5. In Fällen, die die Würdigung komplexer wirtschaftlicher Gegebenheiten einschließen, wie die, mit denen die Kommission konfrontiert wird, wenn ein Unternehmen den Erlaß einstweiliger Maßnahmen auf der Grundlage von Artikel 3 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 beantragt, hat sich die gerichtliche Prüfung darauf zu beschränken, ob die Verfahrensvorschriften und die Begründungspflicht beachtet worden sind, ob der Sachverhalt zutreffend festgestellt worden ist und ob kein offensichtlicher Beurteilungsfehler und kein Ermessensmißbrauch vorliegen.

In solchen Fällen, in denen die Organe der Gemeinschaft über einen Beurteilungsspielraum verfügen, um ihre Aufgaben erfüllen zu können, kommt der Beachtung der Garantien, die die Gemeinschaftsrechtsordnung im Verwaltungsverfahren gewährt, eine um so größere Bedeutung zu. Zu diesen Garantien gehört insbesondere die Verpflichtung der Kommission, sorgfältig und unparteiisch alle relevanten Gesichtspunkte des Einzelfalles zu untersuchen.

URTEIL DES GERICHTS (Erste Kammer)
24. Januar 1992 *

In der Rechtssache T-44/90

La Cinq SA, Gesellschaft französischen Rechts, Paris, Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Gilbert Parleani, Paris, Zustellungsanschrift: Kanzlei des Rechtsanwalts Philippe Hoss, 15, Côte d'Eich, Luxemburg,

Klägerin,

gegen

Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch B. J. Drijber und E. Buissart, Juristischer Dienst, Zustellungsbevollmächtigter: Roberto Hayder, zum Juristischen Dienst abgeordneter nationaler Beamter, Centre Wagner, Luxemburg-Kirchberg,

Beklagte,

* Verfahrenssprache: Französisch.

unterstützt durch

Europäische Rundfunk- und Fernseh-Union, Gesellschaft Schweizer Rechts, Genf, Prozeßbevollmächtigter: Professor Hanns Ullrich, Universität München, Zustellungsanschrift: Kanzlei des Rechtsanwalts Jean Welter, 100, boulevard de la Pétrusse, Luxemburg,

Streithelferin,

wegen Nichtigerklärung der Entscheidung der Kommission vom 14. August 1990 betreffend ein Verfahren zur Anwendung der Artikel 85 und 86 EWG-Vertrag (IV/33.249 — La Cinq SA/Europäische Rundfunk- und Fernseh-Union)

erläßt

DAS GERICHT (Erste Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten J. L. Cruz Vilaça, der Richter R. Schintgen, D. A. O. Edward, H. Kirschner und K. Lenaerts,

Kanzler: H. Jung

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 2. Juli 1991,

folgendes

Urteil

Sachverhalt

1 Die vorliegende Klage richtet sich gegen eine Entscheidung der Kommission vom 14. August 1990, mit der diese einen Antrag auf einstweilige Maßnahmen ablehnte, der von der Klägerin im Rahmen von Beschwerden gestellt worden war, die sie bei der Kommission erhoben hatte und in denen sie die Vereinbarkeit von Handlungen der Europäischen Rundfunk- und Fernseh-Union (nachfolgend: EBU) mit den Artikeln 85 und 86 EWG-Vertrag in Frage stellte.

2 Die Klägerin ist eine 1987 gegründete Gesellschaft französischen Rechts, die von den zuständigen französischen Behörden die Erlaubnis erhalten hat, in Frankreich über einen Zeitraum von zehn Jahren — bis zum 1. März 1997 — auf terrestrischem Wege ein unverschlüsseltes privates Fernsehprogramm auszustrahlen.

3 Die EBU ist ein 1950 gegründeter berufsständischer Zusammenschluß von Rundfunkanstalten, der seinen Sitz in Genf hat und keinen Erwerbszweck verfolgt. Nach Artikel 2 ihrer Satzung hat die EBU die Aufgabe, die Zusammenarbeit unter den Mitgliedern und mit Rundfunkanstalten der ganzen Welt zu fördern und die Interessen ihrer Mitglieder in Programmfragen sowie rechtlichen, technischen und anderen Angelegenheiten zu vertreten. Sie hat 39 aktive Mitglieder in 32 Ländern des europäischen Sendegebiets.

4 Als die EBU gegründet wurde, wurden Rundfunk- und Fernsehdienstleistungen in Europa fast ausschließlich von Einrichtungen erbracht, die dem öffentlichen Sektor angehörten oder mit einer öffentlichen Aufgabe betraut waren und die häufig ein Monopol besaßen. Während der zweiten Hälfte der achtziger Jahre — die durch die Entstehung vorwiegend kommerzieller Rundfunk- und Fernsehunternehmen gekennzeichnet war — nahm die EBU private Fernsehanstalten auf, wie die französischen Gesellschaften Canal Plus und TF 1, die nach ihrer Privatisierung im Jahre 1986 aktives Mitglied blieb. Im gleichen Zeitraum verlor der audiovisuelle Bereich infolge bedeutsamer technischer Entwicklungen seine ursprüngliche relative Einheitlichkeit, da neue Arten nationaler, regionaler oder grenzüberschreitender Anbieter, die teilweise auf bestimmte Programmbereiche (Kultur, Sport, Musik) spezialisiert waren oder sich durch Abonnements finanzierten („Abonnentenfernsehen"), auf dem Markt auftauchten, um sich die Ausstrahlung von Fernsehprogrammen über Kabel und Satellit zunutze zu machen.

5 Die Satzung der EBU wurde 1988 geändert, um, wie die EBU selbst angibt, „die Verpflichtung der Mitglieder zur Erfüllung einer besonderen, im öffentlichen Interesse liegenden Aufgabe, die ihnen aufgrund ihrer Rechtsordnung und/oder der nationalen Praxis obliegt und die sie als besondere Gruppe von Rundfunkanstalten kennzeichnet, die gemeinsame Verpflichtungen und Interessen besitzen", hervorzuheben. Um den wohlerworbenen Rechten der alten Mitglieder Rechnung zu tra-

gen, wird in Artikel 21 der geänderten Satzung der EBU klargestellt, daß Artikel 3 Absatz 2 in seiner neuen Fassung die Rechtsstellung der Anstalten, die bei seinem Inkrafttreten am 1. März 1988 bereits aktive Mitglieder waren, aber nun nicht mehr alle dort genannten Voraussetzungen erfüllen, nicht beeinträchtigt.

6 Artikel 3 der Satzung der EBU hat in seiner neuen Fassung, soweit er für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits von Bedeutung ist, folgenden Wortlaut:

„§ 1. Die Mitglieder der EBU sind in zwei Gruppen aufgeteilt:

a) aktive Mitglieder;

b) assoziierte Mitglieder.

§ 2. Als aktive Mitglieder der EBU werden zugelassen Rundfunkanstalten oder deren Zusammenschlüsse aus einem Mitgliedsland der Internationalen Organisation für das Fernmeldewesen (ITU), das im europäischen Sendegebiet im Sinne der dem Internationalen Fernmeldevertrag beigefügten Verordnung über Radiokommunikation liegt, die in diesem Land mit Genehmigung der zuständigen Behörden ein Rundfunkprogramm nationalen Charakters und nationaler Bedeutung ausstrahlen und außerdem nachweisen, daß sie die folgenden Voraussetzungen erfüllen:

a) Sie sind verpflichtet, sämtliche Einwohner ihres Landes zu versorgen, und versorgen tatsächlich bereits zumindest einen wesentlichen Teil davon, wobei sie alle ihre Möglichkeiten ausschöpfen, um in angemessener Zeit die Gesamtversorgung sicherzustellen.

b) Sie sind verpflichtet, ein vielseitiges und ausgewogenes Programm für alle Bevölkerungsschichten anzubieten, das einen angemessenen Anteil von Programmen für besondere und Minderheitsinteressen der verschiedenen Gruppen der Öffentlichkeit enthält und vom Verhältnis zwischen den Kosten und den Einschaltquoten der Sendungen unabhängig ist, und erfüllen diese Verpflichtung.

c) Sie produzieren einen wesentlichen Teil der ausgestrahlten Programme selbst und/oder lassen ihn unter ihrer eigenen Kontrolle produzieren.

...

§ 6. Assoziierte Mitglieder und Nichtmitglieder der EBU können auf Vertragsbasis Zugang zur Eurovision erhalten. Der Zugang wird durch Entscheidung des Verwaltungsrats gewährt oder entzogen."

7 Programme werden unter den aktiven Mitgliedern der EBU hauptsächlich im Rahmen der Eurovision ausgetauscht. Sie besteht seit 1954 und bildet einen wesentlichen Teil der Ziele der EBU. Ihre Aufgabe wird in Artikel 3 § 5 der Satzung wie folgt beschrieben:

„Die Eurovision beruht auf der Verpflichtung der Mitglieder, sich gegenseitig ihre Berichterstattung über wichtige Ereignisse sowie ihre aktuellen Berichte und ihre Berichterstattung über sportliche und kulturelle Ereignisse, die in ihrem Land stattfinden, anzubieten, soweit sie für die übrigen Mitglieder der Eurovision von Interesse sein können."

8 Bis 1987 war die Nutzung der Leistungen der EBU ausschließlich ihren Mitgliedern vorbehalten. Artikel 3 § 6 der Satzung, der durch die Änderung von 1988 angefügt wurde, sieht für assoziierte Mitglieder und Nichtmitglieder der EBU einen Zugang zur Eurovision auf Vertragsbasis vor. Dieser Zugang zum System des Austauschs von Eurovisionsprogrammen auf Vertragsbasis oder durch Unterlizenz erlaubt es Nichtmitgliedern, ihre eigenen (insbesondere Sport- und Nachrichten-)Programme zu vervollständigen, sofern sie nicht selbst die Übertragungsrechte auf dem Markt erworben haben. Nach dem sogenannten „Embargo-Prinzip" erhalten Nichtmitglieder grundsätzlich nur das Recht auf eine zeitversetzte Übertragung.

9 Am 3. April 1989 meldete die EBU bei der Kommission ihre Regeln betreffend den Erwerb von Fernsehrechten für Sportveranstaltungen, den Austausch von Sportprogrammen im Rahmen von Eurovision und den vertraglichen Zugang für Dritte zu solchen Programmen an und beantragte gleichzeitig ein Negativattest oder ersatzweise eine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag. Durch Veröffentlichung gemäß Artikel 19 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962, Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages (ABl. 1962, 13, S. 204, nachfolgend: Verordnung Nr. 17) teilte die Kommission den wesentlichen Inhalt dieser Anmeldung im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* (ABl. 1990, C 251, S. 2) mit und gab ihre Absicht bekannt, hierüber eine positive Entscheidung zu treffen. In der mündlichen Verhandlung hat die Kommission dem Gericht jedoch erklärt, sie habe festgestellt, daß die praktische Durchführung der angemeldeten Regeln zu Problemen führe, und habe der EBU daraufhin eine Mitteilung von Beschwerdepunkten übersandt.

10 Aus den Akten ergibt sich, daß die Klägerin seit ihrer Gründung mehrfach (je einmal in den Jahren 1987, 1988 und 1990 und zweimal im Jahr 1989) entweder direkt oder über den Organisme français de radiodiffusion et de télévision (Französische Rundfunk- und Fernsehanstalt, nachfolgend: OFRT), ein Mitglied der EBU, dem die Klägerin seit 1987 angehört, Anträge auf Aufnahme in die EBU stellte. Der letzte Aufnahmeantrag, den die Klägerin im Februar 1990 direkt bei der EBU stellte, wurde mit am 1. Juni 1990 mitgeteilter Entscheidung abgelehnt.

11 Die Klägerin erhob am 28. Juli 1989 eine erste Beschwerde bei der Kommission, in der sie unter Hinweis auf die wiederholte Weigerung der EBU, sie als Mitglied zuzulassen, geltend machte, daß sie von dieser diskriminiert werde, da ihr nur ein indirekter vertraglicher Zugang zu den Leistungen der EBU und insbesondere zum Eurovisionsnetz offenstehe, der außerdem sehr ungünstige Bedingungen aufweise. Die Verhaltensweisen, die sie der EBU vorwerfe, könnten als Absprache im Sinne von Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag oder als mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung im Sinne von Artikel 86 EWG-Vertrag eingestuft werden. Sie forderte von der Kommission, das Vorliegen von mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbaren wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen der EBU oder ihrer Mitglieder festzustellen, daraus die rechtlichen Folgerungen für deren Beendigung zu ziehen und zu diesem Zweck die EBU zu verpflichten, die Klägerin als Mitglied aufzunehmen. Als einstweilige Maßnahmen, die nach Ansicht der Klägerin

durch den Schaden, der sich für sie aus den Beschränkungen des Zugangs zum Markt für Sport- und Nachrichtenübertragungen ergab, und durch die Wirkungen dieser Beschränkungen auf den Fernsehwerbungsmarkt gerechtfertigt waren, beantragte sie bei der Kommission, festzustellen, daß die Organe der EBU unter Verstoß gegen Artikel 3 ihrer Satzung, der die Klägerin berechtigt, aktives Mitglied dieser Vereinigung zu werden, in ermessensfehlerhafter und vor allem diskriminierender Weise ihren Aufnahmeantrag abgelehnt haben, und sie daher zu verpflichten, innerhalb einer festzulegenden Frist erneut über den Aufnahmeantrag der Klägerin zu beschließen oder ihr zumindest die gleiche Rechtsstellung wie einem aktiven Mitglied zu verschaffen.

12 Am 9. April 1990 übersandte die Klägerin der Kommission nach einer Aufforderung durch Herrn Overbury, Direktor in der Generaldirektion IV „Wettbewerb", ein Schreiben, in dem sie die Entwicklung ihrer Beziehungen zur EBU darstellte, und verwies auf die Notwendigkeit für jeden nicht spezialisierten Sender wie die Klägerin, aktives Mitglied der EBU zu sein, um auf dem Markt insbesondere in bezug auf die beiden Übertragungssparten Nachrichten und Sport wettbewerbsfähig zu sein. In ihrem Schreiben lenkte die Klägerin die Aufmerksamkeit auf die marktbeherrschende Stellung der EBU bei diesen beiden Übertragungssparten und bemühte sich um den Nachweis, daß sie alle satzungsmäßigen Voraussetzungen für die Aufnahme als aktives Mitglied dieser Vereinigung erfülle, wobei sie zum einen die diskriminierende Lage hervorhob, in der sie sich aufgrund der Weigerung der EBU, sie als Mitglied aufzunehmen, befinde, und zum anderen auf den „Alibicharakter" hinwies, den der ihr zugestandene vertragliche Zugang besitze.

13 Im Anschluß an die letzte Ablehnung ihrer Aufnahme durch die EBU reichte die Klägerin am 12. Juli 1990 bei der Kommission eine „Wiederholung der Beschwerde mit Antrag auf Sicherungsmaßnahmen" ein. Sie nahm darin auf ihre frühere Beschwerde Bezug und beantragte im Hinblick auf die Dringlichkeit und das unmittelbare Bevorstehen eines nicht wiedergutzumachenden Schadens erneut den Erlaß von Sicherungsmaßnahmen, die aus einer zweifachen Aufforderung an die EBU bestehen sollten: Zum einen sei der Klägerin bis zum Ende des Rechtsstreits „ausreichender Zugang" zu gewähren, um den Wettbewerb hinsichtlich aller durch Eurovision angebotenen Übertragungen von Sportereignissen zu gewährleisten, und zum anderen sei ihre Bewerbung in einer außerordentlichen Hauptversammlung unverzüglich umfassend und unvoreingenommen zu beraten.

14 In der angefochtenen Entscheidung vom 14. August 1990 wies die Kommission den Antrag auf Sicherungsmaßnahmen mit der Begründung zurück, daß die für ihren Erlaß notwendigen Voraussetzungen nicht erfüllt seien. Für die Kommission ergab sich bei einer ersten summarischen Prüfung des Sachverhalts kein eindeutiger und offenkundiger Verstoß gegen die Artikel 85 und 86 EWG-Vertrag, und sie hielt es nicht für wahrscheinlich, daß der Klägerin ohne ein Eingreifen der Kommission ein nicht wiedergutzumachender Schaden entstehen würde, zumal die Klägerin vertraglichen Zugang zu den Übertragungen der EBU habe und somit eine beträchtliche Anzahl wichtiger Sportereignisse ausstrahlen könne. Aus den gleichen Gründen fehle es auch an einer besonderen Dringlichkeit, die den Erlaß der beantragten Maßnahmen rechtfertigen könnte.

Verfahren

15 Die Klägerin hat mit Klageschrift, die am 12. Oktober 1990 in das Register der Kanzlei des Gerichts eingetragen wurde, gemäß Artikel 173 Absatz 2 EWG-Vertrag Klage erhoben auf Nichtigerklärung der Entscheidung der Kommission vom 14. August 1990 (IV/33.249 — La Cinq SA/Europäische Rundfunk- und Fernseh-Union).

16 Im Anschluß an eine informelle Zusammenkunft mit den Parteien, die auf Vorladung des Gerichts am 31. Januar 1991 stattfand, hat die Klägerin mit Schreiben vom 11. Februar 1991 auf die Einreichung einer Erwiderung verzichtet.

17 Die EBU ist durch Beschluß des Gerichts (Erste Kammer) vom 31. Januar 1991 als Streithelferin zur Unterstützung der Anträge der Beklagten zugelassen worden. Die Erklärungen der Streithelferin sind am 13. März 1991 in der Kanzlei eingegangen.

18 Mit Schreiben vom 8. April 1991 hat die Kommission ihre schriftlichen Erklärungen zum Streithilfeschriftsatz der EBU eingereicht. Die Klägerin hat am 15. April 1991 ebenfalls Erklärungen zum Schriftsatz der Streithelferin eingereicht.

19 Das Gericht (Erste Kammer) hat auf Bericht des Berichterstatters beschlossen, die mündliche Verhandlung ohne vorherige Beweisaufnahme zu eröffnen, und hat die Klägerin aufgefordert, in der mündlichen Verhandlung genaue Angaben zu dem von ihr geltend gemachten schweren und nicht wiedergutzumachenden Schaden vorzulegen. Mit Schriftsatz, der am 27. Juni 1991 in der Kanzlei eingegangen ist, hat die Klägerin die ihr vom Gericht gestellten Fragen beantwortet.

20 Die Beteiligten haben in der Sitzung vom 2. Juli 1991 mündlich verhandelt und Fragen des Gerichts beantwortet. Am Ende der Sitzung hat der Präsident die mündliche Verhandlung für geschlossen erklärt.

21 Die Klägerin beantragt,

— die Entscheidung der Kommission vom 14. August 1990 für nichtig zu erklären;

— die Prüfung des Antrags auf Sicherungsmaßnahmen an die Kommission zurückzuverweisen;

— der Kommission die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

22 Die Kommission beantragt,

— die Klage als unbegründet abzuweisen;

— der Klägerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

23 Die Europäische Rundfunk- und Fernseh-Union beantragt,

— die Klage als unbegründet abzuweisen;

— der Klägerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der Streithelferin aufzuerlegen.

Begründetheit

24 Die Klägerin stützt ihren Antrag auf Nichtigerklärung im wesentlichen auf zwei Gründe. Die streitige Entscheidung sei zum einen unzureichend begründet und zum anderen mit offensichtlichen sachlichen und rechtlichen Fehlern behaftet. Mit dieser Begründung wendet sie sich gegen die Feststellungen der Kommission zu den von dieser für nötig erachteten Voraussetzungen für die Ausübung ihrer Befugnis zum Erlaß einstweiliger Maßnahmen.

25 Die Kommission hat in ihrer Entscheidung ausgeführt, die nötigen Voraussetzungen für den Erlaß einstweiliger Maßnahmen in einem Fall der vorliegenden Art seien:

— die Feststellung einer Zuwiderhandlung anhand hinreichend eindeutiger Anhaltspunkte für das wahrscheinliche Vorliegen einer Zuwiderhandlung;

— die Wahrscheinlichkeit eines schweren und nicht wiedergutzumachenden Schadens für den Antragsteller, wenn die Kommission nicht eingreife;

— der Nachweis der Dringlichkeit.

26 Unter diesen Umständen ist vor der Prüfung des Vorbringens der Beteiligten zu klären, welche Voraussetzungen nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes vorliegen müssen, damit die Kommission ihre Befugnis zum Erlaß einstweiliger Maßnahmen im Rahmen der Anwendung der Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrags ausüben kann.

27 Der Gerichtshof hat die Befugnis der Kommission in diesem Bereich im Beschluß vom 17. Januar 1980 in der Rechtssache 792/79 R (Camera Care/Kommission, Slg. 1980, 119) anerkannt. Danach kann die Kommission bei der Ausübung der ihr vom Vertrag und von der Verordnung Nr. 17 auf dem Gebiet des Wettbewerbs übertragenen Kontrolle gemäß Artikel 3 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 entscheiden, ob einstweilige Maßnahmen zu treffen sind, wenn sie mit einem entsprechenden Antrag befaßt ist.

28 Ferner ergibt sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes (Beschluß Camera Care, a. a. O., Randnrn. 14 und 18, und Beschluß des Präsidenten des Gerichtshofes vom 29. September 1982 in den verbundenen Rechtssachen 228/82 und 229/82 R, Ford/Kommission, Slg. 1982, 3091, Randnr. 13), daß Sicherungsmaßnahmen nur ergriffen werden können, wenn die Wettbewerbspraktiken bestimmter Unternehmen auf den ersten Blick einen Verstoß gegen die gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregeln darstellen können, der durch eine Entscheidung der Kommission geahndet werden kann. Außerdem dürfen solche Maßnahmen nur im Fall erwiesener Dringlichkeit und nur mit dem Ziel ergriffen werden, einer Situation entgegenzutreten, die geeignet ist, der den Erlaß der Maßnahmen beantragenden Partei einen schweren und nicht wiedergutzumachenden Schaden zuzufügen, oder die für die Allgemeinheit unerträglich ist.

29 Daraus folgt, daß die Voraussetzung der Dringlichkeit, die die Kommission in der streitigen Entscheidung als dritte Voraussetzung für den Erlaß einstweiliger Maßnahmen angesehen hat, in Wahrheit nur ein Gesichtspunkt der Voraussetzung der Gefahr eines schweren und nicht wiedergutzumachenden Schadens ist.

30 Da beide Voraussetzungen für den Erlaß einstweiliger Maßnahmen vorliegen müssen, genügte das Fehlen einer dieser Voraussetzungen im vorliegenden Fall, um die Kommission an der Ausübung ihrer Befugnis in diesem Bereich zu hindern.

31 Schließlich hat die Kommission ihre Weigerung, einstweilige Maßnahmen zu erlassen, im vorliegenden Fall auf die Erwägung gestützt, daß keine der Voraussetzungen erfüllt gewesen sei, von denen die Ausübung ihrer Befugnis abhänge.

32 Um die Begründetheit der Auffassung der Kommission zu prüfen, muß das Gericht die Klagegründe und Argumente untersuchen, die die Klägerin gegen die Feststellungen der Kommission zu jeder der beiden für den Erlaß einstweiliger Maßnahmen erforderlichen Voraussetzungen, so wie sie vom Gericht definiert wurden, geltend macht, nämlich zur Wahrscheinlichkeit des Vorliegens einer Zuwiderhandlung und zur Wahrscheinlichkeit eines schweren und nicht wiedergutzumachenden Schadens, die die Dringlichkeit des Erlasses solcher Maßnahmen begründet.

A — *Zur Voraussetzung der Wahrscheinlichkeit des Vorliegens einer Zuwiderhandlung*

33 Die Klägerin wendet sich gegen die Feststellung der Kommission, daß die Voraussetzung der Wahrscheinlichkeit des Vorliegens einer Zuwiderhandlung im vorliegenden Fall nicht erfüllt sei. Die streitige Entscheidung sei insoweit unzureichend begründet und mit offensichtlichen sachlichen und rechtlichen Fehlern behaftet.

Zum Klagegrund der unzureichenden Begründung

34 Der Klägerin zufolge hat sich die Kommission zu den wichtigsten in ihrer Beschwerde angeführten Argumenten und Tatsachen überhaupt nicht geäußert. Insbesondere weiche die angefochtene Entscheidung dem Gegenstand der Beschwerde und dem Hauptgrund für den Antrag auf Sicherungsmaßnahmen aus, nämlich der offensichtlichen Diskriminierung der Klägerin gegenüber bestimmten privaten Mitbewerbern, namentlich Canal Plus und TF 1, die Vollmitglieder der EBU seien, indem sie allein die Frage behandele, ob die Klägerin die Vorausset-

zungen des Artikels 3 § 2 der Satzung der EBU erfülle. Canal Plus, der ein Abonnentenfernsehen anbiete, könne nämlich schon allein aus diesem Grund nicht die Verpflichtung haben, „sämtliche Einwohner eines Landes zu versorgen", und außerdem seien seine Programme unausgewogen, weil auf Spielfilme ausgerichtet; die Programmgestaltung von TF 1 sei vom Conseil supérieur de l'audiovisuel français (Oberster französischer Rundfunk- und Fernsehrat, nachfolgend: CSA) in gleicher Weise beanstandet worden wie die Programmgestaltung der Klägerin.

35 Die Klägerin verweist in diesem Zusammenhang auf die ständige Rechtsprechung des Gerichtshofes, wonach die Kommission nicht auf die gesamte Argumentation einer Partei einzugehen brauche, sofern sie ihre Entscheidung mit einer ausreichenden (Urteil vom 17. November 1987 in den verbundenen Rechtssachen 142/84 und 156/84, BAT und Reynolds/Kommission, Slg. 1987, 4487) und zutreffenden, d. h. der gesamten ihr unterbreiteten Sach- und Rechtslage angemessenen Begründung versehe, die dem Gerichtshof die Ausübung seiner Kontrolle ermögliche (Urteile vom 4. Juli 1963 in der Rechtssache 24/62, Deutschland/Kommission, Slg. 1963, 143, und vom 11. Juli 1985 in der Rechtssache 42/84, Remia/Kommission, Slg. 1985, 2545). In der streitigen Entscheidung finde sich jedoch weder ein Hinweis auf das Hauptvorbringen der Klägerin zu der schweren und offenkundigen Diskriminierung, von der sie betroffen sei, noch auf das Vorliegen von Tatsachen, die ihre entsprechenden Behauptungen entkräften könnten. Daß die Begründung nicht ausreiche, liege damit auf der Hand und sei rechtlich gesichert.

36 In ihren Erklärungen zum Schriftsatz der Streithelferin führt die Klägerin weiter aus, mit diesem Schriftsatz sowie mit der Klagebeantwortung der Kommission solle in Wahrheit die Begründung der Entscheidung vom 14. August 1990 nachträglich „berichtigt" werden, womit dem Gericht nicht nur der Beweis geliefert werde, daß diese Begründung auf schwachen Füßen stehe und unvollständig sei, sondern auch, daß sie offensichtlich nicht ausreiche, um dem Gericht die Ausübung seiner gerichtlichen Kontrolle zu ermöglichen.

37 Die Kommission weist in ihrer Antwort auf den Klagegrund der unzureichenden Begründung zunächst auf den Widerspruch hin, der zwischen der Hartnäckigkeit, mit der die Klägerin ihre Bewerbung bei der EBU betreibe, und der Tatsache bestehe, daß sie die Frage der Aufnahmevoraussetzungen als „zweitrangig und nebensächlich" gegenüber der Frage der Diskriminierung bezeichne.

38 Im übrigen handele es sich dabei in Wahrheit um zwei eng miteinander verbundene Rügen, da die angebliche Diskriminierung auf der Weigerung der EBU beruhe, die Klägerin als Mitglied aufzunehmen, während andere Sender, die die in der Satzung der EBU vorgesehenen Voraussetzungen nicht erfüllten, als aktive Mitglieder aufgenommen worden seien.

39 Die Kommission macht weiterhin geltend, da es sich im vorliegenden Fall um ein Eilverfahren handele, reiche es aus, wenn sie durch eine begründete Argumentation aufzeige, daß eine der Voraussetzungen für den Erlaß einstweiliger Maßnahmen (z. B. der nicht wiedergutzumachende Schaden) fehle. Obwohl sie hierzu nicht verpflichtet gewesen sei, habe sie jedoch auch einen der beiden Gesichtspunkte geprüft, die als entscheidend dafür angesehen werden könnten, ob prima facie eine Zuwiderhandlung vorliege, nämlich die Frage, ob die Klägerin die Voraussetzungen für eine Aufnahme in die EBU erfülle. Dies bedeute aber nicht, daß sie sich nicht mit dem Gesichtspunkt der Diskriminierung befaßt hätte. Dieser Gesichtspunkt sei im übrigen so komplex, daß er eine genauere Prüfung erfordere, als sie im Rahmen eines Eilverfahrens erfolgen könne.

40 Angesichts des Vorbringens der Parteien zum ersten Klagegrund ist es Sache des Gerichts, zur Kontrolle der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung zu prüfen, ob die Kommission die ihr durch Artikel 190 EWG-Vertrag auferlegte Verpflichtung, ihre Entscheidung über die Ablehnung eines Antrags auf einstweilige Maßnahmen mit Gründen zu versehen, beachtet hat.

41 Wie der Gerichtshof mehrfach entschieden hat (Urteile vom 14. Juli 1972 in der Rechtssache 55/69, Cassella/Kommission, Slg. 1972, 887, und in der Rechtssache 56/69, Hoechst/Kommission, Slg. 1972, 927, und vom 17. Januar 1984 in den verbundenen Rechtssachen 43/82 und 63/82, VBVB und VBBB/Kommission, Slg. 1984, 19), braucht die Kommission in der Entscheidungsbegründung nicht auf alle Argumente einzugehen, die die Betroffenen zur Stützung ihres Antrags vorbringen. Es reicht aus, wenn sie die Tatsachen anführt und die Rechtsausführungen macht, denen nach dem Aufbau der Entscheidung eine wesentliche Bedeutung zukommt.

42 Außerdem muß die Begründung einer beschwerenden Entscheidung nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes (Urteile vom 4. Juli 1963 in der Rechtssache 24/62, Deutschland/Kommission, a. a. O., vom 30. September 1982 in der Rechtssache 110/81, Roquette Frères/Rat, Slg. 1982, 3159, und vom 17. Januar 1984, VBVB und VBBB/Kommission, a. a. O.) den Gemeinschaftsrichter in die Lage versetzen, die Rechtmäßigkeit zu überprüfen, und es dem Betroffenen ermöglichen, die Gründe für die erlassene Maßnahme zu erfahren, so daß er seine Rechte verteidigen und die Begründetheit der Entscheidung prüfen kann.

43 Auch wenn einige Argumente der Klägerin in der streitigen Entscheidung nicht geprüft wurden, läßt diese die die verschiedenen Voraussetzungen für den Erlaß einstweiliger Maßnahmen betreffenden wesentlichen sachlichen und rechtlichen Gesichtspunkte erkennen, die die Kommission veranlaßten, die beantragten Maßnahmen zu versagen. Sie ermöglicht es der Klägerin damit, die Begründetheit der Entscheidung in Frage zu stellen, und dem Gericht, seine Rechtmäßigkeitskontrolle auszuüben.

44 Nach alledem ist der erste Klagegrund zurückzuweisen.

Zum Klagegrund offensichtlicher sachlicher und rechtlicher Fehlerhaftigkeit

45 Nach Ansicht der Klägerin hat sich die Kommission mit einer unvollständigen Betrachtung der Sachlage begnügt, indem sie es versäumt habe, zu prüfen, ob tatsächlich eine Diskriminierung vorgelegen habe, und indem sie ihre Untersuchung auf einen nebensächlichen Gesichtspunkt konzentriert habe, nämlich die Frage, ob die Klägerin die Voraussetzungen von Artikel 3 § 2 der Satzung der EBU erfülle; die Entscheidung der Kommission sei daher mit einem offensichtlichen sachlichen Fehler behaftet. Diese Vorgehensweise stelle gleichzeitig einen offensichtlichen rechtlichen Fehler dar, da die Kommission sich geweigert habe, die Anwendung des Gemeinschaftsrechts auf eine Sachlage in Betracht zu ziehen, die durch das Verhalten eines Verbands gekennzeichnet sei, der eine marktbeherrschende Stellung besitze und sich geweigert habe, eine Gesellschaft wie die Klägerin als Mitglied aufzunehmen, obwohl sie besser geeignet sei, Mitglied der EBU zu werden, als andere Gesellschaften, die als aktive Mitglieder aufgenommen worden seien.

46 Die Klägerin wendet sich ferner gegen das Vorbringen der Kommission, es sei nicht klar, ob die Klägerin die Aufnahmevoraussetzungen nach der Satzung der EBU hinsichtlich der Versorgung der Einwohner des Landes und der Qualität des Programms (Artikel 3 § 2 Buchstaben a und b der Satzung der EBU) erfülle.

47 Sie sei ein Sender mit nationaler Ausrichtung, der bereits mehr als 72 % der Bevölkerung versorge und Anstrengungen unternehme, um die Versorgung des gesamten Landes sicherzustellen; kein Fernsehsender erreiche 100 % des Gebiets eines Landes und/oder 100 % der Bevölkerung. Im übrigen kritisiert die Klägerin, daß die Kommission eine vergleichende Untersuchung ihres Programmangebots und des Angebots der verschiedenen Sender, die Mitglieder der EBU seien, unterlassen habe, die es ihr ermöglicht hätte, deren weitgehende Übereinstimmung festzustellen und daraus den Schluß zu ziehen, daß die Aufnahmevoraussetzungen in der Satzung der EBU ungenauer und weniger streng seien als die Anforderungen der internen französischen Regelung — etwa hinsichtlich des Anteils an im Original französischsprachigen Werken —, zu denen die Kommission gleichwohl eine ungerechtfertigte Parallele gezogen habe.

48 In ihrer Antwort auf das Vorbringen der Klägerin trägt die Kommission zunächst vor, sie habe Grund zu Zweifeln daran gehabt, daß die Klägerin unbestreitbar alle Voraussetzungen für die Aufnahme in die EBU erfülle.

49 Die Verpflichtung zur Versorgung der gesamten Bevölkerung müsse als Bestandteil einer öffentlichen Aufgabe (im Gegensatz zu einer rein kommerziellen „Aufgabe") verstanden werden und dürfe nicht mit einer „nationalen" (im Gegensatz zu einer „lokalen") Ausrichtung gleichgesetzt werden. Nach den Angaben, über die die Kommission verfüge, erreiche die Klägerin zur Zeit nur etwa 72 % der französischen Haushalte und habe sich lediglich zum Ziel gesetzt, 92 % zu erreichen. Aus diesen Zahlen ergebe sich eindeutig, daß sie die Verpflichtung zur Versorgung der gesamten Bevölkerung nicht erfülle, selbst wenn unter der „gesamten Bevölkerung" eine Zahl von 95 % zu verstehen wäre.

50 Was die Voraussetzung eines „vielseitigen und ausgewogenen Programms" betrifft, verteidigt sich die Kommission gegen den Vorwurf der Klägerin, sie habe die Beanstandungen des CSA wegen Verstößen des Senders gegen gewisse nationale Bestimmungen übernommen, indem sie geltend macht, sie habe im Gegenteil nur die Beanstandung des einseitigen und unausgewogenen Charakters des Programms des Senders übernommen, dessen Erscheinungsbild eher auf bestimmte Themen bezogen als allgemein gehalten sei und im wesentlichen durch Unterhaltung und Nachrichten bestimmt werde.

51 Ohne die Möglichkeit einer Diskriminierung von vornherein auszuschließen — da nicht klar sei, ob Canal Plus die in der gegenwärtigen Satzung der EBU vorgesehenen Aufnahmevoraussetzungen voll und ganz erfülle —, trägt die Kommission zweitens vor, daß die beiden Sender nicht ohne weiteres im tatsächlichen Wettbewerb zueinander stünden, da Canal Plus über eine öffentlich-rechtliche Lizenz verfüge und ein „Abonnentensender" sei, dessen Einnahmen im wesentlichen seinen Abonnements entstammten, während die Klägerin ihre Einkünfte fast ausschließlich aus der Werbung beziehe. Unter diesen Umständen könnten das Vorliegen und gegebenenfalls der Umfang der angeblichen Diskriminierung sowie die beste Form der Abhilfe erst in einem späteren Stadium und auf der Grundlage einer eingehenden Prüfung bestimmt werden.

52 Die Streithelferin wendet sich gegen das Vorbringen der Klägerin, mit dem diese in ihrer Beschwerde ihren Antrag auf Aufnahme als aktives Mitglied der EBU im Wege einer Entscheidung der Kommission, mit der die EBU zur Annahme der Bewerbung der Klägerin verpflichtet werden soll, begründet hat. Indem die Klägerin sich auf die Artikel 85 und 86 EWG-Vertrag gestützt habe, habe sie es von vornherein versäumt, ihrer Beschwerde eine hinreichende rechtliche Grundlage zu geben, da diese Bestimmungen nur Wettbewerbsbeschränkungen beträfen und sich nicht auf die Kontrolle der Tätigkeit eines berufsständischen Zusammenschlusses als solchen bezögen; außerdem seien nach den genannten Bestimmungen zwar diskriminierende Handlungen gegenüber Handelspartnern verboten, nicht aber die horizontale Diskriminierung als solche.

53 Die Argumentation der Klägerin enthalte insoweit einen grundlegenden Widerspruch, wenn diese vortrage, daß sie sowohl gemäß Artikel 85 als auch gemäß Artikel 86 EWG-Vertrag als aktives Mitglied in die EBU aufgenommen werden

müsse. Wenn man — wie die Klägerin — zu dem Schluß komme, daß die Eurovision eine Absprache darstelle, für die keine Freistellung gemäß Artikel 85 Absatz 3 gewährt werden könne, und daß die EBU außerdem bei den Übertragungsrechten von Sportveranstaltungen eine marktbeherrschende Stellung besitze, könne dieser Situation nicht abgeholfen werden, indem ein diskriminiertes Unternehmen in die Absprache oder die Gruppe marktbeherrschender Unternehmen einbezogen werde; eine solche Maßnahme würde den Wettbewerb noch mehr verfälschen, indem sie zu einer Ausweitung der Absprache oder einer Verstärkung der beherrschenden Stellung beitrage.

54 Mit dem Antrag auf Erlaß von Sicherungsmaßnahmen, die ihr vollen Zugang zum System des Austauschs von Programmen der Eurovision geben würden, habe die Klägerin von der Kommission den Erlaß einer Entscheidung verlangt, die diese nicht treffen könne, ohne der Entscheidung darüber vorzugreifen, wie die vermutete Zuwiderhandlung abzustellen sei, ohne der Entscheidung vorzugreifen, ob der EBU eine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag zu gewähren sei, und ohne in die Vereinigungsfreiheit einzugreifen. Artikel 3 der Verordnung Nr. 17 ermögliche der Kommission nur, die Unternehmen zu verpflichten, die Zuwiderhandlung abzustellen, und überlasse es diesen, darüber zu entscheiden, wie sie diese negative Verpflichtung erfüllten.

55 Außerdem habe die Klägerin zu keinem Zeitpunkt die Aufnahmekriterien der EBU erfüllt und erfülle sie immer noch nicht.

56 Bei der Verpflichtung, sämtliche Einwohner eines Landes zu versorgen, handele es sich um eine besonders weitgehende Verpflichtung, die nicht nur diejenige zur Versorgung der gesamten Bevölkerung dieses Landes umfasse, sondern zusätzlich verlange, daß die sich bewerbende Rundfunkanstalt bereits tatsächlich einen wesentlichen Teil davon versorge und alle ihre Möglichkeiten ausschöpfe, um in angemessener Zeit die Gesamtversorgung sicherzustellen. Da die Kosten bei der Versorgung auch noch des letzten Hörers in unverhältnismäßiger und extremer Weise anstiegen und unter reinen Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkten nicht zu rechtfertigen seien, sei es gerade die Verpflichtung zur Versorgung der gesamten Bevölkerung eines Landes, die die Rundfunkanstalten kennzeichne, die dem Allgemeininteresse dienten.

57 Zur zweiten Voraussetzung für die Aufnahme in die EBU, der Verpflichtung zur Gestaltung eines vielseitigen und ausgewogenen Programms für alle Bevölkerungsschichten, verweist die Streithelferin im wesentlichen auf die Feststellungen des CSA und hebt im übrigen die Unterschiede zwischen den Regelungen hervor, denen in Frankreich die Rundfunkanstalten, die dem Allgemeininteresse dienten, und die wirtschaftlich ausgerichteten Rundfunkunternehmen unterworfen seien. Damit sei die unterschiedliche Behandlung der Rundfunkanstalten durch die EBU im Hinblick auf die Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrags gerechtfertigt.

58 Im übrigen sei sie stets so vorgegangen, daß sie Bewerbungen von neuen, wirtschaftlich ausgerichteten Rundfunkunternehmen abgelehnt habe. Diese Vorgehensweise erkläre sich durch ihre Ziele und ihre Funktionsweise. Die bloße Tatsache, daß sich TF 1 und Canal Plus durch Werbeeinnahmen finanzierten, könne nicht als Beweis für eine Diskriminierung angeführt werden, da die unterschiedliche Behandlung auf den Merkmalen jedes Senders beruhe. Außerdem unterschieden sich die beiden genannten Unternehmen von der Klägerin darin, daß ihre wohlerworbenen Rechte berücksichtigt werden müßten. Sie seien nämlich lange vor der Änderung der Satzung der EBU im Jahre 1988 und lange vor der Entwicklung wirtschaftlich ausgerichteter Rundfunkunternehmen als aktive Mitglieder in die EBU aufgenommen worden. Wenn neben den Rundfunkanstalten, die dem Allgemeininteresse dienten, wirtschaftlich ausgerichtete Rundfunkunternehmen als aktive Mitglieder in die EBU aufgenommen würden, könnte zudem das System des Austauschs von Eurovisionsprogrammen nicht bleiben, was es sei: ein Solidarsystem gleichartiger Organisationen, die indirekt ihre schwächsten Mitglieder unterstützten.

59 Angesichts dieses Vorbringens ist das Gericht der Auffassung, daß es zur Ausübung der Kontrolle der Rechtmäßigkeit der streitigen Entscheidung zum einen zu prüfen hat, ob die Kommission sich auf eine rechtlich zutreffende Auslegung der Voraussetzung der Wahrscheinlichkeit des Vorliegens einer Zuwiderhandlung gestützt hat, und zum anderen, ob die Kommission — wie die Klägerin behauptet — einen offensichtlichen Fehler bei der Beurteilung der tatsächlichen Umstände begangen hat, der sie zu der Folgerung veranlaßt haben kann, daß diese Voraussetzung im vorliegenden Fall nicht erfüllt war.

60 Die Kommission hat ihre Folgerung, daß es an der Wahrscheinlichkeit einer Zuwiderhandlung fehle, auf die Erwägung gestützt, daß sich bei einer ersten summarischen Prüfung des Sachverhalts keine eindeutige und offenkundige Zuwiderhandlung (Zuwiderhandlung a priori) gegen die Artikel 85 Absatz 1 und 86 EWG-Vertrag ergebe.

61 Wie das Gericht im Urteil vom 12. Juli 1991 in der Rechtssache T-23/90 (Peugeot/Kommission, Slg. 1991, II-653) entschieden hat, wobei es der Argumentation der Kommission in diesem Verfahren (vgl. Randnr. 59 des Urteils) gefolgt ist, kann jedoch im Rahmen einer die Rechtmäßigkeit einer Entscheidung, mit der die Kommission einstweilige Maßnahmen getroffen hat, betreffenden Klage das Erfordernis der Feststellung einer prima facie vorliegenden Zuwiderhandlung nicht dem Erfordernis der Gewißheit gleichgestellt werden, dem eine endgültige Entscheidung genügen muß. Im vorliegenden Fall läuft die von der Kommission in der streitigen Entscheidung gegebene — und im übrigen in der mündlichen Verhandlung bestätigte — Begründung darauf hinaus, daß für den Erlaß einstweiliger Maßnahmen das Vorliegen einer eindeutigen und offenkundigen Zuwiderhandlung schon im Stadium der bloßen prima-facie-Beurteilung, die als Grundlage für den Erlaß derartiger Maßnahmen dienen muß, verlangt wird.

62 Durch die im Stadium der einstweiligen Maßnahmen erfolgte Gleichsetzung des Erfordernisses einer „Zuwiderhandlung a priori" mit dem der Feststellung einer „eindeutigen und offenkundigen Zuwiderhandlung" hat die Kommission folglich ihre Argumentation auf eine rechtlich fehlerhafte Auslegung der Voraussetzung der Wahrscheinlichkeit des Vorliegens einer Zuwiderhandlung gestützt.

63 Dieser rechtliche Fehler der Kommission bei der Auslegung der Voraussetzung der Wahrscheinlichkeit des Vorliegens einer Zuwiderhandlung ist geeignet, die Rechtmäßigkeit und Stichhaltigkeit der gesamten von der Kommission vorgenommenen Würdigung der Frage, ob diese erste für den Erlaß der beantragten einstweiligen Maßnahmen erforderliche Voraussetzung tatsächlich erfüllt war, ernsthaft zu beeinträchtigen.

64 Diese Beurteilung durch das Gericht gilt für die von der Kommission vorgenommene Würdigung der Frage, ob die Klägerin die erforderlichen satzungsmäßigen Voraussetzungen erfüllt, um aktives Mitglied der EBU zu werden, insbesondere die Voraussetzungen in Artikel 3 § 2 Buchstaben a und b der Satzung. Dabei handelt es sich um das einzige Argument, das die Kommission in ihrer Entscheidung zur Begründung des Fehlens der Wahrscheinlichkeit einer Zuwiderhandlung angeführt hat.

65 Der Fehler im Gedankengang der Kommission ergibt sich eindeutig aus dem Wortlaut der streitigen Entscheidung, in der es heißt, es sei nicht offenkundig, daß die Klägerin die Aufnahmevoraussetzungen erfülle, so daß nicht feststehe, daß die Ablehnung diskriminierend und ungerechtfertigt sei (Nr. 5 der Entscheidung); es sei schwierig, bei einer ersten Prüfung zu dem Ergebnis zu gelangen, daß die Klägerin unbestreitbar die satzungsmäßigen Aufnahmevoraussetzungen erfülle und daß offensichtlich eine Zuwiderhandlung seitens der EBU vorliege (Nr. 8 der Entscheidung).

66 Aus diesen Erwägungen folgt, daß die Annahme der Kommission, die Voraussetzung der Wahrscheinlichkeit des Vorliegens einer Zuwiderhandlung sei im hier zu entscheidenden Fall nicht erfüllt, auf einer rechtsfehlerhaften Auslegung dieser Voraussetzung beruht.

B — *Zur Voraussetzung des Vorliegens der Gefahr eines schweren und nicht wiedergutzumachenden Schadens, die die Dringlichkeit des Erlasses einstweiliger Maßnahmen begründet*

67 Die Klägerin wendet sich gegen die Feststellung der Kommission, sie sei nicht der Gefahr eines schweren und nicht wiedergutzumachenden Schadens ausgesetzt gewesen, die den Erlaß der beantragten einstweiligen Maßnahmen dringlich gemacht hätte. Diese Annahme sei offensichtlich sachlich fehlerhaft, da die Kommission die Besonderheiten des Falles und des betroffenen Wirtschaftszweigs nicht berücksichtigt und überdies zur Stützung ihrer Entscheidung offensichtlich unzutreffende tatsächliche Daten verwendet habe. Darüber hinaus habe die Kommission auch offensichtlich rechtsfehlerhaft gehandelt, indem sie nicht sämtliche Gesichtspunkte berücksichtigt habe.

Zum einzigen Klagegrund offensichtlicher sachlicher und rechtlicher Fehlerhaftigkeit

68 Nach Ansicht der Klägerin muß die Weigerung, ihr Zugang zur Eurovision in Form der aktiven Mitgliedschaft in der EBU zu gewähren, unter den konkreten Umständen ihres Falles zu einem schweren und nicht wiedergutzumachenden Schaden für sie führen.

69 Der für die Klägerin aufgrund eines sogenannten Unterlizenzvertrags mit der OFRT bestehende vertragliche Zugang zur Eurovision, auf den sich die Kommission in der angefochtenen Entscheidung bezogen habe, habe es ihr — mit zwei Ausnahmen, davon eine erst im Anschluß an ein Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes vor den französischen Gerichten — niemals ermöglicht, Bilder von den großen, in der Eurovision angebotenen Sportereignissen zu erhalten. Außerdem sei dieser vertragliche Zugang zum System des Austauschs von Eurovisionsprogrammen geschaffen worden, um den Interessen der Sender und Rundfunkanstalten Rechnung zu tragen, die keine aktiven Mitglieder der EBU werden könnten, da sie die hierfür erforderlichen Voraussetzungen nicht erfüllten. Da dies bei ihr nicht der Fall sei, stelle die fragliche Weigerung eine offenkundige Diskriminierung dar, die im übrigen in einem Urteil der Cour d'appel Paris vom 15. November 1989 bereits festgestellt worden sei.

70 Die Gefahr eines schweren und nicht wiedergutzumachenden Schadens müsse nicht unbedingt in der Gefahr der Einstellung der Tätigkeit des Unternehmens oder der Konkursanmeldung bestehen. Im vorliegenden Fall sei es vielmehr die Gefahr, daß die Sendelizenz der Klägerin — die am 1. März 1997 ablaufe — nicht erneuert werde, die für den Erlaß von Sicherungsmaßnahmen in Betracht gezogen werden müsse. In Anbetracht der Tatsache, daß das Verwaltungsverfahren bei der Kommission weitergeführt werde und daß die an seinem Ende ergehende Hauptsacheentscheidung wahrscheinlich Gegenstand einer Klage vor dem Gericht und möglicherweise eines Rechtsmittels vor dem Gerichtshof sein werde, könnte ihr der Schadensersatz, auf den sie Anspruch habe, ohne einstweilige Maßnahmen im günstigsten Fall kurz vor dem Ablauf der ihr von den französischen Behörden erteilten Sendelizenz zuerkannt werden.

71 In diesem Zusammenhang weist die Klägerin darauf hin, daß das Bild eines Senders in der Öffentlichkeit einen entscheidenden Faktor für die Einschaltquoten, für die Steigerung der Einnahmen aus der Fernsehwerbung oder im Hinblick auf die

Erneuerung ihrer Sendelizenz darstelle. Ein negatives Bild aufgrund einer Diskriminierung bei den Übertragungsrechten könne jedoch nur allmählich und entsprechend der Entwicklung der öffentlichen Meinung korrigiert werden, nicht aber durch die bloße Gewährung von Schadensersatz, vor allem weil die Klägerin zu dem Zeitpunkt, zu dem Schadensersatz gewährt werde, ihre eigene Wettbewerbsfähigkeit nicht mehr entwickeln könne. In der mündlichen Verhandlung hat die Klägerin außerdem geltend gemacht, der Wettbewerb auf dem Werbemarkt hänge unmittelbar von den Einschaltquoten eines Senders ab, so daß ein Wettbewerbsnachteil wie der ihre, der es ihr nicht ermögliche, die Fernsehwerbung rentabel zu gestalten, für sich genommen einen schweren und nicht wiedergutzumachenden Schaden begründen könne, der nicht durch Zahlenangaben nachweisbar sei.

72 Die Kommission habe auch eine weitere Besonderheit des vorliegenden Falles nicht berücksichtigt, die sich aus der Tatsache ergebe, daß die Rechtsstellung der Klägerin, wenn die Weigerung der EBU, sie aufzunehmen, für rechtswidrig erklärt werde, noch rückwirkend im Hinblick auf die bereits ausgestrahlten oder noch nicht ausgestrahlten, aber vor der Entscheidung der Kommission aufgrund der mehrjährigen Verträge mit allen großen Veranstaltern internationaler Sportereignisse bereits unter den Mitgliedern der EBU aufgeteilten Veranstaltungen geregelt werden müsse.

73 Aus den angeführten Umständen ergebe sich, daß die Dringlichkeit für den Erlaß der beantragten einstweiligen Maßnahmen bestanden habe und noch bestehe. Diese Dringlichkeit ergebe sich noch deutlicher bei einer Betrachtung der Liste der besonders populären Fernsehereignisse, die in den Jahren 1991 und 1992 ausgestrahlt würden und die der Klägerin entgingen, wenn die beantragten einstweiligen Maßnahmen nicht erlassen würden.

74 In ihrer Antwort weist die Kommission darauf hin, daß die Klägerin über einen uneingeschränkten Zugang zu den von der EBU täglich ausgestrahlten Fernsehnachrichten verfüge. Außerdem ergebe sich aus den Akten, daß die Klägerin bei der Sportberichterstattung, insbesondere bei Tennis und Automobilrallyes, eine starke Stellung einnehme und für die Großen Preise der Formel 1 und die Motorradrundstreckenrennen fast ein Monopol besitze.

75 Selbst wenn man mit der Klägerin davon ausgehe, daß dieser Zugang nur theoretischer Natur sei und in der Praxis nur zur Übertragung einiger Fußballspiele geführt habe, könne man allein aufgrund dieser Tatsache nicht von einem nicht wiedergutzumachenden und irreversiblen Schaden ausgehen, der Sicherungsmaßnahmen rechtfertige. Dies gelte um so mehr, als die Klägerin keinen greifbaren Beweis, wie Zahlenangaben über einen möglichen Verlust an Zuschauern oder eine Verminderung der Werbeeinnahmen, erbracht habe. Der Klägerin stehe es jederzeit frei, eine Politik des alternativen Programmangebots zu verfolgen, indem sie Sendungen von hoher Qualität ausstrahle, mit denen der Teil des Publikums angesprochen werden solle, der sich nicht für Sportereignisse interessiere.

76 Zur Dringlichkeit der beantragten Maßnahmen führt die Kommission aus, die Klägerin habe ihren ersten Antrag auf Aufnahme in die EBU im Februar 1987 gestellt, und die letzte Ablehnung im Juni 1990 habe die Situation, in der sie sich bereits seit drei Jahren befinde, in keiner Weise verändert. Es sei daher nur schwer nachvollziehbar, daß die Situation plötzlich dringlich geworden sein und zwecks Abhilfe ein Eingreifen der Kommission erfordern solle.

77 Das Gericht weist zunächst darauf hin, daß die Kommission sich in ihrer Entscheidung auf die folgenden Erwägungen gestützt hat, um die Wahrscheinlichkeit eines schweren und nicht wiedergutzumachenden Schadens für die Klägerin, die die Dringlichkeit der beantragten Maßnahmen begründen könnte, zu widerlegen. Zum einen verfüge die Klägerin über einen vertraglichen Zugang zu den Übertragungen der EBU und sei in der Lage gewesen, eine beträchtliche Anzahl großer Sportereignisse, darunter Spiele der letzten Fußballweltmeisterschaft, zu übertragen. Zum anderen könnten nur solche Schäden als nicht wiedergutzumachend angesehen werden, die durch keine spätere Entscheidung beseitigt werden könnten. Dies sei beispielsweise der Fall, wenn die Klägerin wegen der Haltung der EBU gezwungen wäre, ihre Tätigkeit einzustellen. Diese Gefahr liege jedoch fern, und die finanziellen Nachteile, die der Klägerin drohten, könnten im Anschluß an die Feststellung, daß die EBU gegen die Wettbewerbsregeln verstoßen habe, durch Schadensersatzklagen vor den nationalen Gerichten beseitigt werden.

78 Wie bei der Prüfung der Voraussetzung der Wahrscheinlichkeit des Vorliegens einer Zuwiderhandlung ist auch hier zunächst zu untersuchen, ob die Kommission

von einer rechtlich zutreffenden Auslegung der Voraussetzung des Vorliegens der Gefahr eines schweren und nicht wiedergutzumachenden Schadens, die die Dringlichkeit des Erlasses einstweiliger Maßnahmen begründet, ausgegangen ist.

79 Nach Ansicht des Gerichts hat sich die Kommission, indem sie in ihrer Entscheidung ausgeführt hat, daß nur solche Schäden als nicht wiedergutzumachende Schäden angesehen werden könnten, die durch keine spätere Entscheidung beseitigt werden könnten, auf einen rechtlich unzutreffenden Begriff des nicht wiedergutzumachenden Schadens, dessen Vorliegen oder drohender Eintritt den Erlaß einstweiliger Maßnahmen rechtfertigen könnte, gestützt.

80 Mit der Aufstellung dieses in ihrem Begriff des nicht wiedergutzumachenden Schadens enthaltenen Erfordernisses ist die Kommission nämlich über die Rechtsprechung des Gerichtshofes hinausgegangen, der nur von Schäden spricht, die durch die Entscheidung, die die Kommission am Ende des Verwaltungsverfahrens zu erlassen hat, nicht mehr beseitigt werden könnten (Beschluß vom 17. Januar 1980, Camera Care, a. a. O.).

81 Die von der Kommission vertretene Auslegung würde die Überprüfung des Vorliegens einer solchen Voraussetzung im übrigen fast unmöglich machen, was der Befugnis der Kommission zum Erlaß einstweiliger Maßnahmen praktisch ihren Inhalt nehmen würde.

82 In diesem Zusammenhang hat die Kommission bei der Prüfung des Vorliegens eines schweren und nicht wiedergutzumachenden Schadens nicht berücksichtigt, daß die der Klägerin erteilte Sendelizenz befristet ist und daß dieser Umstand Einfluß auf die Möglichkeiten der Klägerin haben könnte, in angemessener Zeit — insbesondere im Hinblick auf die Erneuerung ihrer Lizenz — die Folgen etwaiger sie betreffender rechtswidriger Handlungen zu beseitigen und finanzielle Wiedergutmachung zu erlangen.

83 Die Kommission hat demnach bei der Auslegung der Voraussetzung des Vorliegens der Gefahr eines schweren und nicht wiedergutzumachenden Schadens, die die Dringlichkeit des Erlasses der beantragten einstweiligen Maßnahmen begründet, rechtsfehlerhaft gehandelt.

84 Anschließend ist zu prüfen, ob die Kommission einen offensichtlichen Beurteilungsfehler begangen hat, indem sie die Voraussetzung der Wahrscheinlichkeit eines schweren und nicht wiedergutzumachenden Schadens unter Berufung auf den vertraglichen Zugang der Klägerin zu den Übertragungen der EBU nicht geprüft hat.

85 Wie der Gerichtshof insbesondere in den Urteilen vom 11. Juli 1985 in der Rechtssache 42/84 (Remia, a. a. O.) und vom 17. November 1987 in den verbundenen Rechtssachen 142/84 und 156/84 (BAT und Reynolds, a. a. O.) ausgeführt hat, hat sich die gerichtliche Prüfung in Fällen, die die Würdigung komplexer wirtschaftlicher Gegebenheiten einschließen, darauf zu beschränken, ob die Verfahrensvorschriften und die Begründungspflicht beachtet worden sind, ob der Sachverhalt zutreffend festgestellt worden ist und ob kein offensichtlicher Beurteilungsfehler und kein Ermessensmißbrauch vorliegen.

86 Wie der Gerichtshof kürzlich im Urteil vom 21. November 1991 in der Rechtssache C-269/90 (Technische Universität München, Slg. 1991, I-5469, Randnrn. 14, 26 ff.) entschieden hat, kommt der Beachtung der Garantien, die die Gemeinschaftsrechtsordnung im Verwaltungsverfahren gewährt, eine um so größere Bedeutung zu, soweit die Organe der Gemeinschaft über einen Beurteilungsspielraum verfügen, um ihre Aufgaben erfüllen zu können. Zu diesen Garantien gehört insbesondere die Verpflichtung des zuständigen Organs, sorgfältig und unparteiisch alle relevanten Gesichtspunkte des Einzelfalles zu untersuchen.

87 Die Kommission hat zwar auf den vertraglichen Zugang der Klägerin zu den Übertragungen der Eurovision verwiesen, sie hat es jedoch versäumt, zu prüfen, welche Voraussetzungen für diesen Zugang bestehen.

88 Die von der Klägerin sowohl in ihren Beschwerden vom 28. Juli 1989 und vom 12. Juli 1990 als auch im Verfahren vor dem Gericht vorgetragenen Gesichtspunkte, die der Kommission bekannt waren oder von denen sie normalerweise unschwer hätte Kenntnis erlangen können, sind nämlich geeignet, ernste Zweifel am praktischen Wert und der tatsächlichen Bedeutung des Systems des vertraglichen Zugangs und der Unterlizenz zu wecken, das den Fernsehanstalten, die nicht der EBU angehören, einen wettbewerbsfähigen Zugang zu den Übertragungen der Eurovision ermöglichen soll.

89 Hierzu ist zunächst festzustellen, daß der vertragliche Zugang zur Eurovision gemäß Artikel 3 § 6 der Satzung der EBU „durch Entscheidung des Verwaltungsrates gewährt oder entzogen" wird, was die Fernsehanstalten, die nicht Mitglied der EBU sind, insoweit von Entscheidungen abhängig macht, die von einem Organ getroffen werden, das aus Verwaltungsräten besteht, die die aktiven Mitglieder der EBU vertreten.

90 Auch wenn es zutrifft, daß das System der Unterlizenzen nur den indirekten Zugang zu Rechten betrifft, die von den Mitgliedern der EBU bereits erworben wurden, und folglich den direkten Zugang zu den Übertragungsrechten von internationalen und anderen Sportereignissen, den die verschiedenen Sender auf dem Markt erlangen können, nicht beschränkt, so hat die Kommission doch den Einfluß nicht berücksichtigt, den das Gewicht, das die EBU auf den verschiedenen Märkten besitzt, auf den tatsächlichen Zugang der Sender, die keine aktiven Mitglieder der EBU sind, zur Eurovision ausüben kann, insbesondere wenn man berücksichtigt, daß der EBU die Mehrzahl der europäischen Sender mit allgemeinem Programm angehören, daß sie häufig im Namen ihrer Mitglieder in Verhandlungen über den Erwerb von Übertragungsrechten eingreift und daß die Aushandlung mehrjähriger Verträge mit den Veranstaltern internationaler Sportereignisse üblich geworden ist. Alle diese Umstände sind auf den ersten Blick geeignet, die Wettbewerbschancen eines Senders spürbar zu vermindern, der als einzelner auf dem Markt der Übertragungsrechte von Ereignissen auftritt, die eine große Zahl von Zuschauern interessieren, wie es bei den großen internationalen Sportereignissen der Fall ist.

91 Die Klägerin hat außerdem schon in ihrer ersten Beschwerde vorgetragen, daß sie durch ihren Beitritt zur OFRT auf Betreiben der EBU daran gehindert sei, die

exklusiven Übertragungsrechte für große, im Ausland stattfindende Sportereignisse zu erwerben, und daß das System des vertraglichen Zugangs zur Eurovision an komplexe, diskriminierende und nachteilige finanzielle Bedingungen geknüpft sei, die in einer Vereinbarung vom 25. August 1987 zwischen der OFRT und der EBU festgelegt seien. In ihrem Schreiben vom 26. September 1989 an Herrn Overbury hat die Klägerin ausgeführt, daß diese Bedingungen ihr von der OFRT durch Vertrag vom 1. Oktober 1988 auferlegt worden seien, ohne daß sie darüber habe verhandeln können.

92 Im übrigen hat die Klägerin, von der Beklagten unbestritten, vorgetragen, daß sie in der Zeit vor dem Erlaß der streitigen Entscheidung mit Ausnahme des Spiels zwischen Stuttgart und Neapel vom 17. Mai 1989 erst nach Stellung eines Antrags auf einstweilige Anordnung vier zweitrangige Spiele der letzten Fußballweltmeisterschaft habe ausstrahlen können, die ihr von Antenne 2 und FR 3 überlassen worden seien.

93 Schließlich werden die Zweifel an der Tauglichkeit des vertraglichen Systems, das Nichtmitgliedern der EBU einen alternativen Zugang zu den Übertragungen der Eurovision zu wettbewerbsfähigen Bedingungen ermöglichen soll, durch die Änderung des Standpunkts der Kommission gegenüber der ursprünglich gemäß Artikel 19 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17 veröffentlichten Mitteilung nur bestätigt. Obwohl die Kommission nämlich dieser Mitteilung zufolge beabsichtigte, eine positive Entscheidung hinsichtlich des Eurovisionssystems zu treffen, hat sie das Gericht informiert, daß sie der EBU inzwischen eine Mitteilung von Beschwerdepunkten übersandt habe, die ihre vorangegangene Mitteilung ersetze.

94 Die Kommission hat somit gegen ihre Verpflichtung verstoßen, bei der Prüfung, ob die Gefahr eines schweren und nicht wiedergutzumachenden Schadens für die Klägerin besteht, die die Dringlichkeit der beantragten Maßnahmen begründet, alle wesentlichen Gesichtspunkte des vorliegenden Falls zu berücksichtigen. Die streitige Entscheidung ist folglich mit einem offensichtlichen Beurteilungsfehler behaftet.

95 Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, daß die Annahme der Kommission, die Voraussetzung des Vorliegens der Gefahr eines schweren und nicht wiedergutzumachenden Schadens, die die Dringlichkeit des Erlasses einstweiliger Maßnahmen begründe, sei im vorliegenden Fall nicht erfüllt, auf einer rechtsfehlerhaften Auslegung dieser Voraussetzung und einem offensichtlichen Fehler bei der Beurteilung des Sachverhalts beruht.

96 Aus alledem folgt, daß die Kommission aufgrund einer rechtsfehlerhaften Auslegung der beiden Voraussetzungen, von denen die Ausübung ihrer Befugnis zum Erlaß einstweiliger Maßnahmen abhängt, davon ausgegangen ist, daß diese Voraussetzungen im vorliegenden Fall fehlten. Bezüglich der zweiten dieser Voraussetzungen folgt daraus weiterhin, daß die Kommission außerdem einen offensichtlichen Beurteilungsfehler begangen hat. Die streitige Entscheidung ist daher für nichtig zu erklären.

Kosten

97 Nach Artikel 87 § 2 der Verfahrensordnung des Gerichts ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da die Kommission mit ihrem Vorbringen unterlegen ist, sind ihr die Kosten aufzuerlegen. Die Streithelferin trägt ihre eigenen Kosten.

Aus diesen Gründen

hat

DAS GERICHT (Erste Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

1) Die Entscheidung der Kommission vom 14. August 1990 (IV/33.249 — La Cinq SA/Europäische Rundfunk- und Fernseh-Union) wird für nichtig erklärt.

2) Die Kommission trägt die Kosten des Verfahrens. Die Streithelferin trägt ihre eigenen Kosten.

Cruz Vilaça Schintgen

Edward Kirschner Lenaerts

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 24. Januar 1992.

Der Kanzler

H. Jung

Der Präsident der Ersten Kammer

J. L. Cruz Vilaça