auseinandergeschalteter Werbung in bundesweit verbreiteten Fernsehprogrammen, das auf alle unter der Rechtshoheit stehenden Anbieter und Werbetreibenden aus dem In- und Ausland anwendbar ist, wird weder die Möglichkeit zur Einbeziehung und dem Angebot von kommerzieller Kommunikation in solchen Fernsehprogrammen, noch zur Buchung regional ausgerichteter Werbung in unterschiedlichen Medienformaten ausgeschlossen, so dass keine Verunmöglichung der Nutzung dieser Dienstleistungsfreiheit vorliegt.

II. Die Ausdifferenzierung der Kriterien für die Verhältnismäßigkeitsprüfung durch den EuGH

1. Zwingende Gründe des Allgemeinwohlinteresesses bei Betroffenheit von Grundfreiheiten und Grundrechten

Im bereits mehrfach erwähnten Grundsatzurteil in der Rs. *Familiapress* zum Medienbereich wurde nicht nur klargestellt, dass das grundrechtlich abgesicherte Ziel der Medienvielfaltsicherung Einschränkungen von Grundfreiheiten rechtfertigen kann¹⁰⁷, sondern auch dass die mitgliedstaatlichen Maßnahmen „in einem angemessenen Verhältnis zum verfolgten Zweck stehen“ müssen und dieser Zweck „nicht durch Maßnahmen erreicht werden kann, die den innergemeinschaftlichen Handelsverkehr weniger beschränken“¹⁰⁸. Damit wurde zunächst klargestellt, dass – auch schon unter der damaligen Geltung der Gemeinschaftsgrundrechte – Grundrechte bzw. aus Grundrechten ableitbare Allgemeininteressen taugliche Zwecke zur Einschränkung von Grundfreiheiten sind. Schließlich wiederholte der Gerichtshof hier eine bereits entwickelte Leitlinie für die „Schranken-Schranken-Prüfung“, wonach die mitgliedstaatliche Rechtfertigung „im Übrigen im Lichte ... insbesondere der Grundrechte auszulegen“¹⁰⁹ ist. Soweit also eine die Grundfreiheiten einschränkende Maßnahme ihrerseits Grundrechte berührt, muss die Verhältnismäßigkeitsprüfung die

¹⁰⁷ Rs. 386/95, *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH / Heinrich Bauer Verlag*, Rn. 18. Dazu bereits für die Dienstleistungsfreiheit Rs. C-288/89, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda u.a. / Commissariaat voor de Media*, Rn. 30 u.a.

¹⁰⁸ Rs. 386/95, *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH / Heinrich Bauer Verlag*, Rn. 19.

¹⁰⁹ Rs. 386/95, *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH / Heinrich Bauer Verlag*, Rn. 24.

Auswirkung auch auf die Grundrechte einbeziehen. Dieses Ergebnis wird auch in zahlreichen weiteren Urteilen außerhalb des Mediensektors bestätigt.¹¹⁰

In dieser Rechtsprechungsentwicklung, die seither unverändert fortgeführt wurde, wird aber deutlich, dass die doppelte Betroffenheit von Grundfreiheiten und Grundrechten nicht automatisch zu einem strengeren Maßstab bei der Beurteilung der mitgliedstaatlichen Regelung führt, sondern nur, dass die vom Mitgliedstaat angeführte Rechtfertigung beide Aspekte berücksichtigen muss. Der damit den Mitgliedstaaten auch in diesen Fällen verbleibende Gestaltungsspielraum bei der Wahl der Einschränkung hat der Gerichtshof in aller Deutlichkeit in der Rs. *Dynamic Medien*¹¹¹ unterstrichen. Demnach verbleibt es bei der den Mitgliedstaaten vorbehaltenen Regelungsmöglichkeit auch in grundfreiheits- und grundrechtssensiblen Bereichen, wenn das Allgemeinwohlziel von einer Natur ist, die zwar zu unterschiedlichen Ausprägungen eines aber insgesamt über die Mitgliedstaaten und auch die Europäische Union selbst anerkannten Werts führt.

2. Unterschiedliche Regelungsansätze der Mitgliedstaaten bei gleichem Ziel

Demnach „kann allein der Umstand, dass sich ein Mitgliedstaat für andere Schutzmodalitäten als ein anderer Mitgliedstaat entschieden hat, keinen Einfluss auf die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit der in diesem Bereich erlassenen nationalen Bestimmungen haben. Diese sind allein an dem fraglichen Ziel und dem Schutzniveau zu messen, das der betroffene Mitgliedstaat gewährleisten will“¹¹², wie es der Gerichtshof in der Rs. *Dynamic Medien* ausgeführt hat.

In der Sache gleich, aber noch deutlicher formuliert es *GA Mengozzi* in seinen Schlussanträgen in dieser Rechtssache. Zunächst¹¹³ verweist er auf frühere Urteile des Gerichtshofs, in denen dieser festgestellt hat, dass es „[g]rundsätzlich ... Sache jedes Mitgliedstaats [ist], den Begriff der öffentlichen Sittlichkeit für sein Gebiet im Einklang mit seiner eigenen Wertordnung und in der von ihm gewählten Form auszufüllen“¹¹⁴ und dass die Gesamtumstände von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat unterschiedlich sein können, weshalb zwingend ein Beurteilungsspielraum „innerhalb der durch den EG-Vertrag gesetzten Grenzen zuzubilligen“¹¹⁵ ist. Dann formuliert er eindeutig, dass der „Beurteilungsspielraum, der auf diese Weise den nationalen Behörden zugebilligt wird, bedeutet, dass der Umstand allein, dass ein Mitgliedstaat eine andere Schutzregelung als ein anderer Mitgliedstaat gewählt hat, für die Beurteilung der Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit der in Rede stehenden

¹¹⁰ Rs. C-36/02, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs GmbH / Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, Rn. 36; in Bezug auf die Warenverkehrsfreiheit Rs. C-112/00, *Schmidberger / Österreich*, Rn. 74.

¹¹¹ Rs. C-244/06, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH / Avides Media AG*.

¹¹² Rs. C-244/06, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH / Avides Media AG*, Rn. 49. So bereits Rs. C-124/97, *Markku Juhani Läära u.a. / Finnland*, Rn. 36; Rs. C-36/02, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs GmbH / Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, Rn. 38: „Vielmehr sind die Notwendigkeit und die Verhältnismäßigkeit der einschlägigen Bestimmungen ... nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil ein Mitgliedstaat andere Schutzregelungen als ein anderer Mitgliedstaat erlassen hat“.

¹¹³ Schlussanträge des Generalanwalts Mengozzi, Rs. C-244/06, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH gegen Avides Media AG*, Rn. 81.

¹¹⁴ Rs. C-34/79, *Henn und Darby*, Rn. 15.

¹¹⁵ Rs. C-36/02 *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs GmbH / Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, Rn. 31.

Bestimmungen ohne Belang ist. Diese sind allein im Hinblick auf die von den nationalen Stellen des betroffenen Mitgliedstaats verfolgten Ziele und auf das Schutzniveau zu beurteilen, das sie gewährleisten sollen¹¹⁶. Die den jeweiligen nationalen Maßnahmen zugrundeliegenden Überlegungen sind dabei „Ausfluss einer jedem einzelnen Staat eigenen Wertordnung“.¹¹⁷

3. Maßnahmen mit dem legitimen Zweck Medienvielfaltssicherung

Diese Ausführungen von Gerichtshof im Endurteil ebenso wie des Generalanwalts lassen sich genauso auf die Konstellation wie im hier zugrunde liegenden Fall anwenden, bei dem die Unterschiede der mitgliedstaatlichen Regelungen nicht notwendigerweise auf ein unterschiedliches Verständnis des Ziels Medienvielfalt zurückzuführen sind, aber zum Beispiel auf unterschiedliche Bedingungen in den Märkten, unterschiedlichen Traditionen etwa hinsichtlich einer aktiven Förderung – so gibt es in zahlreichen Mitgliedstaaten finanzielle Förderanreize für die Herstellung und Verbreitung regionalen und lokalen Inhalts, während in anderen Mitgliedstaaten „nur“ die Rahmenbedingungen für diese regional begrenzt agierenden Medien weniger streng gefasst werden als etwa für überregional tätige Anbieter – oder der Berücksichtigung staatlicher Organisationsformen, etwa in Föderalstaaten. Das Ziel ist jeweils gleich, dass über die Sicherstellung ausreichender Finanzströme eine (Re-)Finanzierbarkeit der Produktion und Verbreitung regionaler und lokaler Inhalte zur Förderung der Medienvielfalt sichergestellt wird.¹¹⁸

Dementsprechend führt die in Deutschland anwendbare Regelung des § 7 Abs. 11 RStV, wie unten in Kapitel F. noch näher gezeigt wird, nicht zu einer praktischen Unwirksamkeit der Dienstleistungsfreiheit oder macht diese im hier relevanten Anwendungsbereich unmöglich.¹¹⁹ Vielmehr gibt es andere Werbeformen, mit denen die gleiche Dienstleistung in Anspruch hätte genommen werden können. Abgesehen davon, dass es andere Formen der Regionalwerbung gibt (in Hörfunkprogrammen, Presseangeboten und auch Online-Diensten), kann Werbung mit begrenztem territorialen Ausstrahlungsziel eben auch in Lokal- und Regionalfernsehprogrammen des bundesweiten Rundfunks geschaltet werden.

Damit liegt eine Rechtslage vor, die derjenigen in der Rs. *Dynamic Medien* nicht unähnlich ist und worauf der Gerichtshof damals ausdrücklich¹²⁰ verwies, um den verhältnismäßigen Ansatz der deutschen Regelung zu betonen: auch dort ist kein umfängliches Verbot des Vertriebs von „ungeprüften Bildträgern“ im nationalen Recht vorgesehen, sondern lediglich bestimmte Vertriebsarten. Auf den vorliegenden Fall bezogen ist nicht jede Form regionaler

¹¹⁶ Schlussanträge des Generalanwalts Mengozzi, Rs. C-244/06, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH gegen Avides Media AG*, Rn. 82.

¹¹⁷ Schlussanträge des Generalanwalts Mengozzi, Rs. C-244/06, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH gegen Avides Media AG*, Rn. 84.

¹¹⁸ Dass die Berücksichtigung der „regionalen Besonderheiten und Themenstellungen“ bei Maßnahmen der Vielfaltssicherung im Medienbereich auch relevant und vom Recht der Europäischen Union gedeckt sind, unterstrich der Gerichtshof in Rs. C-336/07, *Kabel Deutschland Vertrieb und Service GmbH & Co. KG / Niedersächsische Landesmedienanstalt für privaten Rundfunk*, Rn. 35 f. Ebenso: Rs. C-250/06, *United Pan-Europe Communications Belgium SA u.a. / État belge*, Rn. 42 f. für die zweisprachige Region Brüssel.

¹¹⁹ Der Gerichtshof nutzt regelmäßig die Formulierung, dass die Ermessensausübung der nationalen Behörden keine Maßnahme rechtfertigen kann, die den Grundfreiheiten „ihre praktische Wirksamkeit“ nehmen würde, vgl. etwa Rs. C-250/06, *United Pan-Europe Communications Belgium SA u.a. / État belge*, Rn. 45.

¹²⁰ Rs. C-244/06, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH / Avides Media AG*, Rn. 48.

Fernsehwerbung verboten, sondern nur in bestimmten Programmen, soweit dies zum Erhalt der Medienvielfalt auf regionaler und lokaler Ebene beiträgt.

4. Das Erfordernis der Geeignetheit, Angemessenheit und Kohärenz mitgliedstaatlicher Regelungen

Abgesehen davon, dass die getroffenen Maßnahmen zur Einschränkung einer Grundfreiheit nicht überschießend sein dürfen, indem sie die Grundfreiheit vollständig verunmöglichen, müssen sie der Zielerreichung dienen können. Der Gerichtshof fasst diese Geeignetheitsprüfung in die Worte, dass die Maßnahme „tatsächlich dem Anliegen gerecht wird, es in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen“¹²¹.

Geeignet bedeutet zunächst einmal, dass die Maßnahme überhaupt tauglich ist, den damit verfolgten Zweck zu fördern. Wenn von vornherein klar ist, dass die Maßnahme egal in welcher Art sie sich auswirkt schon gar nicht zum Ziel beitragen kann, dann ist sie ungeeignet. „Tatsächlich“ bedeutet dabei aber nicht, dass es eine Beweisführung geben muss, dass eine Maßnahme genau einen bestimmten Effekt haben wird (sozusagen in quantifizierbarer Form), sondern dass begründbar ist, wie die Maßnahme der Zielerreichung dient. Konkret auf den vorliegenden Fall bezogen bedeutet dies, dass der Schutz regionaler und lokaler Medienvielfalt, bezogen auf in dieser Ebene tätige Anbieter entsprechender Dienstleistungen, durch die Beschränkung bestimmter Werbeformen für andere Anbieter vergrößert wird. Wie sehr dieser Schutz greifen muss oder welche anderen zusätzlichen Maßnahmen ein Mitgliedstaat noch oder auch ergreifen könnte, spielt für die rein objektiv zu beurteilende Geeignetheit der getroffenen Maßnahme keine Rolle.

Soweit verschiedene gleich geeignete Maßnahmen möglich sind, ist es eine Frage der Angemessenheitsprüfung, ob die Maßnahmen „über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich“¹²² ist. Diese Frage kann nur beantwortet werden im Blick auf den Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten und den Prüfungsumfang des Gerichtshofs in solchen Fällen, da die Abwägungsentscheidung zwar dem Angemessenheitskriterium genügen muss, aber die Kontrolldichte bei der Nachvollziehung dieser Abwägung entscheidend ist.¹²³

Eine qualitative Erweiterung schon des Geeignetheitskriteriums könnte in der vom Gerichtshof erfolgten Erweiterung des Prüfprogramms um den Aspekt der Kohärenz und Systematik der nationalen Regulierung gesehen werden, die insbesondere im Zusammenhang mit Urteilen zu Maßnahmen der Glücksspielregulierung entwickelt wurde.¹²⁴ Demnach kommt es nicht mehr nur darauf an, dass eine Maßnahme für sich genommen geeignet ist, der Zielerreichung zu dienen (und dann im Weiteren sich auch als das angemessene Mittel herausstellt), sondern es muss sich um einen Baustein handeln, der sich insgesamt in ein dem Ziel dienendes Regelungssystem einfügt. An einer solchen Kohärenz fehlt es

¹²¹ Rs. C-137/09, *Marc Michel Josemans / Burgemeester van Maastricht*, Rn. 70 m.w.Nachw.; ebenso z.B. jüngst in Rs. C-235/17, *Europäische Kommission / Ungarn*, Rn. 61.

¹²² So die Standardformulierung des Gerichtshofs, z.B. in Rs. C-244/06, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH / Avides Media AG*, Rn. 42.

¹²³ Dazu noch unten E.IV.

¹²⁴ Vgl. in diesem Sinne Rs. C-338/04, C-359/04 und C-360/04, *Placanica u.a.*, Rn. 53; Rs. C-67/98, *Questore di Verona / Diego Zenatti*, Rn. 35, 36; Rs. C-243/01, *Piergiorgio Gambelli u. a.*, Rn. 62 und 67.

jedenfalls, wenn das Regelungsziel einer Norm durch parallele Vorschriften, die das Gegenteil bewirken sollen, konterkariert wird.

Auch die unterschiedliche Behandlung vergleichbarer Sachverhalte kann eine Inkohärenz bewirken, wenn nicht gerechtfertigt werden kann, warum bestimmte Adressaten von einer Regelung ausgeklammert werden. Jedoch ist auch die Frage nach der Kohärenz nur im Zusammenhang mit dem Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten bezogen auf das jeweilige Regulierungsziel zu beantworten, da es europarechtlich nicht nur „die eine, richtige Lösung“ gibt, sondern mitgliedstaatlich getroffene Maßnahmen lediglich nicht so getroffen werden dürfen, dass sie wegen der negativen Auswirkung auf die Zielerreichung nicht mehr als geeignet angesehen werden können.

III. Die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips auf Rechtsakte der EU und Ableitungen für mitgliedstaatliches Handeln

Die bisher gefundenen Ergebnisse zur Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips auf Handlungen der Mitgliedstaaten bei Einschränkungen der Grundfreiheiten, die diesen je nach legitimem Zweck, der damit verfolgt wird, Spielraum lässt, über konkrete Maßnahmen zu entscheiden, werden auch bestätigt durch einen Vergleich der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips auf Handlungen der Unionsorgane.

Der Gerichtshof hat insbesondere Handlungen der Legislativorgane der EU bei der Überprüfung von Rechtsakten regelmäßig darauf hin überprüft, ob – vorausgesetzt es besteht überhaupt eine taugliche Rechtsgrundlage – die Grenzen des Handelns beachtet worden sind. Gerade seit Inkrafttreten der Grundrechte-Charta als den Verträgen gleichrangiges bindendes Recht ist dabei die Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen von möglichen Grundrechtsverstößen intensiviert worden und hat im Ergebnis zur Nichtigerklärung von Rechtsakten wegen Missachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips geführt.¹²⁵ Jedoch berücksichtigt der Gerichtshof auch hier, dass den Unionsorganen bei der Bewertung der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit ein nur bedingt überprüfbarer Beurteilungsspielraum verbleibt. Gerade im Blick auf ein durch Unionsrecht geschaffenes Werbeverbot lässt sich dies beispielhaft illustrieren:

Nachdem die ursprüngliche Tabakwerbeverbots-Richtlinie noch wegen der Wahl einer unzureichenden Rechtsgrundlage für nichtig befunden worden war¹²⁶, konnte der Gerichtshof in einem weiteren Verfahren die formell rechtmäßige neue Richtlinie auf ihre materielle Vereinbarkeit prüfen.¹²⁷

Obgleich mit der Richtlinie Werbung in der Presse praktisch vollständig verboten wurde – und damit außer für den Teilbereich der für das Fachpublikum bestimmten Veröffentlichungen die Dienstleistungsmöglichkeit erheblich eingeschränkt wurde – sah der Gerichtshof

¹²⁵ Vgl. etwa Rs. C-293/12 und C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd u.a. / Minister for Communications, Marine and Natural Resources u.a.*; Rs. C-362/14, *Maximilian Schrems / Data Protection Commissioner*.

¹²⁶ Rs. C-376/98, *Bundesrepublik Deutschland / Europäisches Parlament und Rat der Europäischen Union (Tabakwerbeverbots-RL I)*.

¹²⁷ Rs. C-380/03, *Bundesrepublik Deutschland / Europäisches Parlament und Rat der Europäischen Union (Tabakwerbeverbots-RL II)*.

kein vollständiges Verbot, unter anderem auch im Blick auf Online-Angebote, so dass die Dienstleistung jedenfalls nicht verunmöglicht wird.¹²⁸ Darüber hinaus stellt er grundlegend fest, dass die getroffenen „Mittel zur Erreichung des angestrebten Zieles geeignet sind und nicht über das dazu Erforderliche hinausgehen“ dürfen, dass insoweit aber „dem Gemeinschaftsgesetzgeber ein weites Ermessen“ zuzuerkennen ist.¹²⁹ Dies wird mit der Notwendigkeit begründet, dass „von ihm politische, wirtschaftliche und soziale Entscheidungen verlangt werden und ... er komplexe Beurteilungen vorzunehmen hat“. Insoweit beschränkt der Gerichtshof die Prüfung darauf, ob die getroffenen Maßnahmen zur Zielerreichung offensichtlich ungeeignet sind (was im damaligen Fall mit kurzer Begründung verneint wurde).

Um deutlich zu machen, wie weit der Ermessensspielraum geht, weil das Gemeinwohlziel von entsprechender Bedeutung ist, hat der Gerichtshof schließlich bestätigt, dass die Maßnahme auch dann verhältnismäßig bleibt, wenn der damit zugleich einhergehende Eingriff in Grundrechte – in diesem Fall der Meinungsäußerungsfreiheit – so tiefgreifend ist, dass es im Ergebnis zu einer Verkürzung des Angebots kommt, indem bestimmte Unternehmen als Folge der Maßnahme ihre Dienstleistungstätigkeit aufgeben müssen.¹³⁰ Dabei differenziert der Gerichtshof den Umfang des Entscheidungsspielraums bei der Abwägung zwischen Grundfreiheit und Grundrecht auch danach, um welche Art der Tätigkeit es geht und sieht Eingriffe in die Meinungsäußerungsfreiheit im Geschäftsverkehr, „in einem Bereich, der so komplex und wandelbar ist wie die Werbung“¹³¹, wesentlich einfacher zu rechtfertigen, als wenn es um inhaltliche Beschränkungen etwa der journalistischen Tätigkeit ginge.¹³²

Die Vergleichbarkeit mit der vorliegenden Konstellation ist offensichtlich. Sie führt aber noch mehr zu einer Anerkennung eines Gestaltungsspielraums der Mitgliedstaaten bei Maßnahmen im Zusammenhang mit der Medienvielfalt, da es sich hierbei unabhängig vom Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit in den von solchen Maßnahmen betroffenen Sektoren um einen kompetenziell eben den Mitgliedstaaten vorbehaltenen Bereich handelt. Insoweit können keine strengeren, sondern vielmehr nur weniger strenge Maßstäbe Anwendung finden als bei der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips auf Unionsebene für das Handeln des Unionsgesetzgebers.

¹²⁸ Durch Rs. C-380/03, *Bundesrepublik Deutschland / Europäisches Parlament und Rat der Europäischen Union (Tabakwerbeverbots-RL II)* hinsichtlich des entsprechenden Vortrags der Legislativorgane in Rn. 140 im Ergebnis bestätigt in Rn. 146 durch den Rückverweis insbesondere auf Rn. 72 bis 74.

¹²⁹ Rs. C-380/03, *Bundesrepublik Deutschland / Europäisches Parlament und Rat der Europäischen Union (Tabakwerbeverbots-RL II)*, Rn. 144, 145.

¹³⁰ Rs. C-380/03, *Bundesrepublik Deutschland / Europäisches Parlament und Rat der Europäischen Union (Tabakwerbeverbots-RL II)*, Rn. 153, 156. So später vergleichbar bezüglich der unternehmerischen Auswirkung auch in der Rs. C-283/11, *Sky Österreich GmbH / Österreichischer Rundfunk*, Rn. 66 wegen der besonderen Bedeutung der Pluralismussicherung („...stand es dem Unionsgesetzgeber frei, Bestimmungen ... zu erlassen, die Beschränkungen der unternehmerischen Freiheit vorsehen...“).

¹³¹ Rs. C-380/03, *Bundesrepublik Deutschland / Europäisches Parlament und Rat der Europäischen Union (Tabakwerbeverbots-RL II)*, Rn. 155.

¹³² Unter Bezugnahme auf den EGMR hatte dies GA Tesouro in der Rs. C-368/95, *Vereinigte Familienapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH / Heinrich Bauer Verlag*, bereits in Rn. 28 herausgearbeitet, der Gerichtshof hat dies später regelmäßig ebenfalls betont, etwa in der Rs. C-71/02, *Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH / Troostwijk GmbH*, Rn. 51

IV. Vorgaben durch den EuGH an vorlegende Gerichte und mitgliedstaatlicher Gestaltungsspielraum

Das Verhältnismäßigkeitsprinzip gibt den Mitgliedstaaten zwar den Rahmen vor, an dem sie Maßnahmen, die eine beschränkende Wirkung für den Gebrauch der Grundfreiheiten haben, ausrichten müssen. Jedoch hat sich gezeigt, dass die Vorgaben unterschiedlich genau ausfallen, je nachdem um welches Regulierungsziel es sich handelt, und dass daraus auch abgeleitet der Prüfauftrag des Gerichtshofs nicht soweit geht, die Einschätzungsprärogative des Mitgliedstaats mit einer eigenen fachlichen Entscheidung zu ersetzen.

Der Umfang des den Mitgliedstaaten zustehenden Beurteilungsspielraums lässt sich nicht abstrakt vom jeweiligen Kontext losgelöst beschreiben. Die oben genannten Faktoren, etwa die Bedeutung des Regelungsziels, die unterschiedlichen Rechtstraditionen im Blick auf ein Regelungsziel, Umfang und Auswirkungen der Maßnahmen ebenso wie die Frage der kompetenziellen Zuordnung der Materie, determinieren den Umfang des Spielraums. Dabei ist die Verwendung von Begriffen, um den Umfang zu beschreiben, wie „gewissen“ Umfang oder „nicht weit(en)“ Umfang, nicht als Definitionsansatz zu verstehen. Es ist eher eine Frage der Perspektive, für wie der Umfang aus der jeweiligen Sicht gewichtet wird. Entscheidend ist für die rechtliche Prüfung allein, ob ein Gestaltungsspielraum im konkreten Fall besteht und ob dieser den Beschluss über eine konkrete mitgliedstaatliche Maßnahme tragen kann.

In der Rs. *Familiapress* könnte das dort den Mitgliedstaaten eingeräumte Ermessen eher in beschränktem Umfang verstanden werden. So anerkennt der Gerichtshof das „Ermessen der staatlichen Stellen“, wie es in der Rs. *Schindler* aufgrund der jeweiligen Besonderheiten der Mitgliedstaaten hervorgehoben wurde.¹³³ Er vergleicht die Situation dort betroffener Lotterien („in größerem Rahmen veranstaltete“), die wegen der strafrechtlichen Dimension ein weites Ermessen begründeten, mit den Verlosungen im neueren Fall, deren Verbot nicht den eben genannten „Bestrebungen zum Schutz der Sozialordnung“¹³⁴ entspreche. Jedoch prüft der Gerichtshof dann nicht die entsprechende Vorschrift im mitgliedstaatlichen Recht vollumfänglich, sondern gibt beispielhafte Hinweise darauf, woran das vorlegende Gericht erkennen könnte, ob der Maßstab der Verhältnismäßigkeit noch gewahrt ist, indem insbesondere mögliche Alternativen aufgezeigt werden, die auf ihre vergleichbare Wirkung geprüft werden könnten.¹³⁵

In der Rs. *Michaniki* hingegen ist die Formulierung des Gerichtshofs in dem speziellen Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe (jedoch auch mit dem Schutzziel des

¹³³ Rs. C-368/95, *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH / Heinrich Bauer Verlag*, Rn. 20 mit Verweis auf Rs. C-275/92, *Her Majesty's Customs and Excise gegen Gerhart Schindler und Jörg Schindler*, Rn. 61.

¹³⁴ Rs. C-368/95, *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH / Heinrich Bauer Verlag*, Rn. 23.

¹³⁵ Rs. C-368/95, *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH / Heinrich Bauer Verlag*, Rn. 28 ff. Dies sieht auch Generalanwältin Kokott, Rs. C-73/07, *Tietosuojavaltutettu / Satakunnan Markkinapörssi Oy und Satamedia Oy*, Rn. 47 so, wenn sie zu jenem Urteil schreibt, der Gerichtshof habe „zwar eine konkrete Aussage zur Erforderlichkeit bestimmter Modalitäten [getroffen], überließ jedoch im Allgemeinen den innerstaatlichen Gerichten die Einschätzung, ob das Verbot ein angemessenes Verhältnis zur Aufrechterhaltung der Medienvielfalt steht“.

Medienpluralismus¹³⁶) sehr weit gefasst, obwohl die Formulierung es lediglich als „bestimmtes Ermessen“¹³⁷ bezeichnet: „Jeder Mitgliedstaat ist nämlich am besten in der Lage, im Licht seiner spezifischen historischen, rechtlichen, wirtschaftlichen oder sozialen Erwägungen ... zu bestimmen“, weshalb „das Gemeinschaftsrecht nicht die Beurteilung in Zweifel ziehen“ will.¹³⁸ Weil die Maßnahme aber als Totalverbot galt, bewertete sie der Gerichtshof dennoch als unverhältnismäßig.¹³⁹

Regelmäßig betont der Gerichtshof, dass es Sache der Mitgliedstaaten ist, die „Höhe des Schutzniveaus“¹⁴⁰ bei einem bestimmten Regulierungsziel festzulegen und gesteht diesen zu, dass die Zielerreichung durch Vorschriften angestrebt wird, „die von den zuständigen Behörden einfach gehandhabt und kontrolliert werden können“¹⁴¹.

In einem ebenfalls den Mediensektor betreffenden Urteil, bei dem es um die (grundrechtliche) Abwägung der Medienfreiheiten mit datenschutzrechtlichen Vorgaben aus einer EU-Richtlinie ging, hat *GA Kokott* aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie, der sich nicht auf die Verwirklichung des Binnenmarkts allein beziehe, geschlossen, dass der Gerichtshof den „Mitgliedstaaten und ihren Gerichten grundsätzlich einen weiten Gestaltungsspielraum einräumen sollte, innerhalb dessen ihre eigenen Traditionen und gesellschaftlichen Wertvorstellungen zur Geltung kommen können“¹⁴². Wenn dies für die Auslegung mitgliedstaatlicher Regelungen in Umsetzung eines Sekundärrechtsakts gilt, der grundsätzlich eine Regelungskompetenz der Europäischen Union voraussetzt, dann ist dies erst recht den Mitgliedstaaten zuzugestehen, wenn diese zugunsten eines mit der jeweiligen Gesellschaftsordnung und Wertvorstellungen eng verbundenen Regelungsziels wie der Medienvielfaltsicherung im Rahmen der ihnen vorbehaltenen Kompetenz agieren.

Für den Fall der Medienvielfaltssicherung ist die Rs. *United Pan Europe*¹⁴³ besonders illustrativ.¹⁴⁴ Hier betont der Gerichtshof wiederum wegen des engen Zusammenhangs des Pluralismus mit nationaler Kulturpolitik sowie der Meinungsfreiheit, dass den Mitgliedstaaten ein weites Ermessen zusteht, auch wenn die Maßnahmen insbesondere nicht-diskriminierend angewandt werden müssen und nicht unverhältnismäßig sein dürfen. In jenem Fall verlangte der Gerichtshof aber, dass sichergestellt wird, dass das Ermessen im Verwaltungsverfahren der Mitgliedstaaten nicht missbräuchlich ausgeübt werden kann, weil die

¹³⁶ Rs. C-213/07, *Michaniki AE / Ethniko Symvoulío Radiotileorasis u. Ypourgos Epikrateias*, Rn. 59.

¹³⁷ Rs. C-213/07, *Michaniki AE / Ethniko Symvoulío Radiotileorasis u. Ypourgos Epikrateias*, Rn. 55.

¹³⁸ Rs. C-213/07, *Michaniki AE / Ethniko Symvoulío Radiotileorasis u. Ypourgos Epikrateias*, Rn. 56.

¹³⁹ Rs. C-213/07, *Michaniki AE / Ethniko Symvoulío Radiotileorasis u. Ypourgos Epikrateias*, Rn. 63.

¹⁴⁰ Rs. C-262/02, *Kommission / Frankreich (Loi Evin)*, Rn. 33. Hinsichtlich solcher Grundsatzentscheidungen durch die Mitgliedstaaten formuliert Generalanwältin Stix-Hackl, Rs. C-36/02, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs GmbH / Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, Rn. 102, dass den Mitgliedstaaten Wertentscheidungen gerade in „weltanschaulich sensibleren oder mit besonderen gesellschaftlichen Gefahren verbundenen Bereichen“ ermöglicht werden sollen.

¹⁴¹ Rs. C-137/09, *Marc Michel Josemans / Burgemeester van Maastricht*, Rn. 82.

¹⁴² Generalanwältin Kokott, Rs. C-73/07, *Tietosuojavaltuutettu / Satakunnan Markkinapörssi Oy und Satamedia Oy*, Rn. 53; der Gerichtshof ist dieser Herangehensweise im Ergebnis gefolgt, auch wenn er die zitierte Formulierung nicht aufgegriffen hat, Rn. 54 f., 62.

¹⁴³ Rs. C-250/06, *United Pan-Europe Communications Belgium SA u.a. / État belge*.

¹⁴⁴ Ergänzend kann auf Rs. C-245/01, *RTL Television GmbH / Niedersächsische Landesmedienanstalt für privaten Rundfunk*, Rn. 73 verwiesen werden, wo die Formulierung „einen gewissen Ermessensspielraum“ in Anlehnung an den EGMR und bezüglich der Grundrechtseinschränkung gewählt wird, die eigentliche Überprüfung der Einschränkung aber darauf reduziert ist festzustellen, dass die Regelung nur bestimmte Aspekte bei der Entscheidung über die Werbeplatzierung betrifft und daher nicht unverhältnismäßig ist.

gesetzlichen Vorgaben nicht eindeutig seien.¹⁴⁵ Die im vorliegenden Fall umstrittene nationale Regelung ist dagegen eindeutig und auch in seinem Anwendungsbereich für betroffene Anbieter klar erkennbar. Sogar im Urteil in der Rs. *United Pan Europe* hatte der Gerichtshof aber wiederum die endgültige Entscheidung über die Frage der Tauglichkeit der nationalen Regelung dem vorlegenden Gericht überlassen.¹⁴⁶

Wegen des Spielraums der Mitgliedstaaten bedeutet es auch keinen Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip, wenn für vergleichbare Ziele unterschiedliche Regelungen in den Mitgliedstaaten erlassen werden, so dass das Vorhandensein strengerer oder milderer Vorschriften zu vergleichbaren Regelungskomplexen – wie oben schon erwähnt – für sich genommen unproblematisch sind.¹⁴⁷ Sogar innerstaatliche Regelungen, die einen diskriminierenden Charakter haben, sind in Ausnahmefällen nicht schon deshalb unverhältnismäßig, wie der Gerichtshof in der Rs. *Josemans* herausgearbeitet hat. Darin allein sei keine Inkohärenz der nationalen Regelung zu sehen.¹⁴⁸ Ohnehin bedeutet Kohärenz als Element der Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht, dass alle Sachverhalte in einem Mitgliedstaat gleich zu behandeln sind, solange es sich entweder um ungleiche Gruppen handelt oder eine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung vorliegt. Kohärenz darf also nicht missverstanden werden als Maßgabe, dass nur die vollständige Erfassung aller möglichen Adressaten oder Sachverhalte im Zusammenhang mit einem Regulierungsziel dem Verhältnismäßigkeitsprinzip genügen. Vielmehr werden die Mitgliedstaaten damit angehalten, bei der Entscheidung über Maßnahmen diese in einem Gesamtregulierungsgefüge zu sehen, dessen Einzelbestandteile keinen Wertungswiderspruch aufweisen sollen.

Deshalb liegt auch keine Inkohärenz oder Überschreitung des Gestaltungsspielraums des Mitgliedstaates Bundesrepublik Deutschland vor, wenn die Regelung im Rundfunkstaatsvertrag zur Medienvielfaltssicherung und das deshalb eingeführte Regionalwerbeverbot in bestimmten Programmen keine Anwendung auf alle Anbieter audiovisueller kommerzieller Kommunikation findet. Es ist noch immer prägendes Element der Medienordnungen in den Mitgliedstaaten, aber auch bei den Vorgaben durch das Sekundärrecht der Europäischen Union, dass unterschiedliche Arten von „Medien“-Anbietern von unterschiedlichen Regelungswerken erfasst werden, die wiederum unterschiedliche Regulierungsniveaus aufweisen. Läge darin ein Verstoß wegen Inkohärenz, wäre das gesamte einschlägige Sekundärrecht, das audiovisuelle Mediendienste einerseits und Dienste der Informationsgesellschaft andererseits erfasst, ebenfalls rechtswidrig. Dieser falsche Schluss zeigt die Grenzen des Kohärenzkriteriums, das nicht zu einer Einschränkung der Möglichkeit der Mitgliedstaaten führt, selbst zu entscheiden, welche Maßnahmen und in welchem Umfang sie treffen wollen, um Medienvielfalt zu erreichen. Dies gilt unabhängig davon, ob neben getroffenen Maßnahmen auch eine Erweiterung dieser Maßnahmen zum Beispiel durch Ergänzung des persönlichen Anwendungsbereichs oder andere Maßnahmen zum Beispiel in Form von Fördermaßnahmen möglich wären. Der Mitgliedstaat muss sich also bei der Regulierung nicht zurückhalten, nur weil er nicht jede mögliche Maßnahme ergreift.

¹⁴⁵ Rs. C-250/06, *United Pan-Europe Communications Belgium SA u.a. / État belge*, Rn. 44 ff.

¹⁴⁶ Rs. C-250/06, *United Pan-Europe Communications Belgium SA u.a. / État belge*, Rn. 50.

¹⁴⁷ Rs. C-262/02, *Kommission / Frankreich (Loi Evin)*, Rn. 37. In der Rs. C-339/15, *Luc Vanderborght*, Rn. 71, bezeichnet der Gerichtshof diese unterschiedlichen Niveaus als Ausdruck des „Wertungsspielraums“, der den Mitgliedstaaten zukommt.

¹⁴⁸ Rs C-137/09, *Marc Michel Josemans / Burgemeester van Maastricht*, Rn. 76, 78.

Aufgrund dieses Ergebnisses zum Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten ist es auch konsequent, dass der Gerichtshof keine umfassende Prüfung der jeweiligen mitgliedstaatlichen Maßnahmen vornimmt oder gar eine eigene fachliche Beurteilung vornimmt. Vielmehr beschränkt er sich darauf, dem vorlegenden nationalen Gericht „alle Hinweise“¹⁴⁹ bzw. „sachdienliche Hinweise“¹⁵⁰ zu geben, anhand derer die Verhältnismäßigkeitsprüfung unter Berücksichtigung des den Mitgliedstaaten zustehenden Spielraums durchgeführt werden kann.¹⁵¹

¹⁴⁹ Rs. C-336/07, *Kabel Deutschland Vertrieb und Service GmbH & Co. KG / Niedersächsische Landesmedienanstalt für privaten Rundfunk*, Rn. 47.

¹⁵⁰ GA Campos Sánchez-Bordon in seinen Schlussanträgen in der Rs. C-719/18, *Vivendi SA / Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*, Rn. 76.

¹⁵¹ Beispielhaft kann für den Umfang dieser Hinweise auf die Rs. C-244/06, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH / Avides Media AG*, Rn. 50 verwiesen werden.

F. Anwendung der Prüfungskriterien auf den Fall der Beschränkung regionaler Fernsehwerbung durch den Rundfunkstaatsvertrag

In diesem Abschnitt werden die oben gefundenen Ergebnisse zu den in solchen Fallkonstellationen anwendbaren Prüfungskriterien zur Bewertung einer möglichen Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit auf den Sachverhalt angewandt, wie er in dem Vorlageverfahren, das Anlass zu diesem Rechtsgutachten geboten hat, gegeben ist.

I. Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit

Bei der konkreten Anwendung der in den Kapitel B bis E dargestellten Grundsätze auf das in § 7 Abs. 11 RStV statuierte Verbot regionalisierter Werbung, ist bereits das Vorliegen eines Eingriffs in die Dienstleistungsfreiheit fraglich.¹⁵²

Wenngleich sowohl das Ausstrahlen der Werbung auf Seiten eines Rundfunkanbieters als auch das Buchen der Werbung auf Seiten der Werbetreibenden unter den persönlichen und sachlichen Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit fallen, entfaltet § 7 Abs. 11 RStV vorliegend keine diskriminierende Wirkung, da die Vorschrift für inländische wie ausländische Anbieter gleichermaßen gilt. Zudem ist auch das tatsächliche Vorliegen einer Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit als Maßnahme gleicher Wirkung zu hinterfragen. Das vorliegende „Verbot“ ist im Kontext der deutschen Regulierung insgesamt zu betrachten und stellt sich dabei nicht per se als Verbot, Behinderung oder andere Maßnahme dar, die die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit weniger attraktiv¹⁵³ machen würde. Das Ausüben der Dienstleistungsfreiheit liegt hier im Senden und Schalten von regionalisierter Werbung, die weiterhin möglich ist. Auf Seiten des Werbetreibenden gilt dies zum Beispiel durch das Schalten von Werbung für eine bestimmte lokale oder regionale Reichweite im lokalen oder regionalen Fernsehen sowie dem Hörfunk und der Presse. Aber auch in Bezug auf das Schalten regionalisierter Werbung im bundesweiten Rundfunk kann die Vorschrift des § 7 Abs. 11 RStV nicht isoliert, sondern nur innerhalb des vom deutschen Landesgesetzgeber bewusst gewählten Regelungs(gesamt)konzepts gelesen werden.

Neben einer Reihe von weiteren Mechanismen zur Vielfaltssicherung im privaten Rundfunk bei der Zulassung, sieht § 25 Abs. 4 RStV dabei insbesondere vor, dass die beiden reichweitenstärksten bundesweit verbreiteten Vollprogramme (zum Zeitpunkt des Entstehens des Ausgangsrechtsstreits und derzeit weiterhin SAT.1 und RTL)¹⁵⁴ so genannte Regionalfenster vorzusehen haben, die landesbezogene relevante Inhalte verbreiten. Dies geschieht durch unabhängige Veranstalter und im Rahmen einer gesonderten Zulassung, wobei der „Hauptsender“ diese Inhalte gleichsam zum Zuschauer mit transportiert. Aufgrund

¹⁵² Dazu bereits kurz oben bei E.I.

¹⁵³ So die Formulierung in der st. Rechtsprechung, z.B. Rs. C-565/08, *Kommission / Italien*, Rn. 45 m.w.Nachw.

¹⁵⁴ Gemeinsame Richtlinien der Landesmedienanstalten über die Sendezeit für unabhängige Dritte nach § 31 RStV (Drittsendezeitrichtlinie - DSZR) vom 16. Dezember 1997 in der geänderten Fassung des Beschlusses der DLM vom 14./15. September 2004, https://www.die-medienanstalten.de/fileadmin/user_upload/Rechtsgrundlagen/Richtlinien_Leitfaeden/Drittsendezeitrichtlinie_DSZR.pdf.

der eigenen Zulassung ermöglichen diese Fenster auch regional (hier landesweit) ausgerichtete Werbung in diesem Programmteil. Nach nationalem Recht ist also die Möglichkeit vorgesehen, im bundesweiten Rundfunk regionalisierte Werbung zu verbreiten, deren Ergreifen entsprechenden zivilrechtlichen Vereinbarungen der Anbieter obliegt und der Beeinflussung durch den Gesetzgeber entzogen ist. Vor diesem Hintergrund kann die Dienstleistungsfreiheit nicht so ausgelegt werden, dass das Schalten von Werbung in jeglicher, individuell erwünschter Positionierung und dem Umfeld möglich sein muss. Es besteht also kein daraus abzuleitender Anspruch, in einem bestimmten Programm zu einer ganz bestimmten Zeit während einer ganz bestimmten Sendung zu werben. Eine derart weite Fassung des Beschränkungsbegriffs lässt sich zumindest bislang aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs nicht ableiten.

II. Rechtfertigung einer angenommenen Beschränkung

Die endgültige Beantwortung der Frage nach der Reichweite des Beschränkungsbegriffs und damit der Einschlägigkeit der Dienstleistungsfreiheit kann aber dahinstehen, da eine solche Beschränkung von Grundfreiheiten jedenfalls gerechtfertigt ist, wenn sie der Verfolgung eines Ziels von allgemeinem Interesse dient und nicht über das zur Zielerreichung erforderliche Maß hinausgeht.

1. Konkretisierung des Allgemeinwohlziels im RStV

Ausweislich der in Kapitel B.V aufgeführten Amtlichen Begründung zum Achtzehnten Rundfunkänderungsstaatsvertrag verfolgt die Regelung des § 7 Abs. 11 RStV das Ziel, Anbieter redaktionell verantworteter regionaler Inhalte in ihren (Re-)Finanzierungsmöglichkeiten schützen. Der von den Ländern gesehene Gefahr einer Abwanderung von „Werbekunden von regionalen Rundfunkveranstaltern und Verlegern in nicht unerheblichem Umfang zu den bundesweit agierenden Rundfunkveranstaltern“ wurde mit dem Mittel begegnet, dass die lokalen bzw. regionalen Werbemärkte „grundsätzlich denjenigen als potentielle Einnahmequelle vorbehalten bleiben [sollten], die einen Beitrag zur Vielfalt in diesem Raum leisten“.

Mit dem Rundfunkstaatsvertrag blieben die Länder bei Einführung der Verbotsnorm im Rahmen ihrer Regelungszuständigkeit für Fernsehen und Hörfunk. Der RStV greift jedoch darüber hinaus auch für bestimmte Telemedien, die aber beispielsweise ebenso wie die Presse keiner Zulassung und damit einer anderen Regulierungsdichte unterfallen. Dass die streitgegenständliche Norm (ergo: das Regionalwerbeverbot) neben Hörfunk und Fernsehen in der bundesweiten Verbreitung nicht etwa auch die Presse betrifft, hebt die Amtliche Begründung sogar ausdrücklich im Blick auf das verfolgte Ziel hervor. Danach besteht zwar einerseits zwischen den regionalen und lokalen Anbietern aus dem Rundfunkbereich und der Presse eine direkte Konkurrenz, das Regionalwerbeverbot des RStV dient aber andererseits zum Schutz beider Anbietergattungen auf diesem Werbemarkt. Dieses Ziel des besonderen Schutzes von (Re)Finanzierungsquellen für Anbieter redaktionell erstellter Inhalte auf dem lokalen und regionalen Markt wird unabhängig von anderen Gefährdungen weiterhin erreicht. Die Relevanz wird auch daran deutlich, dass weiterhin Hörfunk und

Presse zu den meistgenutzten Informationsmedien im Lokalen gehören.¹⁵⁵ Bereits der Möglichkeit der Gefährdung der regionalen und lokalen Meinungsvielfalt „aus finanziellen Gründen“ sollte in diesem Bereich entgegengewirkt werden.

Wie ausführlich unter Kapitel E.II. dargestellt, ist die Sicherung von Meinungs- bzw. Medienvielfalt, auch vor dem Hintergrund ihrer grundrechtlichen Bedeutung (Kapitel B.IV.) und Stellung in der Werteordnung der EU (Kapitel C.III.), als Allgemeinwohlziel zur Einschränkung von Grundfreiheiten vom Gerichtshof anerkannt.

Die Frage nach der Rechtfertigung der behaupteten Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit konzentriert sich daher vorliegend auf die Eignung und Erforderlichkeit (als Angemessenheit im engeren Sinne) von § 7 Abs. 11 RStV sowie den mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraum bei Verfolgung kulturpolitischer Ziele entlang der in den Kapiteln E.II. bis E.IV. dargestellten Grundsätze.

2. Eignung des § 7 Abs. 11 RStV zur Sicherung der Meinungsvielfalt im lokalen und regionalen Bereich

Wie oben dargestellt, prüft der Gerichtshof bei der Geeignetheit regelmäßig mit den Worten, ob die Maßnahme „tatsächlich dem Anliegen gerecht wird, es in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen“¹⁵⁶. Geeignet bedeutet, dass die Maßnahme überhaupt tauglich ist, den damit verfolgten Zweck zu fördern, „tatsächlich“ erfordert aber keine Beweisführung, dass genau eine Folge erreicht wird, sondern dass begründet werden kann, in welcher Weise die Maßnahme der Zielerreichung oder -förderung dient.

§ 7 Abs. 11 RStV reserviert den lokalen und regionalen Werbemarkt grundsätzlich – denn Sonderregeln durch einzelne Landesgesetzgeber in Abhängigkeit der konkreten Lage vor Ort bleiben weiterhin möglich – den jeweiligen Anbietern redaktionell verantworteter lokaler und regionaler Medieninhalte. Damit schafft die Vorschrift also ein zum Schutz dieser Anbieter *insgesamt* (und nicht zu Vermeidung einer konkreten Wettbewerbssituation) gesichertes Umfeld, aus dem diese Einnahmen zu ihrer Finanzierung generieren können. Dass die Regelung zum Erreichen der Sicherung der Medienvielfalt die Sicherung von den Finanzierungsmöglichkeiten wählt, ändert an der Eignung nichts, da es insoweit nur um die Förderung des angestrebten Ziels geht.

Es kommt demnach lediglich darauf an, dass der Schutz regionaler und lokaler Medienvielfalt, bezogen auf in dieser Ebene tätige Anbieter entsprechender Dienstleistungen, durch die Beschränkung bestimmter Werbeformen für andere Anbieter vergrößert wird und damit dem angestrebten Anliegen der Pluralismussicherung tatsächlich gerecht wird. Wie sehr dieser Schutz greifen muss oder welche anderen zusätzlichen Maßnahmen ein Mitgliedstaat noch oder auch ergreifen könnte, spielt für die rein objektiv zu beurteilende Geeignetheit der getroffenen Maßnahme keine Rolle. Eine rein faktische Argumentationsführung aus medienökonomischer Sicht unter Berufung auf tatsächliche (momentane)

¹⁵⁵ Vgl. dazu etwa die jüngsten Ergebnisse des Medienvielfaltsmonitors, die medienanstalten, Pressemeldung 7/2020 vom 14.5.2020, <https://www.die-medienanstalten.de/service/pressemitteilungen/meldung/news/neue-medienvielfalts-facts-radio-meistgenutztes-informationsmedium-im-lokalen-kkr-neuer-top-play/> mit Verweis zur Studie.

¹⁵⁶ Rs. C-137/09, *Marc Michel Josemans / Burgemeester van Maastricht*, Rn. 70 m.w.Nachw.; ebenso z.B. jüngst in Rs. C-235/17, *Europäische Kommission / Ungarn*, Rn. 61.

Marktverhältnisse ginge daher bei der rechtlichen Beurteilung der Regelung des § 7 Abs. 11 RStV fehl. Die Unmöglichkeit einer absoluten Beweisführung wird zudem bei Betrachtung des vorliegenden Kontexts deutlich: Weder die Auswirkungen des Bestehens einer solchen Vorschrift noch die Auswirkungen bei deren Fehlen können mit vollständiger Sicherheit belegt werden.

Entscheidend ist daher nicht, ob eine (aktuelle) ökonomische Betrachtung zu anderen Ergebnissen kommt als die Einschätzung der Situation durch die gesetzgebenden Länder bei Schaffung der Regelung, sondern, dass der handelnde Gesetzgeber eine Begründung geben konnte, die auch weiterhin trägt und mit der die Sicherung der Medienvielfalt auch auf regionaler und lokaler Ebene bewirkt wird.

In diesem Zusammenhang ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die dafür zuständigen Länder als Gesetzgeber vor Einführung der Vorschrift in einem längeren Diskussionsprozess die Reaktion auf das bereits erwähnte Urteil des Bundesverwaltungsgerichts¹⁵⁷ abgewogen haben. Vor dem Verbot durch Einführung der streitgegenständlichen Vorschrift im RStV war zwar eine gewisse Zeit – nämlich seit den Feststellungen durch das Bundesverwaltungsgericht – regionalisierte Werbung rechtlich zulässig. Zuvor war aber medienrechtlich allgemein anerkannt, dass solche Werbung mit den Lizenzvorgaben für bundesweit verbreitete Fernsehprogramme nicht vereinbar ist und daher auch ohne explizites Verbot im RStV nicht stattfinden darf und daher auch in den entsprechenden Programmen stets unterblieben war. Erst die Ankündigung bundesweiter Anbieter, regionalisierte Werbung zu schalten und insbesondere die Mitteilung, dies nach dem letztinstanzlichen Urteil durch das Bundesverwaltungsgericht unmittelbar anzugehen, führte zur Reaktion der Länder. Die Gefährdungslage vor allem für die lokale und regionale Presse sowie den Hörfunk ist auch erkennbar aus den Ankündigungen der bundesweiten Rundfunkanbieter eben diesen „Konkurrenzmarkt“ mit regionalisierter TV-Werbung adressieren zu wollen.¹⁵⁸ Es ging also weniger um den Schutz lokaler Fernsehanbieter, als den der anderen Anbieter auf diesem Markt, weil diese im Fokus der neu in diesen Markt strebenden Anbieter bundesweit verbreiteter Fernsehprogrammanbieter standen. Dies spiegelt sich auch entsprechend in der bereits zitierten Amtlichen Begründung zu § 7 Abs. 11 RStV wider. Die von den Ländern beschlossene Zielrichtung des Regionalwerbverbots hatte also genau eine Entsprechung darin, wo die Gefährdungen für den Markt für regionale und lokale, redaktionell verantwortete Inhalte lagen.

Die Einschätzung, die zur Einführung der Norm geführt hat, gilt auch weiter, selbst wenn zwischenzeitlich andere (also: weitere) Anbieter regional oder lokal differenzierter, sogar individuell personalisierter Werbung dazu gekommen. Gleichermaßen besteht auch die Relevanz regionaler und lokaler Medienanbieter für die Medienvielfalt fort. So ergibt sich beispielsweise aus dem jüngsten sog. Medienvielfaltsmonitor, dass weiterhin der Hörfunk mit etwa einem Drittel und die Zeitungen mit etwa einem Viertel (dazwischen liegen Internetquellen mit etwa 28%) wichtigste Informationsquelle für Lokalinformationen ist.¹⁵⁹

Mit der im Rahmen seines Ermessens vorgenommenen Gefahrenbewertung bei der Nutzung regionaler Werbeinseln in bundesweit verbreiteten Programmen hat der deutsche Gesetzgeber jedenfalls einer der möglichen Gefährdungen regionaler und lokaler

¹⁵⁷ BVerwG, Urt. v. 17.12.2014, 6 C 32.13, ZUM-RD 2015, 562.

¹⁵⁸ Ausführlich zu diesen Hintergründen oben unter 13B.V.

¹⁵⁹ Medienvielfaltsmonitor, aaO (Fn.155).

Medienvielfalt durch das entsprechende Verbot Rechnung getragen. Dies ist auch im Kontext des im RStV enthaltenen Maßnahmenpakets, das wie erwähnt auch Regelungen zu Regionalfensterprogrammen und in § 7 Abs. 11 RStV eine Öffnungsklausel für Differenzierungen auf Länderebene vorsieht, zu lesen, das in verschiedener Weise einen Beitrag zur Zielerreichung der Medienvielfalt auf regionaler und lokaler Ebene leistet. Es mag zwar sein, dass weitere Gefährdungen dieser Dimension der Medienvielfalt seit der gesetzgeberischen Entscheidung hinzugekommen sind oder sich in den vergangenen Jahren verstärkt haben. Jedoch bleibt der Fernsehwerbemarkt als solcher ein schon der Regulierung wegen abgegrenzter Bereich der audiovisuellen kommerziellen Kommunikation. Das Ziel des besonderen Schutzes von (Re-)Finanzierungsquellen für Anbieter redaktionell erstellter Inhalte auf dem lokalen und regionalen Markt wird unabhängig von anderen Gefährdungen weiterhin erreicht, ist also geeignet im Sinne der grundfreiheitlichen Prüfung. Ob es zukünftig deshalb weiterer Beschränkungen der lokalen oder regionalen Werbung auch bei anderen Anbietern z.B. von Online-Diensten bedarf, ist eine davon unabhängige Frage, die zudem in einem anderen Regelungskontext zu beantworten wäre.

3. Erforderlichkeit des § 7 Abs. 11 RStV zur Erreichung des Gemeinwohlziels

Im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung geht es im Wesentlichen darum zu ermitteln, ob eine weniger einschränkende Maßnahme, die zur Erreichung des legitimen Gemeinwohlziels in gleicher Weise geeignet wäre, zu finden ist. Im vorliegenden Kontext ginge es also konkret um eine Maßnahme, die regionale Medien- und Meinungsvielfalt durch den Schutz redaktionell verantworteter entsprechender Inhalte in gleichem Umfang schützen würde, aber auf Seiten der Anbieter bundesweit verbreiteten Rundfunks und der potentiellen Werbekunden weniger einschneidend wäre.

Wie in Kapitel E.II.4. eingehend dargestellt, verlangt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz an dieser Stelle allerdings nicht, dass jede mögliche Maßnahme zur Förderung des mit einer Vorschrift vorgesehenen Ziels (schon) ergriffen worden ist oder ergriffen werden muss, solange die bereits getroffene Maßnahme selbst verhältnismäßig ist. Es besteht ein gesetzgeberischer Gestaltungsspielraum, der unter Wahrung der Kompetenzverteilung innerhalb der EU von mehreren möglichen genauso geeigneten Maßnahmen, diejenige auszuwählen hat, die die Grundrechte und Grundfreiheiten der Adressaten am wenigstens belastet, wobei auch hier eine Berücksichtigung der Bedeutung der konfligierenden Grundfreiheiten und Allgemeinwohlbelange stattfindet. Im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung kann es dagegen nicht um eine Ersetzung des gesetzgeberischen Ermessens gehen. Ansonsten wäre eine Umgehung der Kompetenzordnung möglich.

Daher ist etwa eine Überlegung, wonach bestehende unterschiedliche Zulassungserfordernisse für bundesweit oder regional verbreitetes Fernsehen durch eine regionalisierte Zulassung ersetzt werden könnte, die dann die entsprechende Werbung ermöglichen würde, kein Vergleich im Sinne anderer möglicher Mittel. Eine solche (hier beispielhaft gewählte) Anforderung zur Entsprechung mit dem Erforderlichkeitskriterium würde viel zu weitgehend sein. Sie würde in einer Verdrängung der mitgliedstaatlichen Kompetenz zur Ausgestaltung der Rundfunkordnung resultieren wegen eines Aspekts, der zu einer gerechtfertigten Verkürzung der Ausübungsmöglichkeiten eines Dienstleistungsanbieters (nämlich des bundesweit verbreiteten Fernsehprogramms) führt. Damit würde die Reichweite der Grundfreiheiten zulasten der Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Union und

ihren Mitgliedstaaten expandiert werden. Die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die detaillierte Ausgestaltung der Medienordnung unter Berücksichtigung nationaler Besonderheiten ist auch deshalb gegeben, weil sie ganz besonders von nationalen und regionalen kulturellen und gesellschaftlichen Unterschieden in Europa geprägt und Bestandteil der durch die Europäische Union laut des Gründungsvertrages (Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV) respektierten nationalen Identität sein kann.

Im Zusammenhang mit der Ausgestaltung der Medienordnung zum Zwecke der Pluralismussicherung ist darauf hinzuweisen, dass es eine Vielzahl von Mitteln gibt, die lokale und regionale Meinungsvielfalt zu fördern.¹⁶⁰ Diese müssen jedoch weder alle von jedem Mitgliedstaat umgesetzt oder erwogen werden, noch sind sie im Rahmen der Überprüfung am Maßstab des Unionsrechts relevant, weil der Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten eben auch die Auswahl des aus seiner jeweiligen Sicht passenden Instrumentariums umfasst.

Für den Fall des Regionalwerbverbots ist zum einen hervorzuheben, dass die Länder sich nicht für eine einzelne vielfaltssichernde Regelung entschieden haben, sondern der RStV eine Vielzahl von Vorgaben enthält, um den Pluralismus der Meinungen im lokalen und regionalen Bereich sicherzustellen. So sind, wie bereits ausgeführt, vielfaltssichernde Gesichtspunkte im Rahmen der Erteilung einer Rundfunkzulassung zu berücksichtigen, es existieren Regelungen zu Regionalfensterprogrammen sowie Öffnungsklauseln für Werbeerleichterungen für lokale und regionale Anbieter. §7 Abs. 11 RStV wurde also einerseits trotz dieser bereits bestehenden Möglichkeiten von den Ländern als nicht nur geeignet, sondern auch notwendig befunden. Andererseits wurde die Vorschrift in das bestehende Zulassungssystem eingepasst. Das bedeutet auch, dass andere geeignete Mittel bereits ergriffen wurden, aber nicht die Gefährdungslage beseitigen konnten, weshalb eine Ersetzung von § 7 Abs. 11 RStV in diesem System nicht durch andere Maßnahmen ohne weiteres möglich wäre. Zudem haben die Länder Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten dadurch Rechnung getragen, dass kein absolutes Verbot regionalisierter Werbung statuiert, sondern zugleich eine Öffnungsklausel aufgenommen wurde, die eine Bewertung der Situation „vor Ort“ (also im regionalen und lokalen Bereich) ermöglicht und es den Ländern erlaubt, vom Verbot abweichend Regelungen aufzunehmen, die eine regional ausgerichtete Werbung im jeweiligen Hoheitsgebiet eines Landes auch im bundesweit verbreiteten Programm erlauben. Daher ist § 7 Abs. 11 RStV als erforderliche Maßnahme zur Erreichung des Regulierungsziels zu bewerten.

III. Ergebnis

Die Länder als zuständige Gesetzgeber in der Bundesrepublik Deutschland für die Ausgestaltung der Medienordnung haben mit § 7 Abs. 11 RStV mit Wirkung zum 1. Januar 2016 ein Verbot bestimmter Formen der Werbung in bestimmten Fernsehprogrammen statuiert. Durch die Verhinderung regionalisierter Werbung in bundesweit verbreiteten Rundfunkprogrammen außerhalb der bereits vorgesehenen Möglichkeiten in den so genannten Regionalfenstern und der Abweichungsmöglichkeit durch einzelne Länder, sollte das Ziel befördert werden, redaktionell verantwortete Inhalte mit regionaler und lokaler Ausrichtung durch Mediananbieter jeder Gattung weiterhin sicherzustellen. Dazu sollte deren

¹⁶⁰ Hierzu eingehend *Ukrow/Cole*, Sicherung lokaler und regionaler Meinungsvielfalt.

Finanzierungsmöglichkeit im Potential regional werbender Unternehmen abgesichert werden gegen eine Verschiebung dieses Werbeaufkommens in bundesweit verbreitete Programme. Die damit erreichte Sicherung einer regional bedeutsamen Medienvielfalt ist ein anerkanntes Allgemeinwohlziel, so dass es von den Ländern als Grundalge für eine Einschränkung bestimmter Formen der Dienstleistungsausübung herangezogen werden konnte.

Wenngleich schon fraglich ist, ob durch das Verbot tatsächlich die Dienstleistungsfreiheit eingeschränkt wird, da regionalisierte Werbung auch in Fernsehprogrammen sowie in anderen Medien weiterhin möglich bleibt, kommt es für die europarechtliche Beurteilung nur darauf an, ob eine eventuell gegebene Beschränkung gerechtfertigt ist. Wie in diesem Kapitel gezeigt werden konnte, haben die Länder mit dem Regionalwerbeverbot in dieser Ausprägung ein geeignetes Mittel zur Erreichung des Regulierungsziels gewählt. Diese Maßnahme genügt auch im Übrigen den Verhältnismäßigkeitskriterien und ist insbesondere erforderlich, weil kein anderes gleich wirksames Mittel zu finden war. Dass es auch andere Möglichkeiten zur Förderung von regionaler Medienvielfalt gibt, ändert nichts am Befund der Angemessenheit der getroffenen Maßnahme, die für sich genommen zu bewerten ist. Das Verbot wirkt nicht umfassend und die Bedeutung des Allgemeinwohlziels Medienvielfalt auch in seiner regionalen und lokalen Ausprägung erlaubt eine teilweise Verkürzung der Dienstleistungsfreiheit. Damit ist § 7 Abs. 11 RStV auch nach dem Maßstab des EU-Rechts rechtmäßig. Dieser Befund deckt sich mit der Erkenntnis, dass die Regulierung mit dem Ziel einer regionalen Medienvielfalt den Mitgliedstaaten vorbehalten bleibt und daher Grundfreiheitserwägungen nicht zu einer Verdrängung dieser Regelungshoheit führen dürfen.