



Sammlung der Rechtsprechung

URTEIL DES GERICHTSHOFS (Fünfte Kammer)

3. September 2020*

„Vorlage zur Vorabentscheidung – Elektronische Kommunikation – Art. 11 Abs. 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union – Freiheit und Pluralismus der Medien – Niederlassungsfreiheit – Art. 49 AEUV – Richtlinie 2002/21/EG – Art. 15 und 16 – Nationale Regelung, die es einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht in einem Sektor verbietet, in einem anderen Sektor eine ‚wichtige wirtschaftliche Dimension‘ zu erlangen – Berechnung der im Sektor der elektronischen Kommunikation und im Mediensektor erzielten Einnahmen – Definition des Sektors der elektronischen Kommunikation – Begrenzung auf die Märkte, die Gegenstand einer Vorabregelung sind – Berücksichtigung der Einnahmen von verbundenen Gesellschaften – Festlegung einer anderen Einnahmenschwelle für Gesellschaften, die im Sektor der elektronischen Kommunikation tätig sind“

In der Rechtssache C-719/18

betreffend ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV, eingereicht vom Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Verwaltungsgericht für die Region Latium, Italien) mit Entscheidung vom 26. September 2018, beim Gerichtshof eingegangen am 15. November 2018, in dem Verfahren

Vivendi SA

gegen

Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni,

Beteiligte:

Mediaset SpA,

erlässt

DER GERICHTSHOF (Fünfte Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten E. Regan sowie der Richter I. Jarukaitis (Berichterstatter), E. Juhász, M. Ilešič und C. Lycourgos,

Generalanwalt: M. Campos Sánchez-Bordona,

Kanzler: R. Şereş, Verwaltungsrätin,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 9. Oktober 2019,

* Verfahrenssprache: Italienisch.

unter Berücksichtigung der Erklärungen

- der Vivendi SA, vertreten durch G. Scassellati Sforzolini, G. Faella, C.F. Emanuele und M. D'Ostuni, avvocati,
- der Mediaset SpA, vertreten durch A. Catricalà, D. Lipani, C.E. Cazzato, G.M. Roberti, G. Bellitti und M. Serpone, avvocati,
- der italienischen Regierung, vertreten durch G. Palmieri als Bevollmächtigte im Beistand von S. Fiorentino, avvocato dello Stato,
- der Europäischen Kommission, vertreten durch L. Armati, L. Nicolae und L. Malferrari als Bevollmächtigte,

nach Anhörung der Schlussanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 18. Dezember 2019

folgendes

Urteil

- 1 Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung der Art. 49, 56 und 63 AEUV sowie der Art. 15 und 16 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) (ABl. 2002, L 108, S. 33) in der durch die Richtlinie 2009/140/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 (ABl. 2009, L 337, S. 37) geänderten Fassung (im Folgenden: Rahmenrichtlinie).
- 2 Dieses Ersuchen ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen der Vivendi SA auf der einen Seite und der Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (Regulierungsbehörde für das Kommunikationswesen, Italien) (im Folgenden: AGCOM) und der Mediaset SpA auf der anderen Seite über eine Vorschrift des italienischen Rechts, die es einem Unternehmen verbietet, Einnahmen zu erzielen, die höher sind als 10 % der gesamten im integrierten Kommunikationssystem (im Folgenden: IKS) erzielten Einnahmen, wenn dieses Unternehmen einen Anteil von mehr als 40 % an den gesamten im Sektor der elektronischen Kommunikation erzielten Einnahmen hat.

Rechtlicher Rahmen

Unionsrecht

Rahmenrichtlinie

- 3 In den Erwägungsgründen 5, 25 und 27 der Rahmenrichtlinie heißt es:
„(5) Angesichts der Verschmelzung von Telekommunikation, Medien und Informationstechnologien sollte für alle Übertragungsnetze und -dienste ein einheitlicher Rechtsrahmen gelten. ... Es ist notwendig, die Regulierung der Übertragung von der Regulierung von Inhalten zu trennen. Dieser Rahmen betrifft daher nicht die Inhalte von Diensten, die über elektronische Kommunikationsnetze und -dienste bereitgestellt werden, wie Rundfunkinhalte oder Finanzdienste und bestimmte Dienste der Informationsgesellschaft; er lässt folglich alle Maßnahmen unberührt, die auf [Unions]ebene oder im Einklang mit dem [Unions]recht auf der Ebene der Mitgliedstaaten in Bezug auf diese Dienste getroffen werden, um die kulturelle und

sprachliche Vielfalt zu fördern und die Wahrung des Pluralismus der Medien sicherzustellen. ... Bei der Trennung der Regulierung von Übertragung und Inhalten sind dennoch die Verbindungen zwischen beiden zu berücksichtigen, insbesondere zur Gewährleistung des Pluralismus der Medien, der kulturellen Vielfalt und des Verbraucherschutzes.

...

- (25) Unter bestimmten Umständen sind Vorabverpflichtungen aufzuerlegen, um die Entwicklung eines wettbewerbsorientierten Marktes zu gewährleisten. Die Definition der beträchtlichen Marktmacht in der Richtlinie 97/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Juni 1997 über die Zusammenschaltung in der Telekommunikation im Hinblick auf die Sicherstellung eines Universaldienstes und der Interoperabilität durch Anwendung der Grundsätze für einen offenen Netzzugang (ONP) [(ABl. 1997, L 199, S. 32)] hat sich in den Anfangsphasen der Marktliberalisierung als Kriterium für Vorabverpflichtungen als sinnvoll erwiesen, sie muss nun jedoch an komplexere, dynamischere Märkte angepasst werden. Daher beruht die in der vorliegenden Richtlinie benutzte Definition auf dem Konzept der beherrschenden Stellung nach der einschlägigen Rechtsprechung des Gerichtshofs und des Gerichts ...

...

- (27) Vorabverpflichtungen sollten nur auferlegt werden, wenn kein wirksamer Wettbewerb besteht, d. h. auf Märkten, auf denen es ein oder mehrere Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht gibt, und die Instrumente des nationalen und [Unions-]Wettbewerbsrechts nicht ausreichen, um das Problem zu lösen. Daher ist es erforderlich, dass die [Europäische] Kommission im Einklang mit den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts Leitlinien auf [Unions]ebene festlegt, die von den nationalen Regulierungsbehörden bei der Beurteilung der Frage, ob auf einem bestimmten Markt wirksamer Wettbewerb herrscht und eine beträchtliche Marktmacht vorliegt, eingehalten werden müssen. ...“

4 Art. 1 („Geltungsbereich und Zielsetzung“) dieser Richtlinie sieht vor:

„(1) Mit dieser Richtlinie wird ein harmonisierter Rahmen für die Regulierung elektronischer Kommunikationsdienste, elektronischer Kommunikationsnetze, zugehöriger Einrichtungen und zugehöriger Dienste sowie bestimmter Aspekte der Endeinrichtungen zur Erleichterung des Zugangs behinderter Nutzer errichtet. Sie legt die Aufgaben der nationalen Regulierungsbehörden sowie eine Reihe von Verfahren fest, die die [unions]weit harmonisierte Anwendung des Rechtsrahmens gewährleisten.

(2) Verpflichtungen, die durch innerstaatliche Rechtsvorschriften aufgrund des [Unions]rechts oder durch Rechtsvorschriften der [Union] für Dienste auferlegt werden, die mit Hilfe elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste erbracht werden, bleiben von dieser Richtlinie und den Einzelrichtlinien unberührt.

(3) Die von der [Union] oder den Mitgliedstaaten im Einklang mit dem [Unions]recht getroffenen Maßnahmen zur Verfolgung von Zielen, die im Interesse der Allgemeinheit liegen, insbesondere in Bezug auf die Regulierung von Inhalten und die audiovisuelle Politik, bleiben von dieser Richtlinie und den Einzelrichtlinien unberührt.

...“

5 In Art. 2 („Begriffsbestimmungen“) der Richtlinie heißt es:

„...“

c) ‚elektronische Kommunikationsdienste‘: gewöhnlich gegen Entgelt erbrachte Dienste, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über elektronische Kommunikationsnetze bestehen, einschließlich Telekommunikations- und Übertragungsdienste in Rundfunknetzen, jedoch ausgenommen Dienste, die Inhalte über elektronische Kommunikationsnetze und -dienste anbieten oder eine redaktionelle Kontrolle über sie ausüben ...;

...“

6 Art. 15 („Verfahren für die Festlegung und Definition von Märkten“) der Richtlinie sieht vor:

„(1) Nach Konsultation der Öffentlichkeit einschließlich der nationalen Regulierungsbehörden und unter weitestgehender Berücksichtigung der Stellungnahme des [Gremiums europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (GEREK)] verabschiedet die Kommission nach dem in Artikel 22 Absatz 2 genannten Beratungsverfahren eine Empfehlung betreffend relevante Produkt- und Dienstmärkte (Empfehlung). Darin werden diejenigen Märkte für elektronische Kommunikationsprodukte und -dienste festgelegt, deren Merkmale die Auferlegung von Verpflichtungen nach den Einzelrichtlinien rechtfertigen können, unbeschadet der Märkte, die in bestimmten Fällen nach dem Wettbewerbsrecht definiert werden können. Die Kommission definiert die Märkte im Einklang mit den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts.

Die Empfehlung wird regelmäßig von der Kommission überprüft.

(2) Die Kommission veröffentlicht spätestens zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Richtlinie Leitlinien zur Marktanalyse und zur Bewertung beträchtlicher Marktmacht (nachstehend ‚Leitlinien‘ genannt), die mit den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts in Einklang stehen müssen.

(3) Die nationalen Regulierungsbehörden definieren relevante Märkte entsprechend den nationalen Gegebenheiten – insbesondere relevante geografische Märkte innerhalb ihres Hoheitsgebiets – im Einklang mit den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts, wobei sie weitestgehend die Empfehlung und die Leitlinien berücksichtigen. Bevor sie Märkte definieren, die von den in der Empfehlung festgelegten abweichen, wenden die nationalen Regulierungsbehörden die in den Artikeln 6 und 7 genannten Verfahren an.

(4) Nach Konsultationen, auch mit den nationalen Regulierungsbehörden, kann die Kommission ... eine Entscheidung zur Festlegung länderübergreifender Märkte erlassen, wobei sie weitestgehend die Stellungnahme des GEREK berücksichtigt.“

7 Art. 16 („Marktanalyseverfahren“) der Rahmenrichtlinie sieht vor:

„(1) Die nationalen Regulierungsbehörden führen eine Analyse der relevanten Märkte durch, wobei sie den in der Empfehlung festgelegten Märkten Rechnung tragen und weitestgehend die Leitlinien berücksichtigen. Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass diese Analyse gegebenenfalls in Zusammenarbeit mit den nationalen Wettbewerbsbehörden durchgeführt wird.

(2) Wenn eine nationale Regulierungsbehörde gemäß den Absätzen 3 oder 4 dieses Artikels, gemäß Artikel 17 der Richtlinie 2002/22/EG [des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten] (Universaldienstrichtlinie) [(ABl. 2002, L 108, S. 51)] oder gemäß Artikel 8 der Richtlinie 2002/19/EG [des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung] (Zugangsrichtlinie) [(ABl. 2002, L 108, S. 7)] feststellen muss, ob Verpflichtungen für Unternehmen aufzuerlegen, beizubehalten, zu ändern oder aufzuheben sind, ermittelt sie anhand der Marktanalyse gemäß Absatz 1 des vorliegenden Artikels, ob auf einem relevanten Markt wirksamer Wettbewerb herrscht.

(3) Kommt eine nationale Regulierungsbehörde zu dem Schluss, dass dies der Fall ist, so erlegt sie weder eine der spezifischen Verpflichtungen nach Absatz 2 auf noch behält sie diese bei. Wenn bereits bereichsspezifische Verpflichtungen bestehen, werden sie für die Unternehmen auf diesem relevanten Markt aufgehoben. Den betroffenen Parteien ist die Aufhebung der Verpflichtungen innerhalb einer angemessenen Frist im Voraus anzukündigen.

(4) Stellt eine nationale Regulierungsbehörde fest, dass auf einem relevanten Markt kein wirksamer Wettbewerb herrscht, so ermittelt sie, welche Unternehmen allein oder gemeinsam über beträchtliche Macht auf diesem Markt gemäß Artikel 14 verfügen, und erlegt diesen Unternehmen geeignete spezifische Verpflichtungen nach Absatz 2 des vorliegenden Artikels auf bzw. ändert diese oder behält diese bei, wenn sie bereits bestehen.

...“

Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste

- 8 In den Erwägungsgründen 5 und 8 der Richtlinie 2010/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. März 2010 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste) (ABl. 2010, L 95, S. 1) (im Folgenden: Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste) heißt es:

„(5) Audiovisuelle Mediendienste sind gleichermaßen Kultur- und Wirtschaftsdienste. Ihre immer größere Bedeutung für die Gesellschaften, die Demokratie – vor allem zur Sicherung der Informationsfreiheit, der Meinungsvielfalt und des Medienpluralismus –, die Bildung und die Kultur rechtfertigt die Anwendung besonderer Vorschriften auf diese Dienste.

...

(8) Es ist unerlässlich, dass die Mitgliedstaaten dafür Sorge tragen, dass Handlungen unterbleiben, die den freien Fluss von Fernsehsendungen beeinträchtigen bzw. die Entstehung beherrschender Stellungen begünstigen könnten, welche zu Beschränkungen des Pluralismus und der Freiheit der Fernsehinformation sowie der Information in ihrer Gesamtheit führen würden.“

Italienisches Recht

TUSMAR

- 9 Das Decreto legislativo n. 177 – Testo Unico dei Servizi di Media Audiovisivi e Radiofonici (Gesetzesvertretendes Dekret Nr. 177 -Einheitstext der audiovisuellen und Rundfunk-Mediendienste) vom 31. Juli 2005 (Supplemento ordinario zur GURI Nr. 208 vom 7. September 2005) in seiner auf den Ausgangsrechtsstreit anwendbaren Fassung (im Folgenden: TUSMAR) sieht in Art. 2 Abs. 1 Buchst. s vor:

„[D]as ‚[IKS]‘ erfasst folgende Tätigkeiten: Tageszeitungen und Zeitschriften; Jahrbücher und elektronische Veröffentlichungen, auch über das Internet; Radio und audiovisuelle Mediendienste; Kino; Außenwerbung; Öffentlichkeitsarbeit über Produkte und Dienstleistungen; Sponsoring.“

10 Art. 43 („Beherrschende Stellungen im [IKS]“) TUSMAR sieht vor:

„1. Die Unternehmen, die im Rahmen des [IKS] tätig sind, sind verpflichtet, der [AGCOM] die Vereinbarungen und Zusammenschlüsse mitzuteilen, damit sie anhand der in der von ihr selbst erlassenen Ad-hoc-Regelung geregelten Verfahren prüfen kann, ob die in den Abs. 7, 8, 9, 10, 11 ... genannten Grundsätze beachtet werden.

...

5. Die [AGCOM] passt sich den Entwicklungen der Merkmale der Märkte an ... und ergreift die Maßnahmen, die erforderlich sind, um die in den Abs. 7, 8, 9, 10, 11 ... genannten Stellungen oder jede andere Stellung zu beseitigen, die für den Pluralismus schädlich ist, oder um deren Entstehung zu verhindern. ...

7. Bei der vollständigen Umsetzung des nationalen Plans zur Zuweisung der digitalen Rundfunk- und Fernsehfrequenzen darf ein und derselbe Anbieter von Inhalten, auch über Gesellschaften, die im Sinne der Abs. 13, 14 und 15 als von ihm abhängig oder mit ihm verbunden angesehen werden können, nicht Inhaber von Genehmigungen sein, mit denen er mehr als 20 % sämtlicher Fernsehprogramme oder mehr als 20 % der Radioprogramme, die landesweit über die vom nationalen Plan vorgesehenen Netze terrestrisch ausgestrahlt werden können, verbreiten kann.

8. Bis zur vollständigen Umsetzung des nationalen Plans zur Zuweisung der digitalen Fernsehfrequenzen beträgt die Grenze für die Gesamtzahl der Programme pro Anbieter 20 %. Sie wird im Verhältnis zur Gesamtzahl der Fernsehprogramme berechnet, die konzessioniert sind oder – auch im Sinne von Art. 23 Abs. 1 der Legge n. 112 – Norme di principio in materia di assetto del sistema radiotelevisivo e della RAI-Radiotelevisione italiana SpA, nonché delega al Governo per l’emanazione del testo unico della radiotelevisione (Gesetz Nr. 112 – Grundsatzbestimmungen zur Ordnung des Rundfunk- und Fernsehsystems und der RAI – Radiotelevisione italiana SpA sowie zur Ermächtigung der Regierung zum Erlass des Einheitstextes über den Rundfunk- und Fernsehsektor) vom 3. Mai 2004 [(Supplemento ordinario zur GURI Nr. 104 vom 5. Mai 2004)] – landesweit analog oder digital über terrestrische Frequenzen ausgestrahlt werden. Digital ausgestrahlte Fernsehprogramme können in die Berechnungsgrundlage einbezogen werden, wenn sie 50 % der Bevölkerung erreichen. Für die Berechnung, ob die Grenze von 20 % eingehalten wird, werden Programme, die die gleichzeitige Wiedergabe von analog ausgestrahlten Programmen darstellen, nicht berücksichtigt. Das vorliegende Berechnungskriterium gilt nur für Anbieter, die digital Programme verbreiten, die 50 % der landesweiten Bevölkerung erreichen.

9. Unbeschadet des Verbots der Schaffung beherrschender Stellungen auf den einzelnen Märkten, die das [IKS] bilden, dürfen die Anbieter, die sich in das Register der Anbieter von Kommunikationsdiensten eintragen lassen müssen, das nach Art. 1 Abs. 6 Buchst. a Nr. 5 der Legge n. 249 – Istituzione dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo (Gesetz Nr. 249 über die Einrichtung der Regulierungsbehörde für das Kommunikationswesen und Vorschriften über Telekommunikations- sowie Rundfunk- und Fernsehsysteme) vom 31. Juli 1997 [(Supplemento ordinario zur GURI Nr. 177 vom 31. Juli 1997)] eingerichtet wurde, weder direkt noch indirekt über abhängige oder verbundene Gesellschaften im Sinne der Abs. 14 und 15 Einnahmen erzielen, die 20 % der Gesamteinnahmen des IKS übersteigen.

10. Einnahmen im Sinne von Abs. 9 sind solche aus der Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks nach Abzug der dem Fiskus geschuldeten Gebühren, aus der landesweiten und lokalen Werbung auch in direkter Form, aus Teleshopping, aus Sponsoring, aus in Verkaufsräumen ausgeübten Tätigkeiten zur Verbreitung des Produkts unter Ausschluss von Preisnachlässen, aus mit öffentlichen Stellen geschlossenen wiederkehrenden Vereinbarungen und aus öffentlichen Leistungen, die unmittelbar denjenigen gewährt werden, die die in Art. 2 Abs. 1 Buchst. s genannten Tätigkeiten ausüben, aus Bezahlfernsehangeboten, aus Abonnements und dem Verkauf von Zeitungen und

Zeitschriften einschließlich als Zugabe vermarkteter Bücher und phonografischer Erzeugnisse, aus landesweiten Presseagenturen, aus elektronischen Veröffentlichungen und dem Verlegen von Jahrbüchern, auch über das Internet, aus Online-Werbung und Werbung auf diversen Plattformen, auch in direkter Form, unter Einschluss der von Suchmaschinen gesammelten Ressourcen, aus sozialen und Filesharing-Plattformen und aus der Verwendung von Filmen in den verschiedenen Formen, unter denen die Öffentlichkeit Zugang zu ihnen hat.

11. Unternehmen, deren – auch über abhängige oder verbundene Gesellschaften erzielte – Einnahmen im Sektor der elektronischen Kommunikation im Sinne der Definition in Art. 18 des Decreto legislativo n. 259 – Codice delle comunicazioni elettroniche (Gesetzesvertretendes Dekret Nr. 259 betreffend das Gesetzbuch über elektronische Kommunikation) vom 1. August 2003 [(Supplemento ordinario zur GURI Nr. 214 vom 15. September 2003)] mehr als 40 % der gesamten in diesem Sektor erzielten Einnahmen betragen, dürfen im [IKS] keine Einnahmen erzielen, die mehr als 10 % der in diesem System erzielten Einnahmen betragen.

...

13. Um festzustellen, ob nach dem vorliegenden Einheitstext im [IKS] verbotene beherrschende Stellungen bestehen, werden auch Kapitalbeteiligungen berücksichtigt, die erworben wurden oder jedenfalls über – auch indirekt – gehaltene Gesellschaften, Treuhandgesellschaften oder zwischengeschaltete Personen gehalten werden. Als erworben gelten Beteiligungen, deren Eigentum von einer Einheit zu einer anderen wechselt, auch als Folge oder im Zusammenhang mit sie betreffenden Verschmelzungen, Veräußerungen, Unternehmensübertragungen oder Ähnlichem. Bestehen zwischen den verschiedenen Anteilseignern – in welcher Form auch immer geschlossene – Vereinbarungen über die konzertierte Ausübung des Stimmrechts oder jedenfalls die Führung der Gesellschaft, die sich von der bloßen Abstimmung unter Anteilseignern unterscheiden, gilt jeder Anteilseigner als Inhaber der gesamten Aktien oder Anteile, die von den beteiligten Anteilseignern gehalten oder kontrolliert werden.

14. Für die Zwecke des vorliegenden Einheitstextes liegt Kontrolle, auch in Bezug auf andere Einheiten als Gesellschaften, in den in Art. 2359 Abs. 1 und 2 des Codice civile (Zivilgesetzbuch) vorgesehenen Fällen vor.

15. Kontrolle in Form eines beherrschenden Einflusses wird vorbehaltlich des Gegenbeweises in folgenden Fällen angenommen:

- a) wenn eine Einheit besteht, die allein oder in Konzertation mit anderen Gesellschaftern über die Möglichkeit verfügt, die Mehrheit der Stimmrechte in der ordentlichen Gesellschafterversammlung auszuüben oder die Mehrheit der Geschäftsführer zu berufen oder abzuberufen;
- b) wenn u. a. zwischen den Gesellschaftern Verbindungen finanzieller, organisatorischer oder wirtschaftlicher Art bestehen, die geeignet sind, eine der folgenden Wirkungen zu haben:
 - 1) Übertragung von Gewinnen und Verlusten;
 - 2) Koordinierung der Führung eines Unternehmens mit der anderer Unternehmen, um ein gemeinsames Ziel zu verfolgen;
 - 3) Einräumung von Befugnissen, die über die hinausgehen, die sich aus den gehaltenen Aktien oder Anteilen ergeben;
 - 4) Einräumung von Befugnissen bei der Auswahl der Administratoren und Geschäftsführer der Unternehmen an andere Personen als die, die aufgrund der Eigentumsstruktur dazu berechtigt sind;

- c) wenn ein Verhältnis der Unterordnung unter eine gemeinsame Führung besteht, das sich u. a. aus den Merkmalen der Zusammensetzung der Verwaltungsorgane oder anderen bedeutenden qualitativen Gesichtspunkten ergeben kann.

...“

Zivilgesetzbuch

- 11 Art. 2359 („Abhängige Gesellschaften und verbundene Gesellschaften“) des Zivilgesetzbuchs lautet:

„Als abhängige Gesellschaften gelten:

- 1) Gesellschaften, in denen eine andere Gesellschaft über eine Mehrheit der Stimmrechte verfügt, die in der ordentlichen Gesellschafterversammlung ausgeübt werden können;
- 2) Gesellschaften, in denen eine andere Gesellschaft über so viele Stimmrechte verfügt, dass sie zur Ausübung eines beherrschenden Einflusses in der ordentlichen Gesellschafterversammlung ausreichen;
- 3) Gesellschaften, die unter dem beherrschenden Einfluss einer anderen Gesellschaft aufgrund besonderer vertraglicher Bindungen zu ihr stehen.

Zur Anwendung der Ziff. 1 und 2 des ersten Absatzes werden auch die Stimmrechte gezählt, die abhängigen Gesellschaften, Treuhandgesellschaften oder einer vorgeschobenen Person zustehen; Stimmrechte, die für Dritte zustehen, werden nicht gezählt.

Als verbundene Gesellschaften gelten Gesellschaften, auf die eine andere Gesellschaft einen beträchtlichen Einfluss ausübt. Ein solcher Einfluss wird vermutet, wenn in der ordentlichen Gesellschafterversammlung mindestens ein Fünftel oder, wenn die Aktien der Gesellschaft in geregelten Märkten notiert werden, ein Zehntel der Stimmrechte ausgeübt werden kann.“

Gesetzbuch über elektronische Kommunikation

- 12 Art. 18 des Gesetzesvertretenden Dekrets Nr. 259 betreffend das Gesetzbuch über elektronische Kommunikation in seiner auf den Ausgangsrechtsstreit anwendbaren Fassung (im Folgenden: Gesetzbuch über elektronische Kommunikation) ist mit „Verfahren für die Festlegung und Definition von Märkten“ überschrieben und bestimmt:

„1. Die [AGCOM] definiert unter weitestgehender Berücksichtigung der Empfehlungen zu den relevanten Produkt- und Dienstmärkten des Sektors der elektronischen Kommunikation, nachstehend ‚Empfehlungen‘ genannt, und der Leitlinien die relevanten Märkte gemäß den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts und auf der Grundlage der Merkmale und der Struktur des nationalen Marktes für elektronische Kommunikation. Bevor sie Märkte definiert, die von den in der Empfehlung festgelegten abweichen, wendet die [AGCOM] das Verfahren nach den Art. 11 und 12 an.“

Gesetz Nr. 249 vom 31. Juli 1997

- 13 Im Gesetz Nr. 249 vom 31. Juli 1997 heißt es in Art. 1 Abs. 6 Buchst. a Nr. 5 zu den Kompetenzen der AGCOM:

„[Die AGCOM] führt das Register der Anbieter von Kommunikationsdiensten, in das sich gemäß dem vorliegenden Gesetz Anbieter, denen die [AGCOM] oder andere zuständige Verwaltungen Konzessionen oder Genehmigungen gemäß den geltenden Bestimmungen erteilen, Unternehmen, die Konzessionen für Werbung haben, die mittels Rundfunk- oder Fernsehgeräten oder in Tageszeitungen oder Zeitschriften, im Netz oder auf anderen festen oder mobilen digitalen Plattformen verbreitet wird, Verlage von Tageszeitungen, Magazinen oder Zeitschriften, die nationalen Presseagenturen und Unternehmen, die telematische und Telekommunikationsdienstleistungen einschließlich der elektronischen und digitalen Herausgabe erbringen, eintragen lassen müssen; im Register erfasst werden auch im Inland tätige Infrastrukturen für die Verbreitung. Die [AGCOM] erlässt eine Ad-hoc-Regelung über die Organisation und die Führung des Registers sowie zur Festlegung der Kriterien für die Ermittlung der Einheiten, die unabhängig von denen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des vorliegenden Gesetzes bereits eingetragen waren, verpflichtet sind, sich eintragen zu lassen.“

Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

- 14 Vivendi, eine im Handelsregister von Paris (Frankreich) eingetragene Gesellschaft französischen Rechts, ist die Muttergesellschaft eines Konzerns, der im Bereich der Medien sowie der Schaffung und Verbreitung audiovisueller Inhalte tätig ist.
- 15 Vivendi hält 23,9 % des Kapitals der Telecom Italia SpA, einer Gesellschaft, die sie kontrolliert, seit sie im Wesentlichen bei der Abstimmung auf der Aktionärsversammlung am 4. Mai 2017 die Mehrheit der Stimmrechte in der Versammlung dieser Gesellschaft erlangte.
- 16 Am 8. April 2016 schlossen Vivendi, Mediaset und die Reti Televisive Italiane SpA eine Vereinbarung über strategische Zusammenarbeit, durch die Vivendi im Tausch gegen 3,5 % ihres eigenen Kapitals 3,5 % des Kapitals von Mediaset und 100 % des Kapitals der Mediaset Premium SpA erwarb.
- 17 Aufgrund von Unstimmigkeiten im Zusammenhang mit dieser Vereinbarung begann Vivendi im Dezember 2016 eine Kampagne zum feindlichen Erwerb von Mediaset-Aktien. Am 22. Dezember 2016 war es Vivendi so gelungen, 28,8 % des Kapitals von Mediaset und 29,94 % der Stimmrechte in der Aktionärsversammlung dieser Gesellschaft innezuhaben. Diese qualifizierte Minderheitsbeteiligung ermöglichte es ihr jedoch nicht, die Kontrolle über Mediaset auszuüben, die weiterhin von der Fininvest-Gruppe beherrscht wurde.
- 18 In diesem Kontext reichte Mediaset am 20. Dezember 2016 bei der AGCOM eine Beschwerde ein, in der sie geltend machte, dass Vivendi gegen Art. 43 Abs. 11 TUSMAR (im Folgenden auch: im Ausgangsverfahren in Rede stehende Bestimmung) verstoßen habe, da die Beteiligungen, die sie an Telecom Italia und Mediaset halte, bewirkten, dass die von ihr im Bereich der elektronischen Kommunikation und im IKS erzielten Einnahmen die in dieser Bestimmung vorgesehene Schwelle überstiegen. Nach Art. 43 Abs. 11 TUSMAR dürften Unternehmen, deren – auch über abhängige oder verbundene Gesellschaften erzielte – Einnahmen im Bereich der elektronischen Kommunikation höher als 40 % der gesamten in diesem Bereich erzielten Einnahmen seien, im IKS keine Einnahmen erzielen, die höher als 10 % der in diesem System erzielten Einnahmen seien.
- 19 Mit Beschluss vom 18. April 2017 (im Folgenden: Beschluss der AGCOM) entschied die AGCOM, dass Vivendi gegen die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Bestimmung verstoßen habe. Sie stellte insoweit fest, dass Vivendi eine mit Telecom Italia und Mediaset verbundene Gesellschaft sei, da sie

über mehr als ein Fünftel der Stimmrechte in der Aktionärsversammlung von jeder dieser Gesellschaften verfüge, dass Vivendi 59 % der Einnahmen im Sektor der elektronischen Kommunikation, der sich aus Festnetzdienstleistungen für Endkunden, Festnetz- oder Mobilfunkdienstleistungen für Großkunden und Fernsehdiensten für die Übertragung von Inhalten an Endnutzer zusammensetze, erzielt habe und dass Mediaset 13,3 % der im Rahmen des IKS erzielten Einnahmen erhalten habe. Mit diesem Beschluss gab die AGCOM außerdem Vivendi auf, die Beteiligung am Kapital von Mediaset oder Telecom Italia innerhalb von zwölf Monaten zu beenden.

- 20 In diesem Beschluss führte die AGCOM u. a. aus, dass nur die Märkte, die gemäß den Art. 15 und 16 der Rahmenrichtlinie Gegenstand einer Regelung seien, für die Zwecke der Anwendung von Art. 43 Abs. 11 TUSMAR relevant seien. Mit dieser Bestimmung solle der Pluralismus der Medien geschützt werden, insbesondere sollten in Anbetracht des Phänomens der wachsenden Konvergenz zwischen Telekommunikation und Medien verzerrende Wirkungen auf den Pluralismus der Medien verhindert werden, die eintreten könnten, wenn ein Unternehmen, das über eine beträchtliche Marktmacht im Bereich der elektronischen Kommunikation verfüge, eine „wichtige wirtschaftliche Dimension“ im IKS einnehme. In diesem Kontext hätten die in Art. 43 Abs. 11 TUSMAR festgelegten Grenzen automatischen Charakter, da sie unabhängig von jedweder Analyse dieser verzerrenden Wirkungen und unabhängig von jedweder Erwägung zum Wettbewerbsrecht Anwendung fänden.
- 21 Am 6. April 2018 kam Vivendi der von der AGCOM getroffenen Anordnung nach und übertrug 19,19 % der Aktien von Mediaset, die 19,95 % der Stimmrechte in der Aktionärsversammlung von Mediaset ausmachten, auf eine dritte Gesellschaft. Sie behielt damit eine direkte Beteiligung am Kapital von Mediaset, die unter 10 % der Stimmrechte lag, die in der Aktionärsversammlung von Mediaset ausgeübt werden können.
- 22 Gleichwohl erhob Vivendi gegen den Beschluss der AGCOM Klage beim Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Regionales Verwaltungsgericht für Latium, Italien), dem vorlegenden Gericht.
- 23 Mit dieser Klage machte Vivendi erstens geltend, dass die AGCOM den Sektor der elektronischen Kommunikation falsch definiert habe, da sie für die Berechnung der gesamten in diesem Sektor erzielten Einnahmen sämtliche Märkte, aus denen sich der Sektor der elektronischen Kommunikation tatsächlich zusammensetze, hätte berücksichtigen müssen und nicht nur einen Teil davon. Sie hätte also nicht nur die Märkte, die Gegenstand einer Marktanalyseentscheidung seien, mit der ermittelt werden solle, ob es einen beherrschenden Stellung einnehmenden Marktteilnehmer gebe, berücksichtigen und bedeutende Märkte wie den der Mobilfunkdienste für Endkunden ausschließen dürfen.
- 24 Zweitens macht Vivendi geltend, dass die AGCOM den Begriff „verbundene Gesellschaft“ im Sinne von Art. 2359 Abs. 3 des Zivilgesetzbuchs dadurch falsch ausgelegt habe, dass sie die Einnahmen berücksichtigt habe, die von den zur Mediaset-Gruppe gehörenden Gesellschaften erzielt worden seien, obwohl diese weder von Vivendi abhängig noch mit ihr verbunden seien und Vivendi über sie keinen „beträchtlichen Einfluss“ im Sinne dieser Bestimmung ausübe.
- 25 Drittens habe die AGCOM gegen die Art. 49, 56 und 63 AEUV verstoßen, da sie mit ihrem Beschluss die Möglichkeit einer in Frankreich eingetragenen Gesellschaft beeinträchtigt habe, eine Minderheitsbeteiligung an einer in Italien eingetragenen Gesellschaft zu erwerben.
- 26 Viertens sei die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Bestimmung diskriminierend, da sie für bestimmte andere Wirtschaftsteilnehmer des Sektors der elektronischen Kommunikation die Schwelle der im IKS erzielten Einnahmen auf 20 % anstatt auf 10 % festlege.
- 27 Die AGCOM macht geltend, dass das in Art. 43 Abs. 11 TUSMAR vorgesehene Verbot, eine „wichtige wirtschaftliche Dimension“ im IKS einzunehmen, seine Rechtsgrundlage im Grundsatz des Pluralismus der Medien, der u. a. in Art. 11 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verankert sei,

und im achten Erwägungsgrund der Richtlinie über audiovisuelle Medien habe. Ferner könnten nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs die Grundfreiheiten begrenzt werden, um den Pluralismus der Medien in den Mitgliedstaaten zu gewährleisten.

- 28 In diesem Zusammenhang führt das vorlegende Gericht aus, dass geprüft werden müsse, ob die mit Art. 43 Abs. 11 TUSMAR auferlegten Beschränkungen nicht nur in Bezug auf die Niederlassungsfreiheit, den freien Dienstleistungsverkehr und den freien Kapitalverkehr, sondern auch in Bezug auf Grundsätze wie den der Freiheit und des Pluralismus der Medien angemessen und verhältnismäßig seien.
- 29 Unter diesen Umständen hat das Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Verwaltungsgericht für die Region Latium) beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:
1. Ist die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Bestimmung ungeachtet dessen, dass die Mitgliedstaaten bestimmen können, wann Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung innehaben (und ihnen infolgedessen besondere Pflichten auferlegen können), mit dem Unionsrecht und insbesondere mit dem Grundsatz des freien Kapitalverkehrs nach Art. 63 AEUV unvereinbar? Besteht diese Unvereinbarkeit, soweit durch den genannten Art. 18 des Gesetzbuchs über elektronische Kommunikation der fragliche Sektor auf Märkte begrenzt wird, die einer Vorabregulierung unterliegen können, obwohl es allgemeiner Erfahrung entspricht, dass die Informationen (deren Pluralismus die Norm bezweckt) mehr und mehr unter Verwendung des Internets, von Personal Computern und Mobiltelefonen übermittelt werden, so dass es unangemessen werden kann, von diesem Sektor insbesondere die Dienstleistungen für Mobilfunkkunden auszuschließen, nur weil sie im freien Wettbewerb sind? Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die AGCOM die Grenzen des Sektors der elektronischen Kommunikation für die Anwendung der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Bestimmung beim zu prüfenden Verfahren selbst in der Weise gezogen hat, dass sie nur die Märkte berücksichtigt hat, für die seit dem Inkrafttreten des Gesetzbuchs über elektronische Kommunikation, also seit 2003 bis heute, zumindest einmal eine Analyse durchgeführt wurde, und zwar in Bezug auf Einkünfte, die sich bei der letzten, im Jahr 2015 durchgeführten sachdienlichen Veranlagung ergeben haben.
 2. Stehen die Grundsätze zum Schutz der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit nach den Art. 49 und 56 AEUV, die Art. 15 und 16 der Rahmenrichtlinie, die dem Pluralismus und der Freiheit der Meinungsäußerung dienen, und der unionsrechtliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der Anwendung einer nationalen Regelung über öffentliche audiovisuelle und Rundfunk-Mediendienste wie Art. 43 Abs. 11 und 14 TUSMAR entgegen, nach der sich die Einnahmen, die für die Bestimmung der zweiten 10%-Schwelle maßgebend sind, auch auf Unternehmen beziehen können, die weder abhängige Gesellschaften sind noch beherrschendem Einfluss ausgesetzt sind, sondern nur nach Art. 2359 des Zivilgesetzbuchs (auf den in Art. 43 Abs. 14 verwiesen wird) verbunden sind, obwohl ihnen gegenüber kein Einfluss auf die zu verbreitenden Informationen ausgeübt werden kann?
 3. Stehen die Grundsätze der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit nach den Art. 49 und 56 AEUV, die Art. 15 und 16 der Rahmenrichtlinie, die Grundsätze des Schutzes des Pluralismus bei den Informationsquellen und des Wettbewerbs im Fernsehsektor im Sinne der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste und der Rahmenrichtlinie einer nationalen Regelung wie dem TUSMAR entgegen, die in Art. 43 Abs. 9 und 11 für „Anbieter, die sich in das Register der Anbieter von Kommunikationsdiensten eintragen lassen müssen, das nach Art. 1 Abs. 6 Buchst. a Nr. 5 des Gesetzes Nr. 249 vom 31. Juli 1997 eingerichtet wurde“ (d. h. die Empfänger von Konzessionen oder Genehmigungen auf der Grundlage der geltenden Regelung durch die AGCOM oder andere zuständige Behörden sowie Werbeagenturen aller Art, Verlage usw. nach

Abs. 9), ganz andere Schwellen vorsieht als für Unternehmen, die auf dem Sektor der elektronischen Kommunikation, wie oben (im Rahmen von Abs. 11) definiert, tätig sind (nämlich 20 % bzw. 10%)?

Zu den Vorlagefragen

Zur Zulässigkeit

- 30 Die italienische Regierung hält die erste Frage für hypothetisch, weil der Anteil von Vivendi für das Referenzjahr, selbst wenn der Sektor der elektronischen Kommunikation weiter gefasst worden wäre, wegen der Kontrolle, die Vivendi über Telecom Italia ausübe, 45,9 % der in diesem Sektor erzielten Einnahmen betragen hätte. Die in Art. 43 Abs. 11 TUSMAR vorgesehene Schwelle von 40 % wäre daher in jedem Fall überschritten worden.
- 31 Mediaset macht geltend, dass das Vorabentscheidungsersuchen insgesamt unzulässig sei, da das vorliegende Gericht den nationalen rechtlichen Rahmen nicht klar und kohärent dargestellt und nicht erläutert habe, inwieweit bestimmte Unionsvorschriften, auf die es in seinem Ersuchen Bezug nehme, für die Entscheidung des Ausgangsrechtsstreits erheblich seien.
- 32 Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass es allein Sache des nationalen Gerichts ist, das mit dem Rechtsstreit befasst ist und in dessen Verantwortungsbereich die zu erlassende Entscheidung fällt, anhand der Besonderheiten der Rechtssache sowohl die Erforderlichkeit einer Vorabentscheidung für den Erlass seines Urteils als auch die Erheblichkeit der Fragen zu beurteilen, die es dem Gerichtshof vorlegt. Daher ist der Gerichtshof grundsätzlich gehalten, über ihm vorgelegte Fragen zu befinden, wenn diese die Auslegung einer Vorschrift des Unionsrechts betreffen (Urteil vom 10. Dezember 2018, Wightman u. a., C-621/18, EU:C:2018:999, Rn. 26 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 33 Folglich gilt für Fragen, die das Unionsrecht betreffen, eine Vermutung der Entscheidungserheblichkeit. Der Gerichtshof kann die Beantwortung einer Vorlagefrage eines nationalen Gerichts nur ablehnen, wenn die erbetene Auslegung einer Vorschrift des Unionsrechts offensichtlich in keinem Zusammenhang mit der Realität oder dem Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits steht, wenn das Problem hypothetischer Natur ist oder wenn der Gerichtshof nicht über die tatsächlichen und rechtlichen Angaben verfügt, die für eine zweckdienliche Beantwortung der ihm vorgelegten Fragen erforderlich sind (Urteil vom 10. Dezember 2018, Wightman u. a., C-621/18, EU:C:2018:999, Rn. 27 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 34 Im vorliegenden Fall ist zum Vorbringen der italienischen Regierung festzustellen, dass es bei der ersten Vorlagefrage gerade darum geht, ob die Schwelle von 40 % der gesamten im Sektor der elektronischen Kommunikation erzielten Einnahmen, die festgelegt wurde, um den Zugang der in diesem Sektor tätigen Unternehmen zum IKS zu begrenzen, mit dem Unionsrecht vereinbar ist. Dass Vivendi, wie die italienische Regierung geltend macht, diese Schwelle in jedem Fall überschritten haben soll, ist jedoch unerheblich für die Frage, ob eine solche Schwelle als mit dem Unionsrecht vereinbar angesehen werden kann, was im Wesentlichen das ist, was das vorliegende Gericht wissen möchte. Somit ist die erste Frage nicht hypothetisch im Sinne der in Rn. 33 des vorliegenden Urteils angeführten Rechtsprechung.
- 35 In Bezug auf das Vorbringen von Mediaset ist darauf hinzuweisen, dass das vorliegende Gericht im Vorabentscheidungsersuchen zwar bestimmte Vorschriften des Unionsrechts anführt, ohne ihre Entscheidungserheblichkeit zu erläutern. Das Ersuchen enthält jedoch ausreichende Angaben, um die hinsichtlich der etwaigen Unvereinbarkeit von Art. 43 Abs. 11 TUSMAR mit dem Unionsrecht aufgeworfenen Rechtsfragen verstehen zu können.

36 Folglich sind die Vorlagefragen zulässig.

Zu den Fragen

Einleitende Bemerkungen

- 37 Als Erstes ist festzustellen, dass die erste Vorlagefrage auf Art. 63 AEUV, der den freien Kapitalverkehr betrifft, Bezug nimmt, während die zweite und die dritte Frage auf die Art. 49 und 56 AEUV Bezug nehmen, von denen der erste die Niederlassungsfreiheit und der zweite den freien Dienstleistungsverkehr betrifft. Somit ist zu Beginn zu ermitteln, welche Freiheit im vorliegenden Fall einschlägig ist.
- 38 Die Vorlageentscheidung enthält keine konkreten Anhaltspunkte dafür, dass es im Ausgangsverfahren um die grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen geht. Daher wird der Gerichtshof im Rahmen dieses Vorabentscheidungsersuchens Art. 56 AEUV nicht prüfen.
- 39 In Bezug auf die Niederlassungsfreiheit und den freien Kapitalverkehr ist darauf hinzuweisen, dass für die Frage, ob eine nationale Regelung unter die eine oder die andere dieser Freiheiten fällt, nach ständiger Rechtsprechung auf den Gegenstand der betreffenden Regelung abzustellen ist (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 13. November 2012, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-35/11, EU:C:2012:707, Rn. 90 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 40 Eine nationale Regelung, die nur auf Beteiligungen anwendbar ist, die es ermöglichen, einen sicheren Einfluss auf die Entscheidungen einer Gesellschaft auszuüben und deren Tätigkeiten zu bestimmen, fällt somit in den Anwendungsbereich von Art. 49 AEUV (Urteil vom 13. November 2012, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-35/11, EU:C:2012:707, Rn. 91 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 41 Hingegen sind nationale Bestimmungen, die für Beteiligungen gelten, die in der alleinigen Absicht der Geldanlage erfolgen, ohne dass auf die Verwaltung und Kontrolle des Unternehmens Einfluss genommen werden soll, ausschließlich im Hinblick auf den freien Kapitalverkehr zu prüfen (Urteil vom 13. November 2012, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-35/11, EU:C:2012:707, Rn. 92 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 42 Im vorliegenden Fall besteht das Ziel von Art. 43 TUSMAR in der Kontrolle von Zusammenschlüssen im IKS, um die Entstehung von „beherrschenden Stellungen“ im Sinne des italienischen Rechts auf den einzelnen Märkten, aus denen sich der IKS zusammensetzt, zu verhindern. Mit anderen Worten hat dieser Artikel, zu dem die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Bestimmung gehört, allgemein das Ziel, der Kontrolle, die über die im IKS tätigen Gesellschaften ausgeübt werden kann, Grenzen zu setzen.
- 43 Mit der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Bestimmung, die verhindert, dass eine Gesellschaft, deren Einnahmen im Sektor der elektronischen Kommunikation 40 % der gesamten in diesem Sektor erzielten Einnahmen übersteigen, im IKS Einnahmen erzielt, die höher sind als 10 % der in diesem System erzielten Einnahmen, lassen sich einer solchen Kontrolle Grenzen setzen.
- 44 Des Weiteren hat der Erwerb von 23,94 % des Kapitals von Telecom Italia es Vivendi zum einen ermöglicht, die Mehrheit der Stimmrechte in deren Aktionärsversammlung zu erlangen und infolgedessen die Kontrolle über dieses Unternehmen zu übernehmen. Diese Situation fällt unter die Niederlassungsfreiheit. Zum anderen geht aus der dem Gerichtshof vorliegenden Akte hervor, dass das

Ziel, das Vivendi mit dem Erwerb der Aktien von Mediaset verfolgte, nicht in einer einfachen Geldanlage bestand, sondern darin, in die Geschäftsführung von Mediaset einzugreifen und einen signifikanten Teil des Sektors der italienischen Medien zu erwerben.

- 45 In Anbetracht des allgemeinen Ziels von Art. 43 TUSMAR und des Ziels der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Beteiligung, das darin besteht, im Sinne der in Rn. 40 des vorliegenden Urteils angeführten Rechtsprechung einen sicheren Einfluss über die Entscheidungen von Mediaset auszuüben und deren Tätigkeiten zu bestimmen, ist die vorliegende Rechtssache somit im Hinblick auf die die Niederlassungsfreiheit betreffenden Bestimmungen des AEU-Vertrags zu prüfen.
- 46 Als Zweites ist darauf hinzuweisen, dass die zweite und die dritte Vorlagefrage auf die Art. 15 und 16 der Rahmenrichtlinie, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und den in der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste und der Rahmenrichtlinie angeführten Grundsatz des Wettbewerbs im Fernsehsektor Bezug nehmen.
- 47 Hierzu ist zum einen zu bemerken, dass sowohl die Rahmenrichtlinie als auch die Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste die nationalen Regelungen in ihren jeweiligen Bereichen nicht abschließend harmonisieren und den Mitgliedstaaten für den Erlass von Entscheidungen auf nationaler Ebene ein Ermessen einräumen. Insbesondere bleiben die Mitgliedstaaten gemäß Art. 1 Abs. 3 der Rahmenrichtlinie unter Beachtung des Unionsrechts dafür zuständig, im Allgemeininteresse liegende Ziele insbesondere in Bezug auf die Regulierung von Inhalten und die audiovisuelle Politik zu verfolgen.
- 48 Zum anderen geht aus der Vorlageentscheidung nicht hervor, inwiefern die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Bestimmung gegen die Art. 15 und 16 der Rahmenrichtlinie, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und den in der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste und der Rahmenrichtlinie angeführten Grundsatz des Wettbewerbs im Fernsehsektor verstoßen könnte. Diese Artikel und Grundsätze werden in der Vorlageentscheidung nämlich nur angeführt, ohne dass erläutert würde, in welcher Beziehung sie zu den Vorlagefragen stehen.
- 49 Daher beziehen sich die Vorlagefragen, auch wenn im Rahmen ihrer Prüfung bestimmte Vorschriften dieser beiden Richtlinien gegebenenfalls berücksichtigt werden können, in Wirklichkeit nicht auf die Pflichten, die sich aus diesen Artikeln und Grundsätzen möglicherweise ergeben. Vielmehr geht es darum, zu bestimmen, inwiefern die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Bestimmung über das den Mitgliedstaaten von der Rahmenrichtlinie und der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste belassene Ermessen hinausgeht, was eine Prüfung anhand des Primärrechts, hier Art. 49 AEUV, erfordert.

Zu den Vorlagefragen

- 50 Mit seinen drei Fragen, die zusammen zu prüfen sind, möchte das vorliegende Gericht wissen, ob Art. 49 AEUV dahin auszulegen ist, dass er einer Regelung eines Mitgliedstaats entgegensteht, die bewirkt, dass eine in einem anderen Mitgliedstaat eingetragene Gesellschaft, deren – auch über abhängige oder verbundene Gesellschaften erzielte – Einnahmen im Sektor der elektronischen Kommunikation, wie er für die Zwecke dieser nationalen Regelung definiert wird, mehr als 40 % der gesamten in diesem Sektor erzielten Einnahmen betragen, daran gehindert ist, im IKS Einnahmen zu erzielen, die mehr als 10 % der in diesem System erzielten Einnahmen betragen.
- 51 Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass Art. 49 AEUV jeder nationalen Maßnahme entgegensteht, die zwar ohne Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit anwendbar, aber geeignet ist, die Ausübung der vom AEU-Vertrag garantierten Niederlassungsfreiheit durch die Unionsangehörigen zu behindern oder weniger attraktiv zu machen, und dass solche Behinderungen entstehen können, wenn ein Unternehmen aufgrund nationaler Vorschriften davon abgehalten werden kann, untergeordnete

Einheiten – wie etwa Betriebsstätten – in anderen Mitgliedstaaten zu gründen und seine Tätigkeiten über solche Einheiten auszuüben (Urteil vom 10. Mai 2012, *Duomo Gpa u. a.*, C-357/10 bis C-359/10, EU:C:2012:283, Rn. 35 und die dort angeführte Rechtsprechung).

- 52 Dies ist bei der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Bestimmung der Fall, da sie es jedem – gebietsansässigen oder gebietsfremden – Unternehmen, dessen Einnahmen im Sektor der elektronischen Kommunikation, wie er für die Zwecke dieser Bestimmung definiert wird, 40 % der gesamten in diesem Sektor erzielten Einnahmen ausmachen, verbietet, die Schwelle von 10 % der im IKS erzielten Einnahmen zu überschreiten und damit gegebenenfalls die Kontrolle über ein anderes Unternehmen zu übernehmen, das seinen Sitz im Inland hat und dort Tätigkeiten ausübt.
- 53 So hat im vorliegenden Fall, wie aus den Rn. 17 bis 20 des vorliegenden Urteils hervorgeht, die AGCOM, die eingeschaltet wurde, als Vivendi 28,8 % des Kapitals von Mediaset und 29,94 % der Stimmrechte in deren Aktionärsversammlung erwarb, es Vivendi auf der Grundlage dieser Bestimmung untersagt, die Beteiligungen, die sie an Mediaset erworben hatte oder an Telecom Italia hielt, zu behalten, und ihr aufzugeben, die Beteiligungen an einem der beiden Unternehmen zu beenden, da die in dieser Bestimmung vorgesehenen Schwellenwerte überschritten wurden.
- 54 Art. 43 Abs. 11 TUSMAR hat somit die Freiheit von Vivendi, sich in Italien niederzulassen, dadurch eingeschränkt, dass er Vivendi daran hinderte, durch eine höhere Beteiligung als in ihm vorgesehen mehr Einfluss auf die Geschäftsführung von Mediaset zu nehmen. Er stellt damit eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit im Sinne von Art. 49 AEUV dar.
- 55 Eine solche Beschränkung der Niederlassungsfreiheit ist nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs nur statthaft, wenn sie durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist. Sie muss außerdem geeignet sein, die Erreichung des fraglichen Ziels zu gewährleisten, und darf nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist (Urteil vom 25. Oktober 2017, *Polbud – Wykonawstwo*, C-106/16, EU:C:2017:804, Rn. 52 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 56 Erstens ist zum Vorliegen zwingender Gründe des Allgemeininteresses festzustellen, dass aus den Angaben des vorlegenden Gerichts und den beim Gerichtshof eingereichten Erklärungen hervorgeht, dass Art. 43 Abs. 11 TUSMAR erlassen wurde, um den Pluralismus der Information und der Medien sicherzustellen. Außerdem bestimmt Art. 43 Abs. 5 TUSMAR, dass die AGCOM die Maßnahmen erlassen muss, die notwendig sind, um insbesondere die in Abs. 11 dieses Artikels genannten Stellungen oder jede andere für den Pluralismus der Medien schädliche Stellung zu beseitigen oder zu verhindern.
- 57 Der Gerichtshof hat entschieden, dass die Wahrung der Freiheiten, die durch Art. 11 der Grundrechtecharta, der in seinem Abs. 2 die Freiheit und den Pluralismus der Medien nennt, geschützt werden, unbestreitbar ein im Allgemeininteresse liegendes Ziel darstellt, dessen Bedeutung in einer demokratischen und pluralistischen Gesellschaft nicht genug betont werden kann (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 22. Januar 2013, *Sky Österreich*, C-283/11, EU:C:2013:28, Rn. 52 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 58 Im Protokoll Nr. 29 über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in den Mitgliedstaaten, das dem EU- und dem AEU-Vertrag beigefügt ist, wird ebenfalls auf den Pluralismus der Medien Bezug genommen und erklärt, dass „der öffentlich-rechtliche Rundfunk in den Mitgliedstaaten unmittelbar mit den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen jeder Gesellschaft sowie mit dem Erfordernis verknüpft ist, den Pluralismus in den Medien zu wahren“.
- 59 Im vorliegenden Fall könnte die sich aus Art. 43 Abs. 11 TUSMAR ergebende Beschränkung der Niederlassungsfreiheit somit grundsätzlich mit einem zwingenden Grund des Allgemeininteresses, und zwar dem Schutz des Pluralismus der Information und der Medien, gerechtfertigt werden.

- 60 Zweitens ist zur Verhältnismäßigkeit dieser Beschränkung im Hinblick auf das verfolgte Ziel festzustellen, dass Art. 43 Abs. 9 TUSMAR vorsieht, dass es den Anbietern, die sich in das Register der Anbieter von Kommunikationsdiensten eintragen lassen müssen, verboten ist, mehr als 20 % der gesamten im IKS erzielten Einnahmen zu erzielen. Damit wird eine allgemeine Regel aufgestellt, die nur für Unternehmen gilt, die im Bereich der elektronischen Kommunikation tätig sind.
- 61 Mit Art. 43 Abs. 11 TUSMAR wird eine noch speziellere Regelung als die des Art. 43 Abs. 9 TUSMAR eingeführt, die nur diejenigen Unternehmen des Sektors der elektronischen Kommunikation, wie dieser für die Zwecke dieser Bestimmung definiert wird, betrifft, die mehr als 40 % der gesamten Einnahmen dieses Sektors erzielen, und es solchen Unternehmen verbietet, mehr als 10 % der gesamten im IKS erzielten Einnahmen zu erzielen.
- 62 Die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Bestimmung verhindert somit im Wesentlichen, dass ein einziges Unternehmen selbst oder über seine Tochtergesellschaften einen bedeutenden Teil des Mediensektors in Italien erwirbt, wenn es bereits über eine beträchtliche Marktmacht im Sektor der elektronischen Kommunikation in diesem Mitgliedstaat verfügt.
- 63 Da ein Verbot, wie es sich aus dieser Bestimmung ergibt, aber eine Abweichung vom Grundsatz der Niederlassungsfreiheit darstellt, haben die nationalen Behörden darzutun, dass diese Bestimmung dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht, d. h., dass sie erforderlich ist, um das angestrebte Ziel zu erreichen, und dass sich das angestrebte Ziel nicht durch Verbote oder Beschränkungen erreichen ließe, die weniger weit gehen oder die Ausübung dieser Freiheit weniger beeinträchtigen würden (vgl. entsprechend Urteil vom 23. Dezember 2015, Scotch Whisky Association u. a., C-333/14, EU:C:2015:845, Rn. 53 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 64 Im vorliegenden Fall ist festzustellen, dass aus dem fünften Erwägungsgrund der Rahmenrichtlinie hervorgeht, dass es unter Berücksichtigung der Verschmelzung von Telekommunikation, Medien und Informationstechnologien zwar Verbindungen zwischen den beiden von Art. 43 Abs. 11 TUSMAR erfassten Sektoren gibt.
- 65 Wie der Generalanwalt in Nr. 74 seiner Schlussanträge im Wesentlichen ausgeführt hat, ließe sich angesichts der Nähe zwischen dem Sektor der elektronischen Kommunikation und dem Mediensektor vertreten, dass Unternehmen, die bereits eine „beherrschende Stellung“ im ersten Sektor innehaben, hinsichtlich der Möglichkeit, diese Stellung auszunutzen, um ihre Stellung im zweiten Sektor zu stärken, gewisse Grenzen gesetzt werden.
- 66 Der Gerichtshof hat jedoch bereits entschieden, dass die verschiedenen Richtlinien, aus denen der neue für elektronische Kommunikationsdienste geltende Rechtsrahmen besteht und zu denen die Rahmenrichtlinie gehört, eine klare Unterscheidung zwischen der Produktion von Inhalten, die eine redaktionelle Kontrolle voraussetzt, und der Übertragung von Inhalten ohne jede redaktionelle Kontrolle treffen, wobei die Inhalte und ihre Übertragung unter getrennte Regelungen fallen, die jeweils eigene Ziele verfolgen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 13. Juni 2019, Google, C-193/18, EU:C:2019:498, Rn. 31 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 67 Wegen dieser klaren Unterscheidung zwischen der Produktion von Inhalten und der Übertragung von Inhalten üben Unternehmen, die im Sektor der elektronischen Kommunikation tätig sind und eine Kontrolle über die Übertragung und Übermittlung von Inhalten ausüben, nicht zwangsläufig eine Kontrolle über deren Produktion aus, die eine redaktionelle Kontrolle voraussetzt.
- 68 Im vorliegenden Fall verweist die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Bestimmung nicht auf diese Verbindungen zwischen der Produktion von Inhalten und der Übertragung von Inhalten und ist auch nicht derart formuliert, dass sie speziell im Zusammenhang mit diesen Verbindungen Anwendung findet.

- 69 Diese Bestimmung verbietet es Unternehmen, deren Einnahmen im Sektor der elektronischen Kommunikation, wie dieser für die Zwecke dieser Bestimmung definiert wird, mehr als 40 % der gesamten in diesem Sektor erzielten Einnahmen betragen, absolut, im IKS Einnahmen zu erzielen, die mehr als 10 % der in diesem System erzielten Einnahmen betragen.
- 70 Um zu ermitteln, ob eine Bestimmung wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende geeignet ist, dieses spezielle Ziel zu erreichen, nämlich die negativen Auswirkungen der Verschmelzung zwischen dem Sektor der elektronischen Kommunikation und dem IKS zu verhindern, ist somit zu prüfen, in welchem Zusammenhang die in dieser Bestimmung festgelegten Schwellenwerte und das für den Pluralismus der Medien bestehende Risiko stehen.
- 71 Was zunächst die Definition des Sektors der elektronischen Kommunikation betrifft, ergibt sich aus dem Vorabentscheidungsersuchen, dass die AGCOM diesen Sektor eng definiert, und zwar in dem Sinne, dass er die Märkte erfasst, die einer Vorabregelung unterliegen können.
- 72 Wie aus den Art. 15 und 16 der Rahmenrichtlinie in Verbindung mit deren Erwägungsgründen 25 und 27 hervorgeht, handelt es sich bei diesen Märkten um diejenigen des Sektors der elektronischen Kommunikation im Allgemeinen einschließlich der neuen Märkte, auf denen kein wirksamer Wettbewerb besteht, die von der Kommission als relevante Produkt- oder Dienstmärkte definiert wurden, damit die zuständigen nationalen Behörden gegebenenfalls Vorabverpflichtungen einführen, die darauf abzielen, die Vorschriften des Wettbewerbsrechts zu ergänzen, um die auf diesen Märkten bestehenden Schwierigkeiten zu lösen (Urteil vom 3. Dezember 2009, Kommission/Deutschland, C-424/07, EU:C:2009:749, Rn. 56 und 64).
- 73 Es erweist sich daher, dass der Mechanismus der Vorabverpflichtungen dazu bestimmt ist, spezifische Probleme zu lösen, die auf spezifischen Märkten des Sektors der elektronischen Kommunikation auftreten, und nicht dazu, den Pluralismus im Mediensektor dadurch zu gewährleisten, dass er es ermöglicht, unter den Unternehmen, die bereits über eine beträchtliche Marktmacht im Sektor der elektronischen Kommunikation verfügen, diejenigen zu ermitteln, die eine „wichtige wirtschaftliche Dimension“ im IKS erreichen könnten.
- 74 Wie der Generalanwalt in den Nrn. 51, 52, 79 und 80 seiner Schlussanträge im Wesentlichen ausgeführt hat, nimmt die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Bestimmung, wie sie von der AGCOM ausgelegt wird, dadurch, dass sie die Definition des Sektors der elektronischen Kommunikation auf die Märkte beschränkt, die einer Vorabregelung unterliegen können, Märkte vom Sektor der elektronischen Kommunikation aus, die eine wachsende Bedeutung für die Übertragung von Informationen haben, nämlich Mobilfunkleistungen an Endkunden oder andere, mit dem Internet zusammenhängende Dienstleistungen der elektronischen Kommunikation und Satellitenrundfunkdienste. Diese sind jedoch zum Hauptzugangsweg zu den Medien geworden, so dass es nicht gerechtfertigt ist, sie von dieser Definition auszunehmen.
- 75 Was sodann die in Art. 43 Abs. 11 TUSMAR festgelegte Schwelle von 10 % der gesamten im IKS erzielten Einnahmen anbelangt, ist zu bemerken, dass es für sich genommen kein Indiz für die Gefahr eines Einflusses auf den Pluralismus der Medien ist, wenn Einnahmen erzielt werden, die 10 % der gesamten im IKS erzielten Einnahmen betragen. Aus Art. 2 Abs. 1 Buchst. s TUSMAR geht nämlich hervor, dass das IKS die verschiedensten Märkte umfasst. Müssten die gesamten von einem Unternehmen im IKS erzielten Einnahmen in einem einzigen der das IKS bildenden Märkte konzentriert sein, so dass der für diesen Markt erreichte Prozentsatz weit über 10 %, bei Berücksichtigung sämtlicher, das IKS bildender Märkte aber unter 10 % läge, wäre die Tatsache, dass die Schwelle von 10 % der gesamten im IKS erzielten Einnahmen nicht erreicht wird, nicht geeignet, jedwede Gefahr für den Pluralismus der Medien auszuschließen. Ebenso ließe sich in dem Fall, dass die Schwelle von 10 % der gesamten im IKS erzielten Einnahmen erreicht würde, diese 10 % der

Einnahmen sich aber auf die einzelnen, das IKS bildenden Märkte verteilen würden, daraus, dass diese Schwelle von 10 % erreicht oder überschritten wird, nicht zwangsläufig auf das Vorliegen einer Gefahr für den Pluralismus der Medien schließen.

- 76 Was schließlich die Tatsache angeht, dass die AGCOM für die Ermittlung der von einem Unternehmen im Sektor der elektronischen Kommunikation oder im IKS erzielten Einnahmen nicht nur die Einnahmen berücksichtigt, die über „abhängige“ Gesellschaften erzielt werden, sondern auch diejenigen, die über „verbundene“ Gesellschaften erzielt werden, auf die das betreffende Unternehmen einen „beträchtlichen Einfluss“ im Sinne von Art. 2359 Abs. 3 des Zivilgesetzbuchs ausübt, ist festzustellen, dass aus dem Vorabentscheidungsersuchen hervorgeht, dass eine solche Praxis zu einer doppelten Berücksichtigung von Einnahmen führen und so die Berechnung der im IKS erzielten Einnahmen verfälschen kann. Denn dieselben Einnahmen einer im IKS tätigen Gesellschaft können damit sowohl bei der Berechnung der Einnahmen eines Unternehmens berücksichtigt werden, das sein Minderheitsaktionär ist, als auch bei der Berechnung der Einnahmen eines Unternehmens, das sein Mehrheitsaktionär ist und es tatsächlich kontrolliert.
- 77 Außerdem ist darauf hinzuweisen, dass die über eine „verbundene Gesellschaft“ ausgeübte „Kontrolle“ auf eine breit angelegte Vermutung gestützt ist, wonach eine Gesellschaft einen „beträchtlichen Einfluss“ über eine andere Gesellschaft ausübt, wenn sie ein Fünftel der Stimmrechte in der Aktionärsversammlung dieser anderen Gesellschaft ausüben kann, oder ein Zehntel, wenn sie Aktien hält, die an reglementierten Märkten notiert sind. Solche Umstände vermögen jedoch nicht zu belegen, dass die erste Gesellschaft auf die zweite tatsächlich einen Einfluss ausüben kann, der geeignet ist, den Pluralismus der Medien und der Information zu beeinträchtigen.
- 78 In einer Situation wie der des Ausgangsverfahrens scheint die Gleichsetzung der Situation einer „abhängigen Gesellschaft“ mit der einer „verbundenen Gesellschaft“ im Rahmen der Berechnung der von einem Unternehmen im Sektor der elektronischen Kommunikation oder im IKS erzielten Einnahmen nicht mit dem Ziel vereinbar, das mit der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Bestimmung verfolgt wird.
- 79 Folglich kann diese Bestimmung nicht als geeignet angesehen werden, das mit ihr verfolgte Ziel zu erreichen, da sie Schwellen festlegt, die zu dem für den Pluralismus der Medien bestehenden Risiko insoweit in keinem Zusammenhang stehen, als sich anhand dieser Schwellen nicht ermitteln lässt, ob und in welchem Umfang ein Unternehmen tatsächlich in der Lage ist, auf den Inhalt der Medien Einfluss zu nehmen.
- 80 Nach alledem ist auf die Vorlagefragen zu antworten, dass Art. 49 AEUV dahin auszulegen ist, dass er einer Regelung eines Mitgliedstaats entgegensteht, die bewirkt, dass eine in einem anderen Mitgliedstaat eingetragene Gesellschaft, deren Einnahmen im Sektor der elektronischen Kommunikation, wie er für die Zwecke dieser nationalen Regelung definiert wird, mehr als 40 % der gesamten in diesem Sektor erzielten Einnahmen betragen, daran gehindert ist, im IKS Einnahmen zu erzielen, die mehr als 10 % der in diesem System erzielten Einnahmen betragen.

Kosten

- 81 Für die Parteien des Ausgangsverfahrens ist das Verfahren ein Zwischenstreit in dem beim vorlegenden Gericht anhängigen Rechtsstreit; die Kostenentscheidung ist daher Sache dieses Gerichts. Die Auslagen anderer Beteiligter für die Abgabe von Erklärungen vor dem Gerichtshof sind nicht erstattungsfähig.

Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof (Fünfte Kammer) für Recht erkannt:

Art. 49 AEUV ist dahin auszulegen, dass er einer Regelung eines Mitgliedstaats entgegensteht, die bewirkt, dass eine in einem anderen Mitgliedstaat eingetragene Gesellschaft, deren Einnahmen im Sektor der elektronischen Kommunikation, wie er für die Zwecke dieser Regelung definiert wird, mehr als 40 % der gesamten in diesem Sektor erzielten Einnahmen betragen, daran gehindert ist, im integrierten Kommunikationssystem Einnahmen zu erzielen, die mehr als 10 % der in diesem System erzielten Einnahmen betragen.

Unterschriften