

Zusammenfassung der Entscheidung der Kommission
vom 4. Juli 2007
in einem Verfahren nach Artikel 82 des EG-Vertrags
(Sache COMP/38.784 — Wanadoo España/Telefónica)
(nur die spanische Fassung ist verbindlich)

(2008/C 83/05)

Am 4. Juli 2007 erließ die Kommission eine Entscheidung in einem Verfahren nach Artikel 82 des EG-Vertrags. Gemäß Artikel 30 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates ⁽¹⁾ veröffentlicht die Kommission im Folgenden die Namen der Beteiligten und den wesentlichen Inhalt der Entscheidung einschließlich der verhängten Sanktionen, wobei sie den berechtigten Interessen der Unternehmen an der Wahrung ihrer Geschäftsgeheimnisse Rechnung trägt. Eine nichtvertrauliche Fassung des vollständigen Wortlauts der Entscheidung kann in den verbindlichen Sprachen der Wettbewerbssache und in den Arbeitssprachen der Kommission auf der Website der GD COMP unter folgender Adresse aufgerufen werden:

http://europa.eu.int/comm/competition/index_de.html

I. EINLEITUNG

Mit der Entscheidung wird gegen Telefónica SA und Telefónica de España SAU wegen Zuwiderhandlung gegen Artikel 82 des EG-Vertrags eine Geldbuße in Höhe von 151 875 000 EUR verhängt, für deren Zahlung die beiden Unternehmen gesamtschuldnerisch haften. Telefónica missbrauchte von September 2001 bis Dezember 2006 seine marktbeherrschende Stellung, indem es unangemessene Preise in Rechnung stellte und so auf den spanischen Märkten für Breitband-Internetzugänge eine Kosten-Preis-Schere verursachte.

II. FALLBESCHREIBUNG

1. Verfahren

Am 11. Juli 2003 reichte Wanadoo España eine Beschwerde bei der Kommission ein, in der das Unternehmen geltend machte, dass Telefónica auf den spanischen Märkten für Breitband-Internetzugänge eine Kosten-Preis-Schere verursache. Die Kommission stellte Telefónica am 20. Februar 2006 eine Mitteilung der Beschwerdepunkte zu, auf die Telefónica am 19. Mai 2006 antwortete. Am 12. und 13. Juni 2006 fand eine mündliche Anhörung statt. Am 11. Januar 2007 versandte die Kommission ein Schreiben, in dem sie zusätzliche Sachverhalte aufführte, auf die sie sich möglicherweise in ihrem Entscheidungsentwurf stützen würde. Auf dieses Schreiben antwortete Telefónica am 12. Februar 2007.

Der Beratende Ausschuss für Kartell- und Monopolfragen gab am 29. Juni 2007 eine befürwortende Stellungnahme zum Entscheidungsentwurf ab.

2. Hintergrund

In Spanien beruhen Breitband-Internetzugangsdienste für Verbraucher im Wesentlichen auf der ADSL-Technologie (80 % der Breitbandanschlüsse Ende 2006), die einen Internetzugang über die Festnetztelefonleitung ermöglicht. Das marktbeherrschende Unternehmen Telefónica ist das einzige spanische Telekommunikationsunternehmen, das über ein landesweites Telefonfestnetz verfügt. Das Unternehmen hat sein Ortsanschlusnetz über lange Zeit unter dem Schutz ausschließlicher Rechte aufgebaut und konnte seine Investitionen über Monopoleinkünfte finanzieren.

Telefónica kontrolliert die gesamte Wertschöpfungskette auf dem spanischen ADSL-Markt. Die Duplizierung des Ortsanschlusnetzes von Telefónica wäre unwirtschaftlich. Daher hatten andere Anbieter von Breitbanddiensten für Endkunden keine andere Wahl, als auf vertraglicher Grundlage Vorleistungsprodukte für den Breitbandzugang zu beziehen, die alle auf dem Ortsanschlusnetz von Telefónica beruhten. Ein Markteintritt auf der Grundlage von Vorleistungsprodukten, die sich auf alternative Technologien stützen (Kabelmodem), war nicht möglich.

⁽¹⁾ ABl. L 1 vom 4.1.2003, S. 1.

3. Rechtliche Würdigung

3.1. Relevante Märkte und beherrschende Stellung

In der Entscheidung werden drei relevante Produktmärkte abgegrenzt: der Endkunden-Breitbandmarkt (Massenmarkt) und zwei unterschiedliche Vorleistungsmärkte für Breitbandzugänge, nämlich zum einen der Vorleistungsmarkt für Breitbandzugänge auf regionaler Ebene und zum anderen der Vorleistungsmarkt für Breitbandzugänge auf landesweiter Ebene.

Die Abgrenzung der Vorleistungsmärkte stützt sich in erster Linie auf die hohen Investitionen für den Netzaufbau, die für die Umstellung auf ein anderes Vorleistungsprodukt erforderlich sind: i) Beim landesweiten Breitbandzugang auf Vorleistungsebene wird der Datenverkehr an einem einzigen Zugangspunkt an andere Betreiber übergeben, so dass die Betreiber ohne (bzw. fast ohne) Aufbau eines eigenen Netzes Breitbanddienste für Endkunden anbieten können; ii) beim regionalen Breitbandzugang auf Vorleistungsebene sind hohe Investitionen zum Aufbau eines Netzes erforderlich, das Anschluss an bis zu 109 regionale Zugangspunkte bieten muss.

Telefónica ist ferner der einzige Anbieter einer dritten Art von Breitbandzugängen auf Vorleistungsebene. Dabei handelt es sich um die Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen, die im Rahmen der betreffenden Entscheidung keinen relevanten Markt darstellt. Aufgrund der erforderlichen extrem hohen Investitionen ist bei der Entbündelung keine Austauschbarkeit mit den anderen vorgenannten Vorleistungsprodukten gegeben. Darüber hinaus gab es im Hinblick auf die tatsächliche Verfügbarkeit solcher entbundelter Anschlüsse erhebliche Probleme, die die spanische Regulierungsbehörde im November 2006 zur Verhängung einer Geldbuße veranlassten.

Telefónica verfügt auf beiden Vorleistungsmärkten über eine beherrschende Stellung. Das Unternehmen besitzt eine Monopolstellung auf dem Vorleistungsmarkt für Breitbandzugänge auf regionaler Ebene und hat einen Anteil von 80 % auf dem Vorleistungsmarkt für Breitbandzugänge auf nationaler Ebene. Telefónica ist in der Lage, entscheidenden Einfluss (Kosten-Preis-Schere, allgemeine Verzögerungen bei der Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen) auf die Verfügbarkeit konkurrierender Vorleistungsangebote auf landesweiter Ebene (die zwangsläufig auf den anderen Vorleistungsangeboten von Telefónica beruhen) zu nehmen.

3.2. Zuwiderhandlung

Von September 2001 bis Dezember 2006 reichte zum einen die Spanne zwischen den Endkundenpreisen von Telefónica und dem Vorleistungsentgelt für Breitbandzugänge auf regionaler Ebene und zum anderen die Spanne zwischen den Endkundenpreisen und dem Vorleistungsentgelt für Breitbandzugänge auf landesweiter Ebene nicht aus, um die Kosten zu decken, die einem ebenso effizienten Betreiber wie Telefónica bei der Bereitstellung von Breitbandzugängen für Endkunden entstünden.

Im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung wurde im Hinblick auf das Vorliegen einer Kosten-Preis-Schere geprüft, ob der nachgelagerte Geschäftsbereich von Telefónica auf der Grundlage der Preise, die der vorgelagerte Geschäftsbereich von Telefónica auf dem Vorleistungsmarkt in Rechnung stellt, rentabel wäre. Die Rentabilität wurde mit zwei Methoden ermittelt: zum einen mit einem Ansatz, bei dem einzelne Zeiträume getrennt betrachtet wurden (dabei wurde die jährliche Rentabilität von Telefónica bewertet), und zum anderen nach der von Telefónica vorgeschlagenen Ertragswertmethode (bei der nicht kostendeckende Preise in der Anfangsphase eines expandierenden Marktes zulässig sind ⁽¹⁾), Telefónica aber im Zeitraum 2001 bis 2006 hätte rentabel sein müssen). Beide Methoden führten zu demselben Ergebnis: Telefónica verursachte von September 2001 bis Dezember 2006 eine Kosten-Preis-Schere.

Nach Auffassung von Telefónica stellt das Verhalten, das Gegenstand der Entscheidung ist, d. h. die Verursachung einer Kosten-Preis-Schere, eine konstruktive Lieferverweigerung dar, so dass die Kommission hätte nachweisen müssen, dass die in der Rechtssache *Oscar Bronner* ⁽²⁾ angewandten Kriterien erfüllt waren. Der vorliegende Fall unterscheidet sich jedoch im Hinblick auf den Sachverhalt sowie die wirtschaftlichen und rechtlichen Umstände grundlegend von der Rechtssache *Oscar Bronner*. Im vorliegenden Fall ist Telefónica aufgrund der spanischen Rechtsvorschriften, die mit dem Gemeinschaftsrecht im Einklang stehen, verpflichtet, auf dem Vorleistungsmarkt Breitbandzugänge sowohl auf regionaler als auch auf landesweiter Ebene anzubieten. Diese Verpflichtung wurde im Interesse des Wettbewerbs und der Verbraucher eingeführt. Zuvor hatten die spanischen Behörden die für Telefónica und dessen Konkurrenten bestehenden Investitions- und Innovationsanreize gegen die Notwendigkeit abgewogen, langfristig den Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt zu fördern. Der Anreiz für Infrastrukturinvestitionen, der ex ante für Telefónica bestand, war im vorliegenden Fall zu keinem Zeitpunkt relevant: Das Netz von Telefónica auf dem vorgelagerten Markt ist in erheblichem Umfang das Ergebnis von Investitionen, die deutlich vor dem Aufkommen der Breitbandtechnik in Spanien und in einer Situation getätigt wurden, in der Telefónica noch Sonderrechte bzw. ausschließliche Rechte besaß, durch die das Unternehmen vom Wettbewerb abgeschirmt war.

⁽¹⁾ Bei der Ertragswertmethode werden beispielsweise Lerneffekte und Größenvorteile berücksichtigt, die für schnell wachsende Märkte wie den betroffenen Markt kennzeichnend sind.

⁽²⁾ Rechtssache C-7/97, *Oscar Bronner*, Slg. 1998, I-7791, Randnrn. 43-46.

Telefónica war zu keinem Zeitpunkt daran gehindert, seinen Konkurrenten niedrigere Vorleistungsentgelte anzubieten, um den durch die Kosten-Preis-Schere verursachten Druck abzustellen. Bis zum 21. Dezember 2006 waren seine Vorleistungsentgelte für Breitbandzugänge auf nationaler Ebene in keiner Weise reguliert, und für Vorleistungsentgelte für Breitbandzugänge auf regionaler Ebene galten lediglich Obergrenzen.

Die Zuwiderhandlung wurde im Dezember 2006 durch die spanische Regulierungsbehörde beendet, die die Vorleistungsentgelte senkte. Die Regulierungsbehörde hat sich zu keinem Zeitpunkt zum Vorliegen einer Kosten-Preis-Schere bei den beiden auf landesweiter Ebene angebotenen Vorleistungsprodukten von Telefónica geäußert, und ihre Bewertung hinsichtlich des Vorliegens einer Kosten-Preis-Schere bei dem auf regionaler Ebene angebotenen Vorleistungsprodukt von Telefónica stützte sich auf die Prognosen von Telefónica vom Oktober 2001, während die Kommission die in der Vergangenheit tatsächlich verzeichneten Kosten heranzog.

3.3. Auswirkungen der Zuwiderhandlung

Im vorliegenden Fall ist davon auszugehen, dass eine Abschottung bewirkt wurde, weil die Kosten-Preis-Schere die Möglichkeiten der Wettbewerber von Telefónica beeinträchtigte, in den relevanten Markt einzutreten und Wettbewerbsdruck auf Telefónica auszuüben⁽¹⁾. Die Kosten-Preis-Schere führte zu einer Beschränkung des Wettbewerbs, weil ebenso effiziente Mitbewerber unhaltbare Verluste hinnehmen mussten: Sie waren letztlich entweder gezwungen, sich aus dem Markt zurückzuziehen, oder sie wurden auf jeden Fall in ihren Investitions- und Wachstumsmöglichkeiten behindert. Selbst wenn sie in der Lage waren, sowohl bei den Endkundenpreisen als auch bei den Kosten verkaufsfördernder Maßnahmen mit Telefónica gleichzuziehen, waren sie wegen der anhaltenden Verluste langfristig schlecht aufgestellt, um mit einem aggressiven Konkurrenzangebot Druck auf Telefónica ausüben zu können. Folglich führte das Verhalten von Telefónica aller Wahrscheinlichkeit nach zu einer Verzögerung des Markteintritts und des Wachstums der Mitbewerber. Somit dürfte Telefónica den Zeitpunkt, zu dem ADSL-Betreiber die Größenvorteile erreichen konnten, bei denen Investitionen in die eigene Infrastruktur dieser Marktteilnehmer gerechtfertigt und letztlich die Nutzung entbundelter Teilnehmeranschlüsse möglich gewesen wäre, so lange wie möglich hinausgezögert haben.

Im vorliegenden Fall war der unmittelbare Schaden für die Verbraucher beträchtlich: Ohne die Verzerrungen aufgrund der von Telefónica verursachten Kosten-Preis-Schere hätte sich auf dem Endkundenmarkt für Breitbanddienste wahrscheinlich ein intensiverer Wettbewerb entwickelt, und die Verbraucher hätten größere Vorteile in Form niedrigerer Preise und vielfältigerer oder innovativerer Produkte genossen.

Die Kosten-Preis-Schere hatte konkrete Abschottungswirkungen auf dem Endkundenmarkt und wirkte sich nachteilig auf die Endnutzer aus. Aufgrund der Kosten-Preis-Schere gehören die spanischen Endkundenpreise mit zu den höchsten in der EU der 15 Mitgliedstaaten (EU-15), wenn sie nicht sogar die höchsten sind. Auch die Verbreitung von Breitbandanschlüssen in Spanien liegt unter dem EU-15-Durchschnitt. Es gibt keine Angebots- oder Nachfragefaktoren, die die Höhe der spanischen Endkundenpreise angemessen erklären könnten. Somit hat das Verhalten von Telefónica die Verbraucher beträchtlich geschädigt.

4. Geldbußen

Telefónica hat vorsätzlich gehandelt. Den Daten von Telefónica zufolge ist auszuschließen, dass dem Unternehmen seine Verluste im nachgelagerten Geschäftsbereich nicht bewusst waren. Was die Vorleistungsentgelte für Breitbandzugänge auf regionaler Ebene anbetrifft, so hätte Telefónica selbst unter der günstigen Annahme, dass das Unternehmen anfänglich davon ausging, dass sich das Modell der spanischen Regulierungsbehörde auf realistische Schätzungen stützte, sehr schnell erkennen müssen, dass die tatsächlichen Kostendaten diesen Schätzungen nicht entsprachen. Dass Telefónica weiterhin von der Richtigkeit der Schätzungen und Berechnungen der spanischen Regulierungsbehörde ausging, obwohl immer mehr tatsächliche Daten dem widersprachen, ist zumindest als grob fahrlässiges Verhalten zu werten. Wenn überhaupt, kann die Vorabintervention der Regulierungsbehörde in Bezug auf das regionale Vorleistungsprodukt nur als mildernder Umstand gewertet werden. Daher ist die Verhängung einer Geldbuße gegenüber Telefónica gerechtfertigt.

Die Geldbuße wurde unter Berücksichtigung von Schwere und Dauer der Zuwiderhandlung festgesetzt.

4.1. Schwere der Zuwiderhandlung

Bei der Ermittlung der Schwere der Zuwiderhandlung sind die Art und die Auswirkungen der Zuwiderhandlung sowie der Umfang des räumlich relevanten Marktes zu berücksichtigen.

⁽¹⁾ Der Nachweis von Abschottungswirkungen setzt nicht den Nachweis voraus, dass Konkurrenten gezwungen wurden, sich aus dem Markt zurückzuziehen. Hinreichend ist bereits der Nachweis, dass die Wettbewerber benachteiligt wurden und deshalb weniger aggressiv konkurrieren konnten.

4.1.1. Art der Zuwiderhandlung

Das Verhalten von Telefónica stellt eindeutig eine Zuwiderhandlung eines Unternehmens dar, das faktisch eine Monopolstellung innehat. Dafür gibt es bereits mehrere Präzedenzfälle. Insbesondere in der Sache *Deutsche Telekom* wurde klargestellt, unter welchen Bedingungen Artikel 82 des EG-Vertrags auf eine wirtschaftliche Tätigkeit Anwendung findet, die einer sektorspezifischen Vorabregulierung unterliegt. Eine solche Zuwiderhandlung kann gemäß den Leitlinien der Kommission für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen, die für den betreffenden Zeitraum galten, als besonders schwerer Verstoß gewertet werden.

Wie die Kommission in ihrer Entscheidung in der Sache *Deutsche Telekom* darlegte, wird durch einen Missbrauch, wie er von Telefónica begangen wurde, das Ziel der Errichtung eines gemeinschaftsweiten Binnenmarktes für Telekommunikationsnetze und -dienste mit unverfälschtem Wettbewerb gefährdet, so dass grundsätzlich zweifellos von einem besonders schweren Verstoß ausgegangen werden kann⁽¹⁾. Damals stufte die Kommission die Zuwiderhandlung der Deutschen Telekom allerdings aus einer Reihe von Gründen nicht als besonders schweren Verstoß ein. Im vorliegenden Fall ist jedoch keiner diese Gründe gegeben.

4.1.2. Auswirkungen der Zuwiderhandlung

Bei der Bestimmung der Schwere der Zuwiderhandlung hat die Kommission die Tatsache berücksichtigt, dass alle relevanten Märkte in dieser Entscheidung Märkte von beträchtlicher wirtschaftlicher Bedeutung sind, denen bei der Entwicklung der Informationsgesellschaft eine entscheidende Bedeutung zukommt. Breitbandverbindungen sind Voraussetzung für die Bereitstellung einer Vielzahl kommerzieller und öffentlicher Online-Dienste für Endkunden.

Wie in Abschnitt 3.3 erläutert, hat das Verhalten von Telefónica die Möglichkeit konkurrierender ADSL-Betreiber beschränkt, auf dem Endkundenmarkt ein nachhaltiges Wachstum zu erzielen, und die Verbraucher erheblich geschädigt.

4.1.3. Umfang des räumlich relevanten Marktes

Bei dem räumlich relevanten Markt handelt es sich um Spanien. Die Tatsache, dass sich die Zuwiderhandlung auf einen einzigen Mitgliedstaat beschränkte, ändert nichts daran, dass der Verstoß als besonders schwer einzustufen ist, denn die Schwere der Zuwiderhandlung ist unter Berücksichtigung der Gesamtumstände des Falles zu beurteilen. Im Telekommunikationssektor sind Fälle von Kosten-Preis-Scheren (aufgrund der räumlichen Ausdehnung des Netzes des etablierten Unternehmens) zwangsläufig auf einen Mitgliedstaat beschränkt, doch werden potenzielle Markteinsteiger aus anderen Mitgliedstaaten durch eine Kosten-Preis-Schere daran gehindert, in schnell wachsende Märkte einzutreten.

4.1.4. Schlussfolgerung zur Schwere der Zuwiderhandlung

Aufgrund der obigen Feststellungen muss die Zuwiderhandlung insgesamt als besonders schwer eingestuft werden, selbst wenn der Verstoß über den betreffenden Zeitraum hinweg nicht zwangsläufig immer gleich schwer war.

Der Ausgangsbetrag der Geldbuße trägt der Tatsache Rechnung, dass sich die Schwere des Verstoßes von Telefónica im Laufe des betreffenden Zeitraums und insbesondere nach der Entscheidung in der Sache *Deutsche Telekom* immer deutlicher abzeichnete.

4.2. Dauer der Zuwiderhandlung

Die Zuwiderhandlung dauerte von September 2001 bis Dezember 2006, d. h. 5 Jahre und 4 Monate, was gemäß den Leitlinien der Kommission zur Festsetzung von Geldbußen als Verstoß von langer Dauer zu werten ist.

4.3. Mildernde Umstände

Auf der Grundlage aller verfügbaren Beweise ist die Kommission der Auffassung, dass im vorliegenden Fall bestimmte mildernde Umstände anerkannt werden können, da einige der Entgelte, die Telefónica während eines Teils des betreffenden Zeitraums in Rechnung stellte, einer sektorspezifischen Regulierung unterlagen. Ähnlich wie im Falle der *Deutschen Telekom*, bei der die Tatsache, dass die Endkunden- und die Vorleistungsentgelte der Deutschen Telekom einer sektorspezifischen Regulierung unterlagen, als mildernder Umstand gewertet und daher eine Kürzung um 10 % vorgenommen wurde, wurde auch in diesem Fall eine Kürzung um 10 % zugestanden, obwohl Telefónica bei der Preisfestsetzung über einen viel größeren Spielraum verfügte.

Unter Berücksichtigung aller vorgenannten Faktoren beläuft sich die Geldbuße für Telefónica SA und seine Tochtergesellschaft Telefónica de España SAU auf 151 875 000 EUR, für deren Zahlung beide Unternehmen gesamtschuldnerisch haften.

(1) Siehe *Deutsche Telekom*, Randnrn. 203-204.