

**Rechtssache C-765/23**

**Zusammenfassung des Vorabentscheidungsersuchens gemäß Art. 98 Abs. 1  
der Verfahrensordnung des Gerichtshofs**

**Eingangsdatum:**

12. Dezember 2023

**Vorlegendes Gericht:**

Consiglio di Stato (Italien)

**Datum der Vorlageentscheidung:**

1. Dezember 2023

**Berufungsklägerin:**

Europa Way Srl

**Berufungsbeklagte:**

Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

Presidenza del Consiglio dei ministri

Ministero dell'Economia e delle Finanze

---

**Gegenstand des Ausgangsverfahrens**

Berufung gegen ein Urteil des Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Regionales Verwaltungsgericht Latium, Italien, im Folgenden: TAR Lazio), mit dem eine Klage der Europa Way gegen die Rechtsakte in Bezug auf den Frequenzzuteilungsplan (im Folgenden: PAF) für den digitalen terrestrischen Fernsehdienst und gegen andere Maßnahmen zur Festlegung der Merkmale dieses Dienstes abgewiesen wurde.

**Gegenstand und Rechtsgrundlage der Vorlage**

Nach Art. 267 AEUV wird um Auslegung der folgenden Vorschriften ersucht: Art. 6 und 19 EUV; Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (im Folgenden: Charta); Art. 3, 5, 7 und 14 der Richtlinie 2002/20/EG; Art. 3, 4, 8 und 9 der Richtlinie 2002/21/EG; Art. 2 und 4 der Richtlinie 2002/77/EG; Art. 5,

6, 8, 9, 31 und 45 der Richtlinie (EU) 2018/1972; und schließlich der Erwägungsgründe 11 und 20 des Beschlusses (EU) 2017/899.

### **Vorlagefragen**

1. Ist das Unionsrecht, insbesondere die Art. 6 und Art. 19 Abs. 1 Unterabs. 2 EUV in ihrer Auslegung im Licht von Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 4 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie) und Art. 31 der Richtlinie (EU) 2018/1972, dahin auszulegen, dass es einer nationalen Regelung wie der im italienischen Recht einschlägigen (Art. 1 Abs. 1037 der Legge n. 205/2017 [Gesetz Nr. 205/2017]) entgegensteht, die in einer gemeinschaftsrechtlich relevanten Situation die Wirkungen der Nichtigkeitsklage dadurch begrenzt, dass sie die Naturalrestitution oder Naturalvollstreckung verhindert und den vorläufigen Rechtsschutz auf Zahlung eines vorläufigen Betrags beschränkt, wodurch der effektive Rechtsschutz beeinträchtigt wird?

2. Ist das Unionsrecht, insbesondere Art. 3 Abs. 3 und 3*bis* und die Art. 8 und 9 der Richtlinie 2002/21/EG (sogenannte „Rahmenrichtlinie“) in der durch die Richtlinie 2009/140/EG geänderten Fassung sowie die Art. 5, 6, 8, 9 und 45 der Richtlinie (EU) 2018/1972, dahin auszulegen, dass es einem System von der Art entgegensteht, die in der Italienischen Republik durch Art. 1 Abs. 1031*bis* der Legge di Bilancio 2018 (Haushaltsgesetz 2018) in der durch Art. 1 Abs. 1105 der Legge di Bilancio 2019 (Haushaltsgesetz 2019) eingefügten Fassung eingeführt worden ist und der unabhängigen Verwaltungsbehörde ihre Regulierungsfunktion nimmt oder zumindest erheblich einschränkt, indem vorgeschrieben wird, dass weitere Übertragungskapazitäten in einem kostenpflichtigen Verfahren zugeteilt werden, an dem die angestammten Unternehmen teilnehmen und in dem das wirtschaftlich höchste Angebot den Zuschlag erhält?

3. Ist das Unionsrecht, insbesondere die Art. 8 und 9 der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), die Art. 3, 5, 7 und 14 der Richtlinie 2002/20/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste (Genehmigungsrichtlinie), die Art. 2 und 4 der Richtlinie 2002/77/EG der Kommission vom 16. September 2002 über den Wettbewerb auf den Märkten für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, die Erwägungsgründe 11 und 20 des Beschlusses (EU) 2017/899 sowie die Grundsätze der Billigkeit, der Nichtdiskriminierung, des Wettbewerbsschutzes und des Vertrauensschutzes, dahin auszulegen, dass es einem System wie dem durch die einschlägigen innerstaatlichen Rechtsvorschriften (Art. 1 Abs. 1030, 1031, 1031*bis*, 1031*ter* und 1032 des Gesetzes Nr. 205/2017) sowie die Beschlüsse Nrn. 39/19/CONS, 128/19/CONS und 564/2020/CONS der Autorità per le Garanzie nelle

Comunicazioni (AGCOM, Aufsichtsbehörde für das Kommunikationswesen) und die zugehörigen Maßnahmen zur Zuteilung der Nutzungsrechte für die Frequenzen des digitalen Fernsehdienstes eingeführt entgegensteht, das für die Zwecke der Umwandlung „*der Frequenznutzungsrechte*“ in „*Rechte zur Nutzung der Übertragungskapazität*“ keine Eins-zu-eins-Umwandlung anordnet, sondern einen Teil der Kapazität einem kostenpflichtigen Verfahren vorbehält, wodurch dem Betreiber weitere Kosten entstehen, um sich die Wahrung der im Lauf der Zeit rechtmäßig erworbenen Rechte zu sichern?

4. Steht das Unionsrecht, insbesondere die Art. 8 und 9 der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), die Art. 3, 5, 7 und 14 der Richtlinie 2002/20/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste (Genehmigungsrichtlinie), die Art. 2 und 4 der Richtlinie 2002/77/EG der Kommission vom 16. September 2002 über den Wettbewerb auf den Märkten für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, die Erwägungsgründe 11 und 20 des Beschlusses (EU) 2017/899, die Grundsätze der Billigkeit, der Nichtdiskriminierung, des Wettbewerbsschutzes und des Vertrauensschutzes sowie die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Angemessenheit, einem System wie dem durch die einschlägigen innerstaatlichen Rechtsvorschriften (Art. 1 Abs. 1030, 1031, 1031*bis*, 1031*ter* und 1032 des Gesetzes Nr. 205/2017) und durch die Beschlüsse Nrn. 39/19/CONS, 128/19/CONS und 564/2020/CONS der AGCOM sowie durch die zugehörigen Maßnahmen zur Zuteilung der Frequenznutzungsrechte für den digitalen Fernsehdienst eingeführt entgegen, das keine strukturellen Maßnahmen zur Korrektur der zuvor festgestellten Ungleichheit vorsieht, insbesondere im Hinblick auf die in der Vergangenheit durch die innerstaatliche und supranationale Rechtsprechung festgestellten Unregelmäßigkeiten, und nicht nach der Stellung eines Betreibers unterscheidet, der im Anschluss an ein kostenpflichtiges, wettbewerbsorientiertes Verfahren eine Frequenz sowie das Recht erworben hat, diese Frequenz zu behalten, oder sind die oben beschriebenen, nicht strukturellen Maßnahmen, die die Behörde des Sektors ergriffen hat, vielmehr angemessen und verhältnismäßig?

### **Angeführte Vorschriften des Unionsrechts**

Art. 6 und Art. 19 Abs. 1 Unterabs. 2 EUV.

Art. 47 der Charta.

Art. 3, 5, 7 und 14 der Richtlinie 2002/20/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste (Genehmigungsrichtlinie).

Art. 3 Abs. 3 und 3a, Art. 4 Abs. 1 Unterabs. 1 und Art. 8 und 9 der Richtlinie 2002/21/CE des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über

einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie) in der durch die Richtlinie 2009/140/EG geänderten Fassung.

Art. 2 und 4 der Richtlinie 2002/77/EG der Kommission vom 16. September 2002 über den Wettbewerb auf den Märkten für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste.

Art. 5, 6, 8, 9, 31 und 45 der Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (Neufassung).

Erwägungsgründe 11 und 20 des Beschlusses (EU) 2017/899 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Mai 2017 über die Nutzung des Frequenzbands 470-790 MHz in der Union.

Von all den angeführten Entscheidungen des Gerichtshofs zum besseren Verständnis der Vorgeschichte des vorliegenden Rechtsstreits sind die folgenden Urteile besonders bedeutsam: vom 31. Januar 2008, *Centro Europa 7* (C-380/05, EU:C:2008:59), vom 26. Juli 2017, *Europa Way und Persidera* (C-560/15, EU:C:2017:593), vom 26. Juli 2017, *Persidera* (C-112/16, EU:C:2017:597).

### **Angeführte nationale Vorschriften**

Art. 2058 des italienischen Zivilgesetzbuchs: „Der Geschädigte kann Naturalrestitution verlangen, sofern diese ganz oder teilweise möglich ist. Das Gericht kann jedoch verfügen, dass der Schadensersatz nur in Form von Wertersatz zu leisten ist, wenn sich die Naturalrestitution für den Schuldner als übermäßig belastend erweist.“

Art. 30 des Decreto legislativo del 2 luglio 2010, n. 104 (gesetzesvertretendes Dekret Nr. 104 vom 2. Juli 2010 [italienische Verwaltungsprozessordnung]): „(1) Die Leistungsklage kann gleichzeitig mit einer anderen Klage erhoben werden oder – nur in den Fällen der ausschließlichen Zuständigkeit und in den Fällen des vorliegenden Artikels – auch eigenständig. (2) Beantragt werden kann die Verurteilung zum Ersatz des rechtswidrigen Schadens aufgrund der rechtswidrigen Ausübung der Verwaltungstätigkeit oder der Nichtausübung der obligatorischen Verwaltungstätigkeit. In den Fällen der ausschließlichen Zuständigkeit kann ferner Schadensersatz wegen der Verletzung subjektiver Rechte verlangt werden. Liegen die Voraussetzungen von Art. 2058 des Zivilgesetzbuchs vor, kann Schadensersatz in Form von Naturalrestitution verlangt werden. (3) Die Schadensersatzklage wegen Verletzung berechtigter Interessen ist innerhalb einer Ausschlussfrist von einhundertzwanzig Tagen ab dem Tag des Eintritts des Ereignisses oder ab Kenntniserlangung von der Maßnahme einzulegen, sofern der Schaden unmittelbar auf diese zurückzuführen ist. Bei Bestimmung des Ersatzes berücksichtigt das Gericht sämtliche Umstände des Einzelfalls und das gesamte Verhalten der Parteien und schließt in jedem Fall

den Ersatz von Schäden aus, die durch Anwendung der üblichen Sorgfalt auch in Form der Nutzung der vorgesehenen Schutzinstrumente hätten vermieden werden können. (4) Für den Ersatz des etwaigen Schadens, den der Kläger nachweislich infolge der vorsätzlichen oder fahrlässigen Nichtbeachtung der Verfahrensbeendigungsfrist erlitten hat, beginnt die Frist nach Abs. 3 daher nicht zu laufen, solange die Pflichtverletzung andauert. Die Frist nach Abs. 3 beginnt in jedem Fall nach Ablauf eines Jahres der für den Erlass der Maßnahme vorgesehenen Frist zu laufen. (5) Sofern eine Nichtigkeitsklage erhoben wurde, kann die Schadensersatzklage im Laufe des Verfahrens erhoben werden und in jedem Fall bis zu einhundertzwanzig Tage nach Eintritt der Rechtskraft des betreffenden Urteils. (6) Über jede Klage auf Schadensersatz wegen Verletzung berechtigter Interessen und über subjektive Rechte in Angelegenheiten im Rahmen der ausschließlichen Zuständigkeit entscheidet allein das Verwaltungsgericht.“

Diese beiden Artikel sind für die erste Frage von Bedeutung, da sie die allgemeinen Regelungen festlegen, die Europa Way auf ihren Fall angewandt sehen möchte.

Es folgen einige Absätze von Art. 1 der Legge del 27 dicembre 2017, n. 205 (Legge di bilancio per il 2018) (Gesetz Nr. 205 vom 27. Dezember 2017 [Haushaltsgesetz 2018]) in der durch die Legge del 30 dicembre 2018, n. 145 (Gesetz Nr. 145 vom 30. Dezember 2018) geänderten Fassung, die den Hauptgegenstand der Vorlagefragen bilden:

Abs. 1030: „Bis zum 31. Mai 2018 erlässt die Autorità per le garanzie nelle comunicazioni [Aufsichtsbehörde für das Kommunikationswesen, Italien] den nationalen Frequenzuteilungsplan für den digitalen terrestrischen Fernsehdienst, kurz PNAF, wobei sie die fortschrittlichsten Kodierungen und Standards berücksichtigt, um eine möglichst effiziente Nutzung des Spektrums zu ermöglichen, und zur Planung auf lokaler Ebene das Kriterium der technischen Gebiete verwendet. Bis zum 31. Januar 2019 aktualisiert die Aufsichtsbehörde für das Kommunikationswesen den im vorstehenden Absatz genannten PNAF. Zum Ausschluss von Interferenzen mit funktechnisch angrenzenden Ländern sind in jedem Koordinierungsbereich, der durch die vom Ministero dello sviluppo economico [Ministerium für Wirtschaftsentwicklung, Italien] und die Behörden der angrenzenden Staaten zur Durchführung des in Abs. 1026 genannten Beschlusses (EU) 2017/899 vom 17. Mai 2017 unterzeichneten internationalen Vereinbarungen festgelegt wird, ausschließlich die Frequenzen Planungsgegenstand, die in diesen Vereinbarungen Italien zugeteilt wurden. ...“.

Abs. 1031: „Im Einklang mit den Zielen der europäischen und nationalen audiovisuellen Politik in Form des sozialen Zusammenhalts, der Vielfalt der Kommunikationsmittel und der kulturellen Diversität und zu dem Zweck der möglichst effizienten Verwaltung des zulässigen Spektrums durch Einsatz der fortschrittlichsten Technologien werden sämtliche auf nationaler und lokaler Ebene für den digitalen terrestrischen Fernsehdienst zugeteilten und dem

VHF-Band III und dem Band von 470 bis 694 MHz zugeordneten Frequenzen nach Maßgabe des Zeitplans in Abs. 1032 freigegeben. Für die in Satz 1 genannten Zwecke werden für die Frequenzen, deren Inhaber zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des vorliegenden Gesetzes die nationalen Netzbetreiber sind, die Nutzungsrechte nach Maßgabe der von der Aufsichtsbehörde für das Kommunikationswesen bis zum 31. März 2019 für die Zwecke der Zuteilung der Frequenznutzungsrechte festgelegten Kriterien in Nutzungsrechte für Übertragungskapazitäten in neu einzurichtenden nationalen Multiplexen der Technologie DVB-T2 umgewandelt. Die Aufsichtsbehörde für das Kommunikationswesen legt bis zum 31. März 2019 die Kriterien für die Zuteilung der nach Abs. 1030 geplanten Frequenznutzungsrechte für den digitalen terrestrischen Fernsehdienst an die nationalen Netzbetreiber auf nationaler Ebene fest, wobei sie die Notwendigkeit berücksichtigt, die Eindämmung der etwaigen Kosten der Transformation und Errichtung der Netze, die Verkürzung der Fristen des in Abs. 1032 genannten Übergangszeitraums und die Minimierung der Kosten für und Auswirkungen auf die Endnutzer sicherzustellen. Bis zum 30. Juni 2019 erteilt das Ministerium für Wirtschaftsentwicklung die in Satz 3 genannten Frequenznutzungsrechte auf der Grundlage der von der in Satz 3 genannten Behörde bestimmten Kriterien an die nationalen Netzbetreiber. Die Aufsichtsbehörde für das Kommunikationswesen beschließt – unter Berücksichtigung der Kosten – die wirtschaftlichen Modalitäten und Bedingungen, nach denen der Erbringer der gemeinwirtschaftlichen Dienstleistung in dem regionale Informationen enthaltenden Multiplex verpflichtet ist, im Übergangszeitraum einen Anteil der zugeteilten Übertragungskapazitäten, der jedenfalls nicht kleiner sein darf als ein Programm, an jeden der auf lokaler Ebene rechtmäßig tätigen Betreiber abzutreten, denen zum Datum des Inkrafttretens der vorliegenden Bestimmung die Nutzungsrechte für die Kanäle CH 51 und CH 53 zugeteilt sind, die die betreffenden Nutzungsrechte in dem in Abs. 1032 genannten Übergangszeitraum freigegeben.“

Abs. 1031*bis*: „Die Zuteilung der auf nationaler Ebene verfügbaren zusätzlichen Übertragungskapazität und der terrestrischen Frequenzen, die zu denjenigen hinzukommen, die zur Umwandlung der in Abs. 1031 genannten Nutzungsrechte bestimmt und von der Aufsichtsbehörde für das Kommunikationswesen in den Mitteilungen im PNAF eingeplant sind, und die für den digitalen terrestrischen Fernsehdienst für die nationalen Netzbetreiber und die Erbringerin der gemeinwirtschaftlichen Dienstleistung des öffentlich-rechtlichen Rundfunk- und Multimediadienstes bestimmt sind, erfolgt im Wege eines kostenpflichtigen Verfahrens ohne weitere Aufrufe zur Angebotsabgabe, das vom Ministerium für Wirtschaftsentwicklung bis zum 30. November 2019 in Durchführung der von der Aufsichtsbehörde für das Kommunikationswesen bis zum 30. September 2019 nach Art. 29 des Codice delle comunicazioni elettroniche (Gesetzbuch für die elektronische Kommunikation), der im Decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, (gesetzesvertretendes Dekret Nr. 259 vom 1. August 2003) enthalten ist, festgelegten Verfahren auf der Grundlage der folgenden Grundsätze und Kriterien eingeleitet wird: a) Zuteilung der Übertragungskapazität und der Frequenzen anhand von Losen, deren Umfang der Hälfte eines Multiplex entspricht; b)

Festlegung eines Mindestwerts für die Angebote auf der Grundlage der von der Aufsichtsbehörde für das Kommunikationswesen ermittelten Marktwerte; c) Berücksichtigung des Werts der vorgelegten wirtschaftlichen Angebote; d) Gewährleistung der Kontinuität des Dienstes, der zügigen technischen Umstellung sowie der Qualität der von den im Sektor tätigen nationalen Netzbetreibern einschließlich der Erbringerin der gemeinwirtschaftlichen Dienstleistung des öffentlichen Rundfunk- und Multimediadienstes bereitgestellten technischen Infrastruktur; e) Auswertung der bisherigen Erfahrung der nationalen Netzbetreiber des Sektors unter besonderer Bezugnahme auf die Errichtung digitaler Rundfunknetze; f) Erweiterung der strukturellen Kapazität zur Gewährleistung der spektralen Effizienz, der fachlichen Qualifikationen und Kompetenzen im Sektor, der technologischen Innovation und der optimalen, effektiven und zeitnahen Ausnutzung der Übertragungskapazität und der zusätzlichen Frequenzen; g) Gewährleistung der bestmöglichen Nutzung des Spektrums unter Berücksichtigung der zeitnahen Ausstrahlung von Inhalten guter Qualität über digitale terrestrische Fernsehtechnologie an die überwiegende Mehrheit der italienischen Bevölkerung. Das Ministerium für Wirtschaft und Finanzen ist befugt, mit eigenen Dekreten die auf dem entsprechenden Einnahmenkonto des Staatshaushalts eingezahlten Einnahmen einem entsprechenden Ausgabenkonto des Haushaltsentwurfs des Ministeriums für Wirtschaftsentwicklung für Maßnahmen neu zuzuweisen, und zwar für Maßnahmen, die zum Erwerb von Fernsehempfangsgeräten im Sinne von Abs. 1039 Buchst. c unter Beachtung des Grundsatzes der technologischen Neutralität anreizen und das Ausprobieren neuer Fernsehtechnologien fördern sollen, wobei die betreffenden Vorgehensweisen und Auszahlungsverfahren durch Dekret des Ministeriums für Wirtschaftsentwicklung im Einvernehmen mit dem Ministerium für Wirtschaft und Finanzen festgelegt werden.“

Abs. 1031*ter*: „Die Laufzeit der aus der in Abs. 1031 genannten Umwandlung und aus der Zuteilung in dem in Abs. 1031*bis* vorgesehenen Verfahren resultierenden Frequenznutzungsrechte wird nach Maßgabe des Gesetzbuchs für die elektronische Kommunikation festgelegt, das im gesetzesvertretenden Dekret Nr. 259 vom 1. August 2003 enthalten ist.“

Abs. 1032: „Bis zum 30. Juni 2018 wird nach Anhörung der Öffentlichkeit mit Dekret des Ministeriums für Wirtschaftsentwicklung der nationale Zeitplan bestimmt, der die Fristen des Fahrplans zur Umsetzung der Ziele des in Abs. 1026 genannten Beschlusses (EU) 2017/899 vom 17. Mai 2017 angibt, wobei dem Erfordernis Rechnung zu tragen ist, dass ein Übergangszeitraum vom 1. Januar 2020 bis zum 30. Juni 2022 festzulegen ist, um die Freigabe der Frequenzen durch sämtliche Netzbetreiber, die Inhaber von entsprechenden Nutzungsrechten auf nationaler und lokaler Ebene sind, und die Neustrukturierung des regionale Informationen enthaltenden Multiplex durch den Erbringer der gemeinwirtschaftlichen Dienstleistung des öffentlichen Radio-, Fernseh- und Multimediadienstes nach Maßgabe der folgenden Kriterien zu gewährleisten: a) Festlegung der geografischen Gebiete, in die das Staatsgebiet für die Frequenzzuteilung unterteilt werden soll, und zwar auch zu dem Zweck,

Interferenzprobleme gegenüber funktechnisch angrenzenden Ländern zu vermeiden oder zu vermindern, die das 700 MHz-Band bereits mit früher als in Italien ablaufenden Fristen für den Mobilfunkdienst verwenden; b) Freigabe aller zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des vorliegenden Gesetzes genutzten Frequenzen zum Ablauf der in Buchst. f vorgesehenen Frist durch die Netzbetreiber, die Inhaber der Nutzungsrechte auf lokaler Ebene sind, sowie zugleich Aktivierung der im PNAF für die Übertragung auf lokaler Ebene bestimmten Frequenzen; c) bei Ablauf der in Buchst. f genannten Frist durch den Erbringer der gemeinwirtschaftlichen Dienstleistung des öffentlichen Radio-, Fernseh- und Multimediadienstes erfolgende Freigabe der zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der vorliegenden Bestimmung von dem regionale Informationen enthaltenden gemeinwirtschaftlichen Dienstleistungsmultiplex genutzten Frequenzen sowie zugleich Aktivierung der im PNAF für die Errichtung des neuen Multiplex bestimmten Frequenzen unter Aufteilung nach Makrogebieten; d) Freigabe der Frequenzen innerhalb des Bandes von 702 bis 734 MHz (das entspricht den Kanälen 50 bis 53) zum Ablauf der in Buchst. f vorgesehenen Frist durch die nationalen Netzbetreiber und zugleich Aktivierung der verfügbaren Frequenzen, die unter Berücksichtigung der notwendigen Verringerung der Unannehmlichkeiten für die Nutzer und unter Gewährleistung der Kontinuität des Betriebs zu bestimmen sind, sowie bei Ablauf der in Buchst. f genannten Frist durch die Netzbetreiber, die auf lokaler Ebene Inhaber der Nutzungsrechte der den Kanälen CH 51 und 53 entsprechenden Frequenzen sind, erfolgende Freigabe für weitere in Buchst. a festgelegte geografische Gebiete, und zwar jedenfalls im Übergangszeitraum vom 1. Januar 2020 bis zum 31. Dezember 2021; e) Freigabe der verbleibenden Frequenzen und Aktivierung der im PNAF vorgesehenen Frequenzen, die Gegenstand der verbleibenden nationalen Nutzungsrechte sind; f) Festlegung der Fristen – jedenfalls im Übergangszeitraum vom 1. Januar 2020 bis zum 31. Dezember 2021 – für die Abfolge der Freigaben und zeitgleichen Aktivierungen der Frequenzen nach Maßgabe der Kriterien und für die nationalen Betreiber, die Inhaber der Nutzungsrechte der in Buchst. d genannten Kanäle CH 50 und 52 sind, die für weitere, entsprechend der Vorgabe in Buchst. a bestimmte geografische Gebiete zu erfolgen hat, der Abfolge der Freigaben von Frequenzen nach den Kriterien und für die Betreiber, die auf lokaler Ebene Inhaber der Nutzungsrechte der in Buchst. d genannten Kanäle CH 51 und 53 sind, die für weitere, entsprechend der Vorgabe in Buchst. a bestimmte geografische Gebiete zu erfolgen hat, und zwar jedenfalls im Übergangszeitraum vom 1. Januar 2020 bis zum 31. Dezember 2021, sowie der Fristen für die Freigabe der verbleibenden Frequenzen und die Aktivierung der im PNAF vorgesehenen Frequenzen, die Gegenstand der verbleibenden, in den Buchst. b, c und e genannten Nutzungsrechte sind. Der Minister für wirtschaftliche Entwicklung aktualisiert bis zum 15. April 2019 das im vorstehenden Satz genannte Dekret.“

Abs. 1037: „Rechtsstreitigkeiten über die Zuteilung von Frequenznutzungsrechten, das Vergabeverfahren und die anderen Verfahren nach Abs. 1026 und 1036, insbesondere in Bezug auf die Verfahren der Freigabe der Frequenzen für den digitalen terrestrischen Fernsehdienst, gehören zur ausschließlichen Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte und sind der funktionalen

Zuständigkeit des TAR Lazio zugewiesen. Aufgrund des herausragenden nationalen Interesses an einer zügigen Freigabe und Zuteilung der Frequenzen führt die Nichtigerklärung von Maßnahmen und Anordnungen, die im Rahmen der Verfahren nach den Abs. 1026 und 1036 getroffen wurden, nicht zur Naturalrestitution oder Naturalvollziehung, und der etwa geschuldete Schadensersatz erfolgt nur in Form von Wertersatz. Der vorläufige Rechtsschutz ist auf die Zahlung eines vorläufigen Betrags beschränkt.“

Der Inhalt der drei Beschlüsse der Autorità italiana per le Garanzie nelle Comunicazioni (Aufsichtsbehörde für das Kommunikationswesen, Italien, im Folgenden: AGCOM), die in der dritten und vierten Vorlagefrage angeführt sind, besteht im Wesentlichen in einer den im Einzelnen ermittelten technischen Daten entsprechenden neuen Formulierung der vom nationalen Gesetzgeber festgelegten Ausrichtung der oben angeführten Absätze des Haushaltsgesetzes 2018.

### **Kurze Darstellung des Sachverhalts und des Verfahrens**

- 1 Die vorliegende Rechtssache ist das letzte Kapitel einer Angelegenheit, die vor dem Jahr 2000 begann, und deren Protagonisten Betreiber sind, die wie die derzeitige Netzeigentümerin Europa Way erfolglos versuchten, einen analogen Fernsehübertragungsdienst auf nationaler Ebene einzuführen, denn sie stießen in einem problematischen Umfeld auf ein unüberwindbares Hindernis; dieses Hindernis bezeichnete die italienische Corte costituzionale (Verfassungsgerichtshof, Italien) als „die rein tatsächliche Belegung der Frequenzen (Betrieb von Anlagen ohne Erteilung von Konzessionen und Genehmigungen) abseits jeder Überlegung zur Steigerung des Pluralismus bei der Frequenzverteilung und zu einer effektiven Funknetzplanung. Diese tatsächliche Belegung wurde zudem bei verschiedenen Gelegenheiten und über längere Zeiträume hinweg nachträglich legitimiert und dadurch geheilt, dass den einzelnen privaten Funkemittenten die Fortsetzung der Tätigkeiten erlaubt wurde“.
- 2 Die Corte costituzionale (Verfassungsgerichtshof, Italien) hat sich mehrfach mit dieser Angelegenheit befasst, dabei die Verfassungswidrigkeit einer Reihe von Vorschriften festgestellt, die die Durchsetzung des Grundsatzes des Informationspluralismus faktisch verhinderten, und den Gesetzgeber jedes Mal verpflichtet, die bestehenden Vorschriften zu ändern, deren verzerrende Wirkungen jedoch jeweils übergangsweise verlängert wurden, ohne dass die Frage daher abschließend geklärt werden konnte.
- 3 Diese ungewöhnliche Situation setzte sich auch in der Übergangsphase vom analogen zum digitalen Rundfunk fort, da der italienische Gesetzgeber bei der Regelung dieses Übergangs von genau dem Kontext ausging, in dem die sowohl vom italienischen Verfassungsgerichtshof als auch vom Gerichtshof der Europäischen Union (siehe die oben genannten drei Urteile des Gerichtshofs) festgestellten Mängel noch nicht wirklich beseitigt worden waren.

- 4 In der Tat nahm die AGCOM am 7. April 2009 einen Beschluss (181/09/CONS) an, mit dem sie die Kriterien für die vollständige Digitalisierung der terrestrischen Fernsehnetze festlegte. Dieser Beschluss sah insbesondere die Zuteilung von 21 nationalen Multiplexen vor, die die Bündelung verschiedener Signale in einem gemeinsamen Datenfluss und die zeitgleiche Übertragung mehrerer digitaler terrestrischer Fernsehdienste ermöglichen. Zum Zweck ihrer Aufteilung unter den neuen Betreibern, den Betreibern, die digitale Netze geschaffen hatten, und den Betreibern, die bereits analoge Netze unterhielten, wurden diese Multiplexe in drei Gruppen eingeteilt, die nach verschiedenen Kriterien zuzuteilen waren. Außerdem war vorgesehen, dass am Ende des Auswahlverfahrens kein Betreiber mehr als fünf nationale Multiplexe erhalten durfte. Insbesondere die infolge der sogenannten Digitalen Dividende verfügbaren Funkfrequenzen (also die nach der Zuteilung der Frequenzen an sämtliche Betreiber verbleibenden Frequenzen) mussten den Betreibern, die die aufgestellten Anforderungen erfüllten, im Wege eines Auswahlverfahrens kostenlos zugewiesen werden, das nach dem sogenannten „Beauty-Contest“-Modell organisiert wurde (Vergabeverfahren, an dem nur Unternehmen mit bestimmten Merkmalen teilnehmen können, auch „kostenloses Auswahlverfahren“ genannt). Diese Regelung hätte auch den kleinen Betreibern das Recht auf Zuteilung der erforderlichen Frequenzen gesichert. Europa Way war zu dem Verfahren zugelassen.
- 5 Jedoch setzte das Ministerium für Wirtschaftsentwicklung mit Beschluss vom 20. Januar 2012 den „Beauty Contest“ aus und ersetzte ihn durch ein kostenpflichtiges Vergabeverfahren, an dem Europa Way nicht teilnahm. Europa Way zog es stattdessen vor, die Entscheidung zur Aufhebung des „Beauty Contests“ vor dem Verwaltungsgericht anzufechten, und erreichte anfänglich auch die Feststellung der Rechtswidrigkeit der zugehörigen Maßnahmen (und zwar auch im angeführten Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache C-560/15) sowie die Nichtigkeitserklärung der in Rede stehenden Maßnahmen. Die AGCOM bestätigte jedoch ihre Entscheidung zugunsten der kostenpflichtigen Vergabe, die der Consiglio di Stato (Staatsrat, Italien) rechtfertigte, da sie keiner „heteronomen Bindung [also einer gesetzgeberischen Vorgabe] entspringe, sondern der Überzeugung, dass das bereits vom Gesetzgeber geäußerte finanzielle Interesse berücksichtigungswert sei“.
- 6 In einer daher noch nicht geklärten Situation wurde das Haushaltsgesetz 2018 erlassen, das neben vielen anderen Maßnahmen zum einen darauf abzielt, die Frequenzen im 700-MHz-Band (694-790 MHz) terrestrischen Systemen zuzuteilen, die drahtlose elektronische Breitbandkommunikationsdienste erbringen können, und zum anderen das Rundfunksystem hinsichtlich der für den Rundfunkdienst verfügbar verbliebenen Frequenzen (von 174 bis 230 MHz und von 470 bis 694 MHz) auf einer digitalen terrestrischen Plattform (auf nationaler und örtlicher Ebene) neu zu ordnen. Das vorliegende Gericht weist darauf hin, dass der spätere nationale Frequenzzuteilungsplan unter beachtlichen Schwierigkeiten bei der Bestimmung des Umwandlungsfaktors, der dazu dienen sollte, den Übergang von den vorherigen Übertragungskapazitäten der Betreiber auf die neuen Übertragungskapazitäten zu regeln, ausgearbeitet wurde: Während die

AGCOM eine übermäßige Fragmentierung des Marktes verhindern wollte, wurde sie nämlich aus rein technischen Gründen nicht in die Lage versetzt, diesen Faktor zu bestimmen, da sie, wenn sie dies getan hätte, dem Gesetzgeber dieses Frequenzpaket („digitale Dividende“), das in einem entgeltlichen Verfahren zugeteilt werden sollte und das im Haushaltsgesetz 2018 ausdrücklich vorgesehen ist, nicht hätte zur Verfügung stellen können.

- 7 Der unter diesen Umständen ausgearbeitete Plan weist somit eine Reihe problematischer Aspekte auf, die den in der vorliegenden Rechtssache zu prüfenden Vorlagefragen zugrunde liegen. Die neue Regelung scheint nämlich, da sie die von den nationalen und Unionsgerichten bereits festgestellten Unregelmäßigkeiten ignoriert, diesen Unregelmäßigkeiten nicht strukturell abzuhelfen; sie widmet den Betreibern, die bereits eine kostenpflichtige Frequenz erworben haben, keine gesonderte Beachtung, und zählt auf das Recht zur Beibehaltung der Frequenz; sie schließt kostenfreie Umwandlungsverfahren aus, setzt im Gegensatz dazu ein kostenpflichtiges Verfahren durch und verpflichtet den in Rede stehenden Betreiber, hinsichtlich bereits erworbener Rechte weitere Kosten zu tragen; sie scheint das freie Ermessen der mit der Verwaltung des Rundfunksystems betraute Behörde übermäßig einzuschränken, die stattdessen unter Bedingungen vollständiger Unabhängigkeit agieren müsste; schließlich beschränkt sie durch Ausnahmebestimmungen die Schadensersatzfolgen der etwaigen Nichtigkeitsklagen.

### **Wesentliche Argumente der Parteien des Ausgangsverfahrens**

- 8 Europa Way rügt mehrere Verstöße gegen das einschlägige Unionsrecht. Zu den wichtigsten gehörten, dass die neue italienische Regelung die Unabhängigkeit der Nationalen Regulierungsbehörde (im Folgenden: NRB) beeinträchtige, die gezwungen sei, der Position der italienischen öffentlichen Verwaltung kritiklos zuzustimmen, dass sie die von den Ex-Monopolisten, die immer noch eine marktbeherrschende Stellung hätten (die sogenannten „angestammten Unternehmen“), rechtswidrig unterhaltenen Netze, den von anderen Betreibern rechtmäßig unterhaltenen Netzen gleichstelle, und dass sie gegen den Grundsatz des unterbrechungsfreien Angebots verstoße, da Europa Way aufgrund der für die Digitalisierung aufgestellten Umstellungskriterien eine Halbierung ihrer Frequenzen erlitten habe, obwohl sie die geforderte analoge Tätigkeit ordnungsgemäß durchführe.
- 9 Die Berufungsbeklagten bestreiten alle vorgebrachten Rügen und beantragen, die Berufung als unzulässig zu verwerfen bzw. als unbegründet zurückzuweisen.

### **Kurze Darstellung der Begründung der Vorlage**

- 10 Hinsichtlich der **ersten Frage** zweifelt das vorlegende Gericht, dass die vom Gesetzgeber anhand von Art. 1 Abs. 1037 des Haushaltsgesetzes 2018 getroffene Wahl den Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes einhält, auf den jeder

Unionsbürger nach Art. 47 der Charta Anspruch hat. Durch den Ausschluss jeder Form von Naturalrestitution und Naturalvollziehung als Form des dem betroffenen Betreiber etwa zustehenden Schadensersatzes (im Gegensatz zu den üblichen Bestimmungen des Zivilgesetzbuchs und der Verwaltungsprozessordnung, siehe oben) und die Beschränkung dieses Schadensersatzes auf eine Geldzahlung hat der Gesetzgeber den Schutz so ausgestaltet, dass er ungeeignet ist, den Schaden zu beheben, der dem Wirtschaftsteilnehmer durch die unrechtmäßigen Anordnungen zugefügt wurde. Das Begehren des Betreibers richtet sich nämlich auf die Zuweisung von Frequenznutzungsrechten und in dieser Lage muss er beträchtliche wirtschaftliche Ressourcen einsetzen und komplexe Betriebsstrukturen einrichten, die über besondere technische Instrumente verfügen. Das vorlegende Gericht bezweifelt, dass die Schädigung, die die Folge der rechtswidrigen Hindernisse ist, die der Nutznießung der Früchte eines derartigen Aufwands in den Weg gelegt werden, durch bloßen Wertersatz befriedigt werden kann. Das geltende Recht vernachlässigt zudem den Umstand, dass diese Tätigkeiten neben dem Interesse des Betreibers dem Allgemeininteresse dienen und sowohl den sozialen Zusammenhalt als auch das kulturelle Wachstum der Gesellschaft gewährleisten. Der zur Rechtfertigung der Entscheidung für diese Ausnahme vorgebrachte Verweis der in Rede stehenden nationalen Regelung auf das „herausragende nationale Interesse an einer zügigen Freigabe und Zuteilung der Frequenzen“ erscheint nicht nachvollziehbar.

- 11 Hinsichtlich der **zweiten Frage** stützt sich der Consiglio di Stato auf die von der AGCOM ausdrücklich angeforderten Erläuterungen, um die von dieser Behörde getroffenen Entscheidungen hinsichtlich der Kriterien der Umwandlung der Nutzungsrechte für die alten Frequenzen in die entsprechenden Rechte für die neuen Frequenzen zu rechtfertigen. Zwar bestätigen diese Erläuterungen einerseits die unstreitige Tatsache der extremen Komplexität der technischen Lösungen, die in dieser Hinsicht anzuwenden gewesen sind, doch belegen sie andererseits den entscheidenden Einfluss der in diesem Zusammenhang vom Gesetzgeber insbesondere mit Art. 1 Abs. 1031 und 1031*bis* des (oben angeführten) Haushaltsgesetzes 2018 verfolgten politischen Linie. Das vorlegende Gericht bezweifelt, dass der hohe Detailgrad des Inhalts dieser Bestimmungen die grundlegenden Vorrechte der AGCOM im Wesentlichen beachtet hat, die als nationale Regulierungsbehörde nach dem Unionsrecht (vgl. u. a. die Rahmenrichtlinie und den oben genannten europäischen Kodex für elektronische Kommunikation) stets über eine weitgehende Autonomie und Unabhängigkeit gerade gegenüber dem Gesetzgeber verfügen muss, um zur effektiven Verwirklichung jener „Wirtschaftsdemokratie“ beitragen zu können, die für die Chancengleichheit aller Betreiber im Wettbewerb auf einem freien Markt unabdingbar ist. Das vorlegende Gericht ist der Ansicht, dass der Ermessensspielraum der AGCOM aufgrund der Tatsache, dass die geltenden Bestimmungen selbst den Umfang der zu vergebenden Lose sowie die einschlägigen Verfahrensregeln bestimmen, in unzulässiger Weise eingeschränkt wurde.

- 12 Hinsichtlich der **dritten Frage** weist das vorlegende Gericht darauf hin, dass die vom Gesetzgeber getroffenen politischen Entscheidungen, die durch die im Haushaltsgesetz 2018 und in den nachfolgenden Änderungen enthaltenen Regelungen (siehe oben; insbesondere Art. 1 Abs. 1031*bis*) eingeführt wurden, mit denen er die AGCOM verpflichtet hat, den Frequenzvergabeplan so umzugestalten, dass die zuvor erteilten Konzessionen nicht vollständig umgewandelt werden, sondern ein erheblicher Teil davon im Rahmen eines „kostenpflichtigen Verfahrens ohne weitere Aufrufe zur Angebotsabgabe“ zugeteilt wird, zur Folge haben, dass für eine Person, die bereits Inhaber digitaler terrestrischer Rundfunkfrequenzen ist, für deren Zuteilung diese Person in der Vergangenheit bereits erhebliche Ausgaben tätigen musste, die vorherigen Rechte eingeschränkt werden und sie weitere Beträge zu zahlen hat, nur um Übertragungskapazitäten beizubehalten, die den bereits vorhandenen entsprechen. Nach Ansicht des Consiglio di Stato (Staatsrat) würde dies weder mit den einschlägigen Unionsvorschriften (nämlich den einschlägigen Bestimmungen der Rahmenrichtlinie und der Genehmigungsrichtlinie) noch mit den Grundsätzen der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung, des Wettbewerbsschutzes und des Vertrauensschutzes vereinbar sein. Speziell zu dieser Frage befragt, teilte die AGCOM dem vorlegenden Gericht außerdem mit, dass „das fachliche Ermessen, das [die AGCOM mit den in der dritten Vorlagefrage genannten Entscheidungen] bei der Festlegung des Umwandlungsfaktors zwischen [alten und neuen digitalen] Netzen ausgeübt hat, [zwangsläufig] durch die Bestimmungen des Haushaltsgesetzes 2018 bedingt und eingeschränkt war“.
- 13 Hinsichtlich der **vierten Frage** beschreibt das vorlegende Gericht die komplexen und nie vollständig aufgeklärten Ereignisse, die die Entwicklung der Regulierung des Markts für Fernsehübertragungsfrequenzen in Italien in den letzten Jahrzehnten gekennzeichnet haben (für Informationen zu diesen Ereignissen vgl. die oben angeführten drei Urteile in den Rechtssachen C-380/05, C-560/15, C-112/16). Der italienischen Regierung, die seitens der nationalen und Unionsgerichte wiederholt auf ihre Verpflichtung hingewiesen worden ist, diesen Markt unter Einhaltung objektiver, transparenter und nichtdiskriminierender Kriterien zu regulieren, ist es nie wirklich gelungen, alle Unregelmäßigkeiten zu beheben, die sich aus den zuvor getroffenen politischen Entscheidungen ergeben haben; und nach Ansicht des vorlegenden Gerichts war die italienische Regierung auch nicht in der Lage, zu diesem Zweck die Gelegenheit zu nutzen, die sich ihr durch die Notwendigkeit der Umstrukturierung dieses Markts zur Durchführung des Übergangs von den alten auf die neuen Übertragungstechnologien geboten hat. Das vorlegende Gericht ist daher kurz gefasst der Auffassung, dass durch Art. 1 Abs. 1031*bis* des Haushaltsgesetzes 2018 und die infolgedessen von der AGCOM getroffenen Entscheidungen die vorherigen Rechte unvollständig umgewandelt sind, um ein Frequenzpaket zu bilden, das für die Zuteilung im Wege eines kostenpflichtigen Verfahrens bestimmt ist; ferner ist einem Betreiber, der die Frequenznutzungsrechte erworben hatte, vorgeschrieben worden, sich einem Umwandlungs-/Zuteilungsverfahren zu unterziehen, das die zuvor erhaltenen Rechte praktisch eingeschränkt hat; zum Ausgleich der verschiedenen Positionen ist nur das kostenpflichtige Verfahren zum Ausgleich der

verschiedenen Positionen verwendet worden, wobei asymmetrische Vorschriften erlassen worden sind, die den am Markt weniger etablierten Betreibern weitere Kosten auferlegt haben, um das zur Beibehaltung ihrer bereits zuvor erlangten Positionen erforderliche Mindestmaß zu erreichen.

ARBEITSDOKUMENT