



KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN

ENTSCHEIDUNG DER KOMMISSION

Vom 02.07.2007

betreffend ein Verfahren nach Artikel 82 EG-Vertrag

(Sache COMP/38.784 – Wanadoo España/Telefónica)

(NUR DER SPANISCHE TEXT IST VERBINDLICH.)

ENTSCHEIDUNG DER KOMMISSION

vom 02.07.2007

betreffend ein Verfahren nach Artikel 82-EG-Vertrag

(Sache COMP/38.784 – Wanadoo España/Telefónica)

(NUR DER SPANISCHE TEXT IST VERBINDLICH.)

DIE KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN –

gestützt auf den Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft,

gestützt auf Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln¹ und insbesondere von Artikel 23 Absatz 2 der genannten Verordnung,

gestützt auf die am 11. Juli 2003 von Wanadoo España S.L. (heute France Telecom España S.A.) übermittelte Beschwerde, in der eine mutmaßliche Zuwiderhandlung gegen Artikel 82 EG durch Telefónica S.A. mitgeteilt und die Kommission aufgefordert wurde, die festgestellten Verstöße zu beenden,

gestützt auf die Entscheidung der Kommission vom 20. Februar 2006 zur Einleitung eines Verfahrens in der Sache COMP/38.784,

nach Aufforderung der beteiligten Unternehmen zur Stellungnahme zu den von der Kommission mitgeteilten Beschwerdepunkten gemäß Artikel 19 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 17² und der Verordnung (EG) Nr. 2842/98 der Kommission vom 22. Dezember 1998 über die Anhörung in bestimmten Verfahren nach Artikel 85 und 86 EG³,

in Kenntnis des Abschlussberichts des Anhörungsbeauftragten in dieser Sache,

nach Stellungnahme des Beratenden Ausschusses für Kartell- und Monopolfragen,

in Erwägung nachstehender Gründe:

¹ ABl. L 1, 4.1.2003, S. 1.

² ABl. 13, 21.2.1962, S. 204/62, Verordnung, zuletzt geändert durch die Verordnung (EG) Nr. 1216/1999 (ABl. L 148, 15.6.1999, S. 5).

³ ABl. L 354, 30.12.1998, S. 18.

I. EINLEITUNG

- (1) Breitband-Internetzugänge sind ein wesentliches Element der Informationsgesellschaft. In Spanien beruhen Breitband-Internetzugangsdienste im Wesentlichen auf der ADSL-Technologie (ADSL = *Asymmetric Digital Subscriber Line*), die einen Hochgeschwindigkeits-Internetzugang über die Telefonleitung ermöglicht. Das marktbeherrschende Unternehmen Telefónica ist das einzige spanische Telekommunikationsunternehmen, das über ein landesweites Telefonfestnetz verfügt. Das Unternehmen hat dieses Ortsanschlussnetz über einen sehr langen Zeitraum hinweg unter dem Schutz ausschließlicher Rechte aufgebaut und konnte Investitionen aufgrund von Monopoleinkünften im Bereich der Bereitstellung der Sprachtelefonie-Infrastruktur sowie des Angebots von Sprachtelefoniediensten finanzieren.
- (2) Wettbewerber von Telefónica, die Endkunden einen Breitbandzugang anbieten möchten, haben praktisch nur zwei Möglichkeiten:
- (3) Erstens können Sie ein eigenes Ortsanschlussnetz einrichten. Diese Möglichkeit, die einen beträchtlichen Zeitaufwand und erhebliche Investitionen voraussetzt, ist nicht rentabel. Zweitens können Sie einen Großkunden-Breitbandzugang nach Maßgabe einer Vertragsvereinbarung beziehen. Ihnen stehen drei Haupttypen von Breitband-Zugangsdiensten für Großkunden zur Wahl; zwei dieser Dienste werden ausschließlich von Telefónica bereitgestellt; einer wird sowohl von Telefónica als auch von konkurrierenden Marktteilnehmern angeboten. Dieser letztgenannte Dienst ist jedoch ebenfalls insoweit von Telefónica abhängig, als die für die Bereitstellung dieses dritten Großkundenangebots erforderlichen Produkte von Telefónica bezogen werden müssen.
- (4) Die zentrale Rolle von Telefónica bei der Bereitstellung sämtlicher in Spanien verfügbaren Breitband-Zugangsdienste für Großkunden und die Präsenz von Telefónica auf dem Endkunden-Markt für Breitbandzugänge haben es Telefónica ermöglicht, die Marktpreise sowie Umfang, Modernität, Vielfalt und Qualität der Dienste auf dem Markt über einen erheblichen Zeitraum zu kontrollieren und zu beeinflussen.
- (5) Am 11. Juli 2003 hat Wanadoo España S.L. (heute France Telecom España S.A.) der Europäischen Kommission („Kommission“) eine Beschwerde gegen Telefónica übermittelt, derzufolge die Spanne zwischen den Großkundenpreisen, die Tochtergesellschaften von Telefónica ihren Wettbewerbern für Großkunden-Breitbandzugänge in Spanien berechnen, und den Endkundenpreisen der Tochtergesellschaften von Telefónica nicht ausreichend sei, um den Wettbewerbern von Telefónica einen wirksamen Wettbewerb auf dem Markt für Endkunden-Breitbandzugänge zu ermöglichen.

- (6) Nachstehend hat die Kommission, nachdem sie die Art der Dienste, die von der Entscheidung erfasst werden (siehe Abschnitt IV), die Entwicklung im Zeitverlauf und die auf die Dienste anwendbare Regulierung bestimmt hatte, zwei relevante Großhandelsmärkte festgelegt: den Markt für Großkunden-Breitbandzugang auf regionaler und den Markt für Großkunden-Breitbandzugang auf nationaler Ebene. Telefónica hat auf beiden Märkten eine beherrschende Stellung. Die Kommission hat weiter einen relevanten Endkundenmarkt ermittelt, der alle gängigen Breitbandprodukte erfasst, unabhängig davon, ob sie mithilfe von ADSL oder einer anderen Technologie angeboten werden, die auf dem "Massenmarkt" für sowohl Privat- als auch Geschäftskunden vertrieben werden. Obwohl es nach der Rechtsprechung nicht erforderlich ist, festzustellen, dass Telefónica auf dem Endkundenmarkt marktbeherrschend ist, hat die Kommission ihre Untersuchung vervollständigt und auch hier Marktbeherrschung festgestellt (siehe Abschnitt V).
- (7) Die Kommission hat für die Zeit vom September 2001 bis Dezember 2006 festgestellt, dass einerseits die Marge zwischen den Endkundenpreisen und den Großkunden-Zugangspreisen auf regionaler Ebene und dass andererseits die Marge zwischen den Endkundenpreisen und den Großkunden-Zugangspreisen auf nationaler Ebene, nicht ausreichte, um die Kosten eines Anbieters zu decken, der ebenso effizient ist wie Telefónica (siehe unten Abschnitt VI.D). Diese Feststellung hängt nicht von der gewählten Gewinnermittlungsmethode ab: beide Methoden, sowohl die auf einer getrennten Betrachtung der einzelnen Zeiträume, als auch die auf der Anwendung der Ertragswertmethode beruhende Methode führen zum gleichen Ergebnis, nämlich, dass Telefónica eine Kosten-Preis-Schere gegenüber ihren Wettbewerbern angewendet hat.
- (8) Die Kosten-Preis-Schere hatte einen Ausschluss des Wettbewerbs auf dem Endkundenmarkt zur Folge und hat daher den Konsumenten Schaden zugefügt (siehe unten Abschnitt VI.E). Es gibt keine objektive Rechtfertigung oder einen Effizienzeinwand für das Verhalten von Telefónica (siehe Abschnitt VI.F). Auch hat die bestehende Regulierung Telefónica nicht daran gehindert, ihre Preise zur Vermeidung der Kosten-Preis-Schere zu ändern (siehe Abschnitt VI.F.6).
- (9) Telefónicas Verhalten läuft auf den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch Festsetzung unangemessener Preise in Form einer Kosten-Preis-Schere hinaus, der mit Artikel 82 EG unvereinbar ist. Der Missbrauch erstreckte sich über einen Zeitraum von fünf Jahren und vier Monaten, nämlich von September 2001 bis Dezember 2006.
- (10) Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist das Verhalten von Telefónica in der Form des Anwendens einer Kosten-Preis-Schere. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass Telefónica auch noch andere missbräuchliche Verhaltensweisen auf den Breitbandmärkten in Spanien begangen hat.

II. DIE PARTEIEN DES VERFAHRENS

A. Die Adressaten dieser Entscheidung

- (11) Die vorliegende Entscheidung ist an Telefónica S.A. ("Telefónica") und ihre 100%ige Tochter Telefónica de España ("TESAU") gerichtet. Sie betrifft auch das Verhalten der Tochtergesellschaften von Telefónica, Telefónica Data de España, S.A.U. ("TDATA") und Terra Network España S.A. ("TERRA"), die am 30. Juni 2006 bzw. am 7. Juli 2006 mit TESAU verschmolzen wurden (siehe unten).
- (12) Telefónica S.A., TESAU, TERRA und TDATA waren während des gesamten Untersuchungszeitraumes eine wirtschaftliche Einheit (siehe unten Abschnitt VIII).
- (13) Telefónica S.A. ist die Muttergesellschaft der Telefónica-Gruppe; diese Gruppe ist der Rechtsnachfolger des früheren staatlichen Monopolunternehmens auf dem spanischen Telekommunikationsmarkt. Vor der vollständigen Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte im Jahre 1998 befand sich Telefónica im Besitz des spanischen Staates und hatte ein gesetzliches Monopol bei der Bereitstellung von Telekommunikationsdiensten im Festnetz inne. Heute betreibt die Gesellschaft das einzige landesweite Netz für Festnetztelefonie in Spanien.
- (14) Außer in Spanien ist die Telefónica-Gruppe auch in Lateinamerika stark vertreten; dort tritt die Gruppe in 13 Ländern auf. Außerdem ist die Gruppe in anderen EU-Mitgliedstaaten tätig, insbesondere in Deutschland, im Vereinigten Königreich, in Irland, in der Slowakei und in der Tschechischen Republik.
- (15) Der weltweite Umsatz der Telefónica-Gruppe im Jahr 2006 betrug 52,9 Mrd. EUR.⁴
- (16) Telefónica ist die größte Telekommunikationsgesellschaft in Spanien und besitzt auf fast allen Telekommunikationsmärkten eine führende Stellung. Die Bedeutung der Telefónica-Gruppe äußert sich auch darin, dass die Gruppe 2005 52 % aller Einnahmen im spanischen Telekommunikationssektor für sich verbuchte.⁵
- (17) 2005 hatte Telefónica gemessen an den Einnahmen einen Marktanteil von 78,6 % auf dem Markt für Festnetztelefonie⁶ und von 52 % auf dem Markt für Mobiltelefonie.⁷ Wegen des umfangreichen Netzes und der günstigen Stellung als marktbeherrschendes Unternehmen sind die Marktanteile von Telefónica auf den Märkten für Mietleitungen und für Großkunden-Breitbandzugänge⁸ sowie auf anderen Märkten, auf denen Netzkapazitäten angeboten werden, sehr hoch.

⁴ Telefónica, Quartalsbericht Dezember 2006, S. 7.

⁵ Jahresbericht 2005 der *Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones* (nachstehend „CMT“), der spanischen nationalen Regulierungsbehörde für den Telekommunikationsbereich.

⁶ CMT-Bericht 2005, S. 304.

⁷ CMT-Bericht 2005, S. 74.

⁸ Siehe folgender Abschnitt V.C.

- (18) Telefónica ist auf den spanischen Breitbandmärkten zurzeit durch TESAU vertreten, eine 100%ige Tochter von Telefónica. Hauptgegenstand der Geschäftstätigkeit dieser Gesellschaft ist die Bereitstellung von Festnetztelefonie- und von Breitbanddiensten in Spanien. TESAU ist ein vertikal integrierter Betreiber, der Breitbanddienste für Großkunden seit 1999 und für Endkunden seit 2001 anbietet.
- (19) In dem in dieser Entscheidung untersuchten Zeitraum hat Telefónica Breitbanddienste über zwei weitere Tochtergesellschaften bereitgestellt:
- (20) Bis zum 30. Juni 2006 war TDATA eine 100%ige Tochter von Telefónica; diese Gesellschaft war für den Bereich Datenkommunikation sowie für die Bereitstellung von Internetdiensten für multinationale Konzerne zuständig. TDATA bietet Breitband-Zugangsdienste auf Großkundenebene anderen Internet-Diensteanbietern (ISP = *Internet Service Providers*) und auf Endkundenebene sonstigen Unternehmen an. Am 30. Juni 2006 schlossen sich TESAU und TDATA unter dem Namen TESAU zusammen und sind seit diesem Tag ein einziges Rechtssubjekt.
- (21) TERRA war eine 100%ige Tochter von Terra Networks S.A.; dieser ISP und Portal-Betreiber ist in 43 Ländern vertreten und befindet sich nach der Übernahme durch das marktbeherrschende Unternehmen im Juli 2005 zu 100 % im Besitz von Telefónica.⁹ TERRA bietet Endkunden in Spanien Breitband-Zugangsdienste seit 1999 an. Am 7. Juli 2006 schlossen sich TESAU und TERRA unter dem Namen TESAU zusammen und sind seit diesem Tag ein einziges Rechtssubjekt. Seitdem ist das gesamte Breitbandgeschäft von Telefónica in der Gesellschaft TESAU gebündelt.
- (22) Der Umsatz von TESAU bei Breitband-Internetzugängen in Spanien belief sich im Jahr 2006 auf 2,3 Mrd. EUR.¹⁰
- (23) Im Folgenden bezieht sich die Bezeichnung „Telefónica“ nicht nur auf die Muttergesellschaft der Telefónica-Gruppe, sondern auch auf die durch die Muttergesellschaft sowie durch TESAU, TERRA und TDATA gebildete wirtschaftliche Einheit.

B. Das Beschwerde führende Unternehmen

- (24) Beschwerde führendes Unternehmen ist France Telecom España S.A.; dieses Unternehmen ist ein Anbieter von Mobilfunk-Telekommunikationsdiensten in Spanien. France Telecom España S.A. ist eine 100%ige Tochtergesellschaft von France Telecom, dem marktbeherrschenden Anbieter von Telekommunikationsdiensten in Frankreich.
- (25) 2002 übernahm die France Telecom-Gruppe eresMas Interactiva S.A. („eresMas“), die in Spanien als ISP und als Portal-Betreiber tätig war. eresMas und Wanadoo España S.L. schlossen sich im letzten Vierteljahr 2002 zusammen.

⁹ TERRA befand sich bis Juli 2005 zu 76 % und bis Juli 2003 zu 38 % im Besitz von Telefónica S.A. (siehe unten Abschnitt VIII.B).

¹⁰ Telefónica, Quartalsbericht Dezember 2006, S. 20.

III. DAS VERFAHREN

- (26) Am 11. Juli 2003 übermittelte France Telecom España S.A. („France Telecom“) der Kommission eine gegen Telefónica gerichtete Beschwerde. Der wesentliche Beschwerdegund bestand darin, dass die Spanne zwischen den Großkundenpreisen, die Tochtergesellschaften von Telefónica Wettbewerbern für Großkunden-Breitbandzugänge in Spanien berechnete, und den Preisen, die Telefónica Endkunden in Rechnung stellte, nicht hinreichend sei, um Wettbewerbern von Telefónica den Eintritt in einen wirksamen Wettbewerb mit Telefónica auf dem Markt für Endkunden-Breitbandinternetzugänge zu ermöglichen.
- (27) Die Untersuchung, die zu dieser Entscheidung geführt hat, wurde aufgrund der Beschwerde von France Telecom eingeleitet (Sache COMP/C -1/38.784). Die Kommission hat mehrere Auskunftsverlangen verschickt, um die von dem Beschwerde führenden Unternehmen vorgelegten Informationen zu ergänzen. Nach einer eingehenden Untersuchung der Beschwerde und der erhaltenen zusätzlichen Informationen sendete die Kommission am 20. Februar 2006 eine Mitteilung der Beschwerdepunkte an Telefónica und gab Telefónica Gelegenheit, zu den vorläufigen Feststellungen bezüglich der relevanten Sach- und Rechtsfragen Stellung zu nehmen. Die Mitteilung der Beschwerdepunkte konzentrierte sich auf die unangemessene Preisbildung unter Verstoß gegen Artikel 82 EG und insbesondere auf Verhaltensweisen zur Verursachung einer Kosten-Preis-Schere. Am 19. Mai 2006 übermittelte Telefónica eine Erwiderung auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte („Erwiderung“).
- (28) Während des Verfahrens wurden verschiedene Unternehmen und Unternehmensvereinigungen, darunter auch die wichtigsten Wettbewerber von Telefónica als interessierte Dritte zugelassen (u.a. Tele2, ONO, Jazztel und Astel).
- (29) Akteneinsicht wurde Telefónica an zwei Terminen gewährt (am 21. Februar 2006, als dem Unternehmen die Mitteilung der Beschwerdepunkte übermittelt wurde, und am 7. April 2006).
- (30) Eine mündliche Anhörung fand am 12. und 13. Juni 2006 auf Wunsch von Telefónica statt. Telefónica sowie dem Beschwerde führenden Unternehmen und Dritten wurden angehört und hatten Gelegenheit zur zur Stellungnahme zu den von der Kommission in der Mitteilung der Beschwerdepunkte dargestellten Punkten. Nach der mündlichen Anhörung übermittelten die Kommissionsdienststellen Telefónica weitere Auskunftsverlangen, um den Fall weiter aufzuklären.
- (31) Am 11. Januar 2007 sendete die Kommission Telefónica ein Schreiben („Sachverhaltsschreiben“), in dem Telefónica aufgefordert wurde, Stellung zu den Schlussfolgerungen zu nehmen, die die Kommission aufgrund neuer und in der Mitteilung der Beschwerdepunkte noch nicht genannter Sachverhalte zu ziehen beabsichtigte. Telefónica antwortete auf dieses Schreiben am 12. Februar 2007.

IV. BESCHREIBUNG DER VON DER ENTSCHEIDUNG BETROFFENEN DIENSTE

A. Breitband-Internetzugang

1 Einleitung

- (32) Das Internet besteht aus zahlreichen miteinander verbundenen Rechnernetzen. Nach Herstellung einer Verbindung zum Internet können die Nutzer Dienste wie z.B. E-Mail, Web-Browsing, Betreiben von Websites und Instant Messaging nutzen. Internet-Diensteanbieter („ISP“) ermöglichen ihren Kunden die Nutzung des Internet, indem sie ihnen eine Verbindung zu ihrer jeweiligen Rechnerplattform anbieten, die wiederum mit dem gesamten Internet verbunden ist (so genannte „Internet-Connectivity“ oder „Internetanbindung“). Internetzugang kann über unterschiedliche Plattformen gewährt werden. Meist sind die Internetteilnehmer über eine Festnetzleitung, per Kabel (in von Kabelbetreibern versorgten Gebieten) oder über Mietleitungen mit ihrem ISP verbunden.
- (33) Zurzeit bestehen im Wesentlichen drei Möglichkeiten des Internetzugangs: (i) Zugang über Wählverbindungen (*Dial-up*), (ii) Zugangsdienste mit hoher Bandbreite unter Nutzung von DSL-Technologien (DSL = *Digital Subscriber Line*) oder Kabelmodems (oder entsprechender Technologie) und (iii) Zugang über Mietleitungen.
- (34) Wählverbindungen über analoge Telefonleitungen (im öffentlichen Telefonnetz¹¹) oder über ISDN (ISDN = *Integrated Systems Digital Networks*) setzen voraus, dass die Nutzer, die auf das Internet zugreifen möchten, einen Vertrag über die Nutzung eines separaten Telefonanschlusses geschlossen und ihren Rechner über ein Modem mit dem Telefonnetz verbunden haben. Die Verbindungs-Software der Nutzer weist das Modem dann an, eine bestimmte Nummer zu wählen, unter der eine Verbindung zum Rechnersystem des betreffenden ISP hergestellt werden kann.
- (35) Neben den Wählverbindungen können die Nutzer auch schnellere „Breitband“-Zugänge kaufen. In diesem Zusammenhang beschreibt der Begriff „Bandbreite“ die Kapazität einer Kommunikationsverbindung. Je höher die Kapazität einer Verbindung (d.h. je „breiter“ das Band), desto mehr Informationen können über die Verbindung übertragen werden, d.h. desto mehr Daten können in einem bestimmten Zeitraum übertragen werden (daher die Bezeichnung „schnellere“ Verbindung). Schnellere Verbindungen ermöglichen dem Nutzer den Zugriff auf größere Dateien (z.B. auf digitale Video- und Musikdaten oder die Beteiligung an Videospiele im Internet oder sogar den Empfang von Fernsehsendern).

2 Breitband-Internetzugänge in Spanien

- (36) Diese Entscheidung betrifft die Bereitstellung von Breitband-Internetzugängen auf dem spanischen Massenmarkt. Daher muss zunächst geklärt werden, was überhaupt unter einem Breitband-Internetdienst zu verstehen ist.

¹¹ Öffentliches Fernsprechnetz.

- (37) Ein Breitbandzugang ist durch verschiedene besondere Merkmale gekennzeichnet: (i) Die Geschwindigkeiten beim Hoch- und Herunterladen von Daten sind erheblich höher als die Geschwindigkeiten von Wählverbindungen; (ii) Breitbandzugänge bieten die Möglichkeit, ständig online zu sein, und (iii) bei Breitbandzugängen kann die Zugangsleitung bei bestehender Internetverbindung parallel für Telefongespräche und für sonstige Kommunikationsdienste genutzt werden.
- (38) Diese Merkmale müssen gleichzeitig vorhanden sein, damit ein Internet-Zugangsdienst als Breitband-Zugangsdienst bezeichnet werden kann. Bei Wählverbindungen sind diese Merkmale in der Praxis nicht alle gegeben; Breitbandzugänge sind also höherwertig als Wählverbindungen. Daher betrachten die Wettbewerbsbehörden der Gemeinschaft und die für den Bereich elektronische Kommunikationsnetze und -dienste zuständigen Regulierungsbehörden Wählverbindungen zur Herstellung einer Internetverbindung und Breitbandzugänge als umfassendere Dienste nicht als gleichwertig und rechnen diese Dienste unterschiedlichen Dienstleistungsmärkten zu.¹²
- (39) Breitband-Internetzugänge können über verschiedene technische Plattformen bereitgestellt werden. Verfügbare Technologien sind DSL (*Digital Subscriber Line* = digitale Teilnehmeranschlussleitung), Kabel und WLL (*Wireless Local Loop* = drahtlose Teilnehmeranschlüsse), einschließlich LMDS¹³ und MMDS¹⁴. DSL ist die vorherrschende Plattform für Breitbandzugänge in Spanien (79 % aller Breitbandanschlüsse Ende 2006), gefolgt von Kabelmodem-Anschlüssen (21 % aller Breitbandanschlüsse). WLL wurde im Allgemeinen nur für Geschäftskunden angeboten.

Tabelle 1 – Verteilung von Breitbandanschlüssen in Spanien nach Technologien 2002 bis 2006 (Quelle: Jahres- und Monatsberichte CMT)

	2002	2003	2004	2005	2006
ADSL	72,0 %	73,8 %	75,3 %	76,3 %	78,7 %
KABEL	27,7 %	26,0 %	24,1 %	23,4 %	21,3 %
SONST.	0,3 %	0,2 %	0,6 %	0,3 %	< 0,1 %

¹² Siehe Urteil des Europäischen Gerichts Erster Instanz vom 31.1.2007, Sache T-340/03, France Télécom SA gegen Kommission ("*France Télécom*"), Rz. 91. Siehe auch Entscheidung der Kommission vom 16.7.2003 im Fall COMP/38.233 – Wanadoo Interactive ("*Wanadoo*"), Rz. 169 bis 204.

¹³ *Local Multipoint Distribution System*.

¹⁴ *Multichannel Multipoint Distribution System*.

3 DSL (*Digital Subscriber Line*)

- (40) Bei DSL (*Digital Subscriber Line*) kann der Teilnehmeranschluss des bestehenden öffentlichen Telefonnetzes für Festnetzanschlüsse für die Übertragung digitaler Daten mit hohen Kapazitäten genutzt werden. Diese Technologie setzt voraus, dass die Ortsvermittlungen entsprechend ausgerüstet und mit Hochgeschwindigkeitsnetzen verbunden werden. DSL-Technologien nutzen bestehende Telefonleitungen zur gleichzeitigen Übertragung von Sprache, Daten und Bildmaterial mit hohen Geschwindigkeiten.
- (41) Bei DSL sind eine Reihe von Einzeltechnologien zu unterscheiden (z.B. ADSL (*Asymmetric Digital Subscriber Line*), HDSL (*High bit rate DSL*), SDSL (*Symmetric DSL*) und VDSL (*Very high bit rate DSL*)), die häufig alle zusammen als xDSL¹⁵ bezeichnet werden. ADSL ist zurzeit die vorherrschende Technologie für die Bereitstellung von Breitband-Internetzugängen für Privathaushalte in Spanien sowie für Kunden in anderen Mitgliedstaaten. Die Bezeichnung „asymmetrisch“ bezieht sich auf unterschiedliche Übertragungskapazitäten beim Hoch- und beim Herunterladen (größere Kapazität beim Herunterladen zum Nutzer als beim Hochladen seitens des Nutzers). Da die meisten Haushalte mehr Daten herunterladen als sie selbst im Internet erzeugen, werden die Kupferleitungen für eingehenden und für ausgehenden Verkehr „asymmetrisch“ ausgelegt, um höhere Kapazitäten beim Herunterladen zu ermöglichen.

4 Kabelmodem

- (42) Nutzer können Breitband-Internetzugänge nach Maßgabe einer Vertragsvereinbarung auch von ihren Kabel-TV-Anbietern beziehen. Analog zur Nutzung von Festnetz-Teilnehmeranschlüssen für Breitband-Internetzugänge können auch herkömmliche Koaxialkabelnetze zur Übertragung von Fernsehsignalen nachgerüstet werden, um die Bereitstellung von Hochgeschwindigkeits-Internetzugängen zu ermöglichen.¹⁶ Dieser Breitbandzugangstyp wird im Folgenden als Kabelmodem-Zugang bezeichnet.

¹⁵ Weitere Informationen zur xDSL-Technologie sind der Website des DSL-Forums unter www.dslforum.org zu entnehmen.

¹⁶ Koaxialkabel ist ein für hohe Übertragungskapazitäten ausgelegtes Kabel, das Kabelbetreiber für die Übertragung analoger und/oder digitaler Audio- und Videosignale zwischen dem Teilnehmeranschluss und den Endkunden nutzen.

- (43) Die ADSL-Technologie kann von fast allen Bürgern Spaniens genutzt werden und ist dank des vom früheren Monopolisten übernommenen flächendeckenden Netzes in allen Regionen Spaniens (d.h. in allen Autonomen Gemeinschaften) gleichermaßen verfügbar; kann nur ein Anteil von 40% der Bevölkerung Breitbandzugang über Kabelmodem erhalten, und die Verteilung der verfügbaren Anschlüsse auf dem spanischen Territorium ist ungleichmäßig.¹⁷ Die Abdeckung bei Kabelmodem-Zugängen ist selbst in einigen Regionen Spaniens mit den bevölkerungsreichsten Städten (Madrid und Barcelona) sowie in der *Comunidad Autonoma de Madrid* (Zugang zum Kabelnetz in 62 % aller Haushalte) und in der *Comunidad Autonoma de Cataluña* (Zugang zum Kabelnetz in 42 % aller Haushalte) gering.¹⁸ Der wesentliche Grund für diese unterschiedliche Abdeckung liegt darin, dass Telefónica bereits ein flächendeckendes Netz aufgebaut hatte, als der Sektor 1998 liberalisiert wurde und dass die Kabelbetreiber beim Aufbau ihrer Netze verschiedene Hindernisse überwinden müssen (Beeinträchtigungen infolge verlorener Kosten in Verbindung mit dem Aufbau der Infrastruktur und durch geltende Lizenzbestimmungen bedingte verwaltungstechnische Schwierigkeiten).

5 Sonstige Technologien

- (44) Neben ADSL und Kabelmodem werden zurzeit noch einige weitere Technologien in Spanien zur Vermarktung von Endkunden-Breitbandangeboten eingesetzt. Einige dieser Technologien beruhen auf einem Festnetz (z.B. FTTH (*Fibre To The Home* = Glasfaserleitungen), PLC (*Power line communications* = Internet über das Stromnetz), WLL (*Wireless Local Loop* = drahtlose Teilnehmeranschlüsse) und Satelliten-Anschlüsse), andere Technologien gehen von mobilen Netzen aus¹⁹ (z.B. GPRS²⁰ oder UMTS²¹). Viele dieser Technologien (Satelliten-Anschlüsse, WLL) sind durch sehr hohe Bereitstellungskosten gekennzeichnet und daher nur für individuelle Lösungen geeignet. Andere Technologien (PLC, GPRS und UMTS) befinden sich noch in der Anfangsphase ihrer Entwicklung. Wie aus der vorstehenden Tabelle 1 ersichtlich, entfällt auf diese Technologien immer noch ein Anteil von weniger als 0,1 % aller Breitbandanschlüsse in Spanien.

¹⁷ CMT-Bericht 2005, S. 285.

¹⁸ CMT-Bericht 2005, S. 101.

¹⁹ Der Unterschied zwischen einem Festnetz und einem Mobilfunknetz besteht in der Flächendeckung der Netzendpunkte. Einige Technologien wie z.B. WLL sind faktisch als Festnetz-Technologien zu betrachten, da die Netzendpunkte dem Festnetz zuzurechnen sind.

²⁰ *General Packed Radio Service.*

²¹ *Universal Mobile Telecommunications System.*

B. Der Massenmarkt der Breitband-Internetzugänge für Endkunden

1 Die wichtigsten Internet-Diensteanbieter („ISP“)

1.1 Telefónica

(45) Die Telefónica-Gruppe bietet Endkunden ADSL-Dienste über ihre Tochtergesellschaften TESAU, TERRA und TDATA an. TERRA bietet ADSL-Dienste für Haushalte sowie im SoHo-Bereich (SoHo = *Small Office Home Office*)²² seit Oktober 1999 unter der Marke Telefónica an. TESAU hat die staatliche Genehmigung zur Vermarktung von ADSL-Diensten bei Endkunden am 31. Juli 2001²³ erhalten und am 7. September 2001²⁴ die ersten Internetzugangsdienste auf ADSL-Basis angeboten. TDATA bietet ADSL-Zugangsdienste seit 1999 an.²⁵ Am 1. Dezember 2001 übertrug das Unternehmen seine Breitbandkunden TESAU, vermarktete Breitbandzugänge für große Geschäftskunden unter der Marke Megavia aber weiterhin selbst.²⁶

(46) Ende Dezember 2006 hatte TESAU in Spanien 3.742.652 Breitband-Endkunden.²⁷

1.2 Andere ISP, die ADSL-Dienste anbieten

(47) France Telecom bietet ADSL-Dienste für Endkunden seit Mai 2001 an. Nach dem Zusammenschluss mit eresMas hatte sich der Kundenstamm des Unternehmens bis Ende 2002 fast verdoppelt. Ende 2006 hatte France Telecom 640.000 Breitbandkunden in Spanien²⁸, und heute ist das Unternehmen gemessen an der Anzahl der ADSL-Anschlüsse der wichtigste Wettbewerber für Telefónica.

(48) Ya.com ist eine Tochter von T-Online (dem ISP der Deutsche Telekom). Am 31. Dezember 2005 hatte das Unternehmen 275.008 ADSL-Kunden.²⁹

(49) Ebenso wie France Telecom und Ya.com, ist Jazztel ein alternativer Anbieter im Bereich der Telekommunikation und der Datenübertragung. Ende 2006 verzeichnete Jazztel 247.451 Anschlüsse im eigenen Netz.³⁰

²² Schreiben von Telefónica vom 22.9.03 (siehe Seite TFCA-19 der Akte).

²³ *Resolución de 31 de julio de 2001, del Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, relativa a la prestación del servicio „ADSL minorista“ por parte de Telefónica de España, S.A.U.* (siehe Seite CMT-4578 der Akte).

²⁴ Siehe Pressemitteilung Telefónica: '*Telefónica de España lanza sus servicios de banda ancha Línea ADSL dirigidos a usuarios finales*', 7.9.01, unter <http://www.telefonica.es/saladeprensa/>.

²⁵ Schreiben von Telefónica vom 22.9.03 (siehe Seite TFCA-18 der Akte).

²⁶ Schreiben von Telefónica vom 21.7.05 (Seite TFCA-8926 der Akte).

²⁷ Telefónica, Trimester Bericht Dezember 2006, S. 20. Diese Ziffer umfasst die Breitband-Endkunden von TERRA und von TDATA.

²⁸ France Telecom, Jahresbericht 2006.

²⁹ CMT-Bericht 2005, S. 367.

³⁰ Jazztel, Jahresbericht 2006, S. 6.

- (50) Weitere kleine ISP bieten Breitband-Internetzugänge über ADSL an; Ende 2005 besaß jedoch keiner dieser ISP einen Marktanteil von mehr als 1 %.

1.3 Die Kabelbetreiber

- (51) ONO und Auna sind die beiden größten Kabelbetreiber. Die Abdeckung dieser Betreiber beschränkt sich jedoch auf bestimmte Regionen.³¹ Im November 2005 wurde Auna von ONO übernommen. Das durch den Zusammenschluss entstandene neue Unternehmen ONO verzeichnete Ende 2005 1.014.502 Breitbandkunden.²⁹
- (52) Die anderen Kabelbetreiber sind Euskaltel³² (107.556 Breitbandkunden Ende 2005²⁹), R Cable³³ (69.085 Breitbandkunden Ende 2005) Telecable de Asturias³⁴ (61.720 Breitbandkunden Ende 2005²⁹) und.

2 Breitbandangebote für Endkunden in Spanien

- (53) Bei Breitband-Zugangsprodukten für Endkunden sind aufgrund vermarktungsbezogener und technischer Merkmale zwei Typen zu unterscheiden: (i) Standard-Breitbanddienste für den Massenmarkt und (ii) kundenspezifische Breitbanddienste.
- (54) Der erste Produkttyp (der von dieser Entscheidung betroffen ist) wird Kunden mit allgemeinen und unspezifischen Bedürfnissen angeboten, die mit den von den Telekommunikationsanbietern für den Massenmarkt entwickelten Produkten erfüllt werden können.
- (55) Der zweite Produkttyp wurde für die besonderen und spezifischen Anforderungen bestimmter Kunden an elektronische Kommunikationsdienste im Allgemeinen und insbesondere an Datenübertragungsdienste entwickelt.
- (56) Kundenspezifische Dienste sind nicht Gegenstand dieser Entscheidung und werden kurz im Abschnitt über die Marktdefinition behandelt (siehe Abschnitt V.A.2). Ansonsten beschäftigt sich dieser Abschnitt zu den Endkunden-Breitbandangeboten in Spanien nur mit Breitband-Zugangsprodukten (siehe folgender Abschnitt 2.1) und mit der Entstehung von Paketangeboten (Abschnitt 2.2).

2.1 Die Standardprodukte für den Breitbandzugang auf dem Massenmarkt in Spanien

- (57) Die Standardangebote für den Breitbandzugang von Endkunden auf dem Massenmarkt in Spanien sind unterschiedlich gestaltet; maßgeblich sind im Wesentlichen zwei Kriterien: die Geschwindigkeit und die mit der Gebühr abgedeckte Nutzung (beschränkter/unbeschränkter Nutzungsumfang):

³¹ ONO ist in der *Comunidad Valenciana* sowie in den Regionen Cantabria, Mallorca, Albacete, Murcia, Huelva und Cádiz vertreten. Auna versorgt Kunden in Madrid, Katalonien, Andalusien (ohne Huelva und Cádiz), auf den Kanarischen Inseln, Alicante, Aragón, Navarra und La Rioja.

³² Euskaltel ist im Baskenland tätig.

³³ R Cable ist in Galizien tätig.

³⁴ Telecable Asturias bietet Anschlüsse in Asturien an.

- (58) Angebote für Endkunden unterscheiden sich zunächst einmal aufgrund der Download-Geschwindigkeit (d.h. der Geschwindigkeit, mit der Daten aus dem Internet zum Endnutzer übertragen („heruntergeladen“) werden). Bis 2004 wurden auf dem Markt vier Download-Geschwindigkeiten angeboten. Diese Geschwindigkeiten wurden von Telefónica zweimal verdoppelt (im September 2004 und Juli 2005), ohne den Endkunden dafür höhere Preise in Rechnung zu stellen (siehe Tabelle 2). Die meisten ADSL-Kunden in Spanien ([...] der TESAU-Kunden³⁵ und [...] aller Kunden bei TERRA) beziehen das Endkundenangebot als „Basisangebot“ (d.h. mit der geringstmöglichen von Telefónica angebotenen Geschwindigkeit). Die übrigen Kategorien betreffen teurere Produkte, die höhere Download-Geschwindigkeiten ermöglichen.

Tabelle 2 – Entwicklung der Download-Geschwindigkeiten der wichtigsten Telefónica-Angebote im Endkundenbereich³⁶

Variante	Vor Sept. 04	Sept. 04 – Juli 05	Seit Juli 05
Básica	256 kbit/s/128 kbit/s	512 kbit/s/128 kbit/s	1 Mbit/s/300 kbit/s
Class	512 kbit/s/128 kbit/s	1 Mbit/s/300 kbit/s	2 Mbit/s/300 kbit/s
Avanzada	1 Mbit/s/300 kbit/s	2 Mbit/s/300 kbit/s	4 Mbit/s/512 kbit/s
Premium	2 Mbit/s/300 kbit/s	4 Mbit/s/512 kbit/s	8 Mbit/s/640 kbit/s

- (59) Endkunden-Angebote sind zudem nach dem mit der Grundgebühr abgedeckten Nutzungsumfang zu unterscheiden: Die Kunden zahlen entweder pro Monat (i) eine Pauschale (ohne Nutzungsbeschränkung) unabhängig davon, wie lange sie das Internet nutzen oder wie viele Daten sie heruntergeladen haben, oder die Nutzer zahlen (ii) einen Pauschal-Anteil (Semi-Flatrate) für die Möglichkeit der unbefristeten Nutzung des Internets oder unbeschränkter Daten-Downloads während bestimmter Zeiten (in der Regel in Nebenzeiten wie z.B. an Wochenenden oder abends) sowie eine variable Gebühr (pro Verbindungsminute oder pro heruntergeladene Datenmenge) für die Nutzung außerhalb dieser Zeiten.

2.1.1 Die TESAU-Palette an ADSL-Produkten für Endkunden

- (60) Die TESAU-Palette im Bereich der Breitband-Internetzugänge für Endkunden bietet einen guten Überblick über die ADSL-Standardprodukte, die in Spanien für Endkunden angeboten werden; der Anteil dieser Produkte an allen Endkunden-Breitbandprodukten von Telefónica betrug Ende Juni 2006 über [...].
- (61) Im Dezember 2006 umfasste die Palette von TESAU die folgenden Angebote:

³⁵ Siehe Anhang A.

³⁶ Siehe Entscheidung der CMT DT 2004/1008 vom 22.7.04 (siehe Fussnote 103) und CMT Entscheidung DT 2005/418 vom 19.5.05 (siehe Fussnote 104).

Tabelle 3 – TESAU-Angebote für Endkunden im Dezember 2006 (ohne USt.)³⁷

Produkt	Mit der monatl. Grundgebühr abgedeckte Nutzung	Monatliche Pauschale	Variable monatliche Gebühr	Maximale monatliche Gebühr
PAUSCHALANGEBOTE („FLATRATES“)				
Kit/Línea ADSL 1 Mbit/s	ohne Nutzungsbeschränkung	39,07 EUR	-	39,07 EUR
Línea ADSL 2 Mbit/s	ohne Nutzungsbeschränkung	75,00 EUR	-	75,00 EUR
Línea ADSL 4 Mbit/s	ohne Nutzungsbeschränkung	120,00 EUR	-	120,00 EUR
Línea ADSL 8 Mbit/s	ohne Nutzungsbeschränkung	150,00 EUR	-	150,00 EUR
Línea ADSL 2 Mbit/s Business	ohne Nutzungsbeschränkung	208,33 EUR	-	208,33 EUR
Línea ADSL 4 Mbit/s Business	ohne Nutzungsbeschränkung	333,33 EUR	-	333,33 EUR
Línea ADSL 8 Mbit/s Business	ohne Nutzungsbeschränkung	466,67 EUR	-	466,67 EUR
SEMI-FLATRATES				
Tiempo Libre 1 Mbit/s	abends u. WE	29,90 EUR	0,060 EUR/min	42,00 EUR
A tu Medida weekend 1 Mbit/s	11 h/Monat + WE	21,90 EUR	0,024 EUR/min	42,00 EUR
A tu Medida night 1 Mbit/s	11 h/Monat u. abends	21,90 EUR	0,024 EUR/min	42,00 EUR
A tu Medida combined 1 Mbit/s	11 h/Monat+abends+WE	29,70 EUR	0,024 EUR/min	42,00 EUR
ADSL Mini 1 Mbit/s	1 GB / Monat	29,90 EUR	5 EUR/GB	42,00 EUR

(62) Mit Ausnahme der genannten Upgrade-Angebote mit höheren Übertragungsgeschwindigkeiten sind die Listenpreise von TESAU unverändert geblieben, seit TESAU im September 2001 ADSL-Dienste für Endkunden eingeführt hat.

2.1.2 Vergleich der Preise für Endkunden-Breitbandzugänge bei TESAU und bei den wichtigsten Wettbewerbern von TESAU

(63) Im September 2002 bestand kein Unterschied zwischen den von den großen alternativen ISP angebotenen Produkten. (Alle ISP bieten die gleiche Flatrate mit einer Übertragungsgeschwindigkeit von 256 kbit/s an.) Aus der folgenden Tabelle geht hervor, dass die monatlichen Gebühren aller großen ISP in dieser Zeit immer noch sehr eng bei dem Angebot von TESAU lagen.

³⁷ Siehe Telefónica-Website (www.telefonica.es).

Tabelle 4 – Wesentliche Breitbandangebote für Endkunden (256 kbit/s) im September 2002 (ohne USt.)³⁸

ISP	Produkt	Mit der monatl. Grundgebühr abgedeckte Nutzung	Monatliche Pauschale
AUNA ³⁹	ADSL Auna 256 kbit/s	ohne Nutzungsbeschränkung	39,00 EUR
TESAU	Kit/Línea ADSL 256 kbit/s	ohne Nutzungsbeschränkung	39,07 EUR
TERRA	Terra ADSL plus 256 kbit/s	ohne Nutzungsbeschränkung	42,04 EUR
Tiscali ⁴⁰	ADSL Top 256 kbit/s con equipo	ohne Nutzungsbeschränkung	39,95 EUR
Ya.com ⁴¹	ADSL 256 kbit/s	ohne Nutzungsbeschränkung	39,07 EUR
Wanadoo ⁴²	ADSL Speed 256 kbit/s	ohne Nutzungsbeschränkung	39,00 EUR

- (64) Im September 2003 wurden neue Semi-Flatrate-Produkte ohne Nutzungsbeschränkung in Nebenzeiten (Wochenenden und abends) zu einem niedrigeren Preis (29,90 EUR zuzüglich einer variablen Gebühr für die über den beschränkten Umfang hinausgehende Nutzung) eingeführt. Wie aus der folgenden Tabelle ersichtlich, lagen die monatlichen Gebühren anderer ISP weiterhin eng bei den Gebühren von TESAU.

³⁸ Informationen der großen ISP in den Antworten auf von der Kommission übermittelte Fragebogen.

³⁹ Siehe Schreiben von Auna vom 8.4.05 (Seite ISP-335 der Akte).

⁴⁰ Siehe Schreiben von Tiscali vom 24.9.03 (Seite ISP-138 der Akte); siehe auch folgende Fußnote 44.

⁴¹ Siehe Schreiben von Ya.com vom 6.4.05 (Seite ISP-311 der Akte).

⁴² Siehe Schreiben von Wanadoo vom 7.4.05 (Seite ISP-397 der Akte); siehe auch folgende Fußnote 45.

Tabelle 5 – Wesentliche Breitbandangebote für Endkunden (256 kbit/s) im September 2003 (ohne USt.)³⁸

ISP	Produkt	Mit der monatl. Grundgebühr abgedeckte Nutzung	Monatl. Pauschale	Variable monatl. Gebühr	Max. monatl. Gebühr
AUNA ³⁹	ADSL Auna 256 kbit/s	ohne Nutzungsbeschränkung	39,00 EUR	-	39,00 EUR
TESAU	Kit/Línea ADSL 256 kbit/s	ohne Nutzungsbeschränkung	39,07 EUR	-	39,07 EUR
TERRA	Terra ADSL plus 256 kbit/s	ohne Nutzungsbeschränkung	42,04 EUR	-	42,04 EUR
	ADSL Home 256 kbit/s ⁴³	abends u. WE	29,90 EUR	0,06 € / min	42,00 EUR
Tiscali ⁴⁰	ADSL Top 256 kbit/s + equipo	ohne Nutzungsbeschränkung	38,95 EUR	-	38,95 EUR
	ADSL Libre 256 kbit/s + equipo ⁴⁴	-	19,95 EUR	0,024 €/min	39,95 EUR
Ya.com ⁴¹	ADSL 256 kbit/s	ohne Nutzungsbeschränkung	39,07 EUR	-	39,07 EUR
Wanadoo ⁴²	ADSL Speed 256 kbit/s	ohne Nutzungsbeschränkung	39,00 EUR	-	39,00 EUR
	ADSL Go 256 kbit/s ⁴⁵	abends u. WE	29,90 EUR	0,06 €/min	42,00 EUR

(65) Auch im März 2004 war die Situation praktisch unverändert (hinsichtlich der Preise und der Angebotsvielfalt.)⁴⁶

⁴³ Produkt eingeführt am 6.3.03 (Schreiben von Telefónica vom 22.9.03 – siehe Seite TFCA-54 der Akte).

⁴⁴ Produkt eingeführt am 20.1.03 (Schreiben von Telefónica vom 22.9.03 – siehe Seite TFCA-54 der Akte).

⁴⁵ Produkt eingeführt am 28.10.02 (Schreiben von Telefónica vom 22.9.03 – siehe Seite TFCA-54 der Akte).

⁴⁶ CMT, Öffentliche Konsultation zur Definition und Analyse des Marktes für den Zugang zu und den Verkehr auf Datennetzen über Dauerverbindungen von festen Standorten siehe Tabelle I.1.8 (Seiten CMT-3966 und CMT-3967 der Akte).

- (66) Ab dem zweiten Halbjahr 2004 begannen andere ISP, Endkundenangebote zu entwickeln, die sich von den TESAU-Angeboten unterschieden (höhere Geschwindigkeiten, neue Semi-Flatrates zu niedrigeren Preisen und Pakete mit Sprachtelefonieangeboten). Diese neuen Angebote werden allerdings nur in bestimmten Gebieten angeboten, hauptsächlich in den Gebieten, in denen die großen alternativen Netzbetreiber ihre Netze bis zu den entbündelten Teilnehmeranschlüssen von Telefónica ausgebaut haben⁴⁷ (vorwiegend in den spanischen Großstädten) und die Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen (und der entsprechenden Dienste) stärker vorangeschritten war,⁴⁸ während die alternativen Angebote im übrigen Gebiet noch immer eingeschränkt und teurer waren als das Angebot von Telefónica. Im Juli 2005 wurden für Endkunden folgende Produkte angeboten:

⁴⁷ Wie im folgenden Abschnitt IV.C.2 erläutert, sind entbündelte Teilnehmeranschlüsse das einzige Großkundenangebot, das eine entscheidende Abgrenzung (sowohl hinsichtlich der Qualität als auch bezüglich des Preises) gegenüber den Endkundenangeboten von Telefónica ermöglicht. Hinzu kommt, dass die Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen eines der investitionsintensivsten Angebote für alternative Marktteilnehmer ist.

⁴⁸ Siehe folgender Abschnitt IV.F.

Tabelle 6 – Wesentliche ADSL-Angebote für Endkunden am 11. Juli 2005 (ohne USt.)⁴⁹

ISP	Produkt	Mit der monatl. Grundgebühr abgedeckte Nutzung	Räumliche Beschränkung ⁵⁰	Monatliche Pauschale
TESAU	Kit/Línea ADSL 1 Mbit/s	ohne Nutzungsbeschränkung	-	39,07 EUR
	Tiempo Libre 1 Mbit/s	abends u. WE	-	29,90 EUR
	ADSL A tu Medida weekend 1 Mbit/s	WE ⁵¹	-	21,90 EUR
	ADSL A tu Medida night 1 Mbit/s	abends	-	21,90 EUR
	ADSL A tu Medida combined 1 Mbit/s	abends u. WE	-	29,70 EUR
	ADSL Mini 1 Mbit/s	ohne Nutzungsbeschränkung	-	29,90 EUR
France Telecom	ADSL 1 Mbit/s directo	ohne Nutzungsbeschränkung	mit Nutzungsbeschränkung	29,90 EUR
	ADSL 2 Mbit/s directo	ohne Nutzungsbeschränkung	mit Nutzungsbeschränkung	39,00 EUR
	ADSL Nav. 2 Mbit/s + voz nacional	ohne Nutzungsbeschränkung	mit Nutzungsbeschränkung	36,00 EUR
	ADSL Nav. 2 Mbit/s + voz ciudad	ohne Nutzungsbeschränkung	mit Nutzungsbeschränkung	29,90 EUR
Ya.com	ADSL 256 kbit/s	ohne Nutzungsbeschränkung	mit Nutzungsbeschränkung	19,95 EUR
	ADSL 1 Mbit/s	ohne Nutzungsbeschränkung	mit Nutzungsbeschränkung	29,95 EUR
	ADSL 1 Mbit/s	ohne Nutzungsbeschränkung	-	54,95 EUR
Jazztel	ADSL 2 Mbit/s Voz	ohne Nutzungsbeschränkung	mit Nutzungsbeschränkung	32,95 EUR
	ADSL 4 Mbit/s 24h	ohne Nutzungsbeschränkung	mit Nutzungsbeschränkung	32,95 EUR
	ADSL 4 Mbit/s Bono 17 h	17 h/Monat	mit Nutzungsbeschränkung	15,95 EUR
	ADSL 4 Mbit/s Bono 22h	22 h/Monat	mit Nutzungsbeschränkung	20,95 EUR
	ADSL 4 Mbit/s noches	abends	mit Nutzungsbeschränkung	26,95 EUR
	ADSL 4 Mbit/s fin de semana	WE	mit Nutzungsbeschränkung	26,95 EUR

(67) Ab Dezember 2006 wurden den Endkunden folgende Produkte angeboten:

⁴⁹ Informationen der Websites der großen sonstigen ISP am 11. Juli 2005 (siehe Seiten ISP-522 bis ISP-530 der Akte).

⁵⁰ Räumlich beschränkte Dienste sind nur in bestimmten Gebieten verfügbar, bzw. es werden – bei Verfügbarkeit im gesamten Gebiet – regional unterschiedliche Preise verlangt (Unterschied zwischen Städten und ländlichen Gebieten).

⁵¹ Wochenende.

Tabelle 7 – Wesentliche ADSL-Angebote für Endkunden im Dezember 2006 (ohne USt.)⁵²

ISP	Produkt	Mit der monatl. Grundgebühr abgedeckte Nutzung	Feste monatliche Grundgebühr (Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen)/ übriges Gebiet
TESAU	Kit/Línea ADSL 1 Mbit/s	ohne Nutzungsbeschränkung	39,07 EUR
	Tiempo Libre 1 Mbit/s	abends u. WE	29,90 EUR
	ADSL A tu Medida weekend 1 Mbit/s	WE	21,90 EUR
	ADSL A tu Medida night 1 Mbit/s	abends	21,90 EUR
	ADSL A tu Medida combined 1 Mbit/s	abends u. WE	29,70 EUR
	ADSL Mini 1 Mbit/s	ohne Nutzungsbeschränkung	29,90 EUR
France Telecom	ADSL 1 Mbit/s	ohne Nutzungsbeschränkung	39,00 EUR
	ADSL 1 Mbit/s + voz nacional	ohne Nutzungsbeschränkung	20,00 EUR/36,00 EUR
	ADSL 1 Mbit/s + voz local	ohne Nutzungsbeschränkung	29,90 EUR
	ADSL 4 Mbit/s + voz local	ohne Nutzungsbeschränkung	29,90 EUR/-
	ADSL 20 Mbit/s + voz local	ohne Nutzungsbeschränkung	36,00 EUR/-
Ya.com	ADSL 1 Mbit/s + voz nacional	ohne Nutzungsbeschränkung	19,95 EUR/-
	ADSL 4 Mbit/s + voz nacional	ohne Nutzungsbeschränkung	25,95 EUR/-
	ADSL 20 Mbit/s + voz nacional	ohne Nutzungsbeschränkung	29,95 EUR/-
Jazztel	ADSL 1 Mbit/s 24h	ohne Nutzungsbeschränkung	35,95 EUR
	ADSL 6 Mbit/s 24h	ohne Nutzungsbeschränkung	32,95 EUR/-
	ADSL 20 Mbit/s 24h	ohne Nutzungsbeschränkung	29,95 EUR/-

⁵² Informationen der Websites der großen sonstigen ISP im Dezember 2006.

2.1.3 *Die Vervielfachung verkaufsfördernder Maßnahmen auf dem Breitband-Endkundenmarkt*

- (68) Der Markt für Breitband-Internetzugänge für Endkunden in Spanien ist durch zahlreiche verkaufsfördernde Maßnahmen gekennzeichnet (vorwiegend bezüglich der Verbindungsgebühren, der Ausstattung, kostenloser oder ermäßigter monatlicher Grundgebühren und gelegentlich auch im Zusammenhang mit Werbegeschenken, die nicht unmittelbar mit dem jeweiligen Breitbandprodukt in Zusammenhang stehen), mit denen Telefónica und andere Wettbewerber versuchen, neue Kunden zu gewinnen.⁵³ Der CMT (*Comisión del Mercado de las Comunicaciones* = spanische Regulierungsbehörde für den Telekommunikationsbereich) zufolge kam diesen Maßnahmen tatsächlich eine entscheidende Werbewirkung im Wettbewerb der Betreiber auf dem Endkundenmarkt zu.⁵⁴

2.2 *Aufkommen von Paketangeboten*

- (69) In den vergangenen drei Jahren war eine der frappierendsten Entwicklungen auf dem Endkundenmarkt für Breitbandprodukte von Telefónica und von den Konkurrenten von Telefónica das Aufkommen und die verstärkte Bereitstellung so genannter „Dual-Play“-Angebote, bei denen Sprachdienste und Internet, und „Triple-Play“-Angebote, bei denen zusätzlich auch noch Fernsehdienste im Breitbandnetz zusammengefasst sind. Derartige Angebote standen von Anfang an im Zentrum der Bestrebungen der Kabelbetreiber, Zugang zum Markt für Breitband-Internetzugänge zu erhalten und ihre Marktanteile auszuweiten. Wie noch weiter unten ausgeführt werden wird, hat diese Vorgehensweise nicht verhindert, dass die Kabelnetzbetreiber Marktanteile innerhalb des untersuchten Zeitraumes verloren haben. Ende 2004 hat Telefónica ihren eigenen Dienst Fernsehen über das Breitbandnetz (Imagenio) auf den Markt gebracht, der im Bündel mit einem Breitband-Internetzugang und Sprach-Telefondiensten angeboten wird.

⁵³ Die Auswirkungen von Telefónicas Sonderangeboten auf die Preis-Kosten-Schere werden weiter unten in Abschnitt VI.F.3. ermittelt.

⁵⁴ CMT-Jahresbericht 2004, Seite 107: „*Durante el año 2004, los usuarios se han beneficiado de diferentes promociones, verdadero instrumento de competencia entre los operadores*“ (siehe Seite CMT-3585 der Akte).

- (70) Telefónica kann dank der aus dem früheren gesetzlichen Monopol übernommenen flächendeckenden Infrastruktur Triple-Play-Produkte landesweit anbieten. Andere ADSL-Betreiber aber können Triple-Play-Produkte kurz- bis mittelfristig nur in begrenzten Teilen Spaniens (abhängig von der Abdeckung des jeweiligen Kabelbetreibers) bzw. dort auf den Markt bringen, wo sie eine eigene Infrastruktur bis zu den Ortsverteilern von Telefónica eingerichtet haben (siehe folgender Abschnitt C.2.1). Anders als in anderen Mitgliedstaaten (z.B. in Frankreich) und wie auch von Telefónica eingeräumt,⁵⁵ schließen die landesweiten und die regionalen Großkundenprodukte von Telefónica das Angebot von Fernsehdiensten über Breitbandkabel durch andere Betreiber aus. Daher ist die Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen für andere (kabelunabhängige) Betreiber unabdingbare Voraussetzung für die Bereitstellung von Fernsehdiensten über Breitbandkabel, und diesem Zugang standen in Spanien erhebliche Hindernisse entgegen (siehe unten Abschnitt F) Jazztel und France Telecom sind daher die einzigen Unternehmen, die nun langsam beginnen, diese Dienste anzubieten, und deren Angebot ist auf ein sehr begrenztes Gebiet beschränkt.
- (71) Telefónica hatte sich das ehrgeizige Ziel gesetzt, bis Ende 2005 200.000 Kunden für Imagenio zu gewinnen, und dieses Ziel wurde auch tatsächlich erreicht.⁵⁶ Ende 2006 hatte Telefónica bereits 382.000 Imagenio-Kunden.⁵⁷

C. Großkunden-Breitbandzugänge

1 Einleitung

- (72) Wie bereits erläutert, besteht das Internet aus zahlreichen miteinander verbundenen Rechnernetzen. Um seinen Endkunden Breitband-Internetdienste anbieten zu können, muss ein ISP in der Lage sein, (i) den Anschluss in den Räumlichkeiten seines Endkunden mit seiner Plattform zu verbinden („Netzzugang zu den Endkunden“) und (ii) seine Plattform mit dem Internet zu verbinden („Internetanbindung“).
- (73) TESAU ist nämlich der einzige spanische Betreiber mit einem Ortsanschlussnetz (d.h. mit Zugang zu den meisten spanischen Haushalten und zu allen Unternehmen) im gesamten spanischen Territorium.
- (74) Ein Unternehmen, das Endkunden im gesamten spanischen Territorium Breitbandzugänge anbieten möchte, ist – wenn die wirtschaftlich nicht sinnvolle Möglichkeit des Aufbaus eines alternativen landesweiten Zugangnetzes außer Acht gelassen wird – gezwungen, die entsprechenden Leistungen nach Maßgabe einer Vertragsvereinbarung bei einem der auf dem Markt für Großkunden angebotenen ADSL-Dienste zu beziehen; diese Dienste jedoch beruhen alle auf dem TESAU-Zugangnetz mit ADSL-fähigen Teilnehmeranschlüssen.

⁵⁵ Siehe Schreiben von TESAU vom 18.7.05 (Seite TFCA-3242 der Akte).

⁵⁶ Telefónica, Jahresbericht 2005, S. 27.

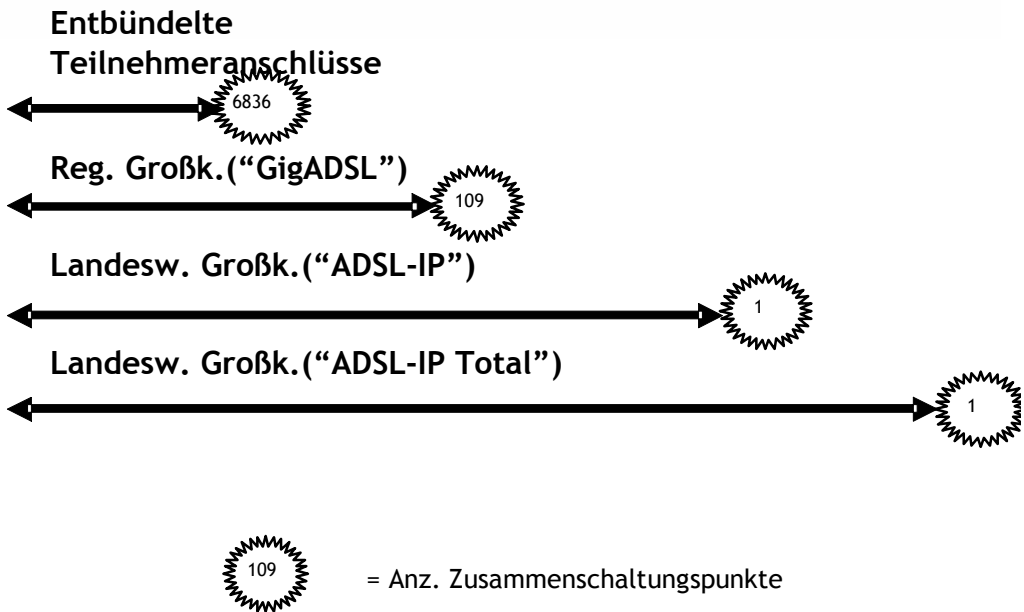
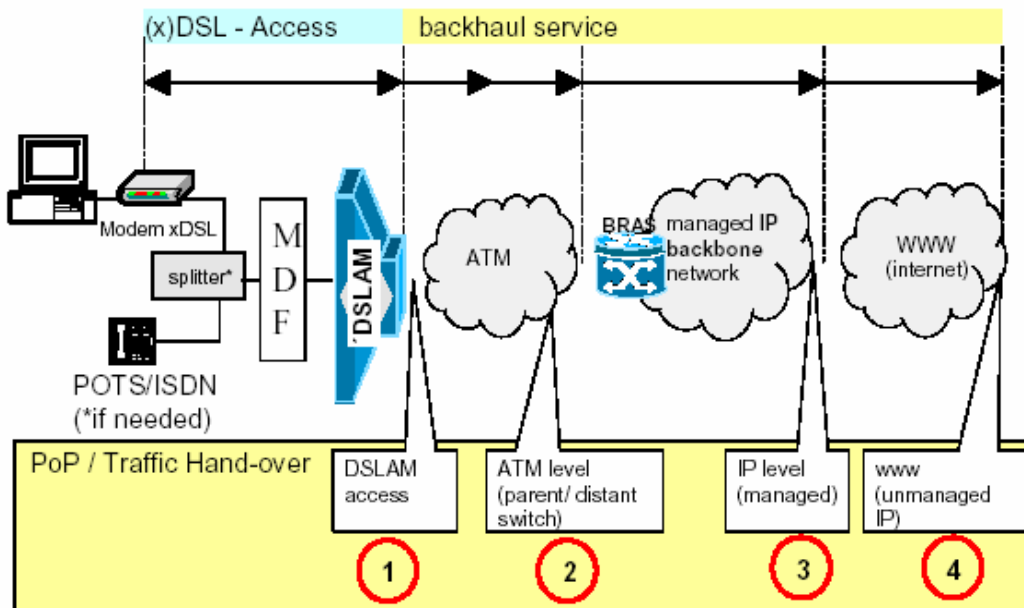
⁵⁷ Telefónica, Vierteljährliche Ergebnisbericht 2006, Januar bis Dezember, S. 21

- (75) Bei diesen Angeboten für ADSL-Großkunden sind im Wesentlichen drei Typen zu unterscheiden: (i) ein Standardangebot für entbündelte Teilnehmeranschlüsse, das nur von TESAU vermarktet wird, (ii) ein regionales Großkundenangebot, das nur von TESAU vertrieben wird, und (iii) mehrere nationale Großkundenangebote, die sowohl von Telefónica als auch von anderen Betreibern auf der Grundlage entbündelter Teilnehmeranschlüsse und/oder dem regionalen Großkundenangebot von TESAU vermarktet werden.
- (76) Die Internetanbindung (d.h. die Verbindung zu allen anderen Internetnutzern derart, dass die von Endkunden gesendeten Datenpakete die gewünschten Ziele erreichen und dass der eingehende Datenverkehr bei den Endkunden ankommt) lässt sich in drei Formen herstellen: Die Anbindung kann wie folgt geschaffen werden: (i) als Leistung eines Netzbetreibers bezogen werden (z.B. seitens eines ISP, der kein eigenes Netz besitzt) oder (ii) durch die Herstellung einer Verbindung und den Austausch von Daten mit einer hinreichend großen Anzahl an Netzen hergestellt werden, mit der alle Ziele abgedeckt werden können, oder (iii) durch eine Kombination der beiden erstgenannten Möglichkeiten.

2 Beschreibung der wichtigsten Breitbandprodukte für Großkunden in Spanien

- (77) Im Folgenden werden die Merkmale und die Entwicklung dieser Zugangsprodukte für Großkunden seit ihrer jeweiligen Markteinführung beschrieben.

Abbildung 1 – Großkundenprodukte von Telefónica



- [Legende:
 DSL Access – DSL-Zugang
 Backhaul service – Backhaul-Dienst
 Splitter – Splitter
 Manged IP backbone network – verwaltetes IP-Backbone-Netz
 POTS = Öffentl. Fernsprechnet/Übergabe (wenn erf.)
 DSLAM access – DSLAM-Zugang
 ATM level – ATM-Ebene (übergeordnete/entfernte Vermittlung)
 IP level – IP-Ebene (verwaltet)
 www – www (nicht verwaltetes IP)]

2.1 *Vollständig entbundelter und gemeinsamer Zugang zum Teilnehmeranschluss*

- (78) Als Teilnehmeranschluss wird das verdrehte doppeladriges Metallkabel bezeichnet, über das der Netzendpunkt in den Räumlichkeiten des Teilnehmers mit dem HVT (Hauptverteiler)⁵⁸ oder einer entsprechenden Einrichtung im öffentlichen Festtelefonnetz verbunden ist. Bei einem vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss wird dem Nutzer ein Zugang so zur Verfügung gestellt, dass der Nutzer das gesamte Frequenzspektrum des verdrehten doppeladrigen Metallkabels beanspruchen kann. (Auf diese Weise werden sowohl Sprachdienste als auch der Internetzugang zur Verfügung gestellt.) Ein gemeinsamer Zugang zum Teilnehmeranschluss ist dann gegeben, wenn dem Nutzer das nicht für Sprachdienste verwendete Frequenzspektrum des verdrehten doppeladrigen Metallkabels bereitgestellt wird.
- (79) Ein Betreiber, der einen gemeinsamen Zugang nach Maßgabe einer vertraglichen Vereinbarung bezieht, kann dem Endnutzer Breitbanddienste bereitstellen, während das marktbeherrschende Unternehmen für den Endnutzer weiterhin Sprachtelefoniedienste erbringt. Bei vollständig entbündeltem Zugang bezieht der Endnutzer keinerlei Dienste mehr vom marktbeherrschenden Unternehmen, und der alternative Betreiber kann dem Endnutzer sowohl Sprach- als auch Datendienste erbringen.
- (80) Wie bereits dargestellt, ist TESAU als einziges Unternehmen mit einem Ortsanschlussnetz auf dem gesamten spanischen Territorium der einzige Anbieter eines vollständig entbündelten oder gemeinsamen Zugangs für Teilnehmeranschlüsse in Spanien.
- (81) Seit Dezember 2000 ist TESAU gemäß einer Auflage der Regulierungsbehörde verpflichtet, anderen Betreibern das Mieten des doppeladrigen Kupferkabels von den Räumlichkeiten des Teilnehmers bis zur Ortsvermittlung (oder zum HVT) zu ermöglichen.⁵⁹ Um die Kollokation herzustellen, müssen andere Netzbetreiber in den Ortsvermittlungen von TESAU physisch präsent sein, wo das vorhandene doppeladriges Kupferkabel mit dem jeweils eigenen DSLAM⁶⁰ und dem eigenen Netz verbunden werden muss. Diese Option setzt voraus, dass neue Marktteilnehmer ihre Ausrüstung in die 6836 HVT von TESAU einbauen, was wiederum hohe Investitionen im Vorfeld erfordert.⁶¹

⁵⁸ HVT: In der Telefonie wird als Verteiler ein Schrank oder ein Bereich bezeichnet, in dem sich eine Ausrüstung befindet, mit der die von den Übertragungsmedien der Nutzer erzeugten Signale im Multiplexbetrieb über ein Medium mit hoher Kapazität übertragen werden. Über einen HVT werden die Signale vieler DSL-Leitungen über ein größeres Kabel weitergeführt.

⁵⁹ Siehe unten, Abschnitt IV.D.2.3.

⁶⁰ DSL-Zugangsmultiplexer.

⁶¹ Siehe unten Tabelle 8.

- (82) Dank der Kontrolle über den DSLAM und über das eigene Netz kann ein Unternehmen, das eine Vereinbarung über die Nutzung eines entbundelten Teilnehmeranschlusses mit TESAU trifft, selbst über die Aufteilung der Verbindungskapazität zum Hoch- und zum Herunterladen von Daten entscheiden, unterschiedliche Ausrüstung und Techniken einsetzen, um längere Leitungen zu ermöglichen, und geeignete Einrichtungen nutzen, um zusätzliche Dienste wie z.B. Video über DSL oder VoIP (*Voice over Internet Protocol*) anbieten zu können. Mit anderen Worten: Das Unternehmen ist in der Lage, einen erheblichen Teil der gesamten Wertschöpfungskette und viele Bereiche seiner Endkundendienste selbst zu kontrollieren und kann so seine Endkundenprodukte gegenüber den Endkundenprodukten von Telefónica differenzieren.
- (83) Gegenüber 2004 ist die Anzahl der entbundelten Teilnehmeranschlüsse in den Jahren 2005 und 2006 ständig gewachsen. Vom 30. September 2004 an wurden in Spanien etwa 42.000 Anschlüsse entbündelt; dies entsprach etwa 1 % aller Endkunden-Breitbandanschlüsse.⁶² Vom 31. Dezember 2005 an waren etwa 370.000 Anschlüsse entbündelt; dies entsprach etwa 8% aller Endkunden-Breitbandanschlüsse in Spanien.⁶² Vom 31. Dezember 2006 an waren in Spanien etwa 939.000 Anschlüsse entbündelt; dies entsprach etwa 14 % aller Endkunden-Breitbandanschlüsse.⁶³

2.2 Großkunden-Breitbandzugänge mit regionalen Punkten für die Übergabe des Ausgangsverkehrs („regionales Großkundenangebot“)- "GigADSL"

- (84) Telefónica ist der einzige Anbieter eines regionalen Großkunden-Breitbandzugangsdienst in Spanien.
- (85) Seit 1999 ist TESAU gemäß einer Auflage der Regulierungsbehörde verpflichtet,⁶⁴ einen Großkunden-Breitbandzugangsdienst auf der Grundlage des ATM-Protokolls (ATM = *Asynchronous Transfer Mode*) anzubieten. Dieser unter der Bezeichnung „GigADSL“ eingeführte Dienst weist die wesentlichen Merkmale eines Bitstream-Zugangs gemäß der Definition der Gruppe Europäischer Regulierer (ERG = *European Regulators' Group*)⁶⁵ auf: (i) vom marktbeherrschenden Unternehmen (TESAU) in den Räumlichkeiten des Kunden bereitgestellter Hochgeschwindigkeitsanschluss (Endkundenseite); (ii) Kapazität zur Übertragung von Breitbanddaten in beide Richtungen, damit neue Marktteilnehmer Kunden ihre eigenen Mehrwertdienste anbieten können; (iii) neue Marktteilnehmer können die von ihnen angebotenen Dienste differenzieren, indem sie (mittelbar oder unmittelbar) die zugrunde zu legenden Standards und/oder die Nutzung ihres eigenen Netzes modifizieren.

⁶² Siehe Tabelle 60 in Anhang A. Vollständig entbundelte Leitungen, die nicht im ADSL Endkundenmarkt angeboten werden, sind nicht einbezogen worden.

⁶³ CMT-Monatsbericht Dezember 2006, S. 9.

⁶⁴ Siehe unten, Abschnitt IV.D.2.2.

⁶⁵ Bitstream-Zugang – Gemeinsame Position der Gruppe Europäischer Regulierungsstellen, 2.4.2004.

- (86) TESAU übergibt den Verkehr an regionalen indirekten Zugangspunkten (PAI) an einen neuen Marktteilnehmer. Um eine landesweite Abdeckung zu erzielen, muss ein Unternehmen mit 109 indirekten Zugangspunkten verbunden sein.⁶⁶ Dies erfordert erhebliche Investitionen im Vorfeld. Voraussetzung ist, dass der Kunde ein ausgedehntes Netz besitzt oder aufbaut.
- (87) Anders als bei vollständig entbündelten und bei gemeinsamen Zugängen zum Teilnehmeranschluss kann ein Unternehmen, das eine vertragliche Vereinbarung über den Bezug des regionalen Großkundenangebots von TESAU trifft, seine Dienste bezüglich der zugrunde zu legenden Standards oder der einzusetzenden Ausrüstung zur Herstellung der Netzanbindung über den Teilnehmeranschluss in keiner Weise modifizieren. Gewisse Funktionen wie z.B. die maximale Geschwindigkeit beim Hochladen und beim Herunterladen sind bereits festgelegt. Dank seiner Kontrolle über den BRAS (*Broadband Remote Access Server*)⁶⁷ und über Elemente seines eigenen Netzes stehen dem Unternehmen allerdings noch gewisse Wahlmöglichkeiten hinsichtlich der Bandbreite und der Zuverlässigkeit seines Backhaul-Dienstes⁶⁸ sowie die Möglichkeit zur Verfügung, Endkundenprodukte mit unterschiedlichen technischen Merkmalen anzubieten, indem es die Qualität der Dienstparameter ändert. Trotzdem ist – anders als bei der Nutzung entbündelter Teilnehmeranschlüsse – der Umfang begrenzt, in dem Bezieher des regionalen Großkundenprodukts ihren Endkunden innovative Dienste anbieten können, die sich erheblich von den von Telefónica angebotenen Endkundendiensten unterscheiden.

2.3 Großkunden-Breitbandzugänge mit einem einzigen landesweiten Punkt zur Übergabe („landesweites Großkundenangebot“, "ADSL-IP" und "ADSL-IP Total")

- (88) Bis Juni 2006 bot Telefónica drei Großkunden-Zugangsprodukte an, bei denen der Verkehr an einem einzigen Punkt an andere Betreiber übergeben wird, von dem aus diese anderen Betreiber landesweit Endkunden erreichen können. Seit Juni 2006, als TDATA und TERRA in TESAU aufgingen, hat Telefónica die Palette an Großkunden-Zugangsprodukten auf nur noch zwei Produkte reduziert: ADSL-IP und ADSL-IP Total.⁶⁹ Eine seit April 2002 geltende Regulierung verpflichtet Telefónica, ADSL-IP den anderen Betreibern aufgrund von transparenten und nicht-diskriminierenden Konditionen anzubieten.⁷⁰

⁶⁶ Siehe unten Tabelle 8.

⁶⁷ Durch den Betrieb der BRAS (*Broadband Remote Access Servers*) kann das Unternehmen den virtuellen Pfad in weitere virtuelle Pfade aufteilen und damit den Mindestdurchsatz in verkehrsstarken Zeiten definieren.

⁶⁸ Backhaul-Dienste ermöglichen Netzbetreibern die Zusammenfassung von Daten (z.B. von Internetverkehr) an einem zentralen Ort in einer Stadt oder einer Region, die dann mit noch größeren Standorten verbunden wird.

⁶⁹ Siehe Schreiben von TESAU vom 21.8.2006; ADSL-IP Total hat die beiden folgenden Produkte ersetzt, die insoweit hinsichtlich ihres Funktionsumfangs ähnlich waren, als der Kunde einen „wiederverkaufsfähigen“ Dienst einschließlich der bereitgestellten Internetanbindung erhielt:

- Das von TESAU angebotene und nicht als Tunnelverbindung bereitgestellte Produkt ADSL-IP beruhte auf GigADSL (DSL-Zugang und Backhaul); TESAU leitete für dieses Produkt bestimmten Verkehr über das eigene IP-Netz. Der Verkehr wurde an einem Zusammenschaltungspunkt mit dem TDATA-Netz übergeben. Die Internetanbindung wurde dabei von TDATA bereitgestellt.

- (89) ADSL IP beruht auf GigADSL (DSL-Verbindung und Backhaul); TESAU leitet den für ADSL IP bestimmten Verkehr über das eigene IP-Netz, der übertragene Verkehr wird an einem einzigen indirekten landesweiten IP-Zugangspunkt an den neuen Marktteilnehmer übergeben. Die Internetanbindung ist in diesem Produkt nicht enthalten. Da ein Kunde nur noch eine Verbindung zu einem einzigen Übergabepunkt herstellen muss, um landesweit Dienste anbieten zu können, erspart ADSL-IP dem Kunden beträchtliche Kosten für den Aufbau eines eigenen Netzes. Bei diesem Produkt besteht wegen der eingeschränkteren Kontrolle über die Dienstparameter jedoch nicht die Möglichkeit, ähnlich differenzierte Endkundenprodukte zu entwickeln wie bei der Nutzung entbundelter Teilnehmeranschlüsse oder wie beim regionalen Großkundenangebot.
- (90) Der wesentliche Unterschied zwischen ADSL-IP und ADSL-IP Total besteht darin, dass TESAU beim erstgenannten Produkt⁷¹ den Verkehr über einen Schacht in das eigene Netz leitet, wobei der Kunde den Schacht zwischen dem Telefonanschluss des Endkunden und dem indirekten Zugangspunkt des Kunden mit eigener Ausrüstung ergänzen muss. Der Kunde stellt die Internetanbindung bereit (und weist dem Endkunden eine Internetadresse zu). Diese Merkmale ermöglichen dem Kunden eine gewisse Eigenständigkeit insoweit, als er die Verbindungskapazität für Anbieter unterschiedlicher Übertragungsbandbreiten auf nationaler und auf internationaler Ebene so auslegen kann, dass Engpässe vermieden werden können, welche die den Endkunden zur Verfügung gestellte Bandbreite beeinträchtigen würden. ADSL-IP Total hingegen beinhaltet die Internetanbindung; damit erspart sich der Kunde Investitionen für die Ergänzung des Schachts; der Nachteil besteht allerdings darin, dass er keine Möglichkeiten mehr hat, den Übertragungsverkehr zu kontrollieren oder das Endkundenprodukt zu differenzieren. Das den Endkunden angebotene Produkt ist nämlich aus technischer Sicht identisch mit dem Endkundenprodukt, das auch dem Großkunden angeboten wird. In diesem Fall ist der Großkunde darauf beschränkt, das bereitgestellte Produkt zu vermarkten, zu vertreiben und zu verkaufen.
- (91) In der folgenden Tabelle sind die wesentlichen Merkmale der Großkundenprodukte von Telefónica sowie die jeweils maßgeblichen aufsichtsrechtlichen Bestimmungen zusammengestellt, die später in Abschnitt D noch näher erläutert werden:

- Das TDATA-Produkt „Megavía“ beruhte ebenfalls auf GigADSL und auf ADSL-IP; TDATA stellte die erforderliche Internetanbindung bereit. Bis zum letzten Quartal 2002 war Megavía das beliebteste Großkundenprodukt von Telefónica.

⁷⁰ CMT Entscheidung MTZ 2001/4038 vom 29.4.2002 ("*OBA*") – Resolución por la que se instal la modificación de la oferta de acceso al bucle de abonado publicada por Telefónica de España, S.A.U. en fecha 20 de enero de 2001 (siehe Seite CMT-618 der Akte).

⁷¹ Daher wird dieses Produkt als „Tunnel-ADSL-IP“ bezeichnet (im Gegensatz zu dem in der vorigen Fußnote genannten nicht als Tunnelverbindung bereitgestellten Produkt).

Tabelle 8 – Die ADSL-Wertschöpfungskette in Spanien (Juni 2006)⁷²

<i>ADSL-Zugangsprodukt für Großkunden</i>	<i>Merkmale</i>	<i>Regulierung und Preis</i>	<i>Das Netz betreffender Investitionsbedarf</i>
<u>Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen</u>	<ul style="list-style-type: none"> – „Blankes“ verdilltes doppeladriges Kupferkabel – Erforderlich im HVT; Betrieb des DSLAM = mit sehr hohen Investitionen verbundene Option – Ausgeprägte Kontrolle über das Endkundenprodukt 	<ul style="list-style-type: none"> – Kostenbezug (seit Januar 2001). – Monatliche Gebühr: <ul style="list-style-type: none"> ▪ vollständige Entbündelung: 11,35 EUR ▪ gemeinsamer Zugang zum Teilnehmeranschluss: 3 EUR 	Sehr investitionsintensive Option: [...] ⁷³
<u>Regionaler Großkundenzugang</u> – GigADSL	<ul style="list-style-type: none"> – DSL-Zugang und Backhaul – Die landesweite Abdeckung erfordert Verbindungen an 109 Zugangspunkten = hohe Investitionen. – Gewisse Kontrolle über das Endkundenprodukt 	<ul style="list-style-type: none"> – "Retail Minus" – Die monatliche Gebühr hängt von der gewählten Bandbreite ab (Standardangebot: 21,09 EUR). 	Investitionsintensive Option: [...] ⁷⁴
<u>Landesweiter Großkundenzugang</u> – ADSL-IP – ADSL-IP Total	<ul style="list-style-type: none"> – DSL-Zugang und Backhaul + Verkehr über IP-Netz von Telefónica – Ein landesweiter Übergabepunkt = weniger hohe Investitionen – Eingeschränkte Kontrolle über das Endkundenprodukt 	<ul style="list-style-type: none"> – ADSL-IP: keine Preisregulierung; Verpflichtung zur nicht diskriminierenden Behandlung – Monatliche Gebühren: <ul style="list-style-type: none"> • ADSL-IP: 27,80 EUR • ADSL-IP Total: 36,06 EUR abzüglich Volumenrabatt 	ADSL-IP: sehr beschränkter Investitionsbedarf ADSL-IP-Total: Fast keinerlei Investitionsbedarf

⁷² Der Vollständigkeit halber wird darauf hingewiesen, dass Telefónica 2005 auf eigene Initiative ein neues Großkunden-Zugangsprodukt eingeführt hat, das in zwei Formen (als „ADSL Avanza IP“ und als „ADSL Avanza IP Total“) angeboten wird, und das im Wesentlichen einen DSL-Zugang sowie eine Backhaul-Funktion, die Zusammenführung des Verkehrs über das IP-Netz von Telefónica und die Übergabe des Verkehrs an den neuen Marktteilnehmer an einem indirekten IP-Zugangspunkt beinhaltet. Dieses neue Großkundenprodukt wird nur mit einer beschränkten räumlichen Abdeckung angeboten und ist nur in Ballungsräumen verfügbar (im Wesentlichen dort, wo die großen sonstigen Netzbetreiber bereits konkurrierende landesweite Großkundenprodukte anbieten). Da „ADSL Avanza IP“ wie von TESAU erläutert, aus Nachfragesicht „ADSL-IP“ vergleichbar und „ADSL Avanza IP Total“ „ADSL-IP Total“ entspricht, und da Ende Juni 2005 keine „ADSL Avanza IP“-Anschlüsse und nur 1.444 „ADSL Avanza IP Total“-Anschlüsse verzeichnet wurden, brauchen diese Produkte nicht weiter berücksichtigt zu werden bzw. sind in dieser Entscheidung getrennt von sonstigen landesweiten Großkundenprodukten zu behandeln.

⁷³ Investitionen von Telefónica zwischen 2001 und 2006 um die Lücke zwischen dem Großkundenprodukt Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen und dem Endkundenprodukt zu überbrücken. Siehe Anlage 2 des Briefes von Telefónica vom 17.10.2006 (Seite TFCA-13126 der Akte).

⁷⁴ Investitionen von Telefónica zwischen 2001 und 2006 um die Lücke zwischen dem regionalen Großkundenprodukt Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen und dem Endkundenprodukt zu überbrücken. Siehe Anlage 2 des Briefes von Telefónica vom 17.10.2006 (Seite TFCA-13126 der Akte).

- (92) Bis Oktober 2002 war Telefónica der einzige Anbieter eines landesweiten Großkundenzugangs.
- (93) Die Markteinführung eines konkurrierenden landesweiten Großkundenangebots im September 2004 ist darauf zurückzuführen, dass France Telecom *eresMas*, den für das ADSL-Geschäft zuständigen Geschäftsbereich von Auna übernommen hat. Die Umsätze mit Großkundenprodukten, die bis dahin innerhalb der Auna-Gruppe erzielt worden waren, wurden nun an den freien Markt weitergegeben (da Auna die von France Telecom übernommenen *eresMas*-Kunden weiterhin auf Großkundenebene versorgte).
- (94) Wie aus der vorstehenden Tabelle ersichtlich, wurden Ende 2002 – abgesehen von den Großkundenprodukten von Telefónica und von dem Großkundenprodukt von [...], das [...] nur aus den genannten Gründen bereitgestellt wurde – landesweite Großkundenprodukte von anderen Anbietern in weniger als [...] Fällen angeboten (0,2 % aller Endkunden-Breitbandanschlüsse); Ende 2003 lag die Anzahl bei [...] Anschlüssen (1,4 % der Endkunden-Breitbandanschlüsse) und Ende 2004 bei weniger als [...] Anschlüssen (1,7 % der Endkunden-Breitbandanschlüsse).

Tabelle 9 – Anzahl der von anderen Netzbetreibern verkauften Großkundenanschlüsse

	bis Okt. 02	Dez. 02	Dez. 03	Dez. 04
Telefónica ⁷⁵	[...]	[...]	[...]	[...]
Auna (nur [...]) ⁷⁶	[...]	[...]	[...]	[...]
France Telecom ⁷⁷	[...]	[...]	[...]	[...]
Albura ⁷⁸	[...]	[...]	[...]	[...]
British Telekom ⁷⁹	[...]	[...]	[...]	[...]
Jazztel ⁸⁰	[...]	[...]	[...]	[...]

⁷⁵ ADSL-Anschlüsse, die das IP-Netz von Telefónica nutzen (TESAU oder TDATA), ohne die von TESAU und TERRA im betreffenden Endkundenmarkt verkauften Anschlüsse; siehe Schreiben von TESAU vom 18.7.05 (Seite TFCA-3262 der Akte).

⁷⁶ Schreiben von Auna vom 8.4.05 (siehe Seite ISP-339 der Akte) [...].

⁷⁷ [...] (Schreiben von Wanadoo vom 7.4.05 – siehe Seite ISP-405 der Akte).

⁷⁸ Schreiben von Albura vom 13.4.05 (siehe Seite ISP-323 der Akte).

⁷⁹ [...] (Schreiben von Wanadoo vom 4.4.05 – siehe Seite ISP-352 der Akte).

⁸⁰ Schreiben von Jazztel vom 17.9.03 (siehe Seite ISP-90 der Akte) und vom 8.4.05 (siehe Seite ISP-374 der Akte).

- (95) Alle konkurrierenden landesweiten Großkundenangebote seit Oktober 2002 beruhen auf einem der Großkundenprodukte von Telefónica (d.h. ausschließlich auf dem regionalen Großkundenzugang bis September 2004 und nach September 2004 auf einer Kombination aus der Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen und einem Großkundenzugang auf regionaler Ebene).

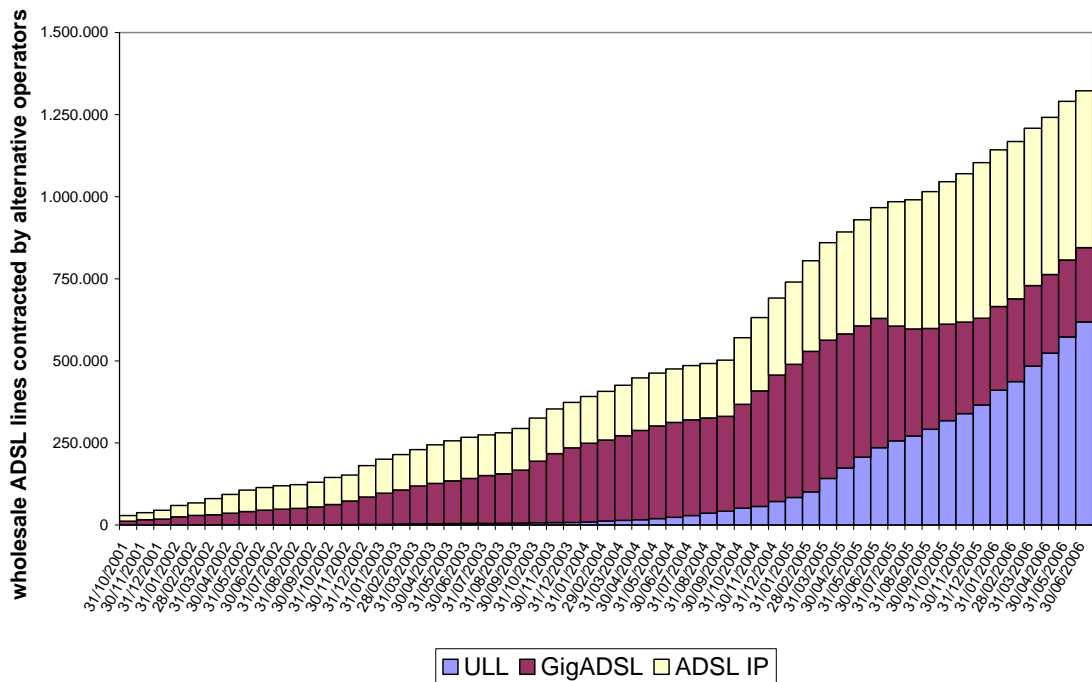
3 Entwicklung der Nutzung der weiter oben beschriebenen Großkundenprodukte

- (96) Wegen der mit all diesen Produkten⁸¹ verbundenen Kosten für den Aufbau des erforderlichen Netzes sind alternative Betreiber zunächst unter Nutzung von Großkundenangeboten auf den Markt gelangt, bei denen nur ein einziger Übergabepunkt benötigt wurde. Mit wachsendem Kundenstamm haben diese Anbieter dann weitere Sprossen der „Investitionsleiter“ erklommen,⁸² indem einige von ihnen Netze aufgebaut und in Ausrüstungen investiert haben, die ihnen den Bezug des landesweiten Großkundenangebots von Telefónica („GigADSL“) sowie später gemeinsamer Zugänge oder vollständig entbündelter Teilnehmeranschlüsse nach Maßgabe vertraglicher Vereinbarungen ermöglichten.

⁸¹ Siehe oben Tabelle 8.

⁸² Die „Investitionsleiter“ ist ein von der Europäischen Kommission, von nationalen Regulierungsbehörden, Wirtschaftsfachleuten und Marktteilnehmern verwendeter Begriff zur Beschreibung der schrittweisen Investitionen seitens alternativer Betreiber im Telekommunikationsbereich. Der Begriff beinhaltet die wesentlichen Merkmale des Sektors, nämlich die hohen Festkosten und die hohen verlorenen Kosten in Verbindung mit den Versorgungsunternehmen sowie die Notwendigkeit einer Amortisierung dieser Investitionen im Wettbewerb mit einem marktbeherrschenden Unternehmen, das seine eigenen Netze unter früher gegebenen Sonder- oder Exklusivrechten aufbauen konnte. Im folgenden Abschnitt V.A.3.1 wird der Begriff der „Investitionsleiter“ näher erläutert.

Abbildung 2 – Von Telefónica im Zeitraum September 2001 bis Juni 2006 vermarktete Großkundenanschlüsse⁸³



[Legende:

Wholesale ... – Aufgrund vertraglicher Vereinbarung von alternativen Marktteilnehmern bezogene Großkundenprodukte
ULL – Entbündelte Teilnehmeranschlüsse]

- (97) Aus der vorstehenden Abbildung geht die Entwicklung der Anzahl der nach Maßgabe vertraglicher Vereinbarungen bezogenen Anschlüsse bei den drei Großkundenprodukten hervor. Drei Zeiträume sind zu unterscheiden:
- (98) Bis zum letzten Quartal 2002 war ADSL-IP Total, das keinerlei wesentliche Investitionen für die Netzinfrastruktur erforderte, das beliebteste Großkundenprodukt.
- (99) Seit dem letzten Quartal 2002 war GigADSL das beliebteste Großkundenprodukt in Spanien. Beginnend in diesem Zeitraum haben einige alternative Netzbetreiber Netze aufgebaut und begonnen, landesweite Großkundenprodukte in Konkurrenz zu Telefónica anzubieten.
- (100) 2005 und 2006 hat die Anzahl der entbündelten Teilnehmeranschlüsse beträchtlich zugenommen. Einige alternative Netzbetreiber (vorwiegend France Telecom, Ya.com und Jazztel) haben in den größeren Städten Spaniens Netze zu den Ortsvermittlungen von TESAU aufgebaut.
- (101) Aus den folgenden Abbildungen geht der Anteil der Großkundenprodukte hervor, die France Telecom und Ya.com nach Maßgabe vertraglicher Vereinbarungen bezogen haben.⁸⁴

⁸³ Siehe Anlagen 1 und 2 des Briefes von Telefónica vom 28.7.2006 (Seiten TFCA-4653 bis TFCA-4661 der Akte).

(102) Abbildung 3 zeigt, [...]

Abbildung 3 – Von France Telecom nach Maßgabe vertraglicher Vereinbarungen bezogene ADSL-Großkundenprodukte⁸⁵
[...]

(103) Abbildung 4 zeigt, [...]

Abbildung 4 – Von Ya.com nach Maßgabe vertraglicher Vereinbarungen bezogene ADSL-Großkundenprodukte⁸⁶
[...]

D. Regulierung der von der Entscheidung betroffenen Dienste

1 Regulierung der Endkundenpreise für Breitband-Zugangsdienste

(104) Während die Endkundenpreise von TESAU vom 3. August 2001 bis zum 1. November 2003 reguliert waren, unterlagen die Endkundenpreise der anderen Tochtergesellschaften von Telefónica S.A. keinerlei Regulierung.⁸⁷

1.1 Regulierung der Endkundenpreise von TESAU bis zum 1. November 2003

(105) Am 3. August 2001 wurden die von TESAU beantragten Endkundenpreise von der Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos ("CDGAE") genehmigt.⁸⁸ Dies geschah in Übereinstimmung mit dem spanischen Allgemeinen Telekommunikationsgesetz 11/1998, wonach die Preise für Telefónicas ADSL-Dienste für Endkunden und für Großkunden der Regulierung unterworfen werden können.⁸⁹ Gemäß den Vorschriften dieses Gesetzes konnte die CDGAE auf vorläufiger Basis feste Preise sowie Mindest- und Höchstpreise, die Kriterien für die Festsetzung und die Kontrollmechanismen bestimmen, wobei sie die tatsächlichen Kosten für die Bereitstellung der Dienste und den Grad des Wettbewerbs zwischen den Betreibern auf dem Markt zu berücksichtigen hatte.

⁸⁴ Abgesehen von France Telecom und Ya.com erreichte bis 2005 keiner der ADSL-Anbieter (Tiscali, Jazztel, Tele 2, BT usw.) auch nur einen Marktanteil von 1 %.

⁸⁵ Siehe Anlagen 1 und 2 des Schreibens von Telefónica vom 28.7.2006 (Seite TFCA-4653 bis TFCA-4661 der Akte).[...]

⁸⁶ Siehe Anlagen 1 und 2 des Schreibens von Telefónica vom 28.7.2006 (Seiten TFCA-4653 bis TFCA-4661 der Akte).[...].

⁸⁷ Entsprechendes wurde in einem Beschluss des spanischen Ministers für Telekommunikation vom 31. Juli 2001 erklärt (siehe oben Fussnote 23).

⁸⁸ *Orden de 3 de agosto de 2001 por la que se dispone la publicación de los acuerdos de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, de 2 de agosto de 2001, sobre tarifas y servicios prestados por Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal^a, BOE 189/15551* (siehe Seite CMT-4579 der Akte).

⁸⁹ Vierte Übergangsbstimmung des spanischen Telekommunikationsgesetzes 11/1998.

- (106) Bis zum 1. November 2003 war TESAU verpflichtet, dem Wirtschaftsministerium und dem Ministerium für Wissenschaft und Technologie beabsichtigte Preisänderungen zum Zwecke der Genehmigung durch die CDGAE mitzuteilen.⁸⁸ Wenn binnen zwei Monaten nach Registrierung des Eingangs der entsprechenden Ankündigung beim zuständigen Staatssekretariat keine förmliche abschlägige Entscheidung erging, galten die von TESAU beabsichtigten Preisänderungen als genehmigt.⁹⁰

1.2 Regulierung der Endkundenpreise von TESAU ab dem 1. November 2003

- (107) Die Endkundenpreise für die ADSL-Dienste von TESAU wurden gemäß einer Entscheidung der CDGAE vom 25. September 2003⁹¹ liberalisiert. Mit dieser Maßnahme wurde die zuvor übliche Praxis beendet, dass die Endkundenpreise für ADSL-Produkte von TESAU von den zuständigen Verwaltungsstellen genehmigt werden mussten. Allerdings wurde die Verpflichtung für TESAU beibehalten, jegliche Änderungen an den Endkundenpreisen der ADSL-Dienste spätestens zehn Tage vor der Markteinführung mitzuteilen.⁹²
- (108) Gemäß der einschlägigen Großkunden-Regulierung (siehe unten) ist TESAU auch verpflichtet, im Voraus jegliche Endkundenpreis-Änderung und/oder jegliche Veränderung der Struktur der Endkundenpreise mitzuteilen⁹³ und neue entsprechende Großkundertarife zu beantragen. Grund für dieses Mitteilungserfordernis ist es, der CMT die Möglichkeit zu geben zu verhindern, dass das Endkundenprodukt auf den Markt gebracht wird, wenn es für konkurrierende Betreiber nicht replizierbar ist, oder die beantragten Großkundertarife zu modifizieren, um es alternativen Betreibern zu ermöglichen, mit TESAU zu konkurrieren (siehe unten Absatz 115).⁹⁴ Die CMT hat keine Befugnisse, TESAUs Endkundenpreise zu ändern, die am 1. November 2003 liberalisiert wurden.

2 Regulierung der Großkundenpreise für Breitband-Zugangsdienste

2.1 Landesweite Großkundenangebote (ADSL-IP Total und ADSL-IP)

- (109) Die Preise für ADSL-IP Total (früher Megavia) haben niemals einer Preisregulierung unterlegen. Telefónica kann die Preise für dieses Produkt daher uneingeschränkt nach eigenem Ermessen festsetzen.

⁹⁰ Siehe Beschlüsse vom 3. August 2001 (siehe Seite CMT-4581 der Akte) und vom 10. Mai 2001 (siehe Seite CMT-4584 der Akte).

⁹¹ *ORDEN PRE/3028/2003, de 30 de octubre, por la que se dispone la publicación del Acuerdo, de 25 de septiembre de 2003, de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, por el que se aprueba la liberalización de los precios minoristas de los servicios ADSL prestados por Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal, BOE 262/20153* (siehe Seiten CMT-4595 und CMT-4596 der Akte).

⁹² Siehe Artikel 1 und 2 des ORDEN PRE/3028/2003 vom 30. Oktober.

⁹³ TESAU ist verpflichtet, Änderungen in der Struktur der ADSL-Endkundenpreise 1 Monat vor der Vermarktung und die Änderungen in Bezug auf die Einführung einer neuen technischen Modalität von ADSL-Endkundendiensten in den Markt und von deren Rücknahme vom Markt 3 Monate vor der Vermarktung mitzuteilen.

⁹⁴ CMT Entscheidung MTZ 2003/1000 vom 31. März 2004 betreffend die Änderung des Standardangebots für entbündelte (Teilnehmer-)Anschlüsse („OBA 2004“).

- (110) Bis zum 21. Dezember 2006⁹⁵ haben die Preise für ADSL-IP⁹⁶ nie einer Regulierung unterlegen: ADSL-IP wurde intern innerhalb der Telefónica-Gruppe im September 2001 eingeführt.⁹⁷ Unmittelbar nachdem Telefónica das Produkt intern eingeführt hatte, schickte die CMT zwei Informationersersuchen⁹⁸ an TESAU bezüglich dieses Großkundenproduktes und erlegte anschließend am 29. April 2002 TESAU auf, diesen Dienst auch für andere Betreiber zu transparenten und nicht diskriminierenden Bedingungen zugänglich zu machen.⁹⁹

2.2 Regionales Großkundenangebot (GigADSL)

- (111) Die erste die Bereitstellung dieses Dienstes betreffende rechtliche Regelung enthielt der Beschluss¹⁰⁰ der CDGAE vom 25. März 1999, der den Zugang zu diesem Produkt regelte und auch die Festsetzung der Preise betraf, die andere Betreiber für die Bereitstellung dieses Produkts an Telefónica S.A. zahlen mussten. Dieser Beschluss war bis zum 31. Dezember 2000 wirksam.
- (112) Im Dezember 2000 hat die spanische Regulierungsbehörde einen vollständig entbündelten und gemeinsamen Zugang zum Teilnehmeranschluss gefordert, und der regionale Großkunden-Breitbandzugang wurde als indirekte Variante für den Zugang zum Teilnehmeranschluss in das erste Standardangebot von Telefónica für einen entbündelten Teilnehmeranschluss aufgenommen.
- (113) Mit dem Beschluss des Ministerpräsidenten¹⁰¹ vom 29. Dezember 2000 wurde eine Regelung für den maximalen Listenpreis von GigADSL mit Wirkung zum 1. Januar 2001 eingeführt. TESAU war es allerdings in keiner Weise verwehrt, diese Preise zu unterschreiten. Mit diesem Datum wurde der CMT die ausschließliche Zuständigkeit für die Regulierung der Preise für diesen Dienst übertragen.

⁹⁵ Siehe unten Abschnitt 2.4.

⁹⁶ Dies gilt gleichermaßen für das bestehende „Tunnel“-Angebot wie für das nicht als Tunnelverbindung bereitgestellte Produkt, das im Juni 2006 durch ADSL-IP Total ersetzt wurde.

⁹⁷ Schreiben von Telefónica vom 22.9.03 (siehe Seite TFCA-49 der Akte).

⁹⁸ Am 12. November 2001 und am 4. März 2002. Siehe CMT Entscheidung MTZ 2001/4038 vom 29.4.02 („OBA 2002“) – Resolución por la que se insta la modificación de la oferta de acceso al bucle de abonado publicada por Telefónica de España, S.A.U. en fecha 20 de enero de 2001 (siehe Seite CMT-618 der Akte).

⁹⁹ CMT, Decisión MTZ - 2001/4038 vom 29.4.02 („OBA 2002“) – Resolución por la que se insta la modificación de la oferta de acceso al bucle de abonado publicada por Telefónica de España, S.A.U. en fecha 20 de enero de 2001 (siehe Seite CMT-618 der Akte).

¹⁰⁰ Orden de 26 de marzo de 1999 por la que se dispone la publicación del Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, de 25 de marzo de 1999, por el que se determinan los precios que los operadores autorizados deberán abonar a Telefónica, Sociedad Anónima, por la provisión del acceso indirecto al bucle de abonado de la red pública telefónica fija, hasta el 31 de diciembre del año 2000 – BOE 86, Seiten 13513 bis 13515 (siehe Seite CMT-573 der Akte).

¹⁰¹ *Orden de 29 de diciembre de 2000 por la que se dispone la publicación del Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, por el que se establecen los precios de la primera oferta de acceso al bucle de abonado en las modalidades de acceso completamente desagregado, de acceso compartido y de acceso indirecto, a la red pública telefónica fija de Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal; BOE Nummer 313, Seiten 46758 bis 46764 (Seiten CMT-4597 bis CMT-4603 der Akte): „9. **Carácter máximo de los precios.** Los precios de los servicios a los que se refiere este Acuerdo tendrán carácter de máximos. Telefónica de España, Sociedad Anónima*

- (114) In ihrer Entscheidung vom 2001. Juli 2001¹⁰² hat die CMT die Preise für GigADSL gesenkt und festgelegt, dass die Preise für GigADSL künftig auf der Grundlage eines Abzugsystems für Endkunden festgesetzt werden, nach dem der Preis für alle GigADSL-Varianten einen bestimmten Prozentanteil der entsprechenden monatlichen Endkunden-Gebühr von TESAU nicht überschreiten darf.
- (115) Wie in Randnummer (108) erläutert, wurde TESAU mit Wirkung zum 31. März 2004 verpflichtet, bei jeglicher Änderung der Struktur der Preise für die angebotenen ADSL-Endkundendienste und/oder bei Einführung einer neuen technischen Modalität für ADSL-Dienste (z.B. Verdoppelung der Geschwindigkeit) auf dem Markt oder bei deren Rücknahme die entsprechenden neuen Großkundertarife anzukündigen. Die CMT kann, falls nötig, die angekündigten Großkundertarife modifizieren, um es alternativen Betreibern zu ermöglichen, mit TESAUs ADSL-Endkundenangebot zu konkurrieren.
- (116) Nach der Ankündigung von TESAU, dass die Geschwindigkeit der Endkundenprodukte 2004¹⁰³ und 2005¹⁰⁴ verdoppelt werde, hat die CMT die Preise für GigADSL geringfügig reduziert. Interessant ist, dass Telefónica bei beiden Gelegenheiten selbst vorgeschlagen hatte, die Preise für GigADSL unverändert zu belassen.¹⁰⁵
- (117) Telefónica hat außerdem ausdrücklich vorgeschlagen, die Preise für GigADSL beizubehalten, als Telefónica die neuen Endkundenprodukte „ADSL Tiempo Libre“, „ADSL a tu medida“¹⁰⁶ und „ADSL mini“¹⁰⁷ einführte. Die Preise für diese Semi-Flatrates waren günstiger als die bislang maßgeblichen Endkundenpreise. Tatsächlich wurden die GigADSL-Preise schließlich in allen drei Fällen unverändert beibehalten.

Unipersonal, podrá aplicar precios por debajo de los límites indicados, informando a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de dichos precios con quince días de antelación a su aplicación efectiva.“

¹⁰² *Resolución de la CMT de 26 de julio de 2001, por la que se resuelve el recurso potestativo de reposición interpuesto por TESAU contra la Resolución de medidas cautelares dictadas dentro del expediente MTZ 2001/4935 sobre el establecimiento de condiciones para el acceso indirecto al bucle de abonado de la red telefónica pública fija de Telefónica de España con el objeto de articular los mecanismos que posibiliten la prestación de servicios ADSL en competencia (siehe Seite CMT-593 der Akte).*

¹⁰³ *Resolución de la CMT de 22 de julio de 2004, sobre solicitud de modificación de la oferta de acceso al bucle de abonado (OBA) de Telefónica de España, S.A.U. para adecuarla a la modificación de las velocidades ADSL en el nivel minorista („OBA 2004 (2)“)* (siehe Seite CMT-1605 der Akte).

¹⁰⁴ *Resolución de la CMT de 19 de mayo de 2005, sobre solicitud de modificación de la oferta de acceso al bucle de abonado (OBA) de Telefónica de España, S.A.U. para adecuarla a la modificación de las velocidades ADSL en el nivel minorista („OBA 2005“)* (siehe Seite TFCA-3028 der Akte).

¹⁰⁵ CMT Entscheidung *OBA 2004 (2)* (siehe oben Fußnote 103): *„Con la propuesta que realiza TESAU de modificar los parámetros técnicos de las modalidades ADSL, este operador estima que no es necesario llevar a cabo ninguna otra modificación de la OBA. En particular, considera que no habría que revisar ni el Plan de Gestión del Par, ni el capítulo de precios, ni los servicios de información.“* (siehe Seite CMT-1606 der Akte).

OBA 2005 (siehe oben Fußnote 104): *„TESAU no propone ninguna modificación en los precios actuales, ni minoristas ni mayoristas“* (siehe Seite TFCA-3029 der Akte).

¹⁰⁶ *Resolución DT2004/1447 de la CMT de 7 de octubre de 2004 por la que se pone fin a l periodo de información previa a la apertura de un procedimiento de modificación de la oferta de acceso al bucle*

- (118) In jedem Fall sind die GigADSL-Preise als Höchstpreise im untersuchten Zeitraum unverändert geblieben; dies hat die CMT in ihrem Schreiben vom 7. Januar 2005 an die Europäische Kommission bestätigt:

„Asimismo, conviene no olvidar que la OBA es una oferta de mínimos que TESAU está obligada a publicar, pero que en ningún modo excluye la negociación entre las partes. En este sentido, y respondiendo a las cuestiones de la Comisión Europea, nada impediría a TESAU ofrecer el servicio GigADSL a precios inferiores, respetando, eso sí, la normativa vigente en relación, entre otros, con el principio de no discriminación. Por supuesto, TESAU también podría en cualquier momento solicitar a esta Comisión una reducción de los precios.“¹⁰⁸

[Übersetzung ins Deutsche: "Im Übrigen sollte nicht vergessen werden, dass das Standardangebot das Minimalangebot ist, das TESAU zu veröffentlichen verpflichtet ist, und dass es Verhandlungen zwischen den Parteien in keiner Weise ausschließt. In diesem Sinne, und als Antwort auf die Frage der Europäischen Kommission, gibt es nichts, das TESAU daran hindern würde, GigADSL-Dienste zu niedrigeren Preisen anzubieten, solange es sich an die anwendbaren Vorschriften hält, die unter anderem das Nichtdiskriminierungsprinzip betreffen. TESAU könnte offensichtlich auch zu jeder Zeit bei dieser Kommission um eine Preisreduzierung nachsuchen."]

2.3 Entbündelter Zugang zum Teilnehmeranschluss

- (119) Wie bereits dargestellt, wurde TESAU im Dezember mit dem Erlass 3456/2000 vom 22. Dezember 2000 die Pflicht zur Bereitstellung des Zugangs zu den Teilnehmeranschlussleitungen des Unternehmens und zur Einführung eines Standardangebots für einen entbündelten Teilnehmeranschluss auferlegt. Seit dem 31. Dezember 2000 ist TESAU verpflichtet, entbündelte Zugänge zu seinen Teilnehmeranschlussleitungen sowie zu den entsprechenden Einrichtungen zu kostenorientierten Bedingungen anzubieten.¹⁰⁹

de abonado como consecuencia del lanzamiento por TESAU del servicio ‘ADSL a tu medida’ (siehe Seite CMT-4640 der Akte).

¹⁰⁷ *Resolución MTZ 2005/101 de la CMT de 14 de marzo de 2004 sobre el lanzamiento por TESAU del servicio minorista ‘ADSL 12/04’ de facturación por volumen (siehe Seite W-741 der Akte).*

¹⁰⁸ Siehe Seite 7 des Schreibens der CMT vom 2.2.05 (siehe Seite CMT-568 der Akte).

¹⁰⁹ Diese Einrichtungen in Verbindung mit der Bereitstellung entbündelter Zugänge zu den Ortsvermittlungen sind insbesondere Kollokationskomponenten, Verbindungsleitungen und die entsprechenden Informationssysteme, die benötigt werden, um nachgelagerte Dienste anbieten zu können (siehe folgender Abschnitt F).

2.4 *Der CMT-Beschluss vom 21. Dezember 2006*

- (120) Am 5. November 2003 wurde das oben erwähnte spanische Allgemeine Telekommunikationsgesetz 11/1998 durch das spanische Allgemeine Telekommunikationsgesetz 32/2003 ersetzt, das den neuen EG-Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze¹¹⁰ in das spanische Recht umsetzt und die CMT ermächtigt, Unternehmen, deren erhebliche Marktmacht mittels einer Marktanalyse festgestellt wurde, angemessene regulatorische Verpflichtungen aufzuerlegen.
- (121) Die genannte Bestimmung bezüglich der Großkundenpreise von Telefónica für regionale und landesweite Zugänge hat Ende 2006 nach dem CMT-Beschluss vom 1. Juni 2006¹¹¹, nach dem Telefónica verpflichtet ist, Großkundenzugänge sowohl auf regionaler als auch auf landesweiter Ebene anzubieten und in dem die Verpflichtungen für Telefónica innerhalb des neuen aufsichtsrechtlichen Rahmens festgelegt wurden, einige wesentliche Änderungen erfahren.¹¹²
- (122) Der CMT-Beschluss vom 1. Juni 2006 sieht folgende Bestimmung vor:

„1.-Obligación de proporcionar los servicios mayoristas de acceso de banda ancha a todos los operadores.

La efectividad de esta obligación requiere la imposición genérica de las siguientes obligaciones a TESAU:

¹¹⁰ Der neue rechtliche Rahmen für elektronische Kommunikationsnetze besteht aus einer Reihe von Richtlinien, die im Jahre 2002 angenommen wurden und die vorsehen, dass die nationalen Regulierungsbehörden (NRB) regelmäßig die Wettbewerbssituation auf bestimmten Märkten überprüfen, die in der Empfehlung 2003/311/EG der Kommission über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen („Rahmenrichtlinie“), genannt werden. Diese Marktanalysen sind unter Zugrundelegung der Grundsätze des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft vorausschauend durchzuführen, und ausgehend von diesen Analysen bestimmen die NRB ggf. Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht und legen ex ante aufsichtsrechtliche Auflagen für diese Unternehmen fest. Gemäß Artikel 7 der Richtlinie sind die Maßnahmenentwürfe der Europäischen Kommission mitzuteilen. Die Kommission kann bei den Marktdefinitionen und bei der Feststellung beträchtlicher Marktmacht durch die NRB unter bestimmten Umständen von ihrem Vetorecht Gebrauch machen.

¹¹¹ CMT, Entscheidung AEM 2005/1454 vom 1.6.06 – *Resolución por la que se aprueba la definición del mercado de acceso mayorista de banda ancha, el análisis del mismo, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea*; in dieser Entscheidung hat die CMT den Großkunden-Breitbandmarkt analysiert und ist zu dem Ergebnis gelangt, dass Telefónica auf diesem Markt eine starke Position innehatte; die CMT hat Wettbewerbsprobleme auf den Breitbandmärkten für Großkunden und für Endkunden festgestellt (insbesondere die Lieferverweigerungen, taktische Verzögerungen, unangemessene Nutzung eingeschränkt verfügbarer Informationen, unangemessene Anforderungen, Diskriminierungen auf Preis- und Qualitätsebene, Kosten-Preis-Schere) und entsprechende Regulierungsaufgaben verfügt.

¹¹² Siehe Fußnote 110.

a) Atender a las solicitudes razonables de acceso a recursos específicos de sus redes y a su utilización (art. 13.1 d) de la LGTel y 10 del Reglamento de Mercados; art 12 de la Directiva de Acceso)

Esta obligación implica, entre otros aspectos, que TESAU está obligado a:

- Dar acceso a terceros a elementos y recursos específicos de su red necesarios para la provisión del acceso mayorista de banda ancha*
- [...]*
- No retirar el acceso a facilidades que actualmente se están prestando sin aprobación previa d la CMT*

La obligación anterior implica que TESAU estará obligada a facilitar un acceso mayorista de banda ancha (acceso indirecto al bucle) suficiente para garantizar la replicabilidad técnica de todas las ofertas minoristas de banda ancha que comercialice, bien directamente o a través de otras empresas de su mismo grupo. Este servicio mayorista deberá estar disponible a terceros tanto en las demarcaciones definidas para el servicio GigADSL como en el nivel nacional [ADSL-IP].

b) Ofrecer los servicios de acceso mayorista de banda ancha a precios orientados en función de los costes de producción (arts. 13.1 e) de la LGTel y 11 del Reglamento de Mercados; art. 13 de la Directiva de Acceso).

[...]

Los precios fijados para los servicios mayoristas regulados en virtud del punto anterior deberán:

- Permitir a los operadores alternativos que decidan utilizar los servicios mayoristas de banda ancha replicar las ofertas minoristas de banda ancha de TESAU o cualquier empresa de su grupo;*
- Asegurar los incentivos económicos suficientes para asegurar el desarrollo de redes alternativas, la inversión eficiente y la competencia sostenible de acuerdo con el Artículo 13.2 de la Directiva de Acceso;*
- Asegurar la coherencia de las tarifas de los servicios mayoristas asegurando un margen suficiente tanto entre los servicios prestados en las diferentes demarcaciones (servicio regional) y el nacional como con respecto a otros servicios mayoristas conexos (servicio desagregado al bucle).“*

[Übersetzung ins Deutsche: "1. Verpflichtung zur Gewährung von Großkunden-Breitbandzugangsdiensten an alle Betreiber

Die Wirksamkeit dieser Verpflichtung erfordert es, dass TESAU die folgenden Verpflichtungen auferlegt werden:

a) Allen vernünftigen Ersuchen um Zugang zu und Nutzung von spezifischen Netzwerkeinrichtungen zu entsprechen (Artikel 13 des Allgemeinen Telekommunikationsgesetzes ["ATG"] und Artikel 10 der Verordnung über relevante Märkte; Artikel 12 der Zugangsrichtlinie).

Diese Verpflichtung umfasst unter anderem, dass TESAU verpflichtet ist:

- Dritten Parteien Zugang zu den spezifischen Netzwerkeinrichtungen und -komponenten zu gewähren, die für die Bereitstellung von Breitbandinternetzugang notwendig sind*

- [...]

- Nicht den Zugang zu Einrichtungen zu entziehen, der derzeit ohne vorherige Zustimmung der CMT gewährt wird.

Obige Verpflichtung beinhaltet, dass TESAU verpflichtet ist, hinreichenden Großkunden-Breitbandzugang (indirekten Zugang zu Teilnehmeranschlüssen) zu gewähren, um die vollständige Nachbildung des gesamten Breitband-Endkundenangebots, das es entweder direkt oder durch andere Unternehmen der [Telefónica-]Gruppe vermarktet, sicherzustellen. Demnach müssen Großkundendienste für dritte Parteien in den Demarkationen, die für den GigADSL-Dienst und auf nationaler Ebene (ADSL-IP) definiert wurden, verfügbar sein.

b) Breitband-Großkundenzugangsprodukte zu Preisen anzubieten, die sich an den Produktionskosten orientieren (Artikel 13.1 e) des ATG und Artikel 11 der Verordnung über relevante Märkte; Artikel 13 der Zugangsrichtlinie)

[...]

Die Preise für die Großkundendienste, die entsprechend dem vorherigen Punkt reguliert werden, müssen:

- Es alternativen Betreibern, die sich entscheiden, die Breitband-Großkundenzugangsdienste zu nutzen, ermöglichen, die Endkunden-Breitbandangebote von TESAU oder von einem anderen Unternehmen der [Telefónica-]Gruppe nachzubilden;

- Hinreichende wirtschaftliche Anreize sicherstellen, um die Entwicklung alternativer Netzwerke, effiziente Investitionen und nachhaltigen Wettbewerb in Übereinstimmung mit Artikel 13 Abs. 2 der Zugangsrichtlinie zu gewährleisten;

- Die Stimmigkeit der Tarife für die Großkundendienste sicherstellen, um eine hinreichende Marge zwischen den Diensten, die in den unterschiedlichen Gebieten angeboten werden (regionaler Dienst), und dem nationalen Dienst und auch in Bezug auf andere ähnliche Großkundendienste (entbundelter Zugang zu Teilnehmeranschlüssen) zu gewährleisten].

- (123) Insbesondere wurde mit diesem CMT-Beschluss die für das regionale und das landesweite Großkundenangebot maßgebliche Preisregulierung geändert. Gemäß diesem Beschluss sollten die Preise für GigADSL, die zuvor über ein "Retail Minus"-System geregelt wurden, nun kostenbezogen festgesetzt werden; dies sollte auch für ADSL-IP-Preise gelten, die vorher keinerlei Regulierung unterlegen hatten. Dazu kündigte die CMT die Durchführung einer Studie an, mit der die Kosten dieser Dienste ermittelt werden sollten. (Die Ergebnisse dieser Studie sollten im ersten Halbjahr 2007 vorliegen.)

- (124) Die Preise für GigADSL und ADSL-IP wurden durch den CMT-Beschluss vom 1. Juni 2006 nicht berührt; erst am 21. Dezember 2006 erlies die CMT vorläufige Maßnahmen, die erhebliche Preissenkungen sowohl für GigADSL als auch für ADSL-IP vorsahen.¹¹³ Die Maßnahmen waren vorläufig, weil sie vor Abschluss der genannten Studie zum Kostenbezug verfügt wurden. Die Preise für GigADSL wurden um 22 % (für das Angebot mit der geringsten Geschwindigkeit) bis zu 54 % (für das Angebot mit der höchsten Geschwindigkeit) gesenkt. Bei den Preisen für ADSL-IP reichen die Preissenkungen von 24 % (für das Angebot mit der geringsten Geschwindigkeit) bis zu 61 % (für das Angebot mit der höchsten Geschwindigkeit).

2.5 Schlussfolgerung für die Regulierung von Telefónicas Großkunden- und Endkunden-Breitbandprodukten

- (125) Während die Breitbandprodukte von TDATA und Terra auf der Endkundenebene niemals preisreguliert waren, war die Regulierung der Endkundenpreise von TESAU, die vom 1. August 2001 bis zum 1. November 2003 maßgeblich waren, derart ausgestaltet, dass TESAU zu jeder Zeit die Freiheit hatte, eine Erhöhung der Endkundenpreise für Breitbandzugang anzukündigen, indem es bei der CDGAE die Genehmigung neuer Preise beantragte. Dies hat TESAU allerdings nie getan. Am 1. November 2003 wurden die Endkundenpreise von TESAU liberalisiert.
- (126) In Bezug auf die nationalen Großkundendienste stand es Telefónica seit September 2001 jederzeit frei, die Gebühren für die nationalen Großkundendienste zu senken, die bis Dezember 2006 niemals Gegenstand einer Preisregulierung waren.
- (127) Die Regulierung der regionalen Großkundendienste von TESAU hat nur eine Preisobergrenze festgesetzt und war so ausgestaltet, dass TESAU jederzeit auf eigene Initiative die Gebühren für diesen Dienst hätten senken können.

E. Die Entwicklung der Großkundengebühren von Telefónica seit September 2001

1.1 GigADSL

- (128) Die Großkundenpreise, die Telefónica von alternativen Betreibern verlangt, enthalten:
- Eine Großkunden-Zugangsgebühr pro Endkunde: Diese Gebühr enthält eine einmalige Anschlussgebühr für die Aktivierung jeder neuen ADSL-Verbindung und eine monatliche Mietgebühr, die nach der Art (Bandbreite) der ADSL-Endverbindung unterschiedlich ausfällt.
 - Eine Großkunden-Zugangsgebühr pro Anschluss am PAI („pPAI“): Diese Gebühr setzt sich aus einer einmaligen Gebühr für die Einrichtung des Anschlusses am Zusammenschaltungspunkt und einer monatlichen Gebühr für jeden einzelnen am Zugangspunkt beanspruchten Anschluss zusammen. Beide Gebühren sind abhängig von der Kapazität des PAI-Anschlusses (2, 34 oder 155 Mbit/s).

¹¹³ *Resolución sobre la conveniencia de adoptar medidas cautelares con respecto a la determinación transitoria de las condiciones de la oferta de referencia de servicios mayoristas de banda ancha de Telefónica de España S.A.U.*

Tabelle 10 – Zugangspreise für GigADSL seit September 2001

Monatliche Mietgebühr¹¹⁴ (EUR/Monat/Anschluss)	Bis 29.9.04	Bis 26.7.06	Bis 22.12.06	Seit 22.12.06
Modalidad Básica	22,66	22,32	21,09	16,48
Modalidad Class	44,99	44,18	38,58	22,04
Modalidad Avanzada	72,00	74,85	64,42	29,39
Modalidad Premium	90,34	84,88	74,16	40,30

Anschlussgebühr¹¹⁵ (EUR/neuer Anschluss)	Bis 3.5.02	Bis 3.5.04	Seit 3.5.04
Kit ADSL	30,05	38,10	41,83
Linea ADSL		38,10	41,83
Modalidad Básica	90,15		
Modalidad Class	153,26		
Modalidad Premium	306,52		
RDSI		77,17	82,21
Modalidad Básica	90,15		
Modalidad Class	153,26		
Modalidad Premium	306,52		

pPAI¹¹⁶	Bis 3.5.02	Bis 3.5.04	Seit 3.5.04
Einmalige Gebühr (EUR/neuer Anschluss)			
pPAI 2Mbps	1803,04	471,87	529,81
pPAI 34Mbps	3005,06	821,25	930,04
pPAI 155 Mbps	4507,59	1403,54	1570,40

¹¹⁴ Siehe den Brief von TESAU vom 17.3.05 (Seite TFCA-1055 und TFCA-1056 der Akte), Telefónicas Antwort (Seiten 267 und 276) und CMT Entscheidung MTZ 2006/1019 vom 21.12.06.

¹¹⁵ Siehe den Brief von TESAU vom 17.3.05 (Seiten TFCA-1055 und TFCA-1056 der Akte).

¹¹⁶ Siehe den Brief von TESAU vom 1.4.05 (Seiten TFCA-1675, TFCA-1676, TFCA-1683 und TFCA-1690 der Akte).

Monatliche (EUR/Anschluss/Monat)	Gebühr			
pPAI 2Mbps		180,30	70,97	78,32
pPAI 34Mbps		300,51	124,19	138,57
pPAI 155 Mbps		450,76	212,90	234,97

1.2 ADSL-IP

(129) Die Großkundenpreise für ADSL-IP enthalten:

- Eine Großkunden-Zugangsgebühr pro Endnutzer: Diese Gebühr enthält die gleiche einmalige Anschlussgebühr wie für GigADSL und eine monatliche Gebühr, die nach der Art der ADSL-Endverbindung unterschiedlich ausfällt.
- Eine Großkunden-Zugangsgebühr pro Anschluss am PAI („pPAI“): Diese Gebühr setzt sich aus einer einmaligen Gebühr für die Einrichtung des Anschlusses am Zusammenschaltungspunkt und einer monatlichen Gebühr für jeden einzelnen am Zugangspunkt beanspruchten Anschluss zusammen.

Tabelle 11 – Zugangspreise für ADSL-IP seit September 2001¹¹⁷

Mietgebühr (EUR/Monat/Anschluss)	Bis 22.12.06	Seit 22.12.06
Modalidad Básica	27,8	22,42
Modalidad Class	57,7	24,99
Modalidad Avanzada	94,54	40,26
Modalidad Premium	119	57,85

pPAI-IP		Seit Sept. 01
Einmalige (EUR/neuer Anschluss)	Gebühr	4598,91
Monatliche (EUR/Anschluss/Monat)	Gebühr	459,89

1.3 ADSL-IP Total

(130) Die Großkundenpreise für ADSL-IP Total enthält lediglich eine Großkunden-Zugangsgebühr pro Endnutzer, die sich aus der gleichen einmaligen Anschlussgebühr wie für GigADSL und einer monatlichen Gebühr, die nach der Art der ADSL-Endverbindung unterschiedlich ausfällt, zusammensetzt.

¹¹⁷ Siehe den Brief von TESAU vom 17.3.05 (Seite TFCA-1057 der Akte), den Brief von TESAU vom 1.4.05 (Seite TFCA-1657 der Akte) und CMT Entscheidung MTZ 2006/1019 vom 21.12.06.

Tabelle 12 – Zugangspreise für ADSL-IP Total seit September 2001¹¹⁸

Mietgebühr (EUR/Monat/Anschluss)	Bis 22.12.06
Modalidad Básica	36,06
Modalidad Class	71,98
Modalidad Avanzada	117,00
Modalidad Premium	147,57

- (131) Ein Rabatt von 10 % wird alternativen Betreibern gewährt, die Verträge über mehr als 5000 Anschlüsse abschließen.¹¹⁸

F. Die Verfügbarkeit entbundelter Teilnehmeranschlüsse seit 2001

- (132) Um entbundelte Teilnehmeranschlüsse von Telefónica nutzen zu können, müssen alternative Netzbetreiber (i) ihr eigenes Netz bis zu den Ortsvermittlungen von Telefónica ausbauen, (ii) ihre Zugangs-ausrüstung einrichten (z.B. DSLAM in allen Hauptverteilern (HVT), zu denen ein Zugang benötigt wird („Kollokation“)), (iii) ihre Zugangs-ausrüstung wieder mit ihrem eigenen Netz verbinden (wozu eine vertragliche Vereinbarung über die Nutzung des Telefónica-Großkundendienstes „Signaltransfer“¹¹⁹ benötigt wird), (iv) ihre Zugangs-ausrüstung mit dem Übergabeverteiler von Telefónica im HVT verbinden (wozu eine vertragliche Vereinbarung über die Nutzung des Telefónica-Großkundendienstes „interne Verbindung“¹²⁰ getroffen werden muss) und (v) eine vertragliche Vereinbarung über die Nutzung des eigentlichen entbundelten Teilnehmeranschlusses treffen („Verlängerung des Doppeladernkabels“).¹²¹

¹¹⁸ Siehe Anhang B des Vertrages zwischen TDATA und Wanadoo über die Erbringung des Dienstes Megavia (Anhang 1 des Briefes von TDATA vom 9.12.03 – siehe Seite TFCA-644 der Akte).

¹¹⁹ Der Signaltransferdienst („*entrega de señal*“) ermöglicht die Herstellung einer Verbindung zwischen den in Kollokation untergebrachten Ausrüstungskomponenten in den Ortsvermittlungen von TESAU mit der vom Betreiber des entbundelten Teilnehmeranschlusses bereitgestellten Ausrüstung, die sich an dessen Leistungsort (außerhalb der TESAU-Standorte) befindet. Der Signaltransferdienst ist unentbehrlich für die Bereitstellung von Breitbanddiensten auf der Grundlage entbundelter Teilnehmeranschlüsse durch einen alternativen Betreiber, der seine Ausrüstung teilweise in die Ortsvermittlungen von TESAU einbringt.

¹²⁰ Wenn das an einer Nutzung entbundelter Teilnehmeranschlüsse interessierte Unternehmen seine Breitbandausrüstung in einem eigenen Kollokationsraum in der Ortsvermittlung von Telefónica einrichtet, muss das zu entbündelnde Doppeladernkabel in der Ortsvermittlung vom Telefónica-HVT zur Breitbandausrüstung des an der Nutzung entbundelter Teilnehmeranschlüsse interessierten Unternehmens umgeleitet werden, der wiederum mit dem Übergabeverteiler verbunden ist. Dazu wird das am HVT abgeschlossene Doppeladernkabel über ein internes Kabel mit dem Übergabeverteiler verbunden. Die Bereitstellung dieser internen Verbindung ist Bestandteil des Entbündelungsdienstes. Falls der Entbündelungsbetreiber seine Breitband-Anlagen außerhalb der Ortsvermittlung von Telefónica ansiedelt, wird eine "externe Verbindung" benötigt. Auch die Bereitstellung der externen Verbindung ist Bestandteil des Entbündelungsdienstes.

¹²¹ Die Verlängerung des Doppeladernkabels („*prolongación de par*“) bedeutet, dass der Anschluss eines Teilnehmers mit dem Netz des alternativen Betreibers verbunden wird.

- (133) Die Kollokation, der Signaltransfer und die interne Verbindung sind Großkundendienste in Verbindung mit der Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen. Sie sind unabdingbare Voraussetzungen für die Nutzung entbündelter Telefónica-Teilnehmeranschlüsse und sind in Telefónicas Standardentbündlungsangebot OBA enthalten. Wenn einer dieser Dienste nicht verfügbar ist, wird die Möglichkeit der Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen insgesamt beeinträchtigt – unabhängig davon, ob der alternative Betreiber bereits sein eigenes Netz ausgebaut hat. Der alternative Netzbetreiber kann nämlich in dem vom jeweiligen HVT versorgten Gebiet nicht mehr in effizienter Weise alle Dienste bereitstellen, die normalerweise mit der Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen verbunden sind. Allgemeine Verzögerungen bei der Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen sowie Verzögerungen der entsprechenden Dienste wirken sich unmittelbar auf die Endkunden aus, da letztere keine konkurrierenden Endkundenangebote in Anspruch nehmen können; dies wiederum schädigt das Ansehen des alternativen Betreibers.
- (134) Wie aus den folgenden Zahlen hervorgeht, hat zwischen (i) der Anzahl der Ortsvermittlungen, für die bei Telefónica eine Kollokation beantragt wurde¹²² (gestrichelte rosa Kurve), und (ii) der Anzahl der Ortsvermittlungen, in denen Telefónica diese Kollokation tatsächlich vorgenommen hat¹²² (rosa Kurve), schon immer eine erhebliche Diskrepanz bestanden. Außerdem hat eine beträchtliche Diskrepanz zwischen (i) der Anzahl der Ortsvermittlungen bestanden, in denen konkret Anträge auf die Vermietung von Teilnehmeranschlüssen gestellt wurden¹²² (gestrichelte blaue Kurve), und (ii) der Anzahl der Ortsvermittlungen, in denen alternative Betreiber nachgelagerte Dienste (für Endkunden und/oder landesweit für Großkunden) ausgehend von entbündelten Teilnehmeranschlüssen tatsächlich anbieten¹²³ (blaue Kurve).

Abbildung 5 – Die Entwicklung der Nutzung entbündelter Teilnehmeranschlüsse bei Ya.com¹²⁴

[...]

Abbildung 6 – Die Entwicklung der Nutzung entbündelter Teilnehmeranschlüsse bei France Telecom¹²⁴

[...]

¹²² Die Zahlen hat Telefónica im Schreiben vom 3.10.06 selbst vorgelegt (Seiten TFCA-13172 bis TFCA-13254 der Akte).

¹²³ Die Abdeckung mit HVT, über die die einzelnen Netzbetreiber nachgelagerte Dienste auf der Basis entbündelter Teilnehmeranschlüsse anbieten, wird ausgehend (i) von der monatlichen Entwicklung der für die einzelnen HVT vertraglich vereinbarten Großkundenanschlüsse (siehe Anhang 4 des Schreibens von Telefónica vom 28.7.06 (Seiten TFCA-5661 bis TFCA-5826 der Akte)) und (ii) der Abdeckung der einzelnen HVT (siehe Anhang 5 des Schreibens von Telefónica vom 28.7.06 (Seiten TFCA-5827 bis TFCA-5955 der Akte)) berechnet.

¹²⁴ Siehe oben Fußnoten 122 und 123.

Abbildung 7 – Die Entwicklung der Nutzung entbundelter Teilnehmeranschlüsse bei Jazztel¹²⁴

[...]

- (135) Im September 2004 wurden für France Telecom Kollokationsleistungen auf einer Fläche von [...] % des gesamten Gebiets erbracht und Endkundenangebote unter Nutzung entbundelter Teilnehmeranschlüsse auf einer Fläche von [...] % des Gebiets vermarktet. Für Ya.com wurden in diesem Zeitraum keinerlei Kollokationsleistungen erbracht. Für Jazztel wurden auf einer Fläche von [...] % des Gebiets Kollokationsleistungen erbracht; Endkundenangebote unter Nutzung entbundelter Teilnehmeranschlüsse wurden auf einer Fläche von [...] % des gesamten Gebiets vermarktet.
- (136) Im Juni 2005 wurden für France Telecom Kollokationsleistungen auf einer Fläche von [...] % des gesamten Gebiets erbracht und Endkundenangebote unter Nutzung entbundelter Teilnehmeranschlüsse auf einer Fläche von [...] % des Gebiets vermarktet. Für Ya.com wurden Kollokationsleistungen auf einer Fläche von [...] % des Gebiets erbracht, und Endkundenangebote unter Nutzung entbundelter Teilnehmeranschlüsse wurden auf einer Fläche von [...] % des Gebiets vermarktet. Für Jazztel wurden auf einer Fläche von [...] % des Gebiets Kollokationsleistungen erbracht; Endkundenangebote unter Nutzung entbundelter Teilnehmeranschlüsse wurden auf einer Fläche von [...] % des gesamten Gebiets vermarktet.
- (137) Im März 2006 wurden für France Telecom Kollokationsleistungen auf einer Fläche von [...] % des gesamten Gebiets erbracht und Endkundenangebote unter Nutzung entbundelter Teilnehmeranschlüsse auf einer Fläche von [...] % des Gebiets vermarktet. Für Ya.com wurden Kollokationsleistungen auf einer Fläche von [...] % des Gebiets erbracht, und Endkundenangebote unter Nutzung entbundelter Teilnehmeranschlüsse wurden auf einer Fläche von [...] % des Gebiets vermarktet. Für Jazztel wurden auf einer Fläche von [...] % des Gebiets Kollokationsleistungen erbracht; Endkundenangebote unter Nutzung entbundelter Teilnehmeranschlüsse wurden auf einer Fläche von [...] % des gesamten Gebiets vermarktet.
- (138) In der Antwort auf das Sachverhaltsschreiben¹²⁵ erklärte Telefónica, Abbildung 5, Abbildung 6 und Abbildung 7 seien keine Belege für die Nichtverfügbarkeit entbundelter Teilnehmeranschlüsse und vermittelten kein zutreffendes Bild über die Verzögerungen, die Telefónica angelastet werden könnten. Telefónica zufolge ist ein erheblicher Anteil der aus diesen Zahlen hervorgehenden Verzögerungen Wettbewerbern von Telefónica zuzuschreiben (z.B. infolge des unerwarteten exponentiellen Wachstums der Großkundenachfrage). Telefónica hat jedoch nicht die erheblichen Zeitspannen bestritten, die die Kommission zwischen dem Zeitpunkt ermittelt hat, zu dem Wettbewerber von Telefónica Zugang zu entbündelten Teilnehmeranschlüssen des marktbeherrschenden Unternehmens beantragten, und dem Zeitpunkt, zu dem tatsächlich nachgelagerte Dienste auf der Basis entbundelter Teilnehmeranschlüsse bereitgestellt wurden.

¹²⁵

Siehe Seiten 11-12 der Antwort auf das Sachverhaltsschreiben.

- (139) Die Feststellungen der Kommission bezüglich der oben genannten Verzögerungen bei der Bereitstellung der Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen werden in jedem Fall durch die Tatsache bestätigt, dass seit 2002 der CMT 55 Streitigkeiten in Verbindung mit dem Zugang zum Ortsanschlussnetz vorgetragen wurden, die meist mit einer Entscheidung gegen Telefónica endeten.
- (140) Insbesondere verhängte die CMT am 16. November 2006 eine Geldbuße in Höhe von 20 Mio. EUR gegen Telefónica, weil Telefónica mindestens zwischen Januar 2004¹²⁶ und April 2005 gegen die Verfahren und Bedingungen verstoßen hatte, die für die Bereitstellung der im Standardangebot des Unternehmens für die Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen enthaltenen Dienste (*oferta de acceso al bucle de abonado*, „OBA“) vorgesehen wurden.¹²⁷
- (141) Die CMT Entscheidung beruht auf der erwiesenen Tatsache ("hechos probados")¹²⁸, dass diese Zuwiderhandlungen „fortdauernd“ und „allgemein“ begangen worden waren, dass sie sich auf nahezu sämtliche im OBA enthaltenen Dienste bezogen und zahlreiche alternative Betreiber und Ortsermittlungen beeinträchtigt hatten:

„Telefónica de España, S.A.U. ha incumplido de manera continuada y generalizada los procedimientos y condiciones de provisión de los servicios incluidos en su Oferta de Acceso al Bucle de Abonado durante el periodo de tiempo comprendido entre al menos los meses de enero de 2004 y abril de 2005. [...] Está claro que en los años 2004 y 2005 ha habido incumplimientos que han afectado a una pluralidad de operadores y centrales en relación con la práctica totalidad de los servicios OBA. [...] Esta actuación de TESAU no sólo se ha referido a JAZZTEL sino que ha afectado a una pluralidad de operadores, tal y como queda reflejado en los expedientes que se han acumulado al presente procedimiento sancionador, especialmente el expediente relativo a la solicitud de TELEFÓNICA para la no aplicación de las penalizaciones por retrasos en la provisión de los servicios de la OBA (DT 2005/511), en el que constan acreditados (reconocidos por la propia TESAU) retrasos generalizados relativos a los diversos servicios OBA, y todos ellos referidos a la totalidad de los operadores del mercado.“¹²⁹

¹²⁶ Wie aus Abbildung 5, Abbildung 6 und Abbildung 7 hervorgeht, haben Anträge neuer Marktteilnehmer auf die Bereitstellung entbündelter Teilnehmeranschlüsse und der entsprechenden Dienste (insbesondere Kollokationsleistungen) erst 2004 zugenommen.

¹²⁷ Resolución del expediente sancionador RO 2004/1811, incoado a la entidad „Telefónica de España, S.A.U.“ por acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 9 de junio de 2005“, 16.11.2006 ("CMT Entscheidung RO 2004/1811 vom 16.11.2006"). Telefónica hat gegen diese Entscheidung Rechtsmittel eingelegt.

¹²⁸ Der Verweis der vorliegenden Entscheidung auf die CMT Entscheidung RO 2004/1811 vom 16.11.2006 bezieht sich nicht auf die rechtlichen Schlussfolgerungen, sondern stellt nur eine Bezugnahme auf die Tatsachen dar, die von der CMT Entscheidung in der Tatsachenbeurteilung dargestellt wurden.

¹²⁹ CMT Entscheidung RO 2004/1811 vom 16.11.2006, S. 22-23.

[Übersetzung ins Deutsche: "Telefónica de España S.A.U. hat in der Zeit von Januar 2004 bis April 2005 fortdauernd und allgemein den Verfahren und Bedingungen für die Bereitstellung von Diensten im Zusammenhang mit dem Angebot für die Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen zuwidergehandelt. [...] Es ist eindeutig, dass es in den Jahren 2004 und 2005 im Hinblick auf beinahe alle Dienste des Standardbündelungsangebots OBA Zuwiderhandlungen gegeben hat, die zahlreiche Betreiber und Vermittlungsstellen betrafen. [...] Das Verhalten von Telefónica betraf nicht nur Jazztel, sondern eine ganze Reihe von Betreibern, wie sich aus den Verfahren ergibt, die mit dem vorliegenden Sanktionsverfahren verbunden wurden, insbesondere den Verfahren bezüglich des Antrags von Telefónica über die Nichtanwendung der Strafen für Verspätungen bei der Bereitstellung von Diensten des OBA (DT 2005/511). In diesen Verfahren wurden allgemeine Verzögerungen bezüglich der verschiedenen Dienste des OBA bewiesen (und von Telefónica selbst anerkannt), die sich auf alle Betreiber auf dem Markt auswirkten."]

- (142) In der Antwort auf das Sachverhaltsschreiben¹³⁰ hat Telefónica argumentiert, dass die CMT Entscheidung nicht als Beleg dafür zu werten sei, dass diese Verzögerungen nicht gerechtfertigt gewesen wären.
- (143) Jedenfalls gibt es übereinstimmende Beweise, die sowohl durch die CMT als auch durch die Kommission ermittelt wurden (vgl. die vorstehenden Abbildungen 4, 5 und 6), dafür dass erhebliche Zeitspannen zwischen dem Zeitpunkt bestanden, an dem alternative Betreiber einen Zugang zu entbündelten Teilnehmeranschlüssen von Telefónica beantragt haben, und dem Zeitpunkt, zu dem dieser Zugang tatsächlich gewährt wurde. Diese Tatsache – die Telefónica in der CMT Entscheidung¹³¹ ausdrücklich eingeräumt hat – ist unabhängig von der Frage, ob diese Verzögerungen objektiv gerechtfertigt sind oder nicht.
- (144) Zusammenfassend ist festzustellen, dass es erhebliche Probleme mit der effektiven Verfügbarkeit der Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen und damit verbundenen Dienste gab.

¹³⁰ Siehe Seiten 10-11 der Antwort auf das Sachverhaltsschreiben.

¹³¹ CMT Entscheidung RO 2004/1811 vom 16.11.2006, S. 112: "TESAU a reconocido expresamente los incumplimientos en que ha incurrido," Übersetzung ins Deutsche: "TESAU hat die von ihr begangenen Verstöße ausdrücklich anerkannt."

V. FESTSTELLUNG DER MARKTBEHERRSCHENDEN STELLUNG

A. Die relevanten Produkt- bzw. Dienstleistungsmärkte

1 Einleitung

- (145) Der Umfang, in dem die Lieferung eines Produkts oder die Erbringung einer Leistung in einem bestimmten geographischen Raum den relevanten Markt darstellt, hängt von dem Wettbewerbsdruck ab, der hinsichtlich des Preisbildungsverhaltens der betreffenden Hersteller bzw. Dienstleister gegeben ist.
- (146) Für Unternehmen besteht Wettbewerbsdruck hauptsächlich aus drei Gründen: Nachfragesubstituierbarkeit, Angebotssubstituierbarkeit und potenzieller Wettbewerb. Aus wirtschaftlicher Sicht stellt die Nachfragesubstitution die unmittelbarste und wirksamste disziplinierende Kraft für die Lieferanten eines Produkts dar.¹³²
- (147) Die Angebotssubstituierbarkeit kann bei der Definition von Märkten dann jedoch ebenfalls berücksichtigt werden, wenn die Auswirkungen der Angebotssubstituierbarkeit hinsichtlich der Wirksamkeit und Unmittelbarkeit den Auswirkungen der Nachfragesubstitution entsprechen. Die Angebotssubstitution ist bei Versorgungsunternehmen wie z.B. Unternehmen im Bereich der elektronischen Kommunikationstechnik von besonderer Bedeutung, wo in einem einzigen Netz unterschiedliche Dienstetypen bereitgestellt werden können. Eine Angebotssubstitution ist gegeben, wenn die Lieferanten die Produktion auf die relevanten Produkte umstellen und diese kurzfristig vermarkten können, ohne dass den Lieferanten dadurch infolge geringerer und dauerhafter Änderungen der relativen Preise erhebliche zusätzliche Kosten oder Risiken entstehen würden. Wenn diese Bedingungen erfüllt sind, hat die zusätzliche Produktion, die dann auf den Markt gebracht wird, eine disziplinierende Wirkung auf das Wettbewerbsverhalten der beteiligten Unternehmen.¹³³
- (148) Andererseits würde die Angebotssubstituierbarkeit bei der Definition eines relevanten Marktes dann nicht berücksichtigt, wenn sie mit der Notwendigkeit einherginge, in erheblichem Umfang bestehende Sachanlagen und immaterielle Aktiva anzupassen, zusätzliche Investitionen vorzunehmen, strategische Entscheidungen zu treffen oder mit Verzögerungen verbunden wäre.¹³⁴

¹³² Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, 97/C 372/03 („Bekanntmachung über relevante Märkte“), *Randnummer 13*.

¹³³ *Bekanntmachung über relevante Märkte*, *Randnummer 20*.

¹³⁴ *Bekanntmachung über relevante Märkte*, *Randnummer 23*.

- (149) In der Mitteilung der Beschwerdepunkte hat die Kommission im Bereich der Breitband-Internetzugänge vier sachlich relevante Märkte definiert, die alle in engem Zusammenhang miteinander stehen: (i) den Markt für den entbündelten und gemeinsamen Zugang zum Teilnehmeranschluss („Großkundenmarkt für Teilnehmeranschlüsse“), (ii) den Markt für Großkunden-Breitbandzugänge, bei denen der Verkehr auf regionaler Ebene übergeben wird („regionaler Großkundenmarkt“), (iii) den Markt für Großkunden-Breitbandzugänge, bei denen der Verkehr an einem einzigen landesweiten Übergabepunkt übergeben wird („landesweiter Großkundenmarkt“) – dies sind die vorgelagerten Märkte der von Infrastrukturbesitzern den im Endkunden-Massenmarkt tätigen Dienstleistern angebotenen Breitbandzugänge – und (iv) den Endkunden-Massenmarkt als nachgelagerten Markt der Breitband-Internetzugangsdienste, welche die Telekommunikationsbetreiber ihren eigenen Endkunden anbieten.
- (150) In der *Erwiderung*¹³⁵ hat Telefónica die von der Kommission vorgenommene Definition dreier unterschiedlicher Märkte für Breitband-Großkunden bestritten. Nach Ansicht von Telefónica sind alle drei Breitbandprodukte für Großkunden untereinander austauschbar und daher demselben Markt zuzurechnen. Die Definition des relevanten Endkundenmarktes hat Telefónica jedoch nicht bestritten.
- (151) Die Kommission hält in dieser Entscheidung an der in der Mitteilung der Beschwerdepunkte vorgenommenen und im Folgenden erläuterten Definition der Breitbandmärkte für Großkunden und für Endkunden fest.

2 Der relevante Endkundenmarkt

- (152) Die Breitbandzugangsprodukte unterscheiden sich durch eine Reihe von Kriterien: (i) die Nutzungsmerkmale (Flatrate oder Semi-Flatrates), (ii) die Geschwindigkeit (Nenngeschwindigkeiten von 0,25 bis 20 Mbit/s), (iii) die Technik (z.B. ADSL oder Kabelmodem), (iv) besondere Merkmale (Breitband-Standardprodukte gegenüber kundenspezifischen Breitbandprodukten) und (v) den Preis.
- (153) Der relevante Endkundenmarkt beinhaltet, wie im Folgenden erläutert, alle nicht weiter differenzierten Breitbandprodukte unabhängig davon, ob sie auf der ADSL-Technologie oder auf sonstigen Technologien beruhen, und unabhängig davon, ob sie auf dem „Massenmarkt“ für Privathaushalte und gewerbliche Kunden vermarktet werden. Nicht zum relevanten Markt zählen kundenspezifische Breitbandlösungen, die in erster Linie für große Unternehmen entwickelt wurden.

¹³⁵ Siehe *Erwiderung* von Telefónica, Seiten 38-48.

- (154) Erstens sind alle oben in Abschnitt IV.B.2 genannten ADSL-Standardprodukte demselben Produktmarkt zuzurechnen. Zwischen all diesen Produkten ist die Möglichkeit einer Angebotssubstitution gegeben; die Auswirkungen dieser Angebotssubstitution entsprechen hinsichtlich ihrer Wirksamkeit und ihrer Unmittelbarkeit den Auswirkungen einer Nachfragesubstitution. Daher ist die Möglichkeit der Angebotssubstitution offensichtlich; sobald nämlich ein Betreiber einem Kunden einen ADSL-Dienst mit einer bestimmten Geschwindigkeit anbieten kann (über die eigene Infrastruktur oder aufgrund des Großkundenangebots eines anderen Betreibers)¹³⁶, kann er auch unverzüglich sonstige Merkmale des Produkts (z.B. neue Nutzungsmerkmale oder andere Geschwindigkeiten) ohne weiteren Investitionsaufwand anbieten.
- (155) Diese unmittelbare Nachfragesubstituierbarkeit zeigt sich auch im derzeitigen Wettstreit um die schnellsten Zugänge in Spanien. TESAU hat bereits zweimal die Geschwindigkeiten aller ADSL-Endkundenprodukte erhöht, ohne die Preise zu erhöhen. Neue Marktteilnehmer waren ebenfalls innerhalb eines sehr kurzen Zeitraumes (von höchstens zwei Monaten) hierzu in der Lage, insbesondere wegen der für TESAU verbindlichen Regulierungsaufgaben, aber auch weil keine technischen Hindernisse bestanden oder keine zusätzlichen Kosten für das Netzwerk oder die technischen Einrichtungen im Bereich der Netzwerke der neuen Marktteilnehmer entstanden, die letztere daran gehindert hätten, dem Beispiel von TESAU zu folgen. Als TESAU im Juli 2005 für den gesamten Kundenbestand zum zweiten Mal die Geschwindigkeit verdoppelte, hatten einige Wettbewerber die Geschwindigkeiten ihrer Endkundenprodukte bereits noch stärker angehoben. Heute konkurriert das Standardprodukt von Telefónica mit einer Geschwindigkeit von 1 Mbit/s (zum Preis von 39,07 EUR) (i) mit Jazztel-Produkten mit Geschwindigkeiten von 20 Mbit/s (29,95 EUR, nur vollständig entbündelte Anschlüsse), 6 Mbit/s (32,95 EUR, nur bei vollständiger Entbündelung) und 1 Mbit/s (35,95 EUR), (ii) mit France Telecom-Produkten mit Geschwindigkeiten von 20 Mbit/s (36 EUR, nur vollständig entbündelte Teilnehmeranschlüsse), 4 Mbit/s (29,90 EUR, nur bei vollständiger Entbündelung) und 1 Mbit/s (39,0 EUR) und mit Ya.com-Produkten mit Geschwindigkeiten von 20 Mbit/s (29,95 EUR, nur bei vollständiger Entbündelung), 4 Mbit/s (25,95 EUR, nur bei vollständiger Entbündelung) und 1 Mbit/s (19,95 EUR, nur bei vollständiger Entbündelung).

¹³⁶ Aufgrund von Regulierungsbestimmungen, nach denen TESAU alternativen ISP Großkundenprodukte anbieten muss, mit denen diese die gleichen Endkundenprodukte bereitstellen können, die auch TESAU vermarktet (insbesondere hinsichtlich der Geschwindigkeiten), können ISP ihrerseits Endkundenprodukte mit unterschiedlichen Geschwindigkeiten anbieten.

- (156) ADSL-Standardprodukte und kundenspezifische ADSL-Produkte sind jedoch nicht substituierbar. Der erste Produkttyp wurde für Kunden mit allgemeinen und unspezifischen Anforderungen entwickelt, deren Ansprüche mit den für den Massenmarkt vorgesehenen Standardprodukten der Telekommunikationsbetreiber erfüllt werden können. Der zweite Produkttyp wurde für die besonderen und spezifischen Anforderungen bestimmter Kunden an elektronische Kommunikationsdienste im Allgemeinen und an Datenübertragungsdienste im Besonderen entwickelt. Kundenspezifische Zugangsdienste beinhalten leistungsfähigere Funktionen (erheblich höhere Download-Geschwindigkeiten, mehr Speicherplatz zur Einrichtung eigener Websites, die Möglichkeit der Nutzung mehrerer Terminals und die Möglichkeit des Netzbetriebs), und die Preise liegen über den Preisen der auf dem Massenmarkt angebotenen Standard-Zugangsprodukte.
- (157) Aus Sicht der Nachfrageseite versteht sich von selbst, dass kundenspezifische Produkte und Standardprodukte unterschiedlichen Endkundenmärkten zuzurechnen sind. Aufgrund ihrer Eigenschaften können die Bedürfnisse von Kunden mit komplexen und spezifischen Anforderungen mit den auf dem Massenmarkt angebotenen Breitbanddiensten nicht erfüllt werden, und selbst bei einer kleinen unbefristet geltenden Preiserhöhung in einer Größenordnung von 5-10 % für das kundenspezifische Produkt würden diese Kunden nicht zu einem Standardprodukt wechseln, weil die Produkte des Massenmarktes ihre Anforderungen nicht erfüllen können.
- (158) Auch aus Sicht der Angebotsseite ist keine Substituierbarkeit gegeben. Der Aufwand für die Bereitstellung kundenspezifischer Dienste im Gegensatz zum Aufwand für das Angebot von Standarddiensten unterscheidet sich in technischer Hinsicht sowie im Hinblick auf die Vertriebsnetze und die Vermarktungsinstrumente. Standardprodukte werden über Werbung in Massenmedien vermarktet; die Kunden werden über nicht spezialisierte Vertriebsnetze erreicht, und die Produkte beruhen auf Technologien, die eher den Bedürfnissen von Endkunden auf dem Massenmarkt entgegenkommen, bei denen Benutzerfreundlichkeit und niedriger Preis im Vordergrund stehen. Umgekehrt werden kundenspezifische Dienste gewöhnlich im Rahmen von spezifischen Angeboten für Geschäftskunden vermarktet; sie werden oft im Rahmen von Ausschreibungen angeboten; sie werden von Fachleuten entwickelt und eingeführt und beinhalten komplexe technische Lösungen, die besonderen Anforderungen genügen. Breitband-Internetzugänge für Geschäftskunden können auch mit anderen technischen Mitteln (z.B. mit Glasfasernetzen, Mietleitungen, Funknetzen und Satellitenverbindungen) bereitgestellt werden, die auf die jeweiligen Anforderungen abgestimmt sind. Die entsprechenden Möglichkeiten sind kostenintensiv, bei Geschäftskunden aber trotzdem rentabel.

- (159) Im Falle Spaniens besteht ein eindeutiger Zusammenhang zwischen kundenspezifischen Produkten und Unternehmen mit ausgeprägten und komplexen Anforderungen an die Datenübertragungsdienste (große Unternehmen) einerseits und Standardprodukten für Privathaushalte und KMU andererseits. Letztere nutzen elektronische Kommunikationsdienste nicht in hinreichendem Umfang, um kostenintensivere und teurere kundenspezifische Produkte zu rechtfertigen. Im Allgemeinen werden die Anforderungen dieser Kunden, insbesondere der Kleinstunternehmen (in Spanien immerhin 94 % aller Unternehmen),¹³⁷ mit den Standardprodukten erfüllt, die auch auf dem Endkundenmarkt angeboten werden. Die meisten Geschäftskunden in Spanien (99 %) sind kleine und mittlere Unternehmen. Bis zu 86 % aller gewerblichen Kunden, die ADSL-Endkundenprodukte beziehen, sind tatsächlich Kleinstunternehmen bzw. KMU,¹³⁸ die wahrscheinlich mit Produkten mit niedrigeren Geschwindigkeiten gewonnen wurden und nach und nach zu Produkten mit höheren Geschwindigkeiten gewechselt haben, als sie dieses neue Instrument in ihre betrieblichen Abläufe einbezogen haben. Diese KMU sind von großen Unternehmen zu unterscheiden, für die Produkte mit anderem Leistungsumfang (z.B. Mietleitungen) sowie kundenspezifische Dienste und Gebühren angeboten werden. Wegen der besonderen Merkmale dieser großen Unternehmen werden die von diesen Unternehmen bezogenen ADSL-Lösungen nicht dem relevanten Endkunden-Produktmarkt zugerechnet.
- (160) Die verschiedenen Zugangsplattformen über die Breitbandzugänge bereitgestellt werden, (z.B. über entsprechend nachgerüstete Fernseekabelnetze oder über ADSL) sind aus Sicht der Endkunden im Allgemeinen substituierbar. Auf der Nachfrageseite können Endkundenprodukte auf ADSL-Basis und auf Kabelnetzbasis als Substitute betrachtet werden, da mit beiden Technologien Standard-Breitbanddienste für den Massenmarkt bereitgestellt werden können und da beide Technologien einen vergleichbaren Leistungsumfang bieten. Eine bedarfsseitige Substitution zwischen der ADSL- und der Kabelmodem-Technologie ist zwar nicht möglich (siehe unten, Abschnitt 3.3). Die Nachfragesubstituierbarkeit ist jedoch hinreichend, um die Einbeziehung der Kabelmodem-Technologie in den relevanten Endkundenmarkt zu rechtfertigen. Neben ADSL und Kabelmodem werden zurzeit noch einige weitere Technologien in Spanien zur Vermarktung von Endkunden-Breitbandangeboten angeboten. Diese Technologien werden in Abschnitt IV.A.5 ausführlicher behandelt; der Anteil dieser Technologien an allen Endkunden-Breitbandzugängen in Spanien liegt jedoch bei unter 0,1 %. Auf diesen Technologien beruhende Endkundenprodukte werden daher dem relevanten Markt nur in dem Umfang zurechnet, in dem sie zur Bereitstellung von Endkunden-Breitbanddiensten auf dem Massenmarkt genutzt werden.
- (161) Der relevante Endkundenmarkt umfasst also alle Breitband-Standardprodukte unabhängig davon, ob diese auf ADSL oder einer sonstigen Technologie beruhen, die auf dem „Massenmarkt“ für Haushalte und für gewerbliche Nutzer vertrieben werden. Gegen diese Definition hat Telefónica keine Einwände erhoben.

¹³⁷ IDATE, *Development of broadband access in Europe, Dezember 2004* (siehe Seite Div-622 der Akte).

¹³⁸ IDATE, *Development of broadband access in Europe, Dezember 2004* (siehe Seite Div-625 der Akte).

3 Die relevanten Großkundenmärkte

- (162) Für die Definition der relevanten Großkundenmärkte in dieser Sache muss analysiert werden, ob die in Abschnitt IV.C beschriebenen Großkunden-Zugangsprodukte demselben relevanten Markt oder getrennten Märkten zuzurechnen sind.

3.1 Substituierbarkeit zwischen Angeboten unter Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen und dem regionalen Großkundenangebot

- (163) Wie bereits dargestellt, muss ein alternativer Betreiber, der vertragliche Vereinbarungen über die landesweite Nutzung entbündelter Teilnehmeranschlüsse schließt, seine Ausrüstung (DSLAMs) in den 6836 HVT von Telefónica in ganz Spanien selbst bereitstellen und einbauen. Dazu sind erhebliche Investitionen für den Netzausbau erforderlich. Selbst bei einem Betreiber, der ein Netz aufgebaut hätte, das weit genug verzweigt wäre, um an allen 109 indirekten Zugangspunkten des regionalen Großkundenangebots eine Verbindung mit dem Telefónica-Netz herzustellen, ist daher unwahrscheinlich, dass er infolge eines SSNIP bei dem regionalen Großkundenangebot auf ein Angebot unter Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen ausweichen würde.
- (164) In Spanien belaufen sich die Kosten, die einem Betreiber für den Aufbau eines Netzes mit bis zu 550-575 Vermittlungsstellen entstehen, mit dem ein Anteil von 13 % auf dem ADSL-Markt bis 2009 angestrebt wird, Schätzungen alternativer Betreiber zufolge auf etwa 580-670 Mio. EUR.¹³⁹ Die erforderliche Investition für den Ausbau eines Netzes zu sämtlichen Vermittlungsstellen von Telefónica wäre noch erheblich höher. Dagegen lagen die Investitionen von Telefónica in das eigene regionale Zugangsnetz (d.h. ohne die Netzinvestitionen, die zur Anbindung des Endkundenprodukts an das regionale Großkundenprodukt erforderlich sind) im Zeitraum 1999 bis 2006 bei über 1500 Mio. EUR¹⁴⁰. Dies ist ein beträchtlicher Aufwand, insbesondere angesichts der Tatsache, dass der Hauptwettbewerber von Telefónica im ADSL-Bereich (France Telecom España) Einnahmen 2002 nur in Höhe von etwa 21 Mio. EUR¹⁴¹ und 2005 nur von etwa 170 Mio. EUR¹⁴² erzielte.

¹³⁹ Jazztel, aktualisierter Geschäftsplan 2006-2009, Präsentation am 27.2.06 (page 29), siehe: http://www.jazztel.com/archivos/documentos/ficheros/28022006165558Plan_Negocio_0609.pdf.

¹⁴⁰ Anhang 2 des Briefes von Telefónica vom 17.10.2006 (Seite TFCA-13126 der Akte).

¹⁴¹ CMT-Jahresbericht 2002.

¹⁴² CMT-Jahresbericht 2005.

- (165) Über die erheblichen Investitionen in Verbindung mit der Umstellung von dem regionalen Großkundenangebot auf entbündelte Teilnehmeranschlüsse hinaus ist festzustellen, dass eindeutige Unterschiede zwischen den beiden Großkundenzugangsdiensten auch auf Funktionsebene bestehen. Wie im vorstehenden Abschnitt IV.C.2.1 beschrieben, kann ein Betreiber, der einen entbündelten Teilnehmeranschluss von Telefónica nach Maßgabe einer vertraglichen Vereinbarung nutzt, einen erheblichen Teil der gesamten Wertschöpfungskette sowie viele Merkmale seines Endkundendienstes kontrollieren. Der Umfang, in dem ein Kunde, der das regionale Großkundenangebot von Telefónica bezieht, innovative Dienste für seine eigenen Endkunden anbieten und erheblich von den von Telefónica bereitgestellten Endkundendiensten abweichen kann, ist hingegen begrenzt.¹⁴³
- (166) Die Kommission ist daher der Ansicht, dass eine Nachfragesubstituierbarkeit zwischen diesen beiden Zugangsprodukten nicht in hinreichendem Umfang festzustellen ist, um diese Produkte demselben relevanten Markt zuzurechnen.
- (167) Auch eine Angebotssubstituierbarkeit zwischen diesen beiden Produkten ist nicht gegeben, da dies bedeuten würde, dass ein alternativer Betreiber das Teilnehmeranschlussnetz von Telefónica in ganz Spanien nachbilden müsste. In der Industrie und seitens der Regulierungsbehörden¹⁴⁴ wird vielfach die Ansicht vertreten, dass dies binnen eines angemessenen Zeitraums mit den derzeit verfügbaren Technologien zu rentablen Bedingungen nicht möglich oder unverhältnismäßig schwierig sei. Der Aufbau eines neuen Teilnehmeranschlussnetzes würde einen sehr erheblichen Kapitaleinsatz erfordern.¹⁴⁵ Insbesondere dürften große Investitionen für die Bereitstellung geeigneter Kanäle zur Unterbringung von Kabeln und Leitungen sowie für die Bereitstellung der eigentlichen Kabel und Leitungen entstehen, die weitgehend als verlorene Kosten zu verbuchen wären. Zudem erfolgte der Aufbau des Ortsanschlussnetzes von TESAU während Jahrzehnten unter dem Schutz von Sonderrechten und wurde finanziert durch Monopoleinkünfte aus der Bereitstellung von Telekommunikationsdiensten. Telefónica musste Investitionen vornehmen, um die vorhandene Infrastruktur für den Breitbandverkehr auszurüsten. Andere Betreiber, die den Aufbau eines vollständig neuen Ortsanschlussnetzes in einem Umfang in Betracht zogen, der deutliche Größenvorteile ermöglicht hätte, hätten hingegen erheblich größere Investitionen tätigen müssen und sich nicht darauf beschränken können, ein vorhandenes Netz für die Breitbandnutzung auszurüsten; entsprechend stellte sich die Nachbildung des Ortsanschlussnetzes von Telefónica als unwirtschaftlich dar.

¹⁴³ In der Mitteilung „Entbündelter Zugang zum Teilnehmeranschluss“ (KOM(2000) 237) vom 26. April 2000 (Seite 18) hat die Kommission diesbezüglich festgestellt: „Mit einem derartigen Dienst kann der etablierte Betreiber jedoch die Kontrolle über das Tempo der Verbreitung von Hochgeschwindigkeitsdiensten und darüber behalten, in welchen geografischen Gebieten diese Dienste ausgebaut werden. Der etablierte Betreiber kann jedoch andere Prioritäten setzen als die neuen Marktteilnehmer. Daher ergänzen diese Dienste die übrigen Formen des entbündelten Zugangs, können sie jedoch nicht ersetzen.“

¹⁴⁴ Siehe Verordnung (EG) Nr. 2887/2000 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Dezember 2000 über den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss, ABl. L336/4: „Für neue Marktteilnehmer wäre es unwirtschaftlich, innerhalb einer angemessenen Frist ein komplettes Gegenstück zu den zum Teilnehmeranschluss führenden Metallleitungen des etablierten Betreibers zu schaffen. Alternative Infrastrukturen wie TV-Kabelnetze, Satellitenverbindungen oder drahtlose

- (168) In der *Erwiderung*¹⁴⁶ hat Telefónica argumentiert, die Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen und der regionale Großkundenzugang seien demselben relevanten Markt zuzurechnen. Telefónica ist der Ansicht, alle im vorstehenden Abschnitt IV.C genannten Großkundenprodukte (d.h. auch der landesweite Großkundenzugang) seien substituierbar, weil sie alternativen Betreibern die Bereitstellung der gleichen Endkundendienste ermöglichen und weil alternative Marktteilnehmer von diesem Dienstangebot für Großkunden auch tatsächlich Gebrauch machten.¹⁴⁷ Telefónica ist weiterhin der Ansicht,¹⁴⁸ dass die Analyse der Substituierbarkeit nicht nur die Investitionen, die notwendig sind für den Wechsel von regionalem Großkundenzugang zu der Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen, sondern auch die Vorteile berücksichtigen sollte, die durch diesen Wechsel entstehen. Laut Telefónica ermöglicht es der Wechsel hin zu der Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen, (i) zusätzliche nachgelagerte Dienste anzubieten (und so höhere Einkünfte zu erzielen) und (ii) die Netzwerkkosten zu senken (und so von größeren Gewinnmargen zu profitieren).
- (169) Die Argumente von Telefónica sind jedoch nicht ausreichend sowie unvollständig und irreführend.

Teilnehmeranschlüsse bieten derzeit im Allgemeinen nicht die gleiche Funktionalität und Omnipräsenz, obgleich die Verhältnisse von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat unterschiedlich sein können“ (Randnummer 6).

¹⁴⁵ Die Kosten für die Nachbildung des Ortsanschlussnetzes werden auf durchschnittlich 1000 EUR pro Anschluss geschätzt. Die Nachbildung des Ortsanschlussnetzes des marktbeherrschenden Unternehmens in Frankreich würde Investitionen in Höhe von 30 Mrd. EUR (900 EUR pro Anschluss) zuzüglich der laufenden Betriebskosten von 3 Mrd. EUR (7,6 EUR pro Anschluss und Monat) erfordern (siehe ARCEP, *Consultation sur les méthodes de valorisation de la boucle locale cuivre*, April 2005).

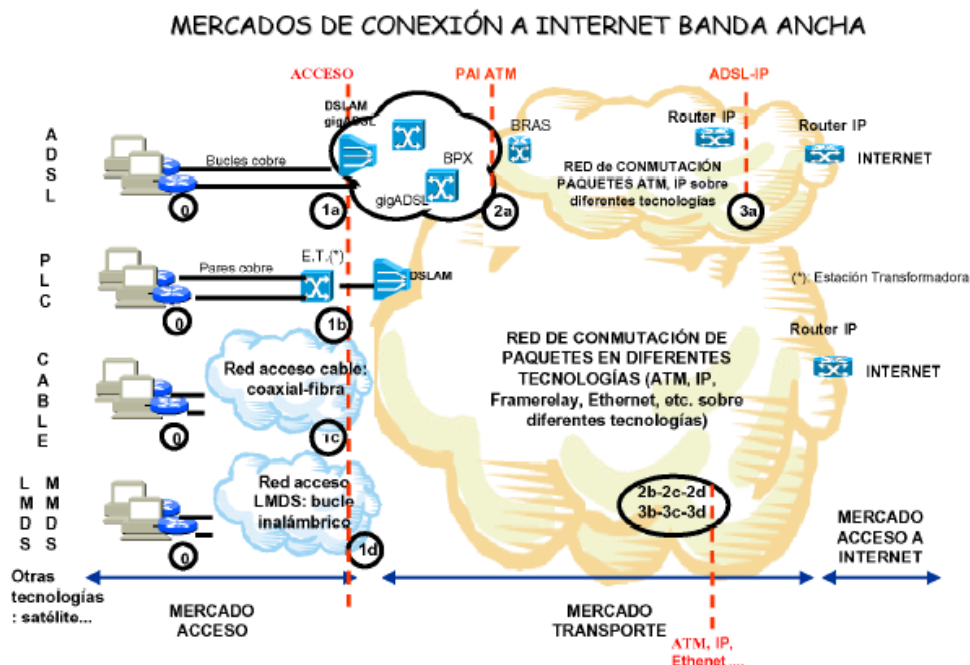
¹⁴⁶ Siehe *Erwiderung* von Telefónica, Seiten 38-45.

¹⁴⁷ Telefónica weist im Zusammenhang mit der Argumentation, dass alle drei Großkundenmärkte demselben relevanten Markt zuzurechnen seien, auf eine kürzlich bezüglich eines Unternehmenszusammenschlusses veröffentlichte Entscheidung C 93/05 (des spanischen „*Tribunal de defensa de la competencia*“ – *Informe del Tribunal de defensa de la competencia (Telefónica / Iberbanda)*) hin, in der festgestellt wurde, dass in Spanien nur ein einziger Breitbandmarkt für Großkunden bestehe. In dieser Entscheidung wurde die Definition des Großkundenmarktes allerdings nicht im Einzelnen überprüft; dies gilt insbesondere hinsichtlich der Angemessenheit einer weiteren Unterteilung; diese hätte nämlich nichts an der Entscheidung des Gerichts dahingehend geändert, dass Telefónica sowohl auf dem Großkundenmarkt als auch auf dem Endkundenmarkt für Breitbandzugänge in Spanien eine beherrschende Stellung innehat und dass der Zusammenschluss untersagt werden sollte.

¹⁴⁸ Siehe Seite 8 der *Erwiderung* auf das Sachverhaltsschreiben.

(170) Erstens stehen die Darstellungen von Telefónica in der Erwiderung auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte im Widerspruch zu den Darstellungen gegenüber der Kommission in den Stellungnahmen zur ersten Beschwerde von France Telecom (am Anfang dieser Entscheidung).¹⁴⁹ Dort hat Telefónica selbst erklärt, der Großkundenzugang auf lokaler Ebene (entbündelte Teilnehmeranschlüsse) und der indirekte Großkundenzugang (auf regionaler und auf landesweiter Ebene) seien getrennten Produktmärkten zuzurechnen. Das Unternehmen hat zwei getrennte Breitbandmärkte für Großkunden definiert: (i) den Großkundenmarkt für Zugangsprodukte (entsprechend entbündelten Teilnehmeranschlüssen in dieser Sache) und (ii) den Großkundenmarkt für Breitbandübertragungen (entsprechend dem regionalen Großkundenmarkt und dem landesweiten Großkundenmarkt in dieser Sache). Telefónica hat folgende Marktdefinition vorgeschlagen:

Abbildung 8 – Die von Telefónica in den Stellungnahmen zur ersten Beschwerde von France Telecom vorgenommene Definition der relevanten Märkte¹⁵⁰



¹⁴⁹ Siehe Schreiben von Telefónica vom 22.9.03 (Seiten TFCA-22 bis TFCA-26 der Akte).

¹⁵⁰ Siehe Schreiben von Telefónica vom 22.9.03 (Seite TFCA-24 der Akte).

- (171) Die Darstellung, dass die Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen einerseits und der Großkundenzugang auf regionaler und auf landesweiter Ebene andererseits alternativen Wettbewerbern ermöglichen würde, ähnliche Endkundenprodukte anzubieten, ist nicht zutreffend. Anders als bei der Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen (siehe Randnummer (165)), ermöglichen der landesweite und der regionale Großkundenzugang alternativen Betreibern nur die Bereitstellung des (hinsichtlich der Geschwindigkeit) selben Endkundenprodukts wie Telefónica¹⁵¹; andere Produkte (z.B. Fernsehen über Breitbandkabel oder VoIP-Dienste) können jedoch nicht angeboten werden.
- (172) Die Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen und der regionale Großkundenzugang sind nicht substituierbar. Eine Substituierbarkeit müsste unmittelbar gegeben sein (oder sich kurzfristig abzeichnen), da der tatsächliche Wettbewerbsdruck bestimmt werden soll, dem das Unternehmen ausgesetzt ist. Dies ist hier jedoch nicht der Fall, da eine Umstellung äußerst kostspielig und zeitaufwändig wäre, und da die Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen in ganz Spanien auch längerfristig nie eine rentable Option für alternative Marktteilnehmer darstellen würde.
- (173) Die Umstellung vom regionalen Großkundenprodukt auf entbündelte Teilnehmeranschlüsse wäre äußerst kostspielig. Voraussetzungen sind z.B. (i) der Ausbau eines Netzes vom regionalen Zusammenschaltungspunkt für die Ortsvermittlungen von Telefónica (siehe Randnummer (164)), (ii) die Zahlung spezifischer Großkundengebühren für die von Telefónica zu erbringende Umstellungsleistung¹⁵² und (iii) die Kollokation sowie die Erbringung sonstiger erforderlicher Leistungen (siehe vorstehender Abschnitt IV.F), um die gewünschten Breitbanddienste für Endkunden bereitstellen zu können.
- (174) Außerdem wäre die Umstellung von einem regionalen Großkundenprodukt zur Nutzung entbündelter Teilnehmeranschlüsse zeitaufwändig. Der Aufbau eines Festtelefonnetzes zu den Ortsvermittlungen von Telefónica und die Durchführung von Kollokationsmaßnahmen zur gemeinsamen Nutzung von Breitbandkomponenten in den Ortsvermittlungen von Telefónica erfordert einen beträchtlichen Zeitaufwand.¹⁵³

¹⁵¹ Auch aus Tabelle 6 und Tabelle 7 ist ersichtlich, dass alternative Marktteilnehmer eine Differenzierung in Qualität (Verbindungsgeschwindigkeit) und Preis abhängig von dem nach Maßgabe einer vertraglichen Vereinbarung bezogenen Großkundenprodukt (entbündelte Teilnehmeranschlüsse einerseits und regionale und/oder landesweiter Großkundenzugang andererseits) vornehmen.

¹⁵² 25 EUR für die Umstellung vom indirekten Zugang (auf regionaler oder landesweiter Ebene) auf den vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss und 32,75 EUR für die Umstellung vom indirekten Zugang auf den gemeinsamen Zugang zum Teilnehmeranschluss; außerdem besteht die Möglichkeit einer umfassenden Umstellung zu einem Festpreis von 85,25 EUR zuzüglich 7,42 EUR für die Umstellung auf den vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss und 13,09 EUR für die Umstellung auf den gemeinsamen Zugang zum Teilnehmeranschluss.

¹⁵³ Oben Abschnitt IV.F. Dies ist unabhängig von der Frage, ob die Verzögerungen auf Seiten Telefónicas bei der Bereitstellung der Dienste im Zusammenhang mit der Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen objektiv gerechtfertigt sind oder nicht.

- (175) Selbst längerfristig werden entbündelte Teilnehmeranschlüsse nie eine rentable Option für das gesamte spanische Territorium darstellen: Alternative Marktteilnehmer, die heute in manchen Gebieten Spaniens entbündelte Teilnehmeranschlüsse nutzen, beziehen trotzdem ergänzend weiterhin das regionale und das landesweite Großkundenprodukt.¹⁵⁴
- (176) Jedenfalls wird ein alternativer Betreiber, der von regionalem Großkundenzugang zu der Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen wechseln möchte, entgegen Telefónicas Behauptung die oben genannten Investitionen für die Ausweitung des Netzwerkes tragen müssen, die Vorteile dieses Wechsels dagegen erst genießen können, nachdem er einen ausreichenden Kundenstamm geschaffen hat, was weder gesichert ist noch unmittelbar geschieht.
- (177) Wegen der mit den Investitionen verbundenen Risiken (u.a. hohe verlorene Kosten (siehe oben Randnummer (164))) dürften alternative Anbieter ihren Kundenstamm eher nach und nach erweitern und ihre Infrastrukturinvestitionen eher schrittweise verstärken. Beim Aufbau einer neuen alternativen Telekommunikationsstruktur ist von entscheidender Bedeutung, dass mindestens eine „kritische Netzgröße“ erreicht wird, um in vollem Umfang von den Netzeffekten und von Größenvorteilen profitieren und weitere Investitionen tätigen zu können. Dieses Phänomen wird von Wirtschaftsfachleuten sowie von den Regulierungsbehörden und von Telefónica selbst im Allgemeinen als „Investitionsleiter“ bezeichnet. Dieser Begriff beschreibt insoweit keine unabdingbare Voraussetzung, als alternative Betreiber bei Investitionen in die (Breitband-)Infrastruktur nicht schrittweise vorgehen *müssen*. Vielmehr bezieht sich dieser Begriff auf das *beobachtete* Verhaltensmuster beim Marktzugang und bei der Ausdehnung der Marktanteile neuer Marktteilnehmer. Wegen dieses Verhaltensmusters haben Regulierungsbehörden in Europa angesichts der festgestellten Hindernisse für den Marktzugang und für die Ausweitung von Marktanteilen entschieden, dass auf verschiedenen Ebenen Zugang zur Infrastruktur der marktbeherrschenden Betreiber gewährt werden muss.

¹⁵⁴ Dies zeigt sich auch an der Tatsache, dass TESAU 2005 trotz der zunehmenden Verbreitung entbündelter Teilnehmeranschlüsse mit diesen anderen Großkundenprodukten Einnahmen in Höhe von 537 Mio. EUR erzielte (d.h. weitaus mehr als die 2004 erwirtschafteten Einnahmen von 391 Mio. EUR) (siehe CMT-Bericht 2005, S. 113).

- (178) Der erste Schritt auf der „Investitionsleiter“ wird von einem Betreiber unternommen, dessen Strategie auf die Erschließung eines Massenmarktes gerichtet ist (und daher mit beträchtlichem Aufwand für verkaufsfördernde Maßnahmen und für Werbung einhergeht), der jedoch nur als Wiederverkäufer des ADSL-Zugangsprodukts auftritt, das er seinerseits von dem jeweils vertikal integrierten Anbieter (dem marktbeherrschenden Unternehmen) bezieht. Mit wachsendem Kundenstamm tätigt das Unternehmen weitere Investitionen, welche die Erbringung von Übertragungsleistungen auf landesweiter Ebene ermöglichen sollen. In einem weiteren Schritt versucht das Unternehmen dann vielleicht sogar, eine direkte Verbindung zu seinen Kunden herzustellen (Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen). Mit den schrittweisen Investitionen gelangt der alternative Betreiber also immer näher an den Kunden, verringert die Abhängigkeit vom Großkundenprodukt des marktbeherrschenden Unternehmens und wird zunehmend in die Lage versetzt, höheren Mehrwert für das Produkt zu schaffen, das er seinen Endkunden anbietet, und seinen Dienst gegenüber dem entsprechenden Dienst des marktbeherrschenden Unternehmens abzugrenzen.¹⁵⁵
- (179) Dieses Verhaltensmuster wird im Bericht der Gruppe Europäischer Regulierungsstellen (ERG = *European Regulators' Group*) vom Mai 2005 zur Wettbewerbssituation auf dem Breitbandmarkt bestätigt.¹⁵⁶ „Anfänglich beschränkten sich die meisten neuen Marktteilnehmer auf den Wiederverkauf; inzwischen sind Bitstream-Zugänge jedoch an die Stelle des Wiederverkaufs als bevorzugter Zugangsform getreten, und der Bitstream-Zugang ist heute der am weitesten verbreitete Großkundenzugang. (Der Marktanteil liegt bei über 1/3, während weniger als 30 % der Anschlüsse im Wiederverkauf angeboten werden.) Offenbar erfolgt also eine Verlagerung vom Wiederverkauf hin zu Bitstream-Angeboten. Die Anzahl der Anschlüsse mit gemeinsamem Zugang hat ebenfalls zugenommen (höchster Zuwachs aller Zugangsformen); entsprechendes gilt für die vollständige Entbündelung. Allem Anschein nach besteht also tatsächlich eine Investitionsleiter, und neue Marktteilnehmer beginnen, diese Leiter zu erklimmen.“
- (180) Im Schreiben an die Kommission vom 2. März 2005 bezog sich Telefónica selbst auf den Begriff der Investitionsleiter, als Telefónica die Entwicklung des spanischen Breitbandmarktes seit 2001 beschrieb. Insbesondere betonte Telefónica, wie wichtig es sei, dass alternative Betreiber eine kritische Masse erreichten, bevor sie in ihre eigene Infrastruktur investierten, um entbündelte Teilnehmeranschlüsse nutzen zu können:

¹⁵⁵ Martin Cave, *Remedies for broadband services* (siehe Seite Div-378 der Akte).

¹⁵⁶ ERG, *Broadband market competition report, Executive summary*, 14. Mai 2005 (siehe Seite Div-190 der Akte).

„El año 2004 también ha sido el punto de inflexión en el que aquellos ISPs que habían basado sus ofertas minoristas sobre el acceso indirecto de TESAU han alcanzado una masa crítica de conexiones y una experiencia en el mercado que les ha permitido comenzar a invertir en infraestructura de red, empezando así a migrar sus conexiones desde los accesos mayoristas de tipo indirecto (el comercialmente llamado GigADSL de TESAU) hacia accesos desagregados al bucle (total o parcialmente). La consecuencia directa es un mayor grado de control por parte de los ISPs de fases de producción anteriores, lo cual les permite diferenciar sus productos, competir en diferentes fases de la cadena de producción y, en última instancia, controlar todos los elementos que tienen incidencia en su margen comercial. En consecuencia, les permite diferenciar sus productos en términos de capacidad, calidad o coste, ampliándose de esta manera su margen de maniobra para competir en el mercado minorista. El mercado español de la banda ancha continúa, por tanto, el ritmo esperado en la ‘escalera de la inversión’.“¹⁵⁷

[Übersetzung ins Deutsche: "Das Jahr 2004 war auch der Wendepunkt, an dem diejenigen ISPs, deren Endkundenangebote auf dem indirekten Zugang von TESAU basierte, eine kritische Anzahl von Verbindungen und Erfahrung mit dem Markt erwarben, wodurch es ihnen ermöglicht wurde zu beginnen, in eine Netzwerkstruktur zu investieren, und somit zu beginnen, ihre Verbindungen von den indirekten Arten an Großkundenzugang (den marktüblich GigADSL genannten Zugang von TESAU) hin zu der (vollständigen oder teilweisen) Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen umzuschichten. Die unmittelbare Folge ist ein höherer Grad an Kontrolle der ISPs über laufende Produktionsphasen, wodurch es ihnen möglich wird, ihre Produkte zu differenzieren, in verschiedenen Phasen der Wertschöpfungskette zu konkurrieren und schließlich alle Komponenten zu kontrollieren, die einen Einfluss auf ihre Gewinnmarge haben. Als Folge ist es ihnen so möglich, ihre Produkte im Hinblick auf Kapazität, Qualität und Kosten zu differenzieren, wodurch ihr Spielraum erweitert wird, auf dem Endkundenmarkt zu konkurrieren. Der spanische Breitbandmarkt klettert die "Investitionsleiter" daher weiter in der erwarteten Geschwindigkeit hinauf."]

¹⁵⁷

Siehe Schreiben von Telefónica vom 2.3.05 (Seite TFCA-986 der Akte).

- (181) Außerdem spricht die Tatsache, dass Wettbewerber von Telefónica heute eine Kombination unterschiedlicher Produkte nutzen, nicht gegen die vorstehende Schlussfolgerung, dass diese Produkte in Anbetracht des Kosten- und Zeitaufwandes sowie der Tatsache, dass die Umstellung nur teilweise möglich ist, nicht substituierbar sind. Die Kommission bestreitet nicht, dass gewisse alternative Betreiber in bestimmten Teilen Spaniens seit September 2004 zunehmend das regionale Großkundenangebot von Telefónica¹⁵⁸ nachgebildet haben. Entgegen den Darstellungen von Telefónica ist dies jedoch nicht als Substitution zu betrachten und stellt keinen kurzfristig möglichen Prozess, sondern eine schrittweise Entwicklung dar (wie anhand der Geschichte des spanischen Breitbandmarkts in Abschnitt IV.C.3 erläutert). Wie ebenfalls bereits erklärt, betrifft diese Entwicklung selbst langfristig nicht sämtliche ADSL-Leitungen der Wettbewerber von Telefónica; diese Entwicklung wird – selbst in den am dichtesten besiedelten Gebieten Spaniens – nur dann nachhaltig sein, wenn die Marktteilnehmer eine kritische Masse an Kunden erreicht haben, welche die nötigen erheblichen und riskanten Investitionen rechtfertigt. (Und dies stellt sich nochmals schwieriger dar, wenn die Gewinnspannen der Marktteilnehmer einer Kosten-Preis-Schere ausgesetzt sind.)
- (182) Und schließlich haben – wie bereits in der Mitteilung der Beschwerdepunkte¹⁵⁹ erläutert – auch alle nationalen Regulierungsbehörden im Bereich der elektronischen Kommunikation, die die Großkunden-Breitbandmärkte in ihren jeweiligen Ländern unter dem Blickwinkel des Wettbewerbsrechts analysiert haben (einschließlich der Länder, in denen die Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen weiter vorangeschritten ist als in Spanien), festgestellt, dass der Zugang zu entbündelten Teilnehmeranschlüssen und Großkunden-Breitbandzugänge selbst bei prospektiver Betrachtung getrennte relevante Märkte darstellen.¹⁶⁰ Die Schlussfolgerung dieser Behörden beruhte auf ähnlichen wie den bereits dargestellten Erwägungen. In Spanien gibt es keine Besonderheiten, die – insbesondere in der in dieser Sache vorzunehmenden rückwirkenden Betrachtung – eine anderweitige Schlussfolgerung rechtfertigen würden; für diese Bewertung spricht auch, dass die spanische Regulierungsbehörde CMT¹⁶¹ festgestellt hat, dass selbst bei zukunftsgerichteter Bewertung entbündelte Teilnehmeranschlüsse und der indirekte Großkundenzugang (auf regionaler und landesweiter Ebene) nicht substituierbar seien.

¹⁵⁸ Nur für den eigenen Bedarf; wie bereits erläutert, ist Telefónica der einzige Anbieter eines regionalen Großkundenprodukts.

¹⁵⁹ Siehe Ziffer 207 der Mitteilung der Beschwerdepunkte.

¹⁶⁰ Die Empfehlung 2003/311/EG der Kommission über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, betrachtet den Markt für entbündelte Zugänge zu Teilnehmeranschlüssen ("Markt 11") und den Markt für Großkunden-Breitbandzugänge ("Markt 12") als zwei getrennte Märkte. Von allen Regulierungsbehörden, die diese Märkte analysiert haben, wurde die Ansicht der Kommission bestätigt, dass diese Märkte von vornherein als voneinander getrennte Märkte zu betrachten seien.

¹⁶¹ CMT, Entscheidung vom 1. Juli 2006 in der Sache AEM2005/1454, *Resolución por la que se aprueba la definición del mercado de acceso mayorista de banda ancha, el análisis del mismo, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea.*

3.2 *Substituierbarkeit zwischen dem regionalen und dem landesweiten Großkundenangebot*

- (183) Alternative Betreiber, die Endkunden ADSL-Dienste unter Nutzung des regionalen Großkundenprodukts landesweit bereitstellen möchten, müssen die einmaligen und die laufenden Kosten in Verbindung mit dem Ausbau und der Unterhaltung eines Netzes zu den indirekten Zugangspunkten von TESAU an 109 Standorten aufbringen.
- (184) In der *Erwiderung*¹⁶² bezeichnete Telefónica das landesweite Großkundenangebot und die regionalen Großkundenangebote als substituierbar und vertrat die Ansicht, dass eine geringe, jedoch erhebliche Preiserhöhung bei einem der Großkundenprodukte eine höhere Nachfrage bei dem anderen Großkundenprodukt zur Folge hätte. Außerdem erklärt Telefónica, alternative Betreiber hätten 2005 von GigADSL zu ADSL-IP gewechselt. Telefónica zufolge wird dies durch die Tatsache belegt, dass sich im Laufe des Jahres 2005 die Zahl der regionalen Großkundenanschlüsse, die von Telefónica an alternative Betreiber verkauft wurden, verringert hat, während die Zahl der von Telefónica an alternative Betreiber verkauften nationalen Großkundenanschlüsse anstieg.¹⁶³ Insbesondere sind Telefónica zufolge im Februar 2006 [...] % der [...] ADSL-IP-Anschlüsse von früheren GigADSL-Kunden bezogen worden.
- (185) Die Umstellung vom landesweiten Produkt auf ein regionales Produkt erfolgt jedoch weniger unmittelbar als von Telefónica dargestellt. Alternative Betreiber, die für den Zugang zum Breitband-Endkundenmarkt landesweite Großkundenprodukte nutzen (und also kein eigenes Netz besitzen), beschließen nicht, erhebliche Investitionen für den Ausbau eines Netzes zu den 109 Zusammenschaltungspunkten (indirekten Zugangspunkten) vorzunehmen, nur weil für das landesweite Großkundenangebot eine geringe aber doch maßgebliche und nicht nur vorübergehende Preiserhöhung erfolgt (im Folgenden: "SSNIP"). Die französische Regulierungsbehörde¹⁶⁴ schätzt, dass die Kosten, die Betreibern für die Umstellung von einem landesweiten Großkundenangebot auf ein regionales Großkundenangebot entstehen (d.h. die Kosten für den Aufbau der entsprechenden Netze), in Frankreich in der Größenordnung von 150 bis 300 Mio. EUR liegen dürften. Telefónica hat im Zeitraum 2001 bis 2006 mehr als [...] in den Netzausbau investiert.¹⁶⁵ Dies ist ein beträchtlicher Betrag.

¹⁶² Siehe Erwiderung von Telefónica, Seiten 45-48.

¹⁶³ Siehe Telefónicas Antwort auf das Sachverhaltsschreiben, Seite 16-17.

¹⁶⁴ Mitteilung der ART (*Autorité de régulation des télécommunications*) zum Markt für Großkunden-Breitbandzugänge im Zusammenhang mit Artikel 7 der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (FR/2005/0175).

¹⁶⁵ Anhang 2 des Schreibens von Telefónica vom 17.10.2006 (Seite TFCA-13126 der Akte).

- (186) Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass Telefónica in der Gemeinschaft zu den Unternehmen mit der höchsten Anzahl an indirekten Zugangspunkten zum regionalen Großkundenangebot zählt (wenn Telefónica in der Gemeinschaft sogar nicht das Unternehmen mit der größten Anzahl an indirekten Zugangspunkten überhaupt ist).¹⁶⁶ Je höher die Anzahl der indirekten Zugangspunkte, zu denen eine Verbindung hergestellt werden muss, desto höher ist auch das Hindernis für einen Wechsel alternativer Netzbetreiber.
- (187) Auch die umgekehrte Variante, d.h. die Umstellung von einem regionalen Großkundenangebot auf ein landesweites Großkundenangebot ist wirtschaftlich betrachtet wenig sinnvoll, wie France Telecom España im Schreiben vom 3.11.2006 bestätigt.¹⁶⁷ Im Hinblick auf die verlorenen Kosten werden alternative Betreiber, die bereits die erforderlichen Investitionen zur Herstellung von Verbindungen zu den 109 indirekten Zugangspunkten getätigt haben, bestrebt sein, diese Investition zu nutzen und vertraglich auf das regionale Großkundenangebot zurückgreifen und nicht ihren Verkehr auf einen einzigen landesweiten Zugangspunkt konzentrieren. Einem alternativen Betreiber, der bereits im nötigen Umfang in die Nutzung des regionalen Großkundenangebots von Telefónica investiert hat, würden (abgesehen von den verlorenen Investitionen in den Netzausbau) nur die Betriebskosten entstehen, die sich aus folgenden Komponenten zusammensetzen: (i) Großkundengebühren ([...] ¹⁶⁸) und (ii) zusätzliche Betriebskosten ([...] ¹⁶⁹); die Kosten für den Großkundenzugang auf landesweiter Ebene würden sich hingegen auf [...] ¹⁷⁰ belaufen. Daher kann selbst dann, wenn der Preis für das regionale Großkundenzugangsprüfung nicht nur vorübergehend um einen geringen, aber erheblichen Betrag erhöht würde, als unwahrscheinlich angenommen und als unvernünftig betrachtet werden, dass Betreiber, die bereits in den Netzausbau investiert haben, die Opportunitätskosten aufbringen würden, die dann entstünden, wenn sie nicht mehr ihr eigenes Netz, sondern ein landesweites Großkundenangebot nutzen würden, das ihnen zudem geringere Möglichkeiten der Kontrolle der Qualität der den Endkunden angebotenen Dienste bieten würde als das regionale Großkundenangebot.

¹⁶⁶ In Frankreich z.B. wird davon ausgegangen, dass eine landesweite Abdeckung bereits durch die Herstellung von Verbindungen zu 20 indirekten Zugangspunkten erzielt werden kann.

¹⁶⁷ In ihrem Schreiben erklärte France Telecom España: „*una vez que un operador ha realizado las sustanciales inversiones necesarias para abrir una demarcación GigADSL no tiene sentido económico alguno migrar los clientes de esa demarcación hacia el servicio ADSL-IP*“. Siehe Seite ISP-578 der Akte.

¹⁶⁸ Siehe unten Tabelle 18.

¹⁶⁹ Siehe unten Tabelle 21.

¹⁷⁰ Siehe unten Tabelle 24.

- (188) Wie von der CMT¹⁷¹ erläutert, haben die alternativen Betreiber umso größere Kontrolle und sind umso unabhängiger von Telefónica, je näher sie an den Endkunden gelangen. Da das regionale Großkundenangebot jedenfalls mit der Notwendigkeit einhergeht, ein Netz aufzubauen, über das die Verbindung mit den 109 Zusammenschaltungspunkten hergestellt werden kann, über die schließlich der Zugang zu den Endkunden erfolgt, haben diese Marktteilnehmer durch die Nutzung ihres eigenen Netzes eine größere Kontrolle über ihr Endkundenprodukt und können ihr Endkundenprodukt stärker abgrenzen als bei Nutzung des landesweiten Großkundenprodukts. Umgekehrt betrachtet sind die einem alternativen Betreiber zur Verfügung stehenden Möglichkeiten zur Kontrolle des gesamten Zugangsdienstes eingeschränkter, da der Verkehr beim landesweiten Großkundenprodukt über eine Kanalverbindung in das IP-Netz von Telefónica geleitet wird.
- (189) Auch die Darstellung von Telefónica, dass die Betreiber eine erhebliche Anzahl an Großkundenanschlüssen von GigADSL auf ADSL-IP umgestellt hätten, ist unzutreffend. Die Tatsache, dass die Zahl der von Telefónica verkauften regionalen Großkundenanschlüsse sank, während die Zahl der nationalen Großkundenanschlüsse anstieg, impliziert nicht notwendigerweise, dass alternative Betreiber von GigADSL zu ADSL-IP gewechselt haben. Es stimmt zwar, dass die Gesamtzahl der von Telefónica verkauften regionalen Großkundenanschlüsse im Jahre 2005 um [...] Anschlüsse¹⁷² sank. Jedoch erklärt sich dieser Rückgang in erster Linie dadurch, dass im gleichen Zeitraum die Zahl der von Telefónica an [...] verkauften regionalen Großkundenanschlüsse sank ([...] ¹⁷³). Die regionalen Großkundenanschlüsse, die [...] erwarb, wurden von ihr in nationale Großkundenanschlüsse umgewandelt, die sie an [...] verkaufte. Tatsächlich hat [...] bestätigt,¹⁷⁴ dass eine Umstellung von GigADSL auf ADSL-IP ausschließlich im Jahre 2005 vorgenommen wurde, und diese Umstellung von den [...] von [...] bereitgestellten landesweiten Großkundenanschlüssen auf der Basis von GigADSL auf die landesweiten Großkundenanschlüsse von Telefónica (ADSL-IP) erfolgt ist. Daher ist die von Telefónica genannte Umstellung als Wechsel zwischen zwei landesweiten Großkundenprodukten zu betrachten, die in dieser Entscheidung als substituierbar angesehen werden. Ebenso unzutreffend ist die Darstellung, dass Ya.com-Albura bis Februar 2006 etwa [...] Anschlüsse (u.a. [...] in Barcelona und [...] in Madrid) von GigADSL auf ADSL-IP umgestellt habe.¹⁷⁵ Albura-Ya.com hat bis Februar 2006 nie mehr als [...] GigADSL-Anschlüsse aufgrund vertraglicher Vereinbarungen bezogen.¹⁷⁶ Entsprechend ist schlicht unmöglich, dass Ya.com [...] Anschlüsse von GigADSL auf ADSL-IP umgestellt haben sollte.

¹⁷¹ CMT-Jahresbericht 2005, Seite 114.

¹⁷² Siehe Anhang 1 des Schreibens von Telefónica vom 28.7.06 (Seite TFCA-4653 bis TFCA-4657 der Akte). Die interne Bereitstellung (an TDATA oder TERRA) ist ausgenommen.

¹⁷³ Siehe Anhang 1 des Schreibens von Telefónica vom 28.7.06 (Seite TFCA-4653 bis TFCA-4657 der Akte).

¹⁷⁴ [...]

¹⁷⁵ Wie von Telefónica in Anhang 7 des Schreibens vom 21.7.07 (Seite TFCA-4384 der Akte) angegeben.

¹⁷⁶ Siehe Anhang 1 des Schreibens von Telefónica vom 28.7.06 (Seite TFCA-4653 bis TFCA-4657 der Akte).

- (190) Wie bereits erläutert, werden alternative Betreiber, die ihre Netze zu allen Zusammenschaltungspunkten des regionalen Großkundenangebots oder zu einer beträchtlichen Anzahl an Zusammenschaltungspunkten ausgebaut haben, das landesweite Großkundenprodukt nicht als Substitut für das regionale Produkt betrachten. In dem Umfang allerdings, in dem Betreiber Netze nur zu einigen, nicht jedoch zu allen 109 Zusammenschaltungspunkten des regionalen Großkundenangebots ausgebaut haben, erscheint es vernünftig zu sein, dass diese eine vertragliche Vereinbarung über den Bezug des regionalen Großkundenprodukts für die Gebiete schließen, in denen sie bereits eigene Netze ausgebaut haben, während sie ansonsten die Nutzung des landesweiten Großkundenangebots vereinbaren. Selbst Betreiber, die ein eigenes Netz bis zu einigen der 109 Zusammenschaltungspunkte des regionalen Großkundenangebots besitzen, werden das landesweite Großkundenprodukt und die regionalen Großkundenprodukte jedoch nicht als Substitute, sondern als einander ergänzende Angebote ansehen.
- (191) Auch aus Sicht der Angebotsseite können die regionalen Großkunden-Zugangsprodukte und das landesweite Großkundenprodukt nicht als Substitute betrachtet werden: Ein Betreiber, der ein landesweites Großkundenprodukt anbieten möchte, kann dies auf der Grundlage eines regionalen Großkundenangebots tun. Dazu sind beträchtliche Investitionen erforderlich; diese Investitionen sind jedoch in keiner Weise mit den Investitionen vergleichbar, die ansonsten für den Ausbau des Netzes und die Beschaffung von Ausrüstung für die Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen hätten aufgebracht werden müssen und die Voraussetzung dafür sind, dass ein Betreiber überhaupt ein konkurrenzfähiges regionales Großkunden-Zugangsprodukt als Alternative zum TESAU-Produkt GigADSL anbieten kann. Dies ergibt sich auch aus der Tatsache, dass keine regionalen Großkundenprodukte bestehen, die in Konkurrenz zum Telefónica-Produkt GigADSL angeboten werden, während mehrere Betreiber landesweite Großkunden-Breitbandzugänge vermarkten.

- (192) Hinsichtlich der von Telefónica in der Antwort auf das Sachverhaltsschreiben vorgetragenen Argumentation, dass die CMT in ihrem Beschluss vom 1. Juni 2006 (siehe oben Randnummer (120)) erklärt habe, dass die regionalen und die landesweiten Großkundenprodukte von Telefónica demselben Produktmarkt zuzurechnen seien, wird festgestellt, dass die CMT tatsächlich zu dem Ergebnis gelangt ist, dass diese beiden Produkte künftig substituierbar werden könnten.¹⁷⁷ In der prospektiven Analyse stellte die CMT u.a. fest, dass „*dadas las mayores eficiencias en el transporte que es posible conseguir a través del protocolo IP, es posible, e incluso previsible, que el número de demarcaciones del servicio mayorista de concentración regional se reduzcan, disminuyendo por tanto, y siempre de forma prospectiva, las citadas inversiones necesarias para acceder a dicho servicio regional.*“¹⁷⁸ [Übersetzung ins Deutsche: "...es aufgrund der größeren Transporteffizienz, die mittels IP-Protokoll erreicht werden kann, möglich und sogar vorhersehbar ist, dass die Zahl der Gebiete, die von regionalen Großkundenprodukten abgedeckt werden, abnehmen wird und dadurch, aus einer streng vorausschauenden Perspektive, der erwähnte Investitionsaufwand, der erforderlich ist, um diese regionalen Dienste in Anspruch zu nehmen, geringer werden wird.]
- (193) All dies spricht dafür, dass die CMT diese Märkte nach einer ex-post-Analyse (wie in der in dieser Entscheidung behandelten Sache) bislang nicht demselben relevanten Markt zugerechnet hat. Im Beschluss OM 2002/7330 vom 10. Juli 2003 hat die CMT festgestellt, dass der Großkundenzugang auf ATM-Ebene (auf regionaler Ebene) und der Großkundenzugang auf IP-Ebene (auf landesweiter Ebene) nicht substituierbar seien.¹⁷⁹
- (194) Auch Regulierungsbehörden in Ländern, in denen der Breitbandmarkt ähnlich strukturiert ist (ATM/IP-Großkundenzugänge auf örtlicher, regionaler und landesweiter Ebene), insbesondere die französische ARCEP,¹⁸⁰ und das OFTEL (heute OFCOM) im Vereinigten Königreich¹⁸¹, haben festgestellt, dass eine Substituierbarkeit zwischen dem Großkundenzugang auf regionaler Ebene und dem Großkundenzugang auf landesweiter Ebene nicht gegeben sei.

¹⁷⁷ In einer Konsultation zu der Maßnahme, die ihr gemäß Artikel 7 der Rahmenrichtlinie notifiziert wurde (Sache ES/2006/0370), hat die Kommission die prospektive Marktanalyse der CMT in Frage gestellt, jedoch mit der Begründung nicht das Verfahren nach Artikel 7 Absatz 4 eingeleitet, dass selbst dann, wenn zwei getrennte Märkte ermittelt worden seien „*no hubiese conducido a un resultado diferente en el análisis de PSM (poder significativo de mercado)*“ (Schreiben der Kommission an die CMT vom 5 Juni 2006, SG-Greffe (2006)D/202422). Tatsächlich hat die CMT festgestellt, dass Telefónica über erhebliche Macht auf dem weiter gefassten Markt verfügte.

¹⁷⁸ *Proyecto de medida relativa a la definición del mercado mayorista de acceso a banda ancha, el análisis del mismo, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la propuesta de obligaciones específicas.*

¹⁷⁹ CMT, Entscheidung vom 10. Juli 2003 in der Sache OM 2002/7330, *Resolución sobre la comisión de practicas contrarias a la libre competencia por parte del Grupo Telefónica en la comercialización de servicios ADSL mayoristas.*

¹⁸⁰ Im Juli 2005 hat die Kommission eine Mitteilung der französischen Regulierungsbehörde ARCEP (früher ART) genehmigt, in der diese einen landesweiten Großkundenmarkt als vom regionalen Großkundenmarkt getrennten Markt beschreibt (FR/2005/0206).

¹⁸¹ Im Dezember 2003 hat die britische Regulierungsbehörde einen Großkundenmarkt für Breitbandzugänge (entsprechend dem regionalen Großkundenzugang in dieser Sache) und einen

- (195) Daher sind regionale und landesweite Großkunden-Zugangsprodukte nicht demselben Markt zuzurechnen. In jedem Fall sind die genauen Grenzen zwischen dem regionalen und dem landesweiten Markt in dieser Sache weniger eindeutig, weil Telefónica auf beiden Märkten eine beherrschende Stellung innehat und sowohl bei den regionalen als auch bei den landesweiten Großkunden-Zugangsprodukten eine Kosten-Preis-Schere festgestellt wurde.

3.3 *Ausschluss der Kabeltechnologie aus den relevanten Großkundenmärkten*

- (196) Neben der ADSL-Technologie sind auf dem spanischen Markt noch verschiedene weitere Netztechnologien zur Bereitstellung von Breitbandzugängen verfügbar: Zugänge über Kabel, Satellit, drahtloser Festnetzzugang (FWA), Glasfaser und Internet über Stromkabel. Obwohl der einschlägige Endkundenmarkt alle gängigen Breitbandprodukte erfasst, unabhängig davon, ob sie über ADSL oder Kabel (oder irgendeine andere Technologie, die auf dem "Massenmarkt" vertrieben wird) bereitgestellt werden, kann der Zugang zu diesen anderen Netzwerken auf der Großkundenebene nicht als substituierbar angesehen werden.
- (197) Für die Anbieter dieser Zugangsnetze (d.h. andere als ADSL) bestehen zurzeit keine Regulierungsbestimmungen, nach denen sie verpflichtet wären, überhaupt ein Breitbandzugangsprodukt für Großkunden anzubieten, und ein entsprechendes Produkt wird auch aus eigener Initiative nicht bereitgestellt.
- (198) Auch wenn das Angebot über Kabel (ebenso wie bei anderen ADSL-unabhängigen Technologien) vollständig als Eigenleistung bereitgestellt wird, stellt sich die Frage, ob der hiervon ausgehende Wettbewerbsdruck hinreichend ist, um eine Einbeziehung von derartigen Kabelangeboten in die Großkundenmärkte zu rechtfertigen ist.
- (199) Die Nachfragesubstitution ist wegen der beträchtlichen Kosten einer Umstellung von einem ADSL-Großkundenprodukt (vorwiegend dem Zugang auf regionaler und auf örtlicher Ebene) auf ein Großkundenprodukte auf Kabelmodem-Basis (und umgekehrt) sowie wegen der geringen Abdeckung und der Uneinheitlichkeit der Kabelnetze in Spanien beschränkt.

Großkundenmarkt für Breitbandübertragungen (entsprechend dem nationalen Großkundenzugang in dieser Sache) definiert (siehe OTFEL, *Wholesale Broadband Access Market, Identification and analysis of markets, Determination of market power and Setting of SMP conditions, Explanatory Statement and Notification*; 16. Dezember 2003.

- (200) Erstens ist festzustellen, dass die potenziellen Kunden dieser Großkunden-Zugangsprodukte der Kabelbetreiber im Gegensatz zu Endkunden diese Produkte schwerlich als Substitut für die ADSL-Großkundenprodukte betrachten würden. Diese Kunden haben nämlich meist bereits nicht rückgängig zu machende Investitionen in den Netzausbau getätigt, um Verbindungen zu den Ortsvermittlungen von Telefónica (entbündelte Teilnehmeranschlüsse) oder zu den PAI (indirekten Zugangspunkten) (regionale Großkundenzugänge) herzustellen. Die Kosten in Verbindung mit der Umstellung von einer dieser technischen Plattformen auf eine andere Plattform sind sehr hoch, weil dazu ein weiteres Netz zu den Knoten des alternativen Netzes hergestellt werden müsste. (Dem Telefónica-Netz und den Kabelnetzen liegen unterschiedliche Topologien zugrunde.) Diese Kosten überschreiten bei weitem alle Wechselanreize infolge einer SSNIP bei den ADSL-Großkundenprodukten, und daher wären die Kunden selbst dann nicht bereit, auf ein Großkunden-Breitbandprodukt auf Kabelmodem-Basis umzustellen, wenn dieses Produkt künftig auf dem Markt angeboten würde.
- (201) Zweitens wird die Möglichkeit einer Nachfragesubstitution auch durch die unterschiedliche räumliche Abdeckung der in Spanien verfügbaren Kabel- und ADSL-Netze beschränkt. Während beinahe die gesamte spanische Bevölkerung Breitbandzugang durch das überall verfügbare zur ADSL-Fähigkeit nachgerüsteten Telefónica-Netzes mit herkömmlichen doppeladrigen Kupferkabeln bekommen kann, steht nur ungefähr 40 % der Bevölkerung der Breitbandzugang mittels Kabelmodem-Technologie zur Verfügung.¹⁸² Marktteilnehmer, die einen Großkundenzugang auf Kabelmodem-Basis nutzen, könnten Breitband-Zugangsdienste also nicht in ganz Spanien anbieten. Selbst auf lokaler Ebene würden Kabelnetze keine Alternative darstellen, da die Abdeckung selbst in Regionen wie z.B. Madrid oder in Katalonien (Cataluña) geringer ist als bei Telefónica.¹⁸³
- (202) Die Dichte des Kabelnetzes ist nicht nur erheblich geringer als die Abdeckung des ADSL-Netzes. Außerdem sind die Kabelnetze jeweils begrenzt und überschneiden einander nicht;¹⁸⁴ daher müssten alternative Marktteilnehmer vertragliche Vereinbarungen mit mehreren Kabelbetreibern schließen, um tatsächlich etwa 40 % der Bevölkerung zu versorgen.
- (203) Die räumliche Abdeckung der spanischen Kabelbetreiber stellt also ein beträchtliches Hindernis für die Nachfragesubstitution zwischen Großkundenzugängen auf Kabelmodem- und auf ADSL-Basis dar. Besonders entscheidend ist dies für alternative Betreiber, die in dünn besiedelten Gebieten auf ein landesweites ADSL-Großkundenprodukt angewiesen sind, weil Kabelbetreiber ihre Netze in diese Gebiete nicht ausgebaut haben.

¹⁸² CMT-Jahresbericht 2005, Seite 285.

¹⁸³ Siehe CMT-Jahresbericht 2005, Seite 101.

¹⁸⁴ ONO ist in Comunidad Valenciana, Cantabria, Mallorca, Albacete, Murcia, Huelva, Castilla-Léon und Cádiz tätig. Auna ist in Madrid, Cataluña, Andalucía (mit Ausnahme von Huelva und Cádiz), Canarias, Alicante, Aragón, Navarra und La Rioja tätig. R Cable operiert in Galicia. Euskaltel ist in País Vasco tätig. Telecable Asturias operiert in Asturias.

- (204) Technisch können Kabelnetzbetreiber zwar Dritten einen den Großkundendiensten von Telefónica vergleichbaren Breitbanddienst für Großkunden anbieten (wenngleich mit beschränkter Abdeckung); tatsächlich stehen dieser Möglichkeit aber verschiedene praktische und wirtschaftliche Probleme entgegen. Die Bereitstellung von Diensten für Dritte setzt Investitionen im Vorfeld voraus (z.B. die Einrichtung von Router- und Vermittlungsanlagen sowie die Bereitstellung von Kollokationsraum mit einer belastbaren Stromversorgung und eine angemessene Klimatisierung). Andere praktische Erwägungen betreffen Kompatibilitätssignale des zusätzlichen Verkehrs, die Standardisierung der für die Set-Top-Box verwendeten Modulationstechnik und die Einbindung in das Abrechnungssystem. Diese Punkte können zwar jeweils für sich gelöst werden; zusammen erfordern sie jedoch einen beträchtlichen Zeit- und Kostenaufwand (wegen der verlorenen Kosten). Daher ist fraglich, ob die Entwicklung eines entsprechenden Großkundenangebots rentabel wäre. In diesem Sinne hat sogar der größte spanische Kabelbetreiber (ONO) argumentiert.¹⁸⁵ Diesbezüglich ist die spanische Regulierungsbehörde CMT der Ansicht, dass für Kabelbetreiber selbst künftig keine wirtschaftlichen Anreize gegeben sind, Dritten Großkundenzugänge anzubieten:

„[N]o se considera que los operadores de cable tengan los suficientes incentivos económicos para ofrecer los recursos a terceros operadores que supondrán una competencia con sus propios servicios en el mercado minorista. En este sentido, cabe resaltar que estos operadores no han ofrecido, ni lo están haciendo ahora, ningún servicio mayorista de acceso de banda ancha a terceros operadores. [...] Por otra parte, los movimientos en los precios mayoristas que se han sucedido en España tampoco han provocado la entrada de estos operadores, con lo que no puede esperarse su entrada hasta el próximo proceso de revisión.“¹⁸⁶

[Übersetzung ins Deutsche: "Es ist nicht davon auszugehen, dass die Kabelbetreiber hinreichende wirtschaftliche Anreize haben, um anderen Anbietern, die mit ihren eigenen Diensten auf dem Endkundenmarkt konkurrieren würden, Ressourcen anzubieten. In dieser Hinsicht ist hervorzuheben, dass diese Betreiber anderen Betreibern weder irgendeinen Breitband-Großkundenzugangsdienst angeboten haben noch derzeit anbieten. [...] Auf der anderen Seite haben die Bewegungen der Großkundenpreise, die in Spanien stattgefunden haben, den Marktzutritt dieser Betreiber ebenso wenig angeregt, daher ist nicht zu erwarten, dass sie bis zum nächsten Marktberichtsverfahren in den Markt eintreten werden."]

¹⁸⁵ CMT-Entscheidung AEM2005/1454 vom 1.6.06: „ONO desea destacar que en la actualidad la prestación de un servicio mayorista de acceso de banda ancha por parte de los operadores de cable es inviable desde el punto de vista técnico-económico tal como se expone en los documentos 1 y 2 que aporta en su contestación. [...] ONO adjunta a sus alegaciones la siguiente documentación: Documento 1: Respuesta del Grupo Auna a „ERG's public consultation on wholesale broadband acces via cable“; Documento 2: „Report on the Technical Validity of Bit-stream Access to Cable Networks for Applying ex-ante Regulation.“ Febrero 2005. Elaborado por la „European Cable Communications Association“ de la cual ONO es miembro.“

¹⁸⁶ CMT-Entscheidung AEM2005/1454 vom 1.6.06

- (205) Die Kommission hält Großkundenangebote auf ADSL- und auf Kabelmodembasis demnach für nicht substituierbar. Daher werden Kabelmodem-Anschlüsse nicht zu den relevanten Großkundenmärkten gerechnet.
- (206) Die vorstehenden Erwägungen bezüglich der fehlenden Substituierbarkeit zwischen Zugangsangeboten auf ADSL-Basis für Großkunden und Breitbandzugängen auf Kabelmodem-Basis sind auf die übrigen genannten Technologien für Breitbandzugänge übertragbar, bei denen die Abdeckung noch geringer ist als bei der Kabelmodem-Technologie. Der Aufbau dieser Netze ist mit hohen Kosten verbunden, und ihr Umfang ist bisher gering, was durch die Tatsache belegt wird, dass die Anzahl der versorgten Endkunden im Jahr 2006 in Spanien weniger als 0,1 % der Breitbandanschlüsse ausmachte.¹⁸⁷
- (207) Wie im Folgenden näher erläutert wird, haben diese Technologien unabhängig von der Einbeziehung alternativer Technologien (u.a. der Kabelmodem-Technologie) auf den Großkundenmärkten keinen Wettbewerbsdruck für das Bestreben von Telefónica dargestellt, seine Marktmacht auf den Großkundenmärkten auf den Endkundenmarkt zu übertragen.

3.4 Schlussfolgerung

- (208) In dieser Entscheidung wurden zwei relevante Großkundenmärkte bestimmt: Der Markt für Großkunden-Breitbandzugänge, auf dem Verkehr auf regionaler Ebene übertragen wird, und der Markt für Großkunden-Breitbandzugänge, auf dem der Verkehr an einem einzigen landesweiten Übergabepunkt übertragen wird. Großkundenzugangsdienste auf Kabelmodem-Basis (sowie alle sonstigen ADSL-unabhängigen Technologien) werden keinem der beiden Märkte zugerechnet.

B. Der räumlich relevante Markt

- (209) Der räumlich relevante Markt sowohl auf Endkunden- als auch auf Großkundenebene ist der spanische Markt;¹⁸⁸ dies hat auch die CMT bei verschiedenen Gelegenheiten festgestellt.¹⁸⁹ In der *Erwiderung* hat Telefónica dieser Definition des räumliche relevanten Marktes nicht widersprochen.

¹⁸⁷ Siehe oben Tabelle 1.

¹⁸⁸ Diese Definition des räumlichen Marktes deckt sich mit der Definition, die die CMT in ihren Entscheidungen bezüglich des spanischen Breitbandmarktes für Endkunden und für Großkunden zugrunde gelegt hat.

¹⁸⁹ Siehe Entscheidungen der CMT OM 2001/5678 vom 19.9.02, AEM 2003/1095 vom 18.12.03, AEM 2003/1632 vom 24.6.04, AEM/2003/314 vom 22.7.04, AEM 2004/1264 vom 28.7.04.

- (210) In der Rechtsprechung wird als räumlich relevanter Markt ein Gebiet bezeichnet, in dem die betreffenden Unternehmen unter der Wirkung von Angebot und Nachfrage nach den relevanten Produkten oder Dienstleistungen tätig sind, in dem die Wettbewerbsbedingungen ähnlich gelagert oder hinreichend homogen sind und das gegenüber benachbarten Gebieten abgegrenzt werden kann, in denen eindeutig andere Wettbewerbsbedingungen vorherrschen.¹⁹⁰ Die Definition des räumlichen Marktes setzt also nicht voraus, dass die Wettbewerbsbedingungen zwischen den Anbietern von Produkten oder Dienstleistungen in jeder Hinsicht homogen sind. Vielmehr ist hinreichend, wenn die Bedingungen ähnlich oder hinreichend homogen sind; daher können nur die Gebiete, in denen die Wettbewerbsbedingungen „heterogen“ sind, nicht als einheitlicher Markt betrachtet werden.¹⁹¹
- (211) Im Bereich der elektronischen Kommunikation wurde der Umfang des räumlich relevanten Marktes immer anhand von zwei Hauptkriterien¹⁹² bestimmt. Diese beiden Hauptkriterien waren das vom Netz abgedeckte Gebiet und das Bestehen von Rechtsvorschriften oder sonstigen Regulierungsinstrumenten. In dieser Sache erstreckt sich das flächendeckende Netz von Telefónica auf das gesamte Landesgebiet, und die für Telefónica bestehenden Regulierungsaufgaben (Verpflichtung zur Bereitstellung von Großkundenzugängen) sind für das gesamte Land (d.h. im gesamten spanischen Territorium einheitlich) maßgeblich.
- (212) Im Folgenden werden in diesem Abschnitt die Wettbewerbsbedingungen auf den verschiedenen Elementen der Wertschöpfungskette untersucht.
- (213) Auf Endkundenebene konkurriert Telefónica mit (i) Kabelbetreibern, bei denen sich das Gebiet, in dem diese ihrer Geschäftstätigkeit nachgehen, auf bestimmte Regionen beschränkt, und (ii) alternativen ADSL-Betreibern, die ihre Angebote auf der Grundlage von Großkundenangeboten entwickeln, die ihnen einen Zugang zur flächendeckenden Ortsanschlussnetzinfrastruktur von Telefónica ermöglichen.

¹⁹⁰ *United Brands/Kommission*, Slg. 1978, 207, Randnummer 44 – *Michelin/Kommission*, Slg. 1983, 3461, Randnummer 26, *Asatel/Novasam*, Slg. 1988, 5987, Randnummer 15.

¹⁹¹ *Deutsche Bahn/Kommission*, Slg. 1997, II-1689, Randnummer 92. Rechtssache T-139/98 *AAMS/Kommission*, Slg. 2001, 0000-II, Randnummer 39.

¹⁹² Siehe z.B. Rechtssache IV/M.1025 *Mannesmann/Olivetti/Infostrada*, Randnummer 17 – Rechtssache COMP/JV.23 *Telefónica Portugal Telecom/Médi Telecom*, Randnummer 18.

- (214) Telefónica entwickelt und bewirbt Breitbandzugänge für den Endkunden-Massenmarkt auf nationaler Ebene und berechnet im gesamten Gebiet einheitliche Preise. Die landesweit gültigen Tarife wurden nach eigenem betrieblichem Ermessen festgesetzt. Die einheitliche Preisgestaltung durch Telefónica bedeutet, dass sich jegliche Reaktion von Telefónica auf einen Wettbewerb bei Breitbandzugängen in einem bestimmten Gebiet in Gestalt niedrigerer Preise in ganz Spanien auswirken würde. Daher orientieren konkurrierende ISP (unabhängig von der räumlichen Ausdehnung und vom Umfang ihrer Geschäftstätigkeit) ihre Preise an den landesweit gültigen Preisen von Telefónica. Alternative ISP müssen ihre Angebote also so gestalten, dass sie hinsichtlich des Preises mit den Angeboten von Telefónica vergleichbar oder noch günstiger sind. Trotz einiger unterhalb der nationalen Ebene bestehender „regionalisierender“ Faktoren auf der Angebotsseite (d.h. dass Telefónica als Betreiber mit landesweiter Abdeckung mit anderen Betreibern mit beschränkterer Abdeckung konkurriert) schaffen die kommerziellen Anreize für die Bereitstellung dieses Dienstes eine Umgebung, in der die Wettbewerbsbedingungen landesweit homogen sind. Da auch die schrittweise Entwicklung regional differenzierter Angebote alternativer Betreiber seit September 2004 (siehe Tabelle 6 und Tabelle 7) Telefónica nicht bewegt hat, die Endkundenpreise in Spanien zu differenzieren, wurden einheitliche Bedingungen aufrechterhalten.
- (215) Auch auf Großkundenebene bestehen keine Unterschiede zwischen den monatlichen Gebühren der verschiedenen Breitband-Zugangsprodukte, die Telefónica für Großkunden anbietet. Unabhängig davon, ob eine Regulierung erfolgt, werden die Großkundenprodukte von Telefónica in ganz Spanien zu gleichen Bedingungen angeboten.
- (216) Telefónica ist der einzige Anbieter des regionalen Großkundenprodukts „GigADSL“ und entscheidet daher weitgehend über die Wettbewerbsbedingungen auf diesen Märkten. Dies wird durch die Regulierung nicht verhindert; tatsächlich hat die Regulierung bislang weiter dazu beigetragen die Wettbewerbsbedingungen für diese Angebote im gesamten Land zu vereinheitlichen.
- (217) Anders gestaltet sich die Lage auf dem nationalen Großkundenmarkt, wo insbesondere in bestimmten Gebieten konkurrierende Produkte neben den Telefónica-Produkten angeboten werden. Bei der Bewertung des räumlichen Umfangs dieses Marktes sind zwei Zeiträume zu unterscheiden: Bis Ende 2002 bestand praktisch kein Wettbewerb auf dem nationalen Großkundenmarkt. Telefónica sah sich in ganz Spanien homogenen Wettbewerbsbedingungen ausgesetzt.
- (218) Seit 2003 hat sich an einigen der 109 Zusammenschaltungspunkte des regionalen Großkundenprodukts, über die alternative Betreiber einen indirekten Zugang herstellen, ein gewisser Wettbewerb entwickelt (in dicht besiedelten Ballungsräumen). Diese auf dem nationalen Großkundenmarkt konkurrierenden alternativen Betreiber gehen mit ihren Angeboten von den regionalen Telefónica-Angeboten für Großkunden und/oder von Telefónica-Angeboten für entbündelte Teilnehmeranschlüsse aus, die wie oben dargestellt in ganz Spanien zu einheitlichen Bedingungen bereitgestellt wurden und weiterhin bereitgestellt werden.
- (219) Angesichts des soeben Gesagten umfasst der relevante geographische Markt sowohl auf der Endkunden- wie auch auf der Großkundenebene das Gebiet von Spanien.

C. Die beherrschende Stellung von Telefónica

- (220) Der Gerichtshof hat eine beherrschende Stellung definiert als „die wirtschaftliche Machtstellung eines Unternehmens [...], die dieses in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und schließlich den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten“.¹⁹³
- (221) Wenn ein Unternehmen eine beherrschende Stellung innehat, bedeutet dies nicht zwangsläufig, dass kein Wettbewerbsdruck besteht. Die beherrschende Stellung versetzt das Unternehmen in die Lage, „die Bedingungen, unter denen sich dieser Wettbewerb entwickeln kann, zu bestimmen oder wenigstens merklich zu beeinflussen, jedenfalls aber weitgehend in ihrem Verhalten hierauf keine Rücksicht nehmen zu müssen, ohne dass ihr dies zum Schaden gereichte.“¹⁹⁴
- (222) Im Folgenden wird die Marktmacht von Telefónica auf den oben definierten relevanten Märkten untersucht.

1 Beherrschende Stellung auf dem regionalen Großkundenmarkt

- (223) Telefónica ist in Spanien seit 1999 der einzige Anbieter regionaler Großkundenzugänge. Entsprechend liegt der Marktanteil bei 100 %. Die Bezieher des regionalen Großkundenangebots dürften daher kaum eine hinreichende Nachfragemacht besitzen, um die Marktmacht zu schwächen. Die Kunden von Telefónica können eine Nachfragemacht nur dann ausüben, wenn sie die glaubwürdige Drohung vermitteln können, dass sie zu einem konkurrierenden regionalen Großkundenprodukt wechseln würden; da dieses Produkt zurzeit aber nicht verfügbar ist, hat Telefónica ein De-facto-Monopol auf dem relevanten Markt inne.
- (224) Der potenzielle Zugang zu diesem Markt ist durch beträchtliche strukturelle Hindernisse gekennzeichnet. Um ein dem Telefónica-Produkt vergleichbares regionales Großkundenprodukt anbieten zu können, müssen alternative Betreiber entweder eine völlig neue Ortsanschlussinfrastruktur aufbauen (was aber, wie oben dargestellt, nicht rentabel und in absehbarer Zukunft sehr unwahrscheinlich wäre) oder die entbündelten Teilnehmeranschlüsse aufgrund vertraglicher Vereinbarungen von Telefónica beziehen.

¹⁹³ Rechtssache C-27/76 *United Brands u.a./Kommission*, Slg. 1978, 207, Randnummer 65.

¹⁹⁴ Rechtssache 85/76 *Hoffmann-La Roche/Kommission*, Slg. 1979, 461, Randnummer 39.

- (225) Neuen Betreibern, die Großkunden-Breitbandzugangsdienste auf der Basis entbundelter Teilnehmeranschlüsse von Telefónica anbieten möchten, entstehen erhebliche verlorene Kosten¹⁹⁵ (Investitionen für die erforderlichen Netzkomponenten und die nötige Ausrüstung für die Übertragung von Breitbandverkehr (z.B. DSLAMs) und für den Aufbau eines dem Telefónica-Netz vergleichbaren landesweiten Netzes). Je größer die Zahl der Ortsvermittlungen, zu denen die Betreiber eine Verbindung herstellen (und entsprechend je größer die Abdeckung), desto umfangreicher werden die erforderlichen Investitionen (siehe die im vorstehenden Abschnitt V.A.3.1 genannten Kostenschätzungen alternativer Betreiber). Der Aufbau der Netzstruktur ist zwar nicht sehr kostenintensiv, erfordert aber einen hohen Zeitaufwand.
- (226) Die genannten Kosten, die Wettbewerbern entstehen würden, stellen ein erhebliches Hindernis für den Marktzugang dar und haben zur Folge, dass Wettbewerber nicht auf Augenhöhe mit Telefónica konkurrieren können. Telefónica hat nicht nur das eigene Ortsanschlussnetz schrittweise aufbauen, die Kosten amortisieren und die Breitbandfähigkeit nachrüsten können, sondern konnte auch von beträchtlichen Größenvorteilen in einem Umfang profitieren, der für alternative Betreiber nicht gegeben ist. Insbesondere bestehen erhebliche Größenvorteile sowohl hinsichtlich der DSLAM- als auch der ATM-Netzkomponenten, die für den Großkundenzugang auf regionaler Ebene benötigt werden. Diese Größenvorteile beruhen auf der grundsätzlichen Qualität der Investitionen in DSLAM- und ATM-Netzkomponenten. Je größer die Anzahl der Endkunden auf Zusammenschaltungsebene, desto geringer sind die Kosten pro Anschluss. Ein alternativer Betreiber, der auf den relevanten Markt gelangen und wirksam mit Telefónica konkurrieren möchte, muss eine erhebliche Anzahl an Breitbandkunden gewinnen, um von Netzeffekten profitieren und die Kosten pro Anschluss so gering zu halten und die vorhandenen Einrichtungen so effizient nutzen zu können wie Telefónica.
- (227) Unabhängig davon, ob ein alternativer Betreiber sein eigenes Netz aufgebaut hat, kann er zudem nachgelagerte Dienste in dem über den jeweiligen HVT versorgten Gebiet erst dann anbieten, wenn tatsächlich sämtliche Dienste in Verbindung mit der Entbündelung der Teilnehmeranschlüsse (Kollokation, interne Verbindung und Signaltransfer) erbracht wurden. Obwohl Telefónica gemäß einer Auflage der Regulierungsbehörde verpflichtet ist, Zugang zum eigenen Ortsanschlussnetz zu gewähren, haben beträchtliche Hindernisse bestanden und sind erhebliche Verzögerungen bei der Bereitstellung der entsprechenden Dienste aufgetreten (siehe Abschnitt IV.F); daher kann die Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen kaum als ein Dienst betrachtet werden, der während des in dieser Entscheidung berücksichtigten Zeitraums tatsächlich verfügbar gewesen wäre.

¹⁹⁵ Siehe oben Abschnitt V.A.3.1.

- (228) Die Notwendigkeit der Gewinnung einer hinreichenden Anzahl an Breitbandkunden stellt ein weiteres Hindernis für den Marktzugang von Marktteilnehmern dar, die in die Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen investieren und damit auf dem regionalen Großkundenmarkt einen Wettbewerbsdruck für Telefónica herstellen könnten. (Neuen Marktteilnehmern würden beim Ausbau ihrer Ortsanschlussnetze nämlich höhere Kosten pro Anschluss entstehen als Telefónica.) Aus der folgenden Abbildung ist die Anzahl der Endkunden ersichtlich, die Ende 2004 über Vermittlungen versorgt wurden, über die alternative Betreiber ihre Dienste anboten. Die beschränkte Anzahl dieser Kunden ist Ausdruck der Tatsache, dass alternativen Betreibern wegen der erheblichen Festkosten bei der Bereitstellung von Breitbanddiensten auf der Grundlage entbundelter Teilnehmeranschlüsse auf Endkunden- oder Großkundenebene weiterhin höhere Kosten pro Anschluss als Telefónica entstehen.

Abbildung 9 – Anzahl der ADSL-Endkunden pro Vermittlung und Betreiber seit November 2004¹⁹⁶

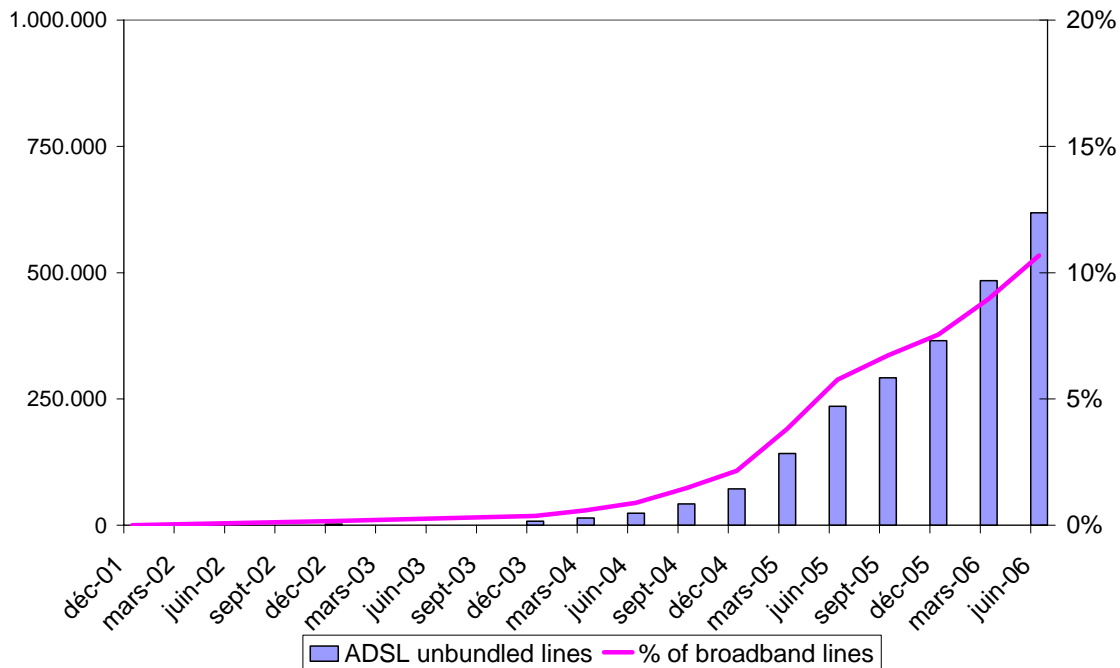
[...]

- (229) Dies legt die Vermutung nahe, dass alternative Betreiber, die in die Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen investieren (und die bislang noch kein regionales Großkundenangebot auf den Markt gebracht haben, das mit dem Angebot von Telefónica hätte konkurrieren können), mittelfristig keinen erheblichen Einfluss auf den Wettbewerb auf dem regionalen Großkundenmarkt haben, und ein etwaiger Einfluss wird sich nie auf landesweiter Ebene bemerkbar machen. Die Telefónica-Tochter im Vereinigten Königreich ist zu derselben Schlussfolgerung auch hinsichtlich der Auswirkungen der Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen auf dem britischen Breitbandmarkt gelangt:¹⁹⁷ „Die Versuche des OFCOM, durch die Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen den Wettbewerb bei den vorgelagerten Einrichtungen zu verstärken, sind zwar willkommen; die Auswirkungen werden sich aber nicht unmittelbar bemerkbar machen und landesweit niemals spürbar sein. Ein uneingeschränkter Wettbewerb auf landesweiter Ebene ist im Bereich der Festnetz-Breitbandverbindungen vermutlich nur mit DataStream [dem GigADSL-Pendant von British Telecom im Vereinigten Königreich] zu erwarten.“
- (230) Angesichts dieser Erwägungen ist der potentielle Wettbewerb durch Betreiber, die in die Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen investiert haben, in dem untersuchten Zeitraum gering geblieben. Dies wird durch die folgende Abbildung belegt.

¹⁹⁶ Anzahl der entbündelten Anschlüsse geteilt durch die Anzahl der Ortsvermittlung, an denen der alternative Betreiber physisch präsent ist. Siehe Anhang 4 des Schreibens von Telefónica vom 28.7.06, Seite TFCA-5661 bis TFCA-5826 der Akte.

¹⁹⁷ Siehe Antwort von Telefónica UK in der OFCOM-Anhörung zum Entwurf einer Anweisung betreffend die Festsetzung der Spanne zwischen den Preisen für IPStream- und ATM-Verbindungen – 2.7.04 – Seite 1 (siehe Seite TFCA-3769 der Akte).

Abbildung 10 – Entwicklung der Anzahl an entbündelten Teilnehmeranschlüssen in Spanien¹⁹⁸



[Legende:

ADSL entbündelte Anschlüsse

% Breitbandanschlüsse]

(231) Aus dieser Abbildung ist ersichtlich, dass die Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen bis Ende 2004 weiterhin beinahe nicht vorhanden war. Obwohl es Belege dafür gibt, dass alternative Betreiber die "Investitionsleiter" nach oben gestiegen sind (und anstelle des landesweiten Großkundenangebots im Jahre 2003 das regionale Großkundenangebot bezogen und in der zweiten Hälfte des Jahres 2004 in die Entbündelung der Teilnehmeranschlüsse investiert haben), sind diese Betreiber seit dieser Zeit auf Telefónicas Ortszugangnetz angewiesen geblieben.

(232) Angesichts der beschriebenen Sachlage ist festzustellen, dass Telefónica auf dem regionalen Großkundenmarkt eine beherrschende Stellung innehat.

2 Beherrschende Stellung auf dem landesweiten Großkundenmarkt

(233) Wie bereits beschrieben, besteht der landesweite Großkundenmarkt aus Produkten von Betreibern, die ihrerseits einen zugrunde liegenden Dienst auf dem regionalen Großkunden-Breitbandmarkt (GigADSL) und/oder auf dem Großkundenmarkt für Ortsanschlussnetzzugänge (Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen) beziehen, diesen Dienst dann erweitern und an ISP verkaufen, die wiederum Dienste auf dem Endkunden-Breitbandmarkt anbieten.

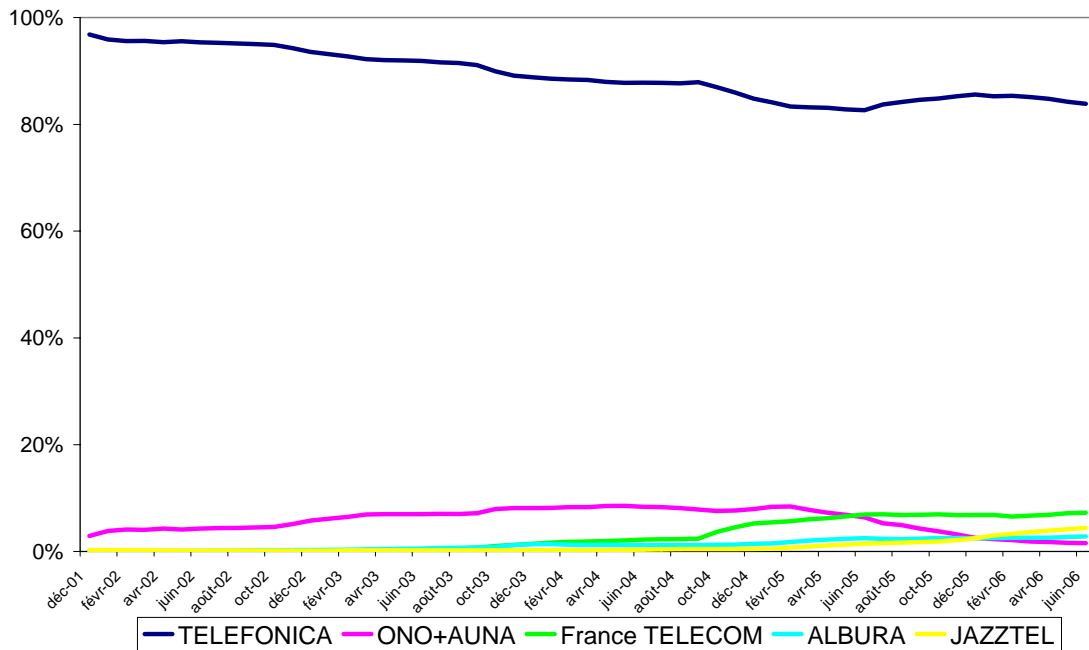
¹⁹⁸ Siehe Tabelle 60 in Anhang A.

- (234) Wegen der geringen Anzahl an Verträgen über die Nutzung entbundelter Teilnehmeranschlüsse und des geringen Bezuges des regionalen Großkundenzugangs bestanden bis zum letzten Quartal 2002 keine wirklichen Alternativen zu den von Telefónica landesweit angebotenen Großkundenprodukten (siehe vorstehende Randnummern (92) bis (95).
- (235) Der Marktzugang der betreffenden Anbieter hat jedoch die beherrschende Stellung von Telefónica nicht geschwächt: Der Marktanteil von Telefónica lag während des gesamten in der Untersuchung berücksichtigten Zeitraums konstant über 84 %. Nach Ansicht des Gerichtshofs können sehr große Marktanteile (über 50 %) als starkes Anzeichen für eine beherrschende Stellung zu verstehen sein.¹⁹⁹
- (236) Die relativen Marktanteile und die Beziehung zwischen den Marktanteilen des betroffenen Unternehmens und seinen Wettbewerbern (besonders der nächstgrößeren Wettbewerber) werden vom Gerichtshof als relevante Faktoren für die Feststellung des Vorliegens einer beherrschenden Stellung betrachtet.²⁰⁰ Seit 2001 war der Anteil von Telefónica mehr als 11-mal so groß wie der Anteil des größten Wettbewerbers (bis Juni 2005 Auna und seit Juni 2005 France Telecom).

¹⁹⁹ Siehe Urteile des Gerichtshofs in der Rechtssache C-62/86 *Akzo/Kommission*, Slg. 1991, I-3359, Randnummer 60; Rechtssache T-228/97, *Irish Sugar/Kommission*, Slg. 1999, II-2969, Randnummer 70, Rechtssache 85/76 *Hoffmann-La Roche/Kommission*, Slg. 1979, 461, Randnummer 41, und Urteile des Gerichts erster Instanz in der Rechtssache T-30/89 *Hilti/Kommission*, Slg. 1991, II-1439, Randnummer 91; Rechtssache T-83/91 *Tetra Pak/Kommission*, Slg. 1994, II-755, Randnummer 109.

²⁰⁰ *Hoffmann-La Roche*, Randnummer 48.

Abbildung 11 – Anteil auf dem landesweiten Großkundenmarkt (gemessen an der Anzahl der Breitbandanschlüsse einschließlich der selbst bereitgestellten Anschlüsse)²⁰¹



- (237) Die beherrschende Stellung von Telefónica ergibt sich auch aus den besonderen Merkmalen der angebotenen Netzdienste (Größen- und Verbundvorteile und vertikale Integration). Wie bereits dargestellt, profitiert Telefónica von Größen- und Verbundvorteilen in einem Umfang, der für alternative Betreiber auf dem regionalen Großkundenmarkt nicht gegeben ist. Ähnliche Größenvorteile bestehen auf dem landesweiten Großkundenmarkt wegen der hohen Festkosten/verlorenen Kosten in Verbindung mit dem Aufbau und der Unterhaltung eines IP-Netzes. Bei Telefónica können sich diese Kosten über die hohen Verkehrsvolumina des großen Kundenstamms (sowohl auf diesem Handelsmarkt als auch auf der direkt versorgten Endkundenebene) amortisieren; damit ergeben sich niedrigere Anschlusskosten für IP-Übertragungen als bei neuen Betreibern mit geringem Verkehrsaufkommen.

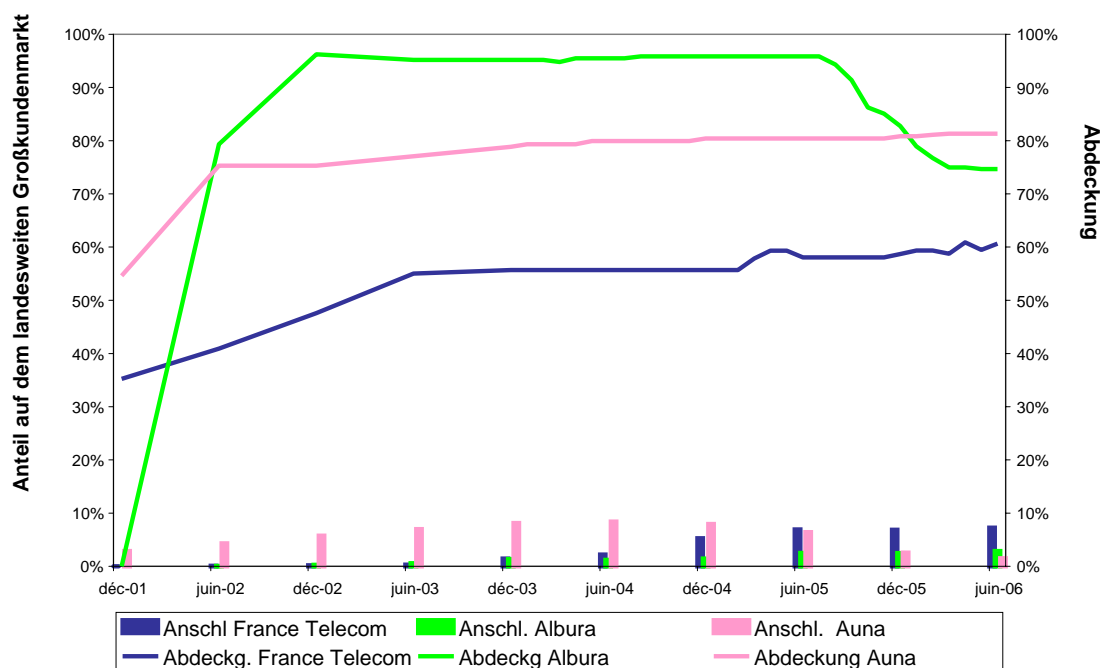
²⁰¹ Alternative Betreiber: Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen + regionale Großkundenanschlüsse, die von Telefónica bezogen werden.

Telefónica: Endkundenanschlüsse von TESAU + landesweite Großkundenanschlüsse (inklusive die interne Bereitstellung für TERRA und TDATA).

Quellen: Anhang 1 und 2 des Schreibens von Telefónica vom 28.7.06 (Seite TFCA-4653 bis TFCA-4661 der Akte) für das Großkundenvolumen und *ADSL-Scorecard* (siehe unten Fußnote 793) für das Endkundenvolumen von TESAU.

(238) Bei der Entscheidung für einen indirekten Zugangspunkt (point of indirect access „PAI“) muss jeder alternative Marktteilnehmer den voraussichtlichen Umfang des Verkehrs am betreffenden indirekten Zugangspunkt einschätzen. Aus der folgenden Abbildung gehen die Prozentanteile sämtlicher über die jeweiligen indirekten Zugangspunkte versorgten Anschlüsse (Abdeckung) hervor, bis zu denen die alternativen Marktteilnehmer ihre Netze ausgebaut haben. Außerdem werden die entsprechenden Anteile auf den jeweiligen relevanten Märkten (einschließlich der direkt versorgten Anschlüsse) angegeben.

Abbildung 12 – Abdeckung und Anteil der großen alternativen Netzbetreiber auf dem landesweiten Großkundenmarkt (einschließlich direkt versorgter Großkunden)²⁰²



²⁰² Anteile: siehe oben Abbildung 11.

Abdeckung: Demarkationen, in denen jeder alternative Betreiber zumindest einen GigADSL-Anschluss von Telefónica bezieht. Siehe Anhang 3 des Schreibens von Telefónica vom 28.7.06.

- (239) Die bloße Präsenz von Betreibern an den verschiedenen indirekten Zugangspunkten und entsprechende konkurrierende landesweite Angebote für Großkundenzugänge schwächen die beherrschende Stellung von Telefónica insoweit nicht an sich, als sich diese beherrschende Stellung auf andere Faktoren gründet wie z.B. auf Größenvorteile. Wie aus der Abbildung hervorgeht, hat ein Betreiber (Albura) eine Abdeckung von annähernd 100 % erreicht. (An elf der 109 indirekten Zugangspunkte war dieser Betreiber nie tätig.) Der Anteil dieses Betreibers lag jedoch im gesamten in der Untersuchung berücksichtigten Zeitraum nie über 3 %. Entsprechend verteilen sich die Kosten für Ausbau und Unterhaltung des Netzes auf einen kleineren Kundenstamm als bei Telefónica; dies ist einer der Gründe dafür, dass sich Albura aus 55 indirekten Zugangspunkten zurückziehen musste.²⁰³ Ein anderer Betreiber (Auna) konnte sein Großkundenangebot mit einer Abdeckung von 80 % einführen; auch bei diesem Betreiber lag der Marktanteil jedoch nie über 8 % und sank im Juni 2006 sogar auf nur noch 2 %.
- (240) Die beherrschende Stellung von Telefónica auf dem landesweiten Großkundenmarkt wird durch die Fähigkeit, in erheblichem Umfang auf die gesamte Verfügbarkeit konkurrierender Großkundenprodukte Einfluss zu nehmen, noch verstärkt. Da alle verfügbaren Großkunden-Breitbandzugänge auf den Ortsanschlüssen von Telefónica beruhen, bauen auch alle konkurrierenden Großkundenprodukte zwangsläufig auf einem der Großkundenprodukte von Telefónica (entbündelte Teilnehmeranschlüsse oder regionale Großkundenzugänge) auf; maßgeblich für diese Produkte sind nicht nur die tatsächliche Verfügbarkeit entbundelter Teilnehmeranschlüsse und/oder regionaler Großkundenzugänge, sondern auch wirtschaftliche Aspekte (insbesondere das Bestehen einer Kosten-Preis-Schere auf dem Endkundenmarkt).

²⁰³ Siehe Schreiben von Albura an Uni2 vom 3.2.05 (Anhang 1 des Schreibens von Uni2 an die Kommission vom 7.4.05) (siehe Seite ISP-407 der Akte).

- (241) Die bloße Existenz eines alternativen Großkundenprodukts bedeutet nicht unbedingt, dass dieses Produkt alternativen ISP nachhaltige Angebote zu den Endkundenpreisen von Telefónica im gesamten Gebiet ermöglichen würde. Beispiele für ein landesweit angebotenes Großkundenprodukt von Telefónica sind etwa N_1 und das sehr ähnlich gestaltete Substitut N_2 , das ein alternativer Betreiber auf der Grundlage eines regionalen Großkundenzugangs anbietet. Wenn der regionale Großkundenzugang von Telefónica nicht bereitgestellt wird (unerheblich davon, ob dies durch objektiv nachvollziehbare Gründe gerechtfertigt sein könnte), kann der alternative ISP auch N_2 nicht anbieten. Dieser Tatsache kommt im Zusammenhang mit dieser Entscheidung besondere Bedeutung zu, da die Nichtverfügbarkeit der Dienste in Verbindung mit der Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen die Möglichkeiten alternativer Betreiber eingeschränkt, auf dem landesweiten Großkundenmarkt für entbündelte Teilnehmeranschlüsse mit Telefónica zu konkurrieren. Wenn eine Kosten-Preis-Schere bei dem regionalen Großkundenprodukt und den Endkundenangeboten von Telefónica besteht, wäre zudem kein alternativer Betreiber mit der gleichen Effizienz wie Telefónica in der Lage, N_2 zu einem rentablen Preis anzubieten, der es dem alternativen ISP ermöglichen würde, Leistungen zu den Endkundenpreisen von Telefónica zu rentablen Bedingungen bereitzustellen. Der Betreiber müsste nämlich (i) eine Gewinnspanne zwischen dem Preis für den von Telefónica bezogenen regionalen Großkundenzugang und dem Preis sicherstellen, zu dem er N_2 dem ISP verkauft, um einen Gewinn zu erwirtschaften; außerdem müsste (ii) eine Gewinnspanne zwischen dem Preis für N_2 und dem Endkundenpreis gewährleistet sein, damit auch Bezieher von N_2 noch rentabel anbieten könnten. Diesem Aspekt kommt in dieser Sache besondere Bedeutung zu, da – wie im Folgenden noch erläutert wird – eine Kosten-Preis-Schere zwischen den Großkundenzugangprodukten auf regionaler und den Endkundenprodukten besteht. Da Telefónica eine aus dem früheren gesetzlichen Monopol übernommene Infrastruktur kontrolliert, die nicht ohne weiteres nachgebildet werden kann, kann Telefónica seine beherrschende Stellung von den nachgeordneten Netzebenen (Teilnehmeranschlüsse und regionales Großkundenangebot) bis zum landesweiten Großkundenmarkt zum eigenen Vorteil nutzen.
- (242) Angesichts dieser Erwägungen ist festzustellen, dass Telefónica auch auf dem landesweiten Großkundenmarkt eine beherrschende Stellung innehat.

3 Marktbeherrschung auf dem Endkundenmarkt

- (243) Die Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte bestätigt eindeutig (siehe unten Abschnitt VI.A), dass es im Rahmen des Artikel 82 nicht erforderlich ist nachzuweisen, dass Telefónica auf dem relevanten Endkundenmarkt eine beherrschende Stellung hat, um den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung in Form einer Kosten-Preis-Schere festzustellen.

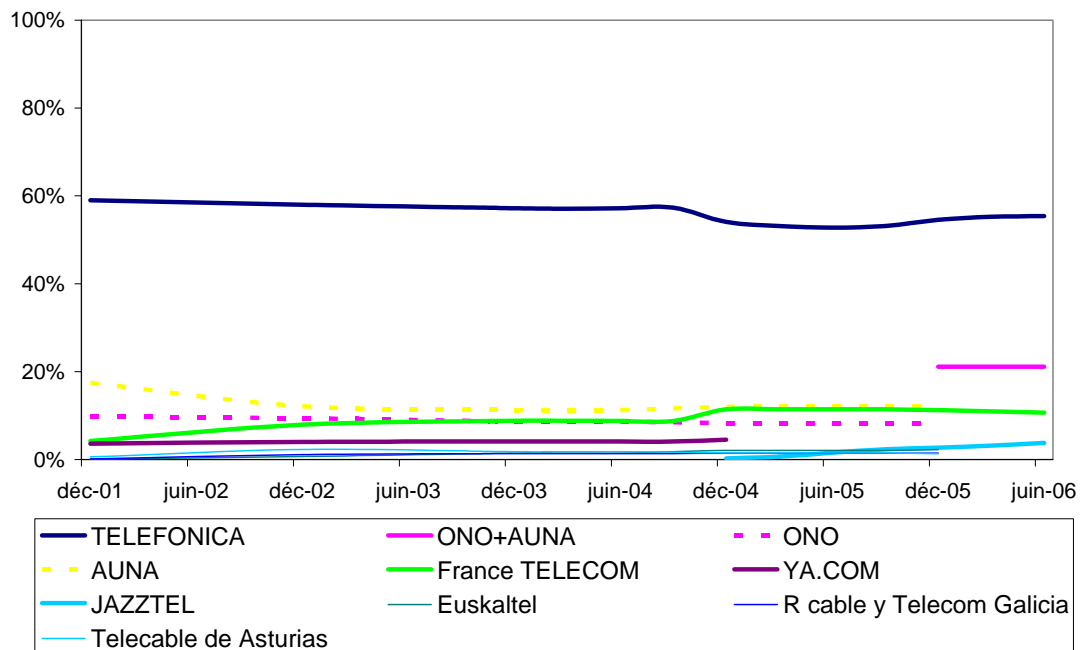
- (244) Gleichwohl hat die Kommission ihre Analyse vervollständigt, indem sie Telefónica beherrschende Stellung auch auf dem Endkundenmarkt angesichts folgender Umstände festgestellt hat: (i) Telefónica hatte auf dem Endkundenmarkt fortlaufend eine solide führende Marktposition inne, die bei weitem die Stellung der Wettbewerber übertraf; (ii) als früheres Monopolunternehmen besitzt Telefónica eine gut eingeführte Marke, einen etablierten Kundenstamm auf anderen Massenmärkten und ein bereits vorhandenes Vertriebsnetz und kann deshalb eine beträchtliche Preismacht auf dem Endkundenmarkt ausüben; (iii) über seine Großkundenprodukte kontrolliert Telefónica die Bedingungen für den Zugang und die Expansion von Wettbewerbern auf dem ADSL-Endkundenmarkt und (iv) Kabelbetreiber – die bei der Bereitstellung von Endkunden-Breitbanddiensten nicht auf die Großkundenprodukte von Telefónica angewiesen sind – haben auf Endkundenebene keine preisdisciplinierende Wirkung auf Telefónica ausgeübt.

3.1 *Telefónica hatte auf dem Endkundenmarkt eine solide führende Position inne, die bei weitem die Stellung der Wettbewerber übertraf*

- (245) Während des gesamten untersuchten Zeitraums war Telefónica ständig der bei weitem größte Anbieter von Diensten auf dem Endkundenmassenmarkt mit einem Marktanteil von etwa 55 % gemessen an der Anzahl der Endnutzer (Maximum: 58 %, Minimum: 52 %) und von über 60 % gemessen an den Einnahmen. Von Juni 2005 bis Juni 2006 ist der Marktanteil sogar noch angestiegen.
- (246) 2001 bis 2004 waren die Einnahmen von Telefónica mehr als 9-mal so hoch wie die Einnahmen des größten Wettbewerbers im ADSL-Bereich (France Telecom) und mehr als 14-mal so hoch wie die Einnahmen von Ya.com. 2005 erzielte Telefónica immer noch 6-mal höhere Einnahmen als France Telecom und 12-mal höhere Einnahmen als Ya.com.²⁰⁴ Der beträchtliche Zuwachs des Marktanteils von France Telecom im Jahre 2003 ist das Ergebnis der Übernahme von eresMas (d.h. Aunas ISP, der einen gleich hohen Marktanteil hatte wie France Telecom) Ende 2002. Und die beträchtliche Erhöhung des Marktanteils von ONO in den Jahren 2005 und 2006 ist auf den Zusammenschluss von Auna und ONO Ende 2005 zurückzuführen.

²⁰⁴ Siehe CMT Entscheidung AEM 2003/1632 vom 24.7.04 (Seite CMT-75 der Akte), CMT Jahresberichte 2003 (Seite 359), 2004 (Seite 396) und 2005 (Seite 365).

Abbildung 13 – Anteile auf dem Endkundenmarkt (gemessen am Kundenstamm)²⁰⁵



(247) Im *Antwortschreiben* argumentierte Telefónica, dass Marktanteile im Rahmen eines wachsenden Marktes kein verlässlicher Hinweis seien.²⁰⁶ Die Kommission geht allerdings davon aus, dass der Endkundenmarkt zum Zeitpunkt des Beginnes des Verstoßes nicht als sich entwickelnder Markt betrachtet werden konnte und dass er jedenfalls bereits über den Anfang der Entwicklungsphase hinaus war (siehe unten Abschnitt VI.H). Tatsächlich zeigte der Endkundenmarkt im fraglichen Zeitraum keinerlei Anzeichen einer Marktinstabilität. Im Gegenteil hatte sich bereits im September 2001 eine recht stabile Rangordnung entwickelt, an deren Spitze Telefónica stand.²⁰⁷

²⁰⁵ Die Größe des relevanten Endkundenmarktes und Telefónicas Endkundenvolumen sind in Tabelle 60 in Anhang A berechnet. Das Volumen der alternativen ISPs ergibt sich aus:

- Juni 2002: CMT Entscheidung OM 2001/5678 of 19.09.2006 (siehe S. 36 der Entscheidung)
- Dezember 2002: Schreiben von Wanadoo vom 24.9.03 (Seite ISP-161 der Akte), Schreiben von Ya.com vom 17.9.03 (Seite ISP-188 der Akte), Schreiben von Jazztel vom 18.9.03 (Seite ISP-90 der Akte); Schreiben von Auna vom 18.9.03 (Seite ISP-30 der Akte), CMT, Consulta pública sobre definición y análisis del Mercado de servicios de acceso y tráfico a redes de datos mediante conexión permanente desde ubicación fija, 11.6.04 (siehe Seite CMT-3999 der Akte)
- Dezember 2003: CMT Jahresbericht 2003 (Seite 360).
- Dezember 2004: CMT Jahresbericht 2004 (Seite 397).
- Dezember 2005: CMT Jahresbericht 2005 (Seite 367).
- Juni 2006 (siehe die Jahresberichte 2006 von France Telecom (Seite 51), Ono (Seite 55) und Jazztel (Seite 6))

²⁰⁶ Siehe Telefónicas *Antwortschreiben*, Seite 51-55.

²⁰⁷ In der Sache *France Telecom* hielt das Gericht Erster Instanz die Entscheidung der Kommission zugunsten einer beherrschenden Stellung von *Wanadoo* auf der Grundlage von, unter anderem, hohen und stabilen Marktanteilen, aufrecht. Siehe Randnummer 108 des Urteils.

- (248) Telefónica war weiterhin der Ansicht, dass der Anteil am Endkundenmarkt aus einer dynamischen Perspektive betrachtet werden sollte,²⁰⁸ indem nicht nur der tatsächliche, sondern auch der potentielle Wettbewerb in der Zukunft zu ermitteln sei. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass Telefónica selbst davon ausging, dass ihr Marktanteil von 2003 bis 2006 um sechs Prozentpunkte (6 %) steigen würde, während der Marktanteil der Kabelbetreiber konstant bleiben und der Marktanteil der ADSL-Wettbewerber um sechs Prozentpunkte (6 %) sinken würde.²⁰⁹ Aus derartigen Belegen ergibt sich, dass Telefónica den potentiellen Wettbewerb für gering hielt.
- (249) Telefónica war weiterhin der Ansicht, dass ihre Marktanteile zurückgegangen seien und unter dem EU-Durchschnitt lägen.²¹⁰ Gemäß der Rechtsprechung des Gerichts Erster Instanz kann ein Rückgang von Marktanteilen, die sehr hoch sind, nicht schon als solcher als Beweis für das Fehlen einer marktbeherrschenden Stellung dienen.²¹¹ Darüber hinaus hat die Kommission in ihrem 11. Implementierungsbericht²¹² festgestellt, dass die Anteile, die Telefónica 2005 hatte, sowohl auf dem Endkundenmarkt als auch im ADSL-Endkundenbereich über dem EU-15- und dem EU-25-Durchschnitt lagen.²¹³ Schließlich war Telefónica auch in der Lage, diese Anteile in den Jahren 2005 und 2006 zu erhöhen.
- (250) Telefónica war weiterhin der Ansicht,²¹⁴ dass folgende Faktoren dazu beitragen, dass Telefónicas Stellung auf dem Markt weniger stark ist: (i) die Tatsache, dass der Endkundenmarkt durch aggressiven Preiswettbewerb gekennzeichnet ist; (ii) die Tatsache, dass es auf dem Markt effektiven Wettbewerb gibt und (iii) die Tatsache, dass es in der Form von Expansionen oder neuen Marktzugängen und in der Form von alternativen Technologien Potential für mehr Wettbewerb gibt. Die Kommission wird im Folgenden auf die Argumente von Telefónica eingehen.

²⁰⁸ Siehe Telefónicas Antwortschreiben, Seite 55.

²⁰⁹ Siehe Telefónicas Strategie für 2005–2008 im Schreiben von Telefónica vom 22.8.06 (Folie 14 – Seite TFCA-9036 der Akte.

²¹⁰ Siehe Telefónicas Antwortschreiben, Seite 58-59, das sich auf den 11. Implementierungsbericht bezieht (siehe unten Fußnote 650).

²¹¹ Siehe diesbezüglich das Urteil des Gerichts Erster Instanz in der Sache T-24/93 bis T-26/93 und T-28/93 *Compagnie maritime belge transports und andere/Kommission*, Slg. 1993, II-1201, Randnummer 77.

²¹² Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Elektronische Kommunikation in Europa – Regulierung und Märkte 2005 (11. Bericht), 20.2.06 ("11. Implementierungsbericht"), verfügbar unter: http://preprod.europa.info.cec.eu.int/information_society/policy/ecom/implementation_enforcement/annualreports/11threport/index_en.htm.

²¹³ Siehe Abbildung 65 in Anhang 2 des 11. Implementierungsberichts.

²¹⁴ Siehe Telefónicas Antwortschreiben, Seite 52 und 59-74.

3.2 *Telefónica besitzt einen großen Spielraum für die Preisgestaltung*

- (251) Als früherer Monopolist hat Telefónica folgende Vorteile: (i) eine starke und bekannte Marke im spanischen Telekommunikationssektor; (ii) eine etablierte starke Geschäftsbeziehung mit den spanischen Endkunden dank des ständigen Quasi-Monopols auf dem Endkundenmarkt für Zugänge im Festtelefonnetz (94 % im Jahre 2001²¹⁵, 89 % im Jahre 2003²¹⁶) und (iii) ein bestehendes Vertriebsnetz, über das Telefónica unmittelbaren Zugang zu den Verbrauchern hat, um auf diesem Wege die angebotenen Endkunden-Breitbandprodukte zu vermarkten. Diese so genannte „*posición como incumbente*“ wurde von TESAU selbst als die größte Stärke des Unternehmens auf dem wachsenden Endkundenmarkt für Breitbandzugänge genannt.²¹⁷
- (252) Der frühzeitige Zugang zum Telekommunikationssektor stellt einen wesentlichen Vorteil für ein Unternehmen dar, das bei seinen Kunden eine ausgeprägte Markenbindung herstellen konnte, indem es nicht unbedingt einen objektiv besseren Dienst als die Wettbewerber anbot, sondern einfach, weil das Unternehmen über viele Jahre auf vielen Massenmärkten im Telekommunikationssektor ein Monopol innehatte.²¹⁸ Neue Marktteilnehmer müssen erheblich größeren Aufwand treiben, um Kunden zu gewinnen, wenn sie den Zeitvorteil und den Bekanntheitsvorsprung des marktbeherrschenden Unternehmens ausgleichen und für ihren Breitbanddienst dieselbe Markenbindung wie beim Standardprodukt des marktbeherrschenden Unternehmens etablieren möchten. Dies war ein Vorteil für das marktbeherrschende Unternehmen und ein Hindernis für neue Marktteilnehmer, bei denen die Kosten für Werbung und verkaufsfördernde Maßnahmen im Allgemeinen höher als beim marktbeherrschenden Unternehmen sind und trotzdem eine geringere Wirkung erzielen.²¹⁹
- (253) Telefónicas Preissetzungsspielraum auf dem Endkundenmarkt zeigt sich daran, dass das marktbeherrschende Unternehmen seinen Marktanteil von 54 % im Dezember 2004 auf 55 % im September 2006 steigern konnte, obwohl die Endkundenpreise 20 bis 25 % höher waren als die Endkundenpreise der Wettbewerber. Telefónica selbst²²⁰ schreibt den Anstieg des Marktanteils dem Erfolg ihrer Strategie zu.

²¹⁵ Siehe CMT Jahresbericht 2001, Seite 78.

²¹⁶ Siehe CMT Jahresbericht 2003, Seite 320.

²¹⁷ Siehe Anhang 11i des Schreibens von Telefónica vom 21.7.06: '*La oportunidad de la banda ancha en la operadoras fijas*', Folien 28-29 (Seiten TFCA-4541 und TFCA-4542 der Akte).

²¹⁸ Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass Telefónica bei der Wahrnehmung des Preis-/Leistungsverhältnisses tatsächlich von dem im Vergleich zu den Wettbewerbern höheren Bekanntheitsgrad bei den Kunden profitiert, und dass dieser Vorteil trotz der gegenüber den Wettbewerbern um 20-25 % höheren Gebühren besteht (gemäß einer im Januar 2006 von der *Unión de Consumidores Españoles* veröffentlichten und vom CEO von TESAU auf der Fünften Investorenkonferenz im November 2006 zitierten Studie).

²¹⁹ William S. Comanor und Thomas A. Wilson, „*Advertising Market Structure and Performance*“, *Review of Economics and Statistics*, Bd. XLIX, November 1967.

²²⁰ Siehe Telefónicas Antwort auf das Sachverhaltsschreiben, Seite 42.

3.3 *Über die Großkundenprodukte kontrolliert Telefónica die Bedingungen des Marktzugangs und der Wachstumsentwicklung im ADSL-Bereich des Endkundenmarktes*

- (254) Im *Antwortschreiben* argumentierte Telefónica,²²¹ dass sich auf dem Endkundenmarkt eine große Anzahl von ADSL-Betreibern befinden, die internationalen Firmengruppen angehören, die in der Lage seien, Telefónicas Wettbewerbsverhalten zu disziplinieren. Laut Telefónica unterliegen ADSL-Anbieter keinerlei Einschränkungen zu expandieren und sind in der Lage, auf der Grundlage der Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen Endkundendienste anzubieten.
- (255) Über die Großkundenprodukte konnte Telefónica die Bedingungen für den Marktzugang und das Wachstum auf dem Endkundenmarkt kontrollieren.
- (256) Tatsächlich ist eine Duplizierung des Ortsanschlussnetzes von Telefónica, das über Jahrzehnte unter dem Schutz von Sonderrechten und finanziert durch Monopoleinkünfte aus der Bereitstellung von Telekommunikationsdiensten aufgebaut wurde, wirtschaftlich gesehen nicht sinnvoll. Daher müssen alternative ADSL-Betreiber eines der verfügbaren Großkundenprodukte nach Maßgabe einer vertraglichen Vereinbarung beziehen. All diese Großkundenprodukte beruhen auf einem der Großkundenprodukte von Telefónica. Ende Dezember 2003 bezogen praktisch alle ADSL-Endkunden in Spanien ([...]%) ein Endkundenprodukt, das auf dem regionalen Großkundenprodukt von Telefónica aufbaute, und all diese Endkunden nutzten ein Produkt, das auf dem Ortsanschlussnetz von Telefónica beruhte.²²² Im Dezember 2004 (bzw. im Juni 2005) bezogen noch immer [...]% (bzw. [...]%) der ADSL-Endkunden in Spanien ein Endkundenprodukt, das auf dem regionalen Großkundenprodukt von Telefónica aufbaute, und all diese Kunden bezogen ein Produkt, das auf dem Ortsanschlussnetz von Telefónica beruhte.²²²
- (257) Die bloße Existenz von Großkundenprodukten bedeutet nicht zwangsläufig, dass dem Marktzugang und Wachstum auf dem Endkundenmarkt nur geringe Hindernisse entgegenstünden. Telefónica war immer in der Lage, die Verfügbarkeit von Großkundenprodukten zu beeinflussen, die Wettbewerber im ADSL-Segment benötigten, um die Endkundenangebote von Telefónica in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nachzubilden.

²²¹ Siehe Telefónicas *Antwortschreiben*, Seite 59-66.

²²² Siehe unten X.A.

- (258) Erstens wurde alternativen ISP während des gesamten Zeitraums der Einführung von Breitbanddiensten in Spanien (d.h. im gesamten Jahr 2001 und in den ersten Monaten des Jahres 2002 – einem Zeitraum, in dem Telefónica auf allen Großkundenmärkten ein Monopol innehatte, das für Telefónica einen beträchtlichen Wettbewerbsvorteil in diesem entscheidenden Zeitraum bedeutete) landesweit keine Großkundenprodukte zu denselben Bedingungen wie dem nachgelagerten Geschäftsbereich von Telefónica angeboten. Das landesweit angebotene Großkundenprodukt von Telefónica (ADSL-IP), das ursprünglich nur innerhalb der Telefónica-Gruppe bereitgestellt wurde, wurde anderen Betreibern erst ab Mai 2002 angeboten,²²³ nachdem die CMT TESAU auferlegt hatte, die diskriminierende Behandlung von Wettbewerbern auf dem ADSL-Endkundenmarkt zu unterlassen.²²⁴ Das andere landesweit angebotene Großkundenprodukt von Telefónica (ADSL-IP Total, das früher unter der Bezeichnung Megavia vermarktet wurde) ermöglichte alternativen ISP die Einrichtung von Internetzugangsdiensten zur Selbstinstallation auf Endkundenebene erst im Januar 2002,²²⁵ TERRA hingegen konnte sein Produkt ADSL 256/128 kbit/s mit Mikrofiltern bereits im Oktober 2001 einführen. Angebote zur Selbstinstallation hatten eine erhebliche Bedeutung für die Entwicklung von ADSL-Endkundenprodukten in den Jahren 2001 und 2002, weil sie den ISP eine sehr beträchtliche Senkung der von neuen Teilnehmern zu entrichtenden einmaligen Anschlussgebühr ermöglichten.
- (259) Außerdem hat Telefónica seine landesweiten und regionalen Großkundenprodukte so gestaltet, dass eine Differenzierung sowohl aus qualitativer als auch aus preislicher Sicht nicht möglich war. Je vollständiger ein von den Unternehmen der Telefónica-Gruppe bereitgestelltes Großkundenprodukt ist, auf dem das ADSL-Endkundenangebot beruht, desto weniger Spielraum verblieb alternativen Betreibern für die qualitative Differenzierung ihrer Angebote gegenüber dem Angebot von Telefónica. Die folgende Tabelle zeigt, dass ein qualitätsbezogener Wettbewerb (d.h. ein Wettbewerb durch höhere Geschwindigkeit bei gleichem Preis) ausgehend von GigADSL oder ADSL-IP für die Wettbewerber von Telefónica nicht möglich war.

²²³ Schreiben von Telefónica vom 22.9.03 (siehe Seiten TFCA-49 und TFCA-50 der Akte).

²²⁴ Entscheidung der CMT MTZ 2001/4038 vom 29.4.02 – Resolución por la que se insta la modificación de la oferta de acceso al bucle de abonado publicada por Telefónica de España, S.A.U. en fecha 20 de enero de 2001 (siehe Seite CMT-618 der Akte).

²²⁵ Schreiben von Telefónica vom 22.9.03 (siehe Seiten TFCA-44 und TFCA-45 der Akte).

Tabelle 13 – Endkunden- und Großkundertarife von Telefónica im Juni 2005²²⁶

	1 Mbit/s	2 Mbit/s	4 Mbit/s	8 Mbit/s
GigADSL	22,32 EUR	44,18 EUR	74,85 EUR	84,88 EUR
ADSL IP	29,99 EUR	61,59 EUR	101,99 EUR	127,97 EUR
Endkunden	39,07 EUR	74,98 EUR	120,00 EUR	150,57 EUR

- (260) Telefónica war folglich hinsichtlich der Einführung von Innovationen (Verdopplung der Geschwindigkeiten in den Jahren 2004 und 2005, Einführung von Semi-Flatrate-Produkten) immer führend. Alternative Betreiber mussten ihren Endkunden bis zum Beginn der Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen ab dem letzten Quartal 2004 (in einigen begrenzten Gebieten Spaniens) zwangsläufig das ADSL-Endkundenprodukt anbieten, das Telefónica auch seinen Endkunden anbot. Der einzige Betreiber, dem die Möglichkeit eingeräumt wurde, sich vom Endkundenangebot von TESAU abzugrenzen, war Ya.com; dieses Unternehmen genoss insoweit eine Sonderbehandlung, als diesem Unternehmen – anders als Wanadoo – das Großkundenprodukt Megavia²²⁷ bereitgestellt und somit die Möglichkeit geboten wurde, ein Endkundenprodukt mit einer Geschwindigkeit von 128 kbit/s („*Modalidad Economica*“)²²⁸ zu vermarkten.
- (261) Als Telefónica 2004 die Geschwindigkeiten seiner Endkundenprodukte verdoppelte, bestand die Strategie von Telefónica darin, bei konstanten Listenpreisen die Qualität des angebotenen Produkts zu erhöhen. Das Unternehmen beschloss, die niedrigste Bandbreite (256 kbit/s) nicht mehr für Großkunden anzubieten (GigADSL, ADSL-IP und Megavia); die meisten ADSL-Endkunden von Telefónica hingegen wünschten die Beibehaltung dieses Angebots, um ihren Endkunden (ungeachtet der sehr niedrigen Geschwindigkeit) ein bezahlbareres Endkundenprodukt anbieten zu können.²²⁹ Die Wettbewerber von Telefónica mussten ihre Strategie daher an Telefónica orientieren (d.h. zum einen ebenfalls die langsamste Bandbreite aus dem Angebot nehmen und zum anderen gleichzeitig die Geschwindigkeiten verdoppeln).

²²⁶ Siehe Schreiben von TESAU vom 17.3.05 (Seiten TFCA-1031, TFCA-1056 und TFCA-1057 der Akte); die Preise für GigADSL blieben bis zur Verdopplung der Geschwindigkeit der Endkundenprodukte von TESAU im Juli 2005 konstant.

²²⁷ Siehe Vertrag über die Bereitstellung von Megavia vom 23.12.03 zwischen Ya.com und TDATA (Schreiben von Ya.com vom 15.6.05 – siehe Seite ISP-417 der Akte). Diese „modalidad economica“ wird Wanadoo nicht angeboten (siehe Vertrag über die Bereitstellung von Megavia vom 21.5.01 zwischen Wanadoo und TDATA); dieser Vertrag wurde auch seit diesem Datum noch nicht geändert (Anhang 2 des Schreibens von Uni2 vom 6.7.05 – siehe Seite ISP-479 der Akte).

²²⁸ Am 31.3.04 entfiel auf dieses Produkt ein Anteil von 13 % aller Kunden von Ya.com (siehe Schreiben von Ya.com vom 6.4.05 – Seite ISP-313 der Akte).

²²⁹ Decisión MTZ - 2001/4038 der CMT vom 29.4.02 („OBA 2002“) - Resolución por la que se insta la modificación de la oferta de acceso al bucle de abonado publicada por Telefónica de España, S.A.U. en

- (262) Die wesentlichen Instrumente, die alternativen Internet-Diensteanbietern zur Verfügung standen, waren daher der Preis und die Preisstruktur ihrer Endkundenprodukte. Ebenso wie bei der Produktdifferenzierung erschwert die Notwendigkeit, das Großkundenprodukt von Telefónica nach Maßgabe einer vertraglichen Vereinbarung zu beziehen, auch im Preisbereich eine erfolgreiche Differenzierung für die Wettbewerber. Je vollständiger das aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung bezogene Großkundenprodukt ist, desto weniger Spielraum besteht für alternative Betreiber, die Effizienz zu verbessern und dann die Preise in nennenswertem Umfang zu senken (siehe folgende Tabelle).

Tabelle 14 – Anteil der Großkundenpreise von Telefónica an den Endkundenpreisen von Telefónica im Jahre 2005²³⁰

	ADSL-IP Total	ADSL-IP	GigADSL
% ARPU (mtl. Grundgebühr pro Kunde) TESAU	[...]%	[...]%	[...]%

- (263) Auf einem preisgesteuerten Markt, auf dem Telefónica Preismacht hat, müssen alternative Betreiber die Preise von Telefónica unterbieten und/oder höherwertige oder innovative Endkundenprodukte anbieten, um ihren Marktanteil auszuweiten. Durch die Festsetzung von End- und Großkundenpreisen in einem Verhältnis, das gleich effizienten alternativen ADSL-Betreibern rentable Angebote nicht ermöglicht (vgl. unten Abschnitt VI.D.2), während das Unternehmen im Breitbandgeschäft insgesamt rentabel anbieten kann, ist es Telefónica gelungen, die Bedingungen für den Marktzugang und das Wachstum von Wettbewerbern im ADSL-Bereich für Endkunden erheblich zu beeinflussen.
- (264) Wegen der von Telefónica ausgeübten Kontrolle über die regionalen und nationalen Großkundenprodukte mussten die Wettbewerber von Telefónica dasselbe ADSL-Produkt wie Telefónica zu einem sehr ähnlichen Preis anbieten, bis Wettbewerber im ADSL-Bereich Endkundenprodukte unter Nutzung entbundelter Teilnehmeranschlüsse bereitstellen konnten. Alternative ADSL-Betreiber haben bis zur Einführung entbundelter Teilnehmeranschlüsse ab September 2004 also praktisch keinen Wettbewerbsdruck auf das Marktverhalten von Telefónica ausgeübt.
- (265) Abgesehen davon, dass das zuletzt genannte Großkundenprodukt kein Substitut für Telefónicas andere Großkundenprodukte und die Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen sehr teuer und riskant ist (siehe oben Abschnitt V.A.3.1), hängt auch dieses letzte Produkt von Telefónica ab, die es nur mit erheblichen Verzögerungen zur Verfügung gestellt hat (siehe oben Abschnitt IV.F). Das bedeutet, dass Telefónica auch die Möglichkeiten der Wettbewerber, ihre Endkundenangebote auf die Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen zu stützen, eingeschränkt hat.

fecha 20 de enero de 2001; siehe Darstellungen von Uni2&Wanadoo, Tiscali, BT und Albura (siehe Seite CMT-1609 und CMT-1610 der Akte).

²³⁰ Siehe folgender Abschnitt VI.D.1.

- (266) Tatsächlich war die Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen sowohl in zeitlicher Hinsicht als auch bezüglich der geographischen Reichweite eingeschränkt. Im September 2004 hat France Telecom Endkundendienste auf der Basis der Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen in [...] % des Gebietes angeboten; Ya.com hat auf der Basis der Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen gar keine Endkundendienste angeboten. Im Juni 2005 hat France Telecom Endkundendienste auf der Basis der Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen in [...] % des Gebietes angeboten, Ya.com in [...] %. Im Juni 2006 hat France Telecom Endkundendienste auf der Basis der Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen in [...] % des Gebietes angeboten, Ya.com in [...] %.²³¹ Das bedeutet, dass Telefónicas Konkurrenten, die landesweit agieren wollen und in Teilen Spaniens dank der Entbündelung der Teilnehmeranschlüsse in der Lage waren, sich mit einem Telefónicas regionalem Großkundenangebot entsprechenden Produkt selbst zu versorgen, weiterhin auf Telefónicas regionale und nationale Großkundenprodukte angewiesen waren.
- (267) Jedenfalls hat auch die späte und zunehmende Verbreitung entbündelter Teilnehmeranschlüsse Telefónica auf dem Endkundenmarkt nicht eingeschränkt; dies zeigt sich auch daran, dass die Marktanteile von Telefónica in den Jahren 2005 und 2006 noch zugenommen haben, obwohl die Gebühren von Telefónica zu den höchsten in der gesamten EU zählen (oder gar die höchsten Gebühren in der gesamten EU waren) (siehe unten Abschnitt 2.2).

3.4 Kabelmodem-Betreiber haben auf Endkundenebene keine preisdisciplinierende Wirkung auf Telefónica gehabt

- (268) Telefónica hat auch angegeben,²³² dass es eine Anzahl konkurrierender alternativer Technologien gebe, die Telefónicas Wettbewerbsverhalten erheblich einschränkten.
- (269) Telefónica kontrolliert zwar nicht den Zugang von Kabelnetzbetreibern zu Großkundenprodukten; letztere haben jedoch auf dem Endkundenmarkt nicht preisdisciplinierend auf Telefónica gewirkt.
- (270) Kabelnetzbetreiber gelangten über ihre eigene Infrastruktur auf den Breitband-Endkundenmarkt. Diese Infrastruktur wurde aufgebaut, nachdem die spanische Regierung im Jahre 1995 im Wege einer Ausschreibung jeweils auf einen Anbieter beschränkte regionale Lizenzen erteilt hat. Kabelnetzbetreiber, die den Zuschlag für eine Lizenz erhalten haben, konnten bis zur Liberalisierung des Marktes im Jahre 1998 in der betreffenden Region als ausschließlicher Anbieter tätig werden. Seit 1998 konnten die Kabelnetzbetreiber ihre Dienste auch in Regionen anbieten, für die sie ursprünglich keine Lizenz erhalten hatten. Dazu mussten sie jedoch ihre eigene Infrastruktur in diesen anderen Regionen aufbauen; Kabelnetze unterliegen nämlich nicht einer Regulierungsaufgabe dahingehend, dass die Betreiber verpflichtet wären, Zugang zur eigenen Infrastruktur zu gewähren, und zurzeit sind keine Großkundenprodukte für den Zugang zur Kabelinfrastruktur verfügbar.

²³¹ Siehe oben Abbildung 5 und Abbildung 6.

²³² Siehe Telefónicas *Antwortschreiben*, Seite 63-64 und 70-72.

- (271) Der Aufbau einer Kabelinfrastruktur ist sehr teuer, und fast keiner der Kabelnetzbetreiber, der in der Region tätig ist, für die er ursprünglich eine Lizenz erhalten hat, konnte seine Geschäftstätigkeit auf eine andere Region ausweiten (außer im Falle von Zusammenschlüssen). Außerdem standen der Tätigkeit dieser Betreiber erhebliche Schwierigkeiten beim Erwerb von Wegerechten entgegen.
- (272) Dies hat dazu geführt, dass die ADSL-Struktur von Telefónica fast die gesamte Bevölkerung in ganz Spanien versorgen kann, während nur ungefähr 40 % der Bevölkerung Breitbandzugang mittels Kabelmodem bekommen kann. Der von den Kabelnetzbetreibern ausgeübte Wettbewerbsdruck war daher infolge der unterschiedlichen Gebietsabdeckung der Netze von Telefónica und der Kabelnetzbetreiber sowie wegen der Tatsache, dass Kabelnetze einander nicht überschneiden (siehe oben Abschnitt V.A.3.3), insoweit beschränkt, als Telefónica immer nur mit höchstens einem einzigen Kabelnetzbetreiber konkurrieren musste.
- (273) Außerdem begründen die zu Endkunden in Spanien bestehenden Geschäftsbeziehungen, die Telefónica aus der früheren Stellung eines Monopolisten auf dem spanischen Telekommunikationsmarkt übernommen hat, eine Ausnahmestellung: 2002 (bzw. 2005) wurden nur 2,06 Mio. (bzw. 4,21) HFC-Kabel (Kabeltechnologie) genutzt;²³³ dieser Anzahl standen 16,15 Mio. Anschlüsse im von Telefónica genutzten öffentlichen Telefonnetz gegenüber. Nahezu alle spanischen Haushalte beziehen also einen Dienst bei Telefónica; aber weniger als 12 % (bzw. 27 %) der spanischen Haushalte wird ein Dienst von einem Kabelbetreiber bereitgestellt; dies zeigt, dass Kabelbetreiber auf Telefónica nur einen eingeschränkten Wettbewerbsdruck im Hinblick auf die Möglichkeit ausüben konnten, die bestehende Marktmacht des Unternehmens auf den Endkunden-Breitbandmarkt zu übertragen. Die Hindernisse für den Zugang zum Endkunden-Breitbandmarkt waren für Telefónica wesentlich geringer, die bereits Geschäftsbeziehungen mit fast allen spanischen Endkunden unterhielt.
- (274) Beim Eintritt in den Endkunden-Breitbandmarkt hatten Kabelnetzbetreiber zwei Möglichkeiten: (i) Sie konnten die Endkundenpreise von Telefónica erheblich unterbieten, um Marktanteile zu gewinnen, oder (ii) sie konnten sich an den Preisen von Telefónica orientieren (bzw. diese geringfügig unterschreiten). Kabelnetzbetreiber, welche die zweite Möglichkeit gewählt haben, konnten nicht preisdisciplinierend auf Telefónica wirken. Dies zeigt sich auch daran, dass der Marktanteil dieser Betreiber (obwohl sie bereits früh auf dem relevanten Endkundenmarkt tätig waren)²³⁴ seit 2002 leicht zurückging (27 % aller Breitbandanschlüsse Ende 2002, 26 % Ende 2003 und 25 % Ende 2004, 23 % Ende 2005, 21 % Ende 2006)²³⁵, wobei dieser Rückgang trotz der Tatsache erfolgte, dass sich die Preise der Kabelbetreiber immer auf dem Niveau der Preise von Telefónica bewegten (bis Ende 2004) oder sogar noch niedriger waren.²³⁶

²³³ Siehe CMT Jahresbericht 2002 (Seite 322) und 2005 (Seite 285).

²³⁴ 1999 wurden 68 000 Breitbandanschlüsse über die Kabeltechnologie versorgt, während die Anzahl der eingerichteten ADSL-Anschlüsse bei nur 700 lag (siehe *Erwiderung* von Telefónica, Seite 203).

²³⁵ Siehe unten Anhang X.A.

²³⁶ Siehe *Erwiderung* von Telefónica, Anhang 4.

- (275) Die Strategie der Kabelnetzbetreiber ist vielleicht dadurch bedingt, dass angesichts des Preissetzungsspielraumes von Telefónica zu hohe Preissenkungen nötig gewesen wären, um Marktanteile hinzuzugewinnen; ferner könnte die begrenzte Abdeckung der Kabelnetze eine Rolle spielen.
- (276) Die Erwägungen hinsichtlich der Kabeltechnologie sind auch auf die übrigen in der Erwiderung von Telefónica genannten Breitband-Zugangstechnologien übertragbar. Es wird darauf hingewiesen, dass diese Technologien häufig durch sehr hohe Bereitstellungskosten gekennzeichnet sind, weshalb diese Technologien eigentlich nur für kundenspezifische Produkte geeignet sind. In jedem Fall ist der Marktanteil dieser alternativen Technologien gemessen an der Anzahl der Ende 2005 versorgten Endkunden (weniger als 1 % aller Endkunden-Breitbandanschlüsse in Spanien) vernachlässigbar. Ausweislich des eigenen Geschäftsplans erwartete Telefónica, dass von diesen alternativen Technologien keinerlei Wettbewerbsdruck ausgeht.²³⁷

3.5 Schlussfolgerung

- (277) Angesichts dieser Erwägungen ist Telefónica auch auf dem Endkundenmarkt marktbeherrschend.

²³⁷ Siehe Telefónica s Strategieplan für 2005-2008 in dem Brief von Telefónica vom 22.8.2006 (Folie 14 – Seite TFCA-9036 der Akte).

VI. DER MISSBRAUCH

A. Einleitung

- (278) Dass ein Unternehmen eine beherrschende Stellung innehat, steht nicht an sich im Widerspruch zu den Wettbewerbsvorschriften. Ein Unternehmen mit einer beherrschenden Stellung hat jedoch eine besondere Verantwortung jegliches Verhalten zu unterlassen, das eine Wettbewerbsverzerrung zur Folge haben könnte.²³⁸
- (279) Der Europäische Gerichtshof hat den Begriff des Missbrauchs in Artikel 82 EG wie folgt definiert: *„Der Begriff der missbräuchlichen Ausnutzung ist ein objektiver Begriff. Er erfasst die Verhaltensweisen eines Unternehmens in beherrschender Stellung, die die Struktur eines Marktes beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit des fraglichen Unternehmens bereits geschwächt ist, und die die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch die Verwendung von Mitteln behindern, welche von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Marktbürger abweichen.“*²³⁹

²³⁸ Siehe Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 9. November 1983 in der Sache 322/81, Michelin/Kommission, Slg. 1983, 3461, Randnummer 57.

²³⁹ Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 13. Februar 1979 in der Sache 85/76, Hoffmann-La Roche, Slg. 1979, 461, Randnummer 91.

- (280) Aus der Art der Verpflichtungen, die Artikel 82 EG auferlegt, folgt, dass Unternehmen in marktbeherrschender Stellung unter bestimmten Umständen nicht berechtigt sind, ein Verhalten anzunehmen oder Maßnahmen zu treffen, die an sich keinen Missbrauch darstellen und die sogar unbedenklich wären, wenn sie von nicht marktbeherrschenden Unternehmen angenommen oder getroffen würden.²⁴⁰ Ebenso hat der Europäische Gerichtshof entschieden, dass ein Unternehmen, das seine Position stärkt, *"ohne Rücksicht darauf, mit welchem Mittel oder Verfahren sie erreicht worden ist"* und sogar *"unabhängig von einem Verschulden"* einen nach Artikel 82 EG verbotenen Missbrauch begeht.²⁴¹ Artikel 82 EG bezieht sich nicht nur auf Verhaltensweisen, durch die den Verbrauchern ein unmittelbarer Schaden erwachsen kann, sondern auch auf solche, die ihnen durch einen Eingriff in die Struktur des tatsächlichen Wettbewerbs, von dem in Artikel 3 Abs. 1 Buchst. g EG die Rede ist, Schaden zufügen.²⁴² Nach ständiger Rechtsprechung stellt die in Artikel 82 EG enthaltene Liste missbräuchlicher Praktiken keine abschließende Regelung der nach dem EG-Vertrag verbotenen Methoden des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung dar.²⁴³
- (281) In der Sache *Industrie des Poudres Sphériques* hat das Gericht erster Instanz eine Kosten-Preis-Schere wie folgt definiert: *„Eine als Preisschere bezeichnete Praxis liegt vor, wenn ein Unternehmen, das über eine beherrschende Stellung auf dem Markt eines Vorprodukts verfügt und selbst einen Teil seiner Produktion zur Herstellung eines Verarbeitungserzeugnisses verwendet, während es das restliche Vorprodukt auf dem Markt verkauft, die Preise, zu denen es das Vorprodukt an Dritte verkauft, so hoch ansetzt, dass die Dritten über keine ausreichende Verarbeitungsmarge verfügen, um auf dem Markt des Verarbeitungserzeugnisses wettbewerbsfähig zu bleiben.“*²⁴⁴

²⁴⁰ Siehe diesbezüglich Rechtssache 322/81, Michelin/Kommission, Slg. 1983, 3461, Randnummer 57 und Rechtssache T-111/96, ITT Promedia/Kommission, Slg. 1998, II-2937, Randnummer 139.

²⁴¹ Siehe Sache 6/72 Europemballage und Continental Can/Kommission, Slg. 1973, 215, Randnummer 27 und 29; Sache T-128/98 Aéroports de Paris/Kommission, Slg. 2000, II-3929, Randnummer 170.

²⁴² Urteil vom 15. März 2007, Rechtssache C-95/04 P, British Airways, Randnummer 106-107; Rechtssache 6/72 Europemballage und Continental Can/Kommission, Slg. 1973, 215, Randnummer 26.

²⁴³ Sache C-95/04 P, British Airways, Randnummer 57; Sache 6/72 Europemballage und Continental Can/Kommission, Slg. 1973, 215, Randnummer 26; Verbundene Rechtssachen C-395/96 P und C-396/96 P Compagnie maritime belge transports a.o./Kommission, Slg. 2000, I-1365, Randnummer 112.

²⁴⁴ Urteil des Gerichts Erster Instanz vom 30. November 2000 in der Sache T-5/97 (*"Industrie des Poudres Sphériques"*), Randnummer 178.

- (282) Ebenso hat die Kommission in der Sache *Napier Brown/British Sugar* festgestellt: „Wenn ein beherrschendes Unternehmen, das sowohl im Markt für ein Rohmaterial als auch in dem für ein aus diesem Material hergestelltes Derivat beherrschend ist, zwischen dem Preis, den es denjenigen Unternehmen, die mit ihm in der Produktion des Derivats konkurrieren, für das Rohmaterial berechnet und dem Preis, den es für das Derivat berechnet, eine Spanne beibehält, die geringer ist als die bei dem beherrschenden Unternehmen für die Umwandlung anfallenden Selbstkosten (im vorliegenden Fall die von BS gehaltene Spanne zwischen ihren Preisen für Gewerbezucker und für Haushaltszucker, verglichen mit ihren eigenen Abpackkosten), und wenn dies zu einer Einschränkung des Wettbewerbs bei dem Derivat führt, dann ist dies ein Mißbrauch einer beherrschenden Stellung.“²⁴⁵
- (283) Wie sich aus Vorstehendem ergibt, ist eine Kosten-Preis-Schere ein Missverhältnis zwischen einem vorgelagerten und einem nachgelagerten Preis.²⁴⁶ Entgegen Telefónicas Behauptungen²⁴⁷ ist es weder erforderlich nachzuweisen, dass der Großkundenpreis an sich überhöht ist, noch dass der Endkundenpreis an sich ruinös ist.

²⁴⁵ Entscheidung der Kommission vom 19.10.88 in der Sache 88/518/EEC ("*Napier Brown/British Sugar*"), ABl. EG Nr. L 284, Randnummer 66.

²⁴⁶ In *Industrie des Poudres Sphériques* untersuchte das Gericht Erster Instanz, ob das marktbeherrschende Unternehmen den Wettbewerbern eine hinreichende Gewinnmarge zugestand, damit sie auf dem nachgelagerten Markt konkurrenzfähig bleiben konnten. Siehe Randnummern 180-182 des Urteils.

²⁴⁷ Siehe die *Erwiderung*, Seite 76-81.

- (284) Aus *Industrie des Poudres Sphériques* folgt weiterhin, dass es, für die Feststellung, dass Telefónica eine missbräuchliche Kosten-Preis-Schere angewandt hat, nicht notwendig ist²⁴⁸ nachzuweisen, dass das Unternehmen auf dem nachgelagerten Markt beherrschend ist. Wie der Gerichtshof in *Tetra Pak II* entschieden hat, schließt die Tatsache, dass das missbräuchliche Verhalten eines beherrschenden Unternehmens seine Auswirkungen auf einem anderen als dem beherrschten Markt zeigt, die Anwendung von Artikel 82 EG nicht aus.²⁴⁹ Eine Kosten-Preis-Schere ist ein Beispiel für die Übertragung der Machtposition eines Unternehmens auf einem Markt (auf dem das jeweilige Unternehmen eine beherrschende Stellung innehat) auf einen anderen Markt (auf dem das sich missbräuchlich verhaltende Unternehmen zwar ebenfalls tätig, nicht aber zwangsläufig auch beherrschend ist und auf dem dieses Unternehmen eine beherrschende Stellung anstrebt). Durch die Verursachung einer Kosten-Preis-Schere erhöht das marktbeherrschende Unternehmen die Kosten seiner nachgelagerten Wettbewerber und erlegt diesen einen zusätzlichen Effizienzdruck auf, der auf seiner eignen Tätigkeit auf dem nachgelagerten Markt nicht lastet. Eine Kosten-Preis-Schere braucht nämlich für das vertikal integrierte Unternehmen im Breitbandgeschäft insgesamt nicht zu Verlusten führen, während bei den ähnlich effizienten nachgelagerten Wettbewerbern zwangsläufig Verluste entstehen müssen. Ein solches Verhalten wird es voraussichtlich erschweren, den Grad des auf dem nachgelagerten Markt noch bestehenden Wettbewerbs beizubehalten oder diesen Wettbewerb zu steigern.
- (285) Im Folgenden wird nachgewiesen, dass Telefónica von September 2001 bis Dezember 2006 ihre beherrschende Stellung auf den spanischen Breitbandzugangsmärkten durch die Verursachung einer Kosten-Preis-Schere, die durch das Missverhältnis zwischen den Gebühren für den Breitbandzugang auf Großkunden- und auf Endkundenebene hervorgerufen wurde, missbraucht hat mit dem Ergebnis, dass der Wettbewerb auf dem Endkundenmarkt aller Wahrscheinlichkeit nach eingeschränkt wurde. Im Einzelnen wird nachgewiesen, dass Telefónica im oben genannten Zeitraum ihre marktbeherrschende Stellung durch die Anwendung einer Kosten-Preis-Schere zwischen den Preisen für das regionale Großkundenprodukt und den Endkundenpreisen auf der einen Seite und letzteren und den Preisen für das nationale Großkundenprodukt auf der anderen Seite missbraucht hat.

²⁴⁸ Entgegen Telefónicas Behauptung, siehe Seite 84-86 der *Erwiderung*.

²⁴⁹ Urteil des Gerichtshof vom 14.11.96 in der Sache C-333/94 P Tetra Pak/Kommission (“Tetra Pak II”), Slg. 1996, I-5951, Randnummer 27-31.

(286) Dieses Kapitel ist wie folgt aufgebaut: Abschnitt B beschreibt den rechtlichen Rahmen, in dem Telefónica auf regionaler und nationaler Ebene Großkundenzugang angeboten hat. Abschnitt C untersucht die Berechnungsmethodik für die Kosten-Preis-Schere. In Abschnitt D wird festgestellt, dass die Differenz zwischen den Endkundenpreisen von Telefónica und ihren regionalen Großkundenpreisen auf der einen Seite und zwischen ihren Endkundenpreisen und den nationalen Großkundenpreisen auf der anderen Seite nicht ausreicht, um die nachgelagerten Zusatzkosten (*incremental costs*) zu decken. In Abschnitt E wird festgestellt, dass Telefónicas Verhalten nicht nur geeignet war den Wettbewerb auf den betroffenen Märkten zu beschränken, oder mit anderen Worten wahrscheinlich den Wettbewerb beschränken würde, sondern dass es zum Nachteil der Endkunden auch tatsächlich Auswirkungen auf die relevanten Märkte gehabt hat. In Abschnitt F wird untersucht, ob Telefónicas Verhalten objektiv gerechtfertigt werden kann oder ob es zu Rentabilitätssteigerungen geführt hat, die die negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb überwiegen könnten. Schließlich untersucht Abschnitt G Telefónicas Spielraum, die Preis-Kosten-Schere zu vermeiden.

B. Der rechtliche Rahmen, in dem Telefónica auf regionaler und nationaler Ebene Großkundenzugang angeboten hat

- (287) Nach ständiger Rechtsprechung sind für die Feststellung, ob eine Preisstrategie missbräuchlich ist, alle Umstände zu berücksichtigen.²⁵⁰ Im vorliegenden Fall ist der Rechtsrahmen für den spanischen Breitbandmarkt besonders relevant. Tatsächlich ist der Zugang für Großkunden auf regionaler Ebene seit März 1999²⁵¹ und der Zugang für Großkunden auf nationaler Ebene seit April 2002²⁵² auferlegt.
- (288) Aufgrund der nationalen Regulierung ist Telefónica verpflichtet, Großkundenzugang auf regionaler und nationaler Ebene zu angemessenen Bedingungen zu gewähren. Hintergrund ist, dass die Verweigerung des Zugangs zu dem vorgelagerten Produkt oder ein Zugang zu unangemessenen Bedingungen oder zu Bedingungen mit ähnlicher Wirkung das Entstehen und/oder die Aufrechterhaltung nachhaltigen Wettbewerbs auf der Endkundenebene erschweren würde.²⁵³
- (289) Großkundenzugang auf regionaler Ebene ist, wie oben erwähnt, in Spanien seit März 1999 auferlegt. Bezüglich des Großkundenzugangs auf nationaler Ebene hat Telefónica im September 1999²⁵⁴ auf eigene Initiative begonnen ADSL-IP Total anzubieten. Sobald bekannt wurde, dass Telefónica im September 2001 ADSL-IP intern im Unternehmen eingeführt hatte, leitete die CMT ein Verfahren ein, das dazu führte, dass im April 2002 der Zugang zu diesem Programm auferlegt wurde.²⁵⁵

²⁵⁰ Urteil des Gerichts Erster Instanz vom 7.10.99 in der Sache T-228/97, Irish Sugar plc/Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Randnummer 114.

²⁵¹ Siehe oben Randnummer (111).

²⁵² Siehe oben Randnummer (110).

²⁵³ Wie in Abschnitt VI.E dargelegt.

²⁵⁴ Siehe Telefónicas *Erwiderung*, S. 36.

²⁵⁵ Siehe oben Randnummer (110).

- (290) Die nationalen Telekommunikationsvorschriften verpflichten Telefónica nicht nur, ihren Wettbewerbern Großkundenzugänge auf regionaler und auf landesweiter Ebene bereitzustellen, sondern verbieten dem spanischen marktbeherrschenden Unternehmen auch die Beendigung von Lieferbeziehungen ohne vorherige Genehmigung seitens der nationalen Regulierungsbehörde CMT; ferner verpflichten sie Telefónica, dafür zu sorgen, dass die Endkundenpreise des Unternehmens ausgehend von seinen regionalen Großkundenprodukten auch für Wettbewerber replizierbar sind.²⁵⁶ Die CMT hat Telefónica mit der Entscheidung vom 1. Juni 2006²⁵⁷, mit der die Verpflichtungen von Telefónica gemäß dem neuen rechtlichen Rahmen festgelegt werden, zur Bereitstellung von Großkundenzugängen auf regionaler und auf landesweiter Ebene verpflichtet.
- (291) Das Endkundenpreis-Abschlagssystem ("Retail Minus")²⁵⁸, das vor Dezember 2006 von der CMT mit Bezug auf das regionale Großkundenprodukt angewendet wurde, wurde aufgrund folgender Vorteile gewählt:²⁵⁹ (i) es verändert nicht die Möglichkeit, die Kosten des Großkundenzugangs zu decken; (ii) es sollte die Situation einer Kosten-Preis-Schere zwischen den Großkunden- und den Endkundenpreisen des etablierten Betreibers vermeiden; (iii) es gewährleistet Produktionseffizienz, d.h. ein potentieller Einsteiger tritt nur dann hinzu, wenn er existenzfähig ist, was nur dann der Fall ist, wenn er im Rahmen der nachgelagerten Aktivitäten effizienter ist als das etablierte Unternehmen, und (iv) das Konzept bewahrt die Anreize für Netzbetreiber (einschließlich des etablierten Unternehmens), in ihre eigenen Infrastruktur zu investieren.
- (292) Die nationalen Vorschriften, nach denen Telefónica verpflichtet ist, auf regionaler und nationaler Ebene Großkundenzugang zu gewähren, beruhen auf Gemeinschaftsrecht und sind mit diesem vereinbar.

²⁵⁶ Siehe oben Randnummer (114).

²⁵⁷ Siehe oben Randnummer (120).

²⁵⁸ Nach dem Retail Minus-System wird die Gebühr für den Großkundenzugang auf den Endkundenpreis des vertikal-integrierten Betreibers abzüglich der Zusatzkosten (*incremental costs*) für die Bereitstellung der nachgelagerten Dienste und der Netzwerkkomponenten, die von dem Zugangssuchenden gestellt werden, festgesetzt. Siehe W.J. Baumol & J.G. Sidak, *The Pricing of Inputs Sold to Competitors*, Yale Journal of Regulation, 196 (1994).

²⁵⁹ Siehe CMT Entscheidung OBA 2004 (siehe oben Fußnote 94). Siehe auch CMT Entscheidung OBA 2004 (2) (siehe oben Fußnote 103).

- (293) Sie sind erstens vereinbar mit dem Rechtsrahmen von 1998, der die Liberalisierung des Telekommunikationssektors vorsah.²⁶⁰ Dies ergibt sich aus dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs, das dieser aufgrund eines Vorabentscheidungsersuchens des spanischen Obersten Gerichtshofes erließ, in dem es um die Frage ging, ob es nach dem damals geltenden Gemeinschaftsrecht zulässig war, wenn Mitgliedstaaten nationale Regulierungsbehörden ermächtigten, Betreibern, die erhebliche Marktmacht haben, eine Verpflichtung auferlegen, den Zugang zu den Teilnehmeranschlüssen zu gewähren und Zusammenschaltungen an lokalen Verteilern und solchen auf höherer Ebene anzubieten. Der Europäische Gerichtshof entschied, dass das spanische Recht (namentlich der Königliche Erlass, der die Richtlinie 97/33/EG *Zusammenschaltung/Grundsätze für einen offenen Netzzugang (ONP)*²⁶¹ ins spanische Recht transponierte) mit dem Europäischen Recht vereinbar war.²⁶²
- (294) Zweitens sind die nationalen Vorschriften, die Telefónica die Verpflichtung auferlegen, auf regionaler und nationaler Ebene Großkundenzugang zu gewähren, mit dem derzeitigen Rechtsrahmen vereinbar, der im Jahre 2002 verabschiedet wurde und seit Juli 2003 angewendet wird.
- (295) In der Rahmenrichtlinie²⁶³ wird festgestellt: „Die nationalen Regulierungsbehörden fördern den Wettbewerb bei der Bereitstellung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste sowie zugehöriger Einrichtungen und Dienste, indem sie unter anderem (a) sicherstellen, dass die Nutzer [...] größtmögliche Vorteile in Bezug auf Auswahl, Preise und Qualität genießen; (b) gewährleisten, dass es keine Wettbewerbsverzerrungen oder -beschränkungen im Bereich der elektronischen Kommunikation gibt; (c) effiziente Infrastrukturinvestitionen fördern und die Innovation unterstützen; [...].“

²⁶⁰ Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 13. Dezember 2001 in der Sache C-79/00 Telefónica de España/Administración General del Estado, Slg. 2001, I-10057.

²⁶¹ Richtlinie 97/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Juni 1997, ABl. EG 1997 Nr. L 199/32.

²⁶² Siehe Randnummern 28 bis 37 des Urteils.

²⁶³ Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste („Rahmenrichtlinie“). Siehe Artikel 8.

(296) Außerdem legt die Richtlinie fest, dass die nationalen Regulierungsbehörden „unter weitestgehender Berücksichtigung der Leitlinien eine Analyse der relevanten Märkte durch[führen] [...]. Wenn [eine nationale Regierungsbehörde] [...] feststellen muss, ob Verpflichtungen für Unternehmen aufzuerlegen, beizubehalten, zu ändern oder aufzuheben sind, ermittelt sie anhand der Marktanalyse [...], ob auf einem relevanten Markt wirksamer Wettbewerb herrscht. [...] Stellt eine nationale Regulierungsbehörde fest, dass auf einem relevanten Markt kein wirksamer Wettbewerb herrscht, so ermittelt sie Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf diesem Markt [...] und erlegt diesen Unternehmen geeignete spezifische Verpflichtungen [...] auf [...]“²⁶⁴ Gemäß der Zugangsrichtlinie²⁶⁵ müssen die Verpflichtungen „der Art des aufgetretenen Problems entsprechen und müssen [...] angemessen und gerechtfertigt sein“. Außerdem heißt es in der Zugangsrichtlinie: „Die Verpflichtung zur Gewährung des Infrastrukturzugangs kann ein angemessenes Mittel zur Belebung des Wettbewerbs sein, doch müssen die nationalen Regulierungsbehörden die Rechte eines Infrastruktureigentümers zur kommerziellen Nutzung seines Eigentums für eigene Zwecke und die Rechte anderer Diensteanbieter auf Zugang zu Einrichtungen, die sie zum Erbringen konkurrierender Dienste benötigen, gegeneinander abwägen.“²⁶⁶

²⁶⁴ Siehe Artikel 16 der Rahmenrichtlinie.

²⁶⁵ 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). Siehe Artikel 8.

²⁶⁶ Siehe Erwägungsgrund 19 der Zugangsrichtlinie.

(297) Die Zugangsrichtlinie enthält die folgende Bestimmung: „Die nationalen Regulierungsbehörden können [...] Betreiber dazu verpflichten, berechtigten Anträgen auf Zugang zu bestimmten Netzkomponenten und zugehörigen Einrichtungen und auf deren Nutzung stattzugeben, unter anderem wenn die nationale Regulierungsbehörde der Auffassung ist, dass die Verweigerung des Zugangs oder unangemessene Bedingungen mit ähnlicher Wirkung die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes auf Endverbraucherebene behindern oder den Interessen der Endnutzer zuwiderlaufen würden. Betreibern darf unter anderem Folgendes auferlegt werden: (a) die Verpflichtung, Dritten Zugang zu bestimmten Netzkomponenten und/oder -einrichtungen, einschließlich des entbündelten Zugangs zum Teilnehmeranschluss, zu gewähren; [...] (c) die Verpflichtung, den bereits gewährten Zugang zu Einrichtungen nicht nachträglich zu verweigern; (d) die Verpflichtung, bestimmte Dienste zu Großhandelsbedingungen zwecks Weitervertrieb durch Dritte anzubieten; [...] Wenn die nationalen Regulierungsbehörden prüfen, ob [diese] Verpflichtungen [...] aufzuerlegen sind, insbesondere bei der Beurteilung der Frage, ob derartige Verpflichtungen in einem angemessenen Verhältnis zu den Zielen gemäß Artikel 8 der [...] (Rahmenrichtlinie) stehen, tragen sie insbesondere den folgenden Faktoren Rechnung: (a) technische und wirtschaftliche Tragfähigkeit der Nutzung oder Installation konkurrierender Einrichtungen angesichts des Tempos der Marktentwicklung, wobei die Art und der Typ der Zusammenschaltung und des Zugangs berücksichtigt werden; [...] (c) Anfangsinvestition des Eigentümers der Einrichtung unter Berücksichtigung der Investitionsrisiken;(d) Notwendigkeit zur langfristigen Sicherung des Wettbewerbs; [...].“²⁶⁷

²⁶⁷ Siehe Artikel 12 der Zugangsrichtlinie.

- (298) Das spanische Allgemeine Telekommunikationsgesetz 32/2003 zur Umsetzung des neuen rechtlichen Rahmens ermächtigt die CMT,²⁶⁸ eine Marktanalyse durchzuführen und – wenn diese zu dem Ergebnis gelangt, dass auf dem betreffenden Markt kein Wettbewerb besteht – dem jeweiligen Marktbetreiber geeignete aufsichtsrechtliche Verpflichtungen gemäß den Zielen der Zugangsrichtlinie aufzuerlegen. Gesetz 32/2003 soll unter anderem „*fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones y, en particular, en la explotación de las redes y en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas y en el suministro de los recursos asociados a ellos. Todo ello promoviendo una inversión eficiente en materia de infraestructuras y fomentando la innovación*“²⁶⁹. [Übersetzung ins Deutsche: "effektiven Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten und insbesondere in Bezug auf die Nutzung des Netzwerkes und die Bereitstellung elektronischer Kommunikationsdienste und entsprechender Einrichtungen vorantreiben und damit gleichzeitig effiziente Investitionen in Infrastruktur und Innovation fördern"]. Das spanische allgemeine Telekommunikationsgesetz sieht ferner vor, dass die CMT Marktteilnehmern mit beträchtlicher Marktmacht die Verpflichtung auferlegt, „*acceso a recursos específicos de las redes y a su utilización*“ und „*control de precios, tales como la orientación de los precios en función de los costes, y contabilidad de costes, para evitar precios excesivos o la comprensión de los precios en detrimento de los usuarios finales*“ zu gewähren.²⁷⁰ [Übersetzung ins Deutsche: "Zugang zu und Nutzung von besonderen Netzwerkeinrichtungen" und "Preiskontrolle, wie etwa Kostenorientierung und eine Buchführungspflicht, im Hinblick auf die Vermeidung überhöhter Preise oder Preisscheren zum Nachteil der Endkunden"]
- (299) In der *Erwiderung*²⁷¹ erklärte Telefónica, dass die in diesem Verfahren untersuchten Verhaltensweisen als Lieferverweigerung zu betrachten seien; daher seien die Kriterien der Sache *Oscar Bronner*²⁷² auf diesen Fall anwendbar.

²⁶⁸ Siehe Artikel 10 des spanischen Allgemeinen Telekommunikationsgesetzes 32/2003.

²⁶⁹ Siehe Artikel 3.a des spanischen Allgemeinen Telekommunikationsgesetzes 32/2003.

²⁷⁰ Siehe Artikel 13 des spanischen Allgemeinen Telekommunikationsgesetzes 32/2003.

²⁷¹ Siehe *Erwiderung* von Telefónica, Seiten 13-37.

²⁷² Rechtssache C-7/97 Oscar Bronner, Slg. 1998, I-7791 („*Oscar Bronner*“), Randnummern 43-46.

- (300) Telefónica war daher der Ansicht, dass die Kommission nachweisen müsse, dass das vorgelagerte Produkt für die Bereitstellung des nachgelagerten Dienstes „unentbehrlich“ ist. Diesbezüglich folgert Telefónica aus der Sache *Oscar Bronner* und der Rechtsprechung nach der Sache *Oscar Bronner*, es müsse nachgewiesen werden, dass (a) kein „*tatsächlicher oder potenzieller Ersatz*“ (und auch kein vergleichbarer, aber weniger vorteilhafter Ersatz) verfügbar ist, mit dem die betreffende Geschäftstätigkeit auf dem nachgelagerten Markt betrieben werden könnte,²⁷³ und (b) dass „*technische, rechtliche oder [...] wirtschaftliche Hindernisse bestehen, die geeignet wären*“, *jedem anderen Wettbewerber die Nachbildung des betreffenden Produkts „allein oder in Zusammenarbeit mit anderen [Wettbewerbern ...]“ unmöglich zu machen oder zumindest unzumutbar zu erschweren.*²⁷⁴ Telefónica entnimmt diesem Test den Maßstab dafür, ob ein Unternehmen mit einer dem Infrastrukturbesitzer vergleichbaren Effizienz²⁷⁵ das Ausgangsprodukt ebenfalls anbieten könnte.
- (301) Telefónica erklärte, dass das rechtliche Kriterium des Europäischen Gerichtshofs in der Sache *Oscar Bronner* in dieser Sache nicht erfüllt sei, weil (i) tatsächliche und/oder potenzielle Alternativen zu den regionalen und zu den landesweiten Großkundenzugangsdiensten von Telefónica (entbündelte Teilnehmeranschlüsse und Großkundenzugang zu Kabelnetzen) verfügbar seien, (ii) weil die regionale und die landesweiten Großkunden-Zugangsdienste von Telefónica nachgebildet werden könnten und (iii) weil das zur Last gelegte Verhalten den Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt voraussichtlich nicht beseitige. Telefónica vertrat die Ansicht, dass das Unternehmen gemäß Artikel 82 EG nicht verpflichtet sei, über seine landesweiten und regionalen Zugangsdienste Zugang zum eigenen Netz zu gewähren. Telefónica zufolge ist daher die Feststellung unlogisch und rechtsfehlerhaft, die Preispolitik bezüglich der landesweiten und der regionalen Großkundenprodukte unterliege trotzdem Artikel 82 EG, nur weil diese Großkundenprodukte aufgrund von Regulierungsbestimmungen nach dem spanischen Telekommunikationsgesetz Wettbewerbern angeboten wurden.
- (302) Gleichwohl sollte nicht außer Acht gelassen werden, dass sich die besonderen Umstände in dieser Sache grundlegend von den Umständen in der Sache *Oscar Bronner* unterscheiden.

²⁷³ In der Sache *Oscar Bronner* hat der Europäische Gerichtshof den Nachweis anerkannt, dass verschiedene Substitute für den Zeitungsvertrieb über das für Tageszeitungen eingerichtete Vertriebsnetz von Mediaprint (Post, Verkauf in Ladengeschäften und in Kiosks usw.) verfügbar waren, die zwar vielleicht weniger vorteilhaft waren, aber doch genutzt werden konnten, um auf dem nachgelagerten Markt zu konkurrieren (siehe Randnummer 35 des Urteils).

²⁷⁴ *Oscar Bronner*, Randnummern 40-46.

²⁷⁵ Siehe *Erwiderung* von Telefónica, Seite 16.

- (303) Im vorliegenden Fall hat Telefónica eine Verpflichtung, auf der Vorleistungsebene die Produkte GigADSL (seit März 1999) und ADSL-IP (seit April 2002) bereitzustellen. Diese Verpflichtung wurde auferlegt, um Wettbewerb und Verbraucherinteressen zu fördern. Aus den Erwägungen, die sowohl dem EG-Recht als auch dem spanischen Recht und der spanischen Regulierung zugrunde liegen, ergibt sich, dass sich Telefónicas Verpflichtung, das betreffende vorgelagerte Produkt zur Verfügung zu stellen, aus einer Abwägung mit Telefónicas Investitions- und Innovationsanreizen und denen der Konkurrenten ergibt. Grund hierfür ist, dass die Notwendigkeit, nachgelagerten Wettbewerb langfristig zu fördern, indem der Zugang zu Telefónicas vorgelagerten Produkten auferlegt wird, höher zu bewerten ist, als die Notwendigkeit, Telefónicas (Vorab-)Anreize zum eigenen Vorteil in die fragliche vorgelagerte Infrastruktur zu investieren und diese zu nutzen
- (304) Die (Vorab-)Anreize Telefónicas in die eigene Infrastruktur zu investieren sind jedenfalls nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Tatsächlich ist entscheidend, dass die Infrastruktur von Telefónica in erheblichem Umfang Ergebnis von Investitionen ist, die deutlich vor dem Aufkommen der Breitbandtechnik in Spanien getätigt wurden und daher in keiner Weise mit der Bereitstellung von Breitbanddiensten, sondern ausschließlich mit der Bereitstellung herkömmlicher Festnetztelefoniedienste in Zusammenhang standen. Außerdem wurden diese Anfangsinvestitionen in einer Situation getätigt, in der Telefónica noch von Sonderrechten oder ausschließlichen Rechten profitierte, die sie vom Wettbewerb abschirmten. Die damals von dem früheren Monopol angelegten Investitionskriterien hätten das Unternehmen auch dann nicht veranlasst, von dieser Investition Abstand zu nehmen, wenn eine Lieferverpflichtung bestanden hätte.

- (305) Das Ortsanschlussnetz von Telefónica sowie die regionalen und die landesweiten Backhaul-Einrichtungen wurden durch Monopoleinkünfte während des durch ausschließliche Rechte geschützten Zeitraums finanziert. Telefónica hatte in Verbindung mit dem Eintritt in die regionalen und die landesweiten Großkundenmärkte erhebliche Investitionen vorzunehmen;²⁷⁶ diese Investitionen standen jedoch nur im Zusammenhang mit den Kosten der Auslegung der vorhandenen Netzelemente für den Breitbandverkehr (Einrichtung einer breitbandfähigen Ausrüstung,²⁷⁷ Modernisierung des Übertragungsnetzes und Ausbau der Übertragungskapazität des Netzes). Im Vergleich dazu würden die Kosten für den Aufbau einer vollständig neuen vorgelagerten Infrastruktur erhebliche Investitionen in einer Größenordnung erforderlich machen, welche die genannten, von Telefónica getätigten Investitionen für die Nachrüstung der Breitbandfähigkeit um ein Vielfaches übersteigen würde. Wie von Telefónica²⁷⁸ eingeräumt, musste das Unternehmen kein eigenes Netz für die Bereitstellung von Breitbanddiensten aufbauen. Insbesondere musste Telefónica für die Bereitstellung von Breitbanddiensten keinerlei Verlegungsarbeiten, auf die der größte Teil der Kosten eines Telekommunikations-Festnetzes entfällt, durchführen.
- (306) Und schließlich wurde Telefónica die Verpflichtung zur Bereitstellung des regionalen Großkundenzugangs im März 1999 auferlegt, d.h. bevor Telefónica die Investitionen zur Nachrüstung der eigenen Infrastruktur zur Bereitstellung von ADSL-Diensten auf dem vorgelagerten und dem nachgelagerten Markt tätigte. Das vorherige Wissen um die Lieferverpflichtung hat Telefónicas Entscheidung, das eigene Netzwerk auszubauen, also eindeutig nicht beeinflusst.
- (307) In Bezug auf ADSL-IP Total hat die CMT keine Zugangsverpflichtung auferlegt, da TDATA dieses im September 1999 freiwillig anbot,²⁷⁹ also bevor die Telefónica-Gruppe damit begann, Endkundendienste anzubieten (Oktober 1999 für TERRA²⁸⁰ und September 2001 für TESAU²⁸¹). Dies ist ein starkes Indiz dafür, dass es Telefónica damals für zweckmäßig hielt, ADSL-IP Total Dritten anzubieten.

²⁷⁶ Siehe Anhang 2 des Schreibens von Telefónica vom 17.10.06 (Seiten TFCA-13126 und TFCA-13127 der Akte).

²⁷⁷ DSLAM, BRAS, Einrichtungen für Zusammenschaltungen, Router usw.

²⁷⁸ Siehe das Schreiben von Telefónica vom 23.6.06 (Seite TFCA-13271 der Akte): "*los costes recogidos en el epígrafe Transporte IP [...] no son costes directamente motivados por una nueva inversión en red IP, [...] Estos costes son debidos en su gran mayoría a inversiones realizadas hace años, que en modo alguno vinieron motivadas por la red IP. Por ejemplo Telefónica, en general, no ha tenido que hacer nueva obra civil (zanjas, canalizaciones, etc.) como consecuencia de RIMA, ya que normalmente ha podido utilizar para el Transporte IP la ya existente [...].*"

²⁷⁹ Siehe Telefónicas *Erwiderung*, Seite 36.

²⁸⁰ Siehe das Schreiben von Telefónica vom 22.9.2003 (Seite TFCA-19 der Akte).

²⁸¹ Siehe das Schreiben von TESAU vom 22.9.03 (Seite TFCA-331 der Akte).

- (308) Als Telefónica beschloss, seine Breitband-Produkte auf dem Endkunden-Massenmarkt anzubieten und die eigene Infrastruktur auszubauen, wusste Telefónica also, dass die Verpflichtung, regionalen Großkundenzugang zu gewähren fortbestehen würde²⁸² und dass sie weiterhin ADSL-IP Total an dritte Parteien vertreiben würde. Dies geht aus dem anfänglichen Geschäftsplan von TESAU für die regionale Infrastruktur²⁸³ und dem anfänglichen Geschäftsplan²⁸⁴ für das Breitbandgeschäft von TESAU im Jahre 2001 hervor, in dem die Gesamtrentabilität des eigenen Breitbandgeschäfts (einschließlich der Bereitstellung von Großkundenzugängen auf regionaler und auf landesweiter Ebene für alternative Netzbetreiber) beurteilt und außerdem – im Vergleich zur Möglichkeit, von Angeboten auf dem Endkundenmarkt abzusehen und ausschließlich Großkundendienste für alternative Betreiber anzubieten – die Rentabilität der Entscheidung²⁸⁵ für einen Eintritt in den Endkunden-Massenmarkt unter der Voraussetzung berechnet wurde, dass gleichzeitig Großkundenzugänge auf regionaler und auf landesweiter Ebene bereitgestellt würden.
- (309) Vor dem besonderen sachlichen, wirtschaftlichen und rechtlichen Hintergrund in dieser Sache und insbesondere angesichts der Tatsache, dass der Großkundenzugang auf regionaler Ebene seit März 1999 und der Großkundenzugang auf nationaler Ebene seit April 2002 auferlegt ist, und aufgrund des Umstandes, dass die ex ante Anreize für den früheren Monopolisten, in die eigene Infrastruktur zu investieren, im vorliegenden Fall nicht betroffen sind, ist festzustellen, dass der vom Europäischen Gerichtshof in der Sache *Oscar Bronner* angewendete rechtliche Maßstab in der vorliegenden Sache nicht heranzuziehen ist.

C. Methodik des Kosten-Preis-Scheren-Tests

- (310) In diesem Abschnitt wird die Methode beschrieben, mit der geprüft werden kann, ob eine Kosten-Preis-Schere gegeben ist. Fünf wesentliche Aspekte werden berücksichtigt:
- der Effizienzgrad des Wettbewerbers: die Rentabilität sollte auf der Grundlage der nachgelagerten Kosten des beherrschenden Unternehmens bestimmt werden (Test unter Annahme eines "gleich effizienten Wettbewerbers") (siehe unten Abschnitt 1);

²⁸² Wie bereits dargestellt, besteht seit dem Jahre 1999 eine Regulierungsaufgabe, nach der die Verpflichtung zur Gewährung eines Zugangs besteht. Im Juli 2001 hat die nationale Regulierungsbehörde bestätigt, dass die Verpflichtung zur Bereitstellung eines Großkundenzugangs auf regionaler Ebene aufrechterhalten werde und ein Retail-Minus-Konzept für Endkunden eingeführt, mit dem die den Wettbewerbern von Telefónica auf dem nachgelagerten Markt verbleibende Spanne kontrolliert werden sollte.

²⁸³ Siehe Anhang 15 des Schreibens von Telefónica vom 27.9.06 (Seite TFCA-13094 bis TFCA-13117 der Akte)

²⁸⁴ Siehe Anhang 10iii des Schreibens von Telefónica vom 21.7.06: „*Análisis de las variables económicas críticas del ADSL – Documento de trabajo – Resumen documento base*“, Folie 32 (Seite TFCA-4477 der Akte).

²⁸⁵ Siehe Anhang 10iii des Schreibens von Telefónica vom 21.7.06: „*Análisis de las variables económicas críticas del ADSL – Documento de trabajo – Resumen documento base*“, Folie 36 (Seite TFCA-4481 der Akte).

- der geeignete Kostenstandard, der auf die langfristigen durchschnittlichen Zusatzkosten (*long run average incremental costs*, "LRAIC") abstellt (siehe unten Abschnitt 2);
- die Art der vorzunehmenden Rentabilitätsanalyse: die Kommission hat die Rentabilität auf der Grundlage zweier Methoden untersucht, namentlich dem historischen Ansatz, der einzelne Zeiträume getrennt betrachtet, und nach der Ertragswertmethode (siehe unten Abschnitt 3);
- der Grad der Aggregation bei dem Kosten-Preis-Scheren-Test: die Kosten-Preis-Schere wurde auf der Grundlage verschiedener von Telefónica vertriebener Endkundendienste durchgeführt (siehe unten Abschnitt 4);
- die Vorleistung im Rahmen der Prüfung, ob die Nachbildung der Preise für Produkte auf der nachgelagerten Ebene möglich ist: Telefónicas Endkundenpreise müssen von einem gleich effizienten Wettbewerber in jedem der relevanten Großkundenmärkte auf der Grundlage wenigstens eines von Telefónica angebotenen Produkts duplizierbar sein (siehe unten Abschnitt 5).

1 Bewertung der Rentabilität ausgehend von den nachgelagerten Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens (Test unter Annahme eines „gleich effizienten Wettbewerbers“)

- (311) Eine Kosten-Preis-Schere kann nachgewiesen werden, indem gezeigt wird, dass die Geschäftstätigkeit des marktbeherrschenden Unternehmens auf dem nachgelagerten Markt auf der Grundlage des Preises, den der vorgelagerte Geschäftsbereich des marktbeherrschenden Unternehmens von den Wettbewerbern forderte, nicht rentabel sein konnte („Test unter Annahme eines gleich effizienten Wettbewerbers“). Eine Kosten-Preis-Schere kann auch durch den Nachweis belegt werden, dass die Spanne zwischen dem Preis für den Zugang, der Wettbewerbern im vorgelagerten Markt berechnet wird, und dem Preis, den der Netzbetreiber im nachgeordneten Markt berechnet, nicht ausreicht, um einem hinreichend effizienten Diensteanbieter im nachgeordneten Markt die Erzielung eines normalen Gewinns zu ermöglichen („Test unter Annahme eines theoretisch hinreichend effizienten Wettbewerbers“).
- (312) Die Kommission ist der Ansicht, dass der maßgebliche Kosten-Preis-Scheren-Test in dieser Sache als Test unter Annahme eines „gleich effizienten Wettbewerbers“ durchzuführen ist. Bei diesem Test können die nachteiligen Auswirkungen einer Kosten-Preis-Schere anhand der Ausgrenzung von Wettbewerbern gemessen werden, die in der Lage sind, nachgelagerte Dienste mit ähnlicher Effizienz wie das marktbeherrschende Unternehmen anzubieten. Maßgeblich ist also die Prüfung, ob Telefónica im nachgeordneten Markt Dienste hätte anbieten können, ohne einen Verlust zu erleiden, wenn während des untersuchten Zeitraumes Telefónica für den internen Transfer denselben Großkundenpreis hätte entrichten müssen, den Telefónica auch den Wettbewerbern in Rechnung stellte.

- (313) Dieser Ansatz wurde von der Kommission auch in der Sache *Deutsche Telekom* zugrunde gelegt, als die Kommission feststellte, dass die Deutsche Telekom ihre beherrschende Stellung missbräuchlich zur Verursachung einer Kosten-Preis-Schere genutzt hat, weil die Differenz zwischen den von der Deutsche Telekom berechneten Endkundenpreisen und den Großkundenpreisen, die die Deutsche Telekom von ihren Wettbewerbern forderte, negativ oder zumindest nicht hinreichend war, um die produktspezifischen Kosten zu decken, die dem marktbeherrschenden Betreiber selbst für die Bereitstellung seiner Endkundendienste auf dem nachgelagerten Markt entstanden.²⁸⁶ Dieser Ansatz steht auch im Einklang mit dem Ansatz in der Sache *Napier Brown/British Sugar*, in der die Kommission feststellte, dass das marktbeherrschende Unternehmen bei der Berechnung der Spanne zwischen dem Preis des vorgelagerten Produkts und des nachgelagerten Produkts seine Selbstkosten für die Verarbeitung des Ausgangserzeugnisses zum Enderzeugnis nicht berücksichtigt hatte.²⁸⁷
- (314) In dieser Sache ist der „Test unter Annahme eines theoretisch gleich effizienten Wettbewerbers“ für Telefónica vorteilhafter als der „Test unter Annahme eines theoretisch hinreichend effizienten Wettbewerbers“. In Anbetracht der Größen- und Verbundvorteile von Telefónica kann davon ausgegangen werden, dass die Kosten pro Anschluss bei Telefónica geringer sind als die hinreichend effizienten Wettbewerbern von Telefónica entstehenden Kosten. Ein hinreichend effizienter Wettbewerber mit der Kostenkonstellation, die auch bei der nachgelagerten Geschäftstätigkeit von Telefónica gegeben ist, der jedoch im untersuchten Zeitraum nicht über die gleichen Größenvorteile wie Telefónica verfügte,²⁸⁸ hat zwangsläufig höhere Netzkosten pro Anschluss.²⁸⁹ Durch die Präsenz und die führende Stellung auf allen Telekommunikationsmärkten in Spanien (insbesondere auf den Endkunden-Massenmärkten in den Bereichen Festnetztelefonie, Mobiltelefonie und Breitbandzugang) verfügt Telefónica über Verbundvorteile, die Telefónica die Verteilung gewisser Kosten (Verwaltung, Werbung, Handelsnetz) auf eine erheblich größere Anzahl an Teilbereichen ermöglichen als einem hinreichend effizienten Wettbewerber mit weniger verschiedenen Aktivitäten.²⁹⁰ Wegen der großen Bedeutung von Größen- und Verbundvorteilen in dieser Branche kann Telefónica auf dem nachgelagerten Markt Preise oberhalb der Selbstkosten ansetzen und trotzdem den Zugang von Wettbewerbern zum Markt und das Wachstum von Wettbewerbern auf dem Markt verhindern.

²⁸⁶ *Deutsche Telekom*, Randnummer 107.

²⁸⁷ *Napier Brown/British Sugar*, Randnummer 66.

²⁸⁸ Ende 2004 beruhten 97 % der ADSL-Anschlüsse (einschließlich der Anschlüsse von Telefónica) in Spanien auf dem ATM-Netz von Telefónica (GigADSL) und 81 % (einschließlich derjenigen von Telefónica) auf dem IP-Netz von Telefónica (ADSL-IP oder ADSL-IP Total). Siehe Tabelle 60 in Anhang A. Im Übrigen war Telefónicas Anteil auf den landesweiten Großkundenmarkt mehr als 11-mal so groß wie der Anteil des größten Konkurrenten.

²⁸⁹ Im Test auf das Vorliegen einer Kosten-Preis-Schere zwischen dem Großkundenprodukt von British Telecom (dem Megavia entsprechenden Großkundenprodukt *IPStream*) und der ATM-Verbindung (entsprechend dem Produkt *GigADSL*) hat die britische Regulierungsbehörde „als Benchmark für die Festsetzung der Spanne einen neuen Marktteilnehmer angenommen, bei dem heute dieselbe Kostenstruktur gegeben ist wie bei BT (d.h. der ähnlich effizient ist), der aber zu einem späteren Zeitpunkt auf den Markt gelangt und in geringerem Umfang von Größen- und Verbundvorteilen

(315) Entgegen der Darstellung von Telefónica²⁹¹ setzt der Test unter Annahme eines „gleich effizienten Wettbewerbers“ nicht einfach die Annahme voraus, dass ein ähnlich effizienter Wettbewerber in der Lage wäre, auf vorgelagerter Ebene die gleichen Vermögenswerte wie Telefonica einzubringen. Diese Annahme wurde auch in der maßgeblichen Rechtsprechung und in der maßgeblichen Entscheidungspraxis (*Industrie des Poudres Sphériques, Napier Brown* und *Deutsche Telekom*) nicht vorausgesetzt. Geprüft wird, ob ein Wettbewerber mit der gleichen Kostenkonstellation wie der nachgelagerte Geschäftsbereich des vertikal integrierten Unternehmens bei den Großkunden- und Endkundenpreisen des vertikal integrierten Unternehmens rentabel geführt werden kann.

2 Der angemessene Kostenmaßstab: das Konzept der langfristigen durchschnittlichen Zusatzkosten (LRAIC = Long Run Average Incremental Costs)

(316) In einem horizontal und vertikal integrierten Unternehmen wie z.B. Telefónica entstehen verschiedene Kostentypen. Dem Unternehmen entstehen Zusatzkosten nur wegen seiner Geschäftstätigkeit auf dem nachgelagerten Markt; diese Kosten würden nicht entstehen, wenn Telefónica nur auf dem vorgelagerten Markt tätig wäre. Außerdem entstehen Gemeinkosten,²⁹² die mehrere Bereiche gleichzeitig betreffen. Anders als ein nachgelagerter Wettbewerber mit der gleichen Effizienz wie der nachgelagerte Geschäftsbereich von Telefónica kann Telefónica jedoch Verbundvorteile nutzen, und die Gemeinkosten beschränken sich nicht auf einen einzigen Geschäftsbereich, sondern verteilen sich auf mehrere Bereiche.

profitiert.“ (siehe OFCOM, *Direction Setting the Margin between IPStream and ATM Interconnection Prices*, 26.8.04, Randnummer 2.205). In der Antwort zur Konsultation bezüglich der Anweisung des OFCOM hat Telefónica nicht nur den Ansatz von OFCOM anerkannt, nach dem bei dem Kosten-Preis-Scheren-Test auch der Umfang der Geschäftstätigkeit zu berücksichtigen sei, sondern außerdem erklärt, dass das OFCOM die Marktanteile der neuen Marktteilnehmer mit 20 % - 25 % - 30 % unrealistisch hoch angesetzt hat (siehe Antwort von Telefónica UK in der OFCOM-Anhörung zum Entwurf einer Verordnung zur Festsetzung der Spanne zwischen den Preisen für IPStream- und ATM-Zusammenschaltungen, 2. Juli 2004 – Seite TFCA-3776 der Akte).

²⁹⁰ Siehe folgender Abschnitt 2 zu Möglichkeiten bei der Wahl des Kostenstandards; bei der genannten Prüfung auf das Vorliegen einer Kosten-Preis-Schere zwischen den Großkundenprodukten von British Telecom vertrat das OFCOM die Ansicht, „*dass neue Marktteilnehmer wahrscheinlich in geringerem Umfang von Verbundvorteilen als BT profitieren und hält es für angemessen, dies bei der Festsetzung der Spanne unter Berücksichtigung des in einer Förderung des Wettbewerbs bestehenden Zieles in Betracht zu ziehen. Bei dem vom OFCOM als Benchmark angenommenen ähnlich effizienten neuen Marktteilnehmer wird dieselbe Kostenkonstellation wie bei BT zugrunde gelegt; allerdings wird von geringeren Verbundvorteilen ausgegangen. Eine angemessene Methode zur Umsetzung dieses Ansatzes bei der Berücksichtigung der Kosteninformationen von BT als Ausgangsdaten besteht darin, einen Zuschlag für die Deckung von Gemeinkosten bei der Analyse der Kosten-Preis-Schere anzunehmen. Entsprechend würde ein geeigneter Kostenrahmen ein Element für die Amortisierung von Gemeinkosten beinhalten. Beispiel: CCA FAC [Current Cost Account Fully Allocated Costs] oder LRIC+ [LRIC zuzüglich eines Zuschlags für die Amortisierung von Gemeinkosten]*“ (siehe Absatz 2.32).

²⁹¹ Siehe *Erwiderung*, Seite 97.

²⁹² Gemeinkosten entstehen, wenn zwei oder mehr Produkte/Dienste gleichzeitig hergestellt bzw. erbracht werden, die auch getrennt hergestellt bzw. erbracht werden könnten. Diese Kosten werden auch als gemeinsame Kosten bezeichnet, wenn sie sich auf alle Geschäftsbereiche des jeweiligen Marktteilnehmers beziehen.

- (317) In den Netzwerkindustrien haben Unternehmen ganz andere Kostenstrukturen als in anderen Industriezweigen, will in dieser Industrie erheblich höhere Fixkosten entstehen. Wie in der *Zugangsmittteilung*²⁹³ erläutert, kann der Preis in Höhe der variablen Kosten eines Dienstes erheblich niedriger sein als der Preis, den der betreffende Marktteilnehmer verlangen muss, um die Kosten für die Bereitstellung dieses Dienstes langfristig zu decken. Um die Rentabilität der von einem Marktteilnehmer über einen Zeitraum zu fordernden Preise beurteilen zu können, die als Grundlage für die Investitionsentscheidungen dieses Marktteilnehmers dienen, müssen unter anderem die zusätzlichen Gesamtkosten für das Angebot des Dienstes berücksichtigt werden.
- (318) Gemäß der ökonomischen Theorie²⁹⁴ sowie gemäß der Praxis der Kommission²⁹⁵ in Fällen einer Kosten-Preis-Schere, in denen die Möglichkeiten von Wettbewerbern, langfristig profitabel zu arbeiten, bewertet wurde, wird das Konzept der langfristigen durchschnittlichen Zusatzkosten (LRAIC = *Long Run Average Incremental Costs*) als relevanter Kostenmaßstab für die Bewertung einer Kosten-Preis-Schere im Telekommunikationsbereich zugrunde gelegt.
- (319) Die langfristigen Zusatzkosten eines Produkts ergeben sich aus den produktspezifischen Kosten in Verbindung mit dem jeweiligen gesamten Produktionsumfang. Die langfristigen Zusatzkosten ergeben sich aus der Differenz zwischen den Kosten, die dem jeweiligen Unternehmen bei der Herstellung sämtlicher Produkte einschließlich des jeweils analysierten einzelnen Produkts entstanden sind, und den Gesamtkosten des Unternehmens, die dann entstehen würden, wenn als Produktionsumfang für das jeweilige Angebot der Wert Null und für alle sonstigen Produkte ein bestimmter konstanter Wert angenommen würde. Diese Kosten beinhalten nicht nur alle volumenbezogenen Kosten und sämtliche Festkosten, die unmittelbar der Herstellung des gesamten Produktionsumfangs bei dem betreffenden Produkt zuzuschreiben sind, sondern auch die entsprechende Erhöhung der Gemeinkosten.
- (320) Da die langfristigen Zusatzkosten eines Produkts auch die Erhöhung der Gemeinkosten infolge der Beschaffung des betreffenden Produkts beinhalten, bedeutet die bloße Tatsache, dass ein Kostenelement mehreren Bereichen gemein ist, nicht zwangsläufig, dass die langfristigen Zusatzkosten aufgrund der jeweiligen Tätigkeit für jedes einzelne Produkt mit dem Wert Null anzusetzen wären. Zu bewerten ist, ob diese Gemeinkosten teilweise oder vollständig entstanden wären, wenn das Unternehmen beschlossen hätte, das betreffende Produkt nicht anzubieten.²⁹⁶

²⁹³ Mitteilung über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Zugangsvereinbarungen im Telekommunikationsbereich („*Zugangsmittteilung*“), ABl. 1998 C 265/2, Randnummern 113 bis 115.

²⁹⁴ Siehe z.B. G.R. Faulhaber: *Cross subsidization in Public enterprises*, *American Economic Review*, Bd. 65/1975, S. 970 – Baumol, W & Sidak, JG, *Towards competition in local telephony*, MIT Press, Cambridge, MA, 1994, S. 66, 77-78.

²⁹⁵ Siehe *Deutsche Telekom*, Randnummern 155 bis 157 – *Napier Brown–British Sugar*, Randnummern 65 und 66 – Entscheidung der Kommission 76/185/EKGS vom 29. Oktober 1975, *National Carbonizing Company* („*National Carbonizing Company*“), Randnummer 7.

²⁹⁶ Dies soll am Beispiel einer Kaufhauskette (z.B. fnac) veranschaulicht werden, die zwei Produktkategorien vermarktet (z.B. Bücher und Datenträger). Auch wenn die Kaufhauskette

- (321) Es wird angenommen, dass die Preispolitik einer rational handelnden und auf Gewinnmaximierung ausgerichteten Firma mit mindestens der gleichen Effizienz wie Telefónica (insbesondere hinsichtlich der bestehenden Größen- und Verbundvorteile), deren Einnahmen in Verbindung mit der nachgelagerten Geschäftstätigkeit unter den langfristigen durchschnittlichen Zusatzkosten liegen, „mittelfristig kein wirtschaftliches Eigeninteresse [hat], eine derartige Dienstleistung anzubieten. Sie könnte nämlich ihre Gewinnsituation verbessern, indem sie entweder den Preis über die leistungsspezifischen Zusatzkosten anhebt oder aber – falls ein solcher Preis im Markt nicht durchsetzbar wäre – auf die Erbringung dieses Dienstes ganz verzichtet, weil die Erlöse beim gegenwärtigen Preis unterhalb der durch dieses Angebot verursachten Zusatzkosten liegen“²⁹⁷, wobei die betreffende Firma ihr Angebot aller anderen Produkte unverändert läßt.
- (322) In dieser Sache sind die LRAIC (langfristigen durchschnittlichen Zusatzkosten) ein geeignetes Maß für die nachgelagerten Kosten bei Telefónica. Unterschreiten diese Kosten die Spanne zwischen den vorgelagerten und den nachgelagerten Preisen von Telefónica, so wäre dies als Anzeichen für das Vorliegen einer Kosten-Preis-Schere zu werten.

beschließen würde, nur noch Bücher zu vertreiben, würden gewisse Gemeinkosten anfallen (z.B. das Geschäftsführergehalt); andere Kosten würden sich entsprechend dem Anteil der Datenträger reduzieren. (Die Ladenfläche wäre z.B. geringer, es würden weniger Kassen benötigt usw.). Mit anderen Worten: Vermeidbare Anteile der Gemeinkosten werden als Grenzkosten bezeichnet.

²⁹⁷ Deutsche Post AG („Deutsche Post“), Entscheidung der Kommission vom 20.3.01 COMP/35.141, ABl. L125/27-44; die Sache *Deutsche Post* betrifft zwar auf Verdrängung ausgerichtete Preise, verdeutlicht aber doch die Haltung der Kommission in Verbindung mit Artikel 82 zu den Kosten, die der Betreiber eines Netzes mit mehreren Produkten decken muss, der eine zusätzliche Produktreihe auf Märkten anbietet, auf denen ein freier Wettbewerb besteht.

(323) Die Berücksichtigung der langfristigen Kosten impliziert, dass sämtliche in Verbindung mit der jeweiligen Geschäftstätigkeit entstehenden langfristigen Zusatzkosten in den Kosten-Preis-Scheren-Test einbezogen werden sollten. Entgegen den Darstellungen von Telefónica²⁹⁸ bedeutet dies jedoch nicht, dass die Kosten pro Anschluss ausgehend von den langfristigen Anschlusszahlen berechnet werden sollten (d.h. dies bedeutet nicht, dass der Kosten-Preis-Scheren-Test darin bestehen sollte, dass die heutigen Einnahmen von Telefónica pro Anschluss mit den ausgehend von den langfristigen Anschlusszahlen berechneten Kosten pro Anschluss verglichen werden sollten). Allerdings können die Kosten pro Anschluss in einer wachstumsorientierten Branche, die durch wichtige Festkosten gekennzeichnet ist, am Anfang der Lebensdauer eines Produkts schon allein wegen der geringen Kapazitätsauslastung des Netzes verhältnismäßig hoch sein. In dieser besonderen Sache sind die nachgelagerten Verluste von Telefónica jedoch nicht dadurch zu begründen, dass der spanische Breitbandmarkt noch zu wenig ausgereift gewesen wäre. Es wäre unangemessen, die Kosten pro Anschluss von Telefónica ausgehend von den langfristigen Anschlusszahlen zu berechnen, weil Telefónica selbst im anfänglichen Geschäftsplan davon ausgegangen ist, dass die Gewinnschwelle im Breitbandgeschäft²⁹⁹ bei 1 Mio. Endkunden erreicht sein werde; dieses Volumen wurde im Februar 2003 erreicht.³⁰⁰ Telefónica ging also bei der Kalkulation der Rentabilität im Breitbandgeschäft insgesamt nicht von einem projizierten Wachstum nach 2003 aus. Die bloße Tatsache, dass Telefónica davon ausging, im Breitbandgeschäft insgesamt schnell die Rentabilitätsschwelle zu erreichen und auch erreicht hat, trotzdem aber 2006 (d.h. mehr als fünf Jahre nach Einführung des ersten ADSL-Produkts für Endkunden) auf der nachgelagerten Ebene noch Verluste schreiben würde, ist ein deutliches Anzeichen dafür, dass die nachgelagerten Verluste von Telefónica nicht damit erklärt werden können, dass die Möglichkeit einer verzerrten Darstellung in den Kostenrechnungen besteht, weil die Berechnung der Kosten pro Einheit auf der Grundlage der derzeitigen Volumina vorgenommen wurde.³⁰¹

²⁹⁸ Siehe *Erwiderung*, Seite 325.

²⁹⁹ Das heißt die Aggregation von Kosten und Erlösen auf der gesamten Breitband-Wertschöpfungskette, sodass die nachgelagerten Verluste durch die vorgelagerten Gewinne ausgeglichen werden können.

³⁰⁰ Siehe die *ADSL-Scorecard* im Schreiben von Telefónica vom 31.8.06 (Seite TFCA-9771 der Akte).

³⁰¹ Die Tatsache, dass die Gewinnschwelle in Telefónicas Breitband-Geschäft (d.h. die Aggregation von Kosten und Erlösen auf der gesamten Breitband-Wertschöpfungskette) im Februar 2003 erreicht wurde, rechtfertigt nicht die von dem Unternehmen zuvor erzielten Verluste im nachgelagerten Geschäft. Dies liegt daran, dass Telefónica auf Punkt-zu-Punkt-Basis profitabel war, jedoch bis Dezember 2006 Verluste gemacht hätte, wenn es die Großkundengebühren zu zahlen gehabt hätte, die es von den Wettbewerbern auf der nachgelagerten Ebene verlangte.

(324) Das negative Ergebnis bei der Bewertung nach der Ertragswertmethode – einer rentabilitätsbezogenen Methode,³⁰² die eben jegliches Risiko einer Verzerrung der Ergebnisse ausschließt, indem sämtliche Erträge und Kosten über mehrere Jahre zusammengefasst werden (in dieser Sache für mehr als fünf Jahre) – ist ebenfalls als deutliches Anzeichen dafür zu betrachten, dass die nachgelagerten Verluste von Telefónica nicht durch eine buchungsbedingte Verzerrung bei der Berechnung der Kosten pro Anschluss begründet sein können. In jedem Fall wäre es unrichtig, die Telefónica entstandenen Kosten pro Anschluss ausgehend von den langfristigen Umsätzen zu berechnen, da – wie von Telefónica selbst erläutert³⁰³ – die Kapazität der Vermittlungskomponenten, des IT-Systems und der Übertragungseinrichtungen³⁰⁴ schrittweise der mittelfristigen Nachfrage angepasst wird (d.h. unterjährig bzw., wie aus der Entwicklung der Kapazität der BRAS und des IT-Systems ersichtlich, alle vier Monate³⁰⁵). Als das Unternehmen die Geschwindigkeit aller Endkundenprodukte verdoppelte, erklärte Telefónica ebenfalls, die Kapazitätsanpassungen (bei Vermittlungsanlagen und Übertragungseinrichtungen) könnten binnen weniger als drei Monaten vorgenommen werden.³⁰⁵ Trotzdem hat das Unternehmen die gesteckten Umsatzziele immer erreicht,³⁰⁶ daher kann auch nicht festgestellt werden, dass das Unternehmensnetz überdimensioniert gewesen sei und dass entsprechend die Kosten pro Anschluss wegen zu optimistischer Umsatzprognosen zu hoch gewesen seien.

3 Der geeignete Test zur Bewertung der Rentabilitätsentwicklung

- (325) Wie bereits dargestellt, muss in Verbindung mit dem Kosten-Preis-Scheren-Test auch bewertet werden, ob das eigene nachgelagerte Geschäft des vertikal integrierten Unternehmens bei dem vorgelagerten Preis, den der vorgelagerte Geschäftsbereich dieses Unternehmens von Wettbewerbern fordert, rentabel betrieben werden könnte.
- (326) Die Rentabilität kann mit zwei Methoden ermittelt werden: mit einem historischen Ansatz, der einzelne Zeiträume getrennt betrachtet, und nach der Ertragswertmethode.
- (327) Im vorliegenden Fall kommen, wie unten in Abschnitt VI.D.1.4 dargestellt, sowohl der historische Ansatz (unter Betrachtung getrennter Zeiträume) als auch die Ertragswertmethode zu dem Ergebnis, dass es zwischen Telefónicas Endkunden- und den Großkundenpreisen eine Kosten-Preis-Schere gegeben hat.

³⁰² Siehe unten Abschnitt VI.C.3.

³⁰³ Siehe Schreiben von Telefónica vom 25.8.06 (Seiten TFCA-9039 bis TFCA-9041 der Akte).

³⁰⁴ Wie in der folgenden Tabelle 20 dargestellt, entfallen auf diese Systeme mehr als 90 % aller Inkremental-Investitionen im Zusammenhang mit dem IP-Backbone von Telefónica.

³⁰⁵ Siehe Entscheidung der CMT vom 22.7.04 in der Sache DT 2004/1008: „TESAU, por su parte, no ve necesidad alguna para establecer un plazo superior a los 3 meses desde la comunicación de la propuesta para implementar el cambio de velocidades en ADSL, tal como se establece en la Resolución de 31 de marzo de 2004, aprobatoria de la OBA. Según este operador, los trabajos a realizar son en su mayoría solicitados a TESAU, y por tanto para el resto sería suficiente con el plazo de dos meses desde la comunicación de migración“ (Seite 18 der Entscheidung).

³⁰⁶ Sämtliche im anfänglichen Geschäftsplan des Unternehmens (siehe Anhang 10iv des Schreibens von Telefónica vom 21.7.06 – Seite TFCA-4495 der Akte) genannten Volumenziele wurden erreicht (siehe Tabelle 60 in Anhang A).

- (328) Beim historischen Ansatz (unter Betrachtung getrennter Zeiträume) werden für die einzelnen Jahre (bzw. auch für noch kürzere Zeiträume) die ermittelten Erträge mit den aus den Konten des Unternehmens entnommenen Kosten verglichen, in denen Investitionen über geeignete Zeiträume als amortisiert verbucht wurden.
- (329) Bei der Ertragswertmethode wird die Gesamrentabilität über einen angemessenen Zeitraum (in der Regel von mehreren Jahren) bewertet. Das künftige Wachstum des Unternehmens wird bei der Rentabilitätsanalyse berücksichtigt, indem zu erwartende künftige Cashflows über bestimmte Zeiträume zusammengefasst werden, um einen einzigen Bezugswert (den so genannten Kapitalwert) zu ermitteln. Da Kosten und Erträge über mehrere Jahre entstehen, wird der Gegenwartswert³⁰⁷ des Kosten- und Ertragsstroms als Maßstab für den Vergleich der Summe der Erträge und Kosten angenommen. Der Kapitalwert ergibt sich also aus den abgezinsten Erträgen abzüglich der Summe der abgezinsten Kosten (siehe folgende Formel). Ein positiver Kapitalwert bedeutet, dass mit der betreffenden Geschäftstätigkeit über den jeweils angemessenen Zeitraum ein Wert geschaffen wird. Bei einem negativen Kapitalwert wird der vorhandene Wert vernichtet, und die betreffende Investition stellt einen Verlust dar.

$$\text{Kapitalwert} = \sum_{t=0}^N \frac{\text{Erträge}_t - \text{Kosten}_t}{(1 + \text{WACC})^t}$$

wobei WACC = Kapitalkosten des Unternehmens

- (330) Sowohl bei der Methode der Berücksichtigung getrennter Zeiträume als auch der Ertragswertmethode liegt der Aspekt der Kostendeckung im Laufe der Zeit zugrunde; dieser Aspekt wird jedoch in unterschiedlicher Weise behandelt: Bei der Ertragswertmethode wird die Rentabilität eines Unternehmens über einen angemessenen langen Zeitraum (mehrere Jahre) untersucht. Dabei wird nicht angegeben, wie die Kosten in bestimmten Teil-Zeiträumen (jährlich) gedeckt werden sollten. Berücksichtigt wird die Entwicklung der Erträge bzw. der Kosten des jeweiligen Unternehmens im analysierten Zeitraum; aufgrund dieser Entwicklung wird dann der Kapitalwert des Unternehmens berechnet. Mit der Methode der Berücksichtigung getrennter Zeiträume hingegen führen die üblichen Abrechnungsverfahren dazu, dass manche Kosten als Ausgaben verbucht und nur dem Zeitraum zugerechnet werden, in dem sie tatsächlich aufgetreten sind, während andere Kosten als Ertrag betrachtet und in mehreren Zeiträumen verbucht werden (in der Regel durch lineare Abschreibung).

³⁰⁷ Künftige Cashflows werden von den Kapitalkosten des Unternehmens abgezogen, damit für künftige Cashflows ein geringerer Wert angenommen wird, als für eher unmittelbar entstehende Cashflows. Als Kapitalkosten wird der Preis angenommen, den das Unternehmen für die Beschaffung des eingesetzten Kapitals entrichten muss. Die Kapitalkosten geben Aufschluss über die Erträge, die Investoren als Voraussetzung dafür erwarten, dass sie in die Geschäftstätigkeit eines bestimmten Unternehmens investieren und ihr Kapital nicht anderweitig einsetzen. Siehe unten Abschnitt VI.C.3.1.4.

- (331) In der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs³⁰⁸ und in der Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission³⁰⁹ in Sachen im Zusammenhang mit einem Preissmissbrauch (insbesondere bei auf Verdrängung ausgerichteten Preisen und bei einer Kosten-Preis-Schere) muss die Rentabilität des marktbeherrschenden Unternehmens häufig mit der Methode der Berücksichtigung getrennter Zeiträume bestimmt werden. In der Sache *Wanadoo* hat die Kommission die Ansicht vertreten, die Ertragswertmethode sei für die Feststellung von auf Verdrängung ausgerichteten Preisen ungeeignet, obwohl der Markt der Breitbandprodukte für Endkunden in französischen Haushalten noch weiter wuchs. Dieser Markt weist starke Ähnlichkeiten mit dem spanischen Breitbandmarkt auf. Im *Wanadoo*-Urteil entschied das Gericht Erster Instanz, dass (i) die Kommission einen großen Ermessensspielraum³¹⁰ bei der Wahl der Berechnung der Kostendeckung eines marktbeherrschenden Unternehmens hat und dass (ii) es dem marktbeherrschenden Unternehmen obliegt zu beweisen, dass die von der Kommission angewandte Methode rechtswidrig ist.³¹¹
- (332) In der Mitteilung der Beschwerdepunkte³¹² hat die Kommission festgestellt, dass die Ertragswertmethode beim Nachweis einer Kosten-Preis-Schere gewisse Defizite habe; dies wurde auch von der Kommission in der Sache *Wanadoo*³¹³ sowie vom britischen Competition Appeals Tribunal³¹⁴, vom britischen Office of Fair Trading³¹⁵ und vom OFCOM³¹⁶ ausdrücklich anerkannt.
- (333) Erstens besteht die Gefahr, dass das Testergebnis auf unangemessenen Prognosen des überprüften Unternehmens beruht³¹⁷ und somit zu einem nur scheinbar positiven Ergebnis führt. Wenn für die Zukunft also erhebliche Gewinne zugrunde gelegt werden, können diese die Verluste in den ersten Jahren eines Vorhabens kompensieren, und bei einer Analyse nach der Ertragswertmethode kann ein positiver Kapitalwert ermittelt werden. Allerdings können sich Annahmen über zukünftige Gewinne nachträglich als unhaltbar herausstellen.

³⁰⁸ Sache C-62/86 *Akzo Chemie/Kommission*, Slg. 1991, I-3359, Sache C-333/94 P *Tetra Pak/Kommission*, Slg. 1996, I-5951.

³⁰⁹ *Wanadoo*, Randnummern 72 und 90.

³¹⁰ Urteil des Gerichts Erster Instanz vom 30.1.07 in der Rechtssache T 340/03, *France Télécom SA/Kommission*, Randnummer 129.

³¹¹ Urteil des Gerichts Erster Instanz vom 30.1.07 in der Rechtssache T 340/03, *France Télécom SA/Kommission*, Randnummer 153.

³¹² Siehe Randnummern 388 bis 393 der Mitteilung der Beschwerdepunkte.

³¹³ *Wanadoo*, Randnummern 90 und 92.

³¹⁴ *Napp Pharmaceuticals/Director General of Fair Trading* („*Napp*“), CAT 1 2002, CompAR 13 2002, Randnummer 260.

³¹⁵ OFT, BSKyB-Untersuchung, 30.1.03, Randnummern 382 bis 390.

³¹⁶ OFCOM, Untersuchung mutmaßlich wettbewerbswidriger Verhaltensweisen, die BT im Zusammenhang mit den BT-Breitbandprodukten (Openworld) zur Last gelegt wurden, durch den *Director General of Telecommunications*, 20.11.03, Abschnitt 5.

³¹⁷ In diesem Zusammenhang hat Telefónica eingeräumt, dass Prognosefehler bei der Erstellung von Geschäftsplänen auf rasch wachsenden Märkten wie etwa den spanischen Breitbandmärkten unvermeidlich seien: „*Tanto Telefónica de España como Terra contaban con Planes de Negocios, con carácter previo al lanzamiento de sus servicios ADSL minoristas, planes que garantizaban la*

- (334) Zweitens ermöglicht die Ertragswertmethode die Verrechnung anfänglicher Verluste mit künftigen Gewinnen. Ein positives Ergebnis bei Ermittlung nach der Kapitalwertmethode kann daher Anzeichen für ein wettbewerbswidriges Verhalten sein. Kurzfristige Verluste können langfristig zu höheren Gewinnen führen, die dann möglicherweise nicht auf eine natürliche Marktentwicklung, sondern auf die Steigerung der Marktmacht des beherrschenden Unternehmens zurückzuführen sind. Mit der Ertragswertmethode könnte nur festgestellt werden, ob Telefónica im analysierten Zeitraum voraussichtlich einen positiven Kapitalwert erwirtschaften würde; es könnte jedoch nicht ermittelt werden, wie die Kosten in getrennten Teilzeiträumen gedeckt würden. Entsprechend könnte ein positiver Kapitalwert nicht als Beleg dafür verstanden werden, dass kein wettbewerbswidriger Preisdruck ausgeübt wurde, sondern vielmehr, als Anzeichen dafür betrachtet werden, dass eine Verdrängung stattgefunden hat. Dies soll an der Anwendung der Ertragswertmethode bei einem Unternehmen veranschaulicht werden, das erfolgreich eine Kosten-Preis-Schere-Strategie verfolgt hat. In der ersten Phase dieser Strategie werden Preise festgesetzt, mit denen Wettbewerber verdrängt werden. In einer zweiten Phase werden die Preise möglicherweise angehoben, um zuvor entstandene Verluste auszugleichen; dies ist jedoch nicht unbedingt erforderlich,³¹⁸ da diese Preise vielleicht auch oberhalb des bei freiem Wettbewerb bestehenden Preisniveaus gehalten werden können, weil es keinen Markteintritt bzw. keine Expansion von Wettbewerbern gibt, die hinreichend bedeutsam wäre. In diesem Fall kann angenommen werden, dass eine Analyse nach der Ertragswertmethode trotz des wettbewerbswidrigen Verhaltens zur Feststellung eines positiven Kapitalwerts führen würde.
- (335) Drittens bestünde bei der Prüfung eines marktbeherrschenden Unternehmens wie z.B. Telefónica nach der Ertragswertmethode die Möglichkeit, dass dieses Unternehmen anfänglich erhebliche Verluste verbuchen würde (die später ausgeglichen würden), während die Wettbewerber über mehrere Jahre andauernde Verluste möglicherweise nicht verkraften könnten.
- (336) In der *Erwiderung*³¹⁹ hat Telefónica erläutert, die Methode der Berücksichtigung getrennter Zeiträume könne auf einem ausgereiften Markt angemessen sein, auf dem Unternehmen etablierte Positionen innehätten, nicht aber auf dynamischen Märkten wie etwa dem Markt für Endkunden-Breitbanddienste. Dort sei die Ertragswertmethode eher angemessen.

rentabilidad de dichos servicios a un horizonte temporal razonable – según las estimaciones de mercado previsible en el momento de su realización -, rentabilidad que en estos mercados debe ser entendida como cobertura de los costes incrementales. Posteriormente, las realizaciones de dichos Planes de Negocio no han sido completas, debido a diversos desfases leves entre las previsiones y la realidad del mercado, pero no puede negarse que, en un mercado emergente dichas divergencias son habituales“ (siehe Schreiben von Telefónica vom 7.4.04 (Seite TFCA-220 der Akte)).

³¹⁸ Telefónicas Endkundenpreise sind im untersuchten Zeitraum tatsächlich nicht angestiegen.

³¹⁹ Siehe *Erwiderung*, Seiten 102-106.

- (337) Erstens argumentierte Telefónica, dass die Methode der Berücksichtigung getrennter Zeiträume den Sinn von Investitionen außer Acht lasse: Kurzfristige Verluste seien Investitionen, die in der Erwartung künftiger Gewinne getätigt würden. Telefónica betrachtet diese Strategie auf einem sich entwickelnden Markt wie dem spanischen Endkunden-Breitbandmarkt als vernünftig und nicht auf Verdrängung ausgerichtet. Außerdem argumentiert Telefónica, dass die Ertragswertmethode bei einem wachsenden Markt besser geeignet sei, weil sie der Tatsache angemessen Rechnung trage, dass der erwartete Gewinn aufgrund eines bestimmten Verhaltens nicht von Netto-Cashflows abhängt, die das betreffende Unternehmen in den einzelnen Jahren erziele, sondern davon, ob die erzielten Netto-Cashflows künftig insgesamt einen Gewinn ergeben.
- (338) Zweitens argumentierte Telefónica, dass die Methode der Berücksichtigung getrennter Zeiträume den Unsicherheitsfaktor bei den Unternehmensstrategien nicht berücksichtige. Unternehmen gelangen auf den Markt, investieren und bleiben auch dann noch auf dem Markt, wenn sie kurzfristig Verluste verbuchen müssen und nicht sicher sein können, dass sich die Lage in Zukunft verbessern wird. Telefónica zufolge ist diese Strategie rational und nicht auf Verdrängung ausgerichtet, weil Unternehmen durch Aufrechterhaltung ihrer Marktpräsenz eine wertvolle Option für ihr künftiges Verhalten wahren. Der Erfolg könnte sich einstellen, und das Engagement der Unternehmen könnte sich langfristig als erfolgreich erweisen. Ebenso könnten Unternehmen nach Ansicht von Telefónica allerdings auch Pech haben und die falsche Strategie wählen; die Option des Rückzugs aus dem Markt sei jedoch immer gegeben.
- (339) Nach Ansicht von Telefónica kann eine von einer Bewertung des Ertragswerts der Strategie eines Unternehmens ausgehende Analyse aufschlussreich sein, wenn untersucht werden soll, ob diese Strategie auf Verdrängung ausgerichtet ist; bei dieser Analyse könnten nämlich wahrscheinliche Auswirkungen bestimmt werden. Wenn durch eine Unternehmensstrategie künftig wahrscheinlich Netto-Cashflows entstehen, die – wenn diese Cashflows gegeneinander aufgerechnet werden – insgesamt positiv ausfallen, ist anzunehmen, dass ein gleich effizienter Wettbewerber diese Strategie wiederholen und selbst dann, wenn beide Unternehmen kurzfristig Verluste verzeichnen, insgesamt ebenfalls einen Gewinn erzielen könnte.
- (340) Telefónica argumentierte ferner, dass viele Wettbewerber auf dem Breitbandsektor Tochtergesellschaften bzw. verbundene Gesellschaften einiger der großen europäischen Telekommunikationskonzerne (nämlich France Telecom und Deutsche Telekom) seien. Wenn die Strategie von Telefónica dazu führte, dass diese in gewissen Zeiträumen Verluste erlitten, könnten diese Betreiber die Verluste verkraften, da sie jeweils größeren Konzernen angehörten.
- (341) In den folgenden Randnummern ((342) bis (349)) beschäftigt sich die Kommission mit den Argumenten von Telefónica bezüglich der angeblichen Angemessenheit der Ertragswertmethode in dieser Sache.

- (342) Bei einem wachsenden Markt kann vernünftigerweise erwartet werden, dass die Kosten pro Anschluss im Laufe der Zeit zurückgehen werden. Ein Rückgang ist z.B. möglich, weil Festkosten auf einen wachsenden Kundenstamm umgelegt werden können (Entwicklung von Größenvorteilen), weil Erfahrungen dazu geführt haben, dass der betreffende Dienst effizienter angeboten werden kann (*learning by doing*) oder weil die Ausgangskosten infolge technischer Verbesserungen sinken. In dieser Sache können Diensteanbietern, die neue oder noch unausgereifte Dienste anbieten, anfangs erhebliche Kosten in Verbindung mit materiellen Vermögenswerten (z.B. dem Telekommunikationsnetz) und mit immateriellen Vermögenswerten (z.B. den Kosten für Marketing und für den Aufbau der Geschäftstätigkeit) bei der Einführung ihrer Dienste und bei der Kundenakquisition entstehen. Erträge werden mit diesen Investitionen in der Regel erst über einen Zeitraum von mehreren Jahren erzielt. Dies ist für die Auswahl des geeigneten Verfahrens zur Rentabilitätsanalyse in dieser Sache von Bedeutung.
- (343) Eine Anwendung der Ertragswertmethode beim Kosten-Preis-Scheren-Test setzt voraus, dass es vernünftig oder angemessen ist, anzunehmen, dass die Rentabilität der jeweiligen Preise auf einem Wettbewerbsmarkt von künftigen Kostensenkungen abhängt. Ansonsten wäre die Ertragswertmethode unangemessen und ungeeignet, und ein genaues Bild der wirtschaftlichen Rentabilität wäre nur durch die Bewertung der aktuellen Gewinn- und Verlustsituation zu erhalten, d.h. unter Verwendung des historischen Ansatzes, der einzelne Zeiträume betrachtet. Dieser Test wäre z.B. bei einem nicht wachsenden Markt vorzunehmen: Auf einem ausgereiften Markt bestünde ein erhebliches Risiko dahingehend, dass die Bewertung der Rentabilität eines marktbeherrschenden Unternehmens ausgehend von künftigen Kostensenkungen ohne Berücksichtigung gleichzeitiger Preissenkungen nicht im Einklang mit der tatsächlichen Wettbewerbsentwicklung stehen würde.
- (344) Bei wachsenden Produkt- und Dienstleistungsmärkten wie z.B. dem Endkundenmarkt für Breitband-Internetzugänge kann die Anwendung des historischen Ansatzes der Betrachtung unterschiedlicher Zeiträume zu Verzerrungen bei den Abrechnungen führen. Bestimmte Investitionen werden z.B. als Erträge verbucht, damit sich die Deckung unter Anwendung üblicher Verfahren der Rechnungslegung und gewöhnlich unter linearer Abschreibung über einen längeren Zeitraum erstrecken kann. Die Auslastung der aufgrund der materiellen Vermögenswerte verfügbaren Kapazität ist in den ersten Jahren nach der Markteinführung eines Produkts gering; die lineare Abschreibung impliziert jedoch über den gesamten Zeitraum der Vermarktung eines Produkts eine gleichmäßige jährliche Amortisation der Ausgangsinvestition sowie die Annahme, dass die Kosten des eingesetzten Kapitals in den ersten Jahren höher sind als in späteren Jahren, weil das eingesetzte Kapital mit fortschreitender Abschreibung des Vermögenswertes abnimmt. Gelegentlich könnten Gründe dafür sprechen, für die Kostendeckung in späteren Jahren einen größeren oder einen geringeren Anteil anzunehmen als bei der linearen Abschreibung möglich.

- (345) Diesbezüglich unterscheidet sich die Situation in dieser Sache in vielfältiger Hinsicht von der Situation in der Sache *Wanadoo*. In der Sache *Wanadoo* war das marktbeherrschende Unternehmen ein Diensteanbieter („WIN“), dem keine Kosten für den Aufbau eines Netzes entstanden sind. Daher bestand in dieser Sache nicht die Gefahr, dass bei der Bewertung der Netzkosten (in diesem Fall variable Großkundengebühren) eine Abrechnung hätte verzerrt werden können.³²⁰ In dieser Sache wäre die Kostenstruktur eines gleich effizienten Wettbewerbers, der das landesweite Großkundenangebot von Telefónica nutzen würde, sehr ähnlich der Kostenstruktur von WIN; bei einem gleich effizienten Wettbewerber, der das regionale Großkundenangebot von Telefónica nutzte und später in einen Backbone investiert hätte, der erhebliche Fixkosten verursacht hätte, wäre die Situation jedoch anders gelagert.
- (346) Ein Vorteil der Ertragswertmethode im Zusammenhang mit der Bewertung des regionalen Großkundenangebots von Telefónica mit dem Kosten-Preis-Scheren-Test besteht darin, dass diese Methode durch eine lineare Abschreibung bedingte Verzerrungen in der Rechnungslegung auf einem wachsenden Markt verhindert, indem die Einnahmen von Telefónica über einen angemessen langen Zeitraum zusammengefasst werden. Dies ist jedoch kein Grund, die Durchführung eines Kosten-Preis-Scheren-Tests zuzulassen, mit dem die durch ein wettbewerbswidriges Verhalten erzielten Erträge noch honoriert würden. Die Anwendung der Ertragswertmethode wäre in dieser Sache nur angemessen, um zu vermeiden, dass die Methode der Berücksichtigung getrennter Zeiträume nur deshalb auf eine Kosten-Preis-Schere infolge von Verzerrungen bei der Rechnungslegung hindeuten würde, weil der betreffende Markt noch wächst.

³²⁰ Siehe *Wanadoo*, Randnummern 45, 48 und 56.

(347) Diesbezüglich stellen der Geschäftsplan und die Kostenrechnungen von Telefónica die eigene Einschätzung des Unternehmens dahingehend dar, ob die nachgelagerten Verluste des Unternehmens durch die Unausgereiftheit des spanischen Breitbandmarkts zu erklären seien. In diesem Zusammenhang sind die folgenden Punkte von Bedeutung: (i) Telefónica erwartete ungeachtet der Unausgereiftheit des spanischen Breitbandsektors im anfänglichen Geschäftsplan eine rasche Rentabilität im gesamten Breitbandmarkt³²¹ (Break-even EBITDA und Break-even EBIT im Jahre 2002);³²² (ii) das Unternehmen erzielt im gesamten Breitbandmarkt zwar tatsächlich Gewinne, würde aber Verluste erwirtschaften, wenn selbst es die Großkundenpreise zahlen müsste, die es von seinen Wettbewerbern fordert; (iii) das Unternehmen hat in seinem Geschäftsplan das Break-even-Volumen im gesamten Breitbandmarkt mit einer Million ADSL-Endkunden veranschlagt.³²³ Dieses Volumen wurde im Februar 2003 erreicht.³²⁴ Die bloße Tatsache, dass Telefónica davon ausging, auf im gesamten Breitbandmarkt-Basis schnell Rentabilität erreichen zu können, und auf Punkt-zu-Punkt-Basis auch tatsächlich rentabel ist, während auf nachgelagerter Ebene im Jahre 2006 weiterhin Verluste gemacht würden, ist ein starker Anhaltspunkt dafür, dass die nachgelagerten Verluste von Telefónica nicht als unvermeidliche Verluste betrachtet und nicht durch die Unausgereiftheit des spanischen Breitbandmarkts erklärt werden.³²⁵

³²¹ D.h. bei Zusammenfassung der Kosten und Erträge sämtlicher Elemente der Wertschöpfungskette im Breitbandsektor, wobei Verluste im nachgelagerten Bereich durch Gewinne im vorgelagerten Bereich kompensiert werden konnten.

³²² Siehe Anhang 10iii des Schreibens von Telefónica vom 21.7.06: *Análisis de las variables económicas críticas del ADSL, Documento de trabajo, Resumen documento base*, Folie 35 (Seite TFCA-4480 der Akte).

³²³ Siehe Anhang 11ii des Schreibens von Telefónica vom 21.7.06: *La oportunidad de la Banda Ancha en las operadoras fijas*, Folie 46 (Seite TFCA-4549 der Akte).

³²⁴ Siehe *ADSL-Scorecard* im Schreiben von Telefónica vom 31.8.06 (Seite TFCA-9771 der Akte).

³²⁵ Wie schon oben in Fußnote 301 dargestellt, rechtfertigt die Tatsache, dass vorliegend das Break-even-Volumen von Telefónicas Punkt-zu-Punkt-Rentabilität im Februar 2003 erreicht wurde, nicht die nachgelagerten Verluste, die das Unternehmen vor diesem Zeitpunkt machte.

- (348) Bezüglich des Arguments von Telefónica, dass viele Wettbewerber Telefónicas auf dem spanischen Breitbandmarkt Tochtergesellschaften bzw. verbundene Unternehmen mächtiger europäischer Gesellschaften seien, die Verluste im gleichen Umfang wie Telefónica tragen könnten, wird darauf hingewiesen, dass nach Auffassung des Gerichtshofes Größe, finanzielle Leistungsfähigkeit und Umfang der Diversifizierung der Wettbewerber im weltweiten Maßstab nicht zwangsläufig bedeuten, dass das marktbeherrschende Unternehmen auf dem räumlich relevanten Markt keine bevorzugte Stellung innehat.³²⁶ Die Situation der vom Verhalten von Telefónica betroffenen Unternehmen muss daher vor dem Hintergrund des vorliegenden Falles untersucht werden. Die angebliche Macht einiger Wettbewerber von Telefónica (d.h. France Telecom und Deutsche Telekom) ist unerheblich: Die Wettbewerber besitzen möglicherweise einen finanziellen Rückhalt; keiner der Wettbewerber hat jedoch auf dem spanischen Breitbandmarkt eine führende Position oder eine der Stellung von Telefónica auf dem räumlich relevanten Markt vergleichbare Position inne. Unabhängig von der Bereitschaft der maßgeblichen Konzerne, die auf dem spanischen Breitbandmarkt entstandenen Verluste zu tragen, sind im Gegensatz zu Telefónica weder France Telecom noch die Deutsche Telekom in der Lage, Verluste auf dem Endkundenmarkt durch Gewinne auf vorgelagerten Märkten auszugleichen.³²⁸
- (349) Die Kommission wird daher eine Analyse auf das Vorliegen einer Kosten-Preis-Schere sowohl unter Annahme der Methode der Berücksichtigung getrennter Zeiträume als auch nach der Ertragswertmethode durchführen, um ausschließen zu können, dass eine Kosten-Preis-Schere festgestellt würde, die nur auf durch die Unausgereiftheit des spanischen Breitbandmarkts bedingte Verzerrungen in der Rechnungslegung zurückzuführen wäre, und um sicherzustellen, dass selbst die von Telefónica vorgeschlagene Methode das Vorliegen einer Kosten-Preis-Schere nicht widerlegen kann. Die Anwendung der Ertragswertmethode sollte nicht dazu führen, dass die durch ein wettbewerbswidriges Verhalten erzielten Erfolge auch noch honoriert würden und sollte dem vertikal integrierten Unternehmen nicht ermöglichen, seinen Wettbewerbern auf dem nachgelagerten Markt Verluste aufzuzwingen, die dem vertikal integrierten Unternehmen selbst nicht entstehen (im gesamten Breitbandmarkt). Dies wird im folgenden Abschnitt noch näher erläutert.

3.1 Anwendung der Ertragswertmethode in dieser Sache

- (350) Im Folgenden werden verschiedene Fragen im Zusammenhang mit der konkreten Anwendung der Ertragswertmethode in dieser Sache behandelt.

³²⁶ Sache 322/81 *Niederländische Banden Industrie Michelin/Kommission*, Slg. 1983, 3461, Randnummer 59.

³²⁷ Siehe auch Sache T-340/03, *France Telecom/Kommission*, Randnummer 114. Das Gericht erster Instanz hat die Argumentation von Wanadoo zurückgewiesen, dass die konkurrierenden Gruppen in Frankreich über ein ausgedehntes Vertriebsnetz verfügten. Das Gericht erster Instanz hat diesbezüglich darauf hingewiesen, dass die Vertriebsnetze konkurrierender Gruppen in Frankreich (als dem von dieser Entscheidung betroffenen Territorium) bei weitem nicht den Umfang des Vertriebsnetzes von France Telecom hatten.

3.1.1 Maßgeblicher Zeitraum für die Analyse auf das Vorliegen einer Kosten-Preis-Schere nach der Ertragswertmethode

- (351) Wie bereits erläutert, ermöglicht die Anwendung der Ertragswertmethode die Berücksichtigung kurzzeitiger anfänglicher Verluste, die sich aus den Besonderheiten des jeweiligen Marktes (Netzindustrie, Nachfragewachstum, Vernetzungseffekt, Lernkurve usw.) ergeben können, sieht jedoch vor, dass diese Verluste binnen eines angemessenen Zeitraums kompensiert werden. (Es sollte also nicht berücksichtigt werden, ob hypothetische künftige Gewinne im Anschluss an diesen Zeitraum zum Ausgleich dieser Verluste verwendet werden könnten.) Somit stellt sich die Frage, welcher Zeitraum für die Deckung der Kosten im Zusammenhang mit der Ertragswertmethode in dieser Sache angemessen wäre.
- (352) Bei der Auswahl des maßgeblichen Zeitraums für die Analyse eines Geschäftsmodells und damit auch bei der Ertragswertberechnung können verschiedene Ansätze zugrunde gelegt werden. Beispielsweise könnte die Rentabilität aktueller Investitionen unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Lebensdauer der jeweiligen Vermögenswerte bewertet werden. Alternativ könnte auch ein sehr langfristiger Ansatz zugrunde gelegt werden, bei dem die Rentabilität über die gesamte Dauer einer Geschäftsbeziehung oder zumindest über mehrere Investitionszyklen berücksichtigt würde. Dazu werden in der Regel Cashflow-Prognosen über einen längeren Zeitraum erstellt und für die jeweilige Geschäftsbeziehung am Ende des prognostizierten Zeitraums unbefristet ein bestimmter Wert zugrunde gelegt. Dabei wird gewöhnlich von einem konstanten Gewinn ausgegangen. Dieser Ansatz wird häufig dann gewählt, wenn der Erwerb oder die Veräußerung eines Unternehmens beabsichtigt ist.
- (353) Eine Kosten-Preis-Schere-Analyse verfolgt jedoch einen anderen Zweck als eine auf die Bewertung eines Unternehmens gerichtete Untersuchung; die Kosten-Preis-Schere-Analyse untersucht, ob ein bestimmtes Verhalten in einem bestimmten Zeitraum geeignet ist, Wettbewerber auf dem nachgelagerten Markt vom Markt auszuschließen. Je länger der berücksichtigte Zeitraum, desto größer ist das Risiko (i) falscher Prognosen und (ii) der Einbeziehung der mit einem wettbewerbswidrigen Verhalten erzielten Erträge.
- (354) Am sinnvollsten wäre daher, den Analysezeitraum entsprechend der wirtschaftlichen Lebensdauer der vom betreffenden Unternehmen eingesetzten Vermögenswerte zu begrenzen. Dies würde sicherstellen, dass alle aus der Verwendung dieser Vermögenswerte zu erwartenden wirtschaftlichen Vorteile bei der Rentabilitätsbewertung berücksichtigt würden.
- (355) In der Mitteilung der Beschwerdepunkte hat die Kommission eine Ertragswertanalyse unter Zusammenfassung sämtlicher Erträge und Kosten von Telefónica im Zeitraum 2001-2005 durchgeführt.³²⁸ In der *Erwiderung*³²⁹ hat Telefónica keine Einwände gegen die Zugrundelegung dieses Zeitraums vorgetragen, sondern vielmehr selbst einige Ertragswertberechnungen über diesen Zeitraum vorgelegt, die bestätigen sollten, dass keine Kosten-Preis-Schere bestanden habe.

³²⁸ Siehe Ziffer 442 der Mitteilung der Beschwerdepunkte.

³²⁹ Siehe Seiten 337-339 der *Erwiderung*.

- (356) Später legte Telefónica Kopien des anfänglichen Geschäftsplans vor,³³⁰ denen zufolge Telefónica davon ausging, dass im gesamten Breitbandmarkt (unter Zusammenfassung sämtlicher Kosten und Erträge in der gesamten Wertschöpfungskette auf dem Breitbandmarkt und entsprechend unter Ausgleich nachgelagerter Verluste durch vorgelagerte Gewinne) der Break-Even-Punkt EBITDA 2002, EBIT 2002 und ein positiver Kapitalwert (unabhängig von Endwerten) von September 2001 – Dezember 2006 (d.h. über 5 Jahre und 4 Monate) erreicht würde.
- (357) Dieser Fünf-Jahres-Zeitraum deckt sich (wie im anfänglichen Geschäftsplan vom Unternehmen selbst dargestellt³³¹) mit der durchschnittlichen Lebensdauer der im Netz bestehenden und für die Bereitstellung von ADSL-Endkundendiensten auf der Basis von GigADSL benötigten Vermögenswerte von TESAU. Dieser Zeitraum ist auch länger als die für die Amortisation der Kosten der Kundenakquisition bei TESAU zugrunde gelegte durchschnittliche Vertragsdauer eines Teilnehmeranschlusses. Der Fünf-Jahres-Zeitraum deckt sich auch mit der durchschnittlichen Lebensdauer der Anlagen eines Betreibers eines alternativen Netzwerkes (France Telecom³³² und Auna³³³).
- (358) Der Zeitraum von fünf Jahren wird auch bei dem Kosten-Preis-Scheren-Test³³⁴ zugrunde gelegt, den das OFCOM (NRB und nationale Kartellbehörden für den Telekommunikationsbereich im Vereinigten Königreich) zwischen dem regionalen Großkundenprodukt von BT („*ATM interconnection*“) und dem landesweiten Großkundenprodukt von BT („*IPStream*“) zugrunde gelegt hat.³³⁵ Das OFCOM hat im Zusammenhang mit dem Kosten-Preis-Scheren-Test eine Anhörung durchgeführt, und die größten alternativen ISP im Vereinigten Königreich haben anerkannt, dass ein Zeitraum von fünf Jahren für die Durchführung dieses Kosten-Preis-Scheren-Tests maßgeblich sei. Telefónica UK hat sich dieser Sichtweise nicht angeschlossen, sondern argumentiert, der Zeitraum müsse noch unter fünf Jahren liegen.³³⁶

³³⁰ *Análisis de las variables económicas críticas del ADSL, Documento de trabajo, Resumen documento base*, Seite 35, und *La oportunidad de la Banca Ancha en las operadoras fijas*, Seite 46.

³³¹ Im anfänglichen Geschäftsplan ist TESAU von einer Amortisierung der Vermögenswerte in Verbindung mit dem IP-Netz des Unternehmens binnen eines Zeitraums von fünf Jahren ausgegangen; siehe Schreiben von TESAU vom 26.4.04 (Seite TFCA-675 der Akte):

„*CAPEX* [...] *Se preveía la utilización por 100.000 usuarios de dicho elemento, red IP, amortizándose dicho elemento de manera lineal en cinco años y con un coste de capital del 9.5 %.*“

Dies ist auch der Amortisationszeitraum, der im Geschäftsplan von Telefónica für die Endkundenangebote ADSL Tiempo Libre (siehe Schreiben von TESAU vom 18.7.05, Seite TFCA-3257 bis TFCA-3261 der Akte), ADSL a tu medida (siehe Schreiben von TESAU vom 17.3.05, Seite TFCA-1092 der Akte) und ADSL MINI (siehe Schreiben von TESAU vom 28.4.05, Seite TFCA-2290 bis TFCA-2291 der Akte) angegeben wird.

³³² Schreiben von Uni2 vom 25.4.05 (Seite ISP-410 der Akte).

³³³ Schreiben von Auna vom 8.4.05 (siehe Seite ISP-340 der Akte).

³³⁴ OFCOM, *Direction Setting the Margin between IPStream and ATM interconnection prices*, 26.8.04. Der vom OFCOM vorab durchgeführte Test auf das Vorliegen einer Kosten-Preis-Schere zwischen den Produkten *ATM interconnection* und *IPStream* ist Bestandteil der Verpflichtungen, welche die britische Regulierungsbehörde BT zur Einschränkung der größten Marktmacht von BT auf dem Großkundenmarkt für Breitbandzugänge auferlegt hat.

Siehe http://www.ofcom.org.uk/consult/condocs/adsl_price/statement/statement.pdf

(359) Angesichts des oben Gesagten wird die Zeit von September 2001 – Dezember 2006 (fünf Jahre und vier Monate) als maßgeblicher Zeitraum für die Ertragswertanalyse angenommen. Dieser Zeitraum von etwas mehr als fünf Jahren³³⁷ ist für Telefónica günstiger, da die Gewinnspanne auf der nachgelagerten Ebene über die Zeit angestiegen ist.

3.1.2 *Der Endwert*

(360) Bei einer Ertragswertanalyse wird ein Endwert berechnet, um der Tatsache Rechnung zu tragen, dass wesentliche Vermögenswerte auch nach Ende des Modellzeitraums noch verwendet werden können. Dieser Endwert wird als positiver Cashflow im letzten Jahr des Modellzeitraums behandelt. Der Endwert soll Ausdruck des Wertes der Cashflow-Ströme des jeweiligen Unternehmens über den eigentlichen Modellzeitraum hinaus sein. Die Einbeziehung eines Endwerts kann erforderlich sein, weil gewisse einmalige Kosten im Modellzeitraum unter Umständen nicht vollständig gedeckt werden. Wenn die Kommission eine Ertragswertanalyse durchführen müsste, ohne einen Endwert zu berücksichtigen, müssten die Kosten in Verbindung mit Investitionen im letzten Jahr des Modellzeitraums (Beschaffungskosten und Investitionen in Netzkomponenten) über die mit den Teilnehmern erzielten Einnahmen mindestens eines Jahres gedeckt werden.

(361) Die Frage des angemessenen Endwerts für die Ertragswertberechnung steht in Zusammenhang mit dem geeigneten Zeitraum für die Ertragswertberechnung. Mit dem Endwert wird ebenso wie mit dem betreffenden Zeitraum ein zeitlicher Rahmen gesteckt, ab dem der Ausgleich von Verlusten in der Ertragswertanalyse nicht mehr berücksichtigt wird.

(362) Die Berechnungen im anfänglichen Geschäftsplan von Telefónica sehen am Ende des Berechnungszeitraums (d.h. zu dem Zeitpunkt, an dem die Ertragswertanalyse endet) keinen Endwert³³⁸ für Vermögenswerte vor. In der Antwort auf das Sachverhaltsschreiben hat das Unternehmen dies selbst eingeräumt.³³⁹ Telefónica ist also davon ausgegangen, dass eine Rentabilität bereits im Zeitraum 2001-2006 gegeben sein würde; obwohl im Kapitalwert gewisse einmalige Ausgaben (Netzkomponenten, Kosten der Kundenakquisition) enthalten sind, die noch nicht vollständig gedeckt wurden und mit denen auch nach dem Modellzeitraum 2001-2006 noch Erträge erwirtschaftet wurden.

³³⁵ Op. cit., Randnummern 2.177 und 2.178.

³³⁶ Op. cit., Randnummer 2.179.

³³⁷ Der Einfachheit halber wird dieser Zeitraum im Folgenden mit fünf Jahren angegeben.

³³⁸ Siehe Anhang 11ii des Schreibens von Telefónica vom 21.7.06: *La oportunidad de la Banca Ancha en las operadoras fijas*, Folie 46 (Seite TFCA-4549 der Akte).

³³⁹ Siehe Abschnitt 5.1.2 der Antwort auf das Sachverhaltsschreiben.

- (363) In dieser Entscheidung hat die Kommission jedoch einen noch vorteilhafteren Ansatz zugrunde gelegt als den Ansatz, von dem Telefónica im anfänglichen Geschäftsplan ausgegangen ist. Die Kommission hat nämlich einen Endwert als Ausdruck der verbleibenden Lebensdauer der physischen Vermögenswerte und der gewonnenen Kunden berücksichtigt. Die Höhe dieses Endwertes ergibt sich aus den Kosten der nicht amortisierten Vermögenswerte (physische Vermögenswerte und Akquisitionskosten), die nach Ablauf des in der Analyse untersuchten Fünf-Jahres-Zeitraums noch zu decken sind.³⁴⁰ Entgegen den bei Bewertungen in Verbindung mit Zusammenschlüssen und Übernahmen typischerweise zur Ermittlung von Endwerten verwendeten Berechnungsmethoden (siehe im Folgenden beschriebene und von Telefónica vorgeschlagene alternative Methode), bei denen ein zeitlich unbeschränktes Unternehmenswachstum angenommen wird, wurde der Endwert in dieser Sache unter Zuweisung der Kosten auf zwei Zeiträume berechnet: auf die fünf Jahre vor dem Ende des Betrachtungszeitraums (Ende 2006) und auf die folgenden Jahre.

$$\text{Kapitalwert} = \sum_{t=2001}^{2006} \frac{\text{Erträge}_t - \text{CAPEX}_t - \text{OPEX}_t}{(1 + \text{WACC})^{t-2001}} + \frac{\text{RV}_{2006}}{(1 + \text{WACC})^5}$$

- (364) In der *Erwiderung*³⁴¹ hat Telefónica der Anwendung dieser Methode widersprochen. Laut Telefónica geht die Kommission davon aus, dass der im letzten Jahr des Modellzeitraums (im letzten Jahr der Ertragswertberechnung) vorhandene Kundenstamm keinerlei Betriebsgewinn über das Maß hinaus abwerfe, das zur Deckung nicht gedeckter Kosten der Kundenakquisition und des Kapitalaufwands hinaus erforderlich sei, und dass mit künftigen Kunden ebenfalls keinerlei Betriebsgewinne erwirtschaftet würden.
- (365) Telefónica ist der Ansicht, dieser Ansatz werde erstmalig zugrunde gelegt³⁴² und sei unangemessen, (i) weil die Annahme äußerst unrealistisch sei, dass Betreiber, die bereits seit fünf Jahren auf dem Markt tätig seien, keinerlei Gewinne mehr von ihren künftigen Kunden erwarten könnten, und (ii) weil dieser Ansatz außer Acht lasse, dass diese Unternehmen beträchtliche Vermögenswerte (Markenwert, Know-how, Kompetenz, Geschäftsbeziehungen, materielle Vermögenswerte) erworben hätten und dass die Unternehmen erwarten könnten, früher oder später auch von diesem Einsatz profitieren zu können.

³⁴⁰ Nähere Informationen dazu, wie dieser Endwert berechnet wurde, sind Anhang X.C zu entnehmen.

³⁴¹ Siehe Erwiderung von Telefónica, Seiten 105-106 und 333-336.

³⁴² Siehe Erwiderung von Telefónica, Seiten 105-106 und 333-336.

(366) Telefónica zufolge sollte die Ertragswertmethode alle zukünftigen Gewinne einbeziehen. Dazu gehört auch, dass der von Telefónica vorgeschlagene Endwert die Summe der hypothetischen zukünftigen Gewinne wäre, die nach dem als Modell dienenden Zeitraum, d.h. von 2007 an, erzielt werden würden. Telefónica ist der Ansicht, dass die zuverlässigste Methode zur Schätzung des Endwertes wäre, den Wert zugrunde zu legen, der bei einer Übernahme des nachgelagerten Geschäftsbereiches von Telefónica am Ende des Modellzeitraums realisiert würde. Eine der Methoden zur Bewertung eines Unternehmens in Verbindung mit Zusammenschlüssen und Übernahmen besteht darin, den Wert des zu übernehmenden Unternehmens als Vielfaches einer zur Beschreibung dieses Unternehmens maßgeblichen finanzwirtschaftlichen Kennzahl zu schätzen. Das Vielfache wäre ausgehend vom bereits bekannten Wert vergleichbarer Unternehmen anzusetzen. Telefónica hat diesen Ansatz ausgehend vom Verhältnis der Transaktionswerte zum Umsatz einer etwa Mitte 2005 vorgenommenen Stichprobe vergleichbarer Transaktionen angewendet und ist zu dem Ergebnis gelangt, dass die Erwerber den langfristigen Wert eines Telekommunikationsbetreibers im Allgemeinen in der doppelten Höhe des jährlichen Umsatzes ansetzen.

Tabelle 15 – Von Telefónica in der *Erwiderung* vorgeschlagene Methode der Annahme von Vielfachen³⁴³

Erwerber	Zu übernehmendes Unternehmen	Geschäftsmodell des zu übernehmenden Unternehmens	Transaktionswert (Mio. EUR)	Umsatz 2004 (Mio. EUR)	Verhältnis Wert/ Umsatz
Tele2	Comunitel	Altern. Netzbetreiber	257	174	1,48
Ya.com	Albura	Altern. Netzbetreiber	61,5	45,7	1,35
France Telecom	Amena	Mobilfunknetzbetreiber	10 600	2 900	3,66
ONO	Auna cable	Kabelbetreiber	2 250	836,8	2,69
Tele2	Versatel	Alternative ISP	1 130	601	1,88
TeliaSonera	Chess/Sense		226	125	1,81
Eircom	Meteor	Mobilfunknetzbetreiber	420	145	2,90
KPN	Telfort	Festtelefonnetzbetreiber	980	508	1,93
Neuf	Cegetel	Alternative ISP	3 000	2 500	1,20
Telefónica	O2	Mobilfunknetzbetreiber	25 665	9 358	2,74
CPW	Onetel		132	218	0,61
DURCHSCHNITT					2,02

³⁴³ Siehe Seiten 335-336 der *Erwiderung*.

- (367) Die Darstellungen von Telefónica sind unzutreffend: Die Methode der Kommission zur Berechnung des Endwerts wird nicht zum ersten Mal eingesetzt, sondern kam z.B. auch beim OFCOM im Zusammenhang mit dem britischen Breitbandsektor³⁴⁴ zur Anwendung; die von Telefónica vorgeschlagene Methode hingegen wurde im Zusammenhang mit dem Kosten-Preis-Scheren-Test noch nie eingesetzt. Auch Telefónica ist bei vielen Geschäftsplänen von dem von der Kommission zugrunde gelegten Ansatz ausgegangen: Entweder hat Telefónica einen Endwert bei der Ertragswertberechnung überhaupt nicht berücksichtigt,³⁴⁵ oder – wenn ein Endwert berücksichtigt wurde – es wurden nur die nicht amortisierten Investitionen einbezogen (wie dies die Kommission auch bei dieser Entscheidung tut).³⁴⁶ Dies hat das Unternehmen in der Antwort auf das Sachverhaltsschreiben anerkannt.³⁴⁷
- (368) Telefónica schlägt in diesem Verfahren sogar einen alternativen Ansatz vor, bei dem die im Modellzeitraum entstandenen Verluste durch alle künftigen Gewinne einschließlich der im Anschluss an den Modellzeitraum erzielten Gewinne ausgeglichen würden.

³⁴⁴ Siehe OFCOM, Direction Setting the Margin between IPStream and ATM interconnection prices, 26.8.04.

³⁴⁵ Siehe Fußnote 338.

³⁴⁶ Siehe Geschäftspläne für

- GigADSL: siehe Anhang 15 des Schreibens von Telefónica vom 27.9.06 (Seiten TFCA-13117 der Akte).
- Endkundenangebot ADSL a tu medida: siehe Schreiben von TESAU vom 7.1.05 Seiten TFCA-786 (zur Berechnung) und TFCA-769 der Akte: „*Dado que el plan de negocio es a 2007, se obtiene un valor residual de inversión de 302 M€ ajustado a la realidad, respecto de unos activos que no estarían obsoletos y que van a ser utilizables para otros servicios de Banda Ancha durante su vida útil*“.
- Endkundenangebot ADSL Tiempo Libre: siehe Schreiben von TESAU vom 18.7.05 (Seite TFCA-3259 der Akte).

³⁴⁷ Siehe Abschnitt 5.1.2 der Antwort auf das Sachverhaltsschreiben.

- (369) Die Ertragswertanalyse im Zusammenhang mit der Analyse einer Kosten-Preis-Schere unterscheidet sich erheblich von der Bewertung eines Unternehmens, weil im ersten Fall untersucht werden muss, ob das Preisbildungsverhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens in einem bestimmten Zeitraum gegen Artikel 82 EG verstößt. Im Zusammenhang mit der Analyse auf das Vorliegen einer Kosten-Preis-Schere wäre es unangemessen und unbegründet, eine Ertragswertanalyse über einen angemessenen Zeitraum hinaus auszudehnen. Wie bereits in Abschnitt 3.1.1 erläutert, wäre angesichts der Sachverhalte in dieser Sache eine Ertragswertberechnung über einen Zeitraum von mehr als sechs Jahren unangemessen. In Anbetracht der fortgesetzten beherrschenden Marktposition und der Möglichkeiten von Telefónica, nachgelagerte Verluste durch vorgelagerte Gewinne auszugleichen (was sich in der Tatsache äußert, dass Telefónica im Gegensatz zu den Wettbewerbern im gesamten Breitbandmarkt- Gewinne erzielte), wäre die Annahme eines Endwertes, der unbefristet sämtliche Gewinne einschließt, bei einem Kosten-Preis-Scheren-Test unangemessen und unbegründet, (i) weil die Vermögenswerte von Telefónica eine durchschnittliche Lebensdauer von fünf Jahren haben, (ii) weil Telefónica diese Gewinne bei der Berechnung des Kapitalwerts im anfänglichen Geschäftsplan selbst nicht einbezogen hat und (iii) weil ein neuer Marktteilnehmer auf einem Wettbewerbsmarkt nicht davon ausgehen würde, dass diese Gewinne (die im günstigsten Fall erst spät erzielt würden und im ungünstigsten Fall völlig hypothetisch wären) zum Ausgleich von Verlusten während des Modellzeitraums (d.h. über mehr als fünf Jahre) verwendet werden könnten.
- (370) Unzutreffend ist auch die Darstellung, der Ansatz der Kommission bedeute, dass nach diesem Fünf-Jahres-Zeitraum keinerlei Gewinne mehr angenommen würden. Vielmehr werden die mit Kunden nach diesem Zeitraum erwirtschafteten Gewinne nicht zum Ausgleich von Verlusten eingesetzt, die während dieses Zeitraums eingetreten sind. In dieser Sache ist die Bewertung unerheblich, ob die Verluste von Telefónica im Zeitraum 2001-2006 durch hypothetische künftige Gewinne ab dem Jahr 2007 kompensiert werden könnten. Die von der Kommission angenommene Ertragswertmethode beinhaltet bereits die Möglichkeit, dass in der Anfangsphase eines expandierenden Marktes nachgelagerte Verluste auftreten (Lerneffekte, Größenvorteile), setzt gleichzeitig aber auch voraus, dass das marktbeherrschende Unternehmen auf nachgelagerter Ebene in einem der Lebensdauer der vorhandenen Vermögenswerte entsprechenden Zeitraum rentabel geführt wird. Wenn dies nicht der Fall ist (d.h. wenn ein negativer Kapitalwert ermittelt wird), hat die Preispolitik von Telefónica auf den spanischen Breitbandmärkten wahrscheinlich nachteilige Auswirkungen auf den Wettbewerb.
- (371) Selbst wenn es – was nicht der Fall ist – zulässig wäre, die während des Modellzeitraums gemachten Verluste durch alle hypothetischen zukünftigen Gewinne, einschließlich der nach dem Modellzeitraum gemachten, auszugleichen, enthielte Telefónicas Berechnung noch immer eine Reihe schwerwiegender Fehler, die zu einem zu hohen Endwert führen.

- (372) Erstens gründet der von Telefónica berechnete Endwert in keiner Weise auf einer Ermittlung des hypothetischen zukünftigen Rentabilitätsniveaus auf der nachgelagerten Ebene des Unternehmens. Umgekehrt ist im vorliegenden Fall festzustellen, dass die erwarteten (etwaigen) künftigen Gewinne, die im Zeitraum 2007-2011 mit Kunden erzielt werden könnten, die Telefónica vor 2006 akquiriert hat, nicht höher sind als der Endwert, den die Kommission im vorliegenden Fall berechnet hat.³⁴⁸ Demnach ist der von der Kommission berechnete Endwert für das Unternehmen bereits sehr vorteilhaft.
- (373) Zweitens enthält die Berechnung von Telefónica eine Reihe schwerwiegender Fehler die zu einem zu hohen Endwert führen. Am Anfang der von Telefónica vorgeschlagenen Methode sind zwei wesentliche Entscheidungen zu treffen: Erstens muss das maßgebliche Vielfache gewählt und zweitens müssen dem zu bewertenden Unternehmen ähnliche Unternehmen („vergleichbare Unternehmen“) gewählt werden. Für jedes der vergleichbaren Unternehmen wird das Vielfache berechnet; anschließend wird der Durchschnitt ermittelt und zur Bewertung der nachgelagerten Geschäftstätigkeit von Telefónica angenommen. Für die Bewertung können eine Reihe unterschiedlicher Vielfacher angenommen werden, angefangen bei Vielfachen der Einnahmen (um das Unternehmen als Vielfaches der erwirtschafteten Gewinne (z.B. der Betriebserträge oder des EBITDA-Wertes) zu bewerten) über Vielfache der Buchwerte (um das Unternehmen als Vielfaches des Buchwerts der Vermögenswerte des Unternehmens zu bewerten) bis hin zu Vielfachen der Einnahmen (um das Unternehmen als Vielfaches der vom Unternehmen erwirtschafteten Einnahmen zu bewerten).

³⁴⁸ Siehe unten Fußnote 630.

- (374) Die Voraussetzungen, die Telefónica bei der Bewertung des nachgelagerten Geschäftsbereichs in der *Erwiderung* zugrunde gelegt hat, werden *zurückgewiesen*. Erstens können im selben Sektor tätige Unternehmen hinsichtlich ihrer Geschäftsmodelle sehr verschieden sein: Einige Unternehmen sind vielleicht (i) frühere Monopolisten, die nun als vertikal integrierte Unternehmen mit starker Position auf allen Märkten des Telekommunikationssektors in ihren jeweiligen Ländern geführt werden, (ii) oder vertikal integrierte Mobilfunknetzbetreiber, die auf oligopolistischen Märkten tätig sind, deren wesentliches Merkmal in der begrenzten Anzahl von Wettbewerbern (wegen der begrenzten Anzahl an Lizenzen) besteht, (iii) oder alternative ISP, die als bloße Wiederverkäufer eines Großkundendienstes tätig sind (wenngleich gelegentlich mit einem gewissen Mehrwert). Die Analyse sollte unter Berücksichtigung von Unternehmen vorgenommen werden, die ähnliche Merkmale aufweisen wie das übernommene Unternehmen; dadurch soll vermieden werden, dass Unternehmen mit sehr unterschiedlichen Merkmalen auch zu sehr unterschiedlichen Vielfachen führen. Die von Telefónica als vergleichbar gewählten Unternehmen beruhen auf sehr unterschiedlichen Geschäftsmodellen; entsprechend unterschiedlich fallen die ermittelten Vielfachen aus: (i) bei Mobilfunknetzbetreibern (z.B. O2, Amena und Meteor) 2,74 bis 3,66, (ii) bei einem vertikal integrierten Kabelnetzbetreiber (ONO) 2,69, (iii) bei nachgelagerten alternativen Netzbetreibern (Comunitel, Tele2, Neuf und Cegetel) 1,2 bis 1,88 und (iv) bei nachgelagerten alternativen Netzbetreibern, bei denen eine Geschäftstätigkeit auf dem Endkundenmarkt nicht gegeben ist (Albura), 1,35. Daher zeigen eben die von Telefónica bereitgestellten Daten, dass das Vielfache von Mobilfunknetzbetreibern oder vertikal integrierten Kabelbetreibern höher ist als das Vielfache von alternativen Betreibern im nachgelagerten Bereich, die auf dem Endkunden-Breitbandmarkt tätig sind.
- (375) Außerdem muss darauf hingewiesen werden, dass im Zusammenhang mit allen in letzter Zeit erfolgten Zusammenschlüssen in Verbindung mit der Telefónica-Gruppe (Telefónica/Telefónica Móviles³⁴⁹, Telefónica/O2³⁵⁰, Telefónica/Terra Networks³⁵¹, Telefónica/Bellsouth³⁵²) die von den als Finanzberater von Telefónica tätigen Investitionsbanken als vergleichbare Unternehmen ausgewählt wurden, Unternehmen mit einem ähnlichen Geschäftsmodell wie das Zielunternehmen waren (und nicht etwa beliebige Telekommunikationsgesellschaften). Als vergleichbar für die Bewertung von Telefónica wurden ausländische marktbeherrschende Unternehmen eingestuft; für die Bewertung von Terra Networks wurden Internetdiensteanbieter herangezogen, und für die Bewertung von Telefónica Móviles, O2 und BellSouth dienten Mobilfunknetzbetreiber als Maßstab.

³⁴⁹ *Informe de experto independiente en relación con el proyecto de fusión por absorción de Telefónica Móviles, S.A. por Telefónica, S.A.*

³⁵⁰ Siehe von Goldman Sachs International und Citigroup Global Markets Limited für Telefónica, S.A. empfohlenes Barzahlungsangebot für die Übernahme des gesamten bereits im Umlauf befindlichen und noch in Umlauf zu bringenden Aktienkapitals von O2 plc, das sich nicht bereits im Besitz von Telefónica, S.A. befindet.

³⁵¹ Unabhängiger Expertenbericht zum Plan für einen Zusammenschluss durch Übernahme von Terra Networks, A.S. durch Telefónica, S.A. – KPMG Auditores S.L.

³⁵² Telefónica Móviles, Konsolidierung der Führungsposition in Lateinamerika, 8.3.04.

- (376) Im Zusammenhang mit dieser Entscheidung, in der beurteilt wird, ob – unter der (tatsächlich nicht gegebenen) Voraussetzung, dass die von Telefónica vorgeschlagene Methode, gemäß der auch nach dem Modellzeitraum erzielte Gewinne einbezogen werden sollten, angemessen wäre – ein Wettbewerber mit vergleichbarer Effizienz wie der nachgelagerte ADSL-Geschäftsbereich von Telefónica auf dem Endkunden-Breitbandmarkt auf der Grundlage der vom marktbeherrschenden Unternehmen erhobenen Gebühren wirksam konkurrieren kann, sollten Mobilfunknetzbetreiber und Kabelbetreiber, die von den nachgelagerten Wettbewerbern von Telefónica sehr verschiedene Merkmale aufweisen, aus der Analyse unter Verwendung von Vielfachen ausgeschlossen werden, bei denen für die durchschnittlichen Einnahmen ein Vielfaches von 1,3 geschätzt wird.
- (377) Zudem ist die Wahl eines Vielfachen der Einnahmen für die Bewertung der nachgelagerten Geschäftstätigkeit von Telefónica zweifelhaft. Aus der Tatsache, dass zwei Unternehmen mit unterschiedlicher Rentabilität die gleichen Einnahmen erzielen, ist nicht zu schließen, dass sie auch den gleichen Wert hätten. Als Beispiel wird auf ein vertikal integriertes Unternehmen und auf einen nachgelagerten Wettbewerber verwiesen, der auf dem nachgelagerten Markt die gleichen Einnahmen erzielt wie das vertikal integrierte Unternehmen. Gemäß der Methode von Telefónica würde für beide Unternehmen derselbe Wert angenommen; das vertikal integrierte Unternehmen besitzt jedoch verschiedene wertvolle Vermögenswerte (Netzwerkinfrastruktur), die bei der Bewertung des Unternehmens ebenfalls zu berücksichtigen sind, und über die Telefónica eben nicht verfügt. Diese Vermögenswerte würden den betrieblichen Aufwendungen in Form von Großkundengebühren in den Konten der nachgelagerten Wettbewerber entsprechen. Vor diesem Hintergrund erschiene ein Indikator angemessener, der im Verhältnis zum Mehrwert des Unternehmens stünde (damit das vertikal integrierte Unternehmen höher bewertet würde als ein einfacher Wiederverkäufer eines Großkundenprodukts), und der mit der Rentabilität des Unternehmens in Beziehung stehen würde. Die meisten in letzter Zeit von Telefónica übernommenen Unternehmen (siehe z.B. Terra³⁵³ und O2³⁵⁴) wurden mit einem Vielfachen des EBIDTA-Wertes bewertet.

³⁵³ *Unabhängiger Expertenbericht zum Plan für einen Zusammenschluss durch Übernahme von Terra Networks, A.S. durch Telefónica, S.A. – KPMG Auditores S.L.*; für finanztechnische Beratungsleistungen hat Telefónica im Zusammenhang mit der Fusion Telefónica/Terra Morgan Stanley & Co. beauftragt; dieses Unternehmen hat Telefónica S.A. und Terra Network S.A. mit einem Vielfachen des jeweiligen EBIDTA-Wertes bewertet. Lehman Brothers hat das durchschnittliche Vielfache der EBIDTA-Werte der vergleichbaren Unternehmen angenommen.

³⁵⁴ *Siehe von Goldman Sachs International und Citigroup Global Markets Limited für Telefónica, S.A. empfohlenes Barzahlungsangebot für die Übernahme des gesamten bereits im Umlauf befindlichen und noch in Umlauf zu bringenden Aktienkapitals von O2 plc, das sich nicht bereits im Besitz von Telefónica, S.A. befindet:* „Teilweise aus den genannten Gründen ist Telefónica der Ansicht, dass sich das Vielfache des Unternehmenswertes/EBITDA, das Telefónica für die Übernahme zahlt, mit den Vielfachen in letzter Zeit erfolgter Transaktionen deckt (z.B. der Übernahme von Amena durch France Telecom (6,8 x 2005E EBITDA und 1,0 x 2005E EBITDA/05-08E CAGR korrigiert unter Berücksichtigung von Synergien und Steuervorteilen) und Wind by Weather Investments (7,5 x 2005E EBITDA und 1,1x 2005E EBITDA/05-08E CAGR)“ (Seite 15).

3.1.3 *Rückschauende Analyse gegenüber zukunftsbezogener Analyse*

- (378) Bei der Bewertung der Rentabilität der nachgelagerten Geschäftstätigkeit von Telefónica nach der Ertragswertmethode können zwei Ansätze zugrunde gelegt werden: eine rückschauende und eine zukunftsbezogene Analyse. Bei der rückschauenden Analyse würde der Kapitalwert ausgehend von den historischen Kosten von Telefónica berechnet; die zukunftsbezogene Analyse hingegen würde auf Prognosen von Telefónica im anfänglichen Geschäftsplan beruhen.
- (379) In der Mitteilung der Beschwerdepunkte ist die Kommission von den historischen Erträgen und Kosten von Telefónica ausgegangen (soweit entsprechende Zahlen verfügbar waren); wenn keine Daten aus der Vergangenheit vorlagen, wurden Prognosen des Unternehmens verwendet.³⁵⁵
- (380) Telefónica argumentierte in der *Erwiderung*,³⁵⁶ diese Analyse sei insoweit unzulänglich, als sie implizit voraussetze, dass Telefónica 2001 bei der Festsetzung der Preise die künftige Entwicklung genau hätte absehen können. Telefónica ist der Ansicht, die Kommission müsste die im Telefónica-Geschäftsplan vom Oktober 2001 veranschlagten Cashflows berücksichtigen (d.h. die Cashflows, die auf den Telefónica beim Eintritt in den Endkundenmarkt im Jahre 2001 und bei der Festsetzung der Preise vorliegenden Informationen beruhten).
- (381) In der Rechtsprechung existieren keine Urteile zu unangemessenen Preisen im Zusammenhang mit Artikel 82, in denen das Vorliegen eines Missbrauchs ausgehend von Prognosen des Unternehmens analysiert worden wäre, dessen Verhalten Gegenstand der Untersuchung ist. In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung und der Entscheidungspraxis ist die Kommission auch in dieser Sache bei der Ertragswertberechnung von den Kosten und Erträgen von Telefónica im Zeitraum 2001-2006 ausgegangen.
- (382) Trotzdem könnte sich die Frage stellen, ob die Preispolitik von Telefónica objektiv gerechtfertigt sein könnte, wenn im anfänglichen Geschäftsplan des Unternehmens bei angemessenen Prognosen unter Einbeziehung eines freien Wettbewerbs ein positiver Kapitalwert angegeben wurde. Daher und ausschließlich für die Beurteilung der Frage, ob diese Prognosen als Beleg dafür betrachtet werden können, dass die Preispolitik von Telefónica objektiv gerechtfertigt sein könnte, hat die Kommission die von Telefónica für die Zukunft vorgenommenen Kapitalwertberechnungen berücksichtigt. Wie im Folgenden dargestellt (siehe Abschnitt VI.D.2.1.2.3), kann die Preispolitik von Telefónica auch vor dem Hintergrund zukunftsgerichteter Kapitalwertberechnungen nicht als gerechtfertigt betrachtet werden.

³⁵⁵ Siehe Mitteilung der Beschwerdepunkte, Abschnitt 3.5.2.2.

³⁵⁶ Siehe Erwiderung von Telefónica, Seiten 106-107.

3.1.4 Die Kapitalkosten

- (383) Nach der Ertragswertmethode sind zukünftige Cash Flows von den Kapitalkosten des Unternehmens abzuziehen, um den späteren Cash Flows im Vergleich zu den zeitnäheren einen geringeren Wert zuzumessen. Die Kapitalkosten sind eine Schätzung des Preises, den das Unternehmen zu zahlen hat, um das verwendete Kapital (Kredite und Eigenkapital) aufzubringen. Sie spiegeln die Rendite wider, die Investoren erwarten, wenn sie in die Aktivitäten des Unternehmens investieren, statt eine Investition anderswo zu tätigen.
- (384) Die gewichteten durchschnittlichen Kapitalkosten (WACC = *Weighted Average Cost of Capital*) wurden mit einem Anteil von 15,72 % angesetzt, der auch von der CMT³⁵⁷ bei der Berechnung der Großkundenpreise von TESAU angenommen wurde. Von diesen WAAC ist Telefónica auch in der *Erwiderung* ausgegangen.³⁵⁸
- (385) In der Antwort auf das Sachverhaltsschreiben³⁵⁹ hat Telefónica später jedoch die Annahme der WACC als Grundlage bestritten und erklärt, der von der Kommission angenommene Wert sei überhöht und von der CMT nie anerkannt oder verwendet worden. Die Darstellung von Telefónica ist nicht zutreffend: Die von der Kommission in dieser Entscheidung angenommenen WACC wurden nicht nur von TESAU selbst vorgeschlagen (TESAU schlug sogar noch höhere WACC vor), nachdem TESAU erklärt hatte,³⁶⁰ die Risiken in Verbindung mit den Finanzkosten von TESAU im ADSL-Geschäft des Unternehmens seien größer als die Risiken in den anderen Geschäftsbereichen des Unternehmens; sondern diese WAAC wurden auch von der CMT anerkannt und bei der Festlegung der Regulierungsbestimmungen zum Breitbandgeschäft von TESAU zugrunde gelegt.³⁵⁷

³⁵⁷ Siehe ELMCO Kostenmodell (siehe unten Fußnote 516), Seiten CMT-250 und CMT-251 der Akte): „7.1 *Hipótesis de partida para los cálculos [del coste de ADSL-IP] [...] para el calculo de los costes de los servicios bitstream en el PAI IP se han considerado las siguientes hipótesis generales: [...] Un periodo de amortización de 5 años para el conjunto de elementos considerados y un WACC del 15.72 %.*“

³⁵⁸ Siehe *Erwiderung*, Seite 336.

³⁵⁹ Siehe Abschnitt 5.1.3 der Antwort auf das Sachverhaltsschreiben.

³⁶⁰ Vorbringen von TESAU im Zusammenhang mit der *OBA 2002*:

„*Telefónica alega que no se valora suficientemente el riesgo empresarial de creación de una nueva red y que la remuneración de la inversión (tasa de coste de capital asociada) debería ser superior a la del negocio tradicional*“ (Seite CMT-1651 der Akte).

„*Según TESAU, el WACC debería ser del 16.74 % en lugar del 12.74 %, es decir, cuatro puntos porcentuales superior, con lo que permitiría a TESAU recuperar los costes financieros derivados del mayor riesgo de este negocio*“ (siehe Seite CMT-1727 der Akte).

Vorbringen von TESAU im Zusammenhang mit der *OBA 2004*:

„*En cuanto al WACC que se debería utilizar, Telefónica de España difiere del planteamiento adoptado por Arcome, entendiendo que este servicio tiene peculiaridades, como son la innovación, la incorporación de redes diferentes de la RTB, que permite deligarlo de los razonamientos que avalan el 12.74 % para el resto del negocio. De esta forma se sugiere que la cifra utilizada alcance un nivel superior de al menos cuatro puntos porcentuales, de tal forma que la cifra empleada en los diferentes cálculos ha sido el 16.74 %*“ (siehe Seite CMT-1275 der Akte).

4 Das nachgelagerte Produkt bei der Überprüfung der Nachbildung von Telefónicas nachgelagerten Produkten

- (386) Telefónica bietet eine breite Palette an Endkundenprodukten mit entsprechend weit gefächerter Preisspanne an; daher stellt sich die Frage, in welchem Umfang beim Kosten-Preis-Scheren-Test eine Aggregation erfolgen sollte: entweder mit größtmöglicher Differenzierung (d.h. auf der Ebene jedes einzelnen Angebots) oder bezogen auf die Produktpalette als Ganzes (d.h. auf Ebene einer Kombination sämtlicher Dienste, die auf dem Endkundenmarkt vertrieben werden).
- (387) Unter gewissen Umständen kann es angemessen sein, den Test bezogen auf jedes einzelne Angebot durchzuführen. Dies wäre z.B. der Fall bei einem neuen Angebot, das sich wie folgt darstellte: Zunächst erfolgt eine Querfinanzierung durch andere rentable Angebote; das Volumen dieses Angebots könnte aber in Zukunft erheblich steigen und künftig insgesamt zu einer negativen Spanne führen und somit eine Kosten-Preis-Schere verursachen.³⁶¹
- (388) In dieser Sache wurde der Kosten-Preis-Scheren-Test ausgehend von zusammengefassten Werten durchgeführt (d.h. ausgehend von den kombinierten Diensten, die Telefónica auf dem relevanten Endkundenmarkt vertrieben hat). Dieser Ansatz (der auch als „aggregierter Ansatz“ bezeichnet wird) beruht auf dem Grundsatz, dass die Wettbewerber zumindest in der Lage sein müssen, die Produktstruktur von Telefónica zu rentablen Bedingungen nachzubilden. Für Telefónica ist dieser Ansatz äußerst vorteilhaft, da er größtmögliche Flexibilität bei der Verteilung der allen Endkundenprodukten von Telefónica gemeinsamen Kosten ermöglicht (wenn der Kosten-Preis-Scheren-Test bei aggregierter Bewertung zu einem positiven Ergebnis führt). Die aggregierte Bewertung steht insoweit im Einklang mit dem internen Entscheidungsprozess eines neuen Marktteilnehmers, als dieser die Rentabilität seiner Investition in ein Netz unter Berücksichtigung der gesamten Produktpalette bewertet, die er auf dem relevanten nachgelagerten Markt anbieten kann.

5 Das vorgelagerte Produkt beim Test der Möglichkeit einer Nachbildung der nachgelagerten Produkte von Telefónica

- (389) In der Mitteilung der Beschwerdepunkte hat die Kommission geprüft, ob die Endkundenpreise von Telefónica auch von anderen Unternehmen hätten angeboten werden können; dabei wurden folgende Parameter berücksichtigt: (i) die landesweiten Großkundenprodukte (ADSL-IP und ADSL-IP total) einerseits und (ii) das regionale Großkundenprodukt andererseits.

³⁶¹ Dies könnte am Beispiel eines Betreibers verdeutlicht werden, der zurzeit 1 Million Teilnehmern ein Endkundenangebot mit einer Gewinnspanne von 0,5 EUR/Endkunde/Monat bereitstellt und ein neues Endkundenprodukt mit einer Spanne von -2 EUR/Endkunde/Monat einführt. Denkbar wäre, dass für das bereits eingeführte Angebot weitere 100 000 neue Kunden gewonnen wurden und für neue Angebot weitere 400.000 Kunden. Insgesamt würde sich pro Produkt folgende Gewinnspanne ergeben:
 $(0,5 * 1.100.000 - 2 * 400.000) / 1.500.000 = -0,17$ EUR/Endkunde/Monat.

- (390) In der *Erwiderung*³⁶² hat Telefónica den Ansatz der Kommission als unnatürlichen Ansatz bezeichnet, der die von alternativen Betreibern auf dem Endkundenmarkt verfolgte Strategie nicht angemessen darstelle. Telefónica argumentierte, um auf dem Endkundenmarkt tätig zu sein, verließen sich die Wettbewerber nicht auf ein einzelnes Großkundenprodukt, sondern auf eine Kombination verschiedener Großkundenprodukte. Bei jedem einzelnen Unternehmen und in jeder einzelnen Region könne ein Wettbewerber ein optimales Großkundenprodukt oder eine optimale Kombination an Großkundenprodukten einsetzen. Telefónica zufolge würde ein gleich effizienter Marktteilnehmer eher eine optimale Kombination aus landesweiten Produkten und regionalen Produkten nutzen. Und noch vorteilhafter wäre, wenn ein gleich effizienter Marktteilnehmer ausschließlich entbündelte Teilnehmeranschlüsse nutzte.
- (391) Darüber hinaus steht die von Telefónica in der *Erwiderung* vertretene Position im Widerspruch zu der Position, die Telefónica bei der Stellungnahme zur dieser Sache zugrunde liegenden Beschwerde von France Telecom vertrat: Im entsprechenden Vorbringen³⁶³ erklärte Telefónica, die Bewertung der Möglichkeit des Angebots von Produkten zu den Endkundenpreisen von Telefónica sollte ausschließlich ausgehend vom regionalen Großkundenangebot (GigADSL) erfolgen.
- (392) Wegen der Risiken bei Investitionen mit hohen verlorenen Kosten dürften alternative Marktteilnehmer bei der kontinuierlichen Ausweitung ihrer Investitionen in den Aufbau ihrer Infrastruktur schrittweise vorgehen. Beim Erklimmen der „Investitionsleiter“ (siehe Randnummern (176) und (178)) bemühen sich alternative Marktteilnehmer um eine „kritische Größe“, die mindestens erreicht werden muss, um weitere Investitionen tätigen zu können. Daher sollte bei keiner der „Sprossen“ auf der Investitionsleiter (d.h. bei keinem der Großkundenprodukte) eine Kosten-Preis-Schere gegeben sein. Bei Bestehen einer Kosten-Preis-Schere würden neue Marktteilnehmer beim Erklimmen der Investitionsleiter vom Markt ausgeschlossen.
- (393) Alle nationalen Regulierungsbehörden stimmen dahingehend überein, dass das Erklimmen der Investitionsleiter nur dann ein effizienter Prozess sein kann, wenn zwischen den einzelnen Stufen der Leiter jeweils eine Gewinnspanne liegt. Dies wird auch im letzten Bericht (Mai 2005) der Gruppe Europäischer Regulierungsbehörden (ERG) zur Wettbewerbssituation auf dem Breitbandmarkt erläutert: *„Um den Prozess anzustoßen, und um sicherzustellen, dass dieser Prozess nicht unterbrochen wird und weiterhin neue Marktteilnehmer nachrücken, [...] müssen die Preise für Zugangsprodukte in einer konsequenten Höhe festgesetzt werden (d.h. die relativen Preise müssen die Kostenunterschiede zwischen den einzelnen Produkten widerspiegeln). Mit anderen Worten: Die Preisdifferenz bzw. die Spanne muss einer Prüfung durch den Kosten-Preis-Scheren-Test standhalten, in dem die Zusatzkosten der Bereitstellung des „umfassenderen“ Produkts berücksichtigt werden.“*³⁶⁴

³⁶² Siehe *Erwiderung* von Telefónica, Seite 95-97.

³⁶³ Telefónica, *Contestación al escrito de denuncia*, 22.9.03: *„Por tanto, el análisis de un supuesto estrechamiento de márgenes debería realizarse entre el precio del servicio del primer eslabón de la cadena de producción (GigADSL) y el precio final de los servicios de acceso a Internet a clientes finales de TESAÚ“* (siehe Seite TFCA-42 der Akte).

³⁶⁴ *Broadband market competition report*, ERG, Seite 17 (siehe Seite Div-206 der Akte).

- (394) Diese Ansicht hat auch Prof. Martin Cave in einem von der Europäischen Kommission in Auftrag gegebenen Bericht vertreten:³⁶⁵ „**3.2 Relative Preise von Zugangsprodukten** – Eine wesentliche Voraussetzung für die Neutralität hinsichtlich verschiedener Großkunden-Breitbandprodukte ist, dass die Produkte dem Kosten-Preis-Scheren-Test standhalten. [...] Das Verbot einer Kosten-Preis-Schere bietet sich somit an, um sicherzustellen, dass die Preise so festgesetzt werden, dass das marktbeherrschende Unternehmen seine Marktmacht nicht von einer Stufe des Produktionsprozesses auf die nächste übertragen kann. Die konsequente Anwendung dieses Verbots über eine Palette von Breitbandprodukten für Großkunden (und Endkunden) müsste ein wettbewerbswidriges Verhalten dieser Art verhindern.[...] Die Verursachung einer Kosten-Preis-Schere wird in Abbildung 2 erläutert; dort sind (links) verschiedene Großkunden-Breitbandzugänge und (rechts) eine Gruppe von Kostenbalken dargestellt. [...] Bei einem Kosten-Preis-Scheren-Test werden die Preis- und Gewinnspannenunterschiede zwischen zwei beliebigen Produkten mit den Zusatzkosten der im „umfassenderen“ Produkt enthaltenen Komponenten verglichen.“
- (395) Telefónica hat gegenüber dem OFCOM selbst erklärt, eine angemessene Gewinnspanne zwischen den verschiedenen Großkundenprodukten sei entscheidend für die Wettbewerbsentwicklung auf dem Endkundenmarkt sowie auf den Breitbandmärkten für Großkunden:³⁶⁶ „Telefónica UK begrüßt die OFCOM-Initiative zur Festsetzung der Spanne zwischen IPStream [dem nationalen Großkundenprodukt von British Telecom im Vereinigten Königreich] und ATM interconnection [dem regionalen Großkundenprodukt von British Telecom im Vereinigten Königreich]. Eine angemessene Spanne zwischen diesen beiden Plattformen ist entscheidend für die Entwicklung des Wettbewerbs bei der Bereitstellung von DSL-Diensten für Großkunden.“
- (396) Daher hält die Kommission die Überprüfung für angemessen, ob die Endkundenpreise von Telefónica ausgehend von den nicht substituierbaren relevanten Großkundenprodukten hätten erreicht werden können; dabei sind die drei Produkte nicht zusammen, sondern jeweils einzeln zu berücksichtigen.

D. Die Berechnung der Kosten-Preis-Schere

- (397) In der vorliegenden Entscheidung untersucht die Kommission, ob die Spanne zwischen den vorgelagerten und den nachgelagerten Gebühren von Telefónica zumindest die nachgelagerten LRAIC deckt. Dieses Kapitel ist wie folgt gegliedert: In Abschnitt 1 werden Telefónicas nachgelagerte zusätzliche Erlöse und Kosten auf der Grundlage der vom Unternehmen zur Verfügung gestellten Informationen geprüft. In Abschnitt 2 wird das Vorliegen einer Kosten-Preis-Schere auf der Grundlage der in Abschnitt 1 ermittelten Kosten und Erlöse untersucht.

³⁶⁵ Martin Cave, *Remedies for Broadband Services*, für die GD INFSO erstelltes Dokument, September 2003 (siehe Seiten Div-379 und Div-380 der Akte).

³⁶⁶ Antwort von Telefónica UK in der OFCOM-Anhörung zum Entwurf einer Verordnung betreffend die Festsetzung der Gewinnspanne zwischen den Preisen für IPStream und ATM Interconnection, 2.7.04 (siehe Seite TFCA-3769 der Akte).

1 Bewertung der nachgelagerten zusätzlichen Erträge und Kosten von Telefónica

- (398) In diesem Abschnitt werden Telefónicas nachgelagerte zusätzliche Erlöse und Kosten auf der Grundlage der vom Unternehmen zur Verfügung gestellten Informationen geprüft.
- (399) Da der Test auf der Annahme eines „gleich effizienten Wettbewerbers“ basiert, werden die Endkundenpreise sowohl von TESAU als auch von TERRA vor dem Hintergrund der nachgelagerten Kosten von TESAU analysiert.³⁶⁷

1.1 Von der Kommission für die Bewertung der zusätzlichen Erträge und Kosten von Telefónica berücksichtigte Informationsquellen

- (400) Die Kommission hat Telefónica in einer Reihe von Auskunftsverlangen aufgefordert, Daten zu den Kosten in Verbindung mit den zusätzlichen Produkten vorzulegen, die benötigt werden, um auf der Grundlage der von Telefónica bereitgestellten Großkundenprodukte (GigADSL, ADSL-IP und ADSL-IP Total) die betreffenden Endkundenprodukte anbieten zu können.

³⁶⁷ Da TERRA nur Endkundenprodukte mit der geringsten Geschwindigkeit vermarktet hat und eine andere Werbestrategie hatte, werden allerdings einige Kostenpositionen angepasst. Wie sich unten zeigen wird, betreffen die einzigen Unterschiede in den Kosten von TERRA die folgenden Positionen:

- Netzwerkkosten: geringere Großkundengebühren (siehe unten Tabelle 25 und Tabelle 26) und geringere Kosten für den Zugang zum Internet (siehe unten Tabelle 26)
- Kosten für die Akquisition von Netzbeziehern: unterschiedliche nicht periodische Erlöse und Modemkosten (siehe unten Tabelle 31).

1.1.1 Die Geschäftspläne von TESAU

- (401) TESAU hat der Kommission Kopien verschiedener Geschäftspläne vorgelegt, insbesondere den anfänglichen Geschäftsplan vom 16. Oktober 2001, auf dem die Entscheidung über den Eintritt in den relevanten Endkundenmarkt beruhte („anfänglicher Geschäftsplan“),³⁶⁸ sowie die Aktualisierungen dieses anfänglichen Geschäftsplans („aktualisierte Geschäftspläne“)³⁶⁹ und eine Kopie des jährlichen Strategieplans („Strategieplan“).³⁷⁰ Wie das Unternehmen ausdrücklich selbst erläutert, beruhen die Geschäftspläne von TESAU auf den entstehenden Zusatzkosten (nach eigener Einschätzung von Telefónica).³⁷¹
- (402) Die von Telefónica in der *Erwiderung* vorgenommene Berechnung der Kosten-Preis-Schere beruhte auf den im anfänglichen Geschäftsplan von TESAU genannten Zusatzkosten.³⁷²

³⁶⁸ Siehe Anhang 10 des Schreibens von Telefónica vom 21.7.06, insbesondere „*Análisis de las variables económicas críticas del ADSL – Documento de trabajo – Resumen documento base*“ (Anhang 10iii: Seiten TFCA-4445 bis TFCA-4494 der Akte) sowie die entsprechenden Anhänge (Anhänge 10i und 10ii desselben Schreibens: Seiten TFCA-4387 bis TFCA-4444 der Akte); die wichtigsten wirtschaftlichen Variablen des Geschäftsplans werden in Anhang 10iv (Seite TFCA-4495 der Akte) zusammengefasst.

³⁶⁹ Siehe Anhang 11i des Schreibens von Telefónica vom 21.7.06, insbesondere „*Actualización de las variables económicas del ADSL-Reunión con la Dirección General de Finanzas y control de Gestión – 18.4.02*“ (Seiten TFCA-4496 bis TFCA-4512 der Akte).

Siehe auch Anhang 9 des Schreibens von Telefónica vom 27.9.06 (Seiten TFCA-12944 bis TFCA-12989 der Akte), wo alle Berechnungen in den aktualisierten Geschäftsplänen des Jahres 2002 („*Presupuesto 2002*“ und „*PEC Verne*“) detailliert erläutert werden.

³⁷⁰ Siehe Schreiben von Telefónica vom 22.8.06 (Seiten TFCA-8984 bis TFCA-9036 der Akte): Strategiepläne für 2002-2005, 2003-2006, 2004-2007 und 2005-2008.

³⁷¹ Siehe Schreiben von Telefónica vom 7.4.04 (Seite TFCA-220 der Akte): „*Tanto Telefónica de España como Terra contaban con Planes de Negocios, con carácter previo al lanzamiento de sus servicios ADSL minoristas, planes que garantizaban la rentabilidad de dichos servicios a un horizonte temporal razonable – según las estimaciones de mercado previsibles en el momento de su realización -, rentabilidad que en estos mercados debe ser entendida como cobertura de los costes incrementales.*“

Siehe auch den Geschäftsplan von Oktober 2001, Anhang 10iii des Schreibens von Telefónica vom 21.7.06, Folien 34 und 35 (Seiten TFCA-4479 und TFCA-4480 der Akte): „*Resultados económicos del negocio de banda ancha de TdE [...] EBITDA incremental [...] Ingresos incrementales [...] OPEX y SAC incremental [...] CAPEX incremental*“ „*Cuenta de resultados del negocio incremental ADSL [...] Valor incremental de banda ancha*“.

Siehe auch den Geschäftsplan von Oktober 2002, Anhang 11i des Schreibens von Telefónica vom 21.7.06: „*Actualización de las variables económicas del ADSL-Reunión con la Dirección General de Finanzas y control de Gestión – 18.4.02*“, Folien 4 und 5 (Seiten TFCA-4500 bis TFCA-4501 der Akte): „*Cuenta de resultados incremental del negocio del ADSL*“ „*Valor incremental de la Banda Ancha*“.

³⁷² Siehe Seite 337 (insbesondere Fußnote 682) der *Erwiderung* und folgender Abschnitt VI.D.2.1.2.3.

- (403) Außerdem hat TESAU Kopien der Geschäftspläne bezüglich der in den Jahren 2004 und 2005 eingeführten ADSL-Endkundenprodukte *ADSL Tiempo Libre*³⁷³, *ADSL a tu medida*³⁷⁴ und *ADSL Mini*³⁷⁵ übermittelt. Diese Geschäftspläne beruhen auf den von TESAU aufgrund eigener Einschätzungen früherer Zusatzkosten³⁷⁶ veranschlagten Zusatzkosten.³⁷⁷
- (404) Außerdem hat TESAU eine Kopie des anfänglichen Geschäftsplans für das Großkundenprodukt GigADSL vorgelegt.³⁷⁸

1.1.2 Finanzergebnisse von TESAU

1.1.2.1 Geprüfte Kostenrechnungen von TESAU im ADSL-Bereich

- (405) TESAU erstellt jährlich getrennte geprüfte Konten („geprüfte ADSL-Kostenrechnungen von TESAU“)³⁷⁹ für die Großkundenprodukte (GigADSL und ADSL-IP) und für den Endkundenbereich. In diesen Kostenrechnungen wurden die Kosten vollständig aufgeschlüsselt und die direkt und indirekt zuordnungsfähigen Kosten eindeutig gegen die nicht zuzuordnenden Kosten abgegrenzt.³⁸⁰ In den LRAIC sind die nicht zuzuordnenden Kosten eindeutig nicht enthalten; die LRAIC beinhalten jedoch sämtliche direkt zuzuordnenden Kosten und können teilweise auch die indirekt zuzuordnenden Kosten enthalten (wenn diese als Zusatzkosten in Verbindung mit dem Endkunden-Breitbandgeschäft von TESAU zu betrachten sind).

³⁷³ Siehe Schreiben von TESAU vom 18.7.05 (Seiten TFCA-3257 bis TFCA-3261 der Akte).

³⁷⁴ Siehe Schreiben von TESAU vom 7.1.05 (Seiten TFCA-767 bis TFCA-769 der Akte und Seiten TFCA-786 und TFCA-787 der Akte) sowie Schreiben von TESAU vom 17.3.05 (Seite TFCA-1094 der Akte).

³⁷⁵ Siehe Schreiben von TESAU vom 28.4.05 (Seiten TFCA-2290 und TFCA-2291 der Akte).

³⁷⁶ Siehe z.B. Schreiben von TESAU vom 7.1.05 (Seite TFCA-769 der Akte): „*Descripción detallada del CAPEX. Para el calculo del CAPEX en el modelo de negocio provisto en la respuesta a la cuestión (1) del cuestionario 3, se imputó una cifra de inversión por alta de 312 Euros, correspondiente a la descripción de las inversiones realizadas en el periodo Julio 2003-Junio 2004, que a continuación se describen. Dicha inversión se abordó para las altas anualizadas del mismo periodo, dando como resultado la cifra de 312 euros por alta mencionada*“.

³⁷⁷ Siehe:

- *ADSL a tu medida*; siehe Schreiben von TESAU vom 7.1.05 (Seite TFCA-769 der Akte): „*Se supone un CAPEX teniendo en cuenta la inversión incremental – material e inmaterial – a realizar para provisionar la estimación de altas consideradas*“.
- *ADSL tiempo libre*; siehe Schreiben von TESAU vom 18.7.05 (Seiten TFCA-3257 bis TFCA-3261 der Akte).
- *ADSL Mini*; siehe Schreiben von TESAU vom 28.4.05 (Seiten TFCA-2290 und TFCA-2291 der Akte): „*Se asume un CAPEX teniendo en cuenta la inversión incremental – material e inmaterial – a realizar para provisionar la estimación de altas considerada*“.

³⁷⁸ Siehe Anhang 15 des Schreibens von Telefónica vom 27.9.06 (Seiten TFCA-13094 bis TFCA-13117 der Akte).

³⁷⁹ „*Gepüfzte ADSL-Kostenrechnungen von TESAU*“

Der in Spanien für den Telekommunikationsbereich bestehende rechtliche Rahmen sieht eine Reihe von Verpflichtungen für Telefónica vor (u.a. die Verpflichtung zur Erstellung von Abrechnungen mit aufgeschlüsselten Kosten für den Endkunden- und den Großkundenbereich).

- 2001 bis 2004: Schreiben von TESAU vom 17.3.05 (Seiten TFCA-1499 bis TFCA-1507 der Akte);

(406) TESAU gab auch die bei der Bereitstellung von Endkundenprodukten auf der Grundlage von GigADSL entstandenen Netzkosten an.³⁸¹

1.1.2.2 *Wirtschaftlichkeitsberechnung ADSL*

(407) TESAU legte eine Gewinn- und Verlustrechnung für den Endkundenbereich (*Wirtschaftlichkeitsberechnung ADSL*)³⁸² ausgehend von der eigenen Bewertung der Zusatzkosten³⁸³ seiner netzunabhängigen Kosten (Kosten für Kundenakquisition und laufende ISP-Kosten)³⁸⁴ vor.

1.1.2.3 *ADSL-Scorecard von TESAU*

(408) TESAU übermittelte auch den Monatsbericht (*ADSL-Scorecard*)³⁸⁵ für das Breitbandgeschäft des Unternehmens.³⁸⁵ Die ADSL-Scorecard beruht auf der von TESAU vorgenommenen Einschätzung der eigenen Zusatzkosten.³⁸⁶ Die Einschätzung wurde vorgenommen, um die ordnungsgemäße Umsetzung der im Geschäftsplan vorgegebenen und ebenfalls auf den Zusatzkosten beruhenden Ziele sicherzustellen (siehe vorstehender Abschnitt VI.D.1.1.1).

– 2005: Schreiben von Telefónica vom 7.8.06 (Seiten TFCA-8165 bis TFCA-8166 der Akte).

³⁸⁰ Als unmittelbar zuzuordnende Kosten werden die Kosten bezeichnet, die direkt und eindeutig einem Produkt oder Dienst zugewiesen werden können. Indirekt zuzuordnende Kosten können Produkten oder Diensten auf einer messbaren objektiven Grundlage ausgehend von der Beziehung der Kosten zu direkt zuzuordnenden Kosten zugewiesen werden (d.h. unter Berücksichtigung von Nutzungsfaktoren für alle Kostenelemente, für die gemeinsame Ressourcen verwendet werden). Nicht zuzuordnende Kosten können nur willkürlich zugewiesen werden (siehe Kommissionsempfehlung vom 8. April 1998 zur Zusammenschaltung in einem liberalisierten Telekommunikationsmarkt – Teil 2 – Seite 5).

³⁸¹ „*Gepüfzte Netzkosten von TESAU*“:

- 2001 bis 2004: Schreiben von TESAU vom 1.4.05 (Seiten TFCA-1699 bis TFCA-1706 der Akte);
- 2005: Schreiben von Telefónica vom 18.8.06 (Seiten TFCA-8905 bis TFCA-8906 der Akte).
- 2006: Schreiben von Telefónica vom 17.10.06 (Seiten TFCA-13119 bis TFCA-13120 der Akte).

³⁸² „*Wirtschaftlichkeitsberechnung ADSL*“:

- 2002 bis 2004: Schreiben von TESAU vom 7.1.05 (Seiten TFCA-760 bis TFCA-762 der Akte);
- 2005: Anhang 8 des Schreibens von Telefónica vom 28.7.06 (Seiten TFCA-6000 und TFCA-6001 der Akte);
- 2006: Anhang 1 des Schreibens von Telefónica vom 17.10.06 (Seiten TFCA-13124 bis TFCA-13125 der Akte).

³⁸³ Siehe Schreiben von TESAU vom 1.4.05: „*No obstante, presidiendo del enfoque incremental y directo con el que se ha tratado el análisis de los Economics del Kit ADSL, y en particular de sus costes [...]*“ (Seite TFCA-1673 der Akte).

³⁸⁴ Die unter diesen Rubriken erfassten Kosten werden in Abschnitt VI.D.1.3.4 näher beschrieben.

³⁸⁵ *ADSL-Scorecard*:

- 2002: Anhang 2 des Schreibens von Telefónica vom 31.8.06 (Seiten TFCA-9695 bis TFCA-9763 der Akte);
- 2003: Anhang 3 des Schreibens von Telefónica vom 31.8.06 (Seiten TFCA-9764 bis TFCA-9856 der Akte);
- 2004: Anhang 10 des Schreibens von Telefónica vom 27.9.06 (Seiten TFCA-12990 bis TFCA-13037 der Akte);

- (409) Insbesondere ist der ADSL-Scorecard zu entnehmen, wie TESAU die eigenen zusätzlichen Kapitalausgaben („CAPEX“)³⁸⁷ in Verbindung mit dem Breitbandgeschäft des Unternehmens als Zusatzkosten veranschlagt hat.³⁸⁸ Der Wert der früheren zusätzlichen Investitionen wird monatlich mit den vorgesehenen zusätzlichen CAPEX (ausgedrückt in Euro pro neuem Teilnehmer) gemäß dem Geschäftsplan des Unternehmens verglichen.³⁸⁹
- (410) Die Breitband-Scorecard unterscheidet ferner³⁹⁰ zwischen zusätzlichen Betriebskosten („OPEX“)³⁹¹ und den OPEX, die nicht als zusätzliche Kosten verbucht werden, und gibt Aufschluss darüber, wie TESAU selbst die Zusatzkosten u.a. des IP-Backbone³⁹² und der Internetanbindung ansetzt.³⁹³

-
- 2005: Anhänge 11-12 des Schreibens von Telefónica vom 27.9.06 (Seiten TFCA-13038 bis TFCA-13076 der Akte) und Anhang 1 des Schreibens von Telefónica vom 6.10.06 (Seite TFCA-13264 der Akte);
 - 2006: Anhang 13-14 des Schreibens von Telefónica vom 27.9.06 (Seiten TFCA-13077 bis TFCA-13093 der Akte) und Anhang 1 des Schreibens von Telefónica vom 6.10.06 (Seite TFCA-13265 der Akte)

³⁸⁶ Siehe Anhang 10iii des Schreiben von Telefónica vom 21.7.06: *Análisis de las variables económicas críticas del ADSL – Documento de trabajo – Resumen documento base*, Folie 1: „En concreto el documento [...] presenta una cuenta de resultados del negocio ADSL incremental“ (siehe Seite TFCA-4446 der Akte).

³⁸⁷ Die Kapitalausgaben („CAPEX“) bestehen im finanziellen Aufwand des Unternehmens für die Anschaffung oder Nachrüstung materieller Vermögenswerte (Netzinfrastruktur).

³⁸⁸ Die in der *ADSL-Scorecard* für Juni 2004 genannten jährlichen CAPEX für den Zeitraum Juli 2003-Juni 2004 ([...]) (Anhang 10 des Schreibens von Telefónica vom 27.9.06, Seite TFCA-13010 der Akte) decken sich mit den zusätzlichen CAPEX (d.h. mit den explizit von TESAU genannten zusätzlichen Werten), die das Unternehmen im Geschäftsplan für das Endkundenangebot *ADSL a tu medida* annimmt (siehe oben Fußnote 377).

³⁸⁹ Siehe z.B. die *Scorecard* für Dezember 2002 (siehe Anhang 2 des Schreibens von Telefónica vom 31.8.06, Seiten TFCA-9762 und TFCA-9763 der Akte) [...].

³⁹⁰ In der *ADSL-Scorecard* wird zwischen den Zusatzkosten EBIDTA und den Gesamtkosten EBIDTA unterschieden (nach eigener Einschätzung von TESAU):

- 2004: Die jährlichen zusätzlichen OPEX werden unter der Überschrift „total gastos“ erfasst, und die sonstigen OPEX werden unter „Gastos repercutidos“ ausgewiesen (siehe Anhang 10 des Schreibens von Telefónica vom 27.9.06, Seite TFCA-13036 der Akte).
- 2005: Die jährlichen zusätzlichen OPEX pro Einheit werden unter der Überschrift „total gastos“ erfasst, und die sonstigen OPEX werden unter „Gastos repercutidos“ ausgewiesen (siehe Anhang 1 des Schreibens von Telefónica vom 6.10.06, Seite TFCA-13264 der Akte).
- 2006: Die jährlichen zusätzlichen OPEX pro Einheit werden unter der Überschrift „Opex (incremental)“ erfasst, und die sonstigen OPEX werden unter „Gastos repercutidos“ ausgewiesen (siehe Anhang 1 des Schreibens von Telefónica vom 6.10.06, Seite TFCA-13265 der Akte).

³⁹¹ Als Betriebskosten („OPEX“) werden die Ausgaben in Verbindung mit der normalen Geschäftstätigkeit bezeichnet (Gehälter, Großkundengebühren, Verwaltungskosten, Kosten von Forschung und Entwicklung usw.) bezeichnet.

³⁹² Siehe Position „Mantenimiento Red IP“.

³⁹³ Siehe Position „Conexión a internet“.

1.1.2.4 Unmittelbar dem ADSL-Geschäft von TESAU zuzuordnende Investitionen

(411) TESAU hat auch den Umfang der Investitionen für die Breitbandinfrastruktur („CAPEX ADSL“)³⁹⁴ genannt. Diese Investitionen können dem Breitbandgeschäft von TESAU unmittelbar zugeordnet werden (und werden daher als zusätzlich betrachtet). Die jährliche Investition deckt sich mit dem auf der ADSL-Scorecard von TESAU³⁹⁵ genannten Wert, der wiederum auf den von Telefónica veranschlagten Zusatzkosten beruht (siehe vorstehender Abschnitt 1.1.2.3).

1.1.3 Finanzergebnisse von Terra

(412) TERRA legte eine Gewinn- und Verlustrechnung des Endkunden-Breitbandgeschäftes³⁹⁶ vor, die auf der eigenen Einschätzung der Zusatzkosten basierte.³⁹⁷ Diese Analyse berechnet die Rentabilität von TERRA auf der Grundlage von ADSL-IP.

1.2 Einnahmen von Telefónica

(413) Die Einnahmequellen von Telefónica (auf Endkundenebene) ergeben sich aus drei Positionen:

- der einmaligen Anschlussgebühr, die die Teilnehmer für die Aktivierung des Teilnehmeranschlusses zahlen müssen („Anschlussgebühr“);
- den einmaligen Zahlungen für die Bereitstellung der Endkunden-Ausrüstung (z.B. des Modem („Modem“));
- der monatlichen Gebühr („monatliche Gebühr“ oder „ARPU“³⁹⁸) bestehend aus einer Grundgebühr und u.U. einer variablen verbrauchsabhängigen Gebühr bei Überschreiten des vereinbarten Nutzungsumfangs, die die Teilnehmer für die Bereitstellung der Endkunden-Breitbanddienste zahlen.

(414) Die einmaligen Einnahmen (Modem und Anschlussgebühr) werden bei der Berechnung der Nettokosten für die Akquisition neuer Teilnehmer direkt berücksichtigt.³⁹⁹

³⁹⁴ Siehe Anhang 1 Schreiben von Telefónica vom 17.10.06 (Seiten TFCA-13126 und TFCA-13127 der Akte).

³⁹⁵ Siehe Summe der Investitionen für ADSL CAPEX : [...] Diese Beträge decken sich mit den in der ADSL-Scorecard genannten Beträgen (siehe Fußnote 385: Seiten TFCA-9762, TFCA-9856, TFCA-13037 und TFCA-13063 der Akte).

³⁹⁶ Siehe Schreiben von TERRA vom 26.3.04 (Seite TFCA-707 der Akte), das Schreiben von TERRA vom 7.1.04 (Seite TFCA-840 der Akte) und das Schreiben von Telefónica vom 17.10.06 (Seite TFCA-13123 der Akte).

³⁹⁷ Siehe Schreiben von TERRA vom 26.3.04 (Seite TFCA-704 der Akte).

³⁹⁸ *Average Revenue per User* (durchschnittlicher Ertrag pro Teilnehmer).

³⁹⁹ Siehe unten Abschnitt VI.D.1.3.4.4.

- (415) In der *Erwiderung*⁴⁰⁰ argumentierte Telefónica, dass die Kommission den ARPU von TESAU zu gering angesetzt habe, als die jährlichen Einnahmen durch eine zu hoch veranschlagte durchschnittliche Anzahl an Endkunden geteilt wurde. Dies ist nicht zutreffend, da die Kommission den vom Unternehmen in der monatlichen ADSL-Scorecard selbst berechneten ARPU⁴⁰¹ unmittelbar (d.h. ohne jegliche Aufbereitung) zugrunde gelegt hat:

Tabelle 16 – ARPU TESAU 2001 bis 2006⁴⁰¹

(EUR/Monat/Endkunde)	2001	2002	2003	2004	2005	2006
ARPU	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

- (416) Der ARPU von TERRA wurde auch vom Unternehmen selbst ermittelt:

Tabelle 17 – ARPU TERRA 2001 bis 2005⁴⁰²

(EUR/Monat/Endkunde)	2001	2002	2003	2004	2005
ARPU	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

1.3 Die Telefónica entstandenen Kosten

1.3.1 Einleitung

- (417) Im Laufe dieses Verfahrens hat Telefónica der Kommission Kosten genannt, die mit zwei unterschiedlichen Methoden ermittelt wurden: durch HCA und durch CCA. Die HCA-Methode (HCA = *Historical Cost Accounting*) geht von im Abrechnungssystem erfassten historischen Informationen aus; die CCA-Methode (CCA = *Current Cost Accounting*) hingegen beruht auf den Kosten, die beim Aufbau eines Netzes mit der derzeit eingesetzten Technologie entstanden wären; dabei werden sämtliche Ressourcen unter Berücksichtigung der aktuellen Kosten neu bewertet, und bei den Vermögenswerten, die auf dem Markt nicht mehr vorhanden sind, wird die MEA-Methode (MEA = *Modern Equivalent Asset*) angewendet. Bei der CCA-Methode werden auch außergewöhnliche Kosten (z.B. Kosten in Verbindung mit Vorruhestandsregelungen) nicht berücksichtigt.⁴⁰³

⁴⁰⁰ Siehe Seite 328 der *Erwiderung*.

⁴⁰¹ Siehe *ADSL-Scorecard* (Fußnote 385), Seiten TFCA-9759, TFCA-9852, TFCA-13034, TFCA-13264 und TFCA-13265 der Akte; siehe auch „*Wirtschaftlichkeitsberechnung ADSL*“ (Fußnote 382), Seiten TFCA-6000 und TFCA-13124 der Akte.

⁴⁰² Siehe das Schreiben von TERRA vom 26.3.04 (Seite TFCA-707 der Akte), das Schreiben von TERRA vom 7.1.04 (Seite TFCA-840 der Akte) und das Schreiben von Telefónica vom 17.10.06 (Seite TFCA-13123 der Akte). Erlösposition ‘Ingresos recurrentes’.

⁴⁰³ Schreiben von TESAU vom 1.4.05 (siehe Seiten TFCA-1669 und TFCA-1670 der Akte).

- (418) Der Kosten-Preis-Scheren-Test beruht auf der CCA-Methode (nach Angaben von Telefónica) als Ausdruck für die von neuen Marktteilnehmern zu treffende Entscheidung über den Aufbau oder die kostenpflichtige Beschaffung von Vermögenswerten. Beim HCA-Modell würde die Entwicklung von Akquisitionskosten nicht berücksichtigt. Einkaufspreise können sich im Laufe der Zeit beträchtlich erhöhen oder reduzieren und auf die Bewertung vorhandener Vermögenswerte auswirken. Ein neuer Marktteilnehmer, der selbst ein Netz aufbauen möchte, müsste den aktuellen Preis (und nicht den historischen Preis) aufwenden, und vorhandene Vermögenswerte müssen nach dem aktuellen Wert bewertet werden.
- (419) Die Telefónica entstandenen Kosten können drei Kategorien zugeordnet werden: Netzkosten, laufende ISP-Kosten und Kosten der Kundenakquisition.
- (420) Wie in diesem Abschnitt noch eingehend erläutert, geht die Kommission bei ihrer Analyse auf Vorliegen einer Kosten-Preis-Schere von den von TESAU in der *ADSL-Scorecard* (siehe vorstehender Abschnitt VI.D.1.1.2.3) selbst veranschlagten Zusatzkosten und von den in der *Wirtschaftlichkeitsberechnung ADSL* (siehe vorstehender Abschnitt VI.D.1.1.2.2) genannten Kosten aus; nur die Vermarktungskosten wurden aus den im folgenden Abschnitt VI.D.1.3.4.2 genannten Gründen nicht berücksichtigt.

1.3.2 Die Netzkosten

- (421) Die Netzkosten – die vom Umfang der Vereinbarungen über den Bezug von Großkundenprodukten mit Telefónica abhängen – setzen sich aus den Kosten, die sich mit den von Telefónica berechneten Großkunden-Zugangspreisen decken, zuzüglich der Kosten für die zusätzlichen Netzkomponenten zusammen, die zur Bereitstellung eines Endkunden-Breitbandzugangprodukts (zu den geschätzten TESAU entstandenen LRAIC) benötigt werden.

1.3.2.1 Die Netzkosten auf der Basis von GigADSL

- (422) Über die Großkundengebühren für GigADSL hinaus müssen alternative Betreiber noch die Kosten für den Ausbau eines Netzes bestehend aus (i) einem IP-Netz zur Übertragung des Verkehrs von den 109 indirekten Zugangspunkten („PAI“) zum ISP-Anschlusspunkt („IP-Backbone“) und (ii) aus dem Internetzugang, über den die Teilnehmer von Telefónica mit allen weltweiten Netzen verbunden werden („Zugang zum Internet“ oder „internationale Netzanbindung“).

1.3.2.1.1 Großkundengebühren

- (423) Die Gebühren, die Telefónica alternativen Betreibern als Großkunden berechnet, umfassen folgende Posten:

- (424) Eine Großkunden-Zugangsgebühr pro Endkunde; diese Gebühr setzt sich aus der einmaligen Anschlussgebühr für die Aktivierung einer neuen ADSL-Leitung und einer monatlichen Grundgebühr zusammen, die je nach Art (Bandbreite) der ADSL-Verbindung unterschiedlich ausfällt. Die durchschnittliche monatliche Gebühr pro Endkunde (Zugangsgebühr“) wird ausgehend von der durchschnittlichen Anzahl der Anschlüsse bei den verschiedenen GigADSL-Typen (Geschwindigkeiten) berechnet. Die einmaligen Anschlussgebühren („Anschlussgebühr“) werden im Kosten-Preis-Scheren-Test als Akquisitionskosten behandelt.⁴⁰⁴
- (425) Eine Großkunden-Zugangsgebühr pro Anschluss am PAI („pPAI“);⁴⁰⁵ diese Gebühr setzt sich aus einer einmaligen Gebühr für die Einrichtung des Anschlusses am Zusammenschaltungspunkt und einer monatlichen Gebühr für jeden einzelnen am Zugangspunkt beanspruchten Anschluss zusammen. Beide Gebühren sind abhängig von der Kapazität des PAI-Anchlusses (2, 34 oder 155 Mbit/s). Die durchschnittlichen Kosten pro Endkunde werden berechnet, indem die durchschnittlichen Kosten pro PAI-Anschluss durch die durchschnittliche Anzahl der Endkunden pro PAI-Anschluss dividiert wird; dabei werden die Auslastung pro PAI-Anschluss und die durchschnittliche reservierte Bandbreite pro Endkunde berücksichtigt.

⁴⁰⁴ Siehe folgender Abschnitt VI.D.1.3.4.4.

⁴⁰⁵ In der Mitteilung der Beschwerdepunkte (siehe Anhang E Tabelle 73) wurden die Kosten in Verbindung mit dem pPAI unter der Position „*Nodos ATM con PAI incluido*“ erfasst. Nach dem von Telefonica in der Erwiderung auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte (siehe Seite 323 der Erwiderung) vorgetragene Hinweis, dass diese Position gewisse Kosten beinhalte, die bereits in der GigADSL-Zugangsgebühr berücksichtigt worden seien und entsprechend von alternativen Marktteilnehmern nicht getragen werden müssten, die eine vertragliche Vereinbarung über den Bezug von GigADSL schließen, hat die Kommission den Posten „*Nodos ATM con PAI incluido*“ aus der Analyse ausgeklammert; berücksichtigt wurde jedoch die Großkundengebühr für den pPAI, der in der monatlichen GigADSL-Zugangsgebühr offensichtlich nicht enthalten ist.

Tabelle 18 – Großkundenpreise von Telefónica in Verbindung mit GigADSL

(EUR/Monat/Endkunde)	2001	2002	2003	2004	2005	1. Hj. 2006
monatliche Mietgebühr ⁴⁰⁶	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
pPAI ⁴⁰⁷	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Gesamt	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

1.3.2.1.2 IP-Backbone-Kosten

- (426) Der IP-Backbone beinhaltet zwei Vermögenswerte: die IP-Knoten und die Übertragung von IP-Verkehr.
- (427) Die IP-Knoten sind die für die Übertragung am und den Zugang zum IP-Backbone erforderlichen Komponenten⁴⁰⁸ (pBRAS⁴⁰⁹, IP-Router, IT-System und einige Hilfskomponenten). Wie von Telefónica erläutert, sind diese Komponenten sehr spezifisch und der Bereitstellung von Breitbanddiensten unmittelbar zuzuordnen.⁴¹⁰

⁴⁰⁶ Die durchschnittliche monatliche Mietgebühr wird ausgehend von (i) der von Telefónica für jedes GigADSL-Produkt berechneten monatlichen Mietgebühr (siehe oben Tabelle 10) und (ii) der durchschnittlichen Anzahl an Anschlüssen pro GigADSL-Produkt (siehe Tabelle 61 in Anhang B) berechnet.

⁴⁰⁷ Siehe oben Tabelle 10. Die Kosten des „pPAI“-Dienstes setzen sich aus einer einmaligen Gebühr (mit einem Amortisationszeitraum von fünf Jahren) und einer monatlichen Gebühr für jeden am PAI beanspruchten Anschluss zusammen. Die durchschnittlichen Kosten pro Anschluss werden abhängig von den folgenden Parametern berechnet (siehe Kostenmodell der CMT in Anhang 3 der OBA vom 22.7.04 (siehe Seite CMT-1637 der Akte):

- 50 % der PAI-Anschlüsse haben eine Kapazität von 155 Mbit/s, und bei den übrigen 50 % beträgt die Kapazität 34 Mbit/s.
- Die Auslastung pro PAI-Anschluss liegt bei 70 %.
- Die durchschnittliche reservierte Bandbreite pro Anschluss bei TESAU (siehe Tabelle 63 in Anhang B).

⁴⁰⁸ Siehe Schreiben von TESAU vom 17.3.05 (Seite TFCA-1075 der Akte).

⁴⁰⁹ *Broadband Access Server* (Broadband-Zugangsserver); der BRAS konvertiert Signale gemäß dem IP-Protokoll.

⁴¹⁰ Siehe Seite 323 der *Erwiderung*: „*Mientras que los Nodos IP son específicos de la red IP [...] Por esto, los costes de los Nodos IP sí deben considerarse coste incremental de la red IP y deben incluirse en el cálculo de los costes de red del GigADSL.*“

Siehe auch Schreiben von Telefónica vom 23.6.06 (Seite TFCA-13270 der Akte): „*los ‘Nodos IP’ se refieren al Servido de Acceso Banda Ancha (SABA o BRAS), routers IP, equipos de gestión de la red IP, etc., es decir, equipos muy específicos y directamente relacionados con la prestación de los servicios de Banda Ancha.*“

- (428) Die für die IP-Übertragung erforderlichen Komponenten entsprechen⁴¹¹ den Verbindungsleitungen zwischen den IP-Knoten. Zu diesen Komponenten zählen die eigentliche Übertragungsausrüstung, Glasfaserkabel, Erdarbeiten, Kanalverlegung usw. In der *Erwiderung*⁴¹² hat Telefónica argumentiert, dass Telefónica kein Übertragungsnetz besitzt, das ausschließlich für den IP-Backbone genutzt würde.
- (429) In den folgenden Randnummern wird nachgewiesen, dass Telefónica zusätzliche Investitionen im Zusammenhang mit dem Übertragungsnetz aufgebracht hat, die unmittelbar dem nachgelagerten Endkunden-Breitbandgeschäft des Unternehmens zugeordnet werden können.
- (430) Erstens hat Telefónica im Schreiben an die Kommission vom 23. Juni 2006 ausdrücklich anerkannt, dass die Annahme, es entstünden keine Zusatzkosten in Verbindung mit IP-Übertragungen als näherungsweise Annahme zu betrachten sei und dass tatsächlich verschiedene Investitionen im Zusammenhang mit Übertragungsausrüstungen vermieden werden könnten.⁴¹³
- (431) Die bloße Tatsache, dass eine Kostenposition mehrere Dienste betrifft, bedeutet nicht zwangsläufig, dass die langfristigen Zusatzkosten aufgrund der betreffenden Geschäftstätigkeit mit Null anzusetzen sind. Die LRAIC beinhalten auch die Erhöhung der Gemeinkosten aufgrund der nachgelagerten ADSL-Geschäftstätigkeit. Dies kann insbesondere im Falle von gemeinsamen Vermögenswerten zutreffen, deren Kapazität schrittweise der kurz- und mittelfristigen Nachfrage nach allen Diensten angepasst wird, für die diese gemeinsamen Vermögenswerte genutzt werden. Wenn der mit dem betreffenden Produkt erzeugte Verkehr einen erheblichen Anteil des insgesamt mit den Diensten erzeugten Verkehrs darstellt, die diese gemeinsamen Vermögenswerte nutzen, ist sehr wahrscheinlich davon auszugehen, dass die betreffenden Gemeinkosten zu einem erheblichen Anteil als vermeidbar und somit als zusätzliche Kosten einzustufen sind.

⁴¹¹ Siehe Schreiben von TESAU vom 17.3.05 (Seite TFCA-1075 der Akte).

⁴¹² Siehe Seiten 94 und 323 der *Erwiderung*; siehe auch Schreiben von Telefónica vom 23.6.06 (Seite TFCA-13270 der Akte)

⁴¹³ Siehe Schreiben von Telefónica vom 23.6.06 (Seite TFCA-13271 der Akte): „*El ajuste propuesto por Telefónica ha consistido en suponer que el coste corriente FAC del Transporte IP no es evitable al 100 % y por tanto no es incremental. Ciertamente esto se puede considerar una aproximación, ya que probablemente sería evitable el coste de algunos sistemas de transmisión que pudieran quedar vacantes si se dejaran de prestar los servicios ADSL.*“

- (432) Das Übertragungsnetz von TESAU ist jedoch nicht im engeren Sinne Endkunden-Breitbanddiensten des Unternehmens vorbehalten, und die Kapazität dieses Netzes wird abhängig vom Übertragungsvolumen sämtlicher Dienste ausgelegt, die dieses Netz nutzen.⁴¹⁴ Für die Beurteilung, ob die Komponenten des TESAU-Übertragungsnetzes (Glasfaserkabel, Übertragungsausrüstung usw.) teilweise oder vollständig vermeidbare Kosten darstellen (d.h. Kosten, die nicht entstanden wären, wenn Telefónica keine nachgelagerten Breitbanddienste angeboten hätte), muss der zunehmende Anteil des Breitbandgeschäfts von TESAU berücksichtigt werden (nicht nur hinsichtlich der Einnahmen und Gewinne, sondern insbesondere auch bezüglich der genutzten Kapazität).
- (433) Gemessen an den Einnahmen und Erträgen – wie unten in Randnummer (466) und (467) dargestellt – beruht das Wachstum von TESAU vorwiegend auf dem Breitbandgeschäft; bei den herkömmlichen Sprachdiensten hingegen war seit 2001 ein Rückgang zu verzeichnen, der auch in Zukunft anhalten wird. TESAU hat im September 2001 begonnen, Endkunden-Breitbanddienste anzubieten; 2008 wird auf das Breitbandgeschäft ein Anteil von über [...] %⁴¹⁵ an sämtlichen Einnahmen von TESAU im Bereich der Übertragungsdienste entfallen.⁴¹⁶ 2006 wuchsen die Einnahmen von TESAU um 2,3 %; im Breitbandgeschäft wurde ein Wachstum von 4,9 % erzielt, bei herkömmlichen Übertragungsdiensten betrug der Rückgang -0,5 %, bei den traditionellen Sprachdiensten -2,6 % und in Bezug auf Schmalband war ein Rückgang um -0,5 % zu verzeichnen.⁴¹⁷ TESAU selbst vertrat im anfänglichen Geschäftsplan⁴¹⁸ die Ansicht, dass der Eintritt in den Endkunden-Breitbandmarkt die Umwandlung eines Geschäftsmodells ohne Zukunftsperspektive (Bereitstellung herkömmlicher Telefoniedienste) in ein Geschäftsmodell mit zunehmender Rentabilität bedeutete. TESAU veranschlagte die zusätzlichen Gewinne (EBIDTA) im Endkunden-Breitbandgeschäft auf einen Anteil von 35 % am Gesamtgewinn der Gruppe im Jahre 2005.⁴¹⁹ Dieser Prozentanteil dürfte 2008 angesichts des zunehmenden Anteils der Breitbandtechnik an den Gesamteinnahmen von TESAU sogar noch zunehmen.

⁴¹⁴ Siehe Schreiben von Telefónica vom 25.8.06 (Seite TFCA-9041 der Akte).

⁴¹⁵ „A new world of Broadband Solutions“, Präsentation von Julio Linares auf der Barcelona Investor Conference, 25.4.05 (siehe Seite TFCA-3821 der Akte).

⁴¹⁶ Ohne die Einnahmen für die Bereitstellung von Zugängen (bei denen das Übertragungsnetz natürlich nicht beansprucht wird).

⁴¹⁷ Letzter Quartalsbericht von Telefónica 2006, Seite 23.

⁴¹⁸ Siehe Anhang 11ii des Schreibens von Telefónica vom 21.7.06: „La oportunidad de la Banda Ancha en las operadoras fijas – documento para discusión – Madrid, 20 de diciembre de 2001“, Folie 17 (Seite TFCA-4530): „Sin esta estrategia de banda ancha TdE tendría grandes dificultades para retener a sus mejores clientes, con un impacto significativo en la rentabilidad global del negocio fijo. [...] La Banda Ancha supone la transformación de un negocio que se creía sin perspectivas en un negocio de crecimiento rentable.“

⁴¹⁹ Siehe Anhang 11ii des Schreibens von Telefónica vom 21.7.06: „La oportunidad de la Banda Ancha en las operadoras fijas – documento para discusión – Madrid, 20 de diciembre de 2001“, Folie 17 (Seite TFCA-4530): Telefónica veranschlagte das EBIDTA-Ergebnis 2005 auf 5,576 Mio. EUR, wenn das Unternehmen in den Endkunden-Breitbandmarkt eintreten würde; bei einem Verzicht auf diesen Schritt und einem entsprechenden Rückgang des Kundenstamms im Bereich der Sprachtelefonie (nach Ansicht

- (434) Hinsichtlich der Entwicklung des Übertragungsvolumens ist festzustellen, dass der Gesamtumfang des im Bereich herkömmlicher Sprachdienste erzeugten Verkehrs in Spanien von 120 Mrd. Minuten 2001 auf 81 Mrd. Minuten 2006 zurückgegangen ist (-33 %).⁴²⁰ Das Übertragungsvolumen pro Anschluss ist von 7175 Minuten/Jahr/Anschluss 2002 auf 5225 Minuten/Jahr/Anschluss 2005 zurückgegangen⁴²¹ (-29 %). Auch der mit herkömmlichen Übertragungsdiensten von TESAU erzeugte Verkehr ist seit 2001 beständig zurückgegangen (gemessen an der Anzahl der Minuten 2003 um 4 %, 2004 um 7 %, 2005 um 10 % und 2006 um 10 %⁴²²); dieser Tatsache kommt besondere Bedeutung bei der Beurteilung zu, ob die Erhöhung der Kapazität des Übertragungsnetzes von TESAU auch erfolgt wäre, wenn TESAU weiterhin herkömmliche Sprachdienste und keine Endkunden-Breitbanddienste angeboten hätte.
- (435) Der Anteil der Breitbanddienste wird in den kommenden Jahren weiter zunehmen, nicht nur weil der spanische Breitbandsektor längst noch nicht gesättigt ist,⁴²³ sondern auch, weil die Breitbandanschlüsse eine Voraussetzung für die Bereitstellung einer Vielzahl an Telekommunikationsdiensten für Endkunden ist (nicht nur für Internetanschlüsse, sondern auch für VoIP, das die herkömmlichen Festtelefondienste allmählich ablösen wird, sowie für Breitband-Fernsehen, das erst 2005 eingeführt wurde).
- (436) Der zunehmende Anteil des durch die Breitbanddienste von Telefónica erzeugten Verkehrs geht aus der folgenden Tabelle hervor:

Tabelle 19 – Kapazität der Übertragungssegmente zur Einbindung der IP-Router für die IP-Dienste von TESAU 2005 bis 2006⁴²⁴

[...]

von Telefónica würde der Eintritt in den Endkunden-Breitbandmarkt die Kundenbindung auch bei den Endkunden im Festtelefonbereich stärken) beliefen sich die EBIDTA nur auf 3,615 Mio. EUR.

⁴²⁰ Siehe CMT-Jahresbericht 2005, Seite 296, und Vierter CMT-Quartalsbericht 2006, Seite 16.

⁴²¹ Siehe CMT-Jahresbericht 2005, Seite 298.

⁴²² Siehe Jahresberichte Telefónica 2003, 2004, 2005, 2006.

⁴²³ Spaniens Vermittlungsquote liegt unter dem EU-Durchschnitt, der stetig ansteigt (siehe unten Abschnitt VI.E.2.2.2).

⁴²⁴ Siehe Schreiben von Telefónica vom 27.9.06 (Seite TFCA-12554 der Akte).

- (437) Telefónica hat argumentiert,⁴²⁴ aus der beobachteten Zunahme des Anteils der für die IP-Dienste des Unternehmens genutzten Kapazität könne nicht geschlossen werden, dass bestimmte Kosten in Verbindung mit IP-Übertragungen unmittelbar dem Breitbandgeschäft des Unternehmens zuzuschreiben wären. Telefónica zufolge beinhaltet der in Tabelle 19 in der Spalte „IP“ genannte Anteil nicht nur Breitbanddienste, sondern auch Schmalband-Internetdienste, Breitband-Mehrwertdienste (RPV-IP) und die entsprechenden Großkundendienste. Der mit den Schmalband-Diensten von TESAU erzeugte Verkehr ist im Vergleich zu dem auf die Breitbanddienste zurückzuführenden Verkehr jedoch vernachlässigbar (weniger als 2 % des Übertragungsvolumens aller Breitbanddienste⁴²⁵ 2005) und wird im kommenden Jahr nach eigenen Prognosen von Telefónica noch weiter zurückgehen.⁴²⁶ Breitband-Mehrwertdienste (RPV-IP) würde TESAU nicht anbieten, wenn TESAU nicht auch die entsprechenden Breitbandanschlüsse bereitstellen würde; in jedem Fall ist diesem Bereich wie von Telefónica selbst eingeräumt,⁴²⁷ nur ein vernachlässigbarer Anteil der Kosten von Übertragungen im IP-Bereich zuzurechnen.
- (438) Unter diesen Umständen ist sehr wahrscheinlich, dass ein beträchtlicher Anteil der für das Übertragungsnetz vorgesehenen Investitionen vermieden worden wäre, wenn das Unternehmen nicht in die nachgelagerten relevanten Märkte (auf landesweiter Großkundenebene und auf Endkundenebene) eingetreten wäre; dies ergibt sich auch eben aus der Tatsache, dass Telefónica selbst angesichts der Stagnation im Bereich der herkömmlichen Übertragungen (bzw. de facto einem Rückgang) den Kapazitätsbedarf bei den herkömmlichen Sprachdiensten des Unternehmens als bereits gedeckt betrachtete.⁴²⁸
- (439) Zudem stehen die von Telefónica vorgelegten internen Berechnungen im Widerspruch zu diesen Darstellungen des Unternehmens. Erstens hat Telefónica bei der Bewertung der Rentabilität des Endkunden-ADSL-Geschäfts im anfänglichen Geschäftsplan – der auf Zusatzkosten beruhte⁴²⁹ – Investitionen in Verbindung mit dem Übertragungsnetz des Unternehmens eingerechnet.⁴³⁰ Auch im Geschäftsplan des Endkundenangebots „ADSL a tu medida“ – der ebenfalls von Zusatzkosten ausging⁴³¹ – sind Investitionen im Zusammenhang mit dem Übertragungsnetz des Unternehmens enthalten.⁴³²

⁴²⁵ Siehe Anhang 8 des Schreibens von Telefónica vom 27.9.06 (Seite TFCA-12943 der Akte); dieser Anteil wurde ausgehend von den entsprechenden (variablen) Kosten für den Internetzugang bei beiden Produkten berechnet.

⁴²⁶ Die Anzahl der Breitbandanschlüsse wird zunehmen ([...]) ebenfalls zunehmen wird die Nutzung durch die Endkunden (und damit die Bandbreite); der Übertragungsverkehr im Bereich der Schmalband-Dienste wird jedoch von 2004 bis 2008 jährlich um [...] % abnehmen. Siehe Telefónicas strategischen Geschäftsplan 2005-2008 (Schreiben von Telefónica vom 22.8.06, Seite TFCA-9027 der Akte).

⁴²⁷ Siehe Schreiben von Telefónica vom 28.7.06 (Seite TFCA-4649 der Akte): „*Una parte muy pequeña se distribuye además a ‘Soluciones y valores añadidos banda ancha’ debido a los accesos dedicados del servicio RPV-IP*“

⁴²⁸ Siehe Präsentation von Julio Linares, Executive Chairman Telefónica de España SAU, *Third Investor Conference Madrid 2003* (Folien 32 und 33).

⁴²⁹ Siehe vorstehender Abschnitt VI.D.1.1.1.

⁴³⁰ Siehe Schreiben von TESAU vom 21.7.06 (Seiten TFCA-4227 und TFCA-4228 der Akte): „*Descripción de los costes Opex y Capex contemplados en el Plan de Negocio del ADSL de octubre de 2001: [...] Capex: [...] Red Ip: Conmutación y transmisión IP. Inversión variable a tramos a medida*“

- (440) Telefónica übermittelte der Kommission auch eine detaillierte Aufschlüsselung der zusätzlichen Investitionen, die unmittelbar dem Breitbandgeschäft des Unternehmens zugeordnet werden konnten („CAPEX ADSL“ – siehe vorstehende Randnummer (411)). Diese Investitionen beinhalteten zum Teil auch Investitionen im Zusammenhang mit dem Übertragungsnetz von Telefónica, die sich von 2001 bis 2006 auf [...] EUR beliefen:

Tabelle 20 – zusätzliche Investitionen im Zusammenhang mit dem IP-Backbone des Unternehmens⁴³³

Mio. EUR	2001	2002	2003	2004	2005	2006
IP-KNOTEN	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Vermittlungsanlagen	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
IT-System	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
IP-ÜBERTRAGUNG	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Übertragung	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Glasfaser	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Sonst.	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
SUMME IP-BACKBONE	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

- (441) Telefónica hat in der Antwort auf das Sachverhaltsschreiben nicht bestritten, dass die in Tabelle 20 genannten Investitionen im Zusammenhang mit IP-Übertragungen als Zusatzkosten zu betrachten und daher unmittelbar dem Breitbandgeschäft des Unternehmens zuzurechnen sind. Diese Investitionen beziehen sich vorwiegend auf die Kategorien Glasfaser- und Übertragungseinrichtungen.

que aumenta el flujo de datos. Dependiente del cambio de velocidad y de mix de los productos ADSL. Se asume una disminución progresiva del coste de los circuitos de transporte. [...] Otras inversiones fijas: Inversión en [...] planta interior [...].“

Siehe auch Schreiben von Telefónica vom 27.9.06 in Anhang 9 (Seite TFCA-12978 der Akte): Im anfänglichen Geschäftsplan des Unternehmens sind die folgenden Investitionen in Übertragungsausrüstungen vorgesehen:[...].

⁴³¹ Wie TESAU im Schreiben vom 7.1.05 erläutert, beinhaltete der Geschäftsplan für „ADSL a tu medida“ nur die zusätzlichen Investitionen: „Se asume un CAPEX teniendo en cuenta la inversión incremental – material e inmaterial – a realizar necesaria para provisionar la estimación de altas considerada“ (siehe Seite TFCA-769 der Akte).

⁴³² Wie in der vorstehenden Fußnote 377 erläutert, schätzte TESAU die zusätzlichen CAPEX ausgehend von den im Zeitraum Juli 2003-Juni 2004 aufgewendeten Investitionen; zu diesen Investitionen wurden teilweise auch Investitionen in Verbindung mit dem Übertragungsnetz gerechnet.

⁴³³ Siehe Anhang 2 des Schreibens von Telefónica vom 17.10.06 (Seite TFCA-13127 der Akte).

- (442) Unabhängig davon, ob dasselbe Glasfaserkabel von mehreren Diensten gemeinsam genutzt werden kann, hätte TESAU Glasfaserkapazität nicht im gleichen Umfang aufgebaut, wenn TESAU nicht beschlossen hätte, Dienste anzubieten, auf die – wie oben dargestellt – ein zunehmender Anteil des mit den TESAU-Diensten erzeugten Übertragungsverkehrs entfällt. Dies wird nicht nur aus der Tatsache deutlich, dass die zusätzlichen Investitionen teilweise die Einrichtung der Glasfaserinfrastruktur (siehe vorstehende Tabelle 20) beinhalten, sondern auch aus den eigenen Erklärungen von TESAU im Jahresbericht 2001, demzufolge TESAU 101.531 km Glasfaserkabel für das eigene nachgelagerte Breitbandgeschäft verlegt hat.

„In diesem Jahr hat das Unternehmen auch das RIMA-Netz aufgebaut und eingeführt und damit den Prozess der Migration von ADSL-Kunden auf das neue Hochgeschwindigkeits-IP-Netz abgeschlossen, das als umfangreichste und modernste IP-Netzinfrastruktur in Spanien konzipiert wurde.

Das Engagement von Telefónica de España im Breitbandbereich schlägt sich in einer beträchtlichen Zunahme des Angebots an ADSL-Anschlüssen und in der Verlegung von 101.531 km Glasfaserkabel nieder, über die das Unternehmen eine Abdeckung von 82 % aller Anschlüsse erreicht hat.“

- (443) Bevor TESAU in einen neuen IP-Backbone investierte, über den das Unternehmen ADSL-Endkundendienste anbieten konnte, hatte die Gruppe bereits einen anderen IP-Backbone eingerichtet, der jedoch nach Auskunft von Telefónica nicht für die Bereitstellung von ADSL-Standarddiensten auf dem Massenmarkt ausgelegt war. Dieser eigene Backbone, der sich nun im Besitz von TDATA befindet und die Bereitstellung von Breitbanddiensten auf der Grundlage von GigADSL ermöglicht,⁴³⁴ wurde nach dem Ausbau des neuen IP-Backbone (RIMA) von TESAU ausschließlich zur Bereitstellung kundenspezifischer Breitbanddienste für Großunternehmen genutzt.⁴³⁵ Gerade die Tatsache, dass der IP-Backbone von TDATA bereits vorher bestand, ist ein deutliches Anzeichen dafür, dass die aufgewendeten Investitionen unmittelbar dem Eintritt von TESAU in den spanischen Endkunden-Massenmarkt zuzuschreiben sind.

⁴³⁴ Siehe Schreiben von TESAU vom 17.3.05: „TDATA posee su propia red IP (esto es todos los elementos adicionales que TDATA necesita cuando compra un producto mayorista a TESAU son de su propiedad“ (siehe Seite TFCA-1065 der Akte).

⁴³⁵ Siehe Schreiben von Telefónica vom 21.7.06 (Seiten TFCA-4230 und TFCA-4231 der Akte): „Como única red IP del Grupo existente hasta 2001, la red IP de Telefónica Data asumió también el soporte de las comunicaciones IP y acceso a Internet [...]. Este fue el escenario hasta el año 2001 en el que Telefónica de España decide iniciar su negocio minorista de servicios ADSL. [...] Es por ello que Telefónica Data decidió especializar NURIA como una red de dimensiones más reducidas [...], pero con una conectividad en backbone y acceso más orientada a los requerimientos empresariales [...] En otras palabras: se especializó a NURIA en la prestación de una tipología de servicios de mayor complejidad, de menor estandarización, destinados a un sector (Corporaciones) demandante de menor volumen de conexiones pero con muy altas exigencias en seguridad, calidad y disponibilidad del servicio. Paralelamente, como consecuencia de la decisión de desarrollar su negocio minorista de ADSL, Telefónica de España decidió desplegar una red IP de gestión propia (RIMA), [...] orientada a la prestación de servicios de acceso a Internet para un mercado masivo, principalmente residencial y PYMES. La red IP RIMA nace por tanto, enfocada en la prestación de servicios de perfil muy estándar, de comercialización masiva y con demandas de nivel de servicio no tan exigentes como las requeridas desde el sector de las Corporaciones.“

- (444) Bezüglich der Übertragungskomponenten räumt nicht nur Telefónica ausdrücklich ein, dass einige Komponenten vermeidbar und daher als zusätzlich einzustufen waren;⁴³⁶ auch die CMT bezog diese Kosten in das Retail-Minus Modell ein, das auf dem Konzept der langfristigen durchschnittlichen Zusatzkosten (LRAIC) beruhte.⁴³⁷
- (445) Telefónica hat ferner eingeräumt, dass Telefónica die Kapazität der eigenen Übertragungseinrichtungen ständig der wachsenden Nachfrage nach den von Telefónica angebotenen Diensten angepasst hatte (die – wie oben erläutert – weitgehend vom Breitbandmarkt ausging).⁴³⁸ Die Kapazität der Übertragungseinrichtungen (SDH/JDS) hat sich im Zeitraum 2001 bis 2005 vervierfacht.⁴³⁹ Telefónica erklärte zudem, dass die Steigerung der Geschwindigkeit der ADSL-Angebote für Endkunden in den Jahren 2004 und 2005 Investitionen in zusätzliche Übertragungseinrichtungen erforderte.⁴⁴⁰ Diese Investitionen, die alle aufgewendet wurden, um das Netz dem Wachstum des Breitbandgeschäfts anzupassen, sind als Zusatzkosten zu betrachten.
- (446) Folglich können einige Kostenpositionen unmittelbar dem Breitbandgeschäft von TESAU zugeordnet werden (und sind daher als zusätzlich zu betrachten).

⁴³⁶ Siehe Randnummer (430).

⁴³⁷ Siehe Schreiben der CMT vom 28.1.05 (Seite CMT-525 der Akte) und Schreiben der CMT vom 20.12.04 (Seite CMT-254 der Akte).

⁴³⁸ Siehe Schreiben von Telefónica vom 28.7.06: „*Fundamentalmente, la Red de Transporte de TESAU se sustenta sobre Equipos de Transmisión Digital de Jerarquía (SDH/JDS) y sobre portadores de Fibra Óptica. Dado el incremento de necesidades de transporte, se vienen instalando entre los equipos de transmisión y los portadores de Fibra óptica, equipos WDM, que permiten un mayor aprovechamiento de la fibra, al permitir de multiplexar por un mismo par de fibras varios canales de entre 2,5 Gbps y 10 Gbps; hasta 80 canales de 10 Gbps en la actualidad*“ (Seite TFCA-4650 der Akte).

⁴³⁹ Die Kapazität der Übertragungseinrichtungen (SDH/JDS) wuchs von 2867 (STM-1) auf 11365 (STM-1); siehe Schreiben von Telefónica vom 28.7.06 (Seiten TFCA-4650 und TFCA-4651 der Akte).

⁴⁴⁰ Siehe Schreiben von Telefónica vom 25.8.06 (Seiten TFCA-9043 und TFCA-9044 der Akte); Telefónica hat in den Jahren 2004 und 2005 über 10 Mio. EUR in Übertragungseinrichtungen investiert, um die Kapazität des Übertragungsnetzes zu erhöhen, das zur Steigerung der Geschwindigkeiten der ADSL-Endkundenangebote benötigt wurde.

- (447) In dieser Entscheidung werden die mit dem IP-Backbone in Verbindung stehenden LRAIC daher gemäß der von Telefónica selbst vorgenommenen Einschätzung der CAPEX als zusätzliche Kosten angesetzt (siehe Tabelle 20). Die Vermögenswerte in Verbindung mit dem IP-Backbone werden über einen Zeitraum von fünf Jahren abgeschrieben. Dieser Zeitraum wird allgemein angenommen: (i) von TESAU im anfänglichen Geschäftsplan (5 Jahre),⁴⁴¹ (ii) von den nationalen Regulierungsbehörden für den Telekommunikationsbereich (CMT⁴⁴², OFCOM⁴⁴³) und (iii) von den führenden alternativen Marktteilnehmern in Spanien (France Telecom⁴⁴⁴ und Auna⁴⁴⁵), die GigADSL nach Maßgabe vertraglicher Vereinbarungen beziehen. Die Kapitalkosten werden ausgehend von den WACC (15,72 %) berechnet, die von der CMT⁴⁴⁶ bei den Regulierungsaufgaben für das Breitbandgeschäft von TESAU zugrunde gelegt und von TESAU selbst im Zusammenhang mit der Darstellung angenommen wurden,⁴⁴⁷ die Finanzkosten von TESAU seien im ADSL-Bereich riskanter als in anderen Sparten.
- (448) Die Betriebskosten entsprechen den in der ADSL-Scorecard von TESAU in der Spalte „*Mantenimiento Red IP*“ genannten Zusatzkosten.
- (449) Zusammengefasst ergeben sich daher folgende Zusatzkosten von TESAU im Verbindung mit dem IP-Backbone:

Tabelle 21 – Zusatzkosten von TESAU in Verbindung mit dem IP-Backbone⁴⁴⁸

(EUR/Monat/Endkunde)	2001	2002	2003	2004	2005	2006
CAPEX ⁴⁴⁹	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
OPEX ⁴⁵⁰	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Gesamt	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

⁴⁴¹ Siehe Schreiben von TESAU vom 26.4.04 (siehe Seite TFCA-675 der Akte).

⁴⁴² Siehe Arcome-Kostenmodell (siehe unten Fußnote 514), Seite CMT-524 der Akte, und ELMCO-Kostenmodell (siehe unten Fußnote 516), Seite CMT-251 der Akte.

⁴⁴³ OFCOM, *Direction Setting the Margin between IPStream and ATM interconnection prices*, 26.8.04. siehe Randnummer 2.177: Im Test auf das Vorliegen einer Kosten-Preis-Schere zwischen dem British Telekom-Großkundenprodukt *IPStream* (im Vereinigten Königreich das Pendant zu Megavia) und *ATM interconnection* (britische Entsprechung des Produkts GigADSL) hat die britische Regulierungsbehörde die Lebensdauer der zur Bereitstellung von *IPStream* (und über die beim Produkt *ATM interconnection* hinausgehenden) erforderlichen Vermögenswerte mit drei bis sechs Jahren angegeben.

⁴⁴⁴ Schreiben von Uni2 vom 25.4.05 (Seite ISP-410 der Akte).

⁴⁴⁵ Schreiben von Auna vom 8.4.05 (siehe Seite ISP-340 der Akte);

⁴⁴⁶ Siehe oben Fußnote 357.

⁴⁴⁷ Siehe oben Fußnote 360.

⁴⁴⁸ Die Kostenposition "capacidad portadora" ist, wie Telefónica in der Erwiderung (322-323) dargelegt hat, bereits in den "IP-Backbone-Kosten" enthalten und wurde daher den Netzwerkkosten von Telefónica nicht mehr zugerechnet.

⁴⁴⁹ Abschreibung + Kapitalkosten; siehe Tabelle 64 und Tabelle 65 in Anhang E.

⁴⁵⁰ Siehe *ADSL-Scorecard* (siehe Fußnote 385): Seiten TFCA-9761, TFCA-9855, TFCA-13036, TFCA-13264 und TFCA-13265 der Akte.

- (450) In ihrem Sachverhaltsschreiben⁴⁵¹ hat die Kommission Telefónica Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt (i) bezüglich der Bewertung der Kommission dahingehend, dass die in Tabelle 20 genannten Investitionen als zusätzliche und unmittelbar dem Breitbandgeschäft von Telefónica zuzurechnende Investitionen zu betrachten seien, und (ii) bezüglich der anschließend von der Kommission vorgenommenen Schätzung der dem Unternehmen pro Anschluss entstandenen Kosten.
- (451) In der Antwort auf das Sachverhaltsschreiben⁴⁵² hat Telefónica die von der Kommission vertretene Einschätzung nicht bestritten, dass die in Tabelle 20 genannten Investitionen als zusätzliche Investitionen zu betrachten seien, sondern nur erklärt, dass die Kommission die Kapitalausgaben zu hoch angesetzt habe, (i) da der Nettobuchwert⁴⁵³ der Vermögenswerte des Unternehmens überschätzt wurde und (ii) da überhöhte WACC angenommen wurden. Telefónica machte geltend, die Kommission habe nur die Amortisierung von Investitionen abgezogen, die das Unternehmen im Jahre 2001 getätigt hat. Wie in Tabelle 64 und Tabelle 65 ausdrücklich erläutert, ist dies nicht zutreffend (siehe insbesondere unten Fußnoten 802 und 804). Bezüglich der Darstellung von Telefónica, dass die Kommission die WACC des Unternehmens überschätzt habe, hat die Kommission bereits in Abschnitt VI.C.3.1.4 dargelegt, dass Telefónica die in dieser Entscheidung zugrunde gelegten WACC der CMT vorgeschlagen hatte und dass die CMT diese WACC als Grundlage für die Regulierung der Großkunden-Breitbandprodukte von Telefónica zugrunde gelegt hat, und vor allen Dingen, dass sogar Telefónica in der *Erwiderung* auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte von diesen WACC ausgegangen ist.

1.3.2.1.3 Kosten für den Zugang zum Internet

- (452) Die Zusatzkosten von TESAU sind diejenigen, die in der (auf den LRAIC beruhenden) ADSL-Scorecard⁴⁵⁴ des Unternehmens aufgeführt sind:

Tabelle 22 – TESAU entstehende Kosten für die Internetanbindung⁴⁵⁵

	2001	2002	2003	2004	2005	2006
EUR/Monat/Endkunde	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

⁴⁵¹ Siehe Ziffern 33 bis 35 und Anhang 2 des Sachverhaltsschreibens.

⁴⁵² Siehe Seiten 31-33 der Antwort auf das Sachverhaltsschreiben.

⁴⁵³ Wie in Tabelle 65 ausdrücklich erläutert, wird als Nettobuchwert die Differenz zwischen dem Bruttowert einer Investition und der kumulierten Abschreibung dieser Investition bezeichnet.

⁴⁵⁴ *ADSL-Scorecard* für 2004, 2005 und 2006 (siehe Fußnote 385); Seiten TFCA-13036, TFCA-13264 und TFCA-13265 der Akte); wie bereits oben in Fußnote 390 erwähnt, werden insbesondere die in den geprüften Kostenrechnungen des Unternehmens genannten Gesamtkosten 2004 (75,2 Mio. EUR) in der *Scorecard* für Dezember 2004 ausdrücklich als Zusatzkosten bezeichnet.

⁴⁵⁵ Zusatzkosten gemäß *ADSL-Scorecard* des Unternehmens (siehe Fußnote 385); Seiten TFCA-9761, TFCA-9855, TFCA-13036, TFCA-13264 und TFCA-13265 der Akte.

1.3.2.2 Die Netzkosten auf der Grundlage von ADSL-IP und ADSL-IP Total

- (453) Bei ADSL-IP Total, das vollständig als Großkundenprodukt zum Wiederverkauf angeboten wird, entstehen für den alternativen Betreiber keine zusätzlichen Netzkosten (siehe unten Tabelle 23); ein Marktteilnehmer, der allerdings ADSL IP nach Maßgabe einer vertraglichen Vereinbarung bezieht, muss selbst für die Anbindung an das internationale Netz sorgen (siehe unten Tabelle 24).
- (454) Die Netzkosten von TESAU stellen sich wie folgt dar:

Tabelle 23 – Netzkosten von TESAU bei ADSL-IP Total

EUR/Endkunde/Monat	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Großkundengebühr ⁴⁵⁶	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Tabelle 24 – Netzkosten von TESAU bei ADSL-IP

EUR/Endkunde/Monat	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Großkundengebühren	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
ADSL-IP ⁴⁵⁷	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
pPAI-IP ⁴⁵⁸	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Zusätzliche Netzkosten	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Internetanbindung ⁴⁵⁹	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Gesamt	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

- (455) Die Netzkosten von TERRA stellen sich wie folgt dar:

⁴⁵⁶ Die durchschnittliche monatliche Mietgebühr wird ausgehend (i) von der von Telefónica berechneten monatlichen Mietgebühr für jede Produktvariante (siehe oben Tabelle 12) und (ii) von der durchschnittlichen Anzahl an Anschlüssen von jeder Variante berechnet (siehe Tabelle 61 in Anhang B).

⁴⁵⁷ Die durchschnittliche monatliche Mietgebühr wird ausgehend (i) von der von Telefónica berechneten monatlichen Mietgebühr für jede Produktvariante (siehe oben Tabelle 11) und (ii) von der durchschnittlichen Anzahl an Anschlüssen von jeder Variante berechnet (siehe Tabelle 61 in Anhang B).

⁴⁵⁸ Siehe oben Tabelle 11. Diese Kosten setzen sich aus einer einmaligen (sich über fünf Jahre amortisierenden) Gebühr und einer monatlichen Gebühr für jeden am PAI-IP beanspruchten Anschluss zusammen. Die Kosten pro Anschluss werden unter Berücksichtigung der folgenden Parameter berechnet: (i) Kapazität aller PAI-Anschlüsse (155 Mbit/s), (ii) Auslastung pro PAI-Anschluss (70 %) und (iii) durchschnittliche reservierte Bandbreite pro Anschluss bei TESAU (siehe Tabelle 63 in Anhang B).

⁴⁵⁹ Siehe vorstehende Tabelle 22.

Tabelle 25 – Netzkosten von TERRA bei ADSL-IP Total

EUR/Endkunde/Monat	2002	2003	2004	2005
Großkundengebühr ⁴⁶⁰	[...]	[...]	[...]	[...]

Tabelle 26 – Netzkosten von TERRA bei ADSL-IP

EUR/Endkunde/Monat	2002	2003	2004	2005
Großkundengebühr	[...]	[...]	[...]	[...]
ADSL-IP ⁴⁶¹	[...]	[...]	[...]	[...]
pPAI-IP ⁴⁶²	[...]	[...]	[...]	[...]
Zusätzliche Netzkosten	[...]	[...]	[...]	[...]
Internetanbindung ⁴⁶³	[...]	[...]	[...]	[...]
Gesamt	[...]	[...]	[...]	[...]

1.3.3 Die laufenden ISP-Kosten

- (456) Als laufende Kosten der ISP werden die von den Netzkosten unabhängigen Kosten bezeichnet, z.B. die Kosten für den Betrieb der ISP-Plattform (Kosten für die Verbindung und die Identifizierung der Kunden, Email-Dienste, Speicherplatz für persönliche Webseiten), die Kosten für die Kundenbetreuung (Verkaufs- und Kundendienst-Hotline), die Kosten für die Kundenverwaltung (u.a. Rechnungstellung und Beitreibung von Forderungen) und die Kosten in Verbindung mit der Untersuchung und Überwachung des ADSL-Markts sowie die Ertragssteuern.
- (457) Die laufenden ISP-Kosten von Telefónica stellen sich wie folgt dar:

⁴⁶⁰ Großkundengebühr für die 'Modalidad Básica'. Siehe oben Tabelle 12.

⁴⁶¹ Großkundengebühr für die 'Modalidad Básica'. Siehe oben Tabelle 11.

⁴⁶² Siehe oben Tabelle 11. Diese Kosten setzen sich aus einer einmaligen (sich über fünf Jahre amortisierenden) Gebühr und einer monatlichen Gebühr für jeden am PAI-IP beanspruchten Anschluss zusammen. Die Kosten pro Anschluss werden unter Berücksichtigung der folgenden Parameter berechnet: (i) Kapazität aller PAI-Anschlüsse (155 Mbit/s), (ii) Auslastung pro PAI-Anschluss (70 %) und (iii) durchschnittliche reservierte Bandbreite für die 'Modalidad Básica' (siehe Tabelle 63 in Anhang B).

⁴⁶³ Die eigenen Kosten von TERRA für den Internetzugang (Kostenposition: 'Transito IP'). Siehe Schreiben von TERRA vom 26.3.04 (Seite TFCA-707 der Akte), Schreiben von TERRA vom 7.1.04 (Seite TFCA-840 der Akte) und Schreiben von Telefónica vom 17.10.06 (Seite TFCA-13123 der Akte).

Tabelle 27– Laufende ISP-Kosten bei Telefónica

(EUR/Monat/Endkunde)	2001 ⁴⁶⁴	2002	2003	2004	2005	2006
ISP-Plattform ⁴⁶⁵	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Kundenbetreuung ⁴⁶⁶	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Rechnungsstellung und Beitreibung von Forderungen ⁴⁶⁷	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Marktüberwachung ⁴⁶⁸	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Steuern ⁴⁶⁹	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Sonstige Produktionskosten ⁴⁷⁰	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
SUMME Produktionskosten ISP	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

⁴⁶⁴ Da TESAU (trotz entsprechender Aufforderung) seine Kosten pro Anschluss für 2001 nicht genannt hat, ist die Kommission von der ältesten Schätzung (aus dem Januar 2002, wenn in der *ADSL-Scorecard* enthalten bzw. für das gesamte Jahr 2002 gemäß der *Wirtschaftlichkeitsberechnung ADSL*) ausgegangen, die von Telefónica weder in der Erwiderung auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte noch in der *Erwiderung* auf das Sachverhaltsschreiben angegriffen wurde.

⁴⁶⁵ Entsprechend der Anmerkung von Telefónica in der Erwiderung auf das Tatsachenschreiben (Seite 34) beruht die Analyse auf den Kosten, die der *ADSL-Scorecard* und der *Wirtschaftlichkeitsberechnung ADSL* entnommen wurden:

- 2001-2004: Kostenposition „Plataforma PSI“ in der „*Wirtschaftlichkeitsberechnung ADSL*“ (siehe oben Fußnote 379): siehe Seiten TFCA-761 der Akte.
- 2005-2006: Kostenposition „Oustourcing ISP“ in der *ADSL-Scorecard* (siehe oben Fußnote 385): Seiten TFCA-13264 und TFCA-13265 der Akte

⁴⁶⁶ Kostenposition „CAT/Helpdesk“ in der „*ADSL-Scorecard*“ (siehe oben Fußnote 385): Seiten TFCA-9761, TFCA-9855, TFCA-13036, TFCA-13264 und TFCA-13265 der Akte).

⁴⁶⁷ Positionen „*Facturación*“ und „*Gestión de cobro*“ in der „*Wirtschaftlichkeitsberechnung ADSL*“ (siehe oben Fußnote 382): Seiten TFCA-761, TFCA-6000 und TFCA-13124 der Akte.

Zu Forderungsausfällen siehe Position „*Impago*“ in den „*TESAU-Kostenrechnungen ADSL*“ (siehe oben Fußnote 379): Seite TFCA-1507, TFCA-3342 und TFCA-8166 der Akte; die Kosten des Jahres 2005 (0,23 EUR/Endkunde/Anschluss) wurden auch für 2006 angenommen.

⁴⁶⁸ Position „*Estudios de Mercado*“ in der „*Wirtschaftlichkeitsberechnung ADSL*“ (siehe oben Fußnote 382): Seiten TFCA-761, TFCA-6000 und TFCA-13124 der Akte.

⁴⁶⁹ Die Abgaben belaufen sich auf 2 % der Einnahmen; Schreiben von TESAU vom 17.3.05 (siehe Seite TFCA-1499 der Akte).

⁴⁷⁰ Kostenposition „*Otros costes de producción ISP*“ in den *TESAU-Kostenrechnungen ADSL* (siehe oben Fußnote 379): Seiten TFCA-1504 bis TFCA-1507, TFCA-3342 und TFCA-8166 der Akte.

1.3.4 Kosten der Kundenakquisition

1.3.4.1 Erläuterung der Telefónica entstandenen Kosten der Kundenakquisition

- (458) Als Kosten der Kundenakquisition („SAC“ = *Subscribers Acquisition Costs*) werden die mit der Gewinnung neuer ADSL-Kunden verbundenen Kosten bezeichnet: die Pakete und Zusammenstellungen für die Kunden, die Anschlussgebühr, Werbekosten, Vertriebskosten und verkaufsfördernde Maßnahmen (Einnahmeeinbußen), deren Kosten Telefónica bei neuen Kunden übernimmt.
- (459) Die Anschlussgebühr ist eine einmalige Gebühr, die Telefónica für die Aktivierung eines neuen ADSL-Anschlusses von seinen Wettbewerbern verlangt (siehe oben Abschnitt IV.C.3).
- (460) Die Kosten des Modems bestehen aus dem eigentlichen Preis des Modems und allen verbundenen Kosten (Verpackung, Logistik, Zubehör wie z.B. Filter und ggf. Installation in den Räumlichkeiten des Kunden sowie Versand der Ausrüstung zum Kunden).
- (461) Verkaufsfördernde Maßnahmen, die sich in den Konten von TESAU als Einnahmемinderungen oder negative Einkünfte niederschlagen, werden bei diesem Kosten-Preis-Scheren-Test als Akquisitionskosten behandelt.
- (462) Die Werbekosten beinhalten den Werbehaushalt für die ADSL-Endkundendienste. Allgemeine Kommunikationskosten, die nur im Zusammenhang mit allgemeiner Werbung für das Unternehmen und für die Marke entstehen, werden nicht als Werbekosten angenommen; die Werbekosten umfassen jedoch alle produktspezifischen Werbemaßnahmen. In dieser Sache maßgeblich sind die Werbekosten im Zusammenhang mit den ADSL-Kosten gemäß der eigenen Einschätzung des Unternehmens.
- (463) Zusätzliche Vertriebskosten beinhalten nicht nur (i) die Anreize und Provisionen (also keine Gehälter), die die Mitarbeiter des Vertriebsnetzes für jeden neuen Teilnehmer erhalten, sondern auch (ii) den auf das Breitbandgeschäft des Unternehmens zurückzuführenden Aufbau der Vertriebsstruktur von TESAU (z.B. Gehälter etc.).

1.3.4.2 *Telefónica hat die Vertriebskosten zu niedrig angesetzt*

- (464) Wie in der Mitteilung der Beschwerdepunkte⁴⁷¹ erläutert, hat Telefónica die LRAIC im Zusammenhang mit den Vertriebskosten zu niedrig angesetzt, weil nur die Anreize und die Provisionen eingerechnet wurden, die Mitarbeiter des Vertriebsnetzes für jeden neuen Teilnehmer erhalten, und sonstige Kosten in Verbindung mit der Vertriebsstruktur des Unternehmens nicht berücksichtigt wurden.⁴⁷² Telefónica erklärte in der Erwiderung auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte und in der Antwort auf das Sachverhaltsschreiben,⁴⁷³ dass die Kosten der Vertriebsstruktur den Gemeinkosten zugerechnet werden, die für mehrere Dienste gleichzeitig aufgewendet werden (Festnetztelefonie sowie Fernsehen und Internetzugang über das Breitbandnetz); daher sollten diese Kosten in der Analyse nicht berücksichtigt werden.
- (465) Zwar ist zutreffend, dass die Kosten der Vertriebsstruktur von TESAU als Gemeinkosten behandelt werden; es kann aber nicht sichergestellt werden, dass für die Vertriebsstruktur von TESAU Kosten in gleichem Umfang (gemessen an der Anzahl der Mitarbeiter) entstanden wären, wenn das Unternehmen keine Endkunden-Breitbanddienste angeboten hätte. Ein erheblicher Anteil der Vertriebsstruktur von TESAU ist auf das ADSL-Endkundengeschäft von Telefónica zurückzuführen und diesem direkt zuzuordnen; entsprechend ist dieser Anteil auch bei der Berechnung der LRAIC von TESAU zu berücksichtigen.

⁴⁷¹ Siehe Randnummern 401-403 der Mitteilung der Beschwerdepunkte.

⁴⁷² Siehe Seite 19 des Schreibens von TESAU vom 1.4.05 (siehe Seite TFCA-1672 der Akte):

„Este gasto [en incentivos por ventas del Kit ADSL] se compone de los pagos satisfechos al personal propio en concepto de, stricto sensu, incentivos por ventas y de las comisiones pagadas a los canales de distribución del producto [...] Dado el enfoque analítico de los ‘Economics Kit ADSL’, no podían tomarse en consideración ningún otro coste distinto de los mencionados, que fueron imputados directamente. Es evidente que el gasto en incentivos no agota el apartado designado como ‘Costes de comercialización’; en éste deben añadirse todos los derivados de la estructura comercial de TESAU (es decir, gastos de personal distinto del afectado directamente a la venta y costes de inmovilizado, estructura y soporte) en lo imputable a la oferta minorista de ADSL [...].“

⁴⁷³ Siehe Seite 326 der Erwiderung auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte und Abschnitte 5.2.2 und 5.2.3 des Sachverhaltsschreibens.

(466) Telefónica zufolge⁴⁷⁴ wird das Wachstum der Gruppe im Zeitraum 2004 bis 2008 durch das Breitbandgeschäft bestimmt sein (CAGR⁴⁷⁵ > 20 %), während der Anteil der Festnetzzugänge nur geringfügig steigen wird, weil die Haushalte wachsen und Breitbandanschlüsse an Verbreitung gewinnen (CAGR 1 %); die Sprachtelefonie im Festnetz hingegen wird durch die Mobilfunktelefonie und durch den E-Mail-Verkehr sowie durch VoIP weiter abnehmen (CAGR -6 %). Die gesamten Einkünfte von TESAU (inklusive Festnetztelefonie, Breitband- und Schmalbanddienste) sind zwar von 2002 bis 2006 um 1.600 Mio. EUR gestiegen (+16 %). Allerdings sind die Einkünfte aus den traditionellen Diensten (Zugangs- und Gesprächsverkehr) von 2002 bis 2006 um 150 Mio. EUR gesunken (-2 %), während die Einkünfte aus den Breitbanddiensten von 2002 bis 2006 um 1.900 Mio. EUR gestiegen sind (+525 %).⁴⁷⁶ Die Anzahl der Festnetztelefonanschlüsse in Spanien ist im Zeitraum 2001 bis 2005⁴⁷⁷ konstant geblieben, während die Anzahl der Breitbandanschlüsse 2001 bis 2005 um 275 % gestiegen ist.⁴⁷⁸ TESAU hat von 2001 bis 2006 1,4 Mio. Endkundenanschlüsse im Festnetztelefonbereich verloren⁴⁷⁹ und im gleichen Zeitraum 3,5 Mio. Endkunden-Breitbandanschlüsse hinzugewonnen.⁴⁸⁰ Wie von Telefónica selbst eingeräumt, hat die Bereitstellung von Endkunden-Breitbandzugangsdiensten die Kundenbindung im Bereich der herkömmlichen Festnetztelefondienste gestärkt,⁴⁸¹ d.h. wenn Telefónica keine Endkunden-Breitbanddienste angeboten hätte, wäre der Marktanteil von Telefónica auf dem Festnetztelefonmarkt geringer gewesen, und das Unternehmen hätte auf diesem Markt entsprechend niedrigere Einnahmen erzielt. Diese Sachverhalte deuten alle darauf hin, dass der Vertriebsbereich bei TESAU in erster Linie auf die Expansion des Breitbandgeschäfts ausgerichtet ist.

⁴⁷⁴ „A new world of Broadband Solutions“, Präsentation von Julio Linares auf der Barcelona Investor Conference, 25.4.05 (siehe Seite TFCA-3789 der Akte).

⁴⁷⁵ Jährliches Gesamtwachstum.

⁴⁷⁶ Siehe den Quartalsbericht von Telefónica vom Dezember 2003 (Seite 24) und Dezember 2006 (Seite 22).

⁴⁷⁷ Die Anzahl der Festnetztelefonieanschlüsse in Spanien hat von 17,64 Millionen 2002 auf 17,95 Millionen 2005 zugenommen (siehe CMT-Jahresbericht 2005, Seite 295).

⁴⁷⁸ Siehe Tabelle 60 in Anhang A.

⁴⁷⁹ Siehe die Jahresberichte von Telefónica für 2004 (Seite 75) und 2005 (Seite 150) sowie den Quartalsbericht von Dezember 2006 (Seite 22).

⁴⁸⁰ Siehe Tabelle 60 in Anhang A. und den Quartalsbericht von Telefónica von Dezember 2006 (Seite 22).

⁴⁸¹ Siehe folgende Fußnote 484.

- (467) Der Anteil des Breitbandgeschäfts an der Summe der Einnahmen und Gewinne von TESAU hat seit September 2001, als das Unternehmen mit der Einführung der ersten ADSL-Endkundendienste begann, sehr beträchtlich zugenommen: Auf das Breitbandgeschäft wird 2008 ein Anteil von [...] % aller Einnahmen von TESAU in Privathaushalten entfallen.⁴⁸² Dank des Breitbandgeschäfts von TESAU hat sich das von TESAU als aussichtslos betrachtete Geschäftsmodell zu einem rentablen Geschäftsmodell entwickelt.⁴⁸³ Wenn TESAU nicht in den Endkunden-Breitbandmarkt eingetreten wäre, wären die Gewinne (EBIDTA) 2005 um [...] % niedriger ausgefallen.⁴⁸⁴ Und angesichts des fortdauernden Rückgangs im traditionellen Geschäftsbereich von TESAU wäre der Gewinn 2008 noch geringer gewesen.
- (468) Nach Auskunft von Telefónica beruhen die vertriebstechnischen Möglichkeiten des Unternehmens auf der Einstellung zusätzlicher Vertriebsmitarbeiter ([...]), um dem zu erwartenden Wachstum des eigenen Breitbandgeschäfts gerecht werden zu können.⁴⁸⁵ Dennoch hat Telefónica im Rahmen dieses Verfahrens erklärt, der Mitarbeiterstamm habe sich seit 1999 nicht erhöht.⁴⁸⁶ Die Tatsache, dass die Zahl von Telefónicas Verkaufspersonal seit 1999 nicht angestiegen ist, bedeutet jedoch nicht, dass die Kosten der Vertriebsstruktur von Telefónica nicht teilweise als Zusatzkosten zu betrachten oder nicht unmittelbar dem Breitbandgeschäft des Unternehmens zugerechnet werden könnten.
- (469) Telefónica ist ein Unternehmen, das um Effizienz bemüht ist und ehrgeizige Kostensenkungspläne umgesetzt hat, mit denen die Anzahl der Mitarbeiter beträchtlich reduziert wurde. Daher ist als höchst wahrscheinlich anzunehmen, dass die Vertriebsstruktur von TESAU nicht den gleichen Umfang hätte, wenn das Unternehmen keine Endkunden-Breitbanddienste anbieten würde.

⁴⁸² Siehe Folie 4 TESAU-Strategieplan 2005-2008 (Schreiben von Telefónica vom 22.8.06 auf Seite TFCA-9026 der Akte).

⁴⁸³ 'La oportunidad de la Banda Ancha en las operadoras fijas – documento para discusión – Madrid, 20 de diciembre de 2001': „Sin esta estrategia de banda ancha TdE tendría grandes dificultades para retener a sus mejores clientes, con un impacto significativo en la rentabilidad global del negocio fijo. [...] La Banda Ancha supone la transformación de un negocio que se creía sin perspectivas en un negocio de crecimiento rentable.“ Siehe Anhang 11ii des Schreibens von Telefónica vom 21.7.06, Folie 17 (Seite TFCA-4530 der Akte).

⁴⁸⁴ Siehe 'La oportunidad de la Banda Ancha en las operadoras fijas – documento para discusión – 20 de diciembre de 2001': Telefónica veranschlagte das EBIDTA-Ergebnis 2005 auf [...] EUR, wenn das Unternehmen in den Endkunden-Breitbandmarkt eintreten würde; bei einem Verzicht auf diesen Schritt und einem entsprechenden Rückgang des Kundenstamms im Bereich der Sprachtelefonie (nach Ansicht von Telefónica würde der Eintritt in den Endkunden-Breitbandmarkt die Kundenbindung auch bei den Endkunden im Festtelefonbereich stärken) beliefen sich die EBIDTA nur auf [...] EUR. Siehe Anhang 11ii des Schreibens von Telefónica vom 21.7.06, Folie 17 (Seite TFCA-4530 der Akte).

⁴⁸⁵ *A new world of Broadband Solutions*, op. cit. (siehe Seite TFCA-3824 der Akte). „Zur Bereitstellung von Breitbandlösungen verstärken wir unsere Vertriebsstruktur: Wir stocken Kapazitäten in allen Vertriebsbereichen auf [...] Mehr als 1,000 zusätzliche Vertriebsmitarbeiter bis 2008 [...] Wir entwickeln ein Netz an Vertriebskanälen, um unsere Effizienz zu steigern [...] Entwicklung einer auf mehreren Kanälen beruhenden und auf zunehmender Dichte und Kundennähe beruhenden Strategie. Kombination von Kanälen [...] Vertriebsmitarbeiter: 2004: 22% - 2008: 29%. Endkunden, Händler und Telefónica-Läden: 2004: 15% - 2008: 27% .

⁴⁸⁶ Siehe Abschnitt 5.2.5 der Antwort auf das Sachverhaltsschreiben.

- (470) Wie bereits in der Mitteilung der Beschwerdepunkte⁴⁸⁷ und im Sachverhaltsschreiben⁴⁸⁸ erläutert, besteht, wenn nur die Anreize und die Provisionen berücksichtigt werden, die im Vertriebsnetz für jeden neuen Teilnehmer gewährt wurden, und wenn sämtliche Kosten in Verbindung mit der Vertriebsstruktur des Unternehmens ausgeklammert werden, die Gefahr, dass die Kosten auf ein Niveau deutlich unterhalb der „echten“ LRAIC reduziert werden, die einen Anteil der Kosten für die Vertriebsstruktur von TESAU beinhalten sollten.
- (471) Eine Kosten-Preis-Schere kann zwar unabhängig von der teilweisen Einbeziehung von Telefónica genannter vertriebsbedingter Gemeinkosten festgestellt werden (d.h. die Spanne im nachgelagerten Bereich bliebe Telefónica selbst dann negativ, wenn nur die Anreize und Provisionen aus der Analyse ausgeklammert würden); die Kommission ist jedoch der Ansicht, dass bei der Bewertung der vertriebsbedingten Zusatzkosten von Telefónica auch ein Anteil der durch die Vertriebsstruktur verursachten Kosten berücksichtigt werden sollte.
- (472) Eine angemessene Schätzung der zusätzlichen Vertriebskosten könnte vom tatsächlichen Einsatz des Vertriebspersonals von TESAU für den Vertrieb von Endkunden-Breitbanddiensten ausgehen (d.h. von der anteiligen Zuordnung der gesamten Vertriebskosten zum Zeitaufwand des Vertriebspersonals in Verbindung mit Endkunden-Breitbandprodukten). In dieser Hinsicht werden mit der vom Unternehmen vorgenommenen Zuordnung nach dem Umsatzanteil der einzelnen Bereiche (Festnetztelefonie sowie Internet und Fernsehen über Breitbandverbindungen) die Kosten eindeutig unterschätzt, die dem Endkunden-Breitbandgeschäft als Zusatzkosten zuzurechnen sind. Dabei wird ein beträchtlicher Anteil der gesamten Vertriebskosten des Unternehmens, der dem Endkunden-Breitbandgeschäft zuzurechnen wäre, tatsächlich dem Endkunden-Festnetztelefongeschäft zugeordnet, obwohl das Endkunden-Breitbandgeschäft rasch wächst und der Endkunden-Festnetztelefonmarkt ausgereift und gesättigt ist. Ein Endkunde, der seit vielen Jahren im Festnetztelefonbereich Kunde von Telefónica ist, steht entgegen der von Telefónica vorgenommenen Zuordnung keineswegs am Anfang eines Engagements des Vertriebspersonals von Telefónica. Diesbezüglich hat die CMT mehrfach den von TESAU zur Zuordnung der Vertriebskosten zugrunde gelegten Schlüssel kritisiert⁴⁸⁹ und Telefónica aufgefordert, eine Untersuchung zur Abschätzung des tatsächlichen Umfangs durchzuführen, in dem das Vertriebspersonal in den einzelnen Endkundenbereichen eingesetzt wird. Diese Untersuchung liegt jedoch noch immer nicht vor.⁴⁹⁰

⁴⁸⁷ Siehe Ziffer 403 der Mitteilung der Beschwerdepunkte.

⁴⁸⁸ Siehe Randnummern 29-30 des Sachverhaltsschreibens.

⁴⁸⁹ Siehe CMT-Entscheidung AE 2005/729 vom 14.7.05: *Resolución sobre la verificación de los resultados de e la contabilidad de costes presentados por Telefónica de España, S.A.U. referidos al ejercicio 2003: „Nota 5: Asignación de costes de comercialización de la cuenta „Venta de la red Propia“ [...]En base a la descripción del principio de causalidad, se considera que estos costes deberían asignarse a servicios en función de la dedicación de los recursos de los canales propios, es decir, en función de la dedicación efectiva del personal de venta de la red propia, ya que el esfuerzo y dedicación de recursos de los comerciales en la captación de un nuevo cliente genera unos ingresos en el ejercicio en curso, y unos potenciales mayores ingresos en ejercicios futuros. Por tanto, y teniendo en cuenta los comentarios anteriores, se considera que la Operadora debería realizar un estudio que reflejase la dedicación efectiva del personal de venta de su red propia. Este estudio serviría de base*

(473) Angesichts der von Telefónica zur Verfügung gestellten Informationen und der Tatsache, dass eine Untersuchung zum Umfang, in dem das Vertriebspersonal für die verschiedenen Endkundenbereiche des Unternehmens eingesetzt wurde, nicht vorlag, können die „echten“ LRAIC im Rahmen dieses Verfahrens nicht realistisch veranschlagt werden. In dieser Entscheidung wird der Anteil der Vertriebskosten am Umsatz aufgrund einer für das Unternehmen vorteilhaften Schätzung der LRAIC angenommen.

1.3.4.3 Neubewertung der Telefónica entstandenen Kosten der Kundenakquisition

(474) Bezüglich der Telefónica entstandenen Kosten mussten gewisse Anpassungen vorgenommen werden, damit der Kosten-Preis-Scheren-Test ein geeignetes Maß für die wirtschaftliche Ausgewogenheit der ADSL-Endkundendienste von Telefónica war. Wie bereits in der Sache *Wanadoo*⁴⁹¹ festgestellt, entfällt auf einem expandierenden Markt wie z.B. dem als Massenmarkt zu betrachtenden spanischen Endkunden-Breitbandmarkt ein erheblicher Anteil der Aufwendungen auf die Kosten für den Aufbau eines Kundenstamms; die Nutzungsdauer dieser Aufwendungen ist länger als der Zeitraum, in dem diese Aufwendungen erfolgt sind. Diese Kosten werden von Telefónica als Ausgaben verbucht, ohne einen Kapitalwert zu berechnen; daher wurden die Konten von Telefónica entsprechend angepasst, indem die Kosten der Kundenakquisition über einen angemessenen Zeitraum abgeschrieben wurden.

(475) In dieser Sache können mehrere potenzielle Indikatoren für die Bestimmung des angemessenen Ansatzes für die Amortisation der Telefónica entstandenen Kosten der Kundenakquisition angenommen werden: (i) der im anfänglichen Geschäftsplan angegebene Zeitraum, binnen dessen Telefónica erwartete, diese Kosten decken zu können, (ii) die durchschnittliche Vertragsdauer eines Teilnehmeranschlusses im untersuchten Zeitraum und (iii) die von anderen Regulierungsbehörden oder nationalen Wettbewerbsbehörden für ähnliche Märkte (einschließlich des Marktes in dieser Sache) angenommenen Amortisierungszeiträume. Diese Indikatoren werden im Folgenden behandelt.

para fijar los porcentajes de ponderación utilizados en el reparto a servicios de los costes registrados en el sub-centro de actividad „Ventas de la red propia“. De igual modo, se considera que Telefónica debería actualizar su Manual Interno de Contabilidad de Costes y su documento de Motivos de Cargo y Abono de tal forma que reflejen los criterios utilizados en el reparto a servicios de los costes registrados en el CAAD „Comercialización“.

⁴⁹⁰ Siehe Anhang 2ii des Schreibens von Telefónica vom 31.7.06 – *Deloitte, Informe de revision del Sistema de Contabilidad de Costes bajo el estándar de Costes Corrientes correspondiente al ejercicio anual terminado el 31 diciembre de 2004*, 29.7.05. Siehe Seite 3 des Berichts (Seite TFCA-6064 der Akte).

⁴⁹¹ *Wanadoo*, Randnummer 77.

1.3.4.3.1 Der anfängliche Geschäftsplan von Telefónica

(476) Als der Geschäftsplan von Telefónica erstellt wurde, ging das Unternehmen davon aus, dass sich die Kosten der Kundenakquisition (im Breitbandgeschäft insgesamt) binnen 1 bis 2 Jahren amortisieren würden; bei den Investitionen in die Netzinfrastruktur wurde von einer Amortisationszeit von 4 Jahren ausgegangen.⁴⁹²

1.3.4.3.2 Die durchschnittliche Vertragsdauer eines Teilnehmeranschlusses bei Telefónica

(477) Die durchschnittliche Vertragsdauer eines Teilnehmeranschlusses ist ein möglicher Indikator für die Ermittlung des Zeitraums, der für die Amortisation der Telefonica entstandenen Kosten der Kundenakquisition angemessen ist.

(478) Es muss jedoch vom vorneherein festgestellt werden, dass dieser Indikator mit Vorsicht gehandhabt werden muss. Die durchschnittliche Vertragsdauer eines Teilnehmeranschlusses ist als Folge der Marktmacht des marktbeherrschenden Unternehmens voraussichtlich länger, als dies der Fall auf einem Wettbewerbsmarkt wäre⁴⁹³.

(479) Die Kommission ist ferner der Ansicht, dass mit der von Telefónica geschätzten und angegebenen durchschnittlichen Vertragsdauer eines Teilnehmeranschlusses die tatsächliche durchschnittliche Dauer der Verträge aus den im Folgenden genannten Gründen erheblich überschätzt wurde.

(480) Telefónica veranschlagte die durchschnittliche Vertragsdauer eines Teilnehmeranschlusses⁴⁹⁴ wie folgt: die durchschnittliche Dauer (in Monaten) ergibt sich aus dem Kehrwert der Abwanderungsrate. Als monatliche Abwanderungsrate ist die Anzahl der Teilnehmer, die im betreffenden Monat ihre Geschäftsbeziehung mit dem Unternehmen beendet haben, geteilt durch die Anzahl sämtlicher Teilnehmer in diesem Monat anzunehmen:

$$\left\{ \begin{array}{l} \text{Vertragsdauer} = \frac{1}{\text{Abwanderung}} \\ \text{wobei Abwanderung} = \text{durchschnittliche Abwanderungsrate im betr. Jahr :} \\ \text{Abwanderung}_m = \frac{\text{Abwandernde Kunden in Monat } m}{\text{Teilnehmer in Monat } m} \end{array} \right.$$

⁴⁹² Siehe Anlage 10iii des Schreiben von Telefónica vom 21.7.06: „Análisis de las variables económicas críticas del ADSL – documento de trabajo – Resumen documento base – 16 de octubre de 2001“, Folien 16 und 23; (Seiten TFCA-4461 und TFCA-4468 der Akte).

⁴⁹³ Dieses Problem ähnelt der "Zellophan Täuschung" bei der Klage von SNIPP zwecks Marktabgrenzung.

⁴⁹⁴ Schreiben von TESAU vom 26.3.04 (siehe Seite TFCA-680 der Akte).

- (481) Ausgehend von dieser Formel folgert Telefónica, dass die durchschnittliche Vertragsdauer ihrer Teilnehmeranschlüsse zwischen [...] und [...] Jahren liegt.⁴⁹⁴ Dies steht im Widerspruch zu Telefónicas eigenen Angaben in der Erwiderung, wonach der Endkundenmarkt durch niedrige Umstellungskosten gekennzeichnet ist und Telefónicas monatliche Abwanderungsrate bei etwa [...] % pro Monat liegt⁴⁹⁵, was zu einer durchschnittlichen Vertragsdauer von vier Jahren führt. Tatsächlich veranschaulichen die Daten in Telefónicas *ADSL-Scorecard*, dass Telefónicas Formel zu einer durchschnittlichen Vertragsdauer zwischen [...] und [...] Jahren führt.⁴⁹⁶
- (482) Wie schon in der Sache *Wanadoo* erläutert wurde⁴⁹⁷, können die Abwanderungsraten, die über einen Zeitraum beobachtet worden sind, in dem die Anzahl der Abnehmer erheblich gestiegen ist, nicht als repräsentiv betrachtet werden. Für die Ermittlung der durchschnittlichen Vertragsdauer wären nur bei einem gefestigten Kundenstamm festgestellte Raten erheblich. Für einen (hinsichtlich der Teilnehmerzahlen) nicht wachsenden Markt könnte diese Formel von Telefónica annehmbar sein; für einen wachsenden Markt ist diese Formel jedoch nicht geeignet. Da die Teilnehmerzahl (der Nenner in der vorstehenden Formel) monatlich sehr rasch zunimmt, wird die von Telefónica berechnete Abwanderungsrate zu niedrig angesetzt und folglich die durchschnittliche Vertragsdauer überschätzt.
- (483) Die Kommission hat die Formel von Telefónica anhand der folgenden vier Beispiele überprüft:
- Beispiel 1: Monatlich werden 100 neue Teilnehmer gewonnen ($N_m=100$). Die mit dem Unternehmen bestehende Geschäftsbeziehung dauert bei allen Teilnehmern genau 24 Monate.
 - Beispiel 2: Die Anzahl der gewonnenen Teilnehmer erhöht sich jeden Monat um 10 % ($N_m = 1,10 \times N_{m-1}$). Die mit dem Unternehmen bestehende Geschäftsbeziehung dauert bei allen Teilnehmern genau 24 Monate.
 - Beispiel 3: Die Anzahl der gewonnenen Teilnehmer erhöht sich jeden Monat um 10 % ($N_m = 1,10 \times N_{m-1}$). 20 % der Teilnehmer bleiben 24 Monate; 15 % 25 Monate (bzw. 23 Monate); 10 % 26 Monate (bzw. 22 Monate); 5 % 27 Monate (bzw. 21 Monate); 3 % 28 Monate (bzw. 20 Monate); 2 % 29 Monate (bzw. 19 Monate); 1 % 30 Monate (bzw. 18 Monate); 1 % 31 Monate (bzw. 17 Monate); 1 % 32 Monate (bzw. 16 Monate); 1 % 33 Monate (bzw. 15 Monate); 1 % 34 Monate (bzw. 14 Monate).
 - Beispiel 4: Die Anzahl der gewonnenen Teilnehmer erhöht sich jeden Monat um 10 % ($N_m = 1,10 \times N_{m-1}$). Bei 2 % der Teilnehmer dauert die Geschäftsbeziehung 1 Monat, bei weiteren 2 % 2 Monate, ... und bei 2 % der Teilnehmer 48 Monate.

⁴⁹⁵ Siehe Erwiderung von Telefónica, S. 70.

⁴⁹⁶ Siehe Anhang E.

⁴⁹⁷ Siehe Randnummer 78 der Entscheidung.

- (484) Wenn bei allen Beispielen eine durchschnittliche Vertragsdauer von 2 Jahren angenommen wird, führt die Formel von Telefónica bei einem wachsenden Markt (Beispiele 2, 3 und 4) zu einer Überschätzung der durchschnittlichen Dauer; dies bestätigt, dass die von Telefónica vorgeschlagene Formel in dieser Sache ungeeignet ist.

Tabelle 28 – Anwendung der Formel von Telefónica auf die Beispiele 2, 3 und 4

Jahr	Beispiel 2		Beispiel 3		Beispiel 4	
	3	4	3	4	3	4
Durchschnittliche monatliche Abwanderungsrate	1,03 %	1,03 %	1,02 %	1,08 %	2,16 %	2,23 %
Durchschnittliche Dauer (in Jahren)	8,1	8,1	8,2	7,7	3,9	3,7

- (485) Daher betrachtet die Kommission die von Telefónica geschätzte und angegebene durchschnittliche Vertragsdauer eines Teilnehmeranschlusses als unangemessen für die Ermittlung eines geeigneten Zeitraums für die Amortisation der Telefónica entstandenen Kosten der Kundenakquisition. Ohne hinreichende historische Daten, die eine Schätzung der durchschnittlichen Vertragsdauer eines Teilnehmeranschlusses ermöglichen würden – bei den meisten Endkunden wurde das Ende der Vertragsdauer noch nicht erreicht – kann die durchschnittliche Vertragsdauer eines Teilnehmeranschlusses in dieser Sache nicht zugrunde gelegt werden.

1.3.4.3.3 Die von Regulierungsbehörden und nationalen Wettbewerbsbehörden für ähnliche Märkte angenommenen Amortisierungszeiträume

- (486) In der Sache Wanadoo hat die Kommission die Kosten der Kundenakquisition von Wanadoo Interactive über einen Zeitraum von 4 Jahren amortisiert, welcher dem von der Firma vorgeschlagenen und anerkannten Zeitraum entsprach⁴⁹⁸. Im vorliegenden Fall erscheint eine etwas kürzere Zeit angemessener, um der wirtschaftlichen Realität ebenso gerecht zu werden wie der Praxis des Wettbewerbs und der Regulierungsbehörden.
- (487) Bei ihrem Kosten-Preis-Scheren-Test mit Blick auf die spanischen Breitbandmärkte ist die spanische Regulierungsbehörde von einer Amortisierungsdauer von über zwei Jahren bezogen auf die durchschnittliche Vertragsdauer eines Teilnehmeranschlusses bei Telefónica ausgegangen.⁴⁹⁹ Die CMT hat diesen Zeitraum von zwei Jahren nach Gesprächen mit den führenden spanischen ISP definiert.⁵⁰⁰

⁴⁹⁸ Siehe Randnummer 78 in der Sache *Wanadoo*.

⁴⁹⁹ Entscheidung der CMT MTZ 2004/609 vom 15.7.04; siehe Beschreibung des von der CMT durchgeführten Kosten-Preis-Scheren-Tests (Seiten 15-16 der Entscheidung).

⁵⁰⁰ Entscheidung der CMT MTZ 2004/609 vom 15.7.04; siehe auch diesbezügliche Darstellungen der führenden ISP (Seite 13 der Entscheidung).

(488) Andere nationale Regulierungsbehörden (NRB) im Bereich der elektronischen Kommunikation gehen beim Kosten-Preis-Scheren-Test von einem Zeitraum von höchstens drei Jahren für die Amortisierung der Kosten der Kundenakquisition aus. Insbesondere in Frankreich setzen sowohl die ARCEP als auch der *Conseil de la Concurrence* voraus, dass sich die France Telecom entstehenden Kosten der Kundenakquisition binnen drei Jahren amortisieren.⁵⁰¹

1.3.4.3.4 Schlussfolgerung hinsichtlich des Amortisationszeitraums

(489) Aus den genannten Gründen beträgt der angemessene Zeitraum für die Amortisation der Telefónica für die Kundenakquisition entstandenen Kosten in dieser Sache nach Ansicht der Kommission drei Jahre. Drei Jahre sind auch der längste Zeitraum, der von nationalen Wettbewerbsbehörden und nationalen Regulierungsbehörden angenommen wurde. (Auch die CMT hat einen Zeitraum von nur zwei Jahren zugrunde gelegt.) Dieser Zeitraum ist daher sachgerechter als der Zeitraum, der von der Kommission in der Sache Wanadoo angenommen wurde. Außerdem ist der von der Kommission gewählte Zeitraum länger – und damit vorteilhafter für Telefónica – als der von TESAU im anfänglichen Geschäftsplan zur Deckung dieser Kosten veranschlagte Zeitraum.

1.3.4.4 Berechnung der von Telefónica amortisierten Nettokosten der Kundenakquisition

(490) Die Nettokosten der Kundenakquisition bei TESAU sind wie folgt:

⁵⁰¹ ART (heute ARCEP), *Modèle réglementaire du coût de l'accès dégroupé, Notice explicative*, November 2004 (Seiten 8 und 9).

Tabelle 29 – Nettokosten der Kundenakquisition bei TESAU

EUR/neuer Teilnehmer	2001 ⁴⁶⁴	2002	2003	2004	2005	2006
Unregelmäßige Einnahmen ⁵⁰²	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Akquisitionskosten	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Anschlussgebühr ⁵⁰³	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Modem ⁵⁰⁴	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Werbung ⁵⁰⁵	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Vertriebsnetz ⁵⁰⁶	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
ISP-Plattform ⁵⁰⁷	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Netto-Akquisitionskosten	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

⁵⁰² Telefónica hat in der Antwort auf das Sachverhaltsschreiben (siehe Seite 34) erklärt, die Informationsquelle müsste dieselbe wie bei der Berechnung des ARPU sein; dieser Standpunkt wird auch in der vorliegenden Entscheidung vertreten, wobei allerdings das Jahr 2001 auszuklammern ist (die entsprechenden Daten waren nur den geprüften Kostenrechnungen des Unternehmens zu entnehmen):

- 2002 bis 2006: Unregelmäßige Einnahmen (Positionen „Ingresos SAC“ oder „INGRESOS-total SAC conectividad“ oder „Ingresos de Conexión y Venta“ oder „SAC Minorista-ingresos“) und verkaufsfördernde Maßnahmen (Position „Promociones“) gemäß der *ADSL-Scorecard* (siehe Fußnote 385 oben – Seiten TFCA-9760, TFCA-13036, TFCA-13264 und TFCA-13265 der Akte).
- 2001: Unregelmäßige Einnahmen (Positionen „90104941-Conexión Servicios IP-ISP“, „90104944-Venta y Mantenimiento Equipos IP-ISP“ und „90104947-Devoluciones Servicios IP-ISP“) im Schreiben von TESAU vom 17.3.05 (Seite TFCA-1375 der Akte) waren.

⁵⁰³ Die durchschnittliche Anschlussgebühr wird ausgehend von (i) der von Telefónica erhobenen Gebühr für die verschiedenen Varianten von GigADSL (siehe Tabelle 10) und (ii) der durchschnittlichen Anzahl neuer Teilnehmer bei den verschiedenen Varianten von GigADSL berechnet (siehe Tabelle 62).

⁵⁰⁴ Diese Position beinhaltet (i) die Kosten der Ausrüstung (Position „Gastos modem“ oder „Gastos equipos“) und (ii) die Installations- und Übertragungskosten (Position „Gastos de instalación“); siehe *ADSL-Scorecard* ((siehe oben Fußnote 385) Seiten TFCA-9760, TFCA-9854, TFCA-13036, TFCA-13264 und TFCA-13265 der Akte).

⁵⁰⁵ 2001: Kostenposition „Marketing y Publicidad – Directos“ in den *geprüften ADSL-Konten von TESAU* (siehe Fußnote 379) auf Seite TFCA-1504 der Akte; als Kosten pro Anschluss werden die jährlichen Kosten geteilt durch die Anzahl der akquirierten Kunden angenommen (siehe Tabelle 62).

2002 bis 2006: Kostenposition „Advertising“ auf der *ADSL-Scorecard* (siehe Fußnote 385) auf Seiten TFCA-9761, TFCA-9855, TFCA-13036, TFCA-13264 and TFCA-13265 der Akte.

⁵⁰⁶ Kostenposition Vertriebsnetz in den „*geprüften Rechnungen von TESAU*“ (siehe Fußnote 379) auf Seiten TFCA-1504 bis TFCA-1507, TFCA-3342 und TFCA-8166 der Akte. Als Kosten pro Anschluss werden die jährlichen Kosten geteilt durch die Anzahl der akquirierten Kunden angenommen (siehe Tabelle 62). Die Kosten pro Anschluss für 2006 sind dieselben wie in 2005.

⁵⁰⁷ Siehe Schreiben von TESAU vom 17.3.05 (Seiten TFCA-1618 und TFCA-1630 der Akte).

Tabelle 30 – Amortisierung der Kosten der Kundenakquisition bei TESAU über drei Jahre

EUR/ Teilnehmer / Monat	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Amortisierung ⁵⁰⁸	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

(491) Die Nettokosten der Kundenakquisition bei TERRA sind wie folgt:

Tabelle 31 – Nettokosten der Kundenakquisition bei TERRA

EUR/neuer Teilnehmer	2002	2003	2004	2005
Unregelmäßige Einnahmen ⁵⁰⁹	[...]	[...]	[...]	[...]
Akquisitionskosten	[...]	[...]	[...]	[...]
Anschlussgebühr ⁵¹⁰	[...]	[...]	[...]	[...]
Modem ⁵¹¹	[...]	[...]	[...]	[...]
Werbung	[...]	[...]	[...]	[...]
Vertriebsnetz	[...]	[...]	[...]	[...]
ISP-Plattform	[...]	[...]	[...]	[...]
Netto-Akquisitionskosten	[...]	[...]	[...]	[...]

Tabelle 32 – Amortisierung der Kosten der Kundenakquisition bei TERRA über drei Jahre

EUR/Teilnehmer/Monat	2002	2003	2004	2005
Amortisierung ⁵⁰⁸	[...]	[...]	[...]	[...]

⁵⁰⁸ Unter der Annahme, dass die SAC des Jahres N Mitte des Jahres entstanden, wurden 16 % dem Jahr N, 33 % dem Jahr N+1, 33 % dem Jahr N+2 und 16 % dem Jahr N+3 zugeordnet. Siehe Tabelle 66.

⁵⁰⁹ Positionen Einnahmen und Kosten „Ingresos envio de modems“ und „Pregalos promocionales“ in TERRAs Kostenrechnungen. Siehe das Schreiben von TERRA vom 26.3.04 (Seite TFCA-707 der Akte), das Schreiben von TERRA vom 7.1.04 (Seite TFCA-840 der Akte) und das Schreiben von Telefónica vom 17.10.06 (Seite TFCA-13123 der Akte).

⁵¹⁰ Position „Cuota de alta servicio mayorista“ in TERRAs Kostenrechnungen. Siehe das Schreiben von TERRA vom 26.3.04 (Seite TFCA-707 der Akte), das Schreiben von TERRA vom 7.1.04 (Seite TFCA-840 der Akte) und das Schreiben von Telefónica vom 17.10.06 (Seite TFCA-13123 der Akte).

⁵¹¹ Kostenposition „Modems y envío“ in TERRAs Kostenrechnungen. Siehe das Schreiben von TERRA vom 26.3.04 (Seite TFCA-707 der Akte), das Schreiben von TERRA vom 7.1.04 (Seite TFCA-840 der Akte) und das Schreiben von Telefónica vom 17.10.06 (Seite TFCA-13123 der Akte).

1.4 *Der Unterschied gegenüber dem Kostenmodell der CMT*

- (492) In der *Erwiderung* hat Telefónica erklärt, die Kommission habe das Kostenmodell der CMT – das auf den LRAIC beruht – nicht berücksichtigt, obwohl mit diesem Kostenmodell doch gerade sichergestellt werden sollte, dass keine Kosten-Preis-Schere gegeben sei, wobei die CMT auf der Grundlage dieses Kostenmodells die Höchstpreise für das regionale Großkundenprodukt festgelegt hat.⁵¹²
- (493) Nach Ansicht von Telefónica⁵¹³ wurde das CMT Kostenmodell von einem externen Beratungsunternehmen umgesetzt, wobei das Modell die Grenzkosten eines gleich effizienten Wettbewerbers ermittelt hat, der seine Endkundenangebote auf der Grundlage von GigADSL entwickeln würde. Das erste Kostenmodell wurde von Arcome im März 2002⁵¹⁴ im Rahmen der CMT-Entscheidung *OBA 2002*⁵¹⁵ umgesetzt; das Beratungsunternehmen ELMCO⁵¹⁶ führte ein aktualisiertes Kostenmodell 2004 im Rahmen der CMT-Entscheidung *OBA 2004* ein.⁵¹⁷ Die CMT nahm einige geringfügige Änderungen in Bezug auf die Parameter⁵¹³ des Kostenmodells von ELMCO vor, nachdem Telefónica im Juli 2004⁵¹⁸ und Mai 2005⁵¹⁹ angeboten hatte, die Geschwindigkeit der Endkundenprodukte zu verdoppeln.
- (494) Wie im Folgenden erläutert, sind die von der CMT für ihre ex ante-Entscheidungen verwendeten Kostendaten für eine Bewertung der Vereinbarkeit der Preise von Telefónica für Breitbandzugänge mit Artikel 82 EG in dieser Sache ungeeignet, (i) weil das Kostenmodell der CMT nicht von den Anschaffungskosten von Telefónica ausgeht, sondern sich auf Schätzungen externer Beratungsunternehmen aufgrund von Informationen stützt, die das Unternehmen im Oktober 2001 vorgelegt hat und (ii) weil die geschätzten Kosten wesentlich geringer waren als diejenigen, die Telefónica in der Vergangenheit tatsächlich gehabt hat, und geringer waren als diejenigen, die Telefónica selbst in ihrem anfänglichen Geschäftsplan prognostiziert hat.

⁵¹² Siehe *Erwiderung* von Telefónica, Seiten 98-99.

⁵¹³ Siehe *Erwiderung* von Telefónica, Seiten 159-160.

⁵¹⁴ „*Arcome-Kostenmodell*“: siehe Anhang 2 des Schreibens der CMT vom 28.1.05: *Estudio adicional sobre los precios de la Oferta de Acceso al bucle de Abonado de Telefónica: estudio de costes en PAI-IP & Análisis Retail Minus de la oferta minorista ADSL* (Seiten CMT-519 bis CMT-557 der Akte).

⁵¹⁵ Siehe CMT-Entscheidung OBA 2002.

⁵¹⁶ „*ELMCO-Kostenmodell*“: siehe Anhang IV des Schreibens der CMT vom 20.12.04: *Actualización de los estudios realizados por Arcome sobre precios de la Oferta de Acceso al bucle de abonado de Telefónica* (Seiten CMT-198 bis CMT-312 der Akte).

⁵¹⁷ Siehe CMT-Entscheidung OBA 2004 (siehe Fußnote 94).

⁵¹⁸ Siehe CMT-Entscheidung OBA 2004 (2) (siehe oben Fußnote 103), Seite CMT-1637 der Akte.

⁵¹⁹ Siehe CMT-Entscheidung OBA 2005 (siehe oben Fußnote 104), Seite TFCA-3160 der Akte.

1.4.1 Das Kostenmodell der CMT beruht nicht auf historischen Angaben bezüglich der Kosten, die Telefónica tatsächlich entstanden sind, sondern geht eher von ex ante Schätzungen externer Beratungsunternehmen aufgrund von Informationen aus, die in 2001 von Telefónica vorgelegt wurden

- (495) Die CMT erkennt an, dass sie nicht im Besitz aller Daten war, die für eine Bestimmung der insgesamt bei der Bereitstellung der verschiedenen Großkundenzugangsprodukte, die im Standardangebot von Telefónica enthalten sind, entstehenden Kosten erforderlich gewesen wären. Dies ist dahingehend zu verstehen, dass die CMT nicht im Besitz sämtlicher Informationen war, die zur Durchführung eines Tests auf das Vorliegen einer Kosten-Preis-Schere⁵²⁰ zwischen den Preisen von Telefónica für Großkunden- und Endkunden-Breitbandzugängen erforderlich gewesen wären, der ebenso umfassend und differenziert gewesen wäre, wie der in dieser Entscheidung erläuterte Test.
- (496) Das Beratungsunternehmen Arcome hat ausdrücklich erklärt, dass es keine genauen Informationen zur Architektur des Telefónica-Netzes und zu den Netzeinrichtungen von Telefónica besaß.⁵²¹

⁵²⁰ Siehe Erklärungen der CMT in der Entscheidung OBA 2004 (siehe oben Fußnote 94, Seite CMT-1273 der Akte): „En la tramitación del presente expediente de revisión de la OBA nos encontramos con la misma dificultad que en 2002: la información de contabilidad de costes que ha proporcionado TESAU no es suficiente para poder conocer los costes de producción de los diferentes servicios de la OBA. En consecuencia, siguiendo el mismo enfoque que en la OBA 2002, se ha optado por la actualización de los estudios que permitieron el establecimiento de los precios de la OBA actualmente vigente.“

⁵²¹ Arcome-Kostenmodell (siehe oben Fußnote 514): „Al no disponer de informaciones precisas sobre la arquitectura de red desplegada por Telefónica y el tipo de equipos utilizados, se ha tomado como hipótesis de partida el análisis en el anexo 4.4 de la respuesta al requerimiento de información del 19 de octubre de 2001. En ese análisis Telefónica tomó como hipótesis 131.000 líneas [...]. A partir de esta hipótesis de partida se ha estimado el tipo de red que podría tener Telefónica evaluando las inversiones necesarias a que debería hacer frente para soportar las nuevas configuraciones de abonados par el 2002 [...]“ (Seite CMT-523 der Akte).

ELMCO-Kostenmodell (siehe Fußnote 516): „Al igual que hizo Arcome en su estudio de 2002, aquí se ha tomado como hipótesis de partida el modelo de red propuesto para el análisis de costes detallado del servicio PAI IP que realizó la propia Telefónica y que está incluido en el anexo 4.4 de su respuesta al requerimiento de información del 19 de octubre de 2001. En ese análisis Telefónica asumía la hipótesis de 131.000 líneas [...]. A partir de esta hipótesis de partida se ha estimado el tipo de red que debería implementar Telefónica, y se han evaluado las inversiones necesarias que se deberían llevar a cabo para soportar las nuevas configuraciones de abonados para 2004 [...]“ (Seite CMT-250 der Akte).

- (497) Die Netzkosten in CMTs Kostenmodell beruhen auf Daten, die Telefónica in der Antwort auf das von CMT versandte Auskunftsverlangen vom Oktober 2001 vorgelegt hat (d.h. nur einen Monat nach Einführung seiner ADSL-Endkundendienste).⁵²¹ Bei dieser Gelegenheit legte Telefónica auch eine Kostenschätzung (d.h. nicht die tatsächlich entstandenen Kosten) bezogen auf eine Netzkapazität von [...] Anschlüssen vor. Die Anzahl der Anschlüsse von Telefónica⁵²² hatte bereits im September 2001 diesen Umfang überschritten.⁵²³ Wie sich aus dem internen Geschäftsplan von Telefónica ergibt, lagen dem Unternehmen bereits zu diesem Zeitpunkt Schätzungen vor, die sich auf ein Netzwerk mit Kapazitäten (auf der Ebene des IP-Backbone) von über [...] Anschlüssen Ende 2001 und über [...] Anschlüssen Ende 2005 bezogen.⁵²⁴ Die Zahl der Anschlüsse, die tatsächlich bestanden, lag Ende 2001 über [...] und Ende 2005 über [...].⁵¹⁹
- (498) Wie Telefónica in der *Erwiderung*⁵²⁵ selbst erklärt hat, wurden von Telefónica keine weiteren Informationen zur Aktualisierung der Kostendaten des Unternehmens angefordert.

⁵²² Nationale Großkundenanschlüsse und Endkundenanschlüsse.

⁵²³ Der Umfang des Großkunden- und des Endkundengeschäfts von TERRA und TDATA (welches der Umfang des nationalen Großkundengeschäfts für TESAU ist) hatte diesen Umfang zu diesem Zeitpunkt bereits überschritten. Siehe unten, Fußnote 794.

⁵²⁴ Siehe Geschäftsplan von Telefónica. Siehe Anhang 10 des Schreibens von Telefónica vom 21.7.06, insbesondere "Análisis de las variables económicas críticas del ADSL – Documento de trabajo – Resumen documento base" (Anhang 10iii; Seite TFCA-4452 der Akte).

⁵²⁵ Siehe Antwortschreiben von Telefónica, Seiten 159-160:

„En el año 2002, y coincidiendo con la modificación de la OBA, la CMT encargo a la consultora Arcome la elaboración de un modelo de costes de los servicios de acceso mayoristas, desagregado, compartido e indirecto. La CMT consideró que la información disponible en aquel momento era suficiente ya que no se requirió a Telefónica información adicional alguna. No obstante, la CMT aportó a la consultora cuanta información de costes de Telefónica obrada en su poder.

[...]

En el año 2003 no se produjo ninguna decisión de la CMT sobre precios mayoristas. Se mantuvieron los porcentajes de retail minus. Telefónica aportó a la CMT, el 31 de julio de ese año, la contabilidad de costes históricos y corrientes totalmente distribuidos correspondientes al año 2002.

En el año 2004 y coincidiendo con la modificación de OBA, la CMT encargo a la consultora ELMCO que actualizara el modelo de Arcome y no le requirió a Telefónica ninguna información específica para llevar a cabo esta actualización. [...] En julio, y como consecuencia de la propuesta de elevación de velocidad solicitada por Telefónica, la CMT ajustó los parámetros del modelo ELMCO [...]. En esta decisión Telefónica no fue requerida para aportar ninguna información relativa a los costes.

[...]

En el año 2005 y coincidiendo con la respuesta de Telefónica de elevación de velocidad del mes de mayo, la CMT volvió, sin requerir información adicional a Telefónica, a ajustar los parámetros del modelo ELMCO y modificó ligeramente los precios del GigADSL.“

- (499) Daher sind die im von den externen Beratungsunternehmen eingesetzten Modell genannten Kosten also nicht mit den dem Unternehmen tatsächlich entstandenen Kosten zu verwechseln, sondern nur als Schätzungen auf der Grundlage von Informationen bezüglich einer Netzkapazität von [...] Anschlüssen zu verstehen. Die Beratungsunternehmen schätzten – ohne von Telefónica weitere Informationen über die Kosten zu verlangen⁵²⁵ – die zusätzlichen Investitionen, die das marktbeherrschende Unternehmen für den Aufbau eines Netzes mit einer Kapazität von [...] Kunden 2002 und [...] Kunden 2004 hätte aufwenden müssen. Nach Angabe der Beratungsunternehmen wurden diese Schätzungen ohne genaue Information bezüglich der Architektur des Netzwerkes und bezüglich der Art der ausgebauten Netzwerkanlagen aufgestellt.⁵²¹
- (500) In dem vorliegenden Verfahren wurden der Kommission von Telefónica die Geschäftspläne übermittelt, in denen Telefónica ihre Kostenschätzungen darlegte. Telefónica übermittelte auch Informationen in Bezug auf die tatsächlich entstandenen Kosten. Insbesondere erhielt die Kommission nicht nur die geprüften Kostenrechnungen auf der Grundlage vollständiger Kostenaufschlüsselungen (die auch der CMT übermittelt wurden⁵²⁶), sondern auch sämtliche Geschäftspläne des Unternehmens, die ADSL-Scorecard, in der die zusätzlichen Investitionen und die Betriebskosten genannt werden, und die Wirtschaftlichkeitsberechnung ADSL, der zu entnehmen ist, wie das Unternehmen selbst seine Zusatzkosten (laufende ISP-Kosten + Kosten der Kundenakquisition) einschätzt. Telefónica hat nicht bestritten, dass die Kosten, die der Geschäftsplan enthielt, die von dem Unternehmen vorhergesagten Zusatzkosten waren. Sie bestritt nicht, dass die in ihrer ADSL-Scorecard enthaltenen Kosten die tatsächlich aufgewendeten Zusatzkosten sind.
- (501) Unter diesen Umständen wäre es nicht gerechtfertigt und nicht angemessen, in dieser Sache die den Entscheidungen der CMT zugrunde liegenden Kosten zugrunde zu legen.

⁵²⁶ Telefónica legt die geprüften Kostenrechnungen für Jahr N am 31. Juli des Jahres N+1 vor. Daher standen der CMT nur die Kostenrechnungen der Jahre 1999 und 2000 zur Verfügung, als 2002 das Arcome-Modell erstellt wurde. Und für die Erstellung des ELMCO-Modells im Jahre 2004 waren nur die Kostenrechnungen der Jahre 2001 und 2002 verfügbar.

1.4.2 Die im Kostenmodell der CMT zugrunde gelegten Kosten sind geringer als die Kosten, die Telefónica in der Vergangenheit tatsächlich hatte

1.4.2.1 Die im Kostenmodell der CMT zugrunde gelegten Größenvorteile für Telefónica sind höher als die Größenvorteile, die das Unternehmen tatsächlich hatte

(502) In der im Jahre 2004 vom Beratungsunternehmen ELMCO durchgeführten Kostenstudie wurde Telefónica ein Marktanteil und ein Größenvorteil auf der Ebene des IP-Backbone zugestanden, den das Unternehmen tatsächlich nicht erreichen konnte; entsprechend wurden die dem Unternehmen tatsächlich entstandenen Kosten zu niedrig angesetzt.⁵²⁷ Das Modell der Kommission hingegen geht vom tatsächlichen Marktanteil von Telefónica aus.

1.4.2.2 Die im Kostenmodell der CMT zugrunde gelegten Zusatzkosten für das Netz sind geringer als die Zusatzkosten, die Telefónica in ihrem Geschäftsplan geschätzt hat und geringer als die Kosten, die das Unternehmen tatsächlich hatte

(503) Erstens sind die im Retail-Minus-Modell der CMT verwendeten zusätzlichen Investitionen (CAPEX) in Verbindung mit dem IP-Backbone von Telefónica (IP-Knoten + IP-Übertragungen) viel niedriger als (i) die von Telefónica in ihren Geschäftsplänen geschätzten zusätzlichen Investitionen und (ii) die bei dem Unternehmen tatsächlich angefallenen zusätzlichen Investitionen.

(504) Wie sich aus der unten abgebildeten Tabelle 33 ergibt, ging bereits aus dem Geschäftsplan vom April 2002 hervor, dass Telefónica höhere Investitionen erwartete, als diejenigen, die die CMT in ihrem Kostenmodell zugrunde gelegt hat. Aus dem Geschäftsplan gingen die im Jahre 2001 tatsächlich getätigten Investitionen bereits hervor. Die zuletzt genannten Investitionen haben bereits die Gesamt-Investitionen für 2001-2002 (ARCOME Kostenmodell) und für 2001-2004 (ELMCO Kostenmodell) überstiegen. Die in den monatlichen *Scorecards* gesammelten Daten zeigen weiterhin, dass Telefónica wusste, dass die tatsächlichen Investitionen diejenigen Investitionen, die die CMT im Kostenmodell zugrundegelegt hat, in erheblichem Maße überstiegen.

⁵²⁷ Siehe ELMCO-Kostenmodell (siehe Fußnote 516): „7.1 Hipótesis de partida para los cálculos [...] A partir de esta hipótesis de partidas se ha estimado el tipo de red que debería implementar Telefónica, y se han evaluado las inversiones necesarias que se deberían llevar a cabo para soportar las nuevas configuraciones de abonados para 2004 que se detallan a continuación: [...] se ha supuesto que en promedio 2.208.000 abonados hacen uso de la infraestructura hasta el PAI-IP.“ (Seite CMT-250 der Akte). Tatsächlich war die durchschnittliche Anzahl der Kunden, die den IP-Backbone von Telefónica nutzten, 2004 erheblich geringer (1 645 712).

(505) Insbesondere belaufen sich die kumulierten Investitionen (CAPEX) für den Zeitraum 2001-2002, die dem Kostenmodell von 2002 (ARCOME) zugrunde lagen, auf [...] EUR⁵²⁸ für die IP-Knoten und weniger als [...] EUR⁵²⁹ für den IP-Transport. Die entsprechenden Investitionen, die Telefónica tatsächlich tätigte, lagen bei: im Hinblick auf Investitionen für IP-Knoten nur [...]. EUR 2001 und 205 Mio. EUR für 2001-2002 und im Hinblick auf den IP-Transport nur [...] EUR für 2001 und [...] EUR für 2001-2002.⁵³⁰ Die kumulierten Investitionen (CAPEX) in das IT-System für den Zeitraum 2001-2004, die im Rahmen des Kostenmodell von 2004 (ELMCO) verwendet wurden, lagen bei [...] EUR⁵³¹ für die IP-Knoten und [...] EUR⁵³² für den IP-Transport; die entsprechenden Investitionen, die Telefónica tatsächlich tätigte, lagen dagegen bei [...] EUR⁵³⁰ für die IP-Knoten und [...] EUR⁵³⁰ für den IP-Transport.

⁵²⁸ Siehe ARCOME-Kostenmodell (siehe Fußnote 516) auf Seite CMT-554 der Akte: [...] (Kostenposition „Inversión PAI-Nodo de RED IP“) + [...] (Kostenposition „Costes red IP“) + [...] (Kostenposition „Costes Sistemas de Gestión“).

⁵²⁹ Siehe ARCOME-Kostenmodell (siehe oben Fußnote 514), Seite CMT-554 der Akte: [...] (Kostenposition 'Costes transmisión IP').

⁵³⁰ Siehe vorstehende Tabelle 20.

⁵³¹ Siehe ELMCO-Kostenmodell (siehe Fußnote 516) auf Seite CMT-304 der Akte. Siehe Kostenposition „Costes Sistemas de Gestión“.

⁵³² Siehe ELMCO-Kostenmodell (siehe oben Fußnote 516)

Tabelle 33 – Unterschiede zwischen den zusätzlichen Investitionen (CAPEX) bezüglich des IP-Backbones von Telefónica (IP-Knoten + IP-Transport), wie sie im CMT Kostenmodell verwendet werden, und den zusätzlichen Investitionen, die Gegenstand einer Schätzung von Telefónica waren und auch tatsächlich angefallen sind

Mio. EUR	Summe 2001 historisch ⁵³³	Summe 2001-2002 Prognose ⁵³⁴	Summe 2001-2002 historisch	Summe 2001-2004 Prognose	Summe 2001-2004 historisch
CMT-Modell April 2002 ⁵³⁵	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
CMT-Modell April 2004 ⁵³⁶	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Geschäftsplan 18. April 2002 ⁵³⁷	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Scorecards bis Februar 2002 ⁵³⁸	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Scorecards bis April 2002 ⁵³⁹	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Scorecards bis Dezember 2002 ⁵⁴⁰	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Scorecards bis Dezember 2004 ⁵⁴¹	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

⁵³³ Gesamtsumme der Investitionen, die tatsächlich von Telefónica vorgenommen wurden.

⁵³⁴ Gesamtsumme der von Telefónica in dem Geschäftsplan prognostizierten oder von CMT in seinem Kostenmodell geschätzten Investitionskosten.

⁵³⁵ Siehe oben Fußnoten 528 und 529.

⁵³⁶ Siehe oben Fußnoten 531 und 532.

⁵³⁷ Siehe das Schreiben von Telefónica vom 27.9.06, Anhang 9 (Seiten TFCA-12968 und TFCA-12969 der Akte). Kostenposition 'Red IP' oder 'SABA+BACKBONE'.

⁵³⁸ Jährlicher CAPEX pro Anschluss × Anzahl der Anschlüsse (Megabase + Endkunden) Ende Februar 2002. Siehe ADSL-Scorecard (siehe Fußnote 385 oben), Seiten TFCA-9701 und TFCA-9704 der Akte.

⁵³⁹ Die Gesamtinvestitionen seit 2001 werden berechnet, indem der jährliche CAPEX pro Einheit mit der Anzahl der Anschlüsse (Megabase + Endkunden) Ende April 2002 multipliziert wird. Die Gesamtinvestitionen 2002 werden berechnet, indem der gesamte CAPEX pro Einheit mit der gesamten Anzahl der neuen Anschlüsse (Megabase + Endkunden) 2002 multipliziert wird. Siehe ADSL-Scorecard (siehe Fußnote 385 oben), Seiten TFCA-9711 und TFCA-9715 der Akte. Die Gesamtinvestitionen in 2001 sind die Differenz zwischen den Gesamtinvestitionen seit 2001 abzüglich der Gesamtinvestitionen in 2002.

⁵⁴⁰ Die Gesamtinvestitionen 2001 werden oben berechnet. Die Gesamtinvestitionen 2002 werden berechnet, indem der CAPEX pro Einheit mit der Anzahl der neuen Anschlüsse (Megabase + Endkunden) 2002 multipliziert wird. Siehe ADSL-Scorecard (siehe Fußnote 385 oben), Seiten TFCA-9758 und TFCA-9762 der Akte.

⁵⁴¹ Die Gesamtinvestitionen 2001 und in 2001-2002 werden oben berechnet. Die Gesamtinvestitionen 2003 und 2004 werden berechnet, indem der CAPEX pro Einheit mit der Anzahl der neuen Anschlüsse (Megabase + Endkunden) 2003 und 2004 multipliziert wird. Siehe ADSL-Scorecard (siehe Fußnote 385 oben), Seiten TFCA-9851, TFCA-9856, TFCA-13035 und TFCA-13037 der Akte.

	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
CAPEX-Scorecard ⁵³⁰	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

(506) Zweitens sind die Betriebskosten (OPEX) in Bezug auf Telefónicas IP-Backbone (IP-Knoten + IP-Transport), die im Kostenmodell der CMT zugrunde gelegt wurden, viel geringer als (i) die Kosten die von Telefónica in ihren Geschäftsplänen geschätzt wurden, und viel geringer als (ii) die Kosten, die das Unternehmen tatsächlich hatte. Die Betriebskosten (OPEX) 2002, die im Kostenmodell verwendet wurden, liegen bei [...] ⁵⁴², wohingegen die entsprechenden Kosten, die Telefónica tatsächlich hatte, [...] ⁵⁴³ betragen. Die Betriebskosten (OPEX) 2004, die dem Kostenmodell zugrunde gelegt wurden, liegen bei [...] ⁵⁴⁴, während die entsprechenden tatsächlichen Kosten von Telefónica [...] ⁵⁴⁵ betragen.

⁵⁴² Siehe ARCOME-Kostenmodell (siehe oben Fußnote 514), Seite CMT-525 der Akte (Kostenposition 'costes de explotacion de red': 91 Peseten/Monat).

⁵⁴³ Siehe oben Tabelle 21.

⁵⁴⁴ Siehe ELMCO-Kostenmodell (siehe Fußnote 516), Seite CMT-254 der Akte (Kostenposition 'costes de explotacion de red').

⁵⁴⁵ Siehe oben Tabelle 21.

Tabelle 34 – Unterschiede zwischen den zusätzlichen Betriebskosten (OPEX) in Bezug auf Telefónicas IP-Backbone, die in dem Kostenmodell der CMT verwendet wurden und den zusätzlichen Betriebskosten, die von Telefonica geschätzt wurden und auch tatsächlich angefallen sind

EUR/Monat/Nutzer	2002 Prognose ⁵⁴⁶	2002 historisch ⁵⁴⁷	2004 Prognose	2004 historisch
CMT-Modell 2002 ⁵⁴⁸	[...]	[...]	[...]	[...]
CMT-Modell 2004 ⁵⁴⁹	[...]	[...]	[...]	[...]
Geschäftsplan 16. Okt. 2001 ⁵⁵⁰	[...]	[...]	[...]	[...]
Geschäftsplan 18. April 2002 ⁵⁵¹	[...]	[...]	[...]	[...]
Scorecard Februar 2002 ⁵⁵²	[...]	[...]	[...]	[...]
Scorecard April 2002 ⁵⁵³	[...]	[...]	[...]	[...]
Scorecard Dezember 2002 ⁵⁵⁴	[...]	[...]	[...]	[...]
Scorecard Dezember 2004 ⁵⁵⁵	[...]	[...]	[...]	[...]

(507) Drittens sind die Kosten in Bezug auf den Internet-Zugang, die im Retail-Minus-Modell der CMT verwendet wurden, viel niedriger als (i) die Kosten, die von Telefónica in ihren Geschäftsplänen geschätzt wurden, und auch viel niedriger als (ii) die Kosten, die das Unternehmen tatsächlich hatte.

⁵⁴⁶ Von Telefónica tatsächlich monatlich aufgebrauchte Kosten pro Nutzer.

⁵⁴⁷ Von Telefónica in ihrem Geschäftsplan oder von CMT in ihrem Kostenmodell prognostizierte Kosten.

⁵⁴⁸ Siehe ARCOME-Kostenmodell (siehe oben Fußnote 514), Seite CMT-525 der Akte (Kostenposition 'costes de explotacion de red':[...]).

⁵⁴⁹ Siehe ELMCO-Kostenmodell (siehe oben Fußnote 516), Seite CMT-254 der Akte (Kostenposition 'costes de explotacion de red').

⁵⁵⁰ Siehe Anlage 10i des Schreibens von Telefónica vom 21.7.2006, Seite TFCA-4402 der Akte.

⁵⁵¹ Siehe Schreiben von Telefónica vom 27.9.06, Anhang 9 (Seite TFCA-12984 der Akte).

⁵⁵² Siehe ADSL-Scorecard (siehe Fußnote 385 oben), Seite TFCA-9703 der Akte.

⁵⁵³ Siehe ADSL-Scorecard (siehe Fußnote 385 oben), Seite TFCA-9714 der Akte.

⁵⁵⁴ Siehe ADSL-Scorecard (siehe Fußnote 385 oben), Seite TFCA-9761 der Akte.

⁵⁵⁵ Siehe ADSL-Scorecard (siehe Fußnote 385 oben), Seite TFCA-13004 der Akte.

Tabelle 35 – Unterschiede zwischen den Zusatzkosten für den Internet-Zugang, die in dem Kostenmodell der CMT zugrunde gelegt wurden und Zusatzkosten, die geschätzt und tatsächlich bei Telefónica entstanden sind.

EUR/Monat/Nutzer	2002 Prognose	2002 historisch	2004 Prognose	2004 historisch
CMT-Modell 2002 ⁵⁵⁶	[...]	[...]	[...]	[...]
CMT-Modell 2004 ⁵⁵⁶	[...]	[...]	[...]	[...]
Geschäftsplan 16. Okt. 2001 ⁵⁵⁰	[...]	[...]	[...]	[...]
Geschäftsplan April 2002 ⁵⁵¹	[...]	[...]	[...]	[...]
Scorecard Februar 2002 ⁵⁵²	[...]	[...]	[...]	[...]
Scorecard April 2002 ⁵⁵³	[...]	[...]	[...]	[...]
Scorecard Dezember 2002 ⁵⁵⁴	[...]	[...]	[...]	[...]
Scorecard Dezember 2004 ⁵⁵⁵	[...]	[...]	[...]	[...]

1.4.2.3 Die nicht netzwerkbezogenen Kosten, die im Kostenmodell der CMT verwendet wurden, wurden als Prozentsatz der Erlöse von Telefónica geschätzt

(508) Die CMT bezieht in ihr Kostenmodell eine "Service-Marge" für Dienstleistungen⁵⁵⁷ (laufende Kosten ISP, Akquisitionskosten und Marge auf den Umsatz) ein, die als Prozentsatz des Endkundenpreises geschätzt wird.

Tabelle 36 – Marge für Dienstleistungen im Kostenmodell der CMT

Modalität	OBA 2002 ⁵⁵⁸	OBA 2004 (2) ⁵⁵⁹
Premium	[...]	[...]
Class	[...]	[...]
Avanzada	[...]	[...]
Básica	[...]	[...]

⁵⁵⁶ Siehe Erwiderung von Telefónica, Seite 99.

⁵⁵⁷ Siehe die Rubrik "margen de operaciones" in dem Kostenmodell der CMT. Siehe auch das Kostenmodell von ARCOME (siehe Fußnote 514 oben), Seite CMT-530 der Akte.

⁵⁵⁸ Siehe ARCOME-Kostenmodell (siehe oben Fußnote 514), Seite CMT-530 der Akte.

⁵⁵⁹ Anhang 3 (Seite 33/34) der CMT-Entscheidung OBA 2004 (2), Seite CMT-1637 der Akte.

- (509) In ihrem Schreiben vom 17.1.05 forderte die Kommission die CMT auf, Details zu den Kosten vorzulegen, die in der "Dienstleistungsmarge" enthalten sind.⁵⁶⁰ In ihrem Antwortschreiben⁵⁶¹ teilte die CMT mit, dass detailliertere Informationen als der von dem Beratungsunternehmen berechnete Prozentsatz nicht zur Verfügung stünden.
- (510) Unter diesen Umständen kann, angesichts der wesentlich detaillierteren und genaueren Informationen, die Telefónica im vorliegenden Verfahren zur Verfügung gestellt hat, nicht auf die im Kostenmodell der CMT enthaltenen geschätzten nicht netzwerkbezogenen Kosten – ganz wesentliche Kosten, die 30 % des Endkundenpreises ausmachen – abgestellt werden, um das Vorliegen einer Kosten-Preis-Schere auf dem spanischen Breitbandmarkt zu beurteilen. Zusammenfassend ist die Kommission der Meinung, dass die von der CMT in ihrem Kostenmodell verwendeten Kosten nicht sachgerecht sind, um im vorliegenden Fall beurteilen zu können, ob die Preise von Telefónica mit Artikel 82 EG vereinbar sind.

1.4.3 Schlussfolgerung bezüglich des Unterschiedes zwischen den Modellen der Kommission und der CMT

- (511) Das von der CMT in ihren ex ante-Beschlüssen zur Sicherstellung der Abwesenheit einer Kosten-Preis-Schere angenommene Kostenmodell unterscheidet sich also in dieser Sache ganz erheblich von der Bewertung der Vereinbarkeit der von Telefónica erhobenen Preise für Breitbandzugänge mit Artikel 82 EG. Das Kostenmodell der CMT stellt auf Prognosen ab, die im Oktober 2001 von Telefónica vorgelegt wurden, wohingegen das Modell der Kommission auf die jüngsten vom Unternehmen vorgelegten Daten (für die getrennte Betrachtung der einzelnen Zeiträume und für die Ertragswertmethode zur rückwirkenden Betrachtung) und den von ihm vorgelegten und in der *Erwiderung*⁵⁶² zur Verteidigung angeführten anfänglichen Geschäftsplan (für das zukunftsbezogene Ertragswertmodell) abstellt.

2 Die Ergebnisse des Kosten-Preis-Scheren-Tests

- (512) Gemäß der beschriebenen Methode wird in diesem Abschnitt das Material analysiert, das als Beleg für die Beurteilung herangezogen werden kann, ob die Endkunden-Breitbandpreise von Telefónica ausgehend von den von September 2001 bis Dezember 2006 erhobenen Gebühren für die Großkundenangebote auch von anderen Wettbewerbern hätten angeboten werden können. Es wird genauer gesagt festgestellt werden, dass die Endkunden-Breitbandpreise, die von den Filialen der Telefónica (TESAU und TERRA) erhoben wurden, weder mittels der nationalen Großkundenangebote (ADSL-IP und ADSL-IP Total) noch mittels des regionalen Großkundenangebots (GigADSL) repliziert werden konnten.

⁵⁶⁰ Siehe Schreiben der Kommission an die CMT vom 17.1.05 (Seiten CMT-498 und CMT-499 der Akte).

⁵⁶¹ Siehe Schreiben der CMT vom 2.2.05 (Seiten CMT-569 bis CMT-572 der Akte).

⁵⁶² Siehe unten Abschnitt VI.D.2.2.

(513) Dieser Abschnitt ist folgendermaßen strukturiert: Im Abschnitt 2.1. wird die Replizierbarkeit von Telefónicas Endkundenpreisen auf Grundlage der Anschaffungskosten des Unternehmens analysiert. Im Abschnitt 2.1.2.3. wird Telefónicas in der Erwiderung enthaltene Berechnung der Kosten-Preis-Schere analysiert, die auf den im ursprünglichen Unternehmensplan formulierten Vorhersagen beruht.

2.1 Replizierbarkeit von Telefónicas Endkundenpreisen ausgehend von Telefónicas Anschaffungskosten

(514) Wie die untenstehenden Feststellungen zeigen, waren Telefónicas Endkunden-Breitbandpreise von September 2001 bis Dezember 2006 weder ausgehend von den nationalen Großkundenpreisen (siehe Abschnitt 2.1.12.1.1. unten) noch ausgehend von den regionalen Großkundenpreisen replizierbar. (siehe Abschnitt 2.1.1.3. unten).

2.1.1 Analyse auf Grundlage der Angebote ADSL-IP und ADSL-IP Total

2.1.1.1 Die Methode der Berücksichtigung getrennter Zeiträume

(515) Wie aus der folgenden Berechnung ersichtlich, wäre die Gewinnspanne von TESAU negativ ausgefallen, wenn TESAU für ADSL-IP (siehe

Tabelle 38 unten) und ADSL-IP Total (siehe Tabelle 37 unten) von September 2001 bis Dezember 2006 die Gebühren hätte zahlen müssen, die von Wettbewerbern des Unternehmens gefordert wurden.

Tabelle 37 – Prüfung der Endkundenpreise von TESAU auf Grundlage von ADSL-IP Total

	Einheit	2001	2002	2003	2004	2005	2006
ARPU ⁵⁶³	EUR/Monat/ Kunde	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Großkundengebühr ⁵⁶⁴	EUR/Monat/ Kunde	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Zusatzkosten	EUR/Monat/ Kunde	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
ISP ⁵⁶⁵	EUR/Monat/ Kunde	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Netto-SAC ⁵⁶⁶	EUR/Monat/ Kunde	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Spanne⁵⁶⁷	EUR/Monat /Kunde	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	Mio. EUR⁵⁶⁸	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

⁵⁶³ Siehe oben Tabelle 16.

⁵⁶⁴ Siehe oben Tabelle 23.

⁵⁶⁵ Siehe oben Tabelle 27.

⁵⁶⁶ Siehe oben Tabelle 30.

⁵⁶⁷ ARPU – Großkundengebühren – Netzkosten – ISP-Kosten – Netto SAC.

⁵⁶⁸ Monatliche Spanne pro Anschluss (in EUR/Monat/Kunde) x durchschnittliche Zahl der Endkunden im Jahr (siehe Tabelle 61 in Anhang B) x 12.

Tabelle 38 – Prüfung der Endkundenpreise von TESAU auf Grundlage von ADSL-IP

	Einheit	2001	2002	2003	2004	2005	2006
ARPU ⁵⁶³	EUR/Monat/Kunde		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Großkunden- gebühr ⁵⁶⁹	EUR/Monat/Kunde		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Zusatzkosten	EUR/Monat/Kunde		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Netz ⁵⁶⁹	EUR/Monat/Kunde		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
ISP ⁵⁶⁵	EUR/Monat/Kunde		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Netto-SAC ⁵⁶⁶	EUR/Monat/Kunde		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Spanne⁵⁶⁷	EUR/Monat/Kunde		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	Mio. EUR		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

(516) Der Kosten-Preis-Scheren-Test führt zu einem ähnlichen Ergebnis bei den Endkundenpreisen von TERRA.⁵⁷⁰

Tabelle 39 – Prüfung der Endkundenpreise von TERRA auf der Grundlage von ADSL-IP Total

EUR/Monat/Kunde	2002	2003	2004	2005
ARPU ⁵⁷¹	[...]	[...]	[...]	[...]
Großkundengebühr ⁵⁷²	[...]	[...]	[...]	[...]
Zusatzkosten	[...]	[...]	[...]	[...]
ISP ⁵⁷³	[...]	[...]	[...]	[...]
Netto-SAC ⁵⁷⁴	[...]	[...]	[...]	[...]
Spanne⁵⁶⁷	[...]	[...]	[...]	[...]

⁵⁶⁹ Siehe oben Tabelle 24.

⁵⁷⁰ Ein ähnliches Ergebnis kann auch bei TERRAs eigenen Kosten gefunden werden.

⁵⁷¹ Siehe oben Tabelle 17.

⁵⁷² Siehe oben Tabelle 25.

⁵⁷³ Siehe oben Tabelle 27.

⁵⁷⁴ Siehe oben Tabelle 32.

Tabelle 40 – Prüfung der Endkundenpreise von TERRA auf der Grundlage von ADSL-IP

EUR/Monat/Kunde	2002	2003	2004	2005
ARPU ⁵⁷¹	[...]	[...]	[...]	[...]
Großkundengebühr ⁵⁷⁵	[...]	[...]	[...]	[...]
Zusatzkosten	[...]	[...]	[...]	[...]
Netz ⁵⁷⁵	[...]	[...]	[...]	[...]
ISP ⁵⁷³	[...]	[...]	[...]	[...]
Netto-SAC ⁵⁷⁴	[...]	[...]	[...]	[...]
Spanne⁵⁶⁷	[...]	[...]	[...]	[...]

2.1.1.2 Die Ertragswertmethode

(517) Eine Berechnung nach der von Telefónica vorgeschlagenen Ertragswertmethode – die, wie in Randnummer (345) oben erläutert, in Wanadoo unter ähnlichen Umständen nicht als geeignet angesehen wurde – führt für den Berechnungszeitraum von September 2001 bis Dezember 2006 ebenfalls zu negativen Ergebnissen:

(518) Der Test beruht auf folgenden Werten pro Einheit:

⁵⁷⁵ Siehe oben Tabelle 26.

Tabelle 41 – Entwicklung der Einnahmen und Kosten pro Stück bei TESAU (2001-2006)

	Einheit	2001	2002	2003	2004	2005	2006
ARPU ⁵⁷⁶	EUR/Monat/ Kunde	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Großkundengebühr ⁵⁷⁷	EUR/Monat/ Kunde	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Zusatzkosten		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Netz (OPEX) ⁵⁷⁷	EUR/Monat/ Kunde	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
ISP ⁵⁷⁶	EUR/Monat/ Kunde	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Netto-SAC ⁵⁷⁶	EUR/neuer Kunde	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Durchschnittliche Teilnehmerzahl ⁵⁷⁶	'000	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Endkunden/Jahr ⁵⁷⁶	'000	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Neu gewonnene Kunden ⁵⁷⁶	'000	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

(519) Daher führt die Analyse nach der Ertragswertmethode zu einem negativen Kapitalwert in Höhe von [...] Mio. EUR; ein Markteintritt auf der Grundlage von GigADSL konnte im Zeitraum von September 2001 bis Dezember 2006 also nicht rentabel sein. Das bedeutet, dass Telefónicas Endkundenpreise auf Grundlage der eigenen Großhandelsprodukte wegen der Kosten-Preis-Schere von alternativen ADSL-Betreibern nicht replizierbar waren.

⁵⁷⁶ Siehe oben Tabelle 44. Die Berechnung nach der Ertragswertmethode auf Grundlage von ADSL-IP ist dieselbe wie die auf Grundlage von GigADSL abgesehen von den IP-Backbonekosten (in der Berechnung auf Basis des ADSL-IP wurden die IP-Backbonekosten durch die Großkundenpreise ersetzt, die Telefónica berechnet, siehe die Position "Netz (OPEX)" in dieser Tabelle, wie von Telefónica in der Ertragswertberechnung auf der Grundlage von ADSL-IP getan).

⁵⁷⁷ Siehe oben Tabelle 24.

Tabelle 42 – Der Kapitalwert der nachgelagerten Geschäftstätigkeit von TESAU von 2001 bis 2006 (auf der Grundlage von ADSL-IP)

Mio. EUR	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Einnahmen ⁵⁷⁸	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Großkundengebühren ⁵⁷⁸	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Zusatzkosten	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Netzkosten (OPEX) ⁵⁷⁸	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Laufende Kosten ISP ⁵⁷⁸	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Netto-Akquisitionskosten ⁵⁷⁹	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Netto-Cashflow⁵⁸⁰	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Kapitalwert (ohne Restwert)⁵⁸¹	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Restwert⁵⁸²	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Kapitalwert (mit Restwert)⁵⁸³	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

2.1.1.3 Ergebnis hinsichtlich einer Preis-Kosten-Schere zwischen Telefónicas nationalem Großhandel und den Endkundenpreisen

(520) Nach dem oben Gesagten kommen sowohl die Methode der Berücksichtigung getrennter Zeiträume als auch die Ertragswertmethode zu dem Ergebnis, dass zwischen Telefónicas nationalem Großhandel und den Endkundenpreisen eine Kosten-Preis-Schere besteht.

2.1.2 Analyse auf Grundlage von GigADSL

2.1.2.1 Die Methode der Berücksichtigung getrennter Zeiträume

(521) Wie aus der unten vorgenommenen Berechnung ersichtlich, wäre die Gewinnspanne von TESAU jederzeit negativ ausgefallen, wenn TESAU für GigADSL von September 2001 bis Dezember 2006 die Gebühren hätte zahlen müssen, die von den Wettbewerbern des Unternehmens gefordert wurden.

⁵⁷⁸ Einheitswert x durchschnittliche Anzahl der Endkunden x 12 (siehe Tabelle 41 oben).

⁵⁷⁹ Einheitswert x durchschnittliche Anzahl der Endkunden x 12 (siehe Tabelle 41 oben).

⁵⁸⁰ Gesamte Jahreseinnahmen-gesamte Großkundengebühren-gesamte jährlich anfallende Zusatzkosten.

⁵⁸¹ Summe des diskontierten jährlichen Netto-Cashflows. Siehe Formel in Randnummer (329) oben.

⁵⁸² Siehe Tabelle 68 in Anhang C. Dieser Restwert ist höher als der 2006 ermittelte diskontierte Wert der zu erwartenden Gewinne, die in den Jahren 2007 bis 2011 durch vor 2006 neu gewonnene Kunden erzielt werden (Siehe Tabelle 69 in Anhang C).

⁵⁸³ Kapitalwert (ohne Restwert) – diskontierter Restwert.

Tabelle 43 – Replizierbarkeit der Endkundenpreise von TESAU anhand von GigADSL

	Einheit	2001	2002	2003	2004	2005	2006
ARPU ⁵⁸⁴	EUR/Monat/Kunde	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Großkundengebühren ⁵⁸⁵	EUR/Monat/Kunde	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Zusatzkosten	EUR/Monat/Kunde	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Netzkosten ⁵⁸⁶	EUR/Monat/Kunde	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
ISP ⁵⁸⁷	EUR/Monat/Kunde	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Netto SAC ⁵⁸⁸	EUR/Monat/Kunde	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Spanne⁵⁶⁷	EUR/Monat/Kunde	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	Million EUR⁵⁶⁸	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

2.1.2.2 Die Ertragswertmethode

(522) Die Ertragswertmethode kommt zu demselben Ergebnis wie die Methode der Berücksichtigung getrennter Zeiträume, dass Telefónicas Kapitalwert der nachgelagerten Aktivitäten in dem Zeitraum von September 2001 bis Dezember 2006 negativ war. Das bedeutet, dass Telefónicas Endkundenpreise aufgrund der eigenen Großkundenprodukte wegen der Preis-Kosten-Schere nicht von alternativen ADSL-Anbietern repliziert werden konnten.

(523) Der Test beruht auf folgenden Werten pro Einheit:

⁵⁸⁴ Siehe oben Tabelle 16.

⁵⁸⁵ Siehe oben Tabelle 18.

⁵⁸⁶ Siehe oben Tabelle 21 und Tabelle 22.

⁵⁸⁷ Siehe oben Tabelle 27.

⁵⁸⁸ Siehe oben Tabelle 30.

Tabelle 44 – Entwicklung der Einnahmen und Kosten pro Einheit bei TESAU (2001-2006)

	Einheit	2001	2002	2003	2004	2005	2006
ARPU ⁵⁸⁹	EUR/Monat/Kunde	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Großkundengebühren ⁵⁹⁰	EUR/Monat/Kunde	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Zusatzkosten		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Netzkosten (CAPEX) ⁵⁹¹	EUR/Neukunde	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Netzkosten (OPEX) ⁵⁹²	EUR/Monat/Kunde	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
ISP ⁵⁹³	EUR/Monat/Kunde	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Netto SAC ⁵⁹⁴	EUR/Neukunde	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Durchschnittliche Kundenzahl ⁵⁹⁵	'000	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Kundenzahl am Jahresende ⁵⁹⁵	'000	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Neu-gewonnene Endkunden (SAC) ⁵⁹⁶	'000	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Neu-gewonnene Endkunden (CAPEX) ⁵⁹⁷	'000	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

⁵⁸⁹ Siehe oben Tabelle 16.

⁵⁹⁰ Siehe oben Tabelle 18.

⁵⁹¹ Siehe *ADSL Scorecard* für 2002 to 2006 (siehe Fußnote 385 oben): Seiten TFCA-9762, TFCA-9856, TFCA-13037, TFCA-13063 und TFCA-13087 der Akte.

Siehe den aktualisierten Geschäftsplan PEC Verne für 2001 (Anhang 9 des Briefes von Telefónica vom 27.9.06) auf Seite TFCA-12976 der Akte) Dieser aktualisierte Geschäftsplan beinhaltet den historischen CAPEC für (381,36 Millionen Euro für Telefónicas gesamtes ADSL Geschäft in 2001 – siehe Seite TFCA 12968 der Akte) was in in dem Brief von Telefónica vom 17.10.06 (Seite TFCA-13126 der Akte) dargelegt ist.

Die Einheitsnetzkosten CAPEX (EUR/Neuer Kunde) für den Preis-Kosten-Scherentest zwischen Telefónicas Endkundenpreisen und den GigADSL-Preisen sind die Differenz zwischen der CAPEX-Einheit für eine Megabase-Leitung und der CAPEX-Einheit für eine GigADSL-Leitung.

⁵⁹² Siehe oben Tabelle 21 und Tabelle 22.

⁵⁹³ Siehe oben Tabelle 27.

⁵⁹⁴ Siehe oben Tabelle 29.

⁵⁹⁵ Siehe Tabelle 60 in Anhang A und Tabelle 61 in Anhang B für 2001 bis 2005 und den Trimester-Report von Telefónica aus Dezember 2006 (S. 20) für 2006: die Anzahl von TESAU-Kunden betrug Ende 2006 3.742.700. Die aufgrunddessen geschätzte durchschnittliche Anzahl an Kunden betrug im Jahr 2006 3.122.800.

⁵⁹⁶ Von 2001 bis 2005: siehe Tabelle 62 in Anhang B. Die im Jahr 2001 von TDATA nach TESAU übertragenen Leitungen sind ausgenommen, weil sie keine Kunden-Akquisitionskosten im Jahr 2001 verursachten. Für 2006: Es wird angenommen, dass die Abwanderung im Jahr 2006 im Verhältnis zum Jahr 2005 gleich geblieben ist.

- (524) Demzufolge führt die Analyse nach der Ertragswertmethode zu einem negativen Kapitalwert von [...] Millionen Euro (einschließlich des Restwertes), d.h., dass der Zugang durch GigADSL im Zeitraum von 2001 bis 2006 nicht gewinnbringend sein konnte.

Tabelle 45 – Der Kapitalwert der nachgelagerten Geschäftstätigkeit von TESAU in dem Zeitraum von 2001 bis 2006

Millionen EUR	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Einkommen ⁵⁹⁸	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Großkundengebühren ⁵⁹⁸	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Zusatzkosten	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Netzkosten (CAPEX) ⁵⁹⁹	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Netzkosten (OPEX) ⁵⁹⁸	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
ISP laufende Kosten ⁵⁹⁸	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Netto-Kosten Kundenaquisition ⁵⁹⁹	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Netto-Cashflow⁶⁰⁰	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Kapitalwert (ohne Restwert)⁶⁰¹	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Restwert⁶⁰²	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Kapitalwert (einschließlich Restwert)⁶⁰³	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

⁵⁹⁷ Von 2002 bis 2006: siehe oben Fußnote 596. Für 2001: Anzahl neuer End-Teilnehmer (195 256), die von Telefónica zur Berechnung des CAPEX pro Einheit 2001 verwendet wurde (siehe oben Fußnote 591) in Anhang 9 des Schreibens von Telefónica vom 27.9.06, Seite TFCA-12969 der Akte).

⁵⁹⁸ Wert pro Einheit x durchschnittliche Anzahl an Endkunden x 12 (siehe Tabelle 44 oben).

⁵⁹⁹ Wert pro Einheit x neu gewonnenen Endkunden (siehe Tabelle 44 oben).

⁶⁰⁰ Gesamte Jahreseinnahmen – gesamte jährliche Großkundengebühren – gesamte Jahreszusatzkosten.

⁶⁰¹ Summe des diskontierten jährlichen Netto-Cashflows. Siehe Formel in Randnummer (329) oben.

⁶⁰² Siehe Tabelle 67 und Tabelle 68 in Anhang C. Dieser Restwert ist höher als der 2006 ermittelte diskontierte Wert der zu erwartenden Gewinne, die in den Jahren 2007 bis 2011 durch vor 2006 neu gewonnene Kunden erzielt werden (Siehe Tabelle 70 in Anhang C).

⁶⁰³ Kapitalwert (ohne Restwert) – diskontierter Restwert.

2.1.2.3 Ergebnis hinsichtlich einer -Kosten-Preis-Schere zwischen Telefónica nationalem Großhandel und den Endkundenpreisen

(525) Nach dem oben Gesagten kommen sowohl die Methode der Berücksichtigung getrennter Zeiträume als auch die Ertragswertmethode zu dem Ergebnis, dass zwischen Telefónica nationalem Großhandel und den Endkundenpreisen eine Kosten-Preis-Schere besteht.

2.2 Das auf dem anfänglichen Geschäftsplan des Unternehmens beruhende zukunftsbezogene Ertragswertmodell von Telefónica

(526) Mit der *Erwiderung*⁶⁰⁴ übermittelte Telefónica eine zukunftsbezogene Ertragswertberechnung beruhend auf Prognosen, die das Unternehmen im ursprünglichen Geschäftsplan⁶⁰⁵ erstellte und aus denen sich angeblich eine positive Spanne im nachgelagerten Geschäft ergab.

(527) Wie bereits im vorstehenden Abschnitt (373) erläutert, können die Prognosen, die das marktbeherrschende Unternehmen in seinem Geschäftsplan erstellte, nicht als Beleg für das Vorliegen oder das Nichtvorliegen eines Missbrauchs in Form unangemessener Preise herangezogen werden. In jedem Fall geht die zukunftsgerichtete Ertragswertberechnung von Telefónica von einer Reihe von Annahmen oder Methoden aus, die nicht gerechtfertigt bzw. nicht plausibel sind, und lässt gewisse maßgebliche Kosten außer Acht oder unterschätzt diese Kosten in erheblichem Maße (siehe Abschnitte 2.2.2 und 2.2.3 unten). Dem ursprünglichen Geschäftsplan von Telefónica war tatsächlich zu entnehmen, dass die nachgelagerte Geschäftstätigkeit des Unternehmens im Zeitraum 2001-2006 zu einem negativen Kapitalwert geführt hätte, während sich im Gesamtgeschäft desselben Zeitraums ein positiver Kapitalwert ergeben hätte (siehe Abschnitte 2.2.1 und 2.2.4).

2.2.1 Die Berechnungen von Telefónica im ursprünglichen Geschäftsplan bestätigen tatsächlich unmittelbar das Vorliegen einer Kosten-Preis-Schere

(528) Das Vorliegen einer Kosten-Preis-Schere braucht nicht durch eine zukunftsbezogene Ertragswertberechnung nachgewiesen zu werden. Schon die Endergebnisse im ursprünglichen Geschäftsplan von Telefónica zeigen (ohne jegliche weitere Berechnung), dass diese Kosten-Preis-Schere gegeben war: Der mit einem Großkunden-ADSL-Anschluss (GigADSL oder ADSL-IP) erwirtschaftete Wert (Kapitalwert) ist höher als der Wert, der mit einem Endkunden-ADSL-Anschluss erzielt werden konnte. Telefónica war sich also bewusst, dass das nachgelagerte Geschäft mit Verlusten geführt wurde.

⁶⁰⁴ Siehe Seiten 337-339 der *Erwiderung*.

⁶⁰⁵ Siehe vorstehende Fußnote 368.

Tabelle 46 – Der Kapitalwert eines ADSL-Anschlusses gemäß dem ursprünglichen Geschäftsplan von TESA⁶⁰⁶

EUR/Endkunde	2002-2006	Amortisierungszeitraum
1 Endkundenanschluss	[...]	[...]
1 ADSL-IP-Anschluss	[...]	[...]
1 GigADSL-Anschluss	[...]	[...]

2.2.2 Die von Telefónica in der Erwiderung auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte vorgelegte Ertragswertberechnung

(529) In der *Erwiderung*⁶⁰⁷ stellt Telefónica anhand der in dem Geschäftsplan niedergelegten Erwartungen eine Berechnung nach der Ertragswertmethode an, um nachzuweisen, dass keine Kosten-Preis-Schere bestand. Es wird behauptet, dass die Berechnungen⁶⁰⁸ ohne Berücksichtigung des Restwertes zu einem negativen Kapitalwert führen, hingegen unter Einbeziehung des Restwertes (auf der Grundlage von Vielfachen⁶⁰⁹) zu einem positiven Kapitalwert in Höhe von [...] Euro Ende 2005⁶¹⁰.

Tabelle 47 – Kapitalwert von 2001 bis 2005 nach der Berechnung von Telefónica in der Erwiderung⁶¹¹

Millionen EUR	Ohne Restwert	Mit Restwert
Auf Grundlage von GigADSL	[...]	[...]
Auf Grundlage von ADSL-IP	[...]	[...]

(530) Wie Telefónica im Schreiben vom 4. August 2006 erklärt hat, enthielt die Ertragswertberechnung in der *Erwiderung* eine Reihe von Fehlern, und das Unternehmen legte eine geänderte Ertragswertberechnung vor. Die geänderte Ertragswertberechnung beruht auf folgenden Werten pro Einheit:

⁶⁰⁶ Siehe Anhang 10iii des Schreibens von Telefónica vom 21.7.06: „*Análisis de las variables económicas críticas del ADSL – Documento de trabajo – Resumen documento base*“, Folie 23 (Seite TFCA-4468 der Akte).

⁶⁰⁷ Siehe Seiten 337-339 der *Erwiderung*.

⁶⁰⁸ Siehe Seite 339 (Tabelle 7) der *Erwiderung*.

⁶⁰⁹ Siehe oben Abschnitt VI.C.3.1.2.

⁶¹⁰ Siehe Seite 336 der *Erwiderung*.

⁶¹¹ Siehe Seite 339 (Tabelle 14) der *Erwiderung*.

Tabelle 48 – Werte pro Einheit, die von Telefónica bei der Ertragswertberechnung verwendet wurden

	Einheit	2001	2002	2003	2004	2005
ARPU ⁶¹²		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Ohne SVA	EUR/Monat/Kunde	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Mit SVA	EUR/Monat/Kunde	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Großkundengebühren ⁶¹²		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
GigADSL	EUR/Monat/Kunde	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
ADSL-IP	EUR/Monat/Kunde	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Zusatzkosten ⁶¹²		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Netzkosten (CAPEX)		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
GigADSL	EUR/Neukunde	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
ADSL-IP	EUR /Neukunde	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
OPEX		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
ohne SVA	EUR/Monat/Kunde	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
mit SVA	EUR/Monat/Kunde	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Netto SAC	EUR/Neukunde	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Anzahl der Kunden am Jahresende ⁶¹²	‘000	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Durchschnittliche Anzahl der Kunden ⁶¹³	‘000	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Neu gewonnene Kunden ⁶¹³	‘000	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

(531) In der geänderten Ertragswertberechnung kommt Telefónica ohne Berücksichtigung des Restwertes zu einem negativen Kapitalwert, hingegen zu einem positiven Kapitalwert in Höhe von [...] Euro, wenn derselbe Restwert in die Berechnung einbezogen wird.

⁶¹² Wie von Telefónica in Anhang 2 des Schreibens von Telefónica vom 4.8.06 berechnet, Seite TFCA-12532 der Akte.

⁶¹³ Wie von Telefónica in Anhang 2 des Schreibens von Telefónica vom 4.8.06 berechnet, Seite TFCA-12530 der Akte.

Tabelle 49 – Geänderter Kapitalwert nach Berechnung von Telefónica⁶¹⁴

Millionen EUR	Ohne Endwert	Mit Endwert
Auf Grundlage von GigADSL	[...]	[...]
Auf Grundlage von ADSL-IP	[...]	[...]

(532) Die Fehler von Telefónica in der Erwiderung, die dann im Schreiben vom 4. August 2006 behoben wurden, waren so erheblich – Änderung des Kapitalwert um [...] EUR (Kapitalwert anhand von GigADSL ohne Berücksichtigung des Restwertes⁶¹⁵) –, dass das positive Ergebnis, zu dem Telefónica gelangte, maßgeblich auf der Einbeziehung eines Restwertes unter Berücksichtigung von Gewinnen beruhte, die erst nach dem Modellzeitraum zu erzielen gewesen wären.

2.2.3 *Mängel in den Ertragswertberechnungen von Telefónica im Zusammenhang mit einer Analyse auf das Vorliegen einer Kosten-Preis-Schere*

(533) In diesem Abschnitt weist die Kommission nach, dass auch die geänderte Ertragswertberechnung noch auf einer Reihe von Annahmen und Methoden beruhte, die nicht gerechtfertigt bzw. nicht plausibel sind. Erstens ist Telefónica von nicht gerechtfertigten bzw. nicht plausiblen Annahmen hinsichtlich der Höhe künftiger Einnahmen ausgegangen. Zweitens hat Telefónica in die Ertragswertberechnung einen Restwert einbezogen, mit dem die Analyse nach der Kapitalwertmethode auf einen übermäßig langen Zeitraum ausgedehnt wurde. Drittens hat Telefónica in der Ertragswertanalyse gewisse maßgebliche Kosten außer Acht gelassen oder erheblich zu niedrig angesetzt.

⁶¹⁴ Wie von Telefónica in Anhang 2 des Schreibens von Telefónica vom 4.8.06 berechnet, Seite TFCA-12530 der Akte.

⁶¹⁵ Differenz zwischen dem Kapitalwert (ohne den Restwert) in Tabelle 47 und Tabelle 49 oben.

- (534) Erstens sind die Prognosen von Telefónica mit den Bedingungen des freien Wettbewerbs nicht vereinbar: Die Berechnung von Telefónica beruht auf der Annahme, dass die Kosten pro Anschluss im Laufe der Zeit zurückgehen würden und der durchschnittliche Ertrag pro Kunde im selben Zeitraum zunehmen würde.⁶¹⁶ Diese Annahme hat erhebliche Auswirkungen und führt dazu, dass Telefónica eine Rentabilität prognostiziert, die aus Sicht der Kommission mit den Bedingungen eines freien Wettbewerbsmarkts nicht vereinbar und daher geeignet ist, zu erwartende Verluste, die bei freiem Wettbewerb nicht kompensiert werden könnten, zu verschleiern. Bei freiem Wettbewerb wäre zu erwarten, dass ein Rückgang der zugrunde liegenden Kosten infolge eines wettbewerbsorientierten Verhaltens an die Kunden weitergegeben würde, nicht aber, dass die eingesparten Kosten von den Unternehmen zur Erhöhung der Gewinnspanne genutzt würden. Zudem kann davon ausgegangen werden, dass sich Gewinnspannen bei freiem Wettbewerb künftig in einem Bereich bewegen, der einen angemessenen Ertrag (ROI) gewährleistet. Die Kommission ist der Ansicht, dass die Prognosen von Telefónica nicht herangezogen werden sollten, um in angemessener Weise die Erwartung von Telefónica zu belegen, dass Telefónica die anfänglichen Verluste binnen angemessener Zeiträume und bei freiem Wettbewerb durch künftige Gewinne ausgleichen könne.
- (535) Zweitens entspricht der von Telefónica berechnete Restwert dem Wert, zu dem das Unternehmen am Ende des Modellzeitraums übernommen würde. De facto beinhaltet dieser Wert ohne jegliche Befristung sämtliche künftigen Gewinne. Wie bereits im vorstehenden Abschnitt VI.C.3.1.1 dargestellt, wäre es bei der in dieser Sache durchzuführenden Analyse auf das Vorliegen einer Kosten-Preis-Schere unangemessen und ungerechtfertigt, eine Ertragswertanalyse über einen angemessenen Zeitraum hinaus auszudehnen. Angesichts der Sachverhalte in dieser Sache wäre eine Ertragswertberechnung über einen Zeitraum von mehr als sechs Jahren unangemessen. Insbesondere die Annahme eines Restwerts, in den ohne jegliche Befristung alle künftigen Gewinne eingerechnet würden, wäre bei der Prüfung auf das Vorliegen einer Kosten-Preis-Schere unangemessen. Daher ist der von Telefónica genannte Restwert als ungeeignet und unangemessen zu betrachten. Nur der (als Umfang der im Modellzeitraum nicht amortisierten Kosten berechnete) Restwert kann in die Ertragswertanalyse einbezogen werden.

⁶¹⁶ Telefónica geht davon aus, dass Telefónica bei ständig zurückgehenden Kosten pro Anschluss im Zeitraum 2001-2006 (siehe folgende Tabelle 48) und bei im Laufe der Zeit steigenden durchschnittlichen Einnahmen pro Einheit (ARPU ohne Mehrwertdienste) (siehe folgende Tabelle 48) im ADSL-Segment einen Marktanteil von über 80 % aufrechterhalten könnte, der allerdings von 84 % (2002) geringfügig auf 81 % (Ende 2005) zurückgehen würde (siehe Graph 1 des Schreibens von Telefónica vom 23.6.06, Seite TFCA-13277 der Akte).

(536) Drittens hat die Kommission eine Reihe von Fällen benannt, in denen in den Ertragswertberechnungen von Telefónica bestimmte maßgebliche Kosten außer Acht gelassen oder zu hoch angesetzt wurden. Diese Mängel sind nur in der in der *Erwiderung* vorgenommen Ertragswertberechnung von Telefónica festzustellen; im anfänglichen Geschäftsplan kommen diese Mängel nicht vor. Erstens hätte Telefónica die einmalige Anschlussgebühr in die Berechnung einbeziehen müssen; diese Großkundengebühr erhebt Telefónica von seinen nachgelagerten Wettbewerbern für die Freischaltung eines neuen ADSL-Anschlusses. Außerdem hat Telefónica den Umfang des jährlich investierten Kapitals (CAPEX) sowie der Kosten der Kundenakquisition (SAC = *Subscribers Acquisition Cost*) bei der Multiplikation der entsprechenden Einheitswerte (ausgedrückt in Euro pro neuem Teilnehmer) mit der Nettozunahme der Teilnehmerzahl im betreffenden Jahr⁶¹⁷ (anstelle der Anzahl aller neuen Teilnehmer⁶¹⁸) zu niedrig angesetzt. Die Berechnung von Telefónica ist falsch, weil der CAPEX-Wert pro Anschluss in der von Telefónica im anfänglichen Geschäftsplan⁶¹⁹ und in der ADSL-Scorecard⁶²⁰ berechneten Form als Summe sämtlicher Ausgaben durch die Anzahl aller neuen Teilnehmer und nicht durch die Nettozunahme der Teilnehmer zu teilen ist. Angesichts der Tatsache, dass einige Teilnehmer im Laufe des Jahres auch wieder von Telefónica abwandern, ist die Nettozunahme des Teilnehmerbestandes natürlich geringer als die Anzahl der Teilnehmer.⁶¹⁸

2.2.4 Das Ergebnis

(537) In dieser Entscheidung braucht nicht bewertet zu werden, welche Einnahmeprognosen mit einem freien Wettbewerb vereinbar gewesen wären. Die Kommission ist zu einem negativen Ergebnis bereits gelangt, indem sie nur (i) die Fehler in der Berechnung von Telefónica korrigiert und (ii) einen angemessenen Restwert berücksichtigt hat:

(538) Im anfänglichen Geschäftsplan des Unternehmens werden die Werte pro Anschluss wie folgt angegeben:

⁶¹⁷ Wie in der obigen Tabelle 48 dargestellt.

⁶¹⁸ Wie in der obigen Tabelle 50 dargestellt.

⁶¹⁹ Siehe Anhang 9 des Schreibens von Telefónica vom 27.9.06 (Seite TFCA-12969 der Akte).

⁶²⁰ Siehe Anhang 2 und 3 des Schreibens von Telefónica vom 31.8.06 und Anhang 10, 11, und 13 des Schreibens von Telefónica vom 27.9.06 (Seiten TFCA-9762, TFCA-9856, TFCA-13037, TFCA-13063, TFCA-13087 der Akte).

Tabelle 50 – Entwicklung der Einnahmen pro Anschluss und der Kosten im anfänglichen Geschäftsplan von TESAU

	Einheit	2001	2002	2003	2004	2005	2006 ⁶²¹
ARPU (ohne SVA) ⁶²²	EUR/Monat/Kunde	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Großkundengebühr ⁶²²		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
GigADSL	EUR/Monat/Kunde	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
ADSL-IP	EUR/Monat/Kunde	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Zusatzkosten		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Netz (CAPEX) ⁶²²		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
GigADSL	EUR/neuer Kunde	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
ADSL-IP	EUR/neuer Kunde	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Netz (OPEX) ⁶²³		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
GigADSL	EUR/Monat/Kunde	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
ADSL-IP	EUR/Monat/Kunde	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
ISP ⁶²⁴	EUR/Monat/Kunde	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Netto SAC ⁶²⁵	EUR/neuer Kunde	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Anzahl an Endkunden im Jahr ⁶²²	‘000	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Durchschnittliche Anzahl an Kunden ⁶²²	‘000	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Neu gewonnene Kunden ⁶²⁴	‘000	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

(539) Nach Anpassung der Ertragswertberechnung von Telefónica ergibt sich sowohl hinsichtlich des ADSL-IP (siehe Tabelle 51 unten) als hinsichtlich des GigADSL (siehe Tabelle 52 unten) ein negativer Kapitalwert.

⁶²¹ Die Kosten und Einnahmen pro Anschluss waren 2006 und 2005 identisch (wie es Telefónica auch in ihrem Geschäftsplan vorausgesetzt hat: siehe Anhang 9 des Schreibens von Telefónica vom 27.9.06, Seite TFCA-12985 der Akte).

⁶²² Wie von Telefónica berechnet (siehe obige Tabelle 48).

⁶²³ Siehe Anhang 10iv des Schreibens von Telefónica vom 21.7.06 auf Seite TFCA-4495 der Akte: OPEX-Positionen „Mantenimiento de red IP“ und „Otras inversiones fijas“; die Position „Nuevos servicios (RPV)“ wird nicht berücksichtigt.

⁶²⁴ Siehe Anhang 10iv des Schreibens von Telefónica vom 21.7.06 (Seite TFCA-4495 der Akte). Die Position "SVA" ist ausgenommen.

⁶²⁵ Siehe Anhang 10iv des Schreibens von Telefónica vom 21.7.06 (Seite TFCA-4495 der Akte): Differenz zwischen den Kosten entsprechend dem Einzelkunden-Anschluss und den Kosten entsprechend des GigADSL-Anschlusses (wie von Telefónica in dem Schreiben vom 23.6.06 erklärt, Seite TFCA-13278 der Akte).

Tabelle 51 – Die angepasste zukunftsbezogene Ertragswertberechnung anhand von ADSL-IP

Mio. EUR	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Einnahmen ⁶²⁶	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Großkundengebühren ⁶²⁶	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Zusatzkosten	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Netzkosten (CAPEX) ⁶²⁷	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Netzkosten (OPEX) ⁶²⁶	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Laufende Kosten ISP ⁶²⁶	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Netto-Akquisitionskosten ⁶²⁷	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Netto-Cashflow⁶²⁸	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Kapitalwert (ohne Restwert)⁶²⁹	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Restwert⁶³⁰	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Kapitalwert (mit Restwert)⁶³¹	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

⁶²⁶ Wert pro Einheit x durchschnittliche Anzahl an Endkunden x 12 (siehe oben Tabelle 48).

⁶²⁷ Wert pro Einheit x neu gewonnener Endkunde (siehe oben Tabelle 48).

⁶²⁸ Summe jährliche Einkünfte – Summe jährliche Großkundengebühren – Summe jährlicher Zusatzkosten.

⁶²⁹ Summe des diskontierten jährlichen Netto-Cashflows. Siehe Formel in Randnummer (329) oben.

⁶³⁰ Siehe Tabelle 71 und Tabelle 72 in Anhang 3.

⁶³¹ Kapitalwert (ohne Restwert) – diskontierter Restwert.

Tabelle 52 – Die angepasste zukunftsbezogene Ertragswertberechnung anhand von GigADSL

Mio. EUR	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Einnahmen	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Großkundengebühren	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Zusatzkosten	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Netzkosten (CAPEX)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Netzkosten (OPEX)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Laufende Kosten ISP	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Netto-Akquisitionskosten	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Netto-Cashflow ⁶²⁸	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Kapitalwert (ohne Restwert) ⁶²⁹	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Restwert ⁶³²	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Kapitalwert (mit Restwert) ⁶³¹	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

(540) Wie bereits erläutert, widersprechen die Berechnungen von Telefónica in dem erstellten Geschäftsplan nicht dem Ergebnis der Kommission dahingehend, dass auch die zukunftsbezogene Ertragswertanalyse einen negativen Kapitalwert ergibt.

3 Zusammenfassende Schlussfolgerung hinsichtlich einer Kosten-Preis-Schere

(541) Sowohl die Methode der Berücksichtigung getrennter Zeiträume als auch die Ertragswertmethode führen zur Feststellung einer Kosten-Preis-Schere. Die Endkunden-Breitbandpreise, die von die von den Filialen der Telefónica (TESAU und TERRA) erhoben wurden, weder aufgrund der nationalen Großkundenangebote (ADSL-IP und ADSL-IP Total) noch aufgrund des regionalen Großkundenangebot (GigADSL)⁶³³ repliziert werden konnten.

(542) Die Ergebnisse des Preis-Kosten-Scheren-Test können wie folgt zusammengefasst werden:

⁶³² Siehe Tabelle 71 und Tabelle 72 in Anhang 3.

⁶³³ Dies bedeutet zugleich, dass die Feststellung einer Kosten-Preis-Schere unabhängig ist von der Feststellung, dass der regionale Großkundenzugang und der nationale Großkundenzugang zu separaten Produktmärkten gehören.

Tabelle 53 – Preis-Kosten-Scheren-Test an TESAUs Endkundenpreisen nach der Methode der Berücksichtigung getrennter Zeiträume

		Einheit	2001	2002	2003	2004	2005	2006
ADSL IP Total ⁶³⁴	EUR/Monat/Kunde		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	Millionen EUR		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
ADSL-IP ⁶³⁵	EUR/Monat/Kunde		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	Millionen EUR		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
GigADSL ⁶³⁶	EUR/Monat/Kunde		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	Millionen EUR		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Tabelle 54 – Preis-Kosten-Scheren-Test an TESAUs Endkundenpreisen nach der Ertragswertmethode

Kapitalwert im Zeitraum	2001-2006	ADSL-IP	GigADSL
(Millionen EUR)			
Auf Grundlage von Telefónicas ⁶³⁷		[...]	[...]
Auf Grundlage von Telefónicas Erwartungen ⁶³⁸		[...]	[...]

⁶³⁴ Siehe Tabelle 37 oben.

⁶³⁵ Siehe Tabelle 38 oben.

⁶³⁶ Siehe Tabelle 43 oben.

⁶³⁷ Siehe Tabelle 42 und Tabelle 45 oben.

⁶³⁸ Siehe Tabelle 51 und Tabelle 52 oben.

E. Auswirkungen auf den Wettbewerb

- (543) Das Gericht erster Instanz hat entschieden dass, "für die Feststellung eines Verstoßes gegen Artikel 82 EG nicht erforderlich [ist] nachzuweisen, dass der fragliche Missbrauch eine konkrete Wirkung auf den betroffenen Märkten gehabt hat. Es genügt insoweit der Nachweis, dass das missbräuchliche Verhalten des Unternehmens in beherrschender Stellung seiner Tendenz nach den Wettbewerb beschränkt, oder anders ausgedrückt, dass es aufgrund seiner Art oder Eignung eine solche Wirkung haben kann."⁶³⁹ Des weiteren sollte ergänzt werden, dass "wenn ein Unternehmen in beherrschender Stellung tatsächlich ein Verhalten an den Tag legt, das die Ausschaltung eines Konkurrenten bezweckt, die Nichterreichung des angestrebten Ziels einer Einstufung als Missbrauch einer beherrschenden Stellung im Sinne von Art. 82 EG nicht entgegensteh[t]."⁶⁴⁰ Schließlich "bezieht sich Art. 82 EG nicht nur auf Verhaltensweisen, durch die den Verbrauchern ein unmittelbarer Schaden erwachsen kann, sondern auch auf solche, die ihnen durch einen Eingriff in die Struktur des tatsächlichen Wettbewerbs, von dem in Art. 3 Abs. 1 Buchst. g EG die Rede ist, Schaden zufügen".⁶⁴¹ Art. 82 EG erfordert daher nicht von der Kommission zu prüfen, ob das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens tatsächlich zu Nachteilen/Schäden bei den Konsumenten geführt hat.⁶⁴²
- (544) Dennoch hat die Kommission in dieser Rechtssache die Auswirkungen des Verhaltens von Telefónica untersucht. Dabei hat sie festgestellt, dass Telefónicas Verhalten nicht nur seiner Tendenz nach den Wettbewerb auf dem Endkundenmarkt beschränkt, oder anders ausgedrückt, dass es aufgrund seiner Art oder Eignung eine solche Wirkung hatte, sondern dass das Verhalten tatsächlich Auswirkungen auf die Wettbewerbsstrukturen im relevanten Markt und schädliche Auswirkungen auf die Endkunden hatte.

1 Voraussichtliche Auswirkungen von Telefónicas Verhalten auf dem relevanten Markt und auf Konsumenten

- (545) Im Folgenden wird festgestellt, dass das Verhalten von Telefónica seiner Tendenz nach den Wettbewerb beschränkt, oder anders ausgedrückt, dass es aufgrund seiner Art oder Eignung eine solche Wirkung haben kann (siehe Abschnitt 1.1 unten) und dass es geeignet war, tatsächlich zu Schäden bei den Konsumenten zu führen (siehe Abschnitt 1.2 unten).

⁶³⁹ Urteil des Gerichts Erster Instanz vom 17. Dezember 2003, Rechtssache T-219/99 *British Airways plc/Kommission*, Randnummer 293.

⁶⁴⁰ Urteil des Gerichts Erster Instanz vom 30. Januar 2007, Rechtssache T-340/03, Randnummer 196; Rechtssachen T-24/93 bis T-26/03 und T-28/93 *Compagnie maritime belge transports u.a./Kommission*, Slg. 1996 II-1201, Randnummer 149, und Rechtssache T-228/97 *Irish Sugar/Kommission*, Slg. 1999, II-2969, Randnummer 191.

⁶⁴¹ Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 15. März 2007, Rechtssache C-95/04 P, *British Airways*, Randnummern 106-107; Rechtssache 6/72 *Europemballage und Continental Can/Kommission*, Slg. 1973, 215, Randnummer 26.

⁶⁴² Rechtssache C-95/04 P, *British Airways*, Randnummer 107.

1.1 Telefónicas Verhalten war geeignet, die Möglichkeit von ADSL Anbietern im Endkundenmarkt nachhaltig zu wachsen zu behindern

- (546) Da ADSL Anbieter den Endpreis von Telefónica unterbieten mussten, um Kunden zu gewinnen (siehe Abschnitt V.C.3.2 oben), führten ihre Aktivitäten zu Verlusten, vergleichbar mit jenen welche Telefónicas nachgelagerter Zweig erzielte, ungeachtet ob sie Telefónicas regionalen oder nationalen Grosshandelszugang genutzt hatten. Es wurde festgestellt, dass solche Verluste in einem Wettbewerbsmarkt nicht in einer angemessenen Zeit kompensierbar waren.
- (547) Wettbewerber im ADSL Endkundenmarkt konnten nicht von Telefónicas regionalen oder nationalen Grosshandelszugang hin zu einem anderen verfügbaren Zugang (in Bezug auf Preis, Reichweite und Kapazität) wechseln. Telefónica ist der einzige Anbieter eines regionalen Großkundenzugangs (siehe Abschnitt V.C.1 oben). Zudem befand sich Telefónica in einer Position, in der sie jederzeit entscheidenden Einfluss auf die Verfügbarkeit eines alternativen existenzfähigen und landesweit verfügbaren Großkundenzugangs nehmen konnte (da alternative Angebote auf Telefónicas andere Großkungenangebote angewiesen waren, siehe Abschnitt V.C.2 oben).
- (548) Darüber hinaus wurde der spanische Breitbandmarkt durch den seit 1999 existierenden regionalen Großkundenzugang und die regulatorischen Anforderungen, welche zu einem solchen Zugang verpflichten (siehe oben Abschnitt IV.D.2.2), irreversibel strukturiert: alternative Netzbetreiber haben beträchtliche Investitionen getätigt um Telefónicas Großkundenzugang zu nutzen und sich auf dem regionalen Markt zusammen zu schalten. Dies hat dazu geführt, dass ein Abhängigkeitsverhältnis der Konkurrenten zu dem Angebot von Telefónica aufgebaut wurde.
- (549) Daraus ergibt sich die Schlussfolgerung, dass das Verhalten von Telefónica voraussichtlich geeignet war, die Marktpräsenz von Wettbewerbern mit ähnlicher Effizienz wie Telefónica zu gefährden und diesen zusätzliche Einschränkungen hinsichtlich der Effizienzsituation aufzuerlegen, die für den nachgelagerten Geschäftsbereich des vertikal integrierten Unternehmens nicht gegeben waren.⁶⁴³
- (550) Angesichts der Höhe der Kosten der Kundenakquisition (Werbung, Kampagnen, verkaufsfördernde Maßnahmen, Vertrieb) und der Netzinvestitionen (wenn sich ein ISP nicht auf den bloßen Wiederverkauf des vom marktbeherrschenden Unternehmen angebotenen landesweiten Großkundenprodukts beschränken möchte) konnte Telefónica alternative ISP durch die Verursachung einer Kosten-Preis-Schere zu Kompromissen zwischen Rentabilität und Wachstum zwingen (da alternative ISP Marktanteile nur dann halten konnten, wenn sie (mindestens) die gleichen Preise anboten und keine höheren Kosten hatten).
- (551) ISP in Spanien hatten also folgende Möglichkeiten:
- i) Eintritt in den nachgelagerten Markt mit hohem Verdrängungsrisiko;
 - ii) Verzicht auf Marktanteile und Beschränkung auf die Rolle eines kleineren Marktteilnehmers (bei schwacher finanzieller Ausstattung, die die Unternehmen

⁶⁴³ Deutsche Telekom, Randnummern 108 und 141

zwingt, ihre Investitionen zu reduzieren); diese ISP würden als passive Anbieter auf den Endkundenmarkt gelangen, bestimmte strategisch relevante Ausgaben wie z.B. die Kosten der Kundenakquisition minimieren (insbesondere Werbekosten) und sich auf minimale Umsatzziele beschränken;

- iii) sowohl bei den Endkundenpreisen als auch bei den Kosten verkaufsfördernder Maßnahmen mit dem marktbeherrschenden Unternehmen gleichzuziehen, und sich bemühen, größere Marktanteile zu erzielen und das marktbeherrschende Unternehmen mit einem aggressiven Konkurrenzangebot anzugreifen, was allerdings wegen der fortgesetzten Verluste langfristig nicht aufrechterhalten werden könnte.
- (552) Art und Umfang der Notwendigkeit eines Kompromisses zwischen Rentabilität und Ausweitung des Marktanteils waren voraussichtlich geeignet, den auf Telefónica wirkenden Wettbewerbsdruck zu beschränken. Diese Beschränkung hätte ohne die Kosten-Preis-Schere nicht bestanden.
- (553) Theoretisch wäre ein rentabler Markteintritt wegen der bestehenden Kosten-Preis-Schere nur dann möglich gewesen, wenn das regionale Großkundenprodukt von Telefónica unter Nutzung entbundelter Teilnehmeranschlüsse dupliziert worden wäre. Diese Möglichkeit wäre jedoch nicht nur nicht als Substitut für sonstige Großkundenprodukte von Telefónica zu betrachten gewesen, sondern wäre mit enormen Kosten und Risiken verbunden (siehe Abschnitt V.A.3.1 oben) und war nur mit enormen Verspätungen verfügbar (siehe Abschnitt IV.F oben). Telefónicas Verhalten war daher geeignet, die Kosten der aktuellen und potentiellen Wettbewerber zu erhöhen.
- (554) Die den Wettbewerbern von Telefónica aufgezwungene Kosten-Preis-Schere, führte voraussichtlich zu einem verzögerten Markteintritt⁶⁴⁴ und Wachstum ihrer Wettbewerber. Außerdem wurde das Erreichen von Größenvorteilen erschwert, welche Investitionen in eine eigene Infrastruktur zum Zwecke der Nutzung von entbündelten Teilnehmeranschlüssen ermöglicht hätten. Durch dieses Verhalten konnte Telefónica voraussichtlich auch den Zeitpunkt hinauszögern, an dem ihre Wettbewerber Telefónicas Dominanz sowohl auf dem regionalen als auch auf dem nationalen Markt ernsthaft hätten angreifen können. Dieses Verhalten hat die Wettbewerber finanziell erschöpft.
- (555) Der hohe Anteil von ADSL-Verbindungen im Endkundenmarkt (Ende 2006 betrug ihr Anteil nahezu 80% aller Breitbandverbindungen) führte durch die Kosten-Preis-Schere zu einem signifikanten Abschottungseffekt.

⁶⁴⁴ Die ökonomische Theorie besagt, dass die Markteintrittsbarrieren auf einem Markt, welcher durch Lerneffekte und Größenvorteile gekennzeichnet ist, verstärkt werden, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen auf diesem Markt seine Produkte unter den Kosten anbietet. Siehe z.B.: P. Bolton, J. Brodley und M. Riordan, 2000, "Predatory Pricing: strategic theory and legal policy", 88, Goergetown Law Journal, S.51.

1.2 *Telefónicas Verhalten schädigte voraussichtlich die Endkunden*

- (556) Im vorliegenden Fall war der unmittelbare Schaden für die Endnutzer voraussichtlich erheblich: der Wettbewerb, welcher durch die Preis-Kosten-Schere beschränkt wurde, hätte den Effekt gehabt, die Preise im Endkundengeschäft zu reduzieren.
- (557) Wie bereits herausgestellt wurde, ist der Wettbewerb auf dem Markt voraussichtlich in einem solchen Maß beschränkt gewesen, wie es ohne die Preis-Kosten-Schere nicht der Fall gewesen wäre. Dies führt unumgänglich zu einem Schaden für die Konsumenten. Sie werden in einem Markt in dem die Wettbewerbsstrukturen verzerrt, beschädigt oder beschränkt sind schlechter gestellt. Ohne die Verzerrungen, welche in diesem Fall durch Telefónicas Kosten-Preis-Schere verursacht wurden, hätte auf dem Endkundenmarkt für Breitbandinternetzugänge ein lebhafterer Wettbewerb für ISPs stattgefunden, und zwar ohne die derzeit eingeschränkten Entscheidungsmöglichkeiten in Bezug auf den Zielkonflikt zwischen Mengenwachstum und Profitabilität. Ohne diese Beschränkungen im Wettbewerb um ISPs hätte der Markt als Ganzes größere Vorteile für die Konsumenten hervorgebracht, wie z.B. eine größere Auswahlmöglichkeit und Innovationen.
- (558) Die Konsumenten sind voraussichtlich auch deswegen geschädigt worden, weil die Preise für Endkunden höher waren als dies ohne die Kosten-Preis-Schere der Fall gewesen wäre. Entgegen Telefónicas Behauptungen⁶⁴⁵, gibt es keinen Widerspruch zwischen einer Kosten-Preis-Schere und hohen Preisen für Endkunden. Der vorliegende Fall unterscheidet sich aus Sicht der Konsumenten wesentlich von einem ruinösen Preiskampf. Im Falle eines ruinösen Preiskampfes profitieren Konsumenten kurzfristig von niedrigen Preisen. Langfristig müssen sie aber Schäden hinnehmen, da das dominante Unternehmen seine größere Marktmacht und die erhöhten Markteintrittsbarrieren ausnutzt. Dieser Gegensatz ist im Falle einer Kosten-Preis-Schere nicht notwendig. Konsumenten leiden unter einer Preis-Kosten-Schere sowohl kurzfristig als auch langfristig, da sie meist zu einem höheren Endkundenpreis (im Vergleich zu den Gesamtkosten) führt. Letzterer ergibt sich aus den hohen Gebühren, die für das Großkundenprodukt berechnet werden.
- (559) Telefónica hat am meisten vom Ausschluss der Wettbewerber auf dem Endkunden ADSL Markt profitiert, denn weder das Angebot von Kabelnetzbetreibern noch eine fortschreitende Entwicklung entbundelter Teilnehmeranschlüsse konnten die Auswirkungen des Verhaltens von Telefónica auf die Endkunden neutralisieren.
- (560) Obwohl Telefónica nicht den Großkundenzugang der Kabelnetzbetreiber kontrollierte, haben, wie bereits festgestellt wurde (siehe obigen Abschnitt I.A.1), die Kabelnetzbetreiber keinen Einfluss auf die Preise von Telefónica im Endkundenmarkt ausüben können. Daher konnten sie die durch Telefónicas Handlungsweise hervorgerufenen negativen Auswirkungen weder reduzieren noch ausgleichen.

⁶⁴⁵ Siehe *Antwortschreiben*, Seite 125.

- (561) Aufgrund der Kosten-Preis-Schere wäre die einzige theoretische Möglichkeit eines überlebensfähigen Markteintritts, Telefónicas regionales Großkundenangebot auf der Basis von entbündelten Teilnehmeranschlüssen zu duplizieren. Diese Option ist jedoch einerseits extrem teuer und risikobehaftet (siehe obigen Abschnitt V.A.3.1) und ist auch nur mit enormen Verzögerungen verfügbar gewesen (siehe oben Abschnitt IV.F). Zusätzlich ist es natürlich auch kein Ersatz für Telefónicas weitere Großkundenzugänge.
- (562) Unabhängig davon ist das Entbündeln von Teilnehmeranschlüssen zeitlich und geographisch begrenzt (siehe obige Randnummer 266). Mit anderen Worten, abgesehen von der fortschreitenden Entwicklung entbündelter Teilnehmeranschlüsse, führte selbst im Jahr 2006 die Kosten-Preis-Schere noch zu Auswirkungen auf die Marktstruktur. Dies verdeutlicht auch das Wachstum der Marktanteile von Telefónica in den Jahren 2005 und 2006, welches trotz der sehr hohen Endkundenpreise – welche zu den höchsten in Europa zählen, wenn nicht sogar die höchsten sind – zustande kam (siehe auch Abschnitt 2.1). In diesem Zusammenhang ist es eine logische Konsequenz, dass trotz einer Zunahme entbündelter Teilnehmeranschlüsse in einigen Regionen Spaniens, die spanische Regulierungsbehörde es im Juni 2006 für notwendig erachtete, an den Zugangsvoraussetzungen auf regionaler und nationaler Ebene für ganz Spanien festzuhalten.

1.3 Schlussfolgerung

- (563) Aufgrund der vorangegangenen Ausführungen hat das Verhalten von Telefónica voraussichtlich zu einer Wettbewerbsbeschränkung auf dem relevanten Markt geführt.

2 Einfluss des Verhaltens von Telefónica auf den relevanten Markt: Empirische Beweise

2.1 Abschottungseffekte

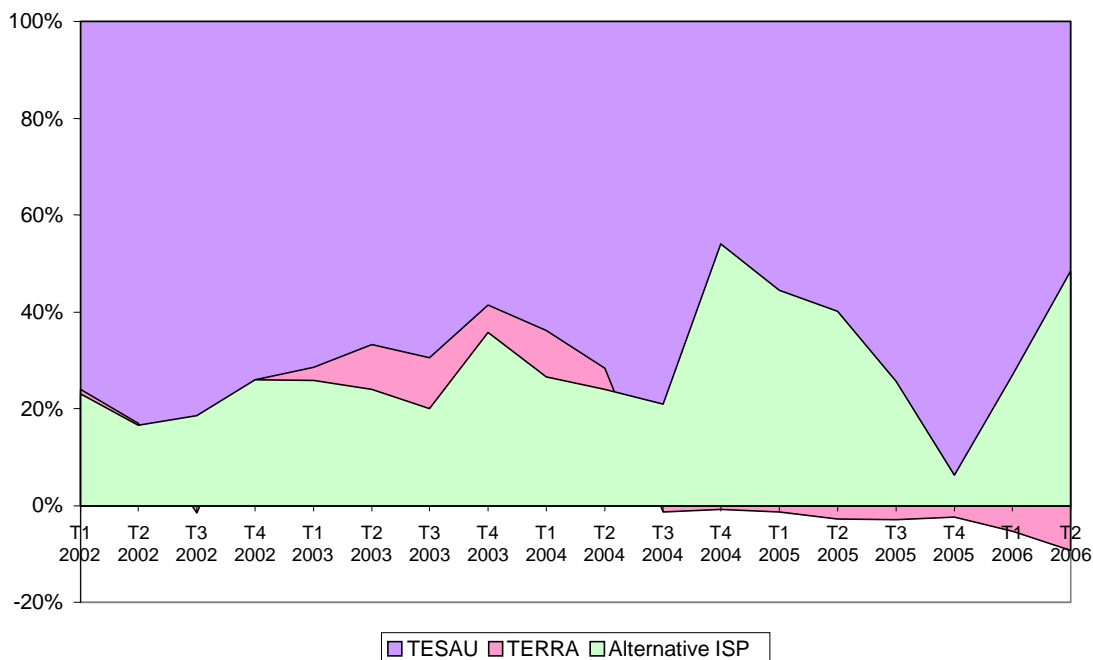
- (564) Empirische Beweise zeigen, dass die Kosten-Preis-Schere tatsächlich auch konkrete Auswirkungen auf dem Endkundenmarkt hatte und dass insbesondere wegen der bestehenden Kosten-Preis-Schere ein Marktzugang und ein nachhaltiges Wachstum auf dem Endkundenmarkt nicht möglich waren, und dass diese Einschränkung des Wettbewerbs es Telefónica ermöglichte, (i) von Wachstumsquoten zu profitieren, die erheblich über den Wachstumsquoten der Wettbewerber lagen und (ii) sich daher als bei weitem größter Breitbandanbieter in Spanien zu behaupten (anders als auf dem Markt für Schmalband-Internetzugänge).
- (565) Belegt ist auch, dass die Kosten-Preis-Schere den für Telefónica bestehenden Wettbewerbsdruck auf dem Markt für landesweite Großkundenzugänge beschränkte und somit zur Aufrechterhaltung der beherrschenden Stellung auf diesem Markt beitrug.

(566) Der verbliebene Wettbewerb auf dem Endkundenmarkt ist nicht hinreichend, um die Annahme der Abschottungswirkungen zu widerlegen. Behaupten konnten sich auf dem Markt nur Tochtergesellschaften ausländischer marktbeherrschender Unternehmen. Und diese Gesellschaften haben sich nur deshalb nicht aus dem Markt zurückgezogen, weil sie erwarteten, dass sie – wenngleich unter Verlusten – schließlich die kritische Größe erreichen und die Größenvorteile erzielen würden, mit denen sie unter Nutzung entbundelter Teilnehmeranschlüsse der Kosten-Preis-Schere entgegen würden.

2.1.1 *Telefónica ist weitaus schneller gewachsen als die Wettbewerber*

(567) Auf einem wachsenden Markt konnte Telefónica den größten Anteil neuer Kunden im ADSL-Endkundensegment gewinnen.

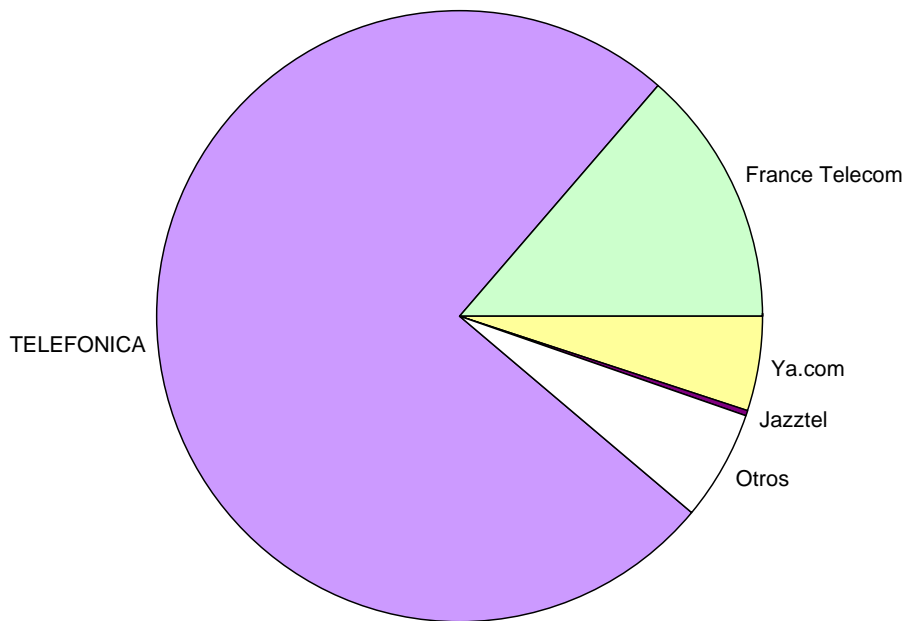
Abbildung 14 – Anteil der Nettozuwächse bei Telefónica (TESAU+TERRA) und bei alternativen ISP 2002 bis 2006⁶⁴⁶



(568) Zwischen Januar 2002 und Oktober 2004 wuchs Telefónica (TESAU+TERRA) auf Endkundenebene viermal schneller als alle ADSL-Wettbewerber zusammen, sechsmal schneller als der größte Wettbewerber im ADSL-Bereich (France Telecom, das Ende 2002 mit einem anderen gleich großen ISP fusionierte) und 14-mal schneller als Ya.com als zweitgrößter Wettbewerber im ADSL-Bereich.

⁶⁴⁶ Nettozuwächse, berechnet auf der Grundlage der Entwicklung von (i) Endkundenanschlüssen von TESAU und TERRA und (ii) Großkundenanschlüssen, die von Telefónica an alternative Netzbetreiber verkauft wurden. Siehe Tabelle 60 im Anhang A.

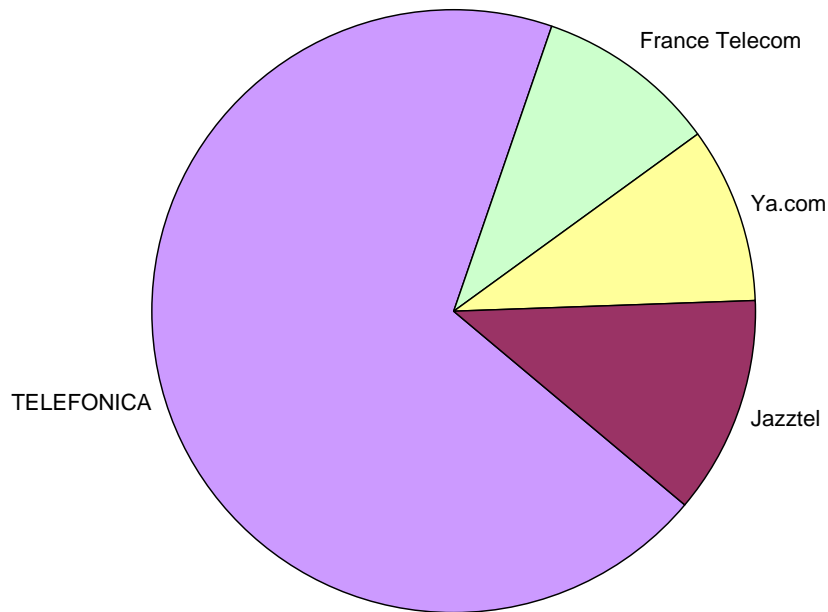
Abbildung 15 – Anteile der Nettozuwächse bei ADSL-Endkunden, Januar 2002 bis Oktober 2004⁶⁴⁷



- (569) Im letzten Quartal 2004 und im ersten Halbjahr 2005 entfielen 70 % des Wachstums auf dem ADSL-Markt auf Telefónica. Dieser Anteil ist zwar immer noch sehr hoch, aber der niedrigste Wert seit September 2001; dieser Rückgang ist auf die völlig neuen unternehmerischen Anstrengungen der Wettbewerber von Telefónica im ADSL-Bereich zurückzuführen, die ihre Preise sehr stark gesenkt haben. In diesem Zeitraum fiel auch der Beginn einer echten (wenngleich noch begrenzten) Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen.
- (570) Die allmähliche Bereitstellung konkurrierender Endkundenangebote auf der Basis entbündelter Teilnehmeranschlüsse – die jedoch, wie im folgenden Abschnitt IV.F dargestellt, zeitlich und räumlich nur begrenzt verfügbar waren – konnte allerdings nicht verhindern, dass Telefónica erneut einen Anteil von über 70 % aller neuen Teilnehmer im Zeitraum April 2005 bis Juli 2006 erzielte und seinen Marktanteil in diesem Zeitraum entsprechend ausbauen konnte. Dies zeigt, dass Telefónica über die Mittel verfügt, Herausforderungen durch Wettbewerber zu begegnen, insbesondere, weil diese Herausforderungen (beinahe regelmäßig um die Weihnachtszeit) von den Wettbewerbern von Telefónica wegen der sie treffenden Kosten-Preis-Schere nicht lange aufrechterhalten werden können.

⁶⁴⁷ Nettozuwächse, berechnet auf der Grundlage der Endkundenanschlüsse von Telefónica, France Telecom, Ya.com und Jazztel (siehe oben Fußnote 644)

Abbildung 16 – Anteile der Nettozuwächse bei ADSL-Endkunden, April 2005 bis Juli 2006⁶⁴⁷



2.1.2 *Telefónica blieb im untersuchten Zeitraum bei weitem der größte ADSL-Anbieter auf dem Endkunden-Massenmarkt.*

(571) Daher konnte TESAU ständig und unangefochten einen hohen Marktanteil aufrechterhalten, und Wettbewerber im ADSL-Segment auf sehr geringe Marktanteile beschränken. Dies wird auch aus Abbildung 13 deutlich: Die Telefónica-Gruppe blieb mit einem Marktanteil von durchschnittlich etwa 55 % (gemessen an der Zahl der Endkunden) im untersuchten Zeitraum (Mindestanteil 52 % und Höchstanteil 58 %) mit Abstand der größte Diensteanbieter auf dem Endkunden-Massenmarkt. Dieser Marktanteil nahm von Juni 2005 bis Juni 2006 trotz der Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen nochmals zu. 2001 bis 2004 waren die Einnahmen von Telefónica mehr als 9-mal so hoch als die Einnahmen des größten Wettbewerbers im ADSL-Segment (France Telecom) und mehr als 14-mal größer als die Einnahmen von Ya.com. 2005 erzielte Telefónica immer noch 6-mal höhere Einnahmen als France Telecom und 12-mal höhere Einnahmen als Ya.com.⁶⁴⁸ Die beträchtliche Erhöhung des Marktanteils von France Telecom im Jahre 2003 ist mit der Übernahme von eresMas Ende 2002 zu erklären. (Der ISP von Auna besaß etwa den gleichen Marktanteil wie France Telecom.)

⁶⁴⁸ Siehe Entscheidung der CMT: AEM 2003/1632 vom 24.07.04 (Seite CMT-75 der Akte), CMTJahresberichte 2003 (Seite 359), 2004 (Seite 396) und 2005 (Seite 365).

- (572) In ihrer *Erwiderung*⁶⁴⁹ gab Telefónica an, dass ihr Marktanteil unter dem EU-Durchschnitt liegen würde. Dies ist falsch. So wurde im Rahmen des 11. Implementierungsberichts der Kommission⁶⁵⁰ festgestellt, dass Telefónicas Marktanteil im Jahr 2005 sowohl im Endkundensegment als auch im Endkundenmarkt für Breitbandinternetverbindungen über dem EU-15 und EU-25 Durchschnitt lag.⁶⁵¹ Im Jahr 2006 konnte Telefónica diese Marktanteile nochmals erhöhen.
- (573) In jedem Fall ist die Tatsache, dass einige Wettbewerber ihre Marktanteile beträchtlich ausweiten konnten, nicht als Anzeichen dafür zu verstehen, dass kein Missbrauch gemäß Artikel 82 EG erfolgt wäre oder dass dieser Missbrauch keine Folgen gehabt hätte; ohne die genannte Kosten-Preis-Schere wären die Marktanteile dieser Wettbewerber nämlich in erheblich größerem Umfang gewachsen.⁶⁵²
- 2.1.3 *Im Gegensatz zu den Wettbewerbern im ADSL-Bereich gelang es Telefónica, auf dem Endkunden-Breitbandmarkt einen größeren Anteil zu gewinnen als zuvor im Bereich der Schmalbanddienste.***
- (574) Aufschlussreich ist ein Vergleich der Anteile von Unternehmen auf dem Endkundenmarkt für Schmalbanddienste in Spanien mit den Anteilen, den diese Unternehmen im untersuchten Zeitraum schließlich auf dem Endkunden-Breitbandmarkt erzielen konnten.
- (575) Die Schmalband- und die Breitbanddienste sind nicht demselben Markt zuzurechnen; trotzdem ist zumindest seit Beginn des untersuchten Zeitraums klar, dass Schmalbanddienste immer mehr an Bedeutung verlieren würden und dass die Anbieter auf den Märkten für Schmalbanddienste zur Nutzung durch Privathaushalte daher den Übergang hin zu Endkunden-Breitbanddiensten vollziehen müssen, wenn sie sich als ISP behaupten wollen. Diese Unternehmen hatten folglich einen starken Anreiz, auf dem Endkundenmarkt für Breitbanddienste mit Telefónica in Konkurrenz zu treten.
- (576) Außerdem kann vernünftigerweise angenommen werden, dass diese Unternehmen in der Lage gewesen wären, ausgehend von ihren etablierten Marken und ihrem Kundenstamm auf dem Markt für Schmalbanddienste ihre Stellung auf dem Endkundenmarkt für Breitbanddienste für Privathaushalte auszubauen.
- (577) Im Folgenden wird ein entsprechender Vergleich angestellt:

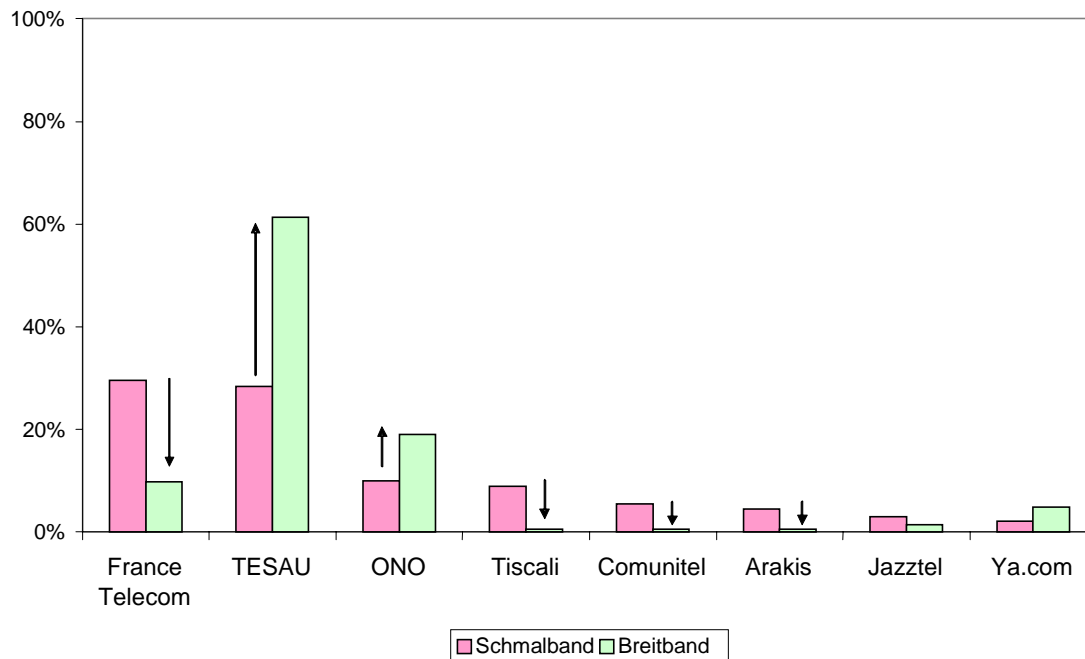
⁶⁴⁹ Siehe Telefónicas Antwortschreiben, Seiten 58-59 in Bezug auf den 11. Implementierungsbericht (siehe unten Fußnote 650).

⁶⁵⁰ Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen; Elektronische Kommunikation in Europa – Regulierung und Märkte 2005 (11. Bericht), 20.2.2006, erhältlich unter: http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecommm/implementation_enforcement/annualreports/11th_report/index_en.htm

⁶⁵¹ Vergleiche Abbildung 65 in Anhang 2 des 11. Berichts der Kommission über den Regulierungsstand

⁶⁵² Urteil des Gerichts erster Instanz vom 8.10.96 in der Sache *Compagnie Maritime Belge* (verbundene Rechtssachen T-24/93, T-25/95, T-26/93 und T-28/93), Randnummer 149.

Abbildung 17 – Anteile (in Bezug auf Umsatz) auf den Endkundenmärkten für die Bereitstellung von Schmalband- und Breitbanddiensten⁶⁵³



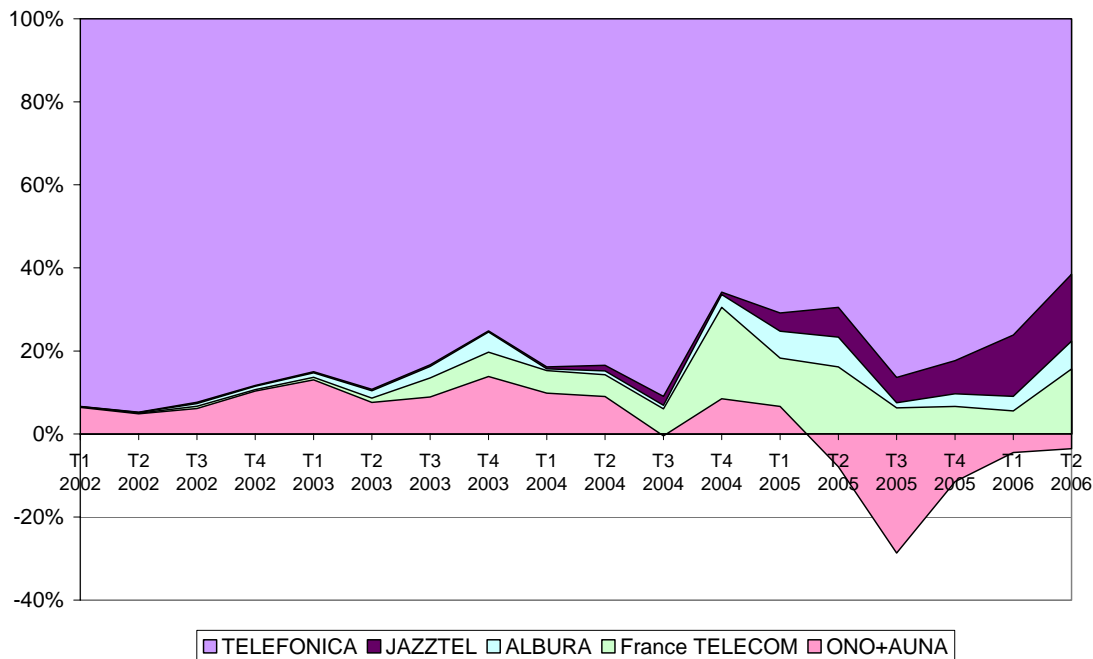
(578) Die vorstehende Abbildung zeigt, dass France Telecom seine starke Position auf dem Markt für Schmalbanddienste nicht nutzen konnte, um eine vergleichbare Präsenz auf dem Endkundenmarkt für Breitbandzugänge zu entwickeln. Der Anteil von France Telecom auf dem Markt für Schmalbanddienste ist erheblich geringer als der Anteil auf dem Markt für Breitbanddienste. Telefónica hingegen konnte einen erheblich höheren Anteil auf dem Endkundenmarkt für Breitbandzugänge erzielen als zuvor auf dem Markt für Schmalbanddienste. Der Kabelbetreiber ONO, der nicht auf die Großkundenprodukte von Telefónica angewiesen war, konnte größere Anteile auf dem Endkundenmarkt für Breitbanddienste für Privathaushalte erzielen als zuvor auf dem Schmalbandmarkt.

2.1.4 Das Verhalten von Telefónica hat auch den Wettbewerb auf dem landesweiten Großkundenmarkt eingeschränkt

(579) Die verhältnismäßige Zunahme der Anschlüsse im nationalen Großkundensegment im untersuchten Zeitraum ist Ausdruck der Auswirkungen der von Telefónica verfolgten Strategie der Nutzung einer Kosten-Preis-Schere zur Beschränkung des Wettbewerbs auf dem vorgelagerten Markt.

⁶⁵³ Anteile (auf den Umsatz bezogen) für die Bereitstellung von Schmalband und Breitbanddiensten in Spanien für das Jahr 2005. Siehe den Jahresbericht der CMT für 2005 (Seiten 367 und 370).

Abbildung 18 – Anteil der Nettozuwächse im nationalen Großkundenmarkt im Zeitraum 2002-2006⁶⁵⁴

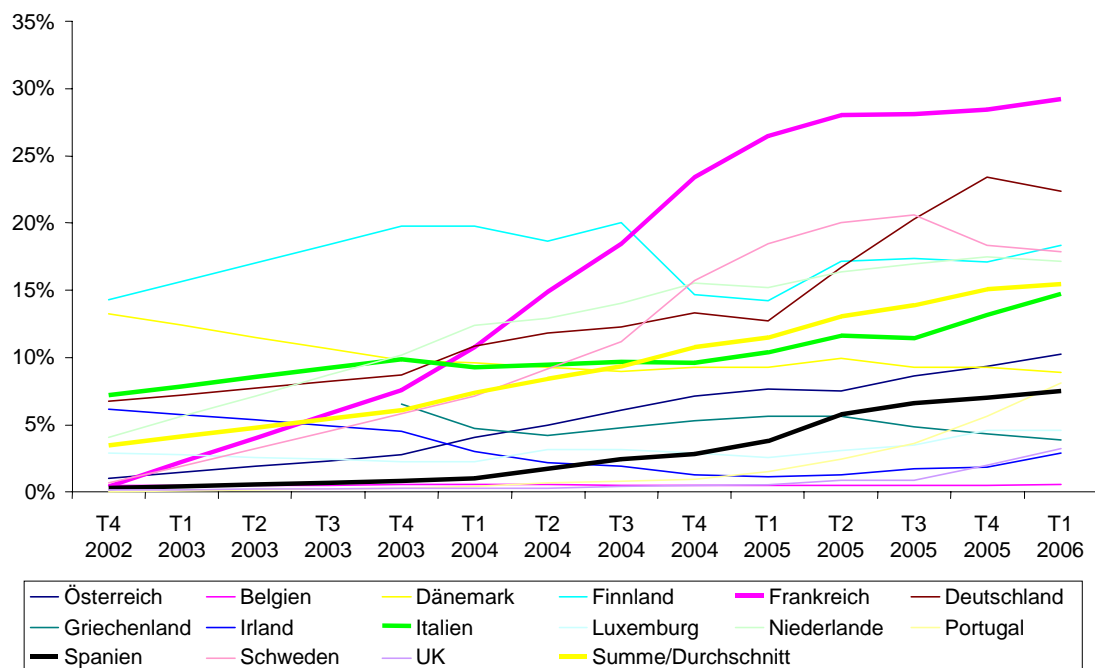


- (580) Zwischen Januar 2002 und Oktober 2004 wuchs Telefónica auf landesweiter Großkundenebene sechsmal schneller als alle Wettbewerber im ADSL-Bereich zusammen, zehnmal schneller als der größte Wettbewerber im ADSL-Bereich (Auna bzw. heute ONO) und 30-mal schneller als der zweitgrößte Wettbewerber im ADSL-Bereich France Telecom.
- (581) Seit Oktober 2004 (d.h. nach den Investitionen von France Telecom, Albura und Jazztel, die letzteren ermöglichten, in gewissen Teilen Spaniens entbündelte Teilnehmeranschlüsse zu nutzen) wuchs Telefónica auf dem landesweiten Großkundenmarkt dreimal schneller als alle Wettbewerber im ADSL-Bereich zusammen, siebenmal schneller als der größte Wettbewerber auf dem ADSL-Markt (France Telecom) und zehnmal schneller als Jazztel als zweitgrößter ADSL-Anbieter. Der Marktanteil von Auna (dem größten Wettbewerber von Telefónica auf dem landesweiten Großkundenmarkt) ging in diesem Zeitraum zurück.
- (582) Das Wachstum der Wettbewerber von Telefónica war nicht nur hinsichtlich des Volumens, sondern auch bezüglich der räumlichen Ausdehnung beschränkt. Dies zeigt sich auch an der Tatsache, dass auch heute noch alle alternativen landesweit tätigen ADSL-Anbieter (France Telecom, Ya.com und Jazztel) in einem beträchtlichen Teil Spaniens (d.h. dort, wo wegen der Kosten-Preis-Schere im Zusammenhang mit dem regionalen Großkundenzugang keine rentablen Zugangsprodukte für Großkunden auf landesweiter Ebene angeboten werden) von den von Telefónica angebotenen Produkten für Großkundenzugänge abhängig sind.

⁶⁵⁴ Nettozuwächse berechnet auf Basis der Entwicklung von Endkundenanschlüssen (inklusive eigene Bereitsstellung) im nationalen Großkundenmarkt. Siehe oben Fußnote 201.

- (583) In der *Erwiderung* hat Telefónica erklärt, die Konzentration alternativer Infrastrukturen auf bestimmte Gebiete sei eine logische Geschäftsstrategie der Wettbewerber, mit der diese ihre Rentabilität steigern wollten. Allerdings ist bezeichnend, dass sich die wichtigsten Wettbewerber von Telefónica auf dem landesweiten Großkundenmarkt (Auna und Albura⁶⁵⁵) aus einigen Zusammenschaltungspunkten zurückgezogen und von einer Nutzung des regionalen Großkundenangebots Abstand genommen haben. (Im März 2005 zog sich Albura aus 51 der 109 indirekten Zugangspunkte zurück.)
- (584) Die Entwicklung der Anzahl entbündelter Teilnehmeranschlüsse, die an Wettbewerber vermietet werden, gibt Aufschluss über die Auswirkungen der von Telefónica verfolgten Strategie der Verursachung einer Kosten-Preis-Schere mit dem Ziel, das Wachstum von Wettbewerbern und damit den Ausbau alternativer Infrastrukturen zu verzögern. In dieser Hinsicht (d.h. gemessen am Ausbau der Netzinfrastruktur) bleibt der spanische Markt weit hinter dem übrigen Europa zurück: Die Anzahl sämtlicher entbündelter Anschlüsse ist auch nach der (späten) Einführung Ende 2004 im Vergleich zu anderen EU-Mitgliedstaaten weiterhin sehr niedrig.

Abbildung 19 – Entwicklung der Anzahl entbündelter Anschlüsse (gemeinsamer Zugang und vollständige Entbündelung) als Prozentanteil sämtlicher Breitbandanschlüsse in EU-15 2002-2006⁶⁵⁶



⁶⁵⁵ Gemäß dem Schreiben von Albura an Uni2 vom 3.2.05 (Anhang 1 des Schreibens von Uni2 an die Kommission vom 7.4.05 (siehe Seite ISP-407 der Akte)) hat Albura am 15. März 2005 51 der 109 zuvor genutzten GigADSL-Anschlusspunkte abgeschaltet.

⁶⁵⁶ Quelle: Breitband-Scorecard ECTA. Siehe <http://www.ectportal.com/en/basic650html>.

2.1.5 *Der verbliebene eingeschränkte Wettbewerb im Endkundenmarkt ist nicht hinreichend, um die Annahme zu widerlegen, dass die Kosten-Preis-Schere den Wettbewerb abgeschottet hat*

- (585) In der *Erwiderung* hat Telefónica erklärt, dass das Unternehmen ausgeprägten Wettbewerbsdruck durch zahlreiche echte Wettbewerber erfahren habe.
- (586) Der Nachweis von Abschottungswirkungen setzt nicht den Nachweis voraus, dass Konkurrenten gezwungen worden wären, sich aus dem Markt zurückzuziehen. Hinreichend ist bereits der Nachweis, dass die Wettbewerber benachteiligt wurden und entsprechend weniger aggressiv konkurrieren konnten. In dieser Sache ist eine Abschottung gegeben, weil die Kosten-Preis-Schere die Möglichkeiten der Wettbewerber von Telefónica beeinträchtigt hat, auf den relevanten Markt zu gelangen und einen Wettbewerbsdruck auf Telefónica auszuüben.
- (587) Dieses Verhalten hat die Konkurrenten finanziell erschöpft, so dass nur Unternehmen mit ausreichenden finanziellen Ressourcen im Massengeschäft überleben und etwas wachsen konnten (allerdings mit einem Verlust). Diese Anbieter (France Telecom und Ya.com) verblieben im Endkundengeschäft aufgrund der Erwartung, dass sie die kritische Masse erreichen würden, welche es ihnen ermöglichen würde, Telefónicas regionale Großkundenzugänge in einigen Gebieten Spaniens auf Basis eines nachhaltig verfügbaren entbündelten Teilnehmeranschlusses selbst anzubieten. Aufgrund dieser Erwartung haben sie den Markt nicht verlassen, waren aber auch nicht in der Lage, für die wettbewerbliche Herausforderung zu sorgen, die ohne die Kosten-Preis-Schere hätte größer werden können (insbesondere im Hinblick auf das hohe Niveau der Endkundenpreise, siehe Abschnitt 2.2).
- (588) Mit Ausnahme von Wanadoo und Ya.com konnte keiner der ADSL-Anbieter (Tiscali, Jazztel, Tele 2, BT, etc) – die teilweise bereits 2001 erklärten, dass sie nicht in der Lage seien, auf der Grundlage der Großkundenpreise Produkte zu den Endkundenpreisen von Telefónica anzubieten – einen Marktanteil von auch nur 1 % bis 2005 erzielen. Die Tatsache, dass diese ISP (die in Spanien ebenso als Anbieter auf dem Massenmarkt hätten auftreten können, wie sie dies in anderen Mitgliedstaaten tun) als Marktteilnehmer von marginaler Bedeutung ihre Anteile auf einem strategisch wichtigen Markt wie dem Breitbandmarkt nicht ausweiten konnten, steht im Einklang mit den durch die Kosten-Preis-Schere geschaffenen Wachstumshindernissen. Es kann einfach nicht erwartet werden, dass diese ISP andauernde Verluste in erheblichem Umfang verkraften können.
- (589) Diese Situation ist anders gelagert als in anderen Mitgliedstaaten. In Frankreich z.B. sind – anders als in Spanien – ISP (Free, Neuf Telecom, Cegetel, Tele 2) tätig, die nicht über den Rückhalt marktbeherrschender Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten verfügen und trotzdem 2004 erhebliche Marktanteile erreicht haben.

- (590) Die Stellung von Jazztel auf dem Endkundenmarkt ist in diesem Zusammenhang besonders bezeichnend: Diesem ISP ist es auf der Grundlage der regionalen und der landesweiten Großkundenprodukte von Telefónica nicht möglich gewesen, einen Marktanteil von mehr als 1 % zu erzielen. 2005 investierte Jazztel in erheblichem Umfang in die eigene Infrastruktur, um schließlich entbündelte Teilnehmeranschlüsse nutzen und dann in einem beträchtlichen Teil Spaniens ein dem regionalen Großkundenprodukt von Telefónica vergleichbares Produkt anbieten zu können. Diese Strategie war riskanter als die von Wanadoo und Ya.com verfolgte Strategie, weil Jazztel im Gegensatz zu den beiden letztgenannten Unternehmen keinerlei Mindest-Größenvorteile erzielen konnte, bevor die genannten umfangreichen Investitionen getätigt wurden. Der Marktanteil von Jazztel stieg 2005 auf 1,3 % (gemessen an den jährlichen Einnahmen) und wächst weiter. Allerdings ist unklar, ob dieses Wachstum als nachhaltig betrachtet werden kann, (i) weil das Unternehmen 2005 durch die Nichtverfügbarkeit entbündelter Teilnehmeranschlüsse erheblich beeinträchtigt war (insbesondere hinsichtlich der Außenwahrnehmung des Unternehmens),⁶⁵⁷ (ii) weil Jazztel die im Geschäftsplan vorgesehenen Zielvorgaben (Kundenstamm, Einnahmen) dauerhaft nicht erreichte, (iii) weil Jazztel zurzeit erhebliche Verluste entstehen (Nettogewinn = -73 % der Einnahmen 2006⁶⁵⁸) und weil der Börsenwert von Jazztel von April 3 bis Oktober 2006 auf ein Drittel des ursprünglichen Wertes zurückgegangen ist.
- (591) Es wird eingeräumt, dass eben wegen der Größe der Unternehmen nicht immer registriert wurde, wann kleine ISP von eher marginaler Bedeutung auf den Markt gelangten bzw. sich aus dem Markt zurückzogen. Allerdings wird darauf hingewiesen, dass die CMT in ihrem Bericht zum Jahr 2004 das Ausscheiden einer erheblichen Anzahl an ISP verzeichnete, die Dienste auf dem relevanten Endkundenmarkt angeboten hatten.⁶⁵⁹

2.2 Schaden für die Verbraucher

2.2.1 Telefónicas Verhalten führte zu Preisen die zu den höchsten in den EU-15 Staaten gehören

- (592) In der Mitteilung der Beschwerdepunkte⁶⁶⁰ hat die Kommission die Ansicht vertreten, dass die von Telefónica verursachte Kosten-Preis-Schere auch auf Ebene der Endkundenpreise spürbar war.
- (593) Alle Vergleichsstudien, welche Endkundenpreise für Breitbandinternetzugänge vergleichen, kommen zu dem Ergebnis, dass die spanischen Preise zu den höchsten in Europa gehören.

⁶⁵⁷ Das Unternehmen hat Endkunden gewonnen, denen es jedoch die gewünschten Endkundendienste nicht bereitstellen konnte, weil Telefónica die betreffenden Großkundenanschlüsse nicht zur Verfügung stellte. Im Juni 2005 waren die ADSL-Anschlüsse des Unternehmens zu über 50 % nicht in Betrieb.

⁶⁵⁸ Jazztel Jahresbericht 2006, Seite 23.

⁶⁵⁹ CMT-Bericht 2004, S. 118.

⁶⁶⁰ Siehe Randnummern 485-488 der Mitteilung der Beschwerdepunkte.

- (594) Gemäß einer Studie der OECD, zählt die durchschnittliche monatliche Gebühr für einen Breitbandinternetanschluss in Spanien in Bezug auf das Preis-Leistungs-Verhältnis zu den höchsten in ganz Europa;⁶⁶¹ dies wurde kürzlich in einer Studie der spanischen Verbraucherschutzvereinigung OCU⁶⁶² bestätigt.
- (595) Auch die CMT hält die Endkunden-Breitbandpreise in Spanien für hoch und ist der Ansicht, dass die Preise deutlich über dem EU-Durchschnitt liegen. Im Jahresbericht 2004 erklärt die CMT, die Preise in diesem Jahr seien „immer noch weit vom EU-Standard entfernt“ gewesen.⁶⁶³ Im Jahresbericht 2005 betonte die CMT nochmals, dass diese Preise im „oberen Bereich“ der Preise blieben, die in benachbarten Ländern („*de nuestro entorno*“) erhoben wurden.⁶⁶⁴ Im gleichen Zusammenhang erklärte der Präsident der CMT, dass die Preise für Breitbandinternetzugänge in Spanien 25% über den EU-Durchschnitt liegen.⁶⁶⁵ In einer Entscheidung vom 16. November 2006 erklärte die CMT: „*TESAU ha podido mantener unos precios excepcionalmente altos en los mercados minoristas de banda ancha*“.⁶⁶⁶
- (596) Dies wird durch eine kürzlich veröffentlichte und von der irischen NRB ComrReg in Auftrag gegebene Studie⁶⁶⁷ bestätigt, die bei der für die regelmäßig zu erstellenden Benchmark-Vergleiche im Telekommunikationssektor der OECD zuständigen Beratungsgesellschaft Teligen in Auftrag gegeben wurde.

⁶⁶¹ Siehe z.B. „*Benchmarking broadband prices in the OECD, Working Party on Telecommunications and Information Services Policies*“, 18. Juni 2004, S. 50 (Seite Div-53 der Akte): „*Insgesamt sind die Preise für Breitbandzugänge in Spanien gemessen am Preis-/Leistungsverhältnis eher hoch.*“

⁶⁶² OCU, *Las tarifas españolas, muy altas respecto a Europa*, Mai 2005 (siehe Seite Div-101 der Akte).

⁶⁶³ Jahresbericht der CMT 2004, Seite 101.

⁶⁶⁴ Jahresbericht der CMT 2005, Seite 88.

⁶⁶⁵ Siehe *El coste del ADSL en España es un 25% superior a la media de la UE*, El país, 12.07.06. Siehe auch *La CMT constata el insuficiente crecimiento de la banda ancha en España*, El mundo, 11.07.06.

⁶⁶⁶ Entscheidung der CMT RO 2004/1811 vom 16.11.2006 (Seite 130).

⁶⁶⁷ Comreg, *Quaterly Key Data Report*, Dezember 2006 (Seiten 23-25), erhältlich unter: http://www.comreg.ie/_fileupload/publications/ComReg0668.pdf.

- (597) Teligen verglich zunächst die ADSL-Angebote⁶⁶⁸ des marktbeherrschenden Unternehmens oder verbundener ISP in allen EU-15-Ländern. Das Benchmark-Modell von Teligen unterstellt ein durchschnittliches Nutzerprofil von 25 Stunden pro Monat, wobei eine Sitzung in jedem Land eine Stunde dauert. Des Weiteren wird angenommen, dass die Downloadrate für jeden Service pro Monat 10 Gigabyte beträgt. Die folgende Graphik vergleicht unter diesen Annahmen für jedes Land die tatsächlichen Preise für den günstigsten Endkundenbreitbandinternetzugang. Die Ergebnisse werden in EUR/PPPs⁶⁶⁹ ohne USt.⁶⁷⁰ angegeben.
- (598) Wie in der folgenden Graphik zu sehen, nimmt Spanien unter den EU-15-Ländern den letzten Platz ein. Die monatliche Gebühr von (45,2 EUR/PPP) ist 85% höher als im EU-Durchschnitt (24,0 EUR/PPP).⁶⁷¹

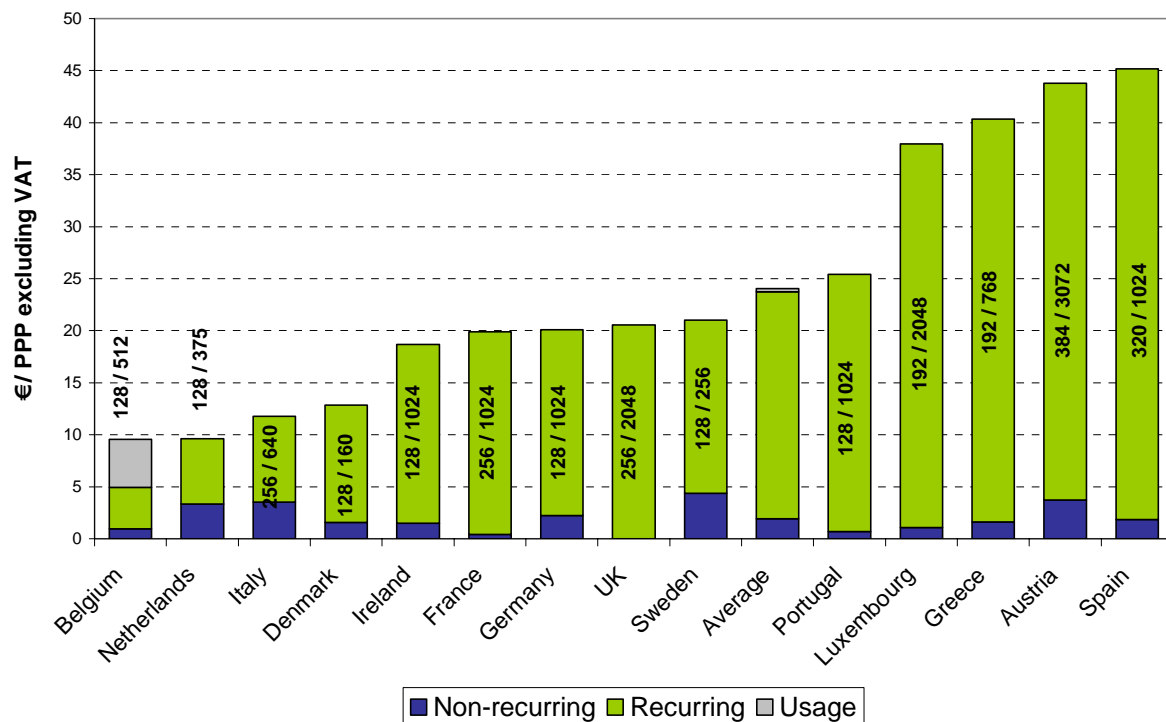
⁶⁶⁸ Die bei den Vergleichen berücksichtigten Tarife beziehen sich nur auf den Anschluss und den Bezug des ADSL-Dienstes, nicht aber auf die Bereitstellung der üblichen Telefonleitung, über welche die DSL-Dienste zur Verfügung gestellt werden. Die Gebühren für Modems oder Router und die Nutzergebühren der ISP werden nur dann in den Vergleich einbezogen, wenn sie im Paket mit dem jeweiligen Dienst als Gesamtprodukt angeboten werden.

⁶⁶⁹ Preise sind in Kaufkraftparitäten (PurchasingPowerParities) angegeben, d.h. Währungsumrechnungskurse, die sowohl in eine einheitliche Währung umrechnen als auch die Kaufkraft der verschiedenen Währungen ausgleichen werden angewandt. Anders ausgedrückt, die unterschiedlichen Preisniveaus zwischen den Ländern werden durch die Umrechnung beseitigt. Siehe auch die Erklärungen zum Teligen Bericht: Comreg, Quaterly Key – Explanatory Memorandum, Dezember 2006 (Seite 15).

⁶⁷⁰ Der Teligen Bericht basiert eigentlich auf Preisen, welche die USt. beinhalten. Telefónica hat jedoch angemerkt (siehe Seite 44 der Erwiderung zum Tatsachenschreiben), dass die USt.-sätze in Europa nicht einheitlich sind, daher hat die Kommission die USt. vom Preis abgezogen (Siehe Comreg, Quaterly Key – Explanatory Memorandum, Dezember 2006, Seite 15).

⁶⁷¹ Teligen verglich außerdem die günstigsten Preise für einen Breitbandinternetzugang auf der Basis einer Übertragungsrates von 1 Mbit/s (der Preis ergibt sich aus (i) der Summe der Upload und Download-Raten um eine gesamte Bitrate zu erhalten und (ii) indem die monatliche Grundgebühr durch die errechnete Gesamt-Bitrate geteilt und mit 1024 multipliziert wird, um den Preis pro 1 Mbit/s zu erhalten). Auch dieser Vergleichstest führte zu dem Ergebnis, dass Spanien im EU-15 Vergleich auf den letzten Platz kommt, mit einem Preis der 75% über dem EU-Durchschnitt liegt.

Abbildung 20 – Korb der günstigsten monatlichen ADSL-Gebühr⁶⁷² – November '06



[Legende:

EUR/PPP (PurchasingPowerParities = Kaufkraftparitäten) ohne Mehrwertsteuer
Einmalig, Mehrfach, Nutzung]

(599) In der *Erwiderung* zum Tatsachenschreiben⁶⁷³ hat Telefónica erklärt, dass aus dem Teligen Bericht nicht geschlossen werden könne, dass Telefónicas Verhalten einen Einfluss auf die Endkundenpreise in Spanien hatte. Denn Teligen hat (i) Telefónicas Sonderaktionen nicht berücksichtigt und (ii) nur die Preise der etablierten Anbieter verglichen, welche nicht unbedingt die Preise wiedergeben, welche der Konsument zahlt.

⁶⁷² Die Zahlen in den Balken stehen für die Geschwindigkeiten beim Hoch- und Herunterladen (kbit/s) des jeweiligen Dienstes. Siehe Comreg, Quaterly Key Data Report, Dezember 2006, Seite 24 und Comreg, Quaterly Key Data Report, Dezember 2006: Originaldaten (Seite T4).

⁶⁷³ Siehe Seite 44 der *Erwiderung* zum Sachverhaltsschreiben.

- (600) Jedoch hat die Berücksichtigung der Sonderaktionen von Telefónica im Modell von Teligen keinen Einfluss auf dessen Ergebnisse: Telefónicas einmalige Gebühren präsentieren weniger als 1,9 EUR/PPP im Teligen-Model (siehe Abbildung 20), andere Aktionen betragen weniger als 1,0 EUR/PPP.⁶⁷⁴ Dass heisst, auch unter der Annahme, dass etablierte Anbieter ihren Kunden keine Aktionen anbieten (diese Annahme ist sehr unwahrscheinlich und für Telefónica sehr vorteilhaft), würde die Lücke zwischen dem Durchschnittspreis der EU-15 Staaten und Telefónica um weniger als 2,0 EUR/PPP reduziert werden (8% des EU-Durchschnittspreises). Auch dann wäre Telefónicas Endkundenpreis immer noch 18,0 EUR/PPP (mehr als 75%) höher als der EU-15 Durchschnitt.
- (601) Bezüglich des Arguments von Telefónica, dass der Teligen Bericht nur die Endkundenpreise der etablierten Anbieter in ihren jeweiligen Ländern berücksichtigt, muss darauf hingewiesen werden, dass Telefónica trotz der hohen Preise für Endkunden seinen Marktanteil (über 70% bei ADSL-Verbindungen) in den Jahren 2005 und 2006 erhöhen konnte.
- (602) Auf jeden Fall hat Telefónica in der *Erwiderung*⁶⁷⁵ zugegeben, dass ein einfacher Vergleich der Endkundenpreise in den Mitgliedsstaaten zu dem Ergebnis führt, dass die spanischen Preise im Zeitraum von 1999-2005 zu den höchsten gehörten. Telefónica gibt selbst zu, dass die Preise für Breitbandverbindungen in Spanien nach Österreich zu den höchsten gehören und die durchschnittliche monatliche Gebühr 7,6 EUR/Monat/Nutzer höher ist, als im Rest der EU (20 % höher als im EU-15 Durchschnitt). Da Telefónicas Endkundenpreise über den durchschnittlichen spanischen Preisen für Endkunden liegen (der Unterschied betrug 2004 4 EUR/Monat⁶⁷⁶), ist die Lücke zwischen dem EU-Durchschnitt und Telefónicas Endkundenpreisen noch viel ausgeprägter (mehr als 11 EUR/Monat/Nutzer).

2.2.2 Die Verbreitung von Breitband liegt in Spanien unter dem EU-15 Durchschnitt

- (603) Die Preise sind ein entscheidendes Kriterium für die Entwicklung des Breitbandmarktes. Daher ist es charakteristisch, dass Spanien noch im Jahr 2001 zu den Spitzenreitern bei der Verbreitung von Breitbandverbindungen gehörte⁶⁷⁷, heute aber nur noch auf einem Platz unter dem Durchschnitt der EU-15 bzw. EU-25 liegt. Die Wachstumsrate ist ebenfalls geringer als der EU-15 bzw. EU-25 Durchschnitt. Dies wird in der folgenden Abbildung verdeutlicht:

Tabelle 55 – Verbreitung von Breitbandverbindungen in Spanien 2004 und 2005

⁶⁷⁴ Aktionen beliefen sich 2006 auf bis zu 30,12 EUR/Neukunde (siehe Schreiben von Telefónica vom 06.10.06, Seite TFCA-13265 der Akte), d.h. 0,84 EUR/Endkunde/Monat (Abschreibung über 3 Jahre).

⁶⁷⁵ Siehe Seiten 353-354 des Antwortschreiben.

⁶⁷⁶ Siehe Telefónicas Antwortschreiben, Seite 130.

⁶⁷⁷ Siehe Randnummer (626) unten.

% Bevölkerung	2004 ⁶⁷⁸	2005 ⁶⁷⁹	Anstieg 2004/2005
Spanien	8,2	11,7	+3,5
EU-15	9,9	14,5	+4,6
EU-25	8,8	12,8	+4,0

2.2.3 Die Argumentation von Telefónica in der Erwiderung auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte

- (604) In der *Erwiderung*⁶⁸⁰ hat Telefónica erklärt, die Kommission habe nicht nachgewiesen, dass Endkundenpreise in Spanien überhöht gewesen wären und dass den Verbrauchern keine innovativen Produkte zugute gekommen wären.
- (605) Telefónica zufolge sind den Analysen in den von der Kommission genannten Studien keine Schlussfolgerungen hinsichtlich der Auswirkungen von Telefónicas Verhalten auf die Endkundenpreise zu entnehmen, weil ein einfacher länderübergreifender Preisvergleich, bei dem unterschiedliche Preisniveaus festgestellt werden, nur als Anzeichen der Tatsache zu verstehen sei, dass Kosten- und Nachfragebedingungen in den einzelnen Ländern eben unterschiedlich gelagert seien. Das Bestehen dieser Preisunterschiede könne man keinem einzelnen Faktor (nämlich der Preisstrategie von Telefónica) zuschreiben, ohne die Möglichkeit in Betracht zu ziehen, dass diese auch auf länderspezifische Unterschiede sonstiger Preisfaktoren zurückzuführen sein könnten.
- (606) In der *Erwiderung*⁶⁸¹ unterzog Telefónica die zur Begründung der unterschiedlichen ADSL-Preise in der Gemeinschaft genannten Faktoren einer empirischen Bewertung. Die Regressionsspezifikation der ökonomischen Gutachter von Telefónica beruht auf der Annahme eines konstanten Effekts zur Erklärung bestimmter Preise (ARPU) mit länderspezifischen Wirkungs-, Nachfrage- und Kostenfaktoren. Der länderspezifische Effekt der entsprechenden Regressionen wird als länderspezifische Determinante der Preise in dem jeweiligen Land verstanden und ist unabhängig von den in der Regression berücksichtigten Variablen des Angebots und der Nachfrage. Da die erklärenden Variablen die Determinanten Nachfrage und Kosten beinhalten, könnten in den länderspezifischen Effekt auch institutionelle Faktoren wie z.B. die Wettbewerbsumgebung eingehen. Nach Ansicht der Gutachter deutet der länderspezifische Effekt für Spanien darauf hin, dass die Preise in Spanien im Verhältnis gesehen nicht höher, sondern möglicherweise sogar niedriger sind als aufgrund der im Land bestehenden Nachfrage- und Kostenbedingungen prognostiziert.

⁶⁷⁸ Siehe Telefónicas Antwortschreiben, Seite 124.

⁶⁷⁹ Siehe die Entscheidung der CMT RO 2004/1811 (Seite 123). Siehe auch CMT Jahresbericht 2005 (Seite 90).

⁶⁸⁰ Siehe Telefónicas Antwortschreiben, Seiten 125-132.

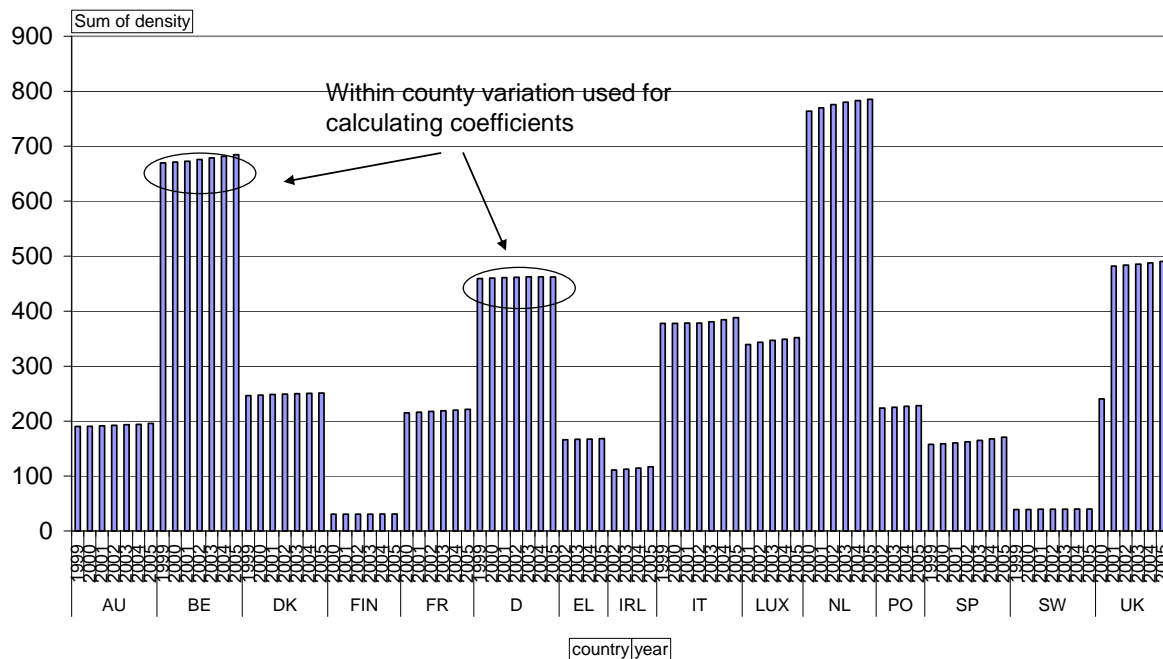
⁶⁸¹ Siehe Anhang 6 des Antwortschreibens von Telefónica.

2.2.4 *Stellungnahme zum methodischen Ansatz des von Telefónica übermittelten Expertenberichts*

2.2.4.1 *Die Spezifikation ist für diese besondere Sache nicht angemessen*

- (607) Die von Telefónica übermittelte Spezifikation soll eine Kontrolle der unterschiedlichen Determinanten im Kosten- und Nachfragebereich in den einzelnen Ländern ermöglichen, um dann die Auswirkungen der verbleibenden Faktoren (z.B. der Wettbewerbssituation) auf die Preise getrennt ermitteln zu können. Die verwendete Spezifikation (Fixed-Effects-Regression) ermittelt jedoch die Auswirkungen der Nachfrage- und der Kostenvariablen auf den Preis ausgehend von den Schwankungen dieser Koeffizienten innerhalb dieser Länder. In diesem Modell werden die folgenden erklärenden Variablen verwendet: Bevölkerungsdichte, Pro-Kopf-BIP, Bevölkerung unter 30 Jahren, Haushalte mit PC, Haushalte mit Internetanschluss und Haushalte mit Breitbandzugang. Es ist äußerst unwahrscheinlich, dass die Änderungen dieser Variablen innerhalb eines Landes im Zeitraum 1999 bis 2005 sinnvolle Rückschlüsse darauf zulassen, wie diese sich auf die Kosten oder die Nachfrage in Verbindung mit ADSL-Produkten auswirken. Die Auswirkungen z.B. einer zunehmenden Bevölkerungsdichte werden unter Ermittlung der durchschnittlichen Auswirkungen der Änderungen der Bevölkerungsdichte in den einzelnen Ländern auf die ADSL-Preise in den betreffenden Ländern bestimmt. Diesem Vorgehen liegt die Annahme zugrunde, dass Änderungen der Bevölkerungsdichte um mehr als 13 Einwohner pro km² zwischen 1999 und 2005 Auswirkungen auf die Netzkosten und entsprechend auch auf den Preis der ADSL-Produkte hatten. Dieser Zusammenhang wird in der folgenden Abbildung mit Daten zur Bevölkerungsdichte pro Jahr in den einzelnen Ländern verdeutlicht. Zwischen den einzelnen Ländern bestehen zwar möglicherweise bedeutsame Schwankungen; die Schwankungen innerhalb der einzelnen Länder sind jedoch nur gering und dürften sich im untersuchten Zeitraum kaum in erheblicher Weise auf Angebot und Nachfrage ausgewirkt haben. Die Koeffizienten werden ausgehend von einer Variationsbreite berechnet, die für das ermittelte Ergebnis nicht von Bedeutung sein kann.
- (608) Die bei diesem Modell verwendeten Koeffizienten werden unter Einbeziehung von Schwankungen berechnet, die wirtschaftlich gesehen nicht relevant sind und höchstwahrscheinlich nur scheinbare Korrelationen des Datenmaterials betreffen. Vermutlich sind dies korrelierte Trends und/oder potenzielle nicht-lineare Zusammenhänge. Aus den Regressionsberechnungen geht auch hervor, dass die geringen Schwankungen innerhalb der einzelnen Länder gegenüber erheblichen Schwankungen zwischen den verschiedenen Ländern infolge der Einbeziehung länderspezifischer konstanter Effekte beträchtliche Multikollinearitätsprobleme nach sich ziehen. Dies zeigt sich auch in den ungenauen und statistisch nicht signifikanten Schätzungen in Verbindung mit einem hohen R²-Wert. Eine Multikollinearität in diesem Umfang lässt darauf schließen, dass das spezifizierte Modell und die entsprechenden Koeffizienten für diese Schätzungen nicht geeignet sind. Daher können keine Schlussfolgerungen auf der Grundlage des von Telefónica vorgelegten Expertenberichts gezogen werden.

Density by Country by Year



[Legende:

Dichte pro Land getrennt nach Jahren

Betrag der Dichte

Veränderung in dem jeweiligen Land, die für die Berechnung des Koeffizienten benutzt wurde

Land/ Jahr]

2.2.4.2 Berücksichtigung von Abweichungen in einer Querschnittuntersuchung

(609) Eine Möglichkeit, im Querschnitt abweichende Preise zwischen Ländern zu erklären, besteht darin, den ARPU auf länderspezifische Auswirkungen und auf eine Zeitvariable für den Zeitraum seit Einführung der ersten ADSL-Teilnehmeranschlüsse zurückzuführen. Daraus ergibt sich ein durchschnittlicher geschätzter relativer Preis pro Land, der sich auf den Grad der Entwicklung des jeweiligen Netzes auswirkt. Anschließend können wir diese Schätzungen zu Kosten- und Nachfragevariablen in Beziehung setzen, um festzustellen, in welchem Umfang sich die durchschnittlichen Preise in den einzelnen Ländern durch diese Faktoren erklären lassen. Wir stellen fest, dass die Koeffizienten der für Angebot und Nachfrage maßgeblichen Faktoren, die von den Parteien übermittelt wurden, unerheblich sind und weder einzeln noch zusammen die Preisunterschiede zwischen den einzelnen Ländern erklären können.

3 Die Kosten-Preis-Schere war eine rationale, profitable Strategie für Telefónica

(610) Telefónicas Preisstrategie war demzufolge rational und profitabel auf drei verschiedene Weisen:

- (611) Erstens, Telefónica konnte ein hohes Preisniveau auf dem Endkundenmarkt halten (wie in Abschnitt 2.2 dargestellt wurde, gehören die spanischen Endkundenpreise für einen Breitbandinternetzugang zu den höchsten in Europa). Und dies obwohl ein hohes Niveau des Großkundenpreises (im Vergleich zum Endkundenpreis) möglicherweise Auswirkungen auf die Gewinne in Telefónicas Großkundensegment hatte, da die Wettbewerbsbeschränkungen im Endkundensegment reduziert wurden. Die Gewinne, die aufgrund eines hohen Preises im Endkundengeschäft erzielt wurden, übertreffen bei weitem die Verluste, die aus den durch die hohen Großkundenpreise (im Vergleich zu Endkundenpreisen) aufgegebenen Großkundengeschäften resultieren.
- (612) Zweitens, die Erarbeitung und Pflege einer Führungsposition in dem schnell wachsenden Markt für Breitbandinternetzugänge erlaubt es Telefónica, ihre Position in benachbarten Massensegmenten, wie bei Festnetzanschlüssen, zu sichern. Wie auch von Telefónica bestätigt, hat die Bereitstellung von Breitbandinternetzugängen im Endkundensegment einen Treueeffekt auf das traditionelle Festnetzgeschäft⁶⁸², d.h. wenn Telefónica keine Breitbandinternetanschlüsse für Endkunden anbieten würde, wären Marktanteil und Gewinne im Festnetzgeschäft geringer. Endkunden neigen dazu, denselben Anbieter für alle elektronischen Kommunikationsdienste zu wählen, d.h. für Festnetzanschlüsse, Breitbandinternetzugänge, Kabelfernsehen und auch Mobilfunk.
- (613) Viele der Dienste wachsen enorm: insbesondere Voice over IP und Fernsehen via Breitbandzugang. Telefónicas Verhalten ermöglicht es ihr daher, diese Zukunftsmärkte frühzeitig zu besetzen.

4 Schlussfolgerung zu den Effekten für Wettbewerb und Konsumenten

- (614) Aus der Rechtsprechung ergibt sich, dass für die Feststellung eines entsprechenden missbräuchlichen Verhaltens nicht gewartet werden muss, bis Auswirkungen einer Kosten-Preis-Schere konkret nachweisbar sind.⁶⁸³

⁶⁸² Siehe Anhang 11i des Schreibens von Telefónica vom 21.07.06: "La oportunidad de la banda ancha en la operadoras fijas", Seite 17 (Seite TFCA-4530 der Akte).

⁶⁸³ Siehe verbundene Rechtssachen T-24/93, T-25/93, T-26/93 und T-28/93 *Compagnie maritime belge und Andere/Kommission*, Randnummer 149. Siehe auch Rechtssache T-219/99 *British Airways/Kommission*, Randnummer 293 und Rechtssache T-95/04 P *British Airways/Kommission*, Randnummern 77, 93 und 98; *Suiker Unie und Andere/Kommission*, Slg. 1975, 1663, Randnummern 514-516 und Rechtssache 163/96, Verweis auf eine Vorabentscheidung, Strafverfahren gegen Silvano Raso und Andere, Slg. 1998, I-593.

- (615) Angesichts der besonderen Umstände in dieser Sache war das *prima facie* in der Verursachung einer Kosten-Preis-Schere bestehende Verhalten von Telefónica imstande, den Wettbewerb einzuschränken oder, anders ausgedrückt, war es voraussehbar, dass der Wettbewerb eingeschränkt würde, indem es ebenso effizienten Wettbewerbern erschwert wird, sich weiter auf dem Markt zu behaupten. Früher oder später mussten sich die Wettbewerber möglicherweise aus dem Markt zurückziehen, bzw. die Wettbewerber wurden zumindest in ihren Möglichkeiten eingeschränkt, Investitionen zu tätigen und ihre Marktanteile auszuweiten. Selbst wenn sie bei Preisen und bei den Kosten verkaufsfördernder Maßnahmen mit dem marktbeherrschenden Unternehmen gleichziehen konnten, hätten sie infolge der ständigen Verluste langfristig schwerlich in der Lage sein können, einen intensiven Wettbewerbsdruck auf das marktbeherrschende Unternehmen auszuüben.
- (616) Ohne die Verzerrungen aufgrund der in dieser Sache gegebenen Kosten-Preis-Schere hätte sich auf dem Endkundenmarkt für Breitbanddienste wahrscheinlich ein intensiverer Wettbewerb zwischen ISP entwickelt, die bei der Abwägung zwischen Wachstum und Rentabilität keinen Beschränkungen unterlegen hätten. Ohne die durch Telefónicas Verhalten verursachten Einschränkungen für konkurrierende ISP wäre der Markt wegen niedrigerer Preise und einer größeren Produktvielfalt vorteilhafter für die Verbraucher gewesen.
- (617) Außerdem bestätigen empirische Beweise, dass Telefónicas Verhalten Auswirkungen auf die relevanten Märkte hatte. Insbesondere hat Telefónica den größten Anteil aller neuen Teilnehmer auf dem Endkunden-Massenmarkt für Breitbandprodukte gewonnen und konnte seine beherrschende Stellung auf diesem Markt noch ausbauen. Nur von ausländischen marktbeherrschenden Unternehmen gestützte Wettbewerber haben sich auf dem Endkunden-Massenmarkt halten können. Diese Konkurrenten haben sich nicht aus dem Markt zurückgezogen, in der Erwartung, dass sie früher oder später durch eine rentable Nutzung entbundelter Teilnehmeranschlüsse in der Lage sein würden, dem durch die Kosten-Preis-Schere verursachten Druck zu entgehen.
- (618) Konkrete Belege zeigen, dass die Endkundenpreise in Spanien deutlich (mindestens 20%) über dem EU-Durchschnitt liegen und Millionen Endkunden betreffen. Keiner der von Telefónica präsentierten Nachfrage- oder Angebotsfaktoren kann das hohe Niveau der spanischen Endkundenpreise angemessen erklären. Daraus ergibt sich, dass Telefónicas Verhalten zu einem deutlichen Schaden für die Verbraucher führte.

F. Objektive Begründungen und Effizienzgewinne

1 Einleitung

- (619) Wettbewerbswidrige Verhaltensweisen fallen möglicherweise dann nicht unter Artikel 82 EG, wenn das marktbeherrschende Unternehmen eine objektive Begründung für sein Verhalten vortragen oder belegen kann, dass sein Verhalten Effizienzgewinne nach sich zieht, welche die Beeinträchtigung des Wettbewerbs aufwiegen. Die Beweislast für diese objektive Begründung bzw. für die Geltendmachung von Effizienzgewinnen trägt das marktbeherrschende Unternehmen.⁶⁸⁴ Dem Unternehmen, das sich gegen die Feststellung einer Zuwiderhandlung verteidigen möchte, obliegt der den rechtlichen Anforderungen genügende Nachweis, dass die Bedingungen für die Berücksichtigung dieser Einrede erfüllt sind.⁶⁸⁵
- (620) In dieser Sache hat Telefónica erklärt, (i) die nachgelagerten Verluste von Telefónica seien vor dem Hintergrund eines nicht ausgereiften Marktes Investitionen mit Blick auf künftige Gewinne, (ii) Telefónica sei gezwungen gewesen, sich an den Endkundenpreisen der nachgelagerten Wettbewerber zu orientieren („Einrede der Reaktion auf einen bestehenden Wettbewerb“) und (iii) das Verhalten habe zu Effizienzgewinnen geführt, die den Verbrauchern zugute gekommen seien („Einrede der Schaffung von Effizienzgewinnen“).
- (621) In den folgenden Abschnitten antwortet die Kommission auf die von Telefónica vorgetragene objektive Begründungen und auf die Darstellung von Effizienzgewinnen.

2 Fehlen einer objektiven Begründung durch eine objektive Notwendigkeit

2.1 Die nachgelagerten Verluste von Telefónica können nicht als erforderliche Investitionen für die Erzielung künftiger Gewinne in einem nicht ausgereiften Sektor betrachtet werden

- (622) Telefónica erklärte,⁶⁸⁶ der spanische Breitbandmarkt sei nicht ausgereift, und Telefónica habe berechtigterweise Verluste als Investition zur Erzielung künftiger Gewinne betrachtet.

⁶⁸⁴ Siehe Rechtssache T-203/01 *Manufacture française des pneumatiques Michelin/Kommission (Michelin II)*, Slg. 2003, II-4071, Randnummern 107-109.

⁶⁸⁵ Siehe Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. L 1, 4.1.2003, Erwägungsgrund 5 und Artikel 2.

⁶⁸⁶ Siehe *Erwiderung*, Seiten 90-91 und 102-103.

- (623) Artikel 82 EG sowie die Rechtsprechung der Gemeinschaft sehen keine Ausnahme von der Anwendung der Wettbewerbsregeln bei Sektoren vor, die angeblich noch nicht vollständig ausgereift sind. Im Fall Wanadoo hat das Gericht erster Instanz entschieden, dass allein die Tatsache, dass es sich um einen schnell wachsenden Markt handelt, nicht ausreicht, um von der Anwendung der Wettbewerbsregeln, insbesondere des Artikel 82 EG, ausgenommen zu werden.⁶⁸⁷ Wenn eine uneingeschränkte Stabilisierung Voraussetzung für die Anwendung der Wettbewerbsregeln sein sollte, wären die Wettbewerbsbehörden nicht imstande, zu reagieren, bevor die nachgewiesenen missbräuchlichen Verhaltensweisen ihre vollständige Wirkung entfaltet hätten und somit die unrechtmäßigerweise erreichten Positionen endgültig gefestigt worden wären.
- (624) Die entscheidende Frage in dieser Sache lautet, ob alle nachgelagerten, effizienten Marktteilnehmer in der Lage waren, zu gleichen Bedingungen in den sich entwickelnden spanischen Markt einzutreten, ohne infolge der Strategie des marktbeherrschenden Unternehmens Belastungen auf sich zu nehmen, welche ihre finanzielle Leistungsfähigkeit überschritten hätte. Unter diesem Aspekt werden unangemessene Preise in der Rechtsprechung immer dann geahndet, wenn die Gefahr besteht, dass Wettbewerber verdrängt werden; der EG-Vertrag, mit dem ein freier Wettbewerb sichergestellt werden soll,⁶⁸⁸ schließt nämlich aus, dass gewartet würde, bis eine entsprechende Strategie tatsächlich zur Verdrängung von Wettbewerbern geführt hätte.⁶⁸⁹
- (625) In jedem Fall bestehen auf dem Breitbandmarkt ausgeprägte Verbindungen zum Markt für Ortszugänge im Telekommunikationssektor, der jedoch keinerlei Merkmale eines aufstrebenden Marktes aufweist. Das Ortsanschlussnetz von Telefónica wurde über Jahrzehnte unter dem Schutz ausschließlicher Rechte und finanziert durch Monopoleinkünfte aufgebaut. Der Telekommunikationssektor und insbesondere der Ortsanschlussmarkt sind weiterhin in erheblichem Umfang von der beherrschenden Stellung von Telefónica als dem früheren Monopolunternehmen im Telekommunikationsbereich geprägt, das den Zugang zu den Endkunden nahezu vollständig kontrolliert. Wegen der Risiken entsprechender Hebelwirkungen kann das Verhalten von Telefónica unmöglich von der Anwendung der üblichen Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft ausgenommen werden.⁶⁹⁰

⁶⁸⁷ Siehe Entscheidung des Gerichts erster Instanz vom 30.1.07 in der Rechtssache T-340/03, *France Telecom SA/Kommission*, Randnummer 107.

⁶⁸⁸ Gemäß dem in Artikel 3 Buchst. g) EG beschriebenen Ziel.

⁶⁸⁹ Gerichtshof in der Sache *Tetra Pak*, Randnummer 44.

⁶⁹⁰ *Wanadoo*, Randnummer 302.

- (626) Der spanische Endkundenmarkt wächst zwar noch, kann aber mit Sicherheit nicht als vollständig neuer Markt oder als in einer reinen Orientierungsphase befindlicher Markt betrachtet werden. TERRA vermarktet ADSL-Dienste seit 1999. Ende 2000 waren in Spanien mehr als 60.000⁶⁹¹ Breitbandkunden zu verzeichnen; Ende 2001 war die Anzahl der Breitbandkunden bereits auf [...] gestiegen.⁶⁹² Verhältnismäßig klar ist, dass Breitband-Internetzugangsdienste bereits Ende 2001 die Phase des bloßen betrieblichen oder technischen Experiments eindeutig überschritten hatten. Ende 2001 zählte Spanien unter den EU-Mitgliedstaaten sogar zu den Staaten mit der höchsten Dichte an Breitband-Internetanschlüssen.⁶⁹³ Ende 2001 verfügten in Spanien 375 000 Teilnehmer über einen ADSL-Anschluss; in Frankreich betrug die Anzahl der ADSL-Kunden 400.000, im Vereinigten Königreich 136.000, in Schweden 143.000 und in den Niederlanden 121.000. Daher kann nicht bestätigt werden, dass die Entwicklung von Telefónica auf den Breitband-Internetmärkten seit September 2001 in einem Klima der Unsicherheit und der Instabilität in Verbindung mit einem vollständig neuen Produkttyp erfolgt wäre. Vielmehr wurde in diesem Markt eine stabile Rangordnung mit Telefónica an der Spitze aufgebaut.
- (627) Darüber hinaus ist festzustellen, dass bei der Entwicklung von ADSL-Produkten in Spanien eine sofortige Rentabilität bereits im ersten Monat der Bereitstellung der entsprechenden Dienste zwar nicht möglich ist, aber auch größere Verluste durch Telefónicas nachgelagerten Absatzmarkt auch über einen Zeitraum von mehr als fünf Jahren keineswegs unvermeidbar oder nötig sind. Die Tatsache, dass der spanische Endkundenmarkt für Breitbandinternetzugänge noch wächst, rechtfertigt nicht das Verhalten von Telefónica, wodurch deren Wettbewerber gezwungen sind, über einen so langen Zeitraum enorme Verluste auf sich zu nehmen.

⁶⁹¹ Siehe CMT-Jahresbericht 2002 (Seite CMT-3006 der Akte)

⁶⁹² Siehe Tabelle 60 in Anhang A.

⁶⁹³ Siehe CMT-Jahresbericht 2001 (Seite CMT-4320 der Akte).

- (628) Die Argumentation von Telefónica dahingehend, dass eine Kosten-Preis-Schere wegen der Unausgereiftheit des spanischen Breitbandmarktes unvermeidlich gewesen sei, wird in dieser besonderen Sache durch die Tatsache entkräftet, (i) dass Telefónica im anfänglichen Geschäftsplan eine rasche Rentabilität im Breitbandgeschäft insgesamt erwartete⁶⁹⁴ (Break-even EBITDA und Break-even EBIT im Jahre 2002),⁶⁹⁵ (ii) dass das Unternehmen im Breitbandgeschäft insgesamt Gewinne erzielt, aber Verluste erwirtschaften würde, wenn es selbst die Großkundengebühren zahlen müsste, die es von seinen Wettbewerbern fordert, und (iii) dass das Unternehmen in seinem Geschäftsplan das Break-even-Volumen für eine anhaltende Rentabilität mit einer Million ADSL-Endkunden veranschlagt hat.⁶⁹⁶ (Dieses Volumen wurde im Februar 2003 erreicht.) Dies bedeutet, dass das Unternehmen beim Erreichen der Rentabilitätsschwelle nicht von einem prognostizierten Wachstum nach Februar 2003 (im Gesamtgeschäft) ausgegangen ist. Tatsache ist, dass Telefónica ein schnelles und dauerhaftes Überschreiten der Gewinnschwelle im Gesamtgeschäft erwartete und dieses Ziel auch erreichen konnte. Gleichzeitig hätte Telefónica auch in 2006 – also mehr als 5 Jahre nach Einführung seiner Breitbandzugänge für Endkunden – noch Verluste erzielt, wenn es die Großkundengebühren zahlen müsste, die sie von ihren Wettbewerbern verlangt. Dies ist ein deutliches Indiz dafür, dass die nachgelagerten Verluste von Telefónica nicht durch die mangelnde Entwicklung des spanischen Breitbandmarkts erklärt werden können⁶⁹⁷, sondern vielmehr Folge der Preispolitik von Telefónica auf dem Großkunden- und dem Endkundenmarkt sind.
- (629) Die nachgelagerten Verluste von Telefónica können objektiv auch nicht damit begründet werden, dass die anfänglichen Verluste durch künftige Gewinne ausgeglichen würden. Aus dem Geschäftsplan des Unternehmens geht hervor, dass im Zeitraum 2001-2006 ein positiver Kapitalwert (im gesamten Breitbandgeschäft) erwartet wurde; hätte das Unternehmen allerdings selbst die Großkundengebühren zahlen müssen, die das Unternehmen von seinen Wettbewerbern erhob, hätte sich ein negativer Kapitalwert ergeben (wie im vorangegangenen Abschnitt bewiesen). Gemäß dem Geschäftsplan des Unternehmens konnte Telefónica nicht davon ausgehen, dass die anfänglichen Verluste im nachgelagerten Bereich in einem angemessenen Zeitraum (in dieser Sache binnen fünf Jahren und vier Monaten) durch künftige Gewinne hätten kompensiert werden können.

⁶⁹⁴ D.h. bei Zusammenfassung der Kosten und Erträge sämtlicher Elemente der Wertschöpfungskette im Breitbandsektor, wobei Verluste im nachgelagerten Bereich durch Gewinne im vorgelagerten Bereich kompensiert werden konnten.

⁶⁹⁵ Siehe Fußnote 322 oben.

⁶⁹⁶ Siehe Fußnote 323 oben.

⁶⁹⁷ Wie bereits in Fußnote 301 erläutert, wurde im vorliegenden Fall das notwendige Volumen zum Überschreiten der Gewinnschwelle im [...] erreicht. Dies rechtfertigt jedoch nicht die von dem Unternehmen zuvor erzielten nachgelagerten Verluste.

2.2 **Das Verhalten von Telefónica war für die Vermeidung von Verlusten auf Großkundenebene oder für die Absicherung von Investitionen in die Infrastruktur nicht erforderlich**

- (630) Wie bereits erläutert, ist Telefónica bei Punkt-zu-Punkt-Verbindungen rentabel; hätte Telefónica allerdings die Großkundengebühren zahlen müssen, die das Unternehmen von seinen Wettbewerbern erhob, hätten sich Verluste ergeben. Telefónica hätte also die Verursachung einer Kosten-Preis-Schere und entsprechend auch die Gefahr einer Einschränkung des Wettbewerbs verhindern können, indem das Unternehmen seine Großkundenpreise gesenkt hätte; trotzdem wäre die Produktionskette des Unternehmens auf allen Ebenen rentabel gewesen.
- (631) Vor diesem Hintergrund ist die Darstellung von Telefónica, dass dem Unternehmen bis 2005 auf Großkundenebene Verluste entstanden seien, nicht zutreffend. Wie eindeutig aus den vom Unternehmen vorgelegten Kostenrechnungen hervorgeht,⁶⁹⁸ beruhen die angeblichen Verluste im regionalen Großkundengeschäft im Jahr 2002 ([...] EUR) unter anderem auf der Einbeziehung der Werbekosten ([...] EUR), die im Zusammenhang mit der Bereitstellung von Endkundendiensten entstanden sind und entsprechend dem Endkundengeschäft und nicht dem Großkundengeschäft des Unternehmens zuzurechnen sind. Das regionale Großkundengeschäft von Telefónica war also seit 2002 rentabel; dies räumt Telefónica in der *Erwiderung* auch selbst ein:

Tabelle 56 – Rentabilität des regionalen Großkundenprodukts von Telefónica nach Angaben des Unternehmens in der *Erwiderung*⁶⁹⁹

	2002	2003	2004	1. Hj. 2005
Durchschnittliche Einnahmen (EUR/ Monat/Anschluss)	[...]	[...]	[...]	[...]
Durchschnittliche Kosten (EUR/Monat/Anschluss)	[...]	[...]	[...]	[...]
Ortszugang (gemeinsamer Zugang)	[...]	[...]	[...]	[...]
DSLAM, ADSL, ATM	[...]	[...]	[...]	[...]
Spanne (EUR/Monat/Anschluss)	[...]	[...]	[...]	[...]
Spanne (% der Einnahmen)	[...]	[...]	[...]	[...]

⁶⁹⁸ Siehe die geprüften Kostenrechnungen von TESAÜ für 2002 in TESAÜs Schreiben vom 17.3.05, Seite TFCA-1505 der Akte.

⁶⁹⁹ Siehe Tabelle 3 auf Seite 98 der *Erwiderung* von Telefónica.

- (632) Insbesondere war das Verhalten von Telefónica nicht erforderlich, um die Investitionen in die Infrastruktur zu schützen. Die vorgelagerte Infrastruktur von Telefónica ist zudem weitgehend infolge von Investitionen entstanden, die aus Gründen getätigt wurden, die nicht mit der Bereitstellung von Breitbanddiensten, sondern eher mit der Bereitstellung herkömmlicher Festnetztelefoniedienste in Zusammenhang standen, und zwar vor dem Hintergrund, dass das Unternehmen von Sonder- oder Exklusivrechten profitierte, die das Unternehmen vor den Auswirkungen des Wettbewerbs geschützt haben. Das Ortsanschlussnetz von Telefónica sowie die regionalen und die landesweiten Backhaul-Einrichtungen wurden durch Monopoleinkünfte während des durch ausschließliche Rechte geschützten Zeitraums finanziert. Telefónica sind in Verbindung mit dem Eintritt in die regionalen und die landesweiten Großkundenmärkte erhebliche Investitionen entstanden;⁷⁰⁰ diese Investitionen standen jedoch nur im Zusammenhang mit den Kosten der Auslegung der vorhandenen Netzelemente für den Breitbandverkehr (Einrichtung einer breitbandfähigen Ausrüstung,⁷⁰¹ Modernisierung des Übertragungsnetzes und Ausbau der Übertragungskapazität des Netzes).
- (633) Ein Betreiber, der den Aufbau einer vollständig neuen vorgelagerten Infrastruktur in Erwägung ziehen würde, müsste erhebliche Investitionen in einer Größenordnung leisten, welche die genannten Investitionen für die Nachrüstung der Breitbandfähigkeit um ein Vielfaches überschreiten würde. Wie von Telefónica⁷⁰² eingeräumt, musste das Unternehmen kein eigenes Netz für die Bereitstellung von Breitbanddiensten aufbauen. Insbesondere wurden die Verlegungsarbeiten, auf die der größte Teil der Kosten eines Telekommunikationsnetzes für Festnetzverbindungen entfällt, aus Gründen durchgeführt, die in keiner Weise mit der Bereitstellung von Breitbanddiensten in Verbindung standen.
- (634) In jedem Fall entstanden sämtliche Investitionen zur Einrichtung der Breitbanddienste für den regionalen Großkundenmarkt nach Veröffentlichung des Ministerialerlasses 8181 vom 26. März 1999,⁷⁰³ in dem der Plan zur schrittweisen Einführung der ADSL-Technologie in Spanien sowie die Verpflichtung definiert wurden, Zugang zum regionalen Großkundennetz von Telefónica zu gewähren. Entsprechend konnte der für Telefónica bestehende *ex ante* Anreiz zur Investition in das eigene regionale Zugangsnetz nicht durch die für Telefónica als marktbeherrschendes Unternehmen bestehende Verpflichtung beeinträchtigt worden sein, jegliches wettbewerbswidrige Verhalten (u.a. durch Verursachung einer Kosten-Preis-Schere) zu unterlassen.

⁷⁰⁰ Siehe oben Randnummer (305).

⁷⁰¹ DSLAM, BRAS, Einrichtungen für Zusammenschaltungen, Router usw.

⁷⁰² Siehe oben Randnummer (305).

⁷⁰³ *Orden de 26 de marzo de 1999 por la que se dispone la publicación del Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, de 25 de marzo de 1999, por el que se determinan los precios que los operadores autorizados deberán abonar a Telefónica, Sociedad Anónima, por la provisión del acceso indirecto al bucle de abonado de la red pública telefónica fija, hasta el 31 de diciembre del año 2000* – BOE 86, Seiten 13513 bis 13515 (siehe Seite CMT-573 der Akte).

- (635) Die Argumentation von Telefónica, dass eine Senkung der Großkundenpreise die Anreize für die Wettbewerber gemindert hätte, in die jeweils eigene Infrastruktur zu investieren, ist ebenfalls unzutreffend. Wie bereits nachgewiesen (siehe Abschnitt VI.E.2.1.4), hat das Verhalten von Telefónica den Ausbau alternativer Infrastruktur tatsächlich erheblich verzögert. Diese Bewertung deckt sich mit der Ansicht aller nationalen Regulierungsbehörden für den Telekommunikationssektor in der Gemeinschaft dahingehend, dass der Prozess des Erklommens der „Investitionsleiter“ (d.h. der schrittweisen Investitionen in die eigene Infrastruktur) nur dann wirksam sein könne, wenn zwischen den verschiedenen Stufen der Leiter keine Kosten-Preis-Schere gegeben sei. Dies wird auch im letzten Bericht (Mai 2005) der Gruppe Europäischer Regulierungsstellen (ERG) zur Wettbewerbssituation auf dem Breitbandmarkt erläutert:

„Um den Prozess anzustoßen, und um sicherzustellen, dass dieser Prozess nicht unterbrochen wird und weiterhin neue Marktteilnehmer nachrücken, [...] müssen die Preise für Zugangsprodukte in einer konsequenten Höhe festgesetzt werden (d.h. die relativen Preise müssen die Kostenunterschiede zwischen den einzelnen Produkten widerspiegeln). Mit anderen Worten: Die Preisdifferenz bzw. die Spanne muss einer Prüfung durch den Kosten-Preis-Scheren-Test standhalten, in dem die Zusatzkosten der Bereitstellung des „umfassenderen“ Produkts berücksichtigt werden.“⁷⁰⁴

- (636) Diese Ansicht vertritt auch Telefónica; das Unternehmen betrachtet nämlich eine angemessene Spanne zwischen den verschiedenen Großkundenprodukten als wesentliche Voraussetzung für die Entwicklung des Wettbewerbs auf dem Endkundenmarkt und auf den Großkunden-Breitbandmärkten.⁷⁰⁵

3 Einrede der Reaktion auf einen bestehenden Wettbewerb

- (637) Telefónica⁷⁰⁶ zufolge stellt die Einrede der Reaktion auf einen bestehenden Wettbewerb eine objektive Begründung für die zur Last gelegte Verursachung einer Kosten-Preis-Schere dar. Telefónica beruft sich darauf, immer auf die Angebote der Wettbewerber reagiert zu haben, indem Telefónica die Preise auf die von den Wettbewerbern geforderten Preise abgestimmt habe; außerdem seien Preissenkungen und verkaufsfördernde Maßnahmen auf dem Endkundenmarkt nie auf Initiative von Telefónica eingeführt worden.

⁷⁰⁴ *Broadband market competition report*, ERG, Seite 17 (siehe Seite Div-206 der Akte).

⁷⁰⁵ Antwort von Telefónica UK in der OFCOM-Anhörung zum Entwurf einer Anweisung betreffend die Festsetzung der Gewinnspanne zwischen den Preisen für IPStream und ATM Interconnection, 2.7.04 (siehe Seite TFCA-3769 der Akte); „Telefónica UK begrüßt die OFCOM-Initiative zur Festsetzung der Spanne zwischen IPStream [dem nationalen Großkundenprodukt von British Telecom im Vereinigten Königreich] und ATM interconnection [dem regionalen Großkundenprodukt von British Telecom im Vereinigten Königreich]. Eine angemessene Spanne zwischen diesen beiden Plattformen ist entscheidend für die Entwicklung des Wettbewerbs bei der Bereitstellung von Großkunden-DSL-Diensten.“

⁷⁰⁶ Siehe Erwiderung, Seiten 88-90.

- (638) Die Gerichtshöfe der Gemeinschaft haben festgestellt, dass die Verteidigung eigener betrieblicher und wirtschaftlicher Interessen angesichts von Maßnahmen bestimmter Wettbewerber ein legitimes Ziel sein könne.⁷⁰⁷ Einem Marktteilnehmer mit marktbeherrschender Stellung ist streng genommen nicht verwehrt, seine Preise an den Preisen von Wettbewerbern auszurichten.⁷⁰⁸ Die Einrede der Reaktion auf einen bestehenden Wettbewerb rechtfertigt keine Kosten-Preis-Schere, die es dem vertikal integrierten Unternehmen ermöglicht, seinen Wettbewerbern Verluste aufzubürden die es selbst nicht erleidet. Die Einrede der Reaktion auf einen bestehenden Wettbewerb rechtfertigt kein Verhalten, welches zu einer Übertragung der Marktmacht im vorgelagerten Markt und deren Missbrauch führt.
- (639) Die Einrede der Reaktion auf einen bestehenden Wettbewerb kann nur Anwendung finden, wenn nachgewiesen wird, dass die Reaktion angemessen, unentbehrlich und verhältnismäßig war. Voraussetzung dafür ist, dass keine sonstigen ökonomisch durchführbaren und weniger wettbewerbswidrigen Mittel verfügbar sind; in Fällen einer Kosten-Preis-Schere ist dies allerdings unwahrscheinlich. In dieser Sache ist das Verhalten von Telefónica sicher nicht unentbehrlich, weil Telefónica die Großkundenpreise durchaus hätte senken können, ohne gleichzeitig die Endkundenpreise anzuheben, und trotzdem insgesamt noch rentabel gewesen wäre.
- (640) In dieser Sache werden als Endkunden-Listenpreise von Telefónica die Preise angenommen, die das Unternehmen in seinem anfänglichen Geschäftsplan angegeben hat und die seit damals nicht geändert wurden. Eine Kosten-Preis-Schere bleibt auch dann bestehen, wenn die Kosten in Verbindung mit den verkaufsfördernden Maßnahmen aus der Berechnung ausgeklammert werden.⁷⁰⁹ Daher kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Verursachung der Kosten-Preis-Schere eine Reaktion auf niedrige Preise von Wettbewerbern darstellt. Schon allein die Tatsache, dass gemäß dem anfänglichen Geschäftsplan des Unternehmens aus dem gesamten Breitbandgeschäft ein positiver Kapitalwert erwirtschaftet wird, während sich im nachgelagerten Geschäft des Unternehmens ein negativer Kapitalwert ergibt (siehe Abschnitt VI.D.2.1.2.3), ist ein starkes Anzeichen dafür, dass das objektive Ziel des Verhaltens von Telefónica in der Verdrängung von Wettbewerbern lag.

4 Einrede der Schaffung von Effizienzgewinnen

- (641) In dieser Sache hat Telefónica geltend gemacht,⁷¹⁰ dass durch ihr Verhalten Effizienzgewinne geschaffen wurden, die den Kunden zugute gekommen seien. Daher betrachtet das Unternehmen sein Verhalten an sich als objektiv gerechtfertigt und ist der Ansicht, dass das Verhalten somit keine Zuwiderhandlung gegen Artikel 82 EG darstellen könne.

⁷⁰⁷ Rechtssache 27/76 *United Brands*, zitiert in Fußnote 5, Randnummern 189-191; Rechtssache T-65/89 *BPB Industries Plc und British Gypsum Ltd/Kommission*, Slg. 1993, II-39, Randnummer 69; Sache T-228/97 *Irish Sugar*, zitiert in Fußnote 38, Randnummer 112.

⁷⁰⁸ *Akzo*, Randnummer 135.

⁷⁰⁹ Diese Maßnahmen beliefen sich auf [...] EUR/Neukunde im Jahre 2005 und 30,1 EUR/Neukunde im Jahre 2006 (siehe Schreiben von Telefónica vom 6.10.06, Seiten TFCA-13264 und TFCA-13265 der Akte), weniger als [...] EUR/Endnutzer/Monat (Amortisation über 3 Jahre).

⁷¹⁰ Siehe Seiten 144-155 der *Erwiderung*.

- (642) Telefónica hat argumentiert, dass sein Verhalten unter Berücksichtigung der Marktbedingungen bewertet werden müsse, unter denen Telefónica 2001 ihre Endkundenprodukte eingeführt habe. Eine Geschäftsstrategie, die einen Markt überhaupt erst begründe und das Wachstum eines Marktes vorantreibe, fördere Vorteile für die Verbraucher. Dem Unternehmen zufolge war das Verhalten darauf ausgerichtet, Effizienzgewinne auf der Angebotsseite (Größenvorteile und Lerneffekte) sowie auf der Nachfrageseite (Überwindung der Trägheit des Marktes, Netzeffekte und Anreize für die Entwicklung einer neuen Netzgeneration) zu erzielen.
- (643) Telefónica zufolge war das Verhalten des Unternehmens unentbehrlich für die Verwirklichung dieser Effizienzgewinne. Erstes hätten höhere Endkundenpreise die für die Marktentwicklung vorteilhaften Effizienzgewinne gemindert und somit unmittelbar zu einer Minderung der für die Kunden entstehenden Vorteile geführt. Zweitens wären niedrigere Großkundenpreise keine wirtschaftlich tragfähige oder realistische Alternative gewesen, weil (i) Telefónica die Großkundenprodukte bis 2005 ohnehin nur mit Verlusten vermarktet habe, (ii) weil eine Reduzierung der Großkundenpreise den Anreiz des Unternehmens beeinträchtigt hätte, in die eigene Infrastruktur zu investieren, (iii) weil niedrigere Großkundenpreise eine Abwanderung von Telefónica zu den Großkunden von Telefónica zur Folge gehabt und bedeutet hätten, dass diese die Infrastrukturinvestitionen von Telefónica unentgeltlich hätten nutzen können, und (iv) weil eine Senkung der Großkundenpreise die Anreize für die Wettbewerber verringert hätten, in deren Infrastruktur zu investieren.
- (644) Außerdem hat Telefónica erklärt, die erzielten Effizienzgewinne seien den Verbrauchern unmittelbar zugute gekommen; insbesondere die Größenvorteile und die Lerneffekte von Telefónica hätten Telefónica eine unentgeltliche Ausweitung der angebotenen Dienste ermöglicht.
- (645) Und schließlich argumentiert Telefónica, dass das Verhalten nicht zu einer Beseitigung des Wettbewerbs geführt habe und dass eine Beseitigung des Wettbewerbs auch nicht zu erwarten sei, sondern dass die durch das Verhalten des Unternehmens erzielten Effizienzgewinne vielmehr allen Breitbandbetreibern zugute gekommen seien.

4.1 Mangelnde Begründung der positiven externen Effekte auf der Nachfrageseite

- (646) Telefónica machte geltend, dass eine Erhöhung der Nachfrage durch attraktive Preise auf einem Markt für neue Technologien besonders vorteilhaft sei. Insbesondere trägt Telefónica vor, die Preispolitik sei unabdingbare Voraussetzung dafür gewesen, dass die Breitbandtechnik stärker wahrgenommen und damit die Nachfrage angeregt wurde; dies wiederum sei auch den Wettbewerbern von Telefónica und dem Markt im Allgemeinen zugute gekommen.

- (647) Die Argumentation von Telefónica ist in einem wesentlichen Punkt unzulänglich: Dass nur die Kosten-Preis-Schere ermöglicht haben sollte, das angestrebte Ziel einer intensiveren Nutzung der Breitbandtechnologie in Spanien zu erreichen, wurde nicht nachgewiesen. Die positiven Auswirkungen in Verbindung mit einem Wachstum des Marktes hätten auch bei einer Entwicklung des Marktes unter wettbewerblichen Bedingungen herbeigeführt werden könnten. Wenn Telefónica tatsächlich beabsichtigt hätte, den Breitbandmarkt weiterzuentwickeln, hätte Telefónica die Möglichkeit gehabt, sämtliche Großkundenprodukte zu niedrigen Preisen anzubieten und damit den Marktzugang von Wettbewerbern zu fördern (und unter Erhalt der Rentabilität eine Kosten-Preis-Schere zu verhindern). Statt dessen hat Telefónica bewirkt, dass den Wettbewerbern auf dem Endkundenmarkt Verluste entstanden und gleichzeitig das Wachstum des Marktes zum Vorteil des eigenen Unternehmens gelenkt. Daher kann nicht überzeugend behauptet werden, dass Telefónica vom Bestreben geleitet gewesen wäre, den Markt zugunsten aller Beteiligten zu fördern.
- (648) Gegen die Argumentation von Telefónica spricht vor allem, dass – wie bereits nachgewiesen wurde – das Verhalten von Telefónica dem Unternehmen ermöglichte, die höchsten Endkundenpreise in ganz Europa aufrechtzuerhalten und damit die Verbraucher sowie den Markt insgesamt durch einen gemeinschaftsweit unterdurchschnittlichen Verbreitungsgrad zu beeinträchtigen.

4.2 *Mangelnde Begründung der Größenvorteile und Lerneffekte*

- (649) Telefónica argumentierte, die Investitionen des Unternehmens seien nur dann rentabel, wenn die Geschäftstätigkeit des Unternehmens einen gewissen Mindestumfang hätte. Ein attraktiver Endkundenpreis sei geeignet, die Kunden für einen Dienst zu interessieren und ermögliche Telefónica die Erzielung von Größenvorteilen erheblich schneller als dann, wenn der Preis so angesetzt würde, dass die Kosten bereits von Anfang an gedeckt werden. Außerdem erklärt Telefónica, dass alle Unternehmen eine „Lernkurve“ durchliefen und dass sich die Effizienz eines Unternehmens mit zunehmender Erfahrung (d.h. mit wachsendem Kundenstamm) erhöhe. Indem in einem früheren Stadium über attraktive Preise weitere Kunden gewonnen werden, könne ein Unternehmen diese Lernkurve schneller als ansonsten möglich durchlaufen.
- (650) Bei wesentlichen Größenvorteilen oder ausgeprägten Lerneffekten könnten in außergewöhnlichen Fällen Gründe dafür bestehen, dass die Preise vorübergehend unterhalb der LRAIC angesetzt werden. Die nachgelagerten Verluste von Telefónica können jedoch nicht als vorübergehend oder auf die Erzielung von Größenvorteilen und auf Lerneffekte ausgerichtet betrachtet werden, weil auch in der nachgelagerten Geschäftstätigkeit von Telefónica noch fünf Jahre nach dem Eintritt in diesen Markt Verluste zu verzeichnen sind.

- (651) Die Argumentation von Telefónica hat keine objektive Legitimierung einer Kosten-Preis-Schere zum Gegenstand, sondern konzentriert sich vielmehr auf eines der beabsichtigten Ziele einer Kosten-Preis-Schere. Eines der Ziele der Verursachung einer Kosten-Preis-Schere könnte darin bestehen, dem Unternehmen Größenvorteile auf dem nachgelagerten Markt zu sichern und entsprechend dafür zu sorgen, dass Wettbewerber auf dem nachgelagerten Markt das betreffende Volumen später erreichen, bei denen auch für Wettbewerber Größenvorteile gegeben wären. Die Kombination einer im Vergleich zu den Wettbewerbern weiter fortgeschrittenen Position auf der Lernkurve mit höheren Umsätzen dank nicht kostendeckender Preise kann wettbewerbswidrige Auswirkungen und eine Festigung der Machposition des marktbeherrschenden Unternehmens zur Folge haben.⁷¹¹
- (652) Das Bemühen um Größenvorteile und Lerneffekte kann somit als rationale Begründung für nicht kostendeckende Preise betrachtet werden; für die Legitimierung einer Kosten-Preis-Schere, die dem vertikal integrierten Unternehmen ermöglicht, bei den Wettbewerbern Verluste zu verursachen, die diesem Unternehmen selbst nicht entstehen, ist der Verweis auf dieses Bemühen jedoch nicht geeignet.
- (653) Entsprechend hätte Telefónica tatsächlich von den ausgeprägteren Größenvorteilen profitiert, wenn Telefónica seine Großkundenpreise gesenkt hätte, da dies dem Unternehmen eine Steigerung der Umsätze auf Großkundenebene ermöglicht hätte.
- (654) Und schließlich sind die von Telefónica erzielten Größenvorteile den Großkunden von Telefónica jedenfalls und entgegen der Darstellung von Telefónica nie in Form von Verbesserungen der den Regulierungsaufgaben unterliegenden Produkten zugute gekommen; die Preise der betreffenden Großkundenprodukte haben sich nämlich seit der Entscheidung der CMT vom 21. Dezember 2001 nicht mehr geändert.⁷¹²

4.3 *Langfristig ist es sehr unwahrscheinlich, dass die von Telefónica auf der Angebotsseite geltend gemachten Effizienzgewinne an die Kunden weitergegeben würden und dass diese Vorteile stärker wiegen würden als die durch die Kosten-Preis-Schere verursachte Einschränkung des Wettbewerbs*

- (655) Das Argument der Schaffung von Effizienzgewinnen kann nur dann anerkannt werden, wenn das marktbeherrschende Unternehmen nachweist, dass die durch das betreffende Verhalten herbeigeführten Effizienzgewinne stärker wiegen als die wahrscheinlichen nachteiligen Auswirkungen auf den Wettbewerb. Je größer die Auswirkungen auf den Wettbewerb sind, desto eher ist sicherzustellen, dass die mutmaßlichen Effizienzgewinne tatsächlich einen erheblichen Umfang haben, dass die Effizienzgewinne wahrscheinlich sind und dass die Effizienzgewinne in hinreichendem Umfang an die Verbraucher weitergegeben werden.
- (656) Der Anreiz für das marktbeherrschende Unternehmen, Kosteneinsparungen an Kunden weiterzugeben, hängt häufig vom Bestehen eines durch die übrigen Marktteilnehmer und durch potenzielle neue Marktteilnehmer ausgeübten Wettbewerbsdrucks ab.

⁷¹¹ Siehe z.B. *Bolton u.a.*, op. cit., S. 51.

⁷¹² Siehe Abschnitt IV.D.2.4.

- (657) Eine Einrede der Schaffung von Effizienzgewinnen ist zurückzuweisen, wenn den kurzfristigen (etwaigen) Effizienzgewinnen längerfristige Verluste gegenüberstehen, die u.a. auf Ausgaben zurückzuführen sind, die dem marktbeherrschenden Unternehmen bei der Aufrechterhaltung oder Stärkung seiner Stellung (Renditestreben) oder durch ungeeignete Ressourcennutzung, verringerte Innovationstätigkeit und höhere Preise entstanden sind. Diese Bewertung steht im Einklang mit der Tatsache, dass die Rivalität zwischen Unternehmen ein wesentlicher Motor der wirtschaftlichen Effizienz einschließlich dynamischer Effizienzgewinne in Form von Innovationen ist. Letztlich wird dem Schutz der Rivalität und des Wettbewerbsprozesses eine höhere Priorität eingeräumt als möglichen kurzfristigen Effizienzgewinnen.
- (658) In dieser Sache ist das Verhalten von Telefónica darauf gerichtet, Konkurrenten auf dem nachgelagerten Markt daran zu hindern, Telefónicas Endkundenpreise zu rentablen Bedingungen nachzubilden. In Anbetracht der Marktmacht von Telefónica auf Endkundenebene (siehe obigen Abschnitt V.C.3) ist festzustellen, dass das marktbeherrschende Unternehmen nicht gezwungen war, die angeblichen Effizienzgewinne (soweit überhaupt vorhanden) an die Verbraucher weiterzugeben. Zudem ist die Tatsache, dass die Endkundenpreise von Telefónica zu den höchsten in der gesamten EU zählten, als deutliches Anzeichen dafür zu verstehen, dass Telefónica sogar von den angeblichen Effizienzgewinnen profitiert hat, indem das Unternehmen seine eigene Rentabilität erhöhen konnte. Daher ist höchst unwahrscheinlich, dass diese in einer Erhöhung der Wettbewerbern entstehenden Kosten bestehenden wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen insoweit gerechtfertigt gewesen sein könnten, als durch diese Verhaltensweisen Effizienzgewinne in einer Höhe erzielt worden sein könnten, die zum einen stärker wiegen würden als die tatsächlichen oder wahrscheinlichen wettbewerbschädigenden Auswirkungen und zum anderen den Verbrauchern zugute kommen würden.

5 Angesichts der Telefónica obliegenden Verpflichtung, Wettbewerbern einen Großkundenzugang bereitzustellen, kann das Verhalten von Telefónica objektiv nicht gerechtfertigt sein

- (659) Telefónica hat argumentiert, die Verhaltensweisen des Unternehmens seien insoweit erforderlich gewesen, als Telefónica ein legitimes betriebliches Interesse verfolgte, und dass das Unternehmen wichtige Effizienzgewinne zum Vorteil der Verbraucher geschaffen habe. Allerdings sind Umstände gegeben, unter denen bei Feststellung einer Kosten-Preis-Schere eine besondere Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass ein ungerechtfertigtes und somit missbräuchliches Verhalten vorliegt. Dies gilt insbesondere dann, wenn der jeweilige nationale Gesetzgeber oder die jeweilige nationale Regulierungsbehörde in Übereinstimmung mit dem Gemeinschaftsrecht festgestellt hat, dass die Bereitstellung oder die Erleichterung des Zugangs auf Großkundenebene im öffentlichen Interesse liegt und das marktbeherrschende Unternehmen diese Feststellung unterläuft, indem es z.B. eine Kosten-Preis-Schere verursacht.

- (660) In dieser Sache ist Telefónica nicht nur nach den nationalen Regulierungsbestimmungen verpflichtet, seinen Wettbewerbern einen Großkundenzugang auf regionaler und landesweiter Ebene anzubieten; Telefónica ist es auch nicht gestattet, bestehende Liefervereinbarungen ohne vorherige Genehmigung der CMT zu kündigen, und zudem ist Telefónica verpflichtet sicherzustellen, dass die Endkundenpreise des Unternehmens mit den bereitgestellten Großkundenprodukten auch von alternativen Marktteilnehmern repliziert werden können.
- (661) Die für Telefónica bestehende Verpflichtung zur Bereitstellung eines Großkundenzugangs auf regionaler und auf nationaler Ebene wurde auf Grundlage des Gemeinschaftsrechts auferlegt. Als im Jahr 2006 die CMT Telefónicas Verpflichtung zur Bereitsstellung dieser Dienste bestätigte, beruhte das auf dem Umstand, dass die Verweigerung des Zugangs oder z.B. die Bereitstellung eines Zugangs zu unangemessenen Bedingungen das Entstehen eines nachhaltigen Wettbewerbs auf Endkundenebene verhindern könnte bzw. nicht im Interesse der Endkunden läge.⁷¹³ Es wurde berücksichtigt, dass die Notwendigkeit einer langfristigen Förderung des nachgelagerten Wettbewerbs durch die Verpflichtung zur Bereitstellung des vorgelagerten Zugangs zu angemessenen Bedingungen (d.h. ohne Kosten-Preis-Schere) höher zu bewerten sei als die Notwendigkeit der zuvor für Telefónica bestehenden Anreize für Investitionen in die eigene Infrastruktur (siehe obige Randnummern (303) bis (308)).
- (662) Daher ist das von Telefónica vorgetragene Argument irrelevant, dass eine Senkung der Großkundenpreise des Unternehmens den Anreiz des Unternehmens beeinträchtigt hätte, in seine Infrastruktur zu investieren.
- (663) In diesem besonderen Fall bestehen keine plausiblen Gründe dafür, dass eine Kosten-Preis-Schere objektiv gerechtfertigt sein sollte oder dass erzielte Effizienzgewinne voraussichtlich stärker wiegen würden als die wettbewerbsschädigenden Auswirkungen dieses Verhaltens.

6 Schlussfolgerung zu objektiven Begründungen und Effizienzgewinnen

- (664) Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass Telefónicas Verhalten nicht objektiv begründet werden kann und zu keinen Effizienzgewinnen führt.

G. Spielraum für die Vermeidung einer Kosten-Preis-Schere

1 Telefónicas Autonomie bei der Festsetzung der eigenen Preise

- (665) In der *Erwiderung* hat Telefónica darauf hingewiesen, dass der spanische Breitbandmarkt aufgrund von *ex ante* und *ex post* gefassten Beschlüssen der spanischen Regulierungsbehörde überwacht wurde und dass das Unternehmen daher keine Autonomie bei der Festsetzung der maßgeblichen Preise gehabt habe.⁷¹⁴

⁷¹³ Siehe Randnummer (297).

⁷¹⁴ Siehe Telefónicas Antwortschreiben, Seiten 156 und 167.

- (666) In diesem Zusammenhang haben der Gerichtshof und das Gericht erster Instanz regelmäßig festgestellt, dass die Wettbewerbsvorschriften immer dann zur Anwendung kommen können, wenn sektorbezogene Rechtsvorschriften nicht ausschließen, dass die diesen Vorschriften unterliegenden Unternehmen ein selbstständiges Verhalten zeigen, das den Wettbewerb verhindert, einschränkt oder verzerrt.⁷¹⁵
- (667) Auf zusammenhängenden Märkten, auf denen Wettbewerber Großkundendienste vom etablierten Marktteilnehmer beziehen und im Wettbewerb auf dem Markt für ein nachgelagertes Produkt oder eine nachgelagerte Dienstleistung von diesem etablierten Marktteilnehmer abhängen, kann sehr wohl eine Kosten-Preis-Schere zwischen den der Regulierung unterliegenden Großkunden- und Endkundenpreisen bestehen. Die entscheidende Frage ist, ob das der Preisregulierung unterliegende Unternehmen nach eigenem betrieblichem Ermessen die Möglichkeit hat, die Kosten-Preis-Schere auf eigene Initiative zu vermeiden oder abzustellen.⁷¹⁶
- (668) Angesichts der vorstehenden Erläuterungen muss bewertet werden, in welchem Umfang für die Bereitstellung von Endkunden- und Großkunden-ADSL-Diensten durch Telefónica maßgebliche Regulierungsaufgaben Telefónica zu der Annahme bewegen haben könnten, dass die Festsetzung der Preise nicht zu einer Kosten-Preis-Schere führen werde.
- (669) Wie bereits erläutert (siehe Abschnitt IV.D), hätte Telefónica seit September 2001 die oben nachgewiesene Kosten-Preis-Schere vermeiden können, indem das Unternehmen z.B. die Endkundengebühren angehoben oder die Großkundengebühren reduziert hätte.
- (670) Auf Endkundenebene war es TESAU jederzeit möglich, eine Erhöhung seiner Endkundengebühren für den Breitbandzugang vorzuschlagen. Tatsächlich konnte TESAU immer nach eigenem betrieblichem Ermessen entscheiden; dieser Ermessensraum reichte so weit, dass das Unternehmen bis Oktober 2003 der Regulierungsbehörde die zu genehmigenden Preise vorschlug und dass das Unternehmen berechtigt war, eine Überprüfung der Preise zu fordern; nach diesem Datum wurden die Endkundenpreise des Unternehmens liberalisiert, und die Preise mussten nur noch vorher mitgeteilt werden.
- (671) Bei den landesweiten Großkundendiensten konnte Telefónica seit September 2001 jederzeit beliebig die Gebühren für die angebotenen Dienste senken; diese Gebühren haben bis Dezember 2006 nie einer Regulierung unterlegen.

⁷¹⁵ Gerichtshof in den verbundenen Rechtssachen C-359/95 und C-379/95 P *Kommission und Frankreich/Ladroke Racing*, Slg. 1997, I-6225, Randnummer 34; Gericht erster Instanz in der Sache T-228/97 *Irish Sugar/Kommission*, Slg. 1999, II-296, Randnummer 130; Gericht erster Instanz in der Rechtssache T-513 *Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali*, Slg. 2000, II-1807, Randnummern 59 ff.

⁷¹⁶ *Deutsche Telekom*, Randnummer 105.

- (672) TESAU hätte auch die Gebühren für den regionalen Großkundendienst jederzeit senken können. Formalrechtlich musste jegliche Änderung der Gebühren allerdings der Regulierungsbehörde mitgeteilt werden. Telefónica hätte jederzeit initiativ werden und eine Genehmigung beantragen können. Stattdessen hat Telefónica die CMT allerdings bei jeder Senkung seiner Endkundenpreise um die Genehmigung zur Aufrechterhaltung der Großkundenpreise gebeten; dabei war unerheblich, ob sich die Preissenkungen aus einer Verdopplung der Geschwindigkeit ohne gleichzeitige Preisanhebung oder aus der Einführung der Semi-Flatrate-Produkte „ADSL Tiempo Libre“, „ADSL a tu medida“ und „ADSL mini“ ergab.
- (673) Die CMT hat in einem Schreiben an die Kommission selbst bestätigt, dass die Preise für GigADSL als Höchstpreise zu betrachten seien und dass Telefónica eine Senkung seiner Preise hätte beantragen können.⁷¹⁷
- (674) Dass die Preise für GigADSL als Höchstpreise bewertet wurden, kann Telefónica nicht entgangen sein, da die CMT Telefónica in Antworten auf ähnliche Darstellungen von TESAU auf landesweiter Ebene mehrfach darauf hingewiesen hatte, dass TESAU die Gebühren für GigADSL nach eigenem betrieblichem Ermessen ändern kann.⁷¹⁸ TESAU hat dies mit Bezug auf die landesweite Ebene auch selbst eingeräumt.⁷¹⁹
- (675) Daher ist offensichtlich, dass während des Bezugszeitraums, in dem eine Zuwiderhandlung gegen Artikel 82 EG nachgewiesen wurde, nichts Telefónica daran hinderte, den durch die oben nachgewiesene Kosten-Preis-Schere verursachten Druck zu beenden, indem niedrigere Großkundenpreise bei den Wettbewerbern erhoben worden wären oder bei der CMT eine Senkung der Preise für GigADSL beantragt worden wäre.

⁷¹⁷ Schreiben von CMT vom 2.2.05 (siehe Seite CMT-568 der Akte).

⁷¹⁸ CMT, Entscheidung AJ 2001/5172 vom 8.11.01, *Resolución por la que resuelve el recurso de reposición presentado por Retevisión I, S.A.U. contra la resolución de la CMT de fecha 5 de julio de 2001 relativa a las medidas cautelares dictadas dentro del expediente MTZ 2001/4935 sobre el establecimiento de condiciones para el acceso indirecto al bucle de abonado de la red Telefónica pública fija de Telefónica de España, S.A.U. con el objeto de articular los mecanismos que posibiliten la prestación de servicios ADSL en competencia* (siehe Seite CMT-4676 der Akte).

⁷¹⁹ Entscheidung MTZ - 2001/4038 der CMT vom 29.4.02 („OBA 2002“) – *Resolución por la que se insta la modificación de la oferta de acceso al bucle de abonado publicada por Telefónica de España, S.A.U. en fecha 20 de enero de 2001* (siehe Seite CMT-623 der Akte).

2 Die Beschlüsse der CMT hinsichtlich der Kosten-Preis-Schere verleihen Telefónica keine Immunität gegen die Anwendung von Artikel 82 EG

- (676) Telefónica ist der Ansicht, dass die Kommission in dieser Sache keine Entscheidung treffen könne⁷²⁰, da die Kommission anders als in der Sache *Deutsche Telekom* über einen Sachverhalt entscheiden würde, der bereits Gegenstand mehrerer nationaler Entscheidungen der für die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts zuständigen Regulierungsbehörde war. Außerdem macht Telefónica geltend, diese Zuständigkeit der CMT für die Anwendung des Wettbewerbsrechts sei von den spanischen Gerichten bestätigt worden.⁷²¹
- (677) Gemäß der Rechtsprechung des Gerichtshofs kann die Kommission jederzeit Einzelentscheidungen in Verbindung mit den Artikeln 81 und 82 EG treffen, selbst wenn eine Vereinbarung oder ein Verhalten bereits Gegenstand der Entscheidung eines nationalen Gerichts war oder wenn die von der Kommission erwogene Entscheidung im Widerspruch zur Entscheidung dieses nationalen Gerichts steht.⁷²²
- (678) In jedem Fall ist die CMT keine Wettbewerbsbehörde, sondern eine Regulierungsbehörde im Sinne von Artikel 5 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG.⁷²³ Die CMT ist nie eingeschritten, um die Einhaltung von Artikel 82 EG durchzusetzen. Wie Telefónica selbst einräumt,⁷²⁴ ist gemäß Artikel 25 des *Ley de Defensa de la Competencia* (spanisches Wettbewerbsrecht), geändert durch Gesetz 52/99, das *Tribunal de Defensa de la Competencia* für die Durchsetzung der Bestimmungen der Artikel 81 und 82 EG in Spanien zuständig. Entsprechend ist diese Zuständigkeit bei der CMT nicht gegeben, und die CMT hat diese Zuständigkeit auch vorher nie besessen. Keiner der von Telefónica genannten Entscheidungen der CMT beruht auf Artikel 82 EG oder auf dem entsprechenden Artikel 6 des spanischen *Ley de Defensa de la Competencia*.

⁷²⁰ Siehe Telefónicas Antwortschreiben, Seiten 168-180.

⁷²¹ Siehe Telefónicas Antwortschreiben (Seite 169), das sich auf die Urteile der *Audiencia Nacional* vom 17. Oktober 2000 und vom 17. September 2005 bezieht.

⁷²² Urteil des Gerichtshofs vom 14. Dezember 2000 in der Sache C-344/98 *Masterfoods Ltd/ HB Ice Cream Ltd* („*Masterfoods*“), Randnummer 48.

⁷²³ Rahmenrichtlinie 2002/21/EC des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste ("Rahmenrichtlinie").

⁷²⁴ Schreiben von Telefónica vom 22.9.03 (siehe Seite CMT-68 der Akte).

- (679) Dies wurde auch von der *Audiencia Nacional* in einem Urteil anerkannt,⁷²¹ auf das sich Telefónica in der *Erwiderung* bezieht. Das genannte Urteil war Ergebnis eines Versuchs von Telefónica, eine Entscheidung der CMT mit der Begründung aufheben zu lassen, dass die CMT gemäß dem spanischen Wettbewerbsrecht nicht über die Befugnisse verfüge, ein Verhalten für wettbewerbswidrig zu erklären. (Dies ist insoweit erstaunlich, als damit das Gegenteil der Position vertreten wird, die Telefónica in dieser Sache einnimmt.) In ihrem Urteil hat die *Audiencia Nacional* deutlich zwischen der Anwendung des Wettbewerbsrechts, die in die Zuständigkeit der spanischen Wettbewerbsbehörde fällt, und der Befugnis der CMT zum Erlass von Entscheidungen zum Schutz des Wettbewerbs auf dem Telekommunikationsmarkt unterschieden.
- (680) Die Zuständigkeit der CMT für den „Schutz des Wettbewerbs“ ist wesentlich allgemeiner gefasst als die Zuständigkeit für die Durchsetzung von Wettbewerbsvorschriften im engeren Sinne. Die bestehende Zuständigkeit ermöglicht der CMT die Auferlegung bestimmter Verhaltensweisen im spanischen Telekommunikationssektor. Die rechtliche Grundlage für das Einschreiten der CMT ist mit Artikel 48 des *Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones* gegeben:

„2. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, conforme a lo previsto por su normativa reguladora, la resolución de los conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos.

3. En las materias de telecomunicaciones reguladas en esta ley la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ejercerá las siguientes funciones:

[...]

e) Adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la interconexión de las redes y la explotación de red en condiciones de red abierta, y la política de precios y comercialización por los prestadores de los servicios. A estos efectos, sin perjuicio de las funciones encomendadas en el capítulo III del título II de esta ley y en su normativa de desarrollo, la Comisión ejercerá las siguientes funciones:

[...]

2.a Pondrá en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia los actos, acuerdos, prácticas o conductas de los que pudiera tener noticia en el ejercicio de sus atribuciones y que presenten indicios de ser contrarios a la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. A tal fin, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones comunicará al Servicio de Defensa de la Competencia todos los elementos de hecho a su alcance y, en su caso, remitirá dictamen no vinculante de la calificación que le merecen dichos hechos.“

- (681) Die CMT macht von dieser Befugnis Gebrauch, um den Wettbewerb zu schützen sowie um sonstige politischen Ziele und Regulierungsaufgaben zur Steuerung ihrer Tätigkeit als nationale Regulierungsbehörde umzusetzen (z.B. die Förderung von Investitionen in Netzinfrastrukturen).
- (682) Der Wortlaut der CMT-Entscheidung AJ 2004/1407 vom 17. März 2005 zeigt, wie die im Schutz des Wettbewerbs (unter Auflage von Verpflichtungen oder durch Ausschaltung gewisser Angebote) bestehende Aufgabe der CMT ergänzend zu den politischen Zielen wahrgenommen wird:

*„No puede ignorarse que se trata aquí de ejercer el control, ex ante, de las promociones que el Grupo Telefónica pone en el mercado, es decir, de **prevenir o neutralizar los eventuales efectos anticompetitivos** (no de sancionar a posteriori un eventual abuso), que las mismas son susceptibles de producir en el mercado, mediante la imposición de obligaciones, sean estas de no hacer (prohibiendo su lanzamiento) o de hacer (paralizando su comercialización, cuando está no esta sometida a la obligación de comunicación)..“⁷²⁵ (Hervorhebung hinzugefügt.)*

- (683) In jedem Fall hat die CMT jedoch keine Entscheidungen hinsichtlich sämtlicher Verhaltensweisen gefasst, auf die sich die vorliegende Entscheidung bezieht. Insbesondere wurde das Bestehen einer Kosten-Preis-Schere im Zusammenhang mit den landesweiten Großkundenangeboten von Telefónica nie von der CMT untersucht; diese hat die Preise für das landesweite Großkundenangebot von Telefónica bis Dezember 2006 nie reguliert.
- (684) Hinsichtlich der Regulierung der Preise von GigADSL – einer Regulierung, die wie bereits dargelegt, Telefónica nie daran gehindert hat, eine Kosten-Preis-Schere zu verursachen – hat die CMT beschlossen, von der Forderung abzusehen, dass die Preise für GigADSL kostenorientiert sein müssten und stattdessen ein Retail-Minus-Konzept für Endverbraucher zugrunde gelegt, um alternative Netzbetreiber zu Investitionen in die eigene Netzinfrastruktur zu bewegen. Trotz dieses Schwerpunkts auf Investitionen in alternative Infrastrukturen war auch die CMT der Ansicht, dass das von ihr angewendete Retail-Minus-Konzept für Endverbraucher die Vermeidung einer Kosten-Preis-Schere zwischen dem Großkundenangebot und den Endkundenangeboten von Telefónica ermöglichte.⁷²⁶ Der Nachweis eines Verstoßes gegen Artikel 82 aufgrund der Verursachung einer Kosten-Preis-Schere steht daher nicht im Widerspruch zur Politik der CMT, da die CMT aus den in Abschnitt D.1.4 genannten Gründen nicht sicherstellen konnte, dass diese Spanne zwischen den Großkundenpreisen und den Endkundenpreisen von Telefónica tatsächlich gewahrt wurde.

⁷²⁵ CMT- Entscheidung AJ 2004/1407 vom 17.3.05 (siehe Seite CMT-4879 der Akte)

⁷²⁶ Siehe Entscheidungen der CMT *OBA 2004* (siehe Fußnote 94) und *OBA 2004 (2)* (siehe oben Fußnote 103).

(685) Der Grundsatz des *Ne bis in idem* wird in dieser Sache nicht berührt, da aus den genannten Gründen bei einer Analyse des Preisbildungsverhaltens von Telefónica außer Zweifel steht, dass die CMT beurteilt hat, ob gegen die bestehenden aufsichtsrechtlichen Verpflichtungen verstoßen wurde; Gegenstand dieser Entscheidung ist jedoch die Prüfung, ob gegen Artikel 82 EG verstoßen wurde.

H. Schlussfolgerung hinsichtlich der Frage eines missbräuchlichen Verhaltens

- (686) In der Untersuchung ist die Kommission zu dem Ergebnis gelangt, dass der relevante nachgelagerte Markt im Massenmarkt für Endkunden-Breitbandzugänge besteht und dass als vorgelagerte Märkte (i) der Markt für Großkunden-Breitbandzugänge auf regionaler Ebene und (ii) der Markt für Großkunden-Breitbandzugänge auf landesweiter Ebene zu betrachten sind.
- (687) Eine Nachbildung des landesweit bestehenden Ortsanschlussnetzes von Telefónica wäre unwirtschaftlich. Daher mussten alternative Marktteilnehmer eines der verfügbaren (und angeordneten) Großkundenprodukte, die alle auf der regionalen Infrastruktur von Telefónica beruhen, nach Maßgabe vertraglicher Vereinbarungen beziehen. Ein Marktzugang auf der Grundlage alternativer Technologien (Kabelmodem) war nicht möglich.
- (688) Telefónica hat auf allen maßgeblichen vorgelagerten Märkten eine beherrschende Stellung inne. Im Bereich der Bereitstellung von Großkundenzugängen auf Ortsanschlussnetzebene sowie auf regionaler Ebene besitzt Telefónica ein Monopol. Seit dem letzten Vierteljahr 2002 sind konkurrierende Produkte für landesweite Großkundenzugänge verfügbar. All diese Substitute beruhen auf den übrigen Großkundenprodukten von Telefónica. Telefónica war in der Lage, die Verfügbarkeit konkurrierender landesweit verfügbarer Produkte zu beeinflussen (durch eine Kosten-Preis-Schere und durch allgemeine Verzögerungen bei der Bereitstellung entbundelter Teilnehmeranschlüsse). Tatsächlich kontrolliert Telefónica die gesamte Wertschöpfungskette auf dem spanischen ADSL-Markt.
- (689) Die bloße Existenz der Großkundenprodukte von Telefónica für den Zugang auf regionaler und auf landesweiter Ebene seit 1999 und das Bestehen von Regulierungsauflagen, mit denen die Gewährung dieses Zugangs vorgeschrieben wurde, haben die spanischen Breitbandmärkte in unumkehrbarer Weise geprägt: Alternative Betreiber haben beträchtliche Investitionen aufgewendet, um die Großkundenprodukte von Telefónica nutzen und Verbindungen auf verschiedenen Ebenen des Telefónica-Netzes herstellen zu können. Dies hat dazu beigetragen, dass im Bereich der Großkundenprodukte bei Konkurrenten ein Gefühl der Abhängigkeit von Telefónica entstanden ist.
- (690) Außerdem haben Kabelbetreiber – die bei der Bereitstellung von Endkunden-Breitbanddiensten nicht auf die Großkundenprodukte von Telefónica angewiesen sind – auf Endkundenebene keine preisdisciplinierende Wirkung auf Telefónica ausgeübt und waren entsprechend auch nicht in der Lage, einen hinreichenden Wettbewerbsdruck im Hinblick auf die für Telefónica bestehende Möglichkeit einer Übertragung der Machtposition des Unternehmens auf dem vorgelagerten Markt auszuüben.

(691) Die Kommission hat untersucht, ob die Spanne zwischen den nachgelagerten und den vorgelagerten Preisen von Telefónica hinreichend war, um die nachgelagerten Grenzkosten des Unternehmens zu decken. Anhand der Methode der Berücksichtigung getrennter Zeiträume hat die Kommission festgestellt, dass die Preise von Telefónica für Großkunden-Breitbandzugänge auf regionaler und auf landesweiter Ebene seit September 2001 gleich effiziente Wettbewerber daran hindern, ebenfalls Endkunden-Breitbandzugänge zu den Preisen von Telefónica anzubieten. Die Kommission hat ferner geprüft, ob die nachgelagerte Geschäftstätigkeit von Telefónica im Zeitraum 2001-2006 rentabel war und daher die Deckung der entstandenen kurzfristigen Verluste durch künftige Gewinne binnen angemessener Zeiträume und bei freiem Wettbewerb ermöglichte. Die Kommission ist zu dem Ergebnis gelangt, dass Telefónica die *ex-ante* nachgelagerten Kosten nicht decken konnte (d.h. die nachgelagerten Kosten wie sie im Business Plan von 2001 ausgewiesen sind). Die Ergebnisse des Kosten-Preis-Scheren-Tests werden in den folgenden Abbildungen dargestellt:

Tabelle 57 – Kosten-Preis-Scheren-Test für TESAUs Endkundenpreise mit der Methode der Berücksichtigung getrennter Zeiträume

	u.o.	2001	2002	2003	2004	2005	2006
ADSL IP Total ⁷²⁷	€/Monat/Nutzer	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	Mio €	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
ADSL-IP ⁷²⁸	€/Monat/Nutzer	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	Mio €	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
GigADSL ⁷²⁹	€/Monat/Nutzer	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	Mio €	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Tabelle 58 – Kosten-Preis-Scheren-Test für TESAUs Endkundenpreise mit der Ertragswert-Methode

NPV von 2001-2006 (Mio. EUR)	ADSL-IP	GigADSL
Auf der Grundlage von Telefónicas historischen Kosten ⁷³⁰	[...]	[...]
Auf der Grundlage von Telefónicas Prognosen ⁷³¹	[...]	[...]

⁷²⁷ Siehe oben Tabelle 37.

⁷²⁸ Siehe oben Tabelle 38.

⁷²⁹ Siehe oben Tabelle 43.

⁷³⁰ Siehe oben Tabelle 42 und Tabelle 45.

⁷³¹ Siehe oben Tabelle 51 und Tabelle 52.

- (692) Die Kommission hat nachgewiesen, dass Telefónica's Verhalten nicht nur geeignet war, den Wettbewerb im Endkundenmarkt einzuschränken, sondern dass empirische Beweise vollständig bestätigen, dass Telefónica's Verhalten tatsächlich wettbewerbsbeschränkende Wirkungen hervorbrachte. Die Kommission hat außerdem festgestellt, dass Telefónica's Verhalten zu einem Schaden für die Verbraucher geführt hat.
- (693) Die Kommission hat geprüft, ob das Verhalten von Telefónica objektiv zu rechtfertigen ist oder Effizienzgewinne schafft, welche die Beeinträchtigung des Wettbewerbs aufwiegen würden. Die Kommission hat festgestellt, (i) dass die nachgelagerten Verluste von Telefónica nicht als erforderliche Investitionen in künftige Gewinne in einem als noch nicht ausgereift eingestuften Sektor betrachtet werden können; (ii) dass das Verhalten Telefónica's nicht unentbehrlich war, um Verluste auf Großkundenebene zu vermeiden oder um Investitionen in die Infrastruktur zu schützen und (iii) dass die Einrede der Reaktion auf einen bestehenden Wettbewerb in dieser Sache keine objektive Rechtfertigung darstellt. Die Kommission hält es langfristig für sehr unwahrscheinlich, dass die von Telefónica geschaffenen Effizienzgewinne an die Kunden weitergegeben würden und dass diese Vorteile stärker wiegen würden als die durch eine Kosten-Preis-Schere verursachte Einschränkung des Wettbewerbs.
- (694) Daraus ergibt sich, dass "Telefónica" (d.h. die wirtschaftliche Einheit, welche aus Telefónica S.A. und TESAU, TDATA und TERRA besteht) Artikel 82 EG verletzt hat, indem es im Zeitraum von September 2001 bis Dezember 2006 von seinen Wettbewerbern unfaire Preise in Form einer Kosten-Preis-Schere zwischen den Preisen für einen Breitbandinternetzugang auf dem spanischen Endkundenmarkt und den Preisen auf dem regionalen und nationalen Breitbandmarkt für Großkunden verlangt hat.

VII. AUSWIRKUNGEN AUF DEN HANDEL ZWISCHEN MITGLIEDSTAATEN

- (695) Das Gericht erster Instanz hat festgestellt, dass die Anwendung von Art. 82 EG keinen Nachweis erfordert, dass das betreffende mißbräuchliche Verhalten den Handel tatsächlich beeinträchtigt hat. Es genügt der Nachweis, daß dieses Verhalten hierzu geeignet ist.⁷³² Wie bereits in Randnummer (543) gezeigt wurde, wird das Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens nicht nur als missbräuchlich bezeichnet wenn es zu konkreten negativen Effekten geführt hat. Vielmehr ist nachzuweisen, dass Telefónicas Verhalten geeignet war, den Wettbewerb auszuschalten.
- (696) Der Handel zwischen Mitgliedstaaten wird allgemein durch die Bedingungen beeinträchtigt, zu denen der Zugang zur Telekommunikationsinfrastruktur und zu den Großkundendiensten der marktbeherrschenden Netzbetreiber gewährt wird; dies gilt insbesondere für die etablierten Betreiber von Festnetz- und Mobilfunknetzen, die zuvor ein Quasi-Monopol auf den jeweiligen räumlich begrenzten und getrennten nationalen Märkten besaßen. Die über die Telekommunikationsnetze bereitgestellten Dienste können nämlich innerhalb der Gemeinschaft vertrieben werden, und die für den Zugang zur Infrastruktur und zu den Großkundendiensten maßgeblichen Bedingungen sind entscheidend für die Möglichkeiten von Wettbewerbern, die diesen Zugang benötigen, um ihre eigenen Dienste anbieten zu können.⁷³³
- (697) In dieser Sache wird der Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt, weil die oben beschriebene Preispolitik im Zusammenhang mit den Zugangsdiensten des marktbeherrschenden Unternehmens steht, die für das gesamte Gebiet des Königreichs Spanien bereitgestellt werden, wobei dieses Gebiet einen erheblichen Teil des Binnenmarktes darstellt. Diese Verhaltensweisen beeinträchtigen die Marktstruktur durch die Schaffung von Hindernissen für den Zugang zu den Telekommunikationsmärkten in Spanien u.a. für Marktteilnehmer wie Wanadoo oder Ya.com (bzw. France Télécom und Deutsche Telekom), die Teil einer Gruppe von Unternehmen sind, die Telekommunikationsdienste in der gesamten EU anbieten. Die Erwartung eines unprofitablen Geschäfts oder wesentliche höhere Markteintrittskosten stellen unzweifelhaft ein Hindernis für die Möglichkeiten von in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Unternehmen -, auch in Spanien tätig zu werden, dar; folglich wirkte sich Telefónicas Verhalten auf den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten aus.⁷³⁴

⁷³² Rechtssache 322/81 *Michelin/Kommission*, Slg. 1983, 3461 Randnummer 104.

⁷³³ Bekanntmachung über den Zugang, Randnummern 144 bis 148.

⁷³⁴ Siehe Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache C-26/96, *Carlo Bagnasco und Andere/Banca Popolare di Novara soc. coop. arl.* (BNP) (C-215-96) und *Cassa di Risparmio di Genova e Imperia SpA* (Carige) (C-216/96), Randnummern 51-53 und Urteil des Gerichtshofs in der Sache C-309/99, *J.C.J. Wouters*, Randnummer 96.

VIII. HAFTUNG FÜR DIE ZUWIDERHANDLUNG UND ADRESSATEN DER ENTSCHEIDUNG

(698) Um die Adressaten dieser Entscheidung zu identifizieren ist es notwendig, die rechtliche Einheit oder die rechtlichen Einheiten welche für das Verhalten haftbar sind zu bestimmen.

A. Die Rechtsprechung zur Bestimmung der Haftbarkeit

(699) Nach geltender Rechtsprechung stellen nach dem gemeinschaftlichen Wettbewerbsrecht verschiedene Gesellschaften, die zum selben Konzern gehören, eine wirtschaftliche Einheit und somit ein Unternehmen im Sinne der Artikel 81 EG und 82 EG dar, wenn sie ihr Marktverhalten nicht selbständig bestimmen.⁷³⁵

(700) Nach Ansicht des Gerichtshofs reicht der Umstand, dass eine Tochtergesellschaft über eine eigene Rechtspersönlichkeit verfügt, nicht aus, um die Möglichkeit auszuschließen, dass ihr Verhalten der Muttergesellschaft zuzuschreiben ist. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn die Tochtergesellschaft zwar über eine eigene Rechtspersönlichkeit verfügt, aber nicht selbständig über ihr Marktverhalten entscheiden kann, sondern in allen wesentlichen Punkten den Anweisungen ihrer Muttergesellschaft Folge leistet.⁷³⁶ In diesem Fall, können beide Rechtspersönlichkeiten – die Mutter- und die Tochtergesellschaft – als eine einzelne wirtschaftliche Einheit betrachtet werden, welche für die Zuwiderhandlung haftbar ist.

(701) Die Kommission ist befugt, die Zuwiderhandlung einer hundertprozentigen Tochtergesellschaft der Muttergesellschaft zuzurechnen, da angenommen wird, dass die Muttergesellschaft entscheidenden Einfluss auf das Verhalten der Tochtergesellschaft genommen hat.⁷³⁷ Eine Muttergesellschaft kann außerdem als haftbar gelten, wenn sie in Kenntnis über das fragliche Verhalten war (oder nicht in Unkenntnis gewesen sein kann) und nicht dagegen vorgegangen ist. In solch einem Fall ist es Aufgabe der Muttergesellschaft alles zu tun, um die Fortsetzung der ihr bekannten Zuwiderhandlung zu verhindern.⁷³⁸

⁷³⁵ Rechtssache 170/83 *Hydrotherm/Kommission*, Slg. 1984, 2999, Randnummer 11; Rechtssache T-102/92 *Viho/Kommission*, Slg. 1995, II-17, Randnummer 50.

⁷³⁶ Urteil des Gerichtshofs vom 14.7.1972, Rechtssache 48/69 *Imperial Chemical Industries Ltd.*, Slg. 1972, 619, Randnummer 132. Siehe auch Urteil des Gerichtshofs vom 25.10.1983, Rechtssache 107/82 *Allgemeine Elektrizitätsgesellschaft AEG-Telefunken AG/Kommission*, Randnummer 49.

⁷³⁷ Urteil des Gerichts Erster Instanz vom 20.4.1999, Rechtssache T-305/94 PVC, Randnummern 961 und 984; Rechtssache 107/82 *Allgemeine Elektrizitätsgesellschaft AEG-Telefunken AG/Kommission*, Randnummer 50. Für die Anwendung auf Aktienbesitz zwischen 99 und 100% siehe Rechtssache T-203/01 *Michelin/Kommission*, Randnummer 290.

⁷³⁸ Rechtssache T-347/94 *Mayr-Melnhof/Kommission*, Slg. 1998, II-1751, Randnummern 397-398; Rechtssache T-354/94 *Stora/Kommission*, Slg. 1998, II-2122, Randnummer 83.

(702) Übernimmt eine Gesellschaft sämtliche Rechten und Verbindlichkeiten einer anderen Gesellschaft, ist diese, wirtschaftlich betrachtet, als Nachfolgerin der alten Gesellschaft anzusehen.⁷³⁹

B. Haftbarkeit für die Zuwiderhandlung

(703) Im vorliegenden Fall sind die missbräuchlichen Zuwiderhandlungen dem Verhalten von Telefónica S.A., sowie den Tochtergesellschaften Telefónica España, S.A.U. ("TESAU"), Telefónica Data des España, S.A.U. ("TDATA") und Terra Networks España S.A. ("TERRA") zuzurechnen. Seit September 2001 bildeten und handelten alle vier Unternehmen als eine einzige wirtschaftliche Einheit auf dem spanischen Breitbandmarkt; die Gründe hierfür werden im Folgenden näher erläutert.

(704) Telefónica hat in ihrem Antwortschreiben nicht bestritten, dass Telefónica, TESAU, TDATA und TERRA eine einzige wirtschaftliche Einheit bildeten und so gehandelt haben. Außerdem hat sie nicht bestritten, dass Telefónica, TESAU, TDATA und TERRA die korrekten Adressaten des mutmaßlichen Missbrauchs seien.

(705) In einer Reihe von Entscheidungen der CMT wurden Telefónica, TESAU, TDATA und TERRA fortwährend als einzelne wirtschaftliche Einheit betrachtet.⁷⁴⁰

(706) In der Tat waren TESAU und TDATA während des gesamten in der Untersuchung berücksichtigten Zeitraums 100%ige Tochtergesellschaften von Telefónica S.A. Angesichts der bestehenden Beteiligungsverhältnisse bestehen hinreichende Gründe für die Annahme, dass diese Tochtergesellschaften nicht selbstständig über ihr Marktverhalten entscheiden können. Entsprechend haben Telefónica S.A., TESAU und TDATA im in der Untersuchung berücksichtigten Zeitraum nicht nur eine einzige wirtschaftliche Einheit auf dem spanischen Breitbandmarkt dargestellt, sondern auch als eine einzige wirtschaftliche Einheit gehandelt.

(707) Darüber hinaus konnte Telefónica als Muttergesellschaft nicht in Unkenntnis über das Verhalten von TESAU gewesen sein. In der Tat zeigt der erste Geschäftsplan von TESAU, welcher der Muttergesellschaft 2001 präsentiert wurde,⁷⁴¹ dass die nachgelagerten Aktivitäten des etablierten Betreibers in den Jahren 2001-2006 unprofitabel waren (wie bereits in Abschnitt VI.D.2.2.4 herausgestellt wurde).

⁷³⁹ Urteil des Gerichts in den verbundenen Rechtssachen 40/73 bis 48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 und 114/73 *Suiker Unie und Andere/Kommission*, Slg. 1975, 1663, Randnummer 84. Siehe auch Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache C-49/92, *Kommission/Anic Partecipazioni*, Randnummer 145.

⁷⁴⁰ Siehe z.B. Entscheidungen der CMT in der Sache AJ 2001/5172 vom 8.11.2001 und in der Sache OM 2001/5678 vom 19.9.2002.

⁷⁴¹ Siehe Schreiben von Telefónica vom 21.7.06, Seite TFCA-4446 der Akte: *"El objetivo de este documento es servir de base de discusión para elaborar un marco de referencia que permita, a partir del mismo, elaborar documentos específicos, bien sea para presentar al Centro Corporativo, a analistas financieros u otros. Para ello se describe brevemente el escenario de Banda Ancha del Plan Estratégico de TdE y se analizan las principales variables económicas críticas del ADSL. En concreto el documento: Presenta el plan de despliegue que Telefónica de España ha previsto en su Plan Estratégico 2002-2005; analiza las principales variables económicas y el valor de los diferentes productos ADSL (GigADSL, Megabase y ADSL minorista para el escenario base [...] Introduce la*

- (708) TERRA war immer eine 100%ige Tochtergesellschaft von Terra Networks S.A.; dieses Unternehmen wurde im Juli 2005 von Telefónica übernommen. Angesichts der Beteiligungsverhältnisse bei der seit September 2001 im Besitz von Telefónica befindlichen Terra Networks S.A. (38 % bis Juli 2003 und 76 % bis Juli 2005) und der breiten Streuung der übrigen Aktien, die für Telefónica de facto eine komfortable Stimmenmehrheit bedeuten (mehr als 80 %), wird angenommen, dass Telefónica im gesamten in der Untersuchung berücksichtigten Zeitraum entscheidenden Einfluss auf die allgemeine und die betriebliche Strategie ihrer Tochtergesellschaft Terra Networks S.A. nehmen konnte. Durch die Kontrolle, welche Telefónica über den Verwaltungsrat (Vorstand) von Terra Networks S.A. besaß⁷⁴², hat Telefónica diesen entscheidenden Einfluss auf Terra auch tatsächlich ausgeübt.
- (709) Das gemeinsame Verhalten von Telefónica und ihren Tochtergesellschaften, TESAU, TDATA und TERRA auf dem spanischen Breitbandmarkt wird insbesondere durch die bevorzugte Behandlung von Terra durch TESAU in der Bereitstellung von Großkundenzugängen in den Jahren 2001 und 2002 deutlich. Während TESAU und TERRA bereits im September 2001 Breitbandzugänge im Endkundenmarkt auf der Basis von ADSL-IP angeboten haben⁷⁴³, wurden diese alternativen Netzbetreibern erst im Mai 2002 zugänglich gemacht⁷⁴⁴ und dies auch nur aufgrund der Aufforderung der CMT andere Netzbetreiber im Endkundenmarkt nicht zu diskriminieren⁷⁴⁵. TERRA genoss eine ähnliche Vorzugsbehandlung, da es ihr seit Oktober 2001 möglich war, "selbst installierte" Breitbandzugänge für Endkunden anzubieten, während dies bis Januar 2002 Telefónicas Wettbewerbern nicht möglich war.⁷⁴⁶
- (710) Daher kann angenommen werden, dass TESAU, TDATA und TERRA seit September 2001 nicht voneinander und von der Muttergesellschaft Telefónica S.A. unabhängig gehandelt haben und somit eine einzige wirtschaftliche Einheit auf den spanischen Breitbandmärkten darstellten und als eine einzige Einheit handelten. Dies hat Telefónica in der *Erwiderung* auch nicht bestritten.
- (711) Dennoch muss die Haftung für die Zuwiderhandlung Telefónica und TESAU zugerechnet werden, in Anbetracht der Tatsache dass TESAU und TDATA zum 30. Juni 2006 fusionierten und seitdem eine einzige rechtliche Einheit bilden (TESAU) und dass TESAU und TERRA zum 7. Juli 2006 fusionierten und ebenfalls seitdem eine einzige rechtliche Einheit bilden.
- (712) Aus diesen Gründen sind Telefónica S.A. und Telefónica España, S.A.U. die Adressaten dieser Entscheidung.

primera versión del esquema de seguimiento (parámetros económicos) definido para garantizar el correcto desarrollo del plan; presenta una cuenta de resultados del negocio de ADSL incremental".

⁷⁴² Seit der Gründung von Terra Networks S.A. wurde die Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungsrates von Telefónica vorgeschlagen und mit deren Stimmen gewählt. Siehe auch Randnummern 124 und 125 der Mitteilung der Beschwerdepunkte.

⁷⁴³ Siehe Antwortschreiben von TESAU vom 18.7.2005 (Seite TFCA-3262 der Akte).

⁷⁴⁴ Antwortschreiben von Telefónica vom 22.9.2003 (Seite TFCA-49 und TFCA-50 der Akte).

⁷⁴⁵ Entscheidung der CMT OBA 2002 (Seite CMT-618 der Akte).

⁷⁴⁶ Siehe oben Randnummer (258).

IX. FESTSETZUNG EINER GELDBUSSE

A. Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 und Artikel 23 Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003

- (713) Gemäß Artikel 23 Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 kann die Kommission durch eine Entscheidung Geldbußen gegen Unternehmen festsetzen, wenn diese entweder vorsätzlich oder fahrlässig gegen Artikel 82 des EG-Vertrages verstoßen.
- (714) Gemäß Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17, die in der ersten Zeit des Verstoßes bis zum 1. Mai 2003 anwendbar war, darf die Geldbuße für jedes an dem Verstoß beteiligte Unternehmen 10 % seines Gesamtumsatzes im vorausgehenden Geschäftsjahr nicht überschreiten. Diegleiche Einschränkung folgt aus Artikel 23 Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003.
- (715) Sowohl gemäß Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 als auch gemäß Artikel 23 Absatz 3 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 muss die Kommission bei der Festsetzung der Höhe der Geldbuße alle relevanten Umstände und insbesondere die Schwere und die Dauer des Verstoßes berücksichtigen, wobei letztere die beiden Kriterien sind, auf die sich diese Verordnungen ausdrücklich beziehen. Dabei ist die Kommission berechtigt, die Höhe der Geldbuße derart festzusetzen, dass eine Abschreckungswirkung sichergestellt ist.
- (716) In der *Erwiderung*⁷⁴⁷ hat Telefónica erklärt, die Kommission müsse von der Verhängung einer Geldbuße aus den folgenden Gründen absehen:
- (717) Erstens war Telefónica der Ansicht, dass ihr weder Vorsatz noch Fahrlässigkeit vorgeworfen werden könne in Bezug auf das Verhalten, in dem die Kommission einen Verstoß gegen Artikel 82 EG-Vertrag sieht.
- Das Verhalten von Telefónica war nicht vorsätzlich, weil das Unternehmen sich zu keinem Zeitpunkt bewusst war, dass seine Aktivitäten zu einer Kosten-Preis-Schere hätten führen können.
 - Das Verhalten von Telefónica war nicht fahrlässig, weil das Unternehmen aus drei Gründen vernünftigerweise nicht vorhersehen konnte, dass seine Preisstruktur einen Verstoß gegen Artikel 82 darstellen könnte: Erstens widerspricht die Marktdefinition dem Rechtsrahmen, hat die Wirkung, dass Telefónicas Stellung auf jedem der Großkundenmärkte überbewertet wird, und führt zu einem irreführenden Ergebnis bei der Berechnung der Kosten-Preis-Schere. Zweitens ist Telefónica der Ansicht, keinen hinreichenden Spielraum zur Vermeidung der Kosten-Preis-Schere gehabt zu haben. Drittens vertritt Telefónica die Ansicht, dass sie unmöglich voraussehen konnte, dass ihr Verhalten, das angeblich von der CMT genehmigt wurde, zu einem Verstoß gegen Europäisches Wettbewerbsrecht führen könnte.

⁷⁴⁷ Siehe *Erwiderung* von Telefónica, Seiten 185-190.

- (718) Zweitens ist Telefónica der Ansicht, dass, falls ein Verstoß vorliegen sollte, dieser weder eindeutig wäre noch auf einer feststehenden Analyse basieren würde. Telefónica behauptete, dass die Art des Verstoßes im vorliegenden Fall nicht klar ist und auf neuartigen Aspekten beruht: (i) neuartige Definition des relevanten Marktes, (ii) neuartiger Test zur Ermittlung einer Kosten-Preis-Schere und (iii) neuartige Anwendung des Tests zur Ermittlung einer Kosten-Preis-Schere in Bezug auf einen neu entstehenden Markt und ein Produkt, das nicht unerlässlich ist. Telefónica vertrat im Übrigen die Ansicht, dass die Argumentation der Kommission vorliegend auf der Entscheidung *Deutsche Telekom* basiere, obwohl diese noch vom Gericht Erster Instanz überprüft werde.
- (719) Die Kommission geht davon aus, dass die Argumente von Telefónica aus den folgenden Gründen nicht anerkannt werden können:

1 Vorsatz und/oder Fahrlässigkeit

- (720) Telefónicas Ansicht, nicht fahrlässig gehandelt zu haben, ist unzutreffend.
- (721) Erstens läuft, in Bezug auf die Marktdefinition, Telefónicas Behauptung darauf hinaus, dass sie sich ihrer beherrschenden Stellung nicht bewusst sein konnte. Diese Behauptung ist unbeachtlich, da Telefónica, als sorgfältiger wirtschaftlicher Betreiber, mit den in Wettbewerbssachen der Marktdefinition zugrunde liegenden Prinzipien vertraut sein musste.⁷⁴⁸ Unabhängig von der genauen Marktdefinition konnte Telefónica ihre Position, die sie als ehemaliges Monopolunternehmen innehatte, ebenso wenig unbekannt sein wie die Tatsache, dass ihr das einzige nennenswerte Infrastrukturnetzwerk für die Bereitstellung von Großkundendiensten im Sinne dieser Entscheidung gehörte.⁷⁴⁹ Im Übrigen wird diese Behauptung auch widerlegt durch die Tatsache, dass schon im Jahre 1999 festgestellt wurde, dass Telefónica bei der Bereitstellung von indirektem Großkundenzugang zu den Teilnehmeranschlussleitungen marktbeherrschend war.⁷⁵⁰ Diese Marktbeherrschung liegt den regulatorischen Verpflichtungen (insbesondere der Verpflichtung, auf regionalen Großkundenzugang zu gewähren) zugrunde, die Telefónica auferlegt wurden.

⁷⁴⁸ Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. C 372, 9.12.1997, Seite 5-13.

⁷⁴⁹ Siehe z.B. *Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 29 de abril de 2002 (Expte. 518/01 Internautas/Telefónica)*, Seite 7, 21-23 (<http://www.tdcompetencia.es/PDFs/resoluciones/2002/1655.pdf>).

⁷⁵⁰ *Orden de 26 de marzo de 1999 por la que se dispone la publicación del Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, de 25 de marzo de 1999, por el que se determinan los precios que los operadores autorizados deberán abonar a Telefónica, Sociedad Anónima, por la provisión del acceso indirecto al bucle de abonado de la red pública telefónica fija, hasta el 31 de diciembre del año 2000* – BOE 86 pages 13513 to 13515 (see page CMT-573 of the file).

(722) Darüber hinaus trifft auch die Behauptung von Telefónica, dass die Marktdefinition dem Rechtsrahmen widersprechen würde, nicht zu. Schon im Jahre 2000 hat die Kommission in der Mitteilung zum entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss⁷⁵¹ angemerkt, dass (regionaler und/oder nationaler) Großkunden-Breitbandzugang gegenüber der Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen als Komplementärprodukt (nicht als Substitutionsprodukt) angesehen werden sollte. Darüber hinaus stimmt die Feststellung, dass die Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen und regionaler Großkundenzugang nicht zu demselben relevanten Markt gehören, mit dem EG-Rechtsrahmen für elektronische Kommunikation überein. Gemäß der Empfehlung der Kommission 2003/311/EG über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, ist der Markt für den entbündelten Zugang zu Teilnehmeranschlüssen⁷⁵² vom Markt für Großkunden-Breitbandzugang⁷⁵³ zu unterscheiden. Dies entspricht auch der Position aller nationaler Regulierungsbehörden ('NRB') für elektronische Kommunikation, die den Markt für Großkunden-Breitbandzugang in ihrem jeweiligen Land auf der Grundlage von Prinzipien des Wettbewerbsrechts analysiert haben⁷⁵⁴ – einschließlich der CMT⁷⁵⁵. Es soll auch daran erinnert werden, dass Telefónica selbst in dem Schreiben vom September 2003, als Erwiderung auf die Beschwerde, die dem vorliegenden Verfahren zugrunde liegt, davon ausging, dass es sich um zwei getrennte Märkte handelte (d.h. gerade den Markt für die Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen auf der einen und nationalen und regionalen Großkundenzugang auf der anderen Seite) (siehe Abschnitt V.A.3).

⁷⁵¹ Mitteilung der Kommission zum entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss (KOM(2000) 237, 26.4.2000), siehe Seite 18.

⁷⁵² Markt 11 der Empfehlung der Kommission über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen.

⁷⁵³ Markt 12 der Empfehlung der Kommission über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen.

⁷⁵⁴ Im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens, das durch Artikel 7 der Rahmen-Richtlinie 2002/21/EG eingeführt wurde.

⁷⁵⁵ CMT-Entscheidung vom 1. Juli 2006 in der Sache AEM2005/1454, *Resolución por la que se aprueba la definición del mercado de acceso mayorista de banda ancha, el análisis del mismo, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea.*

- (723) Bezüglich der Unterscheidung zwischen dem nationalen Großkundenzugang und dem regionalen Großkundenzugang zu diesem Markt stellt die Kommission fest, dass die NRB in Mitgliedstaaten, in denen der Breitbandmarkt ähnlich strukturiert ist (örtlicher, regionaler und nationaler Breitbandzugang), insbesondere ARCEP in Frankreich⁷⁵⁶ und OFTEL (jetzt OFCOM) im Vereinigten Königreich⁷⁵⁷, ebenfalls zu dem Ergebnis gekommen sind, dass zwischen regionalem Großkundenzugang und nationalem Großkundenzugang keine Substituierbarkeit besteht. Die CMT ist nicht nur stets davon ausgegangen, dass regionaler Großkundenzugang und die Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen nicht substituierbar sind, sondern in ihrer Entscheidung vom 10. Juli 2003 ist die CMT auch davon ausgegangen, dass regionaler Großkundenzugang und nationaler Großkundenzugang nicht substituierbar sind.⁷⁵⁸ Jedenfalls sind die genauen Grenzen zwischen den regionalen und den nationalen Großkundenmärkten nicht entscheidend, da Telefónica auf beiden Märkten beherrschend ist und eine Kosten-Preis-Schere in der vorliegenden Entscheidung im Hinblick auf sowohl regionale als auch nationale Großkunden-Zugangsprodukte festgestellt wurde. Aus diesem Grund ist es vernünftig zu folgern, dass Telefónica die einschlägige Marktdefinition nicht unbekannt sein konnte und nicht berechtigterweise behaupten kann, dass sie nicht vorhersehen konnte, dass sie im Rahmen einer vernünftigen Marktdefinition für marktbeherrschend befunden werden würde.
- (724) Zweitens ist es auch unzutreffend, dass Telefónica keinen hinreichenden Handlungsspielraum gehabt hätte, um die Kosten-Preis-Schere zu vermeiden, die im vorliegenden Fall festgestellt wurde: Wie oben in Abschnitt VI.G dargelegt, wurden die Preise für Telefónicas nationales Großkundenprodukt bis Dezember 2006 zu keinem Zeitpunkt reguliert. In Bezug auf das regionale Großkundenprodukt von Telefónica (GigADSL) legte die sektorspezifische Regulierung, wie die CMT ausdrücklich bestätigt hat, nur eine Höchstgrenze für die Preise von Telefónica fest und ermöglichte es Telefónica, die Kosten-Preis-Schere durch Senkung der Großkundenpreise auf eigene Initiative zu beenden. Es sollte darauf hingewiesen werden, dass Telefónica außerdem jederzeit die Möglichkeit hatte, die Endkundenpreise zu erhöhen (Abschnitt VI.F.6).

⁷⁵⁶ Im Juli 2005 hat die Kommission eine Notifizierung der französischen Regulierungsbehörde ARCEP (früher ART) genehmigt, in der diese einen landesweiten Großkundenmarkt als vom regionalen Großkundenmarkt getrennten Markt definiert (FR/2005/0206).

⁷⁵⁷ Im Dezember 2003 hat die britische Regulierungsbehörde einen Großkundenmarkt für Breitbandzugänge (entsprechend dem regionalen Großkundenzugang in der vorliegenden Sache) und einen Großkundenmarkt für Breitbandübertragungen (entsprechend dem nationalen Großkundenzugang in der vorliegenden Sache) definiert. Siehe OFTEL, *Wholesale Broadband Access Market, Identification and analysis of markets, Determination of market power and Setting of SMP conditions, Explanatory Statement and Notification*; 16. Dezember 2003.

⁷⁵⁸ CMT-Entscheidung vom 10. Juli 2003 in der Sache OM 2002/7330, *Resolución sobre la comisión de practicas contrarias a la libre competencia por parte del Grupo Telefónica en la comercialización de servicios ADSL mayoristas*.

- (725) Drittens stellt die Kommission im Hinblick auf Telefónicas Argument, dass sie in keiner Weise vorhersehen konnte, dass ihr Verhalten, das von der CMT genehmigt war, einen Verstoß gegen Europäisches Recht darstellen würde, fest, dass gemäß der ständigen Rechtsprechung Vorsatz oder Fahrlässigkeit nicht voraussetzen, dass sich das fragliche Unternehmen bewusst war, gegen Wettbewerbsrecht zu verstoßen.⁷⁵⁹ Um von einem vorsätzlichen Verstoß ausgehen zu können, ist es nicht erforderlich, dass sich das Unternehmen bewusst war, dass es gegen das Verbot verstieß, das die auf Unternehmen anwendbaren Wettbewerbsregeln des Vertrages vorsehen. Ausreichend ist, dass es hätte wissen müssen, dass das angefochtene Verhalten die Störung des Wettbewerbs auf dem gemeinsamen Markt zum Gegenstand hatte oder als Auswirkung gehabt haben könnte.⁷⁶⁰ Aus diesem Grund ist die einzige relevante Frage die, ob das Einschreiten der nationalen Regulierungsbehörde dazu führen könnte, dass ein hinreichend sorgfältiges Unternehmen glauben könnte, dass das Verhältnis zwischen seinen Großkunden- und den Endkundenpreisen tatsächlich keine Kosten-Preis-Schere darstellt (d.h. dass Telefónicas Endkundenpreise unter Verwendung von Telefónicas Großkundenpreisen dupliziert werden konnten, ohne dass ein Verlust gemacht werden würde).
- (726) Erstens soll daran erinnert werden, dass die CMT zu keiner Zeit (*ex ante* oder *ex post*) untersucht hat, ob im fraglichen Zeitraum eine Kosten-Preis-Schere in Bezug auf die nationalen Großkundenprodukte (ADSL-IP und ADSL-IP Total) vorlag. Telefónicas Argument ist daher für die Kosten-Preis-Schere zwischen dem nationalen Großkundenprodukt und der Endkundenebene irrelevant. Darüber hinaus ist es wichtig festzuhalten, dass diese nationalen Großkundenprodukte von größerer Bedeutung waren, als das regionale Großkundenprodukt während der gesamten Dauer der Zuwiderhandlung.⁷⁶¹

⁷⁵⁹ Sachen 19/77 *Miller/Kommission*, Slg. 1978, 131, Randnummer 18; 96/82 *IAZ/Kommission*, Slg. 1983, 3368, Randnummern 43-45; T-62/98, *Volkswagen/Kommission*, Slg. 2000, II-2707, Randnummer 334.

⁷⁶⁰ Rechtssache T-65/89, *BPB Industries und British Gypsum/Kommission*, Slg. 1993, II-389, Randnummer 165, und Rechtssache T-15/89, *Chemie Linz*, Slg. 1992, II-1275, Randnummer 350.

⁷⁶¹ Im Dezember 2006 machten Telefónicas nationale Großkundenprodukte (ADSL-IP und ADLS-IP Total) [...] der Großkundenprodukte von Telefónica aus, die im Rahmen der Entscheidung berücksichtigt wurden (ADSL, ADSL-IP Total und GigADSL). Im Juni 2002 waren es [...]%, [...] % im Dezember 2002, [...] % im Dezember 2003, [...] % im Dezember 2004, [...] % im Dezember 2005 und [...] % im Juni 2006. Siehe unten Tabelle 60.

(727) In Bezug auf das regionale Großkundenprodukt von Telefónica (GigADSL) hat die CMT zu keiner Zeit untersucht, ob zwischen diesem und den Endkundenprodukten auf der Grundlage der Kosten, die Telefónica in der Vergangenheit tatsächlich hatte, eine Kosten-Preis-Schere bestand. Insbesondere beruhte das Einschreiten der CMT nicht auf den Buchhaltungsdaten, die Telefónica bekannt waren und die der Kommission im Rahmen der vorliegenden Untersuchung zugänglich waren (siehe oben Abschnitt VI.D.1.4 und unten Tabelle 59), wie z.B. der *Scorecard* von Telefónica für das Breitbandgeschäft von Januar 2002 bis Juni 2006⁷⁶², der Wirtschaftlichkeitsberechnung für Telefónicas ADSL-Endkundengeschäft von 2002 bis 2006⁷⁶³, der *Scorecard* für Telefónicas Netzwerk-Investitionen⁷⁶⁴ und den Geschäftsplänen⁷⁶⁵ vom 16. Oktober 2001 und 18. April 2002, die sämtlich auf Telefónicas langfristigen durchschnittlichen Zusatzkosten (*LRAIC*)⁷⁶⁶ basieren. Die CMT berechnete lediglich Höchstpreise für das regionale Großkundenprodukt auf der Grundlage von Prognosen, die Telefónica selbst in Erwiderung auf einen von der CMT am 19. Oktober 2001 versandten Fragebogen gemacht hatte. Wie durch das Retail-Minus-Modell der CMT vom März 2002⁷⁶⁷ erläutert wird, bezogen sich diese Kosteninformationen auf ein Netzwerk mit einer Kapazität von [...] Anschlüssen.⁷⁶⁸ Schon zu diesem Zeitpunkt hätte es Telefónica jedoch klar sein müssen, dass diese Prognose unrealistisch war, da die Anzahl der Anschlüsse von Telefónica bereits im September 2001 diesen Umfang überstiegen hatte⁷⁶⁸ und dem Unternehmen zu diesem Zeitpunkt bereits Schätzungen vorlagen, die sich auf ein Netzwerk mit einer Kapazität (auf der Ebene des IP-Backbone) von über [...] Anschlüssen Ende 2001 und über [...] Anschlüssen Ende 2005 bezogen.⁷⁶⁸

⁷⁶² Siehe oben Abschnitt VI.D.1.1.2.3. Die nicht netzwerkbezogenen Zusatzkosten waren bereits in der monatlichen *Scorecard* (siehe oben, Fußnote 385) vom Januar 2002 enthalten (siehe Seiten TFCA-9696 bis TFCA-9698 der Akte).

⁷⁶³ Siehe oben Abschnitt VI.D.1.1.2.2.

⁷⁶⁴ Siehe oben Abschnitt VI.D.1.1.2.4.

⁷⁶⁵ Siehe oben Abschnitt VI.D.1.1.1.

⁷⁶⁶ Siehe oben Abschnitt VI.D.1.1.

⁷⁶⁷ Siehe das oben in Fußnote 514 erwähnte ARCOME-Kostenmodell.

⁷⁶⁸ Siehe oben Abschnitt VI.D.1.4.1.

(728) Des Weiteren muss es Telefónica klar gewesen sein, dass die geschätzten Kosten, die in den Retail-Minus-Modellen der CMT von 2002⁷⁶⁹ und 2004⁷⁷⁰ ausgewiesen wurden, deutlich unter den Zusatzkosten lagen, die im anfänglichen (16. Oktober 2001) und aktualisierten (18. April 2002) Geschäftsplan des Unternehmens⁷⁷¹ ausgewiesen wurden, und dass diese Geschäftspläne ausdrücklich zeigten⁷⁷², dass zwischen den regionalen Großkundenpreisen und den Endkundenpreisen des Unternehmens eine Kosten-Preis-Schere bestand. Telefónica konnte nicht unbekannt sein, dass die nicht netzwerkbezogenen Kosten, die im Retail-Minus-Modell der CMT verwendet wurden, als ein Prozentsatz der Erlöse geschätzt worden waren.⁷⁷³ Es hätte Telefónica zumindest seit Februar 2002⁷⁷¹ klar sein müssen, dass die im Retail-Minus-Modell der CMT vom März 2002 ausgewiesenen geschätzten Netzwerkkosten *ex post* nicht bestätigt wurden und deutlich unter den tatsächlich angefallenen Zusatzkosten lagen.⁷⁷¹ Es hätte Telefónica klar sein müssen, dass sich aus den monatlichen *Scorecards* für Februar 2002, April 2002, Dezember 2002, Dezember 2003, März 2004 und Dezember 2004 ergab, dass das Unternehmen auf nachgelagerter Ebene Verluste machte.⁷⁷⁴ Dies wird bestätigt durch die Berechnung der Kosten-Preis-Schere, die die Kommission in der vorliegenden Entscheidung vorgenommen hat und die zeigten, dass Telefónica von September 2001 bis Dezember 2004 auf

⁷⁶⁹ Siehe das oben in Fußnote 514 erwähnte ARCOME-Kostenmodell.

⁷⁷⁰ Siehe das oben in Fußnote 516 erwähnte ELMCO-Kostenmodell.

⁷⁷¹ Siehe oben Abschnitt VI.D.1.4.2.2.

⁷⁷² Geschäftsplan vom 16. Oktober 2001: Nach Telefónicas eigenen Berechnungen lag der Kapitalwert [...] eines Endkundenanschlusses bei [...] EUR, während der Kapitalwert eines regionalen Großkundenanschlusses bei [...] EUR lag. Der Kapitalwert eines Endkundenanschlusses [...] war [...] EUR und der Kapitalwert eines regionalen Großkundenanschlusses war [...] EUR. Siehe Anlage 10 iii des Schreibens von Telefónica vom 21.7.2006, Seite TFCA-4468 der Akte. Siehe auch oben Abschnitt VI.D.2.2.1.

Geschäftsplan vom 18. April 2002: Nach Telefónicas eigenen Berechnungen lag der Kapitalwert [...] eines Endkundenanschlusses bei [...] EUR, während der Kapitalwert eines regionalen Großkundenanschlusses [...] EUR betrug. Siehe Anlage 11 i des Schreibens von Telefónica vom 21.7.2006, Seite TFCA-4502 der Akte.

⁷⁷³ Siehe oben Abschnitt VI.D.1.4.2.3.

⁷⁷⁴ Monatliche *Scorecards* (siehe oben, Fußnote 385) für Februar 2002, April 2002 und Dezember 2002: Die Spanne zwischen den Endkundenpreisen und den regionalen Großkundenpreisen reicht (auf der Grundlage der von Telefónica aufgestellten Prognosen oder auf der Grundlage der tatsächlich angefallenen Kosten) nicht aus, um die Betriebskosten auf der Endkundenebene zu decken. Siehe Seiten TFCA-9701, TFCA-9703, TFCA-9712, TFCA-9714, TFCA-9759 und TFCA-9761 der Akte.

Monatliche *Scorecard* (siehe oben, Fußnote 385) für Juni 2003 und Dezember 2003: Die Spanne zwischen den Endkundenpreisen und den regionalen Großkundenpreisen reicht nicht aus, um die zusätzlichen Kosten auf der nachgelagerten Ebene zu decken, d.h. die Betriebskosten zuzüglich der Kosten für die Kundenakquisition (amortisiert über [...] Jahre) und den Netz-CAPEX (amortisiert über [...] Jahre bei gewichteten durchschnittlichen Kapitalkosten (WACC = *Weighted Average Cost of Capital*) von [...] %). Siehe Seiten TFCA-9804, TFCA-9806 bis TFCA-9808, TFCA-9852 und TFCA-9854 bis TFCA-9856 der Akte.

Monatliche *Scorecard* (siehe oben, Fußnote 385) für März 2004 und Dezember 2004: Die Spanne zwischen den Endkundenpreisen und den regionalen Großkundenpreisen reicht nicht aus, um die zusätzlichen Kosten auf der nachgelagerten Ebene zu decken. Siehe Seiten TFCA-12999 bis TFCA-13000 und TFCA-13035 bis TFCA-13037 der Akte.

nachgelagerter Ebene Verluste machte.⁷⁷⁵ Dies zeigt, dass Telefónica gewusst haben muss, dass die Schätzungen, die *ex ante* von der CMT gemacht worden waren, sich tatsächlich durch die Marktentwicklungen, die Telefónica wahrnehmen konnte, nicht bestätigten. Es kann daher vernünftigerweise davon ausgegangen werden, dass ein sorgfältiger wirtschaftlicher Betreiber, der im Besitz detaillierter Informationen über Daten betreffend seine eigenen tatsächlichen Kosten und Erlöse ist, erkannt haben muss, dass sich die tatsächlichen Daten von den Schätzungen der CMT im fraglichen Zeitraum ziemlich unterschieden.

Tabelle 59 – Die Beweise bezüglich der Frage, ob Telefónica bewusst gewesen sein muss, dass die von der CMT im Retail-Minus-Modell zugrunde gelegten Kosten nicht mit der Realität übereinstimmen würden und dies tatsächlich nicht taten

ADSL-IP und ADSL-IP Total	GigADSL		
Keine Berechnung der Kosten-Preis-Schere	<p>Von der CMT im Retail- Minus-Modell verwendete Daten</p> <p><u>Das Modell der CMT vom März 2002</u></p> <p>Das Fehlen von Kostendaten wird von der CMT anerkannt.⁷⁶⁸</p> <p>Die Netzwerkkosten, die auf der Grundlage von Telefónicas Schätzungen bezogen auf ein Netzwerk mit [...] Anschlüssen⁷⁶⁸ in Erwiderung auf einen Fragebogen vom 19. Oktober 2001 geschätzt wurden. Anpassungen wurden ohne genaue Information über Telefónicas Netzwerk⁷⁶⁸ und ohne Kostendaten von Telefónica⁷⁶⁸ vorgenommen.</p> <p>Kosten für Dienste, die als Prozentsatz der Erlöse von Telefónica geschätzt wurden, waren nicht durch Kostendaten gerechtfertigt.⁷⁷³</p>	<p>Informationen, die zeigen, dass Telefónica bewusst gewesen sein muss, dass die von der CMT in ihrem Retail-Minus-Modell verwendeten Kosten nicht mit der Realität übereinstimmen würden und dies tatsächlich auch nicht taten</p> <p><u>Geschäftspläne</u></p> <p>16. Oktober 2001: Die Größe des Netzwerks übersteigt [...] Anschlüsse.⁷⁶⁸ Die prognostizierten Netzwerkkosten liegen deutlich über denen, die die CMT verwendet hat.⁷⁷¹</p> <p>18. April 2002: die historischen Netzwerkinvestitionen für 2001 übersteigen deutlich die zusammengerechneten Investitionen für 2001-2002, die die CMT verwendet hat.⁷⁷¹ Die prognostizierten Netzwerkkosten für 2001-2002 sind sogar noch höher.⁷⁷¹</p> <p><u>Monatliche Scorecard</u></p> <p>Februar 2002: Die</p>	<p>Informationen, die zeigen, dass Telefónica bewusst gewesen sein muss, dass sie auf nachgelagerter Ebene Verluste machte</p> <p><u>Geschäftspläne</u></p> <p>16. Oktober 2001: Ein Endkundenanschluss erzielt (im Breitbandgeschäft insgesamt) einen geringeren Erlös als ein Großkundenanschluss.⁷⁷² Die Ertragswertberechnung bestätigt das Vorliegen einer Kosten-Preis-Schere.⁷⁷⁵</p> <p>18. April 2002: Ein Endkundenanschluss erzielt (im Breitbandgeschäft insgesamt) einen geringeren Erlös als ein Großkundenanschluss.⁷⁷²</p> <p><u>Monatliche Scorecard</u></p> <p>Februar 2002: Die Kosten und Erlöse, die in Telefónicas <i>Scorecard</i> ausgewiesen</p>

⁷⁷⁵ Siehe oben Abschnitt VI.D.2.

<p><u>Das Modell der CMT vom März 2004</u></p>	<p>Netzwerkkosten, die Telefónica tatsächlich hatte, übersteigen deutlich diejenigen, die von der CMT im Retail-Minus-Modell verwendet wurden.⁷⁷¹</p> <p>April u. Dez. 2002: dasselbe⁷⁷¹</p> <p>April u. Dez. 2004: dasselbe⁷⁷¹</p> <p>Dezember 2004: dasselbe⁷⁷¹</p>	<p>werden, zeigen das Vorliegen einer Kosten-Preis-Schere.⁷⁷⁴</p> <p>April u. Dez. 2002: dasselbe⁷⁷⁴</p> <p>Juni u. Dez. 2003: dasselbe⁷⁷⁴</p> <p>März u. Dez. 2004: dasselbe⁷⁷⁴</p>
<p>Das Fehlen von Kostendaten wird von der CMT anerkannt.⁷⁶⁸</p>		
<p>Die Netzwerkkosten, die in dem Modell von 2002 verwendet wurde, wurden ohne zusätzlichen Kostendaten von Telefónica aktualisiert.⁷⁶⁸</p>		
<p>Die Dienstekosten, die in dem Modell von 2002 verwendet wurden, wurden ohne jede Rechtfertigung aktualisiert.⁷⁷³</p>	<p><u>Investitions-Scorecard</u></p> <p>Februar 2002: Die von Telefónica tatsächlich aufgewendeten Investitionen übersteigen deutlich diejenigen, die von der CMT im Retail-Minus-Modell verwendet wurden.⁷⁷¹</p>	

- (729) Angesichts des Vorstehenden ist es vernünftig, davon auszugehen, dass Telefónica vorsätzlich handelte. In Bezug auf GigADSL ist der Schluss zu ziehen, dass, selbst unter den günstigen Annahme, dass Telefónica anfangs hätte glauben können, dass das Modell der CMT auf realistischen Schätzungen beruhte, sie sehr schnell erkannt haben muss oder erkannt haben sollte, dass die tatsächlichen Kostendaten mit diesen Schätzungen nicht übereinstimmten. Die Kommission stellt nicht fest, dass Telefónica der CMT falsche Informationen vorgelegt hat (trotz der fehlenden Übereinstimmung zwischen den vorgelegten Informationen und den in ihrem eigenen Geschäftsplan enthaltenen Daten). Dennoch ist auszuschließen, dass Telefónica die tatsächliche Kapazität ihres eigenen Netzwerkes und die eigenen tatsächlichen Daten über Kosten und Erlöse nicht kannte, als diese zur Verfügung standen. Es ist auszuschließen, dass sie nicht wusste, dass die CMT in ihrem *ex ante*-Modell nur eingeschränkte und notwendigerweise angenäherte Informationen zugrunde gelegt hatte, und daher hätte sie die Entwicklung der tatsächlichen Daten aufmerksam verfolgen sollen. Im für das Unternehmen günstigsten Licht betrachtet, ist ein etwaiges andauerndes Vertrauen seitens Telefónica auf die Richtigkeit der Schätzungen und Berechnungen der CMT, trotz Vorliegens widersprechender tatsächlicher Daten, – zumindest – grob fahrlässiges Verhalten.
- (730) Daher kann das Einschreiten der CMT, angesichts der Tatsache, dass dieses insbesondere nur eines der Produkte betraf (das noch dazu während des gesamten Zeitraums von geringerer Bedeutung ist) und auf *ex ante*-Schätzungen beruhte, die, wie Telefónica sehr bald – wenn nicht sofort – erkennen konnte, nicht mit den ihr zur Verfügung stehenden tatsächlichen Daten übereinstimmten, Telefónica in Bezug auf die missbräuchliche Kosten-Preis-Schere nicht schützen. Sofern es überhaupt relevant ist, kann dieses regulatorische Einschreiten in Bezug auf das regionale Großkundenprodukt (GigADSL) lediglich das Vorliegen eines mildernden Umstandes begründen (siehe unten Abschnitt C).

2 Der von Telefónica begangene Verstoß stellt einen eindeutigen Missbrauch dar, für den es Präjudizien gibt

- (731) Wie bereits oben in Abschnitt VI erläutert, entspricht die vorliegende Entscheidung der ständigen Rechtsprechung der Europäischen Gerichte und der Entscheidungspraxis der Kommission.
- (732) Erstens war vom Anfang des Verstoßes an klar, dass (regionaler und/oder nationaler) Großkunden-Breitbandzugang als Komplementär- und nicht als Substitutionsprodukt zur Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen angesehen werden sollte. Die CMT ist nicht nur stets davon ausgegangen, dass regionaler Großkundenzugang und die Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen nicht substituierbar sind, sondern in ihrer Entscheidung vom 10. Juli 2003 ist die CMT auch davon ausgegangen, dass regionaler Großkundenzugang und nationaler Großkundenzugang nicht substituierbar sind.⁷⁷⁶ Jedenfalls sind, wie erläutert, die genauen Grenzen zwischen den regionalen und den nationalen Großkundenmärkten nicht entscheidend, da Telefónica auf beiden Märkten beherrschend ist und eine Kosten-Preis-Schere im Hinblick auf sowohl regionale als auch nationale Großkunden-Zugangsprodukte festgestellt wurde.

⁷⁷⁶ CMT-Entscheidung vom 10. Juli 2003 in der Sache OM 2002/7330, *Resolución sobre la comisión de prácticas contrarias a la libre competencia por parte del Grupo Telefónica en la comercialización de servicios ADSL mayoristas*.

(733) Zweitens waren die vier Säulen der Methodik, die die Kommission anwendet (Test unter Zugrundelegung eines gleich effizienten Betreibers, Verwendung der langfristigen durchschnittlichen Zusatzkosten (*LRAIC*), der historische Ansatz unter Berücksichtigung getrennter Zeiträume und der Ausschluss der Kombination auf den vorgelagerten Märkten), bereits aus der früheren Entscheidungspraxis der Kommission und der Rechtsprechung klar. Sowohl das Prinzip, nach dem auf einen gleich effizienten Betreiber abzustellen ist, als auch der Standard der langfristigen durchschnittlichen Zusatzkosten und der Ansatz unter Berücksichtigung getrennter Zeiträume wurden in *Napier Brown*⁷⁷⁷ verwendet. Aus dem Urteil *Industrie des Poudres Sphériques* wird deutlich, dass die Untersuchung der Kosten-Preis-Schere zwischen einem vorgelagerten Produkt und einem nachgelagerten Produkt vorgenommen werden kann, ohne eine bestimmte Kombination von vorgelagerten Produkten zu berücksichtigen.⁷⁷⁸ Im Übrigen steht die im vorliegenden Fall angewandte Methodik nicht im Widerspruch zu der von der CMT im Jahre 2001 für das *ex ante*-Retail-Minus-Modell angewandten Methodik: Das von der CMT verwendete *ex ante*-Modell zur Ermittlung einer Kosten-Preis-Schere stellt ebenfalls auf das Prinzip der Zugrundelegung eines gleich effizienten Betreibers ab, es verwendet ebenfalls den Standard der langfristigen durchschnittlichen Zusatzkosten und den historischen Ansatz der Berücksichtigung verschiedener Zeiträume. Wie oben erläutert, ergibt sich der Unterschied in Bezug auf die Feststellung der Kosten-Preis-Schere zwischen Telefónicas regionalen Großkundenpreisen und ihren Endkundenpreisen aus der Tatsache, dass sich die verwendeten Daten unterschieden; die Methodik war jedoch die gleiche: Die im Retail-Minus-Modell der CMT ausgewiesenen Kostenprognosen sind deutlich niedriger als die Kostenprognosen und die in der Vergangenheit aufgewendeten Kosten, die Telefónica der Kommission vorgelegt hat. Jedenfalls ergibt sich aber auch auf der Grundlage der von Telefónica vorgeschlagenen Methodik (der Ertragswertmethode) das Vorliegen einer Kosten-Preis-Schere im relevanten Zeitraum.

⁷⁷⁷ Siehe *Napier Brown/British Sugar*, Randnummer 66, wo die Kommission sich darauf bezieht, dass das marktbeherrschende Unternehmen versäumte, die Kosten der Umwandlung des Rohstoffes in das verarbeitete Produkt in der Spanne zwischen dem vorgelagerten und dem nachgelagerten Preis auszuweisen.

⁷⁷⁸ *Industrie des Poudres Sphériques*, Randnummer 178.

(734) Drittens kann die Kommission Telefónicas Argument nicht anerkennen, dass dieser Fall eine neuartige Anwendung des Kosten-Preis-Scheren-Test auf einen sich entwickelnden Markt und ein Produkt betreffen würde, das nicht unverzichtbar ist. Telefónica legt nicht dar, wie die Tatsache, dass der spanische Breitbandmarkt angeblich noch nicht voll entwickelt ist, die Feststellung eines Missbrauches im vorliegenden Fall beeinflussen könnte. Die Verluste von Telefónica auf der nachgelagerten Ebene – die von September 2001 bis Dezember 2006 andauerten – können nicht als kurzfristige Verluste, wie sie im Rahmen eines sich entwickelnden Marktes unvermeidbar wären, eingestuft werden, nicht zuletzt deshalb, weil auch die Ertragswertmethode für den relevanten Zeitraum zu einem negativen Kapitalwert führt. Die bloße Tatsache, (i) dass Telefónica im anfänglichen Geschäftsplan davon ausging, im Breitbandgeschäft insgesamt schnelle Rentabilität erreichen zu können,⁷⁷⁹ (ii) dass das Unternehmen nach Februar 2003⁷⁸⁰ nicht mehr von geplantem Wachstum abhängig war, um im Breitbandgeschäft insgesamt rentabel zu sein und (iii) dass das Unternehmen im Jahre 2006 – d.h. über fünf Jahre nach seinem ersten ADSL-Endkundenangebot – im Breitbandgeschäft insgesamt tatsächlich rentabel war, auf nachgelagerter Ebene aber nach wie vor Verluste machte, ist ein starkes Anzeichen dafür, dass die Verluste von Telefónica auf der nachgelagerten Ebene nicht damit erklärt werden können, dass der spanische Endkunden-Breitbandmarkt noch nicht voll entwickelt war.⁷⁸¹ Jedenfalls konnte der spanische Endkunden-Breitbandmarkt zum Zeitpunkt des Beginns des Verstoßes unter keinen Umständen als neu entstehender Markt betrachtet werden (siehe oben Abschnitt VI.F.2.1). Telefónicas Argument ist daher zurückzuweisen, insofern als es das *Oscar Bronner*-Urteil bei der Auslegung des auf den vorliegenden Fall anwendbaren rechtlichen Maßstabs fehldeutet. Unabhängig davon, ob Telefónicas Produkte unverzichtbar sind oder nicht, ist hervorzuheben, dass die in der Entscheidung *Deutsche Telekom*⁷⁸² vorgenommene Untersuchung von Alternativen zum Zugang zu Teilnehmeranschlüssen zum Zwecke der Marktdefinition erfolgte und dass die Kommission in *Napier Brown* den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung in Form einer Kosten-Preis-Schere feststellte, während Alternativen zum vorgelagerten Produkt (Rübenzucker) erhältlich waren, und zwar durch British Sugar in der Form von kontinentalem Rübenzucker⁷⁸³ und in durch Tate&Lyle in der Form von Rohrzucker⁷⁸⁴.

⁷⁷⁹ In seinem Geschäftsplan schätzte das Unternehmen, dass der Break-even EBITDA und der Break-even EBIT im Jahre 2002 erreicht werden würden. Siehe Anhang 10iii des Schreibens von Telefónica vom 21.7.06: *Análisis de las variables económicas críticas del ADSL, Documento de trabajo, Resumen documento base*, Folie 35 (Seite TFCA-4480 der Akte).

⁷⁸⁰ In seinem Geschäftsplan schätzte das Unternehmen, dass die Gewinnschwelle für die Rentabilität im Breitbandgeschäft insgesamt bei 1 Mio. ADSL-Endkunden liege (siehe Anhang 11ii des Schreibens von Telefónica vom 21.7.06: *La oportunidad de la Banda Ancha en las operadoras fijas*, Folie 46, Seite TFCA-4549 der Akte), ein Schwelle, die im Februar 2003 erreicht wurde.

⁷⁸¹ Wie bereits oben in Fußnote 301 erläutert, rechtfertigt die Tatsache, dass im vorliegenden Fall die Gewinnschwelle für die Rentabilität von Telefónica im Breitbandgeschäft insgesamt im [...] erreicht wurde, die Verluste auf der nachgelagerten Ebene nicht, die das Unternehmen vor diesem Zeitpunkt gemacht hatte.

⁷⁸² Siehe Randnummern 83-91 der Entscheidung.

⁷⁸³ *Napier Brown*, Randnummern 23 und 44.

⁷⁸⁴ *Napier Brown*, Randnummer 50 f.

- (735) Jedenfalls stellt die Entscheidung *Deutsche Telekom* für den vorliegenden Fall ein eindeutiges Präjudiz dar, indem sie insbesondere die Voraussetzungen für die Anwendung von Artikel 82 EG auf eine wirtschaftliche Tätigkeit klarstellt, die der sektorspezifischen Vorabregulierung unterliegt. Die Tatsache, dass gegen die *Deutsche Telekom*-Entscheidung Rechtsmittel eingelegt wurden, über die derzeit noch nicht entschieden ist, bedeutet nicht, dass die in dieser Entscheidung angewandte Methodik zur Ermittlung einer Kosten-Preis-Schere außer Acht gelassen werden kann. Noch bedeutet sie, dass der Missbrauch nicht eindeutig sein kann. Für die im vorliegenden Fall angewandte Analyse finden sich Präjudizien in der Rechtsprechung der Europäischen Gerichte und in Kommissionsentscheidungen vor *Deutsche Telekom*. Darüber hinaus hätte die *Deutsche Telekom*-Entscheidung, die seit Oktober 2003 öffentlich zugänglich war, ausreichen sollen, um das Unternehmen darauf aufmerksam zu machen, dass die Art von Verhalten, die es selbst zeigte, nach Ansicht der Kommission einen eindeutigen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäß Artikel 82 EG darstellte.
- (736) Angesichts des Vorstehenden können die Argumente von Telefónica, dass der Verstoß weder eindeutig sei noch auf einer etablierten Untersuchungsmethodik beruhe, nicht anerkannt werden. Die Kommission kommt zu dem Ergebnis, dass das Verhalten Telefónica, jedenfalls seit Oktober 2003, einen eindeutigen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstellt.

B. Der Grundbetrag der Geldbuße

- (737) Der Grundbetrag der Geldbuße richtet sich nach der Schwere und der Dauer des Verstoßes.⁷⁸⁵ Dabei ist die Kommission berechtigt, die Geldbußen in einer Höhe festzusetzen, welche ausreicht, den Missbrauch zu sanktionieren und eine Abschreckungswirkung zu gewährleisten.

1 Schwere des Verstoßes

- (738) Bei der Ermittlung der Schwere des Verstoßes sind die Art des Verstoßes, die konkreten Auswirkungen auf dem Markt, sofern messbar, und der Umfang des räumlich relevanten Marktes zu berücksichtigen.⁷⁸⁶

1.1 Art des Verstoßes

- (739) Der von Telefónica begangene Missbrauch besteht in der Erzwingung unangemessener Preise durch Verursachung einer Kosten-Preis-Schere zum Schaden der Wettbewerber von Telefónica und letztlich der Verbraucher.

⁷⁸⁵ Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 und Artikel 23 Absatz 3 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003.

⁷⁸⁶ Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen, die gemäß Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 und gemäß Artikel 65 Absatz 5 EGKS-Vertrag festgesetzt werden; ABl. 98 C 9/03 vom 14.1.98.

- (740) Wie oben in Abschnitt A.1 festgestellt, ist der von Telefónica begangene Verstoß nicht neuartig, sondern stellt im Gegenteil einen eindeutigen Missbrauch dar, für den es Präjudizien gibt. Insbesondere waren nach der Entscheidung *Deutsche Telekom* (veröffentlicht im Oktober 2003) die Voraussetzungen der Anwendbarkeit von Artikel 82 EG auf eine wirtschaftliche Tätigkeit, die der sektorspezifischen Vorabregulierung unterliegt, zu einem großen Teil geklärt und Telefónica bekannt.
- (741) In dieser Entscheidung wurde auch festgestellt, dass Telefónica eine marktbeherrschende Stellung und sogar eine Monopolstellung (Marktanteil von 100 %) auf dem Markt für die Bereitstellung von regionalem Großkunden-Breitbandzugang hat, der für alternative Marktteilnehmer unabdingbare Voraussetzung für eine Geschäftstätigkeit auf den nachgelagerten und den vorgelagerten Märkten ist.
- (742) Der von Telefónica begangene Missbrauch stellt daher einen eindeutigen Missbrauch durch ein Unternehmen dar, das ein faktisches Monopol innehat. Ein derartiger Verstoß kann als besonders schwerer Verstoß im Sinne der im fraglichen Zeitraum anwendbaren Leitlinien der Kommission über Geldbußen eingestuft werden.
- (743) Wie die Kommission bereits in der Sache *Deutsche Telekom* angedeutet hat, gefährdet die Art von Missbrauch, den Telefónica begangen hat, das Ziel der Erreichung eines EU-weiten internen Marktes für Telekommunikationsnetzwerke und –dienste mit unverzerrtem Wettbewerb und kann sicherlich als besonders schwerer Verstoß gewertet werden.⁷⁸⁷
- (744) In der Sache *Deutsche Telekom* hat die Kommission den von der Deutschen Telekom begangenen Missbrauch aus folgenden Gründen gleichwohl nicht als besonders schweren Verstoß eingestuft: Erstens war die in dieser Entscheidung angewandte Methode der Bestimmung einer Kosten-Preis-Schere noch nicht Gegenstand einer förmlichen Kommissionsentscheidung gewesen. Zweitens hatte die Deutsche Telekom mittels der Anpassung der Endkunden- und der Großkundentarife die Kosten-Preis-Schere jedenfalls seit 1999 stetig verringert. Darüber hinaus bestand seit 2002 die einzige rechtliche Möglichkeit der Deutschen Telekom, die Kosten-Preis-Schere zu verringern, darin, die T-DSL-Gebühren zu erhöhen (d.h. nur ein Endkunden-Produkt, namentlich Breitband-Endkundenzugang).
- (745) Keiner dieser Gründe ist vorliegend einschlägig.
- (746) Wie bereits oben (siehe Randnummer (733)) erläutert, beruht die Methodik zur Bestimmung der Kosten-Preis-Schere auf Ansätzen, die von der Kommission schon bei früheren Gelegenheiten verwendet wurden. Hinzu kommt, dass sich das Vorliegen der Kosten-Preis-Schere auch bei Anwendung der von Telefónica selbst vorgeschlagenen Methodik ergibt.

⁷⁸⁷ Siehe *Deutsche Telekom*, Randnummer 203-204.

- (747) Entgegen dem Verhalten der Deutschen Telekom hat Telefónica ihre Endkunden- oder Großkundenpreise nicht im Hinblick auf die Verringerung (oder Beendigung) der festgestellt Kosten-Preis-Schere angepasst. Tatsächlich endete der Missbrauch mit dem Einschreiten des spanischen Regulierers im Dezember 2006, durch das die Großkundenpreise (abhängig von der Geschwindigkeit des Angebots) um 22 % bis 61 % gesunken sind.
- (748) Dennoch hatte Telefónica großen Spielraum, um die festgestellte Kosten-Preis-Schere (zwischen den nationalen Großkundenpreisen und den Endkundenpreisen auf der einen Seite und zwischen den regionalen Großkundenpreisen und den Endkundenpreisen auf der anderen Seite) einfach durch die Verringerung der Großkundenpreise zu vermeiden. Es wird darauf hingewiesen, dass die nationalen Großkundenpreise bis Dezember 2006 zu keinem Zeitpunkt reguliert waren und dass für die regionalen Großkundenpreise lediglich eine Obergrenze bestand. Der Spielraum, der Telefónica von der Regulierung gelassen wurde, war daher viel größer als der in der Sache *Deutsche Telekom*: Die Großkundenpreise der Deutschen Telekom waren auf ein kostenorientiertes Niveau festgesetzt und konnten daher nicht gesenkt werden. Der Großteil der Endkundenpreise war reguliert mittels einer Preisdeckelungsmethode. Im Januar 2002 war der Spielraum der Deutschen Telekom auf einen von drei Endkundenpreisen beschränkt. Folglich war keiner der Umstände des regulatorischen Umfeldes, das den Handlungsspielraum der Deutschen Telekom einschränkte, im Fall von Telefónica anwendbar.
- (749) Die Kommission wiederholt, dass die eindeutige Art des Missbrauchs Telefónica während des gesamten relevanten Zeitraums, jedenfalls aber seit Oktober 2003, hätte bekannt sein müssen. Darüber hinaus hat es Telefónica trotzdem sich die Daten für die Vergangenheit häuften, die auf das andauernde Vorliegen einer Kosten-Preis-Schere hindeuteten, versäumt, die Preise anzupassen.
- (750) Zusammenfassend stellt die Kommission unter Berücksichtigung der Leitlinien der Kommission über Geldbußen und der einschlägigen Rechtsprechung fest, dass unter den besonderen Umständen des vorliegenden Falles die Schwere des Verstoßes insgesamt als besonders schwer eingestuft werden sollte. Die Kommission wird allerdings auch all die oben erläuterten Faktoren bei der Festsetzung des Grundbetrags der Geldbuße angemessen berücksichtigen.

1.2 Auswirkungen auf den Markt

- (751) Bei der Bestimmung der Schwere der Zuwiderhandlung hat die Kommission den Umstand berücksichtigt, dass alle für diese Entscheidung relevanten Märkte beträchtliche wirtschaftliche Bedeutung haben und entscheidend für die Schaffung der Informationsgesellschaft sind. Breitbandanschlüsse sind eine Grundvoraussetzung für die Bereitstellung einer Vielzahl von Telekommunikationsdiensten für Endkunden.

- (752) Die Argumentation von Telefónica, das Verhalten des Unternehmens habe keinerlei wettbewerbsschädigende Auswirkungen auf den relevanten Märkten gehabt, kann nicht anerkannt werden. Die von Telefónica verursachte Kosten-Preis-Schere hatte seit 2001 einen Ausschlusseffekt auf dem spanischen Endkunden-Breitbandmarkt zur Folge. Wie ferner in Abschnitt VI.E erläutert, hat das Verhalten von Telefónica die Möglichkeiten eines maßgeblichen Wachstums von ADSL-Anbietern im Endkundenmarkt behindert und scheint ein wichtiger Grund dafür zu sein, dass die Endkundenpreise in Spanien zu den höchsten in Europa zählen, und zwar 20% über dem europäischen Durchschnittspreis liegen.⁷⁸⁸ Keiner der für das Angebot oder die Nachfrage maßgeblichen Faktoren kann das hohe Niveau der Endkundenpreise in Spanien erklären. Telefónicas Verhalten hat zu einer erheblichen Schädigung der Verbraucher geführt, weil im Zeitverlauf mehrere Millionen spanischer Endabnehmer betroffen waren (siehe Abschnitt VI.E.2.2 zum Schaden für die Verbraucher).
- (753) Zusammenfassend stellt die Kommission fest, dass der Missbrauch Telefónicas erhebliche Auswirkungen auf den Endkundenmarkt hatte.

1.3 Umfang des relevanten räumlichen Marktes

- (754) Der Markt für den regionalen und landesweiten Breitbandzugang ist das gesamte Territorium von Spanien. Telefónica behauptet, dass ein Verstoß nach Artikel 82 EG-Vertrag, der auf das Gebiet eines Mitgliedstaates beschränkt ist, nicht als sehr schwer eingestuft werden kann. Dies ist aus rechtlichen Gründen unzutreffend. Im Gegenteil, es ist klar, dass die Beurteilung der Schwere eines Verstoßes unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles beurteilt werden muss. Die Kommission berücksichtigt in ihrer Entscheidungspraxis die Größe des relevanten räumlichen Marktes sowie aller anderen maßgeblichen Fakten und Umstände und bewertet sie im Zusammenhang.
- (755) Der spanische Breitbandmarkt ist der fünftgrößte Breitbandmarkt in der Europäischen Union⁷⁸⁹ und weist ein erhebliches Wachstumspotential auf, da die Breitbandpenetration geringer ist als im EU-Durchschnitt.⁷⁹⁰ Darüber hinaus beziehen sich im Telekommunikationssektor Kosten-Preis-Schere-Fälle notwendigerweise lediglich auf das Gebiet eines Mitgliedstaates (das vom Netz des etablierten Betreibers abgedeckte räumliche Gebiet), wobei in diesen Fällen jedoch der Marktzugang neuer Anbieter aus anderen Mitgliedstaaten in einen schnell wachsenden Markt verhindert wird. Wie bereits weiter oben ausgeführt, wird aufgrund dieses Effekts die Schaffung eines EU-weiten Marktes für Telekommunikationsnetze und –Dienste gefährdet; auch läuft ein solches Verhalten dem wesentlichen Ziel des 1998 begonnenen Liberalisierungsprozesses zuwider.

⁷⁸⁸ Siehe oben, Abschnitt VI.E.2.2.

⁷⁸⁹ Siehe Anhang 2 des 12. Implementierungsberichts der Europäischen Kommission (Seite 62) einzusehen unter http://preprod.europa.info.cec.eu.int/information_society/policy/ecom/doc/implementation_enforcement/annualreports/12threport/sec_2007_403_annex2.pdf.

⁷⁹⁰ Siehe oben, Abschnitt VI.E.2.2.2.

1.4 Schlussfolgerung

- (756) Im Hinblick auf die gesamten oben dargelegten Umstände muss der Verstoß insgesamt als besonders schwer eingestuft werden, obwohl die Schwere möglicherweise nicht zwangsläufig während seiner gesamten Dauer gleich war. Deshalb berücksichtigt der Grundbetrag des Bußgeldes die Tatsache, dass die Schwere des von Telefónica begangenen Missbrauches jedenfalls insbesondere nach der *Deutsche Telekom Entscheidung* klarer wurde.
- (757) Angesichts der besonderen Umstände des Falles sollte gegen Telefónica entsprechend der Schwere der Zuwiderhandlung der Grundbetrag der Geldbuße festgesetzt werden auf 90 000 000 EUR.
- (758) Bei der Berechnung des Grundbetrages für das Bußgeld sollte der Notwendigkeit Rechnung getragen werden, dass die Höhe des Bußgeldes so gewählt wird, dass es abschreckende Wirkung hat. Zur Erreichung dieser Wirkung muss geprüft werden, ob eine Erhöhung des Grundbetrages erforderlich ist. Aufgrund der erheblichen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit von Telefónica⁷⁹¹ muss der Grundbetrag um einen Faktor 1.25 auf 112 500 000 EUR erhöht werden, um eine hinreichend abschreckende Wirkung sicher zu stellen.

2 Dauer

- (759) Das missbräuchliche Verhalten von Telefónica begann im September 2001 und endete nachdem die CMT am 21. Dezember 2006 vorläufige Maßnahmen getroffen hatte, die zu erheblichen Senkungen der Preise für die regionalen und die nationalen Großkundenprodukte geführt haben (siehe Abschnitt IV.D.2.4). Bei diesen Großkundenpreisen ist eine Kosten-Preis-Schere auf diesen Produktmärkten nicht mehr gegeben. Insgesamt ist für den Missbrauch daher eine Dauer von fünf Jahren und vier Monaten zugrunde zu legen, was als Missbrauch über einen lange dauernden Zeitraum anzusehen ist.⁷⁹²
- (760) Entsprechend wird der Betrag der gemäß der Schwere des Verstoßes festgesetzten Geldbuße in Anbetracht der Dauer der Zuwiderhandlung um 50 % erhöht. Bei der Vornahme dieser Erhöhung wegen der Dauer der Zuwiderhandlung berücksichtigt die Kommission nicht die Schwere des Verstosses im Zeitablauf; dies wurde bereits bei der Festsetzung des Ausgangsbetrages berücksichtigt.
- (761) Der Grundbetrag der Geldbuße wird mit 168 750 000 EUR festgesetzt.

⁷⁹¹ Telefónica ist in Bezug auf die Kapitalausstattung derzeit der größte etablierte Telekommunikationsbetreiber in Europa (siehe Telefónicas Jahresbericht für 2006, Seite 22). Auch Telefónicas Kapital und Gewinne sind erheblich. Aus Telefónicas Anmeldung für das Finanzjahr 2006 bei der amerikanischen Börsenaufsicht SEC (Securities and Exchange Commission) ist ersichtlich, dass das Unternehmen am 31. Dezember 2006 über eine Liquiditätsreserve (und kurzfristige Anleihen) von 5,472 Mrd. EUR verfügte. Bezüglich der Gewinne geht aus der SEC-Anmeldung hervor, dass Telefónica im Finanzjahr 2006 Gewinne in Höhe von 6,579 Mrd. EUR aus Erlösen in Höhe von 52,901 Mrd. EUR machte.

⁷⁹² Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 und Artikel 65 Absatz 5 EGKS-Vertrag; ABl. 1998, C9/03.

C. Mildernde Umstände

- (762) In der *Erwiderung* argumentiert Telefónica, diese Sache stelle ein Novum dar; dies sei als mildernder Umstand zu behandeln und bei der Festsetzung der Geldbuße zu berücksichtigen.
- (763) Weiter oben wurde bereits dargestellt (siehe Abschnitt A), dass die vorliegende Entscheidung nicht auf Elemente gestützt wird, die ein Novum darstellen. Wie bereits oben dargestellt, sollte bereits die *Deutsche Telekom Entscheidung* für Telefónica die Voraussetzungen für die Anwendung von Artikel 82 EG bezüglich einer ökonomischen Aktivität klargestellt haben, die der sektor-spezifischen Vorabregulierung unterliegt. Deshalb besteht insoweit auch kein mildernder Umstand.
- (764) Oben wurde ebenfalls bereits dargelegt (siehe Abschnitt A.1), dass Telefónica vorsätzlich oder zumindesten fahrlässig handelte.
- (765) Dennoch erkennt die Kommission auf der Grundlage aller verfügbaren Beweise an, dass in diesem besonderen Fall, nach der für das Unternehmen günstigsten Einschätzung (siehe oben Randnummern (726) bis (729)) bestimmte mildernde Umstände vorliegen. Die Leitlinien der Kommission über Geldbußen sehen vor, dass der Grundbetrag zu reduzieren ist, wenn der Verstoß – zumindest teilweise – fahrlässig oder unvorsätzlich begangen wurde. Im vorliegenden Fall bezieht sich dieser mildernde Umstand, wenn überhaupt, nur auf eines der von dem Verstoß betroffenen Produkte. Darüber hinaus muss Telefónicas Fahrlässigkeit ganz besonders grob gewesen sein angesichts der Fülle an über die Zeit angesammelten Daten, die durchgängig erhebliche Unterschiede zwischen den tatsächlichen Kosten und den von der CMT in der Vorabanalyse verwendeten Schätzungen auswiesen.
- (766) Deshalb ist im vorliegenden Fall eine Reduktion des Grundbetrages, der in Randziffer (761) genannt wird, vorzunehmen, was eine Geldbuße von 151 875 000 EUR ergibt.
- (767) Und schließlich macht Telefónica die geleistete Zusammenarbeit im Laufe dieses Verfahrens als mildernden Umstand geltend. Die Kommission stellt jedoch fest, dass das Unternehmen nur in üblicher Weise seinen Verpflichtungen gemäß Verordnung Nr. 17 und Verordnung Nr. 1/2003 nachgekommen ist, gemäß denen der Kommission Informationen bereitzustellen sind.

D. Schlussfolgerung

- (768) Angesichts der vorstehenden Erwägungen ist eine angemessene Geldbuße gegen Telefónica in einer Höhe von 151 875 000 EUR festzusetzen –

- HAT FOLGENDE ENTSCHEIDUNG ERLASSEN:

Artikel 1

Telefónica S.A. und Telefónica de España S.A.U. haben gegen Artikel 82 EG verstoßen, indem sie im Zeitraum September 2001 bis Dezember 2006 unangemessene Tarife in der Form eines Missverhältnisses zwischen den Preisen für die Breitband-Zugangsdienste auf Großkundenebene und denjenigen auf Endkundenebene anwendeten.

Artikel 2

Wegen der in Artikel 1 genannten Zuwiderhandlung wird gegen Telefónica S.A. gesamtschuldnerisch mit Telefónica de España S.A.U. eine Geldbuße in Höhe von 151 875 000 EUR festgesetzt.

Die Geldbuße ist binnen drei Monaten nach Bekanntgabe dieser Entscheidung in Euro auf Konto Nr. 375-1017300-43 der Europäischen Kommission bei der ING, Agence Bruxelles-Européenne, RP Schuman, B-1040 Brüssel (IBAN-Code: BE66 3751 0173 0043; SWIFT-Code: BBRUBEBB) einzuzahlen.

Nach Ablauf dieser Frist werden, ohne dass es einer weiteren Rechtshandlung bedarf, Zinsen zu dem Satz fällig, der von der Europäischen Zentralbank bei ihren Hauptrefinanzierungsgeschäften am ersten Tag des Monats angewandt wird, in dem diese Entscheidung erlassen worden ist, zuzüglich 3,5 Prozentpunkte.

Artikel 3

Diese Entscheidung ist an Telefónica S.A. (C/ Gran Vía 28, 28013 Madrid, Spanien) und an Telefónica de España S.A.U. (C/ Gran Vía 28, 28013 Madrid, Spanien) gerichtet.

Diese Entscheidung ist ein vollstreckbarer Titel gemäß Artikel 256 EG.

Brüssel, den 02.07.2007...]

*Für die Kommission
Neelie KROES
Mitglied der Kommission*

X. ANHÄNGE

A. Der Breitband-Endkunden-Massenmarkt

Tabelle 60 – Umfang des relevanten Endkundenmarktes

In 1000 Endkunden	Dez. 01	Juni 02	Dez. 02	Dez. 03	Sept. 04	Dez. 04	Juni 05	Dez. 05	Juni 06	Dez. 06
ADSL-Endkundenanschlüsse be Telefónica⁷⁹³	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
ADSL-Großkundenanschlüsse bei Telefónica⁷⁹⁴	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
ADSL-IP und ADSL IP Total	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
GigADSL	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Anschlüsse mit gemeinsamem Zugang	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Vollständig entbündelte ADSL-Anschlüsse ⁷⁹⁵	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
SUMME ADSL	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Kabelmodem-Endkundenanschlüsse⁷⁹⁶	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
SUMME relevanter Endkundenmarkt	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

⁷⁹³ Bis Juni 2006: TESAU: siehe *ADSL-Scorecard* (Fußnote 385). TERRA: siehe Schreiben von Telefónica vom 28.7.06 (Seiten TFCA-4656 und TFCA-4657 der Akte). Dezember 2006: siehe Quartalsergebnisse von Telefónica Januar-Dezember 2006 (Seite 20).

⁷⁹⁴ Siehe Schreiben von Telefónica vom 28.7.06 (Seiten TFCA-4653 bis TFCA-4660 der Akte) und CMT Monatsbericht Dezember 2006 (Seite 9).

⁷⁹⁵ Die vollständig entbündelten Anschlüsse von Auna (now ONO), die nicht für den relevanten Endkundenmarkt genutzt werden, sind ausgenommen. Siehe Schreiben von Auna vom 8.4.05 (Seite ISP-339 der Akte) und vom 4.7.05 (Seite ISP-357 der Akte). Siehe auch den 'Bericht Q4 und Jahr 2006' von Ono (Seite 18).

⁷⁹⁶ CMT Jahresberichte für 2002 (Seite 378), 2003 (Seite 360), 2004 (Seite 397), 2005 (Seite 367) sowie der Anhang ('estadísticas del sector') des CMT Quartalsberichts von September 2005 (Seite 31) und Dezember 2006 (Seite 41).

B. Telefónica entstandene Kosten

1 Geschäftsumfang von TESAU und TERRA auf dem Endkundenmarkt

Tabelle 61 – TESAU: Durchschnittliche Teilnehmerzahl und neue Teilnehmer

	2001	2002	2003	2004	2005	1. Hj. 2006
1000 Endkunden ⁷⁹⁷	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Modalidad Básica ⁷⁹⁸	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Modalidad Class ⁷⁹⁸	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Modalidad Avanzada ⁷⁹⁸	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Modalidad Premium ⁷⁹⁸	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Tabelle 62 – TESAU: Anzahl neu hinzugewonnener Teilnehmer

Bis 30.4.02	2001	2002
	Gesamt	Bis April
1000 Endkunden ⁷⁹⁹	[...]	[...]
Modalidad Básica ⁷⁹⁸	[...]	[...]
Kit ADSL ⁷⁹⁸	[...]	[...]
Modalidad Class ⁷⁹⁸	[...]	[...]
Modalidad Premium ⁷⁹⁸	[...]	[...]

Ab 1.5.02	2002		2003	2004			2005	1. Hj. 2006
	Ab Mai	Ges.	Ges.	Bis Mai	Ab Juni	Ges.	Ges.	Ges.
1000 Endkunden ⁷⁹⁹	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Línea RDSI ⁷⁹⁸	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

⁷⁹⁷ Siehe *ADSL-Scorecard* (Fußnote 385); in der Erwiderung (Seite 328) erklärt Telefónica, die durchschnittliche Teilnehmerzahl pro Jahr sei als Mittelwert der Teilnehmerzahl in den einzelnen Monaten des betreffenden Jahres (näherungsweise bestimmt als Halbsumme der Teilnehmerzahl am Anfang und am Ende eines Monats) zu verstehen.

⁷⁹⁸ Siehe Schreiben von TESAU vom 17.3.05 (Seiten TFCA-1103 bis TFCA-1114 der Akte), Schreiben von TESAU vom 18.7.05 (Seiten TFCA-3243 bis TFCA-3248 der Akte) und Anhang 1a des Schreibens von Telefónica vom 21.7.06 (Seiten TFCA-4233 bis TFCA-4244 der Akte).

⁷⁹⁹ Siehe *ADSL-Scorecard* (siehe oben Fußnote 385). Die Anschlüsse, die im Dezember 2001 von TDATA auf TESAU übertragen wurden, sind ausgenommen.

Tabelle 63 – TESAU: Reservierte Bandbreite pro ADSL-Anschluss⁸⁰⁰

kbit/s / Anschluss	2001	2002	2003	2004	2005	1. Hj. 2006
SUMME ADSL minorista	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Modalidad Básica	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Modalidad Class	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Modalidad Avanzada	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Modalidad Premium	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

2 Kosten IP-Backbone

Tabelle 64 – IP-Backbone – Amortisierung CAPEX

		2001	2002	2003	2004	2005	1. Hj. 2006
Investitionen⁸⁰¹	Mio. EUR	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Amortisierung (5 Jahre)⁸⁰²		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Von CAPEX 2001	Mio. EUR	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Von CAPEX 2002	Mio. EUR	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Von CAPEX 2003	Mio. EUR	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Von CAPEX 2004	Mio. EUR	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Von CAPEX 2005	Mio. EUR	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Von CAPEX 2006	Mio. EUR	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Gesamt	Mio. EUR	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Gesamt	EUR/Kunde/ Monat	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Durchschnittliche Teilnehmerzahl ⁸⁰³	in 1000	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

⁸⁰⁰ Die durchschnittliche reservierte Bandbreite wird ausgehend von der durchschnittlichen Anzahl der Anschlüsse der verschiedenen GigADSL-Varianten berechnet (siehe Tabelle 61). Die reservierte Bandbreite der vier Varianten ergibt sich wie folgt:

- vor der Verdopplung der Geschwindigkeiten im September 2004: 12,8 – 51,2 – 102,4 – 204,8;
- nach der Verdopplung der Geschwindigkeiten im September 2004 und vor der Verdopplung der Geschwindigkeiten im Juli 2005: 25,6 – 102,4 – 204,8 – 409,6;
- nach der Verdopplung der Geschwindigkeiten im Juli 2005: 50,0 – 204,8 – 409,6 – 711,25.

⁸⁰¹ Siehe Schreiben von Telefónica vom 17.10.06 (Seite TFCA-13127 der Akte).

⁸⁰² Unter der Annahme, dass der CAPEX-Wert des Jahres N Mitte des Jahres entstand, wurden 10 % dem Jahr N, 20 % dem Jahr N+1, 20 % dem Jahr N+2, 20 % dem Jahr N+3, 20 % dem Jahr N+4 und 10 % dem Jahr N+5 zugeordnet.

Tabelle 65 – IP-Backbone – Kapitalkosten

		2001	2002	2003	2004	2005	1. Hj. 2006
<i>Valor neto contable</i> ⁸⁰⁴	Mio. EUR	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Kapitalkosten ⁸⁰⁵	Mio. EUR	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	EUR/Kunde/ Monat	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Durchschnittliche Teilnehmerzahl ⁸⁰³	in 1000	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

3 Kosten für die Teilnehmerakquisition

Tabelle 66 – Amortisierung der Kosten für die Teilnehmerakquisition von TESAU (3 Jahre)

		2001	2002	2003	2004	2005	S1 2006
Ausgaben ⁸⁰⁶	Mio. EUR	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Amortisierung Jahre) ⁸⁰⁷ (3		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
SAC 2001	Mio. EUR	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
SAC 2002	Mio. EUR	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
SAC 2003	Mio. EUR	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
SAC 2004	Mio. EUR	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
SAC 2005	Mio. EUR	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
SAC 2006	Mio. EUR	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
SUMME	Mio. EUR	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
SUMME	EUR/Nutzer/Monat	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

⁸⁰³ Durchschnittliche Anzahl IP-Backbone-Nutzer bei TESAU gemäß der Berechnung von Telefónica (siehe Schreiben von Telefónica vom 21.8.06 (Seite TFCA-8949 der Akte) und Schreiben von Telefónica vom 17. Oktober 2006 (Seite TFCA-13120 der Akte).

⁸⁰⁴ Kumulierter CAPEX – Kumulierte Abschreibungen.

⁸⁰⁵ Siehe Randnummer (447).

⁸⁰⁶ Anschlusswert × Anzahl der neu hinzugewonnenen Teilnehmer (siehe oben Tabelle 29 und Tabelle 62).

⁸⁰⁷ Unter der Annahme, dass der SAC-Wert des Jahres N Mitte des Jahres entstand, wurden 16 % dem Jahr N, 33 % dem Jahr N+1, 33 % dem Jahr N+2 und 16 % dem Jahr N+3 zugeordnet.

C. Endwertberechnung in der Ertragswertanalyse

1 Das Ertragswertmodell zur rückwirkenden Betrachtung

Tabelle 67 – Berechnung des Restwertes (Netzwerk CAPEX)

Mio. EUR	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Investition ⁸⁰⁸	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Amortisierung (5 Jahre) ⁸⁰²	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
CAPEX 2001	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
CAPEX 2002	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
CAPEX 2003	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
CAPEX 2004	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
CAPEX 2005	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
CAPEX 2006	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Restwert	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

⁸⁰⁸ Siehe CAPEX pro Einheit (EUR/neuer Teilnehmer) und die Anzahl neuer Teilnehmer in Tabelle 44 oben.

Tabelle 68 – Berechnung des Restwertes (Netto-Kosten für die Kundenakquisition)

Mio. EUR	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Ausgaben ⁸⁰⁹	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Amortisierung (3 Jahre) ⁸⁰⁷	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
SAC 2001	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
SAC 2002	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
SAC 2003	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
SAC 2004	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
SAC 2005	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
SAC 2006	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Restwert	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

⁸⁰⁹ Siehe Netto-SAC pro Einheit (EUR/neuer Teilnehmer) und die Anzahl neuer Teilnehmer in Tabelle 50 oben.

Tabelle 69 – Erwartete Gewinne Telefónica (auf der Grundlage von ADSL-IP) für 2007-2011, berechnet nach der Anzahl der von 2001 bis 2006 hinzugewonnenen Teilnehmer⁸¹⁰

Mio. EUR	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Erlöse ⁸¹¹	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Großkundengebühren	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Zusatzkosten	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Netzkosten (OPEX) ⁸¹⁶	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Laufende Kosten ISP ⁸¹⁶	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Netto-Kosten für die Akquisition	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
EBIT ⁸¹²	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Einkommenssteuer	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Netto-Cash flow	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Kapitalwert (exkl. Restwert)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Durchschnittl. Anz. der Nutzer ('000)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Anzahl der Nutzer am Jahresende ('000) ⁸¹³	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Neu gewonnene Nutzer ('000) ⁸¹⁴	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

⁸¹⁰ Diese Berechnung ähnelt derjenigen im ursprünglichen Geschäftsplan von Telefónica, in dem das Unternehmen eine Ertragswertberechnung für 2002-2011 vornahm, die die Gewinne von 2006-2011 berücksichtigte, die von vor 2006 gewonnenen Teilnehmern stammen, nicht aber solche von Teilnehmern, die nach 2006 gewonnen wurden. (Siehe Schreiben von Telefónica vom 27.9.06, Seite TFCA-12988 der Akte.)

⁸¹¹ Wert pro Einheit × durchschnittliche Anzahl der Endkunden × 12 (der Wert pro Einheit ist oben in Tabelle 41 dargestellt).

⁸¹² Erlöse – Netzkosten (OPEX) – laufende Kosten ISP – Nettokosten für die Akquisition – Amortisierung.

⁸¹³ Die Anzahl der Endnutzer sinkt mit der Zeit, weil (i) nach 2006 gewonnene Teilnehmer ausgenommen sind und (ii) vor 2006 gewonnene Teilnehmer in zunehmendem Maße wechseln (sodass im Jahre 2006 25 % der am Anfang des Jahres vorhandenen Teilnehmer während des Jahres abwandern).

⁸¹⁴ Der sich auf die nach 2006 gewonnenen Teilnehmer beziehende Cash flow ist ausgenommen.

Tabelle 70 – Erwartete Gewinne Telefónica (auf der Grundlage von GigADSL) für 2007-2011, berechnet nach der Anzahl der von 2001 bis 2006 hinzugewonnenen Teilnehmer⁸¹⁵

Mio. EUR	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Erlöse ⁸¹⁶	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Großkundengebühren	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Zusatzkosten	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Netzkosten (CAPEX)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Netzkosten (OPEX) ⁸¹⁶	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Laufende Kosten ISP ⁸¹⁶	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Netto-Kosten für die Akquisition	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Amortisierung Netz-CAPEX ⁸¹⁷	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
EBIT ⁸¹⁸	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Einkommenssteuer	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Netto-Cash flow	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Kapitalwert (exkl. Restwert)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Durchschnittl. Anz. der Nutzer ('000)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Anzahl der Nutzer am Jahresende ('000) ⁸¹⁹	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Neu gewonnene Nutzer ('000) ⁸²⁰	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

⁸¹⁵ Diese Berechnung ähnelt derjenigen im ursprünglichen Geschäftsplan von Telefónica, in dem das Unternehmen eine Ertragswertberechnung für 2002-2011 vornahm, die die Gewinne von 2006-2011 berücksichtigte, die von vor 2006 gewonnenen Teilnehmern stammen, nicht aber solche von Teilnehmern, die nach 2006 gewonnen wurden. (Siehe Schreiben von Telefónica vom 27.9.06, Seite TFCA-12988 der Akte.)

⁸¹⁶ Wert pro Einheit × durchschnittliche Anzahl der Endkunden × 12 (der Wert pro Einheit ist oben in Tabelle 44 dargestellt).

⁸¹⁷ Siehe oben Tabelle 67.

⁸¹⁸ Erlöse – Netzkosten (OPEX) – laufende Kosten ISP – Nettokosten für die Akquisition – Amortisierung.

⁸¹⁹ Die Anzahl der Endnutzer sinkt mit der Zeit, weil (i) nach 2006 gewonnene Teilnehmer ausgenommen sind und (ii) vor 2006 gewonnene Teilnehmer in zunehmendem Maße wechseln (sodass im Jahre 2006 25 % der am Anfang des Jahres vorhandenen Teilnehmer während des Jahres wechseln).

⁸²⁰ Der sich auf die nach 2006 gewonnenen Teilnehmer beziehende Cash flow ist ausgenommen.

2 Das zukunftsbezogene Ertragswertmodell

Tabelle 71 – Berechnung des Restwerts (Netz-CAPEX)

Mio. EUR	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Investition ⁸²¹	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Amortisierung (5 Jahre) ⁸⁰²	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
von CAPEX 2001	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
von CAPEX 2002	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
von CAPEX 2003	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
von CAPEX 2004	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
von CAPEX 2005	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
von CAPEX 2006	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Restwert	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Tabelle 72 – Berechnung des Restwerts (Nettokosten der Kundenakquisition)

Mio. EUR	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Ausgaben ⁸²²	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Amortisierung (3 Jahre) ⁸⁰⁷	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
von SAC 2001	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
von SAC 2002	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
von SAC 2003	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
von SAC 2004	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
von SAC 2005	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
von SAC 2006	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Restwert	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

⁸²¹ Siehe CAPEX pro Einheit (EUR/neuer Teilnehmer) und Anzahl neuer Teilnehmer in der vorstehenden Tabelle 50.

⁸²² Siehe Netto-SAC pro Einheit (EUR/neuer Teilnehmer) und Anzahl neuer Teilnehmer in der vorstehenden Tabelle 50.

D. Die durchschnittliche Vertragsdauer eines Teilnehmeranschlusses bei Telefónica

(769) Telefónica veranschlagt die durchschnittliche Vertragsdauer eines Teilnehmeranschlusses⁸²³ wie folgt:

$$\left\{ \begin{array}{l} \text{Vertragsdauer} = \frac{1}{\text{Abwanderung}} \\ \text{wobei Abwanderung} = \text{durchschnittliche Abwanderungsrate im betr. Jahr :} \\ \text{Abwanderung}_m = \frac{\text{Abwandernde Kunden in Monat } m}{\text{Teilnehmer in Monat } m} \end{array} \right.$$

(770) Ausgehend von dieser Formel ist die durchschnittliche Vertragsdauer eines Teilnehmeranschlusses bei TESAU der folgenden Tabelle zu entnehmen:

Tabelle 73 – Berechnung der Abwanderung von TESAU gemäß der Formel des Unternehmens⁸²⁴

[...]

⁸²³ Schreiben von TESAU vom 26.3.04 (siehe Seite TFCA-680 der Akte).

⁸²⁴ Die Zahlen wurden unmittelbar der *ADSL-Scorecard* von Telefónica entnommen (siehe vorstehende Fußnote 385).

INHALTSVERZEICHNIS

I.	EINLEITUNG	3
II.	DIE PARTEIEN DES VERFAHRENS.....	5
A.	DIE ADRESSATEN DIESER ENTSCHEIDUNG	5
B.	DAS BESCHWERDE FÜHRENDE UNTERNEHMEN	6
III.	DAS VERFAHREN.....	7
IV.	BESCHREIBUNG DER VON DER ENTSCHEIDUNG BETROFFENEN DIENSTE	8
A.	BREITBAND-INTERNETZUGANG.....	8
1	<i>Einleitung</i>	8
2	<i>Breitband-Internetzugänge in Spanien.....</i>	8
3	<i>DSL (Digital Subscriber Line)</i>	10
4	<i>Kabelmodem.....</i>	10
5	<i>Sonstige Technologien.....</i>	11
B.	DER MASSENMARKT DER BREITBAND-INTERNETZUGÄNGE FÜR ENDKUNDEN	12
1	<i>Die wichtigsten Internet-Diensteanbieter („ISP“)</i>	12
2	<i>Breitbandangebote für Endkunden in Spanien.....</i>	13
C.	GROßKUNDEN-BREITBANDZUGÄNGE	22
1	<i>Einleitung</i>	22
2	<i>Beschreibung der wichtigsten Breitbandprodukte für Großkunden in Spanien</i>	23
3	<i>Entwicklung der Nutzung der weiter oben beschriebenen Großkundenprodukte....</i>	31
D.	REGULIERUNG DER VON DER ENTSCHEIDUNG BETROFFENEN DIENSTE	33
1	<i>Regulierung der Endkundenpreise für Breitband-Zugangsdienste.....</i>	33
2	<i>Regulierung der Großkundenpreise für Breitband-Zugangsdienste.....</i>	34
E.	DIE ENTWICKLUNG DER GROßKUNDENGEBÜHREN VON TELEFÓNICA SEIT SEPTEMBER 2001	41
F.	DIE VERFÜGBARKEIT ENTBÜNDELTER TEILNEHMERANSCHLÜSSE SEIT 2001	44
V.	FESTSTELLUNG DER MARKTBEHERRSCHENDEN STELLUNG	49
A.	DIE RELEVANTEN PRODUKT- BZW. DIENSTLEISTUNGSMÄRKTE.....	49
1	<i>Einleitung</i>	49
2	<i>Der relevante Endkundenmarkt</i>	50
3	<i>Die relevanten Großkundenmärkte</i>	54
B.	DER RÄUMLICH RELEVANTE MARKT	71
C.	DIE BEHERRSCHENDE STELLUNG VON TELEFÓNICA	74
1	<i>Beherrschende Stellung auf dem regionalen Großkundenmarkt</i>	74
2	<i>Beherrschende Stellung auf dem landesweiten Großkundenmarkt.....</i>	77
3	<i>Marktbeherrschung auf dem Endkundenmarkt.....</i>	82

VI. DER MISSBRAUCH	94
A. EINLEITUNG	94
B. DER RECHTLICHE RAHMEN, IN DEM TELEFÓNICA AUF REGIONALER UND NATIONALER EBENE GROßKUNDENZUGANG ANGEBOTEN HAT	98
C. METHODIK DES KOSTEN-PREIS-SCHEREN-TESTS	107
1 <i>Bewertung der Rentabilität ausgehend von den nachgelagerten Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens (Test unter Annahme eines „gleich effizienten Wettbewerbers“)</i>	108
2 <i>Der angemessene Kostenmaßstab: das Konzept der langfristigen durchschnittlichen Zusatzkosten (LRAIC = Long Run Average Incremental Costs)</i>	110
3 <i>Der geeignete Test zur Bewertung der Rentabilitätsentwicklung</i>	114
4 <i>Das nachgelagerte Produkt bei der Überprüfung der Nachbildung von Telefónicas nachgelagerten Produkten</i>	135
5 <i>Das vorgelagerte Produkt beim Test der Möglichkeit einer Nachbildung der nachgelagerten Produkte von Telefónica</i>	135
D. DIE BERECHNUNG DER KOSTEN-PREIS-SCHERE	137
1 <i>Bewertung der nachgelagerten zusätzlichen Erträge und Kosten von Telefónica</i> . 138	
2 <i>Die Ergebnisse des Kosten-Preis-Scheren-Tests</i>	182
3 <i>Zusammenfassende Schlussfolgerung hinsichtlich einer Kosten-Preis-Schere</i>	200
E. AUSWIRKUNGEN AUF DEN WETTBEWERB	202
1 <i>Voraussichtliche Auswirkungen von Telefónicas Verhalten auf dem relevanten Markt und auf Konsumenten</i>	202
2 <i>Einfluss des Verhaltens von Telefónica auf den relevanten Markt: Empirische Beweise</i>	206
3 <i>Die Kosten-Preis-Schere war eine rationale, profitable Strategie für Telefónica</i> . 222	
4 <i>Schlussfolgerung zu den Effekten für Wettbewerb und Konsumenten</i>	223
F. OJEKTIVE BEGRÜNDUNGEN UND EFFIZIENZGEWINNE	225
1 <i>Einleitung</i>	225
2 <i>Fehlen einer objektiven Begründung durch eine objektive Notwendigkeit</i>	225
3 <i>Einrede der Reaktion auf einen bestehenden Wettbewerb</i>	231
4 <i>Einrede der Schaffung von Effizienzgewinnen</i>	232
5 <i>Angesichts der Telefónica obliegenden Verpflichtung, Wettbewerbern einen Großkundenzugang bereitzustellen, kann das Verhalten von Telefónica objektiv nicht gerechtfertigt sein</i>	236
6 <i>Schlussfolgerung zu objektiven Begründungen und Effizienzgewinnen</i>	237
G. SPIELRAUM FÜR DIE VERMEIDUNG EINER KOSTEN-PREIS-SCHERE	237
1 <i>Telefónicas Autonomie bei der Festsetzung der eigenen Preise</i>	237
2 <i>Die Beschlüsse der CMT hinsichtlich der Kosten-Preis-Schere verleihen Telefónica keine Immunität gegen die Anwendung von Artikel 82 EG</i>	240
H. SCHLUSSFOLGERUNG HINSICHTLICH DER FRAGE EINES MISSBRÄUHLICHEN VERHALTENS	243
VII. AUSWIRKUNGEN AUF DEN HANDEL ZWISCHEN MITGLIEDSTAATEN	246
VIII. HAFTUNG FÜR DIE ZUWIDERHANDLUNG UND ADRESSATEN DER ENTSCHEIDUNG	247

A.	DIE RECHTSPRECHUNG ZUR BESTIMMUNG DER HAFTBARKEIT	247
B.	HAFTBARKEIT FÜR DIE ZUWIDERHANDLUNG	248
IX.	FESTSETZUNG EINER GELDBUSSE	250
A.	ARTIKEL 15 ABSATZ 2 DER VERORDNUNG NR. 17 UND ARTIKEL 23 ABSATZ 2 DER VERORDNUNG (EG) NR. 1/2003.....	250
1	<i>Vorsatz und/oder Fahrlässigkeit</i>	<i>251</i>
2	<i>Der von Telefónica begangene Verstoß stellt einen eindeutigen Missbrauch dar, für den es Präjudizien gibt.....</i>	<i>259</i>
B.	DER GRUNDBETRAG DER GELDBÜßE.....	262
1	<i>Schwere des Verstoßes</i>	<i>262</i>
2	<i>Dauer.....</i>	<i>266</i>
C.	MILDERNDE UMSTÄNDE	267
D.	SCHLUSSFOLGERUNG	267
X.	ANHÄNGE	269
A.	DER BREITBAND-ENDKUNDEN-MASSENMARKT	269
B.	TELEFÓNICA ENTSTANDENE KOSTEN	270
1	<i>Geschäftsumfang von TESAU und TERRA auf dem Endkundenmarkt</i>	<i>270</i>
2	<i>Kosten IP-Backbone.....</i>	<i>271</i>
3	<i>Kosten für die Teilnehmerakquisition</i>	<i>272</i>
C.	ENDWERTBERECHNUNG IN DER ERTRAGSWERTANALYSE.....	273
1	<i>Das Ertragswertmodell zur rückwirkenden Betrachtung.....</i>	<i>273</i>
2	<i>Das zukunftsbezogene Ertragswertmodell</i>	<i>277</i>
D.	DIE DURCHSCHNITTLICHE VERTRAGSDAUER EINES TEILNEHMERANSCHLUSSES BEI TELEFÓNICA.....	278