

Ausgabe
in deutscher Sprache

Rechtsvorschriften

Inhalt

I *Veröffentlichungsbedürftige Rechtsakte*

...

II *Nicht veröffentlichungsbedürftige Rechtsakte*

Kommission

1999/287/EG:

- ★ Entscheidung der Kommission vom 8. Juli 1998 zur Erklärung der Vereinbarkeit eines Zusammenschlußvorhabens mit dem Gemeinsamen Markt und der Funktionsweise des EWR-Abkommens (Sache IV/M. 1069 — WorldCom/MCI) (*Bekanntgegeben unter Aktenzeichen K(1998) 1887 endg.*)⁽¹⁾ 1

1999/288/EG:

- ★ Entscheidung der Kommission vom 29. Juli 1998 über die bedingte Genehmigung der von Italien zugunsten der Banco di Napoli gewährten Beihilfe (*Bekanntgegeben unter Aktenzeichen K(1998) 2495*)⁽¹⁾ 36

II

(Nicht veröffentlichungsbedürftige Rechtsakte)

KOMMISSION

ENTSCHEIDUNG DER KOMMISSION

vom 8. Juli 1998

zur Erklärung der Vereinbarkeit eines Zusammenschlußvorhabens mit dem Gemeinsamen Markt und der Funktionsweise des EWR-Abkommens

(Sache IV/M. 1069 — WorldCom/MCI)

(Bekanntgegeben unter Aktenzeichen K(1998) 1887 endg.)

(Nur der englische Text ist verbindlich)

(Text von Bedeutung für den EWR)

(1999/287/EG)

DIE KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN
GEMEINSCHAFTEN —

in Erwägung nachstehender Gründe:

gestützt auf den Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft,

gestützt auf das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum, insbesondere auf Artikel 57 Absatz 2 Buchstabe a),

gestützt auf die Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 21. Dezember 1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen⁽¹⁾, zuletzt geändert durch die Verordnung (EG) Nr. 1310/97⁽²⁾, insbesondere auf Artikel 8 Absatz 2,

gestützt auf die Entscheidung der Kommission vom 3. März 1998, in dieser Sache ein Verfahren einzuleiten,

gestützt auf die Stellungnahme des Beratenden Ausschusses für Unternehmenszusammenschlüsse⁽³⁾,

- (1) Am 20. November 1997 haben WorldCom, Inc. („WorldCom“) und MCI Communications Corporation („MCI“) gemeinsam ein Vorhaben gemeldet, das den Zusammenschluß der beiden Unternehmen gemäß Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a) der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 („der Fusionskontrollverordnung“) vorsieht. Da die Vereinbarung vor dem 1. März 1998 geschlossen wurde, wurde die Fusionskontrollverordnung in der Fassung vor der mit der Verordnung (EG) Nr. 1310/97 vorgenommenen Änderung angewandt.
- (2) Am 18. Dezember 1997 teilte die Kommission den Parteien mit, daß weitere Angaben zur Vervollständigung der Anmeldung erforderlich seien und daß die Fristen bis zum Eingang dieser Angaben verlängert würden. Am 3. Februar 1998 wurden die erforderlichen Angaben von den Parteien vorgelegt und die Anmeldung von der Kommission für vollständig erklärt.
- (3) Mit Entscheidung vom 11. Dezember 1997 und 24. Februar 1998 hat die Kommission die Verlängerung der Frist gemäß Artikel 7 Absatz 2 und Artikel 18 Absatz 2 der Fusionskontrollverordnung bis zum Erlass einer endgültigen Entscheidung in dieser Sache angeordnet.

⁽¹⁾ ABl. L 395 vom 30.12.1989, S. 1; berichtigte Fassung im ABl. L 257 vom 21.9.1990, S. 13.

⁽²⁾ ABl. L 180 vom 9.7.1997, S. 1.

⁽³⁾ ABl. C 122 vom 4.5.1999.

- (4) Am 3. März 1998 kam die Kommission nach Prüfung der Anmeldung zu dem Ergebnis, daß die Fusionskontrollverordnung auf dieses Vorhaben anzuwenden war und daß ernsthafte Bedenken hinsichtlich seiner Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt bestanden. Sie beschloß deshalb, ein Verfahren gemäß Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe c) der Fusionskontrollverordnung einzuleiten.

I. DIE PARTEIEN

- (5) WorldCom und MCI sind börsennotierte US-amerikanische Telekommunikationsunternehmen. WorldCom erbringt Geschäfts- und Privatkunden vermittelte und festgeschaltete internationale Sprach- und Datenkommunikationsdienste im Orts- und Fernverkehr (einschließlich Internet-Diensten, die überwiegend über ihre Tochtergesellschaften UUNet, ANS, CNS und GridNet erbracht werden), „800“-Dienste, Ruf- und Debetkartendienste. Es hat eine Reihe von Tochtergesellschaften in verschiedenen europäischen Ländern und errichtet gegenwärtig Glasfaserverbindungen in mehreren europäischen Hauptstädten. MCI erbringt Geschäfts- und Privatkunden eine Palette integrierter Dienste einschließlich Fernverkehrs- und Funkdienste, örtliche Personenrufdienste, Nachrichtenübermittlung, Informationsdienste, Auslagerungsdienste und fortgeschrittene weltweite Kommunikationsdienste einschließlich Internet.

II. DAS VORHABEN

- (6) Gemäß einer Vereinbarung vom 9. November 1997 zwischen WorldCom und MCI („der Fusionsvereinbarung“) soll MCI mit TC Investments Corp., Delaware, einer direkten Tochtergesellschaft im Alleinbesitz von WorldCom, verschmolzen werden. Für jede MCI-Stammaktie erhält der Inhaber ein Bezugsrecht für eine bestimmte Anzahl von WorldCom-Stammaktien, während für jede MCI-Stammaktie der Klasse A im Eigentum von British Telecommunications plc („BT“) der Inhaber das Recht auf Barvergütung in US-Dollar in einer zu vereinbarenden Höhe erhält. TC Investments Corp. wird unter dem Namen „MCI Communications Corporation“ fortbestehen, während der Name von WorldCom in „MCI WorldCom“ umgewandelt wird.
- (7) Außerdem wird MCI seine Stimmrechte (einschließlich seiner Aktionärsstimmrechte) an dem Gemeinschaftsunternehmen („GU“) Concert mit BT im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Zusammenschlußvorhabens verlieren, während MCI

seine Beteiligung an Concert innerhalb eines Zeitraums von bis zu 127 Tagen nach dem Inkrafttreten veräußern wird. Daraufhin wird seine Beziehung zu Concert auf eine nicht-ausschließliche Vertriebshändlervereinbarung beschränkt sein.

III. DER ZUSAMMENSCHLUSS

- (8) Das in Randnummer 6 beschriebene Vorhaben stellt einen Zusammenschluß im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a) der Fusionskontrollverordnung dar.

IV. GEMEINSCHAFTSWEITE BEDEUTUNG

- (9) Nach Anpassungen zur Berücksichtigung der Umsätze, die den seit den jeweils letzten geprüften Bilanzen erworbenen oder veräußerten Unternehmen zuzuweisen sind, beläuft sich der Weltumsatz von WorldCom im Jahr 1996 auf mehr als 4 Mrd. ECU, während der Weltumsatz von MCI für diesen Zeitraum 14 Mrd. ECU übertrifft.
- (10) Die Ermittlung des gemeinschaftsweiten Umsatzes gemäß der Fusionskontrollverordnung erfordert eine räumliche Zuteilung des Umsatzes. Es gibt verschiedene Verfahren, um die von Telefongesellschaften mit ihren Diensten außerhalb ihres Stammlandes erzielten Einnahmen zuzuteilen. Nach sämtlichen möglichen Varianten erzielen WorldCom und MCI einen gemeinschaftsweiten Umsatz von jeweils mehr als 250 Mio. ECU. Außerdem erzielen beide nicht mehr als zwei Drittel ihres gemeinschaftsweiten Umsatzes innerhalb ein und desselben Mitgliedstaats. Der Zusammenschluß ist somit von gemeinschaftsweiter Bedeutung im Sinne von Artikel 1 der Fusionskontrollverordnung.

V. ZUSAMMENARBEIT MIT ANDEREN WETTBEWERBSBEHÖRDEN

- (11) Das Zusammenschlußvorhaben WorldCom/MCI wurde unter anderem auch der Antitrust-Division des amerikanischen Justizministeriums gemeldet. Die Parteien haben Erklärungen unterzeichnet, damit die amerikanischen Stellen und die Kommission Informationen austauschen können, die den beiden Behörden von den Parteien vorgelegt wurden. Mehrere Unternehmen, die auf parallele Ermittlungen beider Behörden

erwidert hatten, haben darin eingewilligt, daß sie diese Informationen austauschen, oder machten beiden Behörden dieselben Ausführungen.

- (12) Bei der Untersuchung und Bewertung des Zusammenschlußvorhabens kam es zu einer engen Zusammenarbeit zwischen den beiden Behörden einschließlich Meinungsaustausch über den Bewertungsrahmen, abgestimmte Informationsersuchen, Teilnahme amerikanischer Beamter bei den Anhörungen und gemeinsame Zusammenkünfte und Verhandlungen mit den Parteien.

VI. VEREINBARKEIT MIT DEM GEMEINSAMEN MARKT

A. ÜBERTRAGUNGS- UND INTERNETDIENSTE

- (13) Nach Auffassung der Parteien entsprechen die sachlich relevanten Märkte zur Beurteilung dieses Falles den in vorangehenden von der Kommission behandelten Fällen einschließlich BT/MCI (I)⁽⁴⁾, Atlas⁽⁵⁾ Phoenix/Global One⁽⁶⁾, Uniworld⁽⁷⁾ und Unisource⁽⁸⁾ zugrunde gelegten relevanten Märkten. Die Parteien haben vorgebracht, daß gemäß diesen Definitionen Überschneidungen lediglich in folgenden drei relevanten Produktmärkten bestünden: Telekommunikationsdienste an Unternehmen (einschließlich Sprach- und Datenpakete unter Verwendung von z. B. X25-, Frame Relay- und Internet-Protokollen (globale virtuelle Privatnetze, gebührenfreie ausgewählte Kartendienste, einfache Wiederverkaufsdienste und festgeschaltete Übertragung)), Reisendendienste einschließlich vorbezahlte Dienste, Rufkarten- und Mehrwertdienste sowie Übertragungsdienste.
- (14) Den von den Parteien vorgelegten Datenangaben war zu entnehmen, daß ihr gemeinsamer Marktanteil bei Reisendendiensten und Kommunikationsdiensten an Unternehmen bei jeder Definition der räumlich relevanten Märkte wenige Prozentpunkte nicht übersteigen würde. Nachfragen bei Dritten bestätigten die Annahme, daß mögliche Überschneidungen auf diesen beiden Märkten nicht als bedenklich für den Wettbewerb anzusehen wären.

⁽⁴⁾ Sache IV/34.857, ABl. L 223 vom 27.8.1994, S. 36.

⁽⁵⁾ Sache IV/35.337, ABl. L 239 vom 19.9.1996, S. 23.

⁽⁶⁾ Sache IV/35.617, ABl. L 239 vom 19.9.1996, S. 57.

⁽⁷⁾ Sache IV/35.738, ABl. L 318 vom 20.11.1997, S. 24.

⁽⁸⁾ Sache IV/35.830, ABl. L 318 vom 20.11.1997, S. 1.

1. Übertragungsdienste

- (15) In der Entscheidung Unisource wurden folgende Dienste in den Markt der Übertragungsdienste einbezogen: Vermietung von Übertragungskapazität und Bereitstellung damit verbundener Dienste an dritte Telekommunikations-Verkehrsübertrager und Diensteanbieter. Die wichtigsten Dienste waren dabei: vermittelte und festgeschaltete Transitdienste, Verkehrsdrehkreuze und Wiederverkaufsdienste an Diensteanbieter ohne eigene internationale Telekommunikationseinrichtungen. Da jedoch der gemeinsame Marktanteil der Parteien nicht groß genug wäre, um Wettbewerbsbedenken aufzuwerfen (nächstehend erörtert), kann die Frage der genauen Marktdefinition offenbleiben.

2. Die internetbezogenen Dienste

- (16) In einer großen Anzahl der Erwidierungen von Dritten auf die ersten Nachfragen der Kommission wurde die Auffassung vertreten, daß die internetbezogenen Dienste als von den allgemeinen Datenkommunikationsdiensten getrennter Markt oder Reihe von Märkten zu definieren seien. Auch die zusammengetragenen Informationen deuten darauf hin, daß es sich bei dem Internet nicht um einen einzigen Markt, sondern eine Reihe von Märkten handelt. Vor der Erörterung der Marktdefinition ist es angezeigt, die Funktionsweise des Internets zu erläutern.

i) Das Internet

- (17) Das „Internet“ wurde ursprünglich in den Vereinigten Staaten als ein Instrument der Zusammenschaltung einzelner lokaler Computernetze z. B. von Forschungseinrichtungen von Universitäten oder der Regierung errichtet. Die Verbundstruktur wurde unter Nutzung des Fernsprechkabelnetzes mit Unterstützung der amerikanischen Regierung insbesondere der National Science Foundation (NSF) entwickelt. Das Ziel der Zusammenschaltung bestand darin, die einzelnen Netze, d. h. die einzelnen Hauptrechner innerhalb jedes Netzes, in die Lage zu versetzen, miteinander zu kommunizieren. (Der Begriff „Netz“ besagt nichts über die jeweilige Größe und wird auf Systeme angewandt, die von kleinen lokalen Netzen z. B. in einem Bürogebäude mit nur einem Dutzend Endgeräten bis zu raumgreifenden Systemen internationaler oder weltweiter Zusammenschaltungen mit Tausenden von Anschlüssen reichen.)

- (18) Die Netze können nach verschiedenen Normen betrieben werden. Die Fähigkeit, Daten in verständlicher Form zwischen Netzen wie dem Internet zu versenden und zu empfangen, ist nur gegeben, wenn sämtliche Daten gemäß gemeinsam vereinbarter Protokolle ausgetauscht werden, von denen das TCP/IP-Protokoll (transfer control protocol/Internet protocol) das wichtigste ist. Innerhalb eines Netzes können Daten zwar mit einem örtlichen Protokoll übertragen werden, doch der Internet-Verkehr mit außenstehenden Netzen muß über das TCP/IP-Format erfolgen.
- (19) Die auf diese Weise ausgetauschten Daten bestehen aus elektronischen Mitteilungen, die in einzelne Datenpakete aufgeteilt getrennt durch das System geleitet werden. Jedes Datenpaket enthält die Weiterleitungsangaben für die zu passierenden Vermittlungseinrichtungen. Die Pakete werden bei ihrer Ankunft am Zielort, d. h. einem anderen Endgerät im Internet, wieder zusammengesetzt, so daß die Nachricht vom Benutzer gelesen werden kann. Besteht eine direkte Schaltung zwischen zwei Netzen, so können die Daten direkt vom Ursprungs- zum Zielnetz versandt werden; ist dies nicht der Fall, müssen die Datenpakete Zwischennetze passieren. Die Vermittlungseinrichtungen sind so ausgerüstet, daß sie die Adresse auf den durchreisenden Datenpaketen lesen und sie an den nächsten Schaltpunkt auf ihrer Reise weiterleiten können.
- (20) Die über Internet versandten Daten können verschiedene Formen annehmen, z. B. als Postweiterleitung (elektronische Postsendungen zwischen zwei Endbenutzern des Internets) oder als Dateiweiterleitung (Weiterleitung von Dateien entweder zwischen zwei Endbenutzern oder von einem allgemein zugänglichen Ort an einen Endbenutzer). Im Anschluß an die Entwicklung des Internet wurde das World Wide Web aufgebaut. Hierbei handelt es sich um das vereinbarte Format Hyper-Text Markup Language (HTML) für die Anzeige und Verknüpfung von Daten auf dem Internet. Mittels Internet-Adressen haben die Benutzer Zugang zu sogenannten „Web sites“, die unter Verwendung von HTML Daten und Informationen darstellen, anhand deren man Dienstleistungen erwerben oder mit anderen Benutzern auf derselben Seite kommunizieren kann. Die Benutzung des Internets wird ständig fortentwickelt, gegenwärtig wird daran gearbeitet, unter Verwendung des Internet-Protokolls Sprachtelefon- und Fernkopierdienste zu ermöglichen.
- (21) Die Verschaltung innerhalb und zwischen den Netzen erfolgt in der Regel über herkömmliche Fernmeldekabel oder Glasfasern. Die physische Grundlage der meisten Internet-Netze sind im wesentlichen die herkömmlichen Fernsprechnetzwerke, deren Kabel auch den Datenverkehr übertragen können. Die Internet-Datenpakete werden jedoch üblicherweise nicht über die öffentlichen Vermittlungsnetze, sondern entweder über private Mietleitungen oder unter Verwendung der von den Telefonbetreibern angebotenen schnellen Paketvermittlungsdienste wie Frame relay, X25 oder der asynchronen Übermittlung ATM im „virtuellen Netz“ übertragen. Die Zusammenschaltungspunkte sind mit besonderen Schaltern und Leitwegenkern ausgestattet, welche die Internet-Pakete erkennen und entlang dem richtigen Weg zum nächsten Knotenpunkt lenken können. Internet-Nachrichten können auch über die herkömmlichen öffentlichen Fernsprechnetzwerke durch Modems an den Eingangs- und Ausgangspunkten des Vermittlungsnetzes geleitet werden, doch das Erfordernis, eine Vermittlungsleitung für die Dauer einer Verbindung insbesondere im Fernverkehr freizuhalten, verringert die wirtschaftlichen Vorteile der Nutzung der paketvermittelten Datenübertragung beträchtlich. Mit der zunehmenden Nachfrage nach Internet-Datenverkehr ist die Nutzung der Einrichtungen des Sprachtelefonnetzes zurückgegangen. Bei der Errichtung neuer und der Umrüstung bestehender Übertragungsnetze werden zunehmend Kabel einer hohen Übertragungskapazität unter Berücksichtigung der Internet-Erfordernisse verlegt.
- (22) Anfänglich hatte das Internet eine eindeutig hierarchische Struktur, bei der die Ortsnetze z. B. von Universitäten an Regionalnetze angeschlossen waren, die wiederum mit der von der amerikanischen Wissenschaftsstiftung betriebenen Zentralverbindungseinheit („backbone“) über weite Strecken verbunden waren. Die Daten wurden ähnlich wie bei der herkömmlichen Fernsprechnetzwerke übertragen. Dabei wurde der Datenverkehr, der von den Ortsnetzen nicht übertragen werden konnte, an ein regionales Netz weitergeleitet, und, falls sie nicht von dem regionalen Netz oder einem anderen angeschlossenen Ortsnetz weitergeleitet werden konnten, an die Zentralverbindung gesandt. Nachdem die Daten den Zusammenschaltungspunkt auf der Zentralverbindung passiert hatten, haben sie ihre Reise über die regionalen und Ortsnetze zur Endadresse fortgesetzt.
- ii) **Kommerzieller Betrieb des Internets**
- (23) Nachdem die amerikanische Wissenschaftsstiftung Mitte der 90er Jahre ihre Unterstützung des Internets aufgegeben hatte, wurde die

Bereitstellung der Fernverkehrsanschlüsse, die das Internet möglich gemacht haben, von Privatunternehmen übernommen. Einige der ursprünglichen regionalen Netze stellten ihren Betrieb auf eine geschäftliche Grundlage und wurden zu Internet-Diensteanbietern, d. h. sie boten zahlenden Benutzern Zugangsdienste auf geschäftlicher Grundlage an. Andere Privatunternehmen traten in diesen Markt ein und führten ihm neue Geschäftskunden und Privatbenutzer zu. Das Internet vergrößerte sich mit jedem neuen Anschluß. Nachdem sich die Nationale Wissenschaftsstiftung zurückgezogen hatte, war das Internet nicht mehr als eine durch eine Zentralverbindung verbundene Netzhierarchie, sondern vielmehr als eine Reihe von an verschiedene Zentralverbindungen angeschlossenen Netzen anzusehen, die untereinander verbunden werden mußten, wenn die unabhängigen Netze oder Diensteanbieter in der Lage sein sollten, weiterhin Datenverkehr untereinander auszutauschen.

(24) Die Zusammenschaltung zwischen den Zentralverbindungen erfolgte zuerst über die nationalen Zugangspunkte (NAP), die von der Forschungsstiftung ursprünglich als öffentliche Verknüpfungspunkte ausgelegt wurden. Ein NAP bestand aus einem Gebäude oder Raum in einem Gebäude, der die Vermittlungs- und Weiterleitungsausrüstungen enthielt, an die die Betreiber ihre Netze anschließen und mit den anderen im NAP vorhandenen Netzen zusammenschalten konnten. Die physische Verbindung zwischen dem Netz und dem NAP wurde in der Regel durch eine Kabelverbindung zwischen dem NAP und dem nächsten geeigneten Netzknoten an einer Stelle des jeweiligen Netzes hergestellt. Die ursprünglichen Zugangspunkte wurden sehr bald durch andere auf Initiative der Zentralverbindungsbetreiber eingerichtete Verbindungsstellen ersetzt. Diese zweite Generation der Verbindungsstellen, bei denen es sich technisch nicht um NAP im eigentlichen Sinne handelt, werden durch Abkürzungen wie z. B. MAE-East oder MAE-West (MAE gleich Metropolitan Area Exchange) oder CIX (Commercial Internet Exchange) bezeichnet. Im wesentlichen üben sie jedoch die Funktion eines NAP aus. Mit der Ausweitung des Internets wurden Zugangspunkte auch außerhalb der Vereinigten Staaten errichtet. Die große Mehrzahl der bestehenden öffentlichen Zusammenschaltungsstellen ermöglicht die bilaterale Zusammenschaltung zwischen Diensteanbietern und anderen Benutzern, wobei jedoch nicht die Verpflichtung zur Zusammenschaltung mit einem bestimmten Diensteanbieter an der nationalen Zugangsstelle besteht.

(25) Bei der gegenwärtigen Betriebsweise des Internets ist der Endverbraucher entweder ein Com-

puterbenutzer, der die Internet-Dienste für geschäftliche oder private Zwecke nutzt, oder ein Ortsnetz, wie z. B. das interne Datennetz eines großen Unternehmens oder einer akademischen oder öffentlichen Einrichtung. Unabhängig von der Konfiguration des Endbenutzersystems erfolgt der Zugang zum Internet in der Regel durch die Inanspruchnahme der Zugangsdienste eines Diensteanbieters.

(26) Eine physische Verbindung ist erforderlich zwischen einem Zugangspunkt bzw. Knoten auf dem Netz des Diensteanbieters und dem Endgerät/den Endgeräten oder der Verbindungsstelle auf dem Netz des Endbenutzers. Vom Diensteanbieter wird diese physische Verbindung normalerweise nicht angeboten. Sie erfolgt in der Regel nach Bedarf über das öffentliche Fernsprechvermittlungsnetz (als sogenannter „Anwählzugang“) oder, für Großabnehmer, die einen dauerhaften Zugang benötigen, über eine dauerhaft zugeordnete teilnehmereigene Schaltung (oder ihre virtuelle Entsprechung), die auch als „festgeschalteter Zugang“ bezeichnet wird. Die Nutzung des öffentlichen Vermittlungsnetzes erfordert den Einsatz von Modems an jedem Ende des Teiles der das öffentliche Netz passierenden Leitung. Eine teilnehmereigene Schaltung für den festgeschalteten Zugang kann von dem Diensteanbieter oder dem Teilnehmer bereitgestellt, aber auch bei einer örtlichen Telefongesellschaft und jeder mit den erforderlichen Faserkabeln ausgestatteten Einrichtung hinzugemietet werden.

(27) Die Zugangspunkte zum Diensteanbieter, sei es als Modem-Anschlüsse oder festgeschaltete Zugangsanschlüsse, werden als „Präsenzpunkte“ (POP) bezeichnet. Im Fall des Anwählzugangs entspricht den Präsenzpunkten in der Regel eine Telefonnummer in der Vermittlungsstelle. Üblicherweise bietet der Diensteanbieter beim Anwählzugang den Teilnehmern die Möglichkeit an, ihre Verbindung zu den Präsenzpunkten zu Ortsgesprächstarifen herzustellen. Deshalb unterhält der Diensteanbieter in der Regel Präsenzpunkte in allen Ortsvermittlungsbereichen, über die er seine Dienste anbietet, oder er bietet Ferngesprächsdienste gebührenfrei bzw. zu Ortstarifen an (letztere werden zuweilen als virtuelle Präsenzpunkte bezeichnet). Im Fall des festgeschalteten Zugangs ist der Präsenzpunkt der Punkt, an dem der Teilnehmer den Kabelanschluß herstellen muß, um Zugang zum Netz des Diensteanbieters zu erlangen.

(28) Die Hauptfunktion des Diensteanbieters besteht darin, seinem Kunden den Zugang zum Internet herzustellen (Internet-Anschlußfähigkeit). Dazu muß er den Datenverkehr bedienen, der vom Kunden stammt und für ihn bestimmt ist. Die

vom Kunden an den Diensteanbieter gesandten Daten können entweder an demselben Netz abgewickelt werden, sofern sie für einen anderen an diesem Netz angeschlossenen Teilnehmer bestimmt sind (sogenannter interner Datenverkehr), oder an ein anderes Netz weitergeleitet werden (externer Datenverkehr). Bei den meisten Netzen muß der überwiegende Teil des Verkehrs an ein anderes Netz zur Zustellung weitergeleitet werden. Verfügt das Ursprungsnetz über einen Direktanschluß mit dem Netz, auf dem sich der Zielkunde befindet, so kann der Datenverkehr zwischen den beiden Netzen direkt stattfinden. Sind die beiden Netze jedoch nicht direkt zusammengeschaltet, müssen Mittel und Wege gefunden werden, den Verkehr über ein oder mehrere zwischengeschaltete Netze zu leiten, über die der Zugang zu dem Zielnetz schließlich hergestellt werden kann. Der durch zwischengeschaltete Netze laufende Verkehr wird auch als Transitverkehr bezeichnet. Mit jedem Zwischennetz, durch das der Verkehr geleitet wird, erhöht sich das Risiko des Paketverlustes und der Staubbildung. Deshalb ist es wichtig, die Anzahl der „Sprünge“ zu begrenzen, die eine Nachricht zurücklegen muß.

- (29) Die Parteien haben vorgebracht, daß die Anzahl der Sprünge, die eine Nachricht zurücklegen muß, nicht von der Anzahl der zu passierenden Netze, sondern der Architektur der jeweiligen Netze abhängt. So kann eine Nachricht, die nur durch ein Netz läuft, mehr Sprünge zurücklegen als eine Nachricht, die durch mehrere Netze nacheinander gelenkt wird. Ausschlaggebend für den Diensteanbieter ist, daß er zwar die Anzahl der internen Sprünge in seinem eigenen Netz durch eine entsprechende Netzarchitektur kontrollieren, jedoch keine Kontrolle über die Anzahl der Sprünge in den externen Netzen, mit denen er kommuniziert, ausüben kann. Ein Netz, das seine Wettbewerbsfähigkeit einbüßt, weil die Anzahl der internen Verbindungen unangemessen hoch oder seine Kapazität unzureichend ist, kann diesen Nachteil ausgleichen. Hängt dieses Netz bei seiner Internet-Anschlußfähigkeit von anderen ab und muß auf Transitdienste zurückgreifen, so wird diese Fähigkeit erheblich eingeschränkt.

iii) Zusammenschaltung

- (30) Die Optionen für die physische Zusammenschaltung von Netzen sind relativ beschränkt. Entweder vereinbaren zwei Diensteanbieter die direkte Zusammenschaltung miteinander, oder eine Gruppe von Anbietern einigt sich auf eine mehrseitige Zusammenschaltung an einem gemeinsamen Punkt. Die mehrseitige Zusammenschaltung wurde wiederholt versucht (ins-

besondere bei der kommerziellen Internet-Vermittlung CIX), ist jedoch kein allgemein befolgtes Modell geworden.

- (31) Für die Diensteanbieter gibt es vier unterschiedliche Modelle zur Aufteilung der Kosten und Risiken der Zusammenschaltung. Die entsprechenden Vereinbarungen sehen entweder die beschränkte oder die unbeschränkte Weiterleitung des Verkehrs über eine Schnittstelle vor, wobei in jedem Fall die Option besteht, den Datenaustausch gebührenfrei oder auf Zahlungsgrundlage durchzuführen. In der Praxis wird bei der großen Mehrzahl der heute gebräuchlichen Zusammenschaltungen auf eines dieser beiden Modelle zurückgegriffen, sei es in Form einer Gegenzugvereinbarung, die keine Gebühren jedoch Beschränkungen bei der Art des auszutauschenden Datenverkehrs vorsieht, oder als Transitvereinbarungen, die keine Beschränkungen bei der Datenverkehrsart, jedoch die Entrichtung von Gebühren beinhalten.

a) Gegenzugvereinbarungen (Peering)

- (32) Die einzelnen Gegenzugvereinbarungen weisen zwar Unterschiede bei den Bedingungen auf, sehen doch gewöhnlich vor, daß ein Netzbetreiber A (ISP A) sämtlichen Datenverkehr der Kunden des Netzbetreibers B (ISP B) entgegennimmt, der auf dem Netz von A abgewickelt werden soll. Im Gegenzug verpflichtet sich B, sämtlichen von den Kunden von A stammenden und für sein Netz bestimmten Verkehr abzuwickeln. Jede Partei zahlt in der Regel die Kosten für das „Rückholen“, womit die Verbindung vom nächsten Knoten ihres Netzes zum Punkt der Zusammenschaltung mit dem Gegenzugpartner gemeint ist, sowie ihre eigenen Kosten im Zusammenhang mit der Zusammenschaltung.
- (33) Diese Gegenzugvereinbarungen werden in der Regel auf der Grundlage „Berechnen und einbehalten“ getroffen, was bedeutet, daß keine Seite für den über die Schnittstelle laufenden Verkehr Gebühren in Rechnung stellt. Um die Teilnehmer am Mißbrauch einer derartigen Vereinbarung zu hindern, ist es üblich, die Gegenzugvereinbarung so zu begrenzen, daß kein Datenverkehr, der für Dritte bestimmt ist oder von Dritten stammt (d. h. Transitverkehr), auf den Partner abgeladen werden kann. So kann, wenn A eine Gegenzugvereinbarung mit B, jedoch nicht mit C hat, und B eine solche Vereinbarung mit C hat, A seine Gegenzugvereinbarung mit B nicht dazu nutzen, B zu veranlas-

sen, seinen Datenverkehr an C weiterzuleiten. Ebenso ist A nicht verpflichtet, von B an ihn gerichteten und von C stammenden Datenverkehr entgegenzunehmen.

- (34) Bis in jüngste Zeit fand der Gegenzugverkehr überwiegend an Netzzugangspunkten oder an Zusammenschaltungsstellen der öffentlichen Netze statt. Die Regeln über die Form der Zusammenschaltung unterschieden sich in ihren Einzelheiten je nach Netzzugangspunkt, doch in den meisten Fällen (mit Ausnahme von Commercial Internet Exchange) ist kein Benutzer eines Zugangspunktes berechtigt bzw. verpflichtet, sich mit einem anderen Benutzer an diesem Punkt zusammenzuschalten. Deshalb muß an den meisten Zugangspunkten jeder Benutzer eine zweiseitige Gegenzugvereinbarung mit jedem anderen Benutzer an diesem Punkt, mit dem er Datenverkehr austauschen möchte, eingehen. In der Regel muß ein Diensteanbieter, der Zentralverbindungsdienste erbringen möchte, sich mit anderen Betreibern einer Zentralverbindung an mehreren Zugangspunkten zusammenschalten. Das Erfordernis der Zusammenschaltung an mehrfachen Zugangspunkten hat mit der steigenden Verkehrsnachfrage an einzelnen Zugangspunkten erheblich zugenommen, ebenso sind Stau und Verzögerung an den Zugangspunkten Alltag geworden.
- (35) Um derartige Probleme zu vermeiden, haben große Anbieter damit begonnen, eigene, d. h. direkte Zusammenschaltungspunkte zu errichten, an denen zweiseitige Verbindungen mit einem anderen Diensteanbieter hergestellt werden. Dadurch können einige der mit der Mehrfachbelegung der Zugangspunkte verbundenen Probleme gelöst werden, gleichzeitig entsteht jedoch eine getrennte von den Zugangspunkten unabhängige Klasse von Diensteanbietern, die unter etwas anderen Bedingungen als ihre von den Zugangspunkten abhängigen Wettbewerber tätig sind.
- (36) Bei jeder Gegenzugvereinbarung ist vor dem Hintergrund des anhaltenden Wachstums der Internet-Nachfrage davon auszugehen, daß wenigstens einer der beiden Teilnehmer auf beständigen technischen und Kapazitätsverbesserungen der Verbindung als Preis für die Aufrechterhaltung der Vereinbarung besteht. Die Fortführung einer Vereinbarung kann in großem Maße von der Bereitwilligkeit abhängen, auf die Wünsche der anderen Partei hinsichtlich der Verwaltung der Verbindung einzugehen. Dazu zählt unter anderem die Bereitschaft, die Kosten für die Verbesserung der Kapazität oder der technischen Merkmale zu tragen. Zunehmend werden auch von dem größeren oder technisch überlegenen Netzbetreiber vor dem Eingehen

einer Gegenzugvereinbarung bestimmte Mindestnormen hinsichtlich der Netzqualität, des Verkehrsflusses und der technischen Unterstützung verlangt. Einige der größeren Diensteanbieter haben Leitlinien veröffentlicht, in denen sie ihre Bedingungen für eine Gegenzugvereinbarung offen darlegen. Die endgültige Entscheidung über das Eingehen einer Vereinbarung hängt jedoch von geschäftlichen Erwägungen ab. Deshalb können diese Leitlinien nur angeben, welche Bedingungen ein Diensteanbieter bereit ist einzugehen.

- (37) Die Gegenzugvereinbarungen wurden stets als ein Mittel der Kosteneinsparung und der Vermeidung von Abrechnungen angesehen, weshalb in vielen Zugangspunkten Abrechnungsvereinbarungen untersagt sind. Deshalb gehen die Diensteanbieter abrechnungsfreie Gegenzugvereinbarungen oder „Kunde/Erbringer“-Vereinbarungen oder Transitvereinbarungen ein. Befinden sich die Netze in einer gleichgewichtigen Verhandlungsstellung, gibt es wenig Anreiz, um für eine Gegenzug-Verbindung Gebühren zu verlangen bzw. zu bezahlen. Diese Unterscheidung zeigt erste Anzeichen eines Aufbrechens, da die größten Netze damit beginnen, entweder den Netzen, den sie eine gebührenfreie Gegenzugvereinbarung verweigern, die Gebührenabrechnung als Alternative zum Transit anzubieten, oder sehr strenge Bedingungen aufzuerlegen, die für die kleineren Netze kostenmäßig die gleiche Wirkung haben. Bei einer eindeutig ungleichen Verhandlungsstellung kann ein großer Diensteanbieter nicht daran gehindert werden, entweder ein Entgelt für seine Gegenzugleistungen zu verlangen, oder Bedingungen aufzuerlegen, die einer Vergütungszahlung entsprechen. In einem solchen Vertragsverhältnis kann nicht mehr von „Gegenzug“ die Rede sein, da die Kostenstruktur des zur Bezahlung verpflichteten Diensteanbieters in einem gewissen Maße von dem überlegenen Anbieter diktiert wird, was auf den Erwerb von Zusammenschaltungsleistung hinausläuft.

b) *Transitdienste*

- (38) In die Definition des Kundendatenverkehrs bei der üblichen Form einer Gegenzugvereinbarung ist der Verkehr einzubeziehen, der nicht nur von den Endbenutzerkunden eines Gegenzugpartners stammt, sondern auch von Kunden, die selbst Diensteanbieter sind (im folgenden auch als „abhängige Diensteanbieter“ bzw. „abhängige Netze“ bezeichnet). Die Tatsache, daß Datenverkehr von abhängigen Netzen über eine Gegenzug-Schnittstelle ausgetauscht werden kann, erlaubt es einem Diensteanbieter, über die Gegenzugvereinbarung „Transitdienste“ auf

geschäftlicher Grundlage einem Kunden oder einem abhängigen Netz anzubieten. Der Diensteanbieter kann seinen eigenen und den Verkehr des Kunden über eine Gegenzug-Schnittstelle weiterleiten, und dieser kann nicht nur direkt an die Endbenutzer am Netz auf der anderen Seite der Gegenzug-Schnittstelle, sondern auch an Kunden abhängiger Netze dieses Gegenzugpartners zugestellt werden.

- (39) Der Begriff „Transit“ hat in diesem Zusammenhang eine leicht abweichende Bedeutung. In vielen Wirtschaftszweigen wird er verwendet, wenn Waren einem Zwischenträger zur Zustellung an einen Dritten anvertraut werden. Der sogenannte Transitverkehr auf dem Internet bringt die meiste Zeit mit dem Aufstieg oder Abstieg in aufeinanderfolgenden Hierarchien, die durch vertikale Kunden/Anbieter-Beziehungen miteinander verknüpft sind. Eine horizontale Bewegung zwischen Netzen, die nicht in einem Abhängigkeitsverhältnis zueinander stehen, erfolgt nur, wenn der Datenverkehr eine Gegenzug-Schnittstelle passiert, was in der Regel nur einmal während seiner Reise stattfindet. Der Erwerb einer Transitleistung könnte deshalb auch als die Berechtigung eines Diensteanbieters umschrieben werden, seinen Verkehr zur Vermittlung über eine Gegenzug-Schnittstelle genauso wie den Netzverkehr des Transiterbringers behandeln zu lassen.
- (40) Die Internet-Anschlußfähigkeit ist somit eine Dienstleistung, die auf jeder Ebene der Diensteanbieterhierarchie gekauft und verkauft werden kann. Ein Diensteanbieter, der sich am Markt etablieren möchte, kann nicht daran gehindert werden, die Anschlußfähigkeit anzubieten, die er über eine Kundenbeziehung mit einem überlegenen Netz erlangt hat (wenn auch der überwiegende Teil seiner gewinnbringenden Tätigkeiten aus der Erbringung von Mehrwert- oder Online-Diensten zusätzlich zu seinem Anschlußdienstangebot bestehen mag). Sämtlicher Verkehr nach und von seinen Kunden muß über das transitherstellende Netz laufen. Derartige Diensteanbieter werden als Wiederverkäufer bezeichnet.

iv) Die Struktur des Internets

a) Die Spitzennetze

- (41) Wenn auch die Diensteanbieter für die Bereitstellung von Transitleistungen sich an die jeweils größeren Diensteanbieter wenden können, sind dieser Weitergabe natürliche Grenzen gesetzt.

Datenverkehr, der auf eine jeweils höhere Netzebene weitergegeben wird, gelangt schließlich bei einem Diensteanbieter an, der sich an keine höhere Ebene wenden kann und entweder die Zuständigkeit für die Zustellung des Verkehrs über Gegenzug-Schnittstellen übernehmen oder den Verkehr nicht zugestellt zurücksenden muß. Diese Netze bzw. die entsprechenden Diensteanbieter werden im folgenden als „Spitzenetze“ oder „Spitzendiensteanbieter“ bezeichnet.

- (42) Um ein Spitzennetz zu haben, sind Gegenzugvereinbarungen mit allen anderen Spitzennetzen für einen Diensteanbieter eine notwendige Voraussetzung. Wenn es im Internet die vier Spitzenetze A, B, C und D gibt, kann A Datenverkehr an B, C oder D weiterleiten, weil er mit jedem der übrigen drei Spitzenanbieter eine getrennte Gegenzugvereinbarung eingegangen ist. Jeder Kunde von A kann darüber hinaus die Zustellung seines Datenverkehrs an B, C oder D und natürlich auch an A erhalten. Diejenigen Diensteanbieter auf jeder Ebene, die keine Gegenzugvereinbarung mit A, B, C und D eingegangen sind, können die volle Anschlußfähigkeit nur anbieten, wenn sie Transitleistungen direkt oder indirekt über einen zwischengeschalteten Diensteanbieter von wenigstens einem der genannten vier Anbieter erwerben.
- (43) Wenn die Spitzenetze nicht die letzte Zuständigkeit für die Zustellung des gesamten Weiterleitungsverkehrs von den untergeordneten Netzen übernehmen würden, wäre auch kein einzelner Diensteanbieter dafür zuständig, so daß die Datenpakete in endlosen Schleifenbewegungen gefangen wären. Die Stellung der Spitzendiensteanbieter unterscheidet sich somit von der sämtlicher untergeordneter Diensteanbieter. Ihr Vorteil besteht darin, daß sie nicht auf eine bezahlte Zusammenschaltung in Form von Transitleistungen zurückgreifen müssen, um die vollständige Anschlußfähigkeit anbieten zu können (es gibt jedoch Fälle, wo die größten Netze in geringem Umfang Transitleistungen erwerben, z. B. wenn sie mit der Übernahme eines Diensteanbieters eine Transitvereinbarung mitübernommen haben). Die Spitzendiensteanbieter können ihre Stellung nur behaupten, wenn sie ihre Gegenzugvereinbarungen mit allen übrigen Spitzennetzen aufrechterhalten. Sind sie dazu nicht in der Lage, können sie keine flächendeckenden Dienste anbieten und steigen in den Rang eines Diensteanbieters mit begrenzten Gegenzugvereinbarungen ab.
- (44) Der Zwang, die volle Anschlußfähigkeit nur über Gegenzugvereinbarungen gewährleisten zu

können, könnte als eine schwere Belastung der Spitzennetze angesehen werden, da anzunehmen wäre, daß sie mit sämtlichen neu errichteten Netzen Gegenzugvereinbarungen schließen müßten, um ihren Kunden die volle Anschlußfähigkeit im Internet weiterhin gewährleisten zu können. Die Verhandlungsmacht liegt jedoch auf Seiten der Spitzennetze, da das Recht auf Zugang zu den größeren Netzen für die Kunden der kleineren Netze wesentlich wertvoller ist als umgekehrt. Die Zusammenschaltung mit einem großen Netz verschafft einem kleinen Diensteanbieter die Möglichkeit, seinen Kunden Anschlüsse an Tausende von Internet-Sites anzubieten, während die Kunden der großen Netze lediglich einen geringen Zugewinn beim Zugang zu nicht mehr als einigen Dutzend oder Hunderten neuer Sites erhalten. Deshalb ist das größere Netz in der Lage, die Bedingungen für die Zusammenschaltung festzusetzen. Normalerweise wird ein neuer, kleiner Diensteanbieter keine Gegenzugvereinbarung mit einem Spitzennetz schließen können und deshalb gezwungen sein, Transitdienste von einem Spitzennetz zu erwerben. Um ihre Stellung zu halten, müssen die Spitzennetze Gegenzugvereinbarungen lediglich mit ähnlich gestellten Netzen eingehen, wobei sie davon ausgehen können, damit den Zugang auch zu sämtlichen neuen Diensteanbietern zu erlangen.

- (45) Während in der Frühzeit des Internets die Gegenzugvereinbarungen großzügig gehandhabt wurden, werden die größeren Netze immer vorsichtiger bei der Gewährleistung des Zugangs der kleineren Netze auf einer abrechnungsfreien Gegenzug-Grundlage, die den Kunden des kleineren Netzes eine gebührenfreie Benutzung ermöglicht. Deshalb wird, insbesondere wenn es sich um eine Direktverbindung mit den Spitzennetzen handelt, von den kleineren Diensteanbietern, die eine Zusammenschaltung mit den großen Netzen anstreben, häufig verlangt, daß sie eine Reihe von Voraussetzungen erfüllen, bevor eine Gegenzugvereinbarung in Betracht gezogen wird. Auch können Anträge auf Gegenzugvereinbarung verweigert werden, wobei jedoch den Diensteanbietern gewöhnlich angeboten wird, Kunden anstelle von Gegenzugpartnern zu werden. Diese können es durchaus ablehnen, direkte Kunden eines Spitzennetzes zu werden, und beschließen, die Leistungen über einen Wiederverkäufer zu erwerben. Angesichts der Schwierigkeiten für die kleineren Netze, eine Gegenzugvereinbarung mit den Spitzennetzen eingehen zu können, wird die Anzahl der Diensteanbieter, die den Rang eines Spitzennetzes einnehmen, relativ klein gehalten. Dadurch ergibt sich eine hierarchische Struktur, an deren Spitze Diensteanbieter mit zunehmender Größe und räumlich sich ausdehnenden Netzen stehen, die Transitdienste für kleinere, ortsgebundene Diensteanbieter erbringen, die nicht in der Lage

sind, Datenverkehr ohne fremde Hilfe weiterzuleiten.

- (46) Es ist zu bedenken, daß sämtliche Spitzennetze, die eine wesentliche Übertragungsfunktion ausüben, in erheblichem Maße vertikal integriert sind. Zu ihren Kunden zählen Benutzer ebenso wie Wiederverkäufer. Für die abhängigen Diensteanbieter ist die Erlangung des Zugangs zu den Spitzennetzen wichtig, um Zugang nicht nur zu den anderen abhängigen Netzen, sondern auch zum Kundenstamm des Spitzennetzes zu erlangen.

b) *Zweitrangige Diensteanbieter*

- (47) Zwischen den Extremformen der Spitzendiensteanbieter mit ausschließlichen Gegenzugvereinbarungen und den Wiederverkäufern von Transitdiensten gibt es eine Zwischenstufe von Diensteanbietern, deren Gegenzugvereinbarungen nicht ausreichen, um damit die Anschlußfähigkeit zu gewährleisten, weshalb sie Transitdienste von zumindest einem anderen Spitzennetz zur Ergänzung erwerben. Diese im folgenden als „zweitrangig“ bezeichneten Diensteanbieter bieten ihren Kunden eine Mischung aus wiederverkauften Transitdiensten und ihren eigenen im Rahmen von Gegenzugvereinbarungen erlangten Anschlußdiensten an. Angesichts der Notwendigkeit, Transitdienstleistungen zu erwerben, kann mit zweitrangigen Gegenzugvereinbarungen lediglich ein Leitweg nachvollzogen werden, der über die Transitdienste eines Spitzennetzes ebenso erreicht werden könnte.
- (48) Ein Diensteanbieter kann aus einer Vielzahl von Gründen, wie unter anderem Bequemlichkeit oder Kosteneinsparung, zweitrangige Gegenzugvereinbarungen eingehen. So kann es z. B. für zwei benachbarte oder sich überschneidende Diensteanbieter sinnvoller sein, ihren Datenverkehr direkt auszutauschen, als ihn über Hunderte oder Tausende von Kilometern durch andere Netze zu versenden. Es gibt jedoch Gründe, die eine direkte Querverbindung zur zweitbesten Lösung gegenüber der Verwendung eines Transitdienstes machen, wie z. B. die fehlende Bereitschaft oder das Unvermögen einer der Parteien, die anfallenden Kosten zu tragen oder die Verbindung in angemessener und zuverlässiger Verfassung aufrechtzuerhalten. Ein weiterer Grund können aufsichtsrechtliche oder sonstige Hindernisse sein, die dem Zugang zu physischen Anlagen oder der Erlaubnis zur Zusammenschaltung bei zumutbaren oder auch

hohen Kosten im Wege stehen. Obwohl es unlogisch erscheinen mag, kann es in diesen Fällen einfacher und billiger sein, ortsbestimmten Verkehr über einen entfernten Anbieter von Transitdiensten zu versenden, obwohl die Daten eine wesentlich weitere Entfernung zurücklegen müssen. Gegenwärtig trifft dies auf einen Gutteil des innereuropäischen Internet-Verkehrs zu, der in erheblichem Umfang über amerikanische Netze zwischengeleitet wird.

- (49) Andere zweitrangige Gegenzugvereinbarungen sind auf Umstände zurückzuführen, die nicht mehr gegeben sind, weil sich z. B. das Kräfteverhältnis zwischen zwei zuvor gleich großen Netzen ungleichgewichtig entwickelt hat, wobei aber das Gegenzug-Verhältnis erhalten wird. Beim Zusammentragen von Angaben im Verlauf der Kommissionsuntersuchung hat sich gezeigt, daß bei einer Reihe von zweitrangigen Diensteanbietern, deren Gegenzugvereinbarung mit Spitzennetzen fortbestehen, offenbar nicht mehr die technischen Netzkriterien gegeben sind, die von Neuzugängern für eine Gegenzugvereinbarung als Voraussetzung gefordert werden. Die feindselige Reaktion der Öffentlichkeit auf den Versuch von UUNet, im Jahr 1997 seine Gegenzugvereinbarung mit einer Reihe von zweitrangigen Diensteanbietern zu beenden, läßt vermuten, daß diesen Entscheidungen nicht allein wirtschaftliche Erwägungen zugrunde liegen [...](*). Für zweitrangige Diensteanbieter kann es aus Marketinggründen nützlich sein, eine öffentliche Gegenzugvereinbarung mit einem der Spitzennetze einzugehen, selbst wenn sie aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen überwiegend auf Transitdienste zurückgreifen müssen, um ihre Dienstleistung mit der erforderlichen Geschwindigkeit, Qualität und Zuverlässigkeit erbringen zu können.
- (50) In ihrer Erwiderung auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte haben die Parteien dieser Auffassung vom Internet als einer hierarchischen Struktur widersprochen. Demnach sei das Internet ursprünglich in nichthierarchischer Weise konzipiert worden, um die strategischen Schwächen einer Netzarchitektur zu vermeiden, die mit zentralisierten und hierarchischen, abgestuften Verschaltungsstrukturen einhergehen. Dabei ist zu bedenken, daß diese Einwände vor der kommerziellen Betriebsweise des Internets in ihrer jetzigen Form gemacht wurden. Weder die gegenwärtige Betriebsweise des Internets, noch seine Weiterentwicklung sind eine getreue Entsprechung des mit dem Forschungsvorhaben ursprünglich verfolgten Ansatzes.

(*) Teile der vorliegenden Entscheidung wurden so abgefaßt, daß vertrauliche Angaben nicht offengelegt werden; diese Teile stehen in eckigen Klammern und sind durch ein * gekennzeichnet.

v) **Wirtschaftliche Gegenüberstellung der Transitvereinbarungen und der gebührenfreien Gegenzugvereinbarungen**

- (51) Das zuweilen vorgebrachte Argument, bei den gebührenfreien Gegenzugvereinbarungen handle es sich um eine kostenfreie Option zu den mit Gebühren verbundenen Transitvereinbarungen, trifft nicht ganz zu. Die Unterzeichner einer Gegenzugvereinbarung haben für die Kapitalkosten der Herstellung der Verbindung und anschließend die Kundendienst- und Wartungskosten für den störungsfreien Vertrieb der Verbindung aufzukommen. Die Höhe dieser Kosten und der Kosten der Transitleistungen hängt von den Umständen ab, unter denen der jeweilige Diensteanbieter tätig ist, und dem Preis für den Erwerb der Transitdienste.
- (52) Bei dem Eingehen einer gebührenfreien Gegenzugvereinbarung möchten die Teilnehmer sichergehen, daß sie nicht durch einen ungleichgewichtigen Verkehrsfluß über die Gegenzug-Schnittstelle benachteiligt werden. Im Gegensatz zu der herkömmlichen auf Gebühren beruhenden öffentlichen Fernsprechvermittlung, bei der ein unausgewogener Verkehr für den Teilnehmer, bei dem ein Nettodatenfluß entsteht, finanziell von Vorteil ist, stellt der über eine Gegenzug-Schnittstelle empfangene Verkehr einen Kostenfaktor dar, der den Teilnehmergebühren anzulasten ist. Es besteht kein kurzfristiger finanzieller Anreiz darin, einem Nettoungleichgewicht im Datenverkehr zuzustimmen. Der Vorteil einer Gegenzugvereinbarung besteht darin, daß die Diensteanbieter die Verkehrslast aufeinander abwälzen können. Die Tatsache, daß der Netzverkehr ein kostenverursachender und kein einnahmenerbringender Faktor ist, wird aus den unterschiedlichen Verkehrsmanagementstrategien der großen Netze ersichtlich, die bestrebt sind, die aktiven und passiven Verkehrszeiten der kleineren Gegenzugpartner im Netz möglichst gering zu halten. Die großen Netze pflegen es zur Bedingung einer Gegenzugvereinbarung zu machen, daß sich die kleinen Netze an mehreren Punkten querschalten, damit das größere Netz die Daten zu dem kürzest gelegenen Ausgang und damit auf der kürzest möglichen Entfernung an das kleinere Netz weitergeben kann.
- (53) Die Gegenzugvereinbarungen haben jedoch auch Vorteile. Bei einem unausgewogenen Datenverkehr macht kein Partner Gewinne mit der Abwicklung überschüssiger Einwegdatenströme, während beide Seiten die Erfassung, Berechnung und Beitreibung von Gebühren vermeiden können. Doch selbst bei der Berücksichtigung der Kosten für die Zusammenschaltung kann das Eingehen einer großen Anzahl von

Gegenzugvereinbarungen kostengünstiger als der Erwerb von Transitleistungen sein.

- (54) Da eine unausgewogene Gegenzugvereinbarung für das kleinere von zwei Netzen wesentlich vorteilhafter ist, sind die großen Diensteanbieter nunmehr bestrebt, die gebührenfreie Netzbenutzung durch die kleinen Diensteanbieter möglichst einzuschränken. Deshalb errichten sie zunehmend Hindernisse in ihren Gegenzugvereinbarungen, mit denen die Kunden der Transitleistungen daran gehindert werden sollen, sich zu eigenständigen Spitzenanbietern zu entwickeln. Eine solche Vorgehensweise hindert jedoch die Diensteanbieter nicht daran, ungeachtet ihrer verkündeten Politik flexibel auf Gegenzuganträge zu reagieren.
- (55) Auch der Erwerb von Transitleistungen hat seine Vorteile. Dadurch können die Kapitalaufwendungen für den Bau von Anlagen und die Risiken vermieden werden, die mit der Aushandlung von Querverbindungsvereinbarungen verbunden sind. Außerdem kann es sinnvoller sein, Transitleistungen direkt von einem Spitzennetz mit der damit verbundenen Qualität, Geschwindigkeit und Zuverlässigkeit zu erwerben und nicht auf die veralteten zweitrangigen Gegenzug-Verbindungen zurückgreifen zu müssen.
- (56) Die Ermittlung der jeweiligen Kosten hat sich als schwierig erwiesen, da sie von den Umständen abhängt, unter denen der jeweilige Teilnehmer tätig ist. So kann es für einen Telefonbetreiber mit einem relativ umfangreichen Glasfasernetz kostengünstiger sein, sich durch Gegenzugvereinbarungen an einen Spitzendiensteanbieter anzuschließen, anstatt für Transitleistungen bezahlen zu müssen.
- (57) Man könnte annehmen, daß es für einen Diensteanbieter, der Transitleistungen erwerben mußte, am vorteilhaftesten wäre, seine zweitrangigen Gegenzugvereinbarungen weitestgehend zu nutzen und an den Transiterbringer nur den Verkehr zu leiten, den er über seine eigenen Gegenzug-Schnittstellen nicht versenden kann. Theoretisch müßte ihn dies in die Lage versetzen, Transitleistungen nur in geringem Umfang erwerben zu müssen. Wenn dem Diensteanbieter relativ hohe (und unvermeidbare) Kosten für eine Transitvereinbarung entstehen, der die angenommene Datenübertragung der installierten Verbindung und nicht die tatsächliche Verwendung zugrunde liegt, können zweitrangige Gegenzugvereinbarungen wenig mehr als das anbieten, was die Transitverbindung bereits geleistet hat, und damit einen eher symbolischen als tatsächlichen Wert haben.

B. MARKTDEFINITION

1. Produktmärkte

i) Zugangsdienste vom Zentralrechner zum Präsenzpunkt

- (58) Erstes und letztes Glied in der Kette ist die Leitung zwischen den Zentralrechnern (bzw. den Zugangspunkten im Fall eines Privatnetzes) und dem nächsten Präsenzpunkt seines Diensteanbieters. Wie bereits erwähnt wird die Verbindung entweder über das öffentliche Vermittlungsnetz oder eine festgeschaltete Teilnehmerleitung hergestellt. Diese Verbindung wird vom Diensteanbieter in der Regel nicht geliefert, kann jedoch auf Antrag des Kunden bereitgestellt werden. Im Fall des Anwahlzugangs greift der Kunde gewöhnlich auf die Dienste einer Telefongesellschaft zurück. Beim festgeschalteten Zugang gibt es eine Reihe von Optionen wie die Selbsterbringung oder das Mieten einer Leitung bei einer Telefongesellschaft oder einem anderen derartige Dienste anbietenden Versorger oder sogar von dem Diensteanbieter.
- (59) Die Wettbewerbsbedingungen auf dieser Stufe unterscheiden sich von der Stufe des Diensteanbieters oder einer weiter vorgelagerten Stufe. Die für die Internet-Nutzung erworbenen Telefondienste sind von den Telefondiensten nicht unterscheidbar, die für eine andere Form des Ortsschleifen-Telefonverkehrs erworben werden. Der festgeschaltete Zugang besteht im wesentlichen aus der Bereitstellung einer Kabelverbindung, eine Dienstleistung, die von Telefongesellschaften, aber auch von anderen Unternehmen erbracht werden kann, die Leitungen vermieten oder die erforderlichen Kapazitäten aufbauen können. Keiner der von der Kommission angesprochenen Marktteilnehmer vertrat die Auffassung, daß die relevanten Märkte auf dieser Stufe durch den Zusammenschluß beeinträchtigt würden, weshalb dieser Frage nicht weiter nachgegangen wurde.

ii) Internet-Zugangsdienste

- (60) Von den Parteien wurde ursprünglich vorgebracht, daß die Internet-Dienste durch andere Formen der Datenübertragungsdienste ersetzt werden könnten. Diese Auffassung erscheint nicht wohlbegründet. Die Kunden erwerben einen Internet-Zugangsdienst in der Erwartung, daß sie damit andere Benutzer des Internets erreichen können. Die Bereitstellung spezifischer Datenübertragungseinrichtungen von Endbenutzer zu Endbenutzer unter Verwendung anderer Datenprotokolle könnte die Kunden zwar in die

Lage versetzen, eine begrenzte Anzahl anderer Kunden zu erreichen, die auf dieselben Datenprotokolle zurückgreifen, sie könnte aber nicht den dauerhaften, ungehinderten Zugang zu sämtlichen Internet-Benutzern ermöglichen, der jedoch der Hauptzweck des Erwerbs dieser Dienstleistung ist. Deshalb wäre der Internet-Zugangsdienst nicht im spürbaren Maße durch andere Datenübertragungsdienste substituierbar.

- (61) Ein Internet-Diensteanbieter gewährleistet den Grundzugang in Form der nötigen Hardware und Software sowie der Kundenunterstützung, der Netzkonfiguration und der Abrechnungsdienste, die erforderlich sind, damit der Kunde seinen Internet-Zugang nutzen kann.

iii) **Umfassende Internet-Anschlußfähigkeit auf der Spitzenebene**

- (62) Bei den Anbietern von Internet-Zugangsdiensten kann es sich um mehr oder weniger stark vertikal integrierte Spitzennetze, um zweitrangige Diensteanbieter mit Gegenzugvereinbarungen oder um Wiederverkäufer handeln. Zur Marktdefinition ist zu ermitteln, ob die Diensteanbieter bei der Erbringung derselben Anschlußdienste miteinander im Wettbewerb stehen oder ob es innerhalb dieses Segments getrennte, enger zu definierende Märkte gibt.

- (63) In der Praxis kann es sich kein Diensteanbieter leisten, sein Anschlußangebot auf Zuwachs zu errichten, da seine Kunden erwarten, ihre Nachrichten an alle Stellen des Internets unverzüglich versenden und von dort empfangen zu können. Die Grenzen, die dem Versuch entgegenstehen, dies über bilaterale Gegenzugvereinbarungen zu erreichen, wurden bereits erwähnt. Sie sind erheblich und ergeben sich aus den Kapitalinvestitionen für die Anschlüsse, der Aushandlung Tausender von einzelnen Zusammenschaltungsvereinbarungen, der Gefahr eines Fehlschlags der Verhandlungen usw. Der Anschluß muß deshalb von einem Anbieter erlangt werden, der das gesamte Internet zu angemessenen Normen hinsichtlich Qualität, Geschwindigkeit und Zuverlässigkeit direkt oder indirekt erreichen kann.

- (64) Die von den einzelnen Diensteanbietern erbrachten Anschlußdienste unterscheiden sich in jedem Einzelfall voneinander. Jedes Anschlußangebot besteht aus einer Mischung von direktem Zugang zu den unmittelbar an den Diensteanbieter angeschlossenen Kunden und den Kunden untergeordneter Netze sowie der Zusammenschaltung mit den Netzen anderer Diensteanbieter, deren Kunden und untergeordneten

Netzen. Die Zusammenschaltung kann sowohl Transit- als auch Gegenzugdienste umfassen. Grundsätzlich ist davon auszugehen, daß ein kleiner Diensteanbieter überwiegend oder vollständig auf Transitedienste, und ein großer Diensteanbieter auf interne Verbindungen oder Gegenzugvereinbarungen zurückgreift. Damit hängen Inhalt und Preis der Anschlußleistung eines Diensteanbieters von Faktoren wie der Größe seines Netzes und den Merkmalen seiner Beziehungen mit anderen Netzen ab. Auch hinsichtlich der Qualität kann es Unterschiede bei den Anschlußleistungen geben, da ein Netz, dessen Leitweglenkung mehrere Sprünge erfordert, nicht dieselbe Qualitätshöhe anbieten kann wie ein Netz, das Nachrichten mit sehr wenigen Sprüngen zustellen kann. So kann es eine Substituierbarkeit beim Leistungsangebot verschiedener Netze geben, sofern sie einen gleichwertigen Dienststandard gewährleisten können. Diese Substituierbarkeit ist jedoch nicht bei Netzen gegeben, die sich bei der Qualität ihrer Leistungen erheblich unterscheiden.

- (65) Nur die Spitzendiensteanbieter sind in der Lage, die vollständige Internet-Anschlußfähigkeit eigenständig zu gewährleisten. Dieses Vermögen wird im folgenden als „Spitzen-“ oder umfassende Internet-Anschlußfähigkeit bezeichnet. Zweitrangige Diensteanbieter mögen in der Lage sein, ihre eigene auf Gegenzugvereinbarungen beruhende Anschlußfähigkeit (die „zweitrangige“ Anschlußfähigkeit) anzubieten, müssen diese jedoch durch Transitedienste ergänzen. Die Wiederverkäufer können nur eine wiederverkaufte Anschlußfähigkeit anbieten, wobei es sich je nach Ursprung um eine Mischung aus erst- und zweitrangiger Anschlußfähigkeit handeln kann.

- (66) Die von den Spitzennetzen angebotenen Dienste sind danach unterscheidbar, ob die Anschlußfähigkeit ausschließlich über Gegenzugvereinbarungen zwischen diesen Spitzennetzen oder intern hergestellt wird. Sollten sich die Spitzennetze in einem eigenen Markt befinden, müßte nachgewiesen werden, daß weder die zweitrangigen Diensteanbieter mit Gegenzugvereinbarungen, noch die Wiederverkäufer in der Lage sind, dem Verhalten der Spitzennetze spürbar entgegenzuwirken und sie an einer unabhängigen Vorgehensweise zu hindern.

- (67) Wenn die Spitzennetze den Preis ihrer Internet-Anschlußfähigkeit z. B. um 5 % erhöhen, müßten die Kosten der Wiederverkäufer grundsätzlich um denselben Betrag steigen und an die Kunden weitergegeben werden. Deshalb kann von den reinen Wiederverkäufern kein wettbewerblicher Gegendruck auf die von den Spitzennetzen verlangten Preise ausgeübt werden.

- (68) Die Lage der zweitrangigen Diensteanbieter mit Gegenzugvereinbarungen stellt sich anders dar. Im Gegensatz zu den alleinigen Wiederverkäufern sind sie nicht vollständig abhängig von den Preisen, die von den Spitzennetzen verlangt werden. Bei ihrer Palette von Gegenzugvereinbarungen mit anderen gleichgestellten Diensteanbietern oder mit einigen der Spitzennetze kann eine begrenzte Substituierbarkeit dadurch gegeben sein, daß sie Zugang zu einigen Internet-Seiten haben, ohne die Netze der Spitzendiensteanbieter passieren zu müssen, wobei jedoch Lücken in ihrem Erfassungsbereich entstehen. Je größer der Erfassungsbereich der Gegenzugvereinbarungen, desto wahrscheinlicher ist die Fähigkeit eines zweitrangigen Diensteanbieters, die Erfassung zu gewährleisten. So ist z. B. bei fünf gleichgroßen Spitzennetzen ein zweitrangiger Partner, der Gegenzugvereinbarungen mit vier dieser Netze unterhält, besser in der Lage, einen wettbewerblichen Gegendruck auszuüben, als ein Diensteanbieter, der mit lediglich einem dieser Spitzennetze eine Gegenzugvereinbarung hat. Auf keinen Fall kann jedoch die Anschlußfähigkeit, die ein zweitrangiger Diensteanbieter mit Gegenzugvereinbarung anbieten kann, als ein ausreichender Ersatz für die erstrangige Anschlußfähigkeit eines Spitzennetzes gelten, um demselben Markt zugeordnet werden zu können.
- (69) Zweitrangige Diensteanbieter mit Gegenzugvereinbarungen, die eine vollständige Anschlußfähigkeit gewährleisten möchten, können es nicht umgehen, weiterhin Transitleistungen von den Spitzennetzen zu erwerben, weshalb ihre Kostenbasis von den Preisen der Spitzennetze entsprechend abhängig ist. Es gibt keine Nachweise dafür, daß die Kunden einen begrenzten Zugang als Ersatz für eine vollständige Dienstleistung hinnehmen würden, weshalb eine Preiserhöhung von zwischen 5 und 10 % wahrscheinlich nicht ausreichen würde, um sie zu einem Anbieterwechsel zu bewegen. Wenn man unter Annahme der Monopoltheorie davon ausgehen würde, daß die Spitzennetze als Einheit handeln, wäre kein Anbieter in der Lage, deren Angebot durch eine gleichwertige Dienstleistung zu ersetzen. Sollten hingegen sämtliche Spitzendiensteanbieter ihre Transitverbindungsgebühren um beispielsweise 5 % erhöhen, so könnten die Diensteanbieter außerhalb dieser Gruppe weiterhin einen wettbewerblichen Gegendruck ausüben, indem sie auf ihre Gegenzugvereinbarungen mit einigen der Spitzennetze zurückgreifen, um sich den Auswirkungen der Erhöhung der Transitgebühren zu entziehen. In Erwiderung auf diese Herausforderung ihrer Preiserhöhungsstrategie könnten die Spitzennetze jedoch für jegliche Zusammenschaltung im Rahmen von Gegenzug- oder Transitvereinbarungen Gebühren erheben. In einem solchen Fall könnten die zweitrangigen Diensteanbieter angesichts ihrer schwächeren Verhandlungsstellung keinen wettbewerblichen Gegendruck ausüben.
- (70) Der sachlich relevante Markt für die Tätigkeit der Parteien des Zusammenschlußvorhabens ist, wie vorstehend erläutert, somit der Markt der Bereitstellung von umfassender Internet-Anschlußfähigkeit der Spitzenebene.
- iv) **Veränderung der Marktdefinition**
- (71) Der Begriff des „Spitzennetzes“ entspricht insofern nicht mehr den tatsächlichen Gegebenheiten, als einige der Anbieter, die offenbar in der Lage sind, als Spitzennetze aufzutreten, für einige oder sämtliche ihrer Gegenzugvereinbarungen Gebühren entrichten müssen. Andere Gegenzugvereinbarungen würden heutzutage nicht mehr eingegangen werden, weshalb deren Zuordnung zu den Spitzennetzen fragwürdig erscheinen mag. Deshalb könnte die Anzahl der Unternehmen, die tatsächlich in der Lage wären, einen wettbewerblichen Gegendruck auszuüben, kleiner sein, als aufgrund der Definition der Spitzennetze zu erwarten wäre.
- (72) Seit einigen Jahren ist der Verkehrsumfang im Internet stark gewachsen. Es waren erhebliche Kapazitätserweiterungen erforderlich, nicht um Wettbewerbsvorteile zu erlangen, sondern um eine angemessene Dienstqualität hinsichtlich Geschwindigkeit und Zuverlässigkeit angesichts der zunehmenden Beanspruchung und damit Staubbildung zu gewährleisten. Die Schwierigkeiten liegen nicht bei den hinzukommenden Benutzern, sondern den neuen Anwendungen wie z. B. der Videoübertragung, die hohe Ansprüche an die Bandbreitennutzung stellt. Die Kapazität der größten Kabel in den größten Netzen wurde in sehr kurzer Zeit erheblich erweitert. Die Spitzenverbindungen, die früher mit T1-Kabeln einer Kapazität bzw. Geschwindigkeit von 1 544 000 Bits je Sekunde (1,544 Mbps) hergestellt wurden, verwenden nunmehr DS-3- oder T3-Kabel von 45 Mbps, während in den meisten der großen Zentralverbindungen in Kürze OC-3-Kabel einer Kapazität von 155 Mbps und sogar OC-12-Kabel einer Kapazität von 622 Mbps eingesetzt werden. Netze, die sich in ihrer technischen Entwicklung und Kapazität nicht fortentwickelt haben, sind zurückgefallen. Diese Netze, die einmal in der Lage gewesen sind, eine erstrangige umfassende Anschlußfähigkeit gemäß den damaligen Normen anbieten zu können, haben diese Fähigkeit zum Teil verloren.

- (73) Bis in die jüngste Zeit konnte eine Gegenzugvereinbarung an öffentlichen Zugangspunkten mit anderen Diensteanbietern, die an diesen Zugangspunkten ausreichend vertreten waren, einem Diensteanbieter den Rang eines Spitzennetzes sichern. Mit der zunehmenden Staubildung an den Zugangspunkten sind die großen Anbieter dazu übergegangen, eigene Gegenzugvereinbarungen in einer bestimmten Entfernung zu den Zugangspunkten einzugehen. Die Tatsache, daß die größten Diensteanbieter weiterhin Gegenzugvereinbarungen sowohl an den Zugangspunkten als auch gleichzeitig privat untereinander eingehen, muß keine Auswirkungen auf die Marktdefinition haben. Sollte jedoch den kleineren Diensteanbietern, deren Gegenzugvereinbarungen auf die Zugangspunkte beschränkt sind, von den größten Netzen das Eingehen gebührenfreier privater Gegenzugvereinbarungen verweigert werden, wären diese kleineren Anbieter nicht mehr in der Lage, als Spitzennetze aufzutreten und würden deshalb aus der Marktdefinition fallen. Da sich dieser Vorgang in einem frühen Stadium befindet, soll die gewählte Marktdefinition nicht in Vorwegnahme zukünftiger Entwicklungen eingeengt werden; bei der Bewertung der Marktmacht der Parteien muß die Tatsache, daß diese Entwicklung wahrscheinlich eintreten wird, jedoch als maßgeblicher Faktor berücksichtigt werden.

v) Die Erwiderungen der Parteien

- (74) In ihrer Erwiderung auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte und bei der Anhörung haben die Parteien der Auffassung widersprochen, daß es sich bei dem Internet um eine hierarchische Struktur handele. Nach ihrer Auffassung könnte jeder Diensteanbieter einer von einem aus sämtlichen Spitzennetzen bestehenden Monopolisten vorgenommenen Preiserhöhung entgehen, indem er seinen Verkehr über zweitrangige Gegenzugvereinbarungen umleitet und die Reichweite dieser Vereinbarungen falls erforderlich ausweitet. Demnach könnte gemäß den Parteien jeder Diensteanbieter sich mit jedem anderen Diensteanbieter zwischenschalten und damit das Erfordernis umgehen, auf die Spitzennetze zur Vervollständigung seiner Anschlußfähigkeit zurückgreifen zu müssen.
- (75) Von dritter Seite wurde jedoch angeführt, daß es sehr unwahrscheinlich wäre, die Preiserhöhung durch ein solches Vorgehen uneinträglich machen zu können. Der Kunde eines Diensteanbieters, der die umfassende Internet-Anschlußfähigkeit auf der Spitzenebene durch den Erwerb von Transitleistungen von einem der Spitzennetze anstrebt, könnte nicht die Preiserhöhung eines angenommenen Monopolisten

umgehen, indem er diese Transitleistung bei einer anderen Quelle bezieht, da keine andere Quelle verfügbar wäre. Ein Versuch, die Preiserhöhung durch den Aufbau von Netzen zweitrangiger Gegenzugverbindungen zu umgehen (was die Voraussetzung dafür wäre, daß ein zweitrangiger Diensteanbieter Transitleistungen anbieten könnte), wäre praktisch unmöglich und würde auf jeden Fall erhebliche Transaktionskosten verursachen, da Schaltkreiskapazitäten entweder zu den privaten Gegenzugpunkten oder den öffentlichen Vermittlungseinrichtungen installiert werden müßten. So wird auch in Abschnitt 3.1 des Berichtes der Experten der Parteien mit dem Titel „Competition on the Internet: The impact of the MCI/WorldCom merger“ bei der Gegenüberstellung der Gegenzugvereinbarungen mit dem Erwerb von Transitleistungen eingeräumt, daß „... die Aufrechterhaltung einer großen Anzahl direkter Gegenzugquerverbindungen zu kostenaufwendig sein könnte. Ein kleines Netz kann daran interessiert sein, nur über eine beschränkte Anzahl direkter Zusammenschaltungen zu verfügen und die umfassende Internet-Anschlußfähigkeit durch den Erwerb von Transitleistungen bei einem anderen Netz herzustellen.“ Selbst für die größeren Diensteanbieter, die keine Spitzenanbieter sind, wären derartige Verbindungen bei ihrem jeweiligen Datenverkehrsumfang nicht kostengünstig, da eine große Anzahl von Verbindungen hergestellt werden müßte, und wahrscheinlich mehr, als ein Diensteanbieter wirksam würde verwalten können. Außerdem müßte jeder Diensteanbieter, mit dem Verbindungen hergestellt werden müßten, d. h. die übrigen Diensteanbieter, bei denen es sich nicht um Spitzennetze handelt, jeweils nur sehr geringe Anteile des gesamten Internetverkehrs abwickeln (nach Angaben von Dritten würde ein Diensteanbieter außerhalb der Spitzengruppe nicht mehr als 2 % des Verkehrs kontrollieren) und würden die Kosten für die Installierung der erforderlichen Kapazitätsverbindungen für einen Diensteanbieter die Kosten einer Preiserhöhung zwischen 5 und 10 % für die Transitleistungen eines angenommenen Monopolisten übertreffen. Außerdem wurde darauf hingewiesen, daß die Errichtung dieser Verbindungen die Koordinierung einer Vielzahl von Marktteilnehmern erfordern, zu technischen Leistungsverlusten führen und einen erheblichen Zeitraum in Anspruch nehmen würde.

- (76) Selbst wenn ein Diensteanbieter mit Erfolg ein Netz zweitrangiger Gegenzugvereinbarungen aufbauen könnte, könnte es doch nicht die direkt an den angenommenen Monopolisten angeschlossenen Kunden erreichen. Der Zugang zu diesen Kunden ist jedoch ein wesentlicher Bestandteil bei der Herstellung der umfassenden Internet-Anschlußfähigkeit. Jeglicher Versuch der Herstellung einer alternativen Anschluß-

fähigkeit auf der Grundlage eines aus zweitrangigen Gegenzugverbindungen bestehenden Netzes, der die Netze des angenommenen Monopolisten nicht einbezieht, könnte nicht die umfassende Internet-Anschlußfähigkeit gewährleisten und wäre kein wirtschaftlicher Ersatz für die von den bestehenden Spitzennetzen angebotene Anschlußfähigkeit.

- (77) Die Parteien haben dies offenbar selbst erkannt, da sie eingeräumt haben, daß selbst wenn eine zweitrangige Gegenzugverbindung nur einen Teilersatz darstellt, die Verwendung zweitrangiger Gegenzugverbindungen die Abhängigkeit eines Diensteanbieters von dem von einem angenommenen Monopolisten bereitgestellten Transitedienst verringern und ihn in die Lage versetzen würde, die Auswirkungen einer Preiserhöhung von zwischen 5 und 10 % zu umgehen. Sie wiesen jedoch darauf hin, daß der angenommene Monopolist Transitedgebühren, die nicht verbrauchsempfindlich wären (sofern das nicht bereits geschieht), festsetzen und damit den Anreiz für einen Diensteanbieter verringern könnte, den Verkehr weg von den Spitzenanbietern zu verlagern, wodurch die Wirksamkeit der zweitrangigen Gegenzugvereinbarungen selbst als ein teilweiser und sehr beschränkter Ersatz zunichte gemacht würde.

2. Die räumlich relevanten Märkte

i) Dienste an Unternehmen und Reisende

- (78) Auf den beiden von den Parteien ursprünglich angegebenen Märkten der Dienste an Unternehmen und an Reisende wären die gemeinsamen Marktanteile der Parteien nicht ausreichend, um Wettbewerbsbedenken auf nationaler oder einer weitergefaßten Ebene aufzuwerfen. Es ist deshalb nicht erforderlich, die räumlichen Märkte der Dienste an Unternehmen und an Reisende zu definieren.

ii) Übertragungsdienste

- (79) In ihrer Entscheidung Unisource hatte die Kommission festgestellt, daß sowohl das Angebot von als auch die Nachfrage nach Übertragungsdiensten ihrem Wesen nach wenigstens grenzübergreifend regional sind. Die räumliche Nähe zwischen dem Erwerber und dem Anbieter von vermittelter Transitedkapazität ist für die vermittelten Transiteddienste ziemlich unerheblich, weil sie von den Betreibern entweder als Ersatz für den Betrieb eigener internationaler Verbindun-

gen oder zur Bewältigung von Verkehrsspitzen auf diesen Verbindungen genutzt werden. Ebenso wird bei festgeschalteten Transiteddiensten die Weiterleitungskapazität auf Kabel- oder Satellitengrundlage über dritte Länder angeboten. Schließlich ist die Nutzung von Drehkreuzdiensten eine Alternative zum Eingehen einer unbegrenzten Anzahl zweiseitiger Vereinbarungen mit einzelnen Betreibern. Die räumlich relevanten Märkte für die Bewertung dieses Vorhabens erstrecken sich bei den Übertragungsdiensten auf Europa und transatlantisch auf die Vereinigten Staaten.

iii) Internet-Dienste

- (80) Die Definition der verschiedenen räumlichen Märkte für Internet-Dienste hängt von der jeweiligen Betrachtungsebene ab. Die physische Verbindung vom Endbenutzer zum Diensteanbieter, sei es über das Anwählen oder einen festgeschalteten Zugang, kann nur auf örtlicher Ebene hergestellt werden und ist in der Regel nicht Bestandteil des Leistungsangebots der Diensteanbieter. Derartige Verbindungen können von der jeweiligen Telefongesellschaft oder einem anderen Anbieter mit den entsprechenden Kabelausrüstungen hergestellt werden. Die räumlichen Märkte sind auf dieser Ebene somit regional bzw. national, je nach Umfang des Kabelnetzes. Da die Parteien in Europa jedoch keine starke Stellung bei der Erbringung dieser Ortsschleifendienste haben, kann die Definition dieser räumlichen Märkte offen bleiben.
- (81) Die Diensteanbieter, die bei der Bereitstellung von Internet-Zugangsdiensten an Endbenutzer im Wettbewerb zueinander stehen, sind zum Teil auf regionalen und zum Teil auf nationalen Märkten tätig. Bei einigen Diensteanbietern handelt es sich um kleine örtlich ausgerichtete Unternehmen. Da sich die großen Unternehmen bei ihrer Wahl des Diensteanbieters auch international orientieren, bemühen sich die Diensteanbieter bei dieser Art von Kunden um eine internationale Vermarktung dieser Dienstleistungen.
- (82) Durch die großen Diensteanbieter, die häufig auf internationaler Ebene tätig sind, erhält das Internet zunehmend eine internationale Prägung. Bei den bisher vorhandenen Spitzennetzen handelt es sich um Unternehmen, deren Geschäfte von den Vereinigten Staaten aus betrieben werden und die allein in der Lage sind, die Transiteddienste zu sämtlichen Teilen des Internets anzubieten. Dies steht im Gegensatz zum herkömmlichen Sprachtelefondienst, bei dem sich die Betreiber in der Regel auf ein

Gebiet beschränkt und den ihr Gebiet passierenden Verkehr weitergeleitet haben. Die Bedingungen, zu denen die Diensteanbieter weltweit tätig sein können, hängen davon ab, wie sie von diesen Diensteanbietern direkte oder indirekte Transitdienste erhalten können. Es handelt sich hierbei um vertikal hochintegrierte Unternehmen. So unterhält UUNet z. B. Einzelhandels-Tochtergesellschaften in mehreren europäischen Ländern. Eine Erhöhung der Preise für den Zugang zu den Spitzennetzen würde sich somit auf die Verbraucher in sämtlichen Teilen der Welt auswirken. Es handelt sich deshalb um einen weltumspannenden Markt.

- (83) In ihrer Erwiderung auf die Beschwerdepunkte machten die Parteien geltend, daß die Definition des räumlich relevanten Marktes fehlerhaft sei, da die Diensteanbieter nicht unbedingt ihre Anschlußfähigkeit aus der Gruppe der Spitzennetze erhalten müßten. Die Definition der räumlich relevanten Märkte durch die Parteien steht jedoch in engem Zusammenhang zu ihren Ansichten über die Produktmarktdefinition und stimmt nicht mit dem für die Zwecke dieser Entscheidung definierten Produktmarkt überein.

C. WETTBEWERBLICHE WÜRDIGUNG

1. Übertragungsdienste

- (84) Die Stellung auf dem Markt der Übertragungsdienste kann unter Zugrundelegung der europäischen und transatlantischen Übertragungskapazität gewürdigt werden.
- (85) In Europa befindet sich nach den Angaben der Parteien rund 95 % der Kapazität in Händen der bestehenden Telefongesellschaften. Während WorldCom Netze zwischen einzelnen europäischen Städten aufgebaut hat, ist MCI in Europa nicht als Anbieter von Kapazität spürbar vertreten. Das geplante Vorhaben wirkt in dieser Hinsicht deshalb keine Wettbewerbsbedenken auf.
- (86) In bezug auf die transatlantische Kapazität haben die Parteien angegeben, daß ihr gemeinsamer Anteil an der anzunehmenden Kapazität in den Vereinigten Staaten 23 % betragen würde, was sie zum zweitgrößten Kapazitätsanbieter nach AT&T mit 29 % machen würde. Die Verhältnisse bei der Kontrolle über die Kapazitäten würden sich mit der für Mitte 1998 erwarteten Einführung der transatlantischen Kabel wie Gemini (an dem WorldCom beteiligt ist) ändern, wenn eine Zunahme des Anteils von WorldCom an der verfügbaren Kapazität anzu-

nehmen sein wird. Es bestehen jedoch Pläne für das Verlegen weiterer Kabel, so daß die Vorteile, die WorldCom gegenwärtig durch die Verfügung über die Kapazitäten auf seinem neuen Kabel genießen mag, wahrscheinlich sehr bald geschmälert werden.

2. Internet-Zugangsdienste

- (87) Die Parteien haben vorgebracht, daß auf der Diensteanbieter-Einzelhandelsstufe erheblicher Wettbewerb herrsche und die Marktzutrittschranken niedrig seien. Dieser Behauptung wurde von anderen Marktteilnehmern in ihren Erwiderungen auf die Auskunftersuchen nicht widersprochen. Es wurde jedoch darauf hingewiesen, daß es sich bei den Diensteanbietern, die gegen den nachgeordneten Zweig der vertikal integrierten Kapazitätserbringer im Wettbewerb stehen, im wesentlichen um Wiederverkäufer der Anschlußleistungen handelt, die von den Anbietern in einer vorgelagerten Stufe der Angebotskette erbracht werden. Bei der Analyse wurden deshalb diejenigen Märkte in den Mittelpunkt gerückt, in denen beide Parteien tätig sind, insbesondere der Markt der umfassenden Internet-Anschlußfähigkeit auf der Spitzenebene.

3. Die umfassende Internet-Anschlußfähigkeit auf der Spitzenebene

- (88) Bei ihren ursprünglichen Angaben über ihre Tätigkeiten im Internet-Sektor sind die Parteien bei den Marktanteilen davon ausgegangen, daß ein Diensteanbieter, der im Besitz eigener Kabeleinrichtungen ist, Erbringer einer Zentralverbindung sei und daß die meisten Internet-Diensteanbieter, die über Einrichtungen dieser Art verfügen, als Betreiber einer Zentralverbindung anzusehen seien. Gestützt auf eine Hochrechnung beruhend auf Zahlenangaben zum US-amerikanischen Markt, die in einem Bericht von Frost & Sullivan für das Jahr 1996 enthalten waren, legten sie einen Wert von rund 4,7 Mrd. USD für den Marktumfang des Jahres 1997 zugrunde, weshalb auf dieser Grundlage ihre Einkünfte aus den Internet-Grundzugangsdiensten (ohne Mehrwertdienste) einen Anteil von 20 % am Gesamtmarkt nicht überschritten hätten.
- (89) Die Kommission kann dieser Marktdefinition bzw. diesem Verfahren zur Ermittlung des Marktanteils nur mit Schwierigkeit folgen. Eine Definition, in der die Diensteanbieter den Betreibern einer Zentralverbindung gleichgestellt werden, erscheint als zu weit gegriffen, da sie

die Unterscheidung zwischen einem kleinen orts-gestützten Wiederverkäufer von Leistungen an Ortskunden und den großen multinationalen Spitzennetzen verwischt. Die Parteien behaupteten, daß es unmöglich gewesen wäre, die Marktanteile auf einer anderen Grundlage als der von ihnen gewählten zu ermitteln, da keine veröffentlichten Daten verfügbar gewesen wären und es Schwierigkeiten bei der Definition der Betreiber einer Zentralverbindung gegeben habe.

- (90) Trotz der angeblichen Definitionsschwierigkeiten haben sich einige Kommentatoren darum bemüht, Marktstudien anhand dieser Informationen oder der von ihnen zusammengetragenen Angaben zu erstellen. Diese ergaben für die an dem Zusammenschluß Beteiligten eine wesentlich stärkere Marktstellung als den eigenen Angaben der Parteien zu entnehmen war, was vermuten läßt, daß sie in der Lage sein könnten, einen wesentlichen Teil des Internets zu kontrollieren. Trotz der Unterschiede bei den angewandten Methoden gelangte man in sämtlichen Fällen zu der Schlußfolgerung, daß mit der Zusammenlegung der Netze der Fusionsparteien ein Unternehmen mit einem sehr hohen Marktanteil entstehen würde.

- (91) Von seiten der Kunden und Wettbewerber wurden im Verlauf der Nachforschungen eine Reihe von Bedenken erhoben. So sagte z. B. ein Unternehmen, das Anschlußfähigkeit von den Fusionsparteien erwirbt, folgendes aus: ... „mit dem Zusammenschluß würde sich die Anzahl der glaubwürdigen alternativen Diensteanbieter auf drei verringern. Ohne zuverlässige alternative Anbieterquellen könnten Kunden wie [Name der Firma gestrichen] in übermäßige Abhängigkeit von wenigen Anbietern geraten, was zu einem Verlust an Leistungsqualität ... und einem nach oben gerichteten Preisdruck führen würde.“ Ein anderes in der Erbringung von Internet-Dienstleistungen tätiges Unternehmen sagte aus, daß der Zusammenschluß „zu unerwünschten Bedingungen bei der Bereitstellung von Internet-Diensten im Gemeinsamen Markt führen könnte, auf dem die neue Unternehmens-einheit eine marktbeherrschende Stellung einnehmen würde“. Ein drittes Unternehmen führte aus, daß „die Zusammenlegung von zwei der weltweit führenden Internet-Zentralverbindungsanbieter ein marktbeherrschendes Unternehmen schafft, was den Wettbewerb auf der Internet-Backbonestruktur spürbar beeinträchtigen könnte. Zusammen könnten diese Unternehmen bis zu 55 % des Internet-Zentralverbindungsverkehrs kontrollieren.“

- (92) In ihren Auslassungen vor der Federal Communications Commission (FCC) führte die Sprint

Corporation am 13. März 1998 aus, daß, gestützt auf die von Boardwatch Magazine zusammengetragenen Daten, die neue Einheit WorldCom/MCI nach dem Zusammenschluß rund 55 % sämtlicher Verbindungen haben würde. In dem Bericht der Maloff Gruppe vom Oktober 1997 wird davon ausgegangen, daß die neue Einheit rund 68 % der Internet-Einkünfte auf sich vereinen würde, die über die Zentralverbindungen von WorldCom und MCI laufen. In seinen Äußerungen vor der FCC nannte Bell Atlantic Marktanteile der fusionierenden Parteien, gestützt auf Presseberichte, einer Größenordnung von 60 % und schätzte die gemeinsamen Marktanteile unter Zugrundelegung der Anteile der Leitwegtabellen verwendenden Kundenleite- wege auf 58 %. In ihrer Aussage vor der FCC hat die GTE-Gruppe den gemeinsamen Marktanteil der fusionierenden Parteien auf 47 % der gesamten Bandbreite, gestützt auf die Angaben in der Zeitschrift Boardwatch, angegeben. Diese Aussagen stehen sämtlich in scharfem Widerspruch zu den auf den Einnahmen beruhenden Angaben der Parteien, die von einem gemeinsamen Marktanteil von rund 20 % ausgehen.

- (93) In ihrer Erwiderung auf die Beschwerdepunkte haben die Parteien erläutert, daß [30—40 %](*) der 400 Spitzen-Web-Sites an MCI und weitere [40—50 %](*) an WorldCom angeschlossen sind. Von den an MCI angeschlossenen [30—40 %](*) seien [5—15 %](*) ausschließlich an MCI angeschlossen, während weitere [0—10 %](*) sowohl WorldCom als auch MCI, jedoch keinen anderen Anbieter benutzen. Ebenso sind [40—50 %](*) von den an WorldCom angeschlossenen [5—15 %](*) ausschließlich an WorldCom angeschlossen, während [0—10 %](*) nur auf MCI und WorldCom zurückgreifen. Dies bedeutet, daß [15—25 %](*) der 400 Spitzen-Web-Sites ausschließlich an die fusionierende Einheit angeschlossen wären. Wenn man annimmt, daß alle übrigen Web-Sites an wenigstens drei Spitzennetze angeschlossen sind, hätten WorldCom/MCI einen Anteil an diesem Geschäft von [35—45 %](*).

- (94) Schließlich sagte der betriebliche Direktor von WorldCom in einem Zeitungsinterview, daß „das Vorhandensein eines großen Netzes eine hohe Zutrittsschranke für die Wettbewerber sei“⁽⁹⁾.

- (95) Das Fehlen einschlägiger Offenlegungspflichten in bezug auf die Internet-Einkünfte der Diensteanbieter und eindeutiger Berichtsverpflichtungen

⁽⁹⁾ Washington Post vom 29. September 1997.

für die erstellten Daten bedingen, daß es keine zuverlässige öffentlich verfügbare Schätzung der Größe sowohl des Internet-Sektors insgesamt als auch der einzelnen Teilsektoren gibt. Es gab Meinungsverschiedenheiten in der Frage der zutreffenden Einheiten für die Messung des Marktanteils und der zugrunde zu legenden Marktmacht. Den von Dritten gemachten Bemerkungen war zu entnehmen, daß in der Industrie keine Einigkeit über eine verbindliche Meßgröße herrscht, wobei man sich jedoch darin einig war, daß bei Zugrundelegung von mehr als einer Bezugsgröße ein einigermaßen zutreffendes Bild erstellt werden könnte. In einigen Bemerkungen wurde die Auffassung vertreten, daß eine Mischung aus Einnahmenkennziffer und Verkehrsfluß das aussagekräftigste Bild ergeben könnte.

- (96) Die Kommission hat deshalb ihre eigenen Untersuchungen unternommen und Daten zusammengetragen, die eine genauere Ermittlung der Marktgröße und des Marktanteils, insbesondere der fusionierenden Parteien, ermöglichen würden.

i) Mögliche Verfahren der Marktanteils-ermittlung

- (97) Neben den im folgenden eingehender erörterten Bezugsgrößen Einnahmen und Verkehrsfluß wurden auch Daten zu anderen möglichen Meßgrößen, wie z. B. Gesamtkapazität der Zusammenschaltungsverbindungen, Anzahl der erreichbaren Adressen, Anzahl der Präsenzpunkte und die für den Verkehrsaustausch tatsächlich verwendeten Bandbreiten, zusammengetragen und erwogen, ob auf dieser Grundlage aussagefähige Schlußfolgerungen gezogen werden konnten.
- (98) Die Größe der installierten Kapazitätsverbindungen (von den Kunden zu den Diensteanbietern, von den Diensteanbietern zu den öffentlichen und privaten Gegenzug-Stellen) könnte einen Anhaltspunkt für das Potential eines Netzes hinsichtlich Leistungsfähigkeit und Größe unter der Voraussetzung erbringen, daß Kapazitäten nur dann erworben und installiert werden, wenn die berechtigte Erwartung besteht, sie auch tatsächlich zu nutzen. Die zugänglichen Datenangaben reichten nicht aus, um verbindliche Schlußfolgerungen ausschließlich anhand der Kapazitätsangaben ziehen zu können. Die verfügbaren Angaben zu den Kapazitätsverbindungen insgesamt, d. h. den Verbindungen zwischen dem Netz und seinen Kunden sowie den öffentlichen und privaten Gegenzugpartnern

und Anbietern von Transitleistungen, lassen jedoch erkennen, daß die Parteien [...] (*) des Anteils am Markt der Spitzennetze auf sich ver-einen würden.

- (99) Beim Adreßraum wurde deutlich, daß die neueren Netze oder Kunden in größerem Maße auf Mechanismen zurückgreifen könnten, um die Anzahl der angegebenen Leitwegeingänge und Adressen zu beschränken, und daß eine höhere Anzahl angegebener Adressen auf ein veraltetes Netz schließen lassen könnte. Außerdem war unklar, in welchem Maße die erwiderten Unternehmen bei der Angabe ihrer Adressenanzahlen und Leitwegeingänge den Bereich zugrunde legten, den sie aufgrund ihrer Anschlußfähigkeit insgesamt (d. h. einschließlich zugekaufter Transitleistung) erfassen konnten. Es entstand allgemein der Eindruck, daß sich die meisten Netze in der Lage sahen, eine vollständige Anschlußfähigkeit auf dem einen oder anderen Weg gewährleisten zu können, und daß die Anzahl der angegebenen Adressen keine aussagefähige Meßgröße für die Größe oder Stärke eines Netzes darstellt.
- (100) Hinsichtlich der Teilnehmerzahl hatte es sich als schwierig erwiesen, die Anzahl der tatsächlichen Benutzer zu ermitteln. So kann z. B. bei einem Netz mit einer hohen Anzahl von Unternehmensteilnehmern eine geringe Anzahl von Einzelteilnehmern gegeben sein, wobei jedoch jeder einzelne Unternehmenskunde sein eigenes internes Netz mit einer Vielzahl angeschlossener Benutzer haben kann. Somit war es unwahrscheinlich, daß sich in der Teilnehmerzahl die tatsächliche Stärke eines Netzes widerspiegeln würde. Ähnliche Definitionsschwierigkeiten ergaben sich bei dem Versuch, Daten auf der Grundlage der Anzahl der einzelnen Websites zugrunde zu legen, da sich diese in ihrem Bedeutungsgrad erheblich unterscheiden, was bei einer einfachen Zählung nicht zum Ausdruck kommen kann. Deshalb wurde nicht der Versuch unternommen, diese Daten in die Schlußfolgerungen einfließen zu lassen.
- (101) Hinsichtlich der Präsenzpunkte wurde die Auffassung vertreten, daß zumindest grundsätzlich ein Zusammenhang zwischen der Netzgröße und der Anzahl der Präsenzpunkte bestehe, da ein Zentralverbindungsanbieter einen Präsenzpunkt entwickeln würde, um eine kritische Anzahl von Kunden erreichen zu können. So gab z. B. ein Wettbewerber an, daß die neu entstehende Einheit über schätzungsweise 48 % aller Präsenzpunkte in den Vereinigten Staaten verfügen würde. In einigen Erwiderten wurde jedoch die Anzahl der Präsenzpunkte den weniger zuverlässigen Verfahren zur Ermittlung der

Netzgröße zugeordnet, da die Anzahl in einem gewissen Maße eher von der Systemarchitektur als der Netzgröße abhängen könnte. Wenn auch die Anzahl der Präsenzpunkte in einer bestimmten Region der Teilnehmerzahl entsprechen mag, so könnte die Anzahl der Teilnehmer allein genommen keine hinreichende Kennzahl für die Netzgröße abgeben (es kann z. B. ein Netz eine große Anzahl von wenig nutzenden Teilnehmern bei vielen Präsenzpunkten haben, während in einem anderen Netz einer relativ geringen Anzahl von verwendungsstarken Teilnehmern eine geringe Anzahl von Präsenzpunkten gegenüberstehen mag).

ii) Ermittlung der Spitzennetze

(102) In einer Vielzahl der Erwiderungen auf die Nachfragen der Kommission wurden die vier Internet-Diensteanbieter WorldCom-Gruppe, MCI, Sprint und die GTE/BBN-Gruppe als in einer den übrigen Diensteanbietern überlegenen Stellung befindlich bezeichnet. Eine Auswertung der Daten über die Einkünfte aus dem Internet-Zugang und den Verkehrsfluß (nachstehend eingehender dargelegt) ergab keine eindeutige Trennungslinie zwischen den kleineren Mitgliedern dieser Vierergruppe und den nächstgrößeren Diensteanbietern, die der folgenden Kategorie zugeordnet wurden. Es wurden deshalb die Gegenzugvereinbarungen zwischen den großen Anbietern untersucht, um zu ermitteln, wer von ihnen den Spitzenanbietern zugeordnet werden könnte. Zu ermitteln war eine Reihe von Gegenzugvereinbarungen, anhand deren die vollständige Anschlußfähigkeit im Internet gewährleistet werden kann. Die Untersuchung wurde dadurch erschwert, daß es kein festes und geschlossenes Verzeichnis der nationalen Zugangsstellen gab, an denen ein Diensteanbieter eine Gegenzugvereinbarung eingehen muß, um eine flächendeckende Anschlußfähigkeit gewährleisten zu können. So ist es möglich, daß ein Diensteanbieter mit seinen Gegenzugvereinbarungen durchaus in der Lage ist, die vollständige Anschlußfähigkeit im gesamten Internet herstellen zu können. Eine weitere Schwierigkeit bestand darin, daß viele Diensteanbieter, die man aufgrund ihrer Gegenzugvereinbarungen den Spitzennetzen zuordnen konnte, Erwerber von Transitdiensten waren, wobei nicht deutlich war, ob sie auf den Erwerb dieser Dienste angewiesen waren (z. B. weil ihre Gegenzug-Verbindung theoretisch zwar umfassend, in Wirklichkeit jedoch unzureichend war) oder aus praktischen Erwägungen handelten.

(103) Als Ausgangspunkt legte die Kommission deshalb die Annahme zugrunde, daß ein Spitzen-

netz Gegenzugvereinbarungen wenigstens mit den Großen Vier, die eine vollständige Anschlußfähigkeit ohne Rückgriff auf Transitdienste anbieten können, eingehen muß. Ein Diensteanbieter, der nicht in der Lage ist, Gegenzugvereinbarungen mit sämtlichen vier Netzen dieser Gruppe einzugehen, hätte größte Schwierigkeiten, einen flächendeckenden Internet-Zugang anzubieten. Es ist durchaus möglich, daß die Anzahl der Teilnehmer, bei denen es sich um tatsächliche Spitzennetze handelt, in Wirklichkeit kleiner ist als die Anzahl der Anbieter, die Gegenzugvereinbarungen mit den vier genannten Spitzennetzen eingegangen sind, da jeder neu hinzukommende Gegenzug-Partner zwar Gegenzugvereinbarungen mit der ursprünglichen Vierergruppe, jedoch nicht mit allen anderen Gegenzug-Partnern unterhalten muß, die ihrerseits diese Vereinbarungen mit den Großen Vier eingegangen sind. Ist dies der Fall, sind sie nicht vollständig in der Lage, das gesamte Internet auf gebührenfreier Grundlage zu erreichen. Für die Zwecke der Bewertung wurde jedoch davon ausgegangen, daß ein Anbieter als attraktiver Gegenzug-Partner anzusehen ist, wenn er mit sämtlichen Teilnehmern der Vierergruppe Gegenzugverbindungen unterhält. Aus den verfügbaren Angaben ging jedoch nicht hervor, ob diese Diensteanbieter direkt miteinander verknüpft waren. Es ließe sich vorbringen, daß Diensteanbieter nicht der Spitzengruppe zugeordnet werden könnten, die weder untereinander vollständig, noch mit den Großen Vier zusammengeschaltet sind. Für die Bewertung wurde jedoch davon ausgegangen, daß derartige Gegenzug-Querverbindungen bereits bestehen bzw. sehr schnell hergestellt werden könnten, falls sie noch nicht bestehen sollten. Bei diesem Ansatz erweitert sich der Umfang der Marktteilnehmer zugunsten der Parteien.

iii) Schätzung von Marktgröße und -anteilen anhand der Umsätze

(104) Auf dieser Grundlage wären insgesamt 16 Internet-Diensteanbieter der Gruppe der Spitzennetze zuzuordnen (3 weitere sehr kleine Diensteanbieter, die mit UUNet, der wichtigsten Internet-Tochtergesellschaft von WorldCom, keine, jedoch mit einigen kleineren Tochtergesellschaften eine Gegenzugvereinbarung haben, könnten hierin einbezogen werden, was sich jedoch nur geringfügig auswirken würde). Die verfügbaren Angaben über den Gesamtumfang des Marktes waren nicht vollständig, außerdem mußte der Umsatz von drei Unternehmen, für die keine genauen Zahlen vorlagen, geschätzt werden. Die Einnahmen jedes dieser drei Unternehmen wurden mit jeweils 30 Mio. USD angesetzt, was angesichts ihrer gegenwärtigen Umsätze als ein

stark überhöhter Betrag angesehen wurde. Auf dieser Grundlage ergab sich für den Marktumfang des Jahres 1997 eine Größenordnung von 3,3 Mrd. USD. Bei einem Anteil von WorldCom zwischen [35—45 %](*) und einem weiteren Marktanteil von MCI von rund [5—15 %](*) würde die neue Einheit rund [45—55 %](*) des Marktes auf sich vereinigen. Die beiden nächstfolgenden Wettbewerber hätten einen gemeinsamen Marktanteil von weniger als [15—25 %](*) vorzuweisen.

(105) Während die Parteien wiederholt betonten, daß die Umsatzzahlen die einzige zuverlässige Meßgröße für den Marktanteil in diesem Bereich seien, wiesen andere Wettbewerber auf die möglichen Gefahren einer alleinigen Zugrundelegung der Umsatzerlöse hin. Die auf den Einnahmen aus den grundlegenden Internet-Zugangsdiensten beruhenden Zahlen wurden zwar weitestgehend zugrunde gelegt, die betreffenden Unternehmen unterliegen jedoch keinerlei Verpflichtung hinsichtlich Rechnungslegungsnormen und Offenlegungspflichten. Deshalb waren diese Zahlen mit Vorsicht zu behandeln.

(106) Unternehmen mit Gegenzugvereinbarungen mit bis zu drei der wichtigsten Diensteanbieter können kaum als Spitzennetze angesehen werden, da ein Unvermögen, eine Gegenzugvereinbarung mit einem der großen vier Anbieter einzugehen, ihre Fähigkeit erheblich beeinträchtigen würde, die Internet-Anschlußfähigkeit zu gewährleisten. Im Rahmen einer Sensibilitätsanalyse wurden die Marktanteile geschätzt, um festzustellen, ob sich bei einer Hinzuzählung dieser Marktteilnehmer die Zahlen spürbar ändern würden. Auch bei diesem äußerst vorsichtigen Ansatz ergaben sich Marktanteile, gestützt auf die Umsatzerlöse, von mehr als 40 % für die anmeldenden Parteien. Es wurde auch erwogen, in die Definition des Spitzennetzes auch Unternehmen einzubeziehen, die Gegenzugvereinbarungen mit lediglich zwei der vier größten Netze eingegangen sind. Man kam jedoch zu dem Ergebnis, daß die Erfassungslücken auf dieser Ebene so groß wären, daß die betreffenden Diensteanbieter nicht mehr mit einiger Berechtigung als Spitzennetz angesehen werden könnten.

iv) Verkehrsfluß

(107) In mehreren Bemerkungen wurde der Verkehrsfluß als eine wesentlich bessere Meßgröße als die Umsatzerlöse bezeichnet, wobei jedoch die Zahlen zum Verkehrsfluß durch ein plötzliches Anschwellen z. B. bei einem kurzfristigen Interesse für eine besondere Web-Seite verzerrt sein könnten.

(108) Es sind keine statistischen Angaben über das von den Diensteanbietern versandte oder empfangene Verkehrsvolumen verfügbar. Deshalb mußten zur Ermittlung des Marktanteiles, gestützt auf den Verkehrsfluß, die Zahlen von unten nach oben hochgerechnet werden. Hierzu ist es erforderlich, die Marktteilnehmer zu ermitteln und die Messungen des Verkehrsvolumens hinzuzufügen, das durch ihr jeweiliges Netz fließt, um so den Marktumfang zu erhalten. Es konnte jedoch nicht mit Gewißheit festgestellt werden, ob sämtliche Verkehrsflußmessungen von den betreffenden Marktteilnehmern nach denselben Grundsätzen vorgenommen wurden. Deshalb mußte ein anderer Weg gefunden werden, um die Marktanteile auf der Grundlage des Verkehrsvolumens ermitteln zu können.

(109) Der Verkehrsfluß eines Diensteanbieters besteht aus dem mit anderen Diensteanbietern ausgetauschten Verkehr und seinem jeweiligen internen Verkehr (d. h. der über seinem Netz ausgetauschte Verkehr zwischen seinen Kunden). Die Marktanteile können anhand von Verkehrs-Kennziffern errechnet werden, ohne daß der gesamte Internet-Verkehrsfluß als Eingangsgröße erforderlich wäre, wenn man folgendes Verfahren anwendet. Die Kennziffer des Marktanteils von Netz A bezogen auf den Marktanteil von Netz B entspricht der Kennziffer des gesamten durch das Netz A fließenden Verkehrs bezogen auf den gesamten durch das Netz B fließenden Verkehr. Wenn beide Ausdrücke dieser Kennziffer durch den gesamten zwischen den Netzen A und B ausgetauschten Verkehr geteilt werden, entspricht die Kennziffer des Marktanteils von Netz A bezogen auf den Marktanteil von Netz B der Kennziffer des relativen Anteils des Netzes A am gesamten durch das Netz B fließenden Verkehr bezogen auf den relativen Anteil des Netzes B am gesamten durch die Zentralverbindung A fließenden Verkehr. Somit können die Marktanteile anhand der relativen Anteile jedes Netzes am gesamten durch jedes einzelne Netz fließenden Verkehr ermittelt werden. Dadurch kann verhindert werden, daß die Marktanteilsermittlung durch mögliche Unterschiede bei den Meßverfahren verzerrt wird. Auf dieser Grundlage ergibt sich für die jeweiligen Marktanteile der WorldCom-Gruppe und von MCI eine Verhältniszahl von [...](*)

(110) Wenn man dieses Verfahren auf einen hypothetischen Markt anwendet, der GTE, MCI, Sprint und die WorldCom-Gruppe umfaßt, hätte die WorldCom-Gruppe einen Anteil von [50—60 %](*) , MCI einen Anteil von [15—25 %](*) und die neue Einheit einen Gesamtanteil von insgesamt [75—85 %](*) an diesem Markt.

(111) Vollständige Datenangaben zum Verkehrsfluß konnten nur von einer beschränkten Anzahl der größeren Netze zusammengetragen werden. Eine endgültige Ermittlung der Marktanteile war nicht möglich, da eine Aufschlüsselung des Verkehrs nach einzelnen Gegenzug-Partnern nur für die privaten Gegenzug-Partner der WorldCom-Gruppe vorlag. Bekannt ist jedoch der gesamte von den Großen Vier zu anderen Diensteanbietern, mit denen Gegenzugvereinbarungen bestehen, versandte und von ihnen empfangene Verkehr. Für die Zwecke dieser Ermittlung wurden in den Umkreis der Diensteanbieter sämtliche Diensteanbieter einbezogen, die Gegenzugvereinbarungen mit wenigstens einem der vier größten Netze haben. Dies ist eine weitgefaßte Annahme, da aus der vorgenommenen Marktanalyse hervorgeht, daß der Markt nicht größer sein kann als die 16 Spitzennetze, die Gegenzugvereinbarungen mit sämtlichen vier großen Netzen unterhalten, und daß ein kleinerer Markt mit Sicherheit anzunehmen ist.

(112) Um die Marktanteile der übrigen 12 Netze zu ermitteln, mußten einige Annahmen gemacht werden. Grundannahme war, daß der durch ein Netz fließende Verkehr die Größe der Netze widerspiegelt, an die er vermittelt wird. So wurde angenommen, daß ein Netz B halb so groß ist wie ein Netz C, wenn ein Netz A 10 % seines Verkehrs an Netz B und 20 % an Netz C versendet. Diese Annahme erscheint für die größten Netze begründet, da auf sie ein so hoher Anteil des gesamten durch sie fließenden Internet-Verkehrs entfällt, daß sie als repräsentativ für den Internet-Verkehr angesehen werden können. Angewandt auf die WorldCom-Gruppe und auf MCI würden [...] (*) des Verkehrs von WorldCom mit MCI und [...] (*) mit den anderen 12 Netzen ausgetauscht. Deshalb müßte das Verhältnis zwischen der Größe des MCI-Netzes und der Größe der übrigen 12 Netze insgesamt [...] (*) betragen.

(113) Gemäß diesen Annahmen würde sich für die WorldCom-Gruppe ein Marktanteil von rund [30—40 %] (*), für MCI von weiteren [10—20 %] (*) und für keinen der Wettbewerber ein Anteil von mehr als [5—15 %] (*) ergeben. Der gemeinsame Marktanteil von MCI und der WorldCom-Gruppe würde demnach [42—52 %] (*) betragen. [...] (*).

v) **Schlußfolgerungen zur Ermittlung des Marktanteils**

(114) Bei der vorstehend erörterten, auf den Einnahmen und dem Verkehrsfluß beruhenden Methode zur Ermittlung des Marktanteils und

der Marktgröße wurden vorsichtige Meßgrößen zugrunde gelegt, um die Parteien innerhalb vertretbarer Grenzen so großzügig wie möglich zu behandeln, weshalb es wahrscheinlich ist, daß ein zu niedriger Marktanteil ermittelt wurde. Dennoch besteht selbst auf dieser Grundlage wenig Zweifel, daß die neue Einheit einen Marktanteil von 50 % auch bei einer sehr weit gefaßten Definition haben würde. Das zusammengelegte Netz wäre bedeutend größer [...] (*) als der nächstfolgende Wettbewerber Sprint, sowohl gemessen an den Einnahmen als auch dem Verkehrsfluß, wobei zu bedenken ist, daß die GTE-Gruppe als nächstfolgender Wettbewerber etwa halb so groß ist wie Sprint.

vi) **Die Erwiderungen der Parteien**

(115) Die Parteien haben beanstandet, daß es ihnen aufgrund des Vertraulichkeitsschutzes, den die Wettbewerber für ihre der Kommission vorgelegten Informationen verlangt hatten, nicht möglich gewesen sei, die übrigen 12 auf dem Markt aktiven Wettbewerber zu ermitteln, und sie deshalb nicht prüfen konnten, ob die Marktanteilszahlen durch die Hinzufügung anderer Marktteilnehmer spürbar beeinflußt wurden. Wie bereits bemerkt, wurde mit der vorsichtigen analytischen Vorgehensweise beabsichtigt, den Parteien den Vorteil des Zweifels hinsichtlich der Einstufung der Anbieter als Spitzennetz einzuräumen. Zu diesem Punkt wurde von dem Unternehmen Sprint bei der Anhörung die Frage aufgeworfen, ob nicht einige der 12 Netze Zugang zu einer großen Anzahl räumlich weit verteilter Standorte hätten oder Hochgeschwindigkeitseinrichtungen besäßen oder mieteten und damit von den Wettbewerbern nicht als Anbieter einer Spitzenzentralverbindung gemäß der Definition von Sprint eingestuft würden.

(116) Außerdem widersprachen die Parteien dem von der Kommission angewandten Verfahren zur Verkehrsermittlung. Sie stellten insbesondere zwei Annahmen in Frage, die nach ihrer Auffassung dem Verfahren der Kommission zugrunde lagen, nämlich daß der Verkehr einheitlich [...] (*) verteilt sei und daß es keine spürbare Umleitung des Verkehrs aufgrund der Zusammenschaltung zwischen Netzen unterhalb der Ebene der Spitzennetze gäbe. Schließlich gaben sie zu bedenken, daß die der Kommission unterbreiteten Zahlen für den Verkehrseingang womöglich keine Vergleichszahlen waren und daß deshalb der gemeinsame Marktanteil der Parteien zu hoch angesetzt sein könnte. Die Kommission stimmt mit der Behauptung der Parteien nicht unbedingt überein, daß derartige Annahmen ihrer Berechnungsmethode zugrunde

lagen und welche Bedeutung sie, falls angewandt, haben würden. Auch muß sie dem entgegenhalten, daß die Parteien während des gesamten Verfahrens die Einnahmen als einzig angenommene Meßgröße bezeichnet hatten, daß sämtliche interessierten Parteien über die Form der jeweiligen Datenanforderungen konsultiert wurden, um die gelieferten Zahlenangaben möglichst vergleichbar zu machen, und daß die Parteien keine Alternative zu der von ihnen angefochtenen Kommissionsmethode vorschlagen konnten.

4. *Auswirkung des Zusammenschlusses auf den Wettbewerb*

- (117) Die Zusammenlegung der Internet-Zentralverbindungsnetze von WorldCom und MCI würde eine Einheit schaffen, deren absolute und relative Größe so wäre, daß die neue Einheit in spürbarem Maße unabhängig von ihren Wettbewerbern und Kunden würde vorgehen können. Dies hätte Auswirkungen auf die Verbraucher in Europa und anderen Teilen der Welt. UUNet, die größte Internet-Tochtergesellschaft von WorldCom, hat bereits gegenüber ihren Wettbewerbern eine erhebliche Größe. Die Tatsache, daß sie kurz vor der Erlangung der Marktbeherrschung steht, kann aus ihrem Anfang 1997 unternommenen und schließlich gescheiterten Versuch abgelesen werden, die Gegenzugvereinbarungen mit einer Reihe von Partnern einseitig zu beenden. Seit jener Zeit hat WorldCom durch den Erwerb von ANS und CNS zusätzliche Marktmacht erlangt. Es ist kaum daran zu zweifeln, daß die für ein von den Wettbewerbern unabhängiges Vorgehen erforderliche kritische Masse durch das Zusammengehen mit MCI erreicht werden würde.
- (118) Durch die Stärke und den Umfang der Netze von MCI und WorldCom könnte die neue Einheit Strategien verfolgen, um ihre Marktstellung zu stärken. Dazu könnten, wie im folgenden dargelegt, zwei große Ansätze verfolgt werden. Ein Weg bestünde darin, die Kosten der Wettbewerber zu erhöhen, während mit dem zweiten Ansatz durch ein selektives Preisgeben die Kunden von den Netzen der Wettbewerber weglockt werden könnten.
- (119) MCI WorldCom könnte den Marktzugang durch die Ablehnung neuer Gegenzug-Anträge, durch die Ausschließung oder die angedrohte Ausschließung bestehender Gegenzugvereinbarungen bzw. deren Ersetzung durch die bezahlte Zusammenschaltung kontrollieren. Ein Diensteanbieter, der die Anschlußfähigkeit mit
- sämtlichen Spitzennetzen anstrebt, würde zweifellos die Zustimmung von MCI WorldCom benötigen. Doch gegenwärtig wird selbst beim Vorhandensein einer Gruppe derselben Größenordnung wie WorldCom auf dem Markt die Fähigkeit eines Spitzennetzes, einem geeigneten Bewerber die angestrebte Gegenzugvereinbarung zu verweigern, durch die Kräfte des Wettbewerbs in Schach gehalten. Ein Spitzennetz, das einen solchen Antrag ablehnt, kann nicht davon ausgehen, daß es als Ersatzlösung Transitdienste an den Interessierten würde verkaufen können, da dieser Bewerber Kunde eines Wettbewerbers werden könnte. In einem solchen Fall hätte der ablehnende Diensteanbieter zur Stärkung der Marktmacht einer seiner Wettbewerber beigetragen. Sollte die Fusion zustande kommen, würden angesichts der starken Verhandlungsstellung von MCI WorldCom die nachteiligen Auswirkungen eines verweigerten Gegenzugantrags für die neue Einheit erheblich zurückgehen, wenn nicht gar beseitigt werden. Die abgelehnten Bewerber wären verpflichtet, Transitdienste zu erwerben, um das Netz von MCI und WorldCom zu erreichen, was ihnen Nachteile hinsichtlich Kosten und Qualität bereiten würde.
- (120) MCI WorldCom wäre in der Lage, unabhängig von seinen Wettbewerbern vorzugehen, indem es deren Kosten erhöhen und die Qualität ihres Dienstangebots senken würde. Den Wettbewerbern mit Gegenzugvereinbarungen mit MCI WorldCom wäre bewußt, daß ihre Fähigkeit, im Markt fortbestehen zu können, von ihrem Vermögen abhängen würde, ihren Kunden die Anschlußfähigkeit an das MCI WorldCom-Netz weiterhin anbieten zu können. Sollten sich die Qualität oder die Kosten für die Verbindung zum MCI WorldCom-Netz nachteilig entwickeln, könnten die Kunden der Netze dieser Wettbewerber zu MCI WorldCom überwechseln, was neue Kunden davon abhalten könnte, sich an ein anderes Netz als MCI WorldCom zu wenden. Die Wettbewerber müßten mit dieser Drohung leben und durch ihr Verhalten einer Abschaltung oder Verschlechterung der Verbindung durch MCI WorldCom zuvorkommen. Dies könnte soweit gehen, daß die Wettbewerber MCI WorldCom eine Mitsprache darüber einräumen, wem sie Transit- oder Gegenzugdienste zu welchen Bedingungen einräumen sollten. Auf diese Weise könnte MCI WorldCom eine tatsächliche Kontrolle im Markt ausüben.
- (121) Sollte ein Wettbewerber eine Gegenzugvereinbarung eingehen oder fortführen wollen, könnte MCI WorldCom die Qualität seines Leistungsangebots über die Verwaltung der hergestellten Verbindung kontrollieren. MCI WorldCom könnte auch das Leistungsangebot seiner Wettbewerber dadurch beeinträchtigen, daß es die

Kapazität an den privaten Gegenzugstellen nicht verbessert. Dadurch würde sich zwar die Leistungsqualität sowohl für MCI WorldCom als auch den betreffenden Wettbewerber verschlechtern, dieser wäre jedoch in einem größeren Maße geschädigt, da seine Kunden die Anschlußfähigkeit zu einem größeren Teil des Internets als die Kunden von MCI WorldCom verlieren würden. Der Anteil des durch eine solche Vorgehensweise betroffenen Verkehrs wäre bei dem kleineren Netz höher. Dabei könnten sich die Aussichten für MCI WorldCom auf Durchsetzung einer solchen Strategie verbessern, indem es die Kunden und Wettbewerber einzeln herausnimmt und nicht versucht, gegen den übrigen Markt mit einem Schlag vorzugehen.

(122) Angesichts der Zunahme des Internet-Verkehrs könnte MCI WorldCom diese Beeinträchtigungsstrategie ohne große Anstrengung verfolgen. Dazu würde es ausreichen, daß es sich auf den Ausbau des eigenen Netzes zu Lasten der Verbesserung der Verbindungen zu den Wettbewerbern konzentriert. Indem es einen solchen Qualitätsunterschied zwischen sich selbst und den Wettbewerbern eröffnet, wäre MCI WorldCom in der Lage, neue Kunden von Internet-Diensten davon zu überzeugen, nicht auf die Angebote der Wettbewerber einzugehen. Mit der zunehmenden Größe des Netzes von MCI WorldCom würde auch sein Vermögen entsprechend zunehmen, die Wettbewerber auf diese Weise zu beeinträchtigen.

(123) Mit zunehmender Größe wäre MCI WorldCom in der Lage, die Unabhängigkeit der bestehenden Wettbewerber einzuschränken, indem es die mit ihnen eingegangenen Zusammenschaltungsvorkehrungen ändert oder zu ändern droht, um sie zu verpflichten, für den Zugang zu seinem Netz entweder durch den bezahlten Gegenzug oder den Erwerb von Transit zu bezahlen, selbst aber keine Bezahlung als Gegenleistung anzubieten. Da die Wettbewerber nur die Wahl hätten, diesen geänderten Vertragsbedingungen zuzustimmen, würde MCI WorldCom die Kontrolle über einen wichtigen Teil der Kosten seiner Wettbewerber erlangen, und wäre damit in der Lage, die Qualität des Leistungsangebots dieser Wettbewerber zu beeinflussen. Es könnte deren Kostenstruktur dadurch beeinflussen, indem es Preise für Gegenzug- oder Transitvereinbarungen berechnet, mit denen die „Kunden“ (d. h. die vormaligen Wettbewerber) daran gehindert würden, Preise im Wettbewerb zu den von MCI WorldCom angebotenen Preisen anbieten zu können.

(124) MCI WorldCom könnte darüber hinaus unabhängig von seinen Kunden vorgehen, d. h. denjenigen Diensteanbietern, welche die Internet-

Anschlußfähigkeit an die Endverbraucher verkaufen, sowie den Geschäftskunden und Haushaltungen, die für den festgeschalteten oder anzuwählenden Internet-Zugang bezahlen. Diese Kunden hängen letztlich von der Anschlußfähigkeit ab, die von den Spitzennetzen angeboten wird, und wären praktisch gezwungen, sich mit dem marktbeherrschenden Erbringer dieser Leistungen direkt oder indirekt zusammenzuschalten, da nur dieser den zuverlässigen Zugang zu sämtlichen Teilen des Internets gewährleisten kann. Da MCI WorldCom bereits in diesem Markt tätig ist, könnte es versucht sein, seine Stellung in diesem Bereich auszuspielen, um eine marktbeherrschende Stellung im nachgeordneten Bereich zu erlangen. Dazu wäre es in der Lage, weil die übrigen Spitzennetze keinen wirksamen wettbewerblichen Gegendruck ausüben könnten und weil es selbst Einfluß und Kontrolle über die Kostenstruktur der im nachgeordneten Bereich tätigen Wiederverkäufer hätte.

i) Mehrfach-Zielansteuerung (Multi-homing) als Alternative

(125) In Erwiderung auf diese Argumente brachten die Parteien vor, daß die Fähigkeit, eine marktbeherrschende Stellung im nachgeordneten Bereich auszuspielen, durch die Tatsache eingeschränkt würde, daß viele Diensteanbieter und die mächtigeren Kunden wie z. B. die Besitzer von Web-Sites auf die Mehrfach-Zielansteuerung zurückgreifen könnten, da sie Transitdienste von mehr als einem Erbringer erworben haben und ihren Verkehr ohne Umstände umleiten könnten, wenn ein Erbringer versuchen sollte, seine starke Marktstellung zu mißbrauchen. Dieser Auffassung wurde von Teilnehmern an der Anhörung widersprochen. Sie verkenne die Tatsache, daß gegenwärtig viele der Kunden mit Mehrfach-Zielansteuerung ihre Zielansteuerung über MCI und WorldCom und nicht über eine der fusionierenden Parteien und einem dritten Unternehmen vornehmen, weshalb der Zusammenschluß für diese Teilnehmergruppe ihre gegenwärtig freie Wahlmöglichkeit beseitigen würde. Auch wurde vorgebracht, daß es sich hierbei weder um einen einfachen Vorgang, der ein besonderes als BGP4 bezeichnetes Protokoll erfordere, noch um ein billiges Verfahren handle, da es Ausgaben für zwei Transitverbindungen erfordere, während Wettbewerber ohne Mehrfach-Zielansteuerung nur für eine Transitverbindung aufzukommen hätten. Auf jeden Fall sei ein beherrschendes Netz in der Lage, die Mehrfach-Zielansteuerung auf verschiedenen Wegen zu unterbinden, z. B. indem es sich weigert, Kunden mit Mehrfach-Zielansteuerung zu bedienen, oder die Verbindung zu diesen Kun-

den verschlechtert oder sich weigert, das BGP4-Protokoll anzuwenden, bzw. indem es Mengenrabatte anbieten würde, mit denen Kunden mit einfacher Zielansteuerung begünstigt würden.

- (126) Angesichts der besonderen Merkmale des Netzwettbewerbs und der besonderen Gegebenheiten der Netzstruktur, die den Zugang der Kunden zum größten Netz wertvoll machen, würde MCI WorldCom eine unanfechtbare marktbeherrschende Stellung erlangen können. Mit dem Zuwachs seines Netzes würde das Erfordernis zurückgehen, sich mit Wettbewerbern zusammenzuschalten, während gleichzeitig für sie die Notwendigkeit zunehmen würde, sich mit der fusionierten Einheit zusammenzuschalten. Außerdem würde mit dem Wachstum seines Netzes auch die Fähigkeit zunehmen, einen wesentlichen Bestandteil der Kosten eines neuen Marktzugängers zu kontrollieren. Dies wäre möglich, indem einem Neuzugänger die Möglichkeit zum Eingehen von Gegenzugverbindungen verwehrt und darauf bestanden würde, daß die neuen Marktteilnehmer Kunden bleiben und für sämtliche Dienste, die sie anbieten möchten, Entgelte bezahlen müssen. Der Zusammenschluß hätte somit die Wirkung, die Marktzutrittschranken noch weiter zu erhöhen. Es läßt sich die Auffassung vertreten, daß als Folge des Zusammenschlusses das Netz von MCI WorldCom entweder unmittelbar oder nach einer relativ kurzen Frist zu einer wesentlichen Einrichtung würde, mit der sich alle übrigen Diensteanbieter unweigerlich direkt oder indirekt zusammenschalten müßten, um einen glaubwürdigen Internet-Zugangsdienst anbieten zu können.

ii) Fehlen eines wettbewerblichen Gegendrucks

- (127) Die erste Reaktion der gegenwärtigen und potentiellen Wettbewerber auf diese gesteigerte Marktmacht des größten Netzes muß ebenfalls erwogen werden. Bei den gegenwärtigen Wettbewerbern könnte diese in dem Versuch bestehen, mehr Datenverkehr auf sich zu ziehen. Dies könnte dadurch erfolgen, indem entweder versucht würde, Kunden von der neuen Einheit wegzulocken oder die Kapazität auszuweiten in der Hoffnung, einen technisch überlegenen Dienst anbieten zu können. Die Schwierigkeit beim Weglocken der Kunden von MCI WorldCom bestünde darin, daß diese Kunden bereits an das größte Netz angeschlossen sind, mit dem sie direkten Zugang zum Kundenstamm dieses Netzes haben. Sollten sie zu einem anderen Netz überwechseln, hätten sie Zugang zum Kundenstamm von MCI WorldCom nur auf

indirektem Wege, z. B. über die Gegenzugvereinbarungen ihrer neuen Erbringer von Transitleistungen, weshalb die Anzahl der Kunden, zu denen sie direkten Zugang auf ihrem neuen Netz hätten, zurückgehen würde. Ebenso würde die Qualität ihres Dienstangebotes zurückgehen, da ihre Nachrichten mehr Sprünge zurücklegen müßten, um das größte Netz zu erreichen. Diese Bemühungen, Kunden wegzulocken, würden natürlich MCI WorldCom nicht entgehen, das ein solches Vorhaben für seine bestehenden Kunden durch die Drohung unattraktiv machen könnte, die Gegenzugverbindungen mit den neuen Transiterbringern der vormaligen Kunden zu verschlechtern oder nicht zu verbessern, oder konkurrierende Netze in den Rang eines zahlenden Gegenzugpartners bzw. Kunden von MCI WorldCom absteigen zu lassen.

- (128) Es ließe sich vorbringen, daß MCI WorldCom einer abgestimmten Erwiderung von konkurrierenden Netzen ausgesetzt werden könnte, die ausreichen würde, um die neue Einheit daran zu hindern, ihre Marktmacht auszuüben. MCI WorldCom könnte jedoch darauf mit einer fortschreitenden Vernichtungsstrategie reagieren, mit der es die Wettbewerber nacheinander, beginnend mit dem kleinsten und schwächsten, angreifen könnte. Bei jedem konkurrierenden Netz könnte ein Angriff auf einen anderen Wettbewerber kurzfristig insofern von Vorteil sein, als es die Aussicht hätte, einige der dieses Netz verlassenden Transitkunden zu übernehmen. Es könnte davon ausgehen, daß es in seinem Interesse liegt, nicht auf eine Weise vorzugehen, die einen Gegenschlag herausfordern müßte.

iii) Potentielle Wettbewerber

- (129) Für die potentiellen Wettbewerber würden sich die Schranken noch weiter erhöhen, die ihrem Eintritt in den Kreis der Spitzennetze im Wege stünden. Abgesehen von den Aufwendungen für den Aufbau eines Netzes, die entstehen, wenn man direkt als Spitzennetz auf den Markt treten möchte, würden einem Neuzugänger mit Sicherheit Gegenzugvereinbarungen von den vorhandenen Anbietern mit der Begründung eines unzureichenden Kundenstamms und eines damit zu schwachen Verkehrsaufkommens verweigert werden. Ein Diensteanbieter, der sich von einem Erwerber von Transitleistungen zu einem Spitzendiensteanbieter entwickeln möchte, ist zwar dem Wettbewerb der anderen Netze ausgesetzt, kann aber damit rechnen, daß es Grenzen für den Spielraum gibt, Gegenzugvereinbarungen einem Netz zu verweigern, das groß genug ist,

um zu einem potentiellen Wettbewerber zu werden. Er kann nicht davon ausgehen, Transiteinnahmen von einem Bewerber verdienen zu können, dem eine Gegenzugvereinbarung verweigert wurde. Wenn er diesem Bewerber einen Antrag auf Gegenzugvereinbarung ablehnt, würde er Gefahr laufen, die Macht eines konkurrierenden Netzes zu stärken, von dem der Bewerber Transitleistungen erwirbt, oder feststellen zu müssen, daß er das einzige Spitzennetz ist, das nicht bereit ist, eine Gegenzugvereinbarung einzugehen, womit das neue Netz in der Lage wäre, eine Abschaltungsstrategie als Gegenschlag zu verfolgen. Wird jedoch ein Netz zu mächtig, kann es potentielle Wettbewerber daran hindern, den Rang eines Spitzennetzes einzunehmen, indem es dafür sorgt, daß die Preise für seine Transitleistungen hoch genug sind, um den neuen Marktzugänger daran zu hindern, ausreichend große Marktanteile aufzubauen. Außerdem kann es seine Wettbewerber daran hindern, Gegenzugvereinbarungen einzugehen, indem es ihnen die Abschaltung oder Verschlechterung der Verbindung androht.

(130) Es wurde die Auffassung vertreten, daß neue Wettbewerber auf der Spitzenebene entstehen könnten, indem z. B. Diensteanbieter in Europa ihre Kräfte zusammenlegen. Diese Diensteanbieter würden sich jedoch nicht von anderen neuen Marktzugängern unterscheiden, da sie es sich nicht leisten könnten, auf die Anschlußfähigkeit bei den bestehenden Spitzendiensteanbietern zu verzichten. Auch ist bei den Spitzenanbietern anzunehmen, daß sie ihrerseits um neue Kunden werben würden. Somit genießen die bestehenden Anbieter einen spürbaren Vorteil, wenn sie den ersten Zug tun. Die einem europäischen Diensteanbieter entgegenstehenden Hindernisse bei dem Versuch, als Spitzennetz auf den Markt zu treten, wären deshalb im wesentlichen die gleichen Hindernisse, die jedem anderen Diensteanbieter unabhängig von seinem Standort in der Welt im Wege stünden.

(131) Der Zusammenschluß könnte insofern einen „Schneeballeffekt“ herbeiführen, als MCI WorldCom besser in der Lage wäre als die Wettbewerber, das durch neue Kunden entstehende zukünftige Wachstum auf sich zu vereinen, da es für jeden neuen Kunden von Vorteil ist, unmittelbar mit dem größten Netz verbunden zu sein, und die Dienstangebote der Wettbewerber relativ unattraktiv wären angesichts der drohenden Abschaltung oder Verschlechterung einer Gegenzugverbindung, welche die Wettbewerber von MCI WorldCom beständig gewärtigen müssen. Somit könnte der Zusammenschluß MCI WorldCom in die Lage versetzen, seinen Marktanteil weiter auszubauen.

iv) Erwiderung der Kunden

(132) Die Kunden könnten als Erwiderung versuchen, einer solchen Strategie entgegenzuwirken, indem sie zu anderen Netzen überwechseln, um ein Gegengewicht zur Macht von MCI WorldCom zu bilden. Grundsätzlich könnten sie dies als die logische Erwiderung auf die von der beherrschenden Unternehmenseinheit MCI WorldCom ausgeübte Marktmacht ansehen. Doch nur wenn es den Kunden gelänge, als Einheit vorzugehen (es gibt keinen Nachweis dafür, daß der Kundenstamm ausreichend konzentriert wäre, um dies zu ermöglichen), wäre kein einzelner Kunde bereit, das Risiko einzugehen, zu einem möglicherweise unterlegenen Anbieter zu wechseln, ohne sicher sein zu können, daß eine ausreichende Anzahl anderer Kunden den gleichen Schritt tun würden. Deshalb würden sie es kaum für angezeigt halten, ein solches Risiko einzugehen.

(133) In ihrer Erwiderung auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte und anschließend bei der Anhörung haben die Parteien das schnelle Wachstum des Internets als einen Faktor hervorgehoben, der die Fähigkeit der vorhandenen Marktteilnehmer einschränke, eine Marktbeherrschung ausüben zu können. Durch den Markteintritt von z. B. einer großen Anzahl von Diensteanbietern, die Leistungen auf der Einzelhandelsebene wiederverkaufen, jedoch weiterhin auf ein vorhandenes Spitzennetz für ihre umfassende Internet-Anschlußfähigkeit auf der Spitzenebene zurückgreifen müssen, würde kein stärkerer Gegendruck auf das Wettbewerbsverhalten der Parteien als durch die vorhandenen Wiederverkäufer ausgehen.

(134) Bei der Anhörung wurde von einer Seite betont, daß der Fehler vermieden werden müsse anzunehmen, durch das Wachstum entstünde eine Gegenkraft zur Marktbeherrschung. Das zukünftige Wachstum würde wahrscheinlich eher den vorhandenen als den neu auf den Markt tretenden Anbietern zugute kommen. So wiesen die Parteien auf das Entstehen neuer Wettbewerber hin, die gegenwärtig umfangreiche Glasfasernetze verlegten und deshalb eine wettbewerbliche Gegenkraft ausüben könnten. Der Markteintritt als Spitzendiensteanbieter erfordert jedoch nicht nur physische Anlagen, sondern auch einen Kundenstamm und damit Verkehrsfluß, was wiederum den Zugang zur Gegenzug-Zusammenschaltung nötig macht. Ein marktbeherrschendes Netz, das sich weigert, Gegenzugvereinbarungen einzugehen, könnte einen Marktzugänger wirksam daran hindern, als Spitzennetz tätig zu werden. [...](*).

- (135) Es ist deshalb davon auszugehen, daß mit dem angemeldeten Vorhaben eine beherrschende Stellung auf dem Markt der Erbringung der umfassenden Internet-Anschlußfähigkeit der Spitzenebene begründet würde, falls daran keine Änderungen vorgenommen würden.

VII. VERPFLICHTUNGSZUSAGEN DER PARTEIEN

- (136) Um die von der Kommission aufgeworfenen Bedenken hinsichtlich der möglichen Auswirkungen des Zusammenschlußvorhabens auf den Wettbewerb auszuräumen, haben die Parteien folgende Verpflichtungszusagen („die Zusagen“) angeboten:

„Um eine Zustimmung zu dem Zusammenschlußvorhaben zu erlangen, sind die Parteien übereingekommen, das gesamte Internet-Geschäft von MCI zu veräußern und folgende Zusagen zu erteilen:

I. Veräußerung des Internet-Geschäfts von MCI

1. MCI veräußert sein Internet-Geschäft und die Dienste im Zusammenhang mit dem Zugang zu dem als ‚Internet‘ bezeichneten öffentlichen Netz zusammenschalteter Netze und damit zusammenhängender Dienste — gemeinsam als iMCI-Geschäft bezeichnet — als eine betriebliche Einheit. Zu dem iMCI-Geschäft, das insgesamt einem einzigen Erwerber (dem ‚Erwerber‘) übertragen wird, zählt folgendes:
 - a) das weltweite Geschäft des festgeschalteten Internet-Zugangs für Firmenkunden (d. h., der Verkauf des festgeschalteten Zugangs zum Internet an Internet-Diensteanbieter, die den Internet-Zugang für andere herstellen);
 - b) das Geschäft von iMCI des festgeschalteten Internet-Zugangs auf der Einzelhandelsstufe (d. h., der an die Endbenutzer verkaufte festgeschaltete Internet-Zugang);
 - c) das Verbrauchergeschäft von iMCI des Anwahl-Zugangs zum Internet und/oder das Firmenkundengeschäft von iMCI des Anwahl-Internet-Zugangs und (falls eines der oder beide Internet-Anwahl-

Zugangsgeschäfte veräußert werden) die elektronischen Post-Server der für die Anwahl-Zugangskunden von iMCI verwendeten elektronischen Post (es sei denn, der Erwerber übernimmt keinen der beiden Geschäftszweige);

- d) die Zentralrechner-(Web-Hosting-)dienste von iMCI;
- e) die Real-Broadcast-Netzdienste von iMCI und
- f) die Managed-Firewall-Dienste von iMCI.

Hierin nicht eingeschlossen sind folgende Dienste, die nicht Bestandteil des iMCI-Geschäfts sind: i) das private Forschungsnetz vBNS, ii) Internet II, das Netzforschungs- und -bauvorhaben für die amerikanische Regierung, und iii) die virtuellen privaten Netzdatendienste einschließlich Extranets und Intranets.

2. Vor seinem Übergang an den Erwerber wird das iMCI-Geschäft an eine getrennte vollständig im Besitz von MCI befindliche Tochtergesellschaft mit Namen NewCo übertragen. NewCo wird eigenständig 100 % des Internet-Verkehrs und 100 % der Internet-Einnahmen des iMCI-Geschäfts übernehmen, wobei:

- a) Sämtliche MCI-Leitweglenker, Server, ATM-Schalter, Modems, Zugänge und sonstige Ausrüstungen sowie entsprechende Internet-Netzinfrastrukturen, die für das MCI-Geschäft erforderlich sind, werden an NewCo übertragen sowie ohne Beschränkung die damit verbundenen Internet-Protokolladressen, die autonomen Systemnummern und Nummerungspläne für den Netzbetrieb. Die zusätzlichen Vermögenswerte umfassen die damit verbundenen Anschlußbauteile einschließlich Gestelle für die verkauften Ausrüstungen und Kabel als Verbindung zwischen den einzelnen Bestandteilen, Kundenlisten und alle zurückliegenden Angaben für sämtliche Kunden.

An den Erwerber wird darüber hinaus folgendes übertragen: sämtliche Bereichsnamen und Authentifizierungsserver für den festgeschalteten und den Anwahl-Zugang zum Internet, die Net-

work-News-Server, die Mbone-Server, die ISICS-Leistungsüberwachungsserver, die Zentralrechner-Server und die Server für den Betrieb des Real-Broadcast-Netztes, für das Anwählnetz von iMCI und die dafür erforderlichen Testgeräte.

- b) Sämtliche Verträge von MCI mit Groß- und Einzelhandelskunden zur Herstellung des Internet-Zugangs und sämtliche Verträge von MCI über die Internet-Zentralrechner und die Managed-Firewall-Dienste werden an NewCo wie folgt übertragen: (1) MCI wird bei der Übergabe [...] (*) seiner Internet-Anwählverträge und der übertragbaren Zentralrechner- und Managed-Firewall-Verträge abtreten, und (2) alle übrigen Verträge, die ohne die Zustimmung der Kunden übertragen werden können, werden bei der Übergabe abgetreten. In bezug auf Verträge, die ohne die Zustimmung der Kunden nicht übertragen werden können, gilt folgendes:

i) MCI und WorldCom werden nach bestem Bemühen die Zustimmung der Kunden einholen [...] (*) und veranlassen, daß diese Verträge an den Erwerber [...] (*) übergehen.

ii) MCI und WorldCom ergreifen jederzeit alle erforderlichen Maßnahmen, damit die iMCI-Verträge, die [...] (*) der Einnahmen aus dem kombinierten festgeschalteten Zugang auf der Einzelhandelsstufe und aus den Zentralrechnerleistungen sowie [...] (*) der sonstigen Geschäftseinnahmen von iMCI bei der Übergabe ausmachen, [...] (*) an den Erwerber übergehen, und sagen zu, daß

iii) in dem Fall, daß der Kunde trotz besten Bemühens von MCI und WorldCom einer Übertragung nicht zustimmt und MCI/WorldCom Vertragspartner bleiben, der Internet-Verkehr aber während der Vertragslaufzeit zu [...] (*) auf dem übertragenen iMCI-Netz verbleibt und MCI [...] (*) aus diesem Vertrag erzielten Internet-Einnahmen an den Erwerber weitergibt.

iv) MCI und WorldCom vereinbaren mit dem Erwerber, daß dieser auf Kosten von MCI/WorldCom einen unabhängigen Rechnungsprüfer bestellen und mit der Prüfung der Unterlagen und Datenbestände von

MCI und WorldCom beauftragen darf, die mit der Einhaltung der in Abschnitt 2b) festgelegten Verpflichtungen in Zusammenhang stehen.

c) Der Erwerber erhält das Recht auf Nutzung der Urheberrechte, die für die Ausführung der übertragenen Geschäftstätigkeiten notwendig sind (mit Ausnahme der Sicherheitsprogramme), sowie auf Zugang zu allen anderen übertragbaren Genehmigungen, über die MCI verfügt und die für das iMCI-Geschäft erforderlich sind. MCI und der Erwerber vereinbaren eine Frist, innerhalb derer MCI Sicherheitsdienstleistungen für den Erwerber erbringt.

3. MCI überträgt dem Erwerber sämtliche auch mit WorldCom bestehenden Gegenzugvereinbarungen. WorldCom verpflichtet sich zur Weiterführung der Gegenzugvereinbarung für fünf Jahre ab der Übergabe (außer bei nicht behobenen wesentlichen Mängeln). Die Gegenzugvereinbarung zwischen MCI/WorldCom und dem Erwerber verpflichtet beide Seiten zur Aufrechterhaltung einer funktionierenden, hochwertigen Zusammenschaltung der Netze einschließlich u. a. angemessener Bandbreitenerweiterungen, zusätzlicher Verbindungen und Zusammenschaltungsstellen. [...] (*)

4. MCI/WorldCom wird für die Erbringung des festgeschalteten Internet-Zugangs weder werben noch Verträge eingehen. Für dieses Verbot, von dem die Kunden ausgenommen sind, die am Übergabestichtag zu den Internet-Kunden von WorldCom zählen, gelten folgende Fristen:

a) gegenüber Unternehmenskunden mit einem festgeschalteten Zugang zum Internet (d. h. Diensteanbieter): mindestens 24 Monate ab dem Übergabestichtag;

b) gegenüber Kunden auf der Einzelhandelsstufe mit einem festgeschalteten Internet-Zugang, deren Verträge an den Erwerber übertragen werden: mindestens 18 Monate ab dem Übergabestichtag;

c) gegenüber Kunden auf der Einzelhandelsstufe mit einem festgeschalteten Internet-Zugang, deren Verträge nicht

an den Erwerber übertragen werden: mindestens 18 Monate ab dem Übergabestichtag oder bis zur Beendigung ihres Vertrages, je nachdem, welcher der spätere Zeitpunkt ist.

MCI wird mit dem Erwerber eine faire, angemessene Wettbewerbsabrede bezüglich der Zentralrechner- und Managed-Firewall-Dienste treffen. MCI und WorldCom verpflichten sich, vor dem Übergabestichtag über die normalen Geschäftsabläufe hinaus keine Schritte zur Übertragung von Internet-Dienstleistungsgeschäften von iMCI auf WorldCom oder zur Mehrfach-Zielansteuerung von deren Aufkommen auf WorldCom-Netzen zu unternehmen.

5. Bestandteile der Übertragung:

- a) MCI übergibt NewCo so viele Beschäftigte, wie für die Ausübung des iMCI-Geschäfts erforderlich sind. MCI und der Erwerber vereinbaren, welche Angestellten mit dem iMCI-Geschäft übergeben werden. MCI übermittelt dem Erwerber eine nach Tätigkeiten gegliederte Liste der betreffenden Angestellten. Hierzu zählen Ingenieure, Betriebspersonal sowie Verkaufs- und Kundendienstmitarbeiter.
- b) MCI und WorldCom verpflichten sich, ab dem [...] (*) lang keinen der an den Erwerber abgetretenen Mitarbeiter einzustellen und [...] (*) lang keinen dieser Mitarbeiter abzuwerben.
- c) MCI leistet jede erforderliche Unterstützung, um die Erfüllung der bestehenden vertraglichen Verpflichtungen des iMCI-Geschäfts und seine Ausweitung zu ermöglichen; dazu zählen auch soweit wie möglich bestehende MCI-Wartungsvereinbarungen und Garantien.
- d) MCI verpflichtet sich, bis zum Übergabetag das iMCI-Geschäft wie bisher weiterzuführen, was ohne Einschränkung sämtliche handelsüblichen Maßnahmen zur Werbung und Bindung von Internet-Kunden und zur Entwicklung der Zentralverbindung einschließt.
- e) MCI erteilt dem Erwerber die Lizenz, während [...] (*) ab Übergabestichtag die übernommenen Zentralverbindungen und/oder das übernommene Geschäft als ehemalige internetMCI-Zen-

tralverbindung („formerly the internetMCI backbone network“) und/oder als ehemaliges iMCI-Geschäft („formerly the iMCI business“) zu bezeichnen, wobei die Einzelheiten mit dem Erwerber auszuhandeln sind.

- f) MCI erbringt auf vertraglicher Grundlage Basis-Leistungsdienste für das übertragene Internet-Geschäft und erstellt internationale Privatverbindungen für die übertragenen Verträge.

II. Zeitplan

6. Der Vollzug des Verkaufs findet vor oder zeitgleich mit dem Vollzug des Zusammenschlusses von MCI und WorldCom statt und ist an diesen gebunden. Die Verkaufskonditionen unterliegen den üblichen Genehmigungsvorschriften; der Person des Erwerbers müssen das US-Justizministerium und die Europäische Kommission zustimmen.

III. Der Verkauf des iMCI-Geschäfts durch den Erwerber

7. [...] (*).

IV. Nebenabreden

8. Damit der Verkauf wirksam wird, gehen MCI und der Erwerber auf Wunsch des Erwerbers Nebenabreden ein. Diese nachfolgend aufgeführten Nebenabreden gelten für eine Übergangsfrist [...] (*) und eine Anschlußfrist von [...] (*) [und werden zu allgemein günstigsten Kursen sein] (*).
- a) Eine „Master-Services“-Vereinbarung, in der die Preise festgelegt werden, zu denen MCI dem Erwerber Dienstleistungen zur Förderung des übertragenen iMCI-Geschäfts erbringt. Bestandteile dieser Vereinbarung sind:
 - i) eine Mitverwendungs-Vereinbarung („Collocation Agreement“) mit einer Laufzeit von bis zu [...] (*), wonach an den MCI-Standorten ausreichend Raum für den Betrieb der dem Erwerber übertragenen Sachanlagen zur Verfügung zu stellen ist;

- ii) eine Netz-Dienstleistungsvereinbarung mit einer Laufzeit von bis zu [...](*), wonach der Erwerber ausreichende Übertragungskapazitäten für die Erbringung von Internet-Dienstleistungen von MCI erhalten kann, und
 - iii) Ortszugangvereinbarungen mit einer Laufzeit von bis zu [...](*), wonach der Erwerber einen lokalen Zugang zur Internet-Zentralverbindung erhält.
- b) Sonstige Vereinbarungen mit einer Laufzeit von bis zu [...](*), die Wartung, Betrieb, Leistungserbringung und Netzverwaltung für iMCI-Geschäftskunden regeln.

Die weiteren Einzelheiten dieser Vereinbarungen werden zwischen den Parteien ausgehandelt.

9. Die Bestimmungen dieser Verpflichtungserklärung legen den Mindestschutz fest, den MCI/WorldCom dem Erwerber bieten wird.

V. Durchführung

10. Nach Ablauf von [...](* nach Erlaß dieser Entscheidung kann die Kommission die Parteien ersuchen, gemäß Absatz 11 einen Treuhänder zur Wahrnehmung der in den Absätzen 14 und 15 festgelegten Aufgaben zu benennen.
11. a) Falls die Kommission ihre Befugnisse gemäß Absatz 2 wahrnimmt, ersucht sie die Parteien, ihr binnen 7 Tagen mindestens zwei von den Parteien unabhängige Einrichtungen zu nennen, die sie für die Ernennung zum Treuhänder für geeignet halten.
- b) Die Kommission kann eine oder beide Einrichtungen billigen bzw. ablehnen. Stimmt sie nur einer Einrichtung zu, ernennen die Parteien diese zum Treuhänder. Stimmt die Kommission mehr als einem Namen zu, wählen die Parteien unter den genehmigten Einrichtungen den Treuhänder aus.
- c) Werden sämtliche Vorschläge abgelehnt, benennen die Parteien binnen 7 Tagen nach Unterrichtung mindestens zwei

weitere Einrichtungen („Zusatznamen“). Stimmt die Kommission nur einem der beiden Zusatznamen zu, ernennen die Parteien diese Einrichtung zum Treuhänder. Wird mehr als ein Zusatzname genehmigt, wählen die Parteien unter den genehmigten Einrichtungen den Treuhänder aus.

- d) Weist die Kommission sämtliche Zusatznamen zurück, benennt sie einen Treuhänder, der von den Parteien zu ernennen sein wird.

12. Sobald die Kommission einem Namen oder mehreren Namen zugestimmt oder einen Treuhänder bestimmt hat, ernennen die Parteien den Treuhänder binnen 7 Tagen.

13. Das Mandat des Treuhänders umfaßt folgendes:

- a) Der Treuhänder vergewissert sich, daß die Parteien die Rentabilität und den Marktwert der im Einklang mit dieser Verpflichtungserklärung zu veräußernden Vermögenswerte und Geschäftstätigkeiten aufrechterhalten und diese bis zur Veräußerung an den Erwerber entsprechend ihrem Status als unabhängige Einrichtung wie dritte Unternehmen geführt werden.
- b) Er überwacht die zufriedenstellende Erfüllung der von den Parteien in dieser Erklärung eingegangenen Verpflichtungen; insbesondere
- i) überprüft er die Angemessenheit des Verfahrens zur Auswahl des Erwerbers und die Führung der Verkaufsverhandlungen und unterrichtet die Kommission hierüber;
 - ii) des weiteren ermittelt er, ob die Vereinbarungen mit dem Erwerber die korrekte Veräußerung der vereinbarten Vermögenswerte und Geschäftstätigkeiten gemäß der Verpflichtungserklärung bewirken, und unterrichtet die Kommission hierüber.
- c) Er legt der Kommission schriftliche Berichte („Treuhänderberichte“) über den Stand der Erfüllung seines Mandats vor und führt darin sämtliche Punkte auf, in denen er sein Mandat nicht

erfüllen konnte. Die Berichte sind monatlich bzw. jederzeit auf Verlangen der Kommission vorzulegen; der erste Bericht ist der Kommission innerhalb eines Monats nach seiner Ernennung zu übermitteln.

14. Während der Mandatszeit des Treuhänders kann die Kommission jederzeit per ‚Ersuchen‘ den Treuhänder mit den nachstehend aufgeführten zusätzlichen Aufgaben betrauen, falls sie zu der Auffassung gelangt, daß die Verpflichtungserklärung nicht ordnungsgemäß eingehalten wird. Das Treuhändermandat wird in diesem Fall entsprechend erweitert. Sollte die Wahrnehmung der neuen Aufgaben in Widerspruch zum ursprünglichen Mandat geraten, erhalten diese neuen Aufgaben Vorrang.

- a) Der Treuhänder gewährleistet, daß die zu veräußernden Vermögenswerte und Geschäftsbereiche entsprechend ihrem Status als unabhängige Einrichtung wie dritte Unternehmen geführt werden.
- b) Er gewährleistet, daß die genannten Vermögenswerte und Geschäftstätigkeiten wie festgelegt veräußert werden.
- c) Er legt der Kommission in einem seiner Berichte, keinesfalls aber später als einen Monat nach dem entsprechenden Ersuchen, einen Vorschlag über ein Verfahren und einen Zeitplan zur Veräußerung der entsprechenden Vermögenswerte und Geschäftstätigkeiten gemäß dieser Verpflichtungserklärung vor. Die Kommission wird so bald wie möglich den Vorschlag genehmigen oder Änderungswünsche geltend machen.
- d) Der Treuhänder legt der Kommission in seinen Berichten oder nach Aufnahme der Verhandlungen mit interessierten Erwerbern ausreichende Informationen vor, damit sie über die Eignung der Kandidaten befinden kann.
- e) Er bricht die Verhandlungen mit dem Kandidaten ab oder ordnet den Parteien den Abbruch der Verhandlungen an, wenn die Kommission zu der Auffassung gelangt ist, daß ein Kandidat kein geeigneter Erwerber ist.
- f) Er legt der Kommission binnen [...](* nach Eingang des Ersuchens (oder binnen einer anderen von der Kommission festgelegten Frist) eine Vereinbarung

über die Veräußerung des gesamten iMCI-Geschäfts an einen geeigneten Erwerber zur Zustimmung vor; diese Vereinbarung ist sowohl für den Erwerber als auch für den Verkäufer bindend und unwiderruflich vorbehaltlich der Genehmigungen durch die Kommission bzw. das US-Justizministerium oder die Federal Communications Commission.

Die Bestimmungen dieses Absatzes dürfen nicht bewirken, daß die gemäß dieser Verpflichtungserklärung abzugebenden Vermögenswerte und Geschäftstätigkeiten vor dem Zeitpunkt veräußert werden, zu dem der Zusammenschluß zwischen den Parteien vollzogen wird oder unmittelbar bevorsteht.

15. Die Parteien leisten dem Treuhänder jegliche Unterstützung einschließlich Ablichtungen aller einschlägigen Unterlagen, die dieser zur Erfüllung seines Mandats benötigt, und vergüten seine Dienste angemessen.
16. Falls MCI und WorldCom die unwiderrufliche Aufgabe ihres Fusionsvorhabens bekanntgeben, gilt der Treuhänder als von seinen Pflichten entbunden und sein Mandat als beendet.
17. Die Kommission bemüht sich nach Kräften, den Parteien so früh wie möglich ihre Meinung über die Eignung eines vorgeschlagenen Erwerbers mitzuteilen. Bei der Beurteilung der Eignung des potentiellen Erwerbers wird die Kommission berücksichtigen, ob dieser über den Rang und die erforderlichen Ressourcen verfügt, um als lebensfähiger und bedeutender Wettbewerber der Parteien das iMCI-Geschäft langfristig in Besitz zu halten und rentabel zu betreiben, ob er von den Parteien unabhängig ist, ob er nachweislich keine nennenswerten einschlägigen Geschäftsbeziehungen zu ihnen unterhält und ob er die für den Erwerb erforderlichen Genehmigungen der zuständigen Wettbewerbs- und sonstigen Aufsichtsbehörden in der EU und andernorts erhalten hat oder voraussichtlich erhalten wird.“

VIII. BEWERTUNG DER VERPFLICHTUNGSZUSAGEN

- (137) Bei der Bewertung der Angemessenheit der Zusagen ist die Kommission davon ausgegangen, daß bei einer als Abhilfe angebotenen Ver-

äußerung angesichts der Marktstärke von WorldCom sichergestellt werden muß, daß der ganz überwiegende Teil der sich überschneidenden Internet-Tätigkeitsbereiche der fusionierenden Parteien veräußert wird. Außerdem wurde es angesichts des Ausmaßes an Konzentration in diesem Markt für erforderlich angesehen, daß der veräußerte Geschäftsbereich weitestgehend als Einheit erhalten bleibt, um sich als eine Wettbewerbskraft entwickeln zu können, und deshalb an einen Erwerber veräußert werden sollte, der in der Lage ist, einen aus dem Markt scheidenden Anbieter zu ersetzen.

- (138) Der ursprüngliche Veräußerungsvorschlag der Parteien, der die Wahl eines bestimmten Käufers vorsah, bevor die Kommission ihre endgültige Entscheidung zu der Anmeldung treffen würde, wurde im Markt getestet. Die Ergebnisse dieses Verfahrens waren Bestandteil der weiteren Gespräche mit den Parteien im Hinblick auf eine bessere Abhilfe, was sich in den Zusagen niederschlagen hat.

A. ERGEBNISSE DER MARKTBEFragung

- (139) Grundsätzlich lassen sich die Erwiderungen auf die Marktbefragung in zwei Gruppen unterteilen. Eine Gruppe vertrat die Ansicht, daß keine noch so umfassende Veräußerung ausreichen würde, um die mit dem Internet verbundenen Probleme zu lösen, was nur über eine Regulierung der Zusammenschaltung erreicht werden könnte. Die zweite Gruppe war der Auffassung, daß eine Veräußerung Abhilfe schaffen würde, jedoch die Tochtergesellschaft UUNet umfassen sollte. Diese Gruppe äußerte allgemein Zweifel an der Möglichkeit, die Internet-Tätigkeiten von MCI aus seinen allgemeinen Telekom-Tätigkeiten herauslösen zu können. Einige aus dieser Gruppe glaubten jedoch, daß eine vollständige Veräußerung der Internet-Bereiche von MCI, falls sie möglich wäre, die Wettbewerbsbedenken der Kommission würde ausräumen können.

1. Regulierung

- (140) Die Kommission hat sich keine Meinung darüber gebildet, ob eine Regulierung längerfristig erforderlich werden würde, jedoch festgestellt, daß die sich aus dem Zusammenschlußvorhaben ergebenden Wettbewerbsbedenken nur durch einen Änderungsvorschlag der Parteien gelöst werden könnten und daß eine Regulierung des Internets deshalb keine Lösung für die mit dieser Anmeldung aufgeworfenen Probleme sein könnte.

2. Technische Fragen

- (141) Die Einsprüche zu einer Herauslösung des Internet-Bereichs aus den Telekom-Tätigkeiten von MCI betrafen sowohl technische als auch geschäftliche und Absatzfragen. Im Fall von MCI wird die Kabelinfrastruktur sowohl zur Übertragung des Telekom- als auch des Internet-Verkehrs verwendet, wobei der überwiegende Teil der mit diesem Netz übertragenen Daten kein Internet-Verkehr ist. Gegenüber der Kommission wurde die Auffassung vertreten, daß angesichts des relativ kleinen, für die Übertragung des Internet-Verkehrs verwendeten Anteils an der Gesamtkapazität es nicht möglich wäre, allein für den Internet-Verkehr einen Teil des physischen Kabelnetzes herauszulösen. Die von den Parteien vorgeschlagenen Abhilfen sehen deshalb vor, daß der Erwerber Kabeleinrichtungen mietet und das Recht auf Zugang und Mitverwendung erhält, damit er ein virtuelles Netz auf dem physischen MCI-Netz betreiben kann.

- (142) Es wurde jedoch erkannt, daß eine solche Abhängigkeitsregelung keine langfristige Lösung erbringen könnte, und vorgebracht, daß andere erfolgreiche Spitzdiensteanbieter in der Regel Eigentümer und nicht Mieter ihrer physischen Netze sind. Ein Internet-Diensteanbieter, der seine Infrastruktur dauerhaft von einem Wettbewerber mietet, gerät in Abhängigkeit von diesem Wettbewerber. Ein geeigneter Käufer müßte deshalb in der Lage sein, entweder seinen Verkehr mehr oder weniger unverzüglich auf ein bestehendes alternatives Netz umzulenken oder ein eigenes Netz innerhalb eines annehmbaren Zeitraums aufzubauen und daraufhin den Verkehr auf dieses Netz umzulenken. Der am besten geeignete Erwerber wäre deshalb ein Unternehmen mit eigener Infrastruktur bzw. in der Lage, ein solches zu werden, weshalb es sich z. B. dabei entweder um eine Telefongesellschaft mit vorhandenen Infrastrukturen, jedoch ohne Internet-Kundenstamm handeln könnte oder vielleicht um einen Internet-Anbieter, der gegenwärtig zwar nicht als Spitzennetz fungiert, jedoch das Potential hat, sich mit einem angemessenen Kundenstamm zu einem solchen Netz zu entwickeln. Die Auswahl des Käufers wäre deshalb von besonderer Bedeutung, wobei zu bedenken ist, daß die Notwendigkeit, ein physisches Netz aufzubauen, als eine niedrigere Marktzutrittsschranke erscheint als das Erfordernis, einen Kundenstamm aufzubauen.

3. Geschäfts- und Markterwägungen

- (143) Zuerst von den Parteien und später auch von dritter Seite in den Marktbefragungen wurde

auf die Schwierigkeiten im kommerziellen und Vermarktungsbereich hingewiesen, die für MCI mit einer Trennung der Telekom- von den Internetdiensten verbunden sein würden, da beide Dienste den Kunden in einem Paket gebündelt unabhängig davon erbracht werden, ob sie durch rechtlich getrennte Verträge bezogen werden. Aus einigen Erwidierungen auf die Marktbefragung ging jedoch hervor, daß zumindest in der konsultierten Kundengruppe die meisten keine Schwierigkeit darin sehen, die Internet- und die Telefondienste von verschiedenen Erbringern zu erwerben. Bei einer genaueren Prüfung stellte sich heraus, daß selbst in den Fällen, in denen die Telekom- und die Internetdienste von demselben Anbieter bezogen werden, dies sehr häufig in Form getrennter, trennbarer Verträge erfolgt.

- (144) Unter diesen Voraussetzungen ist die Kommission zu dem Schluß gelangt, daß eine maßgeschneiderte Veräußerung des Internet-Geschäfts von MCI ein geeignetes Mittel für die Ausräumung der Wettbewerbsbedenken in diesem Fall sein könnte.

B. DAS ZU VERÄUSSERENDE GESCHÄFT

- (145) Zu den von den Parteien vorgeschlagenen Abhilfen zählt die Zusammenlegung sämtlicher zu veräußernder Tätigkeitsbereiche (zusammen als „das iMCI-Geschäft“ bezeichnet) in NewCo, als einer getrennten vollständig im Besitz der MCI befindlichen Tochtergesellschaft, um sie als Einheit an einen Käufer veräußern zu können. [...](*)

1. Das Netz betreffende Vermögenswerte

- (146) In der Verpflichtungszusage ist angegeben, welche Vermögenswerte und Eigentumsrechte übertragen werden sollen. Der Erwerber von NewCo wird das Eigentum an bestimmten Sachanlagen und immateriellen Aktiva für den Aufbau eines Internet-Netzes (Leitweglenker, Server, Schalter, Modems, Eingänge, Netzinfrastruktur, Adreßraum, Gebietsnamen usw.) erwerben. Aus den vorerwähnten Gründen wird er jedoch nicht das dazugehörige physische Netz von MCI, sondern das Recht auf Benutzung der entsprechenden Ausrüstungen über Mietverträge und vertragliche Rechte (Zugangsrechte, Mitverwendung usw.) erwerben, um ein virtuelles Netz auf der physischen Infrastruktur von MCI betreiben zu können.

- (147) Ein wichtiger Bestandteil eines Spitzendiensteangebots wird die Fähigkeit sein, die Gegenzugzusammenschaltung mit anderen ähnlich situierten Anbietern aufrechtzuerhalten. Gemäß der Verpflichtungszusage wird der Erwerber das Anrecht auf eine Gegenzugvereinbarung über 5 Jahre erwerben [...](*). Mit der Verpflichtungszusage kann zwar nicht gewährleistet werden, daß der Erwerber in der Lage sein wird, die Gegenzug-Zusammenschaltung mit anderen Spitzennetzen aufrechtzuerhalten, doch angesichts der Tatsache, daß eine Gegenzugvereinbarung mit dem auch nach der Veräußerung weiterhin größten Netz fortbestehen wird und der Erwerber eigenen Verkehr wird aufbauen können, sollten die Mittel vorhanden sein, um weiterhin die umfassende Anschlußfähigkeit anbieten zu können.

- (148) Hinsichtlich Mieten, Zugangsrechten und Mitverwendung werden [...](*) für [...](*) eingeräumt, woraufhin MCI WorldCom Dienste gemäß der [...](*) für weitere [...](*), falls erforderlich, wird anbieten können. Da angestrebt wird, daß der Erwerber im Laufe der Zeit eigene Infrastrukturen erhält, muß man der Frage nachgehen, ob diese Vorkehrungen genügend Zeit für die Umlenkung des Verkehrs auf ein neues Netz lassen. Die Angaben von dritter Seite hinsichtlich der dafür erforderlichen Zeit schwankten zwischen unverzüglich bei einem Erwerber, der bereits über eigene Infrastrukturen verfügt, [...](*) bei einem Bewerber, der ein eigenes Netz von Grund auf errichten muß. Der [...](*) Zeitraum, für [...](*), sollte ausreichen, um alle entsprechenden Tätigkeitsbereiche auf das alternative Netz zu übertragen und einen von MCI unabhängigen Betrieb dieses Netzes zu gewährleisten. Unter diesen Umständen können die Zusagen in diesem Punkt als zufriedenstellend angesehen werden.

2. Die Beschäftigten

- (149) Die Marktbefragung hat ergeben, daß mehrere 100 Beschäftigte erforderlich sein können, um ein Internet-Geschäft eines MCI entsprechenden Umfangs betreiben zu können. Nach den Angaben der Parteien werden rund 800 Beschäftigte benötigt, um das Internet-Geschäft von MCI zu betreiben. Sie sind bereit, dem Erwerber so viele Beschäftigte wie benötigt bereitzustellen. Deren genaue Anzahl würde jedoch sehr davon abhängen, in welchem Maße der Erwerber in demselben Internet-Geschäft wie MCI tätig ist. Aus diesem Grund wäre die Anzahl der abzustellenden Beschäftigten zwischen dem Verkäufer und dem Erwerber auszuhandeln.

3. Werbe-/Wettbewerbsverbote

- (150) Zu den Verpflichtungszusagen zählt das Verbot für alle übertragenen Kunden von Diensteanbietern, [...](*).

4. Der Kundenstamm

- (151) Der Kundenstamm läßt sich in drei Gruppen unterteilen: die Kunden der Diensteanbieter (Wiederverkäufer), die Kunden des festgeschalteten Zugangs (Endbenutzer) und die Anwahlkunden. Zu letzterer Gruppe zählen sowohl private als auch Firmenkunden.

i) Kunden von Diensteanbietern

- (152) Die Zusagen der Parteien sehen die Aufgabe [...](*) Diensteanbieterkunden vor. Bei der Abgabe dieser Kundengruppe stellten sich keine Schwierigkeiten, ist jedoch zu bedenken, daß es sich um eine besonders flüchtige Gruppe handelt, die bereit ist, zu einem anderen Diensteanbieter überzuwechseln, wenn ihre Ansprüche nicht ohne weiteres erfüllt werden. MCI WorldCom wird 2 Jahre lang daran gehindert, mit dieser Kundengruppe vertragliche Beziehungen einzugehen, so daß es diese Kunden nicht wieder an sich binden könnte, selbst wenn diese beschließen sollten, sich von dem neuen Anbieter wieder zu lösen. Damit müßte verhindert werden können, daß der Zusammenschluß zu einer Stärkung der Marktmacht in bezug auf diese Kundengruppe führen würde.

ii) Kunden mit festgeschaltetem Zugang

- (153) Die Zusagen sehen die Übertragung [...](*) Kunden dieser Gruppe an NewCo vor. Bei der Mehrzahl dieser Kunden gibt es kein rechtliches Hindernis für die Abtretung, weshalb sie übertragen werden können. Es gibt jedoch eine kleine Gruppe von Kunden mit sogenannten „nicht abtretbaren“ Verträgen, die das Verbot einer sowohl absoluten als auch von der Zustimmung des Kunden abhängigen Abtretung vorsehen. Verträge mit einem bedingten Verbot enthalten teilweise auch die zusätzliche Bestimmung, wonach die Zustimmung zur Abtretung nicht unbegründet versagt werden darf. [...](*).

- (154) Es wäre zu erwarten, daß nur die größeren und wichtigeren Kunden Übertragungsverbotsklauseln

in ihre Verträge eingefügt haben. Dies ist jedoch nicht unbedingt der Fall. Die Einfügung einer solchen Klausel hing in erster Linie davon ab, ob sie von dem betreffenden Kunden verlangt wurde. Bei den Kunden, die aufgrund ihrer Verhandlungsmacht eine solche Klausel einfügen konnten, handelt es sich nicht notwendigerweise um Großabnehmer von Internet-Diensten, sondern z. B. auch um Großabnehmer der Telekomdienste von MCI, die Internet-Dienste nur in einem relativ geringen Umfang abnehmen. [...](*).

- (155) Die Zusagen nehmen die Möglichkeit vorweg, daß einige Kunden nicht von einer Übertragung überzeugt werden können. Die Parteien sind der Auffassung, daß ein Erfordernis, sämtliche Kunden unabhängig von dem Bestehen derartiger Klauseln zu übertragen, den wenigen verbleibenden Kunden unangemessene Verhandlungsmacht verleihen würde, so daß sie unangemessene Forderungen für den Preis ihrer Zustimmung stellen könnten. Dies wäre insbesondere der Fall, wenn die betreffenden Kunden in der Lage wären, ihre Bezüge von anderen als Internet-Diensten in den Verhandlungen geltend zu machen. Die Parteien haben deshalb vorgeschlagen, eine Auflage zur Übertragung der Verträge entsprechend [90 %] der Gesamteinnahmen aus dem festgeschalteten Zugang und einen Spielraum von [...](*) vorzusehen. Der Betrag von [...](*)-Einnahmen aus festgeschaltetem Zugang entspricht rund [...](*) sämtlicher Internet-Einkünfte von MCI. [...](*). Der Betrag von [...](*) nicht übertragener Kunden stellt die Obergrenze dar, wobei der tatsächliche Prozentsatz darunter liegen könnte.

- (156) Bei den nicht übertragbaren Verträgen haben die Parteien zugesagt, daß sie auf jeden Fall den Verkehr auf das Netz des Erwerbers umleiten und die ihm zustehenden Einnahmen [...](*) honorieren werden. Somit wäre das vorgelagerte Transportelement des Verkehrs Sache des Erwerbers, während die Schnittstelle mit dem Kunden auf der Einzelhandelsebene bei MCI WorldCom verbleiben würde. Nach Ablauf der betreffenden Verträge würden die Werbe- und Wettbewerbsverbotsbestimmungen die entsprechenden Firmen davon abhalten, sich an andere Erbringer von Internet-Diensten als die Parteien zu wenden. Somit ist die bei MCI WorldCom durch die Beibehaltung des Einzelhandelselements dieser Gruppe von Verträgen verbleibende Marktmacht gering und auch nicht dazu geeignet, einen spürbaren Zuwachs von Marktmacht zu verleihen.

- (157) Es muß auf jeden Fall gewährleistet werden, daß die übertragenen Kunden nicht zu MCI

WorldCom zurückkehren und damit dessen Marktmacht stärken würden. Mit den Wettbewerbsverbotsbestimmungen soll dies verhindert werden, da, selbst wenn die übertragenen Kunden es vorziehen würden, nicht bei NewCo zu verbleiben (was davon abhängt, ob NewCo in der Lage sein wird, seine Marktstellung aufrechtzuerhalten), die Wettbewerbsverbotsbestimmungen MCI WorldCom daran hindern würden, um diese Kunden für den Zeitraum von achtzehn Monaten festgeschalteten Zugang (zwei Jahre für Diensteanbieter) zu werben oder Verträge mit ihnen einzugehen. Somit würde für den Fall, daß innerhalb der Wettbewerbsverbotszeit die Kunden von NewCo nach Ablauf ihrer Verträge sich an einen anderen Anbieter wenden, die Nachfrage nach den betreffenden Diensten dennoch den Wettbewerbern von MCI WorldCom und nicht diesem selbst zuwachsen.

iii) Anwählkunden auf der Einzelhandelsstufe

- (158) Die Parteien haben angeboten, an den Erwerber die Anwählkunden auf der Einzelhandelsstufe abzutreten; die Zusagen sehen jedoch nicht vor, daß der Erwerber diese Kunden übernehmen muß. Zu dieser Kundengruppe zählen sowohl Geschäftskunden ohne festgeschalteten Zugang als auch private Benutzer. Nach den Aussagen der Parteien entfällt auf diese Kundengruppe weniger als [...] (*) der Einnahmen von MCI und lediglich [...] (*) seines Verkehrs, [...] (*).
- (159) Auf diese Kunden entfällt lediglich [...] (*) des Verkehrsflusses von MCI, und sie sind keine Anbieter von Inhalten, so daß kein Risiko einer spürbaren Verstärkung von Marktmacht gegeben wäre, wenn man MCI WorldCom erlauben würde, diese Kunden zu behalten. Diese Kunden könnten jedoch in Zukunft an Bedeutung gewinnen, besonders wenn die technische Entwicklung es ermöglichen würde, daß auf dem Internet Verkehr eines geschäftlich bedeutsamen Umfangs übertragen wird, der bisher noch auf den Schaltkreisen des herkömmlichen Sprachtelefondienstes weitergeleitet wird. Sollte dies Wirklichkeit werden, wäre zu erwarten, daß sich die Einträglichkeit der Erbringung dieser Internet-Dienste an private Kunden gegenüber der Erbringung der herkömmlichen Telefondienste erhöhen wird.
- (160) Die Zusagen sehen deshalb vor, daß dem Erwerber dieser Kundenstamm als Bestandteil des Veräußerungspakets angeboten wird, ihm jedoch überlassen bleibt, ob er auf dieses Angebot zurückgreift.

- (161) Im schlimmsten Fall könnten einnahmемäßig 5 % der Kunden mit festgeschaltetem Zugang zu MCI WorldCom zurückkehren, falls ihnen dies erlaubt würde, während die Anwählkunden in den Büchern von MCI WorldCom verbleiben würden. Doch selbst ein solcher Vorgang würde die Marktmacht von MCI WorldCom nur unwesentlich stärken, so daß die Ausräumung der mit dem Fusionsvorhaben verbundenen Wettbewerbsbedenken weiterhin gewährleistet bliebe.

5. Mehrwertdienste

- (162) In der Marktbefragung wurde von verschiedener Seite vorgebracht, daß ein Internet-Zugangsgeschäft nur wirksam funktionieren könnte, wenn es in der Lage wäre, bestimmte Mehrwertdienste anzubieten, und daß der Anbieter solcher Dienste die Wahl des Internet-Zugangserbringers beeinflussen könnte, weshalb diese Dienste insgesamt veräußert werden sollten. Zu diesen Diensten zählten die Zentralrechner-, Managed-Firewall-, Intranet- und Extranet-Dienste. Die Parteien waren damit einverstanden, in die zu veräußernden Vermögenswerte die Zentralrechner- und Managed-Firewall-Dienste einzubeziehen, machten jedoch geltend, daß die Intranet- und Extranet-Dienste nicht Bestandteil des öffentlichen Internet-Netzes sind und daß deren Verkehr nicht zur Marktmacht auf dem öffentlichen Internet beitrage. Außerdem können die in diesem Zusammenhang am häufigsten erwähnten Mehrwertdienste von dem Diensteanbieter erbracht werden, der die Zugangsverbindung zum öffentlichen Internet bereitstellt, was jedoch nicht unbedingt der Fall sein muß. Die verschiedenen Dienste können ein und demselben Kunden von verschiedenen Anbietern erbracht werden, und die Mehrwertdienste können von Unternehmen, die nicht als Diensteanbieter tätig sind, bereitgestellt werden.
- (163) Hinsichtlich der Einbeziehung von „Intranets“ und „Extranets“ stellte sich zuerst eine Definitionsschwierigkeit. Es wurde vorgeschlagen, die Intranets von virtuellen privaten Netzen allgemein deshalb zu unterscheiden, weil sie mit einem TCP/IP-Protokoll betrieben werden. Es hat sich jedoch herausgestellt, daß einigen der dieses Protokoll verwendenden virtuellen Netze ein X25, Frame Relay oder ATM zugrunde liegt, und daß es sich bei TCP/IP nicht um das einzige in dem zugrundeliegenden virtuellen privaten Netz verwendete Protokoll handeln könnte, wobei auch der Internet-Bestandteil dieses privaten Netzes sehr klein sein könnte. Es hat sich auch gezeigt, daß Intranets und Extranets

allgemein weniger komplex als ein öffentliches Internet-Netz sind, daß deren Betrieb einfacher abläuft und nicht die besonderen Kenntnisse und Fertigkeiten erfordert, die für das Internet allgemein erforderlich sind. Es erschien zweifelhaft, ob das Angebot von Intranet oder Extranet zu einem Internet-Angebot überleiten kann. Dies erscheint um so weniger der Fall bei den Zentralrechner- und Managed-Firewall-Diensten, die für Netze mit einer öffentlichen Internet-Verbindung erforderlich sind.

C. DURCHFÜHRUNG

- (164) Gemäß Artikel 4 des Abkommens zwischen den Europäischen Gemeinschaften und der Regierung der Vereinigten Staaten von Amerika über die Anwendung ihrer Wettbewerbsgesetze⁽¹⁰⁾ fand ein Briefwechsel zwischen dem Generaldirektor für Wettbewerb der Kommission und dem Assistant Attorney General der Antitrust Division des amerikanischen Justizministeriums statt, mit dem die Kommission das Ministerium im Hinblick auf die sowohl der Kommission als auch dem Justizministerium anzubietenden Verpflichtungszusagen um eine Zusammenarbeit ersuchte. Das Justizministerium bestätigte, daß es sämtliche erforderlichen und angemessenen Maßnahmen ergreifen werde, um die wirksame Durchführung dieser Zusagen zu bewerten und anzustreben, falls sie für ausreichend erachtet werden.

IX. SCHLUSSFOLGERUNG

- (165) Das angemeldete Zusammenschlußvorhaben von MCI und WorldCom sollte vorbehaltlich der vollständigen Erfüllung der Verpflichtungszusagen, die von den Parteien der Kommission abgegeben wurden und in Abschnitt VII dieser Entscheidung aufgeführt sind, für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt werden —

HAT FOLGENDE ENTSCHEIDUNG ERLASSEN:

Artikel 1

Das am 20. November 1997 von WorldCom, Inc. und MCI Communications Corporation angemeldete Vorhaben des vollständigen Zusammenschlusses zwischen den beiden Parteien wird für vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt und der Funktionsweise des EWR-Abkommens erklärt; es wird zur Auflage gemacht, daß die Verpflichtungszusagen vollständig erfüllt werden, die von den Parteien gegenüber der Kommission abgegeben wurden und in Abschnitt VII dieser Entscheidung aufgeführt sind.

Artikel 2

Diese Entscheidung ist gerichtet an:

WorldCom, Inc.
515 East Amite Street
Jackson
Mississippi 39201-2702
USA

MCI Communications Corporation
1801 Pennsylvania Avenue, N.W.
Washington, D.C. 20006-3060
USA

Brüssel, den 8. Juli 1998

Für die Kommission
Karel VAN MIERT
Mitglied der Kommission

⁽¹⁰⁾ ABl. L 95 vom 27.4.1995, S. 47.

ENTSCHEIDUNG DER KOMMISSION

vom 29. Juli 1998

über die bedingte Genehmigung der von Italien zugunsten der Banco di Napoli gewährten Beihilfe

(Bekanntgegeben unter Aktenzeichen K(1998) 2495)

(Nur der italienische Text ist verbindlich)

(Text von Bedeutung für den EWR)

(1999/288/EG)

DIE KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN —

gestützt auf den Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, insbesondere auf die Artikel 92 und 93,

gestützt auf das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum, insbesondere auf die Artikel 61 und 62,

nach Aufforderung aller Beteiligungen zur Äußerung gemäß den Bestimmungen dieser Artikel⁽¹⁾,

in Erwägung nachstehender Gründe:

1. Einleitung

Die Banco di Napoli ist ein ehemaliges öffentlich-rechtliches Kreditinstitut. Mit dem Gesetz Nr. 218 vom 30. Juli 1990 („Amato“-Gesetz) und seinen Durchführungsverordnungen wurde die Bank durch Aufspaltung umstrukturiert: Die Banktätigkeit wurde einer Aktiengesellschaft übertragen, die aus der bestehenden öffentlich-rechtlichen Anstalt ausgegliedert wurde, und die Tätigkeit mit sozialer Zielsetzung wurde einer einlegenden Gesellschaft (Stiftung) übertragen, die das Kapital der Bankgesellschaft hält. Vor der fraglichen Beihilfemaßnahme besaß diese Stiftung 48,1% des Grundkapitals der Banco di Napoli SpA und 71,2% der Stimmrechte. Das Schatzamt hielt 9,1% des Grundkapitals bzw. 13,5% der Stimmrechte. Die übrigen Aktionäre hielten 10,3% des Grundkapitals und 15,3% der Stimmrechte. Das restliche Kapital (32,4%) entfiel auf börsennotierte Kleinaktien ohne Stimmrechte.

Der Bankkonzern Banco di Napoli, bestehend aus der Obergesellschaft Banco di Napoli SpA, aus einer Unterholding, 11 direkt und zwei indirekt beherrschten Unternehmen und 16 direkten und indirekten Beteiligungen, verfügte Ende 1994 landesweit über 810 Zweigstellen, davon 684 in Süditalien und 126 in Mittel- und Norditalien. Hinzu kamen im Ausland Hauptniederlassungen in Frankreich, Luxemburg, Deutschland, Großbritannien, Spanien, den Vereinigten Staaten und Hongkong. Die Tätigkeit des Konzerns umfaßt Kredit- und Finanzierungsgeschäfte, Wertpapier- und Immobiliengeschäfte, Factoring, Leasing, treuhänderische Vermögensverwaltung und Verwaltung gemeinsamer Anlagefonds, Merchant Banking und Versicherungen. Ende 1993 war die Banco di Napoli hinsichtlich der Gesamtbilanz die siebtgrößte italienische Bank (Gesamtaktiva 126 000 Mrd. ITL auf Konzernebene), mit einem Solvabilitätskoeffizienten (9,3%) über dem Mindestsatz (8%), aber mit einem niedrigen Rentabilitätsniveau (Betriebsgewinn/Nettovermögen = 3,8%).

Die Banco di Napoli (im folgenden „die Bank“) hatte in den Jahren 1994 und 1995 besonders hohe Verluste zu verzeichnen (1 147 bzw. 3 155 Mrd. ITL), die das Vermögen gleichsam aufgezehrt haben, weshalb die im Kreditwesen geltenden gesetzlichen Aufsichtskoeffizienten nicht eingehalten werden konnten.

Die Ursachen für diese erheblichen Verluste sind vielfältig. Lange Zeit Hauptbank der örtlichen Gebietskörperschaften, hat die Bank Anfang der 90er Jahre eine besonders expansive Geschäftspolitik eingeleitet: Es wurden sehr viele neue Zweigstellen eröffnet und mehr Kredite an die großen Industriekonzerne in Norditalien sowie an die Klein- und Mittelbetriebe in Süditalien ausgereicht, und dies in einer Zeit, als die italienische Wirtschaft bereits in ihre Rezessionsphase eingetreten war. Die Schwierigkeiten, in die die Schuldner geraten waren, haben in Verbindung mit unangemessenen Auswahlkriterien bei der Kreditvergabe und unzureichenden Risikokontrollverfahren zu beträchtlichen Verlusten im Kreditgeschäft geführt. Der staatliche Charakter der Bank hat die Anpassung an die immer stärkere Konkurrenz und die notwendigen Maßnahmen zur Steigerung der fachlichen und organisatorischen Leistungsfähigkeit verzögert. Die besonders

⁽¹⁾ ABl. C 328 vom 1.11.1996, S. 23.

hohen Personalkosten lagen über dem Landesdurchschnitt. Die Politik zum Erwerb und zur Verwaltung der Beteiligungen war eher regellos und folgte nicht den Rentabilitätskriterien; die notwendige Risikokontrolle bei den Beteiligungen blieb aus. Das globale Kontrollsystem der Konzernführung, bestehend aus den einschlägigen Finanzierungs- und Kontrollregeln und -einrichtungen eines Unternehmens („corporate governance“), erwies sich als unangemessen.

Die Ergebnisse der Bank verschlechterten sich weiter, vor allem wegen erhöhter Kreditaußenstände. Zusammen mit dem Ungleichgewicht zwischen renditefähigen Aktiva und kostenverursachenden Passiva sowie dem zunehmenden Anteil unrentabler Tätigkeiten hat dies dazu geführt, daß die Bank permanent den Interbankenmarkt in Anspruch nehmen mußte, wodurch die Kostenbelastung für die Geldaufnahme wuchs und die Rentabilität weiter abnahm. Die Finanzierungsschwierigkeiten der Bank führten schließlich zu einer Liquiditätskrise, zu deren Beilegung die Cassa Depositi e Prestiti und andere Banken im Januar 1996 eine Obligationsanleihe in Höhe von 2 365 Mrd. ITL zeichneten.

Am 27. März 1996 hat die italienische Regierung im Dringlichkeitsverfahren ein Gesetzesdekret zur Sanierung, Umstrukturierung und Privatisierung der Bank erlassen (Gesetzesdekret Nr. 163 vom 27. März 1996). Die Kommission hat mit ihrem Beschluß vom 30. Juli 1996, der den italienischen Behörden mit Schreiben vom 12. August 1996 mitgeteilt wurde, das Verfahren nach Artikel 93 Absatz 2 EG-Vertrag gegen einige in diesem Dekret enthaltene Maßnahmen eingeleitet, insbesondere gegen die Kapitalaufstockung in Höhe von 2 000 Mrd. ITL durch das Schatzamt, die Vorschüsse der Banca d'Italia im Sinne des Ministerialerlasses vom 27. September 1974 und die Steuererleichterungen.

Gleichzeitig vertrat die Kommission jedoch die Auffassung, daß möglicherweise noch weitere Maßnahmen zugunsten der Bank durchgeführt wurden, wobei es sich sowohl um Maßnahmen handelte, die keine Beihilfen darstellten, wie die im Januar 1996 von der Cassa Depositi e Prestiti und anderen öffentlichen und privaten Kreditinstituten gezeichnete Obligationsanleihe in Höhe von 2 365 Mrd. ITL und die Kapitalzuführungen im Sinne des Amato-Gesetzes, als auch um eine Maßnahme, die eine Beihilfe darstellte, nämlich die Möglichkeit der Freigabe der von der Bank bei der Banca d'Italia hinterlegten Mindestreserve. Diese konnte jedoch auf der Grundlage der für staatliche Beihilfen zur Rettung von Unternehmen in Schwierigkeiten geltenden Vorschriften als vereinbar erklärt werden, auch wenn sie rechtswidrig erfolgte, da sie nicht ordnungsgemäß notifiziert wurde.

Später informierten die italienischen Behörden die Kommission über die Annahme eines neuen, das vorherige Dekret ändernden Gesetzesdekrets, mit dem die Privatisierung der Bank erleichtert und vorgezogen

werden sollte. Im Herbst 1996 gaben sie eine Ausschreibung für die Abtretung von 60 % des Kapitals der Bank bekannt. Im Ergebnis dieses Verfahrens wurden Anfang Januar 1997 Aktien im Gegenwert von 60 % des Kapitals der Bank einer Gesellschaft zugesprochen, die zu 51 % vom Istituto Nazionale per le Assicurazioni (im folgenden „INA“) und zu 49 % von der Banca Nazionale del Lavoro (im folgenden „BNL“) gehalten wurde. Inzwischen hatten die italienischen Behörden beschlossen, die Kapitalerhöhung der Bank noch vor Ende 1996 vorzunehmen, um die Einleitung des Liquidationsverfahrens zu verhindern.

Im Rahmen des vorliegenden Verfahrens sind bei der Kommission innerhalb der Frist keine Bemerkungen von sonstigen Beteiligten eingegangen.

2. Beschreibung der öffentlichen Unterstützungsmaßnahmen zugunsten der Banco di Napoli

Nach einer ersten Prüfung des Falls kam die Kommission anlässlich der Einleitung dieses Verfahrens zu dem Schluß, daß einige Maßnahmen des Gesetzesdekrets Nr. 293 vom 27. Mai 1996, mit dem das Gesetzesdekret Nr. 163 vom 27. März 1996 geringfügig geändert wurde, staatliche Beihilfen gemäß Artikel 92 Absatz 1 EG-Vertrag enthalten könnten und nach dem damaligen Stand und den damals verfügbaren Angaben nicht als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt werden konnten. Insbesondere hatte die Kommission weitere Klarstellungen zu den folgenden Unterstützungsmaßnahmen gefordert:

1. die Beteiligung des Schatzamtes an den Kapitalerhöhungen der Bank über 2 000 Mrd. ITL gemäß den Verpflichtungen aus dem genannten Dekret;
2. die Möglichkeit auf Seiten der Banca d'Italia, der Bank zwecks Erleichterung der Konzernumstrukturierung nach den im Erlaß des Schatzministers vom 27. September 1974 vorgesehenen Modalitäten Vorschüsse zur Deckung der Verluste zu gewähren, die sich aus den Finanzierungen und sonstigen Maßnahmen der Bank zugunsten der in Liquidation befindlichen Konzerngesellschaften und der Gläubiger dieser Gesellschaften ergeben;
3. die Maßnahmen bezüglich der Verkehrssteuer (die pauschal auf 1 Mio. ITL festgesetzt ist) für Vorgänge betreffend die Abtretung von Unternehmen, Unternehmensteilen, Vermögensgegenständen und Rechtsverhältnissen, die von den Gesellschaften des Konzerns bis zum 30. Juni 1997 abgewickelt wurden.

Später wurde das genannte Dekret in einigen Punkten geändert, um die Sanierung, Umstrukturierung und Privatisierung der Bank zu beschleunigen (Gesetzesdekret Nr. 396/96). Insbesondere führten die italienischen Behörden damit die Möglichkeit ein, eine Auffangstruktur zur Verwaltung, Verwertung und Ausgliederung weniger rentabler Aktiva der Bank in Höhe von etwa 12 400 Mrd. ITL zu schaffen. Darüber hinaus sahen sie ein beschleunigtes Verfahren zur 60%igen Kapitalabtretung der Bank im Rahmen einer Ausschreibung vor, deren Modalitäten mit Erlaß des Schatzministers vom 14. Oktober 1996 festgelegt wurden.

Die betreffenden Maßnahmen werden nachstehend im einzelnen erläutert.

2.1. *Die Beteiligung des Schatzamtes an der Kapitalerhöhung der Bank*

Das Gesetzesdekret Nr. 163 vom 27. März 1996, das später mehrfach, letztmals mit dem Gesetzesdekret Nr. 497 vom 24. September 1996, geändert⁽²⁾ und schließlich in das Gesetz Nr. 588 vom 19. November 1996 umgewandelt wurde, sieht finanzielle Maßnahmen zur Sanierung, Umstrukturierung und Privatisierung der Banco di Napoli vor. Insbesondere handelt es sich um die Beteiligung des Schatzamtes an einer oder mehreren Kapitalerhöhungen über insgesamt 2 000 Mrd. ITL. Diese Beteiligung unterlag zahlreichen Bedingungen, die nach Darstellung der italienischen Behörden geeignet waren, den geschäftlichen Charakter der staatlichen Maßnahme zu gewährleisten.

Vor allem durfte die Beteiligung des Schatzamtes nur bei einer finanziellen Beteiligung einer oder mehrerer Banken und anderer institutioneller Anleger erfolgen, d. h., sofern sie sich zu einer Teilnahme an der Ausschreibung des die Kontrolle der Bank sichernden Aktienpakets im Wert von 60 % des Kapitals verpflichteten. Aufgrund dieser Verfahrensweise konnte das Schatzamt die Kapitalaufstockung vornehmen, nachdem die ersten Angebote vorlagen, und somit in der Gewißheit, einen Käufer für die Bank zu finden.

Zweitens war die Beteiligung des Schatzamtes an die Bedingung geknüpft, daß zuvor eine Anpassung des Grundkapitals entsprechend der Bewertung der Vermögenssituation der Bank zum 31. März 1996 vorgenommen werden mußte. Dies war notwendig, weil die Beteiligung des Schatzamtes und der neuen Aktio-

näre auf der Grundlage einer aktuelleren Feststellung der Vermögenslage der Bank erfolgen mußte. Die Verbuchung der Verluste bis zum ersten Quartal 1996 führte zu einer Herabsetzung des Eigenkapitals von 3 867 auf 422 Mrd. ITL und des Grundkapitals von 1 111 auf 128 Mrd. ITL. Der Verlust des zweiten Quartals in Höhe von 389 Mrd. ITL wurde auf das Jahresende vorgetragen. Die Entscheidung, den Verlust aus dem ersten Halbjahr nicht vollständig in die Halbjahresbilanz aufzunehmen, beruhte auf zwei Erwägungen: zum einen auf der Notwendigkeit der Aufrechterhaltung der Mindestkapitalausstattung, die erforderlich ist, um der gesetzlichen Verpflichtung zur Eröffnung des Liquidationsverfahrens gegen die Bank zu entgehen, und zum anderen darauf, daß das Schatzamt als Minderheitsaktionär der Bank von der die Aktienmehrheit besitzenden Stiftung eine Vollmacht zur Verwaltung ihrer Aktien einholen mußte, um das Verfahren zum Verkauf der Bank zu einem erfolgreichen Ende führen zu können. Voraussetzung für diese Operation war daher, daß dem Schatzamt das Pfandrecht (mit Einspruchsrecht) an den Aktien der Banco di Napoli, die sich im Eigentum des Mehrheitsaktionärs (der Stiftung) befanden, eingeräumt wurde oder daß ihm eine unwiderrufliche, an keine Auflagen gebundene Vollmacht erteilt wurde, das Stimmrecht für diese Aktien wahrzunehmen, damit es bei den Aktionärsversammlungen, auf denen über die Maßnahmen der Kapitalerhöhung und der Erneuerung der Gesellschaftsorgane der Bank entschieden werden sollte, über die Mehrheit der Stimmrechte verfügen konnte.

Drittens sah das Dekret vor, daß die Verwaltungsorgane der Bank bis zum 30. Juni 1996 einen mit Unterstützung eines vom Schatzamt benannten Beraters auszuarbeitenden Umstrukturierungsplan bewilligen sollten, der der Banca d'Italia zur Genehmigung vorgelegt werden und dem Gemeinschaftsrecht entsprechen mußte. Die Grundzüge dieses Plans, der mit Hilfe der Geschäftsbank Rothschild erstellt wurde, sind der Kommission am 4. Juli 1996 mitgeteilt worden. Am 6. Dezember 1996 wurde ihr ein Plan zur Verstärkung der darin enthaltenen Maßnahmen durch die Schaffung einer Auffangstruktur vorgelegt.

Viertens war die Beteiligung des Schatzamtes an die Bedingung geknüpft, daß mit den Gewerkschaften eine Senkung der Arbeitskosten bis zum 31. Dezember 1997, u. a. durch eine Absenkung der Arbeitsstückkosten, einschließlich der Sozialleistungen, auf den Landesdurchschnitt im Bankensektor vereinbart wird. Diese Vereinbarungen wurden tatsächlich zwischen dem 19. und dem 22. Juli 1996 geschlossen. Demnach wurde die Anpassung der von der Bank zu zahlenden zusätzlichen Altersversorgung bis zur Wiederherstellung eines ausreichenden Ertragsniveaus, auf jeden Fall aber bis zum Ende des Jahres 2000, ausgesetzt. Darüber hinaus war vorgesehen, daß die Bank Vorruhestandsregelungen für etwa 800 Angestellte treffen konnte.

⁽²⁾ Vgl. Gesetzesdekrete Nr. 293 vom 27. Mai 1996, Nr. 394 vom 26. Juli 1996 und Nr. 497 vom 24. September 1996.

2.2. *Die von der Banca d'Italia im Sinne des Ministerialerlasses vom 27. September 1974 genehmigten Vorschüsse*

Gemäß Artikel 3 Absatz 6 des genannten Gesetzes Nr. 588/96 kann die Banca d'Italia der Banco di Napoli zur reibungslosen Umstrukturierung des Bankkonzerns unter den im Erlaß des Schatzministers vom 27. September 1974 genannten Voraussetzungen Vorschüsse gewähren, um die Verluste zu decken, die sich aus den Finanzierungen der Bank zugunsten der in Liquidation befindlichen Gesellschaften der Gruppe und der Gläubiger dieser Gesellschaften sowie zugunsten anderer Konzernunternehmen ergeben, an die nach Genehmigung der Banca d'Italia Forderungen und andere zum Umlaufvermögen gehörende Aktiva der Bank abgetreten wurden. Gemäß dem Ministerialerlaß vom 27. September 1974 kann die Banca d'Italia jenen Banken, die Verbindlichkeiten von in Zwangsliquidation befindlichen anderen Banken übernehmen und somit die aus der Uneinbringlichkeit der Forderungen resultierenden Verluste auffangen müssen, 24monatige Vorschüsse auf die langfristigen Schatzanweisungen zum Zinssatz von 1% gewähren. Die Banca d'Italia bestimmt die Höhe der Vorschüsse nach dem Gesamtverlust und den Erfordernissen der Tilgungspläne.

Zunächst beschränkte sich die Möglichkeit zur Inanspruchnahme der Vorschüsse auf die Verluste, die im Rahmen der Liquidation der Isveimer entstehen würden. Später wurde diese Möglichkeit auf die Verluste aus den von der Banco di Napoli auf eine spezielle Ausgliederungsstruktur übertragenen Aktiva erweitert, d. h. auf jenen Teil, der nicht durch die mit dem Verkauf der Bankaktien erzielten Erlöse gedeckt werden kann.

2.2.1. *Die Liquidation der Isveimer*

Am 3. April 1996 wurde die Isveimer, deren Kapital zu 65% von der Banco di Napoli gehalten wurde, in freiwillige Liquidation gestellt, und die Kapitalbeteiligung der Bank an der Isveimer wurde von 402 Mrd. ITL (Ende 1994) auf 1 ITL zurückgeführt. Im Rahmen der Abwicklung können die amtlichen Liquidatoren die Gläubiger der Isveimer nach den aufgrund der Liquiditätsspritze der Bank vorgesehenen Fälligkeiten auszahlen. Mit den Vorschüssen der Banca d'Italia sollen die Verluste der Bank ausgeglichen werden, die ihr infolge der Zahlungen an die Isveimer im Hinblick auf die Befriedigung von deren Gläubigern entstehen. Das Ziel besteht also in dem vollständigen Schutz der Interessen der Gläubiger. Die Höhe der Finanzierung ist auf den Negativwert der Liquidation begrenzt, sofern die

Vollbeendung der Isveimer nicht ausreichen sollte, um die Verbindlichkeiten zu erfüllen. Damit wird bezweckt, Spannungen und negative Auswirkungen auf die Finanzmärkte zu vermeiden, insbesondere in Anbetracht der erheblichen Verschuldung der Isveimer gegenüber ausländischen Finanzinstitutionen.

2.2.2. *Die Ausgliederungsoperation*

Die Übertragungsoperation ermöglicht es der Bank, bestimmte weniger einträgliche Aktiva aus ihrer Bilanz auszugliedern und auf eine eigens zu diesem Zweck geschaffene Struktur zu übertragen. Diese besteht aus einer Gesellschaft namens S.G.A. — Società per la gestione di attività SpA (im folgenden „SGA“), die die nicht gewinnbringenden Aktiva (notleidende Forderungen, vorübergehend gefährdete Forderungen im Wert von mehr als 100 Mio. ITL, umgeschichtete bzw. in Umschichtung befindliche Forderungen) zum Nettobuchwert zum 30. Juni 1996 sowie acht Beteiligungen der Bank — ohne Anlagevermögen — im Gesamtwert von 12 378 Mrd. ITL erwirbt. Hierbei ist zu beachten, daß die Aktiva zum Nettowert zum 30. Juni 1996 übernommen werden, also nach Deckung der vermutlichen Verluste daraus, wodurch sich die Annahme künftiger Verluste aus diesen Aktiva erheblich verringert. Die übertragenen Beteiligungen — unter denen die an der Banco di Napoli International (nachstehend „BNI“), einer Niederlassung der Bank in Luxemburg, die größte ist — wurden, sofern sie an der Börse notiert sind, zum Marktwert und im übrigen nach der Equity-Methode bewertet. Für die BNI wurde die Bewertung herangezogen, die vor kurzem von der Prüfungsgesellschaft KPMG auf der Grundlage einer gemischten, das Vermögen/den Ertrag berücksichtigenden Methode vorgenommen wurde.

Zu dieser Operation entschied man sich, um das Risiko künftiger Verluste aus diesen Aktiva auszuschalten und den vorzeitigen Verkauf der Bank zu erleichtern. Auch wenn die Rückstellung vom letzten Juni im Grunde genommen ausreicht, um die bis jetzt vorhersehbaren Aktivaverluste zu decken, so sind doch für die Zukunft Anpassungen des Buchwertes dieser Aktiva an ihren effektiven Wert nicht auszuschließen. Diese Operation gestattet es überdies, Aktiva aus der Bilanz der Bank auszugliedern, die normalerweise gemäß den geltenden Solvabilitätsvorschriften wie alle anderen Aktiva auch durch das Eigenkapital gedeckt sein müssen. Somit war es möglich, die Beteiligung des Staates an der zur Verbesserung des Solvabilitätskoeffizienten notwendigen Kapitalaufstockung der Bank auf ein Mindestmaß zu beschränken.

Die folgende Übersicht enthält die Wertangaben zu den ausgegliederten Aktiva.

Übersicht 1a

Wert der auf die SGA übertragenen Aktiva

Bilanzmäßige Verpflichtungen

	Bruttowert (in Mrd. ITL)	Deckungs- quote (%)	Nettowert (in Mrd. ITL)
Kurzfristige notleidende Forderungen	3 670	49,7	1 845
Mittel- und langfristige notleidende Forderungen	3 953	28,3	2 835
Zwischensumme	7 623	38,6	4 680
Vorübergehend gefährdete Forderungen („incagli“) ⁽¹⁾	6 677	17,1	5 537
Umgeschichtete Forderungen	1 411	10,3	1 266
Aktiva im Vergleich zu den P.V.D.S.	839	28,1	603
Beteiligungen ⁽²⁾	292	0,0	292
Summe	16 839	26,5	12 378

⁽¹⁾ Die notleidenden Forderungen werden durch Eigenmittel in Höhe von 936 Mrd. ITL und Verzugszinsen in Höhe von 200 Mrd. ITL gedeckt, wobei sich deren Betrag jedoch ändern kann.

⁽²⁾ Es handelt sich um Beteiligungen an acht Gesellschaften, unter denen die Niederlassung der Bank in Luxemburg, die BNI, die größte ist.

Hinzu kommen die folgenden Kreditanleihen:

Übersicht 1b

Wert der auf die SGA übertragenen Aktiva

Außerbilanzmäßige Verpflichtungen

	Bruttowert (in Mrd. ITL)	Deckungs- quote (%)	Nettowert (in Mrd. ITL)
Notleidende Forderungen	27	25,9	20
Vorübergehend gefährdete Forderungen („incagli“)	195	3,1	189
Umgeschichtete Forderungen	53	0,0	53
Summe	275	4,7	262

Die Ausgliederungsstruktur wird über ein Darlehen finanziert, das die Bank bis zur Höhe des Wertes der übertragenen Aktiva gewährt und das Zug um Zug mit der Abtretung der ausgegliederten Aktiva zurückgezahlt wird. Der für das Darlehen geltende Zinssatz wurde nach dem Grundsatz festgelegt, daß der Bank weder Vorteile noch Verluste im Vergleich zu der vor der Ausgliederung bestehenden Situation entstehen dürfen. Demzufolge wurde beschlossen, einen kombinierten Zinssatz anzuwenden, der sich aus dem arith-

metischen Mittel der folgenden Vorjahressätze errechnet:

- Jahresdurchschnittssatz für dreimonatige ordentliche Schatzanweisungen (BOT), brutto (Mittelwert der 24 aktuellen Verkäufe),
- aktueller Satz für dreimonatige Lira-Geschäfte auf dem Interbankenmarkt, „Nachfrage“ (Durchschnitt der Tageswerte),
- Jahresdurchschnittssatz, der von der Associazione Bancaria Italiana (ABI) bei den von den Banken den besten Kunden gewährten Darlehen festgestellt wird, der sogenannte „prime rate ABI“ (Durchschnitt der Tageswerte).

Die nachstehende Übersicht enthält die auf der Grundlage objektiver Schätzungen dieser Sätze vorgenommenen Simulationen.

Übersicht 2

Zinssatz für das von der Bank an die SGA ausgereichte Darlehen

	1997	1998	1999	2000
Durchschnitt dreimonatige BOT	8,6	6,5	5,6	5,4
Durchschnitt dreimonatige Interbankenmarktgeschäfte	8,8	6,7	5,6	5,2
Durchschnitt „prime rate ABI“	11,0	8,7	7,5	6,9
Summe	9,4	7,3	6,2	5,8

Quelle: Unterlagen, die von der Bank auf der Grundlage der Prognosen von Prometeia und vom ABI Financial Outlook erstellt wurden.

Die Ausgliederungsgesellschaft wird voraussichtlich auf fünf Jahre errichtet. Die Bank darf keine ausgegliederten Aktiva zurückkaufen. Es sind spezielle Maßnahmen vorgesehen, um Interessenskonflikte bei der Verwaltung der ausgegliederten Aktiva zu vermeiden. Vor allem wird die Ausgliederungsstruktur von nicht zur Bank gehörenden Personen geleitet. Zweitens wird der allgemeine Führungsgrundsatz angewandt, daß „die Ausgliederungsstruktur entscheidet, während die Bank vorschlägt“. Zu diesem Zweck wird eine gesonderte, von der übrigen Bank getrennte Struktur der Generaldirektion der Banco di Napoli geschaffen, die für die Beziehungen zur SGA und zu den Filialen der Bank, die von der SGA mit der Verwaltung der Aktiva betraut werden, zuständig ist. Die administrative und buchmäßige Trennung zwischen der Bank und der SGA wird durch ein spezielles, von der internen Buchführung der Bank getrenntes elektronisches Buchhaltungssystem gewährleistet.

2.3. Die Steuererleichterungen

Nach Artikel 3 Absatz 7 des Gesetzes tritt für die von den Gesellschaften des Bankkonzerns Banco di Napoli bis 30. Juli 1997 vorgenommenen Rechtsakte im Zusammenhang mit der Abtretung von Unternehmen, Unternehmensteilen, Vermögensgegenständen und Verträgen an die Stelle der Verkehrssteuer eine Pauschalsteuer in Höhe von 1 Mio. ITL. Hierzu haben die italienischen Behörden erklärt, daß diese Maßnahme in vollem Umfang nur bei der Abtretung von Forderungen an Dritte und der Veräußerung von Zweigstellen angewandt wird. 1996 wurden auf diese Weise Steuerermäßigungen von knapp 6 Mrd. ITL für abgetretene Forderungen in Höhe von 1 154 Mrd. ITL und Ermäßigungen von 21 Mrd. ITL für den Verkauf von 50 Zweigstellen gewährt. Ein zusätzlicher Steuernachlaß in Höhe von etwa 10 Mrd. ITL ist für die Veräußerung von weiteren 27 Zweigstellen vorgesehen. Insgesamt belaufen sich die geplanten Steuererleichterungen auf ca. 36 Mrd. ITL brutto. Nach Abzug des Geschäftsertrags ergeben sich im Zusammenhang mit diesen Operationen Vorteile in Höhe von insgesamt 17 Mrd. ITL.

3. Bewertung des Beihilfecharakters der Unterstützungsmaßnahmen zugunsten der Banco di Napoli

3.1. Die Kapitalerhöhung

Bei der Beurteilung der staatlichen Maßnahmen geht die Kommission generell von dem Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden privaten Kapitalgebers aus, wie er in der Mitteilung über die öffentlichen Unternehmen⁽³⁾ enthalten ist. Dieser Mitteilung zufolge liegt eine staatliche Beihilfe vor, wenn eine Maßnahme für einen unter normalen marktwirtschaftlichen Bedingungen handelnden privaten Kapitalgeber unannehmbar wäre. Was die staatliche Beteiligung am Gesellschaftskapital von Unternehmen betrifft, so ist gemäß der Mitteilung der Kommission aus dem Jahr 1984⁽⁴⁾ in den folgenden Fällen zu vermuten, daß ein privater Kapitalgeber diese Maßnahme nicht ergriffen hätte und es sich demnach um eine Beihilfe handelt:

- a) wenn es unter Berücksichtigung der Finanzlage des Unternehmens nicht gerechtfertigt erscheint, innerhalb eines vernünftigen Zeitraums eine normale Rendite (in Form von Dividenden oder Kapitalgewinnen) aus den angelegten Kapitalmitteln zu erwarten, oder wenn die Risiken einer solchen

Operation zu hoch oder über einen zu langen Zeitraum zu tragen sind oder

- b) wenn bei Kapitalzuführungen an ein Unternehmen, dessen Kapital unter öffentlichen und privaten Aktionären aufgeteilt ist, die öffentliche Beteiligung einen wesentlich höheren Anteil als vorher erreicht und der Rückzug der privaten Aktionäre im wesentlichen auf die schlechten Ertragsaussichten des Unternehmens zurückzuführen ist oder
- c) wenn die Höhe der Beteiligung den effektiven Wert des begünstigten Unternehmens übersteigt.

Auf den vorliegenden Fall treffen alle drei Bedingungen zu. Hierbei ist vor allem zu berücksichtigen, daß die Kapitalaufstockung seitens des Schatzamtes in Höhe von 2 000 Mrd. ITL, die Ende 1996 vorgenommen wurde und für dieses Geschäftsjahr zu verbuchen ist, für das Überleben der Bank notwendig war, denn die in den Jahren 1994 und 1995 sowie im ersten Halbjahr 1996 verzeichneten Verluste haben die Eigenmittel der Bank fast vollständig aufgezehrt, weshalb der Solvabilitätskoeffizient praktisch bei Null und somit unter dem vorgeschriebenen Mindestwert lag. Darüber hinaus geriet die Bank durch die Fortführung der Sanierungsmaßnahmen, namentlich durch die Ausweisung der Verluste aus den übertragenen Aktiva und der Umstrukturierungskosten, auch derer von 1997, in der Bilanz Ende 1996, in eine negative Eigenkapitalsituation, aufgrund deren die Verwaltungsratsmitglieder nach dem Italienischen Zivilgesetzbuch zur Kapitalaufstockung oder zur Liquidation der Bank verpflichtet sind.

Zweitens sei hervorgehoben, daß der Staat der einzige an dieser Operation beteiligte Aktionär ist, da die anderen Anteilseigner, d. h. insbesondere die Stiftung und die privaten Aktionäre, dies abgelehnt haben. Folglich wird der Staat nach dieser Maßnahme zum Hauptaktionär der Bank, während er früher nur 9 % ihres Kapitals hielt. Tatsächlich dient die Kapitalzufuhr in Höhe von 2 000 Mrd. ITL dazu, die sich auf über 1 650 Mrd. ITL belaufenden Verluste des Jahres 1996 auszugleichen. Demnach ist klar, daß kein privater Aktionär bereit wäre, Mittel für das Auffangen von Verlusten bereitzustellen, es sei denn, die künftigen Erträge des verbleibenden Kapitals könnten den anfänglichen Verlust und den Ertragsausfall während der Umstrukturierungsperiode ausgleichen. Dies trifft jedoch nicht zu, denn der Umstrukturierungsplan der Bank sieht erst für Ende 1999 die Wiederherstellung einer lediglich normalen Ertragslage vor.

Grundsätzlich hätte der Staat bei der 60%igen Beteiligungsabtretung der Bank seine Beteiligung zumindest teilweise wieder eintreiben können, aber der Verkaufserlös war mit ca. 61 Mrd. ITL recht gering und damit nicht ausreichend, um die Kapitalzufuhr wieder herein-

⁽³⁾ Mitteilung der Kommission an die Mitgliedstaaten über die Anwendung der Artikel 92 und 93 EWG-Vertrag und des Artikels 5 der Richtlinie 80/723/EWG der Kommission über öffentliche Unternehmen in der verarbeitenden Industrie (ABl. C 307 vom 13.11.1993, S. 3).

⁽⁴⁾ Vgl. Bulletin der EG 9-1984.

zuholen. Obgleich die Bewertung des Restkapitals auf der Grundlage der aktualisierten zukünftigen Cashflows und der Börsennotierungen zu relativ hohen Schätzungen führt, kann damit die Hereinbringung des Differenzbetrags nicht garantiert werden. Außerdem darf der Abtretungserlös nicht bei den Kosten der Kapitalaufstockung in Abzug gebracht werden, da er faktisch für die Deckung eventueller Verluste der Ausgliederungsstruktur bestimmt ist. Folglich ist davon auszugehen, daß die für den Staat durch die Kapitalerhöhung entstandenen Nettokosten dem Kapitalbeitrag, also 2 000 Mrd. ITL, entsprechen.

Zu den Bedingungen der Kapitalaufstockung, die nach Aussage des Schatzamtes grundsätzlich die Einhaltung des Prinzips des marktwirtschaftlich handelnden privaten Kapitalgebers gewährleisten sollten, stellt die Kommission fest, daß diese tatsächlich in das Dekret aufgenommen wurden, um zu vermeiden, daß die Intervention des Staates ohne einen Plan zur Wiederherstellung der Leistungsfähigkeit der Bank durchgeführt wird. Aus den vorstehend dargelegten Gründen reichen diese Bedingungen jedoch nicht aus, um diese Operation als die eines privaten Kapitalgebers zu betrachten. Obwohl die genannten Bedingungen nicht ausschließen lassen, daß die Operation den Charakter einer Beihilfe trägt, befürwortet die Kommission dennoch deren Einführung, da sie die Vereinbarkeit der Beihilfe gewährleisten können (vgl. Abschnitt 5).

Wie bereits anlässlich der Einleitung des Verfahrens festgestellt wurde, mußte das Schatzamt zunächst ohne die Unterstützung der Privatbanken agieren. Insbesondere ist hervorzuheben, daß die Mittel für die im Dezember 1996 vorgenommene Kapitalerhöhung (2 000 Mrd. ITL) zur Hälfte aus der Umwandlung der nachrangigen Anleihe stammen, die das Schatzamt der Bank im Juni 1996 gewährt hatte. Diese nachrangige Anleihe stammte ihrerseits aus der Umwandlung der Obligationsanleihe in Höhe von 1 000 Mrd. ITL, die die Bank im Januar 1996 von der Cassa Depositi e Prestiti erhalten hatte. Die Operation, in deren Rahmen das Schatzamt die von der Cassa Depositi e Prestiti gezeichnete Obligationsanleihe übernahm und umwandelte, so daß die Bank den Betrag von 1 000 Mrd. ITL als nachrangiges Darlehen verbuchen konnte, ist für das Schatzamt nicht neutral, da sich das mit dem Darlehen verbundene Risiko erhöht, weil es eben im Fall der Liquidation gegenüber den anderen Verbindlichkeiten der Bank als nachrangig betrachtet wird, ohne daß jedoch die Darlehenskonditionen so geändert werden, daß dem Schatzamt als Ausgleich für das höhere Risiko eine höhere Rendite garantiert wird.

Zur 1996 vorgenommenen Umwandlung der nachrangigen Anleihe in Kapital sei hervorgehoben, daß diese Maßnahme vor Abschluß des im Oktober 1996 bekanntgegebenen Ausschreibungsverfahrens für den Erwerb von 60 % des Kapitals der Bank erfolgte, als sich lediglich eine öffentliche Bank zur Einreichung eines Erwerbsangebots verpflichtet hatte, dessen Inhalt

nicht bekannt sein konnte. Folglich müssen die Operationen, vermittels derer das Schatzamt die Obligationsanleihe in Höhe von 1 000 Mrd. ITL von der Cassa Depositi e Prestiti übernahm und zu denselben Zinsbedingungen im Juni 1996 konvertierte, sowie die später, im Dezember 1996, also vor Abschluß des Ausschreibungsverfahrens, vorgenommene Umwandlung in Kapital als Maßnahmen betrachtet werden, die dem Grundsatz des privaten Kapitalgebers zuwiderlaufen und demnach Elemente staatlicher Beihilfen enthalten.

Das Schatzamt führte die Kapitalerhöhung der Bank vor der Entscheidung der Kommission durch. Hierzu haben die italienischen Behörden erklärt, daß die Kapitalaufstockung unbedingt bis Jahresende vorgenommen werden mußte, da andernfalls das Liquidationsverfahren gegen die Bank hätte eröffnet werden müssen. De facto sind die Verwaltungsratsmitglieder der Bank gemäß den Artikeln 2446, 2447 und 2448 des Italienischen Zivilgesetzbuchs im Fall der Feststellung maßgeblicher Verluste verpflichtet, die Aktionärsversammlung einzuberufen, um eine Kapitalherabsetzung und -erneuerung vorzunehmen oder die Liquidation der Bank einzuleiten; andernfalls werden sie strafrechtlich zur Verantwortung gezogen. Kraft einer mit dem Dekret eingeführten, bis zum 31. Dezember 1996 geltenden Ausnahmeregelung hat die Aktionärsversammlung am 31. Juli 1996 eine teilweise Kapitalherabsetzung (ohne die Kleinaktien anzutasten) und eine bis Ende 1996 vorzunehmende Kapitalerhöhung um 2 000 Mrd. ITL beschlossen. Die italienischen Behörden haben die Einhaltung der Auflagen aus dem Gesetzesdekret hervorgehoben, denen gemäß das Schatzamt verpflichtet war, die Kapitalerhöhung erst vorzunehmen, nachdem sich eine Bank zur Hinterlegung eines Festangebots zum Erwerb der Banco di Napoli verpflichtet hatte.

Die Kommission hat Verständnis für die Gründe, die die italienischen Behörden zur Durchführung der Operation vor Jahresende bewogen haben; sie stellt jedoch fest, daß diese Maßnahme unerwartet vollzogen wurde, d. h. ohne einen formalen Antrag und vor Abschluß des Ausschreibungsverfahrens zur Abtretung des die Kontrolle der Bank sichernden Aktienpakets. Außerdem wurden der Kommission damals unvollständige Informationen zugeleitet. Aufgrund des verspäteten formalen Einreichens des Umstrukturierungsplans durch die italienischen Behörden hätte die Kommission demzufolge vor der Kapitalaufstockung keine Entscheidung über die Vereinbarkeit der Beihilfen zugunsten der Banco di Napoli treffen können. Die Beihilfe muß demnach als unrechtmäßig betrachtet werden.

Die Kommission stellt weiterhin fest, daß im Ergebnis des Ausschreibungsverfahrens im Januar 1997 das Mehrheitspaket einer Gesellschaft zugesprochen wurde, die zu 51 % von der Versicherungsgesellschaft INA und zu 49 % von der BNL gehalten wurde; das Angebot des Mitbieters Mediocredito Centrale war als unangemessen bewertet worden.

Dies führt zwangsläufig zu dem Schluß, daß es ein marktwirtschaftlich handelnder privater Kapitalgeber anders als der italienische Staat nicht akzeptiert hätte, der Bank Kapital zuzuführen, ohne später bei der Privatisierung auch nur einen Bruchteil davon zurückzuerhalten. Ausgehend von den verfügbaren Informationen muß die Kapitalerhöhung um 2 000 Mrd. ITL demnach als staatliche Beihilfe betrachtet werden.

3.2. *Die Vorschüsse der Banca d'Italia im Sinne des Ministerialerlasses vom 27. September 1974*

3.2.1. *Die Liquidation der Isveimer*

Wenn die Liquidation einer Bank die Veräußerung aller Geschäftsbereiche und die freie Verteilung ihres Vermögens auf die Wettbewerber ermöglicht, kann generell festgestellt werden, daß die Maßnahmen zur Deckung der mit der Liquidation verbundenen Verluste der Gläubiger nicht zu Wettbewerbsverzerrungen im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 EG-Vertrag führen dürften. Werden andererseits die Aktiva und Verbindlichkeiten der zu liquidierenden Bank insgesamt veräußert, könnten die dem Erwerber einen Ausgleich für den Negativwert des Erwerbs verschaffenden Bestimmungen des Ministerialerlasses vom 27. September 1974 den Wettbewerb insofern verfälschen, daß sie unter Umständen die Fortsetzung der Tätigkeit der zu liquidierenden Bank durch einen anderen ermöglichen. Wie die Kommission in ihren Leitlinien für die Beurteilung von staatlichen Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen in Schwierigkeiten hervorgehoben hat, „besteht keine Möglichkeit, sich durch Übertragung des Geschäfts auf eine andere Rechtspersönlichkeit oder einen anderen Eigentümer der Kontrolle zu entziehen“⁽⁵⁾.

Im vorliegenden Fall haben die italienischen Behörden erklärt, daß die Liquidation der Isveimer der ersten beschriebenen Möglichkeit entspreche und daß die Beteiligung der Bank am Kapital der Isveimer von 402 Mrd. ITL auf 1 ITL herabgesetzt wurde. Sie haben betont, daß die betreffenden Maßnahmen nur dazu dienen, die mit der Liquidation der Isveimer verbundenen Schwierigkeiten zu überwinden. Die Liquidation erfolge zudem unter der strengen Kontrolle der Banca d'Italia, der italienischen Aufsichtsbehörde für die Kreditinstitute. Die erste, zum 31. Dezember 1996 erstellte Liquidationsbilanz der Isveimer schloß mit einem Fehlbetrag in Höhe von ca. 1 775 Mrd. ITL, das entspricht dem aktuellen Schätzwert des endgültigen Liquidationsverlustes. Von der Einleitung des

Liquidationsverfahrens (9. April 1996) bis zum 31. Dezember 1997 führten die Befriedigung der Kundenforderungen und die regulären Rückzahlungen zur Verringerung der Aktiva um 5 028 Mrd. ITL, die sich somit auf 6 224 Mrd. ITL beliefen, darunter 3 086 Mrd. ITL flüssige Mittel. Zum Jahresende betragen die Passiva abzüglich der Vermögenspositionen 6 341 Mrd. ITL, gegenüber 12 077 Mrd. ITL bei der Einleitung des Liquidationsverfahrens. Die Liquidation steht nun kurz vor ihrem Abschluß.

Die italienischen Behörden haben erklärt, daß diese Maßnahme auf Gemeinschaftsebene nicht wettbewerbsverzerrend wirkt, weil sie nicht auf die Rettung der Isveimer gerichtet ist, sondern dem Schutz der Interessen der Gläubiger des Instituts dient, das sich aufgrund seiner Liquidation nicht mehr auf dem Markt befindet. Diesbezüglich wurde verdeutlicht, daß sich unter den Isveimer-Gläubigern zahlreiche ausländische Kreditinstitute mit hohen Anteilen befinden. Schließlich haben die italienischen Behörden erklärt, daß die Bank aus den Vorschüssen keinerlei Nutzen ziehen würde, da sie nur als Ausgleich gedacht sind, damit die Bank ihre Verpflichtungen im Zusammenhang mit den Zahlungen an die kontrollierten Unternehmen erfüllen kann, um das Liquidationsverfahren zu erleichtern. Diese Vorschüsse wären mit anderen Worten nur „durchlaufende Posten“ für die Bank. Die italienischen Behörden schlossen aus, daß die Bank im Rahmen der Liquidation der Isveimer einige ihrer Aktiva erwerben könnte, es sei denn, ihr Verkauf an Dritte oder ihre Veräußerung zu für die Liquidation günstigeren Bedingungen erwiesen sich als unmöglich.

Die Kommission hat außerdem geprüft, ob die betreffenden Vorschüsse auch dazu bestimmt waren, die möglichen Verluste der Bank im Zusammenhang mit den von ihr der Isveimer gewährten Krediten in Höhe von ca. 800 Mrd. ITL aufzufangen. Hierzu haben die italienischen Behörden erklärt, daß die von der Bank ausgereichten Kredite vollständig durch mit einem höheren Wert als die Kredite eingetragene Hypotheken abgesichert waren. Daher hätte die Bank wahrscheinlich ihre Forderungen im Rahmen der Liquidation auch ohne die Vorschüsse der Banca d'Italia eintreiben können. Darüber hinaus war vorgesehen, daß die Forderungen der Bank an die Isveimer erst am Ende der Liquidation beglichen werden sollten. Demnach ist nach Auffassung der Kommission zu Recht davon auszugehen, daß die Bank keinen ungebührlichen Vorteil aus der Anwendung des Ministerialerlasses vom 27. September 1974 zieht.

Gestützt auf die Klarstellungen der italienischen Behörden ist die Kommission zu der Auffassung gelangt, daß die Anwendung der Bestimmungen des Erlasses vom 27. September 1974 im vorliegenden Fall keine staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 EG-Vertrag darstellt. Trotzdem hält sie es für erforderlich, daß sie in Zukunft, insbesondere wenn die Aktiva und Verbindlichkeiten eines in Liquidation befindlichen

⁽⁵⁾ Vgl. Leitlinien der Kommission für die Beurteilung von staatlichen Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen in Schwierigkeiten (ABl. C 368 vom 23.12.1994, S. 12).

Kreditinstituts insgesamt an einen Erwerber abgetreten werden, vorher über die Anwendung dieses Erlasses unterrichtet wird, da sie eine staatliche Beihilfe im Sinne des genannten Artikels darstellen könnte.

3.2.2. Die Ausgliederungsoperation

Generell, wie in anderen Fällen schon geschehen, betrachtet die Kommission derartige Maßnahmen zur Übertragung von Aktiva einer Bank als staatliche Beihilfen, weil sie es ermöglichen, die Bilanz des Kreditinstituts in Schwierigkeiten um die normalerweise von diesem selbst zu tragenden Rückstellungen und Verluste zu entlasten, und weil sie die Einhaltung der Solvabilitätsvorschriften erleichtern. Darüber hinaus begünstigen sie eventuelle Privatisierungsmaßnahmen, da sie es den potentiellen Erwerbern ersparen, eine aufgrund des Charakters der übertragenen Aktiva langwierige und schwierige Bewertung der exakt notwendigen Rückstellungen vorzunehmen. Die Ausgliederung wird mit Mitteln finanziert, die über die die Ausgliederung vornehmende Bank oder eine eigens zu diesem Zweck gegründete Gesellschaft bereitgestellt werden, die zwischen die Bank und die Auffanggesellschaft, auf die die ausgegliederten Aktiva übertragen werden, tritt. In jedem Fall werden die von den Auffanggesellschaften eingefahrenen Verluste im Wege der öffentlichen Garantiemechanismen letztendlich vom Staat getragen; im vorliegenden Fall im Wege der von der Banca d'Italia nach den Modalitäten des Erlasses vom 27. September 1974 gewährten Vorschüsse.

Aufgrund des Charakters der auszugliedernden Aktiva, der angewandten Finanzierungsmethoden und der Dauer der Maßnahme ist es oftmals schwierig, die endgültigen Kosten derartiger Auffangstrukturen zuverlässig zu bewerten. Die Quantifizierung der voraussichtlichen Kosten für den Staat ist jedoch von wesentlicher Bedeutung für die Genehmigung der Beihilfe und für die Festlegung der Gegenleistungen, die als Ausgleich für die dadurch verursachten Wettbewerbsverfälschungen notwendig sind. Angesichts der Erfahrungen mit solchen Auffangstrukturen und vor allem aufgrund der Tatsache, daß in jüngster Zeit deren Ergebnisse erheblich von den Schätzungen, die der Kommission im Rahmen der nach den Beihilferegeln des EG-Vertrags vorzunehmenden Prüfung vorgelegt wurden, abweichen, hat die Kommission diesem Aspekt besondere Aufmerksamkeit gewidmet. Die Aktualisierung der Nettowertberechnungen des Aktivabestands, Schwankungen der marktüblichen Zinssätze, die langsamere Abtretung der Aktiva oder langsamere Tilgung des der Auffangstruktur durch die Bank gewährten Darlehens können maßgebliche Auswirkungen auf die für den Staat entstehenden endgültigen Kosten der Operation haben.

Zum Zeitpunkt der Errichtung der Auffangstruktur hatten die italienischen Behörden erklärt, daß sie keine

signifikanten Verluste verzeichnen würde und im wesentlichen dazu diene, die Unsicherheit im Hinblick auf die Bewertung einiger Bilanzposten abzubauen, da diese die Privatisierung möglicherweise verzögern könnte.

Die italienischen Behörden haben vor allem hervorgehoben, daß ein grundlegender Unterschied zwischen dieser Ausgliederungsstruktur und den Mechanismen und anderen, von der Kommission bereits geprüften Strukturen darin bestehe, daß die Aktiva der Bank zu ihrem Nettowert und nicht zum Bruttowert auf diese Gesellschaft übertragen wurden. Demzufolge hat die Bank bereits in den Geschäftsjahren 1995 und 1996 die vorhersehbaren Verluste aus den übertragenen Aktiva getragen, d. h., sie verbuchte 1996 einen Verlust von über 1 650 Mrd. ITL und 1995 einen Verlust in Höhe von 3 160 Mrd. ITL. Insgesamt hat die Bank aus eigenen Mitteln, d. h. durch Verringerung der Rücklagen und Kapitalherabsetzungen, Forderungsverluste und -rückstellungen in Höhe von 4 460 Mrd. ITL, das entspricht 26,5 % des Gesamtwertes der ausgegliederten Aktiva (16 840 Mrd. ITL), finanziert. Hierzu ist zu bemerken, daß die Aktiva einzeln und nicht durch Pauschalrückstellungen bewertet wurden. Dank eines EDV-Systems namens „Centrale dei Rischi“ (Risikozentrale), über das die Banken die Höhe der Gesamtverschuldung ihrer Kunden bei anderen Banken sowie den von diesen Banken den betreffenden Kunden zugewiesenen Risikofaktor erfahren können, konnte die Banco di Napoli zudem die Risikobewertung ihrer zugleich bei anderen Banken verschuldeten Kunden, insbesondere in bezug auf die notleidenden Forderungen, anpassen. Die vorübergehend gefährdeten Forderungen („incagli“) wurden von der Bank besonders vorsichtig eingestuft, indem Forderungen ab der zweiten ausstehenden Zahlung in diese Kategorie aufgenommen wurden. Schließlich wurde die Aktivaabwertung auch unter der strengen Kontrolle der Banca d'Italia vorgenommen, der als unabhängiger Behörde die Bankaufsicht obliegt. Im übrigen scheinen die Ergebnisse der ersten von der SGA vorgenommenen Aktivaabtretungen die Zuverlässigkeit der Bewertungen zu bestätigen.

Trotz der Glaubhaftigkeit der Erläuterungen der italienischen Behörden zur Adäquatheit der wirtschaftlichen Bewertung der übertragenen Aktiva hielt es die Kommission angesichts der hohen finanziellen Belastung der SGA für sachdienlich, einen detaillierten Bericht über die Entwicklung der SGA einzuholen. 1998 legte die Geschäftsbank Rothschild also der Kommission eine Studie über die SGA und deren mögliche künftige Verluste vor, die auf Informationen seitens der Banca d'Italia und der Banco di Napoli sowie auf anderen Daten beruhte.

Rothschild hat die folgenden Aspekte untersucht: a) das Organisationsgefüge der SGA, ihre Geschäftstätigkeit und ihre Beziehungen zur Banco di Napoli; b) die von der SGA bei der Forderungsbeitreibung verfolgte

Geschäftspolitik; c) die Verwertungstätigkeit 1997; d) den wirtschaftlichen Wert, zu dem die Aktivaübertragung auf die SGA erfolgte; e) den Saldo zwischen den mit dem Ertrag aus den übertragenen Aktiva verbundenen Aktivzinsen und den kostenverursachenden Passiva für die von der Bank auf der Grundlage der von der Banca d'Italia gezahlten Vorschüsse gewährte Finanzierung.

a) Die SGA besitzt ein spezielles Organisationsgefüge, das gegliedert ist in

— eine eigene Struktureinheit für die Orientierung, Anregung, Koordinierung und Kontrolle der Verwertungstätigkeit; diese Aufgaben werden von nicht zur Bank gehörenden Beschäftigten wahrgenommen, die über die notwendigen beruflichen Voraussetzungen und Erfahrungen auf dem Gebiet der Forderungseintreibung verfügen;

— eine zugeeignete gesonderte Struktur, zu der eine ausschließlich für die SGA tätige Zentralstelle und das Filialnetz der Bank gehören, wo Mitarbeiter der Bank für das Forderungsmanagement zuständig sind, Untersuchungen durchführen und Entscheidungsvorschläge unterbreiten;

— eine Aufteilung der Entscheidungsbefugnisse zwischen dem Verwaltungsrat und dem geschäftsführenden Verwaltungsratsmitglied, die die wichtigsten und schwierigsten Forderungen direkt verwalten können und die Alleinverantwortung für die Forderungsbeitreibung und -verwertung tragen.

Dieses auf der Aufgabenteilung zwischen einer selbständigen, separaten Struktureinheit, einer Zentralstelle und dem Zweigstellennetz beruhende Organisationsgefüge ermöglicht der SGA eine wirtschaftliche und flexible Verwaltung der zahlreichen, territorial weit gestreuten Forderungen. Dies dürfte letztlich auch dazu beitragen, daß sie ihre Aufgaben in einem vertretbaren Zeit- und Kostenrahmen erfüllen kann. Durch die Trennung der Führungs- und Ermittlungsverantwortung von den Orientierungs-, Kontroll- und Entscheidungsbefugnissen und durch deren Aufteilung unter den Bankmitarbeitern und den SGA-Beschäftigten wird außerdem den Erfordernissen der Trennung zwischen der Übertragungsgesellschaft und der Bank Genüge getan.

b) Entsprechend den von der Banca d'Italia ausgegebenen Richtlinien hat die SGA ihre Beitreibungsstrategie an dem Grundsatz der Erlösmaximierung mit dem Ziel, Dauer und Kosten der Geschäftstätigkeit so gering wie möglich zu halten, aus-

gerichtet. Unter diesem Blickwinkel wurde — als Alternative zu langwierigen, mit dem Risiko einer Aufzehrung der einzuklagenden Vermögenswerte verbundenen gerichtlichen Schritten — außergerichtlichen Lösungen zur Ablösung der Forderungen im Wege des Vergleichs und/oder mehrjähriger Tilgungspläne Vorrang gegeben, wobei in diesem Fall die Tilgungszeiträume möglichst kurz gehalten wurden. Dank dieses Konzepts konnten auch die Sanierungsaussichten der Schuldnerunternehmen bedacht und gegebenenfalls Schockwirkungen vermieden werden. In bezug auf die umgeschichteten Forderungen wurde beschlossen, keine neuen Finanzierungsverpflichtungen einzugehen, die in den Umschichtungsvereinbarungen bereits vorgesehenen zu verringern und die Umwandlung von Forderungen in Risikokapital zu vermeiden.

c) Die Verwertungstätigkeit brachte zufriedenstellende Ergebnisse: Zum 31. Dezember 1997 wurden Mittel in Höhe von 1 476 Mrd. ITL eingetrieben, was ca. 12 % der Aktiva entsprach, davon ca. 660 Mrd. ITL aus der Abtretung von Auslandstiteln und Forderungen gegenüber Risikoländern (mit Bruttogewinnen von etwa 80 Mrd. ITL) und ca. 780 Mrd. ITL aus zweifelhaften Forderungen. Auch bei den verkauften italienischen Wertpapieren wurde ein leichter Veräußerungsgewinn erzielt. Darüber hinaus wurden Vergleichs- und/oder Ratenzahlungsabkommen geschlossen, die ab 1998 zu gestundeten Einnahmen von über 580 Mrd. ITL führen werden. Alles in allem hat der SGA-Verwaltungsrat Positionen in einem Gesamtwert von 3 789 Mrd. ITL und Beschlüsse über einen Gesamtbetrag in Höhe von 3 559 Mrd. ITL geprüft. Die von der SGA ein Jahr nach Aufnahme ihrer Verwertungstätigkeit erzielten Ergebnisse stimmen mit den Prognosen zum Zeitpunkt der Erarbeitung des Umstrukturierungsplans der Bank überein.

d) Rothschild hat die Forderungsbewertung und die Rückstellungspolitik einiger der wichtigsten, hinsichtlich ihrer Größe und ihrer geographischen Standorte mit der Banco di Napoli vergleichbaren Banken gegenübergestellt. Die Bilanzdaten zum 31. Dezember 1996 (an diesem Tag wurden die Aktiva von der Bank auf die SGA übertragen) lassen erkennen, daß die von der Bank verfolgte Rückstellungs- und Bilanzbereinigungspolitik mit der Politik der wichtigsten Banken übereinstimmte oder sogar noch konservativer war. Die Möglichkeit, daß die SGA, nachdem die Beitreibung der übertragenen Aktiva einen hohen Stand erreicht hat, die Einstellung ihrer Geschäftstätigkeit beschließen und die restlichen Positionen, für die kein Anreiz zur Beitreibung mehr besteht, liquidieren kann, macht jedoch auch eine Bewertung der Verluste notwendig. Die vorsichtigen Bewertungen von Rothschild weisen einen natürlichen Verlust von maximal 10 % des übertragenen Bestands, d. h. 1 000 bis 1 200 Mrd. ITL, aus.

- e) Zu den Finanzierungskosten der Ausgliederungsstruktur haben die italienischen Behörden erklärt, der Zinssatz für das durch die Bank an die SGA ausgereichte Darlehen sei nach dem Grundsatz festgelegt worden, daß der Bank weder Vorteile noch Verluste daraus entstehen dürfen. Daher sollte dieser Zinssatz der effektiven Ertragsquote der ausgliederten Aktiva entsprechen. In diesem Fall sollte die SGA die Erträge aus den zu ihrem Bestand gehörenden Aktiva dazu verwenden dürfen, die Zinsen auf das von der Bank gewährte Darlehen zu bezahlen.

Die Rothschild-Prüfer haben bei der Bewertung der Übertragungsgesellschaft auch die Möglichkeit eventueller wirtschaftlicher Ungleichgewichte in Erwägung gezogen; insbesondere wurde untersucht, ob die kostenverursachenden Passiva für die der SGA von der Bank gewährte Finanzierung „gewiß“ und hoch sind, während die für die übertragenen Forderungspositionen zu erwartenden Aktivzinsen oder die Dividende aus den Wertpapieren eher „ungewiß“ und niedrig sind. 1997 lag die Diskrepanz zwischen den finanziellen Verpflichtungen der SGA für die von der Banco di Napoli erhaltene Finanzierung (1 089 Mrd. ITL) und den Aktivzinsen, einschließlich Verzugszinsen, (1 039 Mrd. ITL) bei ca. 60 Mrd. ITL. Dieses Mißverhältnis kann aufgrund zahlreicher Faktoren variieren. Hierzu gehören die tatsächliche Einbringlichkeit der Verzugszinsen für die Forderungspositionen, das Verhältnis zwischen festverzinslichen Forderungen und Forderungen mit variablem Zinssatz, die allmähliche Verringerung der finanziellen Belastungen aufgrund einer generellen Zinssenkung, die schrittweise Reduzierung der Höhe der Finanzierung der SGA infolge von Forderungsabschreibungen und Rückzahlungen und die zunehmende Verschlechterung des Aktivbestands der SGA. Angenommen, die Entwicklung von 1997 setzt sich in den folgenden Geschäftsjahren fort, so dürfte diese Negativbilanz unter Berücksichtigung des vorgesehenen Bestehens der Auffanggesellschaft und der vorstehend genannten Faktoren nach vorsichtigen Schätzungen von Rothschild in den kommenden zwei bis drei Jahren zwischen 1 000 und 2 700 Mrd. ITL, einschließlich der unter Buchstabe d) genannten Kosten, liegen.

Nach Auffassung der italienischen Behörden lassen die bisher erreichten Ergebnisse vermuten, daß die SGA ihre Tätigkeit nach kurzer Zeit und ohne signifikante Verluste einstellen kann. Dennoch kann die Kommission derzeit das Risiko nicht ausschließen, daß sich mit zunehmender Schwächung der Aktiva der SGA die Kapitalverluste erhöhen und das Mißverhältnis zwischen den Finanzierungslasten und den Aktivzinsen vergrößert. Da die Verzugszinsen schwer eintreibbar sind und eingedenk der Erfahrungen sollte nach Auffassung der Kommission vorsichtigerweise der höchste geschätzte Verlustwert, also 2 700 Mrd. ITL, angenommen werden. Da überdies der theoretische Höchstverlust (12 378 Mrd. ITL), der aus der von Rothschild angenommenen Situation resultieren könnte, durch die

staatliche Bürgschaft gedeckt wäre, haben die bei der SGA verbleibenden Aktiva keinen positiven Wert.

Wie schon in anderen Fällen hat die Kommission dennoch auch zusätzliche Faktoren in Betracht gezogen, die die endgültige Nettokostenbelastung für den Staat mindern könnten.

Bei diesen angenommenen Kosten ist zu beachten, daß gemäß Gesetz Nr. 588/96 die eventuell von der Aufnahmestruktur verursachten Verluste vor allem durch die Erträge aus der Abtretung der vom Schatzamt gehaltenen Aktien der Bank gedeckt werden sollen. Um die Nettokosten für den Staat zu ermitteln, ist es also statthaft, wie schon in anderen Fällen die Nettoeinnahmen aus der Veräußerung der im Besitz des Staates befindlichen Aktien der Bank von den für die öffentliche Hand entstehenden Bruttokosten der Ausgliederungsoperation abzuziehen. Außerdem ist der Wert der dem Staat verbleibenden Minderheitsbeteiligung eindeutig ein Vermögenswert, der sich sicherer bemessen läßt, als wenn man die Ergebnisse des Umstrukturierungsplans abwartet, wodurch die Bewertung des betreffenden Vermögens zudem stärker zufallsabhängig würde. Das Schatzamt hat hierzu seine Absicht erklärt, die in seinem Besitz befindlichen Aktien (17,4% des Kapitals der Bank) abzutreten. Auf der Grundlage des Börsenkurses dieser Aktien im letzten Halbjahr ist davon auszugehen, daß diese Beteiligung einen Wert von ca. 1 000 Mrd. ITL hat.

Zu berücksichtigen ist hierbei, daß dem Schatzamt auch die Ergebnisse der derzeit laufenden Privatisierung der BNL zugute kommen dürften, die gegenwärtig einen Anteil in Höhe von 27,7% an der Bank besitzt. Im Lichte der Wertsteigerung der Banco-di-Napoli-Aktien, die durch die genannte Entwicklung des vergangenen Halbjahrs belegt wird, ist der Wert der BNL-Beteiligung an der Bank mit ca. 1 500 Mrd. ITL anzusetzen. Im Rahmen der Privatisierung der BNL, die bereits in Erfüllung der von der italienischen Regierung übernommenen und mit dem Erlaß des Ministerpräsidenten vom 28. Januar 1998 festgeschriebenen Verpflichtung eingeleitet wurde, wird das Schatzamt unmittelbar von diesem Wertzuwachs profitieren. Der Erlaß sieht ein Direktangebot vor, um eine Gruppe fester Aktionäre zu bilden, sowie ein öffentliches Verkaufsangebot, das dem Staat ausgehend von den aktuellen Kurswerten schätzungsweise Einnahmen in Höhe von etwa 10 000 Mrd. ITL bringen dürfte. Nachdem sich mehrere in- und ausländische Banken an den Data Rooms beteiligt hatten, nahm das Schatzamt das Angebot der Banco Bilbao Vizcaya zum Erwerb einer 10%igen Beteiligung am Kapital der Bank an. Der zweite Teil der Operation ist für Herbst 1998 vorgesehen, und das Schatzamt hat bereits die Global Coordinators für den öffentlichen Verkauf bestellt. Hierzu ist hervorzuheben, daß das Schatzamt mit Blick auf den künftigen Marktverkauf eines Anteils von mindestens 50% seiner eigenen Beteiligung die Sparaktien der BNL in ordentliche Wertpapiere umgewandelt und auf diese Weise seine Beteiligung an dieser Bank von 85,5% auf 70% verringert hat.

Ausgehend von den quantitativen Bewertungen ist die Kommission schließlich zu der Auffassung gelangt, daß die Nettokostenbelastung des Staates für die Ausgliederungsgesellschaft, abzüglich der Erlöse aus der Abtretung der Banco-di-Napoli-Aktien durch das Schatzamt und der zusätzlichen Erlöse aus dem Verkauf der Beteiligung der BNL im Rahmen der laufenden Privatisierung, auf der Grundlage der von den italienischen Behörden gelieferten Angaben auf ca. 200 Mrd. ITL veranschlagt werden kann.

Allerdings könnte eine eventuelle Überschreitung des Gesamtbetrags der Beihilfen zusätzliche staatliche Beihilfen beinhalten. Insbesondere könnte eine Abweichung des Nettokostenaufwands der öffentlichen Hand von den aktuellen Schätzwerten letztendlich Anlaß zu zusätzlichen staatlichen Beihilfen zugunsten der Bank geben, weil diese Zusatzkosten Verlusten entsprechen, für die sie wahrscheinlich hätte aufkommen müssen, wenn diese Aktiva nicht auf die SGA übertragen worden wären. Da die Schaffung derartiger Ausgliederungsstrukturen mit erheblichen Unsicherheitsfaktoren verbunden ist, muß sich die Genehmigung der Kommission für die jetzt geschätzte Beihilfe auf den gesamten zum Zeitpunkt der Entscheidung bestehenden Mechanismus beziehen. Im vorliegenden Fall stützen sich die jüngsten Rothschild-Bewertungen auf die Entwicklung nach Gründung der SGA, so daß Veranlassung besteht, die Spanne der voraussichtlichen Verluste der Ausgliederungsstruktur größer anzusetzen. Diese Spanne liegt derzeit wie vorstehend angegeben zwischen 1 000 und 2 700 Mrd. ITL. Die Beihilfegenehmigung der Kommission muß das durch die Garantie abgedeckte theoretische Höchstisiko in Höhe von 12 378 Mrd. ITL betreffen.

Zu den Auswirkungen der Ausgliederung auf die Schuldnerunternehmen haben die italienischen Behörden erklärt, daß die Verwertung der Aktiva nach streng professionellen Kriterien erfolgt. Gemäß ihrem Gesellschaftszweck muß die SGA die übertragenen Aktiva getreu dem Ziel einer Verwertung nach wirtschaftlichen Grundsätzen verwalten. Insbesondere muß es ihr gelingen, bei der Beitreibung von Forderungen und der Verwertung anderer Aktiva in möglichst kurzer Zeit maximale Einnahmen zu erzielen. Zudem unterliegt das Management der SGA der Kontrolle durch die Banca d'Italia. Die Kommission konnte feststellen, daß sich die Übertragungsgesellschaft wie ein privater Kapitalgeber verhält, der die Kosten der Aktivaverwertung minimieren will. Die Kommission behält sich jedoch vor zu prüfen, ob Beihilfen zugunsten der Schuldnerunternehmen oder der auf die SGA übertragenen Aktiva gewährt wurden.

3.3. Die Steuererleichterungen

Zu den in Artikel 3 Absatz 7 des Gesetzes vorgesehenen Steuererleichterungen haben die italienischen

Behörden erklärt, es handle sich dabei um den geringen Betrag von ca. 36 Mrd. ITL, was nach Abzug des betrieblichen Einkommens einem Nettowert von ca. 17,2 Mrd. ITL entspricht. Sie haben hervorgehoben, daß der Bank bei der Forderungsabtretung nur ein sehr geringer wirtschaftlicher Vorteil entstanden ist und das Ergebnis ähnlich ausgefallen wäre, wenn die Bank beschlossen hätte, die Übertragung nicht einzutragen, was aufgrund der dafür geltenden Optionsmöglichkeit machbar gewesen wäre. Beim Verkauf von Zweigstellen geht die Eintragung in jedem Fall zu Lasten des Erwerbers. Dadurch, daß die Bank unbedingt abstoßen muß, gerät sie gegenüber dem oder den potentiellen Erwerber(n) in eine schwache Verhandlungsposition, so daß es wenig wahrscheinlich ist, daß die dem Erwerber gewährten Steuervergünstigungen der Bank in irgendeiner Weise vollständig oder teilweise zugute kommen können.

Aufgrund der verfügbaren Informationen ist die Kommission dennoch der Auffassung, daß die fraglichen Maßnahmen — wenn auch geringe — staatliche Beihilfen darstellen. Was die mit der Forderungsabtretung verbundenen Vorteile betrifft, so hat sich die Bank offenbar zu der Eintragung entschlossen, um die Transparenz der Maßnahmen zu erhöhen und so die Erwerber und ihre anderen Gläubiger zu beruhigen. Diese Entscheidung beruhte also auf der Absicht, die Forderungen bestmöglich abzutreten und die Unsicherheiten in bezug auf die Sanierung der Bank abzubauen, und hat somit einen wirtschaftlichen Wert.

Dieselbe Schlußfolgerung kann auch für den Verkauf der Zweigstellen gezogen werden, da nicht auszuschließen ist, daß die Steuervergünstigungen der Bank wirtschaftlich zum Vorteil gereichen, auch wenn die Eintragung formal zu Lasten des Erwerbers geht. Da es sich um eine Ausnahme von einer allgemeinen Maßnahme handelt, die in ein zur Rettung und Umstrukturierung bestimmtes und direkt die Bank betreffendes rechtliches Instrumentarium aufgenommen wurde, ist nicht erkennbar, daß diese Maßnahme einem anderen Zweck dient als dem, die Bank zu unterstützen und ihre Umstrukturierung zu erleichtern. Der Höchstbetrag der in den betreffenden Steuererleichterungen enthaltenen staatlichen Beihilfen wird wie vorstehend angegeben mit einem Nettowert von 17 Mrd. ITL veranschlagt.

Die Kommission ist der Auffassung, daß sich die aus den genannten Faktoren ergebende staatliche Beihilfe zugunsten der Bank in einer Spanne von 4 717 Mrd. ITL bis 14 395 Mrd. ITL bewegt. Bei dieser Schätzung muß der Wert der direkten und indirekten staatlichen Beteiligungen an der Bank in Höhe von ca. 2 500 Mrd. ITL berücksichtigt werden: Die Nettokosten der staatlichen Unterstützung betragen demnach 2 217 Mrd. ITL, wobei die mögliche Obergrenze bei 11 895 Mrd. ITL liegt, wenn das Gesamtrisiko der Ausgliederungsgesellschaft in Betracht gezogen wird.

4. Verfälschung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten

Durch die Liberalisierung der Finanzdienstleistungen und die Integration der Finanzmärkte wird der innergemeinschaftliche Handel immer anfälliger gegen Wettbewerbsverfälschungen. Die Unterstützung einer Bankengruppe wie der Banco di Napoli, die im freien Wettbewerb auf internationalen Märkten Kredite und sonstige finanzielle Mittel an Unternehmen ausreicht und außerdem im Wettbewerb mit anderen europäischen Kreditinstituten Finanzdienstleistungen anbietet, indem sie u. a. ihre Auslandstätigkeit über ihre Niederlassungen erweitert, kann zu Verfälschungen des innergemeinschaftlichen Handels führen. Dieser Trend verschärft sich noch mit der Einführung der gemeinsamen Währung und der endgültigen Öffnung der Märkte, wodurch sich die angespannte Wettbewerbssituation innerhalb der Gemeinschaftsländer weiter zuspitzt.

Hierbei ist auch zu berücksichtigen, daß die Banken zwar ihre hauptsächlich auf die Entgegennahme von Einlagen und Gewährung von Krediten gestützte Tätigkeit grenzüberschreitend ausüben können, jedoch bei ihrer Expansion im Ausland oftmals auf Hindernisse stoßen. Diese Hindernisse hängen oft damit zusammen, daß vor Ort inländische Banken tätig sind, was den Markteintritt ausländischer Wettbewerber verteuert. Da die Liberalisierung den Banken immer größere Möglichkeiten eröffnen wird, ihre Dienste in den anderen Mitgliedstaaten anzubieten, wie es Crédit Lyonnais, die Deutsche Bank oder die Westdeutsche Landesbank bereits tun, kann eine staatliche Beihilfe, die einer internationalen oder inländischen Bank gewährt wird, diese Möglichkeiten behindern. Beihilfen, die — auch lokale Banken — am Leben erhalten sollen, die andernfalls wegen ihrer geringeren Leistungs- und Wettbewerbsfähigkeit vom Markt gedrängt würden, könnten daher den freien Wettbewerb auf Gemeinschaftsebene verfälschen, weil sie den Zugang ausländischer Banken zum italienischen Markt erschweren.

Ohne die fraglichen Beihilfen hätte die Banco di Napoli wahrscheinlich liquidiert werden müssen. In einem solchen Fall hätten die Aktiva der Bank von einem oder mehreren ausländischen Wettbewerber(n) erworben werden können, die sich in Italien eine solide Position aufbauen wollen. Die Kundschaft der Bank hätte darüber hinaus zu anderen, gegebenenfalls ausländischen Banken überwechseln müssen. Daher ist einzuschätzen, daß die Beihilfen zugunsten der Bank unter die Bestimmungen von Artikel 92 Absatz 1 EG-Vertrag fallen, da sie staatliche Beihilfen darstellen, die den Wettbewerb in einem Maße verfälschen, daß sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen können.

5. Bewertung der Vereinbarkeit der staatlichen Beihilfen zugunsten der Banco di Napoli

5.1. Allgemeine Betrachtungen

Nach der Bewertung des Vorhandenseins staatlicher Beihilfen in der der Bank gewährten finanziellen Unterstützung hat die Kommission zu untersuchen, ob diese Beihilfen im Sinne von Artikel 92 Absätze 2 und 3 EG-Vertrag mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar sind.

Im vorliegenden Fall ist vor allem zu berücksichtigen, daß es sich weder um eine Beihilfe sozialer Art für einzelne Verbraucher noch um eine Beihilfe zur Förderung der Entwicklung bestimmter italienischer Regionen oder zur Behebung einer tiefgreifenden wirtschaftlichen Störung handelt, sondern um eine Beihilfe zur Überwindung der Schwierigkeiten einer einzigen Empfängerinstitution, der Banco di Napoli, und nicht von Schwierigkeiten, die einen ganzen Wirtschaftszweig betreffen. Die Gründe für die Verluste der Bank liegen in ihr selbst und dürften weitgehend mit der aggressiven Geschäfts- und Kreditpolitik der Bank verbunden sein, die ohne eine strenge Risikokontrolle betrieben wurde. Die Beihilfe kann demzufolge nicht als in gemeinsamem europäischem Interesse liegend betrachtet werden.

Deshalb kann nur die in Artikel 92 Absatz 3 Buchstabe c) vorgesehene Ausnahmeregelung in Betracht gezogen werden. Die Vereinbarkeit der fraglichen Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt muß anhand der besonderen Vorschriften über die Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen beurteilt werden⁽⁶⁾. Generell ist die Vereinbarkeit staatlicher Beihilfen zugunsten von Unternehmen in Schwierigkeiten von mehreren Voraussetzungen abhängig, darunter

1. die vollständige Durchführung eines auf realistischen Annahmen beruhenden Umstrukturierungsplans, mit dessen Hilfe innerhalb eines vernünftigen Zeitraums die geforderte Mindestverzinsung des investierten Kapitals erreicht und die langfristige finanzwirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Unternehmens gesichert werden kann;
2. die Erbringung ausreichender Gegenleistungen, um die wettbewerbsverfälschende Wirkung der Beihilfe auszugleichen, damit davon ausgegangen werden kann, daß die Beihilfe dem gemeinsamen Interesse nicht zuwiderläuft;

⁽⁶⁾ Vgl. Fußnote 5.

3. die Verhältnismäßigkeit der Beihilfe in bezug auf die angestrebten Ziele und die Begrenzung ihrer Höhe auf den für die Umstrukturierung unbedingt notwendigen Betrag, damit die Sanierungsmaßnahmen soweit wie möglich von dem Unternehmen selbst getragen werden;
4. die vollständige Verwirklichung des Umstrukturierungsplans und die Durchführung jeder anderen in der endgültigen Entscheidung der Kommission vorgesehenen Maßnahme;
5. die Schaffung eines Kontrollsystems in bezug auf die vorstehend genannte Bedingung.

Ausgehend von den für Umstrukturierungsbeihilfen geltenden Rechtsvorschriften ist die Kommission der Auffassung, daß derartige Beihilfen in der Regel nur einmal gewährt werden müssen.

5.2. Analyse des Umstrukturierungsplans

Der Umstrukturierungsplan der Bank wurde mit Unterstützung der vom Schatzamt als Berater benannten Geschäftsbank Rothschild erarbeitet. Der erste, Ende Juni 1996 erstellte Plan enthielt mehrere Maßnahmen, die teilweise schon seit Beginn des Jahres 1996 umgesetzt worden waren. Ende November 1996 wurde dieser Plan durch einige Maßnahmen verstärkt und präzisiert, um noch vor Jahresende die Privatisierung der Bank zu ermöglichen. Der neue Plan beinhaltet insbesondere die Übertragung von Aktiva der Bank in Höhe von ca. 12 400 Mrd. ITL auf eine Ausgliederungsgesellschaft, die Einführung einer strengeren Kostendeckungspolitik und Maßnahmen zur Verstärkung des Personalabbau- und Kostendämpfungsprogramms.

Der Plan enthält vor allem konkrete Angaben zu den Gründen für die Zahlungsunfähigkeit der Bank, darunter zahlreiche strukturelle, finanzielle, Führungs- und Planungsmängel. Auf der Führungsebene sind insbesondere ein ungeeignetes Personalmanagement, eine komplizierte Organisationsstruktur, unzureichende Informationssysteme, eine schwache Geschäftstätigkeit und ein riskantes Finanzmanagement festzustellen. Hinsichtlich der strategischen Entwicklung ergab die Analyse eine territorial unausgewogene Expansion, eine unkontrollierte Kreditpolitik, eine inkohärente Auslandspräsenz, Investitionen in zu riskante Operationen und das Fehlen innovativer Produkte. Diese Mängel führten zu ernsthaften wirtschaftlichen und finanziellen Problemen, die mit Verlusten im Kreditgeschäft, einer unzureichenden Kapitaldecke, einer

geringen Rentabilität und mangelnder Liquidität einhergingen. Insbesondere haben die Kreditverluste die finanzielle Schieflage (Verringerung des Zinsüberschusses und jährliche Verluste) und die unausgeglichene Vermögenssituation (Anstieg der unproduktiven Aktiva und Verringerung der keine Kosten verursachenden Passiva) durch eine übermäßige Inanspruchnahme des Interbankenmarktes verschärft. Das Zweigstellennetz wurde planlos erweitert: Die in den nördlichen Regionen mit ihrem hart umkämpften Bankenmarkt eröffneten Filialen erzielten aufgrund zu geringer Überschüsse, zu hoher Risiken und übermäßiger Strukturkosten nicht die erhofften Ergebnisse. Die Personalkosten waren höher als in den anderen örtlichen Kreditinstituten und entsprachen weder der betrieblichen noch der gesamten Marktentwicklung.

Der Umstrukturierungsplan fügt sich in eine wettbewerbsgerechte und transparente Privatisierungsmaßnahme ein, die innerhalb eines extrem kurzen Zeitraums, ohne die Bestätigung der Sanierung abzuwarten, und mit deutlich unter der gesetzlich vorgeschriebenen Mindestkapitalausstattung liegenden Eigenmitteln erfolgt, so daß die potentiellen Erwerber die Kapitalaufstockung der Bank selbst vornehmen müssen. Generell befürwortet die Kommission ein solches Konzept, weil es grundsätzlich die endgültige Lösung des Sanierungsproblems der Bank für den Staat gewährleistet und zur Umgestaltung des globalen Kontrollsystems („corporate governance“) der Bank, das die Ursache der Konzernverluste war, beiträgt. Die Kommission betrachtet diese Lösung als angemessen, weil sie die Wiederherstellung eines wirksameren Kontrollsystems, beruhend auf einem keine Marktverzerrungen bewirkenden Vorgehen, ermöglicht.

Hierbei muß berücksichtigt werden, daß die Bank in den zurückliegenden Jahren mit direkter oder indirekter Unterstützung des Staates eine unvorsichtige Politik betrieben hat, weshalb sie später besonders hohe Verluste zu verzeichnen hatte. Ein solches Verhalten zeugt insbesondere aus zwei Gründen von geringer Umsicht: vor allem, weil sich infolge des ineffektiven globalen Kontrollsystems der endgültige Betrag der gegenwärtig notwendigen Beihilfen maßgeblich erhöht hat, da sich die angesprochenen Aktionäre passiv verhielten und somit ein Problem des „moral hazard“⁽⁷⁾ hinzukam. Und zweitens, weil sich im Bankensektor die Folgen eines falschen und unvorsichtigen Vorgehens in der Regel erst nach einer gewissen Zeit herausstellen, da im allgemeinen ein längerer Zeitraum vergehen muß, ehe die Übernahme übermäßiger Risiken in finanzielle Verluste umschlägt. Aus diesem Grund kann ein riskanter Kurs über längere Zeit verfolgt werden, mit dem Ergebnis, daß er schwerwiegendere Verzerrungen bewirkt.

(7) Dieser Effekt des moralischen Risikos („moral hazard“) bewirkt folgendes: je größer die Managementfehler, desto mehr wird das dafür verantwortliche Unternehmen unterstützt.

Der Umstrukturierungsplan betrifft alle Schwachpunkte der Bank und zielt darauf ab, ihr Geschäftsprofil zu sanieren, das Gleichgewicht in ihrer Vermögens-, Finanz- und Ertragslage wiederherzustellen und ihre kurzfristige Privatisierung zu gewährleisten.

Insbesondere sieht der Sozialplan den Wegfall von 2 480 Arbeitsplätzen vor, von denen ca. 1 000 bereits 1996 und genauso viele 1997 abgebaut wurden. Nach den Bestimmungen des Dekrets müssen die durchschnittlichen Personalkosten je Beschäftigten, die 1996 bei 125 Mio. ITL lagen, bis auf den im italienischen Bankensektor geltenden Durchschnittswert von 117 Mio. ITL zurückgeführt werden. Die Verwaltungskosten sollen 1997 um 12 % und 1998 um 9 % gesenkt werden.

Übersicht 3

Geschäftsplan der Banco di Napoli

(in Mrd. ITL)

	1995	1996	1997	1998	1999
Zinsüberschuß	1 961	1 635	1 597	[...] (*)	[...] (*)
Leistungsüberschuß	534	621	649	[...] (*)	[...] (*)
Summe der Überschüsse aus Vermittlungsgeschäften	2 495	2 256	2 246	[...] (*)	[...] (*)
Personalaufwand	-1 512	-1 540	-1 322	[...] (*)	[...] (*)
Sonstiger Verwaltungsaufwand	-613	-550	-518	[...] (*)	[...] (*)
Summe der allgemeinen Aufwendungen	-2 125	-2 090	-1 840	[...] (*)	[...] (*)
Bruttobetriebsergebnis	370	166	406	[...] (*)	[...] (*)
Kreditverluste und Rückstellungen	-3 112	-1 533	-202	[...] (*)	[...] (*)
Sonstige Rückstellungen	-382	-500	-270	[...] (*)	[...] (*)
Außerordentliche Nettoerträge	-24	201	90	[...] (*)	[...] (*)
Summe sonstiger Posten	-3 518	-1 832	-382	[...] (*)	[...] (*)
Ergebnis vor Steuern	-3 148	-1 665	23	[...] (*)	[...] (*)
Steueraufwand	-8	-4	-4	[...] (*)	[...] (*)
Ergebnis nach Steuern	-3 156	-1 669	19	[...] (*)	[...] (*)

(*) Teile der vorliegenden Entscheidung wurden so abgefaßt, daß vertrauliche Angaben nicht offengelegt werden; diese Teile stehen in eckigen Klammern und sind durch ein (*) gekennzeichnet.

Die Annahmen des Plans erscheinen hinlänglich realistisch. Sie gehen von einer Senkung der kurzfristigen Zinssätze um ca. 300 Basispunkte zwischen 1996 und

1999 sowie einer Verringerung des Zinsüberschusses aus Ausleihungen und Einlagen um ca. 130 Basispunkte aus. Die Wachstumsrate bei der Mittelaufbringung bleibt gering, während bei den Ausleihungen ein deutlicher Zuwachs zu verzeichnen sein dürfte. Der Überschuß aus Vermittlungsgeschäften bleibt dank des Anstiegs der Provisionen, deren Anteil an diesem Überschuß das hohe Niveau erreichen dürfte, wie es für unter einem stärkeren Wettbewerbsdruck stehende Banken typisch ist, auf einem zufriedenstellenden Stand. Die Rückkehr in die Gewinnzone wird allerdings wohl nicht aufgrund höherer Überschüsse aus Vermittlungsgeschäften erreicht, die unter dem Wert von 1995 bleiben, sondern aufgrund der Senkung der allgemeinen Aufwendungen und der Kreditkosten. Das kann weiterhin die Stichhaltigkeit der Prognosen, ceteris paribus, garantieren, da eine derartige Verbesserung auf Aspekten beruht, die stärker von der Kontrolle des Unternehmens abhängen und nicht vom Wachstum des Marktes und des Umsatzes. Die Abnahme der Rückstellungen spiegelt augenscheinlich die Übertragung der nicht einträglichen Forderungen auf die Ausgliederungsstruktur und die Verringerung des Aktivbestands wider. Dessen ungeachtet sieht der Plan auch die Anpassung des Satzes für nicht einträgliche Forderungen an „natürlichere“ Werte vor.

Die Vergütung des Darlehens der Bank an die Ausgliederungsgesellschaft wurde nicht starr festgesetzt, sondern auf der Grundlage eines Indexierungssystems an die kurzfristigen marktüblichen Zinssätze des Vorjahres gebunden (siehe Punkt 2.2). Bei einer allgemeinen Zinssenkung kann ein solcher Mechanismus der Bank zu einer angemessenen Vergütung verhelfen, wenn man die normalerweise höhere Vergütung der an die Kunden ausgereichten Kredite und die Kosten der Mittelaufbringung berücksichtigt.

Aufgrund der Analyse der vorgelegten Unterlagen erscheint der Sanierungsplan der Bank angemessen. Die Unterstützung einer internationalen Geschäftsbank wie Rothschild gewährleistet, daß die grundsätzlichen Probleme der Bank entsprechend in Betracht gezogen werden. Die Umstrukturierungsmaßnahmen betreffen faktisch die wichtigsten Aspekte der ordentlichen Geschäftsführung (Personal, Organisation, Informationswesen, Geschäfte), der strategischen Entwicklung (Kundenpolitik, territoriale Entwicklung, Produkt-erneuerung) und der Finanzstruktur (Eigenmittel, Forderungsqualität, Rentabilität, Liquidität). Diese Maßnahmen wurden größtenteils schon umgesetzt, was insbesondere für die Senkung der Arbeitsstückkosten und der absoluten Arbeitskosten gilt. Der Personalaufwand wurde 1997 um 142 Mrd. ITL bzw. 11 % reduziert; der Pensionsaufwand verringerte sich um 83 Mrd. ITL bzw. 36 %.

Die von der Bank 1997 erzielten Ergebnisse bestätigen, daß die Sanierung greift, und trotz der Verringerung des Aktivbestands überstiegen sie die Erwartungen des Geschäftsplans. Bereits nach den ersten sechs Monaten lag das Nettoergebnis (16,8 Mrd. ITL) über

dem erwarteten Wert und entsprach dem für Ende des Jahres erwarteten Niveau. Im zweiten Halbjahr 1997 setzte sich diese Erholung fort, und die Bank schloß das Geschäftsjahr mit einem über dem veranschlagten Wert liegenden Nettogewinn von 142 Mrd. ITL, so daß sie eine Dividende an die Kleinaktionäre ausschütten konnte. Im einzelnen zeigen die Bilanzen, daß es der Bank gelungen ist, die Abnahme des Überschusses aus Vermittlungsgeschäften dank des Anstiegs der Nettoprovisionen und der Stabilisierung des Zinsüberschusses zu stoppen und diesen Trend schließlich sogar umzukehren. Die spürbare Senkung der allgemeinen Aufwendungen, insbesondere dank radikaler Einsparungen bei den Personalkosten, stimmt offenbar mit den im Plan getroffenen Voraussagen überein. Aufgrund dieser Entwicklungen ist einzuschätzen, daß der Umstrukturierungsplan vollständig geeignet ist, in den kommenden Jahren die erwarteten und wahrscheinlich noch bessere Ergebnisse hervorzubringen.

Die Glaubwürdigkeit des Umstrukturierungsplans wurde dadurch bestätigt, daß die privaten Aktionäre der nach der Privatisierung durchgeführten Eigenmitteilerhöhung um etwa 900 Mrd. ITL voll zustimmten. An dieser Operation wirkte das Schatzamt nicht mit, sondern es waren mehrheitlich die privaten Aktionäre, insbesondere das INA⁽⁸⁾, beteiligt. Hierzu schätzt die Kommission ein, daß die Mehrheitsbeteiligung des INA und der privaten Aktienbesitzer an dieser Maßnahme deren wirtschaftlichen Charakter garantiert und die Glaubwürdigkeit des Umstrukturierungsplans der Bank erhöht.

Nach Auffassung der italienischen Behörden ist die langfristige finanzwirtschaftliche Leistungsfähigkeit, die bereits jetzt durch die im Umstrukturierungsplan vorgesehenen Maßnahmen gewährleistet wird, auch im Falle eines Zusammenschlusses mit der BNL gesichert. Sie hoben die positiven Auswirkungen der Synergien zwischen beiden Banken auf die Rentabilitätsquote der Banco di Napoli sowie die umfassenden Umstrukturierungsbemühungen der BNL im Hinblick auf das Privatisierungsvorhaben hervor. Hierbei ist zu beachten, daß die bereits eingeleitete Privatisierung der BNL die Gefahr ausschließt, daß die Mehrheitsbeteiligung an der Bank vom privatrechtlichen Anteilseigner (INA) auf den öffentlichen Anteilseigner (BNL) übergeht. Demzufolge verringert sich auch das Risiko, im Falle der Nichterfüllung der im Umstrukturierungsplan vorgegebenen Ziele weitere öffentliche Mittel zuführen zu müssen. Die Privatisierung der BNL bestätigt vielmehr den endgültigen Übergang der Mehrheitsbeteiligung an der Banco di Napoli in private Hände.

Zur Möglichkeit eines Zusammenschlusses der Bank und der BNL nach der Privatisierung der letzteren

⁽⁸⁾ Der private Charakter des INA wurde auf der Grundlage der von den italienischen Behörden bereitgestellten Informationen über dessen Aktionäre bestimmt, insbesondere aufgrund der maßgeblichen Beteiligung privater institutioneller Kapitalgeber und der betreffenden Stimmrechte.

stellt die Kommission fest, daß der genaue Zeitpunkt für die Umsetzung dieses Vorhabens gegenwärtig noch nicht feststeht. Sollte dieses Vorhaben wie im Dekret vom 21. Januar 1998 vorgesehen verwirklicht werden, so würde aus der Fusion eine neue Bank hervorgehen, deren Kapital angesichts der Vermögenswerte der beiden Banken und ihrer Marktkurse mit deutlicher Mehrheit von Privaten gehalten würde, während der Staat eine Minderheitsbeteiligung behält.

Trotzdem wollte die Kommission prüfen, ob die mögliche Fusion mit der BNL die Rentabilität des daraus hervorgehenden Unternehmenszusammenschlusses und damit der Bank nicht beeinträchtigen würde. Tatsächlich erzielte die BNL in den letzten Geschäftsjahren ein eher bescheidenes Rentabilitätsniveau, das nicht darauf schließen läßt, daß die Eigenmittelrentabilität der aus der Fusion der BNL und der Bank entstehenden neuen Bank ohne zusätzliche Elemente für einen marktwirtschaftlich handelnden privaten Kapitalgeber akzeptabel wäre. Die italienischen Behörden haben hierzu angemerkt, daß die BNL ein umfassendes Umstrukturierungsvorhaben eingeleitet hat, dessen Kosten noch vor der Fusion von ihr selbst getragen werden. Insbesondere hat die BNL bereits umfangreiche Rückstellungen für die Umstrukturierungsmaßnahmen und -kosten vorgenommen, was zu einer entsprechenden Verringerung des Nettovermögens führte. Man kann also zu Recht davon ausgehen, daß die Fusion keine negativen Auswirkungen auf die Ertragskraft der neuen Bank im Vergleich zu den nur die Banco di Napoli betreffenden Schätzungen haben wird; längerfristig kann ein gewinnbringender Effekt erwartet werden.

Die Geschäftsbank Rothschild hat der Kommission einen Bericht vorgelegt, in dem die Fortschritte hervorgehoben werden, die die BNL seit dem Führungswechsel 1993 erzielt hat. Neben den genannten Rückstellungen sind in der BNL auch deutliche Anzeichen für eine strukturelle Sanierung zu erkennen. Gemäß ihren Strategien ist es ihr gelungen, den systemweiten Rückgang des Zinsüberschusses zu stoppen und die Erträge aus Dienstleistungen dank des Schubs bei den Spar- und Versicherungsleistungen zu steigern. Auf der Kostenseite gelang es der BNL zudem, durch Personalabbau die realen Arbeitskosten zu verringern. Der laufende Umstrukturierungsplan, der unter anderem eine weitere Personal- und Kostenreduzierung vorsieht (–3 700 Beschäftigte in den Jahren 1998–2000), läßt für die kommenden Jahre gute Aussichten auf eine Verbesserung der bisher erreichten Ergebnisse erkennen.

Laut Einschätzung der Rothschild-Bank würden sich die Ergebnisse der Bank im Falle ihrer Fusion mit der BNL verbessern. Der Zusammenschluß beider Banken könnte maßgebliche Synergieeffekte in Höhe von ca. 500 Mrd. ITL bewirken, da sie sich hinsichtlich ihres geographischen Einzugsgebiets und ihrer Funktionen gegenseitig ergänzen. Synergien wären auch in bezug auf die Personalkosten, die sonstigen allgemeinen Aufwendungen und die nichtfinanziellen Erträge möglich. Im einzelnen wären dies Synergieeffekte in Höhe von

ca. 240 Mrd. ITL bei den Personalkosten (47,5 % des gesamten Personalaufwands), einhergehend mit einem Personalabbau in den Generaldirektionen und einer Rationalisierung des Netzes in- und ausländischer Zweigstellen; 125 Mrd. ITL bei den sonstigen allgemeinen Aufwendungen (25 % des Gesamtvolumens) und 140 Mrd. ITL bei den nichtfinanziellen Erträgen (27,5 % der Gesamtsumme), insbesondere in den Zentren der Finanz- und Provisionsgewinne.

Verglichen mit anderen Zusammenschlüssen scheint bei den hier herangezogenen Annahmen das Vorsichtsprinzip ausreichend berücksichtigt. Die Synergieeffekte werden mehr oder weniger mit 30 % der Geschäftskosten angesetzt, wo in anderen Fällen, insbesondere in Italien und im Vereinigten Königreich, solche Effekte in Höhe von ca. 35 % der Geschäftskosten erreicht wurden.

Demnach könnte sich die Kapitalrentabilität der Bank im Fall der Fusion mit der BNL von 76 % auf 11,6 % erhöhen. Dieses Niveau ist angemessen, um insgesamt die langfristige finanzwirtschaftliche Leistungsfähigkeit zu gewährleisten. Wie von der Geschäftsbank Rothschild bestätigt wurde, ist ein solches Ergebnis offensichtlich von der vollständigen Verwirklichung des Umstrukturierungsplans der Bank und von deren Zusammenschluß mit der BNL abhängig. Die Einbringung der Bank in die INA/BNL-Gruppe und die Mehrheitsbeteiligung der INA wird in jedem Falle auch ohne eine reguläre Fusion zwischen der Bank und der BNL die langfristige finanzwirtschaftliche Rentabilität der Bank sichern.

Unter Berücksichtigung der vorstehend genannten Erwägungen ist die Kommission zu der Auffassung gelangt, daß im Falle einer Fusion der beiden Banken die finanzwirtschaftliche Rentabilität der Gruppe Banco di Napoli-BNL gewährleistet wäre und nicht mehr auf staatliche Unterstützungsmaßnahmen zurückgegriffen werden muß.

5.3. *Verhältnismäßigkeit der Beihilfe in bezug auf die angestrebten Ziele*

Was die Erfüllung der übrigen in den Vorschriften für Umstrukturierungsbeihilfen enthaltenen Voraussetzungen anbelangt, so leistet die Bank nach Ansicht der Kommission einen erheblichen Beitrag aus eigenen Mitteln zu den Umstrukturierungskosten. In diesem Zusammenhang sei daran erinnert, daß die Bank die Kosten zur Deckung aller auf die Auffangstruktur übertragenen Verpflichtungen in Höhe von ca. 4 400 Mrd. ITL getragen hat; dieser Betrag ist mehr als doppelt so hoch wie die vom Schatzamt übernommene Kapitalerhöhung. Hinzu kommen die Abtretungen (ohne die Ausgliederungsoperation) von mittelfri-

stigen Forderungen in Höhe von 5 300 Mrd. ITL in zwei Jahren (1995 und 1996), von vorwiegend finanziellen Beteiligungen in Höhe von ca. 210 Mrd. ITL und von Immobilien im Wert von ca. 230 Mrd. ITL.

Darüber hinaus gebietet der Grundsatz der Beschränkung der Beihilfe auf das notwendige Mindestmaß, darauf zu achten, daß die Bank zum einen über ausreichende Eigenmittel zur Erfüllung ihrer regulären Verpflichtungen verfügt und daß sie zum anderen nicht mit über das notwendige Mindestmaß hinausgehenden Eigenmitteln ausgestattet ist. Hierzu stellt die Kommission fest, daß bei der Beurteilung der Mindestkapitalausstattung die Möglichkeit in Betracht zu ziehen ist, daß nach der öffentlichen Intervention die übrigen Aktionäre die notwendigen zusätzlichen Mittel zuführen. So ist beispielsweise denkbar, daß bei einer kurzfristigen Privatisierung im Wege einer Ausschreibung der potentielle Erwerber für die Einhaltung der vorgeschriebenen Verpflichtungen Sorge trägt.

Hierzu verweist die Kommission darauf, daß die mit 2 000 Mrd. ITL anzusetzende Kapitalerhöhung durch das Schatzamt besonders gering war, denn aufgrund der Ende 1996 verbuchten Verluste, durch die sich das Eigenkapital der Bank auf ca. 1 000 Mrd. ITL verringerte, reichte sie nicht aus, um den notwendigen Solvabilitätskoeffizienten wiederherzustellen. Die vorgeschriebene Kapitalausstattung des Konzerns wurde durch die Erwerber und die anderen privaten Aktionäre gesichert, die 1997 eine Kapitalaufstockung vornahmen. Demnach ist einzuschätzen, daß der Beitrag des Schatzamtes tatsächlich auf das notwendige Mindestmaß beschränkt war.

5.4. *Erbringung von Gegenleistungen*

Was die Gegenleistungen zum Ausgleich der wettbewerbsverfälschenden Wirkungen der Beihilfen für die Wettbewerber betrifft, so sei an die diesbezügliche Politik der Kommission erinnert. Mit diesen Gegenleistungen sollen gemäß den gemeinschaftlichen Leitlinien für die Beurteilung von staatlichen Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen in Schwierigkeiten die nachteiligen Auswirkungen auf Konkurrenten nach Möglichkeit ausgeglichen werden. Andernfalls würden die Beihilfen „dem gemeinschaftlichen Interesse zuwiderlaufen“ und könnten nicht gemäß Artikel 92 Absatz 3 Buchstabe c) EG-Vertrag freigestellt werden.

Die Gegenleistungen müssen tendenziell ein zusätzliches Bemühen des Beihilfeempfängers zu den für seine Sanierung notwendigen Umstrukturierungsmaßnahmen darstellen. Folglich darf es sich vor allem weder um direkt noch um indirekt durch staatliche Beihilfen finanzierte Maßnahmen handeln.

Die Kommission hat kürzlich im Falle einer anderen Bank darauf verwiesen, daß die durch die Beihilfen bewirkte theoretische Wettbewerbsverfälschung geschätzt werden kann. Die im Bankensektor geltende Solvabilitätspflicht, die ein direktes Verhältnis zwischen der Kapitalausstattung einer Bank und den nach dem Risiko gewichteten Verpflichtungen, die die Bank übernehmen darf, festlegt, ermöglicht die direkte Bestimmung der möglichen theoretischen Auswirkung der Kapitalaufstockung einer Bank auf ihre Aktiva. Nach Maßgabe der Richtlinie 89/647/EWG des Rates vom 18. Dezember 1989 über einen Solvabilitätskoeffizienten für Kreditinstitute⁽⁹⁾, zuletzt geändert durch die Richtlinie 96/10/EG des Europäischen Parlaments und des Rates⁽¹⁰⁾, gilt für alle Banken in Europa die gleiche Solvabilitätspflicht, was die Bewertung der Auswirkungen einer Kapitalerhöhung oder eine Beihilfe mit ähnlicher Wirkung erleichtert. Erfolgen die Beihilfen in Form einer Kapitalerhöhung, kann die Wettbewerbsverfälschung (nur als Richtwert) anhand der nach dem Risiko gewichteten Aktiva bewertet werden. Eine Kapitalzufuhr in Höhe von 1 Mrd. ITL oder eine Maßnahme mit ähnlicher Wirkung (bei sonst gleichen Bedingungen) ermöglicht einer Bank, den Bestand der gewichteten Aktiva (bei Einhaltung des Solvabilitätskoeffizienten von mindestens 8 %, der anhand der mindestens zur Hälfte aus eigenen Grundmitteln bestehenden Eigenmittel zu berechnen ist) um 12,5 bis 25 Mrd. ITL zu erhöhen.

Im vorliegenden Fall entsprechen die Beihilfen in Höhe von ca. 2 217 Mrd. ITL etwa der Hälfte der Eigenmittel, die Ende 1994 zur Einhaltung des Solvabilitätskoeffizienten notwendig waren. Anders als in anderen Fällen und wie bereits unter Punkt 5.3 dieser Entscheidung festgestellt, sind die fraglichen Beihilfen vorrangig zur Deckung der Verluste und für das Überleben der Bank bestimmt, und nicht zur Aufrechterhaltung einer Kapitalausstattung, die eine Fortführung der Geschäfte auf dem vorherigen Niveau ermöglicht. Die Einhaltung des Solvabilitätskoeffizienten wurde faktisch durch die 1997 nach der Privatisierung gezeichnete Kapitalerhöhung gesichert. Trotzdem ermöglichen die Beihilfen de facto der Bank eine Fortsetzung ihrer Tätigkeit, wengleich auf einem infolge der Abtretungen niedrigeren Niveau.

In dieser Hinsicht scheinen die im Umstrukturierungsplan festgelegten Maßnahmen auszureichen, um die durch die Beihilfen hervorgerufene Wettbewerbsverzerrung soweit wie möglich abzuschwächen.

Vor allem haben die bereits durchgeführten Maßnahmen zu einem drastischen Kapazitätsabbau der Bank geführt. Die Bilanzsumme hat sich von 121 000 Mrd. ITL (Ende 1994) auf 69 000 Mrd. ITL (Ende 1997), d. h. um 43 % innerhalb von drei Jahren, verringert. Bei den nach ihrem Risiko gewichteten Aktiva war

noch ein stärkerer Rückgang festzustellen. Der Kapazitätsabbau entspricht, nachdem der Effekt der Ausgliederung von Aktiva in Höhe von 12 400 Mrd. ITL zugunsten der SGA eliminiert wurde, einer Aktivverringerung um etwa 40 000 Mrd. ITL.

Allerdings kann die Schließung im Wege der freiwilligen Liquidation der Tochtergesellschaft Isveimer (Aktiva in Höhe von etwa 15 000 Mrd. ITL per Ende 1994) nicht völlig als Gegenleistung gewertet werden, denn die Liquidation war eine im Rahmen des Umstrukturierungsplans notwendige Maßnahme, für die staatliche Mittel verwendet werden. Da es sich um eine Liquidation handelt und die betreffenden Beträge lediglich durch die Bank „hindurchflossen“, kam man zu dem Schluß, daß die Unterstützungsmaßnahmen zugunsten der Bank bei der Liquidation der Isveimer keine Elemente staatlicher Beihilfen enthielten. Diese Liquidation entspricht einer Kapazitätsstilllegung. Die Bank kann im Rahmen der Liquidation der Isveimer keine Aktiva von dieser übernehmen, es sei denn, ihr Verkauf an Dritte oder ihre Verwertung zu für die Liquidation günstigeren Bedingungen erweisen sich als unmöglich.

Die Bank hat außerdem Immobilien im Wert von 300 Mrd. ITL und Beteiligungen in Höhe von über 200 Mrd. ITL abgetreten. Im einzelnen wurden die Beteiligungen an den Banken IMI und Banca di Roma gewinnbringend veräußert. Weiterhin sind Immobilienverkäufe für ca. 100 Mrd. ITL vorgesehen.

In Italien hat die Bank 50 Zweigstellen an die Banca Popolare di Brescia und 9 an die Banca Popolare Antoniana Veneta veräußert. Darüber hinaus wurde der Verkauf von weiteren 18 Zweigstellen eingeleitet, der normalerweise bis Jahresende abgeschlossen sein dürfte. Die veräußerten Zweigstellen stellen eine solide Ertragskapazität dar, was sich in erster Linie in dem auf dem Markt hervorgerufenen Interesse und dem erzielten Preis (290 Mrd. ITL bzw. 34,5 Mrd. ITL) und zweitens in dem dem Erwerber zugesprochenen Geschäftswert (132 Mrd. ITL oder 46 % des Wertes der Transaktion bzw. 21,3 Mrd. ITL oder 62 % des Wertes) zeigt. Im einzelnen wurden mit dem Verkauf der 59 Zweigstellen Forderungen in Höhe von mehr als 2 500 Mrd. ITL abgetreten. Ein zusätzlicher Abbau des Forderungsbestands um ca. 1 000 Mrd. ITL dürfte durch die Veräußerung von 18 weiteren Zweigstellen ermöglicht werden. Folglich kann dieser Verkauf als Ausgleich für die Beihilfen betrachtet werden. Nach der Abtretung der 77 Zweigstellen, was ca. 10 % des Schalernetzes der Bank ausmacht, wird diese den Charakter einer Regionalbank mit nur wenigen Zweigstellen im Ausland und einer geringen Präsenz in Norditalien annehmen. Im Falle der Fusion mit der BNL sind zweifellos weitere Verkäufe oder Zusammenlegungen von Zweigstellen denkbar.

International hat die Bank ihre Präsenz bereits maßgeblich verringert: Die Zahl der kontrollierten Unter-

⁽⁹⁾ ABl. L 386 vom 30.12.1989, S. 14.

⁽¹⁰⁾ ABl. L 85 vom 3.4.1996, S. 17.

nehmen und der Tochtergesellschaften ist innerhalb von zwei Jahren von 13 auf 6 gesunken, während der Geschäftsumfang um ca. 70 % zurückging. Insbesondere wurden die Ausleihungen um ca. 22 000 Mrd. ITL abgebaut. Die Niederlassungen in Paris, Frankfurt, Los Angeles, Moskau und Seoul wurden geschlossen und andere (Barcelona) wurden verkauft. Der Rückzug vom spanischen Markt dürfte schon bald abgeschlossen sein. In den übrigen Niederlassungen wurden Personal und Kapazitäten abgebaut. Es sei bemerkt, daß das internationale Netz der Bank bis auf wenige Ausnahmen rentabel war. Bei dieser Bewertung wurde außerdem die Übertragung der luxemburgischen Tochter (Banco di Napoli International) auf die Ausgliederungsstruktur berücksichtigt, die augenscheinlich nicht als Gegenleistung betrachtet werden kann, weil die Schaffung der Ausgliederungsstruktur zur Rettung der Bank beigetragen hat.

Nach Prüfung der vorstehenden Aspekte ist die Kommission zu der Auffassung gelangt, daß die Bemühungen der Bank und die Maßnahmen der Behörden, auch wenn sie die wettbewerbsverfälschenden Wirkungen der der Bank gewährten Beihilfen nicht vollständig beseitigen, doch einen erheblichen Ausgleich darstellen, der diese Wirkungen wesentlich verringern kann.

Im Lichte der vorstehenden Betrachtungen ist die Kommission zu der Auffassung gelangt, daß die von der Bank erbrachten Gegenleistungen angemessen sind und dazu beitragen, daß die Beihilfe zugunsten der Bank mit dem gemeinsamen Interesse vereinbar ist.

5.5. Sonstiges

Gemäß den gemeinschaftlichen Leitlinien für Umstrukturierungsbeihilfen hat die Kommission auch die Situation der Bank im Zusammenhang mit den Steuergutschriften geprüft. Kraft der einschlägigen Rechtsvorschriften dürfen Unternehmen, denen staatliche Beihilfen zuteil wurden, nicht gleichzeitig in den Genuß von Steuergutschriften in Höhe der Steuerverluste kommen, die durch Beihilfen darstellende Kapitalerhöhungen gedeckt werden. Hierzu haben die italienischen Behörden erklärt, daß die nach italienischem Recht geltenden und insbesondere in Artikel 123 des T.U. 917/86 festgelegten Bedingungen, nach denen der Bank ein solcher Vorteil zuteil werden könnte, nicht erfüllt sind.

Dies läßt den Schluß zu, daß die Intervention des Staates nicht dazu beiträgt, die Position der Bank über das notwendige Maß hinaus zu stärken, und die Möglichkeiten der europäischen Konkurrenten, mit ihr in Wettbewerb zu treten, nicht einschränkt. Vielmehr wurde der Marktanteil der Bank maßgeblich verrin-

gert. Folglich können die in Rede stehenden Beihilfen aufgrund des Beitrags, den die Bank durch ihre Umstrukturierungsbemühungen und den Kapazitätsabbau geleistet hat, als mit den gemeinschaftlichen Leitlinien für Umstrukturierungsbeihilfen übereinstimmend und als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt werden.

6. Schlußfolgerungen

Abschließend stellt die Kommission aufgrund der vorstehenden Anhaltspunkte und der verfügbaren Informationen fest, daß der Sanierungsplan der Banco di Napoli umfangreiche Elemente staatlicher Beihilfen enthält, insbesondere in Form einer Kapitalaufstockung in Höhe von 2 000 Mrd. ITL, der Inanspruchnahme der Vorschüsse der Banca d'Italia im Sinne des Ministerialerlasses vom 27. September 1974 zum Aufheben der Verluste der SGA sowie in Form der Steuererleichterungen zu einem Nettowert von 17 Mrd. ITL. Unter Berücksichtigung des geschätzten Ertrages, den der Staat aus der laufenden Privatisierung erzielt, werden die aktualisierten Nettogesamtkosten für den Staat mit 2 217 Mrd. ITL veranschlagt, wobei die theoretische Obergrenze bei 11 895 Mrd. ITL liegt. Demgegenüber stellen die Vorschüsse, die die Banca d'Italia der Banco di Napoli im Sinne des Erlasses vom 27. September 1974 im Rahmen der Liquidation der Isveimer gewährt hat, keine staatlichen Beihilfen dar, sofern bestimmte Voraussetzungen erfüllt werden.

Diese Maßnahmen wurden eingehend im Lichte von Artikel 92 Absatz 3 Buchstabe c) EG-Vertrag geprüft, um festzustellen, ob sie mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar sind. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen kann davon ausgegangen werden, daß bei den der Bank gewährten Beihilfen die Bedingungen der gemeinschaftlichen Leitlinien zur Beurteilung von staatlichen Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen in Schwierigkeiten eingehalten werden, sofern einige Auflagen erfüllt werden, von denen einige unabdingbare Voraussetzungen für die finanzwirtschaftliche Rentabilität darstellen, während andere notwendige Gegenleistungen sind, aus denen geschlossen werden kann, daß die Beihilfe das gemeinsame Interesse berücksichtigt.

Angesichts des Umfangs der Beihilfen muß darüber hinaus die Durchführung des Plans, namentlich im Hinblick auf die Umstrukturierungsbemühungen im Rahmen des Fusionsvorhabens, kontrolliert werden, damit der der Kommission vorgelegte Sanierungsplan auch tatsächlich vollständig umgesetzt wird. Daher werden die italienischen Behörden aufgefordert, die Kommission halbjährlich ab dem Datum dieser Entscheidung über den Fortgang der Plandurchführung sowie über jede Abweichung der Ergebnisse von den Prognosen zu informieren. Ohne vorherige Zustimmung der Kommission darf an dem Plan keine Ände-

zung vorgenommen werden, durch die sich die staatlichen Beihilfen zugunsten der Bank erhöhen könnten.

Ausgehend von den Leitlinien für Umstrukturierungsbeihilfen ist die Kommission der Auffassung, daß diese Beihilfen normalerweise nur einmal gewährt werden müssen.

Unter diesen Voraussetzungen können die in Rede stehenden Beihilfen von dem Verbot gemäß Artikel 92 Absatz 1 EG-Vertrag und Artikel 61 Absatz 1 EWR-Abkommen ausgenommen werden, da sie gemäß Artikel 92 Absatz 3 Buchstabe c) EG-Vertrag und Artikel 61 Absatz 3 Buchstabe c) EWR-Abkommen als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar betrachtet werden können —

HAT FOLGENDE ENTSCHEIDUNG ERLASSEN:

Artikel 1

(1) Die Maßnahmen zur Sanierung, Umstrukturierung und Privatisierung der Banco di Napoli, enthalten im Gesetzesdekret Nr. 163 vom 27. März 1996, das später mehrfach, letztmalig mit dem Gesetzesdekret Nr. 497 vom 24. September 1996, geändert und schließlich in das Gesetz Nr. 588 vom 19. November 1996 umgewandelt wurde, insbesondere die Kapitalaufstockung der Banco di Napoli in Höhe von 2 000 Mrd. ITL durch das Schatzamt, die Steuererleichterungen und die Inanspruchnahme der Vorschüsse der Banca d'Italia gemäß dem Ministerialerlaß vom 27. September 1974 zum Auffangen der Verluste der Società per la Gestione di Attività Spa bis zu einer Obergrenze von 14 395 Mrd. ITL, stellen staatliche Beihilfen im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 EG-Vertrag dar.

Diese Maßnahmen, deren geschätzte Nettokosten für den Staat ca. 2 217 Mrd. ITL betragen, jedoch eine Obergrenze von 11 895 Mrd. ITL erreichen können, werden kraft Artikel 92 Absatz 3 Buchstabe c) EG-Vertrag und Artikel 61 Absatz 3 Buchstabe c) EWR-Abkommen als mit dem Gemeinsamen Markt und mit dem Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum vereinbar erklärt.

(2) Die von der Banca d'Italia im Sinne des Ministerialerlasses vom 27. September 1974 im Rahmen der Liquidation der Isveimer gezahlten Vorschüsse stellen keine staatlichen Beihilfen zugunsten der Banco di Napoli dar, sofern ihre Verwendung nach für einen privaten Kapitalgeber annehmbaren Kriterien erfolgt und die Auflage von Artikel 2 Buchstabe e) erfüllt wird.

Artikel 2

Die Genehmigung der unter Artikel 1 angeführten Maßnahmen ist davon abhängig, ob Italien die Verpflichtung der Banco di Napoli, bis Ende 1998 18 Zweigstellen in Nord- und Mittelitalien sowie die Niederlassung in Madrid zu verkaufen bzw. zu schließen, und die folgenden Auflagen erfüllt:

- a) Es wird gewährleistet, daß alle Sanierungsmaßnahmen und alle für das System vorgesehenen Bestimmungen, die in Artikel 1 und in dem der Kommission vorgelegten Umstrukturierungsplan enthalten sind, umgesetzt werden.
- b) Die im Umstrukturierungsplan enthaltenen Bedingungen werden nach Berücksichtigung der mit dieser Entscheidung erteilten Auflagen nicht ohne vorherige Zustimmung der Kommission geändert.
- c) Es wird verhindert, daß der Banco di Napoli Steuergutschriften in Höhe der durch die Kapitalaufstockung seitens des Schatzamtes gedeckten Steuerluste zugute kommen.
- d) Die Erträge aus den Veräußerungen von Zweigstellen, Beteiligungen und anderen Aktiva werden der wirtschaftlichen und finanziellen Umstrukturierung der Banco di Napoli zugeführt.
- e) Es wird gewährleistet, daß die Banco di Napoli im Rahmen der Liquidation der Isveimer keine Aktiva erwirbt, es sei denn, deren Verkauf an Dritte oder ihre Verwertung zu für die Liquidation günstigeren Bedingungen erweisen sich als unmöglich.

Artikel 3

Die italienischen Behörden wirken vollständig an der Kontrolle dieser Entscheidung mit und unterbreiten der Kommission die folgenden Unterlagen:

- a) einen ausführlichen Bericht der italienischen Behörden über die Umsetzung der Entscheidung der Kommission und die Durchführung des Umstrukturierungsplans. Im einzelnen muß dieser Bericht enthalten:
 - eine Prüfung der finanzwirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der gegebenenfalls unter staatlicher Kontrolle verbliebenen Unternehmen der Gruppe anhand eines detaillierten Vergleichs der Ergebnisse mit den im Plan enthaltenen Schätzungen;

- eine Spezifizierung jeder staatlichen Maßnahme zugunsten dieser Unternehmen in Form von Kapitalerhöhungen, Finanzierungen, Garantieleistungen, Forderungsverzicht u. a.;
- eine detaillierte Analyse des Ablaufs der eventuellen Fusion zwischen der Banca Nazionale del Lavoro und der Banco di Napoli;
- Angaben zum Stand der Umsetzung der unter Artikel 2 genannten Verpflichtung und Auflagen.

Der Bericht ist halbjährlich ab dem Datum der Kommissionsentscheidung bis zur Erfüllung der unter Artikel 2 genannten Verpflichtung und Auflagen vorzulegen;

- b) die Bilanzen, Gewinn- und Verlustrechnungen und (Jahres-, Halbjahres-)Berichte der Verwaltungsräte der an der Operation beteiligten Gesellschaften, d. h. der Banco di Napoli und der Banca Nazionale del Lavoro — bis zur Privatisierung der letztgenannten —, der Auffanggesellschaft Società di Gestione di Attività Spa — bis zur Erfüllung

ihres Auftrags — und der Isveimer — bis zum Abschluß des Liquidationsverfahrens. Diese Unterlagen sind der Kommission unmittelbar nach ihrer Annahme durch den Verwaltungsrat des betreffenden Unternehmens vorzulegen.

Die Kommission behält sich vor, spezielle Buchprüfungen vornehmen zu lassen, um die Unterlagen und die Durchführung des Plans gemäß den Buchstaben a) und b) zu bewerten.

Artikel 4

Diese Entscheidung ist an die Italienische Republik gerichtet.

Brüssel, den 29. Juli 1998

Für die Kommission
Monika WULF-MATHIES
Mitglied der Kommission