

# Medienregulierung im Europarat

Udo Fink\*

Abstract	505
I. Die Cybercrime Konvention	506
II. Das Fernsehübereinkommen	508
1. Entstehungsgeschichte	508
2. Die AVMD-Richtlinie und der Entwurf für eine Convention on Transfrontier Audiovisual Media Services	509
3. Die Kompetenz zum Vertragsschluss im Europarat	511
4. Entbehrlichkeit des Europaratsabkommens?	514
5. Divergenzen von Fernsehübereinkommen und AVMD-Richtlinie	516
6. Schlussbemerkungen	519

## Abstract

Das Fernsehübereinkommen des Europarates ist in seiner Entstehungsgeschichte eng mit der ursprünglichen Fernsehrichtlinie der Europäischen Gemeinschaft verknüpft. Dies spiegelt sich in einer weitgehenden inhaltlichen Übereinstimmung der 1989 erlassenen Fernsehrichtlinie und des am 1.5.1993 in Kraft getretenen Fernsehübereinkommens wider. Am 19.12.2007 trat in der Europäischen Union eine neue Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste in Kraft. Der Europarat reagierte darauf mit der Erarbeitung eines Entwurfs zu einer "Convention on Transfrontier audiovisual Media Services". Damit sollte auf die durch die AVMD-Richtlinie bewirkten einschneidenden Änderungen der Medienregulierung in der Europäischen Union mit wiederum sehr vergleichbaren Regelungen für die Konventionsstaaten geantwortet werden.

Während der Verhandlungen des Konventionsentwurfs machte die damals zuständige EU-Kommissarin *Viviane Reding* geltend, dass "die durch das Übereinkommen erfassten Regelungsbereiche [...] zu einem großen Teil in die Kompetenz der Gemeinschaft [fallen], da das Übereinkommen weitgehend Bereiche betrifft, die durch die Audiovisuelle Mediendienste Richtlinie [...] geregelt sind".

---

\* Prof. Dr., der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht und Internationales Wirtschaftsrecht an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz.

Mag dies in Teilen richtig sein, so muss man doch feststellen, dass eine umfassende Bindung der nicht zur Europäischen Union gehörigen Mitgliedstaaten des Fernsehübereinkommens an die Vorgaben der AVMD-Richtlinie bisher nicht angenommen werden kann. Dabei ergeben sich wesentliche Abweichungen zwischen der Richtlinie und dem Fernsehübereinkommen insbesondere bezogen auf das sogenannte Product Placement. Während die AVMD-Richtlinie diese Form audiovisueller kommerzieller Kommunikation, in der gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung ein Produkt, eine Dienstleistung oder die entsprechende Marke in eine Sendung einbezogen werden, weitgehend erlaubt, verstößt dies nach dem Fernsehübereinkommen gegen das Gebot der Trennung von Werbung und Programm. Will man vermeiden, dass Sendungen, die in der Europäischen Union unter Einschluss erlaubter Product Placements hergestellt werden, bei ihrer Ausstrahlung in den übrigen Mitgliedstaaten des Fernsehübereinkommens beanstandet werden, muss man deshalb das Fernsehübereinkommen entsprechend ändern. Der vorgelegte Entwurf zur Revision des Fernsehübereinkommens sieht folgerichtig auch in Art. 19 eine Regelung vor, die nahezu wörtlich der AVMD-Richtlinie nachgebildet ist. Zudem hat das Fernsehübereinkommen mit 34 Mitgliedstaaten noch nicht das Potenzial aller Europaratmitglieder ausgeschöpft und steht zudem auch Nichtmitgliedern offen. Es gibt Anzeichen dafür, dass sich unter anderem die Russische Föderation als Europaratmitglied und Weißrussland als Drittstaat für eine Mitgliedschaft in einem revidierten Fernsehübereinkommen interessieren könnten. Würde man nun das Schicksal des Vertrages maßgeblich in die Hand der Europäischen Union legen, sähen diese Länder sich einem vornehmlich wirtschaftlich motivierten Vertragspartner gegenüber. Das könnte deren Bereitschaft zur Mitgliedschaft entscheidend hemmen.

## I. Die Cybercrime Konvention

Die Aktivitäten des Europarates im Bereich der Medien erstrecken sich sowohl auf das klassische Medium Rundfunk wie auf das modernere Medium des Internets. In beiden Bereichen gibt es seit längerem Abkommen, deren Relevanz sich jedoch zunehmend unterschiedlich entwickelt. Die Cybercrime Konvention aus dem Jahr 2001,<sup>1</sup> welche Straftaten im Internet verhindern will, erweitert kontinuierlich den Kreis ihrer Mitglieder. Sie hat

---

<sup>1</sup> Übereinkommen über Computerkriminalität vom 23.11.2001, SEV-Nr. 185, in Deutschland in Kraft getreten am 1.7.2009 (BGBl. 2008 II, 1242).

zurzeit 42 Mitgliedstaaten, darunter mit Australien, Japan, den USA, Mauritius, Panama und der Dominikanischen Republik auch sechs Nichtmitgliedstaaten des Europarates.<sup>2</sup>

Allerdings hat die Cybercrime Konvention noch viel Entwicklungspotenzial. Die Mitgliedstaaten haben zudem nahezu alle Vorbehalte erklärt und auch von opting out-Klauseln des Vertrages Gebrauch gemacht.<sup>3</sup> Allein für die USA können dreizehn Erklärungen und Vorbehalte festgestellt werden.<sup>4</sup> Art. 9 Abs. 2 lit. b und c Cybercrime Konvention verlangen, dass Kinderpornographie auch bei Handlungen von Personen mit dem Erscheinungsbild Minderjähriger und bei real erscheinenden Bildern, die eine minderjährige Person zeigen, bestraft werden sollen. Die USA haben zu dieser Regelung einen Vorbehalt in Ausübung der in Art. 9 Abs. 4 Cybercrime Konvention enthaltenden Escape Clause gemacht. Darin erklären sie:

“The United States of America, pursuant to Articles 9 and 42 of the Convention, reserves the right to apply paragraphs (2) (b) and (c) of Article 9 only to the extent consistent with the Constitution of the United States ...”.

Damit rekurrieren sie auf die Entscheidung des US Supreme Court in *Ashcroft v. Free Speech Coalition*.<sup>5</sup> Darin hat das Gericht die Pönalisierung virtueller, also künstlich am Rechner erzeugter Bilder für verfassungswidrig erklärt, weil dadurch die sexuelle Selbstbestimmung realer Kinder nicht verletzt worden sei.

Auch haben die USA und mehrere andere Konventionsstaaten das Zusatzprotokoll zur Cybercrime Konvention bisher nicht ratifiziert.<sup>6</sup> Es will Handlungen rassistischer und fremdenfeindlicher Art, wenn sie mittels Computern begangen werden, unter Strafe stellen. Dem steht im amerikanischen Recht der weite Schutzbereich der Meinungsfreiheit im First Amendment zur Bundesverfassung entgegen.

Dennoch stellt die Cybercrime Konvention zurzeit das einzige ernstzunehmende Instrument zur völkerrechtlichen Bewältigung grenzüberschreitender Probleme des Internets dar. Alle anderen Bemühungen, unter anderem der Vereinten Nationen, sind bisher nicht über das Stadium unverbindlicher Empfehlungen hinaus gekommen.

---

<sup>2</sup> <<http://conventions.coe.int>>.

<sup>3</sup> <<http://conventions.coe.int>>.

<sup>4</sup> <<http://conventions.coe.int>>.

<sup>5</sup> *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 535 U.S. 234 (2002).

<sup>6</sup> Zusatzprotokoll zum Übereinkommen über Computerkriminalität betreffend die Kriminalisierung mittels Computersystemen begangener Handlungen rassistischer und fremdenfeindlicher Art vom 28.1.2003, CETS No. 189, in Deutschland in Kraft getreten am 23.3.2011 (BGBl. 2011II, 290).

## II. Das Fernsehübereinkommen

### 1. Entstehungsgeschichte

Dagegen ist das Europäische Übereinkommen über grenzüberschreitendes Fernsehen aus dem Jahr 1989 in eine politische Sackgasse geraten, die seine Bedeutung für die Garantie grenzüberschreitenden Fernsehens in Europa ernsthaft in Frage stellt.

Das Fernsehübereinkommen<sup>7</sup> ist in seiner Entstehungsgeschichte eng mit der ursprünglichen Fernsehrichtlinie der EWG verknüpft.<sup>8</sup> Die Kommission legte im Jahr 1984 ein Grünbuch zu dem Thema Fernsehen ohne Grenzen<sup>9</sup> vor, in dem die Liberalisierung des europäischen Rundfunkmarktes zu einer Angelegenheit der EWG gemacht wurde. Das Vorhaben wurde jedoch zunächst durch eine intensiv geführte Diskussion über die Kompetenz der EWG zum Erlass einer Richtlinie gebremst, die nach Auffassung vieler unzulässig in die Kulturhoheit der Mitgliedstaaten eingriff.<sup>10</sup>

So verlagerte sich zunächst das medienpolitische Engagement auf den Europarat, der in Umsetzung von Art. 10 EMRK die praktischen Grundlagen für einen europäischen Raum der Informations- und Meinungsfreiheit schaffen wollte. Die Kompetenzprobleme in der EWG wurden jedoch rasch unter Verweis auf eine bereits zehn Jahre zuvor begonnene Rechtsprechung des EuGH, die den Rundfunk unter die Dienstleistungsfreiheit subsumierte, zugunsten einer Regelungskompetenz entschieden.<sup>11</sup> Die Mitgliedstaaten der EWG reagierten darauf in der Folge mit einer Doppelstrategie, die auf die Schaffung einer Richtlinie sowie eines Europaratsabkommens gerichtet war. Diese Doppelstrategie spiegelte sich dann auch in einer weitgehenden

---

<sup>7</sup> Europäisches Übereinkommen über das grenzüberschreitende Fernsehen, in Deutschland in Kraft getreten am 1.11.1994 (BGBl. 1994 II, 639).

<sup>8</sup> Zum Verhältnis von EG-Richtlinie und Europaratskonvention siehe *J. Delbrück*, Die europäische Regelung des grenzüberschreitenden Rundfunks – Das Verhältnis von EG-Richtlinie und Europaratskonvention, *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht* 33 (1989), 373; *B. Möwes/M. Schmitt-Vockenhausen*, Europäische Medienordnung im Lichte des Fernsehübereinkommens des Europarats und der EG-Fernsehrichtlinie 1989, *EuGRZ* 17 (1990), 121; *H. Goerlich/B. Möwes*, Europäische Elemente der Rundfunkordnung, *Jura* 1991, 113; *F. Berger*, Novellierung der Fernsehrichtlinie ohne Novellierung des Fernsehübereinkommens?, *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht* 40 (1996), 119.

<sup>9</sup> KOM(84) 300, Mai 1984.

<sup>10</sup> Vgl. Bericht in *GRUR-Int.* 1989, 499.

<sup>11</sup> Zu den Kompetenzen der EG im Medienbereich siehe *D. Dörr*, Möglichkeiten und Grenzen europäischer Medienpolitik: Konvergenz und Kompetenz, *Kommunikation & Recht* 1999, 97, und *D. Dörr*, Europäisches Medienrecht, in: P. Schiwy/W. Schütz/D. Dörr, *Medienrecht*, 5. Aufl. 2010.

inhaltlichen Übereinstimmung der 1989 erlassenen Fernsehrichtlinie<sup>12</sup> und des am 1.5.1993 in Kraft getretenen Fernsehübereinkommens wider.

Wesentliche Unterschiede bestanden im Kreis der Mitglieder. Während die Richtlinie nur für die Mitgliedstaaten der EU Geltung beanspruchen kann, wurde das Fernsehabkommen mittlerweile von 34 Staaten ratifiziert, wobei es auch für Nichtmitglieder des Europarates offen ist.<sup>13</sup> Darüber hinaus wiesen die Richtlinie und das Fernsehübereinkommen jedoch eine hohe Konformität bis in die Details der Regelungen auf. Dies galt auch nach der ersten Revision der Fernsehrichtlinie im Jahr 1997,<sup>14</sup> der ein Ergänzungsprotokoll zum Fernsehübereinkommen im Jahr 1998 folgte,<sup>15</sup> wobei nach dem ausdrücklichen Willen der Konventionsstaaten die gleichförmige Entwicklung von Richtlinie und Fernsehübereinkommen als zentraler Gesichtspunkt im Vordergrund stand.<sup>16</sup>

## 2. Die AVMD-Richtlinie und der Entwurf für eine Convention on Transfrontier Audiovisual Media Services

Nachdem die EU-Kommission im Dezember 2005 einen Revisionsvorschlag zur Fernsehrichtlinie<sup>17</sup> vorgelegt hatte und man sich mit dem Rat und im Europäischen Parlament auf einen gemeinsamen Standpunkt geeinigt hatte, trat am 19.12.2007 eine neue Richtlinie über audiovisuelle Medien-

---

<sup>12</sup> RL 89/552/EWG zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehtätigkeit, ABl. 1989 L 298/23.

<sup>13</sup> Einziges Nichtmitglied, das den Vertrag ratifiziert hat, ist bisher der Heilige Stuhl; <<http://conventions.coe.int>>.

<sup>14</sup> RL 97/36/EG vom 30.6.1997 zur Änderung der RL 89/552/EWG des Rates zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehtätigkeit, ABl. 1997 L 202/60.

<sup>15</sup> Änderungsprotokoll zu dem Europäischen Übereinkommen über das grenzüberschreitende Fernsehen vom 1.10.1998.

<sup>16</sup> Vgl. die Präambel des Änderungsprotokolls, in der es heißt: "(...) in der Erwägung, dass es notwendig und dringend ist, bestimmte Bestimmungen des Übereinkommens zu ändern, damit das grenzüberschreitende Fernsehen in dieser Urkunde und in der Richtlinie auf kohärente Weise behandelt wird, so wie es in der Erklärung über Medien in einer demokratischen Gesellschaft, die von den Ministern der an der 4. Europäischen Ministerkonferenz über die Massenkommunikationspolitik (Prag, 7. bis 8. Dezember 1994) teilnehmenden Staaten angenommen wurde, und in der Politischen Erklärung der 5. Europäischen Ministerkonferenz (Thessaloniki, 11. bis 12. Dezember 1997) unterstrichen wurde."

<sup>17</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der RL 89/552/EWG des Rates zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehtätigkeit, KOM (2005) 646.

dienste (AVMD-Richtlinie)<sup>18</sup> in Kraft, die innerhalb von zwei Jahren von den Mitgliedstaaten der EU in nationales Recht umgesetzt werden musste. Der Europarat reagierte darauf mit der Erarbeitung eines Entwurfs zu einer Convention on Transfrontier Audiovisual Media Services.<sup>19</sup> Damit sollte auf die durch die AVMD-Richtlinie bewirkten einschneidenden Änderungen der Medienregulierung in der EU mit wiederum sehr vergleichbaren Regelungen für die Konventionsstaaten geantwortet werden.

Der Konventionsentwurf, der bereits seit geraumer Zeit vorliegt, ist jedoch bisher nicht ratifiziert worden und es wird aller Wahrscheinlichkeit nach auch nicht zur Ratifikation kommen.<sup>20</sup> Der entscheidende Grund dafür ist die Haltung der EU-Kommission in Bezug auf die Vertragsschlusskompetenz der EU-Mitgliedstaaten, soweit sie Konventionsstaaten sind. In einem Brief an die Vertreter der Mitgliedstaaten der EU vom 23.10.2009<sup>21</sup> machte die damals zuständige Kommissarin *Viviane Reding* geltend, dass

“die durch das Übereinkommen erfassten Regelungsbereiche [...] zu einem großen Teil in die Kompetenz der Gemeinschaft [fallen], da das Übereinkommen weitgehend Bereiche betrifft, die durch die Audiovisuelle Mediendienste Richtlinie [...] geregelt sind. Gemäß der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs können daher Mitgliedstaaten nicht allein Übereinkommen beitreten, die Regelungsbereiche betreffen, für die eine Gemeinschaftskompetenz besteht”.

Der Europarat hat daraufhin im Rahmen seines “Committee on Culture, Science, Education and Media” einen Berichtersteller eingesetzt, der sich mit der EU-Kommission in Verbindung gesetzt hat, um die Möglichkeiten eines Vertragseintritts der EU auszuloten. Die aktuell zuständige EU-Kommissarin *Neelie Kroes* hat jedoch noch einmal ausdrücklich bekräftigt, dass sie sich eine Beteiligung der EU an zukünftigen Vertragsverhandlungen nicht vorstellen kann.<sup>22</sup>

<sup>18</sup> RL 2007/65/EG vom 11.12.2011 zur Änderung der RL 89/552/EWG des Rates zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität, ABl. 2007 L 332/27.

<sup>19</sup> Draft Second Protocol amending the European Convention on Transfrontier Television and its explanatory report T-TT(2009)007FIN, abrufbar unter <<http://www.coe.int>>.

<sup>20</sup> Vgl. Bericht von der 45. Sitzung des Standing Committee on Transfrontier Television des Europarats, T-TT(2010)2.

<sup>21</sup> Schreiben vom 23.10.2009, D(09)1713.

<sup>22</sup> <<http://www.coe.int>>.

### 3. Die Kompetenz zum Vertragsschluss im Europarat

Stellt man die These von der Verdrängung der Kompetenz der Mitgliedstaaten zum Vertragsschluss auf den juristischen Prüfstand, hängt deren Berechtigung davon ab, ob die in der AVMD-Richtlinie geregelten Sachverhalte in die Zuständigkeit der EU fallen und, falls es sich um konkurrierende Zuständigkeiten handelt, ob die EU abschließend davon Gebrauch gemacht hat. Ziel der AVMD-Richtlinie ist es, ausweislich ihres Erwägungsgrundes Nr. 2, einen gemeinsamen Markt für audiovisuelle Mediendienste zu errichten.<sup>23</sup> Sie enthält daher viele Regelungen, die dem Aufbau dieses Marktes dienen sollen und etwa die Niederlassungsfreiheit oder das Wettbewerbsrecht betreffen. Solche Bereiche fallen unproblematisch unter die Regelungskompetenz Binnenmarkt, für welche die Union und die Mitgliedstaaten gemäß Art. 4 Abs. 2 lit. a AEUV eine konkurrierende Zuständigkeit besitzen. Durch den Erlass von Harmonisierungsvorschriften kommt der Union für die darin geregelten Bereiche die ausschließliche Innenkompetenz zu, mit der Konsequenz, dass auch für den Abschluss internationaler Übereinkünfte gemäß Art. 3 Abs. 2 AEUV eine ausschließliche Unionszuständigkeit vorliegt.

Dasselbe gilt für die in der Richtlinie enthaltenen Regelungen zum Schutze der Verbraucher. Auch hier haben die Union und die Mitgliedstaaten zunächst gemäß Art. 4 Abs. 2 lit. f AEUV eine konkurrierende Zuständigkeit, die mit dem Erlass von Harmonisierungsvorschriften zu einer ausschließlichen Unionskompetenz wird. Bezogen auf diese Regelungen verfügen die Mitgliedstaaten nicht über die Kompetenz zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge.<sup>24</sup>

Die AVMD-Richtlinie enthält allerdings auch Regelungen, die sich nicht zu den erwähnten Bereichen "Binnenmarkt" und "Verbraucherschutz" zählen lassen. Zwei Beispiele seien hierfür genannt. Art. 14 und Art. 15 AVMD-Richtlinie wollen dafür sorgen, dass Ereignisse, die von großem öffentlichem Interesse sind, entweder vollständig oder zumindest im Wege der Kurzberichterstattung für die Bevölkerung insgesamt zugänglich sind. Art. 16 und Art. 17 AVMD-Richtlinie verpflichten die Mitgliedstaaten im Rahmen des praktisch Durchführbaren dafür Sorge zu tragen, dass Fernsehveranstalter einen Teil ihrer Sendezeit oder ihrer Haushaltsmittel der Sendung europäischer Werke vorbehalten.

<sup>23</sup> Vgl. Begründungserwägungen Nr. 4, 10, 11, 14 der RL 2010/13/EU.

<sup>24</sup> Siehe bereits oben, II. 1.

Sowohl die Information der breiten Öffentlichkeit, wie auch die Förderung europäischer Werke können zu Wettbewerbsverzerrungen führen, soweit sie in den Mitgliedstaaten unterschiedlich geregelt sind. Sie berühren daher reflexartig die Binnenmarktkompetenz der Union. Dennoch liegt der Schwerpunkt dieser Regelungen nicht in der Herstellung gleicher Wettbewerbsbedingungen. Der Hauptzweck der Implementierung eines Rechts auf Information ist vielmehr die Sicherung der Berichterstattung über Ereignisse von öffentlichem Interesse und somit eines europaweiten Free Flow of Information.<sup>25</sup> Die Kurzberichterstattung fällt daher im Kern in den Regelungsbereich des Art. 10 EMRK. Für die Durchsetzung der Grundrechte kommt der EU aber keine Kompetenz zu, wie sich eindeutig aus Art. 6 Abs. 2 EUV ergibt. Insoweit besteht vielmehr eine Kernkompetenz des Europarates.

Vergleichbares gilt für die Quotenregelung zur Förderung europäischer Werke, wie sie in Art. 16 und 17 AVMD-Richtlinie festgeschrieben ist. Die Förderung europäischer Film- und Fernsehproduktionen ist ein Kernstück der durch die Mitgliedstaaten betriebenen Kulturförderung.<sup>26</sup> Nach der Querschnittskompetenz des Art. 167 Abs. 4 AEUV trägt die Union bei ihrer Tätigkeit aufgrund anderer Bestimmungen der Verträge den kulturellen Aspekten Rechnung.<sup>27</sup> Ausdrücklich ausgeschlossen ist auf diesem Gebiet allerdings nach Art. 167 Abs. 5 AEUV jede Harmonisierung der Rechtsvorschriften.<sup>28</sup> Auch hier ist viel eher der Europarat mit seinem in Art. 1 lit. b der Europaratssatzung festgeschriebenen Kulturauftrag angesprochen.

Aus dem Umstand, dass die AVMD-Richtlinie diese Bereiche doch geregelt hat, lässt sich nun nicht auf eine Verdrängung der Vertragsschlusskompetenz der Mitgliedstaaten schließen. Die Existenz von Unionsrecht kann gemäß Art. 3 Abs. 2 AEUV nur die Ausschließlichkeit einer an die ausdrückliche interne Harmonisierungsbefugnis gekoppelten Außenkompetenz der Union herbeiführen. Bei Nichtvorliegen einer Harmonisierungsbefugnis auf dem geregelten Gebiet bleibt Art. 3 Abs. 2 AEUV ohne Belang.

Wenn die EU solche Bereiche im Innenverhältnis zu den Mitgliedstaaten in einer Richtlinie regeln will, dann kann dies nur unter Anerkennung der Kompetenz zur Regelung der mittelbaren Auswirkungen dieser Bereiche

---

<sup>25</sup> Zur Diskussion bei der Revision der Fernsehrichtlinie vgl. *A. König*, Die EU-Fernsehrichtlinie – Revision oder Abschied?, *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht* 46 (2002), 803 (808 f.); *D. Dörr*, *epd medien* Nr. 89, 10.11.2001, 3 ff.

<sup>26</sup> Zum Kulturrecht in der EG siehe *G. Ress/J. Ukrow*, in: E. Grabitz/M. Hilf, *Recht der Europäischen Union*, 40. Aufl. 2009, Art. 151 EGV, Rn. 191 ff.

<sup>27</sup> Zu den Kompetenzen der EG im Kulturbereich siehe *G. Ress/J. Ukrow* (Anm. 26), Rn. 28 ff.

<sup>28</sup> Dafür spricht auch Art. 22 Grundrechtecharta.



auf den Binnenmarkt geschehen. Im Außenverhältnis folgt nach der eindeutigen Feststellung des Gerichtshofs im Gutachten zur "Zuständigkeit der Gemeinschaft für den Abschluss des neuen Übereinkommens von Lugano über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen",<sup>29</sup> dass die EU hier nicht die für den Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrages erforderliche Zuständigkeit besitzt. Dort heißt es wörtlich:

"Die Rechtsgrundlage schließlich, auf die die Gemeinschaftsvorschriften gestützt sind, und insbesondere die in Artikel 65 EG enthaltene Voraussetzung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarktes sind als solche ohne Belang für die Prüfung, ob ein völkerrechtliches Abkommen die Gemeinschaftsvorschriften beeinträchtigt. Denn die Rechtsgrundlage einer internen Regelung wird durch deren Hauptbestandteil bestimmt, während die Vorschrift, deren Beeinträchtigung geprüft wird, möglicherweise nur ein Nebenbestandteil dieser Regelung ist."

Insoweit verbleibt die Außenkompetenz also bei den Mitgliedstaaten.

Für den Bereich der Kulturförderung sei auch auf Art. 167 Abs. 3 AEUV hingewiesen. Danach fördern die Union und die Mitgliedstaaten die Zusammenarbeit mit dritten Ländern und den für den Kulturbereich zuständigen internationalen Organisationen, insbesondere mit dem Europarat. Die Union hat daher nicht nur die Pflicht, jegliche Harmonisierung der Rechtsvorschriften im Kulturbereich zu unterlassen, sondern auch, unter Ausschluss einer eigenen Außenkompetenz, die Zusammenarbeit mit dem Europarat zu fördern.<sup>30</sup>

Für die Kompetenz der Mitgliedstaaten zur Regelung eines Raums des Free Flow of Information im Rahmen des Europarates spricht zudem noch ein weiterer Gedanke aus der Rechtsprechung des EuGH. Die Ausschließlichkeit der Außenkompetenz richtet sich danach nicht nur nach dem Umfang des harmonisierten Bereichs, sondern auch nach der Intensität der Harmonisierung. So hat der Gerichtshof eine ausschließliche Zuständigkeit der EU für den Fall nicht anerkannt,

"wenn sowohl die Gemeinschaftsbestimmungen als auch die Bestimmungen eines völkerrechtlichen Übereinkommens den Charakter von Mindestvorschriften

---

<sup>29</sup> EuGH Slg. 2006 I-1145 Rn. 132 – *Gutachten 1/03*: "Diese Grenzen der Außenkompetenz der Gemeinschaft betreffen das Bestehen dieser Zuständigkeit selbst und nicht ihre Ausschließlichkeit."

<sup>30</sup> Dazu *G. Ress/J. Ukrow*, in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim, *Das Recht der Europäischen Union*, 52. EL 2014, Art. 167, Rn. 142 ff.

ten hatten und das Übereinkommen daher der vollen Anwendung des Gemeinschaftsrechts durch die Mitgliedstaaten nicht entgegenstehen konnte”.<sup>31</sup>

Dies wird man insbesondere bezüglich derjenigen Regelungen annehmen können, welche den Grundsatz der Sende- und Informationsfreiheit, wie er in Art. 10 Abs. 1 EMRK festgeschrieben ist, in ein Europaratsabkommen umsetzen wollen.

#### 4. Entbehrlichkeit des Europaratsabkommens?

Die Diskussion um die Außenkompetenzen der EU-Mitgliedstaaten könnte sich jedoch dadurch erledigt haben, dass die Mitgliedstaaten des Fernsehübereinkommens ohnehin an die Vorgaben der AVMD-Richtlinie gebunden wären und ein Mehrwert eines revidierten Fernsehübereinkommens auch darüber hinaus nicht auszumachen wäre.

Das Fernsehübereinkommen hat gegenwärtig 34 Mitgliedstaaten. 21 Mitglieder des Fernsehübereinkommens sind zugleich Mitglieder der EU.<sup>32</sup> Die übrigen Konventionsstaaten sollen nach dem Vortrag der Kommission überwiegend durch Stabilisierungs- und Assoziierungsabkommen oder als Beitrittskandidaten zur EU, als EFTA-Staaten oder im Fall des EFTA-Mitglieds Schweiz durch ein spezielles Abkommen mit der EU an die Regelungen der AVMD-Richtlinie gebunden sein.<sup>33</sup> Betrachtet man diese Frage näher, so eröffnet sich einem jedoch ein sehr differenziertes Bild, das den Vortrag der Kommission zumindest nicht vollständig zu bestätigen vermag.<sup>34</sup>

Stabilisierungs- und Assoziierungsabkommen haben Kroatien (mittlerweile EU-Vollmitglied), Mazedonien,<sup>35</sup> Albanien,<sup>36</sup> Montenegro,<sup>37</sup> Bosnien

<sup>31</sup> EuGH Slg. 2006 I-1145 Rn. 123 – *Gutachten 1/03*, unter Verweis auf *Gutachten 2/91*, Rn. 18.

<sup>32</sup> Österreich, Bulgarien, Zypern, Tschechische Republik, Estland, Finnland, Frankreich, Deutschland, Ungarn, Italien, Lettland, Litauen, Malta, Polen, Portugal, Rumänien, Slowakei, Slowenien, Spanien, Vereinigtes Königreich, Kroatien.

<sup>33</sup> Vgl. Standing Committee on Transfrontier Television, (T-TT), Report of the 45<sup>th</sup> meeting, Doc. T-TT(2010)2, Item 3, abrufbar unter <<http://www.coe.int>>.

<sup>34</sup> Zwar mag es auf politischer Ebene absehbar erscheinen, dass der Fortgang des Anpassungsprozesses weiter zügig voranschreitet. Eine juristische Analyse muss allerdings von der souveränen Gleichheit aller Staaten ausgehen und auch deren Vertragsfreiheit sowie eine daraus gegebenenfalls abzuleitende negative Haltung mit ins Kalkül ziehen.

<sup>35</sup> Stabilisation and Association Agreement (SAA) between the European Communities and their Member States, of the one part, and the Republic of Croatia, of the other part (SAA Croatia), in Kraft getreten am 1.2.2005, ABl. 2005 L 26/3; SAA Macedonia, in Kraft getreten am 1.4.2004, ABl. 2004 L 8/3.

Herzegowina und Serbien<sup>38</sup> mit der EU abgeschlossen. Die Abkommen enthalten im Einzelnen allerdings durchaus unterschiedlich formulierte Vorschriften zur Zusammenarbeit im audiovisuellen Bereich.<sup>39</sup> Aus diesen folgt in der Regel nicht eine unbedingte oder vollständige rechtliche Bindung an die Regelungen der AVMD-Richtlinie. Insbesondere sind die entsprechenden Vorschriften teilweise nicht rechtlich zwingend formuliert. So heißt es in Art. 95 des Stabilisierungsabkommens mit Mazedonien:

“The Parties will coordinate, and where appropriate, harmonise their policies on the regulation of content aspects of crossborder broadcasting.”

Vergleichbare Formulierungen finden sich in einigen anderen Abkommen.

Für die Schweiz ist ein Abkommen mit der EG mit dem Titel “Media 2007” maßgebend. Es wurde am 11.10.2007 unterzeichnet und trat am 1.8.2010 in Kraft.<sup>40</sup> Im Kern geht es dort um die Teilnahme der Schweiz an dem MEDIA-Programm, mit dem die EU die europäische Filmproduktion durch Förderung von Entwicklung, Vertrieb und Vermarktung von Kino- und Fernsehfilmen unterstützt.

Für die Harmonisierung relevant ist dabei Anhang I des Abkommens, der sich bisher nur auf die Übertragung von Fernsehen bezieht. In Anhang I, Art. 1 heißt es:

“Die Schweiz gewährleistet in ihrem Hoheitsgebiet den freien Empfang und die ungehinderte Weiterverbreitung von Fernsehsendungen, die der Rechtshoheit eines Mitgliedstaats der Europäischen Union unterworfen sind, nach Maßgabe der Richtlinie 89/552/EWG des Rates vom 3. Oktober 1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehtätigkeit.”

Anhang I des Abkommens wird gegenwärtig im Lichte der Änderungen durch die AVMD-Richtlinie im Gemischten Ausschuss EU-Schweiz<sup>41</sup> überarbeitet.<sup>42</sup> Auch danach behält sich jedoch die Schweiz das Recht vor, die

---

<sup>36</sup> SAA Albania (2006), in Kraft getreten am 1.4.2009, ABl. 2006 L 300/1, ABl. 2009 L 107/166.

<sup>37</sup> SAA Montenegro (2007), in Kraft getreten am 1.5.2010, ABl. 2010 L 108/1.

<sup>38</sup> SAA Bosnia and Herzegovina (2008), noch nicht in Kraft; SAA Serbia (2008), noch nicht in Kraft.

<sup>39</sup> SAAs jeweils abrufbar unter <<http://ec.europa.eu>>.

<sup>40</sup> SR 0.784.405.226.8, Text: AS 2007, 6953 ff.

<sup>41</sup> Vgl. Art. 8 des Abkommens Media 2007.

<sup>42</sup> Vgl. dazu Beschluss des Rates vom 13.9.2010 über den Standpunkt der Gemeinschaft in dem Gemischten Ausschuss EU-Schweiz, eingesetzt durch das Abkommen zwischen der EG und der Schweizerischen Eidgenossenschaft im audiovisuellen Bereich zur Festlegung der

Weiterverbreitung von Sendungen eines der Rechtshoheit eines Mitgliedstaats der Gemeinschaft unterworfenen Fernsehveranstalters auszusetzen, der in offensichtlicher, ernster und schwerwiegender Weise gegen die in den Art. 22 Abs. 1 oder 2 oder in Art. 3b der AVMD-Richtlinie niedergelegten Regeln zum Schutz von Minderjährigen und der menschlichen Würde verstoßen hat. Damit hat die Schweiz nach wie vor das Recht, auch im Rahmen der AVMD-Richtlinie das Vertragsverletzungsverfahren gemäß Art. 24 Fernsehübereinkommen zur Anwendung zu bringen. Zudem soll die Schweiz das Recht behalten, die ihrer Rechtshoheit unterworfenen Fernsehveranstalter zur Einhaltung detaillierterer oder strengerer Vorschriften in den durch die Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste koordinierten Bereichen zu verpflichten, sofern solche Vorschriften verhältnismäßig und nichtdiskriminierend sind. Eine vollständige Harmonisierung findet insoweit also nicht statt.

Zusammenfassend muss man also feststellen, dass entgegen der Auffassung der Kommission eine umfassende Bindung der nicht zur EU gehörigen Mitgliedstaaten des Fernsehübereinkommens an die Vorgaben der AVMD-Richtlinie bisher nicht angenommen werden kann.

## 5. Divergenzen von Fernsehübereinkommen und AVMD-Richtlinie

Die Mitgliedstaaten der EU, die zugleich Mitglieder des Fernsehübereinkommens sind, haben also zumindest im Verhältnis zu einigen Nichtmitgliedstaaten der EU immer noch das Fernsehübereinkommen zu beachten. Da diese Staaten aber im Innenverhältnis zur Umsetzung der AVMD-Richtlinie verpflichtet sind, stellt sich die Frage, inwieweit Fernsehübereinkommen und AVMD-Richtlinie Abweichendes, ja vielleicht sogar sich gegenseitig Ausschließendes regeln.

Rechtlich weitgehend unproblematisch ist dabei, dass die AVMD-Richtlinie einen deutlich ausgeweiteten Anwendungsbereich hat.<sup>43</sup> Sie gilt nicht nur für lineare Mediendienste, worunter herkömmliche Fernsehdiens-

---

Voraussetzungen und Bedingungen für die Beteiligung der Schweizerischen Eidgenossenschaft am Gemeinschaftsprogrammen MEDIA 2007, bezüglich der Beschlussfassung des Gemischten Ausschusses über die Änderung von Art. 1 in Anhang 1 des Abkommens. Informationen abrufbar unter <<http://ec.europa.eu>>.

<sup>43</sup> Zum Anwendungsbereich des AVMD-Richtlinie *W. Schulz*, Medienkonvergenz light – Zur neuen Europäischen Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste, *EuZW* 19 (2008), 107 ff.

te fallen. Sie gilt auch für einige nichtlineare Dienste.<sup>44</sup> Diese werden definiert als

“audiovisuelle Mediendienste, bei denen der Nutzer aufgrund eines vom Mediendienstleister ausgewählten Inhaltsangebots den Zeitpunkt festlegt, zu dem ein bestimmtes Programm übertragen wird”.

Das Fernsehübereinkommen gilt gemäß Art. 3 bisher nur für die Verbreitung oder Weiterverbreitung von Fernsehprogrammen, die zum Empfang durch die Allgemeinheit bestimmt sind. Da das Fernsehübereinkommen in seinem Anwendungsbereich deutlich enger ist, kann es die Mitgliedstaaten der EU zumindest insoweit nicht zu Regulierungen verpflichten, die sich mit der AVMD-Richtlinie nicht decken.<sup>45</sup>

Allerdings muss angemerkt werden, dass bei einem Einfrieren des Fernsehübereinkommens dem Europarat der regulatorische Zugriff auf alle modernen Kommunikationsmittel verschlossen bleibt. Das Fernsehübereinkommen würde dann zu einem Relikt aus den Zeiten traditioneller Medienregulierung verkommen, dem zukünftig wohl kaum noch Beachtung geschenkt würde.

Schon in den Programmgrundsätzen, welche die Weiterverbreitungspflicht von im Sendestaat genehmigten Programmen inhaltlich beschränken, manifestieren sich dann aber wesentliche Unterschiede. Das Fernsehübereinkommen unterwirft in Art. 7 Abs. 1 den Inhalt der Sendungen neben dem in Richtlinie und Übereinkommen in vergleichbarer Weise geregelten Jugendschutz einem allgemeinen Verbot der Verletzung der Menschenwürde und der Grundrechte anderer.<sup>46</sup> Die Richtlinie über audiovisuelle Medien verbietet in Art. 6 ausdrücklich nur solche Sendungen, die zum Hass aufgrund von Rasse, Geschlecht, Religion oder Staatsangehörigkeit aufrufen. Einen Menschenwürdevorbehalt gibt es in Art. 9 Abs. 1 lit. c AVMD-Richtlinie nur für audiovisuelle kommerzielle Kommunikation.

Mag dieser Unterschied noch eher dogmatischer Natur mit geringer praktischer Relevanz sein, so wiegt ein anderer Unterschied schon praktisch schwerer. Art. 10 Abs. 4 Fernsehübereinkommen regelt sogenannte Verwertungsfenster im Fernsehen.

---

<sup>44</sup> Vgl. hierzu auch *B. Holznel/C. Nolden* in: T. Hoeren/U. Sieber/B. Holznel, *Multimedienrecht*, 38. EL 2014, Teil 5 Vorfragen zu Rundfunk und Telemedien, Rn. 30 f.

<sup>45</sup> Eingehend zum Anwendungsbereich des Fernsehübereinkommens und dem Anpassungsbedarf *A. Grünwald*, *Towards a Review of the European Convention on Transfrontier Television. Regulatory Options and Policy Considerations*, *Multimedia und Recht* 6 (2003), 551 ff.

<sup>46</sup> Zum Begriff der Menschenwürde in Art. 7 Fernsehübereinkommen *U. Fink*, in: U. Fink/M. D. Cole/M. Keber, *Europäisches und Internationales Medienrecht*, 184.

“Die Vertragsparteien sorgen dafür, dass ein ihrer Rechtshoheit unterliegender Rundfunkveranstalter Kinofilme nur nach Ablauf der mit den Rechteinhabern vereinbarten Fristen verbreitet.”

Die AVMD-Richtlinie passt sich insoweit dem technischen Fortschritt an.

Statt “Fernsehtätigkeit” und “Fernsehveranstalter”, sind nun alle “audiovisuellen Mediendienste” und “Mediendienstanbieter” erfasst. Diese Erweiterung war unter anderem vor dem Hintergrund von Video-on-Demand-Diensten erforderlich geworden, deren Tätigkeiten sich auf die Verwertungsketten auswirken. Diese neuen Verwertungsketten können aber im Verhältnis zu den anderen Konventionsstaaten nicht urheberrechtlich gesichert werden. Deshalb sieht auch der Entwurf des revidierten Fernsehübereinkommens eine der AVMD-Richtlinie entsprechende Regelung vor.<sup>47</sup>

Eklatant wird dann das Anpassungsbedürfnis des Fernsehübereinkommens bezüglich der Werberegungen. Audiovisuelle kommerzielle Kommunikation muss gemäß Art. 13 Fernsehübereinkommen klar als solche erkennbar und durch optische oder akustische Mittel eindeutig von anderen Programmteilen getrennt sein. Diesem strikten Trennungsprinzip laufen die Regelungen der AVMD-Richtlinie zum Product Placement entgegen. Product Placement wird in Art. 1 Abs. 1 lit. m AVMD-Richtlinie definiert als:

“jede Form audiovisueller kommerzieller Kommunikation, die darin besteht, gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung ein Produkt, eine Dienstleistung oder die entsprechende Marke einzubeziehen bzw. darauf Bezug zu nehmen, so dass diese innerhalb einer Sendung erscheinen”.<sup>48</sup>

Product Placement macht also die Werbung zu einem Teil des Programms. Zwar ist dies gemäß Art. 11 Abs. 2 AVMD-Richtlinie grundsätzlich verboten. Allerdings enthält Art. 11 Abs. 3 AVMD-Richtlinie einige praktisch sehr bedeutsame Ausnahmen von diesem Verbot. Product Placement ist in Kinofilmen, Filmen und Serien für audiovisuelle Mediendienste, Sportsendungen und Sendungen der leichten Unterhaltung sowie als “kostenlose” Produktionshilfe zulässig.<sup>49</sup> Diese Erlaubnis unterliegt zwar ihrerseits wiederum Einschränkungen. So darf gemäß Art. 11 Abs. 3 AVMD-Richtlinie Product Placement nicht den Inhalt und bei Fernsehsendungen

---

<sup>47</sup> T-TT(2009)007FIN.

<sup>48</sup> Zu den Regelungen des Product Placements in der AVMD-Richtlinie vgl. R. Platho, *Multimedia und Recht* 11 (2008), 582 ff.

<sup>49</sup> Zu den praktischen Problemen und der Umsetzung der AVMD-Richtlinie in Deutschland O. Castendyk, *Multimedia und Recht* 13 (2010), 29 ff.

den Programmplatz so stark beeinflussen, dass die redaktionelle Verantwortung und Unabhängigkeit des Mediendiensteanbieters beeinträchtigt wird. Auch darf Product Placement nicht unmittelbar zu Kauf, Miete bzw. Pacht von Waren oder Dienstleistungen auffordern, das betreffende Produkt darf nicht zu stark herausgestellt werden und die Zuschauer müssen eindeutig auf das Bestehen einer Produktplatzierung hingewiesen werden, um jede Irreführung des Zuschauers zu verhindern. Letzteres sorgt dafür, dass Product Placement aus dem Bereich der Schleichwerbung herausgenommen wird, die nach wie vor gemäß Art. 9 Abs. 1 lit. a AVMD-Richtlinie verboten ist.

Die Beschränkungen ändern aber grundsätzlich nichts daran, dass Product Placement eine wenngleich abgemilderte Form von Werbung ist, die den Grundsatz der Trennung von Werbung und Sendeinhalt, so wie er ursprünglich in Art. 10 Abs. 1 Fernsehrichtlinie und heute noch in Art. 13 Fernsehübereinkommen enthalten ist, aufgibt.<sup>50</sup> Will man nun vermeiden, dass Sendungen, die ab dem 19.12.2009 in der EU unter Einschluss erlaubten Product Placements hergestellt werden, bei ihrer Ausstrahlung in den übrigen Mitgliedstaaten des Fernsehübereinkommens beanstandet werden, muss man deshalb das Fernsehübereinkommen entsprechend ändern. Der vorgelegte Entwurf zur Revision des Fernsehübereinkommens sieht folgerichtig auch in Art. 19 eine Regelung vor, die nahezu wörtlich der AVMD-Richtlinie nachgebildet ist.

## 6. Schlussbemerkungen

Abschließend ist noch auf ein rechtspolitisches Problem hinzuweisen. Das Fernsehübereinkommen hat mit 34 Mitgliedstaaten noch nicht das Potenzial aller Europaratmitglieder ausgeschöpft und steht zudem auch Nichtmitgliedern offen. Es gibt Anzeichen dafür, dass sich unter anderem die Russische Föderation als Europaratmitglied und Weißrussland als Drittstaat für eine Mitgliedschaft in einem revidierten Fernsehübereinkommen interessieren könnten. Würde man nun das Schicksal des Vertrages maßgeblich in die Hand der EU legen, sähen diese Länder sich einem vornehmlich wirtschaftlich motivierten Vertragspartner gegenüber. Das könnte deren Bereitschaft zur Mitgliedschaft entscheidend hemmen.

---

<sup>50</sup> Dazu *U. Fink* (Anm. 46), 185. Zum "Abschied vom Trennungsgrundsatz" in der AVMD-Richtlinie vgl. auch *K. Glockzin*, *Multimedia und Recht* 13 (2010), 164 ff.

Dahinter steht zudem die ganz allgemeine Frage, ob es zukünftig noch sinnvoll ist, außerhalb der EU detaillierte Regelungen eines gemeinsamen Medienmarktes durchsetzen zu wollen. Ein Vertrag, der sich als Prinzipienabkommen auf grundlegende Regeln zur Implementierung von Medienfreiheit in ganz Europa festlegt, kann aber sinnvollerweise nur im Rahmen des Europarates abgeschlossen werden. Würde dies gelingen, könnte aber dadurch die Tür zu einem maßgeblichen Fortschritt für die Durchsetzung des Free Flow of Information und der innerstaatlichen demokratischen Strukturen potentieller Beitrittskandidaten geöffnet werden.