



Sammlung der Rechtsprechung

URTEIL DES GERICHTS (Achte Kammer)

29. März 2012*

„Wettbewerb — Missbrauch einer beherrschenden Stellung — Spanische Märkte für Breitband-Internetzugang — Entscheidung, mit der eine Zuwiderhandlung gegen Art. 82 EG festgestellt wird — Preisfestsetzung — Kosten-Preis-Schere — Bestimmung der Märkte — Beherrschende Stellung — Missbrauch — Berechnung der Margenbeschneidung — Auswirkungen des Missbrauchs — Zuständigkeit der Kommission — Verteidigungsrechte — Subsidiarität — Verhältnismäßigkeit — Rechtssicherheit — Loyale Zusammenarbeit — Grundsatz der ordnungsgemäßen Verwaltung — Geldbußen“

In der Rechtssache T-336/07

Telefónica, SA mit Sitz in Madrid (Spanien),

Telefónica de España, SA mit Sitz in Madrid,

Prozessbevollmächtigte: zunächst Rechtsanwälte F. González Díaz und S. Sorinas Jimeno, dann Rechtsanwalt González Díaz,

Klägerinnen,

gegen

Europäische Kommission, vertreten durch F. Castillo de la Torre, É. Gippini Fournier und K. Mojzesowicz als Bevollmächtigte,

Beklagte,

unterstützt durch

France Telecom España, SA mit Sitz in Pozuelo de Alarcón (Spanien), Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte S. Martínez Lage, H. Brokelmann und M. Ganino,

Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc Consumo) mit Sitz in Madrid, Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte L. Pineda Salido und I. Cámara Rubio,

und

European Competitive Telecommunications Association mit Sitz in Wokingham (Vereinigtes Königreich), Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte M. Di Stefano und A. Salerno,

Streithelferinnen,

* Verfahrenssprache: Spanisch.

wegen Nichtigerklärung der Entscheidung C(2007) 3196 final der Kommission vom 4. Juli 2007 in einem Verfahren nach Art. 82 [EG] (Sache COMP/38.784 – Wanadoo España gegen Telefónica), hilfsweise, Nichtigerklärung oder Herabsetzung der gegen die Klägerinnen verhängten Geldbuße

erlässt

DAS GERICHT (Achte Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten L. Truchot, der Richterin M.E. Martins Ribeiro (Berichterstatlerin) und des Richters H. Kanninen,

Kanzler: J. Palacio González, Hauptverwaltungsrat,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 23. Mai 2011

folgendes

Urteil

Die Klägerinnen

- 1 Die Telefónica SA, Klägerin in der vorliegenden Rechtssache, ist die Muttergesellschaft der Telefónica-Gruppe, des ehemaligen spanischen Staatsmonopolunternehmens im Telekommunikationsbereich. In dem von der Entscheidung C(2007) 3196 final der Kommission vom 4. Juli 2007 in einem Verfahren nach Art. 81 [EG] (Sache COMP/38.784 – Wanadoo España gegen Telefónica) (im Folgenden: angefochtene Entscheidung) erfassten Zeitraum von September 2001 bis Dezember 2006 erbrachte Telefónica durch ihre ebenfalls in der vorliegenden Rechtssache klagende Tochtergesellschaft Telefónica de España SAU (im Folgenden: TESAU) und zwei weitere, mit TESAU am 30. Juni bzw. 7. Juli 2006 verschmolzene Tochtergesellschaften, die Telefónica Data de España SAU und die Terra Networks España SA, Breitbanddienste (Erwägungsgründe 11, 13 und 19 bis 21 der angefochtenen Entscheidung). Während des gesamten Untersuchungszeitraums bildeten Telefónica und ihre Tochtergesellschaften (im Folgenden zusammen: Telefónica) eine wirtschaftliche Einheit (zwölfter Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung).
- 2 Vor der vollständigen Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte im Jahr 1998 befand sich Telefónica im Besitz des spanischen Staates und hatte ein gesetzliches Monopol für die Bereitstellung von Telekommunikationsdiensten im Festnetz inne. Heute betreibt die Gesellschaft das einzige landesweite Netz für Festnetztelefonie (13. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung).

Verwaltungsverfahren

- 3 Am 11. Juli 2003 legte die Wanadoo España SL (jetzt France Telecom España SA) (im Folgenden: France Telecom) bei der Kommission der Europäischen Gemeinschaften eine Beschwerde ein, mit der sie geltend machte, dass die Spanne zwischen den Großkundenpreisen, die die Tochtergesellschaften von Telefónica ihren Wettbewerbern für Großkunden-Breitbandzugänge in Spanien berechneten, und den Preisen, die Telefónica Endkunden in Rechnung stelle, nicht ausreiche, um den Wettbewerbern von Telefónica einen wirksamen Wettbewerb mit dieser zu ermöglichen (26. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung).
- 4 Nach Prüfung der Beschwerde und unter Berücksichtigung weiterer zusätzlicher Informationen richtete die Kommission am 20. Februar 2006 eine Mitteilung der Beschwerdepunkte an Telefónica. Diese beantwortete die Mitteilung am 19. Mai 2006. Am 12. und 13. Juni 2006 fand eine mündliche Anhörung statt (Erwägungsgründe 27 und 30 der angefochtenen Entscheidung).

- 5 Am 11. Januar 2007 richtete die Kommission ein Schreiben an Telefónica, in dem sie diese aufforderte, Stellung zu den Schlussfolgerungen zu nehmen, die sie aufgrund neuer und in der Mitteilung der Beschwerdepunkte noch nicht genannter Tatsachen zu ziehen beabsichtige (im Folgenden: Sachverhaltsschreiben). Telefónica beantwortete das Schreiben am 12. Februar 2007 (31. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung).

Angefochtene Entscheidung

- 6 Am 4. Juli 2007 erließ die Kommission die angefochtene Entscheidung, die Gegenstand der vorliegenden Klage ist.
- 7 Als Erstes machte die Kommission in der angefochtenen Entscheidung drei relevante Produktmärkte aus, und zwar einen Endkunden-Breitbandmarkt und zwei Großkunden-Breitbandmärkte (Erwägungsgründe 145 bis 208 der angefochtenen Entscheidung).
- 8 Der relevante Endkundenmarkt erfasst nach der angefochtenen Entscheidung alle auf dem „Massenmarkt“ für Privat- und Geschäftskunden vertriebenen und nicht weiter differenzierten Breitbandprodukte unabhängig davon, ob sie mit Hilfe von ADSL (Asymmetric Digital Subscriber Line, asymmetrischer digitaler Teilnehmeranschluss) oder einer anderen Technologie angeboten würden. Nicht dazu zählten hingegen kundenspezifische Breitbandzugangsdienste, die in erster Linie für „große Geschäftskunden“ entwickelt würden (153. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung).
- 9 Zu den Großhandelsmärkten stellte die Kommission fest, dass im Wesentlichen drei Großkundenangebote zur Verfügung stünden, nämlich ein Standardangebot für entbündelte Teilnehmeranschlüsse, das nur von Telefónica vertrieben werde, ein regionales Großkundenangebot (GigADSL, im Folgenden: regionales Großkundenprodukt), das ebenfalls nur von Telefónica vertrieben werde, und mehrere nationale Großkundenangebote, die sowohl von Telefónica (ADSL-IP und ADSL-IP Total, im Folgenden: nationales Großkundenprodukt) als auch von anderen Betreibern auf der Grundlage entbundelter Teilnehmeranschlüsse und/oder dem regionalen Großkundenangebot vertrieben würden (75. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung).
- 10 Um die hier relevanten Großkundenmärkte zu bestimmen, prüfte die Kommission, ob die in der vorstehenden Randnummer beschriebenen Großkundenprodukte demselben relevanten Markt oder verschiedenen Märkten zuzurechnen seien (162. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung).
- 11 Dabei stellte die Kommission zunächst fest, dass das regionale Großkundenprodukt und die entbündelten Teilnehmeranschlüsse nicht substituierbar seien (Erwägungsgründe 163 f. der angefochtenen Entscheidung). In Bezug auf die Nachfragesubstituierbarkeit verwies sie hierbei auf erhebliche Investitionen für den Netzausbau (Erwägungsgründe 163 f. der angefochtenen Entscheidung) und auf funktionelle Unterschiede zwischen den beiden Zugangsarten für Großkunden (165. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung). Darüber hinaus bestehe zwischen diesen Produkten keine Angebotssubstituierbarkeit, da diese voraussetze, dass ein alternativer Betreiber die Ortsnetze von Telefónica in ganz Spanien nachbilden könne; dies sei in einem angemessenen Zeitraum wirtschaftlich unmöglich (167. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung).
- 12 Ferner gebe es keine hinreichende Substituierbarkeit zwischen den regionalen und den nationalen Großkundenprodukten (Erwägungsgründe 183 bis 195 der angefochtenen Entscheidung), da die Grenzen zwischen dem nationalen und den regionalen Großkundenmärkten aufgrund der beherrschenden Stellung von Telefónica auf beiden Märkten nicht entscheidend seien (195. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung). Was die Angebotssubstituierbarkeit betreffe, müssten die alternativen Betreiber, die Endkunden landesweit ADSL-Dienste unter Nutzung des regionalen Großkundenprodukts anbieten wollten, die erheblichen laufenden und einmaligen Kosten für den Ausbau und die Unterhaltung eines Netzwerks zwischen den 109 indirekten Zugangspunkten

von Telefónica aufbringen (183. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung). Darüber hinaus sei die Umstellung von einem regionalen auf ein nationales Großkundenprodukt wirtschaftlich betrachtet nicht sinnvoll, da es folgewidrig und unwahrscheinlich sei, dass Betreiber, die bereits in den Ausbau eines Netzes investiert hätten, die Kosten dafür hinnähmen, das sie nicht mehr ihr eigenes Netz, sondern das nationale Großkundenprodukt nutzten, das ihnen nicht dieselben Kontrollmöglichkeiten hinsichtlich der Qualität des Endkundenprodukts wie des regionalen Großkundenprodukts böte (187. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung). Zur Angebotssubstituierbarkeit stellte die Kommission fest, dass ein Betreiber, der ein nationales Großkundenprodukt anbieten wolle, dies zwar auf der Basis eines regionalen Großkundenangebots tun könne, dass dazu jedoch beträchtliche Investitionen erforderlich wären, die in keinem Verhältnis zu den Investitionen für die Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen stünden, die Voraussetzung dafür sei, dass der Betreiber ein regionales Großkunden-Zugangsprodukt als Alternative zu dem Produkt von Telefónica anbieten könne (191. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung).

- 13 Schließlich könne man ADSL-Angebote nicht als durch die sonstigen Technologien für den Breitbandzugang und vor allem die Kabelmodem-Technologie substituierbar ansehen (Erwägungsgründe 196 bis 207 der angefochtenen Entscheidung). Zur Nachfragesubstituierbarkeit wies die Kommission auf die erheblichen Kosten einer Umstellung von einem ADSL-Großkundenangebot auf ein Großkundenangebot auf Kabelmodem-Basis und auf die geringe Flächendeckung und die Zersplitterung der Kabelnetze in Spanien hin (199. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung). Auch sei es für Kabelbetreiber zwar technisch möglich, Dritten einen Großkunden-Breitbandzugang bereitzustellen, der den regionalen und nationalen Großkundenprodukten entspreche; dem stünden aber praktische und wirtschaftliche Schwierigkeiten entgegen, so dass sich ein solches Angebot wirtschaftlich nicht rechne.
- 14 Die Kommission zog den Schluss, dass für die angefochtene Entscheidung die relevanten Großkundenmärkte aus den regionalen Großkundenprodukten und den nationalen Großkundenprodukten mit Ausnahme der Großkunden-Kabeldienste und der ADSL-unabhängigen Technologien bestünden (Erwägungsgründe 6 und 208 der angefochtenen Entscheidung).
- 15 Bei dem räumlich relevanten Markt sowohl auf Großkunden- als auch auf Endkundenebene handelt es sich nach der angefochtenen Entscheidung um den nationalen (spanischen) Markt (209. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung).
- 16 Als Zweites stellte die Kommission fest, dass Telefónica auf den beiden relevanten Großkundenmärkten eine beherrschende Stellung eingenommen habe (Erwägungsgründe 223 bis 242 der angefochtenen Entscheidung). Im fraglichen Zeitraum habe Telefónica das Monopol für die Bereitstellung der regionalen Großkundenprodukte und mehr als 84 % des nationalen Großkundenmarkts innegehabt (Erwägungsgründe 223 und 235 der angefochtenen Entscheidung). Der angefochtenen Entscheidung zufolge (Erwägungsgründe 243 bis 277) hat Telefónica auch eine beherrschende Stellung auf dem Endkundenmarkt eingenommen.
- 17 Als Drittes prüfte die Kommission, ob Telefónica ihre beherrschende Stellung auf den relevanten Märkten missbraucht habe (Erwägungsgründe 278 bis 694 der angefochtenen Entscheidung). Sie stellte hierzu fest, dass Telefónica dadurch gegen Art. 82 EG verstoßen habe, dass sie im Zeitraum von September 2001 bis Dezember 2006 von ihren Wettbewerbern unfaire Preise in Sinne einer Kosten-Preis-Schere zwischen den Preisen für einen Breitbandzugang auf dem spanischen „Massenmarkt“ und den Preisen für den Großkunden-Breitbandzugang auf regionaler und nationaler Ebene verlangt habe (694. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung).
- 18 Die Kommission wies erstens zum Nachweis einer Kosten-Preis-Schere auf den regulatorischen Kontext hin, in dem Telefónica die regionalen und nationalen Großkundenprodukte bereitgestellt habe, insbesondere die Telefónica nach spanischem Recht auferlegte Verpflichtung, einen Großkundenzugang auf der regionalen und der nationalen Ebene zu angemessenen Bedingungen

anzubieten. Die Kommission wies auch auf die Verpflichtung zur Bereitstellung des regionalen Großkundenprodukts hin, die die Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT, spanische Kommission für den Telekommunikationsmarkt) Telefónica seit März 1999 auferlegt habe, und stellte fest, dass Telefónica im September 1999 auf eigene Initiative begonnen habe, ADSL-IP Total anzubieten, während die CMT Telefónica verpflichtet habe, den Zugang zu ADSL-IP ab April 2002 bereitzustellen (Erwägungsgründe 288 f. der angefochtenen Entscheidung).

- 19 Zweitens war die Kommission im Hinblick auf die Berechnungsmethode der Kosten-Preis-Schere der Auffassung, dass zum Ersten der Effizienzgrad der Wettbewerber von Telefónica abhängig von den nachgelagerten Kosten von Telefónica bestimmt werden solle (Methode des „ebenso effizienten Wettbewerbers“) (Erwägungsgründe 311 bis 315 der angefochtenen Entscheidung), zum Zweiten als Kostenmaßstab vorliegend das Konzept der LRAIC (Long Run Average Incremental Costs, langfristige durchschnittliche Zusatzkosten) zugrunde zu legen sei (Erwägungsgründe 316 bis 324 der angefochtenen Entscheidung), zum Dritten die Rentabilitätsentwicklung nach zwei Methoden bewertet werden könne, und zwar nach einem historischen Ansatz, der einzelne Zeiträume getrennt betrachte, und nach der Ertragswertmethode (Erwägungsgründe 325 bis 385 der angefochtenen Entscheidung), zum Vierten die Berechnung der Kosten-Preis-Schere auf der Grundlage der verschiedenen von Telefónica auf dem relevanten Endkundenmarkt vertriebenen Dienste durchgeführt werden müsse (Erwägungsgründe 386 bis 388 der angefochtenen Entscheidung) und zum Fünften bei der Wahl der Vorprodukte im Rahmen der Prüfung, ob die Reproduzierbarkeit der Preise auf der nachgelagerten Ebene möglich sei, die Endkundenentgelte von Telefónica von einem ebenso effizienten Wettbewerber auf jedem der relevanten Großkundenmärkte auf der Grundlage wenigstens eines von Telefónica angebotenen Großkundenprodukts reproduzierbar sein müssten (Erwägungsgründe 389 bis 396 der angefochtenen Entscheidung).
- 20 Drittens untersuchte die Kommission, ob die Spanne zwischen den nachgelagerten und den vorgelagerten Preisen von Telefónica zumindest die nachgelagerten LRAIC von Telefónica erfasse (Erwägungsgründe 397 bis 511 der angefochtenen Entscheidung). Nach der in der vorstehenden Randnummer beschriebenen Methode ermittelte die Kommission, dass die Endkundenpreise von Telefónica im Zeitraum von September 2001 bis Dezember 2006 auf der Grundlage ihrer nationalen oder regionalen Großkundenprodukte nicht reproduzierbar gewesen seien (Erwägungsgründe 512 bis 542 der angefochtenen Entscheidung).
- 21 Viertens ging die Kommission in Bezug auf die Auswirkungen des Missbrauchs davon aus, dass das Verhalten von Telefónica die Möglichkeit der ADSL-Betreiber, auf dem Endkundenmarkt nachhaltig zu wachsen, beschränkt und den Endkunden wahrscheinlich einen Schaden zugefügt habe. Zudem habe das Verhalten von Telefónica konkrete Ausschlusswirkungen gehabt und die Verbraucher geschädigt (Erwägungsgründe 544 bis 618 der angefochtenen Entscheidung).
- 22 Fünftens stellte die Kommission fest, dass das Verhalten von Telefónica nicht objektiv gerechtfertigt gewesen sei und keine Effizienzgewinne nach sich gezogen habe (Erwägungsgründe 619 bis 664 der angefochtenen Entscheidung).
- 23 Sechstens wies die Kommission schließlich darauf hin, dass Telefónica über einen Spielraum zur Vermeidung einer Kosten-Preis-Schere verfügt habe. Telefónica hätte ihre Endkundenpreise anheben oder ihre für die vorgelagerte Ebene berechneten Entgelte senken können. Ferner könnten die an Telefónica gerichteten Entscheidungen der CMT bezüglich einer Kosten-Preis-Schere Telefónica nicht von ihrer Verantwortung entlasten (Erwägungsgründe 665 bis 694 der angefochtenen Entscheidung).
- 24 Als Viertes stellte die Kommission fest, dass im vorliegenden Fall der Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt sei, da die Preispolitik von Telefónica die Zugangsdienste eines marktbeherrschenden Unternehmens betreffe, die das gesamte spanische Hoheitsgebiet erfassten, das einen erheblichen Teil des Binnenmarkts ausmache (Erwägungsgründe 695 bis 697 der angefochtenen Entscheidung).

- 25 Zur Festsetzung der Geldbuße wandte die Kommission in der angefochtenen Entscheidung das Verfahren an, das in den Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen, die gemäß Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 und gemäß Artikel 65 Absatz 5 [KS]-Vertrag festgesetzt werden (ABl. 1998, C 9, S. 3, im Folgenden: Leitlinien von 1998), festgelegt ist.
- 26 Erstens prüfte die Kommission die Schwere und die Auswirkungen des Verstoßes sowie die Größe des relevanten räumlichen Marktes. Sie führte zunächst zur Schwere des Verstoßes aus, es handele sich um einen eindeutigen Missbrauch durch ein Unternehmen, das ein faktisches Monopol innehat, der gemäß den Leitlinien von 1998 als „besonders schwer“ einzustufen sei (Erwägungsgründe 739 bis 743 der angefochtenen Entscheidung). In den Erwägungsgründen 744 bis 750 der angefochtenen Entscheidung grenzt die Kommission die vorliegende Rechtssache von der Entscheidung 2003/707/EG der Kommission vom 21. Mai 2003 in einem Verfahren nach Artikel 82 EG-Vertrag (Sache COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 – Deutsche Telekom AG) (ABl. L 263, S. 9, im Folgenden: Entscheidung Deutsche Telekom) ab, in der der von der Deutschen Telekom begangene Missbrauch, der ebenfalls in einer Margenbeschneidung bestanden habe, nicht als „besonders schwer“ im Sinne der Leitlinien von 1998 eingestuft worden sei. Sodann stellte die Kommission zu den Auswirkungen der festgestellten Zuwiderhandlung in Rechnung, dass die relevanten Märkte beachtliche wirtschaftliche Bedeutung hätten, für die Schaffung der Informationsgesellschaft entscheidend seien und der Missbrauch durch Telefónica erhebliche Auswirkungen auf den Endkundenmarkt gehabt habe (Erwägungsgründe 751 bis 753 der angefochtenen Entscheidung). Zum Umfang des relevanten räumlichen Marktes stellte die Kommission schließlich fest, dass der spanische Breitbandmarkt der fünftgrößte Breitbandmarkt in der Europäischen Union sei und dass, auch wenn die Fälle einer Kosten-Preis-Schere notwendigerweise auf einen einzigen Mitgliedstaat beschränkt seien, in diesen Fällen der Marktzugang von Betreibern aus anderen Mitgliedstaaten zu einem schnell wachsenden Markt verhindert werde (Erwägungsgründe 754 f. der angefochtenen Entscheidung).
- 27 Nach der angefochtenen Entscheidung wird mit dem auf 90 000 000 Euro festgesetzten Ausgangsbetrag der Geldbuße berücksichtigt, dass die Schwere des missbräuchlichen Verhaltens im Lauf des betreffenden Zeitraums, vor allem nach Erlass der Entscheidung Deutsche Telekom, deutlicher geworden sei (Erwägungsgründe 756 f. der angefochtenen Entscheidung). Aufgrund der erheblichen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit von Telefónica wurde auf diesen Betrag ein Multiplikator von 1,25 angewandt, um eine hinreichend abschreckende Wirkung der Geldbuße zu gewährleisten, so dass der Ausgangsbetrag der Geldbuße auf 112 500 000 Euro erhöht wurde (758. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung).
- 28 Zweitens erhöhte die Kommission den Ausgangsbetrag der Geldbuße um 50 %, da das missbräuchliche Verhalten von September 2001 bis Dezember 2006, d. h. fünf Jahre und vier Monate, gedauert habe. Der Grundbetrag der Geldbuße wurde damit auf 168 750 000 Euro festgesetzt (Erwägungsgründe 759 bis 761 der angefochtenen Entscheidung).
- 29 Als Drittes ging die Kommission auf der Grundlage der verfügbaren Beweise davon aus, dass im vorliegenden Fall bestimmte mildernde Umstände berücksichtigt werden könnten, da der Verstoß zumindest fahrlässig begangen worden sei. Daher wurde Telefónica eine Herabsetzung ihrer Geldbuße um 10 % gewährt, was zur Festsetzung einer Geldbuße auf 151 875 000 Euro führte (Erwägungsgründe 765 f. der angefochtenen Entscheidung).
- 30 Der Tenor der angefochtenen Entscheidung lautet:
- „Artikel 1

[Telefónica] und [TESAU] haben gegen Artikel 82 EG verstoßen, indem sie im Zeitraum September 2001 bis Dezember 2006 unangemessene Tarife in der Form eines Missverhältnisses zwischen den Preisen für die Breitband-Zugangsdienste auf Großkundenebene und denjenigen auf Endkundenebene anwendeten.

Artikel 2

Wegen der in Artikel 1 genannten Zuwiderhandlung wird gegen [Telefónica] und [TESAU] eine Geldbuße in Höhe von 151 875 000 EUR festgesetzt, für deren Zahlung beide Unternehmen gesamtschuldnerisch haften.

...“

Verfahren und Anträge der Beteiligten

- 31 Die Klägerinnen haben mit Klageschrift, die am 1. Oktober 2007 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangen ist, die vorliegende Klage erhoben.
- 32 Mit Schriftsätzen, die am 10. und 24. Dezember 2007 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangen sind, haben France Telecom und die Asociación de usuarios de servicios bancarios (Ausbanc Consumo) (im Folgenden: Ausbanc) beantragt, als Streithelfer zur Unterstützung der Anträge der Kommission zugelassen zu werden.
- 33 Mit Schreiben vom 7. Januar 2008 haben die Klägerinnen einen Antrag auf vertrauliche Behandlung bestimmter Angaben in der Klageschrift und deren Anlagen gegenüber den möglichen Streithelfern gestellt.
- 34 Mit Schreiben vom 22. Februar 2008 haben die Klägerinnen einen Antrag auf vertrauliche Behandlung bestimmter Angaben in der Klageschrift und deren Anlagen gegenüber Ausbanc gestellt.
- 35 Mit Schreiben vom 15. April 2008 haben die Klägerinnen einen Antrag auf vertrauliche Behandlung bestimmter Angaben in der Klagebeantwortung und deren Anlagen gegenüber Ausbanc und France Telecom gestellt.
- 36 Mit Schreiben vom 25. Juli 2008 haben die Klägerinnen einen Antrag auf vertrauliche Behandlung bestimmter Angaben in der Erwiderung und deren Anlagen gegenüber Ausbanc und France Telecom gestellt.
- 37 Der Präsident der Achten Kammer des Gerichts hat mit Beschluss vom 31. Juli 2008 France Telecom und Ausbanc als Streithelfer zur Unterstützung der Anträge der Kommission zugelassen. Die Entscheidung über den Antrag auf vertrauliche Behandlung ist vorbehalten worden.
- 38 Den Streithelfern ist eine von den Klägerinnen erstellte nichtvertrauliche Fassung der Aktenstücke übermittelt worden.
- 39 Mit Schreiben vom 12. September 2008 hat Ausbanc die Vertraulichkeit der in den nichtvertraulichen Fassungen der Aktenstücke geschwärzten Passagen bestritten, die sie nicht erhalten hatte.
- 40 Mit Schreiben vom 15. September 2008 ist France Telecom den Anträgen auf vertrauliche Behandlung entgegengetreten, soweit sich diese auf die Gesamtheit verschiedener Anhänge der Klageschrift, der Klagebeantwortung und der Erwiderung bezogen haben.
- 41 Am 28. Oktober 2008 haben France Telecom und Ausbanc ihre Streithilfeschriftsätze eingereicht.
- 42 Mit Schreiben vom 25. November 2008 haben die Klägerinnen dem Gericht mitgeteilt, dass die Streithilfeschriftsätze keine vertraulichen Daten enthielten.

- 43 Mit Schreiben vom 27. November 2008 haben die Klägerinnen einen Antrag auf vertrauliche Behandlung bestimmter Angaben in der Gegenerwiderung und deren Anlagen gegenüber Ausbanc und France Telecom gestellt.
- 44 Die Klägerinnen haben ihre Stellungnahmen zu den Streithilfeschriftsätzen am 6. Februar 2009 eingereicht.
- 45 Mit Schreiben vom 6. Februar 2009 haben die Klägerinnen einen Antrag auf vertrauliche Behandlung bestimmter Angaben in ihren Stellungnahmen zum Streithilfeschriftsatz von France Telecom und in einem Anhang zu diesen gestellt.
- 46 Mit Schreiben vom 9. Februar 2009 hat die Kommission darauf verzichtet, zu den Streithilfeschriftsätzen eine Stellungnahme abzugeben.
- 47 Mit Beschluss vom 2. März 2010 hat der Präsident der Achten Kammer dem Antrag der Klägerinnen auf vertrauliche Behandlung teilweise stattgegeben.
- 48 Mit Schriftsatz, der am 4. November 2010 beim Gericht eingegangen ist, hat auch die European Competitive Telecommunications Association (ECTA) beantragt, als Streithelferin zur Unterstützung der Anträge der Kommission zugelassen zu werden.
- 49 Mit Schreiben vom 7. Dezember 2010 sind die Klägerinnen diesem Antrag entgegengetreten.
- 50 Mit Beschluss des Präsidenten der Achten Kammer des Gerichts vom 28. Februar 2011 ist die ECTA als Streithelferin zur Unterstützung der Anträge der Kommission zugelassen worden.
- 51 Die Klägerinnen beantragen,
- die angefochtene Entscheidung nach Art. 230 EG für nichtig zu erklären;
 - hilfsweise, die Geldbuße, die ihnen mit der angefochtenen Entscheidung auferlegt wurde, nach Art. 229 EG aufzuheben oder herabzusetzen;
 - der Kommission der Europäischen Gemeinschaften auf jeden Fall die Kosten aufzuerlegen.
- 52 Die Kommission beantragt,
- die Klage abzuweisen;
 - den Klägerinnen die Kosten aufzuerlegen.
- 53 Ausbanc beantragt,
- den Haupt- und den Hilfsantrag der Klägerinnen abzuweisen;
 - den Klägerinnen die Kosten aufzuerlegen.
- 54 France Telecom beantragt,
- die Klage in vollem Umfang abzuweisen;
 - den Klägerinnen sämtliche Streithilfekosten aufzuerlegen.

- 55 Das Gericht (Achte Kammer) hat auf Bericht der Berichterstatterin beschlossen, die mündliche Verhandlung zu eröffnen. Die Parteien haben in der Sitzung vom 23. Mai 2011 mündlich verhandelt und mündliche Fragen des Gerichts beantwortet.
- 56 In der mündlichen Verhandlung hat die ECTA beantragt,
- die Klage abzuweisen;
 - den Klägerinnen die Kosten aufzuerlegen.

Rechtliche Würdigung

A – Zur Zulässigkeit der angeblich in den Anhängen enthaltenen Argumente der Klägerinnen

- 57 Die Kommission hat in der Gegenerwiderung die Zulässigkeit bestimmter angeblich in den Anhängen zur Klageschrift und Erwiderung enthaltener Argumente der Klägerinnen in Zweifel gezogen. Die Klägerinnen hätten damit Argumente rechtlicher oder wirtschaftlicher Art vorgetragen, die sich nicht darauf beschränkten, sachliche oder rechtliche Umstände, die in diesen Schriftsätzen ausdrücklich vorgetragen worden seien, zu untermauern oder zu vervollständigen, sondern neues Vorbringen hinzufügten. So werde in „ganzen Teilen der Schriftsätze der Klägerinnen“ vollständig auf diese Anhänge verwiesen, ohne die sie inhaltsleer seien.
- 58 Gemäß Art. 21 der Satzung des Gerichtshofs und Art. 44 § 1 Buchst. c der Verfahrensordnung des Gerichts muss jede Klage den Streitgegenstand und eine kurze Darstellung der Klagegründe enthalten. Diese Angaben müssen so klar und genau sein, dass dem Beklagten die Vorbereitung seiner Verteidigung und dem Gericht die Wahrnehmung seiner Kontrollaufgabe, gegebenenfalls auch ohne weitere Informationen, ermöglicht wird. Um die Rechtssicherheit und eine ordnungsgemäße Rechtspflege zu gewährleisten, ist es für die Zulässigkeit einer Klage erforderlich, dass die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Umstände, auf denen die Klage beruht, zumindest in gedrängter Form, jedenfalls aber zusammenhängend und verständlich, aus dem Wortlaut der Klageschrift selbst hervorgehen. Zwar kann der Text der Klageschrift zu speziellen Punkten durch Verweisung auf bestimmte Abschnitte beigefügter Schriftstücke untermauert und ergänzt werden, doch kann eine pauschale Verweisung auf andere Schriftstücke, auch wenn sie der Klageschrift als Anlagen beigefügt sind, nicht das Fehlen der wesentlichen Bestandteile der Rechtsausführungen ausgleichen, die in der Klageschrift enthalten sein müssen (vgl. Urteil des Gerichts vom 17. September 2007, Microsoft/Kommission, T-201/04, Slg. 2007, II-3601, Randnr. 94 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 59 Des Weiteren ist es nicht Sache des Gerichts, die Klagegründe und Argumente, auf die sich die Klage möglicherweise stützen lässt, in den Anlagen zu suchen und zu identifizieren, denn die Anlagen haben eine bloße Beweis- und Hilfsfunktion (Urteile des Gerichts vom 7. November 1997, Cipeke/Kommission, T-84/96, Slg. 1997, II-2081, Randnr. 34, vom 21. März 2002, Joynson/Kommission, T-231/99, Slg. 2002, II-2085, Randnr. 154, und vom 14. Dezember 2005, Honeywell/Kommission, T-209/01, Slg. 2005, II-5527, Randnr. 57). Soweit sie rechtliche Gesichtspunkte enthalten, auf die bestimmte in der Klageschrift vorgebrachte Klagegründe gestützt sind, müssen diese Gesichtspunkte aufgrund der bloßen Beweis- und Hilfsfunktion der Anlagen unmittelbar in dieser dargelegt oder darin zumindest hinreichend bezeichnet werden (vgl. in diesem Sinne Urteil des Gerichtshofs vom 28. Juni 2005, Dansk Rørindustri u. a./Kommission, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P bis C-208/02 P und C-213/02 P, Slg. 2005, I-5425, Randnr. 99). In der Klageschrift ist deshalb darzulegen, worin der Klagegrund besteht, auf den die Klage gestützt wird, so dass seine bloß abstrakte Nennung den Erfordernissen der Verfahrensordnung nicht entspricht

(Urteile des Gerichts vom 12. Januar 1995, Viho/Kommission, T-102/92, Slg. 1995, II-17, Randnr. 68, und vom 22. November 2006, Italien/Kommission, T-282/04, nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 60).

- 60 Die Anlagen können deshalb nicht der näheren Ausführung eines in der Klageschrift gedrängt dargestellten Klagegrundes unter Nennung in der Klageschrift nicht enthaltener Rügen oder Argumente dienen (vgl. Urteil des Gerichts vom 30. Januar 2007, France Télécom/Kommission, T-340/03, Slg. 2007, II-107, Randnr. 167 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 61 Diese Auslegung von Art. 21 der Satzung des Gerichtshofs und Art. 44 § 1 Buchst. c der Verfahrensordnung gilt auch für die Voraussetzungen der Zulässigkeit der Erwidern, die nach Art. 47 § 1 der Verfahrensordnung die Klageschrift ergänzen soll (vgl. Urteil Microsoft/Kommission, oben in Randnr. 58 angeführt, Randnr. 95 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 62 Im vorliegenden Fall haben die Klägerinnen in ihren Schriftsätzen mehrfach auf teilweise umfangreiche Schriftstücke in den Anlagen zu diesen Schriftsätzen verwiesen. Einige dieser Verweisungen richten sich jedoch nur allgemein auf diese beigefügten Schriftstücke und erlauben es dem Gericht daher nicht, die Gesichtspunkte, mit denen sich die Klagegründe und Argumente in der Klageschrift oder der Erwidern durch Verweise auf bestimmte Abschnitte dieser Schriftstücke möglicherweise untermauern oder in spezifischen Punkten ergänzen lassen, genau zu bestimmen. Zudem sollen die Schriftstücke, auf die sich bestimmte Verweise beziehen, nicht nur bestimmte Argumente des Textes des Schriftsatzes, dem sie beigefügt sind, untermauern und in spezifischen Punkten ergänzen, sondern enthalten selbst die Erklärung dieser Argumente, so dass diese ohne Prüfung dieser Schriftstücke nicht verständlich sind.
- 63 Daraus ergibt sich im vorliegenden Fall, dass die Anlagen zur Klageschrift und zur Erwidern nur insoweit zu berücksichtigen sind, als sie Klagegründe oder Argumente untermauern oder ergänzen, die die Klägerinnen in ihren Schriftsätzen ausdrücklich angeführt haben, und genau bestimmt werden kann, welche darin enthaltenen Elemente die fraglichen Klagegründe oder Argumente untermauern oder ergänzen (vgl. in diesem Sinne Urteil Microsoft/Kommission, oben in Randnr. 58 angeführt, Randnr. 99).

B – Zur Begründetheit

- 64 Die Klägerinnen stellen einen Haupt- und einen Hilfsantrag.
- 65 Sie stützen ihren auf Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidung gerichteten Hauptantrag auf sechs Klagegründe. Mit dem ersten Klagegrund wird ein Verstoß gegen die Verteidigungsrechte gerügt. Der zweite Klagegrund betrifft Sachverhaltsirrtümer und Rechtsfehler bei der Bestimmung der relevanten Großkundenmärkte. Mit dem dritten Klagegrund werden Sachverhaltsirrtümer und Rechtsfehler bei der Feststellung einer beherrschenden Stellung von Telefónica auf den relevanten Märkten geltend gemacht. Der vierte Klagegrund betrifft Rechtsfehler bei der Anwendung von Art. 82 EG in Bezug auf das missbräuchliche Verhalten von Telefónica. Mit dem fünften Klagegrund werden Sachverhaltsirrtümer und/oder eine fehlerhafte Würdigung des Sachverhalts sowie Rechtsfehler in Bezug auf das missbräuchliche Verhalten von Telefónica sowie dessen wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen gerügt. Der sechste Klagegrund schließlich betrifft eine Anwendung *ultra vires* von Art. 82 EG und eine Verletzung der Grundsätze der Subsidiarität, der Verhältnismäßigkeit, der Rechtssicherheit, der loyalen Zusammenarbeit und der ordnungsgemäßen Verwaltung.
- 66 Hilfsweise machen die Klägerinnen zwei Gründe geltend, aus denen die Geldbuße für nichtig zu erklären oder herabzusetzen sei. Der erste Klagegrund betrifft Sachverhaltsirrtümer und Rechtsfehler sowie einen Verstoß gegen Art. 15 Abs. 2 der Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962, Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 [EG] und 86 [EG] (ABl. 1962, 13, S. 204) und

Art. 23 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 [EG] und 82 [EG] niedergelegten Wettbewerbsregeln (ABl. 2003, L 1, S. 1) sowie gegen die Grundsätze der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes. Mit dem zweiten Klagegrund, der weiter hilfsweise vorgetragen wird, werden Sachverhaltsirrtümer und Rechtsfehler sowie ein Verstoß gegen die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit, der Gleichbehandlung, der individuellen Zumessung von Strafen und der Begründungspflicht bei der Festsetzung der Geldbuße gerügt.

1. Zum Hauptantrag auf Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidung

a) Zum Umfang der Kontrolle durch den Unionsrichter und zur Beweislast

- ⁶⁷ Nach Art. 2 der Verordnung Nr. 1/2003 und nach ständiger Rechtsprechung im Rahmen der Anwendung der Art. 81 EG und 82 EG hat die Kommission im Bereich des Wettbewerbsrechts bei Streitigkeiten über das Vorliegen einer Zuwiderhandlung die von ihr festgestellten Zuwiderhandlungen zu beweisen und die Beweismittel beizubringen, die das Vorliegen der eine Zuwiderhandlung darstellenden Tatsachen rechtlich hinreichend belegen (Urteile des Gerichtshofs vom 17. Dezember 1998, Baustahlgewebe/Kommission, C-185/95 P, Slg. 1998, I-8417, Randnr. 58, und vom 6. Januar 2004, BAI und Kommission/Bayer, C-2/01 P und C-3/01 P, Slg. 2004, I-23, Randnr. 62; vgl. in diesem Sinne auch Urteil Microsoft/Kommission, oben in Randnr. 58 angeführt, Randnr. 688). Hierzu muss die Kommission hinreichend aussagekräftige und übereinstimmende Beweise beibringen, um die feste Überzeugung zu begründen, dass die behauptete Zuwiderhandlung begangen wurde (vgl. in diesem Sinne Urteil des Gerichts vom 25. Oktober 2005, Groupe Danone/Kommission, T-38/02, Slg. 2005, II-4407, Randnr. 217 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- ⁶⁸ Sodann ist darauf hinzuweisen, dass der Unionsrichter im Rahmen einer Nichtigkeitsklage nach Art. 230 EG nur die Rechtmäßigkeit der angefochtenen Handlung nachzuprüfen hat (Urteil des Gerichts vom 8. Juli 2004, JFE Engineering u. a./Kommission, T-67/00, T-68/00, T-71/00 und T-78/00, Slg. 2004, II-2501, Randnr. 174). Demnach besteht die Rolle des Richters, der mit einer Nichtigkeitsklage gegen eine Entscheidung der Kommission befasst wird, mit der eine Zuwiderhandlung im Bereich des Wettbewerbsrechts festgestellt worden ist und den Adressaten der Entscheidung Geldbußen auferlegt worden sind, in der Prüfung, ob die von der Kommission in ihrer Entscheidung angeführten Beweise und sonstigen Darlegungen genügen, um das Vorliegen der festgestellten Zuwiderhandlung zu beweisen (vgl. in diesem Sinne Urteile des Gerichts vom 20. April 1999, Limburgse Vinyl Maatschappij u. a./Kommission, T-305/94 bis T-307/94, T-313/94 bis T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 und T-335/94, Slg. 1999, II-931, Randnr. 891, und JFE Engineering u. a./Kommission, Randnr. 175).
- ⁶⁹ Es ist außerdem darauf hinzuweisen, dass der Unionsrichter nach ständiger Rechtsprechung zwar grundsätzlich eine umfassende Prüfung der Frage vornimmt, ob die Tatbestandsmerkmale der Wettbewerbsvorschriften erfüllt sind, seine Überprüfung der Würdigung komplexer wirtschaftlicher Gegebenheiten durch die Kommission aber notwendigerweise darauf beschränkt, ob die Verfahrensvorschriften eingehalten worden sind, ob die Begründung ausreichend ist, ob der Sachverhalt zutreffend festgestellt worden ist und ob keine offensichtlich fehlerhafte Würdigung des Sachverhalts und kein Ermessensmissbrauch vorliegen (Urteile des Gerichtshofs vom 11. Juli 1985, Remia u. a./Kommission, 42/84, Slg. 1985, 2545, Randnr. 34, vom 17. November 1987, British American Tobacco und Reynolds Industries/Kommission, 142/84 und 156/84, Slg. 1987, 4487, Randnr. 62, und vom 7. Januar 2004, Aalborg Portland u. a./Kommission, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P und C-219/00 P, Slg. 2004, I-123, Randnr. 279; Urteil des Gerichts vom 10. April 2008, Deutsche Telekom/Kommission, T-271/03, Slg. 2008, II-477, Randnr. 185).

- 70 Soweit die Entscheidung der Kommission das Ergebnis komplexer technischer Beurteilungen ist, unterliegen diese grundsätzlich ebenfalls einer beschränkten gerichtlichen Kontrolle; dies bedeutet, dass der Unionsrichter die von der Kommission vorgenommene Beurteilung des Sachverhalts nicht durch seine eigene Beurteilung ersetzen darf (Urteile des Gerichts Microsoft/Kommission, oben in Randnr. 58 angeführt, Randnr. 88, und vom 9. September 2009, Clearstream/Kommission, T-301/04, Slg. 2009, II-3155, Randnr. 94).
- 71 Auch wenn der Unionsrichter anerkennt, dass der Kommission in wirtschaftlichen Fragen ein Beurteilungsspielraum zusteht, bedeutet dies jedoch nicht, dass er sich einer Kontrolle der Auslegung derartiger Daten durch die Kommission enthalten muss. Der Unionsrichter muss nämlich nicht nur die sachliche Richtigkeit der angeführten Beweise, ihre Zuverlässigkeit und ihre Kohärenz prüfen, sondern auch kontrollieren, ob diese Beweise alle relevanten Daten darstellen, die bei der Beurteilung einer komplexen Situation heranzuziehen waren, und ob sie die aus ihnen gezogenen Schlüsse zu stützen vermögen (Urteil des Gerichtshofs vom 15. Februar 2005, Kommission/Tetra Laval, C-12/03 P, Slg. 2005, I-987, Randnr. 39; Urteile Microsoft/Kommission, oben in Randnr. 58 angeführt, Randnr. 89, und Clearstream/Kommission, oben in Randnr. 70 angeführt, Randnr. 95).
- 72 Verbleiben dem Richter Zweifel, so müssen sie dem Unternehmen, an das die eine Zuwiderhandlung feststellende Entscheidung gerichtet ist, zugutekommen (vgl. in diesem Sinne Urteil des Gerichtshofs vom 14. Februar 1978, United Brands und United Brands Continentaal/Kommission, 27/76, Slg. 1978, 207, Randnr. 265). Der Richter kann also, insbesondere im Rahmen einer Klage auf Nichtigerklärung einer Geldbuße verhängenden Entscheidung, nicht zu dem Ergebnis gelangen, dass die Kommission die betreffende Zuwiderhandlung rechtlich hinreichend nachgewiesen hat, wenn ihm in dieser Frage ein Zweifel bleibt (Urteil JFE Engineering u. a./Kommission, oben in Randnr. 68 angeführt, Randnr. 177).
- 73 In diesem Fall ist nämlich der insbesondere in Art. 6 Abs. 2 der am 4. November 1950 in Rom unterzeichneten Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten niedergelegte Grundsatz der Unschuldsvermutung zu berücksichtigen, der zu den Grundrechten gehört, die nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs, die im Übrigen durch die Präambel der Einheitlichen Europäischen Akte, durch Art. 6 Abs. 2 EU und durch Art. 47 der am 7. Dezember 2000 in Nizza verkündeten Charta der Grundrechte der Europäischen Union (ABl. C 364, S. 1) bekräftigt worden ist, in der Unionsrechtsordnung geschützt sind. Angesichts der Art der fraglichen Zuwiderhandlungen sowie der Art und der Schwere der ihretwegen verhängten Sanktionen gilt der Grundsatz der Unschuldsvermutung auch in Verfahren wegen Verletzung der für Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln, in denen Geldbußen oder Zwangsgelder verhängt werden können (vgl. Urteil JFE Engineering u. a./Kommission, oben in Randnr. 68 angeführt, Randnr. 178 und die dort angeführte Rechtsprechung; vgl. in diesem Sinne auch Urteile des Gerichtshofs vom 8. Juli 1999, Hüls/Kommission, C-199/92 P, Slg. 1999, I-4287, Randnrn. 149 f., und Montecatini/Kommission, C-235/92 P, Slg. 1999, I-4539, Randnrn. 175 f.).
- 74 Im Licht der vorstehenden Erwägungen ist unter Berücksichtigung der Klagegründe die Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung zu prüfen.

b) Zum ersten Klagegrund: Verstoß gegen die Verteidigungsrechte

- 75 Die Klägerinnen machen geltend, die Kommission habe zur Stützung ihrer Feststellung, dass Telefónica eine Zuwiderhandlung begangen habe, zum ersten Mal in der angefochtenen Entscheidung mehrere Beweismittel verwendet, die dieser im Verwaltungsverfahren nicht mitgeteilt worden seien und zu denen sie nicht habe Stellung nehmen können. Diese könnten ihr nicht entgegengehalten werden und seien als Beweismittel für die angefochtene Entscheidung zurückzuweisen. Darüber hinaus wiesen diese Beweismittel mit schweren Fehlern und Lücken auf. Wenn Telefónica zu diesen

Beweismitteln hätte Stellung nehmen können, hätte sie die Kommission darauf hinweisen und so eine Berichtigung vor Erlass der angefochtenen Entscheidung ermöglichen können, so dass diese zwangsläufig einen anderen Inhalt gehabt und zu einem anderen Ergebnis geführt hätte.

- 76 Nach ständiger Rechtsprechung stellt die Beachtung der Verteidigungsrechte in allen Verfahren, die zu Sanktionen, namentlich zu Geldbußen oder Zwangsgeldern, führen können, einen fundamentalen Grundsatz des Unionsrechts dar, der auch in einem Verwaltungsverfahren beachtet werden muss (Urteile des Gerichtshofs vom 13. Februar 1979, Hoffmann-La Roche/Kommission, 85/76, Slg. 1979, 461, Randnr. 9, und vom 3. September 2009, Papierfabrik August Koehler u. a./Kommission, C-322/07 P, C-327/07 P und C-338/07 P, Slg. 2009, I-7191, Randnr. 34).
- 77 Als Ausfluss des Grundsatzes der Wahrung der Verteidigungsrechte bedeutet das Recht auf Akteneinsicht, dass die Kommission dem betroffenen Unternehmen die Möglichkeit geben muss, alle Schriftstücke in der Ermittlungsakte zu prüfen, die möglicherweise für seine Verteidigung erheblich sind. Dazu gehören sowohl belastende als auch entlastende Schriftstücke mit Ausnahme von Geschäftsgeheimnissen anderer Unternehmen, internen Schriftstücken der Kommission und anderen vertraulichen Informationen (vgl. Urteil Aalborg Portland u. a./Kommission, oben in Randnr. 69 angeführt, Randnr. 68 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 78 Die Nichtübermittlung eines Schriftstücks stellt nur dann eine Verletzung der Verteidigungsrechte dar, wenn das betreffende Unternehmen dartut, dass sich die Kommission zur Untermauerung ihres Vorwurfs, dass eine Zuwiderhandlung vorliege, auf dieses Schriftstück gestützt hat und dass dieser Vorwurf nur durch Heranziehung des fraglichen Schriftstücks belegt werden kann. Gibt es andere Belege, von denen die Parteien im Verwaltungsverfahren Kenntnis hatten und die speziell die Schlussfolgerungen der Kommission stützen, so würde der Wegfall des nicht übermittelten Belegs als Beweismittel die Begründetheit der in der angefochtenen Entscheidung erhobenen Vorwürfe nicht beeinträchtigen. Das betroffene Unternehmen muss daher dartun, dass das Ergebnis, zu dem die Kommission in ihrer Entscheidung gekommen ist, anders ausgefallen wäre, wenn ein nicht übermitteltes Schriftstück, auf das die Kommission ihre Vorwürfe gegen dieses Unternehmen gestützt hat, als belastendes Beweismittel ausgeschlossen werden müsste (vgl. Urteil Aalborg Portland u. a./Kommission, oben in Randnr. 69 angeführt, Randnrn. 71 bis 73 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 79 Zudem sieht Art. 27 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1/2003 vor, dass den Parteien eine Mitteilung der Beschwerdepunkte übersandt wird, in der alle wesentlichen Tatsachen, auf die sich die Kommission in diesem Stadium des Verfahrens stützt, klar angeführt sein müssen. Eine solche Mitteilung der Beschwerdegründe stellt eine Verfahrensgarantie dar, die Ausdruck eines tragenden Grundsatzes des Unionsrechts ist, dem zufolge die Verteidigungsrechte in allen Verfahren beachtet werden müssen (vgl. in diesem Sinne Urteil Papierfabrik August Koehler u. a./Kommission, oben in Randnr. 76 angeführt, Randnr. 35 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 80 Dieser Grundsatz verlangt insbesondere, dass die Mitteilung der Beschwerdepunkte, die die Kommission an ein Unternehmen richtet, gegen das sie eine Sanktion wegen Verstoßes gegen die Wettbewerbsregeln zu verhängen beabsichtigt, die wesentlichen diesem Unternehmen zur Last gelegten Gesichtspunkte wie den ihm vorgeworfenen Sachverhalt, dessen Einstufung und die von der Kommission herangezogenen Beweismittel enthält, damit sich das Unternehmen im Rahmen des Verwaltungsverfahrens, das gegen es eingeleitet worden ist, sachgerecht äußern kann (vgl. Urteil Papierfabrik August Koehler u. a./Kommission, oben in Randnr. 76 angeführt, Randnr. 36 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 81 Dieses Erfordernis ist erfüllt, wenn die Entscheidung der Kommission den Betroffenen keine anderen Zuwiderhandlungen zur Last legt als die in der Mitteilung der Beschwerdepunkte genannten und nur Tatsachen berücksichtigt, zu denen die Betroffenen sich äußern konnten (Urteil des Gerichtshofs vom

15. Juli 1970, ACF Chemiefarma/Kommission, 41/69, Slg. 1970, 661, Randnr. 94; Urteile des Gerichts vom 19. März 2003, CMA CGM u. a./Kommission, T-213/00, Slg. 2003, II-913, Randnr. 109, und France Télécom/Kommission, oben in Randnr. 60 angeführt, Randnr. 18).

- 82 Die endgültige Entscheidung der Kommission braucht jedoch nicht notwendig ein Abbild der Mitteilung der Beschwerdepunkte zu sein. Zulässig sind daher Ergänzungen zur Mitteilung der Beschwerdepunkte unter Berücksichtigung der Stellungnahmen der Parteien, deren Argumente zeigen, dass sie ihre Verteidigungsrechte tatsächlich wahrnehmen konnten. Die Kommission darf auch unter Berücksichtigung des Verwaltungsverfahrens Argumente, auf die sie ihre Beschwerdepunkte stützt, in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht ändern oder ergänzen (vgl. Urteile des Gerichts vom 28. Februar 2002, Compagnie générale maritime u. a./Kommission, T-86/95, Slg. 2002, II-1011, Randnr. 442, und France Télécom/Kommission, oben in Randnr. 60 angeführt, Randnr. 18 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 83 Die Kommission muss nämlich die Ergebnisse des Verwaltungsverfahrens berücksichtigen, sei es, um die Beschwerdepunkte, die sich als nicht ausreichend begründet erwiesen haben, fallen zu lassen, sei es, um ihre Argumente, auf die sie die aufrechterhaltenen Beschwerdepunkte stützt, in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht neu zu ordnen oder zu ergänzen (vgl. Urteile des Gerichtshofs vom 29. Oktober 1980, van Landewyck u. a./Kommission, 209/78 bis 215/78 und 218/78, Slg. 1980, 3125, Randnr. 68, und vom 3. September 2009, Prym und Prym Consumer/Kommission, C-534/07 P, Slg. 2009, I-7415, Randnr. 40 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 84 Die Verteidigungsrechte werden daher durch eine Abweichung zwischen der Mitteilung der Beschwerdepunkte und der endgültigen Entscheidung nur verletzt, wenn ein in der endgültigen Entscheidung ausgesprochener Vorwurf in der Mitteilung der Beschwerdepunkte so unzulänglich dargestellt worden war, dass sich die Adressaten dagegen nicht verteidigen konnten (vgl. Urteil des Gerichts vom 8. Juli 2004, Corus UK/Kommission, T-48/00, Slg. 2004, II-2325, Randnr. 100 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 85 Dies ist nicht der Fall, wenn sich die behaupteten Unterschiede zwischen der Mitteilung der Beschwerdepunkte und der endgültigen Entscheidung nicht auf andere Verhaltensweisen als die beziehen, zu denen sich die Klägerinnen bereits geäußert haben und bezüglich deren von einem neuen Beschwerdepunkt keine Rede sein kann (vgl. in diesem Sinne Urteil des Gerichtshofs vom 15. Oktober 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij u. a./Kommission, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P bis C-252/99 P und C-254/99 P, Slg. 2002, I-8375, Randnr. 103).
- 86 Als Erstes machen die Klägerinnen geltend, dass sich die Kommission in der angefochtenen Entscheidung im Rahmen des Kosten-Preis-Scheren-Tests unter getrennter Betrachtung der einzelnen Zeiträume auf „neue Beweismittel“ gestützt habe.
- 87 Erstens habe die Kommission „neue Beweismittel“ verwendet, um darzutun, dass sie in Anbetracht der durchschnittlichen Dauer der Geschäftsbeziehung zwischen Telefónica und den Teilnehmern auf dem Endkundenmarkt von einer durchschnittlichen „Vertragsdauer“ von [vertraulich]¹ Jahren ausgehen müssen, wobei sich die Kommission zum einen auf den anfänglichen Geschäftsplan von Telefónica berufe, wonach sich die Kosten für die Kundenakquisition binnen ein oder zwei Jahren amortisierten, und zum anderen feststelle, dass die Berechnungsmethode von Telefónica für einen expandierenden Markt nicht angemessen gewesen sei (Erwägungsgründe 474 bis 489 der angefochtenen Entscheidung). Hätten sie sich vor Erlass der angefochtenen Entscheidung hierzu äußern können, hätten sie nachweisen können, dass die durchschnittliche Vertragsdauer ihrer Teilnehmeranschlüsse [vertraulich] Jahre betragen habe.

1 — Nicht wiedergegebene vertrauliche Daten.

- 88 Hierzu ist zunächst festzustellen, dass der im 489. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung verwendete Amortisationszeitraum von [vertraulich] Jahren für die Kosten der Kundenakquisition dem Zeitraum entspricht, von dem in Randnr. 383 der Mitteilung der Beschwerdepunkte ausgegangen wurde. In Anlage H der Mitteilung der Beschwerdepunkte (Randnrn. 595 bis 598) („Geschätzte durchschnittliche Vertragsdauer eines Teilnehmeranschlusses bei Telefónica“) wurden die von Telefónica geschätzte Vertragsdauer und die Gründe dafür aufgeführt, warum die Kommission diese geschätzte Dauer für zu kurz hielt (Randnr. 598 der Mitteilung der Beschwerdepunkte). Telefónica hat sich hierzu auch in Abschnitt 4.1 und in Anlage 5 ihrer Antwort auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte geäußert.
- 89 Zudem ist zur Verweisung im 476. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung auf die Amortisation der Kosten der Kundenakquisition auf der Grundlage des anfänglichen Geschäftsplans von Telefónica festzustellen, dass dieser auf Anlage 10iii zu dem Schreiben von Telefónica vom 21. Juli 2006, also nach der Mitteilung der Beschwerdepunkte, beruhende Geschäftsplan (Fn. 492 der angefochtenen Entscheidung) nicht verwendet wurde, um in der angefochtenen Entscheidung den Zeitraum für die Amortisation der Kosten der Kundenakquisition zu ermitteln (Erwägungsgründe 476 und 489 der angefochtenen Entscheidung), sich diesem Hinweis aber gleichwohl entnehmen lässt, dass der Zeitraum von [vertraulich] Jahren, den die Kommission für die Berechnung unter getrennter Betrachtung der einzelnen Zeiträume verwendet hat, für Telefónica günstiger ist als der Zeitraum in dem Geschäftsplan.
- 90 Zur Feststellung der Kommission im 482. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung, die von Telefónica vorgeschlagene Berechnungsformel sei für einen expandierenden Markt nicht geeignet, ist schließlich darauf hinzuweisen, dass die Klägerinnen in der Mitteilung der Beschwerdepunkte ordnungsgemäß von der Bedeutung der angemessenen Berechnung der Auslagen für die Werbung neuer Kunden von Telefónica vor allem auf den expandierenden Märkten unterrichtet worden sind. So hatte die Kommission bereits in Randnr. 380 der Mitteilung der Beschwerdepunkte darauf hingewiesen, dass es sich bei den Kosten für die Kundenakquisition in einem expandierenden Markt wie dem Endkundenmarkt in der vorliegenden Rechtssache um erhebliche Kosten handle, die sich in einem angemessenen Zeitraum amortisieren müssten, so dass in den Büchern von Telefónica Anpassungen vorzunehmen seien. Die Feststellung im 482. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung ist insofern nur eine Erwiderung auf die Berechnungen von Telefónica in ihrem Schreiben vom 26. März 2004, auf die die Kommission bereits in Anlage H (Randnr. 595, Fn. 504) der Mitteilung der Beschwerdepunkte verwiesen hat.
- 91 Jedenfalls ist auch das Vorbringen der Klägerinnen in der Erwiderung zurückzuweisen, sie hätten, wenn sie davon Kenntnis gehabt hätten, dass die Kommission der durchschnittlichen Vertragsdauer der Kunden von Telefónica nicht Rechnung trage, nachweisen können, dass dieser Zeitraum gegenüber dem Zeitraum, von dem die Kommission in der angefochtenen Entscheidung ausgehe, sehr viel [vertraulich] sei, und die Vorgehensweise der nationalen Regulierungsbehörden sei unerheblich. Wie bereits vorstehend in Randnr. 88 ausgeführt, ist der Zeitraum der Amortisation der Kundenakquisition von [vertraulich] Jahren bereits in Randnr. 383 der Mitteilung der Beschwerdepunkte genannt worden und die Kommission hat bereits in Randnr. 382 dieser Mitteilung auf die Vorgehensweise der nationalen Wettbewerbsbehörden und der nationalen Regulierungsbehörden Bezug genommen. Im Übrigen hat die Kommission in dieser Mitteilung auch festgestellt, dass es aufgrund des wettbewerbswidrigen Verhaltens von Telefónica möglich sei, dass die durchschnittliche Dauer ihrer Teilnehmeranschlüsse länger sei als diejenige, die auf einem konkurrierenden Markt bestanden hätte (Nr. 381 der Mitteilung der Beschwerdepunkte).
- 92 Die Rüge der Klägerinnen, die Kommission habe „neue Beweismittel“ herangezogen, um zu beweisen, dass von einer durchschnittlichen Vertragsdauer von [vertraulich] Jahren auszugehen sei, ist daher zurückzuweisen.

- 93 Zweitens habe die Kommission in der angefochtenen Entscheidung die Auffassung vertreten, dass Telefónica bei Zuordnung der bei ihr angefallenen Kosten die Rahmenkosten des Breitbanddienstleistungsgeschäfts zu niedrig angesetzt habe, obwohl sie zuvor festgestellt habe, dass diese Zuordnung die „Obergrenze“ darstelle (Nrn. 407 und 424 der Mitteilung der Beschwerdepunkte) oder dass sie zu einem angemessenen Teil die Vertriebsstruktur umfasse (Nr. 27 des Sachverhaltsschreibens).
- 94 Hierzu ist festzustellen, dass die Kommission bereits in den Randnrn. 401 bis 407 und 424 der Mitteilung der Beschwerdepunkte darauf hingewiesen hat, dass Telefónica bei der Prüfung der LRAIC die Vertriebskosten zu niedrig angesetzt habe. So heißt es in Randnr. 401 der Mitteilung der Beschwerdepunkte, Telefónica habe „die [LRAIC] bestimmter Geschäfte, u. a. die Vertriebskosten, zu niedrig angesetzt“. Insbesondere habe „TESAU lediglich die Kosten einbezogen, die unmittelbar aufgrund der neuen Teilnehmer anfielen (dem Vertriebsnetz zuzurechnende ‚Anreize und Provisionen‘), nicht jedoch mit ihrer Vertriebsstruktur zusammenhängende Kosten“. Darüber hinaus hat die Kommission in Randnr. 403 der Mitteilung der Beschwerdepunkte festgestellt, dass „ein erheblicher Teil der Vertriebsstruktur von TESAU auf das ADSL-Endkundengeschäft von TESAU zurückzuführen ist und dass ein Teil dieser Struktur daher bei den [LRAIC] von TESAU berücksichtigt werden muss“. In Nr. 29 des Sachverhaltsschreibens hat die Kommission schließlich darauf hingewiesen, dass die Vertriebsstruktur von TESAU hauptsächlich auf das Wachstum des Breitbandgeschäfts ausgerichtet sei. Zudem haben die Klägerinnen hierzu in der Antwort auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte und das Sachverhaltsschreiben Stellung genommen.
- 95 Was die Feststellung der Klägerinnen zu den Vertriebskosten betrifft, wonach die Kommission „die niedrigere Annahme [in Randnr. 406 der Mitteilung der Beschwerdepunkte] zugunsten der höheren Annahme [in Randnr. 407 der Mitteilung der Beschwerdepunkte] [hat] fallen lassen“, indem sie die Entwicklung der vertriebstechnischen Möglichkeiten von Telefónica zum ersten Mal im 468. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung erwähnt habe, so ist bereits in Randnr. 402 der Mitteilung der Beschwerdepunkte und Nr. 27 des Sachverhaltsschreibens auf diese Entwicklung deutlich hingewiesen worden. In der vorgenannten Randnummer der Mitteilung der Beschwerdepunkte hatte die Kommission zudem bereits festgestellt, dass bei der „niedrigeren Annahme“, d. h. bei Berechnung der wahrscheinlichen Mindesthöhe der LRAIC, die Gefahr bestehe, dass diese auf einen Wert unterhalb der tatsächlichen LRAIC fielen. In Nr. 30 des Sachverhaltsschreibens hatte sie unter Berufung auf Randnr. 407 der Mitteilung der Beschwerdepunkte, wo wiederum auf den Höchstwert der LRAIC Bezug genommen wurde, auch darauf hingewiesen, dass sie es für richtig halte, einen Teil der Vertriebskosten von Telefónica in ihre Berechnung der LRAIC im Hinblick auf eine mögliche Entscheidung einzubeziehen. Außerdem hatte die Kommission in Randnr. 424 der Mitteilung der Beschwerdepunkte darauf hingewiesen, dass die Vertriebsnetzkosten nicht nur die Kosten für dieses Netz (niedrigere Annahme), sondern auch die Gesamtkosten der Vertriebsstruktur von TESAU für ihr ADSL-Endkundengeschäft umfassten (höhere Annahme). Die Rüge der Klägerin kann daher keinen Erfolg haben.
- 96 Als Zweites machen die Klägerinnen geltend, die Kommission habe in der angefochtenen Entscheidung Ausführungen zur Ertragswertmethode gemacht, zu denen Telefónica nicht angehört worden sei.
- 97 Erstens habe die Kommission dadurch, dass sie die Referenzquellen im Rahmen der Untersuchung nach einzelnen Zeiträumen abgeändert habe, auch die „Quellen der meisten Kosten und Einnahmen, die in der Ertragswertanalyse zugrunde gelegt worden sind“, abgeändert, so dass die Überlegungen der Klägerinnen zur Untersuchung nach einzelnen Zeiträumen auch für die Ertragswertanalyse relevant seien. Da jedoch das entsprechende Vorbringen der Klägerinnen zurückgewiesen worden ist (siehe oben, Randnrn. 86 bis 95) und sie im Rahmen des vorliegenden Klagegrundes keine anderen möglichen Änderungen der Quellen der Kosten und Einnahmen, die bei der Ertragswertanalyse verwendet worden sind, angegeben haben, ist auch die vorliegende Rüge zurückzuweisen.

- 98 Zweitens habe die Kommission in der angefochtenen Entscheidung zum ersten Mal eine „Sensibilitätsanalyse“ des ihrer Ertragswertanalyse zugrunde gelegten Endwerts vorgenommen, da sie diesen Wert auf der Grundlage des hypothetischen zukünftigen Rentabilitätsniveaus des Endkundenvertriebs von Telefónica ausgehend von den künftigen Gewinnen berechnet habe, die im Zeitraum von 2007 bis 2011 mit Kunden erzielt werden könnten, die vor 2006 angeworben worden seien, und zwar ohne dies in dem Sachverhaltsschreiben erwähnt zu haben. Hierzu stellen die Klägerinnen in der Erwiderung fest, dass sich die Kommission, wie aus dem 372. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung hervorgehe, zur Rechtfertigung der Wahl des Endwerts auf diese „neuen Berechnungen“ gestützt habe.
- 99 Dieses Argument beruht jedoch auf einer falschen Prämisse. Entgegen dem Vorbringen der Klägerinnen hat die Kommission keinen Endwert auf der Grundlage des hypothetischen künftigen Rentabilitätsniveaus des Endkundengeschäfts von Telefónica nach Maßgabe der geschätzten künftigen Gewinne im Zeitraum von 2007 bis 2011 berechnet. Im 370. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung hat die Kommission gerade zum Ausdruck gebracht, dass „[i]n dieser Sache ... die Bewertung unerheblich ist, ob die Verluste von Telefónica im Zeitraum 2001–2006 durch hypothetische künftige Gewinne ab dem Jahr 2007 kompensiert werden können“. Zudem soll mit dem 372. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung der von Telefónica im Rahmen des Verwaltungsverfahrens vorgeschlagene alternative Ansatz zur Berechnung des Endwerts (368. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung) widerlegt werden und gezeigt werden, dass er mehrere schwere Berechnungsfehler aufweise, die zu einem zu hohen Endwert geführt hätten (371. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung). Die Kommission muss jedoch, wie oben in den Randnrn. 82 f. festgestellt worden ist, in ihrer endgültigen Entscheidung den Ergebnissen des Verwaltungsverfahrens Rechnung tragen, um sowohl auf tatsächlicher als auch auf rechtlicher Ebene ihr Vorbringen zur Stützung der von ihr weiter aufrechterhaltenen Beschwerdepunkte zu ordnen oder zu vervollständigen.
- 100 Jedenfalls hat die Kommission darauf hingewiesen, dass die in der angefochtenen Entscheidung angewandte Methode zur Berechnung des Endwerts bereits in Randnr. 446, Fn. 302 und Tabelle 47 der Mitteilung der Beschwerdepunkte angezeigt worden sei (vgl. auch Nrn. 21 f. des Sachverhaltsschreibens). Diese Methode wurde zudem von Telefónica in Abschnitt 6.3 ihrer Antwort auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte und in Abschnitt 5.1.2 ihrer Antwort auf das Sachverhaltsschreiben gerügt.
- 101 Dazu in der mündlichen Verhandlung befragt, haben die Klägerinnen zunächst darauf hingewiesen, dass es einen offensichtlichen Unterschied zwischen Tabelle 47 der Mitteilung der Beschwerdepunkte und Tabelle 67 der angefochtenen Entscheidung gebe, da die Daten für 2006 in der Mitteilung der Beschwerdepunkte nicht genannt würden. Das Fehlen solcher Daten, das sich durch den Zeitpunkt der Mitteilung der Beschwerdepunkte, den 21. Februar 2006, erklärt, entkräftet jedoch nicht den Vortrag der Kommission, der Mitteilung der Beschwerdepunkte liege dieselbe Methode wie der angefochtenen Entscheidung zugrunde. Ferner haben die Klägerinnen erneut darauf hingewiesen, dass Tabelle 67 der angefochtenen Entscheidung eine „Sensibilitätsanalyse“ (für die Jahre 2007 bis 2011) enthalte, die die Prüfung des Endwerts „bestätigen“ solle; dies sei neu. Dieses Argument ist jedoch aus den oben in Randnr. 99 dargelegten Gründen zurückzuweisen. Die Klägerinnen haben schließlich festgestellt, dass die Kommission in der Mitteilung der Beschwerdegründe den Mindestwert der LRAIC, in der angefochtenen Entscheidung jedoch den Höchstwert der LRAIC verwendet habe. Dieses Argument ist jedoch bereits oben in den Randnrn. 93 bis 95 zurückgewiesen worden.
- 102 Drittens habe die Kommission die Verwendung der von Telefónica in ihrer Antwort auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte vorgeschlagenen Vielfachen der Einnahmen gerügt und die von Telefónica in der Antwort vorgelegten Ertragswertberechnungen angepasst, ohne dass Telefónica hierzu gehört worden sei (Erwägungsgründe 367 bis 377 und 533 bis 536 der angefochtenen Entscheidung). Die Kommission habe in der angefochtenen Entscheidung auch auf die vor Kurzem erfolgten Übernahmen

von Terra Networks SA und O2 plc durch Telefónica (377. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung) Bezug genommen und sich damit auf Unterlagen gestützt, die nicht in den Akten enthalten seien.

- 103 Mit dem 377. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung soll nur das Vorbringen von Telefónica in ihrer Antwort auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte widerlegt werden. Wie oben in den Randnrn. 82 f. festgestellt worden ist, sind jedoch Ergänzungen zur Mitteilung der Beschwerdepunkte unter Berücksichtigung der Stellungnahmen der Parteien zulässig, aus deren Argumenten hervorgeht, dass die Parteien ihre Verteidigungsrechte tatsächlich wahrnehmen konnten. Außerdem wurde die bei der Übernahme von Terra Networks und von O2 von Telefónica selbst angewandte Bewertungsmethode in diesem Erwägungsgrund nicht ergänzend, sondern nur beispielhaft genannt, um das von Telefónica in ihrer Antwort auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte zur Bewertung ihrer Tätigkeit im nachgelagerten Bereich angewandte Multiplikatorverfahren zu widerlegen. Die Kommission hat sich daher nicht auf die fraglichen Dokumente gestützt, um im vorliegenden Fall ihre Rüge zum Vorliegen eines Verstoßes zu untermauern. Nach der oben in Randnr. 78 angeführten Rechtsprechung kann die Rüge der Klägerinnen daher keinen Erfolg haben. Im Übrigen geht aus der in den Akten des Gerichts enthaltenen Niederschrift der Anhörung vom 12. Juni 2006 hervor, dass die von den Klägerinnen vorgenommene Berechnung des Endwerts als Vielfaches der Einnahmen erörtert wurde.
- 104 Drittens machen die Klägerinnen geltend, die Kommission habe in der angefochtenen Entscheidung die Marktanteile für Breitbanddienste mit den Marktanteilen für Schmalbanddienste verglichen (Erwägungsgründe 574 bis 578 der angefochtenen Entscheidung). Dieser Vergleich sei in der Mitteilung der Beschwerdepunkte und im Sachverhaltsschreiben nicht erwähnt worden.
- 105 Es ist festzustellen, dass die Kommission weder in ihren Schriftsätzen noch auf eine entsprechende Frage in der mündlichen Verhandlung bestritten hat, dass dieser Vergleich weder in der Mitteilung der Beschwerdepunkte noch in dem Sachverhaltsschreiben enthalten war. Sie stützt die Würdigung der konkreten Auswirkungen des Verstoßes in den Erwägungsgründen 564 bis 573 und 579 bis 613 der angefochtenen Entscheidung jedoch auf zahlreiche andere Beweismittel, die bereits in den Randnrn. 475 bis 532 der Mitteilung der Beschwerdepunkte aufgeführt worden sind. Da aber nicht dargetan wird, dass mit dem Wegfall des Vergleichs zwischen den Marktanteilen für Breitbandprodukte und den Marktanteilen für Schmalbandprodukte als Beweismittel die Begründetheit der in der angefochtenen Entscheidung erhobenen Vorwürfe entkräftet würde, ist festzustellen, dass die Mitteilung der Beschwerdepunkte die wesentlichen Elemente enthielt, auf die die Schlussfolgerung der Kommission zum Vorliegen der konkreten Auswirkungen des Verstoßes gestützt war.
- 106 Als Viertes hat nach Auffassung der Klägerinnen die Kommission zur Darlegung konkreter Auswirkungen auf dem Großkundenmarkt neue Angaben zu den zusätzlichen Nettoanteilen von Telefónica im Verhältnis zu ihren Wettbewerbern verwendet (Erwägungsgründe 579 bis 581 und Grafik 18 der angefochtenen Entscheidung).
- 107 Wie die Kommission in der mündlichen Verhandlung ausgeführt hat, hat sie bereits in Nr. 38 und Fn. 45 des Sachverhaltsschreibens darauf hingewiesen, [*vertraulich*]. Darüber hinaus ist nach Auffassung der Kommission dem Umstand Rechnung zu tragen, dass in Grafik 18 der angefochtenen Entscheidung die Angaben zu den Marktanteilen oder Volumina enthalten sind, die bereits in Tabelle 64 der Mitteilung der Beschwerdepunkte enthalten waren. Insofern ist das Vorbringen der Klägerinnen in der mündlichen Verhandlung, Tabelle 64 der Mitteilung der Beschwerdepunkte beziehe sich im Unterschied zu Abb. 18 der angefochtenen Entscheidung ebenfalls auf das Jahr 2001 sowie den Betreiber British Telecom, zurückzuweisen, da diese Beweismittel nicht in der angefochtenen Entscheidung erwähnt werden. Das Vorbringen der Klägerinnen kann daher keinen Erfolg haben.

- 108 Als Fünftes habe die Kommission (Erwägungsgründe 606 bis 609 der angefochtenen Entscheidung) die Preisstudie beanstandet, die Telefónica ihrer Antwort auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte beigefügt habe. Die entsprechenden Kritikpunkte seien neu und unterschieden sich von den Kritikpunkten, die der Chefökonom der Kommission in der Anhörung vorgetragen habe. Hierzu genügt die Feststellung, dass ein Verstoß gegen die Verteidigungsrechte von Telefónica nicht festzustellen ist, da sich die Beanstandungen durch die Kommission nur gegen die Berechnungen richten, die Telefónica in dem Sachverständigenbericht in Anlage 6 zur Mitteilung der Beschwerdepunkte vorgebracht hat, und keine neuen Beweismittel darstellen, um die Schlussfolgerung der Kommission zu den konkreten Auswirkungen des Verhaltens von Telefónica auf den relevanten Märkten zu untermauern.
- 109 Der vorliegende Klagegrund ist daher insgesamt zurückzuweisen.
- c) Zum zweiten Klagegrund: Sachverhaltsirrtümer und Rechtsfehler bei der Bestimmung der relevanten Großkundenmärkte
- 110 Im Rahmen des vorliegenden Klagegrundes beanstanden die Klägerinnen die Bestimmung der Großkundenmärkte durch die Kommission in den Erwägungsgründen 162 bis 208 der angefochtenen Entscheidung (siehe oben, Randnrn. 9 bis 14).
- 111 Nach ständiger Rechtsprechung sind bei der Prüfung der Frage, ob ein Unternehmen auf einem bestimmten sektoriellen Markt eine möglicherweise beherrschende Stellung einnimmt, die Wettbewerbsmöglichkeiten im Rahmen des Marktes für sämtliche Erzeugnisse zu beurteilen, die sich aufgrund ihrer Merkmale zur Befriedigung eines gleichbleibenden Bedarfs besonders eignen und mit anderen Erzeugnissen nur wenig austauschbar sind. Da durch die Abgrenzung des relevanten Marktes ermittelt werden soll, ob das betreffende Unternehmen in der Lage ist, einen wirksamen Wettbewerb zu verhindern und sich gegenüber seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und den Verbrauchern in nennenswertem Umfang unabhängig zu verhalten, kann sich zudem die Prüfung nicht auf die objektiven Merkmale der in Rede stehenden Erzeugnisse beschränken, sondern es müssen auch die Wettbewerbsbedingungen sowie die Struktur der Nachfrage und des Angebots auf dem Markt in Betracht gezogen werden (vgl. Urteil des Gerichtshofs vom 9. November 1983, *Niederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Kommission*, 322/81, Slg. 1983, 3461, Randnr. 37, und Urteile *France Télécom/Kommission*, oben in Randnr. 60 angeführt, Randnr. 78, und *Clearstream/Kommission*, oben in Randnr. 70 angeführt, Randnr. 48 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 112 Der Begriff des relevanten Marktes setzt die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs zwischen den zu ihm gehörenden Erzeugnissen voraus, so dass ein hinreichender Grad der Austauschbarkeit zwischen allen zu demselben Markt gehörenden Erzeugnissen im Hinblick auf die gleiche Verwendung erforderlich ist (Urteile *Hoffmann-La Roche/Kommission*, oben in Randnr. 76 angeführt, Randnr. 28, und *Clearstream/Kommission*, oben in Randnr. 70 angeführt, Randnr. 49).
- 113 Auch nach der Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft (ABl. 1997, C 372, S. 5, Nr. 7) „[umfasst d]er sachlich relevante Markt ... sämtliche Erzeugnisse und/oder Dienstleistungen, die von den Verbrauchern hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als austauschbar oder substituierbar angesehen werden“. Aus wirtschaftlicher Sicht – im Hinblick auf die Definition des relevanten Marktes – stellt die Möglichkeit der Nachfragesubstitution die unmittelbarste und wirksamste disziplinierende Kraft dar, die auf die Anbieter eines gegebenen Produkts einwirkt, vor allem was ihre Preisentscheidungen anbetrifft (Randnr. 13 dieser Bekanntmachung). Ferner kann auch die Angebotssubstituierbarkeit zur Bestimmung des relevanten Marktes bei solchen Umsätzen berücksichtigt werden, bei denen sie Auswirkungen hat, die denen der Nachfragesubstituierbarkeit in Unmittelbarkeit und Wirksamkeit gleichwertig sind. Dies setzt jedoch voraus, dass die Anbieter in

Reaktion auf kleine, dauerhafte Änderungen bei den relativen Preisen in der Lage sind, ihre Produktion auf die relevanten Erzeugnisse umzustellen und sie kurzfristig auf den Markt zu bringen, ohne spürbare Zusatzkosten oder Risiken zu gewärtigen (Randnr. 20 dieser Bekanntmachung).

- 114 Als Erstes machen die Klägerinnen geltend, dass die entbündelten Teilnehmeranschlüsse, das regionale Großkundenprodukt und das nationale Großkundenprodukt zu demselben sachlich relevanten Markt gehörten. Was die Nachfragesubstituierbarkeit betreffe, könnten mit diesen Produkten die alternativen Betreiber dieselben Einzelkunden-Breitbanddienste anbieten. Zudem gehörten die Produkte, wie die Kommission in den Erwägungsgründen 154 f. der angefochtenen Entscheidung festgestellt habe, zu demselben relevanten Endkundenmarkt.
- 115 Die Klägerinnen führen erstens aus, die Kommission habe zu Unrecht angenommen, dass die Kosten der Substitution der nationalen und regionalen Großkundenprodukte durch die entbündelten Teilnehmeranschlüsse „außerordentlich hoch“ seien und dass diese Substitution ein „langwieriger Prozess“ sei und eine „kritische Mindestmasse“ erfordere. Auch hätten die alternativen Betreiber die Teilnehmeranschlüsse seit 2001 in Anspruch nehmen können; diese seien zwischen 2004 und 2006 erheblich vermehrt worden.
- 116 Wie bereits dargelegt, hat die Kommission in der angefochtenen Entscheidung darauf hingewiesen, dass die Umstellung vom nationalen Großkundenprodukt auf das regionale Großkundenprodukt erhebliche Investitionen erfordere (185. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung). Auch sei die Umstellung vom regionalen Großkundenprodukt auf entbündelte Teilnehmeranschlüsse äußerst kostspielig, da sie den Ausbau eines Netzes – vom regionalen Zusammenschaltplatz zu den Teilnehmerverbindungen von Telefónica –, die Zahlung erheblicher Großkundenpreise von Telefónica für die Umstellung und die Kollokation sowie die Erbringung sonstiger Leistungen zur Bereitstellung der Breitband-Zugangsdienste für Endkunden voraussetze. Im Übrigen sei eine solche Umstellung sehr zeitaufwendig, keine mögliche Option für das gesamte spanische Hoheitsgebiet und erfordere eine kritische Mindestmasse (Erwägungsgründe 173 bis 177 der angefochtenen Entscheidung). Im 180. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung hat die Kommission auch darauf hingewiesen, dass Telefónica in ihrem Schreiben an die Kommission vom 2. März 2005 selbst festgestellt habe, dass die alternativen Betreiber, bevor sie in ihre eigene Infrastruktur investierten, eine kritische Masse erreichen sollten, die ihnen die Nutzung der entbündelten Teilnehmeranschlüsse ermögliche.
- 117 Zunächst haben die Klägerinnen jedoch nicht bestritten, dass, wie in der angefochtenen Entscheidung festgestellt, die alternativen Betreiber für die Entbündelung der Teilnehmeranschlüsse physisch präsent sein und Kollokationsmaßnahmen zur gemeinsamen Nutzung ihrer Zugangsausrüstung mit derjenigen von Telefónica, dem einzigen Unternehmen mit einem Ortsanschlussnetz im gesamten spanischen Hoheitsgebiet, durchführen mussten, wobei sie ihre Zugangsausrüstung in die 6 836 Hauptverteiler von Telefónica einbauen mussten, was wiederum hohe Investitionen im Vorfeld erforderte (Erwägungsgründe 80 f. sowie Tabelle 8 der angefochtenen Entscheidung; vgl. auch 132. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung). Sie haben in ihren Schriftsätzen oder in der mündlichen Verhandlung auch nicht bestritten, dass sich die entsprechenden Investitionen von Telefónica auf mehr als 1 500 Mio. Euro beliefen, zu denen die erforderlichen Investitionen für die Verbindung zu den 109 indirekten Zugangspunkten des regionalen Großkundenprodukts hinzukamen, die [vertraulich] Mio. Euro ausmachten (Erwägungsgründe 164, 185, Tabelle 9 und Fn. 73 f. der angefochtenen Entscheidung). Die Kommission hat diese Investition zu Recht als erheblich bezeichnet. So hat sie, ohne dass die Klägerinnen dem widersprochen hätten, festgestellt, dass selbst die Investition von 200 Mio. Euro, die nach Auffassung von Telefónica erforderlich gewesen wäre, damit ein alternativer Betreiber sein Ortsnetz ausbauen könne, mehr als 130 % der gesamten Einkünfte von Jazztel auf dem Einzelkundenmarkt im Zeitraum von 2001 bis 2006 ausgemacht hätte.
- 118 Ferner ist das Vorbringen der Klägerinnen zurückzuweisen, wonach Jazztel, obwohl dieses Unternehmen eine „kritische Netzgröße“ erreicht (177. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung) und zu Beginn des Zeitraums von 2001 bis 2006 nur über einen Marktanteil von

weniger als 1 % verfügt habe, gleichwohl eine Investition von 200 Mio. Euro hätte vornehmen können, was der Feststellung im 164. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung entgegenstünde, dass für den Ausbau eines Ortsnetzes mit 550 bis 575 Vermittlungsstellen Kosten zwischen 580 und 670 Mio. Euro anfielen.

- 119 Zum einen beruht das Vorbringen der Klägerinnen ausschließlich auf einer Mitteilung von Jazztel an die Comisión Nacional del Mercado de Valores (Nationale Kommission für den Wertpapiermarkt) vom 27. Juli 2007, wonach „das Unternehmen in den Geschäftsjahren 2005 und 2006 mehr als 200 Millionen Euro in den Ausbau des verbreitetsten und modernsten lokalen Netzes der neuesten Generation in Spanien investiert hat“ und „das Unternehmen die Absicht hat, seine Investitionen im Jahr 2007 erheblich zu vermindern, wenn die Arbeiten an der Entwicklung des Netzes beendet sind“. Daraus ergibt sich jedoch nicht, dass sich die Gesamtkosten für den Netzausbau von Jazztel auf „mehr als 200 Millionen Euro“ beliefen, sondern nur, dass dieser Betrag von 2005 bis 2006 in den Netzausbau investiert worden ist. Wie die Kommission feststellt, ohne dass die Klägerinnen dem widersprechen, schließt die in dieser Mitteilung genannte Investitionshöhe weder die Investitionen ein, die Jazztel schon vor 2005 für den Ausbau ihres Netzes getätigt hat, u. a. die 2 718 km des lokalen Ortsnetzes, die Jazztel ab Ende 2004 ausgebaut hatte, noch die Investitionen, die Jazztel zur Fertigstellung des Netzausbaus noch vornehmen müsste.
- 120 Selbst wenn, wie die Klägerinnen geltend machen, Jazztel am 28. Februar 2007 tatsächlich Zugang zu 607 Verteilern von Telefónica erhalten haben sollte, bedeutet dies zum anderen, abgesehen davon, dass dieser Umstand nach dem Zeitraum des Verstoßes liegt, nicht zwingend, dass Jazztel die für den Ausbau ihres Netzes bis zu diesen Verteilern notwendigen Investitionen bereits erbracht hätte. So hatte Jazztel im März 2006 38 % oder 44 % (nach Angaben der Kommission) oder 53 % (nach Angaben der Klägerinnen) der 470 von ihr eingerichteten „örtlichen Verteiler“ an ihr Netz angeschlossen. Das Vorbringen der Klägerinnen, dessen Richtigkeit von der Kommission in Abrede gestellt wird und wonach der Anschluss der Verteiler an das Netz von Jazztel eine unabhängige Leistung zur Entbündelung sei, die die alternativen Betreiber bei einem anderen Betreiber als Telefónica erhalten könnten, stellt jedoch nicht in Frage, dass diese Investition zu den Investitionen gehört, die erforderlich sind, damit die alternativen Betreiber die entbündelten Teilnehmeranschlüsse nutzen können (132. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung). Da Telefónica 6 838 Hauptverteiler besitzt, betrifft der Zugang zu 607 Verteilern von Telefónica zudem, räumlich gesehen, weniger als 10 % der Vermittlungsstellen von Telefónica und kann nach eigener Auffassung von Telefónica nur ungefähr 60 % der potenziellen Kunden erreichen. Im Übrigen wurde diese Flächendeckung erst Ende 2006 erreicht, d. h. sechs Jahre, nachdem die Teilnehmeranschlüsse zur Verfügung gestellt worden sind.
- 121 Insofern ist auch das Vorbringen der Klägerinnen zurückzuweisen, dass die für die Verwendung eines anderen Großkundenprodukts erforderlichen Investitionen zwar erheblich gewesen wären, die Kommission es aber versäumt habe, die Vorteile bei Verwendung der entbündelten Teilnehmeranschlüsse (höhere Einkünfte, Vielfalt der Dienste im Endkundenbereich und technologische Unabhängigkeit von Telefónica) zu berechnen. Wie die Kommission nämlich im 176. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung zutreffend ausgeführt hat, muss ein alternativer Betreiber, der das regionale Großkundenprodukt durch den entbündelten Teilnehmeranschluss ersetzen möchte, die notwendigen Investitionen für den Ausbau seines Netzes vornehmen, kommt in den Genuss der Vorteile dieses Wechsels aber erst, nachdem er einen ausreichenden Kundenstamm geschaffen hat, was weder gesichert ist noch unmittelbar eintritt.
- 122 Schließlich ist das Vorbringen der Klägerinnen zurückzuweisen, die erheblichen und schnellen Fortschritte der Teilnehmeranschlüsse von 2004 bis 2006, die zu einer Flächendeckung von mehr als 60 % der Einrichtungen von Telefónica geführt hätten, zeigten, dass der „Faktor Zeit“ kein Hindernis für die Substitution der nationalen oder regionalen Großkundenprodukte durch die entschlüsselten Teilnehmeranschlüsse darstelle.

- 123 Wie u. a. aus den Nrn. 16, 20, 21 und 23 der oben in Randnr. 113 genannten Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft hervorgeht und wie die Kommission zutreffend im 172. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung feststellt, muss die für die Definition des relevanten Marktes erforderliche Substituierbarkeit kurzfristig zum Tragen kommen; dies ist nach den Erwägungsgründen 172 bis 175 der angefochtenen Entscheidung hier nicht der Fall.
- 124 Das Vorbringen der Klägerinnen zur Entkräftung dieser Schlussfolgerung, wonach die alternativen Betreiber es vor 2004, bis sie eine Flächendeckung von mehr als 60 % der Einrichtungen von Telefónica erzielt hätten, nicht als zweckmäßig angesehen hätten, Zugang zum Ortsanschluss zu beantragen, ist demnach zurückzuweisen.
- 125 Obwohl TESAU nach einer Auflage der Regulierungsbehörde seit Dezember 2000 verpflichtet ist, alternativen Betreibern doppeladriges Kupferkabel zu vermieten (81. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung), wurde mit der tatsächlichen Verwendung des Ortsanschlusses erst Ende 2004 und Anfang 2005 in beschränktem Umfang begonnen (96. Erwägungsgrund und Abb. 2 der angefochtenen Entscheidung). Angesichts der erforderlichen Investitionen (siehe oben, Randnrn. 117 bis 121) und wie von Telefónica selbst eingeräumt (180. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung), haben zum einen die alternativen Betreiber erst 2004 eine kritische Masse an Verbindungen und Markterfahrung erlangt, die es ihnen ermöglichte, in die Infrastrukturen des Netzes zu investieren und so mit der Umstellung ihrer Verbindungen für den indirekten Großkundenzugang auf den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss zu beginnen (vgl. auch Erwägungsgründe 177 bis 180 der angefochtenen Entscheidung und unten, Randnr. 129). Zum anderen waren, wie u. a. aus dem 143. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung hervorgeht, erhebliche Zeitspannen zwischen dem Zeitpunkt, zu dem die alternativen Betreiber bei Telefónica entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss beantragt hatten, und dem Zeitpunkt, zu dem dieser Zugang tatsächlich gewährt wurde, zu verzeichnen. Aus der Tabelle 60 der angefochtenen Entscheidung, deren Daten die Klägerinnen nicht widersprochen haben, geht insofern hervor, dass die angebliche Flächendeckung von mehr als 60 % der Einrichtungen von Telefónica erst im Dezember 2006, d. h. am Ende des Zeitraums der Zuwiderhandlung, erreicht worden ist.
- 126 Dementsprechend ist auch das Vorbringen der Klägerinnen zurückzuweisen, die Comisión Nacional de la Competencia (nationale spanische Wettbewerbskommission) habe in ihrer Entscheidung vom 22. Oktober 2007 das Vorliegen von Zugangsbeschränkungen zum Teilnehmeranschluss bestritten. Selbst wenn sich aus dieser Entscheidung ergeben sollte, dass die zur Verteidigung des Wettbewerbs berufene Einrichtung zu keinem Zeitpunkt der Ermittlungen „bestätigt [hat], dass die angeblichen Verzögerungen tatsächlich eingetreten sind“, werden damit nicht die Feststellungen in den Erwägungsgründen 139 f. der angefochtenen Entscheidung, denen Telefónica in ihren Schriftsätzen nicht widersprochen hat, in Frage gestellt, wonach seit 2002 55 Streitigkeiten über den Zugang zum Ortsanschluss vor die nationalen Regulierungsbehörden gebracht worden seien, von denen die meisten zu einer Entscheidung zu Ungunsten von Telefónica geführt hätten.
- 127 Zweitens machen die Klägerinnen geltend, dass es andere Großkundenprodukte als entbündelte Teilnehmeranschlüsse gebe, mit denen ein „unterschiedliches“ Angebot, z. B. Telefoniedienste mittels Internet-Protokoll, unterbreitet werden könne. In der mündlichen Verhandlung haben die Parteien jedoch im Wesentlichen bestätigt, dass, wie auch aus den Erwägungsgründen 66, 70, 82, 85, 87, 89, 165 und 171 und der Fn. 47 der angefochtenen Entscheidung hervorgeht, funktionelle Unterschiede zwischen den nationalen und regionalen Großkundenprodukten und den entbündelten Teilnehmeranschlüssen bestehen. Auch wenn die Klägerinnen in der mündlichen Verhandlung vorgetragen haben, dass das regionale Großkundenprodukt einen „gewissen Grad an Differenzierung“ zulasse, ist, wie die Kommission in den genannten Erwägungsgründen feststellt, davon auszugehen, dass ein Betreiber, der sich für die entbündelten Teilnehmeranschlüsse von Telefónica entschieden hat, einen erheblichen Teil der Wertschöpfungskette und viele Merkmale seines Endkundendienstes kontrollieren kann. Wie aus den Erwägungsgründen 82, 87, 89 und 171 der angefochtenen

Entscheidung hervorgeht, ermöglicht der Zugang zu den nationalen und den regionalen Großkundenprodukten den alternativen Betreibern anders als die Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen nicht, ein Endkundenprodukt anzubieten, das sich wesentlich vom Endkundenprodukt von Telefónica unterscheidet, so dass sie lediglich beim Preis den Wettbewerb mit Telefónica aufnehmen können. Insofern weisen die Klägerinnen in der Erwiderung selbst darauf hin, dass die Investition in die Teilnehmeranschlüsse eine größere Vielfalt an Endkundendiensten gewährleiste. Sie nehmen hierbei als Beispiel Bezug auf France Telecom, das erste Unternehmen, das in Spanien ein Produkt angeboten habe, das Sprachkommunikationsdienste und Internet umfasst habe, und auf Jazztel, das erste Unternehmen, das ein Endkundenprodukt mit einer Verbindungsgeschwindigkeit von bis zu 20 Megabytes pro Sekunde vertrieben habe.

- 128 Drittens ist das Vorbringen der Klägerinnen zurückzuweisen, zwischen dem regionalen Großkundenprodukt, dem nationalen Großkundenprodukt und den entbündelten Teilnehmeranschlüssen bestehe eine „hinreichende Substituierbarkeit“, da in jeder Vermittlungsstelle von Telefónica eine hinreichende Anzahl alternativer Betreiber die Kombination verschiedener Großkundenprodukte verwende, die ihren Bedürfnissen am besten gerecht werde, und dass diese Substituierbarkeit „über die Marge“ ausreiche, um hier anzunehmen, dass diese Produkte zu demselben sachlich relevanten Markt gehörten.
- 129 Zunächst ist, der Kommission folgend, festzustellen, dass der Umstand, dass bestimmte Betreiber in den Ausbau ihrer eigenen Netze investiert hätten und ab 2004 verstärkt die Teilnehmeranschlüsse hätten verwenden können, nicht beweist, dass die nationalen und regionalen Großkundenprodukte und die entbündelten Teilnehmeranschlüsse im Zeitraum des Verstoßes tatsächlich substituierbar waren, sondern einem allmählichen Umstellungsprozess zuzuschreiben ist, wie ihn die Kommission u. a. in den Erwägungsgründen 93 bis 103 der angefochtenen Entscheidung beschreibt. Zum einen bedarf es bei einer solchen Umstellung erheblicher Investitionen, die sich über mehrere Jahre erstrecken. Zum anderen ist es aufgrund der hohen verlorenen Kosten in Verbindung mit dieser Umstellung und dem Voranschreiten auf der „Investitionsleiter“ (vgl. Fn. 82 der angefochtenen Entscheidung) unwahrscheinlich, dass ein alternativer Betreiber im Fall einer leichten, aber fühlbaren und dauerhaften Preisanhebung bei den entbündelten Teilnehmeranschlüssen diese durch die nationalen oder regionalen Großkundenangebote ersetzt.
- 130 Sodann ist nicht erwiesen, dass die alternativen Betreiber im Zeitraum der Zuwiderhandlung in den einzelnen Vermittlungsstellen eine optimale Kombination von Großkundenprodukten, die die entbündelten Teilnehmeranschlüsse einbezöge, verwendet haben. Wie aus den Erwägungsgründen 102 f. der angefochtenen Entscheidung hervorgeht, denen die Klägerinnen in ihren Schriftsätzen nicht entgegengetreten sind, hat France Telecom bis 2002 das nationale Großkundenprodukt, das Ende 2002 durch ein anderes nationales Großkundenangebot ersetzt worden ist, das auf dem regionalen Großkundenprodukt von Telefónica beruhte, fast ausschließlich von Telefónica gekauft. Erst ab Februar 2005 ist die Anzahl der entbündelten Teilnehmeranschlüsse von France Telecom erheblich gestiegen, während die Anzahl der alternativen nationalen Großkundenverbindungen, die auf dem regionalen Großkundenprodukt von Telefónica beruhten, zurückgegangen ist. Zudem hat Ya.com das nationale Großkundenprodukt bis zum letzten Quartal 2004 ausschließlich von Telefónica gekauft und erst ab Juli 2005 mit der Übernahme von Albura begonnen, verstärkt die entbündelten Teilnehmeranschlüsse zu verwenden.
- 131 Schließlich kann das Vorbringen der Klägerinnen nur für die Wettbewerber von Telefónica gelten, die über ein Netz verfügen, mit dem sie die Teilnehmeranschlüsse entbündeln können, nicht aber für die potenziellen Wettbewerber von Telefónica, die noch nicht in die Verwendung des regionalen Großkundenprodukts oder die entbündelten Teilnehmeranschlüsse investiert haben.
- 132 Viertens genügt zum Vorbringen der Klägerinnen, der Servicio de Defensa de la Competencia (spanische Kartellbehörde) sei in der Rechtssache Telefónica/Iberbanda von nur einem relevanten Großkundenmarkt ausgegangen (Bericht der spanischen Kartellbehörde N-06038,

Telefónica/Iberbanda), die Feststellung, dass die Klägerinnen dem Vortrag der Kommission in ihren Schriftsätzen nicht entgegneten, wonach in dieser Rechtssache die Bewertung des Vorhabens nicht von einer mehr oder weniger engen Begrenzung der Märkte abhängig gewesen sei, da Iberbanda über sehr eingeschränkte Marktanteile verfügt habe, und dass die Behörde in ihrer endgültigen Entscheidung ausdrücklich auf die von der CMT vorgenommene Unterscheidung zwischen den entbündelten Teilnehmeranschlüssen und den indirekten Großkundenzugängen Bezug genommen habe.

- 133 Fünftens ist darauf hinzuweisen, dass die Klägerinnen in ihrer ersten Stellungnahme zu der Beschwerde von France Telecom selbst ausgeführt haben, dass die entbündelten Teilnehmeranschlüsse und die Großkundenprodukte für den indirekten Zugang nicht substituierbar seien (170. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung). Im Übrigen haben, wie die Kommission im 182. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung feststellt, alle nationalen Regulierungsbehörden, die den Großkunden-Breitbandmarkt in ihren jeweiligen Ländern geprüft haben, einschließlich der CMT bezüglich des spanischen Marktes, aus ähnlichen Gründen die Auffassung vertreten, dass die entbündelten Teilnehmeranschlüsse und die Produkte für den indirekten Großkundenzugang unterschiedliche Märkte darstellten. Ein solches Vorgehen steht, wie die Kommission zutreffend festgestellt hat, auch im Einklang mit der Empfehlung 2003/311/EG der Kommission vom 11. Februar 2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen (ABl. L 114, S. 45), die zwischen dem Markt für den entbündelten Großkundenzugang (einschließlich des gemeinsamen Zugangs) zu Drahtleitungen und Teilleitungen für die Erbringung von Breitband- und Sprachdiensten (11. Markt) und dem Breitbandzugang für Großkunden (12. Markt) unterscheidet.
- 134 Nach alledem ist festzustellen, dass die Kommission in den Erwägungsgründen 163 bis 182 der angefochtenen Entscheidung zu Recht davon ausgegangen ist, dass die entbündelten Teilnehmeranschlüsse nicht zum hier relevanten Markt gehörten.
- 135 Als Zweites treten die Klägerinnen der Feststellung in der angefochtenen Entscheidung entgegen, die regionalen und nationalen Großkundenprodukte gehörten nicht zum selben Markt. Sie weisen erstens darauf hin, dass die Kommission theoretische Beispiele und Beispiele ohne Bezug zum spanischen Markt herangezogen habe.
- 136 Dabei bezieht sich die Kommission im 185. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung zwar auf die Schätzungen der französischen Regulierungsbehörde (Autorité de régulation des télécommunications, ART) zu den Kosten der Umstellung vom nationalen Großkundenprodukt auf das regionale Großkundenprodukt, die in der Größenordnung von 150 bis 300 Mio. Euro liegen dürften, auch wenn Schätzungen zufolge in Frankreich eine nationale Flächendeckung durch die Verbindung auf der Ebene von 20 indirekten Zugangspunkten erreicht werden könnte.
- 137 Auch wenn sich die Schätzungen der französischen Regulierungsbehörde auf einen unterschiedlichen räumlichen Markt beziehen, sind sie dennoch zur Veranschaulichung der notwendigen Investitionen zum Aufbau eines solchen Netzes von Bedeutung. Wie aus Fn. 166 der angefochtenen Entscheidung hervorgeht, ist die Zahl der indirekten Zugangspunkte in Spanien ungefähr fünfmal so groß wie in Frankreich, und es kann daher davon ausgegangen werden, dass die Kosten für den Ausbau eines Netzes in Spanien erheblich höher sind als in Frankreich. Wie außerdem im 723. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung festgestellt ist, ist der Breitbandmarkt in Frankreich und in Spanien mit einem örtlichen, nationalen und regionalen Großkundenzugang ähnlich strukturiert.
- 138 Zweitens tragen die Klägerinnen vor, dass die Kommission ihre Bestimmung zweier unterschiedlicher Märkte darauf stütze, dass die Umstellung vom regionalen Großkundenprodukt auf das nationale Großkundenprodukt, wie von France Telecom bestätigt, wirtschaftlich nicht sinnvoll sei (187.

Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung), obwohl France Telecom selbst in den den Akten beigefügten Schriftstücken dem damit widersprochen habe, dass nach ihrer Auffassung ein alternativer Betreiber bei sinkenden Preisen beschließen könne, vom regionalen Großkundenprodukt auf das nationale Großkundenprodukt umzusteigen. Zudem habe Albura das regionale Zugangsnetz von Telefónica abbilden können.

- 139 Hierzu ist zunächst festzustellen, dass, wie aus dem 187. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung hervorgeht, die alternativen Betreiber, die bereits die erforderlichen Investitionen zur Herstellung von Verbindungen zu den 109 indirekten Zugangspunkten getätigt haben, im Hinblick auf die verlorenen Kosten diese Investitionen nutzen und auf das regionale Großkundenangebot zurückgreifen, statt den Verkehr auf einen einzigen landesweiten Zugangspunkt zu konzentrieren. Angesichts der Kosten, die mit dem Umstieg vom nationalen Großkundenprodukt zum regionalen Großkundenprodukt verbunden sind, wäre es selbst im Fall einer leichten, aber fühlbaren und dauerhaften Preiserhöhung für das regionale Großkundenprodukt unwahrscheinlich und aus wirtschaftlicher Sicht unlogisch, dass die Betreiber, die bereits in den Netzausbau investiert haben, die Kosten für den Verzicht auf die Nutzung dieses Netzes tragen und sich für die Nutzung des nationalen Großkundenprodukts entscheiden würden, das ihnen bei der Qualitätskontrolle hinsichtlich der Leistung des regionalen Großkundenprodukts nicht dieselben Möglichkeiten böte. Im Übrigen hat France Telecom, dazu in der mündlichen Verhandlung befragt, tatsächlich bestätigt, dass sie es für wirtschaftlich nicht sinnvoll halte, vom regionalen Großkundenprodukt auf das nationale Großkundenprodukt umzusteigen. Auch wenn eine solche Umstellung ausnahmsweise einmal erfolgt sei, dann aufgrund eines technischen Zwangs, weil France Telecom zusätzliche Kapazitäten auf der Ebene der Großkundenprodukte habe erreichen müssen. Das Vorbringen der Klägerinnen kann daher keinen Erfolg haben.
- 140 Drittens ist das Vorbringen der Klägerinnen zurückzuweisen, dass die Kommission in der Vergangenheit die „asymmetrische Substitution“ zugelassen habe, um den sachlich relevanten Markt zu begrenzen, da hier von einer solchen Substitution keine Rede sein kann, denn der Umstieg vom nationalen Großkundenprodukt auf das regionale Großkundenprodukt ist zeitaufwendig und bedarf erheblicher Investitionen (siehe oben, Randnr. 129) und der Umstieg vom regionalen Großkundenprodukt auf das nationale Großkundenprodukt ist aus wirtschaftlicher Sicht unlogisch (siehe oben, Randnr. 139). Im Übrigen geht aus der Rechtsprechung des Gerichts hervor, dass ein krasses Missverhältnis zwischen den Umstiegsraten zwischen zwei Produkten gegen die These der Substituierbarkeit dieser Dienste aus Verbrauchersicht spricht (Urteil France Télécom/Kommission, oben in Randnr. 60 angeführt, Randnrn. 86 bis 91).
- 141 Viertens tragen die Klägerinnen vor, nach Auffassung der Kommission in der Empfehlung 2003/311 gehörten die beiden Produkte für den indirekten Großkundenzugang zu demselben Markt. Die Empfehlung 2003/311 nimmt jedoch zum einen in ihrer Begründung den Großkundenmarkt für den Breitbandweiterverkauf, d. h. die nationalen Zugangsprodukte über einen einzigen Zugangspunkt wie das nationale Großkundenprodukt, in dem der Verkehr des alternativen Betreibers vollständig über das Telefónica-Netz erfolgt, ausdrücklich von ihrem Anwendungsbereich aus und weist zum anderen auf das Bestehen erheblicher Zugangshindernisse bei der Bereitstellung des Breitbandzugangs für Großkunden hin, da man für die Erbringung der Dienstleistung ein Netz aufbauen müsse. Im Übrigen sehen Art. 15 der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie) (ABl. L 108, S. 33), auf die die Präambel der Empfehlung 2003/311 ausdrücklich verweist, und der 18. Erwägungsgrund dieser Empfehlung vor, dass die zur Regulierung des Wettbewerbs definierten Märkte unbeschadet der Märkte definiert werden, die in bestimmten Fällen nach dem Wettbewerbsrecht definiert werden können.
- 142 Fünftens machen die Klägerinnen geltend, dass die CMT in ihrer Entscheidung vom 6. April 2006, die durch ihre Entscheidung vom 1. Juni 2006 ratifiziert worden sei, ebenfalls angenommen habe, dass das regionale Großkundenprodukt und das nationale Großkundenprodukt einen Markt bildeten. Insofern

sei die Entscheidung der CMT vom 1. Juni 2006 im Gegensatz zu der angefochtenen Entscheidung Teil einer vorausschauenden Analyse. Zudem habe die Kommission in ihrer Stellungnahme zu der geplanten Entscheidung der CMT festgestellt, dass die Bedingungen des spanischen Breitbandmarkts möglicherweise eine Aufteilung des Breitband-Großkundenmarkts in zwei sachlich relevante Märkte rechtfertigen könne. Schließlich habe die CMT selbst in ihrer Entscheidung vom 1. Juni 2006 ADSL-IP Total vom 12. Markt ausgeschlossen. Telefónica bestreitet jedoch nicht, dass ADSL-IP und ADSL-IP Total zum selben Markt des nationalen Großkundenzugangs gehören (vgl. in diesem Sinne Erwägungsgründe 88 bis 95, 109 und 110 der angefochtenen Entscheidung).

¹⁴³ Nach alledem ist zu schließen, dass die Kommission in den Erwägungsgründen 183 bis 195 der angefochtenen Entscheidung zutreffend angenommen hat, dass die nationalen und regionalen Großkundenprodukte nicht zu demselben Markt gehörten.

¹⁴⁴ Folglich ist der zweite Klagegrund zurückzuweisen.

d) Zum dritten Klagegrund: Sachverhaltsirrtümer und Rechtsfehler bei der Feststellung der angeblich beherrschenden Stellung von Telefónica auf den relevanten Märkten

¹⁴⁵ Im Rahmen des dritten Klagegrundes machen die Klägerinnen geltend, dass die Kommission Sachverhaltsirrtümer und Rechtsfehler bei der Feststellung einer beherrschenden Stellung von Telefónica auf den relevanten Märkten begangen habe.

¹⁴⁶ Zunächst ist das Vorbringen der Klägerinnen zurückzuweisen, die Kommission hätte zur Feststellung des Missbrauchs einer beherrschenden Stellung durch Telefónica in Gestalt einer Kosten-Preis-Schere nachweisen müssen, dass Telefónica eine beherrschende Stellung sowohl auf dem Großkundenmarkt als auch auf dem Endkundenmarkt eingenommen habe. Wie aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs hervorgeht, hängt die Missbräuchlichkeit einer Preispolitik, die von einem vertikal integrierten Unternehmen in beherrschender Stellung auf einem relevanten Großkundenmarkt eingeführt worden ist und auf eine Beschneidung der Margen seiner Wettbewerber auf dem Endkundenmarkt hinausläuft, nicht davon ab, dass dieses Unternehmen auf dem letztgenannten Markt eine beherrschende Stellung besitzt (Urteil des Gerichtshofs vom 17. Februar 2011, TeliaSonera, C-52/09, Slg. 2011, I-527, Randnr. 89). Somit ist nur das Vorbringen der Klägerinnen zur Feststellung einer beherrschenden Stellung von Telefónica in Bezug auf die relevanten Großkundenmärkte zu prüfen.

¹⁴⁷ Nach ständiger Rechtsprechung kann eine beherrschende Stellung als eine wirtschaftliche Machtposition eines Unternehmens definiert werden, die es in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem Referenzmarkt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und letztlich den Verbrauchern gegenüber in nennenswertem Umfang unabhängig zu verhalten (Urteile des Gerichtshofs United Brands und United Brands Continentaal/Kommission, oben in Randnr. 72 angeführt, Randnr. 65, und vom 15. Dezember 1994, DLG, C-250/92, Slg. 1994, I-5641, Randnr. 47; Urteile des Gerichts vom 22. November 2001, AAMS/Kommission, T-139/98, Slg. 2001, II-3413, Randnr. 51, vom 23. Oktober 2003, Van den Bergh Foods/Kommission, T-65/98, Slg. 2003, II-4653, Randnr. 154, und France Télécom/Kommission, oben in Randnr. 60 angeführt, Randnr. 99).

¹⁴⁸ Das Vorliegen einer beherrschenden Stellung kann sich im Allgemeinen aus dem Zusammentreffen mehrerer Faktoren ergeben, die jeweils für sich genommen nicht ausschlaggebend sein müssen (Urteil United Brands und United Brands Continentaal/Kommission, oben in Randnr. 72 angeführt, Randnr. 66, und DLG, oben in Randnr. 147 angeführt, Randnr. 47). Unter diesen Faktoren ist das Vorhandensein erheblicher Marktanteile in hohem Maße kennzeichnend (Urteile des Gerichts vom 12. Dezember 1991, Hilti/Kommission, T-30/89, Slg. 1991, II-1439, Randnr. 90, und vom 25. Juni 2010, Imperial Chemical Industries/Kommission, T-66/01, Slg. 2010, II-2631, Randnrn. 255 f.).

- 149 So liefern nach ständiger Rechtsprechung äußerst hohe Marktanteile, von außergewöhnlichen Umständen abgesehen, ohne Weiteres den Beweis für das Vorliegen einer beherrschenden Stellung. Ein Unternehmen, das längere Zeit einen äußerst hohen Marktanteil besitzt, befindet sich allein durch den Umfang seiner Produktion und seines Angebots – ohne dass die Inhaber erheblich geringerer Anteile imstande wären, die Nachfrage, die sich von dem Unternehmen mit dem größten Anteil abwenden will, rasch zu befriedigen – in einer Position der Stärke, die es zu einem nicht zu übergehenden Geschäftspartner macht und ihm bereits deswegen, jedenfalls während relativ langer Zeit, die Unabhängigkeit des Verhaltens sichert, die für eine beherrschende Stellung kennzeichnend ist (Urteile Hoffmann-La Roche/Kommission, oben in Randnr. 76 angeführt, Randnr. 41, Van den Bergh Foods/Kommission, oben in Randnr. 147 angeführt, Randnr. 154, und Imperial Chemical Industries/Kommission, oben in Randnr. 148 angeführt, Randnr. 256; vgl. auch Urteil France Télécom/Kommission, oben in Randnr. 60 angeführt, Randnr. 100).
- 150 Nach der Rechtsprechung stellt ein Marktanteil von 50 %, von außergewöhnlichen Umständen abgesehen, ohne Weiteres eine beherrschende Stellung dar (Urteil des Gerichtshofs vom 3. Juli 1991, AKZO/Kommission, C-62/86, Slg. 1991, I-3359, Randnr. 60, und Urteil Imperial Chemical Industries/Kommission, oben in Randnr. 148 angeführt, Randnr. 256). Ebenso ist ein Marktanteil zwischen 70 % und 80 % für sich schon ein klares Indiz für das Vorliegen einer beherrschenden Stellung (Urteile des Gerichts Hilti/Kommission, oben in Randnr. 148 angeführt, Randnr. 92, vom 30. September 2003, Atlantic Container Line u. a./Kommission, T-191/98, T-212/98 bis T-214/98, Slg. 2003, II-3275, Randnr. 907, und Imperial Chemical Industries/Kommission, oben in Randnr. 148 angeführt, Randnr. 257).
- 151 Im vorliegenden Fall machen die Klägerinnen geltend, dass Telefónica keine beherrschende Stellung auf dem Breitband-„Großkundenmarkt“ einnehme.
- 152 Was die Großkundenmärkte für den Breitband-Internetzugang betrifft, gehören, wie aus den Erwägungsgründen 162 bis 208 der angefochtenen Entscheidung und den vorstehenden Randnrn. 110 bis 143 hervorgeht, das regionale Großkundenprodukt und das nationale Großkundenprodukt nicht zu demselben Produktmarkt, so dass für jeden dieser Märkte getrennt zu prüfen ist, ob Telefónica eine beherrschende Stellung innehat.
- 153 Als Erstes war die Kommission im 232. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung der Ansicht, dass Telefónica eine beherrschende Stellung auf dem regionalen Großkundenmarkt eingenommen habe. Sie stützte sich dabei auf den Marktanteil von Telefónica von 100 % und deren *De-facto*-Monopol auf diesem Markt (223. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung). Die Kommission bezog sich auch auf die hohen Marktzutrittsschranken, insbesondere den Umstand, dass die alternativen Betreiber ein neues alternatives Ortsnetz aufbauen oder die Teilnehmeranschlüsse von Telefónica entbündeln müssten.
- 154 So wies die Kommission in den Erwägungsgründen 224 bis 226 der angefochtenen Entscheidung auf die erheblichen verlorenen Kosten für die neuen Betreiber, die regionale Großkunden-Breitbandzugangsdienste auf der Grundlage der entbündelten Teilnehmeranschlüsse von Telefónica anbieten möchten, sowie die erheblichen Größen- und Verbundvorteile hin, die Telefónica zugutekämen. Darüber hinaus stellte die Kommission im 227. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung fest, dass es im Zeitraum der Zuwiderhandlung beträchtliche Hindernisse und Verzögerungen beim Zugang zu den entbündelten Teilnehmeranschlüssen gegeben habe, so dass auch ein Betreiber, der sein eigenes Netz aufgebaut hätte, nicht den Wettbewerb mit Telefónica hätte aufnehmen können. Im 228. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung hob die Kommission hervor, dass die Notwendigkeit einer hinreichenden Anzahl von Kunden für Breitbanddienste ein weiteres Marktzugangshindernis für die Betreiber darstelle, die in die entbündelten Teilnehmeranschlüsse investierten und beim Ausbau ihrer Ortsnetze daher wahrscheinlich höhere Festkosten hätten als Telefónica. Die Kommission kam zu dem Schluss, dass die alternativen Betreiber, die derzeit in die Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen investierten, auch mittelfristig

keinen erheblichen Einfluss auf den Wettbewerb auf dem regionalen Großkundenmarkt hätten und dass dieser Einfluss niemals landesweit sein werde (Erwägungsgründe 229 f. der angefochtenen Entscheidung).

- 155 Erstens ist festzustellen, dass die Klägerinnen nicht bestreiten, dass Telefónica in Spanien seit 1999 der einzige Anbieter des regionalen Großkundenprodukts war (223. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung) und damit ein *De-facto*-Monopol auf diesem Markt einnimmt.
- 156 Zweitens führen die Klägerinnen aus, Telefónica sei ungeachtet ihres Marktanteils einem ständigen Wettbewerbsdruck seitens ihrer Wettbewerber ausgesetzt gewesen, die ihre Präsenz auf dem „Großkundenmarkt“ stetig und schrittweise erhöht hätten. Hierzu hat die Kommission, wie vorstehend in Randnr. 152 festgestellt, zutreffend angenommen, dass das nationale und das regionale Großkundenprodukt nicht zu demselben Markt gehörten. Daher können die von den Klägerinnen in ihrer Erwiderung herangezogenen Beispiele bezüglich Arsys, die ein Endkunden-Breitbandprodukt auf den Markt gebracht habe, wobei sie ausschließlich das Großkundenprodukt von Uni2 verwendet habe, sowie bezüglich Tele2, Tiscali und Auna, die die Großkundendienste von Albura verwendet hätten, keinen Erfolg haben, da sie sich nicht auf das nationale Großkundenangebot beziehen.
- 157 Drittens kann angesichts der erforderlichen Investitionen zum Aufbau eines neuen alternativen Ortsnetzes oder zur Entbündelung der Teilnehmeranschlüsse auch nicht dem Vorbringen der Klägerinnen gefolgt werden, dass der „Großkundenmarkt“ ein „Markt ohne Zutritts- und Austrittsschranken“ sei, auf dem die Kunden und Wettbewerber von Telefónica deren Netz reproduzieren und damit unabhängig von ihren Marktanteilen einen effektiven Wettbewerbsdruck ausüben könnten. Diese Investitionen sind für den alternativen Betreiber unerlässlich, um ein regionales Großkunden-Zugangsprodukt anbieten zu können, das mit dem regionalen Großkundenprodukt von Telefónica in Wettbewerb treten kann (siehe u. a. oben, Randnr. 129).
- 158 Die Klägerinnen haben demnach nichts vorgetragen, was die Feststellung der Kommission in Frage stellen könnte, dass Telefónica im Zeitraum der Zuwiderhandlung eine beherrschende Stellung auf dem regionalen Großkundenmarkt eingenommen habe.
- 159 Als Zweites vertrat die Kommission die Ansicht, dass Telefónica eine beherrschende Stellung auf den nationalen Markt für den Großkundenzugang eingenommen habe. Nach dem 234. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung gab es bis zum letzten Quartal 2002 keine wirklichen Alternativen zu dem nationalen Großkundenprodukt von Telefónica. Darüber hinaus sei der Marktanteil von Telefónica seit 2002 und während des gesamten Zeitraums der Zuwiderhandlung konstant über 84 % geblieben (235. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung). In den Erwägungsgründen 236 bis 241 der angefochtenen Entscheidung wies die Kommission auch auf folgende Umstände hin: zum Ersten die erhebliche Spanne zwischen dem Marktanteil von Telefónica und dem ihrer Hauptwettbewerber, da der Marktanteil von Telefónica mehr als elfmal größer gewesen sei als der ihres Hauptwettbewerbers (236. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung), zum Zweiten die Größen- und Verbundvorteile sowie die vertikale Integration zugunsten von Telefónica, aufgrund deren sich ihre Kosten über die hohen Verkehrsvolumina ihres großen Kundenstamms amortisieren könnten (237. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung), zum Dritten die Kontrolle über die entbündelten Teilnehmeranschlüsse durch Telefónica, aufgrund deren sie in erheblichem Umfang auf die Verfügbarkeit konkurrierender Großkundenprodukte Einfluss nehmen könne (240. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung), und zum Vierten ihr aus einem früheren Monopol übernommenes Netz, das nicht ohne Weiteres nachgebildet werden könne (241. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung).
- 160 Um das Fehlen einer beherrschenden Stellung von Telefónica auf dem nationalen Großkundenmarkt darzutun, tragen die Klägerinnen mehrere Argumente vor. Erstens könne das Netz von Telefónica reproduziert werden.

- 161 So sei das Netz von Telefónica von mehreren alternativen Betreibern vollständig reproduziert worden. Wie jedoch die Kommission im 239. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung feststellt, belegen diese Beispiele nicht das Fehlen einer beherrschenden Stellung von Telefónica auf dem nationalen Großkundenmarkt.
- 162 Ob auf dem Markt Wettbewerb herrscht, ist zwar von Bedeutung für die Beurteilung, ob eine beherrschende Stellung vorliegt. Jedoch schließt selbst ein lebhafter Wettbewerb auf einem Markt eine beherrschende Stellung auf diesem Markt nicht aus, da eine solche Stellung wesentlich durch die Fähigkeit gekennzeichnet ist, dass man sein Verhalten in der Marktstrategie ohne Rücksichtnahme auf diesen Wettbewerb bestimmen kann, ohne aufgrund dieser Haltung Nachteile hinnehmen zu müssen (vgl. Urteil des Gerichts vom 14. Dezember 2005, General Electric/Kommission, T-210/01, Slg. 2005, II-5575, Randnr. 117 und die dort angeführte Rechtsprechung, Urteil France Télécom/Kommission, oben in Randnr. 60 angeführt, Randnr. 101).
- 163 Im vorliegenden Fall stellen die von den Klägerinnen herangezogenen Beispiele jedoch die von der Kommission in den Erwägungsgründen 235 bis 241 der angefochtenen Entscheidung angeführten Gesichtspunkte nicht in Frage, namentlich dass Telefónica während des gesamten Zeitraums der Zuwiderhandlung einen Marktanteil von mehr als 84 % gehalten habe, dieser Marktanteil seit 2001 elfmal größer gewesen sei als der ihres Hauptwettbewerbers und die Wettbewerber von Telefónica daran gehindert gewesen seien, gewinnbringend ein mit deren Produkt konkurrierendes nationales Großkundenprodukt anzubieten.
- 164 Zweitens stellen die Klägerinnen fest, dass die Kommission einen „in erster Linie dogmatischen Standpunkt“ vertrete. Dieser sei unvereinbar mit der Haltung der Kommission in ihren Mitteilungen an andere europäische Regulierungsbehörden. Diesen Mitteilungen zufolge könne von einem Wettbewerb vertikal integrierter Unternehmen auf dem Endkundenmarkt ein indirekter Wettbewerbsdruck auf dem Großkundenmarkt ausgehen. Die Kommission hätte daher prüfen müssen, ob von den Anbietern für Kabel- und entbündelte Teilnehmeranschlüsse ein indirekter Wettbewerbsdruck auf das Verhalten von Telefónica auf dem Markt für den indirekten Großkundenzugang ausgegangen sei.
- 165 Hierzu genügt die Feststellung, dass ein solches Vorbringen unbegründet ist, da zum einen die Kommission den Wettbewerbsdruck der Kabelbetreiber geprüft und in den Erwägungsgründen 268 bis 276 der angefochtenen Entscheidung die Ausübung einer Preisdisziplin auf dem Endkundenmarkt durch die Kabelbetreiber auf Telefónica verneint hat und zum anderen die Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen, wie sich aus den Erwägungsgründen 264 bis 266 der angefochtenen Entscheidung ergibt, erst ab September 2004 einen tatsächlichen Aufschwung erlebt hat und bezüglich der räumlichen Reichweite eingeschränkt war.
- 166 Drittens reicht der Hinweis darauf, dass Telefónica seit 2000 verpflichtet gewesen sei, Zugang zu den entbündelten Teilnehmeranschlüssen zu kostenabhängigen Preisen bereitzustellen, nicht aus als Nachweis dafür, dass sie keine beherrschende Stellung innehatte. Obwohl nämlich die Fähigkeit, regelmäßige Preiserhöhungen durchzusetzen, eindeutig ein Umstand ist, der auf eine beherrschende Stellung hindeuten kann, ist sie keinesfalls ein notwendiger Umstand, da die Unabhängigkeit eines beherrschenden Unternehmens im Preisverhalten mehr mit der Fähigkeit, die Preise festsetzen zu können, ohne die Reaktion der Wettbewerber, Kunden und Lieferanten in Rechnung stellen zu müssen, als mit der Fähigkeit, die Preise zu erhöhen, zu tun hat (vgl. Urteil Atlantic Container Line u. a./Kommission, oben in Randnr. 150 angeführt, Randnr. 1084 und die dort angeführte Rechtsprechung). Da sämtliche konkurrierende Großkundenprodukte auf den entbündelten Teilnehmeranschlüssen von Telefónica oder auf ihrem regionalen Großkundenprodukt aufbauen, hängt jedoch die Verfügbarkeit konkurrierender Produkte nicht nur von der tatsächlichen Verfügbarkeit entbündelter Teilnehmeranschlüsse und/oder dem regionalen Großkundenprodukt ab, sondern auch von den wirtschaftlichen Bedingungen, unter denen diese angeboten werden (240. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung).

- 167 Nach alledem hat die Kommission zutreffend angenommen, dass Telefónica eine beherrschende Stellung auf dem nationalen Großkundenmarkt innehat.
- 168 Da die Kommission, wie oben in Randnr. 146 festgestellt, zur Ermittlung einer Kosten-Preis-Schere nicht dartun musste, dass Telefónica eine beherrschende Stellung auf dem Endkundenmarkt einnahm, ist dieser Klagegrund insgesamt zurückzuweisen.
- e) Zum vierten Klagegrund: Rechtsfehler bei der Anwendung von Art. 82 EG in Bezug auf das angeblich missbräuchliche Verhalten von Telefónica
- 169 Im Rahmen dieses Klagegrundes machen die Klägerinnen geltend, dass die angefochtene Entscheidung mit zwei schwerwiegenden Fehlern bei der Anwendung von Art. 82 EG auf das angeblich missbräuchliche Verhalten von Telefónica behaftet sei.
- 170 Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass Art. 82 EG dadurch, dass er die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung verbietet, soweit dadurch der Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt werden kann, die Verhaltensweisen erfasst, die die Struktur eines Marktes beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit des fraglichen Unternehmens bereits geschwächt ist, und die bewirken, dass die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch die Verwendung von Mitteln behindert wird, die von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Unternehmen abweichen (Urteile des Gerichtshofs Hoffman-La Roche/Kommission, oben in Randnr. 76 angeführt, Randnr. 91; Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Kommission, oben in Randnr. 111 angeführt, Randnr. 70, vom 2. April 2009, France Télécom/Kommission, C-202/07 P, Slg. 2009, I-2369, Randnr. 104, und vom 14. Oktober 2010, Deutsche Telekom/Kommission, C-280/08 P, Slg. 2010, I-9555, Randnr. 174).
- 171 Da demnach Art. 82 EG nicht nur Verhaltensweisen erfasst, durch die den Verbrauchern ein unmittelbarer Schaden erwachsen kann, sondern auch solche, die sie durch die Beeinträchtigung einer Struktur wirksamen Wettbewerbs schädigen, trägt das Unternehmen, das eine beherrschende Stellung innehat, eine besondere Verantwortung dafür, dass es durch sein Verhalten einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb auf dem Gemeinsamen Markt nicht beeinträchtigt (vgl. Urteile vom 2. April 2009, France Télécom/Kommission, oben in Randnr. 170 angeführt, Randnr. 105, und TeliaSonera, oben in Randnr. 146 angeführt, Randnr. 24 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 172 Wie der Gerichtshof bereits ausgeführt hat, ergibt sich daraus, dass Art. 82 EG es einem Unternehmen in beherrschender Stellung verbietet, einen Mitbewerber zu verdrängen und auf diese Weise die eigene Stellung zu stärken, indem es zu anderen Mitteln als denjenigen eines Leistungswettbewerbs greift. Aus dieser Sicht kann nicht jeder Preiswettbewerb für zulässig erachtet werden (vgl. Urteil vom 2. April 2009, France Télécom/Kommission, oben in Randnr. 170 angeführt, Randnr. 106 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 173 Zur Missbräuchlichkeit einer Preispolitik wie der hier fraglichen ist festzustellen, dass nach Art. 82 Abs. 2 Buchst. a EG die unmittelbare oder mittelbare Erzwingung von unangemessenen Preisen ausdrücklich verboten ist (Urteil TeliaSonera, oben in Randnr. 146 angeführt, Randnr. 25).
- 174 Im Übrigen ist die Liste der missbräuchlichen Verhaltensweisen in Art. 82 EG nicht abschließend; es handelt sich bei der in dieser Bestimmung enthaltenen Aufzählung missbräuchlicher Praktiken also nicht um eine erschöpfende Wiedergabe der Arten der nach dem Unionsrecht verbotenen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung (vgl. Urteil TeliaSonera, oben in Randnr. 146 angeführt, Randnr. 26 und die dort angeführte Rechtsprechung).

- 175 Für die Feststellung, ob das Unternehmen in beherrschender Stellung diese Stellung durch die Anwendung seiner Preispolitik missbräuchlich ausgenutzt hat, sind sämtliche Umstände zu berücksichtigen, und es muss untersucht werden, ob diese Verhaltensweise darauf abzielt, die Wahl zwischen mehreren Bezugsquellen unmöglich zu machen oder zu erschweren, den Konkurrenten den Zugang zum Markt zu verwehren, Handelspartnern für gleichwertige Leistungen ungleiche Bedingungen aufzuerlegen oder die beherrschende Stellung durch einen verfälschten Wettbewerb zu stärken (vgl. Urteil TeliaSonera, oben in Randnr. 146 angeführt, Randnr. 28 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 176 Als Erstes machen die Klägerinnen geltend, aus der angefochtenen Entscheidung gehe eindeutig hervor, dass die Kommission die angebliche Kosten-Preis-Schere als einen Missbrauch bewerte, der Ausschlusswirkungen wie eine *De-facto*-Weigerung eines Vertragsschlusses aufweise. Die Kommission habe jedoch nicht den rechtlichen Maßstab angewandt, der dieser Art von Verhaltensweisen entspreche und den der Gerichtshof im Urteil vom 26. November 1998, Bronner (C-7/97, Slg. 1998, I-7791), festgelegt habe. Insbesondere habe die Kommission weder dargetan, dass die fraglichen Großkundenprodukte unentbehrliche Inputs oder Infrastrukturen darstellten, noch, dass die Verweigerung ihrer Bereitstellung geeignet sei, jeglichen Wettbewerb auf dem Endkundenmarkt auszuschließen.
- 177 Diesem Vorbringen kann nicht gefolgt werden.
- 178 In der angefochtenen Entscheidung hat die Kommission entgegen dem Vorbringen der Klägerinnen die Kosten-Preis-Schere nicht als *De-facto*-Weigerung eines Vertragsschlusses bewertet. Die Kommission hat darin nämlich auf den Begriff des Missbrauchs im Sinne von Art. 82 EG und die sich daraus ergebenden Verpflichtungen hingewiesen (Erwägungsgründe 279 f. der angefochtenen Entscheidung). Sie hat darin auch u. a. unter Berufung auf die Rechtsprechung des Unionsrichters und auf ihre Entscheidungspraxis die als Kosten-Preis-Schere bezeichnete Praxis definiert (Erwägungsgründe 281 bis 284 der angefochtenen Entscheidung). Hierzu hat sie im 285. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung darauf hingewiesen, dass Telefónica von September 2001 bis Dezember 2006 ihre beherrschende Stellung auf den spanischen Märkten für den Breitbandzugang durch eine Kosten-Preis-Schere missbraucht habe, die durch ein Missverhältnis zwischen den Endkunden- und den Großkundenpreisen für den Breitbandzugang mit der Folge einer wahrscheinlichen Beschränkung des Wettbewerbs auf dem Endkundenmarkt verursacht worden sei. Die Kommission hat zudem in den Erwägungsgründen 299 bis 309 der angefochtenen Entscheidung die Auffassung vertreten, dass die im Urteil Bronner, oben in Randnr. 176 angeführt, entwickelten Kriterien im vorliegenden Fall nicht anwendbar seien.
- 179 Insbesondere ist festzustellen, dass die Kommission in der angefochtenen Entscheidung Telefónica nicht auferlegt hat, ihren Wettbewerbern Zugang zu den Großkundenprodukten zu gewähren, da sich diese Verpflichtung aus dem spanischen Regulierungsrahmen ergibt. So musste Telefónica das regionale Großkundenprodukt seit März 1999 und das nationale Großkundenprodukt (ADSL-IP) seit April 2002 bereitstellen, wobei sich diese Verpflichtung daraus ergab, dass die Behörden für Telefónica und ihre Wettbewerber Investitions- und Innovationsanreize schaffen wollten (Erwägungsgründe 88, 111, 287 und 303 der angefochtenen Entscheidung).
- 180 Im Übrigen hat der Gerichtshof im Urteil TeliaSonera, oben in Randnr. 146 angeführt, darauf hingewiesen, dass dem Urteil Bronner, oben in Randnr. 176 angeführt, nicht zu entnehmen ist, dass die für den Nachweis einer missbräuchlichen Lieferverweigerung notwendigen Voraussetzungen zwangsläufig auch für die Beurteilung der Missbräuchlichkeit eines Verhaltens gelten, das darin besteht, für die Erbringung von Dienstleistungen oder den Verkauf von Waren Bedingungen aufzustellen, die für den Empfänger nachteilig sind oder nicht von Interesse sein können. Derartige Verhaltensweisen könnten nämlich als solche eine eigenständige Form des Missbrauchs sein, die sich von der Lieferverweigerung unterscheidet (Urteil TeliaSonera, oben in Randnr. 146 angeführt, Randnrn. 55 f.).

- 181 Die Auslegung des Urteils Bronner, oben in Randnr. 176 angeführt, im gegenteiligen Sinne liefe darauf hinaus, dass das Verhalten eines beherrschenden Unternehmens in Bezug auf seine Geschäftsbedingungen nur dann als missbräuchlich anzusehen wäre, wenn die für den Nachweis der Verweigerung eines Vertragsschlusses notwendigen Voraussetzungen erfüllt wären; dies würde die praktische Wirksamkeit von Art. 82 EG ungebührlich einschränken (vgl. in diesem Sinne Urteil TeliaSonera, oben in Randnr. 146 angeführt, Randnr. 58).
- 182 Auch wenn der Gerichtshof im Urteil TeliaSonera, oben in Randnr. 146 angeführt (Randnr. 69), festgestellt hat, dass die Unentbehrlichkeit des Großkundenprodukts bei der Beurteilung der Auswirkungen der Margenbeschneidung relevant sein kann, ist festzustellen, dass die Klägerinnen mit der Berufung auf die Unentbehrlichkeit der Großkundenprodukte lediglich ihre Behauptung untermauern wollten, die Kommission habe auf die in der angefochtenen Entscheidung beanstandete angebliche *De-facto*-Weigerung eines Vertragsschlusses nicht das angemessene rechtliche Kriterium angewandt. Ihr Vorbringen ist daher zurückzuweisen.
- 183 Als Zweites machen die Klägerinnen geltend, dass die Kommission, selbst wenn man die Anwendbarkeit von Art. 82 EG unterstelle, nicht das dem Begriff der Kosten-Preis-Schere entsprechende rechtliche Kriterium angewandt habe.
- 184 Erstens habe die Kommission einen Rechtsfehler begangen, indem sie den Kosten-Preis-Scheren-Test in Bezug auf nicht unentbehrliche Inputs vorgenommen habe. Dieses Vorbringen ist jedoch aus den oben in den Randnrn. 180 bis 182 genannten Gründen zurückzuweisen.
- 185 Zweitens hätte die Kommission zum Nachweis des Vorliegens einer missbräuchlichen Kosten-Preis-Schere beweisen müssen, dass Telefónica auch auf dem Endkundenmarkt eine beherrschende Stellung innehatte. Dieses Vorbringen ist jedoch oben in Randnr. 146 zurückgewiesen worden.
- 186 Drittens stellen die Klägerinnen fest, dass nach dem Urteil des Gerichts vom 30. November 2000, Industrie des poudres sphériques/Kommission (T-5/97, Slg. 2000, II-3755, Randnr. 179), eine als Kosten-Preis-Schere bezeichnete Praxis nur vorliegen könne, wenn der Großkundenpreis, der den Wettbewerbern für das vorgelagerte Produkt in Rechnung gestellt werde, zu hoch sei oder wenn der Endkundenpreis für das Folgerzeugnis verdrängenden Charakter habe.
- 187 Dazu ist darauf hinzuweisen, dass die Margenbeschneidung, wenn es keine objektive Rechtfertigung für sie gibt, bereits als solche einen Missbrauch im Sinne von Art. 82 EG darstellen kann. Die Margenbeschneidung resultiert aus der Differenz zwischen den Vorleistungs- und den Endleistungspreisen und nicht aus der Höhe dieser Preise als solchen. Vor allem kann sie nicht nur aus einem ungewöhnlich niedrigen Preis auf dem Endkundenmarkt, sondern auch aus einem ungewöhnlich hohen Preis auf der Vorleistungsebene resultieren (vgl. in diesem Sinne Urteil TeliaSonera, oben in Randnr. 146 angeführt, Randnrn. 97 f.). Daher musste die Kommission in der angefochtenen Entscheidung nicht nachweisen, dass Telefónica zu hohe Preise für ihre Produkte für den indirekten Großkundenzugang oder Dumpingpreise für ihre Endkundenprodukte verlangt hat (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 14. Oktober 2010, Deutsche Telekom/Kommission, oben in Randnr. 170 angeführt, Randnrn. 169, und Urteil vom 10. April 2008, Deutsche Telekom/Kommission, oben in Randnr. 69 angeführt, Randnr. 167).
- 188 Viertens ist das Vorbringen der Klägerinnen zurückzuweisen, dass die Kommission die Prüfung der Missbräuchlichkeit des Verhaltens von Telefónica nach dem Kriterium des „ebenso effizienten Wettbewerbers“ durch eine Untersuchung der Margen der alternativen Hauptbetreiber auf dem spanischen Markt hätte ergänzen müssen.

- 189 Wie nämlich der Gerichtshof bereits festgestellt hat, verbietet Art. 82 EG u. a. einem beherrschenden Unternehmen eine Preispolitik, die für seine gegenwärtigen oder potenziellen ebenso effizienten Wettbewerber eine Verdrängungswirkung entfaltet. Ein Unternehmen missbraucht seine beherrschende Stellung daher auch dann, wenn es eine Preispolitik verfolgt, durch die Unternehmen vom Markt verdrängt werden sollen, die vielleicht ebenso leistungsfähig sind wie dieses Unternehmen, wegen ihrer geringeren Finanzkraft jedoch nicht dem auf sie ausgeübten Konkurrenzdruck standhalten können (vgl. in diesem Sinne Urteil *TeliaSonera*, oben in Randnr. 146 angeführt, Randnrn. 39 f. und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 190 Zur Beurteilung der Zulässigkeit der von einem beherrschenden Unternehmen angewandten Preispolitik ist grundsätzlich auf Preiskriterien abzustellen, die sich auf die dem beherrschenden Unternehmen entstandenen Kosten und seine Strategie stützen (vgl. Urteile vom 14. Oktober 2010, *Deutsche Telekom/Kommission*, oben in Randnr. 170 angeführt, Randnr. 198, und *TeliaSonera*, oben in Randnr. 146 angeführt, Randnr. 41 und die dort angeführte Rechtsprechung; vgl. auch Urteil vom 10. April 2008, *Deutsche Telekom/Kommission*, oben in Randnr. 69 angeführt, Randnrn. 188 bis 191).
- 191 Insbesondere bei einer Preispolitik, die auf eine Margenbeschneidung hinausläuft, kann anhand dieser Prüfungskriterien festgestellt werden, ob das Unternehmen effizient genug gewesen wäre, um seine Endkundendienste anzubieten, ohne dabei Verluste hinnehmen zu müssen, wenn es vorher seine eigenen Vorleistungspreise für die Vorleistungen hätte zahlen müssen (Urteile vom 14. Oktober 2010, *Deutsche Telekom/Kommission*, oben in Randnr. 170 angeführt, Randnr. 201, und *TeliaSonera*, oben in Randnr. 146 angeführt, Randnr. 42).
- 192 Ein solcher Ansatz ist umso mehr gerechtfertigt, als er zum einen mit dem allgemeinen Grundsatz der Rechtssicherheit im Einklang steht, da die Berücksichtigung der Kosten des beherrschenden Unternehmens es diesem angesichts der besonderen Verantwortung, die ihm nach Art. 82 EG obliegt, erlaubt, die Rechtmäßigkeit seines eigenen Verhaltens zu beurteilen. Denn ein marktbeherrschendes Unternehmen kennt zwar seine eigenen Kosten und Entgelte, aber grundsätzlich nicht die seiner Wettbewerber (Urteile vom 14. Oktober 2010, *Deutsche Telekom/Kommission*, oben in Randnr. 170 angeführt, Randnr. 202, und *TeliaSonera*, oben in Randnr. 146 angeführt, Randnr. 44). Zum anderen beeinträchtigt ein Ausschlussmissbrauch auch die potenziellen Wettbewerber des beherrschenden Unternehmens, da die Aussicht auf mangelnde Rentabilität sie von einem Markteintritt abhalten könnte.
- 193 Zwar geht aus der Rechtsprechung auch hervor, dass nicht auszuschließen ist, dass die Kosten und Preise der Wettbewerber für die Prüfung der in Rede stehenden Preispolitik relevant sind. Nur wenn in Anbetracht der vom Gerichtshof dargelegten Umstände eine Bezugnahme auf die Preise und Kosten des beherrschenden Unternehmens nicht möglich ist, sind jedoch die Preise und Kosten der Wettbewerber auf demselben Markt zu prüfen (Urteil *TeliaSonera*, oben in Randnr. 146 angeführt, Randnrn. 45 f.); dies haben die Klägerinnen nicht geltend gemacht.
- 194 Daher hat die Kommission zu Recht die Ansicht vertreten, dass der maßgebliche Test zur Ermittlung einer Kosten-Preis-Schere darin bestanden habe, festzustellen, ob ein Wettbewerber mit der gleichen Kostenstruktur wie der nachgelagerte Geschäftsbereich des vertikal integrierten Unternehmens nachgelagerte Dienste erbringen könnte, ohne Verluste zu verzeichnen, wenn das vertikal integrierte Unternehmen den Zugangspreis auf dem vorgelagerten Markt, der seinen Konkurrenten berechnet werde, entrichten müsste, wobei sie die Selbstkosten von Telefónica zugrunde gelegt hat (Erwägungsgründe 311 bis 315 der angefochtenen Entscheidung), ohne die Margen der alternativen Hauptbetreiber auf dem spanischen Markt zu untersuchen.
- 195 Fünftens führen die Klägerinnen aus, dass, selbst wenn man davon ausgehe, dass das Kriterium des „hypothetischen, ebenso effizienten Wettbewerbers“ geeignet sei, um im vorliegenden Fall das Vorliegen eines Verstoßes nachzuweisen, die Prüfung der Kommission mit einem Fehler bei der Wahl der Inputs auf der vorgelagerten Ebene behaftet sei. Ihrer Ansicht nach würde ein ebenso effizienter

Wettbewerber zur Ausübung seiner Tätigkeit auf der nachgelagerten Ebene nur die entbündelten Teilnehmeranschlüsse oder eine optimale Kombination von Großkundenprodukten verwenden. Wie jedoch oben in den Randnrn. 130 f. festgestellt worden ist, ist nicht erwiesen, dass die alternativen Betreiber in den einzelnen Vermittlungsstellen im Zeitraum der Zuwiderhandlung eine optimale Kombination von Großkundenprodukten, die die entbündelten Teilnehmeranschlüsse einbezöge, verwendet haben.

196 Sechstens machen die Klägerinnen geltend, dass die Theorie der Investitionsleiter nicht verlange, dass alle Stufen zugänglich seien. Dieses Argument ist jedoch zurückzuweisen. Wie die Kommission zutreffend feststellt, kann der Prozess, der den alternativen Betreibern die schrittweise Investition in die eigene Infrastruktur ermöglicht, nur eine gangbare Strategie darstellen, wenn auf den verschiedenen Stufen der Leiter keine Kosten-Preis-Schere besteht. Die den Wettbewerbern von Telefónica aufgezwungene Kosten-Preis-Schere führte jedoch wahrscheinlich zu einem verzögerten Markteintritt und Wachstum ihrer Wettbewerber und erschwerte das Erreichen von hinreichenden Größenvorteilen, die Investitionen in eine eigene Infrastruktur und die Nutzung der entbündelten Teilnehmeranschlüsse gerechtfertigt hätten (554. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung).

197 Nach alledem ist der vorliegende Klagegrund zurückzuweisen.

f) Zum fünften Klagegrund: Sachverhaltsirrtümer und/oder fehlerhafte Würdigung des Sachverhalts und Rechtsfehler in Bezug auf das angeblich missbräuchliche Verhalten von Telefónica sowie dessen angeblich wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen

198 Dieser hilfsweise vorgebrachte Klagegrund besteht aus zwei Teilen. Der erste Teil betrifft Sachverhaltsirrtümer und/oder eine fehlerhafte Würdigung des Sachverhalts beim Kosten-Preis-Scheren-Test. Mit dem zweiten Teil wird gerügt, dass die Kommission die voraussichtlichen oder konkreten Auswirkungen des untersuchten Verhaltens nicht in rechtlich hinreichender Weise dargetan habe.

Zum ersten Teil des fünften Klagegrundes: Sachverhaltsirrtümer und/oder eine fehlerhafte Würdigung des Sachverhalts beim Kosten-Preis-Scheren-Test

199 Im Rahmen des vorliegenden Teils des Klagegrundes tragen die Klägerinnen drei Rügen vor. Die erste Rüge bezieht sich auf einen Fehler bei der Wahl der Inputs auf der vorgelagerten Ebene. Die zweite Rüge betrifft Fehler und Unterlassungen bei der Ertragswertanalyse. Die dritte Rüge schließlich bezieht sich auf Fehler und Unterlassungen bei der Untersuchung nach einzelnen Zeiträumen.

– Zur ersten Rüge des ersten Teils des fünften Klagegrundes: Fehler bei der Wahl der Inputs auf der vorgelagerten Ebene

200 Mit dieser Rüge, die durch Verweisung auf die Ausführungen zum zweiten und zum vierten Klagegrund untermauert wird, machen die Klägerinnen geltend, dass die Kommission das Vorliegen einer Kosten-Preis-Schere nicht für jedes Großkundenprodukt getrennt prüfen dürfe, da die alternativen Betreiber eine optimale Kombination von Großkundenprodukten, die die entbündelten Teilnehmeranschlüsse einbezöge, verwendeten, die Kosteneinsparungen ermögliche. In der Erwiderung und in der mündlichen Verhandlung haben die Klägerinnen außerdem vorgetragen, nach Maßgabe des Grundsatzes des „ebenso effizienten Wettbewerbers“ hätte die Kommission den Kosten-Preis-Scheren-Test auf der Grundlage der von den alternativen Betreibern verwendeten Kombination der Großkundenprodukte anwenden müssen.

201 Erstens ist festzustellen, dass Art. 82 EG einem Unternehmen in einer beherrschenden Stellung auf einem bestimmten Markt u. a. eine Preispolitik verbietet, die für seine gegenwärtigen oder potenziellen ebenso effizienten Wettbewerber eine Verdrängungswirkung entfaltet (siehe oben,

Randnr. 189). Bei der Prüfung einer beherrschenden Stellung sind die Wettbewerbsmöglichkeiten im Rahmen des Marktes für sämtliche Erzeugnisse zu beurteilen, die sich aufgrund ihrer Merkmale zur Befriedigung eines gleichbleibenden Bedarfs besonders eignen und gegen andere Erzeugnisse nur bedingt austauschbar sind, wobei durch die Bestimmung des relevanten Marktes ermittelt werden soll, ob das betreffende Unternehmen in der Lage ist, einen wirksamen Wettbewerb auf diesem Markt zu verhindern (siehe oben, Randnr. 111). Wie jedoch zum einen im Rahmen des zweiten Klagegrundes festgestellt worden ist (siehe oben, Randnrn. 110 bis 144), hat die Kommission zutreffend angenommen, dass die entbündelten Teilnehmeranschlüsse, das nationale Großkundenprodukt und das regionale Großkundenprodukt nicht zum selben Markt gehörten, und zum anderen im Rahmen des vierten Klagegrundes (siehe oben, Randnrn. 169 bis 197), dass eine Margenbeschneidung auf einem relevanten Markt als solche einen Missbrauch im Sinne von Art. 82 EG darstellen konnte.

- 202 Da durch die Bestimmung des relevanten Marktes ermittelt werden soll, ob das betreffende Unternehmen in der Lage ist, einen wirksamen Wettbewerb auf diesem Markt zu verhindern, können die Klägerinnen nicht unter Berufung auf die Ausführungen im Rahmen des zweiten Klagegrundes geltend machen, dass die Verwendung einer optimalen Kombination von Großkundenprodukten den Wettbewerbern von Telefónica ermöglicht hätte, ihre Rentabilität zu steigern. Diese Großkundenprodukte gehören nämlich nicht zum selben Produktmarkt (siehe oben, Randnrn. 114 bis 134).
- 203 Zweitens ist festzustellen, dass das Vorbringen der Klägerinnen zu der Annahme führen würde, dass ein alternativer Betreiber die Verluste, die er aufgrund der Kosten-Preis-Schere auf der Ebene des Großkundenprodukts erlitten hat, durch Einkünfte aus der Verwendung anderer Produkte von Telefónica in bestimmten rentableren geografischen Gebieten ausgleichen könnte, wobei diese Produkte nicht von einer Kosten-Preis-Schere betroffen wären und zu einem anderen Markt, den entbündelten Teilnehmeranschlüssen, gehörten, deren Verwendung zudem erhebliche Investitionen erforderte und die im Übrigen nicht sofort verfügbar waren (siehe oben, Randnr. 125, und Erwägungsgründe 227, 231, 266 und 562 der angefochtenen Entscheidung); dem kann nicht gefolgt werden.
- 204 Nach der Rechtsprechung kann ein System unverfälschten Wettbewerbs, wie es der Vertrag enthält, nur gewährleistet werden, wenn die Chancengleichheit der unterschiedlichen Marktteilnehmer sichergestellt wird. Die Chancengleichheit erfordert jedoch, dass Telefónica und ihre zumindest ebenso effizienten Wettbewerber auf dem Endkundenmarkt gleichgestellt werden. Dies wäre nicht der Fall, wenn die von den alternativen Betreibern an Telefónica für die nationalen und regionalen Großkundenprodukte gezahlten Preise nicht auf die Endkundenentgelte umgelegt werden könnten und wenn die alternativen Betreiber die Endkundenprodukte nur mit Verlust anbieten könnten, den sie durch Einnahmen aus anderen Märkten auszugleichen versuchen müssen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 14. Oktober 2010, Deutsche Telekom/Kommission, oben in Randnr. 170 angeführt, Randnr. 230, und Urteil vom 10. April 2008, Deutsche Telekom/Kommission, oben in Randnr. 69 angeführt, Randnrn. 198 f. und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 205 Darüber hinaus steht, wie die Kommission festgestellt hat, das Vorbringen der Klägerinnen in Bezug auf die Verwendung einer optimalen Kombination von Großkundenprodukten, die die entbündelten Teilnehmeranschlüsse einbeziehe, durch die alternativen Betreiber während des Zeitraums der Zuwiderhandlung in den einzelnen Vermittlungsstellen im Widerspruch zur Stellungnahme von Telefónica selbst in ihrer Antwort vom 22. September 2003 auf die Beschwerde von France Telecom, in der Telefónica geltend gemacht hatte, dass die Prüfung einer möglichen Kosten-Preis-Schere allein nach Maßgabe des regionalen Großkundenprodukts erfolgen müsse.
- 206 Drittens kann, wie oben in Randnr. 131 festgestellt, eine solche optimale Kombination nur von den Wettbewerbern von Telefónica verwendet werden, die über ein Netz verfügen, das ihnen die Entbündelung der Teilnehmeranschlüsse ermöglicht, nicht aber von den potenziellen Wettbewerbern von Telefónica.

- 207 Viertens ist auch das Vorbringen der Klägerinnen zurückzuweisen, dass ein ebenso effizienter Wettbewerber, der nur die entbündelten Teilnehmeranschlüsse verwende, einen Gewinn erziele und folglich ein ebenso effizienter Wettbewerber, der eine optimale Kombination von Inputs verwende, auch positive Ergebnisse erziele. Wie oben in Randnr. 125 festgestellt, hat nämlich die tatsächliche Verwendung der entbündelten Teilnehmeranschlüsse in beschränktem Umfang erst Ende 2004/Anfang 2005 begonnen. Zudem haben die alternativen Betreiber angesichts der erforderlichen Investitionen erst 2004 begonnen, ihre Verbindungen für den indirekten Großkundenzugang auf den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss umzustellen.
- 208 Fünftens steht das Vorbringen der Klägerinnen, eine mögliche optimale Kombination von Großkundenprodukten verhindere die Bildung einer Kosten-Preis-Schere, im Widerspruch zu den rechtlichen Verpflichtungen, die die CMT Telefónica auferlegt hat und die u. a. besagen, dass alle ihre Endkundenangebote nach Maßgabe ihres regionalen Großkundenprodukts reproduzierbar sein sollen (114. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung).
- 209 Sechstens ist das Vorbringen der Klägerinnen gegen die Bestimmung der Merkmale des Netzes des ebenso effizienten Wettbewerbers zurückzuweisen, allein entscheidend sei, ob ein alternativer Betreiber mit den Größenvorteilen und den Netzkosten von Telefónica rentabel sein könne oder nicht. Wie die Kommission im 315. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung festgestellt hat, setzt die Anwendung der Methode des ebenso effizienten Wettbewerbers nicht voraus, dass die Wettbewerber von Telefónica in der Lage sind, auf vorgelagerter Ebene die gleichen Vermögenswerte wie Telefónica einzubringen. Der Kosten-Preis-Scheren-Test gilt für einen ebenso effizienten Betreiber auf der nachgelagerten Ebene, d. h. einen Betreiber, der das Großkundenprodukt des beherrschenden Unternehmens verwendet, im Wettbewerb mit diesem auf dem nachgelagerten Markt steht und dessen Kosten auf diesem Markt den Kosten des beherrschenden Unternehmens entsprechen.
- 210 Jedenfalls ist die Verwendung einer optimalen Kombination von Großkundenprodukten während des Zeitraums der Zuwiderhandlung durch einen ebenso effizienten Wettbewerber, die die entbündelten Teilnehmeranschlüsse einbezöge, in den einzelnen Vermittlungsstellen nicht erwiesen. Auch wenn TESAU seit Dezember 2000 gemäß einer Auflage der Regulierungsbehörde verpflichtet ist, alternativen Betreibern das doppeladriges Kupferkabel zu vermieten (81. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung), geht aus den Erwägungsgründen 102 f. der angefochtenen Entscheidung, deren Angaben die Klägerinnen nicht widersprochen haben, hervor, dass France Telecom bis 2002 fast ausschließlich das nationale Großkundenprodukt von Telefónica gekauft hat, das Ende 2002 durch ein anderes nationales Großkundenangebot ersetzt worden ist, das auf dem regionalen Großkundenprodukt von Telefónica beruhte. Erst ab Februar 2005 ist die Zahl der entbündelten Teilnehmeranschlüsse von France Telecom erheblich gestiegen, während die Zahl der alternativen nationalen Großkundenanschlüsse, die auf dem regionalen Großkundenprodukt von Telefónica beruhten, zurückgegangen ist. Zudem hat Ya.com das nationale Großkundenprodukt bis zum letzten Quartal 2004 ausschließlich von Telefónica gekauft und erst ab Juli 2005 mit der Übernahme von Albura begonnen, verstärkt die entbündelten Teilnehmeranschlüsse zu verwenden.
- 211 Daraus folgt, dass die Kommission bei ihrer Wahl der Inputs auf der vorgelagerten Ebene zur Berechnung der Kosten-Preis-Schere keinen offensichtlichen Beurteilungsfehler begangen hat. Die erste Rüge des ersten Teils des fünften Klagegrundes kann daher keinen Erfolg haben.
- Zur zweiten Rüge des ersten Teils des fünften Klagegrundes: Fehler und Unterlassungen bei der Ertragswertanalyse
- 212 Im Rahmen der vorliegenden Rüge tragen die Klägerinnen mehrere Argumente vor, mit denen sie die Anwendung der Ertragswertanalyse im vorliegenden Fall rügen (Erwägungsgründe 350 bis 385 der angefochtenen Entscheidung).

- 213 Wie die Kommission im 315. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung ausgeführt hat, soll mit dem Kosten-Preis-Scheren-Test im vorliegenden Fall festgestellt werden, ob ein Wettbewerber mit der gleichen Kostenkonstellation wie der nachgelagerte Geschäftsbereich des vertikal integrierten Unternehmens angesichts der Großkunden- und Endkundenpreise dieses Unternehmens auf dem nachgelagerten Markt rentabel sein kann. In der angefochtenen Entscheidung hat die Kommission darauf hingewiesen, dass nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs und ihrer eigenen Entscheidungspraxis im Zusammenhang mit missbräuchlichen Preisen die Rentabilität eines marktbeherrschenden Unternehmens immer auf der Grundlage einer Analyse nach einzelnen Zeiträumen bewertet worden sei, da die Ertragswertmethode zur Berechnung einer Kosten-Preis-Schere gewisse Schwächen aufweise (Erwägungsgründe 331 f. der angefochtenen Entscheidung). Bei der Ermittlung der Kosten-Preis-Schere hat sich die Kommission jedoch dafür entschieden, die Rentabilität von Telefónica nach Maßgabe der beiden von Telefónica vorgeschlagenen Methoden, d. h. nach einer Untersuchung nach einzelnen Zeiträumen und nach der Ertragswertmethode, zu berechnen, um zum einen ausschließen zu können, dass eine Kosten-Preis-Schere vorliegt, die auf durch den wenig fortgeschrittenen Entwicklungsstand des spanischen Breitbandmarkts bedingte Verzerrungen zurückzuführen wäre, und um zum anderen sicherzustellen, dass die von Telefónica vorgeschlagene Methode das Vorliegen einer Kosten-Preis-Schere nach Maßgabe der Analyse nach einzelnen Zeiträumen nicht widerlegen könnte (349. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung).
- 214 Die Kommission erläutert auch, dass bei einer Ertragswertanalyse ein Endwert berechnet werde, um der Tatsache Rechnung zu tragen, dass es wesentliche Vermögenswerte gebe, die auch nach Ende des Modellzeitraums noch verwendet würden. So könne die Einbeziehung eines Endwerts im Rahmen der Prüfung erforderlich sein, weil gewisse Kosten im Modellzeitraum nicht vollständig gedeckt würden. Mit dem angemessenen Endwert für die Ertragswertberechnung solle ebenso wie mit dem angemessenen Modellzeitraum ein Endtermin festgelegt werden, nach dem der Ausgleich von Verlusten in der Ertragswertanalyse nicht mehr berücksichtigt werde (Erwägungsgründe 360 f. der angefochtenen Entscheidung). Da die Ertragswertmethode die Berücksichtigung kurzzeitiger anfänglicher Verluste ermöglicht, aber vorschreibt, diese binnen eines angemessenen Zeitraums auszugleichen, musste die Kommission bestimmen, welcher Zeitraum für die Deckung der Kosten hier angemessen ist (351. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung).
- 215 Hierzu hat die Kommission im 354. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung festgestellt, dass es am sinnvollsten sei, den Untersuchungszeitraum nach der wirtschaftlichen Lebensdauer der von dem betreffenden Unternehmen eingesetzten Vermögenswerte zu begrenzen. Im 359. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung ist die Kommission davon ausgegangen, dass der Zeitraum von September 2001 bis Dezember 2006 (fünf Jahre und vier Monate) für die Ertragswertanalyse angemessen und zudem für Telefónica günstig sei, da die Marge der Geschäfte des Unternehmens auf der nachgelagerten Ebene nach und nach angestiegen sei.
- 216 Als Erstes beanstanden die Klägerinnen die von der Kommission im Rahmen der Ertragswertanalyse verwendete Methode zur Berechnung des Endwerts (363. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung). Die Methode zur Berechnung des Endwerts der Endkunden-Breitbanddienste der Kommission weiche von den üblicherweise auf die Unternehmen angewandten Methoden ab. Der Ansatz der Kommission sei unrichtig, da es sich vorliegend um die Bewertung eines Unternehmens handle, das über komplexe immaterielle Vermögenswerte verfüge. So ermöglichten die Ausgaben von Telefónica in ihrem Endkunden-Breitbandgeschäft neben einer Bewertung des Kundenstamms eine Bewertung von Vermögenswerten wie ihrer Marken, ihrer Kundenbeziehungen, ihres Wissens und ihrer organisatorischen Fähigkeiten. Solche Vermögenswerte hätten jedoch eine bedeutend längere wirtschaftliche Lebensdauer als fünf Jahre und vier Monate, wie sie die Kommission zugrunde lege, so dass der Modellzeitraum über Dezember 2006 hinaus hätte erstreckt werden müssen.

- 217 Erstens ist das Argument der Klägerinnen zurückzuweisen, die Verlängerung des Modellzeitraums bei der Ertragswertanalyse erhöhe nicht die Gefahr von Fehlern bei den Prognosen oder der Einbeziehung des Ausgleichs für ein wettbewerbswidriges Verhalten im Rahmen dieser Untersuchung.
- 218 Da die Ertragswertmethode die Verrechnung anfänglicher Verluste mit künftigen Gewinnen zulässt, besteht, wie die Kommission in den Erwägungsgründen 333 f. der angefochtenen Entscheidung zutreffend ausgeführt hat, die Gefahr, dass die Ergebnisse dieser Methode entweder tatsächlich auf unangemessenen Prognosen des marktbeherrschenden Unternehmens in Bezug auf seine angestrebten zukünftigen Gewinne beruhen, die zu einem fehlerhaften Ergebnis führen können, oder langfristige Gewinne einschließen, die auf eine Verstärkung der Marktmacht des marktbeherrschenden Unternehmens zurückzuführen sind.
- 219 Insofern ist auch das Argument der Klägerinnen zurückzuweisen, die Verkürzung des Untersuchungszeitraums führe zu einer Unterbewertung des „Handelswerts“ von Telefónica und berücksichtige nicht den Wert der Vermögenswerte von Telefónica über 2006 hinaus.
- 220 Es ist nämlich festzustellen, dass die Kommission den Wert des Vermögens von Telefónica über 2006 hinaus nicht unberücksichtigt gelassen hat. Sie hat vielmehr zutreffend angenommen, dass im Unterschied zu einer Methode, nach der ein Unternehmen beim Kauf oder Verkauf bewertet werden soll, im vorliegenden Fall unerheblich war, ob die Verluste von Telefónica im Zeitraum von 2001 bis 2006 durch zukünftige hypothetische Gewinne von 2007 an kompensiert werden konnten. Die Kommission hat nämlich ohne offensichtliche Beurteilungsfehler angenommen, dass die Tätigkeit des marktbeherrschenden Unternehmens auf der nachgelagerten Ebene in einem der Lebenszeit ihrer Vermögenswerte entsprechenden Zeitraum rentabel werden müsse. Andernfalls könnte die Preispolitik von Telefónica nachteilige Auswirkungen auf den Wettbewerb haben (370. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung).
- 221 Zweitens ist auch das Vorbringen zurückzuweisen, die Kommission mache keine Angaben zur Dauer des der Ertragswertanalyse zugrunde gelegten Zeitraums, so dass diese willkürlich sei.
- 222 Zunächst heißt es in den Erwägungsgründen 351 bis 359 der angefochtenen Entscheidung, dass es am sinnvollsten wäre, den Untersuchungszeitraum nach der Lebensdauer der von dem fraglichen Unternehmen eingesetzten Vermögenswerte zu begrenzen, da damit alle aus der Verwendung dieser Vermögenswerte zu erwartenden Vorteile bei der Rentabilitätsbewertung berücksichtigt würden. Ein Zeitraum von fünf Jahren decke sich zudem mit der durchschnittlichen wirtschaftlichen Lebensdauer der für die Erbringung von ADSL-Endkundendiensten auf der Grundlage des regionalen Großkundenprodukts benötigten Anlagen des Netzes von TESAU, wie sie sich aus dem anfänglichen Geschäftsplan von TESAU ergebe, sowie mit der durchschnittlichen Lebensdauer der Anlagen der Netze der alternativen Betreiber wie France Telecom und Auna. Dieser Zeitraum liege auch über dem Zeitraum für die Amortisation der Kosten für die Kundenakquisition von TESAU und entspreche dem Zeitraum, der von der Regulierungsbehörde im Vereinigten Königreich im Telekommunikationsbereich verwendet werde. Angesichts dieser Umstände, die es den Klägerinnen jedenfalls nicht erlauben, geltend zu machen, die Kommission habe keine Angaben zur Dauer des von ihr verwendeten Untersuchungszeitraums gemacht, ist festzustellen, dass die Dauer dieses Untersuchungszeitraums nicht willkürlich festgelegt worden und mit einem offensichtlichen Beurteilungsfehler behaftet ist.
- 223 Was die Festlegung der Dauer des Zeitraums betrifft, in dem Rentabilität erreicht werden soll, treten die Klägerinnen der Verweisung auf die Geschäftspläne von Telefónica entgegen, da die von der Kommission herangezogene Analyse [*vertraulich*], so dass die Verluste, die die Kommission in dem Zeitraum [*vertraulich*] festgestellt habe, auf den wenig fortgeschrittenen Entwicklungsstand des spanischen Breitbandmarkts zurückzuführen seien. Zum einen geht jedoch aus den Akten hervor, dass der Geschäftsplan [*vertraulich*] tatsächlich den Gesamtwert sämtlicher Tätigkeiten betrifft. Zum anderen zeigen, wie die Kommission zutreffend festgestellt hat, das Kostenrechnungssystem und der Geschäftsplan von Telefónica zunächst, dass Telefónica [*vertraulich*], da sie ihre Rentabilitätsschwelle

bei [vertraulich] ADSL-Endverbrauchern angesetzt hat, einer Zahl, die [vertraulich] erreicht wurde, ferner, dass sie eine Rentabilitätsschwelle in Form des Bruttoergebnisses vor Steuern, Zinsen, Abschreibungen und Provisionen (EBITDA) und Gewinn vor Steuern und Finanzlasten (EBIT) im Jahr [vertraulich] vorsah, und schließlich, dass sie einen Kapitalwert [vertraulich] (unter Ausschluss eines Endwerts) im Zeitraum von [vertraulich] erwartete. Die Kommission hat daher ohne Beurteilungsfehler ausgeschlossen, dass die im Zeitraum [vertraulich] festgestellten Verluste auf den wenig fortgeschrittenen Entwicklungsstand des spanischen Breitbandmarkts zurückzuführen seien.

- 224 Drittens machen die Klägerinnen geltend, es treffe nicht zu, dass die von der Kommission angewandte Methode, die einen Endwert einschließe, der die verbleibende wirtschaftliche Lebensdauer der Sachanlagen und der Kundenbeziehungen widerspiegele, aufgrund des von Telefónica in ihrem anfänglichen Geschäftsplan festgelegten viel weiteren Betrachtungszeitraums ([vertraulich] Jahre) für Telefónica günstiger sei als der Endwert, der in dem Geschäftsplan verwendet werde (Erwägungsgründe 362 f. der angefochtenen Entscheidung). Zudem seien diese Methoden nicht gleichartig (Fn. 810 der angefochtenen Entscheidung), da Telefónica der Ansicht gewesen sei, dass ihr Kundenstamm konstant geblieben und nicht zurückgegangen sei. Im Übrigen seien die Geschäftspläne von Telefónica, die im 367. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung aufgeführt würden, für die Berechnung des Endwerts unerheblich.
- 225 Hierzu ist festzustellen, dass die Klägerinnen in ihren Schriftsätzen nicht erläutern, warum ihr Vorbringen, selbst wenn es begründet sein solle, die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung begründen könnte. Selbst wenn man davon ausgeht, dass die von der Kommission angewandte Methode für Telefónica nicht, wie dies die Klägerinnen vortragen, günstiger ist als die Methode, die sie in ihrem anfänglichen Geschäftsplan verwendet hat, oder die fraglichen Methoden nicht ähnlich sind, lässt dies zum einen nicht den Schluss zu, dass die Feststellungen zum Endwert namentlich in den Erwägungsgründen 360 bis 362 der angefochtenen Entscheidung und zur Bestimmung des Endwerts im Rahmen der Ertragswertberechnung fehlerhaft sind. Zum anderen ist festzustellen, dass die Geschäftspläne von Telefónica im 367. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung erwähnt worden sind, um darzutun, dass die Methode der Kommission zur Berechnung des Endwerts, anders als von Telefónica behauptet, nicht zum ersten Mal eingesetzt worden ist. Selbst wenn diese Feststellung jedoch unzutreffend sein sollte, hätte dies nicht die Rechtswidrigkeit der Berechnung des Endwerts in der angefochtenen Entscheidung zur Folge.
- 226 Auch wenn darüber hinaus Telefónica in ihrem Geschäftsplan [vertraulich] tatsächlich, wie von der Kommission in ihrer Klagebeantwortung eingeräumt, einen Modellzeitraum von [vertraulich] Jahre (Zeitraum [vertraulich]) zugrunde gelegt hat, hat die Kommission ohne offensichtlichen Beurteilungsfehler entschieden, dass ein solcher Zeitraum zu lang war, um die Rentabilität eines hypothetischen Anbieters auf dem nachgelagerten Markt zu beurteilen (siehe hierzu oben, Randnrn. 216 bis 220).
- 227 Es ist jedenfalls darauf hinzuweisen, dass sich den Akten entnehmen lässt, dass eine Berechnung des Kapitalwerts für das Endkundengeschäft im Zeitraum [vertraulich] nach derselben Methode, die Telefónica in ihrem Geschäftsplan „Objetivo Verne 2002“ angewandt hat, [vertraulich]. Dem Vorbringen der Klägerinnen in der mündlichen Verhandlung, die Kommission hätte nicht die Prognosen von Telefónica aus diesem Plan verwenden dürfen, sondern hätte bei dieser ihre zum Zeitpunkt der Vornahme der Berechnung des Endwerts aktualisierten Prognosen anfordern müssen, kann nicht gefolgt werden. Es kann nämlich davon ausgegangen werden, dass solche Prognosen, die zum Zeitpunkt dieser Berechnung aktualisiert worden sind, die Gefahr vergrößern, dass bei der Berechnung aufgrund eines wettbewerbswidrigen Verhaltens erzielte Einnahmen berücksichtigt werden.
- 228 Als Zweites machen die Klägerinnen geltend, dass die Kommission auf der Grundlage von Marktdaten einen angemesseneren Endwert hätte berechnen können. Zum einen hätte ein alternativer Ansatz zur Bewertung der Zahlungsströme ab dem Jahr 2006 darin bestanden, nach dem

„Multiplikatorverfahren“, dessen Ziel darin bestehe, die Tätigkeit eines Unternehmens im Wege eines Preisvergleichs für ähnliche Geschäftstätigkeiten zu bewerten, Informationen über vergleichbare Transaktionswerte zu verwenden. Die Verwendung dieses Verfahrens habe den Vorteil, dass sie kein Postulat zur Dauer der betreffenden Tätigkeit voraussetze. Zum anderen sei im 377. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung die Verwendung von Vielfachen des EBITDA-Wertes nicht sinnvoll für die Unternehmen, die über ein erhöhtes Wachstumspotenzial verfügten. Daher hätte die Kommission außer dem von Telefónica in ihrer Antwort auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte verwendeten Vielfachen der Einkünfte ein sektorspezifisches Vielfaches verwenden können.

- 229 Es ist festzustellen, dass die Kommission im 369. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung zutreffend die Ansicht vertreten hat, dass im vorliegenden Fall die Annahme eines Endwerts, der sämtliche künftigen Gewinne des betreffenden Unternehmens umfasse, bei Berechnung einer Kosten-Preis-Schere weder begründet noch angemessen sei.
- 230 Zunächst könnte mit einem solchen Ansatz, der sämtliche künftigen Gewinne des betreffenden Unternehmens berücksichtigt, nicht festgestellt werden, ob angesichts vor allem der durch die alternativen Anbieter an Telefónica für die nationalen und regionalen Großkundenprodukte gezahlten Preise ein ebenso effizienter Betreiber auf der nachgelagerten Ebene wie Telefónica seine anfänglichen Verluste dank der durch seine Tätigkeit auf dem nachgelagerten Markt im Lauf eines bestimmten Bezugszeitraums erzielten Gewinne ausgleichen könnte. Zudem würde eine solche Methode auch weder der durchschnittlichen Lebensdauer der betreffenden Vermögenswerte noch dem Umstand Rechnung tragen, dass auf einem Wettbewerbsmarkt ein neuer Marktteilnehmer nicht mit sämtlichen möglichen künftigen Gewinnen rechnen kann, um die anfänglichen Verluste, die er bei seinem Markteintritt verzeichnet hat, auszugleichen. Wie die Kommission schließlich im 334. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung festgestellt hat, ermöglicht ein solcher Ansatz einem Unternehmen gegebenenfalls, erfolgreich eine Kosten-Preis-Schere-Strategie zu verfolgen, indem es in einer ersten Phase Preise festsetzt, mit denen die Wettbewerber nach einer bestimmten Zeit verdrängt werden können, und in einer zweiten Phase entweder die Preise anhebt, wodurch es seine anfänglichen Verluste kurzfristig ausgleichen könnte, oder diese Preise über dem Preisniveau hält, das bei einem freien Wettbewerb bestünde, was dadurch ermöglicht würde, dass ein Markteintritt oder ein wesentlicher Zuwachs von Wettbewerbern auf dem relevanten Markt fehlt (vgl. auch 334. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung).
- 231 Als Drittes stellen die Klägerinnen fest, dass „die Anwendung der richtigen Bewertungsmethode, die zur Berechnung des Endwerts die Marktzahlen heranzieht, gezeigt hätte, dass die Tätigkeit eines möglichen ebenso effizienten Wettbewerbers wie Telefónica rentabel gewesen wäre“. Ein solches Vorbringen wird jedoch in keiner Weise in den Schriftsätzen erläutert oder ausgeführt, da sich die Klägerinnen allgemein auf zehn Seiten einer als Anlage beigefügten Wirtschaftlichkeitsstudie stützen. Es ist daher gemäß den Ausführungen in den vorstehenden Randnrn. 58 bis 63 zurückzuweisen.
- 232 Nach alledem ist die zweite Rüge des ersten Teils des fünften Klagegrundes zurückzuweisen.
- Zur dritten Rüge des ersten Teils des fünften Klagegrundes: Fehler bei der Analyse nach einzelnen Zeiträumen
- 233 Im Rahmen dieser Rüge tragen die Klägerinnen mehrere Beanstandungen zu der von der Kommission vorgenommenen Untersuchung nach einzelnen Zeiträumen vor.
- 234 Als Erstes machen sie geltend, dass die Schätzung der Kommission zu den LRAIC des Vertriebs nicht plausibel sei.
- 235 Vorab ist darauf hinzuweisen, dass die Kommission in der angefochtenen Entscheidung festgestellt hat, dass die zusätzlichen Vertriebskosten ein Kostenposten der Kundenakquisition von Telefónica seien (Erwägungsgründe 458 bis 463 der angefochtenen Entscheidung), die nicht nur die Anreize und die

Provisionen (außer den Gehältern), die im Verkaufnetz von Telefónica für jeden neuen Teilnehmer gewährt würden, sondern auch die Entwicklung der Vertriebsstruktur von Telefónica umfasse, da eine solche Ausdehnung dank ihres Breitbandgeschäfts möglich gewesen sei.

- 236 Zur Schätzung der Vertriebskosten hat die Kommission in den Erwägungsgründen 464 bis 473 der angefochtenen Entscheidung festgestellt, dass Telefónica die LRAIC zu niedrig angesetzt habe, da sie nur die Anreize und die Provisionen einbezogen habe, die im Vertriebsnetz für jeden neuen Teilnehmer gewährt worden seien, nicht aber die Kosten im Zusammenhang mit der Vertriebsstruktur des Unternehmens. Selbst wenn die Vertriebsstruktur von Telefónica ihren allgemeinen Kosten zuzurechnen sei, könne nicht geltend gemacht werden, dass sie (gemessen an der Anzahl der Mitarbeiter) genauso umfangreich wäre, wenn das Unternehmen keine Endkunden-Breitbanddienste anböte (Erwägungsgründe 465 und 470 der angefochtenen Entscheidung). Im 472. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung weist die Kommission darauf hin, dass für eine angemessene Schätzung der zusätzlichen Vertriebskosten zwar die tatsächliche Zuordnung des Vertriebspersonals von Telefónica zum Vertrieb der Endkunden-Breitbanddienste hätte zugrunde gelegt werden können, Telefónica im vorliegenden Fall aber bezüglich des Umsatzanteils ihrer einzelnen Geschäftsbereiche die zusätzlichen Kosten des Endkunden-Breitbandgeschäfts eindeutig zu niedrig einschätze; dies sei schon von der CMT beanstandet worden. Daher gelangte die Kommission im 473. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung zu dem Schluss, dass angesichts der von Telefónica zur Verfügung gestellten Informationen und der Tatsache, dass, ungeachtet einer entsprechenden Nachfrage der CMT, eine Untersuchung, in welchem Umfang das Vertriebspersonal für die verschiedenen Endkundenzmärkte des Unternehmens eingesetzt werde, nicht vorliege, der Anteil der Vertriebskosten am Umsatz im vorliegenden Fall aufgrund einer für das Unternehmen vorteilhaften Schätzung der LRAIC angenommen werden müsse.
- 237 Erstens ist das Vorbringen der Klägerinnen zurückzuweisen, die Kommission hätte die LRAIC des Vertriebs nicht auf der Grundlage der Buchführungsdaten von Telefónica schätzen dürfen, sondern alternative Datenquellen, wie die Scorecards von Telefónica, verwenden müssen.
- 238 Wie aus den Erwägungsgründen 319 f. der angefochtenen Entscheidung hervorgeht, entsprechen die langfristigen Zusatzkosten eines Produkts den produktspezifischen Kosten, die das Unternehmen langfristig trägt und die mit dem gesamten Produktionsumfang dieses Produkts und daher mit den Kosten verbunden sind, die für das Unternehmen langfristig nicht angefallen wären, wenn es sich entschieden hätte, dieses Produkt nicht herzustellen. Die Kommission hat somit festgestellt, dass die langfristigen Zusatzkosten des Produkts nicht nur sämtliche Fixkosten und variablen Kosten umfassen müssten, die unmittelbar mit der Herstellung des betreffenden Produkts zusammenhängen, sondern auch einen Anteil der mit dieser Tätigkeit verbundenen Gemeinkosten. Dies wird von den Klägerinnen nicht bestritten. Folglich müssen die richtig berechneten LRAIC einen Anteil der mit der Vertriebsstruktur von Telefónica zusammenhängenden Kosten umfassen, die in dem Unternehmen langfristig nicht angefallen wären, wenn es die Breitband-Endkundendienste nicht erbracht hätte.
- 239 Die Klägerinnen stellen jedoch nicht in Abrede, dass die Schätzung der LRAIC des Vertriebs, wie sie in der Gewinn- und Verlustrechnung des Endkundengeschäfts (Wirtschaftlichkeitsberechnung ADSL) (407. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung) und im Monatsbericht (ADSL-Scorecard) des Breitbandgeschäfts (Erwägungsgründe 408 bis 410 der angefochtenen Entscheidung) enthalten sind, [vertraulich] nicht als Vertriebskosten erfasst und damit die LRAIC des Endkunden-Breitbandprodukts von Telefónica zu niedrig ansetzt. Auch wenn die Klägerinnen feststellen, dass [vertraulich], ist darauf hinzuweisen, dass dieser [vertraulich], so dass die Kommission zutreffend angenommen hat, dass die LRAIC des Breitband-Endkundenprodukts von Telefónica unterbewertet seien.

- 240 Zweitens kann, wie die Kommission zutreffend festgestellt hat, dem Ansatz der Klägerin im vorliegenden Fall nicht gefolgt werden, da er zu der Annahme führt, dass die Handelsvertreter ihre Zeit in keiner Weise der Vermarktung der Breitbandprodukte von Telefónica widmeten. Zudem hat Telefónica selbst in ihrem Schreiben an die Kommission vom 1. April 2005, das in Fn. 472 der angefochtenen Entscheidung zitiert wird, die Auffassung vertreten, dass es „offensichtlich ist, dass die Auslagen für Anreize nicht das Kapitel ‚Vertriebskosten‘ ausschöpfen“ und dass „man alle Kosten, die sich aus der Vertriebsstruktur von TESAU ergeben (und zwar Personalkosten mit Ausnahme solcher, die unmittelbar mit dem Verkauf zusammenhängen, sowie Amortisations-, Struktur- und Unterstützungskosten), hinzufügen muss, sofern sie dem ADSL-Endkundenangebot zuzurechnen sind“.
- 241 Insofern sind die Argumente der Klägerinnen zurückzuweisen, dass zum einen die Vertriebsstruktur von Telefónica seit dem Eintritt des Unternehmens auf den Breitband-Endkundenmarkt stabil gewesen sei und zum anderen die Vermögenswerte von Telefónica Fixkosten darstellten, die aufgrund des starren Arbeitsmarkts schwer anzupassen seien.
- 242 Wie die Kommission im 468. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung festgestellt hat, bedeutet der Umstand, dass Telefónica ihr kaufmännisches Personal seit 1999 nicht erhöht hat, nicht, dass ein Teil der Vertriebsstruktur von Telefónica dem Breitbandgeschäft des Unternehmens nicht unmittelbar zugerechnet werden kann. Wie die Kommission im 469. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung festgestellt hat, ist es unabhängig von dem vermeintlich starren spanischen Arbeitsmarkt wahrscheinlich, dass die Größe der Vertriebsstruktur von Telefónica nicht aufrechterhalten worden wäre, wenn das Unternehmen seine Endkunden-Breitbandprodukte nicht angeboten hätte, da die Einkünfte aus dem traditionellen Geschäft (Sprachtelefonie und Festnetz) in der Zeit von 2002 bis 2006 zurückgegangen waren. Zudem ist mit der Kommission (466. Erwägungsgrund am Ende der angefochtenen Entscheidung) festzustellen, dass die geschäftliche Kraft von TESAU in erster Linie auf die Expansion des Breitbandgeschäfts ausgerichtet ist; dies wird von den Klägerinnen nicht bestritten. So war Telefónica selbst der Ansicht, dass das Wachstum des Konzerns durch das Breitbandgeschäft bestimmt werde. Zudem sind die Einkünfte aus den Breitbanddiensten zwischen 2002 und 2006 beträchtlich gestiegen, während die Einkünfte aus dem traditionellen Geschäft in diesem Zeitraum zurückgegangen sind (Erwägungsgründe 466 f. der angefochtenen Entscheidung).
- 243 Im Übrigen geht aus den Akten hervor, dass Telefónica die Zahl ihrer Mitarbeiter zwischen 1999 und 2006 erheblich verringert hat (Telefónica selbst hat die Zahl ihrer Mitarbeiter zwischen 2003 und 2007 um etwa 14 000 Beschäftigte verringert), dabei aber einen verhältnismäßig stabilen Mitarbeiterstamm im Vertriebsbereich behalten, und dass sich der Anteil des Personals mit Vertriebsfunktionen von [vertraulich] im Jahr 2001 auf [vertraulich] ihrer Beschäftigten im Jahr 2006 verändert sei.
- 244 Da es keine zuverlässige Schätzung der tatsächlichen Zuordnung des Vertriebsteams von Telefónica zum Vertrieb von Breitband-Endkundenprodukten im Sinne einer anteiligen Zuordnung der gesamten Vertriebskosten zum Zeitaufwand des Vertriebsteams in Verbindung mit diesen Produkten gab (Erwägungsgründe 472 f. der angefochtenen Entscheidung), hat die Kommission mit ihrer Auffassung, dass der Kostenanteil, den Telefónica selbst in seiner Bilanz von 2005 dem ADSL-Endkundengeschäft [vertraulich] zugeordnet habe, eine angemessene Schätzung der LRAIC gewesen sei, ihren Beurteilungsspielraum nicht überschritten. Hierzu ist festzustellen, dass die CMT die Zuordnungsregel, die Telefónica bis 2004 verwendete, als unangemessen bewertet hat, da sie sich nicht auf die Zuteilung der Gesamtvertriebskosten anteilig zu dem Zeitaufwand gründete, den das Vertriebspersonal den Endkundenprodukten widmete.
- 245 Als Zweites machen die Klägerinnen geltend, dass die Kommission die durchschnittliche Vertragsdauer des Kundenstamms von Telefónica zu niedrig eingeschätzt habe.

- 246 Vorab ist darauf hinzuweisen, dass die Kommission in der angefochtenen Entscheidung festgestellt hat, dass gewisse Anpassungen bei den Kosten von Telefónica vorgenommen worden seien, um ein in Bezug auf die Prüfung der Margenbeschneidung geeignetes Maß an wirtschaftlicher Ausgewogenheit der ADSL-Endkundendienste von Telefónica zu erreichen. Dabei hat sie darauf hingewiesen, dass ein erheblicher Teil der Aufwendungen, die schnell amortisiert würden und langfristig einen zusätzlichen Nutzen brächten, auf die Kosten für die Akquisition neuer Kunden entfalle. Daher hat die Kommission bei den Konten von Telefónica Anpassungen vorgenommen, indem sie die Kosten der Kundenakquisition über einen angemessenen Zeitraum abgeschrieben hat (474. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung). In der angefochtenen Entscheidung hat die Kommission hierzu die Auffassung vertreten, dass der angemessene Zeitraum für die Amortisation der Kosten der Kundenakquisition von Telefónica für die vorliegende Sache [vertraulich] Jahre betrage, wobei dieser Zeitraum der maximale Zeitraum sei, den die nationalen Wettbewerbs- und Regulierungsbehörden einschließlich der CMT verwendeten, und länger sei als der Zeitraum, von dem Telefónica in ihrem anfänglichen Geschäftsplan für die Amortisation dieser Kosten ausgegangen sei. Die Kommission hat daher aus den in den Erwägungsgründen 476 bis 485 der angefochtenen Entscheidung aufgeführten Gründen nicht, wie von Telefónica vorgeschlagen, die durchschnittliche Vertragsdauer des Kundenstamms von Telefónica verwendet.
- 247 Die Klägerinnen machen erstens geltend, dass die Kommission nicht dartue, warum der Amortisationszeitraum bestimmter nationaler Regulierungs- und Wettbewerbsbehörden sachgerechter sei als die Schätzungen in der Entscheidung der Kommission vom 16. Juli 2003 (Sache COMP/38.233 – Wanadoo Interactive), zumal der von bestimmten nationalen Behörden, u. a. der französischen Wettbewerbsbehörde, verwendete maximale Zeitraum unter Zugrundelegung der durchschnittlichen Vertragsdauer der Teilnehmer [vertraulich] betrage (488. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung). Ein solches Vorbringen ist jedoch zurückzuweisen, da die Kommission die Gründe für die Wahl dieses Zeitraums in den Erwägungsgründen 486 bis 489 der angefochtenen Entscheidung klar erläutert hat.
- 248 Zweitens habe die Kommission die Geschäftspläne von Telefónica nicht in angemessener Weise geprüft; eine solche Prüfung hätte gezeigt, dass die ihnen zugrunde liegenden Annahmen auf Schätzungen des Wertes gestützt seien, der für [vertraulich] geschaffen worden sei. In der mündlichen Verhandlung zur Tragweite und Bedeutung dieser Feststellung befragt, haben die Klägerinnen insbesondere erklärt, dass sich die Kommission auf eine fehlerhafte Auslegung der Geschäftspläne von Telefónica gestützt habe, um die tatsächliche durchschnittliche Vertragsdauer der Teilnehmer von Telefónica zu verneinen, die ihrer Auffassung nach [vertraulich] sei. Ihr Vorbringen konnte jedoch nicht dahin verstanden werden, dass damit eine durchschnittliche Vertragsdauer der Teilnehmer von Telefónica von [vertraulich] Jahren dargetan werden sollte.
- 249 Insofern ist das Vorbringen der Klägerinnen zurückzuweisen, da es auf einer falschen Prämisse beruht. Wie aus den Erwägungsgründen 477 bis 489 der angefochtenen Entscheidung hervorgeht, hat die Kommission die Daten zur tatsächlichen durchschnittlichen Vertragsdauer der Teilnehmer von Telefónica deshalb zurückgewiesen, weil zum Ersten die durchschnittliche Vertragsdauer der Teilnehmeranschlüsse von Telefónica sehr wahrscheinlich länger gewesen sei, als dies in einem Wettbewerbsmarkt der Fall gewesen wäre, zum Zweiten die von Telefónica angegebene Vertragsdauer bereits den eigenen Feststellungen von Telefónica widersprochen habe, wonach auf dem Endkundenmarkt verhältnismäßig niedrige Kosten für einen Wechsel des Anbieters angefallen wären und die Vertragserneuerungsrate („churn rate“) bei [vertraulich] % pro Monat gelegen habe, was eine Vertragsdauer von [vertraulich] Jahren entspreche, zum Dritten die Formel von Telefónica für einen wachsenden Markt ungeeignet sei und zum Vierten der von der Kommission gewählte Zeitraum der maximale Zeitraum sei, der von nationalen Wettbewerbsbehörden berücksichtigt werde. Somit habe die Kommission die von Telefónica angegebene durchschnittliche Vertragsdauer nicht unter Berufung auf die Geschäftspläne von Telefónica zurückgewiesen, sondern im 489. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung lediglich festgestellt, dass der am Ende gewählte Amortisationszeitraum [vertraulich] als der Zeitraum in den Geschäftsplänen und für Telefónica daher günstiger sei.

- 250 Drittens machen die Klägerinnen geltend, dass die Annahme der Kommission nicht dem tatsächlichen Verhalten der Kunden von Telefónica entspreche, da die durchschnittliche Dauer der Teilnehmeranschlüsse von Telefónica länger als [vertraulich] sei. Insofern tragen die Klägerinnen lediglich vor, dass man durch Anwendung der gängigen Statistiktechniken für die Schätzung der durchschnittlichen Vertragsdauer ihrer Teilnehmeranschlüsse zu einer Zahl über [vertraulich] gelange. Ein solches Argument wird jedoch weder in den Schriftsätzen erläutert oder ausgeführt, sondern ergibt sich lediglich aus einem pauschalen Verweis auf zehn Seiten einer als Anlage beigefügten Wirtschaftlichkeitsstudie. Es ist daher zurückzuweisen.
- 251 Viertens machen die Klägerinnen geltend, die Kommission hätte ein anderes Amortisationskriterium wählen können. Der Hinweis auf diese Möglichkeit reicht jedoch nicht für die Annahme aus, dass die Kommission einen offensichtlichen Beurteilungsfehler bei der Wahl der Amortisationskriterien begangen hat. Dieses Vorbringen ist daher zurückzuweisen.
- 252 Als Drittes machen die Klägerinnen geltend, die Kommission schätze die Netzkosten zu hoch ein.
- 253 Erstens habe die Kommission den Nettowert der Investitionen, der sich auf die Berechnung der Finanzierungskosten des IP-Netzes von Telefónica auswirke, falsch berechnet. Die Kommission habe den von Telefónica behaupteten Berechnungsfehler in ihrer Klagebeantwortung eingeräumt. Gleichwohl behaupte sie, dass sich dieser Fehler in keiner Weise auf die Berechnung der Kosten-Preis-Schere auf der Ebene des nationalen Großkundenprodukts auswirke, dass er die Ergebnisse der Ertragswertanalyse in keiner Weise ändere und dass er für die Untersuchung nach einzelnen Zeiträumen nur begrenzte Auswirkungen habe, die nicht die Feststellung beeinträchtigten, dass auf der Ebene des regionalen Großkundenprodukts eine Kosten-Preis-Schere bestehe. In der Erwiderung machen die Klägerinnen keine Argumente mehr zur Berechnung des Nettobuchwerts der Investitionen durch die Kommission geltend. Im Übrigen haben sie in der mündlichen Verhandlung festgestellt, dass sich die Berichtigung des Fehlers der Kommission nicht auf den Ausgang des Verfahrens auswirke. Dieses Vorbringen ist daher nicht mehr zu prüfen.
- 254 Zweitens machen die Klägerinnen geltend, die Kommission wende zu hohe und während des gesamten Prüfungszeitraums gleichbleibende gewichtete durchschnittliche Kapitalkosten (Weighted Average Cost of Capital, WACC) an.
- 255 Es ist festzustellen, dass die Kapitalkosten eine Schätzung des Preises sind, den das Unternehmen zahlen muss, um das eingesetzte Kapital aufzubringen; sie spiegeln auch die Rendite wider, die Investoren erwarten, wenn sie in die Aktivitäten des Unternehmens investieren (383. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung). Im 447. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung heißt es, die Kapitalkosten würden auf der Grundlage der WACC berechnet, die von der CMT bei der Regulierung des Breitbandgeschäfts von TESAU zugrunde gelegt worden seien und von Telefónica selbst im Zusammenhang mit der Darstellung angenommen worden seien, die Kosten im ADSL-Bereich enthielten ein größeres Risiko als in den anderen Sparten. Die WACC wurden in der angefochtenen Entscheidung daher auf [vertraulich] % festgesetzt. Von diesen WACC sei auch Telefónica in ihrer Antwort auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte ausgegangen (Erwägungsgründe 384, 385, 447 und 451 der angefochtenen Entscheidung).
- 256 Zunächst machen die Klägerinnen im Wesentlichen geltend, dass die offiziellen WACC, die von der CMT gebilligt worden seien, zu keinem Zeitpunkt [vertraulich] % überschritten hätten. Zudem betrügen die durchschnittlichen WACC, die Telefónica in ihrem Geschäftsplan für die Zeit von 2002 bis 2011 verwendet habe, [vertraulich] %. Ein solches Vorbringen kann jedoch keinen Erfolg haben, da die Kommission in ihren Schriftsätzen, ohne dass die Klägerinnen dem widersprochen hätten, ausgeführt hat, dass die WACC, auf die sich Telefónica bezieht, durchschnittlichen WACC entsprechen, die nicht nur für die Großkunden- und Endkunden-Breitbandgeschäfte von Telefónica berechnet worden seien, sondern auch für ihr Festnetzgeschäft. Ferner geht aus den Akten hervor, dass Telefónica selbst der Ansicht ist, dass die WACC für das Endkunden-Breitbandgeschäft sehr viel

höher seien ([*vertraulich*] %) als die durchschnittlichen WACC für die Tätigkeit von TESAU insgesamt. Ebenso ist das Vorbringen der Klägerinnen zurückzuweisen, wonach die von den Regulierungsbehörden oder den Analysten bei der Bewertung von Unternehmen, die Breitbanddienste erbrächten, gebilligte Rendite nicht die von der Kommission in der angefochtenen Entscheidung zugrunde gelegte Rendite erreiche, da sie sich nicht speziell auf das Großkunden- und das Endkundengeschäft jener Unternehmen beziehe.

- 257 Ferner habe die CMT Telefónica für den Breitbandmarkt zu keinem Zeitpunkt eine höhere Rendite eingeräumt als für das übrige Geschäft. Auch diesem Vorbringen kann nicht gefolgt werden. Die in der angefochtenen Entscheidung verwendeten WACC, die die CMT in ihrem „retail-minus“-Ansatz verwendet hat, sind die WACC für das Breitbandgeschäft von TESAU auf der nachgelagerten Ebene, was von der CMT in ihrer Antwort auf ein Auskunftersuchen der Kommission vom 18. November 2004 bestätigt wurde. Aus dieser Antwort geht hervor, dass die CMT zwischen den WACC, die bei der Berechnung des kostenorientierten Preises für den indirekten Zugang (von [*vertraulich*] %) verwendet werden, und den WACC unterschieden hat, die für die Berechnung der Großkundenpreise nach dem „retail-minus“-Ansatz (von [*vertraulich*] %) verwendet wurden. Darüber hinaus stellen die Klägerinnen fest, dass Telefónica selbst in ihrer Antwort auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte WACC von [*vertraulich*] % verwendet habe.
- 258 Die Klägerinnen stellen schließlich fest, ihr Vorbringen zu den WACC betreffend das Angebot des Zugangs zu den Teilnehmeranschlüssen im Jahr 2002 rechtfertige nicht, dass sie während des gesamten Untersuchungszeitraums verwendet würden, da dieses Angebot zu einem Zeitpunkt formuliert worden sei, in dem Telefónica bedeutende Investitionen unter höchst unsicheren Umständen in Bezug auf die Technik sowie die Breitband-Entwicklung getätigt habe. Wie die Kommission jedoch festgestellt hat, ohne dass die Klägerinnen dem in der mündlichen Verhandlung widersprochen hätten, war das Breitband-Geschäft von Telefónica bereits rentabel, als sie dieses Angebot machte.
- 259 Als Viertes machen die Klägerinnen geltend, dass die Kommission mehrere Kostenposten zweimal verbucht habe (und zwar die einmaligen Kosten der ISP-Plattform [Anbieter von Internetzugangsdiensten] und die Kosten der Studien des ADSL-Marktes) und dass die Kostenposten häufig zeitlich inkohärent seien.
- 260 Zum einen tragen die Klägerinnen zur doppelten Verbuchung bestimmter Kostenposten vor, die Kosten für den Erwerb der ISP-Plattform in Tabelle 29 der angefochtenen Entscheidung seien bereits in den laufenden Kosten dieser Plattform in Tabelle 27 der angefochtenen Entscheidung enthalten. Darüber hinaus seien auch die im Posten „Marktbeobachtung“ enthaltenen Kosten zweimal verbucht worden.
- 261 Hierzu ist festzustellen, dass die umstrittenen Angaben in den Tabellen 27 und 29 der angefochtenen Entscheidung den Angaben entsprechen, die die Klägerinnen selbst in ihrer Antwort auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte gegenüber der Kommission gemacht hat.
- 262 Im Übrigen beschränken sich die Klägerinnen in ihrer Klageschrift auf die Feststellung, die Kommission schätze die Kosten von Telefónica dadurch falsch ein, dass sie auf inkohärente Quellen zurückgreife und sich auf vier Seiten einer Anlage beziehe. In der Erwiderung vertreten sie die Auffassung, dass sie sich auf die in der Klageschrift angeführten Erläuterungen zu den Kosten beziehen müssten, und verweisen ebenfalls auf drei Seiten einer Anlage dazu. Somit machen die Klägerinnen in ihren Schriftsätzen keine Angaben zu der angeblichen doppelten Verbuchung. Die Kommission ihrerseits weist darauf hin, dass es sich bei den Kosten in Tabelle 27 um laufende Kosten handele, während die Kosten in Tabelle 29 einmalige Kosten seien. Hierzu in der mündlichen Verhandlung befragt, haben die Klägerinnen vorgetragen, dass die Kommission die Angaben aus den Scoreboards von Telefónica verwendet habe, die nicht zwischen den in Rede stehenden laufenden und einmaligen Kosten unterschieden. Die Unterlagen in den Akten des Gerichts, auf die sich die Klägerinnen in der

mündlichen Verhandlung ausdrücklich bezogen haben, um ihr Vorbringen zu untermauern, stammen jedoch aus dem Dokument „Wirtschaftlichkeitsberechnung ADSL“, einer Untersuchung von Telefónica zu den Verlusten und Gewinnen ihres Einzelkundengeschäfts. Aus dem 407. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung geht, von den Klägerinnen unbestritten, hervor, dass es sich bei diesem Dokument um eine Bewertung „ausgehend von der eigenen Bewertung [von Telefónica] der Zusatzkosten seiner netzunabhängigen Kosten (Kosten für Kundenakquisition und laufende ISP-Kosten)“ handelt und die Kosten der IPS-Plattform in dieser Studie daher nicht die einmaligen Kosten umfassen. Die Behauptung einer doppelten Verbuchung der laufenden Kosten der „Beobachtung des Marktes“ in Tabelle 27 der angefochtenen Entscheidung, die bereits unter „Sonstige Produktionskosten“ in dieser Tabelle enthalten sein sollen, wird durch nichts gestützt. Das Vorbringen der Klägerinnen kann daher keinen Erfolg haben.

263 Zum anderen ist zu dem Vorbringen, dass die Kostenposten zeitlich inkohärent seien, festzustellen, dass Telefónica ihre Stückkosten für 2001 trotz Nachfrage der Kommission nicht vorgelegt hat (Fn. 464 der angefochtenen Entscheidung). Folglich hat die Kommission keinen offensichtlichen Beurteilungsfehler begangen, indem sie die Kosten von Telefónica für das Jahr 2001 ausgehend von den in ihrem Besitz befindlichen Buchführungsdaten oder, falls solche nicht vorlagen, auf der Grundlage der Schätzungen der Studie „Wirtschaftlichkeitsberechnung ADSL“ oder der Scoreboards des Unternehmens bestimmt hat. Die Klägerinnen sind diesem Ansatz im Übrigen in der Antwort auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte oder in dem Sachverhaltsschreiben nicht entgegengetreten. Ihr Vorbringen kann daher keinen Erfolg haben.

264 Nach alledem ist die dritte Rüge des ersten Teils des fünften Klagegrundes insgesamt zurückzuweisen, ohne dass auf die Auswirkungen der behaupteten Fehler auf die Berechnung der Kosten-Preis-Schere einzugehen ist.

265 Der erste Teil des fünften Klagegrundes ist daher insgesamt zurückzuweisen.

Zum zweiten Teil des fünften Klagegrundes: keine rechtlich hinreichende Feststellung der voraussichtlichen oder konkreten Auswirkungen des untersuchten Verhaltens durch die Kommission

266 Im Rahmen des vorliegenden Teils machen die Klägerinnen geltend, dass die Kommission die voraussichtlichen oder konkreten Auswirkungen des Verhaltens von Telefónica nicht rechtlich hinreichend festgestellt habe.

267 Nach der oben in Randnr. 170 angeführten Rechtsprechung erfasst Art. 82 EG, indem er die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung verbietet, soweit dadurch der Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt werden kann, die Verhaltensweisen eines Unternehmens in einer marktbeherrschenden Stellung, die einen Markt beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit des fraglichen Unternehmens bereits geschwächt ist, und die die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch die Verwendung von Mitteln behindern, die von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Unternehmen abweichen.

268 Die Wirkung, von der in der genannten Randnummer angeführten Rechtsprechung die Rede ist, betrifft nicht notwendig die konkrete Wirkung des beanstandeten missbräuchlichen Verhaltens. Für die Feststellung eines Verstoßes gegen Art. 82 EG genügt der Nachweis, dass das missbräuchliche Verhalten des Unternehmens in beherrschender Stellung darauf gerichtet ist, den Wettbewerb zu beschränken, oder anders ausgedrückt, dass das Verhalten eine solche Wirkung haben kann (Urteile des Gerichts vom 30. September 2003, Michelin/Kommission, T-203/01, Slg. 2003, II-4071, Randnr. 239, vom 17. Dezember 2003, British Airways/Kommission, T-219/99, Slg. 2003, II-5917, Randnr. 293, und Microsoft/Kommission, oben in Randnr. 58 angeführt, Randnr. 867). Demzufolge

muss die wettbewerbswidrige Wirkung der betreffenden Preispolitik auf dem Markt vorliegen, wenn auch nicht unbedingt im konkreten Fall, denn es genügt der Nachweis einer potenziellen wettbewerbswidrigen Wirkung, durch die zumindest ebenso effiziente Wettbewerber wie das beherrschende Unternehmen verdrängt werden könnten (Urteil TeliaSonera, oben in Randnr. 146 angeführt, Randnr. 64).

- 269 Ebenfalls nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs sind für die Feststellung, ob das Unternehmen in beherrschender Stellung diese Stellung durch die Anwendung seiner Preispolitik missbräuchlich ausgenutzt hat, sämtliche Umstände zu berücksichtigen und muss untersucht werden, ob diese Verhaltensweise darauf abzielt, dem Abnehmer durch die Gewährung eines Vorteils, der nicht auf einer ihn rechtfertigenden wirtschaftlichen Leistung beruht, die Wahl zwischen mehreren Bezugsquellen unmöglich zu machen oder zu erschweren, den Konkurrenten den Zugang zum Markt zu verwehren, Handelspartnern für gleichwertige Leistungen ungleiche Bedingungen aufzuerlegen und ihnen damit einen Wettbewerbsnachteil zuzufügen oder die beherrschende Stellung durch einen verfälschten Wettbewerb zu stärken (vgl. Urteile vom 14. Oktober 2010, Deutsche Telekom/Kommission, oben in Randnr. 170 angeführt, Randnr. 175, und TeliaSonera, oben in Randnr. 146 angeführt, Randnr. 28 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 270 Da Art. 82 EG somit nicht nur Verhaltensweisen erfasst, durch die den Verbrauchern ein unmittelbarer Schaden erwachsen kann, sondern auch solche, die sie durch die Beeinträchtigung des Wettbewerbs schädigen, trägt das Unternehmen, das eine beherrschende Stellung innehat, eine besondere Verantwortung dafür, dass es durch sein Verhalten einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb auf dem Gemeinsamen Markt nicht beeinträchtigt (vgl. Urteil vom 14. Oktober 2010, Deutsche Telekom/Kommission, oben in Randnr. 50 angeführt, Randnr. 176 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 271 Folglich verbietet Art. 82 EG einem beherrschenden Unternehmen insbesondere eine Preispolitik, die für seine gegenwärtigen oder potenziellen ebenso effizienten Wettbewerber eine Verdrängungswirkung entfaltet, d. h. eine Verhaltensweise, die geeignet ist, seinen Wettbewerbern den Zugang zum Markt und seinen Vertragspartnern die Wahl zwischen mehreren Bezugsquellen oder Handelspartnern zu erschweren oder gar unmöglich zu machen, und damit seine Stellung stärkt, indem andere Mittel als diejenigen eines Leistungswettbewerbs eingesetzt werden. Aus dieser Sicht kann nicht jeder Preiswettbewerb als zulässig angesehen werden (vgl. Urteil vom 14. Oktober 2010, Deutsche Telekom/Kommission, oben in Randnr. 50 angeführt, Randnr. 177 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 272 Nach den vorstehenden Ausführungen ist erstens das Vorbringen der Klägerinnen zurückzuweisen, dass es angesichts des Zeitraums zwischen dem Beginn des beanstandeten Verhaltens und dem Erlass der angefochtenen Entscheidung nicht angemessen gewesen sei, die voraussichtlichen Wirkungen zu prüfen, da der Kommission genügend Zeit zur Verfügung gestanden habe, um das Vorliegen der wettbewerbswidrigen Auswirkungen des fraglichen Verhaltens darzutun. Ein solches Vorbringen findet im Übrigen keine Stütze in der Rechtsprechung.
- 273 Zweitens ist das auf das Urteil des Gerichts vom 25. Oktober 2002, Tetra Laval/Kommission (T-5/02, Slg. 2002, II-4381, Randnr. 153), gestützte Vorbringen der Klägerinnen zurückzuweisen, die Kommission hätte, selbst wenn sie sich auf eine Prüfung der voraussichtlichen Wirkungen gestützt habe, dartun müssen, dass das Verhalten von Telefónica „aller Wahrscheinlichkeit nach“ negative Auswirkungen auf den Wettbewerb und die Verbraucher gehabt hätte. Dieses Urteil ist in einer Rechtssache zur Kontrolle von Zusammenschlüssen ergangen, in der das Gericht festgestellt hat, dass die Kommission im Rahmen einer vorausschauenden Untersuchung einen Zusammenschluss des Konglomerattyps untersagen muss, wenn sie „zu dem Ergebnis [kommt], dass wegen der von ihr festgestellten Konglomeratwirkungen aller Wahrscheinlichkeit nach in naher Zukunft eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt würde, durch die wirksamer Wettbewerb auf dem betreffenden Markt erheblich behindert würde“. Wie der Gerichtshof im Urteil Kommission/Tetra

Laval, oben in Randnr. 71 angeführt (Randnrn. 42 f.), festgestellt hat, muss eine vorausschauende Untersuchung der Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung, wie sie im Bereich der Kontrolle von Zusammenschlüssen erforderlich ist, mit großem Bedacht durchgeführt werden, da es nicht darum geht, vergangene Ereignisse, in Bezug auf die häufig zahlreiche Anhaltspunkte vorliegen, die ein Verständnis ihrer Ursachen ermöglichen, zu prüfen. Eine solche Situation ist jedoch nicht mit dem vorliegenden Fall zu vergleichen.

274 Drittens ist angesichts der oben in Randnr. 268 angeführten Rechtsprechung die Behauptung der Klägerinnen zu prüfen, die Feststellungen seien der Kommission zu den voraussichtlichen Auswirkungen des Verhaltens von Telefónica rein theoretisch und nicht belegt.

275 Hierzu ist festzustellen, dass die voraussichtlichen Auswirkungen des Verhaltens von Telefónica in den Erwägungsgründen 545 bis 563 der angefochtenen Entscheidung geprüft worden sind. Zum einen hat die Kommission darin festgestellt, dieses Verhalten habe voraussichtlich die Möglichkeit von ADSL-Anbietern behindert, im Endkundenmarkt nachhaltig zu wachsen. Sie hat sich zur Stützung dieser Schlussfolgerung zunächst darauf berufen, dass die ADSL-Anbieter die Endkundenpreise von Telefónica hätten unterbieten müssen, um Kunden zu gewinnen. Daraus ergäben sich Verluste, die in einem Wettbewerbsmarkt nicht in einer angemessenen Zeit kompensierbar gewesen wären (546. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung). Sie hat sich hierbei u. a. auf die Feststellungen in den Erwägungsgründen 251 bis 253 der angefochtenen Entscheidung gestützt. Sodann hat sie unter Berufung auf die Feststellungen in den Erwägungsgründen 223 bis 242 der angefochtenen Entscheidung die Auffassung vertreten, dass die ADSL-Wettbewerber auf dem Endkundenmarkt nicht über einen alternativen existenzfähigen Zugang verfügten. Sie hat auch auf das Abhängigkeitsverhältnis der alternativen Betreiber zu den Großkundenprodukten von Telefónica verwiesen (Erwägungsgründe 547 f. der angefochtenen Entscheidung). Daher habe das Verhalten von Telefónica wahrscheinlich die Marktpräsenz von ebenso effizienten Wettbewerbern gefährdet, und Telefónica habe durch ihr Verhalten den alternativen Wettbewerbern auferlegen können, ein Gleichgewicht zwischen ihrer Rentabilität und dem Wachstum ihres Marktanteils herzustellen und damit den auf sie wirkenden Wettbewerbsdruck zu beschränken (Erwägungsgründe 549 bis 552 der angefochtenen Entscheidung). Zum anderen war die Kommission der Ansicht, dass das Verhalten von Telefónica die Endverbraucher wahrscheinlich benachteiligt habe, da der Wettbewerb, der durch die Kosten-Preis-Schere beeinträchtigt worden sei, zu einem Sinken der Endkundenpreise hätte führen können (Erwägungsgründe 556 bis 559 der angefochtenen Entscheidung).

276 Die Feststellungen der Kommission in den Erwägungsgründen 545 bis 563 der angefochtenen Entscheidung können nicht als „rein theoretisch“ oder nicht hinreichend substantiiert betrachtet werden. Vielmehr belegen sie rechtlich hinreichend die möglichen Beeinträchtigungen, die das Preisverhalten von Telefónica für die Intensität des Wettbewerbs auf dem Endkundenmarkt verursachen konnte. Somit hat die Kommission beurteilungsfehlerfrei geschlossen, dass das Verhalten von Telefónica wahrscheinlich die Schranken für den Marktzutritt und die Ausdehnung auf diesem Markt verstärkt hat und dass ohne Verzerrungen aufgrund der Kosten-Preis-Schere der Wettbewerb auf dem Endkundenmarkt voraussichtlich lebhafter gewesen wäre, was den Verbrauchern über die Preise, die Auswahl und die Neuerungen zugutegekommen wäre.

277 Das Vorbringen der Klägerinnen, das diese Schlussfolgerung widerlegen soll, kann keinen Erfolg haben.

278 So ist das Vorbringen der Klägerinnen, der von der Kommission verwendete Kosten-Preis-Scheren-Test gehöre nicht zu den Kriterien, die die strategischen Entscheidungen der alternativen Betreiber auf dem Endkundenmarkt bestimmten, zurückzuweisen.

279 Was zum einen das Vorbringen betrifft, ein ebenso effizienter Wettbewerber wie Telefónica treffe seine strategischen Entscheidungen nicht allein nach Maßgabe der Lebensdauer seiner Vermögenswerte, sondern auch nach Maßgabe des erforderlichen Zeitraums für die Rentabilisierung der Investitionen in neue Infrastrukturen und in die Kundengewinnung, weist die Kommission zutreffend darauf hin,

dass der Beweis der wettbewerbswidrigen Auswirkungen des Missbrauchs sich weitgehend auf die Tendenz der in Rede stehenden Praxis gründe, die Zutrittskosten der Wettbewerber zu erhöhen und deren Rentabilitätsperspektiven zu verzögern, indem gerade die Schaffung eines eigenen Kundenstamms erschwert werde, der den Aufbau ihrer eigenen Infrastruktur rechtfertigen würde. Dies hat sich jedoch notwendigerweise auf die strategischen Entscheidungen, das Verhalten auf dem Markt und die Ergebnisse der Wettbewerber von Telefónica und der möglichen neu in den Markt eintretenden Unternehmen ausgewirkt.

280 Zum anderen ist das Vorbringen der Klägerinnen zurückzuweisen, mit dem gezeigt werden soll, dass die Untersuchung der Kommission nicht berücksichtige, dass die Wettbewerber von Telefónica Zugang zu Wettbewerbsstrategien hätten, beispielsweise der Strategie, den Endkundenmarkt auf der Grundlage ihrer eigenen Infrastruktur oder mit Hilfe einer Kombination ihrer eigenen Infrastrukturen und der Infrastruktur von Telefónica oder auch durch einen aggressiven Wettbewerb zu durchdringen, der es ihnen ermögliche, nach und nach die Investitionsleiter zu erklimmen. Zunächst ist zum Vorbringen der Klägerinnen, ein alternativer Betreiber setze seine Investitionen besser ein, indem er seine Infrastruktur nur in den profitablen Gebieten einrichte, festzustellen, dass der Betreiber unter diesen Umständen Verluste in bestimmten spanischen Gebieten durch die in anderen Gebieten erzielten Einkünfte ausgleichen müsste. Zurückzuweisen ist sodann das Vorbringen, die von den alternativen Betreibern in ihren eigenen Netzen getätigten Investitionen seien nicht so umfangreich, da die Betroffenen eine optimale Kombination von Großkundenprodukten verwendeten. Wie bereits oben in Randnr. 117 festgestellt, ist die Entwicklung eigener Infrastrukturen mit erheblichen Kosten verbunden. Darüber hinaus ist, wie oben in Randnr. 130 dargelegt, die Verwendung einer Kombination von Großkundenprodukten nicht erwiesen. Schließlich ist das Vorbringen, die Theorie der Investitionsleiter erfordere nicht, dass sämtliche Stufen zugänglich seien, aus den oben in Randnr. 196 angeführten Gründen zurückzuweisen.

281 Darüber hinaus ist die Behauptung, die Kommission habe in der angefochtenen Entscheidung den Wettbewerbsdruck der Kabelbetreiber auf den Endkundenmarkt nicht berücksichtigt, zurückzuweisen. Die Kommission hat diese Erscheinung nicht nur in dem Abschnitt der angefochtenen Entscheidung über die voraussichtlichen Auswirkungen des Verhaltens von Telefónica (Erwägungsgründe 559 f. der angefochtenen Entscheidung), sondern auch in den Erwägungsgründen 268 bis 276 dieser Entscheidung zur Definition des Endkundenmarkts untersucht.

282 Nach alledem ist festzustellen, dass die Kommission in den Erwägungsgründen 545 bis 563 der angefochtenen Entscheidung das Vorliegen etwaiger Beeinträchtigungen, die die Preispolitik von Telefónica für die Entwicklung des Angebots auf dem Endkundenmarkt und damit das Ausmaß des Wettbewerbs auf diesem Markt verursachen konnte, rechtlich hinreichend nachgewiesen hat.

283 Da zur Feststellung eines Verstoßes gegen Art. 82 EG der Nachweis ausreicht, dass das missbräuchliche Verhalten den Wettbewerb beschränken kann (siehe oben, Randnr. 268), und da sich, wenn bestimmte Gründe einer Entscheidung für sich genommen diese rechtlich hinreichend rechtfertigen können, etwaige Mängel der übrigen Begründung des Rechtsakts nach gefestigter Rechtsprechung jedenfalls nicht auf dessen verfügbaren Teil auswirken (Urteil des Gerichts vom 21. September 2005, EDP/Kommission, T-87/05, Slg. 2005, II-3745, Randnr. 144; vgl. in diesem Sinne auch Urteil des Gerichtshofs vom 12. Juli 2001, Kommission und Frankreich/TF1, C-302/99 P und C-308/99 P, Slg. 2001, I-5603, Randnrn. 26 bis 29), muss das Vorbringen der Klägerinnen, es fehle der Beweis für die konkreten Auswirkungen des Verhaltens von Telefónica auf dem Markt, im Rahmen der Feststellung des behaupteten Verstoßes als ins Leere gehend zurückgewiesen werden.

284 Folglich ist der zweite Teil des fünften Klagegrundes zurückzuweisen.

285 Der fünfte Klagegrund ist daher insgesamt zurückzuweisen.

g) Zum sechsten Klagegrund: *Ultra-vires*-Anwendung von Art. 82 EG und Verstoß gegen die Grundsätze der Subsidiarität, der Verhältnismäßigkeit, der Rechtssicherheit, der loyalen Zusammenarbeit und der ordnungsgemäßen Verwaltung

286 Der vorliegende Klagegrund enthält drei Teile. Der erste Teil betrifft die *Ultra-vires*-Anwendung von Art. 82 EG. Der zweite, hilfsweise vorgebrachte Teil bezieht sich auf einen Verstoß gegen die Grundsätze der Subsidiarität, der Verhältnismäßigkeit und der Rechtssicherheit. Mit dem dritten Teil wird schließlich ein Verstoß gegen die Grundsätze der loyalen Zusammenarbeit und der ordnungsgemäßen Verwaltung gerügt.

Zum ersten Teil des sechsten Klagegrundes: *Ultra-vires*-Anwendung von Art. 82 EG

287 Im Rahmen des vorliegenden Teils des Klagegrundes machen die Klägerinnen geltend, mit Erlass der angefochtenen Entscheidung habe die Kommission Art. 82 EG *ultra vires* angewandt.

288 Zu der von der Kommission bestrittenen Zulässigkeit dieses Teils des Klagegrundes ist festzustellen, dass nach dem Wortlaut der Klageschrift das Vorbringen der Klägerinnen in diesem Zusammenhang zeigen soll, dass die Kommission Art. 82 EG über die Zuständigkeiten hinaus angewandt habe, die ihr im Rahmen des Wettbewerbsrechts verliehen worden seien. Zudem haben die Klägerinnen in der Erwiderung entgegen dem Vorbringen der Kommission darauf hingewiesen, dass sie keinen Ermessensmissbrauch geltend machten. Sofern mit diesem Teil des Klagegrundes dargetan werden soll, dass die Kommission ihre Befugnisse überschritten habe, ist er daher für unzulässig zu erklären.

289 Zur Begründetheit dieses Teils des Klagegrundes ist erstens das auf ihre Ausführungen im Rahmen des vierten Klagegrundes gestützte Vorbringen der Klägerinnen zurückzuweisen, die Kommission habe die auf Art. 82 EG anwendbaren rechtlichen Kriterien nicht berücksichtigt, da dieses Vorbringen, mit dem ohnehin nicht dargetan werden sollte, dass die Kommission ihre Befugnisse überschritten habe, nicht begründet ist (siehe oben, Randnrn. 169 bis 197). Ferner ist für die Anwendung von Art. 82 EG nicht relevant, dass das missbräuchliche Verhalten auf einem – nach Auffassung der Klägerinnen – „instrumentellen“ Markt, d. h. auf einem Markt, der zu regulatorischen Zwecken geschaffen worden ist, begangen wurde, da das Wettbewerbsrecht auch für diese Märkte gilt (vgl. in diesem Sinne Urteile des Gerichtshofs vom 13. November 1975, *General Motors Continental/Kommission*, 26/75, Slg. 1975, 1367, Randnrn. 4 bis 10, und vom 11. November 1986, *British Leyland/Kommission*, 226/84, Slg. 1986, 3263, Randnr. 5).

290 Was zweitens das Vorbringen der Klägerinnen betrifft, die Kommission habe bei der Bewertung des Verhaltens von Telefónica in der angefochtenen Entscheidung in die Befugnisse der nationalen Regulierungsbehörden eingegriffen und auf regulatorische Begriffe wie „Investitionsleiter“ Bezug genommen, ist festzustellen, dass sich die Klägerinnen auf die Behauptung beschränken, dieser Begriff, dessen Verwendung im Rahmen der Anwendung von Art. 82 EG jeder Grundlage entbehre, spiegele weder die Entwicklung des spanischen Marktes noch die Entwicklung der Wettbewerbsstrategie der alternativen Betreiber wider. Auch wenn die Klägerinnen feststellen, dass dieser Begriff regulatorischer Art sei und nicht zum Wettbewerbsrecht gehöre, machen sie keine Angaben dazu, inwiefern durch die Verwendung dieses wirtschaftlichen Konzepts durch die Kommission zur Beschreibung der Entwicklung des spanischen Breitbandmarkts nach der Liberalisierung des Telekommunikationssektors dargetan werden soll, dass die Kommission ihre Befugnisse überschritten oder Art. 82 EG „zu regulatorischen Zwecken“ angewandt habe; ihrer Auffassung kann daher nicht gefolgt werden. Im Übrigen hat, wie aus dem 180. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung hervorgeht, Telefónica selbst in einem Schreiben an die Kommission vom 2. März 2005 auf den Begriff der „Investitionsleiter“ Bezug genommen, um die Entwicklung des spanischen Internetmarkts nach 2001 zu beschreiben, und festgestellt, dass „[d]er spanische Breitbandmarkt ... die ‚Investitionsleiter‘ ... weiter in der erwarteten Geschwindigkeit hinauf[klettert]“. Wenn die Klägerinnen geltend machen, dass die Verwendung dieses Begriffs die Kommission dazu verleitet habe, nicht zu

berücksichtigen, dass die alternativen Betreiber eine optimale Kombination von Großkundenprodukten verwendeten, oder dass sie, wie das Beispiel Jazztel zeige, erhebliche Investitionen hätten tätigen können und tätigten, ohne über einen bedeutenden Kundenstamm zu verfügen, ist ein solches Vorbringen, mit dem auch nicht dargetan werden soll, dass die Kommission ihre Zuständigkeit überschritten habe, aus den oben in den Randnrn. 120 und 201 bis 211 genannten Gründen zurückzuweisen.

291 Drittens ist das in der Erwiderung vorgetragene Argument, die Kommission habe nach Art. 7 der Rahmenrichtlinie über ein formelles *Ad-hoc*-Instrument zur Intervention verfügt, das es ihr erlaube, in einer Situation wie der vorliegenden einzugreifen, unbegründet, ohne dass es einer Prüfung der Zulässigkeit dieses Arguments bedarf, die von der Kommission in Abrede gestellt wird.

292 Nach Art. 1 Abs. 1 der Rahmenrichtlinie wird mit dieser „ein harmonisierter Rahmen für die Regulierung elektronischer Kommunikationsdienste und Kommunikationsnetze sowie zugehöriger Einrichtungen und zugehöriger Dienste vorgegeben[, und s]ie legt die Aufgaben der nationalen Regulierungsbehörden sowie eine Reihe von Verfahren fest, die die gemeinschaftsweit harmonisierte Anwendung des Rechtsrahmens gewährleisten“. Zudem wollte der Unionsgesetzgeber, wie es die Verwendung des Rechtsinstruments der Richtlinie, das sich ausschließlich an die Mitgliedstaaten richtet, die Struktur der Richtlinie, mit den beiden Kapiteln „Nationale Regulierungsbehörden“ (Kapitel II: Art. 3 bis 7) und „Aufgaben der nationalen Regulierungsbehörden“ (Kapitel III: Art. 8 bis 13) und die klaren Kompetenzen, die den nationalen Regulierungsbehörden zugewiesen werden, bestätigen, den nationalen Regulierungsbehörden eine zentrale Rolle bei der Verwirklichung der Ziele der Rahmenrichtlinie zuweisen. Die Beteiligung der Kommission und der anderen nationalen Regulierungsbehörden am Verfahren der Konsolidierung des Binnenmarkts für elektronische Kommunikation wird hierbei in Art. 7 der Rahmenrichtlinie beschrieben. Durch sie soll gemäß dem 15. Erwägungsgrund der Richtlinie bewirkt werden, dass „sich Beschlüsse, die auf nationaler Ebene gefasst werden, nicht nachteilig auf den Binnenmarkt oder andere Ziele des Vertrags auswirken“.

293 Das Vorliegen dieses Instruments beeinträchtigt daher in keiner Weise die Zuständigkeit zur Feststellung der Verstöße gegen die Art. 81 EG und 82 EG, die die Kommission unmittelbar aus Art. 3 Abs. 1 der Verordnung Nr. 17 und seit dem 1. Mai 2004 aus Art. 7 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1/2003 ableitet (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 10. April 2008, Deutsche Telekom/Kommission, oben in Randnr. 69 angeführt, Randnr. 263). Somit ergänzen die Wettbewerbsvorschriften des EG-Vertrags im Wege der Ausübung einer nachträglichen Kontrolle den vom Unionsgesetzgeber gesetzten Rechtsrahmen für die Vorabregulierung der Telekommunikationsmärkte (Urteil vom 14. Oktober 2010, Deutsche Telekom/Kommission, oben in Randnr. 170 angeführt, Randnr. 92).

294 Darüber hinaus können die Klägerinnen nicht behaupten, die Kommission hätte gemäß Art. 7 der Rahmenrichtlinie die von der CMT erlassenen regulatorischen Maßnahmen überprüfen müssen. Wie die Kommission in ihren Schriftsätzen festgestellt hat, wurden ihr im Verfahren nach dieser Vorschrift nur die Maßnahmen übermittelt, die die CMT im Juni 2006 im Anschluss an die Umsetzung der Rahmenrichtlinie und der Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (ABl. 2002, C 165, S. 6) (im Folgenden zusammen: Rechtsrahmen von 2002) erlassen hat.

295 Der erste Teil des sechsten Klagegrundes ist daher zurückzuweisen.

Zum zweiten Teil des sechsten Klagegrundes: Verstoß gegen die Grundsätze der Subsidiarität, der Verhältnismäßigkeit und der Rechtssicherheit

- 296 Im Rahmen des zweiten Teils des vorliegenden Klagegrundes machen die Klägerinnen geltend, selbst wenn die Kommission Art. 82 EG zu regulatorischen Zwecken heranziehen könnte, was nicht der Fall sei, verstoße ihr Eingreifen in der vorliegenden Sache gegen die Grundsätze der Subsidiarität, der Verhältnismäßigkeit und der Rechtssicherheit, da sie sich ohne berechtigten Grund die Befugnisse des CMT anmaße.
- 297 Es ist darauf hinzuweisen, dass das Subsidiaritätsprinzip in Art. 5 Abs. 2 EG niedergelegt ist und in dem dem EG-Vertrag beigefügten Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit konkretisiert wird; danach wird die Gemeinschaft in den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, nach dem Subsidiaritätsprinzip nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen auf der Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreicht werden können und daher wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden können. Das betreffende Protokoll stellt außerdem in Nr. 5 Leitlinien für die Prüfung der Frage auf, ob diese Voraussetzungen erfüllt sind.
- 298 Ferner heißt es in Nr. 3 des Protokolls, dass das Subsidiaritätsprinzip nicht die Befugnisse in Frage stellt, über die die Gemeinschaft aufgrund dieses Vertrags entsprechend der Auslegung des Gerichtshofs verfügt. Somit stellt dieses Prinzip nicht die Befugnisse in Frage, die der Kommission im EG-Vertrag übertragen worden sind und zu denen die Anwendung der zum Funktionieren des Binnenmarkts notwendigen Wettbewerbsregeln (Art. 3 Abs. 1 Buchst. g EG) gehören, die in den Art. 81 und 82 EG aufgestellt und durch die Verordnung Nr. 17 und seit dem 1. Mai 2004 durch die Verordnung Nr. 1/2003 umgesetzt worden sind (vgl. in diesem Sinne Urteil des Gerichts vom 8. März 2007, France Télécom/Kommission, T-339/04, Slg. 2007, II-521, Randnrn. 88 f.).
- 299 Nach den Ausführungen oben in Randnr. 293 konnte Telefónica sich nicht in Unkenntnis darüber befinden, dass die Beachtung der spanischen Regelung im Bereich der Telekommunikation sie nicht vor einem Eingreifen der Kommission auf der Grundlage von Art. 82 EG schützte, da mehrere Rechtsinstrumente des Rechtsrahmens von 2002 die Möglichkeit paralleler Verfahren vor den nationalen Regulierungsbehörden und den Wettbewerbsbehörden erkennen lassen (vgl. hierzu Art. 15 Abs. 1 der Rahmenrichtlinie und Randnrn. 28, 31 und 70 der Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste).
- 300 Daraus geht hervor, dass die von den nationalen Regulierungsbehörden auf der Grundlage des Rechtsrahmens von 2002 erlassenen Entscheidungen die Kommission nicht ihrer Möglichkeit berauben, in einem späteren Stadium einzugreifen, um Art. 82 EG nach Maßgabe der Verordnung Nr. 17 und seit dem 1. Mai 2004 der Verordnung Nr. 1/2003 anzuwenden. Darüber hinaus zwingt in diesem Rechtsrahmen keine Bestimmung die Kommission dazu, das Vorliegen außergewöhnlicher Umstände nachzuweisen, um, wie von den Klägerinnen behauptet, ihr Eingreifen in einem solchen Fall zu rechtfertigen. Daher ist das Vorbringen der Klägerinnen, im Wesentlichen dürften weder die Kommission noch die nationalen Wettbewerbsbehörden ein Verhalten, für das regulatorische Maßnahmen mit ähnlichen Zielen gälten, nach Maßgabe des Wettbewerbsrechts prüfen, zurückzuweisen.
- 301 Zunächst ist die CMT jedenfalls keine Wettbewerbsbehörde, sondern eine Regulierungsbehörde; sie ist zu keinem Zeitpunkt eingeschritten, um die Einhaltung von Art. 82 EG durchzusetzen oder Entscheidungen zu erlassen, die sich auf die Praktiken beziehen, die von der angefochtenen Entscheidung mit einer Geldbuße belegt sind (Erwägungsgründe 678 und 683 der angefochtenen Entscheidung). Selbst wenn die CMT gehalten wäre, die Vereinbarkeit der Praktiken von Telefónica mit Art. 82 EG zu prüfen, hinderte das die Kommission nicht daran, eine dem Unternehmen zuzurechnende Zuwiderhandlung festzustellen. Die Kommission kann nämlich nicht an eine

Entscheidung gebunden sein, die eine nationale Behörde nach Art. 82 EG erlassen hat (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 10. April 2008, Deutsche Telekom/Kommission, oben in Randnr. 69 angeführt, Randnr. 120).

302 Ferner hat die CMT wiederholt festgestellt, dass ihr bestimmte Informationen, die für die Prüfung der Kosten-Preis-Schere in Bezug auf die Preise von Telefónica für den regionalen Breitband-Großkunden- und -Endkundenzugang erforderlich seien, nicht zur Verfügung stünden (vgl. u. a. Erwägungsgründe 494, 495, 509 und 511 der angefochtenen Entscheidung).

303 Nach dem 494. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung war schließlich das von der CMT in ihren *Ex-ante*-Entscheidungen verwendete Kostenmodell, mit dem überprüft werden sollte, dass keine Kosten-Preis-Schere vorlag, auch nicht für die Zwecke der Anwendung von Art. 82 EG geeignet, da es sich zum einen im Hinblick auf die in der Vergangenheit liegenden Daten von Telefónica nicht auf neuere Schätzungen stützte, sondern auf Schätzungen externer Beratungsunternehmen auf der Grundlage von Informationen, die das Unternehmen im Oktober 2001 vorgelegt hatte, und zum anderen das Kostenmodell dieser Beratungsunternehmen die Mehrkosten von Telefónica auf der nachgelagerten Ebene zu niedrig eingeschätzt und ihre Werbungskosten nicht berücksichtigt hatte. Daher ist auch das Vorbringen, die CMT habe sich im Hinblick auf die Preispolitik von Telefónica besonders aktiv gezeigt und mehrfach im Nachhinein gehandelt, indem sie die Preispolitik von Telefónica seit den ersten Entwicklungsphasen des spanischen Breitbandmarkts reguliert und kontrolliert habe, zurückzuweisen.

304 In diesem Zusammenhang ist auch das Vorbringen der Klägerinnen zurückzuweisen, die Kommission sei nicht befugt, die Tätigkeit der nationalen Regulierungsbehörden nach Maßgabe von Art. 82 EG zu prüfen, wenn nicht dargetan werde, dass diese nicht im Rahmen ihrer Zuständigkeit gehandelt oder einen offensichtlichen Fehler begangen hätten. In der angefochtenen Entscheidung hat die Kommission nämlich nicht die Maßnahme der CMT anhand von Art. 82 EG, sondern die Tätigkeit von Telefónica geprüft.

305 Daher ist kein Verstoß gegen den Grundsatz der Subsidiarität nachgewiesen worden.

306 In Bezug auf den behaupteten Verstoß gegen die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Rechtssicherheit tun die Klägerinnen nicht dar, worin ein solcher Verstoß liegen soll. Sie weisen lediglich auf den Verstoß gegen den Grundsatz der Rechtssicherheit hin, der sich daraus ergebe, dass die Kommission gemäß Art. 82 EG eingeschritten sei, obwohl sie das Vorgehen der CMT nicht in Frage gestellt habe. Daher habe Telefónica davon ausgehen können, dass ihr Verhalten mit dem Unionsrecht vereinbar sei, sofern sie den geltenden Rechtsrahmen beachte. Dieses Vorbringen ist jedoch aus den oben in den Randnrn. 299 bis 304 angeführten Gründen zurückzuweisen.

307 Was schließlich das Vorbringen der Klägerinnen betrifft, die Kommission hätte gegen das Königreich Spanien eine Verletzungsklage nach Art. 226 EG einreichen müssen, wenn sie zu der Folgerung gelangt wäre, dass die Entscheidungen der CMT als einer mitgliedstaatlichen Einrichtung eine Kosten-Preis-Schere nicht hätten vermeiden können und daher den Rechtsrahmen von 2002 nicht eingehalten hätten, lässt sich der angefochtenen Entscheidung eine solche Feststellung der Kommission nicht entnehmen. Darüber hinaus sind, selbst wenn man unterstellt, dass die CMT eine Vorschrift des Unionsrechts verletzt hat und die Kommission daher ein Verletzungsverfahren gegen das Königreich Spanien einleiten konnte, solche Umstände in keiner Weise geeignet, die Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung zu beeinträchtigen. Die Kommission hat sich in dieser Entscheidung darauf beschränkt, festzustellen, dass Telefónica gegen Art. 82 EG verstoßen habe, eine Bestimmung, die sich nicht an Mitgliedstaaten richtet, sondern allein an Wirtschaftsteilnehmer (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 10. April 2008, Deutsche Telekom/Kommission, oben in Randnr. 69 angeführt, Randnr. 271). Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs steht es im Übrigen nach dem System des Art. 226 EG im Ermessen der Kommission,

eine Vertragsverletzungsklage zu erheben, und es ist nicht Sache der Unionsgerichte, die Zweckmäßigkeit der Ausübung dieses Ermessens zu beurteilen (Urteil vom 14. Oktober 2010, Deutsche Telekom/Kommission, oben in Randnr. 170 angeführt, Randnr. 47).

308 Folglich ist der zweite Teil des sechsten Klagegrundes zurückzuweisen.

Zum dritten Teil des sechsten Klagegrundes: Verstoß gegen die Grundsätze der loyalen Zusammenarbeit und der ordnungsgemäßen Verwaltung

309 Vorab ist darauf hinzuweisen, dass der Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit nach Art. 10 EG für alle Behörden der Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer Zuständigkeiten wie auch für die Organe der Union besteht, die mit den Mitgliedstaaten in einem Verhältnis der Gegenseitigkeit loyal zusammenzuarbeiten haben (Beschluss des Gerichtshofs vom 13. Juli 1990, Zwartveld u. a., C-2/88 IMM, Slg. 1990, I-3365, Randnr. 17; vgl. Urteil des Gerichtshofs vom 22. Oktober 2002, Roquette Frères, C-94/00, Slg. 2002, I-9011, Randnr. 31 und die dort angeführte Rechtsprechung). In einem Fall, in dem wie hier die Unionsbehörden und die nationalen Behörden durch koordinierte Ausübung ihrer jeweiligen Befugnisse zur Verwirklichung der Ziele des Vertrags beizutragen haben, kommt einer solchen Zusammenarbeit besondere Bedeutung zu (Urteil Roquette Frères, Randnr. 32).

310 Entgegen dem Vorbringen der Klägerinnen war die CMT an dem Verwaltungsverfahren, das zu der angefochtenen Entscheidung geführt hat, tatsächlich beteiligt. Erstens hat die Kommission ihr drei Auskunftsverlangen gesandt, die vom 18. November und 17. Dezember 2004 und vom 17. Januar 2005 datierten. Zweitens hat die Kommission der CMT am 24. Mai 2006 eine nicht vertrauliche Fassung der Mitteilung der Beschwerdepunkte übermittelt. Sie hat die CMT auch darauf hingewiesen, dass sie gegebenenfalls schriftliche Anmerkungen zur Mitteilung der Beschwerdepunkte an sie richten oder sich bei der Anhörung mündlich äußern oder Fragen stellen könne. Die CMT hat jedoch keine schriftliche Stellungnahme abgegeben. Drittens waren bei der Anhörung vom 12. und 13. Juni 2006 mehrere Vertreter der CMT anwesend, und die CMT hat sich in diesem Rahmen auch mündlich geäußert. Viertens hat die CMT am 26. Juni 2006 bei der Anhörung auch mehrere Fragen der Beschwerdeführerin schriftlich beantwortet. Fünftens bestreiten die Klägerinnen nicht die Behauptung der Kommission, die mit der Sache befasste Arbeitsgruppe habe die CMT mehrfach getroffen, um über die Untersuchung zu reden. Sechstens widersprechen die Klägerinnen nicht den Behauptungen der Kommission, diese habe am 14. Juni 2007 mehrere Vertreter der CMT getroffen und sich zur Fassung bestimmter Erwägungsgründe der angefochtenen Entscheidung geäußert, die mit Blick auf die zweite Sitzung des Beratenden Ausschusses nach Art. 14 der Verordnung Nr. 1/2003 berücksichtigt worden seien. Die CMT hat hierzu keine weiteren Bemerkungen abgegeben. Im Übrigen hat ein Sachverständiger der CMT an einer Sitzung des Beratenden Ausschusses teilgenommen, die am 15. Juni 2007 stattgefunden hat.

311 Insofern kann dem Vorbringen der Klägerinnen nicht gefolgt werden, die Auskunftsverlangen der Kommission gegenüber der CMT seien technischer Art gewesen und hätten die Telefónica angelasteten Beschwerdepunkte, die Wirklichkeit der angeblich betroffenen Märkte, die Methode zur Prüfung einer Kosten-Preis-Schere oder auch das mögliche Vorliegen einer Kosten-Preis-Schere, nicht betroffen. Die CMT hat nämlich trotz einer entsprechenden Aufforderung der Kommission zu der Mitteilung der Beschwerdepunkte und insbesondere der Voreinschätzungen der Kommission zu den genannten Beweismitteln, wie sie in den Randnrn. 142 bis 250 und 358 bis 469 dieser Mitteilung enthalten sind, nicht schriftlich gegenüber der Kommission Stellung genommen.

312 Im Übrigen ist hinsichtlich der Beziehungen, die sich im Rahmen der von der Kommission nach den Art. 81 und 82 EG geführten Verfahren herausbilden, darauf hinzuweisen, dass die Modalitäten für die Durchführung des Grundsatzes der Verpflichtung zur loyalen Zusammenarbeit gemäß Art. 10 EG, zu der die Kommission in ihren Beziehungen mit den Mitgliedstaaten verpflichtet ist, u. a. in den

Art. 11 bis 16 der Verordnung Nr. 1/2003 im Kapitel „Zusammenarbeit“ präzisiert wurden. Diese Vorschriften sehen eine Verpflichtung der Kommission zur Konsultation der nationalen Regulierungsbehörden jedoch nicht ausdrücklich vor.

- 313 Die Klägerinnen können in diesem Zusammenhang auch nicht geltend machen, dass die Übermittlung der Mitteilung der Beschwerdepunkte an die CMT und die Einladung der CMT zur Anhörung zu spät erfolgt seien, da die Kommission sich bereits eine Meinung zu der angeblichen Rechtswidrigkeit des Verhaltens von Telefónica gebildet habe. Abgesehen davon, dass es sich bei der Mitteilung der Beschwerdepunkte um ein vorbereitendes Schriftstück handelt, dessen Wertungen lediglich vorläufiger Natur sind und der Festlegung des Gegenstands des Verwaltungsverfahrens im Verhältnis zu den Unternehmen dienen, gegen die sich dieses Verfahren richtet (Urteile des Gerichtshofs vom 7. Juni 1983, *Musique Diffusion française u. a./Kommission*, 100/80 bis 103/80, Slg. 1983, 1825, Randnr. 14, *Aalborg Portland u. a./Kommission*, oben in Randnr. 69 angeführt, Randnr. 67, und *Prym und Prym Consumer/Kommission*, oben in Randnr. 83 angeführt, Randnr. 40), ist bereits oben in Randnr. 310 ausgeführt worden, dass die Kommission der CMT am 24. Mai 2006, d. h. mehr als ein Jahr vor Erlass der angefochtenen Entscheidung, eine Kopie dieser Mitteilung geschickt hatte.
- 314 Nach alledem kann nicht angenommen werden, dass die Kommission gegen ihre Verpflichtung zur loyalen Zusammenarbeit verstoßen hat. Da das Vorbringen der Klägerinnen, mit dem ein Verstoß gegen den Grundsatz der ordnungsgemäßen Verwaltung gerügt wird, ausschließlich auf der Missachtung dieser Verpflichtung beruht, ist es ebenfalls zurückzuweisen.
- 315 Daher ist der dritte Teil des vorliegenden Klagegrundes zurückzuweisen.
- 316 Folglich ist der sechste Klagegrund insgesamt und damit der Hauptantrag auf Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidung zurückzuweisen.

2. Zu den Hilfsanträgen auf Nichtigerklärung oder Herabsetzung der Geldbuße

- 317 Die Klägerinnen machen für ihren Antrag auf Nichtigerklärung oder Herabsetzung der Geldbuße zwei Klagegründe geltend. Der erste Klagegrund wird auf Sachverhaltsirrtümer, Beurteilungsfehler in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht und einen Verstoß gegen Art. 15 Abs. 2 der Verordnung Nr. 17, Art. 23 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1/2003 sowie die Grundsätze der Rechtssicherheit und des Schutzes des berechtigten Vertrauens gestützt. Mit dem zweiten – hilfsweise vorgebrachten – Klagegrund werden Sachverhaltsirrtümer, Rechtsfehler und ein Verstoß gegen die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit, der Gleichbehandlung, der individuellen Zumessung von Strafen und der Begründungspflicht bei der Festsetzung der Geldbuße geltend gemacht.

a) Zum ersten Klagegrund: Sachverhaltsirrtümer, Beurteilungsfehler in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht und Verstoß gegen Art. 15 Abs. 2 der Verordnung Nr. 17, Art. 23 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1/2003 sowie die Grundsätze der Rechtssicherheit und des Schutzes des berechtigten Vertrauens

- 318 Mit dem ersten Klagegrund bestreiten die Klägerinnen die Feststellungen der Kommission, wonach zum einen das Verhalten von Telefónica während des Zeitraums der Zuwiderhandlung vorsätzlich oder zumindest grob fahrlässig gewesen sei und zum anderen die von Telefónica begangene Zuwiderhandlung einen „spezifischen Missbrauch“ darstelle, für den es Präzedenzfälle gebe (Erwägungsgründe 720 bis 736 der angefochtenen Entscheidung).
- 319 Als Erstes geht, was die Frage anbelangt, ob eine Zuwiderhandlung vorsätzlich oder fahrlässig begangen worden ist, so dass sie gemäß Art. 15 Abs. 2 Unterabs. 1 der Verordnung Nr. 17 und seit dem 1. Mai 2004 Art. 23 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1/2003 mit einer Geldbuße geahndet werden kann, aus der Rechtsprechung hervor, dass diese Voraussetzung erfüllt ist, wenn sich das betroffene Unternehmen über die Wettbewerbswidrigkeit seines Verhaltens nicht im Unklaren sein kann, gleichviel, ob ihm

dabei bewusst ist, dass es gegen die Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags verstößt (vgl. Urteile des Gerichts vom 14. Dezember 2006, Raiffeisen Zentralbank Österreich u. a./Kommission, T-259/02 bis T-264/02 und T-271/02, Slg. 2006, II-5169, Randnr. 205, und vom 10. April 2008, Deutsche Telekom/Kommission, oben in Randnr. 69 angeführt, Randnr. 295 und die dort angeführte Rechtsprechung; vgl. in diesem Sinne auch Urteile des Gerichtshofs vom 8. November 1983, IAZ International Belgium u. a./Kommission, 96/82 bis 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 und 110/82, Slg. 1983, 3369, Randnr. 45; Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Kommission, oben in Randnr. 111 angeführt, Randnr. 107, und vom 14. Oktober 2010, Deutsche Telekom/Kommission, oben in Randnr. 170 angeführt, Randnr. 124).

- 320 Nach der Rechtsprechung ist einem Unternehmen die Wettbewerbswidrigkeit seines Verhaltens bekannt, wenn ihm die materiellen Tatsachen bekannt waren, die es rechtfertigen, sowohl eine beherrschende Stellung auf dem relevanten Markt anzunehmen als auch in diesem Verhalten – wie dies die Kommission getan hat – einen Missbrauch dieser Stellung zu sehen (vgl. in diesem Sinne Urteil Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Kommission, oben in Randnr. 111 angeführt, Randnr. 107, und Urteil Raiffeisen Zentralbank Österreich u. a./Kommission, oben in Randnr. 319 angeführt, Randnrn. 207 und 210; vgl. auch Schlussanträge von Generalanwalt M. Mazák, Urteil vom 14. Oktober 2010, Deutsche Telekom/Kommission, oben in Randnr. 170 angeführt, Randnr. 39).
- 321 Um der Feststellung der Kommission entgegenzutreten, das Verhalten von Telefónica sei vorsätzlich oder zumindest grob fahrlässig gewesen, führen die Klägerinnen erstens aus, dass Telefónica vernünftigerweise nicht habe erkennen können, dass ihr Verhalten einen gegen Art. 82 EG verstoßenden Missbrauch einer beherrschenden Stellung darstellen könne, da die spanischen Wettbewerbsbehörden und die CMT zuvor eine andere Definition der Produktmärkte festgelegt hätten, als dies in der angefochtenen Entscheidung geschehen sei, dass die CMT während des Zeitraums der Zuwiderhandlung die Preise und das Verhalten von Telefónica kontrolliert habe und dass Telefónica nicht über einen ausreichenden Spielraum zur Festlegung ihrer Preispolitik in diesem Zeitraum verfügt habe.
- 322 Zum Ersten ist das Vorbringen der Klägerinnen zurückzuweisen, Telefónica habe nicht vorhersehen können, dass die Kommission eine andere Bestimmung des Marktes als die spanischen Behörden festlegen werde.
- 323 Als sorgfältiger Wirtschaftsteilnehmer hätte Telefónica mit den Grundsätzen für die Definition der Märkte in Wettbewerbssachen vertraut sein und gegebenenfalls fachkundigen Rat einholen müssen, um unter den Umständen des konkreten Falles angemessen zu beurteilen, welche Folgen sich aus einer bestimmten Handlung ergeben können. Das gilt insbesondere für Gewerbetreibende, die sich bei der Ausübung ihrer Tätigkeit gewöhnlich sehr umsichtig verhalten müssen. Von ihnen kann daher erwartet werden, dass sie die Risiken ihrer Tätigkeit besonders sorgfältig beurteilen (vgl. in diesem Sinne Urteil Dansk Rørindustri u. a./Kommission, oben in Randnr. 59 angeführt, Randnr. 219).
- 324 Ferner kann es für einen umsichtigen Wirtschaftsteilnehmer nicht zweifelhaft sein, dass bedeutende Marktanteile zwar nicht notwendigerweise und in jedem Fall das allein ausschlaggebende Indiz für das Vorliegen einer beherrschenden Stellung sind, dass ihnen aber in dieser Hinsicht eine erhebliche Bedeutung zukommt, die er in seinem Marktverhalten unbedingt berücksichtigen muss (Urteil Hoffmann-La Roche/Kommission, oben in Randnr. 76 angeführt, Randnr. 133).
- 325 Wie die Kommission zutreffend im 721. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung ausgeführt hat, konnte sich Telefónica als etablierter Betreiber und Inhaber der einzigen nennenswerten Infrastruktur für die Bereitstellung der regionalen und nationalen Großkundenprodukte nicht darüber in Unkenntnis befinden, dass sie eine beherrschende Stellung auf den relevanten Märkten innehatte. Aus der Größe der von Telefónica gehaltenen Marktanteile (siehe oben, Randnrn. 153 und 159) auf dem nationalen und dem regionalen Großkundenmarkt ist daher zu schließen, dass ihre Auffassung, sie habe auf diesen Märkten keine beherrschende Stellung eingenommen, nur auf eine unzureichende

Prüfung der Struktur der Märkte, auf denen sie tätig war, oder die Weigerung, diese Strukturen zu berücksichtigen, zurückzuführen sein kann (vgl. in diesem Sinne Urteil Hoffmann-La Roche/Kommission, oben in Randnr. 76 angeführt, Randnr. 139). Das Vorbringen, Telefónica habe nicht vorhersehen können, dass die Kommission eine andere Definition des Marktes als die spanischen Behörden festlegen werde, kann daher keinen Erfolg haben.

- 326 In Anbetracht der vorstehenden Erwägungen und des oben in den Randnrn. 110 bis 144 ausgeführten Umstands, dass die Kommission zutreffend davon ausgegangen ist, dass der Ortsanschluss, das nationale Großkundenprodukt und das regionale Großkundenprodukt nicht zu demselben Produktmarkt gehörten, kann das Vorbringen der Klägerinnen, sie hätten aufgrund der Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörden in Frankreich und im Vereinigten Königreich, dass die nationalen und regionalen Großkundenprodukte nicht substituierbar seien, die Bestimmungen des Marktes im vorliegenden Fall nicht vorhersehen können, keinen Erfolg haben. Dasselbe gilt für das Vorbringen der Klägerinnen zu der Bewertung der CMT in ihrer Entscheidung vom 6. April 2006, wonach die nationalen und regionalen Großkundenprodukte zum selben relevanten Markt gehörten, das zudem oben in Randnr. 142 ausdrücklich zurückgewiesen worden ist.
- 327 Zum Zweiten ist das Vorbringen der Klägerinnen, Telefónica habe, anders als im 724. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung ausgeführt, aufgrund der anwendbaren sektoriellen Regulierung nicht über einen hinreichenden Spielraum zur Bestimmung ihrer Preispolitik verfügt, zurückzuweisen.
- 328 Art. 82 EG gilt nur für wettbewerbswidrige Verhaltensweisen, die die Unternehmen von sich aus an den Tag legen. Wird den Unternehmen ein wettbewerbswidriges Verhalten durch nationale Rechtsvorschriften vorgeschrieben oder bilden diese einen rechtlichen Rahmen, der jede Möglichkeit für ein Wettbewerbsverhalten der Unternehmen ausschließt, so ist Art. 82 EG nicht anwendbar. In einem solchen Fall findet die Wettbewerbsbeschränkung nicht, wie diese Vorschrift voraussetzt, in selbständigen Verhaltensweisen der Unternehmen ihre Ursache (vgl. Urteil TeliaSonera, oben in Randnr. 146 angeführt, Randnr. 49 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 329 Dagegen ist Art. 82 EG anwendbar, wenn sich herausstellt, dass die nationalen Rechtsvorschriften die Möglichkeit eines Wettbewerbs bestehen lassen, der durch selbständige Verhaltensweisen der Unternehmen verhindert, eingeschränkt oder verfälscht werden kann (vgl. Urteil TeliaSonera, oben in Randnr. 146 angeführt, Randnr. 50 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 330 So hat der Gerichtshof festgestellt, dass einem vertikal integrierten beherrschenden Unternehmen, selbst wenn es nur über einen Handlungsspielraum zur Änderung seiner Endkundenentgelte verfügt, unbeschadet derartiger Rechtsvorschriften die Beschneidung der Margen allein aus diesem Grund zugerechnet werden kann (Urteile vom 14. Oktober 2010, Deutsche Telekom/Kommission, oben in Randnr. 170 angeführt, Randnr. 85, und TeliaSonera, oben in Randnr. 146 angeführt, Randnr. 51).
- 331 Im vorliegenden Fall ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Klägerinnen im Hinblick auf das nationale Großkundenprodukt nicht die Feststellung in den Erwägungsgründen 109 bis 110 und 671 der angefochtenen Entscheidung beanstanden, wonach zum einen die Preise des nationalen Großkundenprodukts im Zeitraum der Zuwiderhandlung zu keinem Zeitpunkt reguliert worden seien und es zum anderen Telefónica seit September 2001 freigestanden habe, diese herabzusetzen.
- 332 Im Hinblick auf das regionale Großkundenprodukt machen die Klägerinnen sodann geltend, dass die von der CMT nach dem „Retail-minus“-Ansatz festgesetzten Preise *de facto* zumindest zwischen März 2004 und Dezember 2006 Festpreise gewesen seien.
- 333 Es ist festzustellen, dass, wie aus dem 113. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung hervorgeht, mit Beschluss des spanischen Ministerpräsidenten vom 29. Dezember 2000 ein maximaler Preis für das regionale Großkundenprodukt festgesetzt worden ist. Zudem hat die CMT, wie sich aus den Akten ergibt, mit Schreiben vom 2. Februar 2005 ausdrücklich bestätigt, dass die Preise des

regionalen Großkundenprodukts Höchstpreise seien und dass es Telefónica freistehe, eine Herabsetzung ihrer Preise zu beantragen (vgl. auch Erwägungsgründe 116 bis 118 und 673 der angefochtenen Entscheidung).

- 334 Insofern beruht das Vorbringen der Klägerinnen – zum einen in Bezug auf die Entscheidung der CMT vom 31. März 2004, in der diese festgestellt habe, es sei vernünftig, dass der Preis des regionalen Großkundenprodukts zur Erhaltung der Investitionen der Kabelbetreiber beitragen könne und der Preis des regionalen Großkundenprodukts als Festpreis nach dem „Retail-minus“-Ansatz festgesetzt werden müsse, so dass „die CMT zu keinem Zeitpunkt eine Herabsetzung des Preises des regionalen [Großkunden-]Produkts zugelassen hätte“, da dies die Rentabilität des Kabelanschlusses gefährdet hätte, und zum anderen in Bezug auf die Entscheidungen der CMT vom 29. April 2002 und 22. Juli 2004, in denen sich die CMT gegen erhebliche Senkungen der Großkundenpreise ausgesprochen habe, um eine Abschreckung vor Investitionen in die Infrastrukturen und Neuerungen zu vermeiden – auf der hypothetischen Prämisse, dass die CMT eine Herabsetzung des Großkundenprodukts zu keinem Zeitpunkt genehmigt hätte. Es ist daher zurückzuweisen.
- 335 Einem solchen Vorbringen steht jedenfalls entgegen, dass die CMT mit ihren Entscheidungen vom 22. Juli 2004 (Entscheidung der CMT vom 22. Juli 2004 über den Antrag von TESAU auf Änderung des Angebots für den Zugang zum Teilnehmeranschluss [OBA], um diesen den geänderten ADSL-Geschwindigkeiten auf Endkundenebene anzupassen) die Preise des regionalen Großkundenprodukts aus eigenem Antrieb herabgesetzt hat, obwohl Telefónica keine Änderung ihrer Preise vorgeschlagen hat. Das Vorbringen der Klägerinnen in ihrer Erwiderung, diese Entscheidungen lieferten den Beweis, dass zur Herabsetzung der Preise des regionalen Großkundenprodukts ein Einschreiten der CMT erforderlich gewesen wäre und Telefónica nicht frei darüber habe entscheiden können, ist ebenfalls zurückzuweisen, da Telefónica im Rahmen der besonderen Verantwortlichkeit, die sie als Unternehmen in beherrschender Stellung auf dem Markt für das regionale Großkundenprodukt trägt, Entgeltänderungsanträge bei der CMT stellen musste, wenn ihre Entgelte zu einer Beeinträchtigung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs auf dem Gemeinsamen Markt geführt haben (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 10. April 2008, Deutsche Telekom/Kommission, oben in Randnr. 69 angeführt, Randnr. 122).
- 336 Im Hinblick auf die Endkundenpreise von Telefónica ist schließlich mit der Kommission darauf hinzuweisen, dass die Klägerinnen deren Feststellung im 724. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung nicht beanstanden, wonach es Telefónica freigestanden habe, ihre Endkundenpreise jederzeit zu erhöhen. Sie stellen auch nicht die Feststellungen in den Erwägungsgründen 104 bis 108 der angefochtenen Entscheidung in Abrede, zwar hätten die Endkundenpreise von TESAU vom 3. August 2001 bis 1. November 2003 von der Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos (CDGAE, spanischer Kabinettsausschuss für Wirtschaftsangelegenheiten) genehmigt werden müssen, die Endkundenpreise der anderen Tochtergesellschaften von Telefónica seien aber keiner Regulierung unterworfen gewesen, die am 3. August 2001 von der CDGAE als Festpreise gebilligten Endpreise seien von TESAU vorgeschlagen worden und die Endkundenpreise der ADSL-Zugangsdienste von TESAU seien durch eine Entschließung der CDGAE vom 25. September 2003 liberalisiert worden, mit der das System der vorherigen behördlichen Genehmigung für die Endkundenpreise der ADSL-Zugangsdienste von TESAU aufgegeben, die Verpflichtung für TESAU, jede Änderung dieser Preise zehn Tage vor ihrer Einführung auf den Markt mitzuteilen, jedoch aufrechterhalten worden sei. Es ist daher davon auszugehen, dass Telefónica ihre Endkundenpreise hätte erhöhen können; sie hat dies jedoch nicht getan.
- 337 Die Klägerinnen tragen hierzu vor, die Argumentation der Kommission sei mit einem Widerspruch behaftet, da sie Telefónica nicht vorwerfen könne, einerseits eine Kosten-Preis-Schere praktiziert zu haben, die in Spanien zu sehr viel höheren Preisen als in den anderen europäischen Ländern geführt habe, und andererseits ihre Endkundenpreise nicht erhöht zu haben, um eine Kosten-Preis-Schere zu vermeiden. Dieses Vorbringen ist zurückzuweisen. Der Unionsrichter hat bereits in der Vergangenheit entschieden, dass es erforderlich sein kann, die Preise der Endkundenprodukte zu erhöhen, um eine

Kosten-Preis-Schere zu vermeiden (Urteil vom 10. April 2008, Deutsche Telekom/Kommission, oben in Randnr. 69 angeführt, Randnrn. 141 bis 151; vgl. auch Urteil vom 14. Oktober 2010, Deutsche Telekom/Kommission, oben in Randnr. 170 angeführt, Randnrn. 88 f.).

- 338 Zum Dritten ist das Vorbringen der Klägerinnen zurückzuweisen, Telefónica habe vernünftigerweise nicht vorhersehen können, dass ihre Preispolitik, die zuvor von der CMT gebilligt worden sei, einen Verstoß gegen Art. 82 EG darstellen könnte.
- 339 Zunächst ist nicht relevant, dass die angefochtene Entscheidung regulierte Produkte und Dienstleistungen betrifft. In Ermangelung einer entsprechenden ausdrücklichen Ausnahmegvorschrift ist das Wettbewerbsrecht auf die reglementierten Sektoren anwendbar (vgl. in diesem Sinne Urteile des Gerichtshofs vom 16. Dezember 1975, Suiker Unie u. a./Kommission, 40/73 bis 48/73, 50/73, 54/73 bis 56/73, 111/73, 113/73 und 114/73, Slg. 1975, 1663, Randnrn. 65 bis 72, und vom 11. April 1989, Saeed Flugreisen und Silver Line Reisebüro, 66/86, Slg. 1989, 803). So ist die Anwendbarkeit der Wettbewerbsvorschriften nicht ausgeschlossen, soweit die betreffenden sektorspezifischen Vorschriften die Möglichkeit eines Wettbewerbs bestehen lassen, der durch selbständige Verhaltensweisen der Unternehmen verhindert, eingeschränkt oder verfälscht werden kann (vgl. Urteil des Gerichtshofs vom 11. November 1997, Kommission und Frankreich/Ladbroke Racing, C-359/95 P und C-379/95 P, Slg. 1997, I-6265, Randnrn. 33 f. und die dort angeführte Rechtsprechung); dies ist vorliegend nicht der Fall (siehe oben, Randnrn. 327 bis 337).
- 340 Wie oben in Randnr. 299 ausgeführt, konnte Telefónica daher nicht im Unklaren darüber sein, dass die Beachtung der spanischen Regelung im Bereich der Telekommunikation sie nicht vor einem Eingreifen der Kommission nach Art. 82 EG schützte.
- 341 Auch wenn die CMT in ihrer Entscheidung vom 26. Juli 2001 die Auffassung vertreten hat, dass die regionalen Großkundenprodukte von Telefónica künftig auf der Grundlage eines „Retail-minus“-Preissystems festgesetzt würden, nach dem der Preis für alle Arten des regionalen Großkundenprodukts einen vorgegebenen Prozentanteil der monatlichen Einkünfte von TESAU aus dem Endkundengeschäft nicht überschreite (Erwägungsgründe 114 und 290 sowie Fn. 258 der angefochtenen Entscheidung), beanstanden die Klägerinnen nicht, dass die CMT das Vorliegen einer Kosten-Preis-Schere zwischen dem regionalen Großkundenprodukt von Telefónica und ihren Endkundenprodukten nicht auf der Grundlage der tatsächlichen früheren Kosten dieser Produkte, sondern auf der Grundlage von *Ex-ante*-Schätzungen geprüft hat. Sie stellen auch nicht in Abrede, dass die CMT zu keinem Zeitpunkt geprüft hat, ob eine Kosten-Preis-Schere zwischen dem nationalen Großkundenprodukt von Telefónica und ihren Endkundenprodukten vorliegt. Wie die Kommission jedoch in den Erwägungsgründen 725 bis 728 der angefochtenen Entscheidung festgestellt hat, konnte Telefónica, die über genaue Informationen über ihre tatsächlichen Kosten und ihre Einkünfte verfügte, nicht im Unklaren darüber sein, dass die *Ex-ante*-Schätzungen der CMT in der Wirklichkeit nicht durch die Marktentwicklungen, die sie beobachten konnte, bestätigt worden sind.
- 342 Angesichts dieser Überlegungen ist das Vorbringen der Klägerinnen, mit dem dargetan werden soll, dass Telefónica die Wettbewerbswidrigkeit ihres Verhaltens vernünftigerweise nicht habe vorhersehen können, insgesamt zurückzuweisen.
- 343 Zweitens machen die Klägerinnen geltend, dass Telefónica nicht auf die Handlungen und Entscheidungen der CMT habe vertrauen dürfen. Zudem seien die Unterschiede zwischen den tatsächlichen *Ex-post*-Kosten und den von der CMT bei ihrer *Ex-ante*-Prüfung einer Kosten-Preis-Schere zugrunde gelegten Schätzungen, auf die die Kommission in den Erwägungsgründen 728 f. der angefochtenen Entscheidung hinweise (vgl. auch Tabelle 59 der angefochtenen Entscheidung), nicht hinreichend klar gewesen, um es Telefónica zu ermöglichen, das Eingreifen der CMT in Frage zu stellen.

- 344 Das Vorbringen der Klägerinnen, Telefónica hätte weder in Frage stellen können, dass der Ansatz der CMT zur Feststellung einer Kosten-Preis-Schere sachlich gerechtfertigt sei, noch, dass die Auskunftersuchen der CMT dafür relevant seien, dass die Kommission aufgrund der Maßnahme der spanischen Regulierungsbehörde nicht tätig werde, ist zurückzuweisen.
- 345 Ein solches Vorbringen beruht nämlich auf der fehlerhaften Prämisse, dass die Kommission die von der CMT verwendete Methode zur Feststellung einer Kosten-Preis-Schere als ungeeignet betrachtet habe; die Reglementierung durch die CMT war jedoch nicht Gegenstand der angefochtenen Entscheidung. Im Gegenteil steht, wie die Kommission im 733. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung festgestellt hat, das in der angefochtenen Entscheidung verwendete Modell zum Nachweis einer Kosten-Preis-Schere nicht im Widerspruch zu dem von der CMT verwendeten „Retail-minus“-Ansatz.
- 346 Dass die Kommission nicht gegenüber der spanischen Regulierungsbehörde eingegriffen hat, konnte daher bei Telefónica kein berechtigtes Vertrauen darauf hervorrufen, dass sie keinen Verstoß gegen Art. 82 EG begehe.
- 347 Zu dem Vorbringen, Telefónica habe im Hinblick auf das Eingreifen der CMT darauf vertrauen dürfen, dass das Verhältnis zwischen ihren Großkundenpreisen und ihren Endkundenpreisen keine Kosten-Preis-Schere bewirke, ist zunächst festzustellen, dass die Klägerinnen die Feststellungen im 726. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung nicht bestreiten, wonach zum einen die CMT zu keinem Zeitpunkt geprüft habe, ob während des fraglichen Zeitraums eine Kosten-Preis-Schere zwischen dem nationalen Großkundenprodukt und dem Endkundenprodukt von Telefónica vorgelegen habe, und zum anderen das nationale Großkundenprodukt in diesem Zeitraum eine größere Bedeutung als das regionale Großkundenprodukt gehabt habe.
- 348 Auch wenn ferner die CMT im Hinblick auf das regionale Großkundenprodukt in mehreren Entscheidungen während des Zeitraums der Zuwiderhandlung geprüft hat, ob sich aus den Preisen von Telefónica für das regionale Großkundenprodukt eine Kosten-Preis-Schere ergab, hat sie niemals auf der Grundlage der tatsächlichen früheren Kosten von Telefónica geprüft, ob eine solche Wirkung eingetreten ist.
- 349 Insofern ist das Vorbringen der Klägerinnen, dass die Abweichungen zwischen den tatsächlichen *Ex-post*-Kosten und den von der CMT verwendeten *Ex-ante*-Schätzungen nicht hinreichend deutlich gewesen seien, so dass Telefónica die sachliche Richtigkeit des Vorgehens der CMT hätte in Zweifel ziehen müssen, zurückzuweisen. Zur Begründung führen die Klägerinnen in ihrer Klageschrift aus, dass sich die angeblichen Inkohärenzen zwischen den Angaben, die Telefónica der CMT geliefert habe, und den Angaben in ihren Geschäftsplänen und Scoreboards daraus ergeben hätten, dass die Kommission die ihr vorgelegten Angaben über die Voraussagen zur Nachfrage, die sich auf die Kosten für ein Netz von [vertraulich] ADSL-Verbindungen bezogen hätten, falsch ausgelegt habe. Selbst wenn dieses Argument zuträfe, könnte es allein nicht die in Tabelle 59 der angefochtenen Entscheidung enthaltenen Beweismittel insgesamt in Frage stellen, wonach Telefónica hätte wissen müssen, dass die in dem „Retail-minus“-Modell der CMT verwendeten Kosten nicht den Tatsachen entsprachen. Das Vorbringen der Klägerinnen, dass zum einen der Berater ARCOME als Bezugsquelle für die Erstellung des „Retail-minus“-Modells nicht die von Telefónica gelieferten Angaben, sondern ein Netz von mehr als [vertraulich] ADSL-Verbindungen verwendet habe und zum anderen die CMT die Kostenrechnung von Telefónica nicht verwendet habe, da sie nicht hinreichend genau gewesen sei, bestätigt im Gegenteil, dass Telefónica wusste oder hätte wissen müssen, dass die in dem „Retail-minus“-Modell der CMT verwendeten Kosten nicht mit den tatsächlichen Kosten übereinstimmten.
- 350 Im Übrigen ist das Vorbringen der Klägerinnen zurückzuweisen, dass weder den Geschäftsplänen noch den Scoreboards zu entnehmen sei, dass Telefónica Verluste auf dem Endkundenmarkt habe hinnehmen müssen. Zum Ersten machen die Klägerinnen geltend, dass [vertraulich]. Dieses Vorbringen ist jedoch in keiner Weise belegt. Zum Zweiten stellen die Klägerinnen fest, dass der

Geschäftsplan vom 18. April 2002 eine solche Schlussfolgerung nicht zugelassen habe, da [vertraulich]. Gleichwohl ergibt sich aus den darin enthaltenen Vorausschätzungen, dass [vertraulich]. Ihr Vorbringen kann daher nicht durchgreifen. Zum Dritten stellen die Klägerinnen selbst zu den Scoreboards von Telefónica fest, dass sich anhand dieser Unterlagen, die monatliche Informationen zu den Einkünften und den Ausgaben enthielten, der ordnungsgemäße Ablauf der Geschäftspläne und die Geschäftsentwicklung ermitteln ließen. Da der Geschäftsplan vorsah, dass [vertraulich], haben die Klägerinnen sicherzustellen, dass [vertraulich].

- 351 Wie die Kommission hervorhebt, bestreitet Telefónica schließlich nicht, dass die tatsächlichen Zusatzkosten für die Infrastruktur, das Netz und den Zugang sehr viel wichtiger gewesen seien als die in dem „Retail-minus“-Modell der CMT zugrunde gelegten Kosten. Da diese tatsächlichen Kosten in unterschiedlichen internen Geschäftsunterlagen von Telefónica enthalten waren, konnte diese nicht unberücksichtigt lassen, dass das Modell der CMT ihre tatsächlichen Kosten zu niedrig angesetzt hatte.
- 352 Aus den vorstehenden Ausführungen ist zu schließen, dass die Handlungen und Entscheidungen der CMT bei den Klägerinnen kein berechtigtes Vertrauen darauf begründen konnten, dass ihre Preispraktiken Art. 82 EG entsprechen. Die erste Rüge, die das Fehlen einer vorsätzlich oder fahrlässig begangenen Zuwiderhandlung betrifft, ist daher zurückzuweisen.
- 353 Als Zweites rügen die Klägerinnen, dass die Kommission in der angefochtenen Entscheidung keinen sachlichen oder rechtlichen Grund angegeben habe, warum die Zuwiderhandlung einen „eindeutigen Missbrauch“ darstelle, für den es Präzedenzfälle gebe (Erwägungsgründe 731 bis 736 der angefochtenen Entscheidung).
- 354 Zunächst ist festzustellen, dass die Kommission, wie aus den vorstehenden Randnrn. 319 bis 352 hervorgeht, zutreffend angenommen hat, dass die in der angefochtenen Entscheidung festgestellte Zuwiderhandlung vorsätzlich oder fahrlässig begangen worden sei. Wie oben in Randnr. 319 festgestellt worden ist, kann eine solche Zuwiderhandlung mit einer Geldbuße nach Art. 15 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung Nr. 17 und seit dem 1. Mai 2004 nach Art. 23 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1/2003 belegt werden.
- 355 Im Rahmen der vorliegenden Rüge machen die Klägerinnen aber geltend, dass der Grundsatz der Rechtssicherheit der Verhängung einer Geldbuße für wettbewerbswidrige Verhaltensweisen durch die Kommission entgegenstehe, wenn sich die Rechtswidrigkeit dieser Verhaltensweisen nicht aus klaren und vorhersehbaren Präzedenzfällen ergebe. Insofern sei die Begründung der Kommission in den Erwägungsgründen 731 bis 736 der angefochtenen Entscheidung mit Sachverhaltsirrtümern und einer fehlerhaften Sachverhaltswürdigung behaftet.
- 356 Erstens machen die Klägerinnen geltend, dass die Kosten-Preis-Schere, die Telefónica vorliegend zur Last gelegt werde, nicht auf klare Präzedenzfälle gestützt sei.
- 357 Zunächst ist das Vorbringen der Klägerinnen zurückzuweisen, mit dem die Entscheidungspraxis der Kommission gerügt wird, wonach von der Verhängung einer Geldbuße abgesehen werden dürfe, wenn klare Präzedenzfälle fehlten, die den rechtswidrigen Charakter eines Verhaltens belegen könnten. Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass die Entscheidung der Kommission, wegen der verhältnismäßigen Neuartigkeit der festgestellten Verstöße in bestimmten Entscheidungen keine Geldbuße zu verhängen, den Unternehmen, die dieselbe Art des Verstoßes später begehen, keine „Immunität“ verleiht. Denn die Kommission entscheidet im besonderen Rahmen jedes einzelnen Vorgangs nach ihrem Ermessen darüber, ob es angebracht ist, eine Geldbuße zu verhängen, um die festgestellte Zuwiderhandlung zu ahnden und die Wirksamkeit des Wettbewerbsrechts zu wahren (Urteil des Gerichts vom 22. Oktober 1997, SCK und FNK/Kommission, T-213/95 und T-18/96, Slg. 1997, II-1739, Randnr. 239).

- 358 Sodann ist das Vorbringen zu dem Widerspruch in der Begründung der Kommission zurückzuweisen, der darin bestehen soll, dass im 733. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung festgestellt werde, dass sich die Berechnung der Kosten-Preis-Schere im vorliegenden Fall eindeutig aus Entscheidungen der früheren Rechtsprechung zur Annahme der Entscheidung Deutsche Telekom ergebe, während nach dem 744. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung die in der Entscheidung Deutsche Telekom angewandte Berechnungsmethode zuvor nicht in einer formalen Entscheidung der Kommission verwendet worden sei.
- 359 Die Kommission hat nämlich zutreffend u. a. darauf hingewiesen, dass dem 206. Erwägungsgrund der Entscheidung Deutsche Telekom zu entnehmen sei, dass sich die in jener Entscheidung angewandte Berechnungsmethode, auf die sie im 744. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung Bezug nehme, aus ihrer früheren Entscheidungspraxis ergebe, auch wenn sie in der Tat einen neuen Gesichtspunkt, die Verwendung eines gewichteten Ansatzes, hinzufüge. In diesem Erwägungsgrund heißt es: „[D]er Test zur Ermittlung einer Kosten-Preis-Schere [ist] Teil der gefestigten Entscheidungspraxis der Kommission ... und der neue Aspekt [ist] dabei der gewichtete Ansatz ... Dieser ist im vorliegenden Fall zu verwenden, um der Tatsache Rechnung zu tragen, dass in Deutschland ein einziges Vorleistungsentgelt für den entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung festgesetzt worden ist, während die Entgelte für die entsprechenden Endkundendienste für den Analoganschluss, für ISDN und für ADSL unterschiedlich hoch sind.“
- 360 Ferner ist zu dem Vorbringen der Klägerinnen, die von der Kommission im 733. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung genannten Präzedenzfälle seien zu allgemein und zu ungenau, um Telefónica die Einschätzung zu ermöglichen, dass ihr Verhalten rechtswidrigen Charakter haben könne, im vorliegenden Rechtsstreit unabhängig davon, ob das Urteil Industrie des poudres sphériques/Kommission, oben in Randnr. 186 angeführt, einschlägig sei, darauf hinzuweisen, dass die Kommission bereits im 66. Erwägungsgrund der Entscheidung 88/518/EWG vom 18. Juli 1988 betreffend ein Verfahren nach Artikel [82 EG] (IV/30.178 – Napier Brown – British Sugar) (ABl. L 284, S. 41) befunden hat: „Wenn ein beherrschendes Unternehmen, das sowohl im Markt für ein Rohmaterial als auch in dem für ein aus diesem Material hergestelltes Derivat beherrschend ist, zwischen dem Preis, den es denjenigen Unternehmen, die mit ihm in der Produktion des Derivats konkurrieren, für das Rohmaterial berechnet, und dem Preis, den es für das Derivat berechnet, eine Spanne beibehält, die geringer ist als die bei dem beherrschenden Unternehmen für die Umwandlung anfallenden Selbstkosten ..., und wenn dies zu einer Einschränkung des Wettbewerbs bei dem Derivat führt, ... ist dies ein Missbrauch einer beherrschenden Stellung.“
- 361 Wie die Kommission im 735. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung festgestellt hat, stellt die Entscheidung Deutsche Telekom auch einen Präzedenzfall dar, der die Voraussetzungen für die Anwendung von Art. 82 EG auf eine wirtschaftliche Tätigkeit klarstellt, die der sektorspezifischen Vorabregulierung unterliegt. Dem Vorbringen, mit dem die Klägerinnen zeigen wollen, dass Telefónica aufgrund dieser Entscheidung nicht genau bestimmen können, unter welchen Voraussetzungen die Kommission und das Unionsgericht bei Vorliegen einer Margenbeschneidung einen Verstoß gegen Art. 82 EG als möglich erachtet hätten, kann nicht gefolgt werden. Zum Ersten ist das Argument zurückzuweisen, dass die Entscheidung Deutsche Telekom Gegenstand eines Rechtsbehelfs vor dem Unionsrichter gewesen sei, denn die Vermutung der Rechtmäßigkeit der Handlungen der Organe der Union setzt voraus, dass sie Rechtswirkungen entfalten, solange sie nicht zurückgenommen, im Rahmen einer Nichtigkeitsklage für nichtig erklärt oder infolge eines Vorabentscheidungsersuchens oder einer Rechtswidrigkeitseinrede für ungültig erklärt worden sind (vgl. Urteil des Gerichtshofs vom 5. Oktober 2004, Kommission/Griechenland, C-475/01, Slg. 2004, I-8923, Randnr. 18 und die dort angeführte Rechtsprechung). Zum Zweiten ist aus den oben in Randnr. 323 dargelegten Gründen das Argument zurückzuweisen, dass die Definition der Produktmärkte nicht vorhersehbar gewesen sei. Zum Dritten genügt zu dem Argument, es habe sich um einen schnell wachsenden Markt gehandelt, die Feststellung, dass dies die Anwendung der Wettbewerbsregeln und insbesondere von Art. 82 EG nicht ausschließen kann (Urteil vom 30. Januar 2007, France Télécom/Kommission, oben in Randnr. 60 angeführt, Randnr. 107). Zum Vierten genügt

in Bezug darauf, dass es in der vorliegenden Rechtssache um nicht wesentliche Inputs gehen soll, die Feststellung, dass das Bestehen einer Kosten-Preis-Schere nicht voraussetzt, dass das fragliche Großkundenprodukt unerlässlich war (siehe oben, Randnr. 168). Zum Fünften kann das Vorbringen zu dem zwingenden Charakter der sektorspezifischen Kontrolle in Spanien aus den oben in den Randnrn. 339 bis 342 genannten Gründen keinen Erfolg haben.

- 362 Daher konnte Telefónica nicht darüber im Unklaren sein, dass ihr Verhalten geeignet war, den Wettbewerb zu beschränken. Ferner können die Klägerinnen nicht vortragen, dass sie auch nach der Mitteilung der Beschwerdepunkte das Kosten-Einnahmen-Modell, das die Kommission in der angefochtenen Entscheidung zugrunde gelegt habe, nicht hätten vorhersehen können, da es auf zusätzlichen Beweismitteln beruht habe, die weder in der angefochtenen Entscheidung noch in dem Sachverhaltsschreiben erwähnt gewesen seien. Wie nämlich bereits im Rahmen der Prüfung des ersten Klagegrundes des Hauptantrags der Klägerinnen festgestellt worden ist, ist insofern keine Verletzung ihrer Verteidigungsrechte festgestellt worden.
- 363 Zweitens tragen die Klägerinnen vor, Telefónica habe weder vor noch nach Oktober 2003, dem Zeitpunkt der Veröffentlichung der Entscheidung Deutsche Telekom, den neuen Ansatz vorhersehen können, den die Kommission in ihrer Entscheidung zur Bestimmung einer Kosten-Preis-Schere angewandt habe.
- 364 Insofern ist zum Ersten das Vorbringen der Klägerinnen zurückzuweisen, Telefónica habe nicht die Quellen, Methode und Berechnungen vorhersehen können, die die Kommission in der angefochtenen Entscheidung verwendet habe. Die im Rahmen der Berechnung der Kosten-Preis-Schere herangezogenen Quellen sind die früheren Einnahmen und Kosten von Telefónica und stammen von den Klägerinnen selbst. Zudem konnte Telefónica angesichts der oben in den Randnrn. 360 f. genannten Präzedenzfälle vernünftigerweise vorhersehen, dass ihr Marktverhalten geeignet war, den Wettbewerb zu beeinträchtigen.
- 365 Zum Zweiten ist das Vorbringen, dass die Definition der relevanten Märkte, die die Kommission in der angefochtenen Entscheidung gegeben habe, nicht vorhersehbar gewesen sei, bereits oben in den Randnrn. 323 bis 326 zurückgewiesen worden.
- 366 Was zum Dritten das Vorbringen betrifft, dass der Kosten-Preis-Scheren-Test zum ersten Mal in der angefochtenen Entscheidung auf einen stark wachsenden Markt angewandt worden sei, ist oben in Randnr. 361 festgestellt worden, dass der Umstand, dass ein Markt stark wächst, nicht die Anwendung der Wettbewerbsvorschriften ausschließen kann.
- 367 Zum Vierten ist das Vorbringen, im Rahmen des Kosten-Preis-Scheren-Tests sei die Unentbehrlichkeit des Großkundenprodukts darzutun, oben in Randnr. 182 zurückgewiesen worden.
- 368 Zum Fünften ist die Behauptung der Klägerinnen, im Zeitraum der Zuwiderhandlung sei die spanische Regulierung strenger gewesen als die Regulierung, die in der Entscheidung Deutsche Telekom geprüft worden sei, nicht relevant und, wie aus Randnr. 748 der angefochtenen Entscheidung hervorgeht, jedenfalls unbegründet.
- 369 Daher ist die zweite Rüge des ersten Klagegrundes und damit der Klagegrund insgesamt zurückzuweisen.

b) Zum zweiten Klagegrund: Sachverhaltsirrtümer und Rechtsfehler sowie Verstoß gegen die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit, der Gleichbehandlung, der individuellen Zumessung von Strafen und der Begründungspflicht bei der Bestimmung der Höhe der Geldbuße

370 Der zweite Klagegrund umfasst fünf Teile. Der erste Teil ist gestützt auf Sachverhaltsirrtümer und Rechtsfehler sowie eine Missachtung der Begründungspflicht bei der Einstufung der Zuwiderhandlung als „besonders schwer“ und der Festsetzung des Ausgangsbetrags der Geldbuße auf 90 Mio. Euro. Der zweite Teil ist gestützt auf eine Verletzung der Grundsätze der Verhältnismäßigkeit, des Gleichheitssatzes, der individuellen Zumessung von Strafen und der Begründungspflicht bei der Festsetzung des Ausgangsbetrags der Geldbuße auf 90 Mio. Euro. Der dritte Teil betrifft Sachverhaltsirrtümer und Rechtsfehler sowie einen Begründungsmangel hinsichtlich der Erhöhung des Ausgangsbetrags der Geldbuße zur Erzielung einer abschreckenden Wirkung. Der vierte Teil betrifft Sachverhaltsirrtümer und Rechtsfehler durch die Einstufung der Zuwiderhandlung als „von langer Dauer“. Der fünfte Teil betrifft Sachverhaltsirrtümer und Rechtsfehler bei der Berücksichtigung mildernder Umstände.

Zum ersten Teil des zweiten Klagegrundes: Sachverhaltsirrtümer und Rechtsfehler sowie eine Missachtung der Begründungspflicht bei der Einstufung der Zuwiderhandlung als „besonders schwer“ und der Festsetzung des Ausgangsbetrags der Geldbuße auf 90 Mio. Euro

371 Mit dem ersten Teil des zweiten Klagegrundes ihres hilfsweisen Vorbringens stellen die Klägerinnen die Schwere der in der angefochtenen Entscheidung festgestellten Zuwiderhandlung und damit die Festsetzung des Ausgangsbetrags der Telefónica auferlegten Geldbuße in Abrede (siehe oben, Randnrn. 25 bis 29).

372 Zunächst ist festzustellen, dass die Kommission nach ständiger Rechtsprechung über ein weites Ermessen in Bezug auf die Methode zur Berechnung der Geldbußen verfügt. Diese in den Leitlinien von 1998 beschriebene Berechnungsmethode enthält verschiedene Spielräume, die es der Kommission ermöglichen, ihr Ermessen im Einklang mit den Bestimmungen des Art. 23 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1/2003 auszuüben (vgl. in diesem Sinne Urteil Papierfabrik August Koehler/Kommission, oben in Randnr. 76 angeführt, Randnr. 112 und die dort angeführte Rechtsprechung).

373 Die Schwere der Zuwiderhandlungen gegen das Wettbewerbsrecht der Union ist anhand einer Vielzahl von Gesichtspunkten zu ermitteln, zu denen die besonderen Umstände der Rechtssache, ihr Kontext und die Abschreckungswirkung der Geldbußen gehören, ohne dass es eine zwingende oder abschließende Liste von Kriterien gäbe, die auf jeden Fall berücksichtigt werden müssten (Urteile des Gerichtshofs vom 19. März 2009, Archer Daniels Midland/Kommission, C-510/06 P, Slg. 2009, I-1843, Randnr. 72, und Prym und Prym Consumer/Kommission, oben in Randnr. 83 angeführt, Randnr. 54).

374 Wie oben in Randnr. 25 festgestellt, hat die Kommission im vorliegenden Fall die Höhe der Geldbußen nach der in den Leitlinien von 1998 bestimmten Methode festgesetzt.

375 Auch wenn die Leitlinien von 1998 nicht als Rechtsnorm qualifiziert werden können, die die Verwaltung auf jeden Fall zu beachten hat, stellen sie gleichwohl eine Verhaltensnorm dar, die einen Hinweis auf die zu befolgende Verwaltungspraxis enthält und von der die Verwaltung im Einzelfall nicht ohne Angabe von Gründen abweichen kann, die mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung vereinbar sind (vgl. Urteil Dansk Rørindustri u. a./Kommission, oben in Randnr. 59 angeführt, Randnr. 209 und die dort angeführte Rechtsprechung; Urteil des Gerichts vom 8. Oktober 2008, Carbone-Lorraine/Kommission, T-73/04, Slg. 2008, II-2661, Randnr. 70).

376 Die Kommission hat dadurch, dass sie derartige Verhaltensnormen erlassen und durch ihre Veröffentlichung angekündigt hat, dass sie sie von nun an auf die von diesen Normen erfassten Fälle anwenden werde, die Ausübung ihres Ermessens beschränkt und kann von diesen Normen nicht

abweichen, ohne dass dies gegebenenfalls wegen eines Verstoßes gegen allgemeine Rechtsgrundsätze wie die der Gleichbehandlung oder des Vertrauensschutzes geahndet würde (vgl. Urteil Dansk Rørindustri u. a./Kommission, oben in Randnr. 59 angeführt, Randnr. 211 und die dort angeführte Rechtsprechung; Urteil Carbone-Lorraine/Kommission, oben in Randnr. 375 angeführt, Randnr. 71).

377 Ferner enthalten die Leitlinien von 1998 eine allgemeine und abstrakte Regelung der Methode, die sich die Kommission zur Festsetzung der Geldbußen auferlegt hat, und schaffen folglich Rechtssicherheit für die Unternehmen (Urteil Dansk Rørindustri u. a./Kommission, oben in Randnr. 59 angeführt, Randnrn. 211 und 213).

378 Zur Beurteilung der Schwere des Verstoßes heißt es in Nr. 1 Teil A Abs. 1 und 2 der Leitlinien von 1998:

„Bei der Ermittlung der Schwere eines Verstoßes sind seine Art und die konkreten Auswirkungen auf den Markt, sofern diese messbar sind, sowie der Umfang des betreffenden räumlichen Marktes zu berücksichtigen. Die Verstöße werden in folgende drei Gruppen unterteilt: minder schwere, schwere und besonders schwere Verstöße.“

379 Nach den Leitlinien von 1998 handelt es sich bei den minder schweren Verstößen um „in den häufigsten Fällen vertikale Beschränkungen des Handels mit begrenzten Auswirkungen auf den Markt, die zwar einen wesentlichen, jedoch relativ engen Teil des Gemeinschaftsmarkts betreffen“ (Nr. 1 Abschnitt A Abs. 2 erster Gedankenstrich). Bei den schweren Verstößen „handelt [es] sich in den meisten Fällen um horizontale oder vertikale Beschränkungen der gleichen Art wie [bei den minder schweren Verstößen], die jedoch entschlossener angewandt werden, deren Auswirkungen auf den Markt umfassender sind und die in einem größeren Teil des Gemeinsamen Marktes zum Tragen kommen können“. Dabei kann es sich „auch um den Missbrauch marktbeherrschender Stellungen handeln“ (Nr. 1 Abschnitt A Abs. 2 zweiter Gedankenstrich). Zu den besonders schweren Verstößen führt die Kommission aus, dass es sich „im Wesentlichen um horizontale Beschränkungen, wie z. B. Preiskartelle, Marktaufteilungsquoten und sonstige Beschränkungen der Funktionsweise des Binnenmarkts, wie z. B. die Abschottung der nationalen Märkte oder Missbräuche marktbeherrschender Stellungen von Unternehmen in Quasi-Monopolstellung“ handele (Nr. 1 Abschnitt A Abs. 2 dritter Gedankenstrich).

380 Die Kommission stellt zum einen fest, dass innerhalb dieser Kategorien, insbesondere bei den als „schwer“ und „besonders schwer“ eingestuften, die Skala der festzusetzenden Geldbußen eine Differenzierung gemäß der Art des begangenen Verstoßes ermöglicht und zum anderen die tatsächliche wirtschaftliche Fähigkeit der Urheber des Verstoßes, andere Wirtschaftsteilnehmer, insbesondere die Verbraucher, in erheblichem Umfang zu schädigen, zu berücksichtigen und die Geldbuße so zu bemessen ist, dass eine hinreichend abschreckende Wirkung gewährleistet ist (Nr. 1 Abschnitt A Abs. 3 und 4).

381 Nach den Leitlinien von 1998 liegt der mögliche Ausgangsbetrag der Geldbußen für die „sehr schweren“ Verstöße über 20 Mio. Euro; für die „schweren“ Verstöße kann er zwischen 1 Mio. und 20 Mio. Euro liegen; für die „weniger schweren“ Verstöße liegt der mögliche Ausgangsbetrag zwischen 1 000 und 1 Mio. Euro (Nr. 1 Abschnitt A Abs. 2 erster bis dritter Gedankenstrich).

382 Als Erstes ist das Vorbringen der Klägerinnen zu prüfen, mit dem dargetan werden soll, dass die Kommission die Zuwiderhandlung nicht als „sehr schwer“ hätte einstufen dürfen und der Ausgangsbetrag der Geldbuße daher erheblich unter dem Betrag von 90 Mio. Euro hätte festgesetzt werden müssen.

383 Insofern ist erstens aus den oben in den Randnrn. 353 bis 368 angegebenen Gründen das Argument zurückzuweisen, dass der festgestellte Verstoß keinen „eindeutigen Missbrauch“ darstelle.

- 384 Zweitens ist zu dem Argument der Klägerinnen, Telefónica habe auf den Großkundenmärkten kein faktisches Monopol innegehabt, bereits oben in Randnr. 155 festgestellt worden, dass Telefónica nicht bestreitet, dass sie seit 1999 der einzige Lieferant für das nationale Großkundenprodukt in Spanien war und daher über ein faktisches Monopol auf diesem Markt verfüge. Ferner war, wie oben in Randnr. 163 festgestellt, der Marktanteil von Telefónica im Hinblick auf das nationale Großkundenprodukt während der Dauer der Zuwiderhandlung größer als 84 %. Das Vorbringen der Klägerinnen, dass das Bestehen eines faktischen Monopols ausgeschlossen sei, wenn die von dem Verstoß betroffenen Produkte keine „grundlegenden Infrastrukturen“ darstellten oder von einer sektorspezifischen Regulierung betroffen seien, findet weder in den Leitlinien von 1998 noch in der Rechtsprechung eine Begründung und kann keinen Erfolg haben.
- 385 Drittens ist das Vorbringen zu angeblichen Widersprüchen zwischen den Erwägungsgründen 744 und 746 der angefochtenen Entscheidung (wobei der letztgenannte Erwägungsgrund auf den 733. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung verweist) aus den bereits oben in den Randnrn. 358 f. aufgeführten Gründen zurückzuweisen. Die Berechnungsmethode, die in der im 744. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung herangezogenen Entscheidung Deutsche Telekom verwendet wird, ergibt sich aus der früheren Entscheidungspraxis der Kommission, auch wenn es zutrifft, dass sie ein neues Beweismittel, die Verwendung eines gewichteten Ansatzes, einführt.
- 386 Viertens kann dem Vorbringen der Klägerinnen, dass Telefónica auch nach der Veröffentlichung der Entscheidung Deutsche Telekom im *Amtsblatt der Europäischen Union* am 14. Oktober 2003 keinen Grund für die Annahme gehabt habe, dass ihr Verhalten geeignet sei, einen Verstoß gegen Art. 82 EG darzustellen, aus den oben in Randnr. 361 genannten Gründen nicht gefolgt werden. Das auf die Entscheidungspraxis der Kommission gestützte Vorbringen der Klägerinnen, die Zuwiderhandlung sei zumindest vor 2003 als „schwer“ einzustufen, ist zurückzuweisen, da die Entscheidungspraxis der Kommission nach ständiger Rechtsprechung nicht den rechtlichen Rahmen für Geldbußen in Wettbewerbssachen bilden kann, der nur durch die Verordnung Nr. 17 und seit dem 1. Mai 2004 durch die Verordnung Nr. 1/2003 festgelegt wird. Die Entscheidungen in anderen Fällen haben nur Hinweischarakter in Bezug auf das mögliche Vorliegen einer Diskriminierung, da es unwahrscheinlich ist, dass die für sie kennzeichnenden Umstände wie die Märkte, Waren, Länder, Unternehmen und betroffenen Zeiträume die gleichen sind (vgl. Urteil des Gerichtshofs vom 7. Juni 2007, *Britannia Alloys & Chemicals/Kommission*, C-76/06 P, Slg. 2007, I-4405, Randnr. 60 und die dort angeführte Rechtsprechung). Die übrigen von den Klägerinnen vorgetragene Argumente, wonach Telefónica nicht habe vorhersehen können, dass ihr Verhalten einen Verstoß gegen Art. 82 EG darstellen könne, sind zudem oben in den Randnrn. 322 bis 352 zurückgewiesen worden.
- 387 Nach alledem kann die erste Rüge der Klägerin, wie sie oben in Randnr. 382 dargestellt ist, keinen Erfolg haben.
- 388 Als Zweites machen die Klägerinnen geltend, dass der Ausgangsbetrag der Geldbuße zu hoch sei, da sich die streitigen Praktiken nicht konkret oder da sie sich beschränkt ausgewirkt hätten.
- 389 Es ist festzustellen, dass die Kommission nach Nr. 1 Abschnitt A Abs. 1 der Leitlinien von 1998 bei der Beurteilung der Schwere des Verstoßes die konkreten Auswirkungen auf den Markt nur dann prüfen muss, wenn sie messbar erscheinen (vgl. in diesem Sinne Urteil *Prym und Prym Consumer/Kommission*, oben in Randnr. 83 angeführt, Randnr. 74 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 390 Wenn die Kommission es für angebracht hält, für die Bemessung der Geldbuße die konkreten Auswirkungen der Zuwiderhandlung als fakultatives Element zu berücksichtigen, kann sie sich darüber hinaus nicht auf eine bloße Vermutung beschränken, sondern muss konkrete, glaubhafte und ausreichende Indizien vorlegen, die ihr erlauben, die tatsächlichen Auswirkungen, die die Zuwiderhandlung auf den Wettbewerb auf dem genannten Markt haben konnte, zu beurteilen (Urteil *Prym und Prym Consumer/Kommission*, oben in Randnr. 83 angeführt, Randnr. 82).

- 391 Im vorliegenden Fall ergibt sich aus der angefochtenen Entscheidung, dass die Kommission die konkreten Auswirkungen der Zuwiderhandlung als fakultatives Element berücksichtigen wollte, was sie in der mündlichen Verhandlung auf eine Frage hierzu ausdrücklich bestätigt hat. Wie aus den Erwägungsgründen 751 f. der angefochtenen Entscheidung hervorgeht, war die Kommission der Auffassung, dass „der Missbrauch Telefónicas erhebliche Auswirkungen auf den Endkundenmarkt hatte“. Dabei weist sie zum einen darauf hin, dass sie bei der Bestimmung der Schwere der Zuwiderhandlung berücksichtigt habe, dass die relevanten Märkte erhebliche wirtschaftliche Bedeutung hätten und entscheidend für die Schaffung der Informationsgesellschaft seien, und zum anderen unter Bezugnahme auf die Ausführungen in der angefochtenen Entscheidung zu den Auswirkungen des Missbrauchs dar, dass sie der Auffassung gewesen sei, dass die von Telefónica verursachte Kosten-Preis-Schere eine unmittelbare Ausschlusswirkung auf dem Endkundenmarkt zur Folge gehabt habe und der Umstand, dass das Verhalten von Telefónica die Möglichkeiten eines maßgeblichen Wachstums von ADSL-Betreibern auf dem Endkundenmarkt behindert habe, offensichtlich von Bedeutung dafür gewesen sei, dass die Endkundenpreise in Spanien zu den höchsten in Europa gezählt hätten.
- 392 Da sich die Kommission in der angefochtenen Entscheidung nicht nur auf den beträchtlichen wirtschaftlichen Wert und die entscheidende Rolle der relevanten Märkte zur Schaffung der Informationsgesellschaft, sondern auch auf die Auswirkungen des Missbrauchs stützt, um konkrete Auswirkungen der Zuwiderhandlung auf dem Markt nachzuweisen, sind im Rahmen des vorliegenden Klagegrundes die Rügen der Klägerinnen im Zusammenhang mit dem zweiten Teil des fünften Klagegrundes ihres Hauptantrags zu prüfen, mit denen dargetan werden soll, dass die Kommission die konkreten Auswirkungen des Missbrauchs von Telefónica nicht rechtlich hinreichend bewiesen habe.
- 393 Zu den angeblichen konkreten Ausschlusswirkungen auf dem Endkundenmarkt hat die Kommission in der angefochtenen Entscheidung festgestellt, es gebe empirische Beweise dafür, dass zum Ersten Telefónica weitaus schneller gewachsen sei als ihre Wettbewerber (Erwägungsgründe 567 bis 570 der angefochtenen Entscheidung), zum Zweiten Telefónica im Untersuchungszeitraum bei Weitem der größte ADSL-Anbieter auf dem Endkunden-Massenmarkt geblieben sei (Erwägungsgründe 571 bis 573 der angefochtenen Entscheidung), zum Dritten Telefónica im Gegensatz zu ihren Wettbewerbern im ADSL-Bereich einen größeren Anteil auf dem Endkunden-Breitbandmarkt errungen habe, als sie im Bereich der Schmalbanddienste innegehabt habe (Erwägungsgründe 574 bis 578 der angefochtenen Entscheidung), und zum Vierten das Verhalten von Telefónica den Wettbewerb auf dem nationalen Großkundenmarkt eingeschränkt habe (Erwägungsgründe 579 bis 584 der angefochtenen Entscheidung). Zudem reiche der verbliebene eingeschränkte Wettbewerb auf dem Endkundenmarkt nicht aus, um zu entkräften, dass die Kosten-Preis-Schere konkrete Ausschlusswirkungen gehabt habe (Erwägungsgründe 585 bis 591 der angefochtenen Entscheidung).
- 394 Erstens ist nach Auffassung der Klägerinnen der Marktanteil von Telefónica im Untersuchungszeitraum erheblich zurückgegangen, was mit der Entwicklung einer Ausschließungsstrategie unvereinbar sei. Die Kundenzuwachsrate von Telefónica bei den Endkundendiensten (Erwägungsgründe 568 bis 570 der angefochtenen Entscheidung) habe stets unter dem entsprechenden Marktanteil von Telefónica gelegen. Zudem beträfen die von der Kommission herangezogenen Daten nur das ADSL-Endkundensegment, nicht aber die auf anderen Breitbandprodukten beruhenden Produkte, die zum Endkundenmarkt im Sinne der Definition in der angefochtenen Entscheidung gehörten.
- 395 Hierzu ist zunächst festzustellen, dass die Klägerinnen die in den Erwägungsgründen 568 bis 570 der angefochtenen Entscheidung enthaltenen Angaben der Kommission nicht bestreiten. Danach hat sich Telefónica auf dem Endkundenmarkt viermal schneller entwickelt als sämtliche ihrer ADSL-Wettbewerber zusammen und von Januar 2002 bis Oktober 2004 sechs- bzw. vierzehnmal schneller als ihre beiden Hauptwettbewerber. Ferner seien im letzten Quartal 2004 und im ersten Halbjahr 2005 fast 70 % des Wachstums auf dem ADSL-Markt auf Telefónica entfallen. Die

allmähliche Bereitstellung konkurrierender Endkundenangebote auf der Basis entbundelter Teilnehmeranschlüsse habe Telefónica schließlich nicht gehindert, zwischen April 2005 und Juli 2006 mehr als 70 % der neuen Teilnehmer im ADSL-Segment in Anspruch zu nehmen.

- 396 Sodann ist entgegen dem Vorbringen der Klägerinnen darauf hinzuweisen, dass der Marktanteil von Telefónica im ADSL-Segment des Endkundenmarkts während des Zeitraums der Zuwiderhandlung verhältnismäßig stabil geblieben ist (Abb. 13 der angefochtenen Entscheidung), da er nach einer Abnahme um [vertraulich] zwischen Dezember 2001 und Juli 2002, von 58 % im Juli 2002 (d. h. sechs Monate nach dem Beginn des Zeitraums der Zuwiderhandlung) auf 56 % am Ende des Zeitraums der Zuwiderhandlung im Dezember 2006 gefallen sei. Die Klägerinnen können daher nicht geltend machen, dass sich ihr Marktanteil im ADSL-Endkundensegment erheblich verringert habe.
- 397 Insofern kann der Kommission entgegen dem Vorbringen der Klägerinnen nicht vorgeworfen werden, die Auswirkungen der Kosten-Preis-Schere auf das ADSL-Segment des Endkundenmarkts nicht genauer geprüft zu haben. Dieses Segment machte von 2002 bis 2006 zwischen 72 % und 78,7 % der spanischen Breitbandverbindungen aus (Erwägungsgründe 39 und 555 sowie Tabelle 1 der angefochtenen Entscheidung). Zudem war es von der Kosten-Preis-Schere unmittelbar betroffen, da sich diese auf die nationalen und regionalen Großkundenprodukte bezog, mittels deren die alternativen ADSL-Betreiber ihre Produkte auf dem Endkundenmarkt anbieten konnten.
- 398 Die Kommission hat schließlich, wie bereits oben in Randnr. 281 festgestellt, das Vorhandensein der Kabelbetreiber berücksichtigt. Ihrer Ansicht nach waren diese von der Kosten-Preis-Schere nicht unmittelbar betroffen und hatten auch keinen hinreichenden Wettbewerbsdruck auf Telefónica auf dem Endkundenmarkt ausgeübt (Erwägungsgründe 559 f. der angefochtenen Entscheidung).
- 399 Zweitens machen die Klägerinnen geltend, dass die Kommission ihre Feststellung nicht belegt habe, die Kosten-Preis-Schere habe die Wettbewerber von Telefónica finanziell ausgelaugt (Erwägungsgründe 587 bis 591 der angefochtenen Entscheidung). Mit dieser Feststellung sollte jedoch nur dem Vorbringen von Telefónica in ihrer Antwort auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte entgegengetreten werden, dass sie einem intensiven Wettbewerb durch viele effektive Wettbewerber ausgesetzt gewesen sei (585. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung), was widerlege, dass die Kosten-Preis-Schere konkrete Ausschlusswirkungen gehabt habe. Da die Klägerinnen die Feststellung im 588. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung nicht bestreiten, dass keiner der ADSL-Betreiber vor 2005 einen Marktanteil von mehr als 1 % erzielt habe, kann ihr Vorbringen keinen Erfolg haben. Zudem konnte Jazztel – entgegen dem Vorbringen der Klägerinnen und wie von der Kommission im 590. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung festgestellt – auf der Grundlage der nationalen und regionalen Großkundenprodukte von Telefónica keinen Marktanteil über 1 % erzielen. Was schließlich das Vorbringen der Klägerinnen betrifft, die zahlreichen teuren Übernahmen alternativer Betreiber hätten durch andere Betreiber die erhöhten Wachstumsaussichten der alternativen Betreiber widerspiegelt, ist dies kein Beweis dafür, dass das Verhalten von Telefónica im Zeitraum der Zuwiderhandlung keine Abschottungseffekte hatte. Zudem datiert die Übernahme von Ya.com durch France Telecom, auf die speziell sich die Klägerinnen beziehen, von Juni 2007. Sie liegt daher nach diesem Zeitraum.
- 400 Drittens habe die Kommission die Angaben ebenso wie die Zuwachsraten auf dem Endkundenmarkt verfälscht, um darzutun, dass das Verhalten von Telefónica zu einer Beschränkung des Wettbewerbs auf dem Großkundenmarkt geführt habe (Erwägungsgründe 579 bis 584 der angefochtenen Entscheidung). In der mündlichen Verhandlung zum Sinn und zur Tragweite ihres Vorbringens befragt, haben die Klägerinnen erläutert, dass es sich nicht auf die Zuwachsraten auf dem Endkundenmarkt beziehe. Die Kommission habe vielmehr auf Zuwachsraten der Großkundenverbindungen Bezug genommen, ohne den Eigenverbrauch der zahlreichen vertikal integrierten Unternehmen zu berücksichtigen. Dieses Vorbringen, das nicht belegt worden ist, kann jedoch keinen Erfolg haben, da aus Fn. 654 der angefochtenen Entscheidung zu Grafik 18 im 579. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung hervorgeht, dass „Nettozuwächse ... auf der Basis

der Entwicklung von Endkundenanschlüssen (inklusive eigene Bereitstellung) im nationalen Großkundenmarkt berechnet [sind]“. Die Kommission hat daher in Wirklichkeit den Eigenverbrauch berücksichtigt.

- 401 Es ist jedenfalls festzustellen, dass die Klägerinnen ungeachtet dessen, dass Telefónica einige Marktanteile auf der Ebene des nationalen Großkundenprodukts verloren haben soll (Grafik 18 der angefochtenen Entscheidung), die Feststellungen der Kommission nicht bestreiten, dass Telefónica auf der Ebene des nationalen Großkundenprodukts zwischen Januar 2002 und Oktober 2004 sechsmal schneller als alle ihrer Wettbewerber im ADSL-Bereich zusammen, zehnmal schneller als ihr Hauptwettbewerber ADSL ONO und 30-mal schneller als ihr zweitgrößter Wettbewerber im ADSL-Bereich France Telecom gewachsen sei (580. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung). Zudem geht aus der angefochtenen Entscheidung hervor, dass Telefónica ab Oktober 2004 auf der Ebene des nationalen Großkundenprodukts weiter dreimal schneller als ihre Wettbewerber im ADSL-Bereich insgesamt, siebenmal schneller als ihr Hauptwettbewerber im ADSL-Bereich France Telecom und zehnmal schneller als ihr zweitgrößter Wettbewerber im ADSL-Bereich Jazztel gewachsen ist. Im Übrigen ist das Geschäftsvolumen von Auna, dem Hauptwettbewerber von Telefónica auf dem nationalen Großkundenmarkt, in diesem Zeitraum rückläufig gewesen (581. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung). Das Wachstum von Telefónica auf dem ADSL-Markt auf der Ebene des nationalen Großkundenprodukts und der Rückgang des Geschäftsvolumens von Auna auf dem nationalen Großkundenmarkt müssen jedoch als Indizien für konkrete Ausschlusswirkungen gegenüber ihren Wettbewerbern betrachtet werden.
- 402 Aufgrund des Vorstehenden ist, ohne dass es erforderlich wäre, zu den Argumenten der Klägerinnen Stellung zu nehmen, mit denen dem Vergleich der Kommission zwischen den Schmalbanddiensten und den Breitbanddiensten in den Erwägungsgründen 574 bis 578 der angefochtenen Entscheidung entgegengetreten werden soll, festzustellen, dass die Kommission genügend konkrete, glaubhafte und ausreichende Indizien zum Nachweis dafür vorgebracht hat, dass das Verhalten von Telefónica konkrete Ausschlusswirkungen auf dem Markt hatte.
- 403 Viertens bestreiten die Klägerinnen, dass den Verbrauchern ein Schaden entstanden sei. Sie beanstanden die Feststellung der Kommission, dass das Verhalten von Telefónica die Endkundenpreise auf ein Niveau gebracht habe, das zu den höchsten in der aus 15 Mitgliedstaaten bestehenden Union gehört habe oder dort das höchste gewesen sei oder sogar über dem der höchsten Endkundenpreise dieser Mitgliedstaaten gelegen habe.
- 404 Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass die Kommission in den Erwägungsgründen 592 bis 602 der angefochtenen Entscheidung Folgendes festgestellt hat:
- Gemäß einer Studie der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) vom 18. Juni 2004 zählte die durchschnittliche monatliche Gebühr für einen Breitbandinternetanschluss in Spanien in Bezug auf das Preis-Leistungs-Verhältnis zu den höchsten in Europa; dies wurde durch eine Studie der spanischen Verbraucherschutzvereinigung l'Organización de Consumidores y Usuarios (OCU) bestätigt.
 - Nach den Untersuchungen der CMT zwischen 2004 und 2006 waren die Endkundenpreise für den Breitbandinternetzugang in Spanien hoch und lagen deutlich über dem europäischen Durchschnitt (595. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung).
 - Nach einer Studie von Dezember 2006, die von der irischen nationalen Regulierungsbehörde, der Commission for Communication Regulation (ComReg), in Auftrag gegeben und von der Beratungsgesellschaft Teligen durchgeführt worden ist, lagen die Endkundenpreise von Telefónica mehr als 85 % über dem europäischen Durchschnitt (Erwägungsgründe 596 bis 601 der angefochtenen Entscheidung).

- Nach den Berechnungen von Telefónica lagen die durchschnittlichen Endkundenpreise in Spanien mehr als 20 % über dem Durchschnittspreis in der Union, als diese aus 15 Mitgliedstaaten bestand (602. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung).
- 405 Zum einen haben die Klägerinnen in der Klageschrift ausgeführt, dass die Kommission in der angefochtenen Entscheidung nicht dargetan habe, dass die Endkundenpreise in Spanien zu den höchsten in Europa gehört hätten. Sie haben insofern jedoch nur die Studie von 2006 beanstandet mit dem Vortrag, dass die Angebote, auf die sich der Vergleich bezogen habe, unterschiedlich gewesen seien, dass in dieser Studie weder Werbekosten noch die Preise für die verbreitetsten Produkte berücksichtigt worden seien und dass sich die Stichprobe nur auf die Lage zu einem bestimmten Zeitpunkt in 15 Ländern bezogen habe. Dagegen haben sie die anderen von der Kommission angeführten Studien, die das hohe Preisniveau des Endkundenprodukts in Spanien belegen, nicht beanstandet. Ihr Vorbringen kann daher keinen Erfolg haben. In jedem Fall hat, wie die Kommission im 602. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung ausgeführt hat, Telefónica selbst in ihrer Antwort auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte festgestellt, dass ein bloßer Vergleich der Endkundenpreise in den Mitgliedstaaten zu dem Schluss geführt hätte, dass die Endkundenpreise in Spanien die höchsten in der Union gewesen seien, als diese „im Zeitraum von 1999–2005“ aus 15 Mitgliedstaaten bestanden habe.
- 406 Zum anderen haben die Klägerinnen in ihrer Erwiderung und in der mündlichen Verhandlung vorgetragen, dass die von der Kommission angeführten Studien nicht die Frage beantwortet hätten, ob die spanischen Verbraucher wegen der Auswirkungen der wettbewerbswidrigen Kosten-Preis-Schere mit höheren Endkundenpreisen für den Breitbandinternetzugang belastet gewesen seien.
- 407 Oben in Randnr. 390 ist jedoch darauf hingewiesen worden, dass die Kommission konkrete, glaubhafte und ausreichende Indizien beibringen muss, die es erlauben, den konkreten Einfluss, den die Zuwiderhandlung auf den Wettbewerb auf dem relevanten Markt haben konnte, zu bewerten. Die Kommission konnte jedoch zu Recht davon ausgehen, dass das hohe Niveau der Endkundenpreise in Spanien ein solches Indiz für die konkreten Auswirkungen des Verhaltens von Telefónica auf dem spanischen Markt darstellt.
- 408 Fünftens tragen die Klägerinnen vor, die Feststellung der Kommission im 603. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung, dass die Verbreitungsrate von Breitband in Spanien unter dem europäischen Durchschnitt gelegen habe, sei falsch. Hierbei machen sie geltend, dass Spanien nur „leicht“ unter dem europäischen Durchschnitt gelegen habe, dass diese Entwicklung aufgrund des späten Ausbaus des Breitbandinternetzugangs in Spanien bereits in den Einschätzungen von 2001 enthalten gewesen sei und dass sich diese Feststellung aus soziodemografischen Faktoren erkläre.
- 409 Somit tragen die Klägerinnen zwar bestimmte Argumente vor, die erklären könnten, dass diese Rate unter dem europäischen Durchschnitt liegt, bestreiten aber nicht, dass sie tatsächlich unter dem Durchschnitt liegt. Die Kommission hat keinen offensichtlichen Beurteilungsfehler begangen, als sie angenommen hat, dass die Verbreitungsrate von Breitband in Spanien, die niedriger war als in den anderen Mitgliedstaaten, auch ein Indiz für die konkreten Auswirkungen des Verhaltens von Telefónica auf dem spanischen Markt dargestellt habe.
- 410 Nach alledem kann auch die zweite Rüge der Klägerinnen, wie sie oben in Randnr. 388 dargestellt ist, keinen Erfolg haben.
- 411 Als Drittes machen die Klägerinnen geltend, dass der Ausgangsbetrag der Geldbuße gemessen am räumlichen Umfang der angeblich relevanten Märkte zu hoch sei.
- 412 Erstens ist das Vorbringen zur Entscheidungspraxis der Kommission zurückzuweisen, wonach die Kommission in den Entscheidungen über den Missbrauch einer beherrschenden Stellung im Telekommunikationsbereich durchgängig der Ansicht gewesen sei, dass die Zuwiderhandlungen

„schwer“ gewesen seien, wenn die relevanten Märkte Merkmale wie der spanische Markt für den Breitbandinternetzugang aufgewiesen hätten. Wie oben in Randnr. 386 festgestellt, kann die Entscheidungspraxis der Kommission nicht den rechtlichen Rahmen für die Geldbußen in Wettbewerbssachen bilden.

- 413 Zweitens ist das Vorbringen der Klägerinnen zurückzuweisen, die Zuwiderhandlung müsse als „schwer“ eingestuft werden, wenn sich „der relevante Markt (höchstens) auf das Gebiet eines Mitgliedstaats beschränkt“. Wie die Kommission im 755. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung zutreffend festgestellt hat, ist abgesehen davon, dass sich die Fälle der Kosten-Preis-Schere zwar zwangsläufig auf einen einzigen Mitgliedstaat beschränken, jedoch den Marktzugang der Betreiber aus den anderen Mitgliedstaaten zu einem stark wachsenden Markt verhindern, der spanische Breitbandmarkt der fünftgrößte nationale Breitbandmarkt in der Union. Zudem stellt der Missbrauch durch Telefónica, wie von der Kommission im 742. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung festgestellt, einen eindeutigen Missbrauch durch ein Unternehmen dar, das ein faktisches Monopol innehat. Wie im Übrigen aus den vorstehenden Randnrn. 388 bis 410 hervorgeht, hat die Kommission zutreffend angenommen, dass sich das Verhalten von Telefónica erheblich auf den Endkundenmarkt ausgewirkt hat. Aus der Rechtsprechung ergibt sich schließlich, dass der Umfang des räumlichen Marktes nur eines von drei einschlägigen Kriterien für die Gesamtbeurteilung der Schwere der Zuwiderhandlung nach den Leitlinien von 1998 darstellt. Bei diesen miteinander verflochtenen Kriterien spielt die Art des Verstoßes die wichtigste Rolle. Dagegen ist der Umfang des räumlichen Marktes kein eigenständiges Kriterium in dem Sinne, dass nur Zuwiderhandlungen, die mehrere Mitgliedstaaten betreffen, als „besonders schwer“ eingestuft werden könnten. Weder der EG-Vertrag noch die Verordnung Nr. 17, die Verordnung Nr. 1/2003, die Leitlinien oder die Rechtsprechung gestatten die Annahme, dass nur räumlich sehr ausgedehnte Beschränkungen so eingestuft werden können (vgl. in diesem Sinne Urteil Raiffeisen Zentralbank Österreich u. a./Kommission, oben in Randnr. 319 angeführt, Randnr. 311 und die dort angeführte Rechtsprechung). Nach alledem hat die Kommission im vorliegenden Fall die Zuwiderhandlung zutreffend als „besonders schwer“ eingestuft, obwohl die Größe des relevanten räumlichen Marktes auf das spanische Hoheitsgebiet beschränkt war.
- 414 Die dritte Rüge, wie sie oben in Randnr. 411 dargestellt wird, ist daher zurückzuweisen.
- 415 Als Viertes machen die Klägerinnen geltend, dass die Kommission ihre Begründungspflicht verkannt und einen Rechtsfehler begangen habe, indem sie nicht berücksichtigt habe, dass die Schwere der Zuwiderhandlung im fraglichen Zeitraum nicht konstant gewesen sei.
- 416 Erstens ergibt sich zum Verstoß gegen die Begründungspflicht aus der ständigen Rechtsprechung, dass bei der Berechnung des Betrags der wegen Verstoßes gegen das Wettbewerbsrecht verhängten Geldbuße die Anforderungen aufgrund des wesentlichen Formerfordernisses, um das es sich bei der Begründungspflicht handelt, erfüllt sind, wenn die Kommission in ihrer Entscheidung die Beurteilungsgesichtspunkte angibt, die es ihr ermöglicht haben, Schwere und Dauer der Zuwiderhandlung zu ermitteln (Urteil des Gerichtshofs vom 16. November 2000, Sarrió/Kommission, C-291/98 P, Slg. 2000, I-9991, Randnr. 73, und Urteil Atlantic Container Line u. a./Kommission, oben in Randnr. 150 angeführt, Randnr. 1521). Diese Anforderungen verpflichten die Kommission nicht, in ihrer Entscheidung Zahlenangaben zur Berechnungsweise der Geldbuße zu machen (vgl. Urteil Microsoft/Kommission, oben in Randnr. 58 angeführt, Randnr. 1361 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 417 Im vorliegenden Fall hat die Kommission im 750. Erwägungsgrund die Auffassung vertreten, dass „der Verstoß insgesamt als besonders schwer eingestuft werden sollte“. Ferner hat sie im 756. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung ausgeführt, dass zum einen „der Verstoß insgesamt als besonders schwer eingestuft werden muss, obwohl die Schwere möglicherweise nicht zwangsläufig

während seiner gesamten Dauer gleich war“, und zum anderen, dass „der Grundbetrag der Geldbuße die Tatsache berücksichtigt, dass die Schwere des von Telefónica begangenen Missbrauchs jedenfalls insbesondere nach der Entscheidung Deutsche Telekom klarer war“.

418 Insofern ist das Vorbringen der Klägerinnen zu einem Widerspruch in der Begründung zurückzuweisen, der sich daraus ergeben soll, dass die Kommission die Zuwiderhandlung als „besonders schwer“ angesehen habe, obwohl diese vor Oktober 2003, dem Zeitpunkt der Veröffentlichung der Entscheidung Deutsche Telekom, weniger schwer hätte sein können. Wie nämlich aus den Erwägungsgründen 738 bis 758 der angefochtenen Entscheidung hervorgeht, war die Kommission der Auffassung, dass die Zuwiderhandlung in dem gesamten betroffenen Zeitraum „besonders schwer“ gewesen sei, selbst wenn diese Schwere nicht während der gesamten Dauer dieses Zeitraums gleich gewesen sei. Im Übrigen ist angesichts der oben in Randnr. 416 genannten Rechtsprechung das Vorbringen, zur „besondere[n] Berechnungsweise des ‚Grundbetrags‘“ fehle es an jeder Begründung, ebenfalls zurückzuweisen.

419 Zweitens ist das Vorbringen der Klägerinnen zurückzuweisen, die Kommission habe aus den oben in Randnr. 417 angeführten Feststellungen keine Folgerungen zu der Einstufung der Zuwiderhandlung oder der Festsetzung des Ausgangsbetrags der Geldbuße gezogen, da sie die Zuwiderhandlung höchstens als „schwer“ hätte einstufen und den Ausgangsbetrag erheblich niedriger hätte festsetzen müssen. Dieses Vorbringen beruht nämlich auf einer fehlerhaften Prämisse, da sich zum einen aus den vorstehenden Ausführungen (siehe oben, Randnrn. 371 bis 414) ergibt, dass die Kommission zutreffend die Ansicht vertreten hat, dass die Zuwiderhandlung für den gesamten betroffenen Zeitraum als „besonders schwer“ einzustufen sei, und da zum anderen aus den Erwägungsgründen 750 und 760 der angefochtenen Entscheidung ausdrücklich hervorgeht, dass die Kommission ungeachtet der Einstufung als „besonders schwer“ während des gesamten Zeitraums der unterschiedlichen Schwere der Zuwiderhandlung bei der Festsetzung des Ausgangsbetrags der Geldbuße tatsächlich Rechnung getragen hat (siehe oben, Randnrn. 27 und 417).

420 Die vierte Rüge der Klägerinnen, wie sie oben in Randnr. 415 dargestellt ist, kann daher keinen Erfolg haben

421 Nach alledem ist der erste Teil des zweiten Klagegrundes insgesamt zurückzuweisen.

Zum zweiten Teil des zweiten Klagegrundes: Verstoß gegen die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit, der Gleichbehandlung, der individuellen Zumessung von Strafen und der Begründungspflicht bei der Festsetzung des Ausgangsbetrags der Geldbuße

422 Im Rahmen des vorliegenden Klagegrundes machen die Klägerinnen einen Verstoß der Kommission gegen die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit, der Gleichbehandlung, der individuellen Zumessung von Strafen und der Begründungspflicht bei der Festsetzung des Ausgangsbetrags der Geldbuße geltend.

423 Als Erstes ist die Rüge der Klägerinnen zu einem Verstoß gegen die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit, der Gleichbehandlung und der individuellen Zumessung von Strafen zu prüfen.

424 Erstens ist festzustellen, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung es u. a. verbietet, gleiche Sachverhalte unterschiedlich zu behandeln, sofern eine solche Behandlung nicht objektiv gerechtfertigt ist (vgl. Urteile des Gerichtshofs vom 10. Januar 2006, IATA und ELFAA, C-344/04, Slg. 2006, I-403, Randnr. 95; vom 17. Juni 2010, Lafarge/Kommission, C-413/08 P, Slg. 2010, I-5361, Randnr. 40, und Urteil des Gerichts vom 1. Juli 2008, Compagnie maritime belge/Kommission, T-276/04, Slg. 2008, II-1277, Randnr. 92 und die dort angeführte Rechtsprechung).

- 425 Um darzutun, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung verletzt worden ist, weisen die Klägerinnen auf die Unterschiede bei der Festsetzung des Ausgangsbetrags der Geldbuße zwischen der angefochtenen Entscheidung und einer Reihe früherer Entscheidungen der Kommission hin. Wie jedoch oben in Randnr. 386 festgestellt, kann die Entscheidungspraxis der Kommission nicht den rechtlichen Rahmen für Geldbußen in Wettbewerbssachen bilden.
- 426 Zudem kann nach gefestigter Rechtsprechung die Tatsache, dass die Kommission für bestimmte Arten von Zuwiderhandlungen in der Vergangenheit Geldbußen in bestimmter Höhe verhängt hat, ihr nicht die Möglichkeit nehmen, die Geldbußen innerhalb der Grenzen der Verordnung Nr. 17 und der Verordnung Nr. 1/2003 zu erhöhen, wenn dies erforderlich ist, um die Durchführung der Wettbewerbspolitik der Union sicherzustellen (vgl. Urteil Dansk Rørindustri u. a./Kommission, oben in Randnr. 59 angeführt, Randnr. 169 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 427 Vielmehr verlangt die wirksame Anwendung der Wettbewerbsregeln der Union, dass die Kommission das Niveau der Geldbußen jederzeit den Erfordernissen dieser Politik anpassen kann. Dies kann keine Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung durch die Kommission im Vergleich zu ihrer früheren Praxis darstellen (vgl. Urteil Groupe Danone/Kommission, oben in Randnr. 67 angeführt, Randnr. 154 und die dort angeführte Rechtsprechung). Im vorliegenden Fall kann daher kein Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung festgestellt werden.
- 428 Zweitens ist darauf hinzuweisen, dass nach ständiger Rechtsprechung dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zufolge, der zu den allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts gehört, die Handlungen der Organe nicht die Grenzen dessen überschreiten dürfen, was zur Erreichung der mit der betreffenden Regelung zulässigerweise verfolgten Ziele geeignet und erforderlich ist, wobei zu beachten ist, dass dann, wenn mehrere geeignete Maßnahmen zur Auswahl stehen, die am wenigsten belastende zu wählen ist und dass die verursachten Nachteile nicht gegenüber den angestrebten Zielen unangemessen sein dürfen (vgl. Urteil des Gerichtshofs vom 12. Juli 2001, Jippes u. a., C-189/01, Slg. 2001, I-5689, Randnr. 81 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 429 Bei Berechnung der Geldbußen ergibt sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, dass die Kommission die Geldbuße proportional nach den Faktoren festsetzen muss, die sie für die Beurteilung der Schwere der Zuwiderhandlung berücksichtigt hat, und dass sie diese Faktoren dabei in kohärenter und objektiv gerechtfertigter Weise bewerten muss (vgl. Urteil des Gerichts vom 27. September 2006, Jungbunzlauer/Kommission, T-43/02, Slg. 2006, II-3435, Randnr. 228 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 430 Hierzu ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Kommission im Rahmen der Verordnung Nr. 1/2003 bei der Festsetzung der Geldbußen über ein Ermessen verfügt, um die Unternehmen dazu anhalten zu können, die Wettbewerbsregeln einzuhalten (vgl. Urteil Groupe Danone/Kommission, oben in Randnr. 67 angeführt, Randnr. 134 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 431 Ferner ist festzustellen, dass die in Nr. 1 Abschnitt A der Leitlinien von 1998 dargelegte Methode einer Pauschallogik entspricht, wonach der Ausgangsbetrag der Geldbuße nach Maßgabe der Schwere des Verstoßes berechnet wird, die unter Berücksichtigung seiner Art und der konkreten Auswirkungen auf den Markt, sofern diese messbar sind, und des Umfangs des betreffenden räumlichen Marktes bestimmt wird (Urteil des Gerichts vom 6. Mai 2009, Wieland-Werke/Kommission, T-116/04, Slg. 2009, II-1087, Randnr. 62).
- 432 Hier hat die Kommission, wie aus den vorstehenden Randnrn. 371 bis 421 hervorgeht, die Zuwiderhandlung zu Recht als „besonders schwer“ eingestuft. Angesichts des Umstands, dass der Missbrauch von Telefónica zum einen als ein offensichtlicher Missbrauch, für den es Präzedenzfälle gibt, angesehen werden muss, der das Ziel der Verwirklichung des Binnenmarkts für die Telekommunikationsnetze und -dienstleistungen gefährdet, und dass dieser Missbrauch zum anderen

erhebliche Auswirkungen auf den spanischen Endkundenmarkt hatte (Erwägungsgründe 738 bis 757 der angefochtenen Entscheidung), kann ein Ausgangsbetrag der Geldbuße von 90 Mio. Euro nicht als unverhältnismäßig angesehen werden.

- 433 Drittens können die Klägerinnen keinen Verstoß gegen den Grundsatz der individuellen Zumessung von Strafen geltend machen. Bei der für die Bemessung der Geldbuße erforderlichen Beurteilung der Schwere einer Zuwiderhandlung muss die Kommission nämlich sicherstellen, dass ihr Vorgehen vor allem in Bezug auf Zuwiderhandlungen, die die Verwirklichung der Ziele der Union besonders beeinträchtigen, die notwendige abschreckende Wirkung hat (vgl. Urteil Groupe Danone/Kommission, oben in Randnr. 67 angeführt, Randnr. 169 und die dort angeführte Rechtsprechung). Die Abschreckung muss sowohl spezifisch als auch generell sein. Mit der Geldbuße wird eine individuelle Zuwiderhandlung geahndet, aber sie fügt sich auch in den Rahmen einer allgemeinen Politik zur Einhaltung der Wettbewerbsregeln durch die Unternehmen ein (vgl. in diesem Sinne Urteil Musique Diffusion française u. a./Kommission, oben in Randnr. 313 angeführt, Randnr. 106). Auch wenn die Geldbuße eine generelle abschreckende Wirkung für andere Unternehmen haben kann, die versucht sein könnten, gegen die Wettbewerbsregeln zu verstoßen, geht aus der angefochtenen Entscheidung doch hervor, dass sie vorliegend nach Maßgabe der spezifischen Situation von Telefónica berechnet wurde, nämlich der Schwere der vorgeworfenen Zuwiderhandlung unter Berücksichtigung ihrer Art, ihrer Auswirkungen auf den Markt und des räumlichen Umfangs des relevanten Marktes, der Dauer der Zuwiderhandlung und des Vorliegens eines mildernden Umstands. Daher können die Klägerinnen nicht geltend machen, dass die generelle abschreckende Wirkung der Geldbuße „erstes und oberstes Ziel der Geldbuße“ gewesen sei.
- 434 Als Zweites ist zur Rüge einer Verletzung der Begründungspflicht darauf hinzuweisen, dass, wie oben in Randnr. 416 festgestellt, die Anforderungen an das wesentliche Formerfordernis, um das es sich bei der Begründungspflicht handelt, erfüllt sind, wenn die Kommission in ihrer Entscheidung die Beurteilungsgesichtspunkte angibt, die es ihr ermöglicht haben, Schwere und Dauer der Zuwiderhandlung zu ermitteln; sie ist nicht verpflichtet, darin eingehendere Ausführungen oder Zahlenangaben zur Berechnungsweise der Geldbuße zu machen. Derartige Gesichtspunkte sind jedoch in den Erwägungsgründen 713 bis 767 der angefochtenen Entscheidung enthalten. Außerdem wurde oben in Randnr. 431 auf die Pauschallogik hingewiesen, die der Berechnung der Geldbuße innewohnt. Das Vorbringen der Klägerinnen, die Kommission hätte in der angefochtenen Entscheidung genauer erläutern müssen, wie sie den Ausgangsbetrag der Geldbuße von 90 Mio. Euro festgesetzt habe, ist daher zurückzuweisen.
- 435 Da, wie oben in Randnr. 386 festgestellt, die Entscheidungspraxis der Kommission nicht als rechtlicher Rahmen für Geldbußen in Wettbewerbssachen dient, können die Klägerinnen der Kommission zudem nicht vorwerfen, in der angefochtenen Entscheidung nicht die Gründe angegeben zu haben, aus denen der Ausgangsbetrag der gegen Telefónica verhängten Geldbuße erheblich über dem Ausgangsbetrag der in der Entscheidung Wanadoo Interactive verhängten Geldbuße liege, oder auch nur, nicht erläutert zu haben, warum vorliegend gegen Telefónica eine Geldbuße habe verhängt werden können, die über der in der Entscheidung Deutsche Telekom festgesetzten Geldbuße liege (vgl. in diesem Sinne Urteil Michelin/Kommission, oben in Randnr. 268 angeführt, Randnr. 255).
- 436 Nach alledem ist die Rüge einer Verletzung der Begründungspflicht und damit der zweite Teil des zweiten Klagegrundes insgesamt zurückzuweisen.

Zum dritten Teil des zweiten Klagegrundes: Sachverhaltsirrtümer und Rechtsfehler sowie ein Begründungsmangel bei der Erhöhung des Ausgangsbetrags der Geldbuße zum Zweck der Abschreckung

- 437 Im Rahmen des vorliegenden Teils des Klagegrundes machen die Klägerinnen geltend, dass die Kommission Sachverhaltsirrtümer und Rechtsfehler bei der Erhöhung des Ausgangsbetrags der Geldbuße zum Zweck der Abschreckung begangen habe.

- 438 Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass es nach Nr. 1 Abschnitt A Abs. 4 der Leitlinien von 1998 bei der Festsetzung des Ausgangsbetrags der Geldbuße „nötig [ist], die tatsächliche wirtschaftliche Fähigkeit der Urheber der Verstöße, Wettbewerber und den Verbraucher wirtschaftlich in erheblichem Umfang zu schädigen, zu berücksichtigen und die Geldbuße auf einen Betrag festzusetzen, der eine hinreichend abschreckende Wirkung entfaltet“. Zudem kann die Kommission nach Nr. 1 Abschnitt A Abs. 5 der Tatsache Rechnung tragen, dass „Großunternehmen in den meisten Fällen über juristischen und wirtschaftlichen Sachverstand und Ressourcen verfügen, anhand deren sie besser erkennen können, in welchem Maß ihre Vorgehensweise einen Verstoß darstellt und welche Folgen aus wettbewerbsrechtlicher Sicht zu gewärtigen sind“.
- 439 Erstens ist zum Vorbringen der Klägerinnen, mit dem ein Begründungsmangel bei der Erhöhung zum Zweck der Abschreckung gerügt wird, darauf hinzuweisen, dass die Kommission im 758. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung ausgeführt hat, dass „[a]ufgrund der erheblichen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit von Telefónica ... der Grundbetrag um einen Faktor 1,25 erhöht werden muss“. In Fn. 791 der angefochtenen Entscheidung hat die Kommission klargestellt, dass Telefónica in Bezug auf die Kapitalausstattung der größte etablierte Telekommunikationsbetreiber in Europa sei und Kapital und Gewinne erheblich seien. Sie hat auch darauf hingewiesen, dass Telefónica ihrer Anmeldung bei der United States Securities and Exchange Commission (Börsenaufsichtsbehörde der Vereinigten Staaten) für das Finanzjahr 2006 zufolge am 31. Dezember 2006 über eine Liquiditätsreserve und kurzfristige Anleihen von 5 472 Mio. Euro verfügt habe und sich ihre Gewinne im Finanzjahr 2006 auf 6 579 Mio. Euro aus Erlösen in Höhe von 52 901 Mio. Euro belaufen hätten. Folglich war die Erhöhung der Geldbuße zum Zweck der Abschreckung rechtlich hinreichend begründet.
- 440 Zweitens ist das Vorbringen zurückzuweisen, zum einen hätte die Kommission prüfen müssen, ob der Ausgangsbetrag der Geldbuße in Höhe von 90 Mio. Euro als solcher ohne Erhöhung bereits hinreichend abschreckend gewesen sei, und zum anderen müsse erst nach der Berechnung des Endbetrags der Geldbuße bestimmt werden, ob sie zur Abschreckung zu erhöhen sei. Hierzu ist festzustellen, dass die Klägerinnen nicht die Rechtmäßigkeit der Leitlinien von 1998 in Abrede stellen, nach denen die Berücksichtigung der abschreckenden Wirkung einer Geldbuße einer der Faktoren ist, die zur Festsetzung des Ausgangsbetrags der Geldbuße in Betracht zu ziehen sind. Die Kommission konnte aber zu Recht annehmen, dass die bedeutende wirtschaftliche Marktstellung von Telefónica, die bei Annahme der angefochtenen Entscheidung in Bezug auf die Kapitalausstattung das größte etablierte Telekommunikationsunternehmen war (758. Erwägungsgrund und Fn. 791 der angefochtenen Entscheidung), die Festsetzung eines Abschreckungsfaktors rechtfertige, zumal der Ausgangsbetrag der Geldbuße im vorliegenden Fall nur 0,17 % des Umsatzes von Telefónica ausmache.
- 441 Drittens stützen sich die Klägerinnen auf die Entscheidungspraxis der Kommission, um darzutun, dass diese mit der Erhöhung des Ausgangsbetrags der Geldbuße zum Zweck der Abschreckung gegen die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Gleichbehandlung verstoßen habe. Die finanzielle Leistungsfähigkeit von Telefónica rechtfertige es nicht, dass sie anders behandelt werde als die Unternehmen Wanadoo Interactive und Deutsche Telekom, bei denen die Kommission keine Erhöhung zum Zweck der Abschreckung vorgenommen habe. Dieses Argument ist jedoch zurückzuweisen, da, wie oben in Randnr. 386 festgestellt, die Entscheidungspraxis der Kommission nicht den rechtlichen Rahmen für Geldbußen in Wettbewerbssachen bilden kann. Die Feststellung allein, dass die Kommission im vorliegenden Fall die Höhe der gegen Telefónica verhängten Geldbuße zum Zweck der Abschreckung heraufgesetzt habe, in den Entscheidungen Wanadoo Interactive und Deutsche Telekom jedoch keine Erhöhung zu diesem Zweck vorgenommen worden sei, kann daher keinen Verstoß gegen die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Verhältnismäßigkeit begründen. Die Rüge der Klägerinnen ist daher zurückzuweisen.

442 Viertens genügt zu dem Vorbringen, mit dem ein Verstoß gegen den Grundsatz der individuellen Zumessung von Strafen gerügt wird, der Hinweis auf die oben in Randnr. 433 enthaltenen Ausführungen.

443 Nach alledem ist das Vorbringen der Klägerinnen, dass die Kommission mehrere Fehler begangen habe, indem sie den Ausgangsbetrag der gegen Telefónica verhängten Geldbuße zur Abschreckung heraufgesetzt habe, nicht begründet, so dass der dritte Teil des zweiten Klagegrundes zurückzuweisen ist.

Zum vierten Teil des zweiten Klagegrundes: Rechtsfehler und offensichtliche Beurteilungsfehler bei der Einstufung der Zuwiderhandlung als von „langer Dauer“

444 Im Rahmen des vorliegenden Teils des Klagegrundes machen die Klägerinnen geltend, dass die Kommission Rechtsfehler und offensichtliche Beurteilungsfehler bei der Festsetzung des Anfangs- und Endzeitpunkts der Zuwiderhandlung begangen habe.

445 Es ist darauf hinzuweisen, dass die Dauer der Zuwiderhandlung nach Art. 23 Abs. 3 der Verordnung Nr. 1/2003 einer der Gesichtspunkte ist, die bei der Bemessung der Geldbuße für Unternehmen, die gegen die Wettbewerbsregeln verstoßen haben, zu berücksichtigen sind.

446 In Bezug auf die Dauer der Zuwiderhandlung unterscheiden die Leitlinien von 1998 zwischen Verstößen von kurzer Dauer (in der Regel weniger als ein Jahr), bei denen der für die Schwere des Verstoßes festgesetzte Ausgangsbetrag der Geldbuße nicht zu erhöhen ist, Verstößen von mittlerer Dauer (in der Regel zwischen einem und fünf Jahren), bei denen dieser Betrag bis zu 50 % erhöht werden kann, und Verstößen von langer Dauer (in der Regel mehr als fünf Jahre), bei denen dieser Betrag um bis zu 10 % für jedes Jahr erhöht werden kann (Nr. 1 Abschnitt B Abs. 1 erster bis dritter Gedankenstrich der Leitlinien von 1998).

447 Als Erstes beanstanden die Klägerinnen die Festlegung des Zeitpunkts des Beginns der Zuwiderhandlung im 759. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung.

448 Erstens ist aus den oben in den Randnrn. 356 bis 369 angeführten Gründen das Vorbringen der Klägerinnen zurückzuweisen, dass Telefónica vor Oktober 2003 nicht habe wissen können, dass ihr Verhalten geeignet gewesen sei, einen Verstoß gegen Art. 82 EG darzustellen.

449 Zweitens ist darauf hinzuweisen, dass das Vorbringen der Klägerinnen, dass bei der Festsetzung des Ausgangsbetrags der Geldbuße die unterschiedliche Intensität der Zuwiderhandlung nicht berücksichtigt worden sei, oben in Randnr. 419 zurückgewiesen worden ist.

450 Drittens läuft das Vorbringen der Klägerinnen, dass die unterschiedliche Schwere der Zuwiderhandlung eine zusätzliche Herabsetzung wegen der Dauer dieser Zuwiderhandlung rechtfertige, auf eine Verwechslung der Kriterien der Schwere und der Dauer der Zuwiderhandlung hinaus, die in Art. 23 Abs. 3 der Verordnung Nr. 1/2003 sowie in den Leitlinien von 1998 vorgesehen sind. Mit ihrer Argumentation wenden sie sich nämlich gegen die Erhöhung des Ausgangsbetrags der Geldbuße um bis zu 10 % pro Jahr, indem sie sich auf Gesichtspunkte beziehen, die mit der Bewertung der Schwere der Zuwiderhandlung zusammenhängen, die sie zudem nicht bewiesen haben (siehe oben, Randnr. 419). Da sich die Erhöhung aufgrund der Dauer der Zuwiderhandlung prozentual nach dem Ausgangsbetrag der Geldbuße richtet, der anhand der Schwere des gesamten Verstoßes ermittelt wird und damit bereits die unterschiedliche Intensität der Zuwiderhandlung widerspiegelt, ist im Rahmen der Erhöhung dieses Betrags wegen der Dauer der Zuwiderhandlung ein Schwanken der Intensität der Zuwiderhandlung im betreffenden Zeitraum nicht zu berücksichtigen (Urteil des Gerichts vom 28. April 2010, Gütermann und Zwicky/Kommission, T-456/05 und T-457/05, Slg. 2010, II-1443, Randnr. 159). Aus den gleichen Gründen ist auch das Vorbringen zurückzuweisen, dass

die CMT vom 26. Juli 2001 bis 21. Dezember 2006 eine Kontrolle über die Margen von Telefónica ausgeübt habe, sowie das Vorbringen, dass es sich bei dem spanischen Markt um einen wachsenden Markt handele und Telefónica erhebliche Investitionen auf diesem Markt getätigt habe.

451 Als Zweites ist zur Bestimmung des Zeitpunkts des Endes der Zuwiderhandlung darauf hinzuweisen, dass das einzige Argument der Klägerinnen darauf beruht, dass sich die Kommission zum Beleg der Kosten-Preis-Schere nur auf Angaben zum Zeitraum von 2001 bis Juni 2006 stütze. Die Klägerinnen beanstanden jedoch nicht die Feststellung der Kommission im 124. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung, dass das Preisniveau der nationalen und der regionalen Großkundenprodukte zwischen der Entscheidung der CMT vom 1. Juni 2006, als die CMT die auf die regionalen und die nationalen Großkundenprodukte anwendbare Preisregulierung dahin gehend geändert habe, dass sie Telefónica auferlegt habe, die Preise an den Kosten zu orientieren (123. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung), und dem 21. Dezember 2006, als die CMT vorläufige Maßnahmen erlassen habe, die wesentliche Preissenkungen für diese Produkte vorgesehen hätten, wobei die Preise des regionalen Großkundenprodukts um 22 % bis 54 % herabgesetzt und die Preise des nationalen Großkundenprodukts (ADSL-IP) um 24 % bis 61 % herabgesetzt worden seien, nicht betroffen gewesen sei. Zudem stellen sie nicht die Feststellung im 62. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung in Frage, dass sich die Endkundenpreise von TESAU zum Zeitpunkt der Annahme der angefochtenen Entscheidung seit September 2001 nicht geändert hätten. Daher kann angenommen werden, dass die Zuwiderhandlung am 21. Dezember 2006 beendet worden ist (vgl. auch 747. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung).

452 Da anzunehmen ist, dass sich die Klägerinnen nicht auf die Dauer der streitigen Zuwiderhandlung berufen können, um eine Herabsetzung um mindestens 20 % der gegen Telefónica festgesetzten Geldbuße zu beantragen, ist der vierte Teil des zweiten Klagegrundes daher zurückzuweisen.

Zum fünften Teil des zweiten Klagegrundes: Rechtsfehler und Sachverhaltsirrtümer bei der Berücksichtigung mildernder Umstände

453 Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass aus den Leitlinien von 1998 hervorgeht, dass der Grundbetrag der Geldbuße herabgesetzt werden kann, wenn die Zuwiderhandlung fahrlässig und nicht vorsätzlich begangen worden ist (Nr. 3 Abs. 1 fünfter Gedankenstrich).

454 Es ist auch festzustellen, dass die Frage, ob eine Herabsetzung der Geldbuße wegen mildernder Umstände angemessen ist, unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände im Wege einer Gesamtwürdigung zu beurteilen ist (Urteil des Gerichts vom 8. Juli 2004, Mannesmannröhren-Werke/Kommission, T-44/00, Slg. 2004, II-2223, Randnr. 274).

455 Der Erlass der Leitlinien von 1998 hat nämlich keine Auswirkungen auf die frühere Rechtsprechung, nach der die Kommission über ein Ermessen verfügt, das es ihr erlaubt, bei der Bemessung der von ihr zu verhängenden Geldbußen insbesondere nach Maßgabe der Umstände des Einzelfalls bestimmte Gesichtspunkte zu berücksichtigen oder nicht. Da sich aus den Leitlinien von 1998 nichts dafür ergibt, dass die in Betracht kommenden mildernden Umstände zwingend berücksichtigt werden müssten, verbleibt der Kommission ein gewisses Ermessen, um über den Umfang einer etwaigen Herabsetzung der Geldbußen wegen mildernder Umstände im Wege einer Gesamtwürdigung zu entscheiden (Urteil Raiffeisen Zentralbank Österreich u. a./Kommission, oben in Randnr. 319 angeführt, Randnr. 473).

456 Nach den Ausführungen der Kommission im 765. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung hat Telefónica angesichts der Regulierungsmaßnahmen der CMT im Hinblick auf die Preise des regionalen Großkundenprodukts fahrlässig gehandelt, da sie, selbst nach der günstigen Einschätzung, dass das Modell der CMT anfangs auf realistischen Schätzungen beruht habe, schnell habe oder hätte feststellen müssen, dass die tatsächlichen Kosten nicht den *Ex-ante*-Schätzungen der CMT

entsprochen hätten (vgl. auch Erwägungsgründe 727 bis 730 der angefochtenen Entscheidung). Daher hat die Kommission Telefónica eine Herabsetzung um 10 % wegen mildernder Umstände gewährt (766. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung).

457 Als Erstes machen die Klägerinnen geltend, dass die Kommission nicht hinreichend berücksichtigt habe, dass die Zuwiderhandlung möglicherweise zum Teil fahrlässig begangen worden sei.

458 Hierzu ist erstens das Vorbringen der Klägerinnen zurückzuweisen, dass die Kommission einen Beurteilungsfehler begangen habe, indem sie angenommen habe, dass die Fahrlässigkeit von Telefónica nur das regionale Großkundenprodukt betroffen habe. Wie aus den vorstehenden Randnrn. 110 bis 143 hervorgeht, ist die Kommission nämlich zutreffend zu dem Ergebnis gelangt, dass die nationalen und regionalen Großkundenprodukte nicht zu demselben Markt gehörten. Da zudem die Preise des nationalen Großkundenprodukts während des Zeitraums der Zuwiderhandlung zu keinem Zeitpunkt reguliert waren, hat die Kommission zu Recht angenommen, dass der mit der Fahrlässigkeit von Telefónica zusammenhängende mildernde Umstand nur das regionale Großkundenprodukt betroffen habe. Der Umstand, dass eine sektorspezifische Regulierung vorgelegen habe, die es der CMT erlaubt habe, im Hinblick auf das nationale Großkundenprodukt von Telefónica einzugreifen, ist nicht relevant, da es, wie aus der Rechtsprechung hervorgeht, zwar nicht ausgeschlossen ist, dass unter bestimmten Gegebenheiten eine nationale Regelung oder ein Verhalten der nationalen Behörden mildernde Umstände darstellen kann, doch die Billigung oder Tolerierung einer Zuwiderhandlung durch die nationalen Behörden insoweit nicht berücksichtigt werden kann, wenn die betreffenden Unternehmen über die erforderlichen Mittel verfügen, um sich genaue und korrekte Rechtsauskünfte zu verschaffen (Urteil des Gerichtshofs vom 24. September 2009, Erste Group Bank u. a./Kommission, C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P und C-137/07 P, Slg. 2009, I-8681, Randnrn. 228 und 230).

459 Zweitens ist aus den oben in den Randnrn. 343 bis 352 ausgeführten Gründen das Vorbringen der Klägerinnen zurückzuweisen, dass die Kommission angesichts ihres berechtigten Vertrauens in das Verhalten der CMT und der Komplexität der Rechtssache zu Unrecht angenommen habe, dass die Fahrlässigkeit von Telefónica besonders schwer gewesen sei.

460 Drittens kann das Vorbringen der Klägerinnen, dass die Herabsetzung um 10 % wegen mildernder Umstände, die dem betroffenen Unternehmen in der Entscheidung Deutsche Telekom gewährt worden sei, vorliegend unzureichend sei, da zum einen für Telefónica ein höherer Grundbetrag festgesetzt worden sei und zum anderen in Spanien eine unterschiedliche sektorspezifische Regulierung gelte, keinen Erfolg haben. Zunächst kann, wie oben in Randnr. 386 ausgeführt worden ist, die Entscheidungspraxis der Kommission nicht den rechtlichen Rahmen für Geldbußen in Wettbewerbssachen bilden. Ferner hat der Unionsrichter bereits festgestellt, dass allein aus der Tatsache, dass die Kommission in früheren Entscheidungen bei einem bestimmten Verhalten die Geldbuße in bestimmtem Umfang herabgesetzt hat, nicht abgeleitet werden, dass sie verpflichtet wäre, bei der Beurteilung eines ähnlichen Verhaltens im Rahmen eines späteren Verwaltungsverfahrens eine entsprechende Herabsetzung vorzunehmen (Urteil Dansk Rørindustri u. a./Kommission, oben in Randnr. 59 angeführt, Randnr. 192). Somit ist festzustellen, dass allein aus der Tatsache, dass die Kommission in der Entscheidung Deutsche Telekom unter bestimmten Umständen die Geldbuße in bestimmtem Umfang herabgesetzt hat, nicht abgeleitet werden kann, dass sie verpflichtet wäre, bei der Beurteilung der mildernden Umstände in der vorliegenden Rechtssache dieselbe oder sogar eine verhältnismäßig stärkere Herabsetzung vorzunehmen. Jedenfalls ist schließlich festzustellen, dass der Grundbetrag der Geldbuße nach den Leitlinien von 1998 nach Maßgabe der Schwere und der Dauer der Zuwiderhandlung festgesetzt wird. Die Kommission kann daher nicht verpflichtet sein, diesen im Rahmen der Bestimmung des Umfangs der Herabsetzung der Geldbuße zu berücksichtigen, die einem Unternehmen wegen eines mildernden Umstands gewährt wird.

461 Was als Zweites die angebliche Neuartigkeit der vorliegenden Rechtssache betrifft, genügt es, oben auf die vorstehenden Randnrn. 356 bis 368 zu verweisen.

462 Nach alledem ist der fünfte Teil des zweiten Klagegrundes und damit dieser Klagegrund insgesamt zurückzuweisen.

463 Folglich ist der hilfsweise gestellte Antrag zurückzuweisen und damit die Klage insgesamt abzuweisen.

Kosten

464 Nach Art. 87 § 2 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen.

465 Da die Klägerinnen mit ihrem Vorbringen unterlegen sind, sind ihnen neben ihren eigenen Kosten die Kosten der Kommission sowie die Kosten von France Telecom, von Ausbanc und von ECTA entsprechend deren Anträgen aufzuerlegen.

Aus diesen Gründen hat

DAS GERICHT (Achte Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

- 1. Die Klage wird abgewiesen.**
- 2. Die Telefónica, SA und die Telefónica de España, SA tragen ihre eigenen Kosten sowie die Kosten der Europäischen Kommission, der France Telecom España, SA, der Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc Consumo) und der European Competitive Telecommunications Association.**

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 29. März 2012.

Truchot

Martins Ribeiro

Kanninen

Unterschriften

Inhaltsverzeichnis

Die Klägerinnen	2
Verwaltungsverfahren	2
Angefochtene Entscheidung	3
Verfahren und Anträge der Beteiligten	7
Rechtliche Würdigung	9
A – Zur Zulässigkeit der angeblich in den Anhängen enthaltenen Argumente der Klägerinnen	9
B – Zur Begründetheit	10
1. Zum Hauptantrag auf Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidung	11
a) Zum Umfang der Kontrolle durch den Unionsrichter und zur Beweislast	11
b) Zum ersten Klagegrund: Verstoß gegen die Verteidigungsrechte	12
c) Zum zweiten Klagegrund: Sachverhaltsirrtümer und Rechtsfehler bei der Bestimmung der relevanten Großkundenmärkte	19
d) Zum dritten Klagegrund: Sachverhaltsirrtümer und Rechtsfehler bei der Feststellung der angeblich beherrschenden Stellung von Telefónica auf den relevanten Märkten	26
e) Zum vierten Klagegrund: Rechtsfehler bei der Anwendung von Art. 82 EG in Bezug auf das angeblich missbräuchliche Verhalten von Telefónica	30
f) Zum fünften Klagegrund: Sachverhaltsirrtümer und/oder fehlerhafte Würdigung des Sachverhalts und Rechtsfehler in Bezug auf das angeblich missbräuchliche Verhalten von Telefónica sowie dessen angeblich wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen	34
Zum ersten Teil des fünften Klagegrundes: Sachverhaltsirrtümer und/oder eine fehlerhafte Würdigung des Sachverhalts beim Kosten-Preis-Scheren-Test	34
– Zur ersten Rüge des ersten Teils des fünften Klagegrundes: Fehler bei der Wahl der Inputs auf der vorgelagerten Ebene	34
– Zur zweiten Rüge des ersten Teils des fünften Klagegrundes: Fehler und Unterlassungen bei der Ertragswertanalyse	36
– Zur dritten Rüge des ersten Teils des fünften Klagegrundes: Fehler bei der Analyse nach einzelnen Zeiträumen	40
Zum zweiten Teil des fünften Klagegrundes: keine rechtlich hinreichende Feststellung der voraussichtlichen oder konkreten Auswirkungen des untersuchten Verhaltens durch die Kommission	46
g) Zum sechsten Klagegrund: Ultra-vires-Anwendung von Art. 82 EG und Verstoß gegen die Grundsätze der Subsidiarität, der Verhältnismäßigkeit, der Rechtssicherheit, der loyalen Zusammenarbeit und der ordnungsgemäßen Verwaltung	50

Zum ersten Teil des sechsten Klagegrundes: Ultra-vires-Anwendung von Art. 82 EG	50
Zum zweiten Teil des sechsten Klagegrundes: Verstoß gegen die Grundsätze der Subsidiarität, der Verhältnismäßigkeit und der Rechtssicherheit.....	52
Zum dritten Teil des sechsten Klagegrundes: Verstoß gegen die Grundsätze der loyalen Zusammenarbeit und der ordnungsgemäßen Verwaltung	54
2. Zu den Hilfsanträgen auf Nichtigerklärung oder Herabsetzung der Geldbuße	55
a) Zum ersten Klagegrund: Sachverhaltsirrtümer, Beurteilungsfehler in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht und Verstoß gegen Art. 15 Abs. 2 der Verordnung Nr. 17, Art. 23 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1/2003 sowie die Grundsätze der Rechtssicherheit und des Schutzes des berechtigten Vertrauens	55
b) Zum zweiten Klagegrund: Sachverhaltsirrtümer und Rechtsfehler sowie Verstoß gegen die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit, der Gleichbehandlung, der individuellen Zumessung von Strafen und der Begründungspflicht bei der Bestimmung der Höhe der Geldbuße	64
Zum ersten Teil des zweiten Klagegrundes: Sachverhaltsirrtümer und Rechtsfehler sowie eine Missachtung der Begründungspflicht bei der Einstufung der Zuwiderhandlung als „besonders schwer“ und der Festsetzung des Ausgangsbetrags der Geldbuße auf 90 Mio. Euro.....	64
Zum zweiten Teil des zweiten Klagegrundes: Verstoß gegen die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit, der Gleichbehandlung, der individuellen Zumessung von Strafen und der Begründungspflicht bei der Festsetzung des Ausgangsbetrags der Geldbuße	72
Zum dritten Teil des zweiten Klagegrundes: Sachverhaltsirrtümer und Rechtsfehler sowie ein Begründungsmangel bei der Erhöhung des Ausgangsbetrags der Geldbuße zum Zweck der Abschreckung	74
Zum vierten Teil des zweiten Klagegrundes: Rechtsfehler und offensichtliche Beurteilungsfehler bei der Einstufung der Zuwiderhandlung als von „langer Dauer“	76
Zum fünften Teil des zweiten Klagegrundes: Rechtsfehler und Sachverhaltsirrtümer bei der Berücksichtigung mildernder Umstände	77
Kosten	79