

Amtsblatt

der Europäischen Union

L 147

Ausgabe
in deutscher Sprache

Rechtsvorschriften

50. Jahrgang
8. Juni 2007

Inhalt	II <i>Nicht veröffentlichungsbedürftige Rechtsakte, die in Anwendung des EG-Vertrags/Euratom-Vertrags erlassen wurden</i>	
	ENTSCHEIDUNGEN UND BESCHLÜSSE	
	Kommission	
	2007/374/EG:	
	★ Entscheidung der Kommission vom 24. Januar 2007 über die staatliche Beihilfe C 52/2005 (ex NN 88/2005, ex CP 101/2004), die die Italienische Republik mit ihrem Zuschuss zur Anschaffung von Digitaldecodern gewährt hat (Bekannt gegeben unter Aktenzeichen K(2006) 6634) ⁽¹⁾	1
	2007/375/EG:	
	★ Entscheidung der Kommission vom 7. Februar 2007 über die Befreiung durch Frankreich, Irland und Italien von der Verbrauchsteuer auf Mineralöle, die als Brennstoff zur Tonerdegewinnung in den Regionen Gardanne und Shannon sowie auf Sardinien verwendet werden (C 78/2001 (ex NN 22/01), C 79/2001 (ex NN 23/01), C 80/2001 (ex NN 26/01)) (Bekannt gegeben unter Aktenzeichen K(2007) 286) ⁽¹⁾	29

II

(Nicht veröffentlichungsbedürftige Rechtsakte, die in Anwendung des EG-Vertrags/Euratom-Vertrags erlassen wurden)

ENTSCHEIDUNGEN UND BESCHLÜSSE

KOMMISSION

ENTSCHEIDUNG DER KOMMISSION

vom 24. Januar 2007

über die staatliche Beihilfe C 52/2005 (ex NN 88/2005, ex CP 101/2004), die die Italienische Republik mit ihrem Zuschuss zur Anschaffung von Digitaldecodern gewährt hat

(Bekannt gegeben unter Aktenzeichen K(2006) 6634)

(Nur der italienische Text ist verbindlich)

(Text von Bedeutung für den EWR)

(2007/374/EG)

DIE KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN —

gestützt auf den Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, insbesondere auf Artikel 88 Absatz 2,

gestützt auf das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum, insbesondere auf Artikel 62 Absatz 1 Buchstabe a,

nach Aufforderung der Beteiligten zur Äußerung ⁽¹⁾ gemäß den vorgenannten Artikeln und unter Berücksichtigung ihrer Stellungnahmen,

in Erwägung nachstehender Gründe:

I. VERFAHREN

(1) Am 11. Mai 2004 legte die Gesellschaft Centro Europa 7 s.r.l. („Europa 7“) Beschwerde wegen staatlicher Beihilfemaßnahmen gemäß Artikel 4 Absatz 1 des italienischen Gesetzes Nr. 350 vom 24. Dezember 2003 (Haushaltsgesetz 2004) ein. Mit Schreiben vom 10. Februar 2005 legte die Beschwerdeführerin weitere Informationen vor, wobei sie erklärte, dass die italienische Regierung die Maßnahme nach Absatz 211 des Gesetzes Nr. 311/2004 (Haushaltsgesetz 2005) finanziert habe, und sie daher die Kommission auffordert, das förmliche Prüfverfahren einzuleiten. Am 3. Mai 2005 erhob auch die Gesellschaft Sky Italia s.r.l. („Sky Italia“) Beschwerde mit Bezug auf die beiden genannten Artikel. Am 22. Juni 2005 fand eine Sitzung der Dienststellen der Kommission mit Sky Italia statt. Am 31. August 2005 legte diese letztgenannte

Beschwerdeführerin weitere Informationen zu den Änderungen des Gesetzes vom 3. Mai 2004 „Norme di principio in materia di assetto del sistema radiotelevisivo e della RAI — Radiotelevisione italiana S.p.a., nonché delega al Governo per l’emanazione del testo unico della radiotelevisione“ „Gasparri-Gesetz“) (Grundsatzbestimmungen für die Grundordnung des Fernsehsystems und für die RAI — Radiotelevisione Italiana S.p.a. — sowie Ermächtigung der Regierung zum Erlass einheitlicher Vorschriften für den Fernsehsektor) vor, die den Fernsehsektor in Italien regeln. Am 31. Oktober 2005 forderte Sky Italia schließlich die Kommission auf — in Erwartung einer Entscheidung — der italienischen Regierung nahe zu legen, die Maßnahme gemäß Artikel 11 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates ⁽²⁾ zur Anwendung von Artikel 88 EG-Vertrag auszusetzen.

- (2) Mit Schreiben vom 13. Oktober 2004, vom 21. April 2005 und vom 15. Juli 2005 forderte die Kommission die italienische Regierung auf, weitere Auskünfte zu erteilen. Diese wurden am 5. November 2004, am 13. Mai 2005 und am 12. September 2005 nach einer kurzen Verlängerung der Antwortfrist erteilt. Am 6. Juni 2005 fand eine Sitzung zwischen den Dienststellen der Kommission und Italien statt.
- (3) Mit Schreiben vom 20. September 2005 und vom 16. November 2005 hat Italien die Kommission über seine Absicht in Kenntnis gesetzt, die bisherige Regelung nicht mehr in derselben Form zu verlängern.

⁽¹⁾ ABl. C 118 vom 19. Mai 2006, S. 10.

⁽²⁾ ABl. L 83 vom 27.3.1999, S. 1. Verordnung zuletzt geändert durch die Verordnung (EG) Nr. 1791/2006 (AbL. L 363 vom 20.12.2006, S. 1).

- (4) Mit Schreiben vom 21. Dezember 2005 teilte die Kommission Italien ihre Entscheidung mit, das förmliche Verfahren gemäß Artikel 88 Absatz 2 EG-Vertrag bezüglich der Beihilferegelung einzuleiten (im Folgenden „Entscheidung über die Einleitung des Verfahrens“ genannt). Die Entscheidung der Kommission über die Einleitung des Verfahrens wurde im *Amtsblatt der Europäischen Union* ⁽³⁾ veröffentlicht. Die Kommission hat alle Betroffenen aufgefordert, sich zu der beanstandeten Beihilferegelung zu äußern.
- (5) Nach einer Verlängerung der Antwortfrist hat Italien mit Schreiben vom 13. Februar 2006 auf die in der Entscheidung über die Einleitung des Verfahrens enthaltene Aufforderung zur Stellungnahme reagiert. Die Kommission erhielt darüber hinaus auch Bemerkungen der folgenden Beteiligten: Federazione nazionale imprese elettrotecniche ed elettroniche (ANIE) (Italienischer Verband der Elektrotechnik- und Elektronikunternehmen) mit Schreiben vom 19. Juni 2006, Europa 7 mit Schreiben vom 19. Juni 2006, European Satellite Operator Association (ESOA) mit Schreiben vom 20. Juni 2006, Mediaset S.p.A. mit Schreiben vom 20. Juni 2006, RAI — Radio Televisione Italiana mit Schreiben vom 23. Juni 2006 und Sky Italia mit Schreiben vom 26. Juni 2006. Mit Schreiben vom 12. Juli 2006 hat die Kommission diese Bemerkungen an Italien weitergeleitet, das sich dazu nicht weiter geäußert hat.

II. AUSFÜHRLICHE BESCHREIBUNG DER BEIHILFEREGELUNG

II.A. BESCHREIBUNG DER BEIHILFE

- (6) Gegenstand des förmlichen Prüfverfahrens sind Artikel 4 Absatz 1 des Gesetzes Nr. 350/2003 (Haushaltsgesetz 2004), die Ministerialverordnung vom 30. Dezember 2003 „Beitrag zum terrestrischen digitalen Fernsehen und zum Breitband-Internet-Zugang gemäß Artikel 4 Absätze 1 und 2 des Gesetzes Nr. 350 vom 24. Dezember 2003“ sowie Absatz 211 des Gesetzes Nr. 311/2004 (Haushaltsgesetz 2005).
- (7) Artikel 4 Absatz 1 des Haushaltsgesetzes 2004 sieht einen staatlichen Zuschuss in Höhe von 150 EUR für die Nutzer vor, die ein Empfangsgerät kaufen oder mieten, das als „set up box“ oder „decoder“ (im Folgenden „Decoder“ genannt) bezeichnet wird, mit dem man digital übertragene Fernsehsignale über terrestrische Antenne empfangen und die damit verbundenen interaktiven Dienste nutzen kann. Dafür wurden insgesamt Mittel in Höhe von 110 Mio. EUR bereitgestellt. Es sei darauf hingewiesen, dass der Zuschuss nicht für Decoder gewährt wird, mit denen sich keine digital übertragenen Dienste über terrestrische Antenne empfangen lassen, auch wenn der Empfang und die Nutzung von interaktiven Mehrwertdiensten damit möglich sind. Der einschlägige Artikel ist folgendermaßen formuliert:

„Per l'anno 2004, nei confronti di ciascun utente del servizio radiodiffusione, in regola per l'anno in corso con il pagamento del relativo canone di abbonamento, che acquisti o noleggi un apparecchio idoneo a consentire la ricezione, in chiaro e senza alcun costo per l'utente e per il fornitore di contenuti, dei segnali televisivi in tecnica digitale terrestre

(T-DVB/C-DVB) e la conseguente interattività, è riconosciuto un contributo statale pari a 150 euro. La concessione del contributo è disposta entro il limite di spesa di 110 milioni di euro.“

(„Für das Jahr 2004 wird jedem Nutzer von Rundfunkdiensten, der für das laufende Jahr seiner Rundfunkgebührenpflicht nachgekommen ist und der ein Gerät kauft oder mietet, das dazu geeignet ist, digital übertragene Fernsehsignale mit terrestrischer Antenne unverschlüsselt und ohne weitere Kosten weder für den Nutzer noch für den Anbieter dieser Inhalte zu empfangen (DVB-T/DVB-C) und die damit verbundenen interaktiven Dienste zu nutzen, ein staatlicher Zuschuss von 150 EUR zuerkannt. Die Gewährung dieses Zuschusses geschieht im Rahmen einer Ausgabenobergrenze von 110 Mio. EUR.)

- (8) Artikel 4 Absatz 4 stellt klar, dass der Zuschuss zum Kauf oder zur Miete der Decoder im DVB-C-Format unter der Bedingung zuerkannt wird, dass im kommerziellen Angebot für die Nutzer klar anzugeben ist, wer die Anbieter dieser Inhalte sind, mit denen die Betreiber der Kabelfernsehplattformen die Konditionen vereinbart haben, unter denen man das terrestrische Digitalfernsehen (DVB-T) über Kabel empfangen kann.
- (9) Nach Angaben Italiens wird der Zuschuss den Verbrauchern für den Kauf oder die Anmietung eines Decoders gewährt, mit dem man ein digital übertragenes Signal unverschlüsselt und „ohne jede Kosten für den Nutzer und den Anbieter von Inhalten“ empfangen kann. Des Weiteren erklärt Italien, dass man unter „Empfang des unverschlüsselten digital übertragenen Signals“ zu verstehen hat, dass der Decoder in der Lage sein muss, jeden von einem beliebigen Sender angebotenen interaktiven Mehrwertdienst auszuführen. Mit dieser Kurzbeschreibung ist gemeint, dass der Decoder in der Lage sein muss, nicht verschlüsselte interaktive Funktionen auszuführen (d. h. er muss nicht nur für „Interaktivität“ sondern auch für „Interoperabilität“ geeignet sein). Es handelt sich also um Decoder mit Standardöffnung für die Schnittstelle zur Anwendungsprogrammierung (API), für die praktisch allein die Multimedia Home Platform (MHP) in Frage kommt.
- (10) Absatz 211 des Haushaltsgesetzes 2005 sieht die Finanzierung dieser Maßnahme im Rahmen eines Höchstbetrags von 110 Mio. EUR vor, wobei der Zuschuss für den Decoder auf 70 EUR abgesenkt wurde. Seit dem 1. Dezember 2005 ist diese Regelung aufgehoben.
- (11) Diese Maßnahme war aus zwei Gründen ein Erfolg. Offensichtlich haben circa 2 Mio. Italiener den Zuschuss genutzt und einen Decoder angeschafft. Dieser Wert entspricht der Hälfte aller bis Ende November 2005 verkauften Decoder, während die andere Hälfte der abgesetzten Geräte ohne Nutzung des Zuschusses erworben wurde, obwohl diese Decoder ebenfalls zuschussfähig gewesen wären. Darüber hinaus ist der Preis der interaktiven Decoder für die Verbraucher aufgrund der Produktion im großen Maßstab wegen der gestiegenen Nachfrage von zunächst 300/350 EUR auf ca. 150 EUR zurückgegangen.

⁽³⁾ Siehe Fußnote 1.

- (12) Auf diese beiden Maßnahmen folgte 2006 gemäß Artikel 1 Absatz 572 des Gesetzes Nr. 266/2005 vom 23. Dezember 2005 (Haushaltsgesetz 2006) eine weitere ähnliche Maßnahme, wonach für Nutzer in Sardinien und im Aosta-Tal, die in der Zeit vom 1. bis 31. Dezember 2005 einen Decoder ⁽⁴⁾ kaufen, ein Zuschuss von 90 EUR vorgesehen wurde; für den Kauf dieser Decoder nach dem 1. Januar 2006 wurde ein Zuschuss von 70 EUR vorgesehen.
- (13) Hinsichtlich der Maßnahmen von 2004/2005 wird im Haushaltsgesetz ein direkter Zusammenhang zwischen der Gewährung des Zuschusses und der Interoperabilität der Decoder hergestellt, ohne dass die nicht terrestrischen Decoder von vornherein ausgeschlossen werden.
- (14) In der Entscheidung vom 11. Mai 2006 hat die italienische Wettbewerbs- und Marktaufsichtsbehörde (AGCOM) eine Beschwerde gegen Artikel 1 Absatz 572 des Haushaltsgesetzes 2006 abgewiesen ⁽⁵⁾, in der behauptet wurde, dass mit dieser Maßnahme Gesellschaften begünstigt würden, die der Familie Berlusconi nahe stehen. Das Verfahren basierte auf dem Gesetz Nr. 215 vom 20. Juli 2004 über Interessenskonflikte.

II.B. SACHVERHALT

II.B.1. DIE BESCHWERDEFÜHRER

- (15) Europa 7 ist ein italienisches Unternehmen, das seit 1999 eine Konzession für analog übertragene Rundfunkdienste besitzt. Allerdings konnte das Unternehmen noch nicht auf dem Markt für analog übertragene Rundfunkdienste tätig werden, da — wie das Unternehmen behauptet — die italienischen Behörden noch nicht die Frequenzen zugeteilt haben, die Europa 7 zur Aufnahme des Sendebetriebs benötigt.
- (16) Sky Italia ist eine Pay-TV-Gesellschaft, die über Satellit sendet und sich im Besitz der News Corporation befindet. Das Unternehmen wurde gegründet, nachdem News Corporation 2003 die Kontrollmehrheit über Telepiù S.p.A und Stream S.p.A. erworben hatte, ein Unternehmenszusammenschluss, der unter Verhängung gewisser Auflagen genehmigt wurde (Fall Nr. COMP/M.2876 Newscorp/Telepiù). Aufgrund der Auflagen wurde Sky Italia aufgefordert, den bisherigen Betrieb auf der terrestrischen Plattform abzutreten: Damit kann das Unternehmen in Italien nicht mehr als terrestrischer Netzbetreiber oder als terrestrischer Anbieter von Bezahlfernsehsendungen aufreten.

II.B.2. KONTEXT

- (17) Die beanstandete Maßnahme ist im Zusammenhang mit der Umstellung des Rundfunkbetriebs auf Digitaltechnik zu

sehen, was sich auf sämtliche derzeit verfügbare Übertragungsplattformen — also Kabel, Satellit oder terrestrische Antenne — auswirkt. Mit DVB-T ist die digitale Videoübertragung über ein terrestrisches Netz gemeint. Mit DVB-S ist die digitale Videoübertragung via Satellit und mit DVB-C via Kabel gemeint. Der Hauptvorteil der digitalen Übertragung gegenüber der Übertragung per Analogtechnik liegt in der Steigerung der Übertragungskapazität auf sämtlichen Plattformen durch eine effizientere Nutzung des Funkfrequenzspektrums ⁽⁶⁾. Dies ist für das terrestrische Fernsehen besonders relevant, da das Funkspektrum nur eine begrenzte Verfügbarkeit aufweist. In der Zeit von 2002 bis 2005 hat die Kommission deutlich zu erkennen gegeben, dass sie den Übergang zur digitalen Übertragung von Fernsehhalten aktiv unterstützen würde, indem sie zahlreiche Mitteilungen zu diesem Thema annahm ⁽⁷⁾. In diesen Mitteilungen hat sich die Kommission darüber hinaus für die Verbreitung von Digitaltechnologie mit sog. „offenen Standards“ ausgesprochen, d. h. von Technologien, die die Interaktivität mit den Endverbrauchern sowie die „Interoperabilität über offene Schnittstellen zur Anwendungsprogrammierung (API) gestatten“: mit anderen Worten die Möglichkeit, dass verschiedene Produzenten und Verbraucher dank einer einzigen allen Produzenten auf dem Markt frei zugänglichen Technologie miteinander in Verbindung treten können.

- (18) Will man digital übertragene Programme mit den gängigsten Fernsehgeräten anschauen, benötigt man einen Decoder (auch wenn der Decoder in einigen Fernsehgeräten jüngerer Bauart bereits integriert ist). Es gibt mehrere Arten von Decoder auf dem Markt, die nach ihren Merkmalen und Funktionen *grosso modo* folgendermaßen eingestuft werden können: a) einfache Dekodierung digitaler Programme, die über eine terrestrische Plattform oder via Satellit übertragen werden; b) Interaktivität (die Möglichkeit, Informationen an den Sender zurückzusenden); c) bedingter Zugang (die Möglichkeit, Bezahlfernsehsendungen zu empfangen); d) Interoperabilität (die Möglichkeit, dieselben Decoder zum Empfang von Programmen zu verwenden, die von verschiedenen Sendern über dieselbe Plattform übertragen werden). Die Interoperabilität lässt sich durch die Annahme offener Standards seitens der Sender und die Verwendung der entsprechenden offenen Schnittstellen im Decoder leicht herstellen; alternativ dazu würde Interoperabilität voraussetzen, dass die Eigentümer rechtlich geschützter (proprietärer) nicht offener Technologien sich bereit erklären, die erforderlichen technischen Spezifikationen zur Verfügung zu stellen. Obwohl ein Decoder theoretisch eine ganze Reihe der vorstehend beschriebenen Funktionskombinationen zulässt, sind in der Praxis folgende Decoder am weitesten verbreitet: a) die sog. „Zapper“ (einfache Dekodierungsfunktion); b) die Sky-eigenen Decoder (inter-

⁽⁴⁾ Im Einzelnen heißt es in dem einschlägigen Artikel des Gesetzes: „[...] Der Zuschuss wird unter der Voraussetzung gewährt, dass der direkte und unbeschränkte Empfang von unverschlüsselten Inhalten und Diensten gewährleistet ist und interaktive Dienste [...] über offene und als solche anerkannte Schnittstellen zur Anwendungsprogrammierung (API) bereitgestellt werden, die in Einklang mit den im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften gemäß Artikel 18 der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates 2002/21/EG vom 7. März 2002 veröffentlichten Normen stehen [...]“

⁽⁵⁾ Maßnahme Nr. 15389 der italienischen Wettbewerbs- und Marktaufsichtsbehörde (AGCM) C12 „Italienischer Ministerpräsident — Zuschuss TV-Decoder“ vom 10. Mai 2006 auf der Grundlage des Gesetzes über Interessenskonflikte.

⁽⁶⁾ Zur Übertragung der gleichen Daten je nach Qualität der Übertragung und der Nutzung interaktiver Dienste benötigt man mit der Digitaltechnik maximal ein Fünftel der Frequenz, die man für die Übertragung in Analogtechnik benötigt.

⁽⁷⁾ Siehe dazu KOM(2002) 263 endg., „Mitteilung der Kommission — e-Europe 2005: Eine Informationsgesellschaft für alle“ (ABl. C 154 E vom 29.5.2001, S. 123), KOM(2003) 541 endg., „Mitteilung der Kommission über den Übergang vom analogen zum digitalen Rundfunk (digitaler Übergang und Analogabschaltung)“ (ABl. C 96 vom 24.4.2004, S. 17), KOM(2004) 541 endg., „Mitteilung der Kommission zur Interoperabilität digitaler interaktiver Fernsehdienste“ (ABl. C 123 vom 21.5.2005, S. 2) und KOM(2005) 204 endg., „Mitteilung der Kommission über die Beschleunigung des Übergangs vom analogen zum digitalen Rundfunk“ (ABl. C 49 vom 28.2.2006, S. 23).

aktiv mit bedingtem Zugang, aber ohne offenen Standard) und c) die subventionierten Decoder (interaktiv, mit bedingtem Zugang und mit offenem Standard).

- (19) In Italien gibt es vier Plattformen für die Fernsehübertragung: i) via Satellit, auf dem die wichtigsten Kanäle unverschlüsselt verfügbar sind sowie die Kanäle von Sky Italia, dessen Programme man per Abonnement oder per Pay-per-view-Vertrag empfangen kann; ii) terrestrisches Fernsehen mit Hilfe von Hertz'schen Frequenzen⁽⁸⁾, das im Dezember 2005 6 landesweite Sender nutzten: RAI (unverschlüsselt), Mediaset⁽⁹⁾ (unverschlüsselt und als Pay-per-view-Fernsehen), Telecom Italia Madia/La 7 (unverschlüsselt und als Pay-per-view-Fernsehen), Holland Coordinator & Service Company Italia (HCSC) die sich im Besitz von Prima TV/DFree befindet, Gruppo l'Espresso und Television Broadcasting Systems (unverschlüsselt)⁽¹⁰⁾. Darüber hinaus gibt es fast 500 lokale Anbieter von terrestrischen Fernsehdiensten per Analogtechnik und 78⁽¹¹⁾ lokale Anbieter von digital übertragenen Fernsehdiensten; iii) via Kabel, dessen sich Fastweb bedient (frei empfangbar und als Bezahlfernsehen); und iv) X-DSL, dessen sich Fastweb und Rosso Alice von Telecom Italia bedient (frei empfangbar und als Bezahlfernsehen).
- (20) Bei Sky Italia handelt es sich um einen Anbieter von Bezahlfernsehen via Satellit, der auf dem italienischen Markt für Satelliten-Pay-TV praktisch eine Monopolstellung inne hat, der aber, wie bereits erwähnt, in Italien nicht als terrestrischer Netzbetreiber oder als terrestrischer Bezahlfernsehsender zugelassen ist.
- (21) Übertragung via Kabel gibt es in Italien praktisch nicht, auch wenn Fastweb — Besitzer eines Kabelnetzes und Pay-TV-Betreiber, der in einigen italienischen Städten präsent ist — bis März 2004 ca. 140 000 Fernseh Abonnenten gefunden hatte, die die Glasfaser-Infrastruktur und DSL nutzen.
- (22) Der Fernsehempfang erfolgt in Italien weiterhin hauptsächlich über das terrestrische Netz, wobei eine Marktdurchdringung von ca. 19 Mio. Haushalten bei insgesamt 22 Mio. besteht. Die Hauptsender auf diesem Markt sind die öffentlich-rechtliche RAI mit drei Programmkanälen und der kommerzielle Sender Mediaset mit ebenfalls drei Programmkanälen. Beide Sender vereinigen ca. 85 % des Fernsehenspublikums in Italien auf sich. In einer Entscheidung vom 11. März 2005 hat die italienische Kommunikationsaufsichtsbehörde AGCOM den italienischen Markt für Fernsehen im Lichte des Gesetzes Nr. 112/2004 untersucht und kam zu dem Schluss, dass die beiden Sendeanstalten gemeinsam eine

marktbeherrschende Stellung⁽¹²⁾ einnehmen. Daher hat sie ihnen eine Reihe von Verpflichtungen⁽¹³⁾ zur Wahrung des Pluralismus auf diesem Markt auferlegt. Des Weiteren hat die AGCOM am 27. Juni 2006 der Kommission ihre Definition des relevanten Marktes für terrestrisches Analogfernsehen und ihre Einschätzung der signifikanten Marktmacht mitgeteilt — zusammen mit der daraus abgeleiteten Schlussfolgerung, dass die RAI und Mediaset eine beherrschende Stellung auf diesem Markt innehaben; allerdings hat die AGCOM sich nicht zu den angesichts dieses Sachverhalts für nötig empfundenen Abhilfemaßnahmen geäußert. Am 28. Juli 2006 hat die Kommission gemäß Artikel 7 Absatz 3 der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002, die den normativen Gesamtrahmen für die Netze und die elektronischen Kommunikationsdienste (Rahmenrichtlinie)⁽¹⁴⁾ darstellt, der AGCOM ihre Einschätzung der Lage mitgeteilt. Darin stimmt sie zwar weitestgehend den Schlussfolgerungen der italienischen Behörde zu, verlangt aber eine eingehendere Analyse und fordert die AGCOM auf, ihr so schnell wie möglich die einschlägigen Abhilfemaßnahmen mitzuteilen. Und schließlich prüft die Kommission gegenwärtig eine Beschwerde, in der behauptet wird, dass das Gesetz Nr. 112/2004 zur Regelung der Umstellung (*Switch-over*) von der Analogtechnik auf die terrestrische Digitaltechnik neuen Wettbewerbern auf dem Markt für Fernsehwerbung und für Übertragungsdienste Marktzutrittschranken in den Weg legt. Nachdem Italien aufgefordert worden war, sich zu dieser Beschwerde zu äußern, und nachdem ein Auskunftersuchen sowohl an Italien als auch an die von der Maßnahme betroffenen Unternehmen ergangen war, wurde Italien am 19. Juli 2006 ein Mahnschreiben wegen Verzug im Zusammenhang mit einem Verstoß gegen die genannte Richtlinie 2002/21/EG, sowie die Richtlinien 2002/20/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über die Genehmigungen elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste (Genehmigungsrichtlinie)⁽¹⁵⁾ und 2002/77/EG der Kommission vom 16. September 2002 über den Wettbewerb auf den Märkten für elektronische Kommunikationsnetze und -diensten⁽¹⁶⁾ übermittelt. Die Antworten Italiens ergingen am 15. September 2006. Nach Eingang dieser letzten Antwort erhielt die Kommission von Italien eine Kopie des Gesetzesentwurfs zur Reform der italienischen Rechtsvorschriften im Fernsehsektor, womit die Probleme behoben werden sollen, die in dem Mahnschreiben wegen Verzug aufgeworfen werden. Dieser Gesetzesentwurf wird derzeit noch von der Kommission geprüft.

- (23) Im Juni 2005 belief sich der Durchdringungssatz beim digitalen Fernsehen auf 34,5 % der Haushalte und machte

⁽¹²⁾ Beratungen der AGCOM 136/05/CONS zum Thema „Eingriffe zum Schutz des Pluralismus im Sinne des Gesetzes vom 3. Mai 2004, Nr. 112“ (Amtsblatt der Italienischen Republik vom 11.3.2005, Nr. 35).

⁽¹³⁾ Die den beiden Sendeanstalten auferlegten Verpflichtungen von größter Relevanz lauten: a) Beschleunigung der Umstellung auf digitale Netze; b) RTI hat sich für die Übertragung in Digitaltechnik einer anderen Werbeagentur als Publitalia '80 zu bedienen. Darüber hinaus hat Publitalia '80 eine getrennte Rechnungslegung für Erlöse aus dem Analogfernsehgeschäft und aus dem terrestrischen Digitalfernsehen einzuführen; c) Die RAI hat ein neues Programm für die breite Öffentlichkeit anzubieten, das in Digitaltechnik übertragen würde.

⁽¹⁴⁾ ABl. L 108 vom 24.4.2002, S. 33.

⁽¹⁵⁾ ABl. L 108 vom 24.4.2002, S. 21.

⁽¹⁶⁾ ABl. L 249 vom 17.9.2002, S. 21.

⁽⁸⁾ Aus Gründen der Vereinfachung wird im Folgenden nur noch der Begriff „terrestrisch“ verwendet.

⁽⁹⁾ Die Infrastruktur wird von RTI betrieben, die sich jedoch auch im Besitz von Mediaset befindet.

⁽¹⁰⁾ Ende Dezember 2005 hatte Mediaset von Holland Italia die Analogfrequenzen von EuropaTV gekauft und plante die Einrichtung eines DVB-H Kanals für mobiles Fernsehen. Anhand der Informationen, die die italienischen Behörden für den Fall von staatlichen Beihilfen C 52/2005 vom 13. Mai 2005 (ref. A/33952) vorgelegt hatten, waren 2005 folgende Betreiber auf dem Markt: RAI, RTI, TI und Prima TV.

⁽¹¹⁾ Angabe aus den Informationen, die die italienischen Behörden für die Rechtssache C-52/2005 (staatliche Beihilfen) vom 13. Mai 2005 vorgelegt hatten.

insgesamt ca. 7,3 Mio. Zuschauer aus. Dieser Wert bezieht sich auf die Zuschauer beim digitalen terrestrischen Fernsehen, beim Satellitenfernsehen und beim Fernsehen über Kabel/ADSL. Das digitale terrestrische Fernsehen erreichte 10 % der Haushalte, und über ein Drittel davon (0,8 Mio.) empfangen auch Fernsehinhalte, die per Bezahlfernsehen angeboten werden⁽¹⁷⁾. Bei der Veröffentlichung dieser Entscheidung dürften beide digitalen Fernsehangebote — über das terrestrische Netz und über Satellit — ein ähnlich großes Kundeneinzugsgebiet aufweisen (5 Mio. Zuschauer beim digitalen Fernsehen per Satellit und 4 Mio. beim digital übertragenen terrestrischen Fernsehen).

- (24) Der Durchdringungsgrad des satellitengestützten Fernsehens ist begrenzt: im Juni 2005 besaßen lediglich 16 % der Haushalte (4,8 Mio. Personen) eine Parabolantenne. Ca. vier Fünftel dieser Haushalte sind auf die DTH (Satelliten) Plattform von Sky Italia abonniert. Diese wies im Juni 2005 ca. 3,3 Mio. Nutzer auf und hatte am Ende desselben Jahres schätzungsweise 3,9 Mio. Abonnenten zu verzeichnen. Damit ist Sky Italia der drittgrößte Fernsehsender in Italien⁽¹⁸⁾.
- (25) Um gegen Produktpiraterie vorzugehen, hat Sky Ende 2004 mit der Verschlüsselung seines Signals mit der sog. rechtlich geschützten (proprietären) NDS-Technologie begonnen, die bezogen auf den italienischen Markt Eigentum einer Gesellschaft der Newscorp-Gruppe ist, die wiederum die Muttergesellschaft von Sky ist. Dabei handelt es sich um eine proprietäre und „geschlossene“ Technologie, da der Zugang zu den NDS-Decodern einen verfügbaren Zugang zur Technologie oder zu bestimmten Komponenten des Decoders erfordert, im Gegensatz zu den Decodern mit offener Schnittstelle. Sky vermietet seinen Abonnenten Decoder mit der „geschlossenen“ Technologie: Als sich Sky für die NDS-Technologie entschied, hat der Sender sämtliche Decoder seiner Abonnenten ausgetauscht.
- (26) Die digitalen terrestrischen Sender verwenden hingegen eine sog. „offene“ Technologie, d. h. eine Technologie, die offene Standards zur Interaktivität verwendet. Es handelt sich dabei um die einzige Technologie, mit der derzeit gleichzeitig sämtliche Programmkanäle des digitalen terrestrischen Fernsehens mit einem einzigen Decoder empfangen werden können — was auf die gleiche Situation hinausläuft wie bei der derzeitigen Analogtechnologie — wozu die Interaktivität und gewisse Funktionen für den bedingten Zugang unter Verwendung von Prepaid-Karten für das Bezahlfernsehen noch hinzukommen.
- (27) Die beanstandete Beihilfemaßnahme ist für die Decoder bestimmt, die den Empfang von terrestrisch übertragenen digitalen Inhalten gestatten, die zusammen mit interaktiven Diensten angeboten werden. Mit der Digitaltechnologie kann innerhalb derselben Frequenz eine größere Anzahl von Fernsehprogrammkanälen als mit der Analogtechnologie übertragen werden. Die Vorteile der Verwendung offener Schnittstellen wurden vorstehend bereits erläutert.

⁽¹⁷⁾ Maßnahme 15389 der Wettbewerbs- und Marktgarantiebehörde (AGCM) C12 „Presidente del Consiglio die Ministri — Contributo decoder TV“ (Italienischer Ministerpräsident — Zuschuss für TV-Decoder) vom 10. Mai 2006.

⁽¹⁸⁾ Jahresbericht der AGCOM vom 30. Juni 2006.

- (28) Italien hat die Umstellung auf digitale Übertragung mit dem Gesetz Nr. 66 von 20. März 2001 eingeleitet, in dem es heißt, dass der Übergang zum digitalen Fernsehen („*Switch-over*“) bis Dezember 2006 abgeschlossen sein und die Übertragung per Analogtechnologie bis dahin eingestellt werden müsste (das sog. „*Switch-off*“). Ab Ende 2003 wurden digitale Übertragungen (DVB-T) zusammen mit Analogübertragungen vorgenommen (die sog. „*Simulcast-Phase*“). Per Gesetzesdekret Nr. 273 vom 22. Dezember 2005 wurde der Abschaltungstermin auf 2008 verschoben. Am 30. August 2006 erklärte der Minister für Kommunikation, Gentiloni, dass der *Switch-off* noch weiter hinausgeschoben wird, und zwar auf den 30. November 2012⁽¹⁹⁾.
- (29) In der Zwischenzeit können aufgrund des für diesen Sektor in Italien maßgeblichen Gesetzes Nr. 112/2004 nur die Sender Genehmigungen für experimentelle digitale Übertragungen und/oder Konzessionen für die Übertragung per Digitaltechnologie beantragen, die bereits per Analogtechnik senden. Die Analogsender brauchen jedoch keine Frequenzen freizugeben (die übrigens nie neu zugeteilt wurden oder vonseiten Italiens einem geregelten kostenpflichtigen Zuteilungsverfahren unterworfen wurden), die nach dem Übergang zur Digitaltechnik weiterhin für die Übertragung per Analogtechnik genutzt werden können. Neue Wettbewerber können sich demnach nur Zugang zu diesem Markt verschaffen, indem sie den bereits etablierten Unternehmen Frequenzen abkaufen. Bis zum Dezember 2005 waren bereits Genehmigungen für das digitale terrestrische Fernsehen für 7 DVB-T-Multiplexe (Frequenzblöcke mit einem oder mehreren Programmen) vergeben. Die RAI und Mediaset verfügen über zwei, während Telecom Italia/TV International, D-Free und Gruppo l'Espresso jeweils über ein Multiplex verfügen. Nach dem italienischen Regulierungssystem haben die Netzbetreiber, die mehr als eine Konzession für den digitalen Rundfunkbetrieb besitzen, unabhängigen Contentanbietern Zugang zu 40 % ihrer Bandbreite einzuräumen. 2006 stießen Telecom Italia und der Mobilbetreiber H3G auf den Markt für digitales terrestrisches Fernsehen vor, nachdem sie Infrastrukturen und Genehmigungen von bereits etablierten regionalen und lokalen Analogsendern übernommen hatten, und haben mit der Umstellung der erworbenen Netze auf Digitaltechnologie zwei neue Multiplexe in Angriff genommen.
- (30) Die Unterscheidung zwischen Sendern und Netzbetreibern ist für die großen italienischen Sender im Bereich des terrestrischen Fernsehens nicht besonders relevant, da sowohl die RAI als auch Mediaset, La7 und D-Free eine konzerneigene Gesellschaft für die terrestrische Übertragung besitzen. Es sei darauf hingewiesen, dass der italienische Fernsehmarkt eine starke vertikale Integration zwischen Netzbetreibern und Sendern aufweist. Die Pflicht der rechtlichen Trennung zwischen beiden Arten von Gesellschaften wurde von der AGCOM erst per Beschluss Nr. 435/01/CONS von 2001 eingeführt, gilt aber nur für das digitale Fernsehen. Die Netzbetreiber im Bereich des Satellitenfernsehens sind hingegen nicht mit den Sendern integriert.

⁽¹⁹⁾ Website des italienischen Ministers für Kommunikation, Teil „News“.

- (31) Was den Abdeckungsgrad bei DVB-T anbelangt, so waren nach Angaben der AGCOM ⁽²⁰⁾ im Jahr 2004 mehr als 50 % der Bevölkerung effektiv von mindestens 2 Multiplexen abgedeckt, während 60 % potenziell von 3 Multiplexen abgedeckt waren. Nach dem Markttrend dürfte sich der Abdeckungsgrad deutlich erhöhen. Nach Angaben Italiens könnten nach dem Übergang zum digitalen terrestrischen Fernsehen 85 % aller Haushalte potenziell von mindestens 2 Multiplexen abgedeckt sein. Andererseits könnte man mit dem Satellitenfernsehen praktisch 100 % der Bevölkerung erfassen.
- (32) Hinsichtlich der Programme gibt Italien an, dass im Juni 2005 23 nationale Programmkanäle und ca. 250 lokale Programmkanäle frei zugänglich auf digitalen terrestrischen Frequenzen ausgestrahlt wurden. Zehn dieser nationalen Programmkanäle wurden in Simulcast (gleichzeitige Übertragung in Analog und in Digitaltechnik) mit den terrestrischen Analogprogrammen ausgestrahlt. Vier Programmkanäle waren eigens für die digitale Ausstrahlung eingerichtet worden. Die anderen Programme wurden in Simulcast mit Satellitenübertragung ausgestrahlt.
- (33) Wie bereits erläutert umfasste der Fernsehmarkt in der Vergangenheit hauptsächlich einen unbeschränkten Empfang von Inhalten, die über terrestrische Analogtechnik ausgestrahlt wurden, und aus dem Angebot an Bezahlfernsehinhalten, die per Satellit übertragen wurden. Durch die Einführung des digitalen terrestrischen Fernsehens und die Entwicklung des Fernsehens über Kabel oder Internet verändert sich dieses Modell. Ab Januar 2005 haben Mediaset und Telecom Italia (über La7) auf DVB-T einen Bezahlfernsehdienst für die Fußballspiele der Serie A auf der Grundlage eines Systems mit Prepaid-Karten eingeführt. Gleichzeitig hat TF1 (die 49 % der Anteile von D-Free hält) ihr potenzielles Interesse am Aufbau eines Bezahlfernsehschkanals auf dem eigenen DVB-T-Multiplex erklärt. Die interaktive Digitaltechnik, die in den mit der vorliegenden Beihilferegelung subventionierten Decodern enthalten ist, macht Bezahlfernsehen mit Hilfe des Systems der Prepaid-Karten durchaus möglich.
- (34) Die Gesamteinnahmen auf dem Fernsehmarkt beliefen sich 2005 auf 6,851 Mrd. EUR, wovon ca. 57 % (3,885 Mrd. EUR) auf Werbung und 21 % auf die an die RAI abgeführten Fernsehgebühren (1,483 Mrd. EUR) entfielen. Der Rest (1,437 Mrd. EUR) entfiel auf das Angebot an Bezahlfernsehdiensten. Die Einnahmen des Bezahlfernsehens setzen sich aus 1,199 Mrd. EUR aus Abonnementgebühren (bei einer Steigerung um 26,4 % seit 2004) und 238 Mio. EUR für Pay-per-view-Angebote (mit einer Steigerung um 65 % seit 2004) zusammen. Einen erheblichen Teil (45 Mio. EUR) dieses letztgenannten Betrags machen die Erlöse aus, die die neuen digitalen terrestrischen Fernsehdienste erzielt haben.

⁽²⁰⁾ Siehe Bericht der AGCOM gemäß Gesetz Nr. 43 vom 24. Februar 2004 in Abänderung des Gesetzesdekrets Nr. 352 vom 24. Dezember 2004 mit dem Titel: „Disposizioni urgenti concernenti modalità e tempi di definitiva cessazione del regime transitorio della legge 31 luglio 1997 n. 249“. („Dringende Bestimmungen zu den Modalitäten und Fristen für die endgültige Einstellung der Übergangsregelung gemäß Gesetz Nr. 249 vom 31. Juli 1997“).

II.C. GRÜNDE FÜR DIE EINLEITUNG DES FÖRMLICHEN PRÜFVERFAHRENS

- (35) Im Beschluss über die Einleitung des förmlichen Prüfverfahrens weist die Kommission insbesondere darauf hin, dass die beschriebene Maßnahme sämtlichen Kriterien gemäß Artikel 87 Absatz 1 zu entsprechen scheint und daher als staatliche Beihilfe betrachtet werden kann. So bewirkte die beanstandete Beihilfe eine Diskriminierung zwischen bereits auf dem Markt aktiven terrestrischen Sendern und Kabelnetzbetreibern einerseits und Satellitendienstbetreibern und anderen terrestrischen Sendern, die zu diesem Zeitpunkt keine Betriebsgenehmigung hatten, andererseits. Die Kommission verwies darauf, dass die Begünstigten einen indirekten Vorteil genossen, und hat die betroffenen Parteien aufgefordert, Methoden zur genauen Quantifizierung dieses Vorteils vorzuschlagen.
- (36) Darüber hinaus hat die Kommission Zweifel an der Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem EG-Vertrag geäußert. Auf den vorliegenden Fall lassen sich offensichtlich weder die Ausnahmen vom allgemeinen Beihilfverbot gemäß Artikel 87 Absatz 2 EG-Vertrag noch die Ausnahmen gemäß Artikel 87 Absatz 3 Buchstabe c EG-Vertrag anwenden. Für besonders problematisch hält die Kommission die Tatsache, dass das von Italien angestrebte Ziel — nämlich die Verbreitung offener Standards für das digitale Fernsehen — unter Verursachung eines unverhältnismäßig hohen Schadens für den Wettbewerb und durch eine unnötige Verletzung des Grundsatzes der technologischen Neutralität erreicht wurde.
- (37) Die Kommission hat letzten Endes das förmliche Prüfverfahren eingeleitet, um der italienischen Regierung und den betroffenen Parteien die Möglichkeit zur Stellungnahme zur vorläufigen Einschätzung der beanstandeten Maßnahme durch die Kommission zu geben, und um ihr sämtliche relevanten Informationen zukommen lassen zu können.

III. BEMERKUNGEN DER BETROFFENEN PARTEIEN

- (38) Grundsätzlich haben sowohl die italienischen Behörden als auch Mediaset bekräftigt, dass die beanstandete Maßnahme ihrer Einschätzung nach keine Beihilfe darstellt; sollte dies dennoch der Fall sein, handle es sich um eine mit dem Vertrag vereinbare Beihilfe. Die RAI erklärte, sie habe innerhalb der Grenzen handeln müssen, die ihr durch ihre gesetzlichen Verpflichtungen auferlegt waren, und daher nicht von der Maßnahme profitieren können. Die Beschwerdeführer und die ESOA hingegen haben bestätigt, dass diese Maßnahme ihrer Ansicht nach eine unrechtmäßige Beihilfe darstellt.

III.A. DIE BEMERKUNGEN VON ITALIEN, MEDIASET UND DER RAI

- (39) Die italienischen Behörden und Mediaset berufen sich in erster Linie auf die Entscheidung der AGCOM ⁽²¹⁾, mit der sie eine Beschwerde gegen die Bestimmungen von Artikel 1 Absatz 572 des Haushaltsgesetzes 2006 bzw. gegen die Maßnahme zurückwies, die Gegenstand des Verfahrens ist. Der Beschwerdeführer hatte behauptet, dass sich Artikel 1 Absatz 572 des Haushaltsgesetzes 2006 zugunsten der Decoder auswirke, die von Gesellschaften verteilt wurden, die eine Verbindung zur Familie von Herrn Berlusconi

⁽²¹⁾ Entscheidung vom 11. Mai 2006, Prot. Nr. 21263/06.

aufweisen. Das Verfahren basierte auf dem Gesetz über Interessenskonflikte im Zusammenhang mit den Inhabern von Regierungsämtern⁽²²⁾.

- (40) Zur Entscheidung über die Einleitung des förmlichen Verfahrens bemerkten die italienischen Behörden, dass die Maßnahme keine Beihilfe darstelle, da a) die Begünstigten keinen Vorteil erhalten und b) keine Wettbewerbsverzerrung vorliegt. Falls sie jedoch eine Beihilfe darstelle, wäre sie aufgrund der Ausnahmen gemäß Artikel 87, Absatz 2 Buchstabe a EG-Vertrag und gemäß Artikel 87 Absatz 3 Buchstaben b, c und d EG-Vertrag mit dem Vertrag vereinbar. Die italienischen Behörden sind sich darin einig, dass es sich nicht um eine Beihilfe für die Hersteller von Decodern handelt, und dass die Netzbetreiber und Sender gleich zu behandeln sind. Mediaset hat ähnlich argumentiert, bisweilen jedoch auch noch andere Argumente vorgebracht.

III.A.1. DIE MAßNAHME STELLE KEINE BEIHILFE DAR

III.A.1.1. **Es ließe sich kein selektiver Vorteil erkennen**

- (41) Nach italienischer Auffassung kann man keinesfalls behaupten, dass die begünstigten Gesellschaften die vom Staat mit dieser Maßnahme subventionierten Kosten selbst hätten tragen müssen, da nicht nachgewiesen werden kann, dass die Begünstigten den Kauf der Decoder durch die Fernsehkunden von sich aus subventioniert hätten. Die italienischen Behörden argumentieren hinsichtlich der Einleitung des Prüfverfahrens, dass es im Unterschied zur Entscheidung des Gerichtshofs in der Rechtssache Niederlande/Kommission⁽²³⁾ nicht einmal einen wirtschaftlichen Anreiz zur Subventionierung der Fernsehkunden durch die begünstigten Gesellschaften gab, da a) diese ja die Betreiber sind, die bereits auf dem Markt etabliert sind und somit kein Interesse an der Beendigung des Übergangs zum digitalen Fernsehen haben, da sie sich, wenn dieser Übergang abgeschlossen ist, einer stärkeren Konkurrenz stellen müssten, da die mit digitaler Technologie ausgestatteten Verbraucher ihre Programme von wesentlich mehr Anbietern beziehen können; b) der Markt für Pay-per-view-Fernsehen noch zu klein war, um einen eventuellen Verlust dieser Art ausgleichen zu können, und nicht der einzige Grund für die Subventionierung des Kaufs eines Decoders durch die Konsumenten sein kann, wenn man berücksichtigt, welcher prozentuelle Anteil der Einnahmen 2004 und 2005 auf den Pay-per-view-Sektor entfiel; c) der Termin für die Einstellung der Übertragungen in Analogtechnologie („Switch-off“) gar nicht zuverlässig feststand, und es ohne eine kritische Masse an Konsumenten nicht möglich ist, diesen Switch-off vorzunehmen.
- (42) Es sei unmöglich, den genauen Betrag der staatlichen Mittel festzustellen, die an die Begünstigten geflossen sind. Im Fall der staatlichen Beihilfe C 25/2004, die Gegenstand der Entscheidung 2006/513/EG⁽²⁴⁾ war, hatte die Kommission

T-System nicht zu den Begünstigten gezählt, weil es nicht möglich war, genau festzustellen, ob Mittel — und wenn ja in welcher Höhe — an diese Gesellschaft geflossen waren.

- (43) Zweitens behauptet Mediaset, dass die terrestrischen Sender und die Satellitensender als Gesellschaften nicht miteinander vergleichbar sind: die Betreiber von DVB-Diensten sind lediglich gehalten, die Umstellung auf die digitale Übertragung durchzuführen und den Übergang zum digitalen Fernsehen schrittweise anzuregen (mit *Simulcast*-Übertragungen und dem „Switch-off“). Daher unterliegen die terrestrischen Sender spezifischen Pflichten im Zusammenhang mit ihrem öffentlichen Dienstleistungsauftrag — Gewährleistung der Verfügbarkeit des terrestrischen Rundfunks auf dem gesamten italienischen Hoheitsgebiet — weshalb sie gehalten sind, offene Technologien zu verwenden. Nach Ansicht von Mediaset hatte man sich mit der Regelung vorgenommen, den Übergang von der Analog- zur Digitaltechnik zu erleichtern und die Entwicklung offener Standards in einem zeitlichen Rahmen zu fördern, in dem eine gesetzliche Frist für den obligatorischen Übergang von der analogen zur digitalen Übertragung — das sog. digitale „Switch-over“ festgelegt wurde, was für die Betreiber des digitalen terrestrischen Fernsehens hohe spezifische Kosten mit sich brachte (Mediaset hatte sehr hohe Kosten für die Infrastruktur aufzubringen). Darüber hinaus bestreitet Mediaset die Aussage im Zusammenhang mit der Entscheidung über die Einleitung des Verfahrens, und behauptet stattdessen, dass es keinen Schutz vor neuen Marktzutritten durch den Ankauf von Rundfunkinfrastrukturen gibt (Mediaset verweist auf das Beispiel der Gesellschaft H3G, die durch den Erwerb eines lokalen Senders in den Markt zugetreten ist), und dass die neuen Wettbewerber die Kosten für *Simulcast*-Übertragungen nicht selbst zu tragen haben.

- (44) Desgleichen behauptet die RAI, dass die Kommission in ihrer Sichtweise nicht die Pflichten berücksichtigt, die dem Unternehmen als öffentlich-rechtlicher Sendeanstalt obliegen, was nach Ansicht der RAI die angeblichen Vorteile wieder aufwiegt. Und dies aus folgenden Gründen: i) die RAI kann den Übergang zum digitalen Fernsehen (als öffentlich-rechtliches Fernsehen) nur vollziehen, wenn der Durchdringungsgrad des digitalen terrestrischen Fernsehens annähernd so hoch wie der des Fernsehens per Analogtechnik ist; und ii) die RAI ja gehalten war, ihre Investitionen im Bereich des digitalen terrestrischen Rundfunks in Einklang mit ihren gesetzlichen Verpflichtungen und nicht nach reinen Marktkriterien vorzunehmen, da sie verpflichtet war, bis spätestens zum 1. Januar 2005 zwei Multiplexe zur Abdeckung von mindestens 70 % der Bevölkerung bereitzustellen, um den Übergang zum digitalen Fernsehen mit Hilfe der Decoder möglichst schnell zu vollziehen. Die Gesamtkosten beliefen sich auf 150 Mio. EUR. Angesichts des festgesetzten Termins für den Übergang zum digitalen Fernsehen und der Tatsache, dass die RAI lediglich unverschlüsselte Programme sendet, die Anzahl der Zuschauer relativ begrenzt ist und die Kosten für die Umstellung auf die Digitaltechnik sich nicht auf die Fernsehgebühren für 2004, 2005 und 2006 niederschlagen, brauchte die RAI lediglich die Kosten für die Technologie (Frequenzen und Infrastruktur) zu tragen. Ohne die beanstandete Beihilfe müsste das öffentlich-rechtliche Fernsehen diese Kosten selbst übernehmen, während der beschleunigte Übergang zur Digitaltechnik keine zusätzlichen Einnahmen versprach.

⁽²²⁾ Gesetz Nr. 215 vom 20. Juli 2004.

⁽²³⁾ Entscheidung vom 13. Juni 2002 in der Rechtssache C-382/99, Slg. 2002, I-05163.

⁽²⁴⁾ Siehe Entscheidung 2006/513/EG der Kommission vom 9. November 2005 über die staatliche Beihilfe, die die Bundesrepublik Deutschland zugunsten der Einführung des digitalen terrestrischen Fernsehens (DVB-T) in Berlin-Brandenburg gewährt hat (C 25/2004) (ABl. L 200 vom 22.7.2006, S. 14).

III.A.1.2. *Verzerrung des Wettbewerbs*

- (45) Italien behauptet zunächst, dass die terrestrischen Sender und die Satellitensender nicht auf dem gleichen Markt für Bezahlfernsehen miteinander konkurrieren, da sie verschiedene Marktsegmente abdecken, nämlich das Marktsegment des frei empfangbaren Fernsehens und das Segment des Bezahlfernsehens. Hinzu kommt noch, dass die Angebote an Pay-per-view-Fernsehen erst in der zweiten Hälfte des Jahres 2005 angelaufen sind. Die Trennung der beiden Märkte gilt auch für die Netzbetreiber, wie es die AGCOM in einer ihrer Entscheidungen⁽²⁵⁾ bestätigt hat, was mit der Entscheidung RAI/Rami d'azienda⁽²⁶⁾ und mit einer Marktuntersuchung zum Fernsehsektor durch die Wettbewerbs- und Marktaufsichtsbehörde⁽²⁷⁾ in Einklang steht.
- (46) Darüber hinaus wirken sich die Kosten für den Decoder nur marginal auf die Entscheidungen des Verbrauchers zugunsten der einen oder der anderen Plattform aus. Dass es keine Verzerrung des Wettbewerbs gibt, zeigt sich auch daran, dass die Zahl der Sky-Abonnenten im ersten Halbjahr 2005 um 7,4 % gestiegen ist.
- (47) Ähnliche Argumente wurden von Mediaset vorgebracht. Dieses Unternehmen behauptet, dass die beanstandete Maßnahme nicht selektiv wirkt, da die Beihilfe den Verbrauchern zugute kommt und sich der selektive Charakter erst aus der geschäftsbedingten Entscheidung von Sky zugunsten der NDS-Technologie ergibt, denn erst dadurch entsteht eine Diskriminierung und hat Sky die Möglichkeit, sich die Kosten für den Decoder über die Abonnementsgebühren wieder hereinzuholen. Wenn die Betreiber dies wünschen, können sie alle die Technologie einsetzen, die ihnen die Möglichkeit verschafft, ebenfalls von den beanstandeten Beihilfen zu profitieren.

III.A.2. VEREINBARKEIT MIT DEM WETTBEWERBSRECHT

- (48) Italien weist grundsätzlich darauf hin, dass die Kommission die Vorteile der Interoperabilität kennt, und dass der Ausschluss der Satelliten-Decoder von der Gewährung der Beihilfe darauf zurückzuführen ist, dass es zum Zeitpunkt der Einführung der Beihilferegelung keine Satelliten-Decoder gab, mit denen die Interoperabilität gewährleistet werden konnte. Nach Erlass des Haushaltsgesetzes 2006, durch das auch die Satelliten-Decoder in die Maßnahme einbezogen wurden, hat Sky übrigens seine Decoder nicht so abgeändert, dass diese ebenfalls in den Genuss der Beihilferegelung gekommen wären.

⁽²⁵⁾ Entscheidung Nr. 163/06.CON.S, Gegenstand der Entscheidung: Genehmigung eines Programms von Eingriffen zur Förderung der rationellen Nutzung der Frequenzen für Rundfunk- und Fernsehdienste im Hinblick auf die Umstellung auf die Digitaltechnik, veröffentlicht auf der Website der AGCOM am 29. März 2006.

⁽²⁶⁾ Maßnahme 13137, Rechtssache C/6161 — RAI/Rami d'azienda, vom 29. April 2004.

⁽²⁷⁾ Marktuntersuchung Nr. 23, eingeleitet per Entscheidung Nr. 12056 vom 29. Mai und abgeschlossen per Entscheidung Nr. 13770 vom 16. November 2004.

III.A.2.1. *Artikel 87 Absatz 2 Buchstabe a EG-Vertrag*

- (49) Italien vertritt die Ansicht, dass der Prozentsatz — wie auch von der AGCOM angegeben und von der Kommission in Randnummer 55 der Entscheidung über die Einleitung des Verfahrens zitiert⁽²⁸⁾ — von 50 % der Haushalte, die sich bis Ende 2006 bzw. bis Ende 2008 einen Decoder anschaffen würden, eher zu niedrig angesetzt ist, insbesondere wenn man bedenkt, dass man ja auf eine starke Verbreitung der interaktiven und teureren Decoder abzielte. Die durch die Beihilferegelung bedingte Massenproduktion und die damit verbundene Kostendegression würden dann den Kauf der Decoder auch für die ärmeren Haushalte erschwinglich machen.

III.A.2.2. *Artikel 87 Absatz 3 Buchstabe b EG-Vertrag*

- (50) Mit der beanstandeten Maßnahme würde die Umsetzung eines Vorhabens gefördert, das im gemeinsamen europäischen Interesse sei — der Übergang zum digitalen Fernsehen (oder *Switch-over*) — was auch Teil eines transnationalen Programms ist, das von mehreren Mitgliedstaaten in Einklang mit der aktuellen Rechtsprechung (C-62/87 und C-72/87, Randnummer 22) unterstützt wird. Was den Ausschluss der Satelliten-Decoder von der Maßnahme anbelangt, so wird auf die allgemeinen vorstehenden Ausführungen zu diesem Punkt verwiesen.

III.A.2.3. *Artikel 87 Absatz 3 Buchstabe c EG-Vertrag*

III.A.2.3.a. *Angemessenheit der Beihilfe*

Das Problem der Koordinierung

- (51) Ein per Gesetz festgelegter Termin ist keine Gewähr für die Einstellung der Übertragungen per Analogtechnik, wenn es keine Anreize für die entsprechende Nachfrage gibt: Die Verbraucher wären dafür einfach noch nicht bereit, da die auf dem Markt operierenden terrestrischen Sender keinerlei Interesse an der Subventionierung des Kaufs der Decoder durch die Verbraucher in einem Umfeld haben, in dem der größte Teil der Verbraucher terrestrisches Analogfernsehen nutzt.

Zuschüsse für die Verbraucher

- (52) Ein Zuschuss für das digitale terrestrische Fernsehen, der direkt an die Verbraucher gezahlt würde, wäre gerechtfertigt, da sie beim digitalen terrestrischen Fernsehen keine zusätzlichen Kosten für den Empfang von frei empfangbaren Programmen zu tragen hätten, im Gegensatz zum Satellitenfernsehen, wofür sich der Verbraucher eine Parabolantenne anschaffen und ein Abonnement für das Bezahlfernsehen abschließen muss. Beim Kabelfernsehen halten die italienischen Behörden einen Zuschuss für die

⁽²⁸⁾ In Punkt 55 der Entscheidung über die Einleitung des Verfahrens erwähnt die Kommission eine Untersuchung der AGCOM zu den Decodern, die zu erschwinglichen Preisen auf dem Markt angeboten werden. Die AGCOM war zu dem Schluss gelangt, dass sich der Kauf des Decoders — mit oder ohne öffentliche Beihilfe — nur in begrenztem Maße auf das Einkommen eines Durchschnittshaushalts ausgewirkt hat, und dass die Marktentwicklung zeige, dass sich — nach einem „optimistischen“ Szenario — mehr als 50 % der Haushalte noch vor Ende 2006, und — nach einem pessimistischen Szenario — bis Anfang 2008 einen Decoder anschaffen würden.

Decoder trotz der zusätzlichen Kosten deshalb für vertretbar, weil die Kosten nicht unmittelbar an die Fernsehdienste gekoppelt sind, und weil Italien grundsätzlich Anreize für den Ausbau der Breitbandnetze schaffen wollte.

Verstärkung des Wettbewerbs zwischen den verschiedenen Plattformen

- (53) Italien weist die Auffassung der Kommission zurück, wonach die beanstandete Maßnahme Auswirkungen auf den Wettbewerb zwischen den verschiedenen Plattformen hat, findet jedoch, dass sich der Wettbewerb zwischen den verschiedenen Segmenten des Fernsehmarktes (auf längere Sicht) durch die neue digitale Plattform zugunsten der Verbraucher verstärken wird.

Externe Faktoren

- (54) Die Behauptung der Kommission, wonach die derzeitigen Betreiber bereits einen Ausgleich für den Übergang zum digitalen Fernsehen erhalten, da mit der digitalen Technologie eine größere Übertragungskapazität zu niedrigeren Kosten zur Verfügung steht, würde nicht das echte Kosten/Nutzen-Verhältnis dieser Umstellung berücksichtigen, da die bereits auf dem Markt präsenten Netzbetreiber, die mehr als eine Konzession für die digitale Übertragung innehaben, 40 % ihrer eigenen Bandbreite für andere Content-Anbieter zugänglich machen müssen, mit denen ihre Unternehmen keine gemeinsamen Besitzverhältnisse aufweisen.
- (55) Die Hauptbegünstigten des Übergangs zum digitalen Fernsehen (die neuen Wettbewerber auf dem Markt) sind nicht dieselben wie diejenigen, die die Kosten zu tragen haben (die Verbraucher, und vor allem die etablierten Betreiber). Da nämlich der verschärfte Wettbewerb, dem sie standhalten müssen, nicht durch eine Kostensenkung ausgeglichen wird, haben die bereits auf dem Markt etablierten Betreiber keinerlei Anreiz für die Einstellung der Übertragungen per Analogtechnik. Würde ihnen jedoch irgendein Vorteil erwachsen, so müsste dieser als Ausgleich für die ihnen entstandenen Kosten betrachtet werden. Mediaset bedient sich des gleichen Arguments.
- (56) Des Weiteren behauptet Mediaset, für den Fall, dass man den terrestrischen Betreibern einfach neben den Kosten für die Umstellung auf die digitale Übertragung auch noch die Kosten für die Decoder auferlegen würde, würde man keine ausreichende Abdeckung erzielen und Mediaset der Gefahr aussetzen, dass sich die anderen Gesellschaften wie die Trittbrettfahrer eines „free riding“ bedienen würden, da die Decoder „mit offener Schnittstelle“ auch für den Empfang der Programmkanäle der Konkurrenz genutzt werden könnten.

Innovationsförderung

- (57) Als die beanstandete Beihilferegelung zur Anwendung kam, war die Interaktivität der Satelliten-Decoder aufgrund der Verwendung einer gesetzlich geschützten (proprietären) Technologie ohne offene Schnittstelle zur Anwendungsprogrammierung (API) noch sehr begrenzt. Italien weist darauf hin, dass es bis heute noch keine „interoperativen“ Satelliten-Decoder auf dem Markt gibt und dies auch nicht im Anschluss an die Änderungen im Haushaltsgesetz 2006. Dass es Anreize für die Schaffung von interaktiven Diensten geben müsste, wird auch von Mediaset immer wieder betont.

III.A.2.3.b. Vermeidung unnötiger Wettbewerbsverzerrungen

- (58) Italien weist darauf hin, dass der Markt für Pay-per-view-Fernsehen nicht mit dem Markt für Satellitenfernsehen verglichen werden kann: Es handelt sich um zwei verschiedene Produkte. Auf jeden Fall hilft die beanstandete Beihilfe den neuen Wettbewerbern beim Zugang zum Markt für Bezahlfernsehen, was für die Verbraucher mit größeren Vorteilen verbunden sein dürfte.
- (59) Mediaset argumentiert mit dem Hinweis darauf, dass keine unnötigen Wettbewerbsverzerrungen verursacht wurden, da i) die Diskriminierung lediglich aus den geschäftsbedingten Entscheidungen von Sky herrührt; ii) das terrestrische Fernsehen die lokalen Programme ausstrahlt, während 80 % der lokalen Programme nicht über Satellit übertragen werden, da die Einnahmen der lokalen Programmsender nicht ausreichen, um die Übertragungskosten tragen zu können (Satellitenprogramme sind nicht vergleichbar mit unverschlüsselt ausgestrahlten und frei empfanglichen Programmen); iii) das Marktversagen ergibt sich nur hinsichtlich der digitalen terrestrischen Decoder und nicht für die Satelliten-Decoder, da das Satellitenfernsehen auf einem Abonnementsystem beruht und die Kosten wieder einbringt, die für die Ausgabe von Decodern an die Abonnenten angefallen sind, und da Sky als Monopolist darüber hinaus nicht dem Phänomen des Trittbrettfahrens (free riding) ausgesetzt ist.

III.A.2.4. Artikel 87 Absatz 3 Buchstabe d EG-Vertrag

- (60) In der Entscheidung 2006/513/EG⁽²⁹⁾ hat die Kommission erklärt, dass die Beihilfe nicht mit Artikel 87 Absatz 3 Buchstabe d EG-Vertrag vereinbar war, da sie nicht an einen bestimmten kulturellen Inhalt gebunden und auch nicht auf die kleinen lokalen Sender ausgerichtet war, die ansonsten aus der terrestrischen Plattform ausgeschlossen gewesen wären. In Italien gibt es zahlreiche lokale terrestrische Sender, die ein klar identifizierbares Kulturprodukt senden, das Italien schützen möchte. Da der Satellit — auch nach Ansicht der Sachverständigen, die für die Kommission arbeiten — keine wirtschaftliche Alternative zur Bereitstellung lokaler Fernsehdienste ist, brauchen die Satelliten-Decoder auch nicht in der beanstandeten Beihilferegelung berücksichtigt zu werden.

III.A.3. RÜCKFORDERUNG DER BEIHILFE

- (61) Die Kommission sollte nicht die Rückzahlung der Beihilfe verlangen, da dies im Widerspruch zu einem allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts stünde. Dieser Grundsatz gilt dann, wenn von Anfang an klar feststeht, dass die Beihilfe nicht zurückgefordert werden kann⁽³⁰⁾. Im vorliegenden Fall kann unmöglich festgestellt werden, welcher Sender in welchem Umfang von den als Zuschuss bereitgestellten staatlichen Mitteln profitiert hat: Daher dürfte die Kommission die Rückzahlung der Beihilfe nicht verlangen. Italien behauptet darüber hinaus, dass die Sender sich ja nicht gegen die Beihilferegelung wehren konnten, so dass die Begünstigten, selbst wenn sie sich sofort dagegen ausgesprochen hätten, keine Möglichkeit gehabt hätten, die Beihilferegelung abzuwehren. In der Entscheidung 2006/513/EG hat die Kommission ähnlich argumentiert⁽³¹⁾.

⁽²⁹⁾ Siehe Fußnote 24.

⁽³⁰⁾ Rechtssache C-75/97, Belgien/Kommission, Slg. 1999, I-3671.

⁽³¹⁾ Siehe Fußnote 24.

III.B. DIE STELLUNGNAHMEN VON SKY ITALIA, DER ESOA UND VON EUROPA 7

- (62) Sky Italia, die ESOA und Europa 7 stimmen mit der Kommission darin überein, dass die vorliegende Maßnahme keine Beihilfe zugunsten der Anbieter des digitalen terrestrischen Fernsehens darstellt. Außerdem bestreiten sie auch nicht die vorläufige Feststellung, wonach die Maßnahme keine Beihilfe zugunsten der Decoderhersteller ist: die beiden Beschwerdeführer bestreiten diese Schlussfolgerung ebenso wenig, obwohl Sky Italia in seiner Beschwerde das Gegenteil erklärt hatte.
- (63) Sky Italia konzentriert sich in seiner Analyse auf die angeblichen positiven Auswirkungen der Maßnahme auf die Anbieter des terrestrischen digitalen Fernsehens, also hauptsächlich Mediaset und Telecom Italia. Nach Ansicht von Sky hatte die Kommission beim Zusammenschluss von Telepiù/Newscorp eine ganze Liste von Marktzutrittschranken und Hindernissen für die Expansion der Anbieter von terrestrischem digitalem Fernsehen aufgestellt, die Korrekturmaßnahmen erforderten⁽³²⁾. Entgegen den Einschätzungen der Kommission kam es dank der Zuschüsse dazu, dass die neuen Wettbewerber — bei denen es sich ja in Wirklichkeit um die Anbieter handelte, die bereits auf dem Markt für Analogfernsehen präsent waren — zu einer raschen Expansion des digitalen terrestrischen Fernsehens beitrugen.
- (64) Die beanstandeten Zuschüsse haben für Mediaset und Telecom Italia einen dreifachen Vorteil beinhaltet: in erster Linie den Vorteil, dass angesichts des komplementären Charakters des Zugangs zu den Decodern des digitalen terrestrischen Fernsehens und des Zugangs zu den digitalen terrestrischen Fernsehsendern der Preisrückgang bei den Decodern zu einer steigenden Nachfrage sowohl nach Decodern als auch nach Sendern geführt hat. Es ist ja auch in der Tat ganz normal, dass die digitalen terrestrischen Sender eine Basis für ihre Sendeplattform schaffen, wie es übrigens auch Sky gemacht hat, und dafür erst einmal Kosten zu tragen haben, die sie nicht sofort wieder amortisiert haben. Mit Hilfe der Zuschüsse konnten die Anbieter von digitalem terrestrischem Fernsehen ihre Kunden leichter dazu bewegen, ihr neues digitales Angebot an Fernsehkanälen zu nutzen. Darüber hinaus hat die Maßnahme dabei geholfen, das Problem des Trittbrettfahrers beim Aufbau einer Kundenbasis zu vermeiden.
- (65) Zweitens soll Mediaset — nach einer Studie der Global Equity Division der Deutschen Bank⁽³³⁾ — erst durch die Zuschüsse die Möglichkeit erhalten haben, zu geringem Risiko und niedrigen Kosten auf den Markt für Bezahlfernsehen vorzustoßen. Durch die Zuschüsse haben sich die Finanzierungskosten für Mediaset und Telecom Italia verringert: a) in direkter Weise dadurch, dass die digitalen terrestrischen Sender zur Erzielung der gleichen Wirkung, wie sie sie mit Hilfe der Zuschüsse erzielt haben, Investitionen von 100 Mio. EUR hätten vornehmen müssen, also die Hälfte der Gesamtkosten der Infrastrukturinvestitionen, die Mediaset bis zum Januar 2005 zu tragen hatte und b) in indirekter Weise dadurch, dass sie der Verunsicherung bezüglich des Erfolgs des Übergangs zum digitalen Fernsehen entgegenwirkten.
- (66) Dank der „bilateralen“ Beschaffenheit des Marktes schließlich bewirkt eine breite Kundenbasis, die auf diese Weise „hochwertige“ Inhalte zum geringeren Preis erhalten kann, auch einen Vorteil auf dem Markt für Fernsehwerbung.
- (67) Sky behauptet nun, diese angeblichen Vorteile seien vielmehr selektiver Art, da Sky in seiner Geschäftsfähigkeit eingeschränkt war, da man nur ein geringes Wachstum mit entsprechend höheren Kapitalkosten aufzuweisen hatte. Sky legt auch eine Reihe von Zahlen zur Untermauerung seiner Behauptung vor, wonach sich die Erhöhung der Absatzzahlen der Decoder für das digitale terrestrische Fernsehen — die vom Staat subventioniert waren — negativ auf den Absatz seines „Premium Sports“-Pakets ausgewirkt habe.
- (68) Europa 7 behauptet ebenso, dass den Sendern und anderen Anbietern von digitalem terrestrischem Fernsehen Vorteile gewährt wurden. Europa 7 zitiert die italienischen Wettbewerbs- und Marktaufsichtsbehörde (AGCOM), die anerkannt hat, dass die Maßnahme folgende Auswirkungen hatte: die Hälfte der Decoder wurden unter Nutzung des Zuschusses gekauft; die Verbreitung des digitalen terrestrischen Fernsehens hat sich im ersten Halbjahr 2005 dank des digitalen terrestrischen Bezahlfernsehens verdoppelt, während das satellitengestützte Bezahlfernsehen lediglich ein Wachstum von einem Prozentpunkt zu verzeichnen hatte.
- (69) Der damit verbundenen Vorteil war selektiver Art, da sich der Zuschuss nicht in Form eines besseren Zugangs zum Markt von Europa 7 ausgewirkt hat, weil dieser Gesellschaft ja noch keine Sendefrequenzen zugeteilt waren. Hingegen hat der Vorteil darin bestanden, dass Mediaset und die RAI besser in der Lage waren, die Nachfrage zu befriedigen und zu günstigeren Bedingungen zu investieren und ihre Marktmacht auf den Bereich des digitalen Fernsehens auszuweiten.
- (70) Des Weiteren behauptet Europa 7, dass sich die Maßnahme in keiner Weise mit dem öffentlichen Interesse rechtfertigen lässt, da i) die Anreize für die Verbraucher zum Erwerb eines Decoders für digitales terrestrisches Fernsehen mit dem Zugang zu kommerziell angebotenen Diensten verbunden sind; ii) der Übergang zum digitalen Fernsehen verschoben wurde und iii) für den Fall, dass die Maßnahme den Wettbewerb in dem Sinne begünstigt, dass dadurch die Marktmacht von Sky beschränkt wird, sie sich doch zugunsten der oligopolistischen Anbieter auswirkt, die bereits auf dem Markt für analoges Fernsehen präsent sind, da sie die einschlägigen Lizenzen besitzen.
- (71) Schließlich weist Europa 7 darauf hin, dass die Rückforderung der Beihilfe nur die logische Konsequenz der Abschaffung der Beihilfe ist, und dass die Schwierigkeiten der Quantifizierung kein Grund sein können, die Beihilfe nicht zurückzufordern. Falls sich der Beihilfebetrug nicht genau quantifizieren lässt, könnte Italien den Konkurrenten einen Ausgleich zukommen lassen.

⁽³²⁾ Die Hauptmarktzutrittschranken waren: a) ein normativer Rahmen, der es den Anbietern von digitalem terrestrischem Fernsehen erst ab 2007 gestattete, den Betrieb aufzunehmen; b) die Anforderung, die Rundfunk- und Fernsehnetze zu erheblichen Kosten zu modernisieren; c) höhere Übertragungskosten für das digitale terrestrische Fernsehen als für das Satellitenfernsehen; d) die Notwendigkeit, eine hohe Zahl von Decodern für das digitale terrestrische Fernsehen auf dem Markt verbreiten zu müssen; e) die Anforderung, dass die Regulierungsbehörden die auf nationale Frequenzen anwendbare Regelung ändern müssen, damit *Simulcast*-Übertragungen vorgenommen werden können, und f) die Gefahr, dass ein erheblicher Teil der Bevölkerung das digitale terrestrische Fernsehsignal gar nicht empfangen kann.

⁽³³⁾ „Mediaset, the beautiful game“ vom 18. Januar 2005.

(72) Die ESOA vertritt die Ansicht, dass die Satellitenplattform benachteiligt wurde — obwohl sie das Funkfrequenzspektrum für Fernsehsendungen stärker nutzt — und dass gerade die Satellitenbetreiber die gesamten Kosten für die Einführung der digitalen Übertragungstechnik selbst tragen mussten. Daher ist die ESOA der Auffassung, dass die beanstandeten Zuschüsse zugunsten des digitalen terrestrischen Fernsehens eine rechtswidrige Beihilfe darstellen, die dem Marktversagen, das damit eigentlich kompensiert werden sollte, nicht angemessen ist.

III.C. BEMERKUNGEN DER ANIE

(73) Die ANIE hat sich nicht eigens zur der beanstandeten Maßnahme geäußert, hat aber eine Kopie einer Anzeige gegen Sky Italia wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung bei der italienischen Wettbewerbs- und Marktaufsichtsbehörde übermittelt, die jedoch in dieser Angelegenheit noch nicht entschieden hat.

(74) Nach den Behauptungen der ANIE haben einige Decoderhersteller Sky aufgefordert, Lizenzen zu bestimmten Aspekten der NDS-Technologie zur Verschlüsselung der Satellitensignale freizugeben, einer rechtlich geschützten (proprietären) Technologie von Sky, die ausschließlich in Italien verwendet wird. Diese Lizenzen sind von ausschlaggebender Bedeutung für die Herstellung von Decodern, die mit einer sog. „offenen Schnittstelle“ ausgestattet sind, mit der terrestrisch oder per Satellit übertragene digitale Signale unter Verwendung der NDS-Technologie entschlüsselt werden können.

(75) Sky hat sein Signal ab 2005 ausschließlich mit der NDS-Technologie verschlüsselt. Inhaber dieser Technologie ist für den italienischen Markt eine Tochtergesellschaft der Gruppe Newscorp, die wiederum die Muttergesellschaft von Sky ist. Sky behauptet, als Abwehr von Piraterie zur NDS-Technologie übergegangen zu sein. Dabei handelt es sich um eine Art rechtlich geschützter (proprietärer) und „geschlossener“ Technologie, da der Zugang zu den NDS-Decodern voraussetzt, dass man Zugang zur Technologie oder zu bestimmten Komponenten der Decoder erhält, was bei den Decodern mit offener Schnittstelle nicht erforderlich ist.

(76) Sky vermietet seinen Abonnenten Decoder, in die diese „geschlossene“ Technologie eingebaut ist. Als Sky zur NDS-Technologie übergegangen ist, hat es sämtliche Decoder seiner Abonnenten ausgetauscht.

(77) Sky weigert sich jedoch, die eigene rechtlich geschützte Technologie mit den Herstellern der Decoder mit offener Schnittstelle zu teilen, und argumentiert, dass eine derartige Vereinbarung nicht genügend Schutz vor Piraterie bieten würde. Nach Ansicht der ANIE ist das von Sky angeführte Argument der Angst vor eventueller Produktpiraterie nicht stichhaltig. Vielmehr diene der Einsatz der „proprietären“ Decoder nur zur Erhaltung der Monopolposition dieser Gesellschaft auf dem Markt für Bezahlfernsehen. Die Entscheidung von Sky hat zur Folge, dass dieses Unternehmen seine Kunden besser an sich binden kann, und bewirkt darüber hinaus auch eine Beschränkung der

Marktmöglichkeiten für die Decoderhersteller und behindert damit die technologische Entwicklung in diesem Sektor⁽³⁴⁾.

III.D. STELLUNGNAHME DER ITALIENISCHEN REGIERUNG

(78) Italien hat sich zu den von dritter Seite vorgebrachten Bemerkungen nicht geäußert.

IV. WETTBEWERBSRECHTLICHE WÜRDIGUNG

IV.A. WÜRDIGUNG DER BEIHILFEREGELUNG IM LICHT VON ARTIKEL 87 ABSATZ 1 EG-VERTRAG

(79) Die Kommission hat geprüft, ob die Beihilferegelung als staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag zu sehen ist. Dieser Artikel liefert eine Reihe von Bedingungen, anhand derer sich feststellen lässt, ob eine staatliche Beihilfe vorliegt. Zunächst hat es sich um eine Maßnahme des Staates oder eine aus staatlichen Mitteln bestrittene Maßnahme zu handeln. Zweitens muss die Maßnahme mit einem selektiven wirtschaftlichen Vorteil für den Begünstigten verbunden sein. Drittens muss sie den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, und viertens muss sie geeignet sein, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

IV.A.1. STAATLICHE MITTEL

(80) Die vorliegende Maßnahme basierte auf den Haushaltsgesetzen 2004 und 2005 und wurde über den Staatshaushalt bestritten. Daher ist sie eindeutig dem Staat zuzuordnen und beinhaltet den Einsatz staatlicher Mittel, worauf bereits in der Entscheidung über die Einleitung des Verfahrens hingewiesen wurde. Die Kommission bestätigt daher die vorherige Bewertung, wonach das Kriterium der staatlichen Mittel erfüllt ist. Diese Schlussfolgerung wird weder von Italien noch von dritter Seite bestritten.

IV.A.2. WIRTSCHAFTLICHER VORTEIL

(81) In der Entscheidung über die Einleitung des Verfahrens war die Kommission davon ausgegangen, dass die Beihilferegelung zwar unmittelbar den Endverbrauchern zugute kam, dennoch damit aber ein indirekter Vorteil für i) die Fernsehsender, die digitale Plattformen oder Kabelplattformen betreiben; ii) die Netzbetreiber, die das Signal übertragen; und iii) die Decoderhersteller verbunden gewesen sein könnte.

(82) In der Entscheidung über die Einleitung des Verfahrens hatte die Kommission festgestellt, dass ein indirekter Vorteil in den Anwendungsbereich von Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag fallen könnte, und hat auf die einschlägige Recht-

⁽³⁴⁾ Die ANIE behauptet, dass Sky mit seinem Verhalten die technologische Entwicklung behindert, da es die Entwicklung von Decodern verhindert, die mit anderen Systemen des bedingten Zugangs arbeiten. Ferner wird die Entwicklung von anderen Möglichkeiten verhindert, wie sie die „offenen“ Decoder bieten. Sky verhindert insbesondere die technologische Weiterentwicklung der heute üblichen Decoder für die terrestrische oder satellitengestützte Übertragung.

sprechung verwiesen⁽³⁵⁾. Was die Sender anbelangt, die DVB-T/DVB-C verwenden, vertrat die Kommission die Auffassung, dass die Beihilferegelung diesen Sendern beim Aufbau und bei der Erweiterung ihrer „audience“ (also der Anzahl ihrer Zuschauer) hilft, da sie auf diese Weise Kosten vermeiden können, die sie ansonsten hätten tragen müssen, um ihre digitale „audience“ ebenso stark erweitern zu können. Außerdem trägt die Maßnahme zur Verringerung der Kosten bei, die die Sender, die in *Simulcast* senden, ansonsten selbst hätten aufbringen müssen. Im Falle der Netzbetreiber besteht der Vorteil in der potenziellen Steigerung der Nachfrage, die durch die Sender bestimmt wird, die die „privilegierte“ Plattform verwenden. Nachdem die Kommission eingesehen hatte, dass sich der selektive Vorteil nicht leicht quantifizieren lässt, hat sie schließlich alle betroffenen Parteien aufgefordert, sich zu einer eventuellen Quantifizierung und zu einer sinnvollen Methode zur Abschätzung des Vorteils zu äußern, der sich durch die Maßnahme für die indirekt Begünstigten ergeben haben könnte.

- (83) Nach Eingang der Bemerkungen der betroffenen Parteien bleibt die Kommission aus den im Folgenden beschriebenen Gründen bei ihrer Meinung, dass die beanstandete Maßnahme den Betreibern des terrestrisch und via Kabel ausgestrahlten Bezahlfernsehens einen selektiven Vorteil verschafft.

Die Sender

- (84) Der aus der Maßnahme für die Sender ableitbare Vorteil besteht hauptsächlich in der Möglichkeit, einen Kundenstamm („audience“) aufzubauen, ganz besonders durch den stärkeren Ausbau der Pay-per-view-Programme: ohne diese Maßnahme hätte sich der digitale Kundenstamm nicht so schnell aufbauen lassen, es sei denn, die Sender hätten die Empfangskosten für ihre potenziellen Zuschauer selbst finanziert. Der Ausbau des Kundenstamms macht einen wesentlichen Teil der kommerziellen Geschäftstätigkeit eines Bezahlfernsehensenders oder eines Senders aus, der seine Bezahlfernsehprogramme ausbauen möchte, da die Anzahl der Kunden (also der Zuschauer) ein grundlegender Faktor für die Erwirtschaftung von Einkommen oder für die Festlegung niedriger Preise für die Pay-per-view-Angebote darstellt. Ein weiterer Beweis hierfür sind die Kosten, die die Satellitenfernsehbetreiber aufbringen mussten, um eine solche Kundenbasis aufzubauen, sowie — wenn der Übergang zur Digitaltechnik erst einmal vollzogen ist — die Folgekosten, um diese Kundenbasis zu halten⁽³⁶⁾. So behauptet zum Beispiel einer der Beschwerdeführer — Sky Italia — seinen Abonnenten einen Decoder und eine Parabolantenne gratis angeboten zu haben.
- (85) Außerdem ließe sich anführen, dass die Hauptfolge der Maßnahme eine Senkung des Preises für die Decoder war, die interaktiv einsetzbar sind, deren Preis sich weitgehend denen der sog. „Zapper“ angenähert hat. Mit dem durch die beanstandete Beihilferegelung subventionierten Typ von Decoder können die Verbraucher das frei empfangbare derzeit verfügbare Analogstandardprogramm der

verschiedenen Fernsehsender sowie das Angebot an Bezahlfernsehen und die interaktiven Dienste empfangen, die von einer ganzen Reihe von Sendern und Contentanbietern angeboten werden. Zu den interaktiven Diensten können auch *E-Government*-Dienste gehören, zu denen man über eine „smart card“⁽³⁷⁾ Zugang erhält. Daher können die Verbraucher mit dieser Subventionierung ein wesentlich breiteres Angebot zum gleichen Preis erhalten, zu dem sie zuvor lediglich einen recht einfachen Decoder kaufen konnten, der ihnen nur Zugang zu wesentlich weniger Diensten verschaffte.

- (86) Daraus ergibt sich, dass die beanstandete Maßnahme für die Verbraucher einen Anreiz geschaffen hat, von der Analogtechnik zur terrestrischen Digitaltechnik überzugehen. Dies wirkte sich zum Vorteil für die Sender und zum besonderen Vorteil für die Dienste aus, die in der Analogtechnik nicht verfügbar waren. Mit anderen Worten: Durch den staatlichen Zuschuss konnten die DVB-T-Sender die Kosten für eine auf dem Markt weit verbreitete Geschäftsstrategie (die Subventionierung der Decoder), mit der sich durchaus ein Kundenstamm aufbauen lässt, einsparen.
- (87) Dass dies ein zutreffendes Argument ist, wird indirekt auch im Dokument der Deutschen Bank⁽³⁸⁾ bestätigt, wo den Anlegern erläutert und vorgeschlagen wird, welche Gewinne sich mit dem Kauf von Aktien von Mediaset realisieren lassen. Die Research-Abteilung der Deutschen Bank verweist darauf, wie Mediaset dank seiner günstigen Ausgangslage und dank der günstigen Marktbedingungen, seiner Marktstrategie und durch „die den Verbrauchern gewährten Zuschüsse“ „das digitale terrestrische Fernsehen als ein Instrument mit niedrigem Risiko und zu niedrigen Kosten auf- und ausbauen und damit in den Markt für Bezahlfernsehen einsteigen kann“.
- (88) Ein weiterer Vorteil, der sich aus der beanstandeten Maßnahme für die bereits auf dem Markt aktiven terrestrischen Fernsehsender ergibt, besteht darin, dass sie damit ihre bereits aufgebaute Präsenz auf der digitalen terrestrischen Plattform unter dem Aspekt der Imagepflege und Kundenbindung konsolidieren können. Der Vorteil bezieht sich auf das neue Angebot von Diensten — insbesondere Bezahlfernsehen — das auf der digitalen Plattform angeboten wird. Mit der beanstandeten Maßnahme lassen sich die Wirkungen der derzeit geltenden Rechtsvorschriften verstärken, also die Tatsache, dass die wichtigsten Sender die Netzbetreiber kontrollieren, und dass man eine Konzession für die Übertragung mittels Digitaltechnik praktisch nur dann erwerben kann, wenn diese mit einer Konzession für die Übertragung in Analogtechnik verbunden ist. Die bereits auf dem Markt präsenten Betreiber können ihre Konzessionen für die Analogtechnik leicht in Konzessionen für die Digitaltechnik umwandeln, während die neuen Wettbewerber zunächst Konzessionen für Analogtechnik auf dem Markt erwerben müssen, um sie dann für die Übertragung von Fernsehprogrammen in Digitaltechnik verwenden zu können. Der zeitliche Nachteil der neuen Wettbewerber kann sich durch Maßnahmen wie

⁽³⁵⁾ Rechtssache C-382/99 Niederlande/Kommission, Slg. 2002, I-5163, und Rechtssache C-156/98, Deutschland/Kommission, Slg. 2000, I-6857, Randnrn. 24-28.

⁽³⁶⁾ Der Fall Italien ist kein Sonderfall: in ähnlicher Weise weist das Office of FAIR Trading (OFT) des Vereinigten Königreichs unter Punkt 371 der Untersuchung in der Sache CA98/20/2002 zu BskyB auf die Bedeutung des Aufbaus eines Kundenstamms für BskyB hin.

⁽³⁷⁾ Unter „smart card“ (oder auch Chipkarte) versteht man eine Vorrichtung, mit der sich der Anwender identifizieren lässt, und mit der er online Transaktionen verrichten kann.

⁽³⁸⁾ „Mediaset, the beautiful game“ (siehe Fußnote 33).

die hier beanstandeten noch weiter verschärfen, da sie dazu beitragen, dass sich der Kundenstamm der bereits auf dem Markt etablierten Betreiber schneller ausweitet.

- (89) Die vorstehend erörterten Argumente gelten nicht für die Angebote, die auf den Analogplattformen bereits angeboten werden, und die die Verbraucher bereits kennen. Darüber hinaus ist es unwahrscheinlich, dass eine frühere Umstellung auf die digitale Plattform bewirkt haben könnte, dass sich die Gesamtzahl (analog plus digital) der Zuschauer dieser Programme/Dienste signifikant erhöht hat.
- (90) Das von Italien und von Mediaset vorgebrachte Argument, dass nämlich von einem Vorteil keine Rede sein könne, weil die Begünstigten ohne den staatlichen Zuschuss den Kauf der Decoder durch die Verbraucher nicht subventioniert hätten, ist nicht überzeugend. Angenommen, die Verbraucher wären nicht bereit gewesen, ohne den besagten Zuschuss die sog. „offenen“ Decoder zu kaufen, oder dass der Markt für Bezahlfernsehen nicht groß genug war, so ergibt sich als Folge aus der Gewährung des Zuschusses gerade die Bildung einer Kundenbasis für die terrestrischen Sender, die sich ansonsten nicht so entwickelt hätte. Hätten die terrestrischen Sender den Kauf von „interoperablen“ Decodern — die einzigen, mit denen man gegenwärtig Bezahlfernsehen als Pay-per-view mit dem System der Prepaid-Karten empfangen kann — aus Angst vor anderen Sendern als Trittbrettfahrern nicht subventioniert, hätte dies zu einer Verzögerung beim Start der Bezahlfernsenddienste geführt. Daher diene die beanstandete Maßnahme den terrestrischen Sendern zur Überwindung dieser externen Unwägbarkeit und zur Erschließung eines neuen Geschäftsfelds.
- (91) Des Weiteren bestreitet die Kommission die Behauptung, wonach die Bereitschaft oder das Interesse der Begünstigten an der Nachbildung der mit der Beihilfe erzielten Wirkungen auch ohne die Gewährung der Beihilfe geeignete Kriterien seien, anhand derer sich ermessen ließe, ob die beanstandete Maßnahme mit der Gewährung eines Vorteils verbunden war. Im vorliegenden Fall ist nämlich der den terrestrischen Sendern erwachsende Vorteil lediglich das Ergebnis einer Wirkung der Maßnahme. Das Verhalten der Begünstigten war nach Einführung der Maßnahme lediglich auf die Optimierung der Gewinne in einer Situation ausgerichtet gewesen, die auf diese Weise eingetreten ist, und die zu einer Ausweitung der kommerziellen Geschäftstätigkeit geführt hat, die ohne die Beihilfe so nicht möglich gewesen wäre. Dies ist auch im vorliegenden Fall eingetreten, da nach dem Jahresbericht der italienischen Marktaufsichtsbehörde AGCOM⁽³⁹⁾ die Einnahmen aus dem Angebot an Bezahlfernsehen und insbesondere beim terrestrischen Pay-per-view-Fernsehen erheblich gestiegen sind, obwohl sie absolut gesehen immer noch einen eher geringen Teil der Einnahmen aus dem Fernsehgeschäft ausmachen.
- (92) Zur Klärung der Frage, ob mit der Maßnahme ein Vorteil verbunden war, sind nach der ständigen Rechtsprechung die Wirkungen der Maßnahme das entscheidende Element, was im Fall der indirekt Begünstigten vom EuGH in seinem

Urteil in der Rechtssache Deutschland/Kommission⁽⁴⁰⁾ bestätigt wurde.

- (93) Die Kommission bestreitet auch die von Italien und von anderen betroffenen Parteien vorgebrachten Argumente, wonach mit der Maßnahme kein Vorteil verbunden war. In erster Linie bestreitet die Kommission die Behauptung Italiens, dass es keinen Vorteil gegeben habe, da sich nicht genau bestimmen lässt, in welcher Höhe staatliche Mittel an die Begünstigten geflossen sind. In der von Italien angeführten Entscheidung 2006/513/EG⁽⁴¹⁾ hat die Kommission nicht bestritten, dass es einen indirekten Vorteil für bestimmte Begünstigte (die Netzbetreiber) gegeben hat, sondern diese lediglich von der Erfüllung der Rückerstattungspflicht ausgeschlossen, da man nicht feststellen konnte, ob eine Übertragung von staatlichen Mitteln stattgefunden hat.
- (94) Die Kommission weist auch die von Mediaset und von der RAI angeführten Argumente zurück, die beide behaupten, dass die Situation der terrestrischen Sender nicht mit der der Satellitensender vergleichbar ist, da die Betreiber des terrestrischen Fernsehens gehalten sind, den Übergang zum digitalen Fernsehen innerhalb einer gesetzlich festgelegten Frist zu vollziehen, und sie gleichzeitig die Kosten für das *Simulcast* zu tragen haben. Folglich würde die beanstandete Maßnahme keinen selektiven Vorteil bewirken.
- (95) Der Hauptgrund, weshalb den terrestrischen Betreibern der Übergang zum digitalen Fernsehen auferlegt wurde, besteht darin, dass das terrestrische Fernsehen einen Teil des Funkfrequenzspektrums belegt, der mit einem hohen Wert verbunden ist⁽⁴²⁾. Somit hat die große Anzahl von Funkfrequenzen, die für die analoge Übertragungstechnik erforderlich sind, eine technische Marktzutrittsschranke für neue Wettbewerber auf dem Markt für terrestrisches Fernsehen dargestellt, wodurch sich das Duopol aus der RAI und Mediaset länger halten konnte. Der intensive Gebrauch einer begrenzten Ressource — des Funkfrequenzspektrums — durch die terrestrischen Sender rechtfertigt die unterschiedlichen Auflagen, die ihnen im Vergleich zu den Betreibern anderer Plattformen auferlegt wurden. Die Nutzung der Funkfrequenzen ist rechtlich gesehen nicht allein den Sendern vorbehalten, obwohl diese sich darauf verlassen können, dass die Zuteilung und Zuweisung der

⁽⁴⁰⁾ Rechtssache C-156/98 (siehe Randnummer 35). Im hier genannten Fall hätte der indirekt Begünstigte wahrscheinlich ohne die staatliche Maßnahme nicht gehandelt: Als Begünstigte gelten die Unternehmen, in die die Investoren investieren, denen ein steuerlicher Vorteil gewährt wird, und es kann durchaus Fälle geben, in denen diese Unternehmen nicht einmal ihr Handeln speziell auf den Erhalt des Vorteils ausrichten. Wie der EuGH in den Punkten 25-28 des Urteils klarstellt, ist eine Maßnahme als Beihilfe zu betrachten, wenn der den Unternehmen indirekt gewährte Vorteil sich aus dem Verzicht des Mitgliedstaats auf Steuereinnahmen ergibt, die er unter normalen Umständen erhalten hätte, und wo dieser Verzicht den Investoren die Möglichkeit zur Beteiligung am Kapital dieser Unternehmen zu steuerlich günstigeren Bedingungen bietet. Eine autonome Entscheidung der Investoren hat eben nicht zur Folge, dass der Zusammenhang zwischen der Steuererleichterung und dem Vorteil zugunsten der betroffenen Unternehmen aufgehoben wird, da sich ja die Veränderung der Marktbedingungen, wodurch dieser Vorteil bewirkt wird, wirtschaftlich betrachtet erst durch den Verzicht der öffentlichen Behörden auf Steuereinnahmen ergibt.

⁽⁴¹⁾ Siehe Fußnote 24.

⁽⁴²⁾ Wie bereits unter Punkt 9 erläutert ist mit der digitalen Übertragungstechnik eine effizientere Nutzung des Funkfrequenzspektrums möglich.

⁽³⁹⁾ *Relazione Annuale* (Jahresbericht) der AGCOM vom 30. Juni 2006.

Funkfrequenzen durch die nationalen Regulierungsbehörden auf objektiven transparenten nicht diskriminierenden und angemessenen Kriterien beruhen⁽⁴³⁾. Und schließlich ist die Maßnahme nicht so konzipiert, dass sie im Verhältnis zu den Kosten des Übergangs zur digitalen Übertragungstechnik als angemessen gelten kann. Die Kommission hat nämlich nicht den Eindruck, dass es leicht ist, einen Zuschuss für die Verbraucher so zu bemessen, dass er sich im Verhältnis zu den eventuell von den Unternehmen im Zuge des Umstellungsprozesses zu tragenden Kosten als angemessen herausstellt. Zweitens liegt die Beweislast für die Angemessenheit der Maßnahme beim Mitgliedstaat. Italien hat jedoch weder eine klare Schätzung der Kosten des Umstellungsprozesses geliefert, noch präzise Angaben zur Verhältnismäßigkeit der Vorteile gemacht, die sich für die Sender aufgrund der Maßnahme ergeben haben.

Die Netzbetreiber

- (96) Soweit der Rundfunk auf Übertragungsdienste angewiesen ist, die von Netzbetreibern angeboten werden, kann die Entwicklung des digitalen terrestrischen Fernsehens diesen einen indirekten Vorteil verschaffen. So kann man davon ausgehen, dass die Zahlungsbereitschaft eines Senders für die Inanspruchnahme von Übertragungsdiensten unter anderem davon abhängt, ob er dank seiner Präsenz auf einer bestimmten Plattform höhere Einnahmen erzielen kann, was wiederum von der Anzahl der Zuschauer auf dieser Plattform abhängt. Da die beanstandete Maßnahme Auswirkungen auf die Anzahl der Verbraucher von digitalen terrestrischen Fernsehdiensten hat, könnte sich somit auch für die Netzbetreiber eine indirekte positive Wirkung ergeben.
- (97) Allerdings lässt sich nicht mit Sicherheit behaupten, die Maßnahme habe die Entscheidung der Sender hinsichtlich ihrer Präsenz auf verschiedenen Übertragungsplattformen beeinflusst. Genauso wenig lässt sich der Preis bestimmen, den besagte Sender ohne die Maßnahme zu zahlen bereit gewesen wären. Darüber hinaus ist es aufgrund der Besitzverhältnisse zwischen Sendern und Netzbetreibern auf der digitalen terrestrischen Plattform weniger angebracht oder maßgeblich, zwischen diesen beiden Arten von Begünstigten zu unterscheiden. Dem stimmt auch Italien zu. Allerdings kann man davon ausgehen, dass sich diese Maßnahme für den Fall einer Wiederholung der beanstandeten Maßnahme und bei einer fortgesetzten Begünstigung der Zuschauer beim Übergang von der Fernsehübertragung in Analogtechnik zur digitalen terrestrischen Plattform durchaus auf den Umfang der „audience“ der verschiedenen Plattformen in einem Maße auswirken würde, dass damit auch die Entscheidung der Sender hinsichtlich ihrer Präsenz auf einer bestimmten Plattform beeinflusst würde. Daher würde eine eventuelle Wiederholung der Maßnahme den Betreibern digitaler terrestrischer Netze einen Vorteil auf Kosten der Betreiber von Satellitennetzen verschaffen.
- (98) Letzten Endes gibt es Netzbetreiber, die sich nicht einfach darauf beschränken, Übertragungsleistungen an Sender zu verkaufen, sondern die selbst Fernsehdienste vermarkten und sie direkt der Öffentlichkeit anbieten. Einer dieser

Betreiber ist z. B. Fastweb, ein „triple play“⁽⁴⁴⁾ - Betreiber, der über Kabel sendet, und der u. a. auch Bezahlfernsehen anbietet. In diesem Fall kommt der Netzbetreiber in den Genuss eines ähnlichen Vorteils wie die Sender, was unter den Randnummern 84-88 bereits dargelegt wurde.

Die Hersteller von Decodern

- (99) Wie bereits in der Entscheidung über die Einleitung des Verfahrens betont besteht der indirekte Vorteil für die Hersteller von Decodern in der Möglichkeit, durch die beanstandete Maßnahme eine höhere Anzahl von Decodern abzusetzen als ohne die Maßnahme. Denn durch den Zuschuss wurden die Decoder für die Verbraucher günstiger, wodurch die Hersteller wiederum ihre Absatzzahlen steigern konnten, ohne den Preis des Produktes senken oder durch die Erhöhung des Preises Kunden verlieren zu müssen.

IV.A.3. SELEKTIVITÄT

- (100) Durch die beanstandete Maßnahme wird den terrestrischen Sendern und den Betreibern von Bezahlfernsehen via Kabel ein selektiver Vorteil gewährt, denn nicht alle Sender können indirekte Vorteile aus der Maßnahme ableiten. So gibt es Sender, die lediglich auf der Satellitenplattform präsent sind und nicht von der durch den Zuschuss bedingten steigenden Zahl von Fernsehzuschauern beim digitalen Fernsehen profitieren können.
- (101) Außerdem kommt der Vorteil auch den Herstellern von Decodern selektiv zugute.

IV.A.4. WETTBEWERBSVERZERRUNGEN

- (102) *Die Sender*
- (103) In der Entscheidung über die Einleitung des Verfahrens hat die Kommission festgestellt, dass der den Sendern und den Betreibern terrestrischer Netze entstandene Vorteil auf Kosten der Sender ging, die andere technologische Plattformen verwenden, bzw. auf Kosten der Sender, die im Moment noch nicht senden können.
- (104) Das digitale terrestrische Fernsehen steht nicht nur mit dem frei empfangbaren Analogangebot im Wettbewerb, sondern auch mit dem Bezahlfernsehen: durch die Beihilfe können die DVB-T- und die DVB-C-Betreiber zu geringeren Kosten auf die Märkte vordringen, die mit dem Bezahlfernsehen verbunden sind, und mit den dort bereits präsenten Betreibern (wie Sky Italia) konkurrieren. Dies wird auch in den Schlussfolgerungen des Berichts der AGCOM⁽⁴⁵⁾ bestätigt, wonach der entsprechende Zuschuss ausschlaggebend für die Entstehung eines Kundenstamms für die Sender war, die die DVB-T-Technik verwenden. Außerdem wird dies auch in der Untersuchung der italienischen Wettbewerbs- und Marktaufsichtsbehörde bestätigt, in der auf die Bedeutung des Grundsatzes der Technologieneutralität hingewiesen wird⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴⁴⁾ „Triple play“ ist ein Marketingbegriff, der auf ein gemeinsames Angebot von Hochleistungsinternet, Telefondiensten und Fernsehdiensten auf einer Breitbandverbindung hindeutet.

⁽⁴⁵⁾ Siehe Punkt 88 Buchstabe d des Berichts der AGCOM (siehe Ziffer 20).

⁽⁴⁶⁾ Die italienische Wettbewerbs- und Marktaufsichtsbehörde: „Conclusions of fact-finding investigation into sale of television commercials“ (englische Fassung der „Conclusioni dell'indagine conoscitiva sul settore televisivo: la raccolta pubblicitaria“) Rom, 6. Dezember 2004.

⁽⁴³⁾ Siehe Artikel 9 der Richtlinie 2002/21/EG der Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie).

- (105) Auch nach Eingang der Äußerungen Italiens und der betroffenen Parteien bleibt die Kommission bei ihrer Ansicht, dass die mit dem Zuschuss verbundenen selektiven Vorteile den Wettbewerb verfälschen können. So erscheinen die Behauptungen, dass die terrestrischen Betreiber und die Satellitenbetreiber nicht auf denselben Märkten für Bezahlfernsehen miteinander konkurrieren, und dass die Kosten für den Decoder sich nur marginal auf die Entscheidung des Verbrauchers zwischen diesen beiden Plattformen auswirken, eher fraglich. Daher ist auch die Schlussfolgerung zurückzuweisen, die aus diesen Behauptungen abgeleitet wurde, dass durch die Maßnahme keine Verfälschung des Wettbewerbs entstanden sei.
- (106) Gemäß Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag reicht es aus, dass die Beihilfe den Wettbewerb durch die Gewährung eines selektiven Vorteils zu verfälschen droht. Auch wenn das Angebot an terrestrischem Bezahlfernsehen nicht mit dem per Satellit angebotenen Bezahlfernsehen vergleichbar ist — weder von der Art des Angebots (Pay-per-view gegenüber Monatsabonnement) noch von der wirtschaftlichen Bedeutung her (2005 entfielen fast 95 % der Einnahmen aus Abonnements auf das Satellitenfernsehen) — ist dennoch ein gewisses Maß an Substituierbarkeit zwischen beiden Angebotsarten gegeben. Wenn die digitale terrestrische Plattform erst einmal erfolgreich Bezahlfernsehangebote auf den Markt bringt und diese sich konsolidieren — auch dank des Zuschusses für die Decoder — wird sie auch in Konkurrenz zu den auf anderen Plattformen angebotenen Analogdiensten treten können.
- (107) Ein ähnliches Modell wird auch durch die Entwicklung bestätigt, die in anderen Mitgliedstaaten feststellbar ist. Zum Beispiel im Vereinigten Königreich, wo das Office of FAIR Trading (OFT) im Rahmen einer bereits erwähnten Untersuchung zu BskyB zu dem Schluss gelangt ist, dass die direkt übertragenen Spiele der Football Association Premier League einen einzigen relevanten Markt unter Einbeziehung aller Fernsehplattformen darstellen. Daher liegt auf der Hand, dass das Fernsehangebot auf der digitalen terrestrischen Plattform je nach Entwicklungsstadium der Bezahlfersehmärkte in Konkurrenz zu dem auf der Satellitenplattform angebotenen Fernsehen treten kann.
- (108) Außerdem wurden die Zuschüsse in einer kritischen Phase gewährt, nämlich zu einem Zeitpunkt, an dem sich viele Zuschauer des terrestrischen Analogfernsehens mit dem Übergang zum digitalen Fernsehen befassen und sich entscheiden mussten, ob sie in ein Gerät zum Empfang von terrestrisch übertragenen oder von per Satellit übertragenen Sendungen investieren sollten. Da sich durch die Zuschüsse die Investitionskosten für ein Empfangsgerät für das terrestrische Fernsehen (bzw. den Decoder) verringerten, liegt auf der Hand, dass mit den beanstandeten Zuschüssen Einfluss auf diese Entscheidung genommen wurde. Angesichts der Kosten, die — wenn die entsprechende Entscheidung erst einmal gefallen ist — mit dem Übergang von einer Plattform auf die andere verbunden sind, könnte sich durch die Gewährung des Zuschusses durchaus eine lang anhaltende verfälschende Wirkung ergeben.
- (109) Außerdem sei daran erinnert, dass die italienische Wettbewerbs- und Marktaufsichtsbehörde in ihrer Maßnahme⁽⁴⁷⁾ zur Untersuchung eines eventuell bestehenden Interessenskonflikts — ob also die für die Decoder gewährten Zuschüsse einen Interessenskonflikt zugunsten der Unternehmen bewirkt hätten, die sich im Besitz des italienischen Ministerpräsidenten befinden — nicht von getrennten Märkten für terrestrisches Fernsehen und Satellitenfernsehen gesprochen hat, sondern den Bezahlfernsehmarkt zugrunde gelegt und unter Randnummer 52 erklärt hat, dass Mediaset, Telecom Italia, Sky und Fastweb ungeachtet der unterschiedlichen Angebotsarten von Bezahlfernsehen als potenzielle Konkurrenten auf dem Markt für Bezahlfernsehen betrachtet werden können.
- (110) Darüber hinaus kann auch das von Italien und von Mediaset vorgebrachte Argument nicht als zutreffend gelten, wonach sich der selektive Charakter und die Wettbewerbsverzerrungswirkung der Maßnahme aus der geschäftsbedingten Entscheidung von Sky zur Verwendung der NDS-Technologie ergeben, da nach der Formulierung des Gesetzestextes die Satellitendecoder nicht in den Genuss der Maßnahme kommen konnten, und dies selbst für den Fall, dass die Satellitenbetreiber vielleicht die Absicht haben könnten, Decoder einzuführen, die mit der entsprechenden „offenen“ Schnittstelle ausgerüstet wären. Ebenso wenig trifft das Argument zu, Sky Italia habe nach dem am Haushaltsgesetz 2006 vorgenommenen Änderungen zur möglichen Subventionierung aller „interoperabler“ Decoder — ungeachtet ihrer jeweiligen Plattform — seine Decoder mit „geschlossener“ Schnittstelle nicht aufgegeben, um Decoder einzuführen, die in den Genuss der Zuschüsse kommen konnten. Eine solche Strategie kann nämlich von zahlreichen Faktoren abhängen, z. B. den bereits zuvor vorgenommenen Investitionen und dem Entschluss, erst die Entscheidung der Kommission bezüglich der Vereinbarkeit der neuen Maßnahme mit dem Wettbewerbsrecht abzuwarten.
- (111) Eine indirekte Bestätigung der Vermutung, dass ein Zugang zum Markt für Bezahlfernsehen zu geringeren Kosten zu einer Verfälschung des Wettbewerbs führt, ergibt sich auch aus der Untersuchung der Deutschen Bank (S. 18 ff), in der die Finanzszenarien untersucht werden, die sich für Mediaset aufgrund des Ausbaus der Übertragungen der Fußballspiele in Form von Pay-per-view-Fernsehen ergeben, und die von dem Kundenstamm abhängen, den Sky Italia nicht für sich gewinnen kann, was wiederum mit entsprechenden Auswirkungen auf die Wachstumsraten des DHT-Bezahlfernsehens verbunden ist. Auf der anderen Seite bestätigen auch die von Sky Italia vorgelegten Zahlen — mit denen bewiesen werden soll, dass die Wachstumsraten der Abonnements bei Sky Italia durch den Verkauf der subventionierten Decoder beeinträchtigt werden — die Vermutung, dass innerhalb des Marktes für Bezahlfernsehen ein gewisses Maß an Wettbewerb existiert.

Die Netzbetreiber

- (112) Wettbewerbsverzerrungen sind nicht nur hinsichtlich der Sender festzustellen, sondern könnten sich auch auf der Ebene der Netzbetreiber ergeben. Im Dezember 2005 verzeichnete das Satellitenfernsehen ca. 4,8 Mio. Zuschauer, doch nur 3,5 Mio. waren bei Sky abonniert. Die verbleibenden 1,3 Mio. Zuschauer waren daher an einem frei empfangbaren Satellitenfernsehangebot interessiert. Dies deutet darauf hin, dass das frei empfangbare Satellitenfernsehen für die Verbraucher eine Alternative zum digitalen terrestrischen Fernsehen und zum Kabelfernsehen darstellen, ja sogar zur Erleichterung des Übergangsprozesses zum digitalen Fernsehen beitragen kann. Da in der beanstandeten Maßnahme die Satellitenplattform

⁽⁴⁷⁾ Siehe Fußnote 5.

von der Gewährung der Beihilfe ausgeschlossen war, und die Beihilfe selektiv für digitale terrestrische Decoder und Kabeldecoder gewährt wurde, ist sie mit der Gefahr verbunden, dass sich die Zuschauer dadurch auf die Sender hinorientieren, die sich der terrestrischen Netzbetreiber und der Kabelnetzbetreiber bedienen, was sich zu Ungunsten der Satellitenbetreiber auswirkt.

IV.A.5. AUSWIRKUNGEN AUF DEN HANDEL ZWISCHEN DEN MITGLIEDSTAATEN

- (113) Die Märkte für Rundfunkdienste und Netzdienste sind für den internationalen Wettbewerb geöffnet. Wenn nun bestimmte Netzbetreiber oder Sender selektiv begünstigt werden, wird der Wettbewerb zu Lasten der Wirtschaftsakteure verfälscht, die aus anderen Mitgliedstaaten kommen könnten. Die Beispiele der Satellitenbetreiber oder eines der Beschwerdeführer, Sky TV, sind diesbezüglich sehr aufschlussreich. Folglich werden mit der beanstandeten Maßnahme bestimmte Unternehmen gegenüber anderen Wettbewerbern auf dem gemeinsamen Markt begünstigt.
- (114) Die Schlussfolgerung, zu der die Kommission gelangt ist, dass also die Verfälschung des Wettbewerbs zwischen den Fernsehsendern und den Netzbetreibern dazu geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, wurde von keiner der betroffenen Parteien in Abrede gestellt. Daher bestätigt die Kommission die Schlussfolgerung aus der Entscheidung über die Einleitung des Verfahrens, wonach die Maßnahme den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt.

IV.A.6. SCHLUSSFOLGERUNG

- (115) Zusammenfassend lässt sich folgendes feststellen: Auch wenn die Hauptbegünstigten nur einen indirekten Vorteil aus der Maßnahme ziehen können, ist die Kommission dennoch der Auffassung, dass es sich dabei um eine staatliche Beihilfe zugunsten der Betreiber von Bezahlfernsehen handelt, die die DVB-T-Technologie verwenden, wodurch sie sich insbesondere einen Kundenstamm aufbauen und damit neue Fernsehdienste anbieten und auf diese Weise zu geringen Kosten auf den Markt für Bezahlfernsehen vorstoßen können. Dies gilt ebenso für die Kabelnetzbetreiber, die Bezahlfernsehen anbieten und demnach auch als Anbieter von Bezahlfernsehen anzusehen sind.
- (116) Die Kommission ist der Ansicht, dass die beanstandete Maßnahme eine indirekte Beihilfe darstellt, da die Beihilferegelung hauptsächlich zur Folge hat, dass den genannten Begünstigten ein indirekter Vorteil verschafft wird, auch wenn diese nicht direkt mit den Unternehmen verbunden sind, die das subventionierte Produkt herstellen.
- (117) Dass im vorliegenden Fall eine staatliche Beihilfe vorliegt, wird durch die eventuelle Hinzuziehung des Altmark-Urteils⁽⁴⁸⁾ im Sinne eines eventuellen Ausgleichs für die Kosten aufgrund der Erfüllung einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung nicht in Frage gestellt. Keines der dort angeführten Kriterien ist im vorliegenden Fall erfüllt (Vorliegen gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen und klare Definition dieser Verpflichtungen, ex ante aufgestellte Parameter für den Ausgleich, kein Überausgleich und keine Wahl des Unternehmens im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge oder Schätzung der

zusätzlichen von einem gut geführten Unternehmen zu tragenden Nettokosten).

- (118) Damit kann auch die von der RAI vorgebrachte Behauptung nicht als zutreffend betrachtet werden, wonach die Maßnahme nicht als Beihilfe für die RAI selbst gesehen werden kann, da diese ja aufgrund ihrer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen gehalten war, bestimmte Investitionen in das digitale Fernsehen vorzunehmen.
- (119) Bezogen auf die Betreiber von digitalen terrestrischen Netzen kann die Kommission — obwohl sie der Ansicht ist, dass die beanstandete Maßnahme potenziell den Wettbewerb zu ihren Gunsten verfälscht haben könnte — nicht mit vertretbarer Sicherheit feststellen, dass der Vorteil in ihrem Fall bereits in der Zeit der Anwendung der Maßnahme konkret eingetreten ist. Folglich kommt sie zu dem Schluss, dass diese Netzbetreiber nicht durch die staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag begünstigt wurden.
- (120) Schließlich weist die Kommission darauf hin, dass sie in der Entscheidung über die Einleitung des Verfahrens neben den Fernsehsendern und den Netzbetreibern eine dritte Kategorie von potenziellen indirekt Begünstigten ermittelt hatte, nämlich die Hersteller der Decoder.
- (121) In der Entscheidung über die Einleitung des Verfahrens hatte die Kommission Zweifel daran geäußert, dass die Maßnahme eine Beihilfe zugunsten der Hersteller der Decoder darstelle, da der Zuschuss auch für Decoder gewährt wurde, die mit dem MHP-Standard ausgerüstet waren, d. h. mit einer offenen Schnittstelle zur Anwendungsprogrammierung, die jedem Hersteller kostenlos zur Verfügung steht. Die Beihilfe war für Verbraucher bestimmt, die zwischen den Decodern sämtlicher Hersteller wählen können. Daher entstand der Eindruck, dass die Beihilfe nicht einen bestimmten Hersteller von Decodern aufgrund seines Produktionsstandorts selektiv begünstigen würde. Es schien nicht einmal Hersteller zu geben, die auf die Herstellung der Decoder, die Gegenstand des Zuschusses waren, spezialisiert waren, und die gegenüber den Herstellern anderer Modelle hätten begünstigt werden können. Außerdem schienen die Hersteller der Decoder nicht im Wettbewerb zu anderen Herstellern in anderen Sektoren zu stehen, die nicht von der Maßnahme profitieren konnten. Und schließlich schien die beanstandete Maßnahme auch aufgrund ihrer Beschaffenheit und ihrer allgemeinen Struktur nicht auf die Gewährung eines Vorteils für die Hersteller von Decodern ausgerichtet zu sein.
- (122) Auf der anderen Seite weist die Kommission darauf hin, dass die Hersteller von Decodern in den Genuss eines sektoralen Vorteils kommen, von dem die anderen Wirtschaftssektoren nicht profitieren können, und der damit eine Verzerrung bei der Ressourcenverteilung in der Wirtschaft bewirkt. Die Kommission ist der Ansicht, dass selbst wenn keine der im Rahmen der Entscheidung über die Einleitung des Verfahrens eingegangenen Bemerkungen auf eine Beihilfe zugunsten der Hersteller von Decodern hindeutet, man dennoch nicht vollständig ausschließen kann, dass auf der Ebene dieser Hersteller eine Wettbewerbsverzerrung eingetreten sein könnte.
- (123) Dennoch ist auch die Kommission der Meinung, dass es im vorliegenden Fall nicht erforderlich ist, ausdrücklich festzustellen, ob die beanstandete Maßnahme den Herstellern von Decodern einen Vorteil im Sinne von Artikel 87

⁽⁴⁸⁾ Urteil vom 24. Juli 2003 in der Rechtsacht C-280/00, Altmark Trans GmbH, Slg. 2003, I-7747, Randnrn. 88-94.

Absatz 1 EG-Vertrag verschafft hat. Die indirekte Wirkung der Maßnahme im Sinne einer Absatzsteigerung bei Decodern ist bei jeder — auch der technologisch neutralsten — Initiative gegeben, die die öffentlichen Behörden zugunsten des Ausbaus des digitalen Fernsehens beschließen. Wie nachstehend in Abschnitt IV.B noch genauer erörtert würde die Kommission für den Fall der Feststellung der Gewährung einer Beihilfe an die Hersteller von Decodern diese für mit dem Artikel 87 Absatz 3 Buchstabe c EG-Vertrag vereinbar halten.

IV.B. WETTBEWERBSRECHTLICHE WÜRDIGUNG DER VEREINBARKEIT MIT DEM GEMEINSAMEN MARKT

(124) In der Entscheidung über die Einleitung des Verfahrens hatte die Kommission Zweifel daran geäußert, ob die beanstandete Maßnahme eine Beihilfe darstelle, die im Sinne von Artikel 87 Absatz 2 Buchstabe a), von Artikel 86 Absatz 2 und Artikel 87 Absatz 3 Buchstabe c EG-Vertrag mit dem Binnenmarkt vereinbar ist, nachdem bereits ausgeschlossen worden war, dass im vorliegenden Fall andere Ausnahmebestimmungen gemäß Artikel 87 EG-Vertrag zur Anwendung kommen könnten. In den Bemerkungen von Italien und Mediaset werden jedoch Argumente verwendet, die auf eine Zurückweisung der Einwände abzielen, die die Kommission in der Entscheidung über die Einleitung des Verfahrens formuliert hatte. Es wird nämlich argumentiert, dass die beanstandete Maßnahme durchaus mit Artikel 87 Absatz 2 Buchstabe a und Artikel 87 Absatz 3 Buchstabe c EG-Vertrag vereinbar sei. Darüber hinaus behauptet Italien, dass im vorliegenden Fall die Ausnahmebestimmungen zu Artikel 87 Absatz 3 Buchstabe b und Artikel 87 Absatz 3 Buchstabe d EG-Vertrag gelten würden. Nach Eingang der Bemerkungen Italiens und der der anderen betroffenen Parteien bleibt die Kommission jedoch bei ihrer Auffassung, dass die hier beanstandete Beihilfe aus den nachfolgend ausgeführten Gründen nicht mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist.

IV.B.1. ARTIKEL 87 ABSATZ 2 BUCHSTABE A EG-VERTRAG

(125) In der Entscheidung über die Einleitung des Verfahrens hatte die Kommission die Ansicht vertreten, dass der Ausdruck „Beihilfen sozialer Art“ restriktiv auszulegen und dieser Ausdruck folglich nach gängiger Praxis der Kommission auf Beihilfen zu beziehen sei, die auf die Befriedigung eines Bedarfs von nicht bevorzugten Bevölkerungsgruppen ausgerichtet sein müssen. In der Entscheidung über die Einleitung des Verfahrens wird das Beispiel der Leitlinien für staatliche Beihilfen im Luftfahrtsektor⁽⁴⁹⁾ angeführt, wonach sich die Beihilfen sozialer Art grundsätzlich nur auf ganz spezifische Kategorien von Fluggästen beziehen dürfen. Die Kommission macht in diesem Zusammenhang geltend, dass die Gesetzesregelung im vorliegenden Fall keinerlei Verweis auf den sozialen Status oder die Wirtschaftslage der Begünstigten enthält, und verweist gleichzeitig auf eine Untersuchung der AGCOM zum Angebot an erschwinglichen Decodern auf dem Markt, wobei der Eindruck entsteht, dass nicht die gesamte Bevölkerung auf Beihilfen für den Übergang zum Digitalfernsehen angewiesen ist. Es stellte sich nämlich ein Markttrend heraus, wonach sich nach einem „optimistischen“ Szenario über 50 % der privaten Haushalte noch innerhalb des Jahres 2006 oder nach einem „pessimistischen“ Szenario doch

immerhin bis Anfang 2008 einen Decoder anschaffen würden⁽⁵⁰⁾.

(126) Die Behauptung Italiens, wonach der von der AGCOM ins Auge gefasste Prozentsatz von 50 % der Haushalte, die bis Ende 2006 bzw. bis Anfang 2008 mit einem Decoder ausgestattet sein dürften, eher niedrig angesetzt sei, wenn man die Kosten bedenkt, die bei „interoperativen“ Decodern höher ausfallen, ändert nichts an der Auffassung der Kommission, da Italien keinerlei Argument geliefert hat, mit dem nachgewiesen werden könnte, dass die Beihilfe lediglich für die Bevölkerungsgruppen bestimmt war, die darauf angewiesen waren, oder dass die gesamte Bevölkerung auf eine solche Beihilfe angewiesen war.

(127) Ebenso wenig kann die Kommission die Behauptung nachvollziehen, dass die Beihilfe eine indirekte Wirkung zugunsten der ärmeren Haushalte bewirkt hätte, die sich aus der Kostendegression bei der Herstellung und damit Preissenkungen bei den Decodern ergeben hätte, und dies aus zwei Gründen: Zunächst weil die Bestimmungen über die Ausnahmen von der grundsätzlichen Bestimmung der Unvereinbarkeit der Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt restriktiv auszulegen sind, was auch für den Begriff der Beihilfen sozialer Art gilt, die als Beihilfen auszulegen sind, die ausschließlich und unmittelbar für die benachteiligten Bevölkerungsgruppen bestimmt sein müssen. Zweitens würde die Hinnahme des von Italien vorgebrachten Arguments darauf hinauslaufen, dass man sich der Argumentation anschließen würde, dass eine eventuelle Beihilfe, die der gesamten Bevölkerung zugute kommt, automatisch eine Beihilfe sozialer Art wäre, weil sie ja damit auch den Bevölkerungsgruppen zugute kommt, die darauf angewiesen sind. Würde man diese Logik übernehmen, müsste man davon ausgehen, dass sämtliche indirekten Beihilfen, die über die Verbraucher oder Investoren gewährt werden, mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar sind, was den restriktiven Charakter der Ausnahmebestimmungen zum allgemeinen Verbot der Gewährung staatlicher Beihilfen aushebeln würde.

(128) Abschließend muss daher festgestellt werden, dass die Maßnahme allem Anschein nach doch nicht sozialer Art ist, und dass die Ausnahmebestimmungen gemäß Artikel 87 Absatz 2 Buchstabe a EG-Vertrag hierauf nicht zutreffen.

IV.B.2. ARTIKEL 87 ABSATZ 3 BUCHSTABE B EG-VERTRAG

(129) In der Entscheidung über die Einleitung des Verfahrens war die Kommission davon ausgegangen, dass die Ausnahmebestimmungen gemäß Artikel 87 Absatz 3 Buchstabe b EG-Vertrag auf die beanstandete Beihilfe nicht zutreffen. Italien argumentiert jedoch, dass der Übergang zum digitalen Fernsehen (Switch-over) ein Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse im Rahmen eines transnationalen Programms sei, das mehrere Mitgliedsstaaten unterstützen, und daher die Ausnahmebestimmungen gemäß Artikel 87 Absatz 3 Buchstabe b EG-Vertrag zur Anwendung kommen müssten, was auch im Einklang mit dem Urteil des EuGH in der Rechtssache *Exécutif régional wallon und SA Glaverbel/Kommission* stünde⁽⁵¹⁾.

⁽⁵⁰⁾ Siehe „Relazione“ (Bericht) der AGCOM, Punkte 50 bis 56.

⁽⁵¹⁾ Urteil vom 8. März 1988 in den verbundenen Rechtssachen C-62/87 und C-72/87 *Exécutif régional wallon und SA Glaverbel/Kommission* Slg. 1988, I-01573.

⁽⁴⁹⁾ ABl. C 350 von 1994, S. 5. Siehe Abschnitt III.3.

(130) In diesen beiden Fällen hatte die wallonische Regionalregierung Glaverbel Unterstützung gewährt. Glaverbel ist eine Gesellschaft, die in fortschrittliche Technologie wie die Entwicklung von fotovoltaischen Dünnschichtzellen investiert, ein Sektor, der auch im strategischen Forschungs- und Entwicklungsprogramm für Informationstechnologie (Esprit) im Vordergrund steht: Genau auf dieser Grundlage hatte die wallonische Regionalregierung geschlussfolgert, dass die Beihilfe mit den Ausnahmeregelungen gemäß Artikel 87 Absatz 3 Buchstabe b EG-Vertrag vereinbar sei. Bei Esprit handelt es sich um ein von der Europäischen Gemeinschaft eingerichtetes Programm. Der EuGH hatte dazu festgestellt, dass die Kommission von ihrem Ermessen Gebrauch gemacht habe und die betroffenen Parteien nicht nachgewiesen hätten, dass mit der von ihnen gewährten Maßnahme ein Vorhaben von gemeinsamem europäischen Interesse gefördert worden sei.

(131) Im vorliegenden Fall ist die Kommission nicht der Ansicht, dass die von Italien zur Förderung des Absatzes von Decodern ergriffene Maßnahme unter die Ausnahmeregelung gemäß Artikel 87 Absatz 3 Buchstabe b EG-Vertrag fällt. Die Maßnahme stellt eine Einzelinitiative eines Mitgliedstaats dar und bewirkt damit wie im Folgenden noch genauer erläutert eine unnötige Wettbewerbsverzerrung. Sie kann nicht als Teil eines eng umgrenzten Vorhabens betrachtet werden, das mit anderen Mitgliedstaaten so abgesprochen oder koordiniert wurde, dass negative Auswirkungen auf den Handel und auf den Wettbewerb ausgeschlossen werden können und damit die Durchführung eines Vorhabens von gemeinsamem europäischem Interesse gewährleistet wird. Was die Bemerkung Italiens anbelangt, dass „der Abschluss des Übergangsprozesses zum digitalen Fernsehen ein gemeinschaftliches Interesse darstelle“ und dass eine zunehmende Anzahl von Mitgliedstaaten die Erreichung dieses Ziels unterstütze, sei darauf hingewiesen, dass dieses Thema im nachfolgenden Absatz erörtert wird, in dem auch eventuelle Begründungen für die Vereinbarkeit der Maßnahme mit Artikel 87 Absatz 3 Buchstabe c EG-Vertrag geprüft werden.

IV.B.3. ARTIKEL 87 ABSATZ 3 BUCHSTABE C EG-VERTRAG

(132) In der Entscheidung über die Einleitung des Verfahrens hatte die Kommission erklärt, sie sei nicht davon überzeugt, dass die Beihilfe an die Sender als mit dem Gemeinsamen Markt im Sinne von Artikel 87 Absatz 3 Buchstabe c EG-Vertrag vereinbar gelten könne. Auch nach Eingang der Bemerkungen der betroffenen Parteien bleibt die Kommission bei dieser Ansicht.

(133) Damit eine Beihilfe als mit dem Gemeinsamen Markt im Sinne von Artikel 87 Absatz 3 Buchstabe c EG-Vertrag vereinbar gelten kann, muss damit notwendigerweise und in angemessener Form ein Ziel von gemeinsamem Interesse verfolgt werden. Insbesondere müssen bei der Bewertung der Beihilfe folgende Aspekte berücksichtigt werden:

- a) Soll mit der Beihilferegulation ein klar definiertes Ziel von gemeinsamem Interesse verfolgt werden?
- b) Ist die Beihilfe so konzipiert, dass damit das Ziel von gemeinsamem Interesse auch erreicht werden kann, oder ist die beabsichtigte Beihilferegulation auf die Abstellung eines Marktversagens oder auf die

Erreichung eines anderen Ziels ausgerichtet? Dabei ist insbesondere zu prüfen, ob

- i) die Beihilferegulation dafür ein angemessenes Instrument ist, oder ob es andere besser geeignete Instrumente gäbe;
 - ii) damit ein Anreizeffekt verbunden ist; d. h., ob sich durch die Beihilfe das Verhalten der Unternehmen ändert;
 - iii) die Beihilferegulation angemessen ist bzw. die angestrebte Verhaltensänderung auch mit einer geringeren Beihilfe erzielt werden könnte.
- c) Bleiben die Wettbewerbsverzerrungen und die Auswirkungen auf den Handel begrenzt, so dass die Gesamtbilanz der Auswirkungen positiv ausfällt?

IV.B.3.1. Ziel von gemeinsamem Interesse

(134) In der Entscheidung über die Einleitung des Verfahrens hatte die Kommission erklärt, dass der Übergang zum digitalen Fernsehen mit erheblichen Vorteilen verbunden wäre (einer effizienteren Nutzung des Funkfrequenzspektrums und einer Erhöhung der Übertragungskapazität), was wiederum eine Verbesserung der erbrachten Dienstleistungen und eine Erweiterung des Angebots für die Verbraucher zur Folge hätte. Demnach vertrat sie in der Entscheidung über die Einleitung des Verfahrens die Ansicht, dass der Übergang von der Analog- zur Digitaltechnik und die Verbreitung offener Standards für die Gewährleistung der Interaktivität als Ziele von gemeinsamem Interesse zu betrachten seien. Italien schließt sich in diesem Punkt der Sichtweise der Kommission an. Europa 7 jedoch hat sich die von Sky Italia in seiner Beschwerde verwendete Argumentation zu eigen gemacht, wonach hier nicht von einem allgemeinen Interesse die Rede sein könne, da der Kauf der digitalen Decoder in der gegenwärtigen Phase aus rein kommerziellen Überlegungen heraus erfolge und sich die mit dem Übergang zum digitalen Fernsehen verbundenen Vorteile ja erst im Jahr 2012 ergeben.

(135) Die Kommission bestreitet die von Europa 7 vorgebrachten Argumente. Wie die Kommission bereits in der Entscheidung über die Einleitung des Verfahrens erklärt hatte, unterstützt sie aktiv den Übergang zum digitalen Fernsehen, dessen Vorteile sie in ihrem Aktionsplan eEurope 2005, in den beiden Mitteilungen über den Übergang zur Digitaltechnik⁽⁵²⁾ und in der Mitteilung „e2010 — Eine europäische Informationsgesellschaft für Wachstum und Beschäftigung“⁽⁵³⁾ betont hat. Die Regelung darf weder die Nutzung einer spezifischen digitalen Plattform vorschreiben noch diese begünstigen, d. h. mit anderen Worten: es ist der Grundsatz der sog. „Technologieneutralität“ einzuhalten, obwohl nach den Erklärungen in der Richtlinie 2002/21/EG⁽⁵⁴⁾ auch Eingriffe denkbar sind, wenn es um die Behebung von Marktversagen geht, wovon eine bestimmte Plattform ganz besonders betroffen ist. Letztlich sollten sich auf dem Markt die Plattformen durchsetzen können, die den Verbrauchern die größten Vorteile bieten.

⁽⁵²⁾ KOM(2003) 541 endg. und KOM(2005) 204 endg. (siehe Ziffer 7).

⁽⁵³⁾ Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, KOM(2005) 229 endg. vom 1. Juni 2005.

⁽⁵⁴⁾ Siehe Fußnote 14 und Erwägungsgrund 18.

- (136) In der Mitteilung zur Interoperabilität der interaktiven digitalen Fernsehdienste⁽⁵⁵⁾ betont die Kommission auch die Bedeutung der „Interaktivität“ und der „Interoperabilität“. In dieser Mitteilung wird klargestellt, dass „die Kommission dafür sorgen möchte, dass den Bürgern Europas die Vorteile des digitalen Fernsehens zugute kommen und ein immer breiteres Spektrum interaktiver digitaler Fernsehdienste über zahlreiche Übertragungsplattformen angeboten wird“. Mit dem interaktiven Fernsehen erhält das digitale Fernsehen abgesehen von Video eine Reihe weiterer Funktionalitäten, die in Zukunft nicht nur zu kommerziellen Zwecken, sondern auch zur Umsetzung von Funktionen wie *E-Government* genutzt werden könnten, die auch für die Bevölkerungsgruppen gedacht sind, die im Umgang mit der Informatik größere Schwierigkeiten haben.
- (137) In den Mitteilungen weist die Kommission besonders darauf hin, dass die fehlende Interoperabilität (im Sinne von technischer als auch zugangsrelevanter Interoperabilität) und die möglicherweise eingeschränkten Wahlmöglichkeiten der Verbraucher den freien Informationsfluss, den Pluralismus der Informationsmedien und die kulturelle Vielfalt negativ beeinträchtigen könnten. Diese Sorge ließe sich wie folgt zusammenfassen: Die Verbraucher könnten kein standardisiertes Universalempfangsgerät erwerben, mit dem sie sämtliche interaktiven frei empfangbaren Fernsehdienste sowie die Bezahlfernsehangebote empfangen könnten, und somit gezwungen sein, kostspieligere Geräte zu verwenden, die mit rechtlich geschützten (proprietären) API-Schnittstellen zur Anwendungsprogrammierung ausgerüstet sind. Die Sender sähen sich gewissen Hindernissen beim Ausbau und der Bereitstellung interaktiver Dienste gegenüber, da sie mit den Betreibern der vertikal integrierten Netze, die die rechtlich geschützte API-Technologie kontrollieren, Nutzungsbedingungen aushandeln müssten. Die offenen API-Schnittstellen erleichtern die Interoperabilität bzw. die Übertragbarkeit der interaktiven Inhalte zwischen den Anbietermechanismen unter vollständiger Wahrung der Funktionalität der Inhalte. Desgleichen betont die Kommission, dass die MHP-Norm gegenwärtig die fortschrittlichste API-Norm in Europa darstellt, und dass sie zusätzliche Maßnahmen zur Förderung der freiwilligen Übernahme dieses Standards ergreifen wird. Eine Möglichkeit zur Verringerung der zusätzlichen Kosten für die Besitzer der Geräte, die mit Standardnavigator wie die Multimedia Home Platform (MHP) ausgerüstet sind, besteht in der Subventionierung der Anschaffungskosten auf Ebene der Verbraucher. Somit kommt die Kommission zu dem Schluss, dass die Mitgliedstaaten daher ihren Verbrauchern staatliche Zuschüsse anbieten können.
- (138) Zweitens ist zu bedenken, dass selbst wenn viele der vorstehend beschriebenen Vorteile und insbesondere diejenigen, die im Zusammenhang mit kommerziellen Tätigkeiten stehen, erst in Zukunft genutzt werden können, dies kein Grund für die Annahme ist, dass die beanstandete Maßnahme nicht zur Erreichung eines Ziels von gemeinsamem Interesse beitragen würde. Die Kommission ist andererseits auch nicht der Auffassung, dass man aufgrund der Tatsache, dass im Moment die einzigen feststellbaren Vorteile im Zusammenhang mit kommerziellen Aktivitäten stehen, nicht von einem Ziel von gemeinsamem Interesse sprechen könne. Im Gegenteil: Nicht nur die Vorteile für die Verbraucher sind ein wesentlicher Aspekt jeder wettbewerbspolitischen Maßnahme, sondern auch die positiven

Wirkungen eines staatlichen Eingriffs und die Steigerung des Wohlergehens der Verbraucher können auf jeden Fall mit zur Abklärung des Tatbestands des gemeinsamen Interesses hinzugezogen werden.

- (139) Daher bestätigt die Kommission, dass die beanstandete Beihilferegelung auf die Erreichung eines klar abgesteckten Ziels von gemeinsamem Interesse ausgerichtet ist.

IV.B.3.2. *Angemessen konzipierte Beihilfe*

- (140) In der Entscheidung über die Einleitung des Verfahrens hatte die Kommission anerkannt, dass der Übergang zur Digitaltechnik durch bestimmte Formen von Marktversagen und durch Probleme des sozialen Zusammenhalts behindert werden könnte, so dass die den Verbrauchern gewährten Zuschüsse grundsätzlich eine akzeptable Möglichkeit zur Förderung dieses Übergangs unter der Voraussetzung darstellen“ dass sie unter Wahrung des Gebots der Technologieneutralität gewährt werden.
- (141) Die Kommission hat sich im Zusammenhang mit der beanstandeten Maßnahme bereits vorläufig zu den verschiedenen Möglichkeiten⁽⁵⁶⁾ von Marktversagen und den verschiedenen sozialen Problemen und insbesondere auch zu den Märkten der einzelnen Fernsehsender dahingehend geäußert, dass
- a) der Ausbau des digitalen terrestrischen Fernsehens durch Koordinierungsprobleme zwischen den auf dem Markt aktiven Betreibern behindert werden könnte;
 - b) die Maßnahme einen Ausgleich für die Verbraucher schafft, die ihre Analoggeräte entsprechend anpassen müssen;
 - c) durch Marktmacht verhindert werden kann, dass sich der Wettbewerb zwischen den Betreibern vollständig zugunsten des Marktes auswirkt;
 - d) der Übergang zur Digitaltechnik dank einer besseren Nutzung des Funkfrequenzspektrums mit positiven externen Auswirkungen verbunden sein kann;
 - e) mit der Maßnahme die Innovation und die Entwicklung neuer Dienstleistungsangebote gefördert wird, was man als eine bestimmte Art derartiger externer Auswirkungen betrachten kann.
- (142) In diesem Zusammenhang gilt es als erstes zu prüfen, ob es sich um einen echten Fall von Marktversagen handelt, wodurch der Markt in seiner Funktionsweise effektiv behindert wird, und zweitens, ob die staatlichen Beihilfen das am besten geeignete Mittel zur Korrektur dieses Marktversagens darstellen, und drittens, ob die gewährte Beihilfe dem notwendigen Minimum entspricht, um dieses Ziel zu erreichen.

Das Problem der Koordinierung

- (143) In der Entscheidung über die Einleitung des Verfahrens hat die Kommission anerkannt, dass man das Problem der Koordinierung zwischen den Marktteilnehmern grundsätzlich als „Marktversagen“ betrachten kann, da die Fernsehsender gemeinsame Zeitpunkte für den Übergang zum digitalen Fernsehen vereinbaren müssen, um die Kosten für

⁽⁵⁵⁾ Siehe KOM(2004) 541 (siehe Ziffer 7).

⁽⁵⁶⁾ Siehe auch die endgültige Entscheidung 2006/513/EG der Kommission (siehe Fußnote 24).

die Parallelübertragungen so weit wie möglich zu senken, und dies vor allen Dingen aufgrund der Tatsache, dass das Funkfrequenzspektrum nicht ausreicht, um gleichzeitig Übertragungen per Analogtechnik und Digitaltechnik (sog. *Simulcast*-Übertragungen) vornehmen zu können. Aller Wahrscheinlichkeit nach werden die Verbraucher nur dann bereit sein, zur digitalen Plattform überzuwechseln, wenn diese in der Lage ist, eine große Anzahl von Sendern zu bedienen. Somit könnten die Sender auf weitere Betreiber warten wollen, bevor sie auf die digitale Plattform umsteigen. Ohne Koordinierung zwischen den Content-Anbietern würde solch ein Verhalten den Übergang zum Digitalfernsehen verzögern. Daher besteht ein Interesse an der Verkürzung der *Simulcast*-Phase und an entsprechenden Vorkehrungen, damit die Sender alle gleichzeitig auf die Digitaltechnik umstellen.

- (144) Dennoch ist die Kommission der Ansicht, dass die Maßnahme nicht das geeignete Instrument zur Behebung eines derartigen Marktversagens darstellt. Ein verbindlich festgelegter Termin für den Übergang zum digitalen Fernsehen — der bei der Einführung der Maßnahme noch auf den 31. Dezember 2006 festgelegt war — scheint bereits ausreichend, um die Sender zu ermutigen, den Übergang zur neuen Plattform zu planen und zu koordinieren, und um den Verbrauchern dabei zu helfen, sich an die neuen Übertragungstechnologie anzupassen. Auch wenn die Gewährung von Zuschüssen an die Verbraucher die Nachfrage nach digitalen terrestrischen Fernsehangeboten steigern kann, lässt sich damit nicht die spezifische Frage der Koordinierung zwischen den Marktteilnehmern klären.
- (145) Hinsichtlich des ersten Punktes hat Italien darauf hingewiesen, dass ein verbindlich festgelegter Termin nicht ausreicht, um die Einstellung der Übertragungen in Analogtechnik zu gewährleisten, wenn für die Entwicklung der Nachfrage kein Anreiz besteht, denn die Zuschauer, die nicht an Bezahlfernsehen interessiert sind, wären nicht am Übergang zur digitalen Plattform bereit, da die bereits auf dem Markt präsenten terrestrischen Sender unter solchen Umständen keinerlei Interesse an der Subventionierung der Anschaffung von Decodern durch die Verbraucher hätten. Betrachtet man also die Situation unter dem Aspekt des Wettbewerbs der Sender, die bereits auf dem Markt für terrestrisches Analogfernsehen präsent sind, und bedenkt man außerdem, dass die Verbraucher meistens diese Art von Fernsehen genutzt haben, sähe sich kein Betreiber veranlasst, in den Übergang zum Digitalfernsehen einzusteigen.
- (146) Die Kommission bestätigt, dass ihrer Ansicht nach eine gesetzlich verbindliche Frist für die Behebung des Marktversagens ausreichend ist, das sich aufgrund der Notwendigkeit der Koordinierung ergeben hat. Da die italienischen Behörden beschlossen haben, den Übergangsprozess zum digitalen Fernsehen einzuleiten und einen Termin für die Einstellung der Übertragungen in Analogtechnik gesetzlich festgelegt haben, mussten die auf diesem Markt bereits aktiven Sender diesen Beschluss als ein Faktum anerkennen und dementsprechend mit der Entwicklung neuer Geschäftsstrategien beginnen. Eventuelle Schwierigkeiten aufgrund einer unzureichenden Nachfrage sind gesondert zu prüfen und haben nichts mit der Erfordernis einer Koordinierung zwischen den Marktteilnehmern zu tun.
- (147) Die Kommission ist auf jeden Fall der Auffassung, dass angesichts der Größe des terrestrischen Fernsehmarkts in Italien die Gefahr, dass die kritische Masse an Zuschauern nicht zustande kommt, die man bräuchte, damit sich Investitionen in digitale Fernsehen wirklich lohnen, nicht so groß ist, als dass die Marktteilnehmer nicht mit diesem Risiko leben könnten.

Ausgleichsleistung für die Verbraucher

- (148) In der Entscheidung über die Einleitung des Verfahrens hatte die Kommission die Ansicht vertreten, dass die Gewährung eines Ausgleichs für die Verbraucher, die ihre Analoggeräte nachrüsten müssen, eine notwendige Maßnahme ist, damit der Übergang zum digitalen Fernsehen ohne besondere Schwierigkeiten vollzogen werden kann. Dieses Argument rechtfertigt zwar die Gewährung der Beihilfe an die Verbraucher, rechtfertigt aber nicht die Diskriminierung zwischen den terrestrischen und den Satellitenplattformen, da die Verbraucher nicht auf eine bestimmte digitale Plattform festgelegt werden sollen, was mit der Maßnahme allerdings bewirkt wird.
- (149) Italien hat sich auf die Bekräftigung des in seinen Bemerkungen bereits zuvor angeführten Arguments beschränkt, wonach die Maßnahme vorsieht, dass der Nutzer mit dem Decoder frei empfangliche Fernsehprogramme kostenlos empfangen kann, womit die Satellitenplattformen von dem mit der Maßnahme gewährten Vorteil ausgeschlossen sind, da der einzige Satellitenbetreiber, Sky Italia, für den Zugang zu seinen Programmen ein Entgelt verlangt.
- (150) Allerdings weist die Kommission darauf hin, dass auf den Satellitenplattformen auch frei empfangbare Fernsehangebote für die Verbraucher bereitgehalten werden, die nicht auf Sky abonniert sind. Außerdem scheint es keinen Grund zu geben, von den Vorteilen der Beihilfe die Verbraucher auszuschließen, die sich für digitale Fernsehdienste entscheiden, die sie gegen die Entrichtung von Abonnementgebühren erhalten können: Italien selbst hatte sich doch für diesen Ansatz ausgesprochen, als es die Beihilfe den Verbrauchern gewährte, die die Übertragungen über die Kabelplattform nutzen, die ja auch mit dem Abschluss eines Abonnements verbunden sind.
- (151) Wenn die Bedingung „kostenlos für den Nutzer“ als zusätzliche Kosten für den Empfang von unverschlüsselten Programmkanälen im Gegensatz zu den vom Verbraucher zu tragenden Kosten für den Empfang anderer Dienste des Fernsehsenders zu verstehen ist, hätten auch die auf das Satellitenfernsehen abonnierten Zuschauer keine zusätzlichen Kosten für den Empfang des frei empfangbaren Fernsehens aufzubringen. Wenn andererseits diese Bestimmung dahingehend zu verstehen ist, dass der Verbraucher keine Kosten aufzubringen hat, um frei empfangbare Kanäle zu empfangen, ist nicht klar, warum der Zuschuss nur für die Decoder anderer Plattformen gewährt wird, bei denen man für bestimmte Internet- und Telekommunikationsdienste ein Abonnement erwerben muss.
- (152) Italien vertritt die Ansicht, dass sich die unterschiedliche Behandlung von DVB-S und DVB-C mit der aktuellen Politik der Schaffung von Anreizen für die Nutzung der Breitbandtechnologie rechtfertigen lässt. Dieses Argument kann die Kommission jedoch nicht gelten lassen, da die Unterstützung der Entwicklung der Breitbanddienste keine Wettbewerbsverzerrung zwischen den Sendern rechtfertigen kann. Jede eventuelle Beihilfe zugunsten der Breitbandtechnologie muss angemessen durchdacht und für sich bewertet werden.

Stärkung des Wettbewerbs zwischen den verschiedenen Übertragungsplattformen

- (153) In der Entscheidung über die Einleitung des Verfahrens hat die Kommission daran erinnert, dass eine Beihilfe nicht als geeignetes Instrument zur Behebung des Problems von mangelndem Wettbewerb betrachtet werden kann, und dass die Gewährung einer Beihilfe zugunsten der terrestrischen Plattform mit der Begründung, dass Sky Italia auf dem Markt für Satellitenfernsehen und Bezahlfernsehen eine Monopolstellung inne hat, kein hinreichendes Argument für die Rechtfertigung der Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt ist.
- (154) Die Kommission bestätigt, dass im Zusammenhang mit der Übernahme der Kontrollmehrheit über Telepiù und Stream durch News Corporation Zusagen verlangt wurden, die bereits die Besorgnisse hinsichtlich des Wettbewerbs zerstreuen konnten. Dass es nämlich für Sky nicht mehr möglich war, die Rechte an allen Plattformen für die Direktübertragung der Fußballspiele zu erwerben, kam eindeutig den Betreibern von Bezahlfernsehen zugute, und unter diesen auch den digitalen terrestrischen Sendern.

Nachweisbarkeit externer Auswirkungen

- (155) In der Entscheidung über die Einleitung des Verfahrens vertrat die Kommission die Ansicht, dass im Rahmen des Übergangsprozesses zum digitalen Fernsehen die auf dem Markt bereits aktiven und mit Analogtechnik arbeitenden Sender begünstigt worden seien, da die Konzessionen für die Übertragung in Digitaltechnik automatisch und ohne jeden Ausgleich für den Staat an die Betreiber der Netze vergeben wurden, die im Verbund mit den Sendern stehen. Auch wenn diese gehalten waren, einen Teil ihrer Funkfrequenzen an Dritte abzutreten, bekamen die Sender doch 60 % der Übertragungskapazität garantiert. Darüber hinaus gestattet es die digitale Technik den Sendern, eine größere Übertragungskapazität zu geringeren Kosten zu nutzen. All diese Faktoren dürften für die Sender ein ausreichender Ausgleich für die Kosten des Übergangs zum digitalen Fernsehen sein.
- (156) Italien und Mediaset behaupten nun, bei diesem Argument würde dem echten Kosten-Nutzen-Verhältnis des Übergangs nicht Rechnung getragen, da die Hauptbegünstigten des Übergangs zum digitalen Fernsehen (die neuen Wettbewerber auf dem Markt) nicht mit denen identisch sind, die die Kosten zu tragen haben (die Verbraucher und vor allem die bereits etablierten Betreiber). Der Rückgang der Kosten bietet den bereits auf dem Markt etablierten Sendern keinen vollen Ausgleich für die verstärkte Konkurrenz, mit der sie sich auseinandersetzen haben, da sie gezwungen sind, 40 % ihrer Kapazität an unabhängige Anbieter abzutreten. Folglich sehen die bereits etablierten Betreiber keinen Anreiz, die Übertragungen in Analogtechnik einzustellen. Und auch wenn den Sender, die in Analogtechnik senden, irgendein Vorteil zuteil wird, müsste dieser eigentlich als Ausgleich für die aufgebrachten Kosten betrachtet werden.
- (157) Die Kommission ist der Ansicht, dass das vorstehend vorgebrachte Argument auf falschen Voraussetzungen beruht, dass also eventuelle Verluste ausgeglichen werden müssten, die den auf dem Markt bereits etablierten Anbietern, die ja damit auch über eine gewisse Marktmacht verfügen, wegen des verstärkten Wettbewerbs auf dem Markt entstanden sind. Die Verpflichtung zum Übergang zum digitalen Fernsehen und die Neuzuteilung der Funkfrequenzen, die neuen Wettbewerbern den Marktzutritt ermöglicht, stellen legitime Regulierungseingriffe dar und vermitteln keinerlei Anspruch auf Ausgleichsleistungen, insbesondere wenn man dabei berücksichtigt, dass die bisherigen Fernsehkonzessionen ohne jedwede Ausschreibung und ohne jedwede Befristung vergeben wurden. Bei der Berechnung der Kosten des Übergangs zur Digitaltechnik dürften daher die Ertragsverluste, die den bereits auf dem Markt etablierten Sendern entstehen könnten, nicht mit berücksichtigt werden.
- (158) Ein weiteres Argument von Mediaset lautet folgendermaßen: wenn Mediaset selbst die Kosten für die Decoder „mit offener Schnittstelle“ finanzieren müsste, würde es sich dem Phänomen des Trittbrettfahrens durch die Konkurrenz aussetzen, da der Verbraucher mit Hilfe der von Mediaset finanzierten Decoder auch andere Programmkanäle empfangen könnte.
- (159) Die Kommission weist dieses Argument nicht in vollem Ausmaß zurück, obwohl sie der Ansicht ist, dass es im Interesse der Sender sein könnte, wenn den Fernsehzuschauern ein breiteres Fernsehangebot bereitgestellt würde, das auch die Programmkanäle der Konkurrenten umfasst. Dies trifft insbesondere im Fall des italienischen Marktes zu, auf dem die Verbraucher daran gewöhnt sind, frei empfangbare Fernsehsendungen zu nutzen, und auf dem die subventionierten Decoder „mit offener Schnittstelle“ es ihnen gestatten, im Rahmen der neuen Digitaltechnik den derzeitigen Rahmen für die Analogtechnik fortzuschreiben (zu dem das Bezahlfernsehen noch hinzukäme). In diesem Zusammenhang sollte es eigentlich ganz normal sein, dass die Hauptsender die Kosten für die Subventionierung der Anschaffung der Decoder übernehmen und in gewissem Umfang auch das Trittbrettfahren seitens der Konkurrenten hinnehmen⁽⁵⁷⁾.
- (160) Die Kommission akzeptiert auf jeden Fall die Möglichkeit eines Eingriffs des Staates zur Schaffung von Anreizen für die Nachfrage zur Unterstützung der Sender bei der Bewältigung der Kosten des Übergangs zur Digitaltechnik,

⁽⁵⁷⁾ Die Kommission ist der Ansicht, dass angesichts der starken vertikalen Integration des italienischen Fernsehmarktes die von den betroffenen Parteien geltend gemachten Risiken nicht besonders groß sind, zumindest nicht für bestimmte Anbieter. Diese Überzeugung der Kommission scheint von einigen Finanzmarktteilnehmern geteilt zu werden. So heißt es zum Beispiel in der Studie der Deutschen Bank: „Surely the risk is that ... Mediaset is helping undermine its own terrestrial franchise... we believe that... as analogue TV will be switched off, it is far more sensible to capitalize on the opportunity created by the technological payTV hardware vacuum arising due largely to Italy's unique broadcasting infrastructure. We suspect Mediaset and RAI will jointly continue to dominate audience shares in DTT... Given their control of access to DTT customers for new entrant channels seeking to join their multiplexes, we believe their control of the competitive landscape is assured.“ („Sicher besteht die Gefahr, dass ... Mediaset seine eigene Konzession zur terrestrischen Übertragung damit langsam unterminieren könnte ... und finden wir, ... dass es nach der Einstellung der terrestrischen Analogübertragung bei weitem vernünftiger wäre, aus der Gelegenheit Gewinn zu ziehen, die sich durch das Vakuum an Hardware für das Bezahlfernsehen ergeben wird, was zum großen Teil an der einmaligen Situation Italiens im Bereich der Fernsehinfrastrukturen liegt. Wir vermuten, dass Mediaset und die RAI weiterhin zusammen den größten Teil der Zuschauerquoten des digitalen terrestrischen Fernsehens auf sich vereinigen werden. ... Angesichts der Kontrolle, die diese Unternehmen über den Zugang der neuen Kanäle zu den Kunden des digitalen terrestrischen Fernsehens ausüben, die versuchen werden, ihre Multiplexe zu nutzen, sind wir davon überzeugt, dass sie sich die Kontrolle über die Wettbewerbssituation auf dem Markt gesichert haben.“)

da dieser mit bestimmten externen Auswirkungen und möglicherweise auch mit dem Phänomen des Trittbrettfahrens verbunden sein kann. Dennoch ist sie der Ansicht, dass sich mit diesen Argumente nicht die Tatsache rechtfertigen lässt, dass die Beihilfe selektiv für das terrestrische Fernsehen bestimmt und die damit konkurrierende Satellitenplattform davon ausgeschlossen war.

Förderung der Innovation

- (161) In den Bemerkungen, die Italien vor der Veröffentlichung der Entscheidung über die Einleitung des Verfahrens vorgebracht hatte, war behauptet worden, dass die digitale Technologie der Innovationsförderung diene, da dadurch die Interaktivität (die Möglichkeit für den Anwender, in einen Dialog mit dem System einzutreten) und die Interoperabilität (die Möglichkeit für den Anwender, mit Hilfe eines einzigen Decoders Zugang zu allen Sendern zu erhalten) angeboten würde.
- (162) Die Kommission hatte bereits in der Entscheidung über die Einleitung des Verfahrens anerkannt, dass die vorliegende Maßnahme eine Anpassung der Preise für die interaktiven Decoder an die der einfacheren Modelle, die nicht für interaktive Dienste geeignet sind (Zapper) bewirkt hat.
- (163) Italien hat jedoch in seinen Bemerkungen zur Entscheidung über die Einleitung des Verfahrens keine triftigen Gründe für den Ausschluss der Satellitenplattform von den Vorteilen geliefert, die sich aus der Maßnahme ergeben, sondern lediglich bestätigt, dass zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Maßnahme die Interaktivität der Satellitendecoder aufgrund der Verwendung einer rechtlich geschützten (proprietären) Technologie ohne offenen API-Standard sehr stark eingeschränkt war.
- (164) Die Kommission ist der Ansicht, dass dieses Argument keinen hinreichenden Grund bietet, um die Beihilfe für die terrestrischen digitalen Sender, die Bezahlfernsehen anbieten, und die Kabelfernsehsender, die Bezahlfernsehen anbieten, aus Gründen, die nachstehend noch weiter erörtert werden, als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar zu betrachten. Eigentlich war es sogar technisch möglich, auf dem Markt Decoder mit fortschrittlicher Interaktivitätsfunktion für die Zuschauer anzubieten, die frei empfangbares Fernsehen über Satellit nutzen. Wenn diese Satellitendecoder von vornherein vom Genuss der Maßnahme ausgeschlossen werden, kann man vermuten, dass die Maßnahme die Verbreitung von Satellitendecoder von hoher Qualität vielleicht sogar behindert hat. Zweitens hat Sky Italia im Laufe des Jahres 2004 und bis in die ersten Monate von 2005 hinein mit der Umstellung auf eine Technologie mit „geschlossenem“ Standard begonnen, wobei sich nicht ausschließen lässt, dass man sich für eine andere Wahl entschieden hätte, wenn die Maßnahme auch den Satellitenplattformen offen gestanden hätte.
- (165) Daher bleibt die Kommission bei ihrer Ansicht, dass der Ausschluss der Satellitenplattform unter Verweis darauf, dass die Satellitenplattform zum Zeitpunkt der Einführung der Maßnahme lediglich „nicht interoperative“ Decoder verwendete, nicht berücksichtigt, dass die Satellitenbetreiber unter Umständen die „Interoperabilität“ hätten anbieten können und dazu auch vielleicht bereit gewesen wären, um ebenfalls in den Genuss der Maßnahme zu gelangen.

IV.B.3.3. **Vermeidung unnötiger Wettbewerbsverzerrungen**

- (166) Auch wenn sich ein öffentlicher Eingriff unter Verweis auf bestimmte Situationen von Marktversagen und eventuellen Kohäsionsproblemen rechtfertigen ließe, bleibt die Kommission bei ihrer Auffassung, dass die Maßnahme von ihrer Konzeption her unnötige Wettbewerbsverzerrungen hervorruft.
- (167) Im vorausgegangenen Abschnitt IV.A.3 „Wettbewerbsverzerrungen“ hat die Kommission bereits die Gründe für ihre Ansicht erläutert, dass eine derartige Wettbewerbsverzerrung tatsächlich eingetreten ist, auch wenn Italien und Mediaset das Gegenteil behaupten. Darüber hinaus hat sie bereits in der Entscheidung über die Einleitung des Verfahrens erklärt, dass der ausdrückliche Ausschluss der Satellitenbetreiber von der Maßnahme eigentlich nutzlos ist und lediglich den Wettbewerb auf dem Markt für Bezahlfernsehen in einer Situation verfälscht, in der einige der bereits etablierten Begünstigten auf dem von einem äußerst starken Konzentrationsgrad geprägten Markt für terrestrisches Analogfernsehen aktiv sind und bereits über einen umfangreichen Kundenstamm („audience“) verfügen.
- (168) Allerdings kann man bezogen auf die Hersteller von Decodern nicht von unnötiger Wettbewerbsverzerrung sprechen. Die Maßnahme bewirkt eine Förderung der technologischen Entwicklung in Form von leistungsfähigeren Decodern, die mit allen Herstellern zugänglichen Standards ausgerüstet sind. Der damit verbundene Vorteil steht jedem Hersteller von Decodern offen, der in die Produktion dieser Art von Decoder einsteigen möchte, selbst Herstellern aus anderen Mitgliedstaaten. Zwar trifft es zu, dass sich durch die Maßnahme die normale Verteilung der Ressourcen auf dem Markt verändert, da die Nachfrage nach Decodern angeregt wird, doch ist dieses Ergebnis eine unvermeidliche Wirkung jeder öffentlichen Maßnahme zugunsten des Übergangs zum Digitalfernsehen — auch der technologisch neutralsten. Daher kann nicht behauptet werden, dass die Maßnahme bezogen auf die Hersteller der Decoder unnötige Wettbewerbsverzerrungen hervorruft.

IV.B.3.4. **Schlussfolgerungen zu Artikel 87 Absatz 3 Buchstabe c EG-Vertrag**

- (169) Artikel 87 Absatz 3 Buchstabe c sieht vor, dass es ein Gleichgewicht zwischen den positiven Auswirkungen aufgrund einer bestimmten Maßnahme und seinen negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb geben muss. Im vorliegenden Fall scheinen der Übergang zur Digitaltechnik und die Interoperabilität Ziele von gemeinsamem Interesse zu sein, die angesichts der externen Auswirkungen eines solchen Übergangs zur Digitaltechnik und der sozialen Kohäsionsprobleme der für die Verbraucher verbindlichen Umstellung auf die Digitaltechnik die Beihilfe in Form eines Zuschusses an die Verbraucher grundsätzlich gerechtfertigt erscheinen lassen.
- (170) Dennoch weist die Maßnahme bestimmte Merkmale auf, die weder notwendig noch angemessen sind, und die nur eine unnötige Wettbewerbsverzerrung zugunsten der terrestrischen Fernsehsender bewirken, die bereits auf dem Markt etabliert sind, der offensichtlich durch ein starres Oligopol gekennzeichnet ist, und auf dem diese Verzerrungen erhebliche Beeinträchtigungen des Wettbewerbs verursachen können.

(171) Folglich ist die Kommission der Ansicht, dass die Beihilfe an die digitalen terrestrischen Sender, die Bezahlfernsehen anbieten, und an die Kabelsender, die Bezahlfernsehen anbieten, als nicht vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt im Sinne von Artikel 87 Absatz 3 Buchstabe c EG-Vertrag betrachtet werden kann. Andererseits findet die Kommission, dass die Maßnahme, sollte sie als Beihilfe eingestuft werden, bezogen auf die Decoderhersteller durchaus im Sinne von Artikel 87 Absatz 3 Buchstabe c EG-Vertrag mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar wäre.

IV.B.4. ARTIKEL 87 ABSATZ 3 BUCHSTABE D EG-VERTRAG

(172) Italien vertritt die Auffassung, dass die Maßnahme angesichts der vielen lokalen terrestrischen Sender, die die italienische Regierung schützen möchte, durchaus mit dem Gemeinsamen Markt aufgrund der Ausnahmeregelung gemäß Artikel 87 Absatz 3 Buchstabe d EG-Vertrag vereinbar ist, da sie mit positiven Auswirkungen auf die kulturelle Vielfalt verbunden ist. Da die satellitengestützte Übertragung nicht besonders gut für die Bereitstellung lokaler Fernsehdienste geeignet ist, braucht der Zuschuss auch nicht für Satellitendecoder gewährt zu werden.

(173) Die Kommission ist der Ansicht, dass sie dieses von Italien vorgebrachte Argument nicht gelten lassen kann. Die Maßnahme ist nicht ausdrücklich für die Förderung kultureller Ziele bestimmt, noch wird damit beabsichtigt, die kulturelle Vielfalt durch die alleinige Begünstigung der lokalen Sender zu stärken, die ohne die Maßnahme nicht auf dem Markt wären, denn sie begünstigt grundsätzlich die terrestrischen Sender und die Kabelsender, die Bezahlfernsehen anbieten. Daher kann die Kommission auch angesichts der restriktiven Anwendbarkeit der Ausnahmeregelungen nicht akzeptieren, dass eine Maßnahme von so großem Umfang und so weit reichenden Auswirkungen aufgrund ihrer positiven Auswirkungen auf die Lokalsender gerechtfertigt wäre.

IV.B.5. ARTIKEL 86 ABSATZ 2 EG-VERTRAG

(174) Die Kommission ist der Ansicht, dass man sich im vorliegenden Fall nicht auf die Ausnahmeregelung gemäß Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag berufen kann, wonach der Staat einen Ausgleich für die bei der Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse entstandenen Kosten gewähren kann. Der Mitgliedstaat hat keine Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse festgelegt und diese bestimmten Unternehmen auferlegt, für die die Maßnahme einen angemessenen Ausgleich darstellen könnte. Im Gegenteil, diese Maßnahme wirkt sich auch zum Vorteil der normalen Geschäftstätigkeit verschiedener Marktteilnehmer aus, die gar keine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen.

(175) Auch im Fall des öffentlich-rechtlichen Senders — der RAI — hätten die Kosten für den Fall, dass öffentliche Dienstleistungsverpflichtungen im Zusammenhang mit den im Bereich des digitalen Fernsehen vorzunehmenden Investitionen bestanden hätten, präzise ausgewiesen werden müssen, um ein angemessenes Kompensationsniveau ermitteln zu können.

IV.B.6. SCHLUSSFOLGERUNGEN ZUR BEWERTUNG DER VEREINBARKEIT DER MAßNAHME MIT DEM GEMEINSAMEN MARKT

(176) Daher wird festgestellt, dass die Beihilfe zugunsten der digitalen terrestrischen Sender, die Bezahlfernsehen anbieten, und der Kabelfernsehbetreiber, die Bezahlfernsehen anbieten, nicht von irgend einer Ausnahmebestimmung des Vertrags abgedeckt und folglich mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar ist.

IV.C. SCHLUSSFOLGERUNGEN ZUR WETTBEWERBSRECHTLICHEN WÜRDIGUNG

(177) Die Kommission kommt zu dem Schluss, dass der Zuschuss, den Italien zugunsten der digitalen terrestrischen Sender, die Bezahlfernsehen anbieten, und der Kabelsender, die Bezahlfernsehen anbieten, für die Anschaffung von Decodern gewährt hat, mit denen man Fernsehsignale in terrestrischer Digitaltechnik empfangen kann, eine Beihilfe im Sinne von Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag darstellt. Die Beihilfe ist mit dem Gemeinsamen Markt nicht vereinbar. Die Beihilferegelung wurde der Kommission vonseiten des betroffenen Mitgliedstaats im Sinne von Artikel 88 Absatz 3 EG-Vertrag nicht gemeldet und wurde unrechtmäßig ohne die Genehmigung durch die Kommission durchgeführt. Die von der Beihilfe begünstigten digitalen terrestrischen Sender, die Bezahlfernsehen anbieten, und die Kabelsender, die Bezahlfernsehen anbieten, sind gehalten, diese Beihilfe zu erstatten.

(178) Die Kommission kommt ferner zu dem Schluss, dass die Hersteller von Decodern nicht gehalten sind, eine Beihilfeleistung zu erstatten.

V. EINSTELLUNG DER BEIHILFEREGELUNG

V.A. NOTWENDIGKEIT DER EINSTELLUNG DER BEIHILFEREGELUNG

(179) Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH ist die Kommission bei Feststellung der Unvereinbarkeit einer Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt befugt, dem betroffenen Mitgliedstaat die Abschaffung oder Abänderung der beanstandeten Beihilferegelung aufzuerlegen⁽⁵⁸⁾. Ebenso ist nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH die einem Staat auferlegte Verpflichtung der Abschaffung einer Beihilferegelung, die die Kommission mit dem Gemeinsamen Markt für unvereinbar einstuft, auf das Ziel der Wiederherstellung des *Status quo ante* ausgerichtet⁽⁵⁹⁾. Der EuGH hat in diesem Zusammenhang festgestellt, dass dieses Ziel erreicht ist, wenn der Begünstigte die unrechtmäßig als Beihilfe erhaltenen Beträge erstattet hat, wodurch er den Vorteil verliert, in dessen Genuss er gegenüber seinen Konkurrenten auf dem Markt gekommen war, und die Situation wieder hergestellt ist, die vor der Gewährung der Beihilfe bestanden hatte⁽⁶⁰⁾.

(180) Aufgrund dieser Rechtsprechung wurde in der Verordnung (EG) Nr. 659/1999⁽⁶¹⁾ in Artikel 14 Absatz 1 folgendes festgelegt: „In Negativentscheidungen hinsichtlich rechtswidriger Beihilfen entscheidet die Kommission, dass der

⁽⁵⁸⁾ Rechtssache C-70/72 Kommission/Deutschland, Slg. 1973, 813, Randnr. 13.

⁽⁵⁹⁾ Verbundene Rechtssachen C-278/92, C-279/92 und C-280/92 Spanien/Kommission, Slg. 1994, I-4103, Randnr. 75.

⁽⁶⁰⁾ Rechtssache C-75/79, Belgien/Kommission, Slg. 1999, I-03671, Randnrn. 64-65.

⁽⁶¹⁾ Siehe Fußnote 2.

betreffende Mitgliedstaat alle notwendigen Maßnahmen ergreift, um die Beihilfe vom Empfänger zurückzufordern [...]. Die Kommission verlangt nicht die Rückforderung der Beihilfe, wenn dies gegen einen allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts verstoßen würde.“

(181) Italien behauptet jedoch, dass die Kommission die Rückzahlung der Beihilfe nicht verlangen dürfe, da dies im Widerspruch zu einem allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts stünde:

a) Nach italienischer Auffassung stünde die Rückforderung der Beihilfe im Gegensatz zum Grundsatz des Vertrauensschutzes, da die Sender auch bei einem vorsorglichen Verhalten die Beihilfe nicht hätten ablehnen oder sich gegen ihre Gewährung hätten wenden können. Italien behauptet, dass die gleiche Argumentation auch in der Entscheidung 2006/513/EG verwendet wurde⁽⁶²⁾;

b) Darüber hinaus war von Anfang an — wie Italien auch stets behauptet hatte — völlig klar, dass die Rückforderung der Beihilfe unmöglich sein würde⁽⁶³⁾: Im vorliegenden Fall ist es nach Ansicht der italienischen Behörden unmöglich, festzustellen, welcher Sender von der Maßnahme und in welchem finanziellen Umfang einen Vorteil hatte, weshalb die Kommission die Rückerstattung der Beihilfe nicht verlangen dürfte.

(182) Im vorliegenden Fall ist die Kommission der Ansicht, dass der Rückforderung der Beihilfe kein allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts entgegensteht. Hinsichtlich des Vertrauensschutzes hat der EuGH Folgendes festgestellt: „da die Überwachung der staatlichen Beihilfen durch die Kommission in Artikel 93 (= heute Art. 87) des Vertrags zwingend vorgeschrieben ist, darf ein beihilfebegünstigtes Unternehmen auf die Ordnungsmäßigkeit der Beihilfe grundsätzlich nur dann vertrauen, wenn diese unter Beachtung des dort vorgesehenen Verfahrens gewährt wurde. Einem sorgfältigen Gewerbetreibenden ist es regelmäßig möglich, sich zu vergewissern, ob dieses Verfahren beachtet wurde“⁽⁶⁴⁾. Der Begünstigte braucht die Beihilfe nur in den Fällen nicht zurückzuerstatten, „in denen er sich ausnahmsweise auf Umstände berufen kann, aufgrund deren sein Vertrauen in die Ordnungsmäßigkeit der Beihilfe gestützt ist“⁽⁶⁵⁾.

(183) Die vorliegende Beihilfe wurde ohne vorherige Anmeldung gewährt. Im vorliegenden Fall ist es darüber hinaus nicht einmal möglich, eventuelle außergewöhnliche Umstände festzustellen, da das begünstigte Unternehmen aufgrund von eventuellen spezifischen Fakten oder von Garantien seitens der Kommission keinerlei Anlass hatte, sein Vertrauen in die Ordnungsmäßigkeit der Beihilfe mit der Möglichkeit in Verbindung zu bringen, dass der ihm von den öffentlichen Behörden gewährte Vorteil keine Beihilfe darstelle.

(184) Was die Tatsache anbelangt, dass die Begünstigten die Beihilfe nicht ablehnen konnten, verweist die Kommission darauf, dass die Mitgliedstaaten bei Anerkennung eines

derartigen Arguments über die Verbraucher indirekte Beihilfen gewähren könnten, ohne dass die Kommission die Möglichkeit hätte, die Voraussetzungen für einen normalen Wettbewerb wieder herzustellen. Außerdem weist sie darauf hin, dass es nicht angebracht scheint, sich hier auf die Entscheidung 2006/513/EG⁽⁶⁶⁾ zu berufen: in diesem Fall hat die Kommission nämlich entschieden, dass die Maßnahme durch die Rückforderung aller gewährten Beihilfen bei den Direktbegünstigten zurückgenommen werden kann, und ist dann tatsächlich so vorgegangen. In diesem Zusammenhang stellte sich die Frage der möglichen „Ablehnung“ der Beihilfe gar nicht. Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass die Kommission in der Rechtsache Deutschland/Kommission⁽⁶⁷⁾ die Rückerstattung einer Investoren gewährten Beihilfe verfügt hatte, die Aktienbeteiligungen an Unternehmen in den neuen Bundesländern und Westberlin erworben hatten, und dass die Anweisung zur Rückerstattung vom EuGH bestätigt wurde.

(185) Italien behauptete außerdem, dass die Rückerstattung unmöglich ist, da man nicht genau bestimmen kann, welcher Sender von der Übertragung staatlicher Mittel und in welcher Höhe profitiert hat.

(186) Nun kann man durchaus behaupten, dass die Kommission keine Verpflichtung auferlegen kann, deren Erfüllung von vornherein objektiv und absolut gesehen unmöglich wäre. Die Kommission sieht ein, dass es angesichts der in diesem Fall zu Tage getretenen Elemente in gewisser Weise schwieriger als in anderen Fällen werden könnte, genau den Betrag der staatlichen Mittel zu bestimmen, der den Beihilfeempfängern tatsächlich zugute gekommen ist. Dennoch ist sie der Ansicht, dass es nicht unmöglich ist, die den Empfängern der Beihilfe gewährten Vorteile zu bemessen.

(187) Daher ist die Kommission der Ansicht, dass es keine hinreichenden Gründe gibt, den betroffenen Mitgliedstaat von seiner Verpflichtung der Abstellung der Beihilferegulierung und der Wiederherstellung der ursprünglichen Wettbewerbsbedingungen zu entbinden.

V.B. DIE DURCH DIE BEIHILFEREGELUNG BEGÜNSTIGTEN

(188) Im vorliegenden Fall hat der Staat Privatpersonen einen Zuschuss für den Erwerb bestimmter Decoder gewährt. Dennoch können weder die Verbraucher noch die Decoderhersteller als von der staatlichen Beihilfe Begünstigte im Sinne von Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag betrachtet werden. Der EuGH hat bereits klargestellt, dass die Beihilfen von den effektiv davon Begünstigten zurückzufordern sind, d. h. im vorliegenden Fall von den digitalen terrestrischen Sendern, die Bezahlfernsehen anbieten, sowie den Kabelsendern, die Bezahlfernsehen anbieten⁽⁶⁸⁾.

(189) Nach Würdigung der Argumente, die in den Abschnitten IV.A.2 und IV.A.3 im Rahmen der Erörterung der Frage, ob ein selektiver Vorteil und eine Wettbewerbsverzerrung vorgelegen hat, vorgebracht wurden, ist die Kommission zu der Ansicht gelangt, dass die durch die Maßnahme bedingten Hauptvorteile in der Bildung eines Kundenstamms für die Einführung neuer digitaler Dienste

⁽⁶²⁾ Siehe Fußnote 24.

⁽⁶³⁾ Italien bezieht sich hier auf die Rechtssache C-75/97.

⁽⁶⁴⁾ Rechtssache C-169/95, Spanien/Kommission, Slg. 1997, I-135, Randnr. 51.

⁽⁶⁵⁾ Rechtssache C-5/89, Kommission/Deutschland (BUG-Alutechnik), Slg. 1990 I-3437, Randnrn. 13 und 14.

⁽⁶⁶⁾ Siehe Fußnote 24.

⁽⁶⁷⁾ Rechtssache C-156/98, Deutschland/Kommission (siehe Fußnote 35).

⁽⁶⁸⁾ Rechtssache C-303/88 Italien/Kommission, Slg. 1991 I-1433, Randnr. 57.

(insbesondere Bezahlfernsehdienste) und in der Erhöhung der Zuschauerzahlen für die Kabelsender bestanden.

- (190) Daher verlangt die Kommission die Rückerstattung der Beihilfe von den digitalen terrestrischen Sendern, die Bezahlfernsehdienste anbieten, und von den Kabelsendern, die ebenfalls Bezahlfernsehen anbieten.

V.C. BEMESSUNG DES UMFANGS DER ZU ERSTATTENDEN BEIHILFEN

- (191) Bei der Feststellung des genauen Umfangs der von den Sendern zu erstattenden Beihilfen sieht die Kommission ein, dass die genaue Bestimmung der Höhe des Betrags an staatlichen Mitteln, mit denen den Begünstigten ein Vorteil gewährt wurde, in gewisser Weise eine schwierige Aufgabe sein dürfte. Und dies nicht nur, weil die Beihilfe indirekt über die Verbraucher gewährt wurde, sondern auch, weil sie an das Empfangsgerät gebunden war, das zum Empfang der von den Sendern angebotenen Dienste erforderlich ist, und nicht an die Fernsehdienste selbst gekoppelt war.

- (192) Dennoch verlangt nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs keine Rechtsnorm des Gemeinschaftsrechts, dass die Kommission bei der Anordnung der Rückerstattung einer für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar erklärten Beihilfe den genauen Betrag der zu erstattenden Beihilfe zu bestimmen hat. Es reicht, wenn die Entscheidung der Kommission Elemente aufweist, anhand derer der Adressat dieser Entscheidung selbst ohne allzu große Schwierigkeiten diesen Betrag bestimmen können müsste⁽⁶⁹⁾.

- (193) Daher hält es die Kommission für angebracht, einige Anhaltspunkte für die Methode zur Bestimmung des Vorteils zu liefern. Insbesondere findet die Kommission, dass angesichts der besonderen Umstände im vorliegenden Fall eine geeignete Methode darin bestünde, dass man die zusätzlichen Gewinne berechnet, die durch die beanstandete Maßnahme im Bereich der neuen digitalen Dienste und durch das Angebot an Bezahlfernsehen oder Pay-per-view-Fernsehen entstanden sind.

- (194) Es sei daran erinnert, dass die Kommission in ihrer Entscheidung über die Einleitung des Verfahrens die betroffenen Parteien aufgefordert hatte, eine Schätzung des Umfangs des Vorteils vorzunehmen, oder zumindest eine Methode vorzuschlagen, nach der die Kommission den selektiven Vorteil bemessen könnte, in dessen Genuss die Begünstigten gekommen sind. Allerdings hat sie hierzu nie eine entsprechende Reaktion vonseiten der Betroffenen erhalten. Lediglich Sky Italia hat eine vorläufige Auflistung der möglichen Auswirkungen der Beihilfe geliefert, ohne jedoch eine brauchbare Methode zur genauen Quantifizierung des zurückzufordernden Betrags vorzuschlagen.

- (195) Die Kommission ist der Ansicht, dass die vorstehend genannten zusätzlichen Gewinne als Anteil an den Gewinnen ermittelt werden können, die durch die größere Anzahl an Zuschauern entstanden sind, die sich aufgrund der Beihilfe dem Angebot an Bezahlfernsehen und den neuen digitalen Kanälen zugewandt haben.

- (196) Als erstes bräuchte man demnach eine Schätzung der Anzahl der Zuschauer, die zusätzlich beim digitalen terrestrischen Fernsehen und Kabelfernsehen, die

Bezahlprogramme anbieten, zu registrieren war. Da ein erheblicher Anteil der Verbraucher zwar von der Beihilfe hätte profitieren können, darauf allerdings verzichtet hat, und da diejenigen, die davon profitiert haben, dazu vielleicht aus anderen Gründen als dem angebotenen Zuschuss veranlasst wurden, ist die Anzahl der Fernsehzuschauer, deren Entscheidung von der Gewährung des Zuschusses beeinflusst wurde, nicht mit der Anzahl der Zuschauer gleichzusetzen, die unter Nutzung des Zuschusses einen Decoder angeschafft haben.

- (197) Um ermitteln zu können, in wie weit der Zuschuss das Verhalten der Verbraucher beeinflusst hat, bräuchte man ein Nachfragemodell der Verbraucher und müsste die verschiedenen Anreize für die Entstehung dieser Nachfrage gewichten. Die Auswirkung des Preises der Bezahlfernsehdienste (einschließlich der Geräte) auf die Wahlentscheidung der Verbraucher liefert dann einen Hinweis auf die Wirkung, die auf die Gewährung des Zuschusses zurückzuführen ist.

- (198) Zunächst gilt es Modelle für die Möglichkeiten der Verbraucher zur Wahl zwischen den ihnen offen stehenden Hauptalternativen aufzustellen. In den Jahren 2004 und 2005 konnten die italienischen Zuschauer im Bereich des terrestrischen Analogfernsehens zwischen folgenden vier Hauptoptionen wählen:

- a) bei der terrestrischen Analogplattform bleiben und den Übergang zum Digitalfernsehen hinausschieben;
- b) zum satellitengestützten Digitalfernsehen mit oder ohne Bezahlfernsehdienste übergehen;
- c) zum terrestrischen Digitalfernsehen mit oder ohne Bezahlfernsehdienste übergehen;
- d) zum Kabelfernsehen mit oder ohne Bezahlfernsehdienste übergehen.

- (199) Das Bezahlfernsehen auf der terrestrischen, der satellitengestützten oder der Kabelplattform besteht aus einer Reihe von zahlungspflichtigen Optionen, für die den Zuschauern besondere Fernsehinhalte von hohem Mehrwert (sog. „premium“ Content) geliefert werden. Die Verbraucher, die nicht am Angebot an Bezahlfernsehen interessiert sind, gehen vor allem aus technischen Gründen zum Digitalfernsehen über, da das unverschlüsselt empfangbare und in Digitaltechnik übertragene Fernsehangebot 2004-2005 auf jeden Fall qualitativ besser als das per Analogtechnik übertragene, aber im wesentlichen nicht viel anders war. Die Gewährung des Zuschusses hat auf die Entscheidung dieser Zuschauer keinen Einfluss, weshalb diese aus der Berechnung ausgeschlossen bleiben müssen.

- (200) Es gab jedoch eine gewisse Anzahl von Zuschauern, die an den „premium“-Inhalten (Bezahlfernsehen) interessiert waren, und die zwischen den beiden Anbietern von auf dem Markt verfügbarem terrestrischem Digitalfernsehen (also zwischen Mediaset und Telecom Italia), dem Satellitenanbieter und Fastweb wählen mussten. Bei der Entscheidung dieser Verbraucher kann der Zuschuss die Entscheidung in die eine oder andere Richtung beeinflusst haben.

- (201) Die Kommission vertritt die Auffassung, dass man dabei auch den Unterschied zwischen dem Angebot von Fastweb — einem „triple play“-Betreiber — und den Angeboten anderer Bezahlfernsehbetreiber berücksichtigen muss, wenn man die Anzahl der Zuschauer ermitteln will, die

⁽⁶⁹⁾ Siehe insbesondere Rechtssache C-480/98, Spanien/Kommission, Slg. 2000, I-8717, Randnr. 25, und Rechtssache C-415/03 Kommission/Griechenland, Slg. 2005, I-03875, Randnr. 39.

sich allein wegen der Gewährung des Zuschusses für Fastweb entschieden haben.

- (202) Bei einer anderen Gruppe von Verbrauchern, deren Wahlentscheidung möglicherweise durch die Gewährung des Zuschusses beeinflusst worden ist, handelt es sich um die Grenznutzer von Bezahlfernsehen, d. h. die eine schwach ausgeprägte Präferenz für die „premium“-Inhalte haben, und die durch Werbemaßnahmen und Sonderangebote zum Kauf dieser Inhalte bewegt worden sein könnten. Durch die Gewährung des Zuschusses können die Anbieter von terrestrischem Digitalfernsehen mehr von der gestiegenen Nachfrage nach diesen Diensten profitiert haben.
- (203) Mit einem „discrete choice demand model“⁽⁷⁰⁾ könnte man die Wirkung einer Reihe unterschiedlicher Faktoren bewerten, wie etwa die Inhalte der Programme und den Preis, die sich auf die Wahlentscheidungen der verschiedenen Arten von Verbraucher auswirken. Um ein solches Modell genau konstruieren zu können, bräuchte die Kommission die Mitarbeit Italiens, da die Aufstellung des Modells zwangsläufig von der Verfügbarkeit der Daten und ihrer Merkmale abhängt. Da man mit einem solchen Modell die Auswirkung einer Reihe von Faktoren wie der Programminhalte und des Preises auf die Wahlentscheidungen der verschiedenen Arten von Verbrauchern bewerten kann, könnte man mit einem solchen „discrete choice demand model“ die Zahl der zusätzlichen Zuschauer ermitteln, die sich für Pay-per-view allein wegen des angebotenen Zuschusses entschieden haben, und könnte dann den anderen Teil der Verbraucher aus der Berechnung der in der Zeit von 2004-2005 gestiegenen Nachfrage ausschließen.
- (204) Liegt erst einmal eine Schätzung der Anzahl der zusätzlichen Nutzer des Angebots an terrestrischem Bezahlfernsehen und Pay-per-view-Fernsehen vor, ginge es um die Schätzung des durchschnittlichen Erlöses pro Nutzer („average revenue per user“) für die Jahre 2004-2005. Dazu bedarf es einer Schätzung der Gesamtzahl der Nutzer von Bezahlfernsehangeboten und von Pay-per-view-Fernsehen: Den Wert des Durchschnittserlöses pro Nutzer erhält man, indem man die Gesamterlöse aus den Bezahlfernsehdiensten durch die Anzahl der Nutzer teilt.
- (205) Multipliziert man dann den Durchschnittserlös pro Nutzer mit der geschätzten Zahl der zusätzlichen Nutzer, erhält man die zusätzlichen Gewinne, die durch die Beihilfemaßnahme entstanden sind. Um den zurückzufordernden Betrag zu ermitteln, müssen von diesem letztgenannten Wert die Zusatzkosten⁽⁷¹⁾ für die diesen zusätzlichen Nutzern erbrachten Dienste wieder abgezogen werden, die aber nach Ansicht der Kommission relativ niedrig ausfallen dürften, da die Grenzkosten bei Fernsehübertragungen vernachlässigbar sind und die Fixkosten nicht in die Berechnung einbezogen werden dürfen.

⁽⁷⁰⁾ In der wissenschaftlichen Literatur greift man häufig auf diese Modelle zurück, um eine Beurteilung von Fragen in Zusammenhang mit den Wahlentscheidungen von Verbrauchern vorzunehmen. Eine Einführung in diese Art von Modellen findet sich in zahlreichen Texten zur Ökonometrie, die im Zuge von Doktorarbeiten oder Spezialisierungen verfasst wurden: z. B. W. Greene (2000): „Econometric Analysis“, fourth edn, Prentice Hall, Upper Saddle River, NJ oder G.S. Maddala: „Limited Dependent Variables and Qualitative Variables in Econometrics“, Cambridge University Press, 1983.

⁽⁷¹⁾ Diese Kosten werden häufig auch als „vermeidbare Kosten“ bzw. als Kosten bezeichnet, die man für den Fall, dass die Gewährung des Zuschusses keinen einzigen Zuschauer zusätzlich angelockt hätte, vermieden hätte.

V.D. VOLLZUG DER ENTSCHEIDUNG

- (206) Der Gerichtshof hat ferner entschieden, dass ein Mitgliedstaat, der bei der Durchführung einer Entscheidung der Kommission über staatliche Beihilfen auf unvorhergesehene und unvorhersehbare Schwierigkeiten stößt oder sich über Folgen klar wird, die von der Kommission nicht beachtet waren, diese Probleme der Kommission zur Beurteilung vorlegen und dabei geeignete Änderungen der fraglichen Entscheidung vorschlagen muss. In diesem Fall müssen die Kommission und der Mitgliedstaat redlich zusammenwirken, um die Schwierigkeiten unter vollständiger Beachtung der Bestimmungen des Vertrags, insbesondere derjenigen über die Beihilfen, zu überwinden⁽⁷²⁾.
- (207) Daher fordert die Kommission Italien auf, ihr die eventuellen Probleme beim Vollzug dieser Entscheidung zur Begutachtung vorzulegen.

(208) Aus diesen Gründen

HAT DIE KOMMISSION FOLGENDE ENTSCHEIDUNG ERLASSEN:

Artikel 1

Die Regelung, die die Italienische Republik rechtswidrig zugunsten der terrestrischen digitalen Sender, die Bezahlfernsehdienste anbieten, und der Kabelsender, die Bezahlfernsehdienste anbieten, durchgeführt hat, stellt eine staatliche Beihilfe dar, die mit dem Gemeinsamen Markt nicht vereinbar ist.

Artikel 2

- (1) Die Italienische Republik ergreift alle erforderlichen Maßnahmen zur Rückforderung der in Artikel 1 genannten Beihilfe von den Begünstigten.
- (2) Die Rückforderung erfolgt unverzüglich nach den Verfahren des nationalen Rechts, sofern diese den unverzüglichen und wirksamen Vollzug dieser Entscheidung ermöglichen. Die zurückzufordernde Beihilfe umfasst Zinsen von dem Zeitpunkt an, ab dem die rechtswidrige Beihilfe den Empfängern zur Verfügung stand, bis zu ihrer tatsächlichen Rückzahlung.
- (3) Die Zinsen auf die zurückzufordernden Beträge im Sinne von Absatz 2 sind gemäß dem Verfahren nach den Artikeln 9 und 11 der Verordnung (EG) 794/2004 der Kommission vom 21. April 2004 zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates über besondere Vorschriften für die die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrags zu berechnen⁽⁷³⁾.

Artikel 3

Italien teilt der Kommission innerhalb von zwei Monaten nach der Bekanntgabe dieser Entscheidung die Maßnahmen mit, die ergriffen wurden, um der Entscheidung nachzukommen. Diese Angaben sind unter Verwendung des Fragebogens im Anhang zu übermitteln.

Ferner legt Italien innerhalb derselben Frist sämtliche Unterlagen vor, aus denen hervorgeht, dass das Verfahren zur Rückforderung der rechtswidrig gewährten und mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbaren Beihilfen gegenüber den Begünstigten eingeleitet wurde.

⁽⁷²⁾ Rechtssache C-94/87, Kommission/Deutschland, Slg. 1989, 175, Randnr. 9, und Rechtssache C-348/93, Kommission/Italien, Slg. 1995, I-673, Randnr. 17.

⁽⁷³⁾ ABl. L 140 vom 30.4.2004, S. 1.

Artikel 4

Diese Entscheidung ist an die Italienische Republik gerichtet.

Brüssel, den 24. Januar 2007

Für die Kommission
Neelie KROES
Mitglied der Kommission

ANHANG

Angaben zur Durchführung der Entscheidung C(2006) 6634 der Kommission über die staatliche Beihilferegelung C 52/2005 (ex NN 88/2005, ex CP 101/2004) — Italien: Zuschuss für Digitaldecoder

1. Berechnung des zurückzufordernden Betrags

- 1.1. Genaue Angaben dazu, wie der von dem einzelnen Beihilfempfänger zurückzufordernde Betrag der rechtswidrig gewährten Zuschüsse berechnet wird:

Datum der Zahlungen ⁽¹⁾	Beihilfebetrags ⁽²⁾	Währung	Name des Beihilfempfängers

⁽¹⁾ Zeitpunkt, zu dem die Beihilfe dem Begünstigten zur Verfügung gestellt wurde (wenn die Maßnahme aus mehrfachen Zahlungen und/oder Erstattungen besteht, unterschiedliche Zeilen verwenden).

⁽²⁾ Betrag, der dem Begünstigten zur Verfügung gestellten Beihilfe (Bruttosubventionsäquivalent, in Preisen von...).

Bemerkungen:

- 1.2. Genaue Angaben zur Berechnung der Zinsbeträge, die auf die zurückzufordernden Beihilfebeträge aufzuschlagen sind.

2. Geplante und bereits ergriffene Maßnahmen zur Rückforderung der Beihilfe

- 2.1. Ausführliche Beschreibung der geplanten oder bereits getroffenen Maßnahmen, um die Beihilfe sofort und tatsächlich zurückzufordern. Bitte auch die alternativen Maßnahmen angeben, die nach nationalem Recht für die Rückforderung vorgesehen sind. Gegebenenfalls ist auch die Rechtsgrundlage der getroffenen/geplanten Maßnahmen anzugeben.
- 2.2. Frist für die vollständige Rückforderung.

3. Rückforderung bereits abgeschlossen

- 3.1. Angaben zu den Beihilfebeträgen, die von den Begünstigten bereits zurückgefordert wurden:

Datum ⁽³⁾	Erstatteter Betrag	Währung	Name des Beihilfempfängers

⁽³⁾ Zeitpunkt der Rückerstattung der Beihilfe.

- 3.2. Angaben, die belegen, dass die Rückzahlung der in der Tabelle unter Ziffer 3.1 angegebenen Beihilfebeträge bereits erfolgt ist.

ENTSCHEIDUNG DER KOMMISSION

vom 7. Februar 2007

über die Befreiung durch Frankreich, Irland und Italien von der Verbrauchsteuer auf Mineralöle, die als Brennstoff zur Tonerdegewinnung in den Regionen Gardanne und Shannon sowie auf Sardinien verwendet werden (C 78/2001 (ex NN 22/01), C 79/2001 (ex NN 23/01), C 80/2001 (ex NN 26/01))

(Bekannt gegeben unter Aktenzeichen K(2007) 286)

(Nur der englische, der französische und der italienische Text sind verbindlich)

(Text von Bedeutung für den EWR)

(2007/375/EG)

DIE KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN —

gestützt auf den Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, insbesondere auf Artikel 88 Absatz 2 Unterabsatz 1,

gestützt auf das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum, insbesondere auf Artikel 62 Absatz 1 Buchstabe a,

nach Aufforderung der Beteiligten zur Äußerung gemäß den vorgenannten Artikeln⁽¹⁾ und unter Berücksichtigung ihrer Stellungnahmen,

in Erwägung nachstehender Gründe:

1. VERFAHREN

(1) Die Besteuerung von Mineralölen ist seit dem Inkrafttreten der Richtlinie 92/81/EWG des Rates vom 19. Oktober 1992 zur Harmonisierung der Struktur der Verbrauchsteuern auf Mineralöle gemeinschaftsweit vereinheitlicht worden⁽²⁾. Die Verwendung von Mineralölen zur Tonerdegewinnung ist weder aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie 92/81/EWG ausgenommen worden noch war sie Gegenstand einer gesetzlich vorgeschriebenen oder freigestellten Befreiung im Sinne von Artikel 8 dieser Richtlinie. In Artikel 6 der Richtlinie 92/82/EWG des Rates vom 19. Oktober 1992 zur Annäherung der Verbrauchsteuersätze für Mineralöle⁽³⁾ ist ein Mindestsatz der Verbrauchsteuer auf schweres Heizöl festgelegt worden, der von den Mitgliedstaaten nach dem 1. Januar 1993 anzuwenden war. Die Kommission hat Frankreich, Irland und Italien in mehreren Entscheidungen die Verbrauchsteuerbefreiung von Mineralölen für die Tonerdegewinnung in der Region Gardanne, der Shannon-Region sowie auf Sardinien gestattet, die andernfalls hätte erhoben werden müssen. Mit der jüngsten Entscheidung 2001/224/EG des Rates vom 12. März 2001 über Verbrauchsteuerermäßigungen

und -befreiungen für Mineralöle, die zu bestimmten Zwecken verwendet werden⁽⁴⁾, sind Steuerbefreiungen bis zum 31. Dezember 2006 gestattet.

- (2) Die Richtlinie 92/82/EWG wurde mit der Richtlinie 2003/96/EG des Rates vom 27. Oktober 2003 zur Restrukturierung der gemeinschaftlichen Rahmenvorschriften zur Besteuerung von Energieerzeugnissen und elektrischem Strom⁽⁵⁾ mit Wirkung zum 31. Dezember 2003 aufgehoben. Im Sinne von Artikel 2 Absatz 4 Buchstabe b der Richtlinie 2003/96/EG gilt diese Vorschrift für verschiedene Energieerzeugnisse nicht, so u. a. nicht für Energieerzeugnisse mit zweierlei Verwendungszweck. Nach Artikel 2 Absatz 4 Buchstabe b zweiter Gedankenstrich ist die Verwendung von Energieerzeugnissen bei der chemischen Reduktion, bei Elektrolysen und bei Prozessen in der Metallindustrie als zweierlei Verwendungszweck anzusehen. Die Verwendung von Mineralöl für die Tonerdegewinnung fällt in diese Kategorie. Der Mindestsatz für die Verbrauchsteuer auf schweres Heizöl ist demzufolge nach dem 31. Dezember 2003 nicht mehr auf Heizöl anwendbar, welches bei der Tonerdegewinnung eingesetzt wird. Die Ausnahmen laut Entscheidung 2001/224/EG und ähnliche Ausnahmeregelungen wurden in Anhang II der Richtlinie 2003/96/EG aufgenommen.
- (3) Die Kommission hat mit den Beschlüssen K(2001) 3296, K(2001) 3300 und K(2001) 3295 vom 30. Oktober 2001⁽⁶⁾ die Einleitung eines Verfahrens nach Artikel 88 Absatz 2 EG-Vertrag und damit die Überprüfung dieser Befreiungen beschlossen. Mit der Entscheidung 2006/323/EG⁽⁷⁾ vom 7. Dezember 2005 (bekannt gegeben unter Aktenzeichen K(2005) 4436) schloss die Kommission das Prüfverfahren zu den Beihilfen ab, die bis zum 31. Dezember 2003 gewährt worden waren, und erklärte einen Teil der Beihilfen für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar. Das Prüfverfahren wurde hinsichtlich des Zeitraums nach dem 1. Januar 2004 ausgeweitet. In den Erwägungsgründen 6 bis 15 der Entscheidung 2006/323/EG wird ausführlich auf den Schriftwechsel zwischen der Kommission, den betreffenden Mitgliedstaaten, den Beihilfeempfängern und der European Aluminium Association (im Folgenden „EAA“) bis Dezember 2005 eingegangen.

⁽¹⁾ ABl. C 30 vom 2.2.2002, S. 17, 21 und 25, sowie ABl. C 109 vom 9.5.2006, S. 2.

⁽²⁾ ABl. L 316 vom 31.10.1992, S. 12. Richtlinie zuletzt geändert durch die Richtlinie 94/74/EG (ABl. L 365 vom 31.12.1994, S. 46).

⁽³⁾ ABl. L 316 vom 31.10.1992, S. 19. Richtlinie geändert durch die Richtlinie 94/74/EG.

⁽⁴⁾ ABl. L 84 vom 23.3.2001, S. 23. Genaue Verweise auf frühere Entscheidungen sind in der Entscheidung vom 7. Dezember 2005 zu finden.

⁽⁵⁾ ABl. L 283 vom 31.10.2003, S. 51. Richtlinie zuletzt geändert durch die Richtlinie 2004/75/EG (ABl. L 157 vom 30.4.2004, S. 100).

⁽⁶⁾ Vgl. Fußnote 1.

⁽⁷⁾ ABl. L 119 vom 4.5.2006, S. 12.

- (4) Die Entscheidung 2006/323/EG war an Frankreich, Irland und Italien gerichtet und wurde mit Schreiben vom 8. Dezember 2005 (D/206670, D/206671, D/206673) übermittelt. Den betreffenden Beihilfeempfängern und der EAA wurde die Entscheidung mit Schreiben vom 23. Januar 2006 (D/50525, D/50526, D/50527 und D/50528) zugestellt. Die drei Mitgliedstaaten und zwei Beihilfeempfänger legten Rechtsmittel gegen die Entscheidung ein⁽⁸⁾. Der irische Beihilfeempfänger, die Aughinish Alumina Ltd (im Folgenden „Aughinish“) beantragte die Aussetzung des Vollzugs der Entscheidung. Dieser Antrag wurde als Rechtssache T-69/06R eingetragen. Das Gericht erster Instanz hat in seinem Beschluss vom 2. August 2006⁽⁹⁾ den Antrag auf einstweilige Anordnung zurückgewiesen.
- (5) Die Entscheidung 2006/323/EG wurde am 4. Mai 2006 im *Amtsblatt der Europäischen Union* veröffentlicht und in einer am 9. Mai 2006⁽¹⁰⁾ im *Amtsblatt der Europäischen Union* veröffentlichten Mitteilung wurden Dritte zur Abgabe von Stellungnahmen aufgefordert. Bei der Kommission gingen ein Schreiben von Aughinish vom 9. Juni 2006 (eingetragen am selben Tag unter Aktenzeichen A/34490) sowie ein Schreiben des italienischen Beihilfeempfängers Eurallumina SpA (im Folgenden „Eurallumina“) mit Datum vom 24. Juli 2006 (eingetragen unter Aktenzeichen A/35967 am 25. Juli 2006) ein. Da dieses Schreiben erst nach der in der Aufforderung zur Abgabe von Stellungnahmen gesetzten Frist von einem Monat einging, ist die Kommission grundsätzlich nicht verpflichtet, die betreffenden Kommentare im Rahmen dieses Verfahrens zu berücksichtigen. Die Kommission informierte Eurallumina mit Schreiben vom 2. August 2006 entsprechend (D/56648). Eurallumina antwortete mit Schreiben vom 3. August 2006 (eingetragen am 4. August 2006 unter Aktenzeichen A/36269). Die Kommission stellt allerdings fest, dass die Kommentare von Eurallumina viele der Bemerkungen aufnehmen, die die Kommission bereits im Zusammenhang mit der früheren Entscheidung erhalten hatte, und den fristgerecht eingegangenen Stellungnahmen ähneln, auf die in dieser Entscheidung Bezug genommen wird.
- (6) Die Kommentare von Aughinish wurden mit Schreiben vom 20. Juni 2006 (D/55106, D/55107 und D/55109) an Frankreich, Irland und Italien übermittelt.
- (7) Frankreich und Irland beantragten für die Stellungnahmen zur Entscheidung 2006/323/EG eine Fristverlängerung, die von der Kommission gewährt wurde. Mit Schreiben vom 9. März 2006 (D/52054 und D/52055) erinnerte die Kommission Irland und Italien an die Aufforderung zur Abgabe von Stellungnahmen. Die Stellungnahmen Frankreichs, Irlands und Italiens zur Entscheidung der Kommission gingen mit Schreiben vom 14. Februar 2006 (eingetragen am 15. Februar 2006 unter Aktenzeichen A/31248), vom 12. April 2006 (eingetragen am 18. April 2006 unter AZ A/32940) bzw. vom 17. Mai 2006 (eingetragen am 18. Mai 2006 unter AZ A/33852) ein.
- (8) Frankreich legte mit Schreiben vom 27. Juli 2006 (eingetragen am 28. Juli 2006 unter AZ A/35952) Bemerkungen zu der Stellungnahme von Aughinish vor. Am 24. Juli 2006 informierte Italien die Kommission per E-Mail, dass es keine weiteren Kommentare abgeben werde.

⁽⁸⁾ Fälle T-50/06, T-56/06, T-60/06, T-62/06 und T-69/06.

⁽⁹⁾ ABl. C 249 vom 14.10.2006, S. 10.

⁽¹⁰⁾ Siehe Fußnoten 1 und 7.

2. AUSFÜHRLICHE BESCHREIBUNG DER BEIHILFEMASSNAHME

- (9) Die Maßnahme stellt schweres Heizöl vollständig von der Verbrauchsteuer frei, sofern es zur Gewinnung von Tonerde eingesetzt wird. Die Begünstigten der von den französischen, irischen und italienischen Behörden gewährten Befreiung sind Alcan, Aughinisch bzw. Eurallumina⁽¹¹⁾.
- (10) Die irische Befreiung gründet sich auf die Bestimmungen in Abschnitt 100 Absatz 1 Buchstabe e des irischen Finance Act (im Folgenden „Finanzgesetz“) aus dem Jahr 1999, denen zufolge Befreiungen von der Mineralölsteuer auf Heizöl gewährt werden, „[...] das für die Verwendung bei oder im Zusammenhang mit der Tonerdegewinnung oder für die Wartung der Anlagen, in der besagte Gewinnung erfolgt, vorgesehen ist [...]“. In der Mitteilung zu diesem Finanzgesetz wird ausgeführt, dass „[...] nach Abschnitt 100 Öl für bestimmte Verwendungszwecke oder in anderen besonderen Situationen von der Mineralölsteuer freigestellt werden kann. Dazu gehört die Verwendung für andere Zwecke als Kraftstoff oder Heizöl, Ausführen, Heizöl für die Tonerdegewinnung, Öl für die Seenavigation, Schweröl für die kommerzielle Luftfahrt und Altöl“. Die Befreiung für Mineralöle, die in der Tonerdegewinnung eingesetzt werden, ist in Irland seit 1983 anwendbar. Das ursprüngliche Rechtsinstrument, welches diese Befreiung vorsah, wurde zwar im Jahr 1999 aufgehoben, aber die Befreiung ist im Rahmen des Finanzgesetzes von 1999 beibehalten worden.
- (11) In Italien ist die Befreiung von der Verbrauchsteuer auf sämtliche Unternehmungen anwendbar, die Mineralöle für die Tonerdegewinnung im Sinne von Punkt 14 Tabelle A des Grundsatzpapiers über Verbrauchsteuern einsetzen. Die Befreiung wurde erstmals mit dem Gesetz Nr. 331 vom 12. November 1990 zur Durchführung von Artikel 8 Absatz 5 des Decreto Legge Nr. 261 vom 15. September 1990 ermöglicht. Diese Bestimmungen sind in nachfolgende und einschlägige Rechtstexte aufgenommen worden, so auch in die nationalen Maßnahmen zur Umsetzung der Richtlinie 92/81/EWG und das folgende „Grundsatzpapier über Verbrauchsteuern“.
- (12) Rechtsgrundlage der Befreiung in Frankreich ist die Finanzgesetz-Novelle des Jahres 1997 („Loi de finances rectificative pour 1997“). Dort heißt es in Artikel 6: „[...] für Lieferungen von Schweröl mit einem Schwefelgehalt unter 2 %, die unter den Kennzeichnungsindex 28a der Tabelle B des Artikels 265 Absatz 1 Zollkodex fallen, können Befreiungen von der nationalen verbrauchsabhängigen Steuer auf Erdölzerzeugnisse gewährt werden, sofern sie für die Tonerdegewinnung eingesetzt werden“. Artikel 265a des französischen Zollkodex betrifft Waren mit anderen Verwendungszwecken als Kraftstoff oder Heizöl; er enthält jedoch beispielsweise keine Bestimmungen über die Verwendung von Mineralölen in anderen Wirtschaftszweigen.
- (13) In den Erwägungsgründen 16 bis 23 der Entscheidung 2006/323/EG werden die betreffenden Maßnahmen sowie die Begünstigten ausführlich beschrieben. Die betreffenden Mitgliedstaaten haben weder mitgeteilt, ob sie die Befreiung über das Jahr 2006 hinaus gewähren, noch haben sie die Kommission über etwaige Änderungen der anwendbaren Rechtsvorschriften in Kenntnis gesetzt; hier sind insbesondere Änderungen infolge der Umsetzung der Richtlinie 2003/96 zu nennen, die die Würdigung der Kommission beeinflussen könnten.

⁽¹¹⁾ Siehe auch www.alcan.com, www.glencore.com und www.eurallumina.com.

- (14) Seit der Einleitung des Verfahrens haben sich die anwendbaren Steuersätze geändert. Am 1. Juli 2006 betragen die anwendbaren Verbrauchsteuersätze für schweres Heizöl für die kommerzielle Verwendung in Frankreich und Irland 18,50 EUR bzw. 15,00 EUR. Zum selben Zeitpunkt belief sich die anwendbare Verbrauchsteuer in Italien auf 63,75 EUR je Tonne schweres Heizöl mit einem Schwefelgehalt über 1 % und auf 31,39 EUR je Tonne schweres Heizöl mit einem Schwefelgehalt unter 1 %.

3. GRÜNDE FÜR DIE EINLEITUNG UND AUSWEITUNG DES VERFAHRENS NACH ARTIKEL 88 ABSATZ 2 EG-VERTRAG

- (15) In ihrer Entscheidung vom 30. Oktober 2001 über die Einleitung des Verfahrens nach Artikel 88 Absatz 2 EG-Vertrag äußerte die Kommission Zweifel hinsichtlich der Vereinbarkeit der Hilfe mit den Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Beihilfen mit regionaler Zielsetzung⁽¹²⁾, insbesondere im Hinblick auf die Regelungen für Betriebsbeihilfen. Die Kommission zog ferner die Vereinbarkeit der Beihilfen mit dem Gemeinschaftsrahmen für staatliche Umweltschutzbeihilfen in den Fassungen der Jahre 1994⁽¹³⁾ und 2001⁽¹⁴⁾ (im Folgenden „Umweltschutzleitlinien“) in Zweifel.
- (16) In der Entscheidung 2006/323/EG trägt die Kommission vor, dass sie ähnliche Zweifel ebenfalls für den Zeitraum nach dem 1. Januar 2004 hegt. Da die Mitgliedstaaten und die Beteiligten bisher keine Möglichkeit hatten, ihre Kommentare zur Rechtslage vorzutragen, wie sie sich nach der Richtlinie 2003/96/EG präsentiert, erschien der Kommission die Ausweitung des förmlichen Prüfverfahrens angemessen.

4. BEMERKUNGEN FRANKREICHS, IRLANDS UND ITALIENS SOWIE DRITTER

- (17) Die Mitgliedstaaten und die Begünstigten halten die bereits früher gemachten Anmerkungen aufrecht, die in den Erwägungsgründen 26 bis 56 der Entscheidung 2006/323/EG aufgeführt sind. Einige Kommentare sind detaillierter ausgeführt worden. Zusätzlich werden folgende Bemerkungen vorgetragen:
- (18) Die Maßnahmen stellten keine staatliche Beihilfe dar; und diese Tatsache würde durch die Richtlinie 2003/96/EG bekräftigt. Sie folgten aus der Natur und dem inneren Aufbau des jeweiligen Steuersystems. Sollte es sich jedoch um staatliche Beihilfen handeln, so seien diese durch die Richtlinie 2003/96/EG — zumindest für den Zeitraum bis zum 31. Dezember 2006 — ausdrücklich erlaubt. Dessen ungeachtet, gäbe die Richtlinie den Begünstigten darüber hinaus Anlass zu berechtigten Erwartungen. Angesichts der Widersprüchlichkeiten der auf Kommissionsvorschlägen beruhenden Entscheidungen des Rates, der beträchtlichen Verzögerungen und der Behandlung des Prüfungsverfahrens durch die Kommission verstieße die Rückforderung der Beihilfe gegen den Grundsatz der Rechtssicherheit und der ordnungsgemäßen Verwaltung. Die Begünstigten haben im Vertrauen auf die Entscheidungen des Rates und auf die Richtlinie langfristige Investitionen vorgenommen. Die Kommission wäre daher an der Annahme eines Rechtsakts zu hindern, der ihrem, über einen langen Zeitraum offenbarten Verhalten zuwiderliefe.
- (19) Die Richtlinie 2003/96/EG habe Vorrang vor den Regelungen für staatliche Beihilfen. Die Kommission kann

lediglich die Gültigkeit der Maßnahmen nach Artikel 18 Absatz 1 der Richtlinie 2003/96/EG in Zweifel ziehen, nicht jedoch unter Bezugnahme auf die Regelungen für staatliche Beihilfen. Die Anwendung der Regelungen für staatliche Beihilfen verstieße allerdings gegen den Grundsatz der praktischen Wirkung.

- (20) Irland und Auginish tragen vor, dass es sich bei den irischen Maßnahmen um eine bestehende Beihilfe handelt und dass folglich die Auslegung von Artikel 15 der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates vom 22. März 1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrags⁽¹⁵⁾ nicht zuträfe: Nach Ablauf der Zehnjahresfrist, hat das Schreiben der Kommission vom 17. Juli 2000 keine Unterbrechung der Frist mehr zur Folge. Ferner gelte die Maßnahme für den Zeitraum nach dem 17. Juli 1990 gleichermaßen als bestehende Beihilfe. Außerdem wenden beide ein, dass die Würdigung der aus dem Jahr 1970 stammenden Vereinbarungen zwischen Auginish und den irischen Behörden fehlerhaft sei: Die bindenden Verpflichtungen wären vor dem Beitritt Irlands zur Europäischen Gemeinschaft eingegangen worden.
- (21) Italien führt aus, dass die Maßnahme eng mit der Erreichung von Umweltzielen verbunden ist, die mit der durch die Tonerdegewinnung verursachten Umweltbelastung in Zusammenhang stehen. Auginish trägt vor, dass die Befreiung zumindest dem Tenor der Umweltschutzleitlinien Rechnung trüge und „[...] dass allein die Tatsache, dass ‚das Unternehmen einen beträchtlichen Teil der Steuer‘ nicht zahlt, genügend Anreize zur Verbesserung des Umweltschutzes bot“.
- (22) Irland trägt weiter vor, dass nach dem 1. Januar 2004 Alternativmaßnahmen möglich gewesen wären, sofern bekannt gewesen wäre, dass die Befreiung für mit dem Gemeinsamen Markt nicht vereinbar erklärt werden würde. Ferner verweist Irland auf die Möglichkeit, die Befreiung auf schweres Heizöl mit zweierlei Verwendungszweck oder — ganz allgemein — Energieerzeugnisse mit zweierlei Verwendungszweck auszuweiten. In diesem Sinne hätte die Steuererleichterung nach Auffassung Irlands in eine allgemeine Maßnahme oder in eine mit dem Gemeinsamen Markt vereinbare Beihilfe geändert werden können, beispielsweise im Rahmen der Umweltschutzleitlinien. Unter Berücksichtigung dieser Möglichkeiten wäre die rückwirkende Rückforderung nur schwer nachvollziehbar. Irland verweist ferner auf verschiedene Investitionen, die Auginish in der berechtigten Erwartung tätigte, dass die Befreiung zumindest bis Dezember 2006 fortgesetzt würde.
- (23) Die Kommission solle die Beihilfe auch unter Einbeziehung einer wirtschaftlichen Prüfung genehmigen, welche die Auswirkungen auf den Markt für Tonerde sowie dessen Wettbewerbsstruktur betrachtet. Ferner müsse die Kommission bei der Würdigung staatlicher Beihilfen ebenfalls die externen Aspekte der Wettbewerbsfähigkeit berücksichtigen, wie im Aktionsplan für staatliche Beihilfen vorgeschlagen wurde. Detaillierte Informationen über die Märkte sind vorgelegt worden.
- (24) Die Kommission sollte die förmliche Prüfung solange aussetzen, bis der Gerichtshof die Fragen geklärt hat, welche Gegenstand der derzeitigen Anfechtungen der Entscheidung 2006/323/EG sind. Auginish trägt darüber

⁽¹²⁾ ABL C 74 vom 10.3.1998, S. 9.

⁽¹³⁾ ABL C 72 vom 10.3.1994, S. 3.

⁽¹⁴⁾ ABL C 37 vom 3.2.2001, S. 3.

⁽¹⁵⁾ ABL L 83 vom 27.3.1999, S. 1. Verordnung zuletzt geändert durch die Verordnung (EG) Nr. 1791/2006 (ABL L 363 vom 20.12.2006, S. 1).

hinaus vor, dass das Vorgehen der Kommission, eine Entscheidung anzunehmen, um das Verfahren nach Artikel 88 Absatz 2 lediglich mittels eines Erwägungsgrunds auszuweiten, der auf die Entscheidung 2006/323/EG Bezug nimmt, nicht sachgerecht war. Die Kommission hätte eine separate Entscheidung annehmen müssen.

- (25) Die EAA hat keine Kommentare vorgelegt, die über frühere Einlassungen hinausgehen, die in Erwägungsgrund 50 der Entscheidung 2006/323/EG ausgeführt wurden.
- (26) Die Kommentare der Mitgliedstaaten und der Begünstigten decken sich in weiten Teilen mit ihren Stellungnahmen vor dem Gerichtshof in den anhängigen Anfechtungen der Entscheidung 2006/323/EG ⁽¹⁶⁾.

5. WÜRDIGUNG

5.1. Von den Beteiligten vorgetragene verfahrenstechnische Probleme

- (27) Die Beteiligten tragen vor, dass die Kommission die förmliche Prüfung so lange aussetzen sollte, bis der Gerichtshof die Fragen geklärt hat, welche Gegenstand der derzeitigen Anfechtungen der Entscheidung 2006/323/EG ⁽¹⁷⁾ sind. Diese Entscheidung betrifft jedoch den Zeitraum bis zum 31. Dezember 2003, während sich die vorliegende Entscheidung auf den Zeitraum nach dem 1. Januar 2004 bezieht. Darüber hinaus ist von der Gültigkeit dieser Entscheidung auszugehen, solange sie nicht vom Gericht erster Instanz annulliert worden ist. Aus diesem Grund und angesichts der andauernden Wettbewerbsverfälschung durch die staatliche Beihilfe sieht die Kommission keinen Anlass, den Abschluss dieses Verfahrens auszusetzen.
- (28) Die Kommission hat die Entscheidung zur Ausweitung des Verfahrens nach Artikel 88 Absatz 2 nicht lediglich durch Erwähnung in einem Erwägungsgrund angenommen. In der Präambel der Entscheidung 2006/323/EG wurde besonders auf die Ausdehnung des Verfahrens hingewiesen. Die Entscheidung, ein Prüfverfahren nach Artikel 88 Absatz 2 EG-Vertrag einzuleiten, erfolgt in Form eines Schreibens an den Mitgliedstaaten und bedarf folglich keinesfalls einer normativen Entscheidung mit einem verfügbaren Teil und nummerierten Artikeln. Ferner ergibt sich aus den Anfechtungen der Entscheidung 2006/323/EG und den Kommentaren, die als Reaktion auf die Ausweitung des Verfahrens eingegangen sind, eindeutig, dass die Beteiligten in vollem Umfang Kenntnis von sämtlichen Aspekten der genannten Entscheidung hatten.

5.2. Vorliegen einer staatlichen Beihilfe nach dem 1. Januar 2004

- (29) Nach Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag sind „staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen“.

- (30) Es liegt auf der Hand, dass die Befreiungen aus staatlichen Mitteln finanziert werden, da dem Staat ein gewisser Geldbetrag entgeht, den er andernfalls einnehmen würde.

- (31) Wie in den Erwägungsgründen 60, 61 und 62 der Entscheidung 2006/323/EG dargestellt, verschafft die Maßnahme den Begünstigten einen Vorteil und es kann davon ausgegangen werden, dass dadurch der innergemeinschaftliche Handel beeinträchtigt wird und somit der Wettbewerb verfälscht wird oder zumindest eine Verfälschung des Wettbewerbs droht. Die Befreiung von der Verbrauchsteuer reduziert die Aufwendungen für ein wichtiges Material und verschafft den Begünstigten damit einen Vorteil, da sie sich in einer finanziell günstigeren Lage befinden als Unternehmen in anderen Branchen oder Regionen, die ebenfalls Mineralöle verwenden. Die Tatsache, dass Wettbewerber in der Tonerde-Industrie in anderen Mitgliedstaaten möglicherweise derartigen Steuern überhaupt nicht unterliegen und dass die Begünstigten Maßnahmen ergriffen haben, um die durch ihre Produktion verursachten Umweltauswirkungen zu mildern, ist dieser Würdigung nicht abträglich.

- (32) Die Maßnahmen begünstigten *bestimmte* Unternehmen, da sie ausschließlich für Unternehmen gelten, welche schweres Heizöl bei der Tonerdegewinnung einsetzen und weil es in der Tat in jedem Mitgliedstaat nur ein Unternehmen gibt, das in den Genuss dieser Steuerbefreiung kommt: Aughinish in der Region Shannon, Eurallumina in Sardinien und Alcan in der Gardanne. Wie in den Erwägungsgründen 33 bis 40 ausgeführt, können die Maßnahmen nicht mit der Natur und dem inneren Aufbau des jeweiligen nationalen Energiesteuersystems begründet werden.

- (33) Die Problematik des zweierlei Verwendungszwecks, die Verwendung von Energie zu anderen Zwecken als als Brennstoff sowie mineralogische Verfahren unterliegen nicht dem Anwendungsbereich der Richtlinie 2003/96/EG und seit dem 1. Januar 2004 steht es den Mitgliedstaaten frei, in diesen Fällen Steuern zu erheben. Die Befreiung derartiger Energienutzungen *kann* eine allgemeine Maßnahme ohne den Charakter einer staatlichen Beihilfe darstellen, sofern sie der *Natur und dem inneren Aufbau des inländischen Steuersystems* gerecht werden. In Erwägungsgrund 22 in der Präambel der Richtlinie 2003/96/EG heißt es: „Für Energieerzeugnisse sollten im Wesentlichen dann gemeinschaftliche Rahmenvorschriften gelten, wenn sie als Heizstoff oder Kraftstoff verwendet werden. Es entspricht daher der Art und Logik des Steuersystems, die Verwendung von Energieerzeugnissen zu zweierlei Zwecken und zu anderen Zwecken als als Kraft- oder Heizstoff sowie für mineralogische Verfahren vom Anwendungsbereich der Rahmenvorschriften auszunehmen“.

- (34) Bei der Annahme der Richtlinie 2003/96/EG erklärten der Rat und die Kommission gemeinsam ⁽¹⁸⁾: „Für Energieerzeugnisse sollten im Wesentlichen dann gemeinschaftliche Rahmenvorschriften gelten, wenn sie als Heizstoffe oder Kraftstoffe verwendet werden. Es lässt sich die Ansicht vertreten, dass aufgrund der Art und Logik des Steuersystems Energieerzeugnisse mit zweierlei Verwendungszweck sowie Energieerzeugnisse, die nicht als Heiz- oder Kraftstoff oder die für mineralogische Verfahren verwendet werden, aus dem Anwendungsbereich der“

⁽¹⁶⁾ Siehe Fußnote 7.

⁽¹⁷⁾ Siehe Fußnote 7.

⁽¹⁸⁾ Addendum zum Entwurf eines Protokolls, 14140/03 vom 24.11.2003, <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/03/st14/st14140-ad01.en03.pdf>.

Rahmenvorschriften ausgenommen werden sollten. Die Mitgliedstaaten können dann Maßnahmen zur Besteuerung bzw. Nichtbesteuerung bzw. zur vollständigen oder teilweisen Besteuerung der einzelnen Verwendungsarten ergreifen. Elektrischer Strom, der auf ähnliche Weise verwendet wird, sollte ebenso behandelt werden. Derartige Ausnahmen vom allgemeinen System bzw. Staffelungen innerhalb des Systems, die sich durch die Art oder die allgemeine Regelung des Steuersystems rechtfertigen lassen, haben nichts mit staatlichen Beihilfen zu tun.“

- (35) Weiter heißt es: „Der Rat erklärt zudem, dass er die Rechtslage, die sich mit der Annahme dieser Richtlinie in Bezug auf die Bestimmungen des Vertrags über staatliche Beihilfen ergibt, so einschätzt, wie sie von der Kommission in der Sitzung der Gruppe Steuerfragen vom 14. November 2002 dargelegt wurde.“ Im Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen, welches auf dieser Sitzung diskutiert wurde⁽¹⁹⁾, erläuterte die Kommission nicht nur den Begriff der allgemeiner Maßnahmen und erklärte, dass die Lage im jeweiligen Mitgliedstaaten zu berücksichtigen ist, um das allgemeine, auf nationaler Ebene anwendbare Verbrauchsteuersystem zu bestimmen, sondern sie führte auch weiter aus, dass „der Entwurf der Richtlinie über die Energiebesteuerung zahlreiche Wahlmöglichkeiten enthält, die es unmöglich machen, im Voraus zu bestimmen, ob ihre Umsetzung durch die Mitgliedstaaten eine staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 87 darstellen wird oder nicht“. In Erwägungsgrund 32 der Präambel und Artikel 26 Absatz 2 der Richtlinie 2003/96/EG werden die Mitgliedstaaten daran erinnert, dass sie nach Artikel 88 Absatz 3 EG-Vertrag verpflichtet sind, staatliche Beihilfen anzumelden.
- (36) Im vorliegenden Fall haben weder Frankreich, Irland oder Italien noch die Begünstigten nachweisen können, dass die Befreiungen aus der Natur und dem inneren Aufbau des nationalen Steuersystems folgen. So konnte beispielsweise keiner der Beteiligten erklären, ob die Verwendung von Energieerzeugnissen zu zweierlei Zwecken in anderen Herstellungsverfahren ebenfalls steuerbefreit war oder dies andernfalls begründen. Ferner konnten sie nicht erklären, wie sich die Befreiung zu den nationalen Steuern auf elektrischen Strom, der hauptsächlich für die Zwecke der chemischen Reduktion, bei der Elektrolyse und bei Prozessen in der Metallindustrie verwendet wird, verhalten, die andere Verwendungszwecke darstellen und gemäß Artikel 2 Absatz 4 Buchstabe b nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2003/96/EG fallen.
- (37) Nach Darlegungen Italiens wäre der Marktzugang eines anderen Unternehmens, welches dieselbe Vergünstigung beantragt hätte, frei von Hemmnissen gewesen. Der genaue Inhalt dieser Äußerung ist jedoch nicht klar. Auch bleibt unklar, ob dieselbe Vergünstigung auch in anderen Branchen als der Tonerde-Industrie gewährt werden könnte. Keinesfalls wäre dieser Vorteil jedoch automatisch — wie bei der Tonerde — gewährt worden. Was die Gründe für die Steuerbefreiung betrifft, so verweist Italien im Schreiben vom 7. Dezember 2000 auf die „Anerkennung der Insel (Sardinien) als eine stark benachteiligte Region und die möglichen negativen Auswirkungen auf die Beschäftigung“ („riconoscimento dell'isola [Sardegna] quale area

fortemente disagiata, ed i possibili effetti negative sull'occupazione“).

- (38) Was die Befreiung in Irland angeht, so enthält Artikel 100 des Finanzgesetzes von 1999 weitere besondere Befreiungen, es stellt allerdings für die Befreiung bei der Tonerdegewinnung keinen logischen Zusammenhang mit dem inneren Aufbau des Gesamtsteuersystems her. Das Gesetz legt vielmehr nahe, dass die Befreiung für die Tonerdegewinnung eine besondere Befreiung — neben anderen besonderen Befreiungen — ist, was ebenfalls in der Präambel dieses Finanzgesetzes ausgeführt wird⁽²⁰⁾. Darüber hinaus schließt das irische Gesetz potenzielle markteintretende Unternehmen von der Steuerbefreiung aus, sofern die Energieerzeugnisse mit zweierlei Verwendungszweck andere Herstellungsverfahren betreffen. Aughinish räumt im Hinblick auf die Lage in Irland ein, dass es „nicht der Auffassung ist, dass es andere, vergleichbare Branchen gibt [die wie die Tonerdegewinnung in den Genuss einer Verbrauchssteuerverminderung käme]“ und dass ihr „keine Vorwürfe von Diskriminierung bekannt wären“. Diese Ausführungen bestätigen den selektiven Charakter der Maßnahme.
- (39) Mit Schreiben vom 7. August 1988 geben die französischen Behörden an, dass sie um eine Abweichung von der Richtlinie 92/81 ersucht und sie mit der „Schaffung eines Verbrauchsteuersystems“ begründet hatten, „das nicht den gesamten Zweig benachteiligt“ (pour pouvoir instaurer un regime d'accise non pénalisant pour le secteur) (Hervorhebung des Verf.). Diese Befreiung diene allein der Wiederherstellung von Wettbewerbsbedingungen zwischen Péchiney, das von Alcan übernommen worden war, und anderen Produzenten in der Gemeinschaft. Artikel 265b des Zollkodex enthält keine vergleichbaren Bestimmungen für die Nutzung von Energieerzeugnissen in anderen Wirtschaftszweigen.
- (40) Die Mitgliedstaaten und die Begünstigten konnten die Logik des inneren Aufbaus ihrer jeweiligen Steuersysteme insgesamt nicht überzeugend darlegen. Ausgehend von den der Kommission verfügbaren Informationen liegt es auf der Hand, dass sich die Gründe für die Gewährung der Beihilfe vorrangig aus den Umständen bei der Tonerdegewinnung in den betreffenden Regionen ableiten. Sie folgen somit nicht aus der Natur und dem inneren Aufbau des jeweiligen nationalen Steuersystems. Die Kommission gelangt daher zu dem Schluss, dass die Steuerbefreiung in hohem Maße selektiv gewährt wird, ferner die Produktion eines bestimmten Erzeugnisses sowie — *de facto* — bestimmte Unternehmen bevorteilt und nicht durch den inneren Aufbau des nationalen Steuersystems gerechtfertigt ist.
- (41) Zusammenfassend lässt sich also feststellen, dass es sich bei den in Rede stehenden Befreiungen um eine staatliche Beihilfe handelt.

5.3. Neue Beihilfe, keine bestehende Beihilfe

- (42) Wie in den Erwägungsgründen 65 bis 70 der Entscheidung 2005/323/EG ausgeführt, stellen die nach dem 1. Januar 2004 gewährten Beihilfen keine bestehende Beihilfe im Sinne von Artikel 1 Buchstabe b der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 dar.
- (43) Die von Irland und Aughinish vorgetragene Behauptung, es handele sich bei den Steuerbefreiungen um Heranführungshilfen, steht im Widerspruch zum Schreiben vom Mai 1983, mit dem Irland sein Einverständnis damit erklärte, dass die Beihilfe im Sinne von Artikel 88 Absatz 3 EG-Vertrag anmeldspflichtig war. Ferner ist die Verpflichtung,

⁽¹⁹⁾ Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen zu Aspekten der staatlichen Beihilfe im Vorschlag einer Richtlinie des Rates über die Besteuerung von Energie SEK(2002) 1142 vom 24.10.2002. Derselbe Wortlaut wird bereits früher im Bericht an den Rat „Wirtschaft und Finanzen“ sowie in den Schlussfolgerungen des Rates (Vermerk der Präsidentschaft an den Coreper/Ecofin-Rat vom 13.12.2001, 14640/01, FISC 255 vom 30.11.2001) verwendet. Vgl. auch Erwägungsgrund 63 in der Entscheidung vom 7. November 2005.

⁽²⁰⁾ Siehe Erwägungsgrund 10.

für eine Steuerbefreiung Sorge zu tragen, nicht gleichbedeutend mit der tatsächlichen Gewährung der Beihilfe vor dem Beitritt. Außerdem wurde der betreffende Rechtsrahmen nach dem Beitritt grundlegend verändert.

(44) Gemäß Erwägungsgrund 70 der Entscheidung 2006/323/EG ist die bis zum 17. Juli 1990 gewährte Beihilfe wegen der Frist nach Artikel 15 der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 als bestehende Beihilfe zu betrachten. Der Ablauf dieser zehnjährigen Frist hat nicht zur Folge, dass sämtliche danach gewährten Beihilfen ebenfalls als bestehende Beihilfen betrachtet werden. Die Hilfe wurde Auginish im Jahr 1983 nicht ein für alle Male gewährt. Das irische Rechtsinstrument zur Gewährung der Steuerbefreiung ist allgemein als Befreiung für die Tonerdegewinnung abgefasst; nach dem Wortlaut der Rechtsgrundlage gälte die Befreiung für jeden anderen Tonerdeproduzenten, der die Produktion in Irland aufnimmt. Ferner war die Befreiung für Auginish zum Zeitpunkt der Annahme des Rechtsinstruments weder definiert noch konnte sie damals nach ihrem Wert gewürdigt werden: So war weder die Entwicklung der Verbrauchsteuersätze, von denen Auginish befreit war, noch die Dauer dieser Befreiung in der Rechtsgrundlage festgelegt worden. Die Befreiung fällt damit unter den Begriff einer staatlichen Beihilfe nach Artikel 1 Buchstabe d der Verordnung (EG) Nr. 659/1999, „[...] wonach Unternehmen, die in der Regelung in einer allgemeinen und abstrakten Weise definiert werden, ohne nähere Durchführungsmaßnahmen Einzelbeihilfen gewährt werden können“. Die Regelung umfasst folglich eine Reihe von Einzelbeihilfen, die Auginish nach dem betreffenden Verfahren jedes Mal gewährt wurden, wenn es zur Zahlung der Verbrauchsteuer verpflichtet gewesen wäre, sofern es die in Rede stehende Befreiung nicht gegeben hätte. Die nach dem 17. Juli 1990 gewährte Beihilfe ist daher nicht als bestehende Beihilfe im Sinne von Artikel 15 der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 anzusehen.

5.4. Vereinbarkeit der nach dem 1. Januar 2004 gewährten Beihilfe

5.4.1. Vereinbarkeit mit den Umweltschutzleitlinien

(45) Die Kommission hat für die nach dem 1. Januar 2004 von Frankreich, Irland und Italien gewährte Beihilfe geprüft, ob sie einer der Ausnahmeregelungen für staatliche Beihilfen nach Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag unterliegen. Die Regelung stellt eine Befreiung von einer Energiesteuer dar, wobei diese Steuern nicht allein zur Finanzierung der Behörden erhoben werden, sondern ebenfalls zur Verringerung des Energieverbrauchs und somit zum Umweltschutz beitragen sollen. Die Umweltschutzleitlinien des Jahres 2001 lassen gewisse Ausnahmen von Umweltschutzabgaben zu. Aus Gründen der Gleichbehandlung, der Transparenz und der Rechtssicherheit ist die Kommission an diese Bestimmungen gebunden.

(46) Was den Zeitraum nach dem 1. Januar 2004 betrifft, so ist in Abschnitt E.3.2, Randziffer 47 bis 52 der Umweltschutzleitlinien 2001 die auf alle Betriebsbeihilfen in Form von Steuernachlässen oder -befreiungen anwendbare Vorschrift niedergelegt. Wie bereits in den Erwägungsgründen 73 und 74 der Entscheidung 2006/323/EG erläutert, kann die auf Mineralöle erhobene Verbrauchsteuer als Umweltschutzabgabe gelten und ist im Sinne von Randziffer 51.2 der Umweltschutzleitlinien als bestehende Steuer anzusehen, sie hat ferner eine beachtliche positive Wirkung auf den Umweltschutz im Sinne von Randziffer 51.2 Buchstabe a und kann so behandelt werden, als hätte sie zum

Zeitpunkt der Annahme der Verbrauchsteuer bereits festgestanden. Im Einklang mit Randziffer 51.2 sind demzufolge die Vorschriften in Randziffer 51.1 der Umweltschutzleitlinien anzuwenden.

(47) Nach Randnummer 51.1 sind Steuerbefreiungen mit einer Laufzeit von 10 Jahren zulässig. Nach Ablauf dieses Zeitraums haben die Mitgliedstaaten in Einklang mit Randziffer 23 der Umweltschutzleitlinien die Möglichkeit, der Kommission die Verlängerung der betreffenden Maßnahme erneut zu melden; die im Rahmen ihrer Analyse denselben Ansatz wählen und die positiven Ergebnisse berücksichtigen könnte, die bei der Verbesserung des Umweltschutzes durch die Annahme der Steuern erzielt wurden. Die irischen und italienischen Befreiungen wurden in diesem Fall seit 1993 gewährt, die französische Befreiung seit 1997, womit die Maßnahmen für mehr als 10 Jahre in Kraft waren.

(48) Keiner der Mitgliedstaaten bestätigte oder bestritt, dass diese Befreiungen auch nach dem 31. Dezember 2006 gewährt werden würden. Keiner der Mitgliedstaaten hat bezüglich der derzeit geltenden Befreiungen auf eine andere Frist als den 31. Dezember 2006 verwiesen, die allerdings nach dem gemeinschaftlichen Steuerrecht nicht bindend ist, weil die betreffenden Befreiungen nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2003/96/EG fallen. Ferner hat kein Mitgliedstaat die Verlängerung der in Rede stehenden Maßnahme im Rahmen der Umweltschutzleitlinien angemeldet. Die Vorschriften des nationalen Steuerrechts der betreffenden Mitgliedstaaten enthalten offenbar ebenfalls keine Laufzeitbegrenzungen. Die Kommission ist daher in diesem Fall der Auffassung, dass die unter Randziffer 23 der Umweltschutzleitlinien genannten Umstände weiterhin vorliegen. Die Kommission könnte demzufolge im Einklang mit Randziffer 51.2 der Umweltschutzleitlinien die Verlängerung der Maßnahme genehmigen, sofern für diese eine Höchstlaufzeit von 10 Jahren gelten würde.

(49) Wie in Erwägungsgrund 75 der Entscheidung 2006/323/EG dargelegt sind die Voraussetzungen für die Anwendung von Randziffer 51.1 Buchstabe a der Umweltschutzleitlinien nicht erfüllt, so dass im vorliegenden Fall ausschließlich die Bestimmungen der Randziffer 51.1 Buchstabe b anzuwenden sind.

(50) Da nach dem 1. Januar 2004 die Besteuerung von Mineralölen mit zweierlei Verwendungszweck beabsichtigt ist, fällt die Verwendung zu anderen Zwecken als als Kraft- oder Heizstoff sowie für mineralogische Verfahren nicht mehr in den Anwendungsbereich gemeinschaftlicher Maßnahmen, so dass die Befreiungen ab diesem Zeitpunkt im Sinne von Randziffer 51.1 Buchstabe b zweiter Gedankenstrich Befreiungen von nationalen Steuern betreffen, die bei fehlender Gemeinschaftssteuer erhoben werden. Dieser Vorschrift zufolge müssen Unternehmen, die in den Genuss der Befreiung gelangen, einen „wesentlichen Teil“ der nationalen Steuer zahlen. Dies soll ihnen Anlass sein, ihr umweltpolitisches Engagement zu verbessern. Dieses Ziel folgt aus dem Wortlaut von Randziffer 51.1 Buchstabe b erster Gedankenstrich der Umweltschutzleitlinien, denen zufolge Steuerermäßigungen für harmonisierte Gemeinschaftssteuern möglich sind, wenn der von den begünstigten Unternehmen zu zahlende Betrag über dem gemeinschaftlichen Minimum liegt, „damit sich die Unternehmen veranlasst sehen, etwas für die Verbesserung des Umweltschutzes zu tun“. Dies gilt ebenfalls bei Steuern, die wesentlich höher liegen als vergleichbare Steuern in

(einigen) anderen Mitgliedstaaten, wie es in Italien der Fall ist. Nach der üblichen Praxis der Kommission ⁽²¹⁾ können in der Regel 20 % der nationalen Steuer oder des gemeinschaftlichen Minimums, das für andere Verwendungsmöglichkeiten von Energieerzeugnissen gilt, die in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2003/96/EG (15 EUR je Tonne) fallen, als „wesentlicher Teil“ gelten, auch wenn das gemeinschaftliche Minimum auf die in Rede stehende Verwendung der Energie nicht anwendbar ist. Nach Auffassung der Kommission kann also lediglich die Befreiung vom Betrag, der über 20 % der nationalen Steuer oder über 15 EUR je Tonne liegt (wobei der niedrigere Wert anzusetzen ist), als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar angesehen werden, während die Befreiung bis zum Schwellenwert von 20 % oder bis zu 15 EUR je Tonne mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar ist.

5.4.2. Vereinbarkeit der Beihilfe nach Artikel 87 Absatz 3 Buchstabe a EG-Vertrag und nach anderen Vorschriften

- (51) Aus den in den Erwägungsgründen 78 bis 81 sowie 82 bis 86 der Entscheidung 2006/323/EG dargelegten Gründen ist die Beihilfe weder im Sinne von Artikel 87 Absatz 3 Buchstabe a EG-Vertrag mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar noch fällt sie unter die Ausnahmeregelungen gemäß Artikel 87 Absatz 2 und 3 EG-Vertrag.
- (52) Es ist daher durchaus angemessen, zur Würdigung der Beihilfen den Abschnitt E.3.2 der Umweltschutzleitlinien heranzuziehen, da hier wirtschaftliche Faktoren berücksichtigt werden, insbesondere die Gefahr einer nachlassenden internationalen Wettbewerbsfähigkeit aufgrund fehlender Steuerharmonisierung, und ferner die völlige Steuerbefreiung für bestimmte Unternehmen möglich ist, sofern das Unternehmen mit dem betreffenden Mitgliedstaat vereinbart, seinen Umweltschutz zu verbessern. In den vorliegenden Fällen wurden derartige Vereinbarungen jedoch nicht geschlossen, so dass eine Steuerbefreiung im Sinne von Randziffer 51.1 Buchstabe a der Umweltschutzleitlinien nicht gerechtfertigt werden kann. Die der Kommission vorliegenden Angaben zum Tonerdemarkt bestätigen allerdings, dass die Genehmigung des überwiegenden Teils der Beihilfe angemessen ist und wie oben ausgeführt im Sinne von Randziffer 51.1 Buchstabe b der Umweltschutzleitlinien mit den insgesamt positiven Ergebnissen, die beim Umweltschutz durch die Erhebung dieser Steuer erzielt worden sind, begründet werden kann. Diese Genehmigung erfolgt jedoch unter der Voraussetzung, dass die begünstigten Unternehmen einen höheren Betrag als das gemeinschaftliche Minimum oder einen „wesentlichen Teil“ der nationalen Steuer dennoch zahlen, da dies als notwendig dafür erachtet wird, dass die Unternehmen einen Anreiz zur Verbesserung des Umweltschutzes haben. Verweise auf andere Mitteilungen der Kommission im Zusammenhang mit dem Teil der Beihilfe, der auch im

Sinne der Umweltschutzleitlinien mit dem Gemeinsamen Markt nicht vereinbar ist, sind nicht stichhaltig.

- (53) Da keine weiteren Rechtsgrundlagen vorhanden sind, anhand derer die Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt für vereinbar erklärt werden könnte, ist lediglich jener Teil der Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar, welcher die Umweltschutzleitlinien erfüllt (siehe Erwägungsgrund 50).

6. RÜCKFORDERUNG RECHTSWIDRIGER BEIHILFEN

- (54) In Artikel 14 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 heißt es: „In Negativentscheidungen hinsichtlich rechtswidriger Beihilfen entscheidet die Kommission, dass der betreffende Mitgliedstaat alle notwendigen Maßnahmen ergreift, um die Beihilfe vom Empfänger zurückzufordern“.
- (55) In den Erwägungsgründen 95 bis 100 der Entscheidung 2006/323/EG ist dargelegt, inwiefern der Grundsatz berechtigter Erwartungen sowie der Grundsatz der Rechtssicherheit und weitere allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts einer Rückforderung der bis zum 2. Februar 2002 gewährten, rechtswidrigen und mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbaren Beihilfe entgegenstehen. In den Erwägungsgründen 101 und 102 derselben Entscheidung wird anschließend erläutert, wieso die genannten Grundsätze einer Rückforderung der zwischen dem 3. Februar 2002 und dem 31. Dezember 2003 gewährten, rechtswidrigen und unvereinbaren Beihilfe allerdings nicht entgegenstehen. Die Argumentation in den letztgenannten Erwägungsgründen ist uneingeschränkt auf die nach dem 1. Januar 2004 gewährte Hilfe anwendbar.
- (56) Darüber hinaus gab weder die Vorbereitung noch die Annahme der Richtlinie 2003/96/EG Anlass zu berechtigten Erwartungen seitens der begünstigten Unternehmen noch steht der Grundsatz der Rechtssicherheit einer Rückforderung der Beihilfe entgegen. Erwägungsgrund 32 der Präambel der Richtlinie verweist auf die in Artikel 88 Absatz 3 EG-Vertrag niedergelegte Pflicht der Mitgliedstaaten zur Anmeldung staatlicher Beihilfen und legt ausdrücklich Folgendes fest: „Diese Richtlinie greift dem Ergebnis etwaiger Verfahren über staatliche Beihilfen gemäß den Artikeln 87 und 88 des Vertrags nicht vor.“ Der Verweis auf etwaige (künftige) Verfahren über staatliche Beihilfen in diesem Erwägungsgrund kann nicht als Genehmigung einer Beihilfemaßnahme verstanden werden, die bei Annahme der Richtlinie bereits begonnen hatte. Vielmehr wurde derselbe Wortlaut bereits in Erwägungsgrund 5 der Präambel zur Entscheidung 2001/224/EG verwendet, mit der die Geltungsdauer der Ermächtigung bis Ende 2006 verlängert wurde. In der Begründung des Kommissionsvorschlages für diese Entscheidung des Rates heißt es ⁽²²⁾: „[...] verfolgt [...] die Kommission [...] eine [...] Verlängerung der [...] Ausnahmeregelungen, die einer eingehenden Prüfung, insbesondere im Licht der Regeln über staatliche Beihilfen [...] bedürfen [...] Nichtsdestoweniger enthebt die vorgeschlagene Entscheidung die Mitgliedstaaten keinesfalls ihrer Pflicht, Beihilferegeln gemäß Artikel 88 EG-Vertrag bei der Kommission anzumelden. Derartige Anmeldungen werden dann gemäß Artikel 87 EG-Vertrag geprüft.“ Ferner hat die Kommission die Mitgliedstaaten bereits im Sommer 2000 ersucht, die betreffenden Maßnahmen anzumelden.

⁽²¹⁾ Vgl. Entscheidung der Kommission vom 30.6.2004 in der Sache C42/2003 (Abl. L 165 vom 25.6.2005, S. 21), Entscheidung vom 13.2.2002 in der Sache N449/01 (Abl. C 137 vom 8.6.2002, S. 24), Entscheidung vom 11.12.2002 in der Sache N74/A/2002 (Abl. C 104 vom 30.4.2003, S. 9) und Entscheidung vom 11.12.2001 in der Sache NN3A/2001 und NN4A/2001 (Abl. C 104 vom 30.4.2003, S. 10). Diese Fälle sind besonders relevant, da sie ebenfalls Befreiungen von Energiesteuern betrafen. Ein Anhaltspunkt für Beträge, die die Kommission als zu gering erachten könnte, ist im Beschluss der Kommission über die Erstattung eines Teils der Abwassersteuer in Dänemark, Beschluss vom 3.4.2002 in der Sache NN30/A-C/2001 (Abl. C 292, 27.11.2002, S. 6) zu finden.

⁽²²⁾ KOM(2000) 678.

- (57) Im Erwägungsgrund 22 der Präambel zur Richtlinie 2003/96/EG wird festgestellt: „Für Energieerzeugnisse sollten im Wesentlichen dann gemeinschaftliche Rahmenvorschriften gelten, wenn sie als Heizstoff oder Kraftstoff verwendet werden. Es entspricht daher der Art und Logik des Steuersystems, die Verwendung von Energieerzeugnissen zu zweierlei Zwecken und zu anderen Zwecken als als Kraft- oder Heizstoff sowie für mineralogische Verfahren vom Anwendungsbereich der Rahmenvorschriften auszunehmen. (...)“. Dieser Erwägungsgrund bezieht sich zwar nicht auf Artikel 87 und 88 EG-Vertrag, kann aber nicht minder so verstanden werden, dass er den Begriff der staatlichen Beihilfe — wie er sich aus Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag ergibt — einschränkt. Die Kommission erläuterte den Begriff allgemeiner Maßnahmen in einem Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen: „In diesem Zusammenhang ist die Situation in jedem einzelnen Mitgliedstaat zu berücksichtigen, um das allgemeine, auf nationaler Ebene anwendbare Verbrauchsteuersystem zu bestimmen.“⁽²³⁾. Dieses Papier wurde in der betreffenden Gruppe am 14. November 2002 beraten. In diesem Papier werden anschließend die Voraussetzungen erörtert, unter denen eine Beihilfe in Form von steuerlichen Maßnahmen mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar sein kann. Im Protokoll der Ratstagung vom 27. Oktober 2003, als die Richtlinie 2003/96/EG angenommen wurde, wird ausdrücklich auf die Erläuterungen verwiesen, die in der Sitzung der Arbeitsgruppe des Rates am 14. November 2002 beraten wurden.
- (58) „Energieerzeugnisse mit zweierlei Verwendungszweck“ fallen allerdings nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2003/96/EG, weil die Mitgliedstaaten in Artikel 18 dieser Richtlinie ermächtigt werden, die in Anhang II derselben aufgeführten Befreiungen beizubehalten. In diesem Anhang sind die drei Befreiungen aufgeführt, auf die sich vorliegende Entscheidung bezieht, und zwar für den geplanten Zeitraum der letzten Verlängerung im Jahr 2001, d. h. bis zum 31. Dezember 2006. Diese Ermächtigung ist jedoch keine Genehmigung im Sinne der gemeinschaftlichen Regelungen für staatliche Beihilfen. Im Gegenteil, sie unterstreicht vielmehr die Bedeutung von Erwägungsgrund 32. Das von den Mitgliedstaaten und begünstigten Unternehmen vorgebrachte Argument, dass diese Ermächtigung durch den Rat Vorrang vor den Regelungen für staatliche Beihilfen habe, ist demnach nicht zutreffend.
- (59) Im Zuge der Annahme der Richtlinie 2003/96/EG erklärten die Kommission und der Rat gemeinsam, dass die Kommission alle Vorkehrungen treffen sollte, um sicherzustellen, dass die von den Mitgliedstaaten ergriffenen Maßnahmen im Zusammenhang mit Freistellungen und Steuerermäßigungen laut Richtlinie mit den gemeinschaftlichen Regelungen für staatliche Beihilfen vereinbar sind. Die Kommission trifft ihre Entscheidungen selbstverständlich innerhalb des Rahmens der anwendbaren Regelungen für staatliche Beihilfen, in diesem Fall handelt es sich um die Umweltschutzleitlinien. Diese Erklärung gilt unter keinen Umständen für die Freistellungen, die Gegenstand der vorliegenden Entscheidung sind, weil sie nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen.
- (60) Weder in der Richtlinie 2003/96/EG, im Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen noch in der vorgenannten gemeinsamen Erklärung der Kommission und des Rates ist festgestellt worden, dass eine mit den Regelungen für staatliche Beihilfen nicht vereinbare Beihilfemaßnahme vorliegt. Es sei daran erinnert, dass die Kommission das Verfahren nach Artikel 88 Absatz 2 einleitete und jeder Beteiligte die Kommission um die Annahme einer endgültigen Entscheidung ersuchen konnte. Die Einleitung des Verfahrens nach Artikel 88 Absatz 2 machte weitere berechnete Erwartungen, es handele sich eine rechtmäßige Beihilfe, zunichte (sofern diese je Bestand hatten).
- (61) Die Entscheidung 2001/224/EG und frühere Entscheidungen des Rates über Steuerbefreiungen waren keine Entscheidungen über staatliche Beihilfen. Die Kommission hat im Gegenteil seit langem Zweifel an der Vereinbarkeit der Steuerbefreiungen mit den Regelungen für staatliche Beihilfen geäußert.
- (62) Was die Dauer des Verfahrens in dieser Sache betrifft, so war es nach Auffassung der Kommission notwendig, die Annahme der Richtlinie 2003/96/EG abzuwarten und das Verfahren mittels der Entscheidung 2006/323/EG auszuweiten, um die Sicht der Mitgliedstaaten auf die Lage in ihrem Land zu erfahren, die nach der Umsetzung der Richtlinie 2003/96/EG entstanden war und die verschiedene Ergebnisse zuließ. Nach Einleitung der Prüfung der Rechtmäßigkeit der Hilfe müsste ein umsichtiger Unternehmer in jedem Fall gewahr sein, dass die Forderung nach Rückzahlung der Hilfe durch die Kommission die unvermeidliche Folge ist, sofern die Beihilfe für mit dem EG-Vertrag nicht vereinbar erklärt wird. Die Mitgliedstaaten und die Begünstigten hätten bei der Kommission auf einen rascheren Abschluss des Verfahrens drängen können, wenn sie andere Investitionen oder andere Maßnahmen hätten in Betracht ziehen wollen, um die Umweltschutzleitlinien zu erfüllen.
- (63) Aus diesen Gründen können die begünstigten Unternehmen nicht behaupten, dass berechnete Erwartungen oder der Grundsatz der Rechtssicherheit einer Rückforderung der rechtswidrigen staatlichen Beihilfen nach dem 31. Dezember 2003 entgegenstehen.

7. AUSSETZUNG DER ZAHLUNG RECHTMÄSSIGER BEIHILFE

- (64) In seinem Urteil in der Sache C-355/95P, Textilwerke Deggendorf GmbH (TWD) gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften entschied der Gerichtshof: „Die Kommission muss, wenn sie die Vereinbarkeit einer staatlichen Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt prüft, alle einschlägigen Umstände, gegebenenfalls einschließlich des bereits in einer früheren Entscheidung beurteilten gemeinschaftlichen Kontexts, sowie die Verpflichtungen, die einem Mitgliedstaat durch diese frühere Entscheidung auferlegt wurden, berücksichtigen.“ Laut Gerichtshof könnte die Vereinbarkeit einer neuen Beihilfemaßnahme mit dem Gemeinsamen Markt durchaus von der Existenz einer früheren, rechtswidrigen Beihilfe abhängen, die noch nicht zurückgezahlt wurde, da die kumulierende Wirkung beider Beihilfen eine beträchtliche Verfälschung des Wettbewerbs im Gemeinsamen Markt hervorrufen könnte. Es liegt folglich im Ermessen der Kommission bei der Prüfung einer staatlichen Beihilfe auf ihre Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt sowohl die kumulierende Wirkung der neuen Beihilfe und einer alten Beihilfe zu berücksichtigen als auch der Tatsache Rechnung zu tragen, dass die alte (rechtswidrige) Beihilfe noch nicht zurückgezahlt worden ist⁽²⁴⁾.
- (65) Nach dieser Rechtsprechung muss die Kommission bei der Prüfung einer neuen Beihilfemaßnahme den Umstand berücksichtigen, dass die Begünstigten früheren Kommissionsentscheidungen über die Rückzahlung früherer rechtswidriger und mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbarer Beihilfen möglicherweise noch nicht nachgekommen sind. In solchen

⁽²³⁾ Siehe Fußnote 17.

⁽²⁴⁾ EuGhH 15. Mai 1997, I-2549, Rdnr. 25-27.

Fällen muss die Kommission prüfen, welche Auswirkungen die Kombination aus neuer Beihilfe und früherer unvereinbarer und noch nicht zurückgezahlter Beihilfe auf die Begünstigten hat.

- (66) Frankreich, Irland und Italien haben die Rückzahlung der Beihilfe, die die Kommission in der Entscheidung 2006/323/EG für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar erklärte, in der Tat noch nicht erhalten⁽²⁵⁾. Nach Berechnungen der Mitgliedstaaten sind (ohne Zinsen) jeweils 786 668 EUR, 8 095 881,43 EUR und 6 612 489,02 EUR zurückzuzahlen. Darüber hinaus ist mit dieser Entscheidung festgestellt worden, dass die für einen zusätzlichen Zeitraum gewährte Hilfe ebenfalls nicht mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist und zurückgefordert wird. Die Kumulierung dieser Beihilfen mit einer anderen, andernfalls rechtmäßigen Hilfe würde zu einer erheblichen Verfälschung des Wettbewerbs führen und damit dem allgemeinen Interesse zuwiderlaufen. Zur Rechtfertigung dieser Verzerrung konnten keine Argumente geltend gemacht werden. Demzufolge sind sämtliche Zahlungen der in Erwägungsgrund 50 genannten, rechtmäßigen Beihilfe auszusetzen, bis die Begünstigten die unrechtmäßig erhaltenen Beihilfen vollständig zurückgezahlt haben.

8. FAZIT

- (67) Die Kommission gelangt zu dem Schluss, dass die Verbrauchsteuerbefreiungen auf schweres Heizöl für die Tonerdegewinnung, die Frankreich, Irland und Italien nach dem 1. Januar 2004 gewährt haben, eine staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag darstellen. Die Beihilfe ist zum Teil nicht mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar, weil die Begünstigten nicht den „wesentlichen Teil“ der Steuer zahlen. Der Teil der Befreiung, welcher 20 % des andernfalls erhobenen Steuersatzes oder den Betrag von 15 EUR je 1 000 kg überschreitet, könnte unter der Voraussetzung mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar sein, dass die Befreiung für eine Laufzeit von maximal 10 Jahren gewährt und ihre Rechtmäßigkeit anschließend erneut geprüft würde. Der verbleibende Teil der Beihilfe ist für mit dem Gemeinsamen Markt nicht vereinbar zu erklären.
- (68) Frankreich, Irland und Italien sollten aufgefordert werden, alle notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, um die nach dem 1. Januar 2004 gewährte rechtswidrige Beihilfe von allen Begünstigten zurückzufordern.
- (69) Frankreich, Irland und Italien sollten dazu angehalten werden, die Befreiungen so lange nicht zu gewähren, bis die Begünstigten jene Beihilfe in vollem Umfang zurückgezahlt haben, die mit der Entscheidung 2006/323/EG und der vorliegenden Entscheidung für mit dem Gemeinsamen Markt nicht vereinbar erklärt worden ist.
- (70) Die französischen, irischen und italienischen Behörden übermitteln den Begünstigten der Beihilfemaßnahmen unverzüglich eine Kopie dieser Entscheidung —

⁽²⁵⁾ Gegen diese Entscheidung ist beim Gerichtshof Rechtsmittel erhoben worden, was allerdings keine aufschiebende Wirkung hat.

HAT FOLGENDE ENTSCHEIDUNG ERLASSEN:

Artikel 1

Die Befreiungen von der Verbrauchsteuer auf schweres Heizöl für die Tonerdegewinnung, die Frankreich, Irland und Italien nach dem 1. Januar 2004 gewährt haben, stellen eine staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag dar.

Artikel 2

Die in Artikel 1 genannte Beihilfemaßnahme ist mit dem Gemeinsamen Markt nur dann vereinbar, wenn die Begünstigten mindestens einen Satz von 20 % des Verbrauchsteuersatzes, der andernfalls erhoben worden wäre, oder — wenn dieser niedriger ist — den in der Richtlinie 2003/96 festgelegten Mindeststeuerbetrag (15 EUR je 1 000 kg) zu zahlen haben, unter der Voraussetzung, dass die Beihilfemaßnahme auf eine Laufzeit von maximal 10 Jahren begrenzt ist.

Artikel 3

Die in Artikel 1 genannte Beihilfemaßnahme ist mit dem Gemeinsamen Markt nicht vereinbar, wenn die Begünstigten nicht mindestens einen Satz von 20 % des Verbrauchsteuersatzes, der andernfalls erhoben worden wäre, oder das gemeinschaftliche Minimum (15 EUR je 1 000 kg) zahlen, wenn dieses niedriger liegt.

Artikel 4

- (1) Frankreich, Irland und Italien ergreifen alle notwendigen Maßnahmen, um die in Artikel 3 genannte, rechtswidrig zur Verfügung gestellte Beihilfe von den Begünstigten zurückzufordern.
- (2) Die Rückforderung der Beihilfen erfolgt gemäß den nach nationalem Recht vorgeschriebenen Verfahren, sofern diese die sofortige Vollstreckung der Entscheidung ermöglichen.
- (3) Die zurückzufordernde Beihilfe umfasst Zinsen von dem Zeitpunkt an, ab dem die rechtswidrige Beihilfe den Begünstigten zur Verfügung stand, bis zu ihrer tatsächlichen Rückzahlung. Die Zinsen werden gemäß den Bestimmungen des Kapitels V der Verordnung (EG) Nr. 794/2004 der Kommission⁽²⁶⁾ berechnet.
- (4) Frankreich, Irland und Italien gewähren nach Bekanntgabe dieser Entscheidung keine weiteren Zahlungen im Rahmen der in Artikel 3 genannten Beihilfemaßnahmen.
- (5) Frankreich, Irland und Italien tragen dafür Sorge, dass diese Entscheidung innerhalb von vier Monaten nach ihrer Bekanntgabe vollzogen wird.

Artikel 5

Frankreich, Irland und Italien setzen die Zahlung der in Artikel 2 genannten Beihilfen an jene Begünstigten aus, die die Beihilfen, einschließlich der fälligen Zinsen, noch nicht zurückgezahlt haben, die laut Entscheidung 2006/323/EG für mit dem Gemeinsamen Markt nicht vereinbar erklärt waren, und setzen auch die Zahlung der in Artikel 3 der vorliegenden Entscheidung genannten Beihilfen aus, da diese Beihilfen nicht rechtmäßig gewährt wurden.

⁽²⁶⁾ ABL L 140 vom 30.4.2004, S. 1.

Artikel 6

(1) Frankreich, Irland und Italien setzen die Kommission über den Fortgang der nationalen Verfahren bis zum endgültigen Vollzug dieser Entscheidung in Kenntnis.

(2) Frankreich, Irland und Italien informieren die Kommission innerhalb von zwei Monaten nach Bekanntgabe dieser Entscheidung über die Höhe der insgesamt von den Begünstigten zurückzufordernden Beihilfen, wobei diese Angaben, nach der tatsächlichen Beihilfe und den Zinsen aufgeschlüsselt, in die im Anhang beigefügte Übersicht einzutragen sind. Ferner legen sie eine detaillierte Beschreibung der Maßnahmen vor, die zwecks Vollzugs dieser Entscheidung bereits ergriffen wurden oder noch geplant sind. Innerhalb derselben Frist übermitteln sie der Kommission sämtliche Schriftstücke, mit denen die Begünstigten nachweislich zur Rückzahlung der Beihilfen aufgefordert wurden.

(3) Frankreich, Irland und Italien legen der Kommission innerhalb von zwei Monaten nach Bekanntgabe dieser Entscheidung geeignete Nachweise dafür vor, dass sie die Verpflichtungen erfüllt haben, die sich aus Artikel 6 ergeben.

(4) Nach Ablauf der in Absatz 2 und 3 genannten Fristen übermitteln Frankreich, Irland und Italien nach einfacher Aufforderung durch die Kommission eine Übersicht über die Maßnahmen, die zwecks Vollzugs dieser Entscheidung bereits ergriffen wurden oder geplant sind. Diese Übersicht enthält Angaben über die Höhe der Beihilfen und der Zinsen, die bereits von den Begünstigten zurückgezahlt worden sind.

Artikel 7

Diese Entscheidung ist an die Französische Republik, an Irland und an die Italienische Republik gerichtet.

Brüssel, den 7. Februar 2007

Für die Kommission

Neelie KROES

Mitglied der Kommission

ANHANG

Angaben zur Höhe der empfangenen Beihilfe, zur Höhe der Rückforderung und zu den bereits erfolgten Rückzahlungen (*)

Empfänger	Gesamtbetrag der Beihilfe im Rahmen dieser Regelung	Rückforderung insgesamt (Hauptempfänger)	Rückzahlungen insgesamt	
			Grundbetrag	Zinsen bei Rückforderung

(*) In Mio. Landeswährung.