



Das aktuelle Stichwort

Sicherung regionaler Vielfalt - Außer Mode?

Anmerkungen aus Anlass des Urteils des Europäischen Gerichtshofs vom 3. Februar 2021, Rs. C-555/19, Fussl Modestraße Mayr GmbH ./ SevenOne Media GmbH, ProSiebenSat.1 TV Deutschland GmbH, ProSiebenSat.1 Media SE

Von Dr. Jörg Ukrow

Geschäftsführendes Vorstandsmitglied des EMR

| | |
|---|----|
| A. Zur Ausgangslage | 2 |
| I. Zum Sachverhalt | 2 |
| II. Zur technischen Umsetzbarkeit regionalisierter Werbung im Spanungsverhältnis von Technik und Recht | 4 |
| III. Zum Ziel der Vielfaltssicherung als Rahmenbedingung der EuGH-Entscheidung | 5 |
| 1. Zum Ziel der Vielfaltssicherung als Bestandteil der Regelungen in der AVMD-Richtlinie | 5 |
| 2. Die regionale und lokale Vielfaltssicherung – ein unionsrechtlich anerkanntes Gemeinwohlinteresse..... | 6 |
| B. Zur Auslegung des Art. 4 Abs. 1 der AVMD-Richtlinie durch den EuGH - oder: Wenn Ungleiches gleich behandelt wird..... | 7 |
| C. Zum Beschränkungsverbot in Bezug auf Dienstleistungen – oder: Beredtes Schweigen zur Keck-Ausnahme | 8 |
| I. Der weite Begriff der „Beschränkung“ bei der unionsrechtlichen Dienstleistungsfreiheit und die Risiken einer unzureichenden Sachverhaltsermittlung im Fussl-Urteil | 8 |
| II. Die Dienstleistungsfreiheit ohne Keck-Relevanz? | 10 |
| D. Zur Rechtfertigung einer etwaigen Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs durch das regionale Werbeverbot in § 7 Abs. 11 RStV | 12 |
| I. Einleitung..... | 12 |
| II. Zur Vielfaltssicherung als zwingendem Grund des Allgemeininteresses | 12 |
| III. Zu den Erwägungen des EuGH zur Eignung des § 7 Abs. 11 RStV zur Erreichung des Ziels der Vielfaltssicherung | 13 |
| IV. Zu den Erwägungen des EuGH zur Verhältnismäßigkeit der Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit durch § 7 Abs. 11 RStV | 16 |
| V. Insbesondere: Zu den Kohärenz-Erwägungen des EuGH | 17 |
| E. Grundrechtliche Aspekte des Fussl-Urteils..... | 18 |
| I. Zum Anwendungsbereich der Grundrechte-Charta der EU | 18 |
| II. Zu den durch Art. 11 der Grundrechte-Charta garantierten Freiheiten..... | 19 |

| | |
|---|----|
| III. Zu durch Art. 20 der Charta garantierten Grundsatz der Gleichbehandlung..... | 21 |
| F. Ein kurzer Ausblick | 22 |

A. Zur Ausgangslage

I. Zum Sachverhalt

Das Urteil des EuGH vom 3. Februar 2021 in der Rechtssache *Fussl*¹ erging im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen der *Fussl Modestraße Mayr GmbH*, einer Gesellschaft österreichischen Rechts mit Sitz in diesem Mitgliedstaat der EU, die dort und in Bayern eine Kette von Modengeschäften betreibt (im Folgenden: *Fussl*), auf der einen Seite und der Vermarktungsgesellschaft *SevenOne Media GmbH* und den Medienanbietern *ProSiebenSat.1 TV Deutschland GmbH* und *ProSiebenSat.1 Media SE*, Gesellschaften deutschen Rechts, mit Sitz im bayerischen Unterföhring auf der anderen Seite.

Am 25. Mai 2018 schloss *Fussl* mit *SevenOne Media* einen Vertrag über die auf den Freistaat Bayern beschränkte Ausstrahlung von Fernsehwerbung im Rahmen des in die bayerischen Kabelnetze der *Vodafone Kabel Deutschland GmbH* eingespeisten bundesweiten Fernsehprogramms von *ProSieben*. *SevenOne Media* verweigerte sodann die Erfüllung dieses Vertrags mit der Begründung, dass es ihr nach § 7 Abs. 11 RStV² untersagt sei, in das bundesweite Programm Fernsehwerbung aufzunehmen, die nur regional gezeigt werde.

Fussl erhob daraufhin Klage beim *Landgericht Stuttgart* und beantragte, *SevenOne Media* zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen aus dem Vertrag zu verurteilen. Diese Klage veranlasste das *LG Stuttgart* zur Vorlage des Verfahrens zum EuGH zur Beantwortung von vier Fragen zur Auslegung von Art. 4 Abs. 1 der AVMD-Richtlinie 2010/13³, des unionsrechtlichen Gleichheitsgrundsatzes und der Regelungen gemäß Art. 56 AEUV zum freien Dienstleistungsverkehr im Hinblick auf die Vereinbarkeit des rundfunkstaatsvertraglichen Verbots regionalisierter TV-Werbung (auch im landesrechtlicher Abweichungsmöglichkeit) mit diesen unionsrechtlichen Vorgaben sowie Art. 11 der EU-Grundrechtecharta.

¹ EuGH, Rs. C-555/19, *Fussl*, EU:C:2021:89; abrufbar unter <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=237285&pageIndex=0&doclang=DE&mode=req&dir=&occ=first&part=1>.

Zur Bedeutung dieses Vorlageverfahrens vgl. bereits *Cole*, Zum Gestaltungsspielraum der EU-Mitgliedstaaten bei Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit. Eine Untersuchung am Beispiel einer Regelung bezüglich der Medienvielfalt in Deutschland, 2020 (abrufbar unter <https://emr-sb.de/wp-content/uploads/2020/06/Zum-Gestaltungsspielraum-der-EU-Mitgliedstaaten-bei-Einschr%0c3%a4nkungen-der-Dienstleistungsfreiheit.pdf>); vgl. ferner *ders.*, Gestaltungsspielraum der EU-Mitgliedstaaten bei Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit. Beispiel der Beschränkung regionaler Werbung im Fernsehen durch den Medienstaatsvertrag mit dem Ziel der Förderung der Medienvielfalt, AfP 2021, 1 (2 ff.) unter Einbeziehung der Schlussanträge des Generalanwalts *Szpunar*.

² Die Vorschrift gilt unverändert weiter als § 8 Abs. 11 MStV, der am 7. November 2020 in Kraft getreten ist und den RStV ersetzt hat.

³ 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), ABl. L 95 vom 15.4.2010, S. 1, geändert durch 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, ABl. L 303 vom 28.11.2018, S. 69.

Das *LG Stuttgart* führte in seiner Vorlageentscheidung⁴ aus, es sei zweifelhaft, ob die mit dem Verbot in § 7 Abs. 11 RStV verbundene Beschränkung des durch Art. 56 AEUV garantierten freien Dienstleistungsverkehrs durch den mit dieser Bestimmung verfolgten zwingenden Grund des Allgemeininteresses – den Schutz des Medienpluralismus – gerechtfertigt werden könne. Dazu führte das *LG Stuttgart* u.a. aus, es sei nicht sicher, dass dieses Ziel in kohärenter und systematischer Weise verfolgt werde, da das erwähnte Verbot nicht für ausschließlich regionale Werbung im Internet gelte.⁵

Im Zusammenhang mit diesem Vorabentscheidungsverfahren wird erneut ein Problempunkt in der Struktur von Vorabentscheidungsverfahren deutlich. Der EuGH legt hierbei seiner Entscheidung den Sachverhalt zugrunde, wie ihn das vorlegende Gericht übermittelt. Der EuGH überprüft weder den Sachverhalt, den ihm das vorlegende Gericht mitteilt, noch kontrolliert es die seitens des vorlegenden Gerichts erfolgte Darstellung der nationalen Rechtslage auf Korrektheit und Vollständigkeit. Der EuGH unterstellt vielmehr als richtig, was ihm in der Vorlage in Bezug auf Sach- und nationale Rechtslage übermittelt wird.⁶

Dieser Umstand hatte in der Vergangenheit bereits die glücksspielrechtliche Judikatur des EuGH in der Entscheidung *Ince*⁷ geprägt und war dort auf berechtigte Bedenken gestoßen.⁸ Diese Bedenken bestehen auch im vorliegenden Fall. Denn der Hinweis, dass das Verbot regionalisierter Werbung nicht für ausschließlich regionalisierte Werbung im Internet gelte, ist in mehrfacher Hinsicht verfehlt: Zum einen fehlt es im Bereich des Internet an einem Zulassungsverfahren, wie ihn die Veranstaltung von Rundfunk kennt: Telemedien waren unter dem RStV und sind nach dem MStV zulassungsfrei. Zudem galt § 7 RStV insgesamt, d.h. einschließlich seines Absatzes 11, nach § 58 Abs. 3 Satz 1 und 2 RStV nicht nur (a) für Angebote, die aus Sendungen bestehen, die jeweils gegen Einzelentgelt freigeschaltet werden, sondern auch (b) für Telemedien mit Inhalten, die nach Form und Inhalt fernsehähnlich sind und die von einem Anbieter zum individuellen Abruf zu einem vom Nutzer gewählten Zeitpunkt und aus einem vom Anbieter festgelegten Inhabekatalog bereitgestellt werden (audiovisuelle Mediendienste auf Abruf) entsprechend. Die Darstellung der rechtlichen Rahmenbedingungen des Verbots regionalisierter Werbung des *LG Stuttgart* gegenüber dem EuGH war mithin schon an dieser Stelle verkürzt. Auch fehlte es offenbar an einer Übermittlung von Rechtsnormen im Recht der Länder, die in Ausformung der Öffnungsklausel in § 7 Abs. 11 RStV ergingen. Auch dies könnte die Entscheidung des EuGH beeinflusst haben.

Die Entscheidung des EuGH wiederum sollte vom *LG Stuttgart* im weiteren Verfahren nicht in einer Weise verstanden werden, dass es nunmehr seinerseits an sachverhaltsbezogene Ausführungen des EuGH gebunden ist, die im Ergebnis dieser Genese der Urteilsgründe des EuGH fehlerhaft ist. Auch beim seitens des EuGH dem *LG Stuttgart* auferlegten Prüfprogramm,

⁴ *LG Stuttgart*, Beschluss vom 12.07.2019 - 20 O 43/19, GRUR-Prax 2020, 161 (m. Anm. *Blaue*), ZUM-RD 2020, 339.

⁵ EuGH, Rs. C-555/19, *Fussl*, EU:C:2021:89, Rn. 1 f., 9 ff.

⁶ Der geschilderte Sachverhalt ist für den EuGH grundsätzlich bindend. Zwar darf er nachforschen, eine entsprechende Verpflichtung besteht allerdings nicht. Streitige Tatsachen, die für die vorgelegten Fragen relevant sind, müssen deshalb aufgeklärt werden, damit der Gerichtshof die Anwendbarkeit des Unionsrechts zweifelsfrei feststellen kann. Der Sachvortrag sollte in sich abgeschlossen dargestellt werden, weil die übrigen Beteiligten nur auf Grund des Vorlageersuchens Stellung nehmen, ohne auf die Verfahrensakte zugreifen zu können; vgl. *Latzel/Streinzig*, Das richtige Vorabentscheidungsersuchen, NJOZ 2013, 97 (104).

⁷ EuGH, Rs. C-336/14, *Ince*, EU:C:2016:72

⁸ Vgl. z.B. *Dietlein/Peters*, Das Sportwetten-Konzessionsmodell auf dem unionsrechtlichen Prüfstand. Anmerkungen zum Vorlageverfahren des AG Sonthofen in der Rs. *Ince* (C-336/14), ZfWG 2015, S. 15.

das im Folgenden⁹ dargestellt, ist das *LG Stuttgart* nicht gehindert, die Prüfung auch im Bemühen um zumindest inzidente Korrektur der Mängel in der Darstellung der rechtlichen Rahmenbedingungen des Verbots regionalisierter Werbung vorzunehmen.

II. Zur technischen Umsetzbarkeit regionalisierter Werbung im Spannungsverhältnis von Technik und Recht

Schon zwischen den Parteien im Vorlageverfahren war nach Darstellung des *LG Stuttgart* in der Darstellung des EuGH „unstreitig, dass SevenOne Media im Rahmen ihres bundesweiten Fernsehprogramms technisch in der Lage ist, die Ausstrahlung der streitigen Fernsehwerbung auf das Gebiet des Freistaats Bayern zu beschränken“.¹⁰ Die Darstellung des EuGH ist insoweit etwas missglückt, als *Seven One Media* nicht Veranstalter des Programms war und ist. Diese Ungenauigkeit ist zwar bedauerlich, spielt indessen für die Beurteilung im Weiteren keine Rolle. Das grundsätzliche Verbot regionalisierter Werbung bei bundesweiten privaten Fernsehveranstaltern verbietet zweifelsfrei nichts, was technisch unmöglich wäre.

Die Möglichkeiten des Auseinanderschaltens von audiovisueller Kommunikation sind inzwischen über den Bereich regionalisierter TV-Werbung hinaus weiter vorangeschritten. Adressierte resp. individualisierte TV-Werbung ist ebenso anbieterseitig technisch möglich – und über Smart-TV, die zunehmende Verbreitung finden – auch nutzerseitig empfangbar wie individualisierte Werbung bei Rundfunk- und Telemedienangeboten u.a. über Methoden der Geolokalisation.¹¹ Technik und Recht bewegen sich deshalb im Blick auf das Bemühen um eine klare Abgrenzung zwischen Medienmärkten zur Wahrung je eigener Refinanzierungsmöglichkeiten - als Ausdruck positiver Vielfaltensordnung in einem Mehr-Ebenen-System gesellschaftlicher Debatte und demokratischen Diskurses - in einem digitalisierungsgetriebenen Spannungsverhältnis. Nicht alles, was technisch möglich ist, verträgt sich auch unter Vielfaltensblickwinkel ohne Weiteres mit Gemeinwohlinteressen. Dieses Spannungsverhältnis aufzulösen ist nicht Aufgabe und Kompetenz der EU – sei es auf legislativer, exekutiver oder judikativer Ebene der Ausübung von Hoheitsgewalt. Auch der EuGH ist durch die kultur- und medienpolitische Querschnittsklausel des Art. 167 Abs. 4 AEUV bei der Wahrnehmung seiner Kontrollkompetenzen gebunden.¹² Die *Fussl*-Entscheidung trägt diesem Gebot der Rücksichtnahme auf die Vielfaltensordnung durch die Mitgliedstaaten nicht sachangemessen Rechnung.¹³

⁹ Vgl. die Abschnitte D. III. bis D. V. dieses Beitrags.

¹⁰ EuGH, Rs. C-555/19, *Fussl*, EU:C:2021:89, Rn. 14.

¹¹ Zu durch Digitalisierung ermöglichten neuen Werbeformen vgl. z.B. *Katsivelas*, Das Geschäft mit der Werbung: Finanzierungsmechanismen, personalisierte Werbung und Adblocker, in: Albers/Katsivelas (Hrsg.), *Recht & Netz*, 2018, S. 207 ff.; *Köttering*, Addressable Advertising: Die Zukunft der Rundfunkwerbung, in: *ibidem*, S. 187 ff.; *Kuhlmann*, Mediaagenturen und Werbevermarkter, 2020, S. 340 ff.; *Nikolitchev* (ed.), *New Forms of Commercial Communications in a Converged Audiovisual Sector*, IRIS Special, European Audiovisual Observatory, Strasbourg 2014.

¹² Vgl. hierzu z.B. *Ukrom/Reiss*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, *Das Recht der EU*, 2020, Art. 167 AEUV Rn. 148 ff.

¹³ Vgl. zu diesem Gebot auch *Cole/Ukrom/Etteldorf*, Zur Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten im Mediensektor. Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung medienvielfaltsbezogener Maßnahmen, 2020, S. 15, 35, 50 ff., 238 (abrufbar unter https://www.rlp.de/fileadmin/rlp-stk/pdf-Dateien/Medienpolitik/EMR_Gutachten_Zur_Kompetenzverteilung_im_Mediensektor.pdf).

III. Zum Ziel der Vielfaltssicherung als Rahmenbedingung der EuGH-Entscheidung

1. Zum Ziel der Vielfaltssicherung als Bestandteil der Regelungen in der AVMD-Richtlinie

Mit Blick auf das zur Vereinbarkeit von § 7 Abs. 11 RStV mit Unionsrecht geltend gemachte Ziel der Vielfaltssicherung überrascht es, dass sich der EuGH bei der Darstellung des sekundärunionsrechtlichen Rahmens seiner Entscheidung jenseits definitorischer Aspekte und Hinweisen auf Erwägungsgründe der Richtlinie auf eine Bezugnahme auf Art. 4 der AVMD-Richtlinie beschränkt. Denn das Unionsrecht ist im Blick auf die Wahrung lokaler und regionaler Medienvielfalt in Bezug auf ökonomische Aspekte der Vielfaltssicherung ebenso wenig blind wie in Bezug auf den Ansatz der Differenzierung regulatorischer Anforderungen je nach betroffener Ebene des Kommunikationsraumes. Beide Fragestellungen sind erkennbar für eine systematische Auslegung des Unionsrechts im Blick auf die Vereinbarkeit des § 7 Abs. 11 RStV mit Unionsrecht zumindest von mittelbarer Bedeutung.

Beachtung verdient insoweit zunächst die Öffnungsklausel in Bezug auf Werbebeschränkungen in Art. 26 der AVMD-Richtlinie.¹⁴ Danach können die Mitgliedstaaten für Fernsehprogramme, die ausschließlich für ihr eigenes Hoheitsgebiet bestimmt sind und weder unmittelbar noch mittelbar in einem oder mehreren anderen Mitgliedstaaten öffentlich empfangen werden können, unter Einhaltung des Unionsrechts andere als die in Art. 20 Abs. 2 und in Art. 23 festgelegten Bedingungen für die Platzierung und den Umfang der Werbung vorsehen. Dass der EuGH diese Regelung in seinem Urteil nicht aufgreift, ist umso erstaunlicher, als in der Regelung selbst mit einer „Unbeschadet“-Klausel der Bezug zu Art. 4 AVMD-Richtlinie hergestellt wird, auf dessen Absatz 1 die erste Vorlagefrage des *LG Stuttgart* abstellt. Deutschland hatte mit § 46a RStV (nunmehr: § 73 MStV) in Verbindung mit den korrespondierenden landesrechtlichen Vorschriften von dieser Lockerungsmöglichkeit in Bezug auf lokale und regionale Fernsehprogramme Gebrauch gemacht. Die Möglichkeiten einer verbesserten werblichen Refinanzierung lokaler und regionaler Fernsehprogramm-Anbieter durch diese Öffnungsklausel sind evident. Der Unionsgesetzgeber beschränkt diese Möglichkeit auch nach der weiteren Ausdehnung des Anwendungsbereichs der AVMD-Richtlinie durch die Richtlinie (EU) 2018/1808 auf Anbieter von Fernsehprogrammen. Insofern ist es nicht ohne Weiteres als unionsrechtlich kohärent einzustufen, wenn der EuGH in seiner Entscheidung einen Kohärenztest in Bezug auf eine Regelung wie § 7 Abs. 11 RStV mit Blick auf einen mediengattungsübergreifenden Vielfaltsschutz einfordert, ohne zu berücksichtigen, dass die EU selbst als Gesetzgeber keine mediengattungsübergreifende Öffnung für nicht mitgliedstaatsübergreifende audiovisuelle Kommunikation kennt.¹⁵ Zudem droht eine mediengattungsübergreifende Betrachtung beim Kohärenztest, wie sie der EuGH einfordert, die Wirkung der Öffnungsklausel in Art. 26 AVMD-Richtlinie zu beeinträchtigen und kollidiert damit mit dem Gebot der Auslegung sämtlichen EU-Rechts, d.h. auch von Regelungen, die mitgliedstaatliche Gestaltungsspielräume eröffnen oder wahren, nach dem *effet-utile*-

¹⁴ Vgl. hierzu *Scheuer/Oberndörfer*, in: Castendyk/Dommering/Scheuer (eds.), *European Media Law*, 2008, Article 20 AVMSD, S. 979 ff.; *Ukrow/Cole*, *Aktive Sicherung lokaler und regionaler Vielfalt*, 2019, S. 84 ff.

¹⁵ Vgl. kritisch zu der Kohärenzfragestellung im Blick auf werbliche Praxis auch die Schlussanträge des Generalanwalts *Szpunar* in diesem Vorabentscheidungsverfahren, EU:C:2020:836, Rn. 56 ff. Er führt dabei aus: „Ich teile ... nicht die Ansicht der Kommission in Bezug auf den behaupteten „anachronistischen“ Charakter der streitigen nationalen Maßnahme. Jedenfalls ist diese Maßnahme nicht anachronistischer als die Gesetzgebung der Union zu den verschiedenen Arten von Medien“ (*ibidem*, Rn. 60). Hierzu auch *Cole*, *Gestaltungsspielraum der EU-Mitgliedstaaten bei Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit*, AfP 2021, 1 (7).

Interpretationsgebot – d.h. dem Gebot, einer Regelung des Unionsrechts praktische bzw. volle Wirksamkeit einzuräumen oder zu belassen.¹⁶

Aber auch die Ausnahmeklausel in Art. 13 Abs. 6 AVMD-Richtlinie in Bezug auf Quotenvorgaben zur Förderung eines Mindestanteils europäischer Werke ist, soweit sie auf geringe Umsätze oder Zuschauerzahlen abstellt, indirekt auch auf die Eröffnung mitgliedstaatlicher Handlungsspielräume zur Förderung regionaler audiovisueller Angebote hin ausgerichtet.¹⁷

2. Die regionale und lokale Vielfaltssicherung – ein unionsrechtlich anerkanntes Gemeinwohlinteresse

Die fundamentale Bedeutung freier lokaler und regionaler Medien für eine demokratische Gesellschaft in Räumen der kommunalen Selbstverwaltung und föderalen Selbstvergewisserung für die individuelle und öffentliche Meinungs- und Willensbildung ist unumstritten. Solche eigenständigen lokalen und regionalen Räume der gemeinsamen Identifikation und des Dialogs sind für die grundgesetzliche Ordnung unverzichtbar und Bestandteil der demokratischen nationalen Identität des EU-Mitgliedstaates Deutschland, die seitens der EU und ihrer Organe – einschließlich des EuGH – gemäß Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV zu achten ist. Gerade auch in Corona-Zeiten, in denen eine Bekämpfung der Pandemie zunehmend regional und lokal diversifiziert erfolgt, zeigt sich die Systemrelevanz freier lokaler und regionaler Medien weit über den Aspekt, die Funktionsfähigkeit sicherheitsbezogener kritischer Infrastrukturen zu wahren, hinaus. Diese Systemrelevanz besteht aber auch jenseits pandemischer Ausnahmelagen. Umso problematischer waren bereits vor der Pandemie feststellbare Ausdünnungen von Medienvielfalt in den lokalen und regionalen Räumen massenkommunikativer Nähe. Ohne mediale Diskursforen zu kommunalen Angelegenheiten, ohne regionalen Qualitätsjournalismus droht die verfassungsrechtliche Garantie kommunaler Selbstverwaltung ebenso in Mitleidenschaft zu geraten wie die föderale Struktur der Bundesrepublik.¹⁸ Bemühungen des Mitgliedstaates Deutschland auf Ebene der nach der innerstaatlichen Verfassungsordnung zuständigen Länder, diesen Gefährdungslagen staatsvertraglich gegenzusteuern, ist durch den EuGH nicht entgegenzusteuern, soll das Achtungsgebot des Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV nicht leerlaufen.¹⁹ Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV spricht vielmehr für einen Auslegungs-Grundsatz des *in dubio pro* Wahrung von Spielräumen zur Stabilisierung nationaler Identität auch in ihren medialen Grundlagen und Bezügen. Ein solcher Grundsatz wird im Übrigen auch durch die fehlende Rechtsetzungskompetenz der EU zur

¹⁶ Vgl. z.B. *Potacs*, Effet utile als Auslegungsgrundsatz, EuR 2009, 465 (467 ff.); *Seyr*, Der effet utile in der Rechtsprechung des EuGH, 2008; *Streinz*, Der "effet utile" in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, in: Festschrift für Ulrich Everling, 1995, S. 1491 ff.; *von Oettingen*, Effet utile und individuelle Rechte im Recht der Europäischen Union, 2010.

¹⁷ Vgl. zur Auslegung dieser Ausnahmemöglichkeiten „Leitlinien gemäß Artikel 13 Absatz 7 der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste für die Berechnung des Anteils europäischer Werke an Abrufkatalogen und für die Definition einer geringen Zuschauerzahl und eines geringen Umsatzes“ (2020/C 223/03) - Mitteilung der Kommission, ABl. 2020 Nr. C 223/10.

Die Frage, ob die „Leitlinien“-Kompetenz der Kommission den Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten im Blick auf die Kompetenzverteilung nach den europäischen Verträgen in problematischer Weise beschränkt, braucht an dieser Stelle nicht vertieft erörtert zu werden.

¹⁸ Vgl. hierzu *Ukrom*, Aktive Sicherung von lokaler und regionaler Vielfalt – ein coronafestes Gebot des Verfassungsrechts, TLM-Geschäftsbericht 2019, 7 (7).

¹⁹ Vgl. zum Allgemeinwohlziel Medienvielfalt und der mitgliedstaatlichen Regelungskompetenz auch *Cole*, Zum Gestaltungsspielraum der EU-Mitgliedstaaten bei Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit, 2020, S. 20 ff.

Regelung von Vielfaltssicherung, insbesondere auch die fehlende Gesetzgebungskompetenz zur Regelung von regionaler und lokaler Medienvielfalt, gestützt.²⁰

B. Zur Auslegung des Art. 4 Abs. 1 der AVMD-Richtlinie durch den EuGH - oder: Wenn Ungleiches gleich behandelt wird

Die Entscheidung des EuGH, dass die Regelung in § 7 Abs. 11 RStV nicht von Art. 4 Abs. 1 der AVMD-Richtlinie erfasst ist, überrascht in ihrer Ableitung und vermag inhaltlich insofern nicht zu überzeugen.

Nach Art. 4 Abs. 1 der AVMD-Richtlinie können die Mitgliedstaaten der EU Mediendiensteanbieter, d.h. auch private Fernsehveranstalter, die ihrer Rechtshoheit unterworfen sind, verpflichtet, „strengeren oder ausführlicheren Bestimmungen in den von dieser Richtlinie koordinierten Bereichen nachzukommen, sofern diese Vorschriften im Einklang mit dem Unionsrecht stehen“.

Der EuGH konditioniert diese Kompetenz der Mitgliedstaaten unter Bezugnahme auf sein Urteil vom 18. Juli 2013, in der Rechtssache *Sky Italia*,²¹ indem er einen Bezug dieser Kompetenz zum Verbraucherschutz einfordert: Die Berechtigung zu „strengeren oder ausführlicheren Bestimmungen und in bestimmten Fällen unterschiedlichen Bedingungen“ besteht aus Sicht des EuGH nur, sofern es Ziel der Mitgliedstaaten ist „sicherzustellen, dass die Interessen der Verbraucher als Zuschauer umfassend und angemessen geschützt werden“. Zur Begründung dieses Auslegungsansatzes stützt sich der EuGH auf Art. 4 Abs. 1 selbst sowie auf die Erwägungsgründe 41 und 83 der Richtlinie.

Schon im Ausgangspunkt bestehen Bedenken bezüglich der Argumentationslinie des EuGH: Die Regelung des § 7 Abs. 11 RStV fällt zwar bei einer abstrahierenden Betrachtung in einen von der AVMD-Richtlinie erfassten Bereich, nämlich den der Fernsehwerbung. Allerdings spricht Gewichtiges dafür, dass der Anwendungsbereich dieser Richtlinie und damit auch ein Auslegungserfordernis in Bezug auf deren Art. 4 schon deshalb nicht eröffnet ist, weil das Verbot regionalisierter Werbung als solches keinen Anknüpfungspunkt in den Vorschriften der Richtlinie zur Fernsehwerbung.

Selbst wenn man auch das Verbot regionalisierter Werbung vom Anwendungsbereich der Richtlinie erfasst sieht, ist indessen schon die Feststellung des EuGH, dass die Regelungen in Art. 19 bis 26 der Richtlinie „die Verbraucher als Zuschauer vor übermäßiger Werbung schützen sollen“,²² verkürzt: Zwar zielt die Fernsehwerbung-Regulierung auf diesen Verbraucherschutz. Die Fernsehwerbung-Regulierung als Teil der Regelungen zur audiovisuellen kommerziellen Kommunikation hat indessen auch andere Motive. Zu diesen zählt nicht zuletzt auch die Reaktion auf „die Entwicklung neuer Werbetechniken und Marketingkonzepte“ sowie die Befähigung des klassischen Fernsehens zum „Wettbewerb mit innovativen Abrufdiensten“.²³ Eine systematische und teleologische Auslegung der Regelungen zur Fernsehwerbung spricht mithin gegen ein exklusiv verbraucherschutzbezogenes Verständnis des Normmaterials und für eine Öffnung der Auslegung im Blick auf wettbewerbliche Konsequenzen technischer Innovation.

²⁰ Vgl. hierzu *Ukrow/Cole*, Aktive Sicherung lokaler und regionaler Medienvielfalt, 2019, S. 47 ff., 73 ff.

²¹ EuGH, Rs. C-234/12, *Sky Italia*, EU:C:2013:496, Rn. 13.

²² EuGH, Rs. C-555/19, *Fussl*, EU:C:2021:89, Rn. 41 unter Bezugnahme auf EuGH, Rs. C-234/12, *Sky Italia*, EU:C:2013:496, Rn. 17.

²³ 80. Erwägungsgrund der Richtlinie 2010/13/EU.

Selbst unter Zugrundelegung einer ausschließlich verbraucherschützerischen Zielsetzung der Fernsehwerbung-Regulierung wäre indessen die weitere Argumentation des EuGH inkonsistent: Denn an keiner Stelle der Richtlinie oder ihrer Erwägungsgründe ist ersichtlich, dass strengere oder ausführlichere Regelungen i.S. des Art. 4 Abs. 1 der AVMD-Richtlinie die gleichen Ziele verfolgen müssen wie diese unionsrechtliche Bestimmung selbst. Eine solche zwingende Synchronisierung in den Zielsetzungen von unionsrechtlicher Regelung und mitgliedstaatlicher Abweichungsmöglichkeiten ist dem Unionsrecht auch nicht als allgemeiner Rechtsgrundsatz jenseits der AVMD-Richtlinie vertraut. Die Beachtung unionsrechtlicher Vorgaben erfolgt nach dem klaren Wortlaut des Art. 4 Abs. 1 AVMD-Richtlinie nicht über eine solche regelungszielbezogene Synchronisierung, sondern ausschließlich durch das Gebot, dass die mitgliedstaatlichen Vorschriften im Rahmen der Öffnungsklausel „im Einklang mit dem Unionsrecht stehen“ müssen. Bestandteil dieses Unionsrechts ist indessen auch die Anerkennung zwingender Gründe des Allgemeinwohls, die Abweichungen von den Grundfreiheiten – auch der fernseh(werbungs)bezogenen besonders bedeutsamen Dienstleistungsfreiheit – rechtfertigen können.

Kaum mehr mit juristischer Auslegungsmethodik nachvollziehbar ist in diesem Zusammenhang auch die Herleitung des EuGH, dass der Verbraucherschutz der einzige Anknüpfungspunkt für strengere und ausführlichere Bestimmungen in der Fernsehwerbung-Regulierung eines Mitgliedstaates sein darf. Denn nach dem klaren Wortlaut des 41. Erwägungsgrundes der Richtlinie nimmt dieser neben Bestimmungen über den Verbraucher- und den Jugendschutz auch die Kulturpolitik in Bezug. Selbst diese Aufzählung ist, wie deren Einleitung mit „insbesondere“ aufzeigt, nicht abschließend. Indessen wird auch der Schutz regionaler Medienvielfalt als Ausdruck von Kulturpolitik anerkannt. Auch dieser Schutz kann mithin strengere und ausführlichere Regelungen motivieren, wie sie § 7 Abs. 11 RStV enthält.

C. Zum Beschränkungsverbot in Bezug auf Dienstleistungen – oder: Beredtes Schweigen zur Keck-Ausnahme

*I. Der weite Begriff der „Beschränkung“ bei der unionsrechtlichen Dienstleistungsfreiheit und die Risiken einer unzureichenden Sachverhaltsermittlung im *Fussl*-Urteil*

Der EuGH geht in seinem Urteil von einem weiten Begriff nach Art. 56 AEUV verbotener Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit aus. Als Beschränkungen dieser Freiheit versteht er – in Anknüpfung an seine ständige Rechtsprechung – „alle Maßnahmen ..., die ihre Ausübung untersagen, behindern oder weniger attraktiv machen“. Der Begriff der Beschränkung umfasst nach diesem weiten Verständnis „insbesondere die von einem Mitgliedstaat getroffenen Maßnahmen, die, obwohl sie unterschiedslos anwendbar sind, den freien Dienstleistungsverkehr in den übrigen Mitgliedstaaten berühren“.²⁴

Es stellt einen bemerkenswerten Abschied von einer im Vorabentscheidungsersuchen seitens des EuGH geforderten und einzig zulässigen Auslegung von EU-Recht dar, dass der EuGH sodann (1.) in der rechtlichen Analyse, ob eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs vorliegt, Argumente von *Fussl* aufgreift, und dabei zudem (2.) jedwede eigene Auseinandersetzung mit diesem Vortrag im Blick auf das Beschränkungsverbot des Art. 56 AEUV vermissen lässt.

²⁴ EuGH, Rs. C-555/19, *Fussl*, EU:C:2021:89, Rn. 43 f. unter Bezugnahme auf EuGH, Rs. C-339/15, *Vanderborght*, EU:C:2017:335, Rn. 61 f.

Fussl hat im Verfahren geltend gemacht, dass das Verbot in § 7 Abs. 11 RStV den besonderen Werbebedürfnissen eines gebietsfremden mittelgroßen Wirtschaftsteilnehmers entgegenstehe, der in den deutschen Markt eintreten wolle und sich dabei zunächst auf ein einziges Einzugsgebiet, im vorliegenden Fall den Freistaat Bayern, konzentriere. Zum einen sei die Ausstrahlung von Fernsehwerbung im Rahmen nationaler Programme in ganz Deutschland zu kostspielig und könnte zu einer zu großen Nachfrage führen, die möglicherweise nicht befriedigt werden könne. Zum anderen habe die Ausstrahlung von Fernsehwerbung durch regionale Fernsehveranstalter nur eine sehr begrenzte Werbewirkung. Dies liege vor allem daran, dass die von diesen Regionalsendern ausgestrahlten Programme nur eine sehr begrenzte Zahl von Fernsehzuschauern erreichten, nämlich etwa 5 % des gesamten deutschen Fernsehpublikums.

Dass der EuGH unkommentiert ein Argument wiederholt, dass erkennbar mit Blick auf die grundfreiheitliche Einordnung von Werberegulierung völlig irrelevant ist – dass nämlich Werbung im Ergebnis dazu führen kann, Kaufanreize auszulösen, die über die Möglichkeit des Werbenden zur Befriedigung der werblich entstandenen Nachfrage hinausreichen – ist schon für sich bemerkenswert. Dass solche überschießende Werbewirkung unabhängig davon entstehen kann, ob die Werbung EU-weit, staatenübergreifend, national oder regional geschaltet wird, versteht sich von selbst. Der Hinweis auf die sehr begrenzte Werbewirkung von Fernsehwerbung in regionalen TV-Angeboten mag im Ansatz zutreffend sein. Er verkennt indessen, dass es eine Vielzahl medialer Möglichkeiten regional begrenzter Wirkung jenseits der TV-Werbung gibt – sei es im Print- oder im Hörfunkbereich, bei denen eine hohe Werbewirkung vorhanden ist.

Zum Vortrag von *Fussl* stellt der EuGH sodann fest, dass eine nationale Maßnahme wie § 7 Abs. 11 RStV, die es den Fernsehveranstaltern untersagt, im Rahmen ihrer nationalen Programme regionale Fernsehwerbung u. a. zugunsten von Werbetreibenden auszustrahlen, die (wie *Fussl*) in anderen Mitgliedstaaten ansässig sind, zu einer Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs führt, „zum Nachteil sowohl der Anbieter von Werbedienstleistungen, also der Fernsehveranstalter, als auch der Empfänger dieser Dienstleistungen, also der Werbetreibenden, die ihre Waren oder Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat nur regional beschränkt bewerben möchten“.²⁵ § 7 Abs. 11 RStV sei geeignet, den Zugang gebietsfremder Wirtschaftsteilnehmer wie *Fussl* zum deutschen Markt zu behindern, da er sie daran hindere, in Deutschland Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Ausstrahlung von Fernsehwerbung in Anspruch zu nehmen.

Diese Feststellungen des EuGH, namentlich auch zur Erfassung der sog. Korrespondenzdienstleistung durch die Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 AEUV,²⁶ bewegt sich – sofern man die sog. *Keck*-Rechtsprechung des EuGH außer Acht lässt – grundsätzlich auf der Linie vertrauter Auslegungsansätze des EuGH. Wenig überzeugend ist allerdings bereits der nachfolgende Hinweis des EuGH, das Vorliegen eines solchen Hindernisses für den freien Dienstleistungsverkehr könne im Übrigen nicht durch den Umstand in Frage gestellt werden, dass jedes Bundesland aufgrund der in § 7 Abs. 11 RStV enthaltenen „Öffnungsklausel“ in seinen Rechtsvorschriften eine Erlaubnisregelung vorsehen kann, nach der eine solche regionale Ausstrahlung von Fernsehwerbung, gegebenenfalls unter bestimmten Voraussetzungen, gestattet ist. Denn zur Begründung dieser Sichtweise begnügt sich der EuGH mit dem Hinweis, „dass es sich dabei nach den Angaben im Vorabentscheidungsersuchen um eine bloße Möglichkeit handelt, von der bisher kein Bundesland Gebrauch gemacht hat, so dass de lege lata das in § 7 Abs. 11 RStV

²⁵ EuGH, Rs. C-555/19, *Fussl*, EU:C:2021:89, Rn. 48 unter Bezugnahme auf EuGH, C-6/98, *ARD*, EU:C:1999:532, Rn. 49, und C-500/06, *Corporación Dermoestética*, EU:C:2008:421, Rn. 33.

²⁶ Vgl. hierzu z.B. *Borhardt*, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, 7. Auf. 2020, S. 502.

normierte Verbot für Fernsehveranstalter, in ihr im gesamten Inland ausgestrahltes Programm Fernsehwerbung aufzunehmen, die nur regional gezeigt wird, und die sich daraus ergebende Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs erwiesen sind“.

Dieser Hinweis ist in seiner Absolutheit rechtsfehlerhaft:²⁷ Denn § 49 des Saarländischen Mediengesetzes (SMG) eröffnet auch bundesweiten Veranstaltern die Möglichkeit, in ihrem Programm eine landesweite Werbung zu schalten. Es handelt sich dann allerdings rundfunkrechtlich um ein eigenständig zuzulassendes Programm, da Werbung nach § 7 Abs. 2 Satz 1 RStV (nunmehr: § 8 Abs. 2 Satz 1 MStV) Teil des Programms ist.²⁸ Jedes im Saarland zuzulassende landesweite Programm, und um ein solches handelt es sich nach der Regelung in § 7 Abs. 2 Satz 1 RStV auch bei einem Programm mit regionaler Werbeinsel, da diese ausschließlich auf das Saarland ausgerichtet ist, muss nach § 49 Abs. 2 Satz 1 SMG von dem Veranstalter zu einem angemessenen Anteil redaktionell selbst gestaltet sein. Dieser Ansatz konditioniert die Zulässigkeit regionaler TV-Werbung in bundesweiten Programmen innerhalb der durch § 7 Abs. 11 RStV eröffneten Möglichkeiten, schließt diese Zulässigkeit aber nicht generell aus. Bei der Beurteilung der Angemessenheit sind nach § 49 Abs. 2 Satz 2 SMG vor allem der inhaltlich auf das jeweilige Verbreitungsgebiet bezogene Anteil des redaktionell selbst gestalteten Programms und insbesondere der darin enthaltene Anteil an Wortbeiträgen sowie der Umfang eines von einer anderen Veranstalterin oder einem anderen Veranstalter oder einem Dritten übernommenen Rahmenprogramms oder sonstiger Programmteile zu berücksichtigen. Die Angemessenheit ist in der Regel gegeben, wenn der auf das jeweilige Verbreitungsgebiet bezogene Anteil im Wochendurchschnitt zehn von Hundert der Sendezeit beträgt. Damit wird in einer weder unions- noch verfassungs- oder rundfunkrechtlich angreifbaren Weise ein Konnex zwischen regionalen Werbemöglichkeiten und regionalen Informationsleistungen geschaffen.

Der Umstand, dass diese saarländische Regelung im Vorabentscheidungsverfahren keine Berücksichtigung fand und der EuGH mithin von einem unvollständig ermittelten und damit zu verkürzten Interpretationsanstrengungen einladenden Sachverhalt ausging, verdeutlicht Defizite im bisherigen Prozedere bei Vorabentscheidungsverfahren an der Schnittstelle zwischen Sachverhaltsermittlung und Würdigung des Sachverhaltes unter unionsrechtlichem Blickwinkel – Defizite, wie sie nicht zuletzt auch bei einem Verfahren auftauchen können, das auch durch ein komplexes Zusammenspiel staatsvertraglicher Koordinierung und autonom-landesgesetzlicher Ausformung einer positiven Vielfaltsordnung geprägt ist.

II. Die Dienstleistungsfreiheit ohne Keck-Relevanz?

Jenseits dieser föderalen Bruchstellen in der Argumentationslinie des EuGH in seinem *Fussl*-Urteil ist die in dem Urteil erfolgte Annahme einer Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit durch § 7 Abs. 11 RStV aber auch deshalb nicht unbedenklich, weil der EuGH sich (erneut) nicht mit der Frage befasst, ob hier ggf. eine Einschränkung des Beschränkungsbegriffs im Lichte seiner *Keck*-Judikatur vorzunehmen ist. Im Bereich der Warenverkehrsfreiheit hat die weite Definition des „Beschränkungsbegriffs“, die der Auslegung sämtlicher Grundfreiheiten des Binnenmarktes in einer einheitlichen Dogmatik der Grundfreiheiten befördernden Weise zugrunde liegt, seit seiner

²⁷ Zu möglichen Erklärungen für die Zurückhaltung bei der Nutzung der Abweichungsmöglichkeit vgl. *Weiß*, Verbot regionalisierter Werbung zur Sicherung der Medienvielfalt, AfP 2015, 505 ff.

²⁸ Zu der Genese dieser Klarstellung in Reaktion auf das hiervon abweichende Urteil des BVerwG vom 17.12.2014 (ZUM-RD 2015, 562) vgl. *Cole*, Zum Gestaltungsspielraum der EU-Mitgliedstaaten bei Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit, 2020, S. 4 f.; *Dörr/Wagner*, Regional differenzierte Werbung in bundesweit verbreiteten Fernsehprogrammen, ZUM 2013, 525 (526 ff.).

Keck-Entscheidung²⁹ eine Eingrenzung gefunden. Dabei unterscheidet der EuGH zwischen Produktanforderungen und Vertriebsanforderungen. Produktanforderungen (wie zB Gewicht, Zusammensetzung oder Etikettierung einer Ware) fallen grundsätzlich in den Anwendungsbereich des Verbotes von Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen. Dagegen sind nach der „*Keck*“-Formel Vertriebsanforderungen grundsätzlich nicht geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten i.S. des Artikels 34 AEUV zu behindern, solange sie alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer in gleicher Weise treffen und ausländische Erzeugnisse nicht diskriminieren. Zu solchen Vertriebsanforderungen zählen nach der Judikatur des EuGH nicht zuletzt auch Handels- bzw. Verkaufsmodalitäten hinsichtlich der Werbung.³⁰ Dass solche Werbebeschränkungen auch Bezüge zum freien Dienstleistungsverkehr aufweisen, hat den EuGH nie an der Verneinung einer Unionsrechtswidrigkeit der Werbebeschränkung gehindert. Für solche Verkaufsmodalitäten besteht eine „Unschädlichkeitsvermutung“,³¹ wenn sie den Kriterien des *Keck*-Urteils genügen: Sie dürfen weder eine Diskriminierung noch eine rechtliche oder tatsächliche Ungleichbehandlung beinhalten.³² Die Überlegung, „die Beschränkung des Beschränkungsbegriffs“,³³ die beginnend mit dem *Keck*-Urteil für die Warenverkehrsfreiheit entwickelt wurde, auch auf die übrigen Grundfreiheiten einschließlich der Dienstleistungsfreiheit zu übertragen, liegt nicht zuletzt mit Blick auf Überlegungen zu einer einheitlichen Dogmatik der Grundfreiheiten, nicht fern.³⁴ Allerdings hat sich der EuGH schon in der Vergangenheit sehr zurückhaltend bei der Übertragung des *Keck*-Ansatzes in seiner warenverkehrsbezogenen Judikatur auf den Beschränkungs begriff der Dienstleistungsfreiheit gezeigt³⁵ – ungeachtet der Verwandtschaft dieser beiden Grundfreiheiten, bei denen es in beiden Fällen um eine Produktverkehrsfreiheit handelt.³⁶

Wenn der EuGH Vorschriften, die den Verkauf apothekenpflichtiger Waren über das Internet verbieten, in seiner *Doc Morris*-Entscheidung³⁷ als vertriebsbezogen einstuft und deshalb eine Beschränkungsqualität der Regelungen verneint, so erscheint es naheliegend, erst recht auch regionale Eingrenzungen der Vertriebsmöglichkeiten, wie sie mit dem Verbot regionaler TV-Werbung einhergehen, als Maßnahmen ohne Beschränkungsqualität einzustufen. Das Verbot erfüllt im Übrigen die Voraussetzungen der *Keck*-Judikatur: Es wirkt weder diskriminierend noch beinhaltet es eine rechtliche oder tatsächliche Ungleichbehandlung.

Anbieter von Werbedienstleistungen, also Fernsehveranstalter, die von ihrer Dienstleistungsfreiheit Gebrauch machen, indem sie ihr einem anderen Mitgliedstaat

²⁹ EuGH, verb. Rs. C-267 u. 268/91, *Keck*, Slg. 1993, I-6097 (st. Rspr.).

³⁰ Allerdings müssen sich auf die Werbung bezogene Regelungen von MS, die sich unmittelbar auf das physische Erscheinungsbild einer Ware auswirken, an Art. 28 EGV messen lassen; vgl. dazu EuGH, Rs. C-478/93, *Mars*, Slg. 1995, I-1923; dazu *Lüder, Mars: Zwischen Keck und Cassis*, EuZW 1995, 609 ff.

³¹ *Feiden*, Die Bedeutung der „*Keck*“-Rechtsprechung im System der Grundfreiheiten. Ein Beitrag zur Konvergenz der Freiheiten, 2003, S. 18.

³² Vgl. *Erlenwein*, Die *Keck*-Formel des EuGH, 2014, S. 7.

³³ *Classen*, Die Grundfreiheiten im Spannungsfeld von europäischer Marktfreiheit und mitgliedstaatlichen Gestaltungskompetenzen, EuR 2004, 416 (420).

³⁴ Vgl. *Erlenwein*, Die *Keck*-Formel des EuGH, 2014, S. 13.

³⁵ Vgl. *Erlenwein*, Die *Keck*-Formel des EuGH, 2014, S. 14 ff.

³⁶ Vgl. hierzu z.B. R *Feiden*, Die Bedeutung der „*Keck*“-Rechtsprechung im System der Grundfreiheiten. Ein Beitrag zur Konvergenz der Freiheiten, 2003, S. 125 f.; *Kluth*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 56, 57 AEUV Rn. 2; *Randelzhofer/Forsthoff*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der EU, 2020, Art. 56 AEUV Rn. 4; *Ukrow/Ress*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der EU, 2021, Art. 63 AEUV Rn. 161 ff. (erscheint demnächst).

³⁷ Vgl. EuGH, Rs. C-322/01, *Doc Morris*, Slg. 2003, I-14.887, Rn. 68.

zuzuordnendes Programm in Deutschland empfangbar machen, werden durch das Verbot nicht behindert; Marktteilnehmer aus dritten EU-Mitgliedstaaten, die sich um eine Zulassung für ein auf bundesweite Verbreitung ausgerichtetes TV-Programm bemühen, werden in gleicher Weise durch § 7 Abs. 11 RStV in Rechten und Interessen betroffen wie deutsche Marktteilnehmer, die eine solcher Zulassung begehren. Auch eine Diskriminierung oder rechtliche oder tatsächliche Ungleichbehandlung von Werbetreibenden innerhalb oder außerhalb der Bundesrepublik Deutschland ist nicht erkennbar. Ausländischen TV-Anbietern steht zudem der Weg zu landesweiten Lizenzen in gleicher Weise offen wie inländischen Anbietern; inländische Anbieter mit bundesweiter Zulassung unterliegen den gleichen Beschränkungen wie ausländische Veranstalter mit bundesweiter Zulassung. Im Übrigen steht die Möglichkeit regionalisierter Werbung in bundesweiten Fernsehprogrammen zumindest dort zur Verfügung, wo diese Fernsehprogramme Regionalfenster schalten (ggf. sogar schalten müssen), was gerade in Bayern als Zielgebiet der *Fussl*-Werbung der Fall war und ist.

D. Zur Rechtfertigung einer etwaigen Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs durch das regionale Werbeverbot in § 7 Abs. 11 RStV

I. Einleitung

Was die etwaige Rechtfertigung der vom EuGH behaupteten Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit durch § 7 Abs. 11 RStV betrifft, ist nach ständiger Rechtsprechung des EuGH, an die er in seinem *Fussl*-Urteil³⁸ anknüpft, eine Beschränkung einer durch den AEUV gewährten Grundfreiheit nur zulässig, wenn die fragliche nationale Maßnahme (wozu auch Maßnahmen von Gliedstaaten eines Mitgliedstaates wie eines deutschen Landes oder der Gesamtheit der Länder in staatsvertraglicher Koordinierung zählen) kumulativ

- a) einem zwingenden Grund des Allgemeininteresses entspricht,
- b) geeignet ist, die Erreichung des mit ihr verfolgten Ziels zu gewährleisten, und
- c) nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist.

Die Anwendung dieser Kriterien durch den EuGH beginnt auf bekannten Auslegungspfaden, entwickelt sich indessen bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung in einer Weise, die Fragen insbesondere nach dem Verhältnis zwischen gesetzgeberischer Einschätzungsprärogative und justiziellem Dialog im Vorabentscheidungsverfahren aufwirft.

II. Zur Vielfaltssicherung als zwingendem Grund des Allgemeininteresses

Zutreffend geht der EuGH zunächst davon aus, dass durch § 7 Abs. 11 RStV den regionalen und lokalen Fernsehveranstaltern in Deutschland eine Einnahmequelle und damit ihr Fortbestand gesichert werden soll, indem ihnen die Einnahmen aus der regionalen Fernsehwerbung vorbehalten bleiben, um es ihnen zu ermöglichen, durch die Bereitstellung regionaler und lokaler Inhalte zum pluralistischen Charakter des Fernsehprogrammangebots beizutragen.³⁹

Unter Bezugnahme auf seine ständige Rechtsprechung stellt der EuGH sodann zunächst fest, dass die Aufrechterhaltung des pluralistischen Charakters des Fernsehprogrammangebots, „die durch eine Kulturpolitik gewährleistet werden soll“, einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses

³⁸ Vgl. EuGH, Rs. C-555/19, *Fussl*, EU:C:2021:89, Rn. 52, 56 f. unter Bezugnahme auf EuGH, C-250/06, *United Pan-Europe Communications Belgium u. a.*, EU:C:2007:783, Rn. 44; C-339/15, *Vanderborght*, EU:C:2017:335, Rn. 65, und C-87/19, *TV Play Baltic*, EU:C:2019:1063, Rn. 37.

³⁹ Vgl. EuGH, Rs. C-555/19, *Fussl*, EU:C:2021:89, Rn. 53.

darstellen „kann“, der eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs rechtfertigt.⁴⁰ An dieser Stelle sei auf eine argumentative Ungenauigkeit hingewiesen: Die Aufrechterhaltung des pluralistischen Charakters des Fernsehprogrammangebots stellt stets einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses dar. Zu prüfen ist, ob dieser Grund eine Beschränkung der Grundfreiheit rechtfertigt, weil die ergriffene Maßnahme zur Erreichung dieses Ziels geeignet ist und die Zielverwirklichung dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entspricht.

Präziser ist der EuGH bei einem zweiten auf das Vorliegen eines Gemeinwohlinteresses bezogenen Argumentationsansatz zur Frage der Rechtfertigung der Beschränkung: Unter Bezugnahme auf seine niederlassungsbezogene Judikatur, die allerdings mit Blick auf ein dogmatisch sämtliche Grundfreiheiten erfassendes Grundverständnis von Gemeinwohlinteressen auch für den Bereich der Dienstleistungsfreiheit fruchtbar gemacht werden kann, betont der EuGH dass die Wahrung der Freiheiten, die durch Art. 11 der Grundrechte-Charta (GRC) der EU, der in seinem Abs. 2 die Freiheit und den Pluralismus der Medien nennt, geschützt werden, unbestreitbar ein im Allgemeininteresse liegendes Ziel darstellt, „dessen Bedeutung in einer demokratischen und pluralistischen Gesellschaft nicht genug betont werden kann“.⁴¹ Es erstaunt, dass der EuGH diese herausragende Bedeutung des Pluralismus in den Medien, nicht zuletzt auch in Verbindung mit dem seitens des EuGH zunächst betonten „weite(n) Ermessen“,⁴² das den nationalen Stellen bei der Erreichung dieses Zieles eingeräumt ist, in der anschließenden Verhältnismäßigkeitsprüfung seinerseits im Ergebnis relativiert.

III. Zu den Erwägungen des EuGH zur Eignung des § 7 Abs. 11 RStV zur Erreichung des Ziels der Vielfaltssicherung

Der EuGH konkretisiert in seinem *Fussl*-Urteil das Eignungs-Kriterium zunächst dahin, dass nationale Rechtsvorschriften nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs nur dann geeignet sind, die Erreichung des angestrebten Ziels zu gewährleisten, „wenn sie tatsächlich dem Anliegen gerecht werden, es in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen“.⁴³

Es ist sodann bemerkenswert, dass der EuGH im Anschluss an diese definitorische Leistung darauf abstellt, dass „neben dem vorliegenden Gericht auch die Parteien des Ausgangsverfahrens und die Europäische Kommission (bezweifeln), dass § 7 Abs. 11 RStV diesem Kohärenzerfordernis

⁴⁰ Vgl. EuGH, Rs. C-555/19, *Fussl*, EU:C:2021:89, Rn. 54 unter Bezugnahme auf EuGH, C-250/06, *United Pan-Europe Communications Belgium u. a.*, EU:C:2007:783, Rn. 41 f. sowie C-336/07, *Kabel Deutschland Vertrieb und Service*, EU:C:2008:765, Rn. 37 f.

⁴¹ Vgl. EuGH, Rs. C-555/19, *Fussl*, EU:C:2021:89, Rn. 54 unter Bezugnahme auf EuGH, C-719/18, *Vivendi*, EU:C:2020:627, Rn. 57.

⁴² Vgl. EuGH, Rs. C-555/19, *Fussl*, EU:C:2021:89, Rn. 57, 71.

⁴³ Vgl. EuGH, Rs. C-555/19, *Fussl*, EU:C:2021:89, Rn. 59 unter Bezugnahme auf EuGH, C-169/07, *Hartlauer*, EU:C:2009:141, Rn. 55, und C-716/17, *A*, EU:C:2019:598, Rn. 24.

Der Hinweis auf das Urteil vom 17. Juli 2008, C-500/06, *Corporación Dermoestética* (EU:C:2008:421), wird vom EuGH in seinem *Fussl*-Urteil zwar zunächst damit eingeleitet, dass die Umstände des Ausgangsverfahrens im Wesentlichen mit jenen im Urteil aus 2008 vergleichbar sei, als es dort um ein Verbot von Werbung für medizinisch-chirurgische Behandlungen über nationale Fernsehsender ging, wobei zugleich aber die Möglichkeit bestand, eine solche Werbung über lokale Fernsehsender zu verbreiten. Mithin ging es hier nicht um eine grundsätzliche Werbeerlaubnis mit Beschränkung für regionalisierte Werbung, wie sie § 7 Abs. 11 RStV kennzeichnet, sondern um ein grundsätzliches Werbeverbot mit regionaler Öffnungsmöglichkeit. Allerdings weist der EuGH in seinem *Fussl*-Urteil zutreffend darauf hin, dass bei der Werbung für medizinisch-chirurgische Behandlungen das Ziel des Schutzes der öffentlichen Gesundheit gleichermaßen relevant war, unabhängig davon, ob die Werbung über nationale oder lokale Fernsehsender verbreitet wurde (vgl. EuGH, Rs. C-555/19, *Fussl*, EU:C:2021:89, Rn. 69 f.). Die Rahmenbedingungen der Eignungs- und Kohärenzprüfung waren mithin völlig anders als bei § 7 Abs. 11 RStV.

genügt“. Die Parteien im Ausgangsverfahren haben indessen gemeinsam kein Interesse an einer Regelung wie § 7 Abs. 11 RStV, die ihre geschäftlichen Entfaltungsmöglichkeiten beschränkt. Diejenigen Medienunternehmen, denen die Regelung im Interesse der Wahrung regionaler und lokaler Vielfalt nutzen soll, waren in dem Verfahren überhaupt nicht beteiligt – was Fragen nach Beschränkungen des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs in Vorabentscheidungsersuchen nahelegt. Auch die gesetzgeberische Einschätzungsprärogative wird durch ein solches Abstellen auf die Betrachtungsweise und Interessenlage von Regulierten unterhöhlt. Der Stellung der Europäischen Kommission, auf deren Haltung der EuGH zusätzlich abstellt, im Gefüge des europäischen Integrationsprogramms entspricht es im Übrigen bei institutionsorientierter Betrachtung nicht, Ausnahmemöglichkeiten zu Binnenmarkt-Grundfreiheiten und damit mitgliedstaatliche regulatorische Freiräume zu verteidigen.

Aufbauend auf diesem durch einseitigen Parteivortrag geprägten Einstieg in die Eignungsprüfung erlegt der EuGH dem vorliegenden *LG Stuttgart* eine Reihe von – zum Teil konditionierten – Prüfpflichten auf:

- die Prüfung, ob die über Internetplattformen erbrachten Werbedienstleistungen auf dem regionalen Werbemarkt eine echte Konkurrenz für die regionalen und lokalen Fernsehveranstalter darstellen und die Einnahmen gefährden, die sie mit dieser Werbung erzielen;⁴⁴
- die Prüfung „auf der Grundlage aktueller, hinreichend detaillierter und fundierter Angaben“, ob „eine tatsächliche oder konkret vorhersehbare Gefahr“ besteht, dass sich die Nachfrage nach regionalen Werbedienstleistungen und die damit erzielten Einnahmen zu Ungunsten der regionalen Fernsehveranstalter in einem ihre Finanzierung und damit ihren Fortbestand bedrohenden Ausmaß verlagern würden, wenn die nationalen Fernsehveranstalter befugt wären, im Rahmen ihres im gesamten Inland ausgestrahlten Programms regionale Werbung zu zeigen.⁴⁵
- die Prüfung, ob das deutsche Recht es den nationalen Fernsehveranstaltern gestattet, im Rahmen ihrer Streaming-Sendungen im Internet regionale Werbung auszustrahlen⁴⁶ - was im Blick auf die Verweisungsnorm in § 58 Abs. 3 RStV (nunmehr: § 74 MStV) nicht der Fall ist. Wäre es der Fall, wäre aus Sicht des EuGH „zwangsläufig festzustellen, dass die durch § 7 Abs. 11 RStV eingeführte Maßnahme widersprüchlichen Charakter hat“⁴⁷ – mit der Folge der fehlenden Kohärenz und damit Unverhältnismäßigkeit der staatsvertraglichen Regelung.
- sofern das *LG Stuttgart* von der in Bezug auf die Unionsrechtskonformität des § 7 Abs. 11 RStV kritischen Einschätzung des EuGH abweichen will („vorbehaltlich einer Überprüfung durch das vorliegende Gericht ist zudem (nicht) davon auszugehen“)⁴⁸ die Prüfung, ob
 - die regionalen Fernsehveranstalter auf dem Markt für regionale Werbung mit den Anbietern von – insbesondere linearen – Werbedienstleistungen im Internet in Wettbewerb stehen, so dass sich die Nachfrage der Werbetreibenden nach regionaler Werbung von den regionalen Fernsehveranstaltern auf diese Anbieter verlagern kann;⁴⁹
 - die Gefahr von Einnahmeverlusten der regionalen und lokalen Fernsehveranstalter infolge einer Verlagerung der Nachfrage und der Einnahmen aus Werbedienstleistungen auf Anbieter von – insbesondere linearen – Werbedienstleistungen im Internet geringer ist als

⁴⁴ Vgl. EuGH, Rs. C-555/19, *Fussl*, EU:C:2021:89, Rn. 61.

⁴⁵ EuGH, Rs. C-555/19, *Fussl*, EU:C:2021:89, Rn. 66.

⁴⁶ Vgl. EuGH, Rs. C-555/19, *Fussl*, EU:C:2021:89, Rn. 68.

⁴⁷ EuGH, Rs. C-555/19, *Fussl*, EU:C:2021:89, Rn. 68.

⁴⁸ EuGH, Rs. C-555/19, *Fussl*, EU:C:2021:89, Rn. 63, 64.

⁴⁹ Vgl. EuGH, Rs. C-555/19, *Fussl*, EU:C:2021:89, Rn. 63.

die Gefahr einer entsprechenden Verlagerung von Nachfrage und Einnahmen zugunsten nationaler Fernsehveranstalter, wenn kein Verbot wie das in § 7 Abs. 11 RStV verankerte bestünde;⁵⁰

Damit erlegt der EuGH dem *LG Stuttgart* auch eine Prüfung auf, in deren Ergebnis eine Gefahrenprognose erfolgen soll. Solche Prognoseentscheidungen sind indessen sowohl im deutschen als auch im EU-Regulierungskontext grundsätzlich nicht Aufgabe judikativer Gewalt. Gesetzgeberische Prognosen unterliegen zumindest auch bei wirtschafts- und wettbewerbsbezogenen Fragestellungen i.S. eines *judicial self-restraint*, die bislang auch vom EuGH akzeptiert ist, nur einer begrenzten gerichtlichen Kontrolle. Denn eine solche Zurückhaltung des Gerichts bei Prognosebewertungen ist zwingend, wenn der demokratische Gesetzgeber die Entscheidungsprärogative behalten soll, die ihm die grundgesetzliche Ordnung wie die Verfassungsordnung der EU einräumt.⁵¹ Es sind keine überzeugenden Gründe erkennbar, weshalb diese Anerkennung einer gesetzgeberischen Einschätzungsprärogative in einem Feld, in dem ein deutsches Landgericht kaum über eine hinreichende oder gutachterlich bereitstellbare Expertise verfügt, durch eine Entscheidung eines Gerichts zurückgenommen werden sollte, in dem die Entscheidung des Gerichts keinerlei Bindungswirkung außerhalb des Zuständigkeitsbereichs dieses Gerichts entfaltet. Demokratische wie rechtsstaatliche Argumente der Rechtssicherheit und -klarheit sprechen mithin gegen den Auslegungsansatz des EuGH und für ein staatsvertragsschonendes Verständnis des Prüfkatalogs und eine staatsvertragsschonende Bearbeitung der seitens des EuGH erstellten Prüfaufträge.

Die Ergebnisse des Prüfprogramms nimmt der EuGH allerdings unter Bezugnahme auf Einschätzungen des *LG Stuttgart* teilweise vorweg:

- Das *LG Stuttgart* hatte die Auffassung vertreten, dass durch § 7 Abs. 11 RStV gebietsansässige und gebietsfremde Werbetreibende, die regionale Fernsehwerbung schalten wollten, gegenüber den übrigen Anbietern von Mediendiensten auf Internetplattformen benachteiligt würden, da Letztere ihr Werbeangebot ebenso regional differenzieren dürften wie die inländischen Printmedien.⁵² Wie bereits dargestellt, ist diese pauschale Einschätzung eines weitergehenden Freiraumes für Anbieter von Telemedien durch die Verweisungsnorm in § 58 Abs. 3 RStV (nunmehr: § 74 MStV) nicht gedeckt.
- Der EuGH geht auch hierauf gestützt davon aus, dass auf dem Markt für regionale Werbung die regionalen Fernsehveranstalter mit den Anbietern von – insbesondere linearen – Werbendienstleistungen im Internet in Wettbewerb stehen, so dass sich die Nachfrage der Werbetreibenden nach regionaler Werbung von den regionalen Fernsehveranstaltern auf diese Anbieter verlagern kann.

Weder der EuGH noch das *LG Stuttgart* sind indessen im Stande, solche Wettbewerbsverhältnisse und etwaige Verschiebungen im Wettbewerb valide aus eigener Expertise einzuschätzen. Dem sollte das *LG Stuttgart* im weiteren Verfahren ebenso Rechnung tragen wie etwaige mit dem Rechtsstreit im Folgenden befasste Instanzgerichte. Hier geht es um eine ökonomische Bewertung, bei der keine Gründe dafür ersichtlich sind, weshalb eine Begutachtung durch ein Gericht zu valideren Ergebnissen gelangen soll als der Gesetzgeber, der im Zuge der Einführung des § 7 Abs. 11 RStV über ökonomische Auswirkungen fehlender Nachsteuerung im Zuge des Urteils des

⁵⁰ Vgl. EuGH, Rs. C-555/19, *Fussl*, EU:C:2021:89, Rn. 64.

⁵¹ Vgl. hierzu z.B. auch *Shu-Perng Hwang*, Die Begründung der gesetzgeberischen Einschätzungsspielräume aus den Grenzen der verfassungsgerichtlichen Rechtsanwendung, *KritV* 2009, 31 (33 ff.).

⁵² Vgl. EuGH, Rs. C-555/19, *Fussl*, EU:C:2021:89, Rn. 62.

BVerwG vom 17.12.2014, mit dem regionalisierte Werbung als rundfunkstaatsvertragskonform eingestuft worden war, informiert war.

IV. Zu den Erwägungen des EuGH zur Verhältnismäßigkeit der Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit durch § 7 Abs. 11 RStV

Im Rahmen seiner Prüfung der Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes führt der EuGH zunächst zutreffend aus, dass der bloße Umstand, dass andere Mitgliedstaaten die Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Fernsehveranstalter durch Gebühren sicherstellen und den privaten Fernsehveranstaltern die Ausstrahlung von sowohl nationaler als auch regionaler Werbung freistellen, als solcher kein ausreichender Beweis für die Unverhältnismäßigkeit des in § 7 Abs. 11 RStV verankerten Verbots ist. Denn Vielfaltssicherung ist stets auch durch „spezifische historische, rechtliche, wirtschaftliche und soziale Erwägungen“⁵³ in einem Mitgliedstaat geprägt; eigene Traditionen und gesellschaftliche Wertvorstellungen des Mitgliedstaates müssen mithin bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung Beachtung finden können.⁵⁴

In Anbetracht insbesondere des Umstands, dass den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung des Ziels der Wahrung des Medienpluralismus „ein gewisses Ermessen“ einzuräumen sei, kann aus Sicht des EuGH daraus, dass ein Mitgliedstaat weniger strenge Vorschriften erlässt als ein anderer Mitgliedstaat, nicht geschlossen werden, dass die Vorschriften im letztgenannten Staat unverhältnismäßig wären.⁵⁵ Überzeugende Gründe, weshalb der EuGH im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung vom Ansatz eines „weiten“ Ermessens Abstand nimmt und das Ermessen durch die Qualifizierung als „gewisses“ eingrenzt, sind nicht erkennbar – die entsprechende Eingrenzung sollte seitens des EuGH nicht weiterverfolgt werden.

Im Anschluss befasst sich der EuGH mit der in § 7 Abs. 11 RStV vorgesehenen „Öffnungsklausel“, die es den Bundesländern gestattet, eine weniger beschränkende Maßnahme als das schlichte Verbot, und zwar eine besondere Erlaubnisregelung, einzuführen. Daher könnte sich aus Sicht des EuGH „eine weniger beschränkende Maßnahme aus der tatsächlichen Umsetzung dieser Erlaubnisregelung in den Bundesländern ergeben, die die regionale Ausstrahlung von Werbung durch nationale Fernsehveranstalter in gewissen Grenzen und unter bestimmten Voraussetzungen – die unter Berücksichtigung der Besonderheiten jedes Bundeslands festzulegen sind – ermöglicht, um insbesondere etwaige finanzielle Auswirkungen auf die regionalen und lokalen Fernsehveranstalter zu minimieren und damit den pluralistischen Charakter insbesondere des regionalen und lokalen Fernsehangebots zu wahren“.⁵⁶

Wenn der EuGH im Anschluss feststellt, „dass der deutsche Gesetzgeber mit der Einführung dieser Klausel anerkannt hat, dass eine solche Erlaubnisregelung mit den Zielen der streitigen Maßnahme vereinbar ist“,⁵⁷ lässt der EuGH bedauerlicherweise eine angemessene Beachtung der föderalen Verfasstheit der Bundesrepublik, die einen je unterschiedlichen Schutz regionaler und lokaler Medienvielfalt mit Blick auf die Situation „vor Ort“ erfordern kann, vermissen. Damit entfernt sich der EuGH – zumindest in diesem Fall – von einer Offenheit für föderale Vielfalt von

⁵³ EuGH, Rs. C-213/07, *Michaniki*, EU:C:2008:731, Rn. 56.

⁵⁴ Vgl. hierzu auch *Cole*, Gestaltungsspielraum der EU-Mitgliedstaaten bei Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit, AfP 2021, 1 (5 f.).

⁵⁵ Vgl. EuGH, Rs. C-555/19, *Fussl*, EU:C:2021:89, Rn. 74 f. unter Bezugnahme auf EuGH, C-222/18, *VIPA*, EU:C:2019:751, Rn. 71.

⁵⁶ Vgl. EuGH, Rs. C-555/19, *Fussl*, EU:C:2021:89, Rn. 76 f.

⁵⁷ Vgl. EuGH, Rs. C-555/19, *Fussl*, EU:C:2021:89, Rn. 78.

Ordnungspolitik in einem Bundesstaat wie Deutschland, die er noch mit Blick auf den schleswig-holsteinischen Sonderweg in der Glücksspielregulierung in seinem Urteil *Digibet* aus 2014 erkennen ließ: Dort hatte der EuGH Art. 56 AEUV ist dahingehend ausgelegt, dass er einer der Mehrheit der Gliedstaaten eines föderal strukturierten Mitgliedstaats gemeinsamen Regelung, die die Veranstaltung und die Vermittlung von Glücksspielen im Internet grundsätzlich verbietet, während ein einzelner Gliedstaat für einen begrenzten Zeitraum neben den restriktiven Rechtsvorschriften der übrigen Gliedstaaten bestehende weniger strenge Rechtsvorschriften beibehalten hat, dann nicht entgegensteht, wenn diese gemeinsame Regelung den in der Rechtsprechung des Gerichtshofs aufgestellten Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit genügt.⁵⁸

Schließlich kann das Vorliegen einer *a priori* weniger einschränkenden Maßnahme die Verhältnismäßigkeit von § 7 Abs. 11 RStV aus Sicht des EuGH nur berühren, sofern diese Maßnahme „tatsächlich so erlassen und durchgeführt werden kann, dass das Ziel der Bestimmung – die Wahrung des Medienpluralismus auf regionaler und lokaler Ebene durch den Schutz der Finanzierung und des Fortbestands der regionalen und lokalen Fernsehveranstalter – in der Praxis erreicht werden kann“.⁵⁹ Auch insoweit bürdet der EuGH dem *LG Stuttgart* eine Prüfung auf, die – wegen der damit eingeforderten Missachtung der gesetzgeberischen Einschätzungsprärogative bei der Bewertung und Regulierung von komplexen Sachverhalten mit einer Vielzahl miteinander konfligierender berechtigter Interessen von Marktteilnehmern – erheblichen demokratischen und rechtsstaatlichen Bedenken begegnet.

V. Insbesondere: Zu den Kohärenz-Erwägungen des EuGH

Überraschend ist zunächst, dass der EuGH die Kohärenzprüfung in Bezug auf § 7 Abs. 11 RStV nicht im Rahmen der Eignungs-, sondern der Erforderlichkeitsprüfung verortet. Damit setzt sich der Prozess einer zunehmenden Vermengung bislang eigenständiger Prüfungsetappen von Eignung, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit einer mitgliedstaatlichen Maßnahme im Rahmen der Prüfung der Rechtmäßigkeit der mit dieser Maßnahme verbundenen Beschränkung einer Grundfreiheit fort.⁶⁰

Wie sukzessive auch in seiner glücksspielrechtlichen Judikatur⁶¹ fordert der EuGH eine Gesamtkohärenz der Beschränkung ein. Erfolgt diese Prüfung der Gesamtkohärenz im Glücksspielsektor mit Blick auf die verschiedenen Glücksspielarten, die zwar nicht alle gleich geregelt werden müssen, die jedoch in Bezug auf die Zielsetzungen des Spielerschutzes „kohärent und systematisch“ sein müssen, so bezieht sich die Gesamtkohärenz beim Schutzziel der Sicherung regionaler und lokaler Medienvielfalt aus Sicht des EuGH offenbar auf alle in einem publizistischen und werbebezogenen Wettbewerbsverhältnis zueinander stehenden Medien- und Werbeakteure, womit die Prüfung der Kohärenz indessen zu einem gerichtlich kaum leistbaren und

⁵⁸ Vgl. EuGH, Rs. C-156/13, *Digibet*, EU:C:2014:1756, Rn. 41.

⁵⁹ Vgl. EuGH, Rs. C-555/19, *Fussl*, EU:C:2021:89, Rn. 79.

⁶⁰ Auch in der klassischen Differenzierung bei Bejahung von Eignung wie Erforderlichkeit von § 7 Abs. 11 RStV zur Erreichung des Allgemeinwohlzieles der Vielfaltssicherung überzeugend demgegenüber *Cole*, Zum Gestaltungsspielraum der EU-Mitgliedstaaten bei Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit, 2020, S. 38 ff.

⁶¹ Während der EuGH zunächst (lediglich) den Nachweis, verlangte, dass der Mitgliedstaat die vorgebrachten Ziele mit der Regelung „wirklich“ zu erreichen sucht (vgl. EuGH, Rs. C-124/97, *Lääri*, EU:C:1999:435 Rn. 37; Rs. C-67/98, *Zenatti*, EU:C:1999:514 Rn. 35), nahm der EuGH von dieser bloßen Wahrhaftigkeitsprüfung spätestens seit dem Urteil *Gambelli* 2003 in Richtung auf eine strenge Kohärenzkontrolle Abschied, wonach eine Rechtfertigung der Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit davon abhängt, dass der Mitgliedstaat sein glücksspielrechtliches Regelungsanliegen in „kohärenter und systematischer“ Weise verfolgt; vgl. EuGH, Rs. C-243/01, *Gambelli*, EU:C:2003:597 Rn. 67; Rs. C-338/04, *Placanica*, EU:C:2007:133 Rn. 53; Rs. C-42/07, *Liga Portuguesa*, EU:C:2009:519 Rn. 61; Rs. C-316/07, *Markus Stoß*, EU:C:2010:504 Rn. 88.

verfassungsrechtlich nicht rechtfertigbaren Akt von gerichtlicher Wissens- und Willensbildung an Stelle des demokratischen Souveräns wird.

Bei der seitens des EuGH eingeforderten Kohärenzprüfung durch das vorliegende Gericht sollte dieses zumindest nicht ausblenden, dass § 7 Abs. 11 RStV bzw. nunmehr § 8 Abs. 11 MStV keineswegs die einzige staatsvertragliche Regelung ist, die die Sicherung von regionaler und lokaler Medienvielfalt im Blick hat. Beachtung verdienen insoweit als auch diese Zielsetzung verfolgende Regelungen insbesondere die staatsvertraglichen Bestimmungen zu *must-carry*-Angeboten in Medienplattformen,⁶² zu *must-be-found*-Angeboten bei Benutzeroberflächen,⁶³ zu *public-value*-Angeboten⁶⁴ und zur Bedeutung von Regionalfenstern im Recht der Vielfaltssicherung.⁶⁵

E. Grundrechtliche Aspekte des Fussl-Urteils

I. Zum Anwendungsbereich der Grundrechte-Charta der EU

Der EuGH bekräftigt in dem Urteil zunächst seine ständige Rechtsprechung, dass der Anwendungsbereich der Grundrechte-Charta nicht auf Verhaltensweisen der EU-Organe beschränkt ist. Vielmehr muss sich auch eine mitgliedstaatliche Regelung, die nach einer Prüfung anhand von Art. 56 AEUV für geeignet befunden worden ist, den freien Dienstleistungsverkehr zu behindern, wobei der betreffende Mitgliedstaat dies aufgrund eines zwingenden Grundes des Allgemeininteresses für gerechtfertigt hält, am Maßstab der Charta messen lassen, da sie als

⁶² Nach § 82 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b) und c) MStV hat der Anbieter einer Medienplattform sicherzustellen, dass innerhalb einer technischen Kapazität im Umfang von höchstens einem Drittel der für die digitale Verbreitung von Fernsehprogrammen zur Verfügung stehenden Gesamtkapazität u.a. (1.) die Kapazitäten für die privaten Fernsehprogramme, die Regionalfenster gemäß § 59 MStV enthalten, sowie (2.) die Kapazitäten für die im jeweiligen Land zugelassenen regionalen und lokalen Fernsehprogramme zur Verfügung stehen. Eine entsprechende Verpflichtung existiert im Übrigen im Hörfunkbereich nach § 82 Abs. 3 Nr. 1 Buchst. b) MStV.

⁶³ Nach § 84 Abs. 3 MStV hat der in einer Benutzeroberfläche vermittelte Rundfunk in seiner Gesamtheit auf der ersten Auswahlstufe unmittelbar erreichbar und leicht auffindbar zu sein. Innerhalb des Rundfunks haben u.a. die Rundfunkprogramme, die Fensterprogramme i.S. des § 59 Abs. 4 MStV aufzunehmen haben, sowie die privaten Programme, die in besonderem Maß einen Beitrag zur Meinungs- und Angebotsvielfalt im Bundesgebiet leisten, leicht auffindbar zu sein. Werden Rundfunkprogramme abgebildet oder akustisch vermittelt, die Fensterprogramme aufzunehmen haben, sind in dem Gebiet, für das die Fensterprogramme zugelassen oder gesetzlich bestimmt sind, die Hauptprogramme mit Fensterprogramm gegenüber dem ohne Fensterprogramm ausgestrahlten Hauptprogramm und gegenüber den Fensterprogrammen, die für andere Gebiete zugelassen oder gesetzlich bestimmt sind, vorrangig darzustellen.

⁶⁴ Nach § 84 Abs. 5 MStV werden privilegiert auffindbare private Angebote durch die Landesmedienanstalten für die Dauer von jeweils drei Jahren bestimmt und in einer Liste im Onlineauftritt der Landesmedienanstalten veröffentlicht. In die Entscheidung, welche Angebote als *public-value*-Angebote in diese Privilegierung einzubeziehen sind, fließt nach Satz 2 Nr. 2 dieser Regelung insbesondere auch der zeitliche Anteil an regionalen und lokalen Informationen als Kriterium ein.

⁶⁵ In den beiden bundesweit reichweitenstärksten Fernsehvollprogrammen sind gemäß § 59 Abs. 4 Satz 1 MStV Regionalfensterprogramme nach den Vorgaben des jeweiligen Landesrechts einzurichten. Regionalfenster sind nach § 2 Abs. 2 Nr. 6 MStV zeitlich und räumlich begrenzte Rundfunkprogramme mit im Wesentlichen regionalen Inhalten im Rahmen des Hauptprogramms. Ziel der Regionalfenster ist eine aktuelle und authentische Darstellung der politischen, wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Lebensverhältnisse der jeweiligen Region (§ 59 Abs. 4 Satz 1 MStV). Grundsätzlich befördern Regionalfenster mit entsprechendem programmlichen Bezug regionale mediale Vielfalt. Sie stellen nach § 65 Abs. 2 MStV aber auch eine geeignete Maßnahme zur Sicherung der Meinungsvielfalt im Bundesgebiet dar, wenn sie bestimmte Mindestvoraussetzungen in Bezug auf Reichweite und redaktionelle Unabhängigkeit erfüllen. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, können nach § 60 Abs. 2 MStV 2 Prozentpunkte vom tatsächlichen Zuschaueranteil des Hauptveranstalters abgezogen werden.

Durchführung des Rechts der Union im Sinne von Art. 51 Abs. 1 der Charta anzusehen ist, so dass sie mit den durch die Charta garantierten Grundrechten im Einklang stehen muss.⁶⁶

II. Zu den durch Art. 11 der Grundrechte-Charta garantierten Freiheiten

Die in Art. 11 der Grundrechte-Charta verankerte Freiheit der Meinungsäußerung und Informationsfreiheit wird, wie der EuGH zutreffend betont, auch durch Art. 10 der EMRK geschützt, der nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte insbesondere auf die Verbreitung von Informationen geschäftlicher Art durch einen Unternehmer, u. a. in Form von Werbebotschaften, anwendbar ist.⁶⁷ Da die in Art. 11 der Charta und in Art. 10 der EMRK verankerte Freiheit der Meinungsäußerung und Informationsfreiheit nach Art. 52 Abs. 3 der Charta und den Erläuterungen zu ihrem Art. 11 in der Charta und der EMRK die gleiche Bedeutung und Tragweite hat, beeinträchtigt § 7 Abs. 11 RStV, soweit er die Möglichkeiten der nationalen Fernsehveranstalter beschränkt, regionale Fernsehwerbung für die betreffenden Werbetreibenden auszustrahlen, dieses Grundrecht der Fernsehveranstalter.⁶⁸ In Bezug auf die nationalen Fernsehveranstalter nimmt der Eingriff in die Freiheit der Meinungsäußerung und die Informationsfreiheit dabei aus Sicht des EuGH „die besondere Form“ eines Eingriffs in die durch Art. 11 Abs. 2 der Charta „speziell geschützte Medien- oder Rundfunkfreiheit“ an.⁶⁹ Die Freiheit der Meinungsäußerung und die Informationsfreiheit werden mithin aus Sicht des EuGH durch die Medien- und Rundfunkfreiheit verdrängt, deren Schutzbereich auch die Freiheit der Meinungsäußerung und die Informationsfreiheit umfasst – ein Ansatz, der aus der Dogmatik des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG vertraut ist.

In Bezug auf die sodann zu klärende Frage, ob die Einschränkung der Rundfunkfreiheit die Grenzen des Art. 52 Abs. 1 der Charta beachtet, ist offenkundig, dass die Einschränkung, die sich aus dem in § 7 Abs. 11 RStV verankerten Verbot der regionalen Werbung ergibt, „gesetzlich vorgesehen“ i.S. des Art. 52 Abs. 1 ist, da sie in einem zwischen allen deutschen Bundesländern geschlossenen Staatsvertrag enthalten ist. Aus Sicht des EuGH wird aber auch der Wesensgehalt der Freiheit der Meinungsäußerung und der Informationsfreiheit der betroffenen Wirtschaftsteilnehmer nicht beeinträchtigt, da die nationale Regelung zum einen nur die Möglichkeit für die Werbetreibenden einschränkt, einen bestimmten Kommunikationskanal, und zwar die nationalen Fernsehsender, zu nutzen, wobei es ihnen freisteht, zur Erreichung ihrer regionalen Zielgruppe andere Werbekanäle zu nutzen, wie z. B. Werbung im Internet, deren Wirksamkeit, auch auf regionaler Ebene, auch jenseits des streitgegenständlichen Verfahrens und der Betrachtung der Beteiligten nicht bestritten wird. Zudem wird die den privaten und nicht subventionierten nationalen Fernsehveranstaltern zustehende Medienfreiheit zwar insofern eingeschränkt, als sie im Rahmen ihres bundesweiten Programms keine regionale Werbung ausstrahlen dürfen, doch handelt es sich dabei um nur eine Methode zur Verbreitung von Werbung und damit um nur eine von mehreren Einnahmequellen dieser Veranstalter.⁷⁰ Ferner entspricht §

⁶⁶ Vgl. EuGH, Rs. C-555/19, *Fussl*, EU:C:2021:89, Rn. 80 unter Bezugnahme auf EuGH, C-235/17, *Kommission/Ungarn*, EU:C:2019:432, Rn. 63 ff.

⁶⁷ Vgl. EuGH, Rs. C-555/19, *Fussl*, EU:C:2021:89, Rn. 81 unter Bezugnahme auf EuGH, C-157/14, *Neptune Distribution*, EU:C:2015:823, Rn. 64.

⁶⁸ Vgl. EuGH, Rs. C-555/19, *Fussl*, EU:C:2021:89, Rn. 82 unter Bezugnahme auf EuGH, C-368/95, *Familiapress*, EU:C:1997:325, Rn. 26, C-245/01, *RTL Television*, EU:C:2003:580, Rn. 68, sowie C-157/14, *Neptune Distribution*, EU:C:2015:823, Rn. 64 f.

⁶⁹ EuGH, Rs. C-555/19, *Fussl*, EU:C:2021:89, Rn. 83.

⁷⁰ EuGH, Rs. C-555/19, *Fussl*, EU:C:2021:89, Rn. 86 f.

7 Abs. 11 RStV, wie bereits dargestellt, einem von der EU anerkannten Ziel von allgemeinem Interesse – der Sicherung von Medienpluralismus und lokaler und regionaler Medienvielfalt.⁷¹

Bemerkenswert ist, dass der EuGH sodann bei der nach Art. 52 Abs. 1 der Grundrechte-Charta gebotenen Kontrolle der Verhältnismäßigkeit des festgestellten Eingriffs deutlich stärker als bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen der Prüfung eines Verstoßes gegen die unionsrechtliche Dienstleistungsfreiheit auf die Komplexität der dabei zu beachtenden wirtschaftlichen Zusammenhänge abstellt: Er hebt nicht nur – insoweit parallel zu seiner grundfreiheitlichen Prüfung – hervor, dass die nationalen Behörden bei der Entscheidung darüber, ob ein zwingendes gesellschaftliches Bedürfnis besteht, das eine Einschränkung der Meinungsfreiheit rechtfertigen könnte, über ein gewisses Ermessen verfügen. Er betont in diesem Zusammenhang auch, dass nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu Art. 10 Abs. 2 der EMRK „dies gerade in der Wirtschaft und besonders in einem so komplexen und fluktuierenden Bereich wie der Werbung unerlässlich (ist)“.⁷² Nachvollziehbare Gründe dafür, weshalb dieser Aspekt nicht auch die Einordnung des Ermessens des Mitgliedstaates bei der grundfreiheitlichen Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Freiheitsbeschränkung mitbestimmen sollte, sind nicht ersichtlich.

Insofern überrascht es, dass der EuGH nur bei der grundrechtlichen Prüfung (a) zu dem Ergebnis gelangt, dass die Länder beim Erlass von § 7 Abs. 11 RStV – ohne das weite Ermessen, das ihnen im besonderen Rahmen einer Abwägung mitunter gegenläufiger Interessen zusteht, zu überschreiten – davon ausgehen durften, dass die Wahrung des öffentlichen Interesses daran, dass regionale und lokale Fernsehveranstalter in der Lage sind, zur öffentlichen Debatte auf diesen Ebenen beizutragen, Vorrang haben soll vor dem privaten Interesse der nationalen Fernsehveranstalter und der Werbetreibenden an der Ausstrahlung regionaler Fernsehwerbung im Rahmen von Programmen, die für das gesamte inländische Fernsehpublikum bestimmt sind,⁷³ und (b) betont, dass Art. 11 der Charta dahin auszulegen ist, dass er einem Verbot regionaler Werbung auf nationalen Fernsehsendern wie dem in § 7 Abs. 11 RStV enthaltenen nicht entgegensteht. Dieses Ergebnis überzeugt – und parallel dazu hätte es auch überzeugt, wenn der EuGH festgestellt hätte, dass Art. 56 AEUV dahin auszulegen ist, dass er einem Verbot regionaler Werbung auf nationalen Fernsehsendern wie dem in § 7 Abs. 11 RStV enthaltenen nicht entgegensteht.⁷⁴ Denn auch im Rahmen der grundfreiheitlichen Prüfung kommt es entscheidend darauf an, dass das in § 7 Abs. 11 RStV verankerte Verbot der regionalen Werbung im Wesentlichen auf einer Abwägung zwischen der Freiheit der nationalen Fernsehveranstalter zur kommerziellen Meinungsäußerung und der Freiheit der Werbetreibenden, im Rahmen von Programmen, die für das gesamte inländische Fernsehpublikum bestimmt sind, regionale Fernsehwerbung auszustrahlen, einerseits und dem Schutz des Medienpluralismus auf regionaler und lokaler Ebene, zu dem die regionalen und lokalen Fernsehveranstalter nur beitragen können, wenn ihre Finanzierung und damit ihr Fortbestand gesichert sind, weil ihnen ausreichende Einnahmen aus regionaler Werbung vorbehalten bleiben, andererseits beruht.⁷⁵ Das Auseinanderfallen der Betrachtung ist umso schwerer nachvollziehbar, als der EuGH bei der Prüfung von Art. 20 Grundrechte-Charta die

⁷¹ EuGH, Rs. C-555/19, *Fussl*, EU:C:2021:89, Rn. 88 ff.

⁷² EuGH, Rs. C-555/19, *Fussl*, EU:C:2021:89, Rn. 91 unter Bezugnahme auf EuGH, C-245/01, *RTL Television*, EU:C:2003:580, Rn. 73.

⁷³ Vgl. EuGH, Rs. C-555/19, *Fussl*, EU:C:2021:89, Rn. 93.

⁷⁴ Vgl. EuGH, Rs. C-555/19, *Fussl*, EU:C:2021:89, Rn. 94.

⁷⁵ Vgl. zu dieser Abwägung im grundrechtlichen Kontext EuGH, Rs. C-555/19, *Fussl*, EU:C:2021:89, Rn. 92.

Parallelität der Prüfschritte zwischen grundfreiheitlicher und grundrechtlicher Prüfung ausdrücklich betont.⁷⁶

III. Zu durch Art. 20 der Charta garantierten Grundsatz der Gleichbehandlung

Der in Art. 20 der Grundrechte-Charta verankerte Grundsatz der Gleichbehandlung als allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts verlangt nach ständiger Rechtsprechung des EuGH, dass vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleich behandelt werden, es sei denn, dass eine solche Behandlung objektiv gerechtfertigt ist. Eine unterschiedliche Behandlung ist gerechtfertigt, wenn sie auf einem objektiven und angemessenen Kriterium beruht, d. h., wenn sie mit einem rechtlich zulässigen Ziel, das mit der in Rede stehenden Regelung verfolgt wird, in Zusammenhang steht und wenn dieser Unterschied in angemessenem Verhältnis zu dem mit der betreffenden Behandlung verfolgten Ziel steht.⁷⁷

Auch bei der Auslegung des Art. 20 GRC durch den EuGH macht sich im *Fussl*-Urteil die fehlerhafte Erfassung der Rechtslage durch die Verkennung der staatsvertraglichen Verweisungsnorm des § 58 Abs. 3 RStV für Telemedien auf § 7 Abs. 11 RStV bemerkbar. Auch bei der an dieser Stelle vom EuGH eingeforderten Prüfungsleistungen des vorliegenden Gerichts stellen sich im Hinblick auf die an anderer Stelle des Urteils anerkannte Komplexität des Sachverhalts Fragen der Überforderung.

Wenn es aus Sicht des EuGH Sache des vorliegenden Gerichts ist „zu prüfen, ob sich die Situation der nationalen Fernsehveranstalter und die Situation der Anbieter von – insbesondere linearen – Werbedienstleistungen im Internet in Bezug auf die Erbringung von Dienstleistungen der regionalen Werbung in den ihre jeweilige Situation kennzeichnenden Merkmalen – insbesondere den üblichen Formen der Nutzung von Werbedienstleistungen, der Art ihrer Erbringung oder dem rechtlichen Rahmen, in den sie sich einfügen – erheblich voneinander unterscheiden“⁷⁸ und „zu prüfen, ob angesichts des Gegenstands und des Ziels von § 7 Abs. 11 RStV, wonach insbesondere die Finanzierung der regionalen und lokalen Fernsehveranstalter gesichert werden soll, die Situation der nicht subventionierten nationalen Fernsehveranstalter, die Werbedienstleistungen anbieten, mit der Situation der Anbieter von – insbesondere linearen – Werbedienstleistungen im Internet vergleichbar ist, unter Berücksichtigung dessen, dass diese beiden Kategorien von Anbietern hinsichtlich ihrer Finanzierung in gleicher Weise auf Werbeeinnahmen angewiesen sind“,⁷⁹ geht der EuGH von Recherchemöglichkeiten aus, die mit der landgerichtlichen Praxis nur schwer in Deckung gebracht werden können.

Sofern das *LG Stuttgart* am Ende der Prüfungen zu dem Ergebnis gelangen sollte, dass die Situation der nationalen Fernsehveranstalter und die Situation der Anbieter von – insbesondere linearen – Werbedienstleistungen im Internet in Anbetracht der sie kennzeichnenden Merkmale, des Gegenstands und des Ziels von § 7 Abs. 11 RStV sowie der Grundsätze und Ziele des Bereichs des nationalen Rechts, zu dem diese Bestimmung gehört, miteinander vergleichbar sind, müsste es ferner prüfen, ob die Ungleichbehandlung dieser beiden Kategorien von Wirtschaftsteilnehmern objektiv gerechtfertigt werden kann. Eine unterschiedliche Behandlung ist nach der Judikatur des EuGH gerechtfertigt, wenn sie auf einem objektiven und angemessenen Kriterium beruht, d. h.,

⁷⁶ Vgl. EuGH, Rs. C-555/19, *Fussl*, EU:C:2021:89, Rn. 106.

⁷⁷ Vgl. EuGH, Rs. C-555/19, *Fussl*, EU:C:2021:89, Rn. 95 unter Bezugnahme auf EuGH, C-356/12, *Glatzel*, EU:C:2014:350, Rn. 43.

⁷⁸ EuGH, Rs. C-555/19, *Fussl*, EU:C:2021:89, Rn. 100.

⁷⁹ EuGH, Rs. C-555/19, *Fussl*, EU:C:2021:89, Rn. 101.

wenn sie mit einem rechtlich zulässigen Ziel, das mit der in Rede stehenden Regelung verfolgt wird, in Zusammenhang steht und wenn dieser Unterschied in angemessenem Verhältnis zu dem mit der betreffenden Behandlung verfolgten Ziel steht.⁸⁰

An dieser Stelle verdient erneut Beachtung, dass sowohl auf nationaler als auch auf EU-Ebene eine unterschiedliche Behandlung von Anbietern audiovisueller Mediendienste besteht – einschließlich er auf sie anwendbaren Werberegulungen. Diese Werberegulungen haben einen für jeden Mediendienst (ungeachtet des Bemühens um ein *level-playing-field*) je spezifischen Ausgleich unterschiedlicher betroffener Interessen vorzunehmen – einschließlich Differenzierungen mit Blick auf einsetzbare Werbetechniken sowie Handhabbarkeit von und damit verbundene Kontrollmöglichkeiten in Bezug auf Werberegulierung. Pauschale und schematische Übertragungen von Werberegulungen im klassischen Fernsbereich auf andere werbliche Konstellationen verbieten sich mithin vorn vornherein. Auch der geplante *Digital Services Act* wird im Übrigen an der Zulässigkeit von Differenzierungen nichts ändern, sondern sich vielmehr am Ansatz spezifischer und differenzierter Verfolgung von Gemeinwohlinteressen im Blick auf digitale Medienakteure festhalten.⁸¹

F. Ein kurzer Ausblick

Indem der EuGH in der aufgezeigten Weise mitgliedstaatliche Regulierungskompetenzen in einer Weise verengt, die kaum mehr als methodisch nachvollziehbar eingestuft werden kann, stellt sich die Frage einer innerstaatlichen Bindungswirkung an die Auslegung des Art. 4 Abs. 1 der AVMD-Richtlinie wie des Art. 56 AEUV. Die damit eröffnete Konfliktsituation wird in Deutschland seit der Entscheidung des BVerfG zum PSPP-Programm der EZB in einer Weise konturiert, die auf eine Abweichungsmöglichkeit vom Gebot des Vorrangs des Unionsrechts hinausläuft. Je weiter sich der EuGH in seiner Judikatur von bewährten Auslegungsgrundsätzen entfernt, um so mehr wächst das Risiko von Justizkonflikten in einer integrationspolitisch höchst bedenklichen Weise. Die Entscheidung *Fussl* des EuGH hat bedauerlicherweise keinen Beitrag dazu geleistet, dieses Risiko von Justizkonflikten zu minimieren. Sie blendet zudem die ökonomische Dimension von Vielfaltssicherung zumindest dort aus, wo diese Dimension in Richtung auf eine Vereinbarkeit des § 7 Abs. 11 RStV gewiesen hätte. Denn Refinanzierungsmöglichkeiten für regionalen Content und Vielfaltssicherung stehen nicht getrennt voneinander, sondern können sich wechselseitig ergänzen und befruchten.

Von dem Urteil gehen, nicht zuletzt mit Blick auf eine gewisse kritische Grundhaltung des *LG Stuttgart*, die durch den EuGH tendenziell bestätigt wird, ggf. Impulse für eine Fortentwicklung des Rechts der Sicherung lokaler und regionaler Medienvielfalt aus. Schon § 7 Abs. 11 RStV war eine Reaktion auf eine gerichtliche Entscheidung – damals ein Urteil des BVerwG. Anlässlich der Unterzeichnung des Medienstaatsvertrages betonten die Länder in einer gemeinsamen Protokollerklärung zur regionalen Vielfalt, dass sie sich „für eine vielfältige, lokal und regional ausdifferenzierte Medienlandschaft in Deutschland ein(setzen)“. Ihre Gewährleistung sei „Voraussetzung für eine ausgewogene nationale, regionale und lokale Meinungsbildung und damit auch Fundament unserer pluralistischen Gesellschaft; ihr Funktionieren ermöglich(e) die Beteiligung am öffentlichen Leben“. „Mit dem Ziel, auch künftig eine differenzierte, professionelle

⁸⁰ Vgl. EuGH, Rs. C-555/19, *Fussl*, EU:C:2021:89, Rn. 103 f.

⁸¹ Vgl. hierzu *Ukrom*, Die Vorschläge der EU-Kommission für einen Digital Services Act und einen Digital Markets Act. Darstellung von und erste Überlegungen zu zentralen Bausteinen für eine digitale Grundordnung der EU, 2021 (abrufbar unter https://emr-sb.de/wp-content/uploads/2021/01/Impulse-aus-dem-EMR_DMA-und-DSA.pdf).

und relevante Berichterstattung aus allen Teilen der Bundesrepublik zu erhalten, werden die Länder – über die bereits im Zusammenhang mit dem Medienstaatsvertrag getroffenen Vereinbarungen hinaus – Maßnahmen zur Sicherung der regionalen und lokalen Medienvielfalt prüfen. Neben tradierten Medienhäusern sollen in diesen Prozess auch weitere Akteure (u.a. Medienplattformen und -intermediäre) einbezogen werden“.⁸²

Die Entscheidung des LG Stuttgart im streitgegenständlichen Verfahren könnte Anlass geben, diesen Prüfauftrag zu ergänzen und beschleunigt abzuarbeiten. Es bleibt abzuwarten, ob das LG Stuttgart auf einen solchen „Impuls“ verzichtet, die Ausführungen des EuGH auch in ihrer Genese angemessen einordnet und seine begrenzten Möglichkeiten in Bezug auf den Prüfkatalog des EuGH erkennt. In der Konsequenz stünde ein Urteil, das dem gesetzgeberischen Spielraum der Länder bei der Schaffung einer auf regionale Vielfaltssicherung zielenden positiven Medienordnung ebenso hinreichend Rechnung trägt wie dem in dem *Fussl*-Urteil bestätigten europarechtlichen Ansatz, dass Gründe der Sicherung von Medienpluralismus die Rundfunkfreiheit beschränkende Maßnahmen auch deshalb rechtfertigen können, weil Pluralismus und die demokratische Grundwerteordnung der EU untrennbar miteinander verbunden sind.

⁸² Die Protokollerklärung ist (auch in der hier relevanten Ziffer 3) abrufbar unter https://www.rlp.de/fileadmin/rlp-stk/pdf-Dateien/Medienpolitik/Protokollerklaerung_der_Laender_zum_Medienstaatsvertrag.pdf.