



Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DER GENERALANWÄLTIN
JULIANE KOKOTT
vom 30. März 2017¹

Rechtssache C-112/16

Persidera SpA
gegen
Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni und
Ministero dello Sviluppo Economico delle Infrastrutture e dei Trasporti

(Vorabentscheidungsersuchen des Consiglio di Stato [Staatsrat, Italien])

„Vorabentscheidungsersuchen – Elektronische Kommunikationsnetze und -dienste – Richtlinien 2002/20/EG, 2002/21/EG und 2002/77/EG – Übergang vom analogen Fernsehen zum digitalen Fernsehen – Ermittlung der Anzahl der jedem Inhaber von analogen Frequenzen zuzuteilenden digitalen Frequenzen – Berücksichtigung bisher illegal genutzter analoger Frequenzen – Umwandlungsverhältnis – Umrechnungsfaktor – Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung und Verhältnismäßigkeit“

I. Einleitung

1. Welch fundamentale Bedeutung die Vielfalt und die Integrität der Medien in einer freien, demokratischen Gesellschaft haben, kann in der heutigen Zeit gar nicht genug betont werden. Speziell die elektronischen Kommunikationsnetze und -dienste werden inzwischen nahezu von jedermann im Alltag genutzt und sind als Voraussetzung für eine moderne Demokratie, aber auch für die Bildung der Bevölkerung und für das kulturelle Leben in Europa nicht mehr hinwegzudenken. Gleichzeitig erweist sich immer wieder, wie zerbrechlich und problemfällig die Mechanismen sind, auf denen solche Netzwerke und Dienste beruhen.

2. In Italien kam es in den letzten Jahrzehnten mehrfach zu heftigen Debatten über den Pluralismus im Fernsehen. Dementsprechend verwundert es nicht, dass auch der Übergang vom analogen zum digitalen Fernsehen dort zu Streitigkeiten über die gerechte Vergabe der neuen digitalen Fernsehfrequenzen führte.

3. Im vorliegenden Fall geht es speziell um die Vergabe derjenigen digitalen Frequenzen, die staatlicherseits ausdrücklich für die Fortführung der bestehenden analogen Fernsehprogramme reserviert waren. Persidera (ehemals Telecom Italia Media Broadcasting – TIMB)², einer der italienischen Netzbetreiber, fühlt sich bei der Umwandlung der analogen Frequenzen in digitale gegenüber seinen Wettbewerbern – namentlich gegenüber den Marktführern Rai und Mediaset – benachteiligt.

¹ Originalsprache: Deutsch.

² Vor dem endgültigen Übergang zum Digitalfernsehen betrieb Persidera – bzw. TIMB als ihre Rechtsvorgängerin – in Italien zwei analoge Fernsehsender („La 7“ und „MTV“) und zwei digitale („TIMB1“ und „MBONE“).

4. Der Gerichtshof wird im vorliegenden Fall zu klären haben, welche Anforderungen das Unionsrecht an eine gerechte Frequenzvergabe stellt. Dabei wird zu berücksichtigen sein, dass die Italienische Republik mit der nunmehr streitigen Methode der Frequenzvergabe nicht zuletzt den Bedenken der Europäischen Kommission in einem laufenden Vertragsverletzungsverfahren³ und einem Vorabentscheidungsurteil des Gerichtshofs⁴ Rechnung zu tragen hatte.

5. Maßgeblich für die Beurteilung dieser Problematik sind der seit 2002 geltende „neue gemeinsame Rechtsrahmen“, der aus mehreren Richtlinien des Unionsgesetzgebers besteht, sowie die allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts.

6. Das vorliegende Verfahren in der Rechtssache C-112/16 steht in engem Zusammenhang mit dem Vorabentscheidungsverfahren in der Rechtssache C-560/15, in der ich ebenfalls heute meine Schlussanträge stelle. Die dort aufgeworfenen Rechtsfragen beziehen sich zwar im Wesentlichen auf dieselben unionsrechtlichen Vorschriften und Prinzipien, sie betreffen aber nicht die hier streitige Umwandlung alter analoger in neue digitale Frequenzen und werfen auch sonst deutlich andere Rechtsprobleme auf.

II. Rechtlicher Rahmen

7. Der unionsrechtliche Rahmen dieses Falles wird durch drei Richtlinien aus dem Jahr 2002 über elektronische Kommunikationsnetze und -dienste bestimmt, die allesamt zum neuen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsdienste und -netze sowie zugehörige Einrichtungen und Dienste gehören: die Rahmenrichtlinie (Richtlinie 2002/21/EG)⁵, die Genehmigungsrichtlinie (Richtlinie 2002/20/EG)⁶ und die Wettbewerbsrichtlinie (Richtlinie 2002/77/EG)⁷. Die beiden erstgenannten Richtlinien gelten in der Fassung, die sie durch die Richtlinie 2009/140/EG⁸ erhalten haben.

A. Rahmenrichtlinie (Richtlinie 2002/21)

8. Einleitend ist auf den 6. und 19. Erwägungsgrund der Richtlinie 2002/21 hinzuweisen, die auszugsweise wie folgt lauten:

„(6) Die audiovisuelle Politik und die Regulierung von Inhalten erfolgen mit Blick auf bestimmte Allgemeininteressen wie freie Meinungsäußerung, Pluralismus der Medien, Unparteilichkeit, kulturelle und sprachliche Vielfalt, soziale Einbeziehung, Verbraucherschutz und Schutz von Minderjährigen. ...

...

3 Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2005/5086 (vgl. dazu die Pressemitteilungen der Kommission IP/06/1019 vom 19. Juli 2006 und IP/07/1114 vom 18. Juli 2007); dieses Verfahren, in dem die Kommission im Juli 2007 eine mit Gründen versehene Stellungnahme im Sinne von Art. 258 Abs. 1 AEUV (ehemals Art. 226 Abs. 1 EG) abgegeben hat, ist bis zum heutigen Tage noch nicht abgeschlossen.

4 Urteil vom 31. Januar 2008, Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59).

5 Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie) (ABl. 2002, L 108, S. 33).

6 Richtlinie 2002/20/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste (Genehmigungsrichtlinie) (ABl. 2002, L 108, S. 21).

7 Richtlinie 2002/77/EG der Kommission vom 16. September 2002 über den Wettbewerb auf den Märkten für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Wettbewerbsrichtlinie) (ABl. 2002, L 249, S. 21).

8 Richtlinie 2009/140/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 zur Änderung der Richtlinie 2002/21/EG über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, der Richtlinie 2002/19/EG über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung und der Richtlinie 2002/20/EG über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste (ABl. 2009, L 337, S. 37, berichtigt in ABl. 2013, L 241, S. 8).

(19) Funkfrequenzen sind eine wesentliche Voraussetzung für funkgestützte elektronische Kommunikationsdienste und sollten, soweit sie für diese Dienste genutzt werden, von den nationalen Regulierungsbehörden auf der Grundlage harmonisierter Ziele und Grundsätze für ihr Tätigwerden sowie nach objektiven, transparenten und nichtdiskriminierenden Kriterien zugeteilt und zugewiesen werden, wobei den demokratischen, sozialen, sprachlichen und kulturellen Interessen, die mit der Nutzung von Frequenzen verbunden sind, Rechnung getragen werden sollte. ...“

9. Unter der Überschrift „Politische Ziele und regulatorische Grundsätze“ ist sodann in Art. 8 Abs. 1 und 2 der Richtlinie 2002/21 u. a. Folgendes geregelt:

„(1) Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass die nationalen Regulierungsbehörden bei der Wahrnehmung der in dieser Richtlinie und den Einzelrichtlinien festgelegten regulatorischen Aufgaben alle angezeigten Maßnahmen treffen, die den in den Absätzen 2, 3 und 4 vorgegebenen Zielen dienen. Die Maßnahmen müssen in angemessenem Verhältnis zu diesen Zielen stehen.

...

(2) Die nationalen Regulierungsbehörden fördern den Wettbewerb bei der Bereitstellung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste sowie zugehöriger Einrichtungen und Dienste, indem sie unter anderem

...

b)

gewährleisten, dass es keine Wettbewerbsverzerrungen oder -beschränkungen im Bereich der elektronischen Kommunikation, einschließlich der Bereitstellung von Inhalten, gibt;

...

d) für eine effiziente Nutzung der Funkfrequenzen und der Nummerierungsressourcen sorgen und deren effiziente Verwaltung sicherstellen.“

10. Außerdem enthält Art. 9 der Richtlinie 2002/21 die nachstehenden Bestimmungen über die „Verwaltung der Funkfrequenzen für die elektronischen Kommunikationsdienste“:

„(1) Die Mitgliedstaaten sorgen für die effiziente Verwaltung der Funkfrequenzen für elektronische Kommunikationsdienste in ihrem Hoheitsgebiet im Einklang mit den Artikeln 8 und 8a, wobei sie gebührend berücksichtigen, dass die Funkfrequenzen ein öffentliches Gut von hohem gesellschaftlichen, kulturellen und wirtschaftlichen Wert sind. Sie gewährleisten, dass die Zuteilung von Funkfrequenzen für elektronische Kommunikationsdienste und die Erteilung von Allgemeingenehmigungen oder individuellen Nutzungsrechten für solche Funkfrequenzen durch die zuständigen nationalen Behörden auf objektiven, transparenten, nicht diskriminierenden und angemessenen Kriterien beruhen.

Die Mitgliedstaaten halten bei der Anwendung dieses Artikels die einschlägigen internationalen Übereinkünfte, einschließlich der ITU-Vollzugsordnung für den Funkdienst, ein und können öffentliche Belange berücksichtigen.

...

(4) ...Maßnahmen, aufgrund deren elektronische Kommunikationsdienste in bestimmten, für elektronische Kommunikationsdienste zur Verfügung stehenden Frequenzbändern bereitzustellen sind, müssen dadurch gerechtfertigt sein, dass sie einem Ziel von allgemeinem Interesse dienen, das die Mitgliedstaaten im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht festgelegt haben, wie unter anderem

- a) dem Schutz des menschlichen Lebens,
- b) der Stärkung des sozialen, regionalen oder territorialen Zusammenhalts,
- c) der Vermeidung einer ineffizienten Nutzung der Funkfrequenzen oder
- d) der Förderung der kulturellen und sprachlichen Vielfalt sowie des Medienpluralismus, beispielsweise durch die Erbringung von Rundfunk- und Fernsehdiensten.

...

(7) Unbeschadet der Einzelrichtlinien können die Mitgliedstaaten unter Berücksichtigung der relevanten innerstaatlichen Gegebenheiten Vorschriften erlassen, um dem Horten von Funkfrequenzen vorzubeugen, indem sie insbesondere strenge Fristen für die tatsächliche Wahrnehmung der Nutzungsrechte durch den Rechtsinhaber vorgeben und für den Fall der Nichteinhaltung der Fristen Sanktionen – einschließlich Geldstrafen und Geldbußen oder Entzug der Nutzungsrechte – verhängen. Diese Vorschriften werden in verhältnismäßiger, nicht diskriminierender und transparenter Weise erlassen und angewendet.“

B. Genehmigungsrichtlinie (Richtlinie 2002/20)

11. Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2002/20 enthält folgende Regelung zur „Allgemeingenehmigung für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste“:

„Die Mitgliedstaaten gewährleisten die Freiheit, elektronische Kommunikationsnetze und -dienste gemäß den in dieser Richtlinie festgelegten Bedingungen bereitzustellen. Sie dürfen ein Unternehmen nur dann an der Bereitstellung elektronischer Kommunikationsnetze oder -dienste hindern, wenn dies aus den in Artikel 46 Absatz 1 des Vertrags genannten Gründen notwendig ist.“

12. In Art. 5 der Richtlinie 2002/20 finden sich u. a. diese Bestimmungen über „Nutzungsrechte für Frequenzen und Nummern“:

„(1) Die Mitgliedstaaten erleichtern die Nutzung von Funkfrequenzen im Rahmen von Allgemeingenehmigungen. Erforderlichenfalls können sie individuelle Nutzungsrechte gewähren

...

– zur Erreichung anderer von den Mitgliedstaaten im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht festgelegter Ziele von allgemeinem Interesse.

(2) Müssen für Funkfrequenzen und Nummern individuelle Nutzungsrechte gewährt werden, so gewähren die Mitgliedstaaten solche Rechte auf Antrag jedem Unternehmen für die Bereitstellung von Netzen oder Diensten auf der Grundlage der in Artikel 3 genannten Allgemeingenehmigung, vorbehaltlich der Artikel 6 und 7 und des Artikels 11 Absatz 1 Buchstabe c der vorliegenden Richtlinie sowie sonstiger Vorschriften zur Sicherstellung einer effizienten Nutzung dieser Ressourcen gemäß der Richtlinie 2002/21/EG (Rahmenrichtlinie).

Unbeschadet der von den Mitgliedstaaten festgelegten spezifischen Kriterien und Verfahren, die Anwendung finden, wenn Erbringern von Rundfunk- oder Fernsehinhaltsdiensten Frequenznutzungsrechte gewährt werden, um Ziele von allgemeinem Interesse im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht zu erreichen, werden die Rechte zur Nutzung von Frequenzen und Nummern nach offenen, objektiven, transparenten, nicht diskriminierenden und verhältnismäßigen Verfahren sowie, im Falle von Funkfrequenzen, im Einklang mit Artikel 9 der Richtlinie 2002/21/EG (Rahmenrichtlinie) gewährt. Von der Anforderung offener Verfahren darf in den Fällen abgewichen werden, in denen die Gewährung individueller Frequenznutzungsrechte an die Erbringer von Rundfunk- oder Fernsehinhaltsdiensten im Hinblick auf ein von den Mitgliedstaaten im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht festgelegtes Ziel von allgemeinem Interesse notwendig ist.

...

(5) Die Mitgliedstaaten schränken die Zahl der gewährten Nutzungsrechte nur so weit ein, wie dies für eine effiziente Nutzung der Funkfrequenzen gemäß Artikel 7 notwendig ist.

(6) Die zuständigen nationalen Behörden stellen sicher, dass die Funkfrequenzen im Einklang mit Artikel 8 Absatz 2 und Artikel 9 Absatz 2 der Richtlinie 2002/21/EG (Rahmenrichtlinie) effizient und wirksam genutzt werden. Sie sorgen dafür, dass der Wettbewerb nicht durch Übertragungen oder eine Anhäufung von Rechten zur Nutzung von Funkfrequenzen verzerrt wird. ...“

13. Außerdem ist zur „Beschränkung der Einräumung von Nutzungsrechten für Funkfrequenzen“ in Art. 7 der Richtlinie 2002/20 bestimmt:

„(1) Erwägt ein Mitgliedstaat, die zu erteilenden Rechte für die Nutzung von Funkfrequenzen zahlenmäßig zu beschränken oder die Geltungsdauer bestehender Nutzungsrechte in anderer Weise als entsprechend den darin festgelegten Bedingungen zu verlängern, so berücksichtigt er unter anderem Folgendes:

a) Er trägt der Notwendigkeit gebührend Rechnung, den Nutzen für die Nutzer zu maximieren und den Wettbewerb zu erleichtern;

...

(3) Muss die Erteilung von Nutzungsrechten für Funkfrequenzen beschränkt werden, so erteilen die Mitgliedstaaten diese Rechte nach objektiven, transparenten, nicht diskriminierenden und verhältnismäßigen Auswahlkriterien. Bei diesen Auswahlkriterien tragen sie der Umsetzung der Ziele nach Artikel 8 der Richtlinie 2002/21/EG (Rahmenrichtlinie) sowie der Anforderungen ihres Artikels 9 gebührend Rechnung.

...“

C. Wettbewerbsrichtlinie (Richtlinie 2002/77)

14. Art. 2 der Richtlinie 2002/77 steht unter der Überschrift „Ausschließliche und besondere Rechte für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste“ und enthält u. a. folgende Bestimmungen:

....

(2) Die Mitgliedstaaten stellen durch entsprechende Maßnahmen sicher, dass jedes Unternehmen das Recht zur Erbringung elektronischer Kommunikationsdienste bzw. zur Errichtung, zum Ausbau und zur Bereitstellung elektronischer Kommunikationsnetze erhält.

...

(4) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die einem Unternehmen erteilte Allgemeingenehmigung zur Erbringung elektronischer Kommunikationsdienste oder zur Errichtung und/oder zur Bereitstellung elektronischer Kommunikationsnetze und die damit verbundenen Bedingungen auf objektiven, diskriminierungsfreien, angemessenen und nachvollziehbaren Kriterien beruhen.

...“

15. Schließlich ist in Art. 4 der Richtlinie 2002/77 diese Vorschrift zu den „Frequenznutzungsrechten“ enthalten:

„Unbeschadet der von den einzelnen Mitgliedstaaten zum Schutz des Gemeinwohls in Übereinstimmung mit dem Gemeinschaftsrecht eingeführten besonderen Kriterien und Verfahren für die Vergabe von Rechten zur Nutzung von Funkfrequenzen durch Hörfunk- und TV-Inhalteanbieter gilt Folgendes:

...

2. Die Vergabe von Funkfrequenzen für elektronische Kommunikationsdienste muss nach objektiven, nachvollziehbaren, diskriminierungsfreien und angemessenen Kriterien erfolgen.“

III. Sachverhalt und Ausgangsverfahren

16. Der Übergang vom analogen zum digitalen Fernsehen in Italien machte ein Verfahren zur Vergabe der neuen digitalen Sendefrequenzen erforderlich, die leistungsstärker sind als die analogen⁹. Zu diesem Zweck erließ die Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni¹⁰ (AGCOM) am 7. April 2009 die Entscheidung 181/09/CONS¹¹, in der sie die Kriterien für die vollständige Digitalisierung der terrestrischen Netze niederlegte und zugleich einen Mechanismus für die Vergabe der dafür zuzuteilenden Frequenzen festlegte. Diese Entscheidung erging vor dem Hintergrund eines laufenden Vertragsverletzungsverfahrens¹², mit dem die Europäische Kommission anmahnte, Italien dürfe bei der Vergabe seiner digitalen Frequenzen nicht die bisher schon auf dem Markt tätigen Anbieter von analogen Fernsehsendern bevorzugen.

17. Vorgesehen war nunmehr die Zuteilung von digitalen Frequenzen in Form von 21 sogenannten Multiplexen zur landesweiten terrestrischen Übertragung¹³. Dabei ermöglicht ein Multiplex die Bündelung verschiedener Audio-, Video- und Datensignale zu einem gemeinsamen Datenstrom, wodurch die Ausnutzung der zur Verfügung stehenden Frequenzen und Leitungen optimiert wird.

18. Um eine gerechte Verteilung dieser digitalen Multiplexe sicherzustellen, bei der nicht nur die bisherigen Betreiber analoger Fernsehsender berücksichtigt würden, sondern auch diejenigen, die bereits zuvor in die Schaffung digitaler Netze investiert hatten, sowie außerdem diejenigen, die neu auf diesen Markt vordringen wollten, wurden die 21 Einheiten in drei Gruppen unterteilt, die nach

9 Einer der großen Vorteile des digitalen Fernsehens besteht darin, dass – anders als beim analogen Fernsehen – in ein und demselben Frequenzbereich mehrere Programme übertragen werden können.

10 Italienische Kommunikationsregulierungsbehörde.

11 Diese Entscheidung erhielt durch das Gesetzesdekret (Decreto-legge) Nr. 59/2008 in Verbindung mit dem Gesetz Nr. 101/2008 Gesetzeskraft.

12 Vgl. oben, Fn. 3.

13 Einige Verfahrensbeteiligte sprechen von insgesamt 22 Multiplexen. Die Divergenz kann jedoch für die Zwecke des vorliegenden Vorabentscheidungsverfahrens auf sich beruhen.

unterschiedlichen Kriterien zu vergeben waren. Außerdem wurde als Obergrenze festgelegt, dass kein Netzbetreiber alleine über insgesamt mehr als fünf Multiplexe verfügen dürfte; eine solche Höchstzahl von fünf Multiplexen war auch von der Kommission im Vertragsverletzungsverfahren angemahnt worden.

19. Konkret sollte die Zuteilung der besagten 21 Multiplexe wie folgt vorgenommen werden:

- In einer *ersten Gruppe* waren acht Multiplexe der Umwandlung der bestehenden analogen Fernsehnetze in digitale Fernsehnetze vorbehalten. Dies sollte auf der Grundlage einer gerechten Zuteilung erfolgen, bei der die Kontinuität des Fernsehangebots zu berücksichtigen sein würde. Jeder bisherige Anbieter von Analogfernsehen sollte dementsprechend mindestens einen Multiplex zugeteilt bekommen, Anbieter mit mehreren analogen Sendern sollten jedoch jeweils einen Multiplex weniger erhalten, als es der Zahl ihrer analogen Sender entsprochen hätte. Auf diese Weise erhielten u. a. Rai und Mediaset, die bislang jeweils drei analoge Fernsehsender betrieben hatten, je zwei Multiplexe, wohingegen TIMB, die bislang zwei analoge Fernsehsender im Sortiment hatte, ihrerseits einen Multiplex erlangte; an Rete A und zwei weitere Netzbetreiber ging ebenfalls je ein Multiplex.
- In einer *zweiten Gruppe* sollten acht Multiplexe an diejenigen Netzbetreiber vergeben werden, die in die Schaffung digitaler Netze investiert hatten. Dadurch erhielten Rai, Mediaset und TIMB jeweils zwei weitere Multiplexe, während Rete A und ein anderer Netzbetreiber je einen Multiplex erlangten.
- In einer *dritten Gruppe* sollten schließlich die verbleibenden fünf Multiplexe, die auch als „digitale Dividende“ bezeichnet werden¹⁴, als zusätzliche neue Frequenzen nach objektiven, transparenten, verhältnismäßigen und nichtdiskriminierenden Kriterien vergeben werden.

20. Auf dieser Grundlage nahm das italienische Ministerium für wirtschaftliche Entwicklung¹⁵ die Zuteilung der digitalen Multiplexe vor.

21. Im vorliegenden Fall betrifft der Rechtsstreit des Ausgangsverfahrens nur einen Teil dieser Multiplexe, und zwar jene der ersten Gruppe. Da sie sich durch die Methode zur Umwandlung der analogen Frequenzen in digitale¹⁶ gegenüber ihren größeren Wettbewerbern benachteiligt fühlte, erhob TIMB Klage beim Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio¹⁷ (TAR), mit dem Ziel, einen zusätzlichen Multiplex aus der besagten ersten Gruppe sowie Schadensersatz zu erlangen.

22. Vor dem TAR argumentierte TIMB u. a., in ihrem Fall habe sich bei der Umwandlung der bisherigen analogen Frequenzen in neue digitale Frequenzen ein weniger günstiges Umwandlungsverhältnis ergeben als im Fall von Rai und Mediaset: Während nämlich TIMB für zwei analoge Frequenzen einen Multiplex erhalten habe, was auf ein Umwandlungsverhältnis von 50 % hinauslaufe, seien Rai und Mediaset für jeweils drei analoge Fernsehsender je zwei Multiplexe gewährt worden, was einem günstigeren Umwandlungsverhältnis von 66,67 % entspreche. Außerdem bemängelte TIMB, die Umwandlung in digitale Frequenzen sei im Fall von Rai und Mediaset unter Berücksichtigung analoger Fernsehsender erfolgt, die bislang von den beiden letztgenannten Netzbetreibern unter Missachtung der gesetzlichen Konzentrationsschwellen und damit illegal betrieben wurden.

¹⁴ Zum Begriff der digitalen Dividende siehe den 26. Erwägungsgrund der Richtlinie 2009/140; vgl. außerdem Punkt 1 der Mitteilung der Europäischen Kommission vom 13. November 2007, „Ausschöpfung der digitalen Dividende in Europa: ein gemeinsames Konzept für die Nutzung der durch die Digitalumstellung frei werdenden Frequenzen“, KOM(2007) 700 endgültig.

¹⁵ Ministero dello sviluppo economico (MiSE).

¹⁶ Siehe oben, erster Gedankenstrich der Rn. 19 dieser Schlussanträge.

¹⁷ Verwaltungsgericht für die Region Latium.

23. Nachdem ihre Klage in erster Instanz erfolglos geblieben war¹⁸, verfolgte TIMB ihr Rechtsschutzbegehren in der Berufungsinstanz vor dem Consiglio di Stato¹⁹, dem vorlegenden Gericht, weiter. Während dieses Berufungsverfahrens vor dem Consiglio di Stato kam es zum Zusammenschluss von TIMB mit Rete A, die ihrerseits bereits Inhaberin von zwei Multiplexen war. Das aus dem Zusammenschluss hervorgegangene neue Unternehmen namens Persidera verfügt seither über insgesamt fünf Multiplexe, was in Italien – wie bereits erwähnt – der gesetzlichen Höchstzahl für jeden Netzbetreiber entspricht.

IV. Vorabentscheidungsersuchen und Verfahren vor dem Gerichtshof

24. Mit Beschluss vom 2. Juli 2015, eingegangen am 24. Februar 2016, hat der Consiglio di Stato sein Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof nach Art. 267 AEUV folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

- 1) Stehen das Recht der Europäischen Union und insbesondere die Art. 56, 101, 102 und 106 AEUV, Art. 9 der Richtlinie 2002/21/EG, die Art. 3, 5 und 7 der Richtlinie 2002/20/EG und die Art. 2 und 4 der Richtlinie 2002/77/EG sowie die Grundsätze der Nichtdiskriminierung, der Transparenz, der Wettbewerbsfreiheit, der Verhältnismäßigkeit, der Effektivität und des Pluralismus der Information einer nationalen Rechtsvorschrift entgegen, die zur Festlegung der Zahl der digitalen Netze, die Betreibern zur Umwandlung von analogen Netzen zuzuteilen sind, in gleichem Maße wie die Berücksichtigung analoger Netze, deren Betrieb eine uneingeschränkte Legitimität besitzt, auch die Berücksichtigung derjenigen analogen Netze vorsieht, die in der Vergangenheit unter Verstoß gegen die Konzentrationsschwellen gemäß nationalen Rechtsvorschriften, die vom Gerichtshof oder der Europäischen Kommission bereits beanstandet wurden, oder jedenfalls ohne Konzession betrieben wurden?
- 2) Stehen das Recht der Europäischen Union und insbesondere die Art. 56, 101, 102 und 106 AEUV, Art. 9 der Richtlinie 2002/21, die Art. 3, 5 und 7 der Richtlinie 2002/20 und die Art. 2 und 4 der Richtlinie 2002/77 sowie die Grundsätze der Nichtdiskriminierung, der Transparenz, der Wettbewerbsfreiheit, der Verhältnismäßigkeit, der Effektivität und des Pluralismus der Information einer nationalen Rechtsvorschrift entgegen, die zur Festlegung der Zahl der digitalen Netze, die Betreibern zur Umwandlung von analogen Netzen zuzuteilen sind – und die die Berücksichtigung aller bis zu diesem Zeitpunkt gleichwie betriebenen analogen Netze vorsieht, auch wenn deren Betrieb gegen die Konzentrationsschwellen gemäß nationalen Rechtsvorschriften verstieß, die vom Gerichtshof oder der Europäischen Kommission bereits beanstandet wurden, oder jedenfalls ohne Konzession stattfand –, konkret gegenüber einem Betreiber mehrerer Netze eine Kürzung der Zahl der zugeteilten digitalen Netze gegenüber den analog betriebenen Netzen vorsieht, die proportional größer ist als die den Wettbewerbern auferlegte Kürzung?

25. Am Verfahren vor dem Gerichtshof haben sich Persidera, Rai und Reti televisive italiane (RTI)²⁰, die Regierungen Italiens und Sloweniens sowie die Europäische Kommission mit Schriftsätzen beteiligt. Mit Ausnahme Sloweniens waren dieselben Beteiligten auch in der mündlichen Verhandlung vom 2. Februar 2017 vertreten, die unmittelbar im Anschluss an jene in der Rechtssache C-560/15 stattfand.

¹⁸ Vgl. dazu das Urteil Nr. 1398/2014 des Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio.

¹⁹ Staatsrat.

²⁰ RTI gehört zum Mediaset-Konzern.

V. Würdigung

A. Zulässigkeit des Vorabentscheidungsersuchens

26. Gemäß Art. 94 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs²¹ muss das Vorabentscheidungsersuchen neben der Vorlagefrage auch die erforderlichen Angaben zum tatsächlichen und rechtlichen Rahmen des Ausgangsrechtsstreits enthalten. Das vorlegende Gericht hat ferner darzustellen, welcher Zusammenhang zwischen den auszulegenden unionsrechtlichen Vorschriften und dem Ausgangsrechtsstreit besteht, sowie die Gründe anzugeben, aus denen es Zweifel an der Auslegung oder Gültigkeit jener Vorschriften hat. Nach der Rechtsprechung kommt den Angaben zum tatsächlichen und rechtlichen Rahmen in wettbewerbsrechtlichen Verfahren besondere Bedeutung zu²².

1. Keine Entscheidungserheblichkeit der primärrechtlichen Bestimmungen

27. Wie RTI und die italienische Regierung zu Recht hervorheben, enthält das Vorabentscheidungsersuchen im vorliegenden Fall keinerlei Erläuterungen dazu, inwieweit die primärrechtlichen Bestimmungen der Art. 56, 101, 102 und 106 AEUV für die Lösung des Ausgangsrechtsstreits relevant sein sollen.

28. Speziell zu Art. 56 AEUV ist anzumerken, dass der Ausgangsrechtsstreit mit keinem Element über die Grenzen eines einzigen Mitgliedstaats hinausweist und dass das vorlegende Gericht in diesem Fall – anders als seinerzeit in der Rechtssache Centro Europa 7 – nicht auf das in der italienischen Verfassung enthaltene Verbot der Inländerdiskriminierung rekurren möchte²³. Damit ist nicht ersichtlich, inwieweit der Gerichtshof mit der erbetenen Auslegung von Art. 56 AEUV einen Beitrag zur Lösung des Ausgangsrechtsstreits leisten kann.

29. Zu den wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen der Art. 101, 102 und 106 AEUV genügt der Hinweis, dass diese sich auf das Verhalten von Unternehmen beziehen, wohingegen im vorliegenden Fall das Verhalten staatlicher Stellen bei der Vergabe von Fernsehfrequenzen in Rede steht. Zwar verbietet Art. 102 Abs. 1 AEUV in Verbindung mit Art. 106 Abs. 1 AEUV den Mitgliedstaaten, eine Lage zu schaffen, in der es bestimmten Unternehmen – hier: Rai und Mediaset – erleichtert wird, ihre vermeintlich bestehende kollektive marktbeherrschende Stellung missbräuchlich auszunutzen²⁴. Es würde aber zu weit führen, allein wegen der womöglich fehlerhaften Vorgehensweise der innerstaatlichen Stellen Italiens bei der Vergabe der digitalen Fernsehfrequenzen ein wettbewerbswidriges Verhalten von Rai und Mediaset als wahrscheinlich oder gar unausweichlich anzusehen.

30. Sofern das vorlegende Gericht lediglich den *Wettbewerbsgedanken* im Allgemeinen thematisieren möchte, kann der Gerichtshof darauf im Rahmen seiner Ausführungen zu den drei Richtlinien 2002/20, 2002/21 und 2002/77 zur Genüge eingehen; einer gesonderten Auslegung der Art. 101, 102 und 106 AEUV bedarf es dazu nicht.

21 Die Notwendigkeit der Beachtung von Art. 94 der Verfahrensordnung betont der Gerichtshof z. B. im Beschluss vom 12. Mai 2016, Security Service u. a. (C-692/15 bis C-694/15, EU:C:2016:344, Rn. 18). Schon zuvor wurden in ständiger Rechtsprechung inhaltsgleiche Zulässigkeitsanforderungen für Vorabentscheidungsersuchen formuliert; vgl., statt vieler, Urteile vom 24. April 2012, Kamberaj (C-571/10, EU:C:2012:233, Rn. 42), und vom 21. Dezember 2016, Vervloet u. a. (C-76/15, EU:C:2016:975, Rn. 56 und 57).

22 In diesem Sinne Beschluss vom 8. Oktober 2002, Viacom (C-190/02, EU:C:2002:569, Rn. 21 und 22), sowie Urteile vom 26. Januar 1993, Telemarsicabruzzo u. a. (C-320/90 bis C-322/90, EU:C:1993:26, Rn. 7), vom 31. Januar 2008, Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59, Rn. 58), vom 21. November 2013, Deutsche Lufthansa (C-284/12, EU:C:2013:755, Rn. 20), und vom 13. Februar 2014, Airport Shuttle Express u. a. (C-162/12 und C-163/12, EU:C:2014:74, Rn. 38).

23 Urteil vom 31. Januar 2008, Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59, Rn. 64 bis 71, insbesondere Rn. 69).

24 In diesem Sinne Urteile vom 18. Juni 1991, ERT (C-260/89, EU:C:1991:254, Rn. 37), vom 31. Januar 2008, Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59, Rn. 60), und vom 1. Juli 2008, MOTOE (C-49/07, EU:C:2008:376, Rn. 50); vgl. auch meine Schlussanträge in der Rechtssache Taricco u. a. (C-105/14, EU:C:2015:293, Rn. 60).

31. Folglich sind die Vorlagefragen insoweit für unzulässig zu erklären, als sie auf die Auslegung der Art. 56, 101, 102 und 106 AEUV abzielen.

2. Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefragen in Bezug auf Persidera

32. Die italienische Regierung meint ferner, dem Vorabentscheidungsersuchen fehle es an Entscheidungserheblichkeit, weil Persidera zwischenzeitlich ohnehin die maximal erreichbare Anzahl von fünf Multiplexen mit Sendefrequenzen für das Digitalfernsehen erzielt habe.

33. Zutreffend ist, dass ein Ersuchen um Vorabentscheidung als unzulässig anzusehen ist, wenn feststeht, dass sich der Ausgangsrechtsstreit erledigt hat²⁵. Im vorliegenden Fall bestehen jedoch keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine solche Erledigung, schon gar nicht ist sie offensichtlich. Im Gegenteil ergibt sich aus den Akten, dass Persidera vor den nationalen Verwaltungsgerichten nicht nur die Zuteilung eines weiteren digitalen Multiplex, sondern auch Schadensersatz begehrt. Da nicht ausgeschlossen ist, dass dem Unternehmen für ein vergangenes rechtswidriges Verhalten der italienischen Stellen Schadensersatz zugesprochen werden kann, bleibt es insoweit bei der Vermutung der Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefragen²⁶.

34. Vor diesem Hintergrund ist der Erledigungseinwand der italienischen Regierung zurückzuweisen.

3. Hinreichende Angaben zur behaupteten Illegalität zweier Fernsehsender

35. Schließlich bleibt zu erörtern, ob das Vorabentscheidungsersuchen womöglich deshalb für unzulässig zu erklären ist, weil es zu wenig Erläuterungen zu der von Persidera behaupteten Illegalität des Betriebs zweier Fernsehsender ihrer Konkurrenten enthält. Diese Illegalität ist die Prämisse, auf der das gesamte Vorabentscheidungsersuchen beruht: Sowohl die erste als auch die zweite Vorlagefrage knüpft ausdrücklich daran an.

36. Zugegebenermaßen ist der Vorlagebeschluss des Consiglio di Stato in diesem Punkt kein Musterbeispiel an Klarheit und Genauigkeit. Man hätte sich wünschen dürfen, dass im Vorlagebeschluss konkreter und strukturierter mitgeteilt wird, woraus genau sich die behauptete Illegalität ergibt und wie sie sich auswirkt. Dazu aber enthält der Vorlagebeschluss nur sehr spärliche tatsächliche und rechtliche Angaben.

37. Gleichwohl bin ich der Auffassung, dass das Vorabentscheidungsersuchen – trotz seiner unbestreitbaren Mängel – hinreichend klar zum Ausdruck bringt, welche Art von Illegalität gemeint ist. Es geht hier, wie schon der Wortlaut der beiden Vorlagefragen zeigt, um einen behaupteten „Verstoß gegen die Konzentrationsschwellen gemäß nationalen Rechtsvorschriften“ und darum, dass die besagten Fernsehsender „ohne Konzession betrieben werden“.

38. Wie sich im Übrigen aus den Akten ergibt, handelt es sich bei den beiden vermeintlich rechtswidrig betriebenen Fernsehsendern zum einen um den Kanal „RAI 3“ der staatlichen Fernsehgesellschaft Rai und zum anderen um den Kanal „Rete 4“ des privaten Mediaset-Konzerns. Im Wesentlichen argumentiert Persidera, beim Übergang vom analogen zum digitalen Fernsehen hätte die Berücksichtigung jener beiden Kanäle zu einer ungerechtfertigten Bevorzugung von Rai und Mediaset gegenüber ihren kleineren Konkurrenten geführt. Rai und Mediaset hätten auf diese Weise mehr digitale Frequenzen in Form von Multiplexen erhalten, als ihnen eigentlich zuständen.

²⁵ Urteile vom 20. Januar 2005, *García Blanco* (C-225/02, EU:C:2005:34), und vom 24. Oktober 2013, *Stoilov i Ko* (C-180/12, EU:C:2013:693), sowie Beschluss vom 14. Oktober 2010, *Reinke* (C-336/08, EU:C:2010:604).

²⁶ Urteile vom 7. September 1999, *Beck und Bergdorf* (C-355/97, EU:C:1999:391, Rn. 22), vom 16. Juni 2015, *Gauweiler u. a.* (C-62/14, EU:C:2015:400, Rn. 25), vom 6. September 2016, *Petruhhin* (C-182/15, EU:C:2016:630, Rn. 20), und vom 21. Dezember 2016, *Vervloet u. a.* (C-76/15, EU:C:2016:975, Rn. 57).

39. Damit liegen dem Gerichtshof zu diesem Punkt ausreichende Angaben für eine sachdienliche Beantwortung der Vorlagefragen vor. Dies zeigen nicht zuletzt auch die Stellungnahmen, welche die zahlreichen Verfahrensbeteiligten im vorliegenden Fall vor dem Gerichtshof abgegeben haben²⁷.

40. Folglich ist das Vorabentscheidungsersuchen unter dem Gesichtspunkt der behaupteten Illegalität zweier Fernsehsender als zulässig anzusehen.

41. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass mehrere Verfahrensbeteiligte – namentlich Rai, RTI und die italienische Regierung – mit Nachdruck behaupten, es liege in Bezug auf „RAI 3“ und „Rete 4“ in Wirklichkeit gar keine Illegalität vor. Denn nach ständiger Rechtsprechung²⁸ hat sich der Gerichtshof hinsichtlich der für das Ausgangsverfahren maßgeblichen Sach- und Rechtslage allein an die Schilderung des vorlegenden Gerichts zu halten, deren Richtigkeit er nicht überprüft²⁹, mag diese auch von bestimmten Verfahrensbeteiligten – hier: Rai, RTI und Italien – in Zweifel gezogen werden.

4. Zwischenergebnis

42. Alles in allem ist somit das Vorabentscheidungsersuchen nur insoweit unzulässig, als es sich auf die Art. 56, 101, 102 und 106 AEUV bezieht. Im Übrigen ist es hingegen als zulässig anzusehen.

B. Inhaltliche Würdigung der Vorlagefragen

43. Sowohl der Sachverhalt des Ausgangsrechtsstreits als auch das anwendbare Recht zeichnen sich durch eine erhebliche Komplexität aus. Leider waren weder die Ausführungen des vorlegenden Gerichts noch die der Verfahrensbeteiligten dazu angetan, Licht ins Dunkel zu bringen. Eher trugen sie dazu bei, den Fall unnötig zu verkomplizieren und den Blick auf das Wesentliche zu verstellen.

44. Das vorliegende Verfahren ist, wie bereits erwähnt, vor dem Hintergrund des Übergangs vom analogen zum digitalen Fernsehen in Italien zu sehen und beleuchtet in rechtlicher Hinsicht einen Teilausschnitt dieses Übergangs: Es betrifft ausschließlich die Berechnung der Anzahl der digitalen Sendefrequenzen, welche den bereits zuvor auf dem analogen Fernsehmarkt aktiven Netzbetreibern zuzuteilen waren. In welchem Ausmaß durfte bei der Berechnung dieser zu vergebenden digitalen Frequenzen die Anzahl der analogen Fernsehprogramme berücksichtigt werden, welche bislang von den jeweiligen Unternehmen ausgestrahlt wurden? Durften vermeintlich illegal betriebene analoge Fernsehkanäle in die Berechnung mit einfließen (erste Vorlagefrage), und durfte diese Berechnung in arithmetischer Hinsicht zu unterschiedlichen Umwandlungsverhältnissen je Netzbetreiber führen (zweite Vorlagefrage)?

45. Meines Erachtens sind die beiden vom Consiglio di Stato gestellten Fragen so eng miteinander verbunden, dass es sich anbietet, sie gemeinsam zu erörtern.

²⁷ Vgl. im selben Sinne, statt vieler, Urteil vom 18. Oktober 2011, Boxus u. a. (C-128/09 bis C-131/09, C-134/09 und C-135/09, EU:C:2011:667, Rn. 27).

²⁸ Vgl., statt vieler, Urteile vom 25. Januar 2011, Neukirchinger (C-382/08, EU:C:2011:27, Rn. 41), und vom 6. Oktober 2015, Târșia (C-69/14, EU:C:2015:662, Rn. 13).

²⁹ Ständige Rechtsprechung, vgl. etwa Urteile vom 13. Oktober 2016, Polkomtel (C-231/15, EU:C:2016:769, Rn. 16), und vom 31. Januar 2017, Lounani (C-573/14, EU:C:2017:71, Rn. 56).

1. Die maßgeblichen unionsrechtlichen Vorschriften und Rechtsgrundsätze

46. Maßgeblich für die Beantwortung beider Fragen sind in erster Linie diverse sekundärrechtliche Vorschriften des neuen gemeinsamen Rechtsrahmens, namentlich die Art. 8 und 9 der Richtlinie 2002/21, die Art. 3, 5 und 7 der Richtlinie 2002/20 sowie die Art. 2 und 4 der Richtlinie 2002/77. All diese Vorschriften bringen gemeinsam zum Ausdruck, dass den Mitgliedstaaten bei der Frequenzvergabe ein gewisser Gestaltungsspielraum zukommt, von dem sie allerdings unter Beachtung der allgemeinen unionsrechtlichen Grundsätze der Nichtdiskriminierung, der Transparenz und der Verhältnismäßigkeit Gebrauch machen müssen, wobei sie auch auf eine effiziente Verwaltung und Nutzung der Frequenzen zu achten sowie dem Wettbewerbsgedanken und dem Pluralismus der Medien gebührend Rechnung zu tragen haben.

47. Die genannten Vorschriften und Rechtsgrundsätze sind nicht nur bei der erstmaligen Frequenzvergabe, sondern auch bei jeder weiteren Frequenzvergabe zu beachten – also etwa bei dem hier in Rede stehenden Übergang von analogen zu digitalen Frequenzen³⁰. Denn zum einen findet der neue gemeinsame Rechtsrahmen auf alle Vorgänge Anwendung, die zu einer Vergabe von Frequenzen führen³¹; ansonsten könnte das unionsrechtlich vorgegebene Ziel nicht erreicht werden, dauerhaft einen Zustand zu schaffen, der den Anforderungen des neuen gemeinsamen Rechtsrahmens entspricht. Zum anderen führte speziell der Übergang zur neuen Technologie des Digitalfernsehens in Wirklichkeit zur erstmaligen Vergabe dieser neuen Art von Sendefrequenzen.

48. Im vorliegenden Fall war klar und nachvollziehbar, nach welcher Methode die Umwandlung der bislang genutzten analogen Fernsehfrequenzen in digitale in Italien vorgenommen wurde. Dementsprechend liegt das Problem nicht so sehr bei einer etwa fehlenden Transparenz des Umwandlungsvorgangs. Vielmehr fühlt sich Persidera aufgrund der von den nationalen Stellen in Italien gewählten *Umwandlungsmethode* gegenüber ihren größeren Wettbewerbern – namentlich gegenüber Rai und Mediaset – *benachteiligt*. Der Streit dreht sich also letztlich um den Grundsatz der Gleichbehandlung bzw. Nichtdiskriminierung³², bei dessen Anwendung naturgemäß auch die anderen Prinzipien, auf denen der neue gemeinsame Rechtsrahmen beruht, sowie Verhältnismäßigkeitserwägungen eine gewichtige Rolle spielen.

49. Wie sämtliche allgemeinen Rechtsgrundsätze des Unionsrechts sind sowohl der Grundsatz der Gleichbehandlung als auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit von den Mitgliedstaaten bei der Durchführung des Unionsrechts zu beachten³³. Die Mitgliedstaaten dürfen sich auf keine Auslegung der einschlägigen Richtlinien stützen, die mit allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts kollidieren würde³⁴. Der neue gemeinsame Rechtsrahmen ruft diese primärrechtliche Pflicht übrigens seinerseits, auf sekundärrechtlicher Ebene, in Erinnerung und konkretisiert sie namentlich in Art. 8 Abs. 1, in Art. 9 Abs. 1 Satz 2 und im 19. Erwägungsgrund der Richtlinie 2002/21, ferner in Art. 5 Abs. 2 Unterabs. 2 und in Art. 7 Abs. 3 der Richtlinie 2002/20, sowie schließlich in Art. 2 Abs. 4 und in Art. 4 Nr. 2 der Richtlinie 2002/77³⁵.

30 Ähnlich Urteil vom 21. März 2013, Belgacom u. a. (C-375/11, EU:C:2013:185, Rn. 37 bis 39), zur Anwendung der Richtlinie 2002/20 auf die Verlängerung bereits zugewiesener Nutzungsrechte für Funkfrequenzen.

31 Angedeutet wird dies etwa in Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2002/20, wo von der Erteilung „weiterer“ Nutzungsrechte für Funkfrequenzen die Rede ist.

32 Zu dieser Begrifflichkeit vgl. etwa Urteil vom 12. September 2006, Eman und Sevinger (C-300/04, EU:C:2006:545, Rn. 57); im Folgenden werde ich aus Vereinfachungsgründen durchgehend vom Grundsatz der Gleichbehandlung sprechen.

33 Vgl. grundlegend zur Beachtlichkeit der allgemeinen Rechtsgrundsätze des Unionsrechts Urteile vom 10. März 2009, Heinrich (C-345/06, EU:C:2009:140, Rn. 45, zweiter Satz), und vom 26. April 2005, „Goed Wonen“ (C-376/02, EU:C:2005:251, Rn. 32); speziell zum Grundsatz der Gleichbehandlung Urteil vom 11. Juli 2006, Chacón Navas (C-13/05, EU:C:2006:456, Rn. 56, erster und zweiter Satz), sowie zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Urteile vom 10. März 2005, Tempelman und van Schaijk (C-96/03 und C-97/03, EU:C:2005:145, Rn. 46), und vom 9. März 2010, ERG u. a. (C-379/08 und C-380/08, EU:C:2010:127, Rn. 86).

34 Urteile vom 6. November 2003, Lindqvist (C-101/01, EU:C:2003:596, Rn. 87), vom 26. Juni 2007, Ordre des barreaux francophones et germanophones u. a. (C-305/05, EU:C:2007:383, Rn. 28, zweiter Satz), vom 21. Dezember 2011, NS (C-411/10 und C-493/10, EU:C:2011:865, Rn. 77), und vom 19. September 2013, Überprüfung Kommission/Strack (C-579/12 RX-II, EU:C:2013:570, Rn. 40).

35 Art. 2 Abs. 4 und Art. 4 Nr. 2 der Richtlinie 2002/77 sprechen von „angemessenen“ Kriterien, was aber nichts anderes als eine Bezugnahme auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz darstellt.

2. Der Grundsatz der Gleichbehandlung

50. Der unionsrechtliche Grundsatz der Gleichbehandlung, der inzwischen auch in den Art. 20 und 21 der Charta der Grundrechte verankert ist, besagt nach ständiger Rechtsprechung, dass vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleich behandelt werden dürfen, es sei denn, eine solche Behandlung wäre objektiv gerechtfertigt³⁶.

a) Ungleichbehandlung

51. Die Vergleichbarkeit von Sachverhalten ist u. a. im Lichte des Ziels und des Zwecks der jeweiligen Maßnahme zu beurteilen. Dabei sind die Grundsätze und Ziele des Regelungsbereichs zu berücksichtigen, dem die in Rede stehende Maßnahme unterfällt³⁷.

52. Im vorliegenden Fall ist somit die Lage von Rai, Mediaset und Persidera im Hinblick auf die Zuteilung jener acht Multiplexe zu untersuchen, die in der ersten Gruppe von digitalen Fernsehfrequenzen zu vergeben waren³⁸. Diese Frequenzen dienten, wie bereits erwähnt, der Sicherstellung der Kontinuität des Fernsehangebots und waren ausschließlich an Netzbetreiber zu vergeben, die bereits zuvor analoge Fernsehsender im Sortiment hatten.

53. Speziell in Bezug auf die Zuteilung dieser acht Multiplexe und die damit verfolgten Ziele befanden sich Rai, Mediaset und Persidera, soweit ersichtlich, in einer absolut vergleichbaren Lage: Alle drei Unternehmen hatten nämlich bereits bislang in Italien analoge Fernsehsender betrieben. Somit konnte jedes dieser Unternehmen nach dem für Italien erarbeiteten Frequenzvergabeplan digitale Frequenzen aus der ersten Gruppe von acht Multiplexen beanspruchen, welche ihm die Fortführung seiner jeweiligen Fernsehprogramme ermöglichen sollten.

54. Sicherlich kam es in diesem Zusammenhang *formal* betrachtet zwischen Rai, Mediaset und Persidera zu keiner Ungleichbehandlung. Vielmehr wurde auf alle bisherigen Betreiber von analogen Fernsehsendern in Italien die gleiche Umwandlungsmethode angewandt. Danach erhielten alle Netzbetreiber, die bislang schon analoges Fernsehen angeboten hatten, mindestens einen digitalen Multiplex, und diejenigen unter ihnen, die bislang über mehrere analoge Fernsehsender verfügt hatten, bekamen jeweils einen digitalen Multiplex weniger zugesprochen, als es eigentlich der Zahl ihrer analogen Sender entsprochen hätte.

55. Der Grundsatz der Gleichbehandlung erfasst jedoch nicht nur formale (direkte, unmittelbare) Ungleichbehandlungen, sondern auch *materielle* (indirekte, mittelbare) Ungleichbehandlungen, bei denen sich die Anwendung eines scheinbar neutralen Kriteriums in Wirklichkeit besonders zulasten eines bestimmten Betroffenen oder einer bestimmten Gruppe von Betroffenen auswirkt³⁹.

36 Urteile vom 16. Dezember 2008, Arcelor Atlantique et Lorraine u. a. (C-127/07, EU:C:2008:728, Rn. 23), vom 14. September 2010, Akzo Nobel Chemicals und Akros Chemicals/Kommission (C-550/07 P, EU:C:2010:512, Rn. 54 und 55), und vom 21. Dezember 2016, Vervloet u. a. (C-76/15, EU:C:2016:975, Rn. 74).

37 Urteile vom 16. Dezember 2008, Arcelor Atlantique et Lorraine u. a. (C-127/07, EU:C:2008:728, Rn. 25 und 26), vom 1. März 2011, Association belge des Consommateurs Test-Achats u. a. (C-236/09, EU:C:2011:100, Rn. 29), vom 11. Juli 2013, Ziegler/Kommission (C-439/11 P, EU:C:2013:513, Rn. 167), und vom 6. November 2014, Feakins (C-335/13, EU:C:2014:2343, Rn. 51).

38 Vgl. dazu oben, Rn. 19 dieser Schlussanträge.

39 So etwa, aus der Perspektive des Diskriminierungsverbots im Rahmen der Freizügigkeit der Arbeitnehmer, Urteil vom 14. Februar 1995, Schumacker (C-279/93, EU:C:1995:31, Rn. 49). Zum Begriffspaar der formalen (formellen) und materiellen Diskriminierung vgl. ergänzend auch die Schlussanträge des Generalanwalts Lagrange in der Rechtssache Italien/Kommission (13/63, EU:C:1963:9) und des Generalanwalts VerLoren van Themaat in den verbundenen Rechtssachen Seco und Desquenne & Giral (62/81 und 63/81, EU:C:1981:305).

56. Im vorliegenden Fall wirkte sich die besagte Umwandlungsmethode in besonderer Weise zum Nachteil von Persidera (ehemals TIMB) aus, die im Gegensatz zu den beiden großen Netzbetreibern Rai und Mediaset bislang nicht drei, sondern nur zwei analoge Fernsehsender im Programm hatte. Während sich nämlich für Rai und Mediaset ein Umwandlungsverhältnis von je 66,67 % ergab (für jeweils drei analoge Fernsehsender wurden ihnen je zwei digitale Multiplexe zugesprochen), betrug das Umwandlungsverhältnis im Fall von Persidera – ehemals TIMB – lediglich 50 % (für ihre zwei analogen Fernsehsender wurde TIMB ein einziger digitaler Multiplex gewährt).

57. Damit führte die von Italien herangezogene Methode für die Umwandlung bestehender analoger in neue digitale Sendefrequenzen zwar nicht hinsichtlich der *Umwandlungsmethode*, wohl aber beim erzielten *Umwandlungsergebnis* zu einer evidenten Ungleichbehandlung von Persidera gegenüber ihren beiden größeren Wettbewerbern Rai und Mediaset.

b) Rechtfertigung

58. Der neue gemeinsame Rechtsrahmen lässt ausdrücklich zu, dass die nationalen Behörden im Rahmen der Zuteilung und Nutzung von Frequenzen Maßnahmen treffen, mit denen im Allgemeininteresse liegende Ziele verfolgt werden (siehe insbesondere Art. 9 Abs. 1 Unterabs. 2 und Abs. 4 Unterabs. 2 der Richtlinie 2002/21 sowie Art. 5 Abs. 1 Satz 2 letzter Gedankenstrich und Abs. 2 Unterabs. 2 der Richtlinie 2002/20)⁴⁰.

59. Im Verfahren vor dem Gerichtshof wurden im Wesentlichen zwei Rechtfertigungsgründe für die beschriebene Ungleichbehandlung vorgebracht: Zum einen habe der italienische Staat die Kontinuität des Fernsehangebots sicherstellen wollen⁴¹. Zum anderen sei es unmöglich gewesen, für jeden Netzbetreiber das exakt identische Umwandlungsverhältnis zu erzielen, da angesichts der Unteilbarkeit der Frequenzen an kein Unternehmen Bruchteile von Multiplexen hätten vergeben werden können. Beiden Zielen wende ich mich nachfolgend gesondert zu und unterziehe die zur Erreichung dieser Ziele getroffenen Maßnahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung.

60. Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der zu den allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts gehört, dürfen die getroffenen Maßnahmen nicht die Grenzen dessen überschreiten, was zur Erreichung der mit der fraglichen Regelung verfolgten legitimen Ziele geeignet und erforderlich ist, wobei, wenn mehrere geeignete Maßnahmen zur Auswahl stehen, die am wenigsten belastende zu wählen ist und ferner die verursachten Nachteile nicht außer Verhältnis zu den angestrebten Zielen stehen dürfen⁴².

⁴⁰ Vgl. außerdem den 36. Erwägungsgrund der Richtlinie 2009/140.

⁴¹ Rai weist zusätzlich auf ihre besondere Verpflichtung zur Erbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge hin. Dieser Aspekt wird jedoch vom vorlegenden Gericht nicht eigens thematisiert, weswegen ich ihn nachfolgend auch nicht eingehend erörtere. Ich beschränke mich hier auf den Hinweis, dass meine Ausführungen zur Sicherstellung der Kontinuität des Fernsehangebots, insbesondere jene zur Verhältnismäßigkeit, auch auf die Vergabe von Frequenzen mit dem Ziel der Sicherstellung von Daseinsvorsorgeleistungen übertragbar sind.

⁴² Urteil vom 11. Juli 1989, Schröder HS Kraftfutter (265/87, EU:C:1989:303, Rn. 21), vom 3. Juli 2003, Lennox (C-220/01, EU:C:2003:390, Rn. 76), und vom 10. März 2005, Tempelman und van Schaijk (C-96/03 und C-97/03, EU:C:2005:145, Rn. 47); im selben Sinne Urteile vom 9. März 2010, ERG u. a. (C-379/08 und C-380/08, EU:C:2010:127, Rn. 86), und vom 16. Juni 2015, Gauweiler u. a. (C-62/14, EU:C:2015:400, Rn. 67 und 91).

61. Deutlich eleganter, aber inhaltlich völlig übereinstimmend, formulieren etwa die französischen Gerichte in gefestigter Rechtsprechung, dass eine Maßnahme „zur Verwirklichung des von ihr verfolgten Ziels geeignet, erforderlich und verhältnismäßig“ sein muss⁴³. Ähnlich prägnant ist die von der deutschen Rechtsprechung geprägte Formel, die verlangt, dass ein Grundrechtseingriff „einem legitimen Zweck dient und als Mittel zu diesem Zweck geeignet, erforderlich und angemessen ist“⁴⁴.

62. Da im vorliegenden Fall mit der Freiheit und dem Pluralismus der Medien einer der grundlegenden Werte für das Zusammenleben in einer demokratischen Gesellschaft berührt ist (vgl. auch Art. 11 Abs. 2 der Charta der Grundrechte), sind bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit strenge Maßstäbe anzulegen⁴⁵. Eine Ungleichbehandlung kann deshalb nur akzeptiert werden, wenn sie unerlässlich ist, um im Allgemeininteresse liegende Ziele in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen.

i) Die Sicherstellung der Kontinuität des Fernsehangebots

63. Was zunächst die Sicherstellung der Kontinuität des Fernsehangebots anbelangt, so handelt es sich um ein legitimes Interesse, auf das sich die nationalen Behörden bei der Erstellung ihres Frequenzvergabeplans stützen durften.

64. Die besagte Kontinuität dient insbesondere dem Schutz der Verbraucher, welcher u. a. im 6. Erwägungsgrund der Richtlinie 2002/21 an prominenter Stelle Erwähnung findet und sich überdies in dem Postulat widerspiegelt, „den Nutzen für die Nutzer zu maximieren“ (Art. 7 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 2002/20). Den Verbrauchern wird auf diese Weise die Ausübung ihres Grundrechts der Informationsfreiheit (Art. 11 Abs. 1 Satz 2 der Charta der Grundrechte), aber auch die Befriedigung ihrer kulturellen Bedürfnisse erleichtert, wenn ihnen trotz des Übergangs vom analogen zum digitalen Fernsehen weiterhin ihre gewohnten Fernsehsender zur Verfügung stehen.

65. Dieser Kontinuität des Fernsehangebots mag es durchaus zuträglich sein, wenn die zuständigen nationalen Behörden eine Gruppe von digitalen Multiplexen denjenigen Netzbetreibern vorbehalten, die bisher schon analoge Fernsehsender in ihrem Sortiment hatten, und jedem von ihnen in Aussicht stellen, dass er genügend digitale Frequenzen erhalten wird, um sein bisheriges analoges Angebot in digitaler Form fortzuführen.

66. Nach gefestigter Rechtsprechung ist jedoch eine Maßnahme nur dann geeignet, die Verwirklichung des geltend gemachten Ziels zu gewährleisten, wenn sie tatsächlich dem Anliegen gerecht wird, es in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen⁴⁶.

43 Im französischen Original: „adaptée, nécessaire et proportionnée à la finalité qu'elle poursuit“; siehe z. B. Conseil constitutionnel, Entscheidungen Nr. 2015-527 QPC vom 22. Dezember 2015 (FR:CC:2015:2015.527.QPC, Rn. 4 und 12) und Nr. 2016-536 QPC vom 19. Februar 2016 (FR:CC:2016:2016.536.QPC, Rn. 3 und 10); ähnlich Conseil d'État, Urteil Nr. 317827 vom 26. Oktober 2011 (FR:CEASS:2011:317827.20111026).

44 Siehe dazu etwa die jüngere Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts, z. B. *BVerfGE* 120, 274, 318 f. (DE:BVerfG:2008:rs20080227.1bvr037007, Rn. 218). „Angemessen“ ist in diesem Zusammenhang ein Synonym für „verhältnismäßig im engeren Sinne“.

45 In diesem Sinne Urteil vom 8. April 2014, *Digital Rights Ireland u. a.* (C-293/12 und C-594/12, EU:C:2014:238, Rn. 47), wo der Gerichtshof betont, dass der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers anhand einer Reihe von Gesichtspunkten eingeschränkt sein kann, zu denen u. a. der betroffene Bereich, das Wesen des fraglichen durch die Charta gewährleisteten Rechts, Art und Schwere des Eingriffs sowie dessen Zweck gehören.

46 Urteile vom 10. März 2009, *Hartlauer* (C-169/07, EU:C:2009:141, Rn. 55), vom 17. November 2009, *Presidente del Consiglio dei Ministri* (C-169/08, EU:C:2009:709, Rn. 42), und vom 13. Juli 2016, *Pöpperl* (C-187/15, EU:C:2016:550, Rn. 34). Diese zu den Grundfreiheiten ergangene Rechtsprechung muss auch für den sekundärrechtlich geregelten neuen gemeinsamen Rechtsrahmen gelten, zumal dieser u. a. der Verwirklichung der Grundfreiheiten dient.

67. Sollte sich im Ausgangsrechtsstreit aufgrund der – gegebenenfalls noch zu treffenden – Feststellungen des vorlegenden Gerichts erweisen, dass Rai und Mediaset mit der Zuteilung von jeweils drei Multiplexen überversorgt wurden, weil sie mehr digitale Frequenzen erhalten haben, als zur Fortführung ihrer bisherigen analogen Fernsehsender unerlässlich gewesen wäre⁴⁷, wohingegen Persidera weniger digitale Frequenzen als nötig erhielt oder jedenfalls nicht mit der gleichen Großzügigkeit bedacht wurde, so würde es der von den italienischen Behörden angewandten Umwandlungsmethode an Kohärenz mangeln, und sie könnte dann einer Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht standhalten.

68. Darüber hinaus würde eine Überversorgung der beiden Marktführer RAI und Mediaset dem Wettbewerbsgedanken zuwiderlaufen. Zu den Grundanliegen des neuen gemeinsamen Rechtsrahmens gehört nämlich die Förderung des Wettbewerbs (vgl. insbesondere Art. 7 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 2002/20 sowie Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2002/21)⁴⁸ und die Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen auf dem Gebiet der elektronischen Kommunikationsnetze und -dienste (vgl. insbesondere Art. 5 Abs. 6 der Richtlinie 2002/20 und Art. 8 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2002/21), gepaart mit Anstrengungen zur Förderung des Pluralismus der Medien (vgl. dazu Art. 8 Abs. 1 Unterabs. 3 sowie Art. 9 Abs. 4 Unterabs. 2 Buchst. d und den 6. Erwägungsgrund der Richtlinie 2002/21, ferner Art. 11 Abs. 2 der Charta der Grundrechte). Der Wettbewerbsgedanke und der Pluralismus der Medien spiegeln sich ganz konkret in der unionsrechtlich garantierten Freiheit wider, elektronische Kommunikationsnetze und -dienste bereitzustellen (Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2002/20 und Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 2002/77). In diesem Zusammenhang sind die nationalen Behörden ausdrücklich verpflichtet, dafür zu sorgen, dass der Wettbewerb nicht durch eine Anhäufung von Rechten zur Nutzung von Funkfrequenzen verzerrt wird (Art. 5 Abs. 6 Satz 2 der Richtlinie 2002/20), und können Maßnahmen gegen das Horten von Funkfrequenzen ergreifen (Art. 9 Abs. 7 der Richtlinie 2002/21).

69. Werden aber den beiden mit Abstand größten auf dem italienischen Fernsehmarkt tätigen Unternehmen – Rai und Mediaset – mehr digitale Multiplexe zugeteilt, als zur Fortführung ihres bisherigen analogen Fernsehprogramms unerlässlich wäre, so ist eine solche Überversorgung geeignet, zu einer Anhäufung von Frequenzen in den Händen der beiden Marktführer zu führen und deren ohnehin schon beträchtliche Wettbewerbsposition gegenüber ihren kleineren Konkurrenten weiter zu stärken⁴⁹, was die Wahlmöglichkeiten der Verbraucher tendenziell einschränkt und letztlich auch auf eine Schwächung des Pluralismus der Medien hinausläuft.

70. In besonders gravierender Weise wäre der Wettbewerbsgedanke verletzt, wenn sich die im Vorlagebeschluss ausdrücklich niedergelegte Prämisse des Consiglio di Stato bewahrheiten sollte, nach der bei der Umwandlung der analogen Fernsehfrequenzen in digitale zugunsten von RAI und Mediaset auch zwei illegal betriebene Fernsehsender – „RAI 3“ und „Rete 4“ – berücksichtigt wurden⁵⁰. Denn dann hätten RAI und Mediaset als die beiden italienischen Marktführer ihr besonders günstiges

47 Sowohl im schriftlichen als auch im mündlichen Verfahren vor dem Gerichtshof haben mehrere Verfahrensbeteiligte angemerkt, dass mit digitalen Frequenzen mehrere Fernsehprogramme zugleich ausgestrahlt werden können. Die Rede war von der Nutzung eines digitalen Multiplex für bis zu vier, ja sogar sechs solcher Programme, je nach Übertragungsqualität. Damit drängt sich die Frage auf, ob nicht bereits die Zuteilung von jeweils einem einzigen digitalen Multiplex ausgereicht hätte, um Rai und Mediaset die Fortführung ihres bisherigen Fernsehangebots zu ermöglichen, das nach den Angaben der Verfahrensbeteiligten jeweils drei analoge Sender umfasste. Rai und Mediaset haben sich in der mündlichen Verhandlung gegen eine solche Betrachtungsweise verwahrt. Es wird letztlich die Aufgabe des vorlegenden Gerichts sein, zu dieser Problematik alle geeigneten tatsächlichen Feststellungen zu treffen und daraus die nötigen Schlüsse zu ziehen. Dabei wird es zu berücksichtigen haben, dass die hier streitigen digitalen Frequenzen der ersten Gruppe allein der *Fortführung* und nicht etwa dem *Ausbau* oder der grundlegenden *Verbesserung* des bisherigen Fernsehangebots dienen sollten (abgesehen von der Verbesserung, die bereits aus der Umstellung auf digitale Übertragung resultieren kann).

48 Vgl. auch Urteil vom 23. April 2015, Kommission/Bulgarien (C-376/13, EU:C:2015:266, Rn. 69).

49 Vgl. dazu auch das Urteil vom 31. Januar 2008, Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59, Rn. 98 und 99), in dem der Gerichtshof hervorhebt, dass Maßnahmen, die zur Folge haben, die Strukturen des nationalen Marktes zu verfestigen und die Position der bereits auf diesem Markt aktiven nationalen Betreiber zu schützen, mit den Richtlinien des neuen gemeinsamen Rechtsrahmens unvereinbar sind.

50 Es ist nicht Aufgabe des Gerichtshofs im Vorabentscheidungsverfahren, zu beurteilen, ob die Fernsehsender „RAI 3“ und „Rete 4“ tatsächlich illegal betrieben wurden oder werden. Für die Zwecke des vorliegenden Vorabentscheidungsverfahrens hat der Gerichtshof aber von der vom Consiglio di Stato formulierten Prämisse auszugehen und diese seiner Würdigung zugrunde zu legen.

Umwandlungsverhältnis von 66,67 % (jeweils zwei digitale Multiplexe für je drei analoge Fernsehsender) letztlich einer rechtswidrigen Verhaltensweise zu verdanken. Ein solcher Vorsprung, der letztlich nur auf der Perpetuierung eines rechtswidrigen Zustands beruhen würde, müsste jedoch als wettbewerbswidrig angesehen werden.

71. Dem vom Unionsgesetzgeber vorgegebenen Ziel der Förderung des Wettbewerbs auf dem Gebiet der elektronischen Kommunikationsnetze und -dienste und der Stärkung des Pluralismus der Medien würde sowohl eine etwaige Überversorgung von Rai und Mediaset mit digitalen Frequenzen als auch die mögliche Berücksichtigung illegal betriebener Fernsehsender bei der Umwandlung der analogen Frequenzen in digitale diametral zuwiderlaufen.

72. Unter derartigen Umständen könnte die Sicherstellung der Kontinuität des Fernsehprogramms nicht als Rechtfertigungsgrund für die Ungleichbehandlung zwischen Rai und Mediaset einerseits sowie Persidera andererseits herangezogen werden.

ii) Die Bewahrung der Unteilbarkeit der Frequenzen

73. Was sodann die Unteilbarkeit der Frequenzen betrifft, so handelt es sich um einen Sachzwang, der kraft Natur der Sache ebenfalls Berücksichtigung finden konnte und musste, als das alte System der analogen Sendefrequenzen in das neue System digitaler Frequenzen überführt wurde. Letztlich ist die Vermeidung von Bruchteilen bei der Frequenzvergabe ein Teilaspekt der effizienten Verwaltung und Nutzung von Fernsehfrequenzen, welche die Mitgliedstaaten gemäß Art. 8 Abs. 2 Buchst. d und Art. 9 Abs. 1 und Abs. 4 Unterabs. 2 Buchst. c der Richtlinie 2002/21 sowie gemäß Art. 5 Abs. 2 Unterabs. 1, 5 und 6 Satz 1 der Richtlinie 2002/20 anzustreben und sicherzustellen haben.

74. Ohne Zweifel war die Vergabe jeweils eines dritten digitalen Multiplex an Rai und an Mediaset geeignet, die acht zur Verfügung stehenden Multiplexe der ersten Gruppe unter Wahrung ihrer Unteilbarkeit und ohne die Entstehung von Bruchteilen auf alle berechtigten Netzbetreiber zu verteilen.

75. Die besagte Zuteilung von jeweils einem dritten digitalen Multiplex an Rai und Mediaset war jedoch nicht die einzige Möglichkeit, die Unteilbarkeit der Frequenzen zu wahren. Vielmehr hätte diesem Anliegen auch durch andere Vorgehensweisen mit weniger nachteiligen Auswirkungen auf den Wettbewerb Rechnung getragen werden können.

76. Insbesondere hätten die italienischen Behörden etwaige überschüssige Multiplexe aus der ersten Gruppe⁵¹ nach objektiven Kriterien an denjenigen oder diejenigen Netzbetreiber vergeben können, die diese Frequenzen im Sinne einer Stärkung des Wettbewerbs und zur Fortführung ihrer bisherigen analogen Fernsehprogramme am besten gebrauchen konnten. Es steht keineswegs fest, dass dies die beiden Marktführer RAI und Mediaset gewesen wären.

77. Alternativ dazu hätten die italienischen Behörden gegebenenfalls – und vorbehaltlich weiterer Feststellungen durch das vorlegende Gericht – die überschüssigen Multiplexe aus der ersten Gruppe mehreren Netzbetreibern zur gemeinsamen Nutzung zuteilen können, mit der Maßgabe, dass sich jeder dieser Netzbetreiber auf die darin enthaltenen digitalen Frequenzen an bestimmten, im Voraus festgelegten Wochentagen oder zu bestimmten, im Voraus festgelegten Tageszeiten zur Ausstrahlung seiner Fernsehprogramme stützen dürfte.

⁵¹ Vgl. dazu nochmals oben, Rn. 19 dieser Schlussanträge.

78. Angesichts des übereinstimmenden Vorbringens der Verfahrensbeteiligten, wonach jeder digitale Multiplex die Ausstrahlung mehrerer Fernsehprogramme erlaubt, wird das vorliegende Gericht außerdem zu prüfen haben, ob nicht die Möglichkeit bestehen könnte, für mehrere Fernsehprogramme unterschiedlicher Diensteanbieter ein und denselben Multiplex zu nutzen.

79. Jedenfalls bleibt festzuhalten, dass die Bewahrung der Unteilbarkeit der Frequenzen nicht zur Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung wie der hier streitigen zwischen Rai und Mediaset einerseits sowie Persidera andererseits ausreicht.

VI. Ergebnis

80. Vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen schlage ich dem Gerichtshof vor, auf das Vorabentscheidungsersuchen des Consiglio di Stato wie folgt zu antworten:

Die Art. 8 und 9 der Richtlinie 2002/21, die Art. 3, 5 und 7 der Richtlinie 2002/20 sowie die Art. 2 und 4 der Richtlinie 2002/77 stehen einer nationalen Methode zur Vergabe digitaler Fernsehfrequenzen entgegen, die bewirkt, dass die beiden Marktführer im Verhältnis zur Anzahl ihrer bisherigen analogen Fernsehsender mehr digitale Frequenzen erlangen als ihre kleineren Wettbewerber, es sei denn, ein solches Vorgehen wäre gerechtfertigt, um im Allgemeininteresse liegende, legitime Ziele zu verwirklichen.

Zu diesen legitimen Zielen gehört die Gewährleistung der Kontinuität des Fernsehprogramms und die Bewahrung der Unteilbarkeit von Fernsehfrequenzen. Eine auf diese Ziele gestützte Ungleichbehandlung unter Netzbetreibern muss sich jedoch strikt im Rahmen dessen halten, was unter Berücksichtigung des den drei Richtlinien zugrundeliegenden Wettbewerbsgedankens und des Pluralismus der Medien unerlässlich ist, um die besagten Ziele in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen.

Der Wettbewerbsgedanke würde in besonders gravierender Weise missachtet, wenn die nationale Methode zur Vergabe digitaler Fernsehfrequenzen den beiden Marktführern durch die Berücksichtigung bislang illegal betriebener analoger Fernsehsender mehr digitale Frequenzen einbrächte als ihren kleineren Wettbewerbern.