URTEIL DES GERICHTS (Fünfte erweiterte Kammer)

10. April 2008 *

In der Rechtssache T-271/03

Deutsche Telekom AG, mit Sitz in Bonn (Deutschland), Prozessbevollmächtigte: zunächst Rechtsanwälte K. Quack, U. Quack und S. Ohlhoff, dann Rechtsanwälte U. Quack und S. Ohlhoff,

Klägerin,

gegen

Kommission der Europäischen Gemeinschaften, zunächst vertreten durch K. Mojzesowicz und S. Rating, dann durch K. Mojzesowicz und A. Whelan, schließlich durch K. Mojzesowicz, W. Mölls und O. Weber als Bevollmächtigte,

Beklagte,

* Verfahrenssprache: Deutsch.

unterstützt durch

Arcor AG & Co. KG mit Sitz in Eschborn (Deutschland), Prozessbevollmächtigte: zunächst Rechtsanwälte M. Klusmann, F. Wiemer und M. Rosenthal, dann Rechtsanwälte M. Klusmann und F. Wiemer, schließlich Rechtsanwalt M. Klusmann,

und durch

Versatel NRW GmbH, vormals Tropolys NRW GmbH, vormals CityKom Münster GmbH Telekommunikationsservice und TeleBeL Gesellschaft für Telekommunikation Bergisches Land mbH, mit Sitz in Essen (Deutschland),

EWE TEL GmbH mit Sitz in Oldenburg (Deutschland),

HanseNet Telekommunikation GmbH mit Sitz in Hamburg (Deutschland),

Versatel Nord-Deutschland GmbH, vormals KomTel Gesellschaft für Kommunikations- und Informationsdienste mbH, mit Sitz in Flensburg (Deutschland),

NetCologne Gesellschaft für Telekommunikation mbH mit Sitz in Köln (Deutschland),

Versatel Süd-Deutschland GmbH, vormals tesion Telekommunikation GmbH, mit Sitz in Stuttgart (Deutschland),

Versatel West-Deutschland GmbH, vormals Versatel Deutschland GmbH & Co. KG, mit Sitz in Dortmund (Deutschland),

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte N. Nolte, T. Wessely und J. Tiedemann,

Streithelferinnen,

wegen Nichtigerklärung 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), hilfsweise, Herabsetzung der in Art. 3 der Entscheidung gegen die Klägerin verhängten Geldbuße

erlässt

DAS GERICHT ERSTER INSTANZ
DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN (Fünfte erweiterte Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten M. Vilaras, der Richterin M. E. Martins Ribeiro, des Richters D. Šváby, der Richterin K. Jürimäe und des Richters N. Wahl,

Kanzler: K. Andová, Verwaltungsrätin,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 3. Mai 2007

folgendes

Urteil

Sachverhalt

1 Die Klägerin, die Deutsche Telekom AG, ist die traditionelle Telekommunikationsgesellschaft in Deutschland. Der deutsche Staat ist an ihr mit 30,92 % direkt und mit 12,13 % indirekt (über die Kreditanstalt für Wiederaufbau) beteiligt, während 56,95 % der Anteile von institutionellen und privaten Anlegern gehalten werden.

2 Die Klägerin betreibt das deutsche Telefonfestnetz. Vor der vollständigen Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte verfügte sie über ein gesetzliches Monopol bei der Bereitstellung von Telekommunikationsdienstleistungen im Festnetz an Endkunden. Seit Inkrafttreten des Telekommunikationsgesetzes (im Folgenden: TKG) vom 25. Juli 1996 (BGBl. 1996 I S. 1120) am 1. August 1996 ist sowohl der Markt für die Infrastrukturbereitstellung als auch der Markt für die Bereitstellung von Telekommunikationsdienstleistungen in Deutschland liberalisiert. Seither ist die Klägerin auf beiden Märkten einem unterschiedlich hohen Grad an Wettbewerb durch andere Betreiber ausgesetzt.

3 Die Ortsnetze der Klägerin bestehen aus jeweils mehreren Teilnehmeranschlussleitungen zu den Endkunden. Der Ausdruck „Teilnehmeranschluss“ bezeichnet die physische Verbindung, mit der der Netzendpunkt in den Räumlichkeiten des Teilnehmers an den Hauptverteilerknoten oder an eine gleichwertige Einrichtung im festen öffentlichen Fernsprechnetz angeschlossen wird.

4 Die Klägerin bietet sowohl anderen Telekommunikationsbetreibern als auch Endkunden Zugang zu ihren Teilnehmeranschlussleitungen an. Hinsichtlich der Zugangsdienste und Entgelte der Klägerin ist daher zwischen dem Ortsnetzzugang, den sie ihren Wettbewerbern zur Verfügung stellt (im Folgenden: Vorleistungen), und dem Ortsnetzzugang, den sie ihren Endkunden zur Verfügung stellt (im Folgenden: Endkunden-Zugangsdienste), zu unterscheiden.

I — *Vorleistungen*

5 Mit Entscheidung Nr. 223a des Bundesministeriums für Post und Telekommunikation (im Folgenden: BMPT) vom 28. Mai 1997 wurde die Klägerin ab Juni 1997 verpflichtet, ihren Wettbewerbern einen vollständig entbündelten Zugang zu den Teilnehmeranschlussleitungen zu gewähren.

6 Die Vorleistungsentgelte der Klägerin setzen sich aus zwei Komponenten zusammen, einem Monatsentgelt und einem Einmalentgelt. Kündigt ein Wettbewerber eine Teilnehmeranschlussleitung, stellt die Klägerin ihm ein Kündigungsentgelt in Rechnung.

7 Nach § 25 Abs. 1 TKG unterliegen die Vorleistungsentgelte der Klägerin der vorherigen Genehmigung durch die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (im Folgenden: RegTP).

8 Hierbei prüft die RegTP, ob die von der Klägerin vorgeschlagenen Vorleistungsentgelte den Anforderungen des § 24 TKG entsprechen. So haben sich die Entgelte nach § 24 Abs. 1 TKG „an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zu orientieren". Außerdem dürfen Entgelte nach § 24 Abs. 2 TKG:

„1. keine Aufschläge enthalten, die nur auf Grund der marktbeherrschenden Stellung … eines Anbieters auf dem jeweiligen Markt der Telekommunikation durchsetzbar sind,

2. keine Abschläge enthalten, die die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf einem Markt der Telekommunikation beeinträchtigen, oder

3. einzelnen Nachfragern keine Vorteile gegenüber anderen Nachfragern gleichartiger oder ähnlicher Telekommunikationsdienstleistungen auf dem jeweiligen Markt der Telekommunikation einräumen,

es sei denn, dass hierfür ein sachlich gerechtfertigter Grund nachgewiesen wird".

9 Nach § 29 Abs. 1 TKG ist die Klägerin verpflichtet, während der Geltungsdauer der RegTP-Entscheidung ausschließlich die von der RegTP genehmigten Entgelte zu verlangen.

II — *Endkunden-Zugangsdienste*

10 Die Klägerin bietet zwei Grundvarianten der Endkunden-Zugangsdienste an: die traditionelle analoge Leitung (Markenname: T-Net) und die digitale Schmalbandleitung (Integrated Services Digital Network — ISDN, Markenname: T-ISDN). Diese beiden Grundvarianten für den Endkundenzugang können über das historisch ausgebaute Doppelkupferadernetz der Klägerin erbracht werden (Schmalbandanschlüsse). Daneben bietet sie ihren Endkunden auch Breitbandanschlüsse (Asymmetrical Digital Subscriber Lines — ADSL, Markenname: T-DSL) an, und zwar durch zusätzliche Aufrüstung der bestehenden T-Net- oder T-ISDN-Anschlüsse zur Ermöglichung von Breitbanddiensten wie z. B. einem schnellen Internetzugang.

11 Die Entgelte der Klägerin für die Endkunden-Zugangsdienste (im Folgenden auch: Endkundenentgelte oder Endkundenpreise) über analoge und ISDN-Leitungen sind im Rahmen eines Price-Cap-Systems reguliert. Im Gegensatz dazu werden die Endkundenpreise für ADSL von der Klägerin nach eigenem Ermessen festgesetzt. Sie können jedoch einer nachträglichen Entgeltregulierung unterzogen werden.

12 Die Endkundenpreise der Klägerin setzen sich aus zwei Komponenten zusammen: einem Monatsentgelt, das von der Qualität der bereitgestellten Leitungen und Dienstleistungen abhängt, und einem einmaligen Entgelt für die Neuschaltung oder Übernahme einer Leitung, je nach dem zu beiden Seiten der Leitung erforderlichen Arbeitsaufwand. Kündigungsentgelte fallen für die Endkunden der Klägerin nicht an.

A — *Endkundenentgelte für Analog- und ISDN-Anschlüsse (T-Net und T-ISDN)*

13 Die Preise für den Zugang zu den Analog- und ISDN-Anschlüssen im Endkundenbereich fallen unter ein Price-Cap-System. Nach § 27 Abs. 1 Satz 2 und § 25 Abs. 1 TKG sowie den §§ 4 und 5 der Telekommunikations-Entgeltregulierungsverordnung vom 1. Oktober 1996 (BGBl. I 1996 S. 1492, im Folgenden: TEntgV) erfolgt die Regulierung der Endkundenpreise für den Anschluss an das Netz der Klägerin und für Gesprächsverbindungen nicht getrennt für jede Einzelleistung anhand der jeweils anfallenden Kosten, sondern für mehrere Leistungen gemeinsam, wobei die verschiedenen Einzelleistungen in Körben zusammengefasst werden.

14 Das Price-Cap-System für den Zugang zum Netz der Klägerin wurde mit Beschluss des BMPT vom 17. Dezember 1997 (Mitteilung 202/1997, Amtsblatt [BMPT] 34/97, S. 1891) eingeführt. Es wurde von der RegTP ab dem 1. Januar 1998 übernommen. Dabei bildete die RegTP zwei Körbe, einen mit Dienstleistungen für Privatkunden und den anderen mit Dienstleistungen für Geschäftskunden. In beiden Körben waren sowohl Endkunden-Zugangsdienste (analoge und ISDN-Standardanschlüsse) als auch das gesamte Angebotsspektrum der Klägerin im Fernsprechbereich wie z. B. Orts-, Regional-, Fern- und Auslandsgespräche enthalten.

15 Nach § 4 Abs. 1 und 2 TEntgV setzt die RegTP für alle in einem Korb zusammengefassten Dienstleistungen ein Ausgangsentgeltniveau fest und ordnet Zielvorgaben für die Entwicklung des Korbpreises über einen bestimmten Zeitraum hinweg an.

16 In diesem Preissystem wird somit für jeden Korb eine Preisobergrenze festgelegt. Verpflichtende Mindestkorbpreise werden hingegen nicht vorgegeben.

17 Nach dem Beschluss des BMPT vom 17. Dezember 1997 musste die Klägerin zwischen dem 1. Januar 1998 und dem 31. Dezember 1999 (erste Price-Cap-Periode) den Gesamtpreis für jeden der beiden Körbe um jeweils 4,3 % senken. Nach Ablauf dieser ersten Periode am 31. Dezember 1999 behielt die RegTP mit Beschluss vom 23. Dezember 1999 die Zusammensetzung der Körbe im Wesentlichen bei und senkte die Korbpreise im Zeitraum vom 1. Januar 2000 bis 31. Dezember 2001 (zweite Price-Cap-Periode) um weitere 5,6 %.

18 Innerhalb dieses Rahmens von bindenden Preissenkungsvorgaben konnte die Klägerin nach vorheriger Genehmigung durch die RegTP die Entgelte für die einzelnen Bestandteile jedes Korbs verändern. Nach § 27 Abs. 2 TKG und § 5 Abs. 3 TEntgV waren geplante Entgeltänderungen genehmigungsfähig, wenn der Durchschnittspreis eines Korbs den vorgegebenen Price-Cap-Index nicht überschritt. Das System erlaubte damit die Entgelterhöhung für einen oder mehrere Bestandteile eines Korbs, solange dabei die Preisobergrenze des Korbs nicht überschritten wurde. Die Genehmigung wurde jedoch nach § 27 Abs. 3 TKG verweigert, wenn die Entgelte „offenkundig den Anforderungen des § 24 Abs. 2 Nr. 2 oder 3 [TKG] nicht [entsprachen] oder wenn sie mit [dem TKG] oder anderen Rechtsvorschriften nicht in Einklang [standen]“.

19 In den ersten beiden Price-Cap-Perioden nahm die Klägerin in beiden Körben Senkungen der Endkundenpreise vor und ging dabei über die vorgegebenen Senkungsvorgaben hinaus. Diese Preissenkungen betrafen im Wesentlichen die Gesprächsentgelte. Die Endkundenpreise für die analogen Telefonanschlüsse (die Monats- und Einmalentgelte) blieben während des gesamten Zeitraums von 1998 bis Ende 2001 unverändert. Hinsichtlich der Endkundenpreise für ISDN-Anschlüsse senkte die Klägerin in diesem Zeitraum die Monatsentgelte, ließ aber die Endkunden-Einmalentgelte unverändert.

20 Seit dem 1. Januar 2002 gilt ein neues Price-Cap-System, das von der RegTP am 21. Dezember 2001 beschlossen wurde (Amtsblatt RegTP 2/2002 vom 6. Februar

2002, S. 75). Das neue System sieht anstelle der beiden früheren Körbe für Privat- und Geschäftskunden nunmehr vier Körbe vor, und zwar für Anschlussleitungen (Korb A), Ortsgespräche (Korb B), Ferngespräche im Inland (Korb C) und Auslandsgespräche (Korb D).

21 Am 15. Januar 2002 teilte die Klägerin der RegTP ihre Absicht mit, die Monatsentgelte für analoge und ISDN-Anschlüsse um je 0,56 Euro zu erhöhen. Diese Erhöhung wurde von der RegTP mit Beschluss vom 13. März 2002 genehmigt.

22 Am 31. Oktober 2002 reichte die Klägerin einen neuen Antrag auf Erhöhung ihrer Endkundenentgelte ein. Dieser Antrag wurde von der RegTP mit Beschluss vom 19. Dezember 2002 teilweise abgelehnt. Die RegTP genehmigte eine Erhöhung des Monatsentgelts für den analogen Telefonanschluss T-Net um 0,33 Euro anstatt, wie von der Klägerin beantragt, um 0,99 Euro und lehnte die beantragte Erhöhung des einmaligen Übernahmeentgelts für T-Net- und T-ISDN-Anschlüsse um 13,30 Euro ab.

B — *Entgelte für ADSL-Anschlüsse (T-DSL)*

23 Bei den ADSL-(T-DSL-)Entgelten erfolgt keine Vorabregulierung mit Hilfe des Price-Cap-Systems. Nach § 30 TKG können diese Entgelte einer nachträglichen Entgeltregulierung unterzogen werden.

24 Nachdem die RegTP mehrere Beschwerden von Wettbewerbern der Klägerin erhalten hatte, leitete sie am 2. Februar 2001 eine nachträgliche Untersuchung der ADSL-Preise der Klägerin ein, um gegebenenfalls eine gegen die deutschen Wettbewerbsregeln verstoßende Kostenunterdeckung festzustellen. Sie stellte das Verfahren am 25. Januar 2002 mit der Begründung ein, dass die Anhebung der Entgelte, die die Klägerin am 15. Januar 2002 angekündigt habe, keine Verdachtsmomente für Preisdumping mehr biete.

Verwaltungsverfahren

25 Zwischen dem 18. März und dem 20. Juli 1999 legten 15 mit der Klägerin im Wettbewerb stehende Unternehmen bei der Kommission Beschwerden gegen die Preisgestaltung der Klägerin ein.

26 Die Kommission richtete am 15. Juli 1999 nach Art. 11 der Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962 — Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln [81 EG] und [82 EG] (ABl. 1962, Nr. 13, S. 204) ein Auskunftsverlangen an die Klägerin, das diese mit Schreiben vom 13. und 25. August 1999 beantwortete.

27 Am 19. Januar 2000 ersuchte die Kommission die Wettbewerberinnen der Klägerin um Auskünfte.

28 Am 22. Juni 2001 richtete die Kommission ein weiteres Auskunftsverlangen an die Klägerin.

29 Am 2. Mai 2002 teilte die Kommission der Klägerin die Beschwerdepunkte gemäß Art. 19 Abs. 1 der Verordnung Nr. 17 mit.

30 Die Klägerin reichte am 29. Juli 2002 eine Stellungnahme zur Mitteilung der Beschwerdepunkte ein.

31 Am 25. Oktober 2002 reichte die Klägerin eine Stellungnahme zu den Antworten der Beschwerdeführerinnen auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte ein.

32 Die Kommission übermittelte der Klägerin am 21. Februar 2003 eine ergänzende Mitteilung der Beschwerdepunkte.

33 Am 14. März 2003 reichte die Klägerin eine Stellungnahme zur ergänzenden Mitteilung der Beschwerdepunkte ein.

Angefochtene Entscheidung

34 Am 21. Mai 2003 erließ die Kommission die Entscheidung 2003/707/EG 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: angefochtene Entscheidung). Sie wurde der Klägerin am 30. Mai 2003 bekannt gegeben.

35 Nach Ansicht der Kommission sind die sachlich relevanten Märkte der vorgelagerte Markt für den Zugang der Wettbewerber der Klägerin zum Teilnehmeranschluss auf der Vorleistungsebene sowie die nachgelagerten Märkte für den Zugang zu Schmalbandanschlüssen (Analog- und ISDN-Anschlüssen) und Breitbandanschlüssen (ADSL-Anschlüssen) auf der Endkundenebene (Randnr. 91 der angefochtenen Entscheidung). Geografisch deckten diese Märkte das Gebiet Deutschlands ab (Randnr. 92 der angefochtenen Entscheidung).

36 Die Kommission stellt fest, dass die Klägerin eine marktbeherrschende Stellung auf allen sachlich relevanten Märkten habe (Randnr. 96 der angefochtenen Entscheidung).

37 Nach Ansicht der Kommission hat die Klägerin dadurch gegen Art. 82 EG verstoßen, dass sie eine missbräuchliche Preisgestaltung in Form einer „Kosten-Preis-Schere" vorgenommen habe, indem sie ihren Wettbewerbern Vorleistungsentgelte berechnet habe, die höher gewesen seien als die Entgelte, die sie ihren Endkunden in Rechnung gestellt habe (Randnrn. 1, 57, 102 und 103 der angefochtenen Entscheidung).

38 Zur Kosten-Preis-Schere wird in den Randnrn. 102 bis 105 der angefochtenen Entscheidung ausgeführt:

„(102) Eine Kosten-Preis-Schere liegt dann vor, wenn die Summe der monatlichen und einmaligen an [die Klägerin] für den Vorleistungszugang zu entrichtenden Entgelte die Wettbewerber zwingt, ihren Endkunden höhere Entgelte zu berechnen als [die Klägerin] ihren eigenen Endkunden für entsprechende Dienstleistungen in Rechnung stellt. Sind die Vorleistungsentgelte höher als die Endkundenentgelte, können die Wettbewerber der [Klägerin] unter

keinen Umständen Gewinne erzielen, selbst wenn sie zumindest ebenso effizient wie [die Klägerin] sind, da sie neben den Vorleistungsentgelten noch zusätzliche Kosten, z. B. für Marketing, Rechnungsstellung, Inkasso usw., haben.

(103) Indem [die Klägerin] Vorleistungsentgelte für den Zugang von Wettbewerbern zum Teilnehmeranschluss erhebt, die höher als die eigenen Endkundenentgelte für den Zugang zum Ortsnetz sind, hindert [die Klägerin] ihre Wettbewerber daran, neben bloßen Telefongesprächen auch Zugangsdienste über den Teilnehmeranschluss anzubieten. Damit zwingt [die Klägerin] diejenigen Wettbewerber, die daran interessiert sind, entbündelte Teilnehmeranschlüsse zu bestellen, um ihren Kunden Anschlussdienste anzubieten, ihre Verlust bringenden Zugangsdienste gleichfalls mit höheren Einnahmen aus den Telefongesprächen auszugleichen. Die Gesprächstarife in Deutschland sind in den vergangenen Jahren jedoch erheblich gesunken, so dass die Wettbewerber häufig nicht die wirtschaftliche Möglichkeit haben, eine solche Mischkalkulation vorzunehmen.

(104) [Die Klägerin] vertritt die Auffassung, dass vorliegend der Nachweis einer missbräuchlichen Preisgestaltung in Form der Kosten-Preis-Schere schon dadurch ausgeschlossen sei, dass die Vorleistungsentgelte durch die RegTP verbindlich festgesetzt sind. Eine Kosten-Preis-Schere liege nur dann vor, wenn der Margendruck effektiv durch zu hohe Vorleistungspreise, zu niedrige Endkundenpreise oder eine Mischung aus beiden hervorgerufen werde und eine Beseitigung auf beiden Ebenen rechtlich möglich sei. Ein regulatorisch fixierter Vorleistungspreis führe jedoch dazu, dass [die Klägerin] lediglich Einfluss auf die Höhe der Endkundenzugangsentgelte habe, und diese Entgelte somit einzig der Überprüfung nach den Grundsätzen missbräuchlicher Unter-Kosten-Angebote (Verdrängungswettbewerb) zugänglich seien.

(105) Entgegen der Auffassung [der Klägerin] ist die Missbrauchsform der Kosten-Preis-Schere jedoch für den vorliegenden Sachverhalt einschlägig.

> In verbundenen Märkten, in denen die Wettbewerber Vorleistungen des etablierten Betreibers beziehen und hierauf angewiesen sind, um auf einem nachgelagerten Produkt- oder Dienstleistungsmarkt den Wettbewerb aufnehmen zu können, kann durchaus eine Kosten-Preis-Schere zwischen den regulierten Vorleistungs- und Endkundenpreisen vorliegen. Denn für den Nachweis einer Kosten-Preis-Schere kommt es zunächst nur darauf an, dass zwischen beiden Entgeltebenen ein Missverhältnis besteht, welches zu einer Wettbewerbsbeschränkung führt. Darüber hinaus ist zwar auch darzulegen, dass das preisregulierte Unternehmen einen unternehmerischen Freiraum hat, die Kosten-Preis-Schere aus eigener Initiative zu vermeiden bzw. zu beseitigen. Wenn dieses — wie im vorliegenden Fall — gegeben ist …, wird die Frage, welche Entgelte das betroffene Unternehmen ohne staatliches Zutun ändern kann, jedoch lediglich noch für die Auswahl der Mittel zur Beseitigung der Kosten-Preis-Schere erheblich."

39 Hinsichtlich der Methode zur Feststellung der Kosten-Preis-Schere führt die Kommission aus, dass die Wettbewerber der Klägerin über den Zugang zu den Teilnehmeranschlussleitungen der Klägerin ihren Endkunden eine Reihe von verschiedenen Endkundendiensten anbieten könnten, nämlich den analogen Schmalbandzugang, den digitalen Schmalbandzugang (ISDN) oder den Breitbandzugang in Form von ADSL-Diensten. Da die RegTP einen einheitlichen Vorleistungstarif unabhängig davon festsetze, welche nachgeordneten Dienste mit der Teilnehmeranschlussleitung angeboten würden, seien die monatlichen und die — nach der Verweildauer von Anschlussinhabern bemessenen — anteiligen Einmalentgelte der Klägerin für ihre Vorleistungen den monatlichen und den — nach der Verweildauer von Anschlussinhabern bemessenen — anteiligen Einmalentgelten der Klägerin für ihre Endkunden-Zugangsdienste gegenüberzustellen. Um das durchschnittliche Entgelt der Klägerin für die Endkunden-Zugangsdienste zu ermitteln, nimmt die Kommission eine mengenmäßige Gewichtung der unterschiedlichen Endkundenentgelte der Klägerin für Analog-, ISDN- und ADSL-Anschlüsse sowie für die unterschiedlichen Anschlussvarianten bei ISDN- und ADSL-Anschlüssen vor (Randnrn. 113, 115, 116, 142 bis 151 der angefochtenen Entscheidung).

40 Für die Berechnung der Kosten-Preis-Schere berücksichtigt die Kommission ausschließlich die Entgelte für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung. Die Gesprächspreise werden nicht in die Berechnung einbezogen (Randnr. 119 der angefochtenen Entscheidung).

41 Nach Ansicht der Kommission „ist eine missbräuchliche Kosten-Preis-Schere dann anzunehmen, wenn die Differenz zwischen den Endkundenentgelten eines marktbeherrschenden Unternehmens und dem Vorleistungsentgelt für vergleichbare Leistungen an seine Wettbewerber entweder negativ ist oder nicht ausreicht, um die produktspezifischen Kosten des marktbeherrschenden Betreibers für die Erbringung seiner eigenen Endkundendienste im nachgeordneten Markt zu decken“ (Randnr. 107 der angefochtenen Entscheidung).

42 Bei ihren Berechnungen der Kosten-Preis-Schere kommt die Kommission zu dem Ergebnis, dass zwischen 1998 und 2001 die Spannen zwischen den Vorleistungs- und Endkundenentgelten der Klägerin negativ gewesen seien (Randnr. 153 der angefochtenen Entscheidung). 2002 sei die Spanne positiv gewesen (Randnr. 154 der angefochtenen Entscheidung). Da aber die positive Spanne nicht ausreiche, um die produktspezifischen Kosten der Klägerin für die Erbringung ihrer Leistungen an die Endkunden abzudecken, habe die Kosten-Preis-Schere 2002 weiterhin fortbestanden (Randnrn. 154 und 160 der angefochtenen Entscheidung). So sei es auch noch bei Erlass der angefochtenen Entscheidung gewesen (Randnr. 161 der angefochtenen Entscheidung).

43 Die Vorleistungs- und Endkundenentgelte der Klägerin unterlägen zwar einer sektorspezifischen Regulierung. Die Klägerin verfüge aber dennoch über ausreichenden Spielraum, um die Kosten-Preis-Schere durch eine Tarifumstrukturierung zu verringern bzw. zu beenden (Randnrn. 57, 105 und 163 bis 175 der angefochtenen Entscheidung). Die Kommission räumt ein, dass die Klägerin ab dem 1. Januar 2002 über keinen Spielraum mehr zur Erhöhung der Endkundenentgelte für die Analog- und ISDN-Anschlüsse verfügt habe. Sie hätte jedoch die Kosten-Preis-Schere zumindest teilweise durch eine Erhöhung der Entgelte für ihre ADSL-Anschlüsse beseitigen können (Randnrn. 171 bis 175 und 206 der angefochtenen Entscheidung).

44 Die Kommission kommt in Randnr. 199 der angefochtenen Entscheidung zu folgendem Ergebnis:

„[Die Klägerin missbraucht] ihre marktbeherrschende Stellung auf den relevanten Märkten für den direkten Zugang zu ihrem Telefon-Festnetz … Dieser Missbrauch

besteht in der Festsetzung unangemessener Preise für Vorleistungs-Zugangsdienste an Wettbewerber und für Endkunden-Zugangsdienste im Ortsnetz und erfüllt somit den Tatbestand des Artikels 82 Buchstabe a) EG-Vertrag. In dem Zeitraum von Anfang 1998 bis Ende 2001 war [die Klägerin] in der Lage, die Kosten-Preis-Schere durch Tarifänderungen auf der Endkundenebene vollständig zu beseitigen. Seit Anfang 2002 ist [die Klägerin] jedenfalls noch in der Lage, die Kosten-Preis-Schere zu verringern, und zwar durch Anhebung der nicht dem Price-Cap-System unterworfenen ADSL-Endkundenentgelte."

45 Die Kommission stellte für den Zeitraum von Anfang 1998 bis Ende 2001 einen schweren Verstoß und für den Zeitraum ab Anfang 2002 einen minder schweren Verstoß fest und verhängte eine Geldbuße in Höhe von 12,6 Millionen Euro (Randnrn. 207 und 212 der angefochtenen Entscheidung).

46 Der Tenor der angefochtenen Entscheidung lautet:

„*Artikel 1*

Die [Klägerin] hat seit 1998 gegen Artikel 82 Buchstabe a) EG-Vertrag verstoßen, indem sie für den Zugang zum Ortsnetz von ihren Wettbewerbern und von ihren Endkunden unangemessene Monats- und Einmalentgelte erhoben und hierdurch den Wettbewerb auf dem Markt für den Zugang zum Ortsnetz erheblich behindert [hat].

Artikel 2

Die [Klägerin] hat den in Artikel 1 genannten Verstoß unverzüglich abzustellen und muss künftig die Wiederholung der in Artikel 1 genannten Handlungen oder Verhaltensweisen unterlassen.

Artikel 3

Wegen des in Artikel 1 genannten Verstoßes wird gegen die [Klägerin] eine Geldbuße in Höhe von 12,6 Mio. EUR festgesetzt.

…“

Verfahren

47 Mit am 30. Juli 2003 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangener Klageschrift hat die Klägerin die vorliegende Klage erhoben.

48 Mit Schriftsätzen, die am 12. Dezember 2003 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangen sind, haben zum einen die Arcor AG & Co. KG (im Folgenden:

Streithelferin I) sowie zum anderen die CityKom Münster GmbH Telekommunikationsservice, zunächst Tropolys NRW GmbH, jetzt Versatel NRW GmbH, die EWE TEL GmbH, die HanseNet Telekommunikation GmbH, die ISIS Multimedia Net GmbH & Co. KG, jetzt Arcor AG & Co. KG, die KomTel Gesellschaft für Kommunikations- und Informationsdienste mbH, jetzt Versatel Nord-Deutschland GmbH, die NetCologne Gesellschaft für Telekommunikation mbH, die TeleBeL Gesellschaft für Telekommunikation Bergisches Land mbH, zunächst Tropolys NRW GmbH, jetzt Versatel NRW GmbH, die tesion Telekommunikation GmbH, jetzt Versatel Süd-Deutschland GmbH, und die Versatel Deutschland GmbH & Co. KG, jetzt Versatel West-Deutschland GmbH (im Folgenden zusammen: Streithelferinnen II) beantragt, als Streithelferinnen zur Unterstützung der Anträge der Kommission zugelassen zu werden.

49 Mit Schreiben vom 30. Januar 2004 hat die Klägerin beantragt, bestimmte Passagen der Klageschrift, der Klagebeantwortung, der Erwiderung und einiger Anlagen zu diesen Schriftstücken vertraulich zu behandeln.

50 Mit Schreiben vom 22. März 2004 hat die Klägerin beantragt, eine Passage der Gegenerwiderung vertraulich zu behandeln.

51 Der Präsident der Ersten Kammer des Gerichts hat mit Beschluss vom 6. Mai 2004 die oben in Randnr. 48 genannten Gesellschaften als Streithelferinnen zur Unterstützung der Anträge der Kommission zugelassen. Die Entscheidung über den Antrag auf vertrauliche Behandlung ist vorbehalten worden.

52 Den Streithelferinnen I und II ist eine von der Klägerin erstellte nichtvertrauliche Fassung der verschiedenen Aktenstücke übermittelt worden.

53 Mit Schreiben vom 24. Juni 2004 haben die Streithelferinnen I und II die Vertraulichkeit einiger Passagen bestritten, die in den nichtvertraulichen Fassungen der Aktenstücke geschwärzt waren.

54 Am 14. Juli 2004 haben die Streithelferinnen II ihren Streithilfeschriftsatz eingereicht. Die Streithelferin I hat ihren Streithilfeschriftsatz am 2. August 2004 eingereicht. Die Klägerin und die Beklagte haben zu den Streithilfeschriftsätzen Stellung genommen.

55 Mit Schreiben vom 20. Dezember 2004 hat die Klägerin zu den Einwänden der Streithelferinnen I und II gegen den Antrag auf vertrauliche Behandlung Stellung genommen.

56 Mit Beschluss vom 15. Juni 2006 hat der Präsident der Fünften Kammer dem Antrag der Klägerin auf vertrauliche Behandlung teilweise stattgegeben.

57 Mit Schreiben vom 14. September 2006 haben die Streithelferinnen II dem Gericht mitgeteilt, dass die Streithelferin I die Rechtsnachfolgerin der ISIS Multimedia Net GmbH & Co. KG geworden sei. Mit demselben Schreiben haben sie dem Gericht gemäß Art. 99 der Verfahrensordnung des Gerichts mitgeteilt, dass sie zur Vermeidung einer Doppelstellung als Streithelferin die Anträge der ISIS Multimedia Net GmbH & Co. KG, jetzt Arcor AG & Co. KG, zurücknähmen.

58 Der Präsident der Fünften Kammer des Gerichts hat mit Beschluss vom 30. November 2006 die Arcor AG & Co. KG, vormals ISIS Multimedia Net GmbH & Co. KG, in der vorliegenden Rechtssache als Streithelferin II gestrichen.

59 Am 11. Dezember 2006 hat das Gericht nach Anhörung der Verfahrensbeteiligten beschlossen, die vorliegende Rechtssache an die Fünfte erweiterte Kammer des Gerichts zu verweisen.

60 Auf Bericht des Berichterstatters hat das Gericht (Fünfte Kammer) beschlossen, die mündliche Verhandlung zu eröffnen sowie im Rahmen prozessleitender Maßnahmen nach Art. 64 der Verfahrensordnung an die Klägerin und die Kommission schriftliche Fragen gerichtet und sie aufgefordert, einige Unterlagen vorzulegen. Diese sind dem fristgerecht nachgekommen.

61 Mit Schreiben vom 21. März 2007 hat die Klägerin beantragt, einige Abschnitte des Schriftsatzes der Kommission vom 5. März 2007, mit dem die schriftlichen Fragen des Gerichts beantwortet wurden, vertraulich zu behandeln. Die Streithelferinnen I und II haben keine Einwände gegen den Antrag auf vertrauliche Behandlung erhoben, und den Streithelferinnen I und II ist eine von der Klägerin erstellte nichtvertrauliche Fassung des Schriftsatzes der Kommission übermittelt worden.

62 Da der Richter F. Dehousse an der weiteren Mitwirkung am Verfahren gehindert war, hat der Präsident des Gerichts am 29. März 2007 gemäß Art. 32 § 3 der Verfahrensordnung den Richter N. Wahl dazu bestimmt, den Spruchkörper zu vervollständigen.

63 Die Verfahrensbeteiligten haben in der Sitzung vom 3. Mai 2007 mündlich verhandelt und Fragen des Gerichts beantwortet.

Anträge der Verfahrensbeteiligten

64 Die Klägerin beantragt,

— die angefochtene Entscheidung für nichtig zu erklären, hilfsweise, die von der Kommission in Art. 3 der angefochtenen Entscheidung festgesetzte Geldbuße nach freiem Ermessen des Gerichts zu ermäßigen;

— der Kommission die Kosten des Verfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten aufzuerlegen.

65 Die Kommission beantragt,

— die Klage abzuweisen;

— der Klägerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

66 Die Streithelferin I beantragt,

— die Klage abzuweisen;

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

67 Die Streithelferinnen II beantragen,

— die Anträge der Klägerin abzulehnen;

— der Klägerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Streithelferinnen II aufzuerlegen.

Rechtliche Würdigung

I — *Zu den Hauptanträgen auf Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidung*

68 Die Klägerin führt drei Klagegründe an. Mit dem ersten rügt sie einen Verstoß gegen Art. 82 EG, mit dem zweiten die Fehlerhaftigkeit des Tenors der angefochtenen Entscheidung und mit dem dritten einen Ermessensmissbrauch sowie einen Verstoß gegen die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit, der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes.

A — *Zum ersten Klagegrund: Verstoß gegen Art. 82 EG*

69 Der erste Klagegrund besteht aus vier Teilen. Der erste Teil ist auf das Fehlen eines missbräuchlichen Verhaltens mangels ausreichenden Handlungsspielraums der Klägerin zur Vermeidung der Kosten-Preis-Schere gestützt. Der zweite Teil betrifft

die Rechtswidrigkeit der Methode der Kommission zur Feststellung der Kosten-Preis-Schere. Der dritte Teil bezieht sich auf einen Fehler der Kommission bei der Berechnung der Kosten-Preis-Schere und der vierte auf das Fehlen von Auswirkungen der festgestellten Kosten-Preis-Schere auf den Markt.

1. Erster Teil: Kein missbräuchliches Verhalten mangels ausreichenden Handlungsspielraums der Klägerin zur Vermeidung der Kosten-Preis-Schere

a) Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

70 Die Klägerin trägt vor, dass sie keinen ausreichenden Handlungsspielraum zur Vermeidung der in der angefochtenen Entscheidung festgestellten angeblichen Kosten-Preis-Schere gehabt habe. Zum einen habe die Kommission selbst das Fehlen eines Handlungsspielraums der Klägerin bei der Festsetzung der Vorleistungsentgelte festgestellt. Die Vorleistungsentgelte, die von der RegTP festgesetzt würden, müssten den Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung entsprechen. Sie entsprächen daher nicht notwendigerweise den Kosten der Klägerin.

71 Zum anderen habe sie auch bei der Festsetzung ihrer Entgelte für die Endkunden-Zugangsdienste keinen Handlungsspielraum gehabt. Für den Zeitraum von 1998 bis 2001 scheide ein Missbrauch der Klägerin aus, weil allein die RegTP — und vorher das BMPT — für die Schmalbandanschlussentgelte der Klägerin verantwortlich gewesen seien (vgl. unten, Randnrn. 73 bis 79).

72 Für die Zeit ab Januar 2002 könne lediglich das Verhalten der Klägerin bei der Festsetzung der Entgelte für Breitbandanschlüsse einen Missbrauch begründen, da die Kommission in der angefochtenen Entscheidung selbst eingeräumt habe, dass die Klägerin seit 2002 bei sämtlichen Entgelten für Schmalbandanschlüsse keinerlei Handlungsspielraum gehabt habe und habe. Für den Zeitraum ab Januar 2002 hätte ein etwaiger Spielraum der Klägerin bei der Festsetzung der Entgelte für Breitbandanschlüsse, wäre er nachgewiesen, jedenfalls keinen Einfluss auf die behauptete Kosten-Preis-Schere (vgl. unten, Randnrn. 80 bis 83).

73 Erstens gelte in Bezug auf Schmalbandanschlüsse (Analog- und ISDN-Anschlüsse), dass nach deutschem Recht die Endkundenpreise der Klägerin jeweils vorab von der RegTP — bzw. vor 1998 vom BMPT — hätten geprüft und genehmigt werden müssen. Die Klägerin habe nach § 29 Abs. 1 TKG unter Androhung einer Geldbuße nicht von der genehmigten Entgelthöhe abweichen dürfen und daher durch die Erhebung der Entgelte nicht gegen Art. 82 EG verstoßen.

74 Hinsichtlich der Festsetzung der Entgelte erinnert die Klägerin daran, dass im Rahmen des Price-Cap-Systems die RegTP in einem ersten Schritt Körbe von Dienstleistungen und Zielvorgaben für die Entwicklung des Korbpreises festlege, die Entgeltänderungen innerhalb der Körbe beschränkten („Maßgrößen“ oder „Price-Caps“). In einem zweiten Schritt prüfe die RegTP die von der Klägerin vorgeschlagenen Änderungen der Einzelentgelte. Hierfür müsse die RegTP nach den §§ 24 und 27 TKG unabhängig von der Einhaltung des Price-Caps für den betreffenden Korb prüfen, ob die beantragten Entgelte die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung ungerechtfertigt unterschritten oder gegen andere Rechtsvorschriften, u. a. Art. 82 EG, verstießen. Die RegTP müsse also eine von der Klägerin beantragte Änderung der Endkundenpreise ablehnen, wenn die Preise z. B. wegen einer wettbewerbswidrigen Kosten-Preis-Schere gegen Art. 82 EG verstießen.

75 Die Klägerin sei vor dem 1. Mai 2002 durch die verbindlichen Analoganschlussentgelte gebunden gewesen, die auf einer vom BMPT nach § 97 Abs. 3 TKG erteilten unbefristeten Genehmigung beruhten. Nach § 97 Abs. 3 TKG blieben Genehmigungen ihrer Entgelte, „die vor dem 1. Januar 1998 … ergangen sind, … bis längstens zum 31. Dezember 2002 wirksam".

76 Außerdem habe die RegTP dem Antrag der Klägerin vom 31. Oktober 2002 auf Erhöhung ihrer Entgelte für die Endkunden-Zugangsleistungen mit Beschluss vom 19. Dezember 2002 nur teilweise, in den Grenzen des Price-Caps, stattgegeben. Seit dem 1. Januar 2002 seien die Anschlussentgelte Gegenstand eines gesonderten Korbs, für den eine eigene Maßgröße festgelegt worden sei. Die Verbindungsentgelte seien für die Einhaltung dieser Maßgröße irrelevant. Die Kommission räume selbst ein, dass die Klägerin ab 2002 keine Möglichkeit gehabt habe, ihre Entgelte für Schmalbandanschlüsse zu erhöhen. Aus der Tatsache, dass die Klägerin zwischen 1998 und 2001 keine zusätzlichen Anträge auf Erhöhung der genehmigten Entgelte gestellt habe, folge nicht, dass ihr die Höhe der von der RegTP festgesetzten Entgelte und somit eine angebliche Kosten-Preis-Schere zugerechnet werden könnten. Denn die bloße Möglichkeit, Anträge auf Entgeltänderungen zu stellen, sei nicht mit einer autonomen Preissetzungsfreiheit gleichzusetzen. Das Verfahren der Einzelentgeltprüfung und -genehmigung durch die RegTP sei gerade eingerichtet worden, um im Wege der Vorabregulierung sicherzustellen, dass der etablierte Betreiber keine missbräuchlichen Entgelte erhebe, wie dies der Verpflichtung der Mitgliedstaaten aus Art. 17 der Richtlinie 98/10/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 1998 über die Anwendung des offenen Netzzugangs (ONP) beim Sprachtelefondienst und den Universaldienst im Telekommunikationsbereich in einem wettbewerbsorientierten Umfeld (ABl. L 101, S. 24) entspreche. Werde ein Antrag nach Maßgabe dieses Verfahrens im Einklang mit den Verfahrensanforderungen des gemeinschaftsrechtlichen Rechtsrahmens für das Telekommunikationsrecht geprüft und beschieden, könne daher kein Missbrauchsvorwurf gegen das Unternehmen erhoben werden, das die aufgrund der Prüfung festgesetzten Entgelte erhebe. Geprüfte und genehmigte Entgelte seien dem Unternehmen nicht als missbräuchliches Verhalten zuzurechnen.

77 Ferner diene die Vorabregulierung durch die RegTP dazu, die Marktstruktur durch behördliche Eingriffe zu gestalten, und sie ersetze in den ihr unterliegenden Bereichen die Marktstrukturverantwortung des regulierten Unternehmens durch eine Marktstrukturverantwortung der Regulierungsbehörde. Deshalb sei die Klägerin nur bei Veränderungen des zugrunde liegenden Sachverhalts verpflichtet, Änderungsanträge bei der RegTP zu stellen.

78 Selbst wenn man unterstelle, dass die Möglichkeit der Beantragung einer Entgeltänderung eine Verantwortung der Klägerin für eine bestimmte Entgelthöhe begründen könnte, hätten sich jedenfalls die Umstände, die eine Verpflichtung der Klägerin rechtfertigten, zusätzliche Anträge auf Erhöhung ihrer Endkundenpreise zu stellen, nicht geändert. Im Gegenteil seien die Kosten für die Bereitstellung von Anschlüssen nahezu unverändert geblieben und die Vorleistungsentgelte seit 1998 sogar massiv zurückgegangen. Ferner habe die RegTP in diesem Zeitraum in ihren Beschlüssen vom 8. Februar 1999, vom 23. Dezember 1999, vom 30. März 2001, vom 21. Dezember 2001, vom 11. April 2002 und vom 29. April 2003 festgestellt, dass keine Kosten-Preis-Schere zulasten der Wettbewerber vorliege. Zudem habe das Oberlandesgericht Düsseldorf mit Urteil vom 16. Januar 2002 entschieden, dass die genehmigten Entgelte der Klägerin nicht gegen Art. 82 EG verstießen.

79 Das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 10. Februar 2004, mit dem das Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 16. Januar 2002 aufgehoben worden sei, bestätige zum einen, dass die RegTP die Vereinbarkeit eines beantragten Entgelts mit Art. 82 EG prüfe, und zum anderen, dass ein eventueller Verstoß gegen Art. 82 EG nur ausnahmsweise dem Unternehmen zugerechnet werden könne, das den Antrag auf Entgeltgenehmigung gestellt habe. Die RegTP habe selbst seit 1998 mehrfach entschieden, dass keine Kosten-Preis-Schere zulasten der Wettbewerber vorliege. Der Bundesgerichtshof habe außerdem die wettbewerbsrechtliche Verantwortlichkeit der Klägerin für regulierte Entgelte ausdrücklich offengelassen.

80 Die Klägerin macht zweitens geltend, dass ihr der angenommene Missbrauch ab 2002, der allein auf ihrem angeblichen Handlungsspielraum für Erhöhungen der T-DSL(ADSL)-Entgelte beruhe, nicht zugerechnet werden könne. Zum einen dürfe die Kommission diesen Spielraum nicht isoliert betrachten, da die Kosten-Preis-Schere nicht auf der Grundlage der T-DSL(ADSL)-Entgelte ermittelt werde, sondern auf der Grundlage sämtlicher Endkundenpreise. Zum anderen könne die Klägerin entgegen der Behauptung der Kommission ihre Entgelte nicht unbegrenzt erhöhen. So bedürfe es für die Grundkomponente des Entgelts, den Preis für den Basisanschluss (Analog- oder ISDN-Anschluss), einer vorherigen Genehmigung durch die RegTP. Außerdem unterliege der Preisaufschlag für die Aufwertung eines Analog- oder ISDN-Anschlusses zu einem ADSL-Anschluss der nachträglichen Regulierung durch die RegTP. Die Klägerin verweist insofern auf die Beschlüsse der RegTP vom 30. März 2001 und vom 25. Januar 2002. Unter diesen Umständen habe die Klägerin, deren Entgelte sich gemäß § 24 TKG an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zu orientieren hätten, keineswegs einen unbegrenzten Spielraum für ihre ADSL-Tarife. Mit ihrem Beschluss vom 25. Januar 2002 habe die RegTP ein Verfahren wegen des Vorwurfs des Preisdumpings der Klägerin bei ADSL eingestellt. Um zu zeigen, dass die Klägerin seit 2002 über einen Spielraum zur Erhöhung ihrer ADSL-Entgelte verfüge, berufe sich die Kommission nur auf Zahlen aus dem Beschluss der RegTP vom 30. März 2001.

81 Außerdem ergebe sich aus den Berechnungen der Kommission, dass außer in der Anfangsphase die Endkundenpreise für das Leistungsmerkmal ADSL der Klägerin (für Analoganschlüsse seit 2001 und für ISDN-Anschlüsse seit 2002) über den Vorleistungsentgelten zuzüglich der spezifischen Kosten für die Endkundendienste gelegen hätten. Es gebe daher auf diesem Markt keine Kosten-Preis-Schere. Im Übrigen sei die wahre Ursache der angeblichen Kosten-Preis-Schere die niedrige Festsetzung der Analoganschlussentgelte durch die RegTP. Da nach eigener Auffassung der Kommission getrennte Märkte für Breitbandanschlüsse (ADSL) und Schmalbandanschlüsse (Analog- und ISDN-Anschlüsse) bestünden, hätte, selbst wenn die Klägerin auf dem Markt für Breitbandanschlüsse über einen Handlungsspielraum verfügte, der es ihr erlauben würde, ihre Entgelte für ADSL-Anschlüsse zu erhöhen, weder eine Erhöhung noch eine Verringerung der ADSL-Entgelte irgendwelche Auswirkungen auf den Bestand einer wettbewerbsbeeinträchtigenden Kosten-Preis-Schere auf dem Markt für Schmalbandanschlüsse. Eine Korrektur der

ADSL-Entgelte könnte den angeblichen Missstand auf dem Schmalbandmarkt nicht beseitigen; genauso wenig habe die Festsetzung der ADSL-Entgelte diesen Missstand verursacht. In ihrer Erwiderung fügt die Klägerin noch hinzu, wenn eine einheitliche Vorleistung Zugang zu mehreren nachgelagerten Märkten verschaffe, sei für jeden dieser nachgelagerten Märkte zu untersuchen, ob eine Kosten-Preis-Schere bestehe.

82 Die Klägerin widerspricht ferner dem Vorbringen der Kommission, der lokale Vorleistungs-Zugangsmarkt sei vereinheitlicht. Der vollständige Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung könne als Grundlage für ein Angebot gegenüber Endkunden dienen, das sich entweder auf Breitband- oder auf Schmalbandanschlüsse beschränke. Zudem könnten Breitbandanschlüsse getrennt von Schmalbandanschlüssen auf der Basis von Line-Sharing vermarktet werden. Für das Leistungsmerkmal ADSL sei daher der vollständige Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung nicht erforderlich. Hätte die Kommission die Preise für Line-Sharing, die wesentlich geringer als die Vorleistungsentgelte seien, bei der Beurteilung der Kosten-Preis-Schere berücksichtigt, wäre das Ergebnis für die Klägerin günstiger ausgefallen.

83 Schließlich habe die Kommission in der angefochtenen Entscheidung nicht aufgezeigt, wie die Klägerin die angebliche Kosten-Preis-Schere durch eine Erhöhung der ADSL-Entgelte hätte verringern können. Angesichts der von der Kommission eingeräumten Kreuzpreiselastizität sowohl zwischen ADSL- und herkömmlichen Anschlüssen als auch zwischen den verschiedenen ADSL-Varianten (auf der Grundlage von Analog- und ISDN-Anschlüssen) wäre eine vertiefte Prüfung geboten gewesen, ob eine Erhöhung der ADSL-Entgelte tatsächlich zu einer Erhöhung der gewichteten Endkundenentgelte geführt hätte. Zum einen bestehe eine Kreuzpreiselastizität zwischen ADSL- und Schmalbandanschlüssen. Hätte sie in der Vergangenheit höhere ADSL-Entgelte verlangt, wäre die Zahl der ADSL-Kunden geringer gewesen. Zum anderen bestehe auch eine starke Kreuzpreiselastizität im ADSL-Bereich selbst. ADSL-Anschlüsse würden sowohl auf der Basis von Analog- als auch auf der Basis von ISDN-Anschlüssen angeboten. Eine Erhöhung der ADSL-Entgelte auf der Basis von ISDN-Anschlüssen führte zu einer Verlagerung der Nachfrage auf die analoge Variante.

84 Nach Ansicht der Kommission und der Streithelferinnen I und II ist der erste Teil des ersten Klagegrundes zurückzuweisen.

b) Würdigung durch das Gericht

i) Vorbemerkungen

85 Nach der Rechtsprechung gelten die Art. 81 EG und 82 EG nur für wettbewerbswidrige Verhaltensweisen, die die Unternehmen aus eigener Initiative an den Tag legen. Wird den Unternehmen ein wettbewerbswidriges Verhalten durch nationale Rechtsvorschriften vorgeschrieben oder bilden diese einen rechtlichen Rahmen, der selbst jede Möglichkeit für ein Wettbewerbsverhalten ihrerseits ausschließt, so sind die Art. 81 EG und 82 EG nicht anwendbar. In einem solchen Fall findet die Wettbewerbsbeschränkung nicht, wie diese Vorschriften voraussetzen, in selbständigen Verhaltensweisen der Unternehmen ihre Ursache (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, Randnr. 33 und die dort zitierte Rechtsprechung).

86 Jedoch ist die Möglichkeit, eine bestimmte wettbewerbswidrige Verhaltensweise vom Anwendungsbereich der Art. 81 EG und 82 EG deswegen auszuschließen, weil sie den betreffenden Unternehmen durch bestehende nationale Rechtsvorschriften vorgeschrieben wurde oder weil diese jegliches Wettbewerbsverhalten von ihrer Seite ausschlossen, vom Gerichtshof nur eingeschränkt anerkannt worden (Urteile des Gerichtshofs vom 29. Oktober 1980, van Landewyck u. a./Kommission, 209/78 bis 215/78 und 218/78, Slg. 1980, 3125, Randnrn. 130 bis 134, vom 20. März 1985, Italien/Kommission, 41/83, Slg. 1985, 873, Randnr. 19, vom 10. Dezember 1985, Stichting Sigarettenindustrie u. a./Kommission, 240/82 bis 242/82, 261/82, 262/82, 268/82 und 269/82, Slg. 1985, 3831, Randnrn. 27 bis 29, und vom 9. September 2003, CIF, C-198/01, Slg. 2003, I-8055, Randnr. 67).

87 Damit der nationale Rechtsrahmen bewirkt, dass die Art. 81 EG und 82 EG auf wettbewerbswidrige Verhaltensweisen von Unternehmen keine Anwendung finden, müssen die Wettbewerbsbeschränkungen ihre Ursache ausschließlich in den nationalen Rechtsvorschriften haben (Urteil des Gerichts vom 30. März 2000, Consiglio nazionale degli spedizionieri doganali/Kommission, T-513/93, Slg. 2000, II-1807, Randnr. 61).

88 Dagegen sind die Art. 81 EG und 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 (Urteile des Gerichtshofs van Landewyck u. a./Kommission, oben in Randnr. 86 angeführt, Randnrn. 126 und 130 bis 134, Stichting Sigarettenindustrie u. a./Kommission, oben in Randnr. 86 angeführt, Randnrn. 12 bis 37, vom 17. Juli 1997, Ferriere Nord/Kommission, C-219/95 P, Slg. 1997, I-4411, Randnrn. 23 bis 25, und Kommission und Frankreich/Ladbroke Racing, oben in Randnr. 85 angeführt, Randnr. 34).

89 Beschränkt sich also ein nationales Gesetz darauf, selbständige wettbewerbswidrige Verhaltensweisen der Unternehmen zu veranlassen oder zu erleichtern, bleiben diese den Art. 81 EG und 82 EG unterworfen (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. 36 bis 73, und CIF, oben in Randnr. 86 angeführt, Randnr. 56; vgl. in diesem Sinne Urteil des Gerichts vom 18. September 1996, Asia Motor France u. a./Kommission, T-387/94, Slg. 1996, II-961, Randnr. 60).

90 Anhand dieser Grundsätze ist zu prüfen, ob der deutsche rechtliche Rahmen, insbesondere das TKG, die TEntgV und die Beschlüsse, die von der RegTP in dem Zeitraum, auf den sich die angefochtene Entscheidung bezieht, erlassen wurden, jegliches Wettbewerbsverhalten der Klägerin ausgeschlossen oder ob er ihr ausreichenden Handlungsspielraum belassen hat, um ihre Entgelte in einer Höhe festzulegen, die es ihr ermöglicht hätte, die in der angefochtenen Entscheidung festgestellte Kosten-Preis-Schere zu beseitigen oder zu verringern.

ii) Angefochtene Entscheidung

91 In der angefochtenen Entscheidung stellt die Kommission nach Prüfung der Vorleistungs- und Endkundenentgelte einen „Missbrauch der [Klägerin] in Form einer Kosten-Preis-Schere aufgrund eines Missverhältnisses zwischen [diesen beiden Entgelten]“ fest (Randnr. 57).

92 Die Kommission weist in der angefochtenen Entscheidung außerdem darauf hin, dass „eine missbräuchliche Kosten-Preis-Schere dann anzunehmen [ist], wenn die Differenz zwischen den Endkundenentgelten eines marktbeherrschenden Unternehmens und dem Vorleistungsentgelt für vergleichbare Leistungen an seine Wettbewerber entweder negativ ist oder nicht ausreicht, um die produktspezifischen Kosten des marktbeherrschenden Betreibers für die Erbringung seiner eigenen Endkundendienste im nachgeordneten Markt zu decken“ (Randnr. 107).

93 Auch wenn die Kommission in der angefochtenen Entscheidung nicht ausschließt, dass die Klägerin ihre Vorleistungsentgelte senken konnte (Randnrn. 17, 163 und 206), prüft sie dort nur, ob die Klägerin über einen tatsächlichen Handlungsspielraum zur Erhöhung ihrer Endkundenentgelte verfügt hat (Randnrn. 164 bis 175). Sie unterscheidet dafür zwischen zwei Zeiträumen.

94 Zunächst nimmt sie an, dass die Klägerin „[i]n dem Zeitraum von Anfang 1998 bis Ende 2001 … in der Lage [war], die Kosten-Preis-Schere durch Tarifänderungen auf der Endkundenebene“, d. h. durch Änderungen ihrer Endkundenentgelte, „vollständig zu beseitigen“ (Randnr. 199). Die Klägerin habe über ausreichenden „Freiraum zur Vermeidung der Kosten-Preis-Schere durch Erhöhung der Endkundenentgelte für analoge und ISDN-Teilnehmeranschlüsse“ verfügt (Randnr. 164).

95 Auch für den Zeitraum vom 1. Januar 2002 bis zum Erlass der angefochtenen Entscheidung stellt die Kommission einen Handlungsspielraum der Klägerin zur Erhöhung ihrer Endkundenentgelte fest. Dieser Handlungsspielraum bezieht sich allerdings nur auf die Endkundenentgelte für ADSL-Zugangsleistungen. Die Kommission führt nämlich in der angefochtenen Entscheidung aus, dass die Klägerin „[s]eit Anfang 2002 … jedenfalls noch in der Lage [ist], die Kosten-Preis-Schere zu verringern, und zwar durch Anhebung der … ADSL-Endkundenentgelte" (Randnr. 199). Sie präzisiert, dass „für den Zeitraum seit dem 1. Januar 2002 die rechtliche Möglichkeit der [Klägerin], die Kosten-Preis-Schere zumindest teilweise zu beseitigen, auf eine Erhöhung der T-DSL-Entgelte beschränkt [ist]" (Randnr. 206).

96 Unter diesen Umständen ist zu prüfen, ob die Kommission in der angefochtenen Entscheidung feststellen durfte, dass die Klägerin in den beiden oben in den Randnrn. 94 und 95 unterschiedenen Zeiträumen über ausreichenden Handlungsspielraum zur Erhöhung ihrer Endkundenentgelte verfügt habe, um so die in der angefochtenen Entscheidung festgestellte Kosten-Preis-Schere zu beseitigen oder zu verringern.

iii) Zum Fehlen eines missbräuchlichen Verhaltens mangels ausreichenden Handlungsspielraums der Klägerin zur Vermeidung der Kosten-Preis-Schere durch Erhöhung ihrer Endkundenentgelte im Zeitraum vom 1. Januar 1998 bis 31. Dezember 2001

97 Laut der angefochtenen Entscheidung (Randnrn. 164 und 199) hat die Klägerin im Zeitraum vom 1. Januar 1998 bis 31. Dezember 2001 über ausreichenden Handlungsspielraum zur Beseitigung der Kosten-Preis-Schere durch Erhöhung ihrer Endkundenentgelte für den Zugang zu analogen und ISDN-Anschlüssen verfügt.

98 Um die Richtigkeit dieser Feststellung bewerten zu können, ist als Erstes der anwendbare deutsche Rechtsrahmen zu prüfen.

99 Nach § 27 Abs. 1 Satz 2 und § 25 Abs. 1 TKG sowie den §§ 4 und 5 TEntgV unterlagen die Endkundenentgelte der Klägerin für den Zugang zu analogen und ISDN-Anschlüssen im Rahmen eines Price-Cap-Systems der Genehmigung durch die RegTP. Die Kappung betraf zwei Körbe (Dienstleistungen für Privatkunden und Dienstleistungen für Geschäftskunden), die im Zeitraum vom 1. Januar 1998 bis 31. Dezember 2001 zugleich die Zugangsdienste und die Gesprächsverbindungen umfassten, u. a. die Orts-, Regional-, Fern- und Auslandsgespräche. Wegen der durch den Beschluss des BMPT vom 17. Dezember 1997 festgelegten Preisobergrenze musste die Klägerin im Zeitraum vom 1. Januar 1998 bis 31. Dezember 1999 den Gesamtpreis für jeden der beiden Körbe um jeweils 4,3 % senken und im Anschluss an den Beschluss der RegTP vom 23. Dezember 1999 im Zeitraum vom 1. Januar 2000 bis 31. Dezember 2001 um weitere 5,6 %.

100 Innerhalb dieses Rahmens konnte die Klägerin ihre Entgelte jedoch nach vorheriger Genehmigung durch die RegTP ändern. Die Klägerin bestreitet nicht die Feststellung in den Randnrn. 37 und 166 der angefochtenen Entscheidung, sie habe im Zeitraum vom 1. Januar 1998 bis 31. Dezember 2001 ihre Preise für Gesprächsverbindungen weitaus stärker gesenkt als um jeweils 4,3 % und 5,6 %, wie von der RegTP für alle Körbe vorgegeben. So bestätigt die in Randnr. 37 der angefochtenen Entscheidung in Bezug genommene Antwort der RegTP vom 3. April 2002 auf das Auskunftsersuchen vom 23. März 2002, dass „die im Price-Cap regulierten Telefondienstleistungen über die Price-Cap-Vorgaben hinaus um [*vertraulich*] [1] DM (ungefähr [*vertraulich*] Euro) abgesenkt“ wurden.

101 Diese Preissenkung hat der Klägerin einen Handlungsspielraum zur Erhöhung ihrer Endkundenpreise für den Zugang zu analogen und ISDN-Anschlüssen verschafft.

1 — Nicht wiedergegebene vertrauliche Daten.

102 Wie in Randnr. 167 der angefochtenen Entscheidung festgestellt, hat die Klägerin im Übrigen in ihrer Stellungnahme zur Mitteilung der Beschwerdepunkte einen Handlungsspielraum zur Erhöhung des monatlichen Anschlussentgelts pro Privatkundenanschluss in der Preis-Cap-Periode 1998/1999 um [*vertraulich*] Euro eingeräumt.

103 Das Bestehen eines Handlungsspielraums der Klägerin zur Erhöhung ihrer Endkundenentgelte ergibt sich ebenfalls aus den Erklärungen der deutschen Regierung in ihrer Mitteilung an die Kommission vom 8. Juni 2000. Die deutsche Regierung hat dort ausgeführt:

„Der Vorwurf …, die RegTP habe mit ihren Preis-Cap-Entscheidungen bezüglich der Endkundentarife den Spielraum der [Klägerin] soweit eingeschränkt, dass eine Anhebung der Grundgebühr nicht möglich gewesen wäre, ist unbegründet. … Für die [Klägerin] bestand [nämlich] ein Spielraum, die Grundgebühr für den analogen Teilnehmeranschluss (21,39 DM) zu erhöhen, um die Grundgebühr stärker an dem am 08. Februar 1999 genehmigten Entgelt für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung in Höhe von 25,40 DM auszurichten."

104 Der Beschluss der RegTP vom 8. Februar 1999, auf den die Klägerin in ihrer Klageschrift und in ihrer Erwiderung Bezug nimmt, um ihr Vorbringen zu stützen, sie könne für einen Verstoß gegen Art. 82 EG nicht verantwortlich gemacht werden, bestätigt außerdem, dass der Klägerin „hinsichtlich der Ausgestaltung der einzelnen Endkundenpreise ein Spielraum innerhalb des festgelegten und im Price-Cap-Verfahren enthaltenen Warenkorbes [verbleibt]".

105 Die Kommission hat daher in den Randnrn. 166 und 167 der angefochtenen Entscheidung zu Recht festgestellt, dass die Klägerin angesichts der sechs zwischen dem 1. Januar 1998 und dem 31. Dezember 2001 eingereichten Anträge auf Senkungen der Gesprächsentgelte in diesem Zeitraum über einen Handlungsspielraum zur Stellung

von Anträgen auf Preiserhöhungen für ihre Zugangsdienste zu analogen und ISDN-Anschlüssen verfügt habe, ohne dabei die Gesamtobergrenze für den Preis der Leistungskörbe für Privat- und Geschäftskunden verletzen zu müssen. Die Klägerin hat im Übrigen in der mündlichen Verhandlung eingeräumt, einen solchen Spielraum gehabt zu haben.

106 Als Zweites ist zu prüfen, ob trotz des oben in Randnr. 105 festgestellten Handlungsspielraums die Beteiligung der RegTP an der Festsetzung der Entgelte der Klägerin zur Folge gehabt hat, dass die Klägerin nicht mehr Art. 82 EG unterworfen ist.

107 Zu dieser Frage ist zunächst daran zu erinnern, dass der Umstand, dass die Entgelte der Klägerin von der RegTP genehmigt werden mussten, die Klägerin nicht ihrer Verantwortlichkeit nach Art. 82 EG entzieht (vgl. in diesem Sinne Urteil des Gerichtshofs vom 30. Januar 1985, BNIC, 123/83, Slg. 1985, 391, Randnrn. 21 bis 23). Da die Klägerin nämlich, wie sie im Übrigen in ihrer Erwiderung selbst einräumt, auf die Höhe ihrer Endkundenentgelte durch Genehmigungsanträge bei der RegTP nach § 28 Abs. 1 TKG Einfluss nehmen kann, hatten die Wettbewerbsbeschränkungen, die sich aus der in der angefochtenen Entscheidung festgestellten Kosten-Preis-Schere ergaben, ihre Ursache nicht ausschließlich in den nationalen Rechtsvorschriften (Urteil Consiglio nazionale degli spedizionieri doganali/Kommission, oben in Randnr. 87 angeführt, Randnr. 61).

108 Die Klägerin vertritt jedoch die Auffassung, dass sie nicht nach Art. 82 EG verantwortlich sei, weil die RegTP die Vereinbarkeit ihrer Entgelte mit Art. 82 EG vorab prüfe.

109 Hierzu ist erstens festzustellen, dass die im gesamten Zeitraum vom 1. Januar 1998 bis 31. Dezember 2001 geltenden Endkundenentgelte für den Zugang zu analogen Anschlüssen nicht von der RegTP genehmigt worden waren, sondern auf Entscheidungen zurückgingen, die auf der Grundlage der vor Erlass des TKG geltenden

Rechtsvorschriften getroffen worden waren. So hat die Klägerin auf eine schriftliche Frage des Gerichts ausgeführt, dass ihre Analoganschlussentgelte für Endkunden vom 1. Januar 1998 bis 31. Dezember 2001 auf einer unbefristeten Genehmigung beruhten, die das BMPT 1990 auf der Grundlage der Telekommunikationsordnung erteilt hatte.

110 Die Klägerin hat aber weder in ihrer Klageschrift noch in ihrer Erwiderung vorgetragen, dass die Entgelte, die auf der Grundlage der 1990 geltenden Rechtsvorschriften festgesetzt wurden, nach einer Überprüfung ihrer Vereinbarkeit mit Art. 82 EG durch die zuständige Behörde genehmigt worden seien.

111 Zweitens ergibt sich aus den seit dem 1. August 1996 geltenden Bestimmungen des TKG nicht, dass die RegTP die Vereinbarkeit der Anträge auf Änderung der Endkundenentgelte für den Zugang zu analogen und ISDN-Anschlüssen mit Art. 82 EG prüft.

112 Die Klägerin beruft sich jedoch zur Stützung ihres Vorbringens auf § 27 Abs. 3 TKG, wonach die RegTP die Vereinbarkeit der beantragten Entgeltänderung „mit anderen Rechtsvorschriften" prüfe, darunter auch Art. 82 EG, und auf mehrere, oben in Randnr. 78 genannte Beschlüsse der RegTP, in denen das Vorliegen einer Kosten-Preis-Schere überprüft worden sei.

113 Hierzu ist zunächst darauf hinzuweisen, dass zwar die RegTP wie alle staatlichen Organe gehalten ist, die Bestimmungen des EG-Vertrags zu beachten (vgl. in diesem Sinne Urteil CIF, oben in Randnr. 86 angeführt, Randnr. 49), dass sie jedoch im für den Rechtsstreit maßgeblichen Zeitraum die für die Anwendung der sektoriellen Regelung für den Telekommunikationsbereich zuständige deutsche Behörde und nicht die Wettbewerbsbehörde des betreffenden Mitgliedstaats war. Die nationalen Regulierungsbehörden werden aber aufgrund einzelstaatlichen Rechts tätig, das im

Rahmen der Telekommunikationspolitik durchaus andere Ziele als die Wettbewerbspolitik der Gemeinschaft verfolgen kann (vgl. Mitteilung der Kommission vom 22. August 1998 über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Zugangsvereinbarungen im Telekommunikationsbereich — Rahmen, relevante Märkte und Grundsätze [ABl. C 265, S. 2], Randnr. 13).

114 Weiter ist festzustellen, dass in den verschiedenen Beschlüssen der RegTP, auf die sich die Klägerin zur Stützung ihres Vorbringens beruft, nicht auf Art. 82 EG verwiesen wird.

115 Die RegTP hat zwar in mehreren Beschlüssen, u. a. vom 8. Februar 1999, vom 30. März 2001, vom 21. Dezember 2001, vom 11. April 2002 und vom 29. April 2003, die Frage der Kosten-Preis-Schere geprüft.

116 Doch war sie in diesen Beschlüssen, nachdem sie eine negative Spanne zwischen den Vorleistungs- und den Endkundenentgelten der Klägerin festgestellt hatte, jedes Mal der Auffassung, dass es den anderen Betreibern habe möglich sein müssen, ihren Endkunden durch den Rückgriff auf eine Quersubventionierung zwischen den Entgelten für die Zugangsdienste und den Entgelten für die Gesprächsverbindungen wettbewerbsfähige Preise anzubieten.

117 So stellt die RegTP in ihrem Beschluss vom 29. April 2003 fest:

„[D]ie Wettbewerber [werden] durch die lediglich geringe Differenz des Endkunden- und Vorleistungspreises in ihren Wettbewerbsmöglichkeiten im Ortsnetz nicht dergestalt beeinträchtigt, dass ein erfolgreicher Markteintritt bzw. ein Bestehen am Markt wirtschaftlich nicht möglich wäre … [Diese Differenz war] nicht so hoch, dass die Wettbewerber durch eigene Preisgestaltung selbst keine Möglichkeit

gehabt hätten, ihre Endkundenpreise ihrerseits querzusubventionieren, um ihren Endkunden Endkundenanschlüsse ebenso günstig wie die Antragstellerin oder sogar noch günstiger anbieten zu können. Dies gilt insbesondere für die höherwertigen teureren ISDN- bzw. DSL-Anschlüsse, deren Anzahl aufgrund der signifikant gestiegenen Internet-Penetration sowie der Vermarktung schnellerer und leistungsfähigerer Internetzugänge deutlich zugenommen hat."

118 Ähnlich argumentiert die RegTP in ihren Beschlüssen vom 8. Februar 1999, vom 30. März 2001, vom 21. Dezember 2001 und vom 11. April 2002.

119 Dass aber die RegTP, nachdem sie festgestellt hat, dass die Wettbewerber auf eine Quersubventionierung zurückgreifen müssen, um ihren Endkunden wettbewerbsfähige Preise für die Zugangsdienste anbieten zu können, keine Einwände gegen die von der Klägerin beantragten Entgelte erhebt, zeigt, dass sie die Vereinbarkeit der fraglichen Entgelte mit Art. 82 EG nicht geprüft oder jedenfalls Art. 82 EG fehlerhaft angewandt hat (vgl. unten, Randnrn. 198 bis 202 und 238).

120 Selbst wenn die RegTP gehalten wäre, die Vereinbarkeit der von der Klägerin vorgeschlagenen Endkundenentgelte mit Art. 82 EG zu prüfen, hinderte das die Kommission jedenfalls nicht daran, eine der Klägerin zurechenbare Zuwiderhandlung festzustellen. Die Kommission kann nämlich nicht an eine Entscheidung gebunden sein, die eine nationale Behörde in Anwendung des Art. 82 EG erlässt (vgl. in diesem Sinne Urteil des Gerichtshofs vom 14. Dezember 2000, Masterfoods und HB, C-344/98, Slg. 2000, I-11369, Randnr. 48).

121 Drittens ist für die Zurechnung einer eventuellen Zuwiderhandlung an die Klägerin im vorliegenden Fall entscheidend, ob die Klägerin im für den Rechtsstreit maßgeblichen Zeitraum über ausreichenden Handlungsspielraum verfügte, um ihre Entgelte in einer Höhe festzulegen, die es ihr ermöglicht hätte, die vorgeworfene Kosten-Preis-Schere zu beseitigen oder zu verringern.

122 Es ist bereits festgestellt worden, dass die Klägerin durch Genehmigungsanträge bei der RegTP auf die Höhe ihrer Endkundenentgelte Einfluss nehmen konnte (vgl. oben, Randnrn. 98 bis 105). Im Rahmen der besonderen Verantwortung, die die Klägerin als Unternehmen in beherrschender Stellung trägt (Urteil des Gerichtshofs vom 9. November 1983, NBIM/Kommission, 322/81, Slg. 1983, 3461, Randnr. 57; Urteile des Gerichts vom 7. Oktober 1999, Irish Sugar/Kommission, T-228/97, Slg. 1999, II-2969, Randnr. 112, und vom 30. September 2003, Michelin/Kommission, T-203/01, Slg. 2003, II-4071, Randnr. 97), war sie daher gehalten, wenn ihre Entgelte zu einer Beeinträchtigung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs auf dem Gemeinsamen Markt führten, Entgeltänderungsanträge zu stellen.

123 In seinem Urteil vom 10. Februar 2004 (oben, Randnr. 79) hat der Bundesgerichtshof im Übrigen die Verantwortung der Klägerin für die Stellung von Entgeltänderungsanträgen ausdrücklich bestätigt. Er hat ferner festgestellt, dass der deutsche rechtliche Rahmen nicht ausschließe, dass die RegTP vorgeschlagene Entgelte genehmige, die gegen Art. 82 EG verstießen. Er hat nämlich ausgeführt: „Anders als in denjenigen Fällen, in denen das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens unmittelbar durch nationale Rechtsvorschriften determiniert wird, beruht jedoch die telekommunikationsrechtliche Entgeltgenehmigung auf dem Genehmigungsantrag des Anbieters. Auch wenn das behördliche Prüfungsverfahren darauf abzielt, keine Entgelte zu genehmigen, die sich als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstellen …, schließt dies die tatsächliche Möglichkeit nicht aus, dass ein Unternehmen einen Tarif vorlegt, mit dem es seine marktbeherrschende Stellung missbraucht, und hierfür eine Genehmigung erwirkt, weil der Missbrauch im Prüfungsverfahren nicht aufgedeckt wird."

124 Aus alledem folgt, dass trotz der Beteiligung der RegTP an der Festsetzung der Entgelte der Klägerin diese im Zeitraum vom 1. Januar 1998 bis 31. Dezember 2001 über ausreichenden Handlungsspielraum verfügt hat, damit ihre Entgeltpolitik in den Geltungsbereich des Art. 82 EG fallen kann.

125 Als Drittes ist zu untersuchen, ob die Klägerin den ihr zur Verfügung stehenden Handlungsspielraum zur Anpassung ihrer Endkundenentgelte dazu genutzt hat, die in der angefochtenen Entscheidung für den Zeitraum vom 1. Januar 1998 bis 31. Dezember 2001 festgestellte Kosten-Preis-Schere zu vermeiden.

126 Erstens bestreitet die Klägerin hinsichtlich der Endkundenentgelte für Analoganschlüsse im vorliegenden Fall nicht, dass sie keinen Antrag auf Genehmigung einer Erhöhung der Einmal- und/oder Monatsentgelte bei der RegTP gestellt hat. Damit steht fest, dass „die monatlichen und die einmaligen Zugangsentgelte für den analogen Standardtelefonanschluss während des gesamten Zeitraums von 1998 bis Ende 2001 unverändert geblieben sind“ (Randnr. 38 der angefochtenen Entscheidung).

127 Die Klägerin macht allerdings geltend, dass sie nach § 97 Abs. 3 TKG vor dem 1. Mai 2002 durch die verbindlichen Analoganschlussentgelte gebunden gewesen sei, wie sie 1990 vom BMPT festgesetzt worden seien.

128 Als Übergangsbestimmung sah § 97 Abs. 3 TKG aber nur vor, dass die Entgelte der Klägerin, die vor dem Inkrafttreten des TKG genehmigt worden waren, bis längstens zum 31. Dezember 2002 wirksam blieben. Er hinderte also die Klägerin nicht daran, vor diesem Zeitpunkt und insbesondere während des gesamten Zeitraums vom 1. Januar 1998 bis 31. Dezember 2001 durch die Stellung von Entgeltänderungsanträgen bei der RegTP auf die Endkundenentgelte einzuwirken.

129 Zweitens wird nicht bestritten, dass die RegTP auf Antrag der Klägerin mit Beschluss vom 16. Februar 2000 eine Absenkung der Endkundenmonatsentgelte für ISDN-Anschlüsse genehmigt hat (Randnr. 40 der angefochtenen Entscheidung).

130 Die Klägerin hat außerdem im Zeitraum vom 1. Januar 1998 bis 31. Dezember 2001 keinen Antrag auf Änderung ihrer Einmalentgelte für die Bereitstellung von ISDN-Anschlüssen gestellt. Diese Entgelte, die nach dem Vortrag der Klägerin auf einen

Beschluss des BMPT aus dem Jahr 1996 zurückgingen und nach § 97 Abs. 3 TKG nach dem Inkrafttreten des TKG wirksam blieben, wurden also vom 1. Januar 1998 bis 31. Dezember 2001 nicht geändert (Randnr. 41 der angefochtenen Entscheidung).

131 Daraus folgt, dass die Klägerin ihren Handlungsspielraum nicht dazu genutzt hat, eine Erhöhung ihrer Endkundenpreise durchzusetzen, was dazu beigetragen hätte, die Kosten-Preis-Schere im Zeitraum vom 1. Januar 1998 bis 31. Dezember 2001 zu verringern. Sie hat diesen Handlungsspielraum sogar im Gegenteil dazu genutzt, um im gleichen Zeitraum ihre Endkundenpreise für ISDN-Anschlüsse zu senken.

132 Als Viertes und Letztes ist zu prüfen, ob der Kommission in der angefochtenen Entscheidung rechtlich hinreichend der Nachweis gelungen ist, dass die Klägerin im Zeitraum vom 1. Januar 1998 bis 31. Dezember 2001 über ausreichenden Handlungsspielraum „zur Vermeidung der Kosten-Preis-Schere“ (Randnr. 164) verfügte. Die Kommission führt dazu in der angefochtenen Entscheidung aus, dass die Klägerin in diesem Zeitraum „in der Lage [war], die Kosten-Preis-Schere durch Tarifänderungen auf der Endkundenebene vollständig zu beseitigen“ (Randnr. 199).

133 Hierzu ist festzustellen, dass sich die Kosten-Preis-Schere, wie sie in der angefochtenen Entscheidung für diesen Zeitraum festgestellt wurde, auf [*vertraulich*] Euro zum 31. Dezember 1998, auf [*vertraulich*] Euro zum 31. Dezember 1999, auf [*vertraulich*] Euro zum 31. Dezember 2000 und auf [*vertraulich*] Euro zum 31. Dezember 2001 belief (Randnrn. 152 und 153 sowie Tabelle 10 der angefochtenen Entscheidung).

134 Wie im Übrigen die Kommission in ihrer Antwort auf eine schriftliche Frage des Gerichts ausführt, ergibt sich aus den Feststellungen in Randnr. 167 der angefochtenen Entscheidung, die von der Klägerin nicht bestritten wurden, dass diese

im Zeitraum 1998/1999 tatsächlich Senkungen ihrer Verbindungsentgelte im Umfang von [*vertraulich*] Euro vorgenommen hat. Dieser Betrag — bei Verteilung auf [*vertraulich*] Anschlüsse (Tabelle 7 der angefochtenen Entscheidung) und 24 Monate — hätte aber der Klägerin eine Erhöhung der Entgelte für einen durchschnittlichen Endkundenanschluss um bis zu [*vertraulich*] Euro pro Monat erlaubt.

135 Der durch die Senkung der Verbindungsentgelte geschaffene Handlungsspielraum hätte demnach ausgereicht, um die in der angefochtenen Entscheidung festgestellte Kosten-Preis-Schere vollständig zu beseitigen. Hätte nämlich die Klägerin unter Ausnutzung ihres Handlungsspielraums die Kosten-Preis-Schere ab 1998 beseitigt, hätte sie nur das Verhältnis zwischen ihren Vorleistungs- und Endkundenentgelten beibehalten müssen, um die in der angefochtenen Entscheidung festgestellte Kosten-Preis-Schere im gesamten Zeitraum vom 1. Januar 1998 bis 31. Dezember 2001 zu vermeiden. Wie im Übrigen die Kommission in der angefochtenen Entscheidung (Randnr. 167) feststellt, ist zudem unstreitig, dass die Klägerin im Zeitraum 2000/2001 eine weitere Senkung ihrer Verbindungsentgelte im Umfang von [*vertraulich*] Euro vorgenommen hat, die ihren Handlungsspielraum zur Erhöhung ihrer Endkundenpreise noch weiter vergrößert hat.

136 In der mündlichen Verhandlung hat die Klägerin vorgetragen, dass die RegTP im Zeitraum vom 1. Januar 1998 bis 31. Dezember 2001 die Einhaltung der Price-Caps getrennt für Geschäfts- und Privatkunden habe überprüfen müssen. Der Handlungsspielraum der Klägerin zur Erhöhung ihrer Endkundenpreise für den Privatkundenzugang sei gering gewesen, und sie habe von ihrem größeren Handlungsspielraum zur Erhöhung ihrer Endkundenpreise für den Geschäftskundenzugang keinen Gebrauch machen können, weil dies zu einer mit § 24 Abs. 2 Nr. 3 TKG unvereinbaren Diskriminierung der Geschäftskunden geführt hätte.

137 Jedoch hat die Klägerin die Feststellung in Randnr. 167 der angefochtenen Entscheidung, dass die durch die Senkung der Verbindungsentgelte freigesetzten Beträge, umgelegt auf die Anschlüsse für Privat- und Geschäftskunden, vollständig für die Erhöhung der Entgelte für die Endkundenzugangsdienste hätten verwendet werden können, in ihrer Klageschrift nicht bestritten. Auch die Annahme der Kommission in

Randnr. 132 der angefochtenen Entscheidung, dass „[e]ine Unterscheidung zwischen Privat- und Geschäftskunden … weder auf der Vorleistungs- noch auf der Endkundenebene getroffen [werden darf], da keine hinreichend eindeutige Abgrenzung zwischen beiden Bereichen möglich ist", hat die Klägerin in der Klageschrift nicht bestritten.

138 Die in Randnr. 136 wiedergegebene Argumentation, die erstmals in der mündlichen Verhandlung vorgetragen wurde, ist daher gemäß Art. 48 § 2 der Verfahrensordnung für unzulässig zu erklären.

139 Schließlich bestreitet die Klägerin die Feststellung in Randnr. 168 der angefochtenen Entscheidung nicht, dass sie im Zeitraum vom 1. Januar 1998 bis 31. Dezember 2001 in der Lage gewesen wäre, „weitere Reduktionen auf Seiten der Verbindungsentgelte … vorzunehmen und dadurch weitere Preiserhöhungsspielräume bei den monatlichen und einmaligen Endkundenentgelten für Analog- und ISDN-Anschlüsse freizusetzen".

140 Nach alledem durfte die Kommission in der angefochtenen Entscheidung (Randnrn. 164 und 199) feststellen, dass die Klägerin im Zeitraum vom 1. Januar 1998 bis 31. Dezember 2001 über ausreichenden Handlungsspielraum verfügte, um die in der angefochtenen Entscheidung beanstandete Kosten-Preis-Schere vollständig zu beseitigen.

iv) Zum Fehlen eines missbräuchlichen Verhaltens mangels ausreichenden Handlungsspielraums der Klägerin zur Verringerung der Kosten-Preis-Schere durch Erhöhung ihrer Endkundenentgelte für den ADSL-Zugang ab 1. Januar 2002

141 Seit dem 1. Januar 2002 gilt in Deutschland ein neues Price-Cap-System, das von der RegTP mit Beschluss vom 21. Dezember 2001 eingeführt wurde. Danach gibt es

einen eigenen Korb für „Anschlüsse“. Im Rahmen dieses Korbs wurde die Erhöhung der Endkundenpreise für analoge und ISDN-Anschlüsse auf 4,1 % im Jahr begrenzt.

142 Es wird nicht bestritten, dass der Klägerin auf ihren Antrag an die RegTP vom 15. Januar 2002 genehmigt wurde, ihre Monatsentgelte für analoge und ISDN-Anschlüsse um 0,56 Euro zu erhöhen, was einer Anhebung des durchschnittlichen Entgeltniveaus für die Dienstleistungen des fraglichen Korbs um 4,04 % entsprach (Randnr. 44 der angefochtenen Entscheidung). Es wird ebenfalls nicht bestritten, dass der Antrag der Klägerin vom 31. Oktober 2002 auf Erhöhung ihrer Endkundenentgelte hinsichtlich des Monatsentgelts für den analogen Telefonanschluss T-Net und der Einmalentgelte für T-Net- und T-ISDN-Anschlüsse von der RegTP größtenteils abgelehnt wurde, weil die Erhöhung nicht mehr mit den geltenden Price-Cap-Maßgrößen vereinbar gewesen sei (Randnr. 45 der angefochtenen Entscheidung).

143 So stellt die Kommission in der angefochtenen Entscheidung (Randnr. 206) fest, dass „für den Zeitraum seit dem 1. Januar 2002 die rechtliche Möglichkeit der [Klägerin], die Kosten-Preis-Schere zumindest teilweise zu beseitigen, auf eine Erhöhung der T-DSL-Entgelte beschränkt [ist]“. Nach Ansicht der Kommission besteht der Handlungsspielraum der Klägerin seit diesem Zeitpunkt nur noch hinsichtlich der Endkundenentgelte für den ADSL-Zugang (vgl. auch Randnrn. 174 und 199 der angefochtenen Entscheidung).

144 Hierzu ist erstens festzuhalten, dass die Klägerin nicht bestreitet, dass sie ihre ADSL-Entgelte ab dem 1. Januar 2002 hätte erhöhen können. Sie betont allerdings, dass ihr Handlungsspielraum nicht unbegrenzt gewesen sei, da sich ihre Entgelte, zum einen, an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zu orientieren gehabt hätten und, zum anderen, von der RegTP nachträglich hätten überprüft werden können.

145 Da jedoch die Klägerin ihre ADSL-Entgelte innerhalb der von den deutschen Rechtsvorschriften gesetzten Grenzen nach eigenem Ermessen festsetzt, kann ihre Preispolitik in diesem Bereich Art. 82 EG unterfallen (vgl. oben, Randnrn. 87 und 88).

146 Dass die Kommission in der angefochtenen Entscheidung für die Beurteilung des Handlungsspielraums der Klägerin ab dem 1. Januar 2002 lediglich auf die Entgelte Bezug genommen hat, die sich aus dem Beschluss der RegTP vom 30. März 2001 ergeben, ändert hieran nichts. Die Klägerin bestreitet nämlich nicht, dass sie einen eingeschränkten Handlungsspielraum zur Erhöhung ihrer Preise für die ADSL-Zugangsdienste ab dem 1. Januar 2002 hatte.

147 Zweitens ist zu prüfen, ob die Klägerin, wie die Kommission in der angefochtenen Entscheidung (Randnr. 199) feststellt, in der Lage gewesen wäre, durch Erhöhung ihrer Entgelte für die ADSL-Zugangsdienste ab dem 1. Januar 2002 „die Kosten-Preis-Schere zu verringern". Die Klägerin trägt dazu vor, dass auf der Endkundenebene getrennte Märkte für Zugangsdienste im Schmalbandbereich und für Zugangsdienste im ADSL-Bereich bestünden. Unter diesen Umständen hätte ihrer Meinung nach eine Erhöhung ihrer ADSL-Endkundenentgelte keinen Einfluss auf die behauptete Kosten-Preis-Schere auf den Märkten für Zugangsdienste zu analogen und ISDN-Anschlüssen gehabt.

148 Hierzu ist festzustellen, dass, da die Zugangsdienste auf der Vorleistungsebene ermöglichen, auf der Endkundenebene alle analogen, ISDN- und ADSL-Zugangsdienste zu erbringen, der Handlungsspielraum der Klägerin zur Erhöhung ihrer ADSL-Entgelte die Kosten-Preis-Schwere zwischen den Vorleistungspreisen auf der einen Seite und den Endkundenpreisen für alle analogen, ISDN- und ADSL-Zugangsdienste auf der anderen Seite verringern kann. Eine gemeinsame Betrachtung der analogen, ISDN- und ADSL-Zugangsdienste bietet sich auf der Endkundenebene nicht nur deshalb an, weil diese Dienste einer einzigen Dienstleistung auf der Vorleistungsebene gegenüberstehen, sondern auch deshalb, weil — wie die Kommission in der angefochtenen Entscheidung (Randnr. 26) ausgeführt hat, ohne dass die Klägerin ihr darin widersprochen hätte — ADSL den Endkunden nicht isoliert angeboten werden kann, denn es erfordert aus technischen Gründen stets eine Aufrüstung der analogen oder ISDN-Schmalbandanschlüsse.

149 Den Ausführungen der Klägerin zu einer Kreuzpreiselastizität zwischen ADSL- und Schmalbandanschlüssen sowie zwischen den verschiedenen ADSL-Varianten ist nicht zu folgen. Zum einen widerlegen sie nämlich nicht das Bestehen eines Handlungsspielraums der Klägerin zur Erhöhung ihrer ADSL-Entgelte. Zum anderen hätte eine begrenzte Erhöhung der ADSL-Entgelte zu einem höheren durchschnittlichen Endkundenentgelt für die gemischten Schmalband- und Breitband-Zugangsdienste geführt und so die festgestellte Kosten-Preis-Schere verringert. Angesichts insbesondere der Vorteile von Breitband bei der Datenübertragung würden nämlich die Endkunden von Breitbanddiensten im Fall einer Erhöhung der Endkundenpreise für den ADSL-Zugang nicht automatisch zu einem Schmalbandanschluss zurückkehren.

150 Das Vorbringen der Klägerin, Breitbandanschlüsse könnten auf der Vorleistungsebene getrennt von Schmalbandanschlüssen auf der Basis von Line-Sharing vermarktet werden, greift ebenfalls nicht durch. Sollte die Klägerin mit diesem Argument zwei getrennte Märkte auf der Vorleistungsebene für Schmalbanddienste einerseits und Breitbanddienste andererseits unterscheiden wollen, ist es nach Art. 48 § 2 der Verfahrensordnung für unzulässig zu erklären, weil die Klägerin in ihrer Klageschrift die in der angefochtenen Entscheidung vorgenommene Definition der betroffenen Märkte nicht bestritten hat, bei der für die Vorleistungsebene von einem einzigen Markt ausgegangen wird, nämlich dem des vollständig entbündelten Teilnehmeranschlusses (Randnrn. 64 bis 67 der angefochtenen Entscheidung). Sollte die Klägerin mit diesem Argument geltend machen, die Kommission hätte bei der Berechnung der Vorleistungsentgelte die Preise für das Line-Sharing berücksichtigen müssen, kann ihm ebenfalls nicht gefolgt werden. Die Klägerin hat nämlich nicht dargetan, dass eine Berücksichtigung der Preise für das Line-Sharing die Feststellungen der Kommission zum Vorliegen einer Kosten-Preis-Schere oder zum Bestehen eines Handlungsspielraums der Klägerin zur Verringerung der festgestellten Kosten-Preis-Schere durch Erhöhung ihrer Endkundenentgelte für den ADSL-Zugang entkräftet hätte.

151 Aus alledem folgt, dass die Kommission in der angefochtenen Entscheidung feststellen durfte, dass die Klägerin ab dem 1. Januar 2002 über ausreichenden Handlungsspielraum zur Verringerung der in dieser Entscheidung beanstandeten Kosten-Preis-Schere durch Erhöhung ihrer Entgelte für die ADSL-Zugangsdienste verfügte.

152 Der erste Teil des Klagegrundes ist daher zurückzuweisen.

2. Zweiter Teil: Rechtswidrigkeit der Methode der Kommission zur Feststellung der Kosten-Preis-Schere

a) Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

153 Die Klägerin vertritt die Auffassung, dass sich die etwaige Missbräuchlichkeit einer Kosten-Preis-Schere nur aus der Missbräuchlichkeit der Endkundenpreise selbst ergeben könne, da die Kommission nicht bestreite, dass die Vorleistungspreise verbindlich von den Behörden vorgegeben seien. Die Kommission weise jedoch nicht nach, dass die Endkundenpreise der Klägerin zu einem Preisdumping führten und für sich genommen missbräuchlich seien. Die Klägerin verweist hierzu auf das Gutachten der Lexecon. Die angefochtene Entscheidung sei also fehlerhaft, weil die Kommission einen Test vorgenommen habe, der nicht die Angemessenheit der Endkundenpreise als solche zum Gegenstand habe, sondern sich auf das Verhältnis zwischen Vorleistungs- und Endkundenpreisen beziehe.

154 Außerdem beruhe die Feststellung der Kosten-Preis-Schere auf mehreren methodischen Fehlern.

155 Die Klägerin trägt als Erstes vor, dass die Kommission bei den Endkundenpreisen ausschließlich die Erlöse aus der Bereitstellung von Telefonanschlüssen für Endkunden berücksichtigt habe. Um eine Kosten-Preis-Schere feststellen zu können, hätte die Kommission angesichts der in der angefochtenen Entscheidung angenommenen engen Marktabgrenzung die zusätzlichen Erlöse der Wettbewerber der Klägerin aus Verbindungs- und Mehrwertdiensten einbeziehen müssen (vgl. in

diesem Sinne Urteil des Gerichts vom 6. Juni 2002, Airtours/Kommission, T-342/99, Slg. 2002, II-2585, Randnr. 276). Es handele sich dabei um Erlöse aus Orts- und Ferngesprächen, Anrufterminierung und -originierung sowie anderen mehrwertgenerierenden Dienstleistungen. Obwohl die Kommission festgestellt habe, dass „die Festnetzanschlüsse … in der Tat Voraussetzung für die Erbringung einer Vielzahl von Telekommunikationsdienstleistungen an Endkunden" seien, mit denen erhebliche zusätzliche Einkünfte erzielt werden könnten (Randnr. 205 der angefochtenen Entscheidung), habe sie im Widerspruch dazu dennoch die Einbeziehung der Entgelte für diese Telekommunikationsleistungen in ihre Kosten-Preis-Scheren-Analyse abgelehnt. Aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht sei diese Einbeziehung jedoch erforderlich, um die tatsächlichen Möglichkeiten des Markteintritts für einen Wettbewerber der Klägerin beurteilen zu können.

156 So müssten ihre Wettbewerber den eigenen Kunden erstens weder für Orts- noch für Fern- oder Auslandsgespräche „Preselection" (dauerhafte Betreiberauswahl) oder „Call-by-Call" (fallweise Betreiberauswahl) anbieten. Sie könnten ihre Einkünfte aus den Gesprächsverbindungen daher wesentlich besser vorhersehen als die Klägerin. In ihrer Erwiderung weist die Klägerin darauf hin, dass sie bereits seit 1998 verpflichtet gewesen sei, für Ferngespräche „Preselection" und „Call-by-Call" (im Folgenden für beides: Betreiber[vor]auswahl) zuzulassen.

157 In ihrer Erwiderung hebt die Klägerin außerdem hervor, dass die Betreiber(vor)auswahl für Kunden ihrer Wettbewerber nicht von Rechts wegen ausgeschlossen sei. Jedoch machten nahezu alle ihre Wettbewerber von der Möglichkeit Gebrauch, die die Klägerin nicht habe, die Betreiber(vor)auswahl auszuschließen, da dies für sie günstig sei. Dank des freiwillig erfolgten Ausschlusses der Betreiber(vor)auswahl sicherten sie sich so zuverlässige Gewinne aus den Gesprächsverbindungen. Im Übrigen habe keiner der Beschwerdeführer im Verwaltungsverfahren vorgetragen, dass sein Angebot wegen des Ausschlusses der Betreiber(vor)auswahl weniger attraktiv sei und zum Ausgleich ein geringeres Anschlussentgelt angeboten werden müsse. Zudem lägen deren Verbindungsentgelte fast ausnahmslos über den Kosten der Erstellung der Verbindung.

158 Zweitens könnten die Wettbewerber der Klägerin auf der Basis der entbündelten Teilnehmeranschlussleitung innovative Produkte anbieten, die sie selbst nicht in ihrem Angebot habe. Die Kommission hätte daher die aus diesen Produkten generierten weiteren Erlöse bei der Berechnung der Kosten-Preis-Schere berücksichtigen müssen.

159 Drittens könnten die Entgelte der Klägerin für die Endkunden-Zugangsdienste (Einmal- und Monatsentgelte) nicht getrennt von den Verbindungsentgelten betrachtet werden. Bei Telekommunikationsdiensten erfolge der Wettbewerb nämlich über Leistungsbündel. Die Klägerin verweist dafür auf eine Marktanalyse. So böten die Telekommunikationsdienstleister eine Auswahl verschiedener Anschlussvarianten und Verbindungsoptionen an, die als Gesamtprodukt vermarktet würden. Es handele sich dabei um Tarifmixangebote, bei denen steigenden Monatsentgelten sinkende Verbindungsentgelte gegenüberstünden. Die RegTP habe in ihrem Beschluss vom 29. April 2003 bei der Prüfung, ob die Entgelte der Klägerin zu einer wettbewerbsbehindernden Kosten-Preis-Schere führten, auch für maßgeblich gehalten, dass die Wettbewerber der Klägerin in der Lage seien, zusätzliche Erlöse aus Verbindungsdiensten zu generieren. Identische oder ähnliche Erläuterungen fänden sich auch in den anderen zwischen 1999 und 2003 erlassenen und oben in Randnr. 78 zitierten Beschlüssen der RegTP. Die Klägerin beruft sich außerdem auf die Praxis der Federal Communications Commission (FCC) der Vereinigten Staaten und des britischen Office of Telecommunications (Oftel) sowie auf den im Rahmen des Vertragsverletzungsverfahrens in der Mitteilung vom 8. Juni 2000 geäußerten Standpunkt der deutschen Regierung, die alle die Auffassung bestätigten, dass andere Einkünfte, über die die Wettbewerber unter Umständen verfügten, bei der Kosten-Preis-Scheren-Analyse zu berücksichtigen seien.

160 In ihrer Erwiderung fügt die Klägerin hinzu, dass ein Kosten-Preis-Scheren-Test auf verschiedenen Aggregationsstufen durchgeführt werden müsse, wenn eine Vorleistung als Grundlage für verschiedene Endkundenleistungen diene. Dabei dürften auf jeder Stufe nur die Vorleistungskosten berücksichtigt werden, die ausschließlich für das jeweilige Endprodukt oder die jeweilige Gruppe von Endprodukten anfielen. Würden für die Herstellung des Endprodukts EP1 daher die Vorprodukte

VP1 und VP2 benötigt, sei dasselbe VP2 aber zugleich neben VP3 auch die Grundlage für die Herstellung des Endprodukts EP2, liege eine Kosten-Preis-Schere vor, wenn entweder der jeweilige Preis für EP1 bzw. EP2 geringer sei als der Preis für VP1 bzw. der Preis für VP3 oder der aggregierte Preis für EP1 und EP2 geringer sei als der aggregierte Preis für VP1, VP2 und VP3. Der Preis für VP2 dürfe aber bei der Ermittlung, ob eine Kosten-Preis-Schere auf der ersten Aggregierungsstufe vorliege, nicht berücksichtigt werden. Die Tests müssten auf einer höheren Aggregierungsstufe durchgeführt werden, wenn die Produkte EP1 und EP2 aus der Perspektive der Kunden zu einem Cluster zusammengefasst seien oder wenn die Produkte EP1 und EP2 aus technischen oder rechtlichen Gründen (über das Vorprodukt VP2) zusammengefasst seien, so dass der Marktbeherrscher bei der Weitergabe des Vorprodukts VP2 notwendig die Erlöse beider Endprodukte, EP1 und EP2, verliere. Der Zugang zur entbündelten Teilnehmeranschlussleitung sei ein Vorprodukt für mindestens zwei Endprodukte, nämlich Verbindungen und Anschlüsse, die für die Kunden einen „Cluster" darstellten. Die Kosten für dieses Vorprodukt dürften nicht nur dem einen oder anderen Endprodukt, sondern müssten beiden zugeordnet werden. Daher müssten im Rahmen eines Kosten-Preis-Scheren-Tests die Entgelte für die Vermietung von Anschlüssen an Endkunden sowie für Verbindungen und Mehrwertdienste mit den für dieses Leistungsbündel anfallenden Kosten verglichen werden.

161 Die Klägerin bestreitet zudem das Vorbringen der Kommission zum Grundsatz der Tarifumstrukturierung (Randnrn. 120 bis 123 der angefochtenen Entscheidung). Die Tarifumstrukturierung, die dem Zweck diene, das traditionell in den meisten Mitgliedstaaten vorhandene Anschlussdefizit durch eine Anhebung der Anschlussentgelte abzubauen und zugleich eine Absenkung der Verbindungsentgelte zu erreichen, betreffe lediglich die angestammten Betreiber. Bei einem Kosten-Preis-Scheren-Test gehe es hingegen um den Markteintritt der Wettbewerber der Klägerin. Im Rahmen des Art. 82 EG stelle sich nur die Frage, ob es den Wettbewerbern unter Berücksichtigung der tatsächlichen Marktverhältnisse möglich sei, auf der Basis der Vorleistungsentgelte der Klägerin unbehindert Dienstleistungen für Endkunden zu erbringen. Ihre Wettbewerber seien nicht zur Betreiber(vor)auswahl verpflichtet. Der rechtliche Rahmen ermögliche es ihnen daher völlig unabhängig von der Tarifumstrukturierung, rechtlich abgesicherte zusätzliche Erlöse aus Verbindungsleistungen zu erzielen. Die Klägerin sei außerdem an die Regulierung durch die RegTP gebunden, die eine schrittweise Tarifumstrukturierung anstrebe.

162 Als Zweites macht die Klägerin geltend, dass die Methode der Kommission zur Feststellung einer Kosten-Preis-Schere verfehlt sei, weil ihr die Annahme zugrunde liege, dass es den Wettbewerbern der Klägerin möglich sein müsse, die Kundenstruktur der Klägerin vollständig abzubilden (Randnrn. 120 bis 127 der angefochtenen Entscheidung). An der Abbildung dieser Struktur, die wegen der Universaldienstverpflichtung durch einen überproportional hohen und unwirtschaftlichen Anteil an Analoganschlusskunden mit geringem Einkommen geprägt sei, die nur geringe Umsätze generierten und keine Wechselbereitschaft zu höherwertigen Anschlüssen hätten, habe jedoch kein Wettbewerber ein Interesse. Der Rückgang des Anteils der Analoganschlüsse bei ihren Wettbewerbern von 21 % auf 10 % zwischen 1999 und 2002 (Randnr. 182 der angefochtenen Entscheidung) erkläre sich daraus, dass deren Kunden in zunehmendem Maß auf höherwertige Anschlüsse umgestiegen seien.

163 Entgegen der Behauptung der Kommission (Randnr. 133 der angefochtenen Entscheidung) gebe es in den höherwertigen Marktsegmenten, die für die Wettbewerber der Klägerin von Interesse seien (ISDN- und ADSL-Anschlüsse auf der Basis sowohl von Analog- als auch von ISDN-Anschlüssen), keine Kosten-Preis-Schere (Fn. 132 der angefochtenen Entscheidung). Sowohl ihre eigenen Entgelte als auch die ihrer Wettbewerber seien für Anschlüsse in den höherwertigen Segmenten kostendeckend.

164 Die Klägerin rügt als Drittes, dass die Kommission bei der Berechnung der Vorleistungsentgelte die Einmalentgelte für die Kündigung von Anschlüssen einbeziehe. Die Kündigung einer Teilnehmeranschlussleitung durch einen Wettbewerber der Klägerin ziehe sowohl Schaltarbeiten für die Rückgabe der gemieteten Teilnehmeranschlussleitung an die Klägerin als auch Verwaltungstätigkeiten nach sich, die bei Nutzung einer Teilnehmeranschlussleitung durch die Klägerin selbst im Fall der Kündigung eines Endkunden nicht anfielen. Es handele sich um spezielle Ineffizienzkosten, die im Zusammenhang mit dem Markteintritt anfielen und die der etablierte Betreiber in beherrschender Stellung nicht kenne. Solche Kosten, die lediglich durch markteintrittsbedingte technische oder administrative Maßnahmen entstünden, hätten bei einer Kosten-Preis-Scheren-Analyse außer Betracht zu bleiben. Denn Art. 82 EG gebiete einem marktbeherrschenden Unternehmen nicht, sämtliche Marktzutrittsschranken zu beseitigen, sondern verbiete, künstliche Marktzutrittsschranken zu schaffen.

165 Die Kommission und die Streithelferinnen I und II meinen, dass der zweite Teil des ersten Klagegrundes zurückgewiesen werden sollte.

b) Würdigung durch das Gericht

i) Zur Frage, ob die Kommission in der angefochtenen Entscheidung hätte nachweisen müssen, dass die Endkundenpreise der Klägerin für sich genommen missbräuchlich waren

166 Im vorliegenden Fall ist festzustellen, dass nach der angefochtenen Entscheidung (Randnr. 201) „[d]er von [der Klägerin] begangene Missbrauch … in der Erzwingung unangemessener Preise in Form einer Kosten-Preis-Schere zum Nachteil [ihrer] Wettbewerber [besteht]". Nach Auffassung der Kommission ist nämlich „eine missbräuchliche Kosten-Preis-Schere dann anzunehmen, wenn die Differenz zwischen den Endkundenentgelten eines marktbeherrschenden Unternehmens und dem Vorleistungsentgelt für vergleichbare Leistungen an seine Wettbewerber entweder negativ ist oder nicht ausreicht, um die produktspezifischen Kosten des marktbeherrschenden Betreibers für die Erbringung seiner eigenen Endkundendienste im nachgeordneten Markt zu decken" (Randnr. 107 der angefochtenen Entscheidung).

167 Zwar stellt die Kommission in der angefochtenen Entscheidung nur den Handlungsspielraum der Klägerin zur Änderung ihrer Endkundenpreise fest. Doch steht die Missbräuchlichkeit des Verhaltens der Klägerin mit der Unangemessenheit der Spanne zwischen ihren Vorleistungs- und Endkundenpreisen im Zusammenhang, die sich als Kosten-Preis-Schere darstellt. Daher war die Kommission angesichts des in der angefochtenen Entscheidung festgestellten Verstoßes nicht verpflichtet, darin nachzuweisen, dass die Endkundenpreise der Klägerin für sich genommen missbräuchlich waren.

168 Das Vorbringen der Klägerin, die Missbräuchlichkeit einer Kosten-Preis-Schere könne sich nur aus der Missbräuchlichkeit ihrer Endkundenpreise ergeben, ist daher zurückzuweisen.

ii) Zur Methode der Kommission für die Berechnung der Kosten-Preis-Schere

Angefochtene Entscheidung

169 In den Randnrn. 106 bis 139 der angefochtenen Entscheidung stellt die Kommission die Methode dar, nach der sie die Kosten-Preis-Schere berechnet hat.

170 Sie weist zunächst darauf hin, dass die Feststellung einer missbräuchlichen Kosten-Preis-Schere auf dem Vergleich zwischen „den Endkundenentgelten eines marktbeherrschenden Unternehmens und dem Vorleistungsentgelt für vergleichbare Leistungen an seine Wettbewerber“ beruhe (Randnr. 107 der angefochtenen Entscheidung).

171 Die Kommission fügt hinzu, dass die „Vergleichbarkeit der Vorleistungs- und der Endkunden-Zugangsdienste … ausschlaggebend für die Feststellung einer Kosten-Preis-Schere [ist]“ (Randnr. 109 der angefochtenen Entscheidung). Nach Ansicht der Kommission erbringen die Wettbewerber „in der Regel, genauso wie der etablierte Betreiber, sämtliche Arten von Endkundendienstleistungen. Daher muss ermittelt werden, ob die Endkunden- und die Vorleistungsdienste des etablierten Betreibers dergestalt miteinander vergleichbar sind, dass sie dieselben oder zumindest ähnliche technische Merkmale aufweisen und die Erbringung derselben oder ähnlicher Dienste ermöglichen“ (Randnr. 109 der angefochtenen Entscheidung).

172 Die Vorleistungsentgelte für den entbündelten Zugang zu den Teilnehmeranschlussleitungen seien mit den Endkundenpreisen durchaus vergleichbar, da der Vorleistungszugang die Wettbewerber der Klägerin in die Lage versetze, ihren Endkunden eine Reihe von verschiedenen Endkundenzugangsdiensten anzubieten, nämlich den analogen Schmalbandzugang, den digitalen Schmalbandzugang (ISDN) und den Breitbandzugang in Form von ADSL-Diensten (Randnrn. 110 und 112 der angefochtenen Entscheidung).

173 Eine missbräuchliche Kosten-Preis-Schere liege dann vor, wenn die Differenz zwischen den Endkundenentgelten eines marktbeherrschenden Unternehmens und den Vorleistungsentgelten für vergleichbare Leistungen an seine Wettbewerber „entweder negativ ist oder nicht ausreicht, um die produktspezifischen Kosten des marktbeherrschenden Betreibers für die Erbringung seiner eigenen Endkundendienste im nachgeordneten Markt zu decken“ (Randnr. 107 der angefochtenen Entscheidung). Die Kommission stützt sich also für die Beurteilung, ob die Preispolitik der Klägerin missbräuchlich ist, auf deren Entgelte und Kosten.

174 Für die Feststellung, ob die Differenz zwischen den Endkunden- und den Vorleistungsentgelten der Klägerin zu einer Kosten-Preis-Schere führt, vergleicht die Kommission den Preis eines einzelnen Vorleistungsdienstes (Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung) mit dem Preis einer Mehrzahl verschiedener Endkundendienste (Zugang zu Anschlüssen in den Varianten analog, ISDN und ADSL) (Randnr. 113 der angefochtenen Entscheidung).

175 Im Bereich der Endkundenentgelte berücksichtigt die Kommission nicht die Einnahmen aus den Gesprächsverbindungen. Sie beschränkt sich auf die Prüfung der Entgelte für die Netzzugangsdienste, die sie mit den Vorleistungsentgelten vergleicht (Randnr. 119 der angefochtenen Entscheidung).

176 Da die RegTP einheitliche Vorleistungsentgelte unabhängig davon festgesetzt hat, welche nachgeordneten Dienste die Wettbewerber dank der Teilnehmeranschlussleitung anbieten, die ihnen von der Klägerin zur Verfügung gestellt wird (Randnr. 113

der angefochtenen Entscheidung), sind nach Auffassung der Kommission die Vorleistungsentgelte mit den Durchschnittsentgelten für sämtliche Endkunden-Zugangsleitungen unter Berücksichtigung der von der Klägerin tatsächlich vermarkteten Varianten von Endkunden-Zugangsdiensten und der jeweiligen Preise für diese Leitungen zu vergleichen (Randnr. 116 der angefochtenen Entscheidung).

177 Die Endkundenpreise (für jede der von der Klägerin angebotenen Varianten) und die Vorleistungspreise bestehen der Kommission zufolge aus zwei Komponenten, einem Einmalentgelt und einem Monatsentgelt (Randnrn. 142 und 149 der angefochtenen Entscheidung).

178 Um den „monatlichen Preis" der Einmalentgelte zu berechnen, wurden diese durch [*vertraulich*] geteilt, was der durchschnittlichen Dauer (ausgedrückt in Monaten) entspricht, für die die Endkunden ihren Telefonanschluss behalten (Randnrn. 148 und 151 der angefochtenen Entscheidung).

179 So ergibt sich der durchschnittliche monatliche Endkundengesamtpreis aus der Summe des durchschnittlichen Monatsentgelts (unter Berücksichtigung der gesamten Endkunden-Zugangsdienste) und der durchschnittlichen Einmalentgelte (unter Berücksichtigung der gesamten Endkunden-Zugangsdienste und der durchschnittlichen Vertragslaufzeit) (Randnr. 148 der angefochtenen Entscheidung).

180 Der durchschnittliche monatliche Vorleistungsgesamtpreis ergibt sich aus der Summe des Monatsentgelts und des durchschnittlichen Einmalentgelts (unter Berücksichtigung der durchschnittlichen Vertragslaufzeit) (Randnr. 151 der angefochtenen Entscheidung). In den Einmalentgelten für die Vorleistungen sind nach Ansicht der Kommission auch die Kündigungsentgelte enthalten. Die Kommission führt aus, dass „[d]as Kündigungsentgelt … dabei für die Zurückschaltung einer entbündelten Leitung an das … Netz [der Klägerin] [anfällt] und … nur Wettbewerbern auf der Vorleistungsebene in Rechnung gestellt [wird]", und fügt hinzu, dass es

„[z]usammen mit dem Bereitstellungsentgelt … das gesamte von den Wettbewerbern an [die Klägerin] zu entrichtende Vorleistungs-Einmalentgelt [darstellt]“ (Randnr. 151 der angefochtenen Entscheidung).

181 Auf der Grundlage dieser Berechnung der monatlichen Preise stellt die Kommission fest, dass die Spannen zwischen den Vorleistungsentgelten und den Endkundenentgelten der Klägerin von 1998 bis 2001 negativ gewesen seien (Randnr. 153 der angefochtenen Entscheidung). Deshalb ist es nach Auffassung der Kommission nicht notwendig, „zu ermitteln, ob diese Spannen ausreichend waren, um die nachgeordneten Kosten der [Klägerin] für die Kundenbeziehung zu decken“ (Randnr. 153 der angefochtenen Entscheidung). Da die Spanne ab 2002 positiv war, hat die Kommission hingegen „die produktspezifischen Kosten der [Klägerin] [für die Erbringung der Endkundendienste] ermittelt …, um zu untersuchen, ob diese positive Spanne ausreicht, die produktspezifischen Kosten der [Klägerin] … abzudecken“ (Randnr. 154 der angefochtenen Entscheidung).

182 Die Kommission kommt zu dem Ergebnis, dass im Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Entscheidung die Kosten-Preis-Schere für den Zugang zum Ortsnetz weiter bestanden habe (Randnr. 161 der angefochtenen Entscheidung), da die produktspezifischen Kosten der Klägerin für die Erbringung der Endkundendienste immer noch die positive Spanne zwischen den Endkunden- und den Vorleistungsentgelten überträfen (Randnr. 160 der angefochtenen Entscheidung).

Rechtmäßigkeit der Methode der Kommission

— Vorbemerkungen

183 Die Klägerin erhebt drei Rügen gegen die Methode für die Berechnung der Kosten-Preis-Schere. Erstens macht sie geltend, dass die Kommission bei den

Endkundenpreisen nicht nur die Einnahmen aus der Bereitstellung von Telefonanschlüssen für Endkunden hätte berücksichtigen dürfen, sondern auch die Einnahmen aus anderen Diensten wie z. B. den Verbindungsdiensten hätte einbeziehen müssen. Zweitens kritisiert die Klägerin die Methode der Kommission für den Nachweis einer Kosten-Preis-Schere, die sich auf die Annahme stütze, dass die Wettbewerber der Klägerin Interesse daran hätten, die Kundenstruktur der Klägerin vollständig abzubilden. Drittens sei die angewandte Methode fehlerhaft, weil die Kommission die Vorleistungspreise aufblähe, indem sie die Kündigungsentgelte in deren Berechnung einfließen lasse.

184 Die im Rahmen der ersten beiden Rügen formulierten Argumente beziehen sich alle auf das eine oder das andere der beiden wesentlichen Merkmale der Methode der Kommission. Das erste Merkmal betrifft die Berechnung der Kosten-Preis-Schere auf der Grundlage der Entgelte und Kosten des vertikal integrierten Unternehmens in beherrschender Stellung, ohne die spezifische Stellung der Wettbewerber auf dem Markt zu berücksichtigen. Das zweite betrifft die Berücksichtigung der Einnahmen aus allen Zugangsdiensten, aber unter Ausschluss der Einnahmen aus anderen Diensten, die mittels eines Festnetzzugangs erbracht werden können.

185 Bevor diese verschiedenen Rügen und Argumente geprüft werden, ist darauf hinzuweisen, dass der Gemeinschaftsrichter zwar grundsätzlich eine umfassende Prüfung der Frage vornimmt, ob die Tatbestandsmerkmale der Wettbewerbsvorschriften des EG-Vertrags 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, BAT und Reynolds/Kommission, 142/84 und 156/84, Slg. 1987, 4487, Randnr. 62, und vom 2. Oktober 2003, Thyssen Stahl/Kommission, C-194/99 P, Slg. 2003, I-10821, Randnr. 78).

— Zum Vorwurf der Rechtswidrigkeit der Methode für die Berechnung der Kosten-Preis-Schere auf der Grundlage der Entgelte und Kosten des vertikal integrierten Unternehmens in beherrschender Stellung ohne Berücksichtigung der spezifischen Stellung der Wettbewerber auf dem Markt

186 Zunächst ist daran zu erinnern, dass die Kommission in der angefochtenen Entscheidung geprüft hat, ob die Preispolitik des Unternehmens in beherrschender Stellung dazu führen konnte, einen Wirtschaftsteilnehmer, der ebenso leistungsfähig ist wie das Unternehmen in beherrschender Stellung, vom Markt zu verdrängen. Um zu beurteilen, ob die Preispolitik der Klägerin missbräuchlich war, hat sich die Kommission daher nur auf die Entgelte und Kosten der Klägerin gestützt und nicht auf die spezifische Lage ihrer gegenwärtigen oder potenziellen Wettbewerber.

187 Nach Ansicht der Kommission ist nämlich „eine missbräuchliche Kosten-Preis-Schere dann anzunehmen, wenn die Differenz zwischen den Endkundenentgelten eines marktbeherrschenden Unternehmens und dem Vorleistungsentgelt für vergleichbare Leistungen an seine Wettbewerber entweder negativ ist oder nicht ausreicht, um die produktspezifischen Kosten des marktbeherrschenden Betreibers für die Erbringung seiner eigenen Endkundendienste im nachgeordneten Markt zu decken“ (Randnr. 107 der angefochtenen Entscheidung). Im vorliegenden Fall sei die Kosten-Preis-Schere missbräuchlich, weil die Klägerin selbst „nicht in der Lage [gewesen wäre] …, die eigenen Endkundendienste anzubieten, ohne dabei Verluste zu erzielen, wenn [sie] den Vorleistungs-Zugangspreis als internen Transferpreis für [ihre] eigenen Endkundenleistungen [hätte] bezahlen [müssen]“ (Randnr. 140 der angefochtenen Entscheidung). Unter solchen Umständen könnten „Wettbewerber, [die] ebenso leistungsfähig sind“ wie die Klägerin, „die Endkundenzugangsdienste nur dann zu einem wettbewerbsfähigen Preis anbieten …, wenn sie sich zusätzliche Effizienzgewinne erschließen“ (Randnr. 141 der angefochtenen Entscheidung; vgl. auch Randnr. 108 der angefochtenen Entscheidung).

188 Weiter ist festzustellen, dass, auch wenn der Gemeinschaftsrichter bisher noch nicht ausdrücklich entschieden hat, welche Methode für den Nachweis einer Kosten-Preis-Schere anzuwenden ist, sich doch klar aus der Rechtsprechung ergibt, dass die Missbräuchlichkeit der Preispolitik eines beherrschenden Unternehmens grundsätzlich

anhand seiner eigenen Lage und damit anhand seiner eigenen Entgelte und Kosten bestimmt wird und nicht anhand der Lage der gegenwärtigen oder potenziellen Wettbewerber.

189 So hat der Gerichtshof im Urteil vom 3. Juli 1991, AKZO/Kommission (C-62/86, Slg. 1991, I-3359, Randnr. 74), für die Bewertung, ob die Preispolitik von AKZO missbräuchlich war, nur die Entgelte und Kosten des beherrschenden Unternehmens berücksichtigt. Der von Generalanwalt Lenz vorgeschlagene Ansatz, wonach es „erforderlich [scheint], die Kostenstruktur aller drei Oligopolisten [d. h. von AKZO und seinen beiden Wettbewerbern] zu untersuchen, damit man sich ein zuverlässiges Bild darüber machen kann, welches Preisniveau tatsächlich wirtschaftlich gerechtfertigt war“ (Nr. 34 der Schlussanträge), wurde also vom Gerichtshof nicht übernommen.

190 Einem ähnlichen Ansatz folgend hat das Gericht im Urteil vom 30. November 2000, Industrie des poudres sphériques/Kommission (T-5/97, Slg. 2000, II-3755), entschieden, dass die Tatsache, dass die Klägerin, die eine Kosten-Preis-Scheren-Praxis gerügt hatte, „vermutlich aufgrund ihrer höheren Verarbeitungskosten, beim Verkauf des Folgeerzeugnisses nicht wettbewerbsfähig ist, die Einstufung der [vom beherrschenden Unternehmen] praktizierten Preise als missbräuchlich nicht rechtfertigen kann“ (Randnr. 179).

191 Schließlich hat auch die Kommission in ihrer 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, im Folgenden: Entscheidung Napier Brown/British Sugar) angenommen, dass eine Kosten-Preis-Schere anhand der Entgelte und Kosten des vertikal integrierten Wirtschaftsteilnehmers in beherrschender Stellung zu berechnen sei (Randnr. 66). Sie stellt dort fest (Randnr. 66): „Wenn ein beherrschendes Unternehmen, das sowohl im Markt für ein Rohmaterial als auch in dem für ein aus diesem Material hergestelltes Derivat beherrschend ist, zwischen dem Preis, den es denjenigen Unternehmen, die mit ihm in der Produktion des Derivats konkurrieren, für das Rohmaterial berechnet und dem Preis, den

es für das Derivat berechnet, eine Spanne beibehält, die geringer ist als die bei dem beherrschenden Unternehmen für die Umwandlung anfallenden Selbstkosten (im vorliegenden Fall die von [British Sugar] gehaltene Spanne zwischen ihren Preisen für Gewerbe- und Haushaltzucker, verglichen mit ihren eigenen Abpackkosten), und wenn dies zu einer Einschränkung des Wettbewerbs bei dem Derivat führt, dann ist dies ein Missbrauch einer beherrschenden Stellung."

192 Hinzuzufügen ist, dass man mit jedem anderen Ansatz Gefahr liefe, gegen den allgemeinen Grundsatz der Rechtssicherheit zu verstoßen. Hinge nämlich die Rechtmäßigkeit der Preispolitik eines beherrschenden Unternehmens von der spezifischen Lage der Wettbewerber ab, insbesondere von ihrer Kostenstruktur, die dem beherrschenden Unternehmen im Allgemeinen nicht bekannt ist, wäre dieses nicht in der Lage, die Rechtmäßigkeit seines eigenen Verhaltens zu beurteilen.

193 Die Kommission hat also bei ihrer Prüfung der Missbräuchlichkeit der Preispolitik der Klägerin zu Recht ausschließlich auf die spezifische Lage der Klägerin und damit auf deren Entgelte und Kosten abgestellt.

194 Da zu prüfen ist, ob die Klägerin selbst oder ein Unternehmen, das ebenso effizient ist wie sie, in der Lage gewesen wäre, Endkundendienste anzubieten, ohne dabei Verluste hinnehmen zu müssen, wenn sie vorher Vorleistungsentgelte als internen Transferpreis hätte zahlen müssen, geht das Vorbringen der Klägerin ins Leere, ihre Wettbewerber versuchten nicht, ihre Kundenstruktur abzubilden, und könnten zusätzliche Einkünfte aus innovativen Produkten erzielen, die nur sie allein auf dem Markt anböten (zu denen die Klägerin im Übrigen keine näheren Angaben macht). Aus den gleichen Gründen kann das Vorbringen, die Wettbewerber könnten die Betreiber(vor)auswahl unterbinden, keinen Erfolg haben.

— Zur Rüge, die Kommission habe nur die Einnahmen aus allen Zugangsdiensten, aber unter Ausschluss der Einnahmen aus anderen Diensten, insbesondere solche aus Gesprächsverbindungen, berücksichtigt

195 Erstens ist zu untersuchen, ob die Kommission für die Berechnung der Kosten-Preis-Schere nur die Einnahmen aus den Zugangsdiensten der Klägerin unter Ausschluss der Einnahmen aus anderen Diensten wie z. B. den Verbindungsdiensten berücksichtigen durfte.

196 Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass der seit 1990 geschaffene gemeinschaftsrechtliche Rahmen darauf gerichtet ist, die Voraussetzungen für einen wirksamen Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten zu schaffen. So soll die Richtlinie 96/19/EG der Kommission vom 13. März 1996 zur Änderung der Richtlinie 90/388/EWG hinsichtlich der Einführung des vollständigen Wettbewerbs auf den Telekommunikationsmärkten (ABl. L 74, S. 13), in der hinsichtlich der Kostenstruktur der etablierten Betreiber zwischen der Anschlussgebühr, der monatlichen Miete, Ortsgesprächen, Regionalgesprächen und Ferngesprächen unterschieden wird, auf eine Umstrukturierung dieser verschiedenen Elemente entsprechend den tatsächlichen Kosten hinwirken, um einen vollständigen Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten zu ermöglichen. Konkret hatte dies durch eine Senkung der Tarife für Regional- und Ferngespräche und durch Anhebung der Anschlussgebühr, der monatlichen Miete und der Preise für Ortsgespräche zu erfolgen (Nr. 7 der Schlussanträge des Generalanwalts Léger in der Rechtssache Kommission/Spanien, C-500/01, Urteil des Gerichtshofs vom 7. Januar 2004, Slg. 2004, I-583). Die Mitgliedstaaten waren verpflichtet, Beschränkungen in Bezug auf die Tarifumstrukturierung so schnell wie möglich nach dem Inkrafttreten der Richtlinie 96/19, und zwar spätestens bis zum 1. Januar 1998, aufzuheben (Urteil Kommission/Spanien, Randnr. 32).

197 Wie die Kommission in Randnr. 120 der angefochtenen Entscheidung zutreffend ausführt, ist „[d]ie getrennte Betrachtung der Zugangs- und der Gesprächsentgelte [daher] bereits durch den gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz der Tarifumstrukturierung vorgegeben“.

198 Weiter ist daran zu erinnern, dass die Klägerin mit Entscheidung Nr. 223a des BMPT ab Juni 1997 verpflichtet wurde, ihren Wettbewerbern einen vollständig entbündelten Zugang zu den Teilnehmeranschlussleitungen zu gewähren. Ein System nicht verfälschten Wettbewerbs zwischen der Klägerin und ihren Wettbewerbern kann aber nur gewährleistet werden, wenn die Chancengleichheit der einzelnen Wirtschaftsteilnehmer sichergestellt ist (Urteile des Gerichtshofs vom 22. Mai 2003, Connect Austria, C-462/99, Slg. 2003, I-5197, Randnr. 83, und vom 20. Oktober 2005, ISIS Multimedia und Firma O2, C-327/03 und C-328/03, Slg. 2005, I-8877, Randnr. 39).

199 Selbst unter der Annahme, dass aus Sicht der Endkunden die Zugangsdienste und Gesprächsverbindungen eine Einheit bildeten, ist für die Wettbewerber der Klägerin ein Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung Voraussetzung für die Bereitstellung von Kommunikationsdiensten an Endkunden über das Festnetz der Klägerin. Die Chancengleichheit zwischen dem etablierten Betreiber, der wie die Klägerin Eigentümer des Festnetzes ist, auf der einen Seite und ihren Wettbewerbern auf der anderen Seite erfordert also, dass die Preise für die Zugangsdienste in einer solchen Höhe festgesetzt werden, dass die Wettbewerber bei der Bereitstellung von Kommunikationsdiensten mit dem etablierten Betreiber gleichgestellt werden. Diese Chancengleichheit ist nur dann gewährleistet, wenn der etablierte Betreiber seine Endkundenpreise in einer Höhe festsetzt, die es den Wettbewerbern — unterstellt, sie sind ebenso leistungsfähig wie der etablierte Betreiber — ermöglicht, die gesamten mit der Vorleistung verbundenen Kosten auf ihre Endkundenpreise umzulegen. Beachtet jedoch der etablierte Betreiber diesen Grundsatz nicht, können die neuen Betreiber ihren Endkunden Zugangsdienste nur mit Verlust anbieten. Sie wären dann gezwungen, die auf der Ebene des Zugangs zum Teilnehmeranschluss erlittenen Verluste durch höhere Entgelte auf der Ebene der Gesprächsverbindungen auszugleichen, was auch die Wettbewerbsbedingungen auf dem Markt für Gesprächsverbindungen verfälschen würde.

200 Daraus folgt, dass, selbst wenn es zuträfe, wie die Klägerin vorträgt, dass für die Endkunden die Zugangs- und Verbindungsdienste einen „Cluster“ darstellten, die Kommission in Randnr. 119 der angefochtenen Entscheidung davon ausgehen durfte, dass für die Beurteilung, ob die Preispolitik der Klägerin den Wettbewerb verfälscht, das Vorliegen einer Kosten-Preis-Schere allein auf der Ebene der Zugangsdienste zu prüfen gewesen sei, also ohne die Verbindungsentgelte in ihre Berechnung einzubeziehen.

201 Ferner zeigt bereits die von der Klägerin angesprochene Mischkalkulation zwischen den Zugangs- und Verbindungsentgelten, dass die Klägerin und ihre Wettbewerber auf der Ebene des Zugangs zum Teilnehmeranschluss nicht gleichgestellt sind, was jedoch wesentliche Voraussetzung für einen unverfälschten Wettbewerb auf dem Markt für Gesprächsverbindungen wäre.

202 Da die Klägerin ihre Gesprächspreise in dem Zeitraum, auf den sich die angefochtene Entscheidung bezieht, deutlich gesenkt hat (vgl. oben, Randnr. 19), kann jedenfalls nicht ausgeschlossen werden, dass die Wettbewerber nicht einmal die wirtschaftliche Möglichkeit hatten, den von der Klägerin vorgeschlagenen Ausgleich vorzunehmen. Die Wettbewerber, die bereits auf der Ebene des Zugangs zum Teilnehmeranschluss einen Wettbewerbsnachteil gegenüber der Klägerin haben, müssten nämlich noch niedrigere Verbindungsentgelte als die Klägerin anbieten, um potenzielle Kunden dazu zu veranlassen, ihren Vertrag mit der Klägerin zu kündigen und dafür mit ihnen einen Vertrag zu schließen.

203 Aus dem Vorstehenden folgt, dass die Kommission für die Berechnung der Kosten-Preis-Schere zu Recht nur die Einnahmen aus den Zugangsdiensten unter Ausschluss der Einnahmen aus anderen Diensten wie den Verbindungsdiensten berücksichtigt hat.

204 Zweitens ist zum Vorbringen der Klägerin, ihre Wettbewerber seien nur an den höherwertigen Märkten interessiert, also im vorliegenden Fall am Breitbandmarkt, auf dem es keine Kosten-Preis-Schere gebe, so dass die analogen Zugangsdienste für Endkunden bei der Berechnung der Kosten-Preis-Schere nicht zu berücksichtigen seien, zum einen daran zu erinnern, dass für die Wettbewerber der Klägerin der Breitbandzugang notwendigerweise einen Zugang zu analogen oder ISDN-Anschlüssen einschließt (vgl. oben, Randnr. 148). Zum anderen trägt die Streithelferin I, eine Wettbewerberin der Klägerin, vor, dass ihre Abwesenheit auf dem Markt für analoge Zugangsdienste eine Folge des Missbrauchs der beherrschenden Stellung der Klägerin sei und nicht auf einer freien Entscheidung ihrerseits beruhe. Wie oben

in den Randnrn. 186 bis 193 festgestellt, ist die Missbräuchlichkeit der Preispolitik der Klägerin jedenfalls anhand der spezifischen Lage der Klägerin und damit anhand ihrer Entgelte und Kosten zu beurteilen. Die Beurteilung der Missbräuchlichkeit der Preispolitik der Klägerin kann daher nicht durch etwaige Präferenzen ihrer Wettbewerber für den einen oder anderen Markt beeinflusst werden.

205 Die Klägerin bietet aber auf der Endkundenebene analoge, ISDN- und ADSL-Zugangsdienste an, die alle einem einzigen Dienst auf der Vorleistungsebene entsprechen.

206 Unter diesen Umständen durfte die Kommission in der angefochtenen Entscheidung (Randnr. 111) annehmen, dass bei der Berechnung der Kosten-Preis-Schere der Preis der Vorleistungen mit dem gewichteten Durchschnitt der Endkundenpreise für alle Zugangsdienste, d. h. den analogen Schmalbandzugang, den digitalen Schmalbandzugang (ISDN) und den Breitbandzugang in Form von ADSL zu vergleichen sei.

207 Die vorliegende Rüge ist daher zurückzuweisen.

— Zur Rüge, die Kündigungsentgelte bei den Vorleistungen seien in die Berechnung der Kosten-Preis-Schere eingeflossen

208 Wie sich aus der angefochtenen Entscheidung ergibt (Randnrn. 18, 149 und 151), hat die Kommission die Entgelte für die Kündigung eines Anschlusses bei der Berechnung des Gesamtpreises der Vorleistungen der Klägerin berücksichtigt. Die Kommission führt hierzu in der angefochtenen Entscheidung (Randnr. 151) aus:

„Das Kündigungsentgelt fällt … für die Zurückschaltung einer entbündelten Leitung an das … Netz [der Klägerin] an und wird nur Wettbewerbern auf der Vorleistungsebene in Rechnung gestellt. Zusammen mit dem Bereitstellungsentgelt stellt es das gesamte von den Wettbewerbern an [die Klägerin] zu entrichtende Vorleistungs-Einmalentgelt dar."

209 Zum Vorbringen der Klägerin, die Kündigungsentgelte könnten nicht als Bestandteil des Einmalentgelts für die Vorleistungen angesehen werden, ist festzustellen, dass die Klägerin vor dem 10. Februar 1999 selbst Kündigungsentgelte in das Entgelt für die Bereitstellung eines Anschlusses einrechnete, das sie ihren Wettbewerbern in Rechnung stellte. Aus den Randnrn. 18 und 22 sowie aus Tabelle 9 der angefochtenen Entscheidung, die von der Klägerin nicht bestritten worden sind, ergibt sich nämlich, dass erst ab dem 10. Februar 1999 ein gesondertes Entgelt für die Kündigung eines Anschlusses vorgesehen war, was zu einer entsprechenden Verringerung des Bereitstellungsentgelts führte.

210 Zudem wird nicht bestritten, dass der durchschnittliche Endkunde seinen Telefonanschluss für eine Dauer von [*vertraulich*] Monaten behält (Randnr. 148 der angefochtenen Entscheidung). Da aber das Kündigungsentgelt von dem Wettbewerber, der die Vorleistungen erhält, an die Klägerin zu zahlen ist, wenn einer seiner Endkunden den Vertrag über die Zugangsdienste kündigt, ist für die Wettbewerber der Klägerin das Kündigungsentgelt Teil des Gesamtpreises der Vorleistungen, der in ihre Endkundenpreise einzurechnen ist.

211 Unter diesen Umständen hat die Kommission bei der Berechnung der Kosten-Preis-Schere die Kündigungsentgelte zu Recht in die Berechnung des Gesamtpreises der Vorleistungen einbezogen.

212 Auch diese Rüge ist daher nicht begründet.

213 Aus alledem folgt, dass der zweite Teil des ersten Klagegrundes zurückzuweisen ist.

3. Dritter Teil: Vorwurf eines Rechenfehlers bei der Feststellung der Kosten-Preis-Schere

a) Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

214 Nach Ansicht der Klägerin sind der Kommission bei der Berechnung der Kosten-Preis-Schere in Tabelle 11 der angefochtenen Entscheidung Fehler unterlaufen. Die Tabelle, in der es um die produktspezifischen Kosten der Klägerin für 2001 gehe, enthalte hinsichtlich der ISDN-Schmalbandanschlüsse (T-ISDN) — mit Ausnahme der Angaben zu T-ISDN „Mehrgeräte“ Standard bzw. Komfort — Angaben aus Tabelle 3 der angefochtenen Entscheidung für das Jahr 2002. Außerdem stimmten die Angaben zu den T-ISDN-Anschlüssen „Mehrgeräte“ Standard bzw. Komfort in Tabelle 11 der angefochtenen Entscheidung mit keiner der Angaben in den Tabellen 3 bis 7 der angefochtenen Entscheidung überein. Richtigerweise seien für die Gewichtung der produktspezifischen Kosten des Jahres 2001 nur die in Tabelle 4 der angefochtenen Entscheidung für 2001 enthaltenen Anschlusszahlen heranzuziehen gewesen. Die gewichteten produktspezifischen Kosten betrügen auf Grundlage dieser Angaben lediglich [*vertraulich*] Euro und damit [*vertraulich*] Euro weniger als von der Kommission angesetzt. Die von der Kommission angenommene Kosten-Preis-Schere sei um diesen Betrag zu verringern.

215 Die Kommission räumt den von der Klägerin entdeckten Rechenfehler ein, macht jedoch geltend, dass er die Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung unberührt lasse.

b) Würdigung durch das Gericht

216 Es ist festzustellen, dass der von der Kommission in ihrer Klageerwiderung eingeräumte Rechenfehler die produktspezifischen Kosten der Klägerin für 2001 betrifft.

217 Dieser Fehler kann jedoch die Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung nicht beeinträchtigen.

218 Was die Jahre 1998 bis 2001 angeht, wurden nämlich die produktspezifischen Kosten der Klägerin bei der Bewertung ihrer Preispolitik als missbräuchlich von der Kommission nicht berücksichtigt. Diese hat nämlich die Rechtswidrigkeit der Preispolitik der Klägerin in der angefochtenen Entscheidung (Randnr. 153) aus den negativen Spannen zwischen ihren Vorleistungs- und Endkundenentgelten geschlossen. Die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Verhaltens der Klägerin in diesem Zeitraum wird daher durch den Rechenfehler bei ihren produktspezifischen Kosten für 2001 nicht berührt.

219 Für die Zeit ab 2002 hat die Kommission die Preispolitik der Klägerin hingegen als rechtswidrig angesehen, weil ihre produktspezifischen Kosten für die Endkunden-Zugangsdienste die positive Spanne zwischen ihren Vorleistungs- und Endkundenentgelten übertroffen hätten. Für diese Berechnung hat sich die Kommission in der angefochtenen Entscheidung (Randnrn. 159 und 160) auf die produktspezifischen Kosten der Klägerin für 2001 gestützt.

220 So kommt die Kommission, was die Berechnung der Kosten-Preis-Schere angeht, in Tabelle 12 der angefochtenen Entscheidung zu folgenden Ergebnissen:

Tabelle 12

(in Euro)

	Mai 2002	Juli 2002	Januar 2003	Februar 2003	Mai 2003
Spanne zwischen Endkunden- und Vorleistungspreisen	[*vertraulich*]	[*vertraulich*]	[*vertraulich*]	[*vertraulich*]	[*vertraulich*]
Durchschnittliche produktspezifische Kosten pro Anschluss	[*vertraulich*]	[*vertraulich*]	[*vertraulich*]	[*vertraulich*]	[*vertraulich*]
Kosten-Preis-Schere	[*vertraulich*]	[*vertraulich*]	[*vertraulich*]	[*vertraulich*]	[*vertraulich*]

221 Die Klägerin wendet sich im Rahmen des vorliegenden Teils nicht dagegen, dass für die Berechnung der Kosten-Preis-Schere ab dem 1. Januar 2002 auf ihre produktspezifischen Kosten für 2001 verwiesen wurde (Randnr. 159 der angefochtenen Entscheidung). Sie macht lediglich geltend, dass ihre produktspezifischen Kosten für 2001 falsch berechnet worden seien.

222 Wäre der Kommission der gerügte Rechenfehler nicht unterlaufen, hätten die produktspezifischen Kosten für 2001, wie die Klägerin ausführt, auf [*vertraulich*] Euro festgesetzt werden müssen (vgl. oben, Randnr. 214). Selbst unter Berücksichtigung dieser, nicht mit einem Rechenfehler behafteten, produktspezifischen Kosten läge jedoch nach wie vor für die gesamte Dauer des Verstoßes, auf den sich die angefochtene Entscheidung bezieht, eine Kosten-Preis-Schere vor.

223 Da in der angefochtenen Entscheidung (Randnrn. 163 und 201) die Unangemessenheit der Preispolitik der Klägerin im Sinne von Art. 82 EG allein an das Vorliegen der Kosten-Preis-Schere geknüpft wird und nicht an deren genaue Spanne, kann der Rechenfehler der Kommission die Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung nicht beeinträchtigen.

224 Daher ist der dritte Teil des vorliegenden Klagegrundes zurückzuweisen.

4. Vierter Teil: Keine Auswirkungen der festgestellten Kosten-Preis-Schere auf den Markt

a) Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

225 Die Klägerin macht erstens geltend, dass eine durch die Preisgestaltung eines marktbeherrschenden Unternehmens hervorgerufene Kosten-Preis-Schere nicht *per se* einen Missbrauch darstelle. Die Kommission hätte daher die tatsächlichen Auswirkungen des vorgeworfenen Verhaltens untersuchen müssen, was sie jedoch in der angefochtenen Entscheidung nicht getan habe. Da sich die Festsetzung der Vorleistungsentgelte durch die RegTP an den Kosten der Klägerin orientiere, seien an den Nachweis einer tatsächlichen Behinderung von Wettbewerbern hohe Anforderungen zu stellen.

226 Die Klägerin weist auf das zweigliedrige Konzept des Behinderungsmissbrauchs hin, das erfordere, dass das beanstandete Verhalten von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Wirtschaftsteilnehmer abweiche und eine tatsächliche Wettbewerbsbehinderung darstelle (Urteil des Gerichtshofs vom 13. Februar 1979, Hoffmann-La Roche/

Kommission, 85/76, Slg. 1979, 461, Randnr. 91). Der Gemeinschaftsrichter verlange also den Nachweis, dass das beanstandete Verhalten den Markteintritt weiterer Wettbewerber oder den bereits bestehenden Wettbewerb behindere. Für diese Argumentation beruft sich die Klägerin auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs (Urteile des Gerichtshofs AKZO/Kommission, oben in Randnr. 189 angeführt, Randnr. 72, vom 14. November 1996, Tetra Pak/Kommission, C-333/94 P, Slg. 1996, I-5951, Randnr. 41, und vom 16. März 2000, Compagnie maritime belge transports u. a./Kommission, C-395/96 P und C-396/96 P, Slg. 2000, I-1365, Randnrn. 111 und 119) sowie auf die Entscheidungspraxis der Kommission (Randnr. 66 der Entscheidung Napier Brown/British Sugar), der RegTP und der FCC. Nur in den Ausnahmefällen, in denen ein Produkt zu einem Preis verkauft worden sei, der unter den durchschnittlichen variablen Kosten gelegen habe, habe der Gemeinschaftsrichter eine Preisgestaltung als *per se* missbräuchlich angesehen.

227 In ihrer Erwiderung führt die Klägerin näher aus, dass die vom Gerichtshof für das Preisdumping entwickelten Grundsätze in den Fällen einer Kosten-Preis-Schere gelten müssten, wenn der Vorleistungspreis durch eine Regulierungsbehörde festgesetzt sei. Die Kommission müsse daher nachweisen, dass die vorgeworfene Kosten-Preis-Schere zu einer tatsächlichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs führe. Da die RegTP die Vorleistungsentgelte kostenorientiert festlege, werde dieser Nachweis nur erbracht, wenn das marktbeherrschende Unternehmen nach der Verdrängungsphase durch eine Erhöhung seiner Endkundenpreise in der Lage sei, die Verluste auszugleichen, die es durch seine Niedrigpreisstrategie während dieser Verdrängungsphase erlitten habe. Im vorliegenden Fall führe jedoch jeder Vorstoß der Klägerin in diese Richtung sofort zum Wiedereintritt ihrer Wettbewerber in den Markt.

228 Die Klägerin bestreitet zweitens, dass ihre Entgelte den Markteintritt oder den bereits bestehenden Wettbewerb behindert hätten.

229 Zum einen gebe es für die Wettbewerber der Klägerin tatsächliche Möglichkeiten des Markteintritts. Sie könnten eine Mischkalkulation von Verbindungs- und Anschlussentgelten bzw. von variablen und festen Entgelten vornehmen und so ein etwaiges Anschlussdefizit ausgleichen. Die Möglichkeit der Wettbewerber der Klägerin,

die Betreiber(vor)auswahl für sämtliche Verbindungen auszuschließen (vgl. oben, Randnr. 156), die der Klägerin selbst nicht zur Verfügung stehe, gestatte den Wettbewerbern eine wesentlich präzisere Kalkulation ihrer Einnahmen aus Verbindungsentgelten als der Klägerin. Die Wettbewerber erzielten daher einen deutlich höheren Umsatz als die Klägerin aus Verbindungsentgelten pro Anschluss und zudem mit einem hohen Maß an Planungssicherheit. Die Antworten der Wettbewerber der Klägerin auf das Auskunftsverlangen vom 19. Januar 2000 und der Beschluss der RegTP vom 29. April 2003 bestätigten, dass diesen eine Mischkalkulation zwischen Anschluss- und Verbindungsentgelten möglich sei. Die Klägerin verweist zusätzlich auf ihre Stellungnahme vom 29. Juli 2002 zur Mitteilung der Beschwerdepunkte und auf die in dieser Stellungnahme angeführten Unterlagen. Schließlich ergebe sich aus von ihr durchgeführten Untersuchungen, dass sämtliche Wettbewerber mit einer Mischkalkulation ihrer festen und variablen Entgelte positive Deckungsbeiträge bei jeder einzelnen Anschlussart, also auch bei Analoganschlüssen, hätten erwirtschaften können.

230 Zum anderen sei es seit der Liberalisierung des deutschen Telekommunikationsmarkts zahlreichen Wettbewerbern gelungen, in Ballungsgebieten erhebliche Marktanteile zu erringen. Die Klägerin verweist hierfür auf das Unternehmen KomTel, das nach eigenen Angaben in einer Presseerklärung vom 31. Mai 2002 auf 43 % der Anschlüsse in Flensburg komme. In anderen Ortsnetzbereichen lägen nach Berechnungen der Klägerin auf der Grundlage der von ihr an ihre Wettbewerber vermieteten Teilnehmeranschlussleitungen die Anteile alternativer Anbieter z. B. bei [*vertraulich*]. Die Klägerin habe so seit 1998 [*vertraulich*] Endkunden an ihre Wettbewerber verloren. Sobald der Eintritt in einen regionalen Markt vollzogen sei, werde die Errichtung einer eigenen Infrastruktur durch den Wettbewerber wirtschaftlich rentabel. Der Markteintritt müsse selbstverständlich bei den lukrativen Kunden beginnen, um dann mit den entsprechenden Gewinnen weitere Kundengruppen zu erschließen (Schreiben von Colt, einer Wettbewerberin der Klägerin, an diese vom 15. Oktober 2002). Entsprechendes gelte für Ballungsgebiete als Keimzelle eines sich auf regionaler Ebene weiterentwickelnden Wettbewerbs. Jedenfalls habe sich der Wettbewerb in Deutschland positiver entwickelt als in den anderen Mitgliedstaaten. So entfielen gemeinschaftsweit insgesamt mehr als 81 % aller Vermietungen von entbündelten Teilnehmeranschlussleitungen auf die Klägerin.

231 In ihrer Erwiderung führt die Klägerin weiter aus, dass Colt und Arcor bereits auf nationaler Ebene und EWE TEL in weiten Teilen Norddeutschlands als Anbieter von Telefonanschlüssen tätig seien. Die Kommission sei jeden Nachweis für die Kausalität zwischen der behaupteten Kosten-Preis-Schere und der vermeintlich schleppenden Entwicklung des Wettbewerbs schuldig geblieben. Die Kosten-Preis-Schere könne nicht für die Marktstellung der Klägerin im Segment der Breitbandanschlüsse ursächlich sein, da in diesem Marktsegment keine Kosten-Preis-Schere bestehe.

232 Nach Ansicht der Kommission und der Streithelferinnen I und II ist der vorliegende Teil des Klagegrundes zurückzuweisen.

b) Würdigung durch das Gericht

233 Es ist daran zu erinnern, dass der Begriff der missbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung ein objektiver Begriff ist, der solche Verhaltensweisen eines Unternehmens in beherrschender Stellung erfasst, die die Struktur eines Marktes beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Präsenz des fraglichen Unternehmens bereits geschwächt ist, und die zur Folge haben, dass die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch die Verwendung von Mitteln behindert wird, die sich von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistung der Marktbürger unterscheiden (Urteile Hoffmann-La Roche/Kommission, oben in Randnr. 226 angeführt, Randnr. 91, und AKZO/Kommission, oben in Randnr. 189 angeführt, Randnr. 69, Beschluss des Gerichtshofs vom 23. Februar 2006, Piau/Kommission, C-171/05 P, nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 37, Urteil Irish Sugar/Kommission, oben in Randnr. 122 angeführt, Randnr. 111).

234 Nach Ansicht der Kommission hat die Preispolitik der Klägerin den Wettbewerb auf dem Markt für Endkunden-Zugangsdienste beschränkt. Sie folgert dies in der angefochtenen Entscheidung (Randnrn. 179 und 180) allein aus dem Vorliegen der Kosten-Preis-Schere. Den Nachweis einer wettbewerbswidrigen Wirkung hält sie nicht für erforderlich, sie führt aber in den Randnrn. 181 bis 183 der angefochtenen Entscheidung eine solche Prüfung hilfsweise durch.

235 Da die Klägerin bis zum Eintritt eines Wettbewerbers in den Markt für Endkunden-Zugangsdienste im Jahr 1998 dort faktisch eine Monopolstellung innehatte, bezieht sich die von der Kommission nachzuweisende wettbewerbswidrige Wirkung auf etwaige Behinderungen der Entwicklung des Wettbewerbs auf diesem Markt durch die Preispolitik der Klägerin.

236 Hierzu ist daran zu erinnern, dass zum einen die Klägerin Eigentümerin des Telefonfestnetzes in Deutschland ist und dass zum anderen nicht bestritten wird, dass es, wie die Kommission in den Randnrn. 83 bis 91 der angefochtenen Entscheidung ausführt, in Deutschland im Zeitpunkt des Erlasses der Entscheidung keine andere Infrastruktur gegeben hat, die den Wettbewerbern der Klägerin einen nachhaltigen Eintritt in den Markt für Endkunden-Zugangsdienste erlaubt hätte.

237 Da die Vorleistungen der Klägerin also unabdingbar dafür sind, dass einer ihrer Wettbewerber auf dem nachgelagerten Markt für Endkunden-Zugangsdienste mit ihr in Wettbewerb treten kann, wird eine Kosten-Preis-Schere zwischen den Vorleistungs- und den Endkundenentgelten der Klägerin die Entwicklung des Wettbewerbs auf den nachgelagerten Märkten grundsätzlich behindern. Sind nämlich die Endkundenpreise der Klägerin niedriger als ihre Vorleistungsentgelte oder reicht die Spanne zwischen ihren Vorleistungs- und Endkundenentgelten nicht aus, um einem ebenso effizienten Betreiber wie ihr zu ermöglichen, seine mit der Erbringung der Endkunden-Zugangsdienste verbundenen spezifischen Kosten zu decken, könnte ein potenzieller Wettbewerber, der ebenso effizient ist wie die Klägerin, in den Markt für Endkunden-Zugangsdienste nicht eintreten, ohne dabei Verluste zu erleiden.

238 Zwar greifen die Wettbewerber der Klägerin, wie diese vorträgt, normalerweise auf eine Mischkalkulation in der Weise zurück, dass sie auf dem Markt für Endkunden-Zugangsdienste erlittene Verluste mit den auf anderen Märkten wie z. B. den Märkten für Gesprächsverbindungen erzielten Gewinnen kompensieren. Doch da die Klägerin als Eigentümerin des Festnetzes nicht auf Vorleistungen zurückzugreifen braucht, um Endkunden-Zugangsdienste anbieten zu können, und daher im Gegensatz zu ihren Wettbewerbern nicht wegen der Preispolitik eines beherrschenden Unternehmens versuchen muss, auf dem Markt für Endkunden-Zugangsdienste erlittene Verluste zu kompensieren, verfälscht die in der angefochtenen Entscheidung festgestellte Kosten-Preis-Schere den Wettbewerb nicht nur auf dem Markt für Endkunden-Zugangsdienste, sondern auch auf dem Markt für Gesprächsverbindungen (vgl. oben, Randnrn. 197 bis 202).

239 Zudem zeugen die geringen Marktanteile, die von den Wettbewerbern der Klägerin auf dem Markt für Endkunden-Zugangsdienste seit der Liberalisierung des Marktes durch Inkrafttreten des TKG am 1. August 1996 gewonnen wurden, von der Behinderung der Entwicklung des Wettbewerbs auf diesen Märkten durch die Preispolitik der Klägerin. Die Klägerin hat in der mündlichen Verhandlung vorgetragen, dass sie die Feststellungen in der angefochtenen Entscheidung (Randnr. 181) nicht bestreite, dass im Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Entscheidung ihre gesamten Wettbewerber in Deutschland erst „4,4 % Marktanteile bei den Schmalbandanschlüssen und 10 % Marktanteile bei den Breitbandanschlüssen“ hielten und „Ende 2002 … alle 64 Wettbewerber zusammen erst einen Bestand von 2,35 Mio. der insgesamt 53,72 Mio. Telefonkanäle in Deutschland [hatten]“.

240 Ferner ist unstreitig, dass bei alleiniger Betrachtung der Analoganschlüsse, die in Deutschland im Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Entscheidung 75 % aller Anschlüsse ausmachten, sich der Anteil der Wettbewerber der Klägerin von 21 % im Jahr 1999 auf 10 % im Jahr 2002 verringert hat (Randnr. 182 der angefochtenen Entscheidung).

241 Die Klägerin hat demgegenüber vorgetragen, dass es zahlreichen Wettbewerbern gelungen sei, in Ballungsgebieten erhebliche Marktanteile zu gewinnen.

242 Hierzu ist festzustellen, dass die Klägerin die Definition des Marktes in der angefochtenen Entscheidung (Randnrn. 92 bis 95), wonach der räumlich relevante Markt der deutsche Markt sei, nicht bestreitet. Das Vordringen einiger Wettbewerber der Klägerin in einige Ballungsgebiete berührt daher nicht die Feststellung, dass die Wettbewerber der Klägerin auf dem räumlich relevanten Markt für Endkunden-Zugangsdienste insgesamt nur geringe Marktanteile gewonnen haben.

243 Dass sich der Wettbewerb in den anderen Mitgliedstaaten weniger günstig entwickelt hat, belegt ebenfalls nicht, dass die Preispolitik der Klägerin keine wettbewerbswidrige Wirkung in Deutschland, dem räumlich relevanten Markt, hatte. Die angeblich ungünstigere Situation in den anderen Mitgliedstaaten könnte auf eine spätere Liberalisierung der Märkte für die betroffenen Dienste zurückzuführen sein, d. h. nach dem 1. Juni 1997, dem Zeitpunkt, ab dem die Klägerin nach dem anwendbaren deutschen Recht verpflichtet war, ihren Wettbewerbern einen vollständig entbündelten Zugang zu den Teilnehmeranschlussleitungen zu gewähren (vgl. oben, Randnr. 198). Art. 3 der Verordnung (EG) Nr. 2887/2000 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Dezember 2000 über den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss (ABl. L 336, S. 4) verpflichtet die etablierten Betreiber erst ab dem 31. Dezember 2000 dazu. Die angeblich ungünstigere Situation in den anderen Mitgliedstaaten könnte auch auf anderen Verstößen gegen das gemeinschaftliche Wettbewerbsrecht beruhen. Selbst wenn die Kommission gegen einige ihrer Verpflichtungen aus Art. 211 EG verstoßen hätte, indem sie für die Anwendung des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts im Telekommunikationssektor in anderen Mitgliedstaaten nicht Sorge getragen hätte, würde dies jedenfalls den von der Klägerin im vorliegenden Fall begangenen Verstoß gegen Art. 82 EG auf dem gleichen Sektor nicht rechtfertigen (Urteil van Landewyck u. a./Kommission, oben in Randnr. 86 angeführt, Randnr. 84; Urteile des Gerichts vom 6. April 1995, Tréfilunion/Kommission, T-148/89, Slg. 1995, II-1063, Randnr. 127, und vom 15. März 2000, Cimenteries CBR u. a./Kommission, T-25/95, T-26/95, T-30/95 bis T-32/95, T-34/95 bis T-39/95, T-42/95 bis T-46/95, T-48/95, T-50/95 bis T-65/95, T-68/95 bis T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 und T-104/95, Slg. 2000, II-491, Randnr. 2559).

244 Schließlich ist zum Vorbringen in der Erwiderung, zwei Wettbewerber der Klägerin seien „mittlerweile“ auf nationaler Ebene präsent, darauf hinzuweisen, dass im

Rahmen einer auf der Grundlage von Art. 230 EG erhobenen Nichtigkeitsklage die Rechtmäßigkeit eines Gemeinschaftsrechtsakts nach dem Sachverhalt und der Rechtslage zu beurteilen ist, die bei Erlass des Aktes bestanden (Urteil des Gerichtshofs vom 7. Februar 1979, Frankreich/Kommission, 15/76 und 16/76, Slg. 1979, 321, Randnr. 7; Urteil des Gerichts vom 28. Februar 2002, Atlantic Container Line u. a./Kommission, T-395/94, Slg. 2002, II-875, Randnr. 252). Jedenfalls trägt die Klägerin, die die Präsenz der Wettbewerber auf nationaler Ebene nicht quantifiziert, nichts vor, was die Feststellungen in den Randnrn. 180 bis 183 der angefochtenen Entscheidung entkräften könnte, dass ihre Preispolitik den Wettbewerb auf dem deutschen Markt für Endkunden-Zugangsdienste tatsächlich behindert.

245 Daher ist der letzte Teil des ersten Klagegrundes zurückzuweisen.

B — *Zum zweiten Klagegrund: Fehlerhaftigkeit des Tenors der angefochtenen Entscheidung*

1. Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

246 Die Klägerin erinnert zunächst daran, dass in Art. 1 der angefochtenen Entscheidung festgestellt werde, dass sie gegen Art. 82 Buchst. a EG verstoßen habe, indem sie „für den Zugang zum Ortsnetz von ihren Wettbewerbern und von ihren Endkunden unangemessene Monats- und Einmalentgelte erhoben" habe. Nach dem Tenor seien also die Vorleistungs- und Endkundenentgelte der Klägerin unangemessen. In der Begründung der angefochtenen Entscheidung würden die Entgelte der Klägerin als solche jedoch nicht für unangemessen erklärt. Nur das Verhältnis zwischen den Vorleistungs- und den Endkundenentgelten sei wegen der angeblichen Kosten-Preis-Schere als missbräuchlich angesehen worden. Der Tenor der angefochtenen Entscheidung sei daher von der Begründung nicht gedeckt.

247 Ferner werde der Klägerin in Art. 2 des Tenors der angefochtenen Entscheidung aufgegeben, den in Art. 1 genannten Verstoß abzustellen und eine Wiederholung der darin genannten Handlungen und Verhaltensweisen zu unterlassen. Abgesehen davon, dass die Verfügung in Art. 2 im Widerspruch zu der Begründung der angefochtenen Entscheidung stehe, könne sie auch nicht erfüllt werden, da die Klägerin die Vorleistungsentgelte nicht beeinflussen könne.

248 Schließlich fügt die Klägerin in ihrer Erwiderung hinzu, dass Art. 1 des Tenors auch deshalb fehlerhaft sei, weil die Kommission darin feststelle, dass die Klägerin durch die Erhebung unangemessener Entgelte gegen Art. 82 EG verstoßen habe. Die Klägerin habe aber bei der Erhebung der Entgelte keinerlei Spielraum (vgl. oben, Randnr. 73).

249 Die Kommission ist der Auffassung, dass der vorliegende Klagegrund zurückzuweisen sei.

2. Würdigung durch das Gericht

250 In Art. l der angefochtenen Entscheidung wird festgestellt, dass die Klägerin „gegen Artikel 82 Buchstabe a) EG-Vertrag verstoßen [hat], indem sie für den Zugang zum Ortsnetz von ihren Wettbewerbern und von ihren Endkunden unangemessene Monats- und Einmalentgelte erhoben und hierdurch den Wettbewerb auf dem Markt für den Zugang zum Ortsnetz erheblich behindert".

251 Entgegen dem Vorbringen der Klägerin steht in Art. 1 der angefochtenen Entscheidung nicht, dass sowohl die Vorleistungs- als auch die Endkundenentgelte der Klägerin als unangemessen anzusehen seien.

252 Der Tenor der angefochtenen Entscheidung ist nämlich im Licht ihrer Gründe zu sehen (Urteil des Gerichts vom 16. Dezember 2003, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied und Technische Unie/Kommission, T-5/00 und T-6/00, Slg. 2003, II-5761, Randnr. 374). So wird deutlich, dass „[d]er von [der Klägerin] begangene Missbrauch … in der Erzwingung unangemessener Preise in Form einer Kosten-Preis-Schere zum Nachteil der Wettbewerber der [Klägerin] [besteht]" (Randnr. 201 der angefochtenen Entscheidung). Der begangene Missbrauch besteht danach „in Form einer Kosten-Preis-Schere aufgrund eines Missverhältnisses zwischen den Vorleistungs- und Endkundenentgelten für den Zugang zum Ortsnetz" (Randnr. 57 der angefochtenen Entscheidung) und „in Form von unangemessenen Preisen" (Randnr. 163 der angefochtenen Entscheidung).

253 Art. 1 der angefochtenen Entscheidung ist somit im Licht der Entscheidungsgründe dahin zu verstehen, dass sich die Kommission, wenn sie die Bereitstellungs- und Monatsentgelte für den Zugang zum Teilnehmeranschluss als unangemessen bewertet, auf das Verhältnis zwischen den Vorleistungs- und den Endkundenentgelten der Klägerin bezieht. Es besteht also kein Widerspruch zwischen den Gründen und dem Tenor der angefochtenen Entscheidung.

254 Angesichts des Vorstehenden ist auch die Anordnung in Art. 2 der angefochtenen Entscheidung nicht rechtswidrig. Selbst wenn nämlich die Klägerin die Vorleistungspreise nicht beeinflussen konnte, verfügte sie jedenfalls über einen Handlungsspielraum zur Erhöhung ihrer Endkundenpreise für die ADSL-Zugangsdienste (vgl. oben, Randnrn. 141 bis 151).

255 Schließlich ist die von der Klägerin zum ersten Mal in ihrer Erwiderung vorgenommene Unterscheidung zwischen der Erhebung und der Festsetzung der Entgelte gemäß Art. 48 § 2 der Verfahrensordnung des Gerichts als unzulässig zurückzuweisen.

256 Nach alledem ist der zweite Klagegrund zurückzuweisen.

C — *Zum dritten Klagegrund: Ermessensmissbrauch und Verstoß gegen die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit, der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes*

1. Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

257 Nach Ansicht der Klägerin hat die Kommission in die Zuständigkeit der RegTP eingegriffen und dadurch ihr Ermessen missbraucht sowie gegen die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit, der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes verstoßen.

258 Nach dem Gemeinschaftsrecht liege die Hauptverantwortlichkeit für die Kontrolle der Telekommunikationsentgelte bei den nationalen Behörden wie z. B. der RegTP. Die Klägerin beruft sich hierfür auf die Erwägungsgründe der Richtlinie 90/388/EWG der Kommission vom 28. Juni 1990 über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikationsdienste (ABl. L 192, S. 10), auf Art. 17 der Richtlinie 98/10, auf Art. 4 Abs. 1 der Verordnung Nr. 2887/2000, auf Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (ABl. L 108, S. 7), auf die Nrn. 19 und 22 der Mitteilung der Kommission vom 22. August 1998 über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Zugangsvereinbarungen im Telekommunikationsbereich „Rahmen, relevante Märkte und Grundsätze“ und auf die Seiten 61 ff. der Mitteilung der Kommission „Entbündelter Zugang zum Teilnehmeranschluss: Wettbewerbsorientierte Bereitstellung einer vollständigen Palette von elektronischen Kommunikationsdiensten

einschließlich multimedialer Breitband- und schneller Internet-Dienste“ (ABl. 2000, C 272, S. 55). Vor diesem Hintergrund hätten die nationalen Regulierungsbehörden die Vorgaben des Gemeinschaftsrechts zu beachten, zu denen auch Art. 82 EG zähle. Daraus folge, dass die Kommission, wenn sie der Meinung gewesen sei, die Entgeltbeschlüsse der RegTP verstießen gegen das Gemeinschaftsrecht, ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland hätte einleiten müssen.

259 Die RegTP habe zudem die Frage, ob eine Kosten-Preis-Schere zwischen den Vorleistungs- und den Endkundenentgelten vorliege, die den Wettbewerb tatsächlich beeinträchtigen könne, sowohl bei der Regulierung der Maßgrößen für die Endkundenentgelte der Klägerin als auch bei der Festsetzung der Vorleistungsentgelte geprüft. Sie sei zu dem Ergebnis gekommen, dass keine Kosten-Preis-Schere vorliege. Die Klägerin verweist insoweit auf die Beschlüsse der RegTP vom 8. Februar 1999, vom 23. Dezember 1999, vom 30. März 2001, vom 21. Dezember 2001, vom 11. April 2002 und insbesondere auf den Beschluss vom 29. April 2003. Die Beschlüsse der RegTP hätten ein schutzwürdiges Vertrauen der Klägerin begründet (Urteil des Gerichtshofs vom 21. September 1983, Deutsche Milchkontor u. a., 205/82 bis 215/82, Slg. 1983, 2633, Randnrn. 30 und 31).

260 Bei ihrer Preisgestaltung habe sich die RegTP für ein „Soft Rebalancing“ zwischen Anschluss- und Verbindungsentgelten entschieden (Beschlüsse der RegTP vom 21. Dezember 2001 und vom 11. April 2002). Die Deutsche Bundespost habe aus sozialpolitischen Gründen günstige und daher für die Endkunden vorteilhafte Anschlussentgelte erhoben und die hieraus entstandenen Verluste durch eine Mischkalkulation mit Einnahmen aus — höher festgesetzten — Verbindungsentgelten ausgeglichen. Aus diesem Grund hätten das BMPT und anschließend die RegTP zunächst in Beschlüssen vom 9. Dezember 1997 und vom 23. Dezember 1999 im Rahmen des Price-Cap-Verfahrens Anschluss- und Verbindungsentgelte für Privat- und Geschäftskunden jeweils in einem Korb zusammengefasst. Die so festgesetzten Maßgrößen hätten bis Ende 2001 gegolten. Mit ihrem Price-Cap-Beschluss vom 21. Dezember 2001 habe die RegTP in einem zweiten Schritt die angestrebte schrittweise Tarifumstrukturierung selbst unmittelbar gestaltet. Sie habe die Körbe für Anschlüsse und Verbindungen getrennt und Maßgrößen für vier separate Körbe von Dienstleistungen festgelegt (vgl. oben, Randnr. 20). Aus diesem Beschluss der

RegTP vom 21. Dezember 2001 folge jedoch, dass sich die RegTP bewusst dagegen entschieden habe, eine Regulierung vorzunehmen, bei der sich die Anschlussentgelte isoliert betrachtet an den Kosten orientierten.

261 Allein die RegTP sei also für die von der Kommission angenommene Kosten-Preis-Schere verantwortlich. Die angebliche Kosten-Preis-Schere sei nämlich unmittelbare Folge der Regulierungsentscheidungen der RegTP und zuvor des BMPT sowie des ihnen zugrunde liegenden Regulierungskonzepts. Die Kommission dürfe keinen Verstoß der Klägerin gegen Art. 82 EG feststellen, da diese die verbindlichen Regulierungsentscheidungen der RegTP befolgt habe, die ein schutzwürdiges Vertrauen der Klägerin begründet hätten. Mit der angefochtenen Entscheidung unterwerfe die Kommission die Entgelte der Klägerin einer doppelten Regulierung und verstoße so gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und gegen die Rechtssicherheit, die durch die gemeinschaftsrechtliche Kompetenzordnung auf dem Gebiet der Telekommunikationsentgelte gewährleistet werde. Im Übrigen versuche die Kommission, mit dem Erlass der angefochtenen Entscheidung die Wahrnehmung der den deutschen Behörden auf dem Gebiet der Regulierung eingeräumten Zuständigkeiten durch diese zu korrigieren, obwohl sie zu diesem Zweck ein Vertragsverletzungsverfahren hätte einleiten müssen. Durch dieses Verhalten habe die Kommission ihr Ermessen missbraucht.

262 Die Kommission und die Streithelferinnen I und II kommen zu dem Ergebnis, dass der vorliegende Klagegrund zurückzuweisen sei.

2. Würdigung durch das Gericht

263 Als Erstes ist zur Rüge der Klägerin, die Kommission unterwerfe die Entgelte der Klägerin einer doppelten Regulierung und habe so gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und gegen die Rechtssicherheit verstoßen, festzustellen, dass der gemeinschaftsrechtliche Rahmen, auf den die Klägerin oben in Randnr. 258 verweist,

nicht die Befugnis zur Feststellung von Verstößen gegen die Art. 81 EG und 82 EG berührt, die die Kommission direkt aus Art. 3 Abs. 1 der Verordnung Nr. 17 und seit dem 1. Mai 2004 aus Art. 7 Abs. 1 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) ableitet.

264 Es ist bereits festgestellt worden, dass die Klägerin zwischen dem 1. Januar 1998 und dem 31. Dezember 2001 über ausreichenden Handlungsspielraum zur Beseitigung und ab dem 1. Januar 2002 über ausreichenden Handlungsspielraum zur Verringerung der in der angefochtenen Entscheidung festgestellten Kosten-Preis-Schere verfügte (vgl. oben, Randnrn. 97 bis 151). Ihr Verhalten fällt also in den Anwendungsbereich des Art. 82 EG.

265 Selbst wenn nicht ausgeschlossen werden könnte, dass die deutschen Behörden ebenfalls gegen das Gemeinschaftsrecht, insbesondere gegen die Bestimmungen der Richtlinie 90/388 in der durch die Richtlinie 96/19 geänderten Fassung, verstoßen hätten, indem sie sich für eine progressive Umstrukturierung zwischen Anschluss- und Verbindungsentgelten entschieden, würde ein solcher Verstoß, sollte er festzustellen sein, den tatsächlich vorhandenen Handlungsspielraum der Klägerin zur Verringerung der Kosten-Preis-Schere nicht beseitigen.

266 Die erste Rüge greift daher nicht durch.

267 Als Zweites ist hinsichtlich der Rüge, die auf den Vertrauensschutz gestützt wird, daran zu erinnern, dass die RegTP zwar in mehreren Beschlüssen, die in dem Zeitraum, auf den sich die angefochtene Entscheidung bezieht, erlassen wurden, die Frage nach dem Vorliegen einer aus den Entgelten der Klägerin resultierenden Kosten-Preis-Schere geprüft hat. Doch war die RegTP in diesen Beschlüssen, nachdem sie eine negative Spanne zwischen den Vorleistungs- und den Endkundenentgelten der Klägerin festgestellt hatte, jedes Mal der Auffassung, dass es den anderen Betreibern durch den Rückgriff auf eine Quersubventionierung zwischen Zugangs- und Verbindungsdiensten habe möglich sein müssen, ihren Endkunden wettbewerbsfähige Preise anzubieten (vgl. oben, Randnrn. 115 bis 119).

268 In den Beschlüssen der RegTP findet sich kein Verweis auf Art. 82 EG (vgl. oben, Randnr. 114). Zudem sind die Ausführungen der RegTP, „die Wettbewerber [würden] durch die lediglich geringe Differenz des Endkunden- und Vorleistungspreises in ihren Wettbewerbsmöglichkeiten im Ortsnetz nicht dergestalt beeinträchtigt, dass ein erfolgreicher Markteintritt bzw. ein Bestehen am Markt wirtschaftlich nicht möglich wäre“ (Beschluss der RegTP vom 29. April 2003), nicht dahin zu verstehen, dass die Preispolitik der Klägerin den Wettbewerb nicht im Sinne von Art. 82 EG verfälscht. Im Gegenteil ergibt sich implizit, aber notwendigerweise aus den Beschlüssen der RegTP, dass die Preispolitik der Klägerin eine wettbewerbswidrige Wirkung hat, denn die Wettbewerber der Klägerin müssen auf eine Quersubventionierung zurückgreifen, um auf dem Markt für Zugangsdienste wettbewerbsfähig zu bleiben (vgl. oben, Randnrn. 119 und 238).

269 Unter diesen Umständen konnten die Beschlüsse der RegTP kein schutzwürdiges Vertrauen der Klägerin in die Vereinbarkeit ihrer Preispolitik mit Art. 82 EG begründen. Zudem hat der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 10. Februar 2004, mit dem das Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 16. Januar 2002 aufgehoben wurde, festgestellt, dass das von der RegTP durchgeführte behördliche Prüfungsverfahren „die tatsächliche Möglichkeit nicht [ausschließt], dass ein Unternehmen einen Tarif vorlegt, mit dem es seine marktbeherrschende Stellung missbraucht, und hierfür eine Genehmigung erwirkt, weil der Missbrauch im Prüfungsverfahren nicht aufgedeckt wird“.

270 Als Drittes ist in Bezug auf die Rüge der Klägerin, die Kommission habe ihr Ermessen missbraucht, darauf hinzuweisen, dass eine Rechtshandlung nur dann ermessensmissbräuchlich ist, wenn aufgrund objektiver, schlüssiger und übereinstimmender Indizien anzunehmen ist, dass sie ausschließlich oder zumindest vorwiegend zu anderen als den angegebenen Zwecken erlassen worden ist (vgl. Urteil des Gerichtshofs vom 11. November 2004, Ramondín u. a./Kommission, C-186/02 P und C-188/02 P, Slg. 2004, I-10653, Randnr. 44 und die dort zitierte Rechtsprechung).

271 Die Kommission befasst sich in der angefochtenen Entscheidung nur mit der Preispolitik der Klägerin, nicht mit den Entscheidungen der deutschen Behörden. Selbst wenn die RegTP gegen eine Gemeinschaftsvorschrift verstoßen hätte und selbst

wenn die Kommission deshalb ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland hätte einleiten können, könnten solche Eventualitäten die Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung nicht berühren. Die Kommission hat sich in dieser Entscheidung nämlich darauf beschränkt, festzustellen, dass die Klägerin gegen Art. 82 EG verstoßen habe, eine Bestimmung, die sich nicht an Mitgliedstaaten richtet, sondern allein an Wirtschaftsteilnehmer. Die Kommission hat daher ihr Ermessen nicht missbraucht, als sie diese Feststellung auf der Grundlage von Art. 82 EG traf.

272 Der letzte Klagegrund ist daher ebenfalls zurückzuweisen.

II — *Zu den Hilfsanträgen auf Ermäßigung der verhängten Geldbuße*

273 Die Klägerin führt für ihre Hilfsanträge sechs Klagegründe an. Mit dem ersten rügt sie einen Verstoß gegen das rechtliche Gehör, mit dem zweiten einen Verstoß gegen Art. 253 EG. Für den dritten Klagegrund beruft sie sich auf das Fehlen eines fahrlässigen oder vorsätzlichen Fehlverhaltens von ihrer Seite und für den vierten auf die unzureichende Berücksichtigung der Entgeltregulierung bei der Bemessung der Geldbuße. Der fünfte Klagegrund betrifft die Bemessung der Dauer des Verstoßes und der sechste die Nichtberücksichtigung von Milderungsgründen.

A — *Zum ersten Klagegrund: Verstoß gegen das rechtliche Gehör*

1. Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

274 Die Klägerin trägt vor, dass die Kommission Art. 19 Abs. 1 der Verordnung Nr. 17 betreffend das rechtliche Gehör verletzt habe, weil sie in ihrer Mitteilung der

Beschwerdepunkte vom 2. Mai 2002 und in ihrem ergänzenden Schreiben vom 21. Februar 2003 weder tatsächliche noch rechtliche Feststellungen darüber getroffen habe, ob die angebliche Zuwiderhandlung „vorsätzlich oder fahrlässig" begangen worden sei (Urteil des Gerichtshofs vom 7. Juni 1983, Musique Diffusion Française u. a./Kommission, 100/80 bis 103/80, Slg. 1983, 1825, Randnr. 21, Beschluss des Gerichtshofs vom 25. März 1996, SPO u. a./Kommission, C-137/95 P, Slg. 1996, I-1611, Randnr. 53; Urteil des Gerichts vom 20. März 2002, HFB u. a./Kommission, T-9/99, Slg. 2002, II-1487, Randnr. 311). Für eine wirksame Verteidigung hätte der Klägerin nämlich im Verwaltungsverfahren mitgeteilt werden müssen, auf welche Tatsachen die Kommission den Vorwurf des vorsätzlichen oder fahrlässigen Fehlverhaltens gestützt habe.

275 Nach Ansicht der Kommission ist der vorliegende Klagegrund zurückzuweisen.

2. Würdigung durch das Gericht

276 Zunächst ist daran zu erinnern, dass in Art. 15 Abs. 2 Unterabs. 1 der Verordnung Nr. 17 die Voraussetzungen aufgeführt sind, die erfüllt sein müssen, damit die Kommission Geldbußen festsetzen kann (Anwendungsvoraussetzungen). Zu diesen Voraussetzungen zählt der vorsätzliche oder fahrlässige Charakter der festgestellten Zuwiderhandlung (Beschluss SPO u. a./Kommission, oben in Randnr. 274 angeführt, Randnr. 53).

277 Weiter ist daran zu erinnern, dass die Kommission in der Mitteilung der Beschwerdepunkte eine knappe vorläufige Beurteilung der Dauer und der Schwere der behaupteten Zuwiderhandlung sowie der Frage, ob die Zuwiderhandlung im konkreten Fall vorsätzlich oder fahrlässig begangen wurde, treffen muss. Die Angemessenheit dieser vorläufigen Beurteilung, die die Adressaten einer Mitteilung der Beschwerdepunkte in die Lage versetzen soll, sich hiergegen zu verteidigen, ist nicht nur anhand des Wortlauts des in Rede stehenden Rechtsakts, sondern auch anhand seines Kontextes sowie sämtlicher einschlägigen Rechtsvorschriften zu beurteilen (Urteil des Gerichts vom 8. Juli 2004, Corus UK/Kommission, T-48/00, Slg. 2004, II-2325, Randnr. 146).

278 In der Mitteilung der Beschwerdepunkte (Randnrn. 95 bis 140) hat die Kommission die Klägerin von ihrer Auffassung in Kenntnis gesetzt, dass die Preispolitik der Klägerin und insbesondere die sich aus den negativen oder unzureichenden Spannen zwischen ihren Vorleistungs- und Endkundenpreisen ergebende Kosten-Preis-Schere gegen Art. 82 EG verstießen. Sie hat in der Mitteilung der Beschwerdepunkte (Randnrn. 141 bis 152) außerdem den Handlungsspielraum der Klägerin zur Festsetzung ihrer Entgelte geprüft und damit die Frage nach dem Verschulden der Klägerin für die vorgeworfenen Verhaltensweisen erörtert.

279 Unter diesen Umständen ist festzustellen, dass die Informationen zu den Anwendungsvoraussetzungen des Art. 15 Abs. 2 Unterabs. 1 der Verordnung Nr. 17 in der Mitteilung der Beschwerdepunkte ausreichend präzise waren. Da zudem die fahrlässig begangenen Zuwiderhandlungen unter dem Gesichtspunkt des Wettbewerbs nicht weniger schwerwiegend sind als die vorsätzlich begangenen (Beschluss SPO u. a./Kommission, oben in Randnr. 274 angeführt, Randnr. 55), musste die Klägerin über keine präziseren Angaben zu ihrem Verschulden verfügen, um ihre Verteidigungsrechte wirksam ausüben zu können.

280 Jedenfalls hat die Klägerin ihre Verteidigungsrechte in Bezug auf diese Frage tatsächlich ausgeübt, da sie in ihrer Antwort auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte ein Verschulden ihrerseits unter Verweis auf die nationale Regulierung ihrer Entgelte bestritten hat.

281 Der erste Klagegrund ist daher zurückzuweisen.

B — *Zum zweiten Klagegrund: Verstoß gegen Art. 253 EG*

1. Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

282 Die Klägerin trägt vor, dass in der angefochtenen Entscheidung die Gründe genannt werden müssten, aus denen die Kommission schließe, dass die Voraussetzungen für

die Verhängung einer Geldbuße vorlägen (Urteil Remia u. a./Kommission, oben in Randnr. 185 angeführt, Randnr. 26; Urteile des Gerichts vom 24. Januar 1992, La Cinq/Kommission, T-44/90, Slg. 1992, II-1, Randnr. 43, und vom 29. Juni 1993, Asia Motor France u. a./Kommission, T-7/92, Slg. 1993, II-669, Randnr. 30). Die angefochtene Entscheidung, in der sich keine Feststellungen zur Fahrlässigkeit oder Vorsätzlichkeit des Verstoßes fänden, verstoße gegen Art. 253 EG, so dass die Geldbuße aufzuheben sei.

283 Die Kommission vertritt die Auffassung, der vorliegende Klagegrund sei zurückzuweisen.

2. Würdigung durch das Gericht

284 Zunächst ist daran zu erinnern, dass es sich bei der Begründungspflicht des Art. 253 EG um ein wesentliches Formerfordernis handelt, das von der Stichhaltigkeit der Begründung zu unterscheiden ist, die zur materiellen Rechtmäßigkeit des streitigen Rechtsakts gehört. Die nach Art. 253 EG vorgeschriebene Begründung muss der Natur des betreffenden Rechtsakts angepasst sein und die Überlegungen des Gemeinschaftsorgans, das den Rechtsakt erlassen hat, so klar und eindeutig zum Ausdruck bringen, dass die Betroffenen ihr die Gründe für die erlassene Maßnahme entnehmen können und das zuständige Gericht seine Kontrollaufgabe wahrnehmen kann (Urteil des Gerichtshofs vom 22. März 2001, Frankreich/Kommission, C-17/99, Slg. 2001, I-2481, Randnr. 35).

285 In der Begründung brauchen nicht alle tatsächlich oder rechtlich einschlägigen Gesichtspunkte genannt zu werden, da die Frage, ob die Begründung eines Rechtsakts den Erfordernissen des Art. 253 EG genügt, nicht nur anhand seines Wortlauts zu beurteilen ist, sondern auch anhand seines Kontextes sowie sämtlicher Rechtsvorschriften auf dem betreffenden Gebiet (Urteile des Gerichtshofs vom 22. März 2001, Frankreich/Kommission, oben in Randnr. 284 angeführt, Randnr. 36, und vom 19. September 2002, Spanien/Kommission, C-113/00, Slg. 2002, I-7601, Randnr. 48).

286 Zum einen ist festzustellen, dass die angefochtene Entscheidung (zweiter Bezugsvermerk) auf Art. 15 Abs. 2 der Verordnung Nr. 17 verweist. In Unterabs. 1 dieser Bestimmung sind die Voraussetzungen aufgeführt, die erfüllt sein müssen, damit die Kommission Geldbußen festsetzen kann (Anwendungsvoraussetzungen). Zu diesen Voraussetzungen zählt der vorsätzliche oder fahrlässige Charakter der festgestellten Zuwiderhandlung (Beschluss SPO u. a./Kommission, oben in Randnr. 274 angeführt, Randnr. 53).

287 Zum anderen stellt die Kommission in der angefochtenen Entscheidung in den Randnrn. 102 bis 162 und 176 bis 183 detailliert dar, aus welchen Gründen sie annimmt, dass die Preispolitik der Klägerin missbräuchlich im Sinne von Art. 82 EG sei, und in den Randnrn. 163 bis 175, warum die Klägerin als verantwortlich für den festgestellten Verstoß anzusehen sei, obwohl die deutschen Behörden ihre Tarife genehmigen müssten.

288 Somit ist die angefochtene Entscheidung hinsichtlich der Anwendung der Voraussetzungen des Art. 15 Abs. 2 Unterabs. 1 der Verordnung Nr. 17 auf den vorliegenden Fall hinreichend begründet.

289 Auch dieser Klagegrund ist daher zurückzuweisen.

C — *Zum dritten Klagegrund: Kein fahrlässiges oder vorsätzliches Fehlverhalten der Klägerin*

1. Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

290 Die Klägerin macht geltend, sie habe weder fahrlässig noch vorsätzlich gehandelt.

291 Erstens seien ihre Vorleistungs- und Endkundenentgelte sämtlich Gegenstand von Genehmigungsentscheidungen des BMPT und später der RegTP gewesen. Sie habe daher auf die Rechtmäßigkeit dieser Entgelte vertrauen dürfen. Die RegTP sei ein unabhängiges und neutrales staatliches Gremium. Die RegTP und nicht sie habe sicherstellen müssen, dass die Vorleistungs- und Endkundenentgelte im Einklang mit Art. 82 EG gestanden hätten. Außerdem habe das Oberlandesgericht Düsseldorf in seinem Urteil vom 16. Januar 2002 die Verantwortlichkeit der Klägerin für die von der RegTP festgesetzten Entgelte verneint.

292 Zweitens sei sie in einer Besprechung am 17. April 2000 von Bediensteten der Kommission darüber informiert worden, dass das Verfahren gegen sie nicht weiter verfolgt werde, da die Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland eingeleitet habe. Es hätten zwischen Januar 2000 und Juni 2001 — und damit während ungefähr anderthalb Jahren — keine Ermittlungen der Kommission stattgefunden. Aus diesem Verhalten der Kommission habe die Klägerin schließen dürfen, dass die Kommission jedenfalls im Zeitraum von Januar 2000 bis Juni 2001 keine hinreichende Grundlage für einen Missbrauchsvorwurf gegen sie gesehen habe. In ihrer Erwiderung fügt die Klägerin hinzu, dass sie aus der Einleitung des Vertragsverletzungsverfahrens, dem Ruhen des Missbrauchsverfahrens und den Erläuterungen der Kommission anlässlich der Besprechung am 17. April 2000 den Schluss gezogen habe, dass die Kommission den Vorwurf eines Verstoßes gegen Art. 82 EG fallen gelassen habe.

293 Da es an einer Gemeinschaftsrechtsprechung und an einer Entscheidungspraxis der Kommission zur Kosten-Preis-Schere im Telekommunikationsbereich fehle, habe die Klägerin drittens an der Richtigkeit der Beurteilung durch die RegTP nie gezweifelt. Zudem habe sie aufgrund der Entscheidungspraxis der RegTP, die sich wiederholt eingehend mit der Kosten-Preis-Scheren-Problematik befasst habe, davon ausgehen können, dass die Kommission letztlich zu demselben Ergebnis wie die RegTP kommen werde.

294 Nach Ansicht der Kommission und der Streithelferinnen II ist der vorliegende Klagegrund zurückzuweisen.

2. Würdigung durch das Gericht

295 Was die Frage angeht, ob die Zuwiderhandlungen vorsätzlich oder fahrlässig begangen worden sind, so dass sie gemäß Art. 15 Abs. 2 Unterabs. 1 der Verordnung Nr. 17 mit einer Geldbuße geahndet werden können, ist entschieden worden, 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 (Urteile des Gerichts vom 1. April 1993, BPB Industries und British Gypsum/Kommission, T-65/89, Slg. 1993, II-389, Randnr. 165, und vom 6. Oktober 1994, Tetra Pak/Kommission, T-83/91, Slg. 1994, II-755, Randnr. 238).

296 Im vorliegenden Fall konnte sich die Klägerin nicht im Unklaren darüber sein, dass sie trotz der Genehmigungsbeschlüsse der RegTP über einen tatsächlichen Handlungsspielraum zur Festsetzung ihrer Endkundenentgelte und damit zur Verringerung der Kosten-Preis-Schere durch Erhöhung dieser Entgelte verfügte. Zudem konnte sich die Klägerin nicht im Unklaren darüber sein, dass die Kosten-Preis-Schere insbesondere wegen der Monopolstellung der Klägerin auf dem Vorleistungsmarkt und ihrer Quasimonopolstellung auf dem Markt für Endkunden-Zugangsdienste zu schwerwiegenden Wettbewerbsbeschränkungen führte (Randnrn. 97 bis 100 der angefochtenen Entscheidung).

297 Die Anwendungsvoraussetzungen für die Festsetzung der Geldbußen durch die Kommission sind demnach erfüllt (Beschluss SPO u. a./Kommission, oben in Randnr. 274 angeführt, Randnr. 53).

298 Ferner beeinflusst die Eröffnung eines Vorverfahrens gegen die Bundesrepublik Deutschland nicht die Anwendungsvoraussetzungen des Art. 15 Abs. 2 Unterabs. 1 der Verordnung Nr. 17. Die Klägerin konnte sich nämlich weder im Unklaren darüber sein, dass sie über einen tatsächlichen Handlungsspielraum zur Erhöhung ihrer Endkundenpreise verfügte, noch darüber, dass ihre Preispolitik die Entwicklung des Wettbewerbs auf dem Markt für Zugangsdienste zu den Teilnehmeranschlussleitungen behinderte, auf dem der Wettbewerb insbesondere wegen ihrer Anwesenheit bereits geschwächt war (vgl. in diesem Sinne Urteil Hoffmann-La Roche/Kommission, oben in Randnr. 226 angeführt, Randnr. 91).

299 Schließlich ist das Vorbringen, die RegTP habe die Kosten-Preis-Schere geprüft, aus den oben in den Randnrn. 267 bis 269 genannten Gründen zu verwerfen.

300 Damit ist der dritte Klagegrund ebenfalls zurückzuweisen.

D — *Zum vierten und zum sechsten Klagegrund: Unzureichende Berücksichtigung der Entgeltregulierung bei der Bemessung der Geldbuße und unzureichende Berücksichtigung weiterer Milderungsgründe*

1. Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

301 Nach Ansicht der Klägerin hätte die Kommission den behaupteten Verstoß nicht als schweren Verstoß bewerten dürfen. Der Tatbeitrag der Klägerin hierzu sei gering gewesen, da die streitigen Entgelte von der RegTP festgelegt worden seien. Nach den Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen, die gemäß Art. 15 Abs. 2 der Verordnung Nr. 17 und gemäß Art. 65 Abs. 5 EGKS-Vertrag festgesetzt werden (ABl. 1998, C 9, S. 3, im Folgenden: Leitlinien), könne der Verstoß daher

allenfalls als minder schwer bewertet werden. Mit Beschluss vom 19. Dezember 2002 habe die RegTP sogar einen Antrag der Klägerin auf Erhöhung ihrer Endkundenentgelte über die Maßgrößen hinaus abgelehnt, obwohl sich die Klägerin für diesen Antrag zur Rechtfertigung der Überschreitung der Maßgrößen auf das Verfahren der Kommission berufen habe.

302 Die Ermäßigung des Grundbetrags der Geldbuße um 10 %, die zuerkannt worden sei, um der Entgeltregulierung durch die RegTP Rechnung zu tragen, reiche deshalb nicht aus. Die Beschlüsse der RegTP hätten „berechtigte Zweifel an der Rechtswidrigkeit" des Verhaltens der Klägerin im Sinne der genannten Leitlinien begründet. Die Klägerin verweist außerdem auf die Entscheidung 2001/892/EG der Kommission vom 25. Juli 2001 in einem Verfahren nach Artikel 82 EG-Vertrag (COMP/C-1/36.915 — Deutsche Post AG — Aufhaltung grenzüberschreitender Postsendungen, ABl. L 331, S. 40, im Folgenden: Entscheidung Deutsche Post), in der die Kommission nur eine symbolische Geldbuße festgesetzt habe, weil das Verhalten des betreffenden Unternehmens im Einklang mit der Rechtsprechung deutscher Gerichte gestanden und keine gemeinschaftsrechtliche Rechtsprechung zum Sachverhalt der grenzüberschreitenden Briefpostdienste vorgelegen habe.

303 Bei der Festsetzung der Geldbuße hätte die Kommission auch weitere mildernde Umstände berücksichtigen müssen, nämlich das Fehlen einer schwerwiegenden Wettbewerbsbeeinträchtigung und die Tatsache, dass die niedrigen Endkundenentgelte der Klägerin sozialen Belangen dienten.

304 In ihrer Erwiderung weist die Klägerin auf das Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 16. Januar 2002 hin. Dieses Gericht habe entschieden, dass die Erhebung der von der RegTP festgesetzten Entgelte kein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch die Klägerin sein könne und dass die Stellung eines Entgeltantrags durch die Klägerin allein nicht genüge, um ihr einen Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht zur Last zu legen. Nach Ansicht des Gerichts bestehe aus wettbewerbsrechtlicher Sicht keine Verpflichtung der Klägerin, andere Anträge zu stellen. Die Klägerin ist darüber hinaus der Auffassung, dass gegen sie eine symbolische

Geldbuße hätte verhängt werden können, weil die Entgelte nicht nur teilweise im Einklang mit der Rechtsprechung deutscher Gerichte stünden (Randnr. 193 der Entscheidung Deutsche Post), sondern sogar von der RegTP verbindlich festgelegt worden seien.

305 Die Kommission und die Streithelferinnen I und II sind der Meinung, dass der vorliegende Klagegrund zurückgewiesen werden sollte.

2. Würdigung durch das Gericht

306 In den Randnrn. 206 und 207 der angefochtenen Entscheidung hat die Kommission den Verstoß als schweren und nicht als besonders schweren Verstoß bewertet, soweit es um den Zeitraum vom 1. Januar 1998 bis 31. Dezember 2001 geht, weil zum einen die Methode zur Ermittlung der Kosten-Preis-Schere auf der Grundlage des gewichteten Ansatzes neu und noch nicht Gegenstand einer förmlichen Entscheidung gewesen sei und zum anderen die Klägerin die Kosten-Preis-Schere, zumindest seit 1999, stetig verringert habe.

307 Für den Zeitraum vom 1. Januar 2002 bis Mai 2003 hat die Kommission einen minder schweren Verstoß angenommen (Randnr. 207 der angefochtenen Entscheidung), da „die rechtliche Möglichkeit der [Klägerin], die Kosten-Preis-Schere zumindest teilweise zu beseitigen, auf eine Erhöhung der T-DSL-Entgelte beschränkt“ gewesen sei (Randnr. 206 der angefochtenen Entscheidung). Sie hat zudem für denselben Zeitraum von einer Erhöhung der Geldbuße wegen der Dauer des Verstoßes „aufgrund der regulatorischen Einschränkungen des Freiraums der [Klägerin] zur Vornahme von Tarifänderungen“ (Randnr. 211 der angefochtenen Entscheidung) abgesehen.

308 In Randnr. 212 der angefochtenen Entscheidung hat die Kommission als mildernden Umstand anerkannt, dass „es sich bei den im vorliegenden Verfahren in Frage stehenden Endkunden- und Vorleistungsentgelten der [Klägerin] um Entgelte handelt, die seit Beginn 1998 Gegenstand einer sektorspezifischen Regulierung auf nationaler Ebene waren und auch gegenwärtig noch sind".

309 Auf der Grundlage der vorstehenden Erwägungen hat die Kommission in Art. 3 der angefochtenen Entscheidung gegen die Klägerin eine Geldbuße in Höhe von 12,6 Millionen Euro festgesetzt. Die Höhe der Geldbuße hat sie anhand der Berechnungsmethode ermittelt, die sie in den Leitlinien festgelegt hatte. So wurde der Betrag für die Schwere des Verstoßes nach Nr. 1 A Abs. 2 der Leitlinien auf 10 Millionen Euro festgesetzt (Randnr. 207 der angefochtenen Entscheidung). Nach Nr. 1 B Abs. 1 der Leitlinien wurde dieser Betrag unter Berücksichtigung der Dauer des Verstoßes für den Zeitraum vom 1. Januar 1998 bis 31. Dezember 2001 um 40 % erhöht, woraus sich ein Grundbetrag von 14 Millionen Euro ergibt (Randnr. 211 der angefochtenen Entscheidung). Dieser Betrag wurde anschließend um 10 % reduziert, um gemäß Nr. 3 der Leitlinien den mildernden Umständen Rechnung zu tragen.

310 Es ist festzustellen, dass entgegen der Ansicht der Klägerin die Kommission den Verstoß für den Zeitraum vom 1. Januar 1998 bis 31. Dezember 2001 als schweren Verstoß bewerten durfte (Randnr. 207 der angefochtenen Entscheidung). Die beanstandete Preispolitik erhöht die Schranken für den Eintritt in kürzlich liberalisierte Märkte und gefährdet so das reibungslose Funktionieren des Gemeinsamen Marktes. Nach den Leitlinien (Nr. 1 A Abs. 2) sind ausschließende Verhaltensweisen eines Unternehmens in beherrschender Stellung als schwerer Verstoß anzusehen und sogar als besonders schwerer Verstoß, wenn sie von Unternehmen in Quasimonopolstellung begangen werden.

311 Was die Beteiligung der RegTP an der Festsetzung der Entgelte der Klägerin angeht, so ist daran zu erinnern, dass das Verhalten des betroffenen Unternehmens bei der Bemessung der Sanktion im Licht des mildernden Umstands beurteilt werden kann,

den der nationale rechtliche Rahmen bildet (vgl. in diesem Sinne Urteile Suiker Unie u. a./Kommission, oben in Randnr. 89 angeführt, Randnr. 620, und CIF, oben in Randnr. 86 angeführt, Randnr. 57).

312 In der mündlichen Verhandlung hat die Kommission erläutert, dass die Reduzierung der Geldbuße um 10 %, die gewährt worden sei, um der Tatsache Rechnung zu tragen, dass „es sich bei den … Endkunden- und Vorleistungsentgelten der [Klägerin] um Entgelte handelt, die … Gegenstand einer sektorspezifischen Regulierung auf nationaler Ebene … sind“ (Randnr. 212 der angefochtenen Entscheidung), mit der Beteiligung der RegTP an der Festsetzung der Preise der Klägerin und damit im Zusammenhang stehe, dass diese nationale Behörde in dem Zeitraum, auf den sich die angefochtene Entscheidung beziehe, mehrfach das Vorliegen einer sich aus der Preispolitik der Klägerin ergebenden Kosten-Preis-Schere geprüft habe.

313 Angesichts des Ermessens, über das die Kommission bei der Festlegung der Höhe der Geldbuße verfügt (Urteile des Gerichts vom 6. April 1995, Martinelli/Kommission, T-150/89, Slg. 1995, II-1165, Randnr. 59, und vom 26. April 2007, Bolloré u. a./Kommission, T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 und T-136/02, Slg. 2007, II-947, Randnr. 580), ist festzustellen, dass die Kommission den in der vorstehenden Randnummer erwähnten Gesichtspunkten dadurch gebührend Rechnung getragen hat, dass sie den Grundbetrag der Geldbuße um 10 % reduzierte.

314 Zur vorgetragenen sozialen Aufgabe der Klägerin ist darauf hinzuweisen, dass nach Art. 86 Abs. 2 EG für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, die Vorschriften des EG-Vertrags, insbesondere die Wettbewerbsregeln, gelten, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Selbst unter der Annahme, dass die Klägerin mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne dieser Bestimmung betraut worden wäre, fehlt es an jeglichem Vortrag der Klägerin, warum die in der angefochtenen Entscheidung gerügte Preispolitik für die Erfüllung dieser Aufgabe erforderlich sein soll. Dieses Argument ist daher zu verwerfen.

315 Die Klägerin beruft sich außerdem auf die Entscheidung Deutsche Post und ist der Auffassung, dass die Kommission gegen sie — genauso wie gegen das Unternehmen in beherrschender Stellung in jener Entscheidung — eine symbolische Geldbuße hätte verhängen müssen.

316 Hierzu ist zunächst daran zu erinnern, dass 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 kann, die Geldbußen in den Grenzen der Verordnung Nr. 17 zu erhöhen, wenn dies erforderlich ist, um die Durchführung der gemeinschaftlichen Wettbewerbspolitik sicherzustellen. Die wirksame Anwendung der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln verlangt nämlich, dass die Kommission die Höhe der Geldbußen jederzeit den Erfordernissen dieser Politik anpassen kann (vgl. Urteil Bolloré u. a./Kommission, oben in Randnr. 313 angeführt, Randnr. 376 und die dort zitierte Rechtsprechung).

317 Weiter ist festzustellen, dass sich die Situation der Klägerin wesentlich von der Situation des von der Entscheidung Deutsche Post betroffenen Unternehmens unterscheidet.

318 Aus den Randnrn. 192 und 193 der Entscheidung Deutsche Post, in der es um einen Missbrauch bei der Bearbeitung grenzüberschreitender Postsendungen ging, ergibt sich nämlich, dass die Kommission es aus drei Gründen für angemessen hielt, gegen das von der Entscheidung betroffene Unternehmen nur eine symbolische Geldbuße zu verhängen: Erstens habe das Verhalten des betroffenen Unternehmens im Einklang mit der Rechtsprechung deutscher Gerichte gestanden; zweitens habe es keine gemeinschaftliche Rechtsprechung zum speziellen Sachverhalt der grenzüberschreitenden Briefpostdienste gegeben, und drittens habe das betroffene Unternehmen eine Verpflichtungserklärung abgegeben, ein detailliertes Verfahren für die Bearbeitung eingehender grenzüberschreitender Briefsendungen einzuführen, mit dem Schwierigkeiten in der Praxis vermieden und etwaige künftige Beeinträchtigungen des freien Wettbewerbs leichter feststellbar sein würden.

319 Im vorliegenden Fall ist erstens festzustellen, dass das einzige Urteil deutscher Gerichte, auf das sich die Klägerin beruft, das Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf ist, das am 16. Januar 2002 verkündet wurde, also in dem Zeitraum, für den der Verstoß in der angefochtenen Entscheidung (Randnr. 207) als minder schwerer Verstoß bewertet wurde. Jedenfalls wurde dieses Urteil mit Urteil des Bundesgerichtshofs vom 10. Februar 2004 aufgehoben. Zweitens ergibt sich aus der angefochtenen Entscheidung (Randnrn. 106 und 206), dass die Kommission dieselben Grundsätze angewandt hat, wie sie der Entscheidung Napier Brown/British Sugar von 1988 zugrunde lagen. In ihrer Mitteilung vom 22. August 1998 über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Zugangsvereinbarungen im Telekommunikationsbereich — Rahmen, relevante Märkte und Grundsätze (Randnrn. 117 bis 119) hatte die Kommission aber bereits angekündigt, dass sie die Grundsätze der Entscheidung Napier Brown/British Sugar auf den Telekommunikationssektor übertragen wolle. Der einzige neue Aspekt in der angefochtenen Entscheidung ist „der gewichtete Ansatz. Dieser war … zu verwenden, [weil] 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“ (Randnr. 206 der angefochtenen Entscheidung). Doch hat die Kommission der Neuheit dieses Ansatzes damit Rechnung getragen, dass sie den Verstoß für den Zeitraum vom 1. Januar 1998 bis 31. Dezember 2001 als schweren und nicht als besonders schweren Verstoß bewertet hat (Randnr. 206 der angefochtenen Entscheidung). Drittens hat die Klägerin in der vorliegenden Rechtssache keine Verpflichtungserklärung abgegeben, zukünftig jeden weiteren Verstoß zu unterlassen.

320 Da die drei in der Entscheidung Deutsche Post aufgestellten Kriterien im vorliegenden Fall nicht erfüllt sind, kann dem Argument, das sich auf das Ergebnis dieser Entscheidung stützt, also nicht gefolgt werden.

321 Nach alledem ist der vorliegende Klagegrund zurückzuweisen.

E — *Zum fünften Klagegrund: Fehlerhafte Bemessung der Dauer des Verstoßes*

1. Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

322 Die Klägerin erinnert daran, dass die Kommission die Geldbuße wegen der angeblichen Schwere des Verstoßes im Zeitraum von 1998 bis 2001 erhöht habe. Die Kommission habe jedoch in der angefochtenen Entscheidung (Randnr. 208) selbst eingeräumt, dass der Klägerin die missbräuchliche Struktur ihrer Entgelte erst seit 1999 bekannt gewesen sei.

323 Die Klägerin sei in der Besprechung am 17. April 2000 von Bediensteten der Kommission darüber informiert worden, dass diese ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland einleiten werde. Aufgrund dieser Information und der langen Dauer des Verwaltungsverfahrens habe die Kommission selbst die Auffassung der Klägerin verstärkt, dass ihre Entgelte nicht gegen Art. 82 EG verstießen, und so zur Dauer des Verstoßes beigetragen. Diese Dauer dürfe daher nicht vollständig für die Festsetzung der Geldbuße berücksichtigt werden (Urteil des Gerichtshofs vom 6. März 1974, Istituto chemioterapico italiano und Commercial Solvents/Kommission, 6/73 und 7/73, Slg. 1974, 223, Randnr. 51).

324 Nach Ansicht der Kommission ist der vorliegende Klagegrund zurückzuweisen.

2. Würdigung durch das Gericht

325 Soweit die Klägerin im Rahmen des vorliegenden Klagegrundes die Bemessung der Dauer des Verstoßes rügt, ist festzustellen, dass sie mit den Hilfsanträgen der

Klageschrift nicht nur eine Herabsetzung der Geldbuße begehrt, sondern auch die teilweise Nichtigerklärung des Art. 1 der angefochtenen Entscheidung (Urteil des Gerichts vom 25. Oktober 2005, Groupe Danone/Kommission, T-38/02, Slg. 2005, II-4407, Randnrn. 210 bis 214).

326 Zur Würdigung der Begründetheit des Klagegrundes ist daran zu erinnern, dass die Kommission in der angefochtenen Entscheidung auf Beschwerden der Wettbewerber der Klägerin aus dem Jahr 1999 Bezug nimmt. Nach Ansicht der Kommission ist der Klägerin daher seit diesem Zeitpunkt „der Vorwurf einer möglicherweise missbräuchlichen Entgeltstruktur für den Zugang zum Ortsnetz auch bekannt" (Randnr. 208 der angefochtenen Entscheidung).

327 Dass die Klägerin von dem gegen sie erhobenen Vorwurf, sie missbrauche ihre beherrschende Stellung, erst ab 1999 Kenntnis hatte, ist für das Vorliegen der Rechtswidrigkeit ihres Verhalten ab dem 1. Januar 1998 unerheblich. Der Begriff der missbräuchlichen Ausnutzung im Sinne von Art. 82 EG ist nämlich ein objektiver Begriff (Urteile Hoffmann-La Roche/Kommission, oben in Randnr. 226 angeführt, Randnr. 91, AKZO/Kommission, oben in Randnr. 189 angeführt, Randnr. 69, und Beschluss Piau/Kommission, oben in Randnr. 233 angeführt, Randnr. 37; Urteil Irish Sugar/Kommission, oben in Randnr. 122 angeführt, Randnr. 111). Die subjektive Kenntnis des Unternehmens in beherrschender Stellung vom missbräuchlichen Charakter seines Verhaltens ist damit keine Anwendungsvoraussetzung des Art. 82 EG.

328 Das erste Argument ist deshalb zurückzuweisen.

329 Dem Argument der Klägerin, dass die Geldbuße niedriger ausgefallen wäre, wenn die Entscheidung früher erlassen worden wäre, ist ebenfalls nicht zu folgen. Es handelt sich nämlich um ein rein hypothetisches Argument. Ferner ergibt sich aus der angefochtenen Entscheidung (Randnr. 211), dass die Kommission von einer Erhöhung der Geldbuße für den Zeitraum vom 1. Januar 2002 bis Mai 2003 ganz abgesehen hat.

330 Das zweite Argument ist demnach zu verwerfen, so dass der letzte Klagegrund insgesamt keinen Erfolg hat. Daher ist die Klage abzuweisen.

Kosten

331 Nach Art. 87 § 2 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da die Klägerin unterlegen ist, sind ihr gemäß dem Antrag der Kommission neben ihren eigenen Kosten die Kosten der Kommission aufzuerlegen.

332 Die Streithelferinnen tragen nach Art. 87 § 4 Abs. 3 der Verfahrensordnung ihre eigenen Kosten.

Aus diesen Gründen hat

DAS GERICHT (Fünfte erweiterte Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

1. Die Klage wird abgewiesen.

2. Die Deutsche Telekom AG trägt ihre eigenen Kosten und die Kosten der Kommission.

3. Die Arcor AG & Co. KG zum einen sowie die Versatel NRW GmbH, die EWE TEL GmbH, die HanseNet Telekommunikation GmbH, die Versatel Nord-Deutschland GmbH, die NetCologne Gesellschaft für Telekommunikation mbH, die Versatel Süd-Deutschland GmbH und die Versatel West-Deutschland GmbH zum anderen tragen ihre eigenen Kosten.

Vilaras Martins Ribeiro Šváby

Jürimäe Wahl

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 10. April 2008.

Der Kanzler Der Präsident

E. Coulon M. Vilaras

Inhaltsverzeichnis

Sachverhalt ..... II - 488

I — Vorleistungen ..... II - 489

II — Endkunden-Zugangsdienste ..... II - 491

A — Endkundenentgelte für Analog- und ISDN-Anschlüsse (T-Net und T-ISDN) II - 492

B — Entgelte für ADSL-Anschlüsse (T-DSL) ..... II - 494

Verwaltungsverfahren ..... II - 495

Angefochtene Entscheidung ..... II - 496

Verfahren ..... II - 502

Anträge der Verfahrensbeteiligten ..... II - 506

Rechtliche Würdigung ..... II - 507

I — Zu den Hauptanträgen auf Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidung .... II - 507

A — Zum ersten Klagegrund: Verstoß gegen Art. 82 EG ..... II - 507

1. Erster Teil: Kein missbräuchliches Verhalten mangels ausreichenden Handlungsspielraums der Klägerin zur Vermeidung der Kosten-Preis-Schere ..... II - 508

a) Vorbringen der Verfahrensbeteiligten ..... II - 508

b) Würdigung durch das Gericht ..... II - 514

i) Vorbemerkungen ..... II - 514

ii) Angefochtene Entscheidung ..... II - 516

iii) Zum Fehlen eines missbräuchlichen Verhaltens mangels ausreichenden Handlungsspielraums der Klägerin zur Vermeidung der Kosten-Preis-Schere durch Erhöhung ihrer Endkundenentgelte im Zeitraum vom 1. Januar 1998 bis 31. Dezember 2001 ..... II - 517

iv) Zum Fehlen eines missbräuchlichen Verhaltens mangels ausreichenden Handlungsspielraums der Klägerin zur Verringerung der Kosten-Preis-Schere durch Erhöhung ihrer Endkundenentgelte für den ADSL-Zugang ab 1. Januar 2002 ..... II - 528

2. Zweiter Teil: Rechtswidrigkeit der Methode der Kommission zur Feststellung der Kosten-Preis-Schere ..... II - 532

a) Vorbringen der Verfahrensbeteiligten ..... II - 532

b) Würdigung durch das Gericht ..... II - 537

i) Zur Frage, ob die Kommission in der angefochtenen Entscheidung hätte nachweisen müssen, dass die Endkundenpreise der Klägerin für sich genommen missbräuchlich waren ..... II - 537

ii) Zur Methode der Kommission für die Berechnung der Kosten-Preis-Schere ..... II - 538

Angefochtene Entscheidung ..... II - 538

Rechtmäßigkeit der Methode der Kommission ..... II - 541

— Vorbemerkungen ..... II - 541

— Zum Vorwurf der Rechtswidrigkeit der Methode für die Berechnung der Kosten-Preis-Schere auf der Grundlage der Entgelte und Kosten des vertikal integrierten Unternehmens in beherrschender Stellung ohne Berücksichtigung der spezifischen Stellung der Wettbewerber auf dem Markt ..... II - 543

— Zur Rüge, die Kommission habe nur die Einnahmen aus allen Zugangsdiensten, aber unter Ausschluss der Einnahmen aus anderen Diensten, insbesondere solche aus Gesprächsverbindungen, berücksichtigt ..... II - 546

— Zur Rüge, die Kündigungsentgelte bei den Vorleistungen seien in die Berechnung der Kosten-Preis-Schere eingeflossen ..... II - 549

3. Dritter Teil: Vorwurf eines Rechenfehlers bei der Feststellung der Kosten-Preis-Schere ..... II - 551

a) Vorbringen der Verfahrensbeteiligten ..... II - 551

b) Würdigung durch das Gericht ..... II - 552

4. Vierter Teil: Keine Auswirkungen der festgestellten Kosten-Preis-Schere auf den Markt ..... II - 554

a) Vorbringen der Verfahrensbeteiligten ..... II - 554

b) Würdigung durch das Gericht ..... II - 557

B — Zum zweiten Klagegrund: Fehlerhaftigkeit des Tenors der angefochtenen Entscheidung ..... II - 561

1. Vorbringen der Verfahrensbeteiligten ..... II - 561

2. Würdigung durch das Gericht ..... II - 562

C — Zum dritten Klagegrund: Ermessensmissbrauch und Verstoß gegen die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit, der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes ..... II - 564

1. Vorbringen der Verfahrensbeteiligten ..... II - 564

2. Würdigung durch das Gericht ..... II - 566

II — Zu den Hilfsanträgen auf Ermäßigung der verhängten Geldbuße ..... II - 569

A — Zum ersten Klagegrund: Verstoß gegen das rechtliche Gehör ..... II - 569

1. Vorbringen der Verfahrensbeteiligten ..... II - 569

2. Würdigung durch das Gericht ..... II - 570

B — Zum zweiten Klagegrund: Verstoß gegen Art. 253 EG ..... II - 571

1. Vorbringen der Verfahrensbeteiligten ..... II - 571

2. Würdigung durch das Gericht ..... II - 572

C — Zum dritten Klagegrund: Kein fahrlässiges oder vorsätzliches Fehlverhalten der Klägerin ..... II - 573

1. Vorbringen der Verfahrensbeteiligten ..... II - 573

2. Würdigung durch das Gericht ..... II - 575

D — Zum vierten und zum sechsten Klagegrund: Unzureichende Berücksichtigung der Entgeltregulierung bei der Bemessung der Geldbuße und unzureichende Berücksichtigung weiterer Milderungsgründe ..... II - 576

1. Vorbringen der Verfahrensbeteiligten ..... II - 576

2. Würdigung durch das Gericht ..... II - 578

E — Zum fünften Klagegrund: Fehlerhafte Bemessung der Dauer des Verstoßes .. II - 583

1. Vorbringen der Verfahrensbeteiligten ..... II - 583

2. Würdigung durch das Gericht ..... II - 583

Kosten ..... II - 585