II

(Nicht veröffentlichungsbedürftige Rechtsakte)

KOMMISSION

ENTSCHEIDUNG DER KOMMISSION

vom 18. Dezember 1996

über die dem zweiten spanischen GSM-Mobilfunknetzbetreiber auferlegten Bedingungen

(Nur der spanische Text ist verbindlich)

(97/181/EG)

DIE KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN —

gestützt auf den Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, insbesondere auf Artikel 90 Absatz 3,

nachdem den spanischen Behörden mit Schreiben vom 23. April 1996 und dem Unternehmen Telefónica de España SA mit Schreiben vom 30. Mai 1996 Gelegenheit gegeben wurde, sich zu den Beschwerdepunkten der Kommission betreffend die dem Unternehmen Airtel Móvil SA auferlegte Erstzahlung zu äußern,

in Erwägung nachstehender Gründe:

SACHVERHALT

Die staatliche Maßnahme

(1) Die spanische Regierung hat die Vergabe einer Lizenz zur Errichtung und Nutzung eines zweiten Netzes für die Erbringung öffentlicher Mobilfunkdienste nach der europaweiten digitalen GSM-Norm („Global System for Mobile Communications") auf spanischem Hoheitsgebiet von der Erstzahlung eines Geldbetrags abhängig gemacht.

Diese Erstzahlung ergibt sich aus den Bedingungen Nr. 9 Absatz 4 und Nr. 16 der in der Ministerialverordnung vom 26. September 1994 [1] festgelegten Vergabebedingungen. Sie gilt nicht für die öffentliche Betreibergesellschaft Telefónica de España.

Das Unternehmen und die relevanten Dienste

(2) Telefónica de España ist ein öffentliches Unternehmen im Sinne des Artikels 2 der Richtlinie 80/723/EWG der Kommission vom 25. Juni 1980 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen [2].

Die spanische Regierung übt aus folgenden Gründen entscheidenden Einfluß auf Telefónica de España aus:

i) Der spanische Staat ist der größte Einzelaktionär von Telefónica de España. Bei Einleitung des Verfahrens hielt der spanische Staat 31,8 % des Aktienkapitals. Momentan hält er 21,16 %. Das übrige Kapital befindet sich im Streubesitz von rund 300 000 Aktionären.

ii) Die spanische Regierung ist befugt, einen Vertreter in den Vorstand von Telefónica de España zu entsenden, der die Beschlüsse der übrigen Vorstandsmitglieder überstimmen kann. Dieses Vetorecht wird erst zum 1. Januar 1998 durch Artikel 2 Absatz 9 des Real Decreto-Ley 6/1996 vom 7. Juni 1996 [3] abgeschafft.

[1] Boletín Oficial del Estado (BOE) Nr. 231 vom 27. 9. 1994, S. 29778.

[2] ABl. Nr. L 195 vom 29. 7. 1980, S. 35.
[3] BOE Nr. 139 vom 8. 6. 1996, S. 18975.

iii) Nach dem am 26. Dezember 1991 mit dem Unternehmen geschlossenen Konzessionsvertrag (1) hat die spanische Regierung das Recht, 25 % der Mitglieder des Vorstands von Telefónica de España direkt zu berufen. Auf dieser Rechtsgrundlage hat die Regierung als größter Einzelaktionär insgesamt 18 der gegenwärtig 25 Vorstandsmitglieder — darunter auch den Vorsitzenden — berufen.

Die Aktien von Telefónica de España werden sowohl an den spanischen Börsen als auch in New York, London, Frankfurt und Tokio notiert. Sowohl nach dem Umsatz (1 740,5 Mrd. Pta im Jahr 1995) als auch nach dem Geschäftsergebnis (1995: 133,2 Mrd. Pta) gehört Telefónica de España zu den zehn größten Telekommunikationsgesellschaften der Welt. Das Unternehmen hat 69 570 Beschäftigte und über 16 Millionen Kunden.

Telefónica de España ist somit ein öffentliches Unternehmen bzw. ein Unternehmen, dem ein Mitgliedstaat besondere oder ausschließliche Rechte im Sinne des Artikels 90 Absatz 1 EG-Vertrag gewährt.

(3) Nach dem spanischen Telekommunikationsgesetz (Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones) 31/1987 vom 18. Dezember 1987 (2) und dem Konzessionsvertrag bietet Telefónica de España Telekommunikationsdienste (Übertragungs-, herkömmliche Endbenutzer- und Mehrwertdienste) in ganz Spanien an. In bestimmten Bereichen — z. B. beim Sprachtelefondienst im Sinne des Artikels 1 der Richtlinie 90/388/EWG der Kommission vom 28. Juni 1990 über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikationsdienste (3) — war das Unternehmen bis vor kurzem der einzige Anbieter; bei anderen Diensten (z. B. GSM-Mobilfunk) besteht hingegen in begrenztem Umfang Wettbewerb. Weiterhin wurde Telefónica de España neben den ebenfalls öffentlichen Unternehmen Ente Público Retevisión („Retevisión") und Organismo Autónomo de Correos y Telégrafos das besondere Recht eingeräumt, Übertragungskapazitäten für Telekommunikationsdienste bereitzustellen.

Das Monopol für den Sprachtelefondienst und das Oligopol bei den entsprechenden Infrastrukturen wurden durch das Real Decreto-Ley 6/1996 vom 7. Juni 1996 förmlich aufgehoben. Die spanische Regierung ist nunmehr in der Lage, weitere Lizenzen an neue nationale oder regionale Anbieter zu vergeben. Retevisión plant, sein Telekommunikationsgeschäft auf eine neue Gesellschaft zu übertragen, die eine Lizenz zur Erbringung sämtlicher Telekommunikationsdienste erhalten hat. Dafür müssen 80 % der Anteile des neuen Unternehmens in einem nicht offenen Verfahren zum Verkauf ausgeschrieben werden. Der neue Anbieter wird jedoch den Betrieb voraussichtlich nicht vor Mitte 1997 aufnehmen.

Das spanische Telekommunikationsgesetz und der Konzessionsvertrag gaben Telefónica de España die Möglichkeit, GSM-Dienste anzubieten, ohne an einem Lizenzvergabeverfahren teilnehmen zu müssen (siehe Randnummer 7). Die spanische Regierung erteilte dem Unternehmen außerdem die Erlaubnis, seine Mobilfunklizenz für analoge und GSM-Mobilfunkdienste auf eine hundertprozentige Tochtergesellschaft — Telefónica Servicios Móviles SA — zu übertragen. Die vorliegende Entscheidung bezieht sich allerdings durchgehend auf die Muttergesellschaft Telefónica de España, der die GSM-Lizenz ursprünglich erteilt wurde.

(4) Der zellulare digitale GSM-Mobilfunk ist ein Kommunikationssystem, das in den vergangenen Jahren in Europa entwickelt wurde und das es den Fernsprechteilnehmern erlaubt, überall in der Gemeinschaft sowie in einigen anderen europäischen Ländern Anrufe zu tätigen und zu empfangen. Das System, das auf digitaler Übertragungstechnik, einem Code und einem Teilnehmer-Identifikationsmodul — der SIM-Karte („Subscriber Identity Module") — aufbaut, ist leistungsfähiger als die herkömmlichen analogen Funktelefonsysteme. Die Vorteile der digitalen gegenüber der analogen Technik sind bessere Tonqualität, Übertragung von Daten mit hoher Geschwindigkeit und digitale Verschlüsselung, wodurch die Vertraulichkeit von Gesprächen besser gewährleistet wird, sowie sparsamerer Frequenzgebrauch. Bei GSM werden nur ganz bestimmte, gemeinschaftsweit vereinbarte Frequenzbänder nach Gemeinschaftsnormen genutzt, so daß es im Unterschied zu verschiedenen nationalen analogen Systemen, die oftmals inkompatibel sind, einem echten europaweiten Kommunikationssystem nahekommt. Der Aufbau eines solchen europäischen Systems zählt nach der Empfehlung 87/371/EWG des Rates (4) zu den vorrangigen Zielen der Politik der Europäischen Union auf dem Gebiet der Telekommunikation. Außerdem handelt es sich bei den GSM-Mobilfunkdiensten um einen besonders dynamischen Wachstumsmarkt: Einer Reihe von Studien zufolge könnte die Zahl der Fernsprechteilnehmer in Westeuropa, die 1993 noch bei knapp über einer Million lag, bis zum Jahr 2000 auf 15-20 Millionen ansteigen (5).

(5) Nach der Richtlinie 87/372/EWG des Rates vom 25. Juni 1987 über die Frequenzbänder, die für die koordinierte Einführung eines europaweiten öffentlichen zellularen, digitalen und terrestrischen

(1) BOE Nr. 20 vom 23. 1. 1992, S. 2132.
(2) BOE Nr. 303 vom 19. 12. 1987, geändert u. a. durch das Gesetz 32/1992 vom 3. Dezember 1992.
(3) ABl. Nr. L 192 vom 24. 7. 1990, S. 10.
(4) ABl. Nr. L 196 vom 17. 7. 1987, S. 81.
(5) Siehe u. a. EUTELIS Consult, „Scenario Mobile Communications up to 2010 — study on forecast developments and future trends in technical development and commercial provision up to the year 2010" vom Oktober 1993.

Mobilfunkdienstes in der Gemeinschaft bereitzustellen sind (1), werden die Frequenzbänder 890—915 und 935—960 MHz für ein gemeinschaftliches GSM-Telefonsystem registriert. Diese gemeinsamen Frequenzen erlauben es, daß mehrere konkurrierende Betreiber nebeneinander bestehen können. Seit dem kommerziellen Start des GSM-Mobilfunks im Jahr 1992 habe alle Mitgliedstaaten der Gemeinschaft mit Ausnahme Luxemburgs, das aber schon entsprechende Maßnahmen angekündigt hat, jeweils zwei (Schweden: drei) Mobilfunklizenzen vergeben.

Die Europäische Konferenz der Verwaltungen für das Post- und Fernmeldewesen (CEPT), in der die Regulierungsbehörden von 36 Staaten einschließlich Spaniens zusammengeschlossen sind, hat empfohlen, den Wettbewerb zwischen GSM-Diensteanbietern aktiv zu fördern und Rechtsvorschriften, die diesen Wettbewerb einschränken, aufzuheben (2).

(6) Deutschland, Griechenland, Frankreich, die Niederlande und das Vereinigte Königreich haben inzwischen einem dritten Betreiber die Lizenz zur Erbringung zellularer digitaler Mobilfunkdienste auf einem höheren Frequenzband nach DCS-1800-Spezifikationen erteilt bzw. die Vergabe einer dritten Lizenz beschlossen. Nach Artikel 2 der Richtlinie 96/2/EG der Kommission vom 16. Januar 1996 zur Änderung der Richtlinie 90/388/EWG betreffend die mobile Kommunikation und Personal Communications (3) müssen die Mitgliedstaaten spätestens zum 1. Januar 1998 die Genehmigungen für den Betrieb von Mobilfunksystemen nach der DCS-1800-Norm erteilen. Außerdem dürfen die Mitgliedstaaten die Kombination von Mobiltechnologien oder Systemen nicht beschränken und müssen unter allen Umständen der Notwendigkeit Rechnung tragen, den effektiven Wettbewerb zwischen Betreibern von Systemen, die auf den betreffenden Märkten miteinander im Wettbewerb stehen, zu gewährleisten.

Vorgeschichte

(7) Der spanische Markt für die Erbringung von GSM-Diensten wurde nach dem spanischen Telekommunikationsgesetz in der Fassung des Gesetzes 32/1992 vom 3. Dezember 1992 zum 31. Dezember 1993 liberalisiert. Danach gelten GSM-Leistungen nicht länger als herkömmliche Endbenutzerdienste, für die besondere oder ausschließliche Rechte gewährt werden können, sondern als Mehrwertdienste, die im Wettbewerb angeboten werden sollen.

Im Anschluß an die Änderung des Telekommunikationsgesetzes verabschiedete die spanische Regierung den königlichen Erlaß 1486/1994 vom 1. Juli 1994 (4), dessen Anhang die technischen Vorschriften für die Bereitstellung mobiler automatischer Mehrwert-Telekommunikationsdienste enthält. Artikel 2 der technischen Vorschriften bestimmt, daß GSM-Dienste im Wettbewerb anzubieten sind. Nach Artikel 4 werden GSM-Dienste in Spanien von Telefónica de España und einem konkurrierenden Lizenznehmer angeboten. Aus der ersten Übergangsbestimmung geht hervor, daß Telefónica de España die Lizenz ohne Teilnahme an einem Vergabeverfahren erhält.

Der königliche Erlaß selbst sieht nicht ausdrücklich vor, daß der Erwerb der GSM-Mobilfunklizenz die Erstzahlung eines Geldbetrags voraussetzt. Lediglich in Artikel 4 Absatz 4 Buchstabe a) der technischen Vorschriften ist als Kriterium für die Beurteilung von Anträgen auf Erteilung einer zweiten Lizenz u. a. die „Maximierung finanzieller Beiträge" aufgeführt.

(8) Mit der Ministerialverordnung vom 26. September 1994 (5) legte die spanische Regierung die Bedingungen und das Verfahren für die Vergabe einer zweiten GSM-Betreiberlizenz fest, die für die Dauer von 15 Jahren erteilt wird und um fünf Jahre verlängert werden kann. Alle übrigen Lizenzkonditionen ergeben sich aus den Vergabebedingungen.

Die Vergabebedingungen Nr. 9 und Nr. 16 sahen eine Erstzahlung an die Staatskasse in Höhe von mindestens 50,095 Mrd. Pta vor. Es wurden auch Anhaltspunkte dafür gegeben, wie die einzelnen Vergabekriterien gewichtet würden. Nach der Bedingung Nr. 16 letzter Absatz waren Gebote unter 50 Mrd. Pta automatisch auszuschließen.

Das Ministerium für öffentliche Arbeiten, Verkehr und Umwelt vergab die zweite GSM-Betreiberlizenz per Ministerialverordnung vom 29. Dezember 1994 (6) an das Unternehmen Airtel Móvil SA, das seinerzeit noch unter dem Namen Alianza Internacional de Redes Telefónicas SA firmierte, obwohl die Erstzahlung, die dieses Unternehmen in Aussicht stellte — 85 Mrd. Pta — unter dem Höchstgebot von 89 Mrd. Pta lag.

(1) ABl. Nr. L 196 vom 17. 7. 1987, S. 85.
(2) „Review of the Requirements for the Future Harmonisation of Regulatory Policy Regarding Mobile Communication Services", CEPT/ECTRA (92) 57, S. 17.
(3) ABl. Nr. L 20 vom 26. 1. 1996, S. 59.
(4) BOE Nr. 168 vom 15. 7. 1994, S. 22672.
(5) BOE Nr. 231 vom 27. 9. 1994, S. 29779.
(6) BOE Nr. 4 vom 5. 1. 1995, S. 464.

Nach der Vergabebedingung Nr. 9 war Airtel Móvil verpflichtet, den fraglichen Betrag beim förmlichen Erhalt der Lizenz — d. h. bei Unterzeichnung des Lizenzvertrags am 3. Februar 1995 — zu entrichten. Am selben Tag erhielt auch Telefónica de España die GSM-Mobilfunklizenz, ohne jedoch eine entsprechende Summe zu zahlen.

(9) Mit Schreiben vom 6. Februar 1995 äußerte die Kommission ihre Bedenken hinsichtlich des bei der Auswahl der zweiten Betreibergesellschaft gewählten Verfahrens und der im Vergleich zu Telefónica de España ungünstigeren Konditionen.

Mit Schreiben vom 20. April 1995 erläuterte die spanische Regierung der Kommission die Modalitäten der Lizenzvergabe, die ihrer Ansicht nach die Erstzahlung von Airtel Móvil aufwogen.

Am 1. Juli 1995 nahm Telefónica de España den kommerziellen GSM-Betrieb auf.

Mit Schreiben vom 18. Juli 1995 forderte die Kommission die spanische Regierung auf, ihr nähere Einzelheiten zu den Möglichkeiten der Benutzung alternativer Telekommunikationsnetze und der direkten Zusammenschaltung mit Mietleitungsnetzen sowie die Methode zur Neufestsetzung der Gebühren für die Zusammenschaltung mit dem Festnetz mitzuteilen, um prüfen zu können, ob sich daraus unter Umständen Vorteile für den zweiten Mobilfunknetzbetreiber ergeben, die den Wettbewerbsnachteil infolge der obligatorischen Erstzahlung aufwiegen würden.

Am 3. Oktober 1995 nahm Airtel Móvil den Betrieb auf.

Mit Schreiben vom 27. November 1995 teilte die spanische Regierung der Kommission mit, daß der zweite Betreiber die Wahl habe, sich entweder eine eigene Infrastruktur aufzubauen oder aber — alternativ zum Netz von Telefónica de España — auf die Infrastruktur von Retevisión und Correos y Telégrafos zurückzugreifen, daß ihr kein Antrag auf eine direkte Zusammenschaltung mit einem anderen Netz vorliege und daß die Frage der Gebührenermäßigungen im Verlauf des Jahres 1996 geprüft werde.

Bei einer Besprechung am 16. Januar 1996 zwischen Vertretern der spanischen Regierung und der Kommission erklärte die spanische Seite, daß es unmöglich sei, die Ungleichbehandlung von Telefónica de España und der zweiten Betreibergesellschaft dadurch aufzuheben, daß Telefónica de España einen entsprechenden Betrag (85 Mrd. Pta) nachzahlt. Die spanische Regierung schlug statt dessen vor, gegebenenfalls die Zusammenschaltungsgebühren für die Dauer der Lizenz (15 Jahre) zu verringern. Die Verringerung würde jedoch für Telefónica de España und den zweiten Anbieter gleichermaßen gelten. Nach Aussage der spanischen Regierungsvertreter könnten die Vorkehrungen für eine Gebührensenkung um 25 % bis September 1996 getroffen werden.

Die Kommission vertrat dagegen die Ansicht, daß dieser Vorschlag nichts an der Ungleichbehandlung der beiden Mobilfunknetzbetreiber ändern würde.

Mit Fristsetzungsschreiben vom 23. April 1996 forderte die Kommission die spanische Regierung förmlich auf, entweder

i) der zweiten Betreibergesellschaft den fraglichen Betrag zurückzuerstatten bzw. anderweitige Kompensationsmöglichkeiten vorzusehen oder

ii) zu den Einwänden der Kommission Stellung zu nehmen.

Mit Schreiben vom 30. Mai 1996 übermittelte die Kommission dem Unternehmen Telefónica de España eine Kopie ihres Schreibens vom 23. April 1996 an die spanische Regierung mit der Bitte um Stellungnahme.

Bei einer erneuten Zusammenkunft zwischen Vertretern der spanischen Regierung und der Kommission am 28. April 1996 schlug die spanische Regierung vor, die ungleiche Behandlung von Telefónica de España und dem zweiten Betreiber dadurch zu korrigieren, daß der erste Betreiber die Betriebskosten für das Projekt „TRAC" („Tecnología Rural de Acceso Celular"-Anbindung ländlicher Gebiete an zellulare Dienste) auf seinen Geschäftsbereich Mobilfunk — Telefónica Servicios Móviles — überträgt. Im Rahmen dieses Projekts berechnet Telefónica de España Fernsprechteilnehmern in dünn besiedelten abgelegenen Gebieten feste Gesprächsgebühren für die Anbindung an das öffentliche Festnetz über ein analoges Mobilfunksystem. Mit Schreiben vom 29. April und 10. Mai 1996 bat die Kommission die spanischen Behörden um weitere Informationen, um den Vorschlag abschließend prüfen zu können. Da beide Schreiben unbeantwortet blieben, richtete die Kommission am 3. Juni 1996 ein Erinnerungsschreiben an die spanische Regierung. Deren Antwortschreiben vom 7. Juni 1996 enthielt zwar einige der erwünschten Informationen. Da aber Angaben über die Kosten fehlten, die Telefónica Servicios Móviles im Zusammenhang mit dem TRAC-System tatsächlich entstehen, konnte die Kommission nicht ermessen, inwieweit der Vorschlag der spanischen Regierung wieder gleiche Ausgangsbedingungen für die beiden GSM-Mobilfunknetzbetreiber schaffen würde.

Bei einer weiteren Besprechung am 9. Juli 1996 stellte die Kommission klar, daß die Angelegenheit nicht abgeschlossen sei und daß die spanische

Regierung einen neuen Vorschlag unterbreiten solle. Bislang liegen der Kommission weder eine Antwort der spanischen Regierung auf ihr Fristsetzungsschreiben vom 23. April 1996 noch eine Stellungnahme von Telefónica de España zu diesem Schreiben und auch keine weiteren Vorschläge seitens der spanischen Behörden vor.

BEURTEILUNG DURCH DIE KOMMISSION

Artikel 90 Absatz 1

(10) Nach Artikel 90 Absatz 1 dürfen die Mitgliedstaaten in bezug auf öffentliche Unternehmen und Unternehmen, denen sie besondere und ausschließliche Rechte gewähren, keine diesem Vertrag und insbesondere dessen Wettbewerbsregeln widersprechende Maßnahmen treffen oder beibehalten.

Telefónica de España ist ein öffentliches Unternehmen, dem ausschließliche Rechte für den Betrieb des Telekommunikationsfestnetzes und das Anbieten von Sprachtelefondiensten und mobilen analogen Funktelefondiensten übertragen worden sind. Telefónica de España wurde ferner in dem Konzessionsvertrag das Recht zum Betrieb eines GSM-Mobilfunknetzes eingeräumt, das insofern als besonderes Recht anzusehen ist, als dieser Betreiber nicht auf der Grundlage objektiver und nichtdiskriminierender Kriterien ausgewählt wurde.

Die der zweiten Betreibergesellschaft auferlegte Erstzahlung ist eine staatliche Maßnahme im Sinne des Artikels 90 Absatz 1.

Artikel 86

Der relevante Markt

(11) Bei dem relevanten Markt handelt es sich um die Erbringung mobiler Funktelefondienste mit zellularer digitaler Technik. Dieser Markt ist von dem des Sprachtelefondienstes über Festnetze sowie dem Markt oder den Märkten der übrigen mobilen Telekommunikationsdienste zu unterscheiden.

(12) Die Kommission hat den Markt der Sprachtelefondienste in der Richtlinie 90/388/EWG definiert. Sie unterscheidet dabei zwischen den „Diensten, die ganz oder teilweise aus der Übertragung und Weiterleitung von Signalen auf dem öffentlichen Telekommunikationsnetz bestehen" und den mobilen Funktelefondiensten, die vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen sind.

(13) Der Sprachtelefondienst im Sinne der genannten Richtlinie ist der wichtigste im öffentlichen Festnetz, d. h. der zwischen definierten Netzabschlußpunkten erbrachte Dienst. Diese Netzabschlußpunkte sind definiert als „alle physischen Verbindungen und technischen Zugangsspezifikationen". Beim Mobilfunk hingegen befindet sich der Netzabschlußpunkt an der Funkschnittstelle zwischen der Basisstation des Mobilfunknetzes und der mobilen Station, d. h. es gibt keinen physischen Netzabschlußpunkt. Daraus folgt, daß die Definition der Sprachtelefondienste in Artikel 1 der genannten Richtlinie auf Mobilfunkdienste unanwendbar ist.

(14) Damit ein Erzeugnis als „Gegenstand eines hinreichend abgesonderten Marktes" angesehen werden kann, müssen nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften [1] seine besonderen, es von den anderen Erzeugnissen unterscheidenden Eigenschaften so kennzeichnend sein, daß es mit diesen nur geringfügig austauschbar und ihrem Wettbewerb nur in wenig spürbarer Form ausgesetzt ist.

Zwischen Mobilfunk- und Festnetztelefonsystemen besteht jedoch nur eine sehr geringe Austauschbarkeit: Fernsprechteilnehmer, die ein Autotelefon oder ein tragbares Telefon erwerben, melden dafür ihr Telefon in der Wohnung oder am Arbeitsplatz gewöhnlich nicht ab. Der mobile Funktelefondienst ist daher sehr wohl ein neuer, zusätzlicher Dienst, der mit dem herkömmlichen Telefondienst nicht austauschbar ist. Diese Unterscheidung spiegelt sich auch in einem deutlichen Preisunterschied wider.

Zwar ist es denkbar, daß mit der weiteren Verbreitung des Mobilfunks eines Tages nur noch ein Telekommunikationssystem übrigbleibt, das verschiedene, bislang noch getrennte Märkte umfaßt. Die Voraussetzungen der Anwendung von Artikel 86 müssen jedoch auf der Grundlage der heutigen Nachfrage und nicht im Hinblick auf mögliche Entwicklungen irgendwann in der Zukunft beurteilt werden.

(15) Da der Mobilfunktelefondienst somit nicht dem über das Festnetz angebotenen Sprachtelefondienst zuzurechnen ist, bleibt zu untersuchen, ob und inwieweit es gerechtfertigt ist, die zellularen digitalen Mobilfunksysteme der GSM-Norm (in Spanien von Telefónica de España unter dem Markennamen „Movistar" angeboten), die Gegenstand dieser Entscheidung sind, von den zellularen analogen Funktelefondiensten (in Spanien von Telefónica de España unter dem Namen „Moviline" vermarktet) zu unterscheiden.

Der zellulare GSM-Mobilfunk ist nach Auffassung der Kommission mehr als nur eine Fortentwicklung der älteren zellularen analogen Funktelelefontechnik. Er bietet außer den Vorteilen einer

[1] Urteil vom 14. Februar 1978, Rechtssache 27/76, United Brands/Kommission, Slg. 1978, S. 207.

höheren Sprachwiedergabequalität und einer effizienteren Nutzung des verfügbaren Frequenzbereichs (erheblich mehr Benutzer pro Frequenz) neue Funktionen, die jeweils nur den Bedürfnissen eines Teils der Mobilfunkteilnehmer entsprechen:

i) Das GSM-System, das auf einer Gemeinschaftsnorm basiert, ist für den europaweiten Einsatz ausgelegt. Im Rahmen der zwischen den Netzbetreibern geschlossenen „Roaming"-Verträge kann jeder Fernsprechteilnehmer von seinem Handgerät aus auch Teilnehmer im Ausland — grundsätzlich in allen Gebieten der europäischen und außereuropäischen Unterzeichnerstaaten der GSM-Absichtserklärung — erreichen. Diese Möglichkeit ist für Teilnehmer, die Mobilfunkdienste aus beruflichen Gründen nur im Inland bzw. nur in einer bestimmten Region nutzen, uninteressant. Für andere Teilnehmer hingegen könnte diese neue Funktion gerade den Ausschlag für einen GSM-Anschluß geben.

ii) Außer Sprache kann das GSM-System auch große Datenmengen übermitteln, wofür ebenfalls nur bei einem Teil der gegenwärtigen oder potentiellen Mobilfunkkunden Bedarf bestehen dürfte.

iii) Die digitale Kodierung der Gespräche gewährleistet im Vergleich zum analogen System ein sehr hohes Maß an Vertraulichkeit. Auch dieser Vorteil ist nur für einen Teil der Benutzer (insbesondere Geschäftsleute) von Interesse.

iv) Die digitale Technik ermöglicht eine ganze Reihe fortgeschrittener Telekommunikationsdienste, die in einem analogen System nicht (oder nur zu wesentlich höheren Preisen) angeboten werden können. Hierzu zählen u. a. moderne Dienste wie die Anzeige der Rufnummer des Anrufers („call line identification"), Sprachspeicherung („voice mail") einschließlich Senden von Kurznachrichten („short message services") sowie Vertraulichkeitsschutz („call security services").

Unter diesen Umständen ist in absehbarer Zeit nicht damit zu rechnen, daß der GSM-Mobilfunk die analogen Funktelefondienste schlichtweg ersetzt. Viel wahrscheinlicher ist, daß die beiden Systeme auch dann noch mehrere Jahre nebeneinander bestehen werden [1], wenn die Kunden in nennenswertem Umfang auf GSM umsteigen sollten, da sie weitgehend unterschiedlichen Bedürfnissen entsprechen. Selbst in Ländern, in denen das GSM-System voll etabliert ist, wird weiterhin in analoge Netze investiert. Alle diese Faktoren unterscheiden den GSM-Markt von den analogen Mobilfunknetzen.

(16) Unter diesen Umständen und angesichts des weiteren Marktentwicklungspotentials sind die GSM-Mobilfunkdienste daher aller Wahrscheinlichkeit nach auch als ein von den analogen Funktelefondiensten getrennter Markt anzusehen.

Die rechtliche Würdigung würde auch dann nicht anders ausfallen, wenn der analoge Funktelefondienst und der GSM-Mobilfunk lediglich zwei Segmente ein und desselben Marktes darstellten. In diesem Fall müßte lediglich die Anfangsvermutung eines Mißbrauchs leicht umformuliert werden (s. u. Randnummer 21).

(17) Der Rechtsprechung des Gerichtshofs zufolge ist dieser Markt, der sich zur Zeit über das gesamte spanische Staatsgebiet erstreckt, ein wesentlicher Teil des Gemeinsamen Marktes.

Marktbeherrschende Stellung

(18) Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs kann ein Unternehmen, das ein gesetzliches Monopol für die Erbringung bestimmter Dienstleistungen innehat, eine beherrschende Stellung im Sinne von Artikel 86 des Vertrags einnehmen [2]. Dies trifft auf das Unternehmen Telefónica de España und seine hundertprozentige Tochtergesellschaft Telefónica de Servicios Móviles zu, die bis vor kurzem noch einzigen Unternehmen, die in Spanien ein öffentliches Telekommunikationsnetz betreiben sowie Sprachtelefondienste und analoge Mobilfunkdienste anbieten durften und die diese drei Märkte somit beherrschen. Die kürzlich erfolgte Zulassung von Retevisión für den Sprachtelefondienst und die dazugehörige Infrastruktur wird sich, wie erwähnt, in absehbarer Zeit nicht signifikant auf den Marktanteil von Telefónica de España auswirken.

Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

(19) Der Gerichtshof hat darauf hingewiesen, daß „ein System nicht verfälschten Wettbewerbs, wie es der Vertrag vorsieht, nur gewährleistet werden kann, wenn die Chancengleichheit der einzelnen Wirtschaftsteilnehmer sichergestellt ist" [3].

Eine solche Chancengleichheit ist besonders dann wichtig, wenn neue Anbieter einen Markt erobern wollen, auf dem bereits Unternehmen — wie Telefónica de España und seine Tochtergesellschaft Telefónica Servicios Móviles — den Markteintritt vorbereiten, die auf anderen, aber verwandten Märkten eine beherrschende Stellung einnehmen.

[1] Vgl. Ministerialverordnung vom 13. März 1995, BOE Nr. 101 vom 28. 4. 1995, S. 12573.

[2] Urteil vom 3. Oktober 1985, Rechtssache C-311/84, Centre Belge d'Études de Marché Télémarketing/Compagnie Luxembourgeoise de Télédiffusion, Slg. 1985, S. 3261.

[3] Vgl. Urteil vom 19. März 1991, Rechtssache C-202/88, Frankreich/Kommission, Slg. 1991, S. I-1223, Randnummer 51.

(20) Telefónica de España verfügt schon jetzt über eine Reihe von Vorteilen, die das Unternehmen in die Lage versetzen, auf dem Markt der GSM-Mobilfunkdienste eine marktbeherrschende Stellung zu erlangen:

i) Zeitvorsprung: Telefónica de España hat noch vor dem zweiten Betreiber angefangen, sein GSM-Netz aufzubauen, so daß es flächendekkender operieren kann. Es nahm seinen Betrieb am 1. Juli 1995 auf, während der zweite Anbieter erst am 3. Oktober 1995 an den Start ging;

ii) potentielle Kunden: Telefónica de España bediente mit seinem analogen Mobilfunkdienst Moviline im Oktober 1996 insgesamt 1 235 690 Fernsprechteilnehmer; jeden Monat kommen weitere 10 000 bis 20 000 neue Teilnehmer hinzu. Der Moviline-Teilnehmerbestand kann als potentieller Kundenstamm für den GSM-Dienst Movistar angesehen werden;

iii) ein der Öffentlichkeit bekanntes bestehendes Vertriebsnetz: Telefónica de España kann die GSM-Dienste auf Beteiligungsbasis über seine Moviline-Vertriebshändler anbieten;

iv) einschlägige Informationen: Telefónica de España ist dank seiner Moviline-Erfahrung genau über die Telefongewohnheiten der Spanier, aufgeschlüsselt nach Benutzergruppen und Regionen, informiert. Aufgrund seiner marktbeherrschenden Stellung bei der Lieferung von Festverbindungen für die Netze der GSM-Betreiber wird das Unternehmen auch weiterhin einschlägige Informationen über den Sprechverkehr erhalten. Der zweite Betreiber hat derzeit zum Netz von Telefónica de España keine echte Alternative;

v) Größenvorteile bei der Infrastruktur: Telefónica de España war bis Juni 1996 das einzige Unternehmen, das eine Lizenz für die Erbringung von Sprachtelefondiensten über das spanische Festnetz hatte und ist noch stets der einzige Anbieter im Markt. Bis 3. Oktober 1995 war es auch der einzige Mobilfunknetzbetreiber. Das Unternehmen kann daher beim Aufbau seines GSM-Netzes auf Standorte und Antennenanlagen zurückgreifen, über die der Wettbewerber nicht verfügt. Darüber hinaus wird der Ausbau des analogen Mobilfunknetzes in Gebieten mit unzulänglicher Verkabelung im Rahmen des TRAC-Projekts von einigen Autonomen Gemeinschaften gefördert.

Im Gegensatz dazu operiert der zweite Betreiber infolge der ihm auferlegten Erstzahlung unter erschwerten Bedingungen.

Sollte Telefónica de España versuchen, seine marktbeherrschende Stellung im herkömmlichen Telefondienst oder im analogen Mobilfunk dadurch auf den Markt der GSM-Mobilfunkdienste auszudehnen, daß es die Kosten für seinen Wettbewerber (z. B. durch Zusammenschaltungsgebühren, die nicht durch die tatsächlichen Gestehungskosten gerechtfertigt sind) in die Höhe treibt, so läge ein Verstoß gegen Artikel 86 vor. Dies wäre auch dann der Fall, wenn es nur einen Markt für alle Mobilfunkdienste gäbe und Telefónica de España seine Stellung auf diesem Markt auf dieselbe Weise zu stärken suchte.

(21) Nach Artikel 90 Absatz 1 darf Spanien keine Maßnahmen ergreifen, die den Wettbewerb auf einem vor kurzem liberalisierten Markt erheblich verfälschen, indem die Kosten für den Markteintritt des einzigen Wettbewerbers eines öffentlichen Unternehmens in die Höhe geschraubt werden. In Anbetracht der finanziellen Belastung, die dem Wettbewerber zusätzlich aufgebürdet wird, hat Telefónica de España die Wahl zwischen zwei Geschäftsstrategien, die beide auf einen Verstoß gegen Artikel 90 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 86 hinauslaufen würden: i) Ausdehnung oder Stärkung der eigenen marktbeherrschenden Stellung und ii) Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung im Sinne des Artikels 86 Buchstabe b).

i) Ausdehnung (1) oder Stärkung der beherrschenden Stellung des öffentlichen Unternehmens

Der zweite Anbieter muß die Erstzahlung in Höhe von 85 Mrd. Pta notgedrungen erst einmal durch Einnahmen wieder ausgleichen. Es dürfte ihm daher schwer fallen, niedrigere Tarife anzubieten, um mit dem ersten Betreiber konkurrieren zu können. Der erste Anbieter — Telefónica de España — braucht dagegen keine Erstzahlung zu leisten und hat aufgrund seiner bisherigen marktbeherrschenden Stellung bei der Infrastruktur Einblick in die Kostenstruktur des Wettbewerbers. Dadurch könnte er sich ermutigt fühlen, seine jetzige beherrschende Stellung sowohl auf dem Festnetzmarkt als auch beim analogen Mobilfunk durch niedrigere Gebühren auf den GSM-Markt auszudehnen. Gäbe es nur einen Markt für sämtliche Funftelefondienste, dann würde Telefónica de España seine marktbeherrschende Stellung auf diesem Markt weiter stärken.

Außerdem könnte Telefónica de España den eingesparten Betrag von 85 Mrd. Pta dazu benutzen, sein Verteilernetz auszubauen, seine GSM-Dienste durch eine aggressive Preispolitik gegenüber dem Wettbewerber zu vermarkten,

(1) Vgl. etwa Urteil des Gerichtshofs vom 17. November 1992, verbundene Rechtssachen C-271/90, C-281/90 und C-289/90, Königreich Spanien, Königreich Belgien und Italienische Republik/Kommission, Slg. 1992, S. I-5833, Randnummer 36.

potentielle Kunden mit Sonderkonditionen zu locken und/oder intensiv Werbung zu betreiben. Eine solche Strategie, ausgelöst durch die fragliche staatliche Maßnahme, wäre für die zweite Betreibergesellschaft existenzbedrohend.

Durch die Verzerrung der Kostenstruktur des Wettbewerbers infolge der Erstzahlung entsteht Telefónica de España deshalb ein Wettbewerbsvorteil, der das Unternehmen in die Lage versetzt, seine marktbeherrschende Stellung auszudehnen, bzw. zu stärken. Die staatliche Maßnahme verstößt somit gegen Artikel 90 in Verbindung mit Artikel 86.

ii) Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung im Sinne des Artikels 86 Buchstabe b)

Um die Erstzahlung von 85 Mrd. Pta finanzieren zu können, wird der neue Marktteilnehmer voraussichtlich auch Investitionen zurückstellen. Der für die Erstzahlung aufzuwendende Teil des Anfangskapitals wird dem Unternehmen dann nicht mehr für den Auf- und Ausbau seines Netzes oder für Gebührensenkungen zur Verfügung stehen. Im Februar 1996 mußte der zweite Betreiber denn auch sein Kapital um etwa 40 Mrd. Pta aufstocken, um seinen Investitionsplan einhalten zu können.

Diese Entwicklung könnte Telefónica de España dazu ermutigen, den Ausbau seines GSM-Mobilfunknetzes hinauszuzögern und sich auf das analoge Movine-Netz zu konzentrieren, das für das Unternehmen wirtschaftlich attraktiver ist, weil das Anlagevermögen bereits zum größten Teil abgeschrieben wurde und weil dieses Netz flächendeckender ist.

Für die Errichtung eines GSM-Netzes in Spanien sind Anfangsinvestitionen in Höhe von rund 250 Mrd. Pta erforderlich. Die zusätzlich zu leistende Erstzahlung erhöht den Finanzierungsbedarf des zweiten Betreibers somit um mehr als ein Drittel. Die Tatsache, daß sich die Bewerber um die zweite Lizenz einer Wettbewerbsverfälschung auf dem spanischen GSM-Markt zugunsten von Telefónica de España bewußt waren, ändert wenig an der Ungleichheit der Chancen, denn die interessierten Unternehmen hatten gar keine andere Wahl, als diesen Nachteil in Kauf zu nehmen.

Des weiteren könnte sich der erste Betreiber, der ja, wie erwähnt, aufgrund seiner marktbeherrschenden Stellung bei der Infrastruktur die Kostenstruktur des zweiten Anbieters kennt, ermutigt sehen, für seinen GSM-Dienst höhere Gebühren beizubehalten, als dies ohne die fragliche staatliche Maßnahme der Fall wäre. Dadurch würde er die Erzeugung, den Absatz oder die technische Entwicklung im Bereich des fortschrittlicheren GSM-Mobilfunks zugunsten des älteren analogen Systems im Sinne des Artikels 86 Buchstabe b) einschränken. Dies würde wiederum den Übergang zu Personal-Communications-Systemen verzögern, bei denen mobile und feste Netze miteinander verknüpft werden, weil diese Entwicklung wesentlich niedrigere Tarife für die Mobilkommunikation voraussetzt.

Telefónica de España könnte sich zu einem solchen Verhalten veranlaßt sehen, weil zum einen das Unternehmen sich wegen seines Moviline-Monopols in einer günstigen Ausgangsposition befindet und ihm ausreichend Frequenzen zur Fortsetzung dieses Dienstes zur Verfügung gestellt werden und zum anderen die spanische Regierung dem einzigen anderen Unternehmen, das eine Genehmigung zum Aufbau eines konkurrierenden GSM-Netzes erhalten hat, finanzielle Bürden auferlegt. Verzögerungen bei der Entwicklung des GSM-Netzes und die damit einhergehende Behinderung der technischen Entwicklung zum Nachteil der Verbraucher wären somit die Folge der staatlichen Maßnahme in Form der lediglich vom zweiten Netzebetreiber erhobenen Gebühr von 85 Mrd. Pta.

Die Kommission ist in einem anderen Fall, bei dem es um eine Erstzahlung in Italien ging, zu einer ähnlichen Einschätzung gelangt. Nachdem die italienischen Behörden ihrer Aufforderung, die Situation zu bereinigen, nicht nachgekommen waren, erließ sie auf der Grundlage von Artikel 90 Absatz 3 EG-Vertrag die an Italien gerichtete Entscheidung 95/489/EG [1]. Der Kommission liegen Informationen vor, wonach inzwischen berichtigende Maßnahmen getroffen wurden oder in Vorbereitung sind.

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs [2] steht Artikel 90 Absatz 1 Maßnahmen der Mitgliedstaaten entgegen, die geeignet sind, ein Unternehmen zu einem Verstoß gegen die Vorschriften, auf die dieser Artikel — im vorliegenden Fall insbesondere die Bestimmungen des Artikels 86 — verweist, zu verleiten.

Die fragliche staatliche Maßnahme verstößt unabhängig davon, welchen der beiden beschriebenen Wege das Unternehmen wählt, gegen Artikel 90 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 86.

[1] ABl. Nr. L 280 vom 23. 11. 1995, S. 49.
[2] Vgl. Urteil vom 23. April 1991, Rechtssache C-41/90, Höfner/Macrotron, Slg. 1991, S. I-1979, sowie die Urteile vom 18. Juni 1991, Rechtssache C-260/89, ΕΡΤ/Δημοτική Εταιρεία Πληροφόρησης u a., Slg. 1991, S. I-2925, und vom 5. Oktober 1994, Rechtssache C-323/93, Société civile agricole d'insémination de la Crespelle/Coopérative d'élevage et d'insémination artificielle du département de la Mayenne, Slg. 1994, S. I-5077.

(22) Die Mitgliedstaaten haften nur dann für Verstöße gegen Artikel 90 Absatz 1 und Artikel 86, wenn das Verhalten des betreffenden Unternehmens geeignet ist, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Im vorliegenden Fall könnte dies aus folgenden Gründen der Fall sein:

Jegliche Ausdehnung oder Stärkung der marktbeherrschenden Stellung von Telefónica de España sowie jegliche Beschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung auf dem Gebiet des GSM-Mobilfunks dürfte die stetige Senkung der Preise für GSM-Mobilfunkdienste verzögern. Ohne die vom zweiten Betreiber zu leistende Erstzahlung wäre der Preiswettbewerb seit Einführung der GSM-Dienste in Spanien stärker gewesgen und wären die GSM-Gebühren schneller gefallen.

— Wenn die GSM-Tarife nicht so schnell fallen, wie sie ohne die fragliche Maßnahme gefallen wären, werden Bürger anderer Mitgliedstaaten weniger dazu neigen, sich als Alternative zu anderen in- oder ausländischen Anbietern einer spanischen Betreibergesellschaft anzuvertrauen. Ein Geschäftsmann oder eine Privatperson aus Frankreich dürfte sich kaum eine spanische SIM-Karte zulegen, um mit ihr im Rahmen von Roaming-Vereinbarungen verschiedener Betreiber Gespräche zu führen, solange die spanischen Tarife nicht so niedriger sind, wie sie eigentlich sein sollten, wenn der zweite spanische Anbieter seine 85 Mrd. Pta nicht in die Erstzahlung, sondern in niedrigere Gebühren investiert hätte.

— Verzögerungen bei der Senkung der Tarife wiederum würden die weitere Entwicklung des Mobilfunks hin zu verbesserten Telefonanschlußbedingungen und fortgeschrittenen Diensten (s. o.) bremsen. Dies würde Unternehmen mit Sitz in Mitgliedstaaten, in denen Wettbewerbsbedingungen herrschen und neue Dienste eingeführt wurden, davon abhalten, weiter in die spanischen Telekommunikationsmärkte zu investieren.

— Eine weitere Folge von Verzögerungen bei der stetigen Reduzierung der Tarife kann sein, daß von Spanien aus grundsätzlich weniger Auslandsgespräche geführt werden. Unternehmen und Privatpersonen mit hohem Mobilkommunikationsbedarf dürften verstärkt Anschlüsse bei ausländischen Betreibergesellschaften beantragen oder auf Rückrufsysteme zurückgreifen, um die günstigeren Tarife in anderen Mitgliedstaaten in Anspruch nehmen zu können.

— Beschränkungen der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung im Sinne des Artikels 86 Buchstabe b) können dazu führen, daß weniger technische Ausrüstungen, die für Investitionen in den Mobilfunkmarkt und den Aufbau einer leistungsfähigen und effizienten Infrastruktur erforderlich sind, aus anderen Mitgliedstaaten eingeführt werden.

Die Antwort der spanischen Behörden

(23) Die spanische Regierung hat der Kommission mitgeteilt, daß

— Telefónica de España aufgrund des 1991 mit ihr geschlossenen Konzessionsvertrags für die GSM-Mobilfunklizenz keine Zahlung zu leisten braucht, weshalb sie von dem Unternehmen keine Erstzahlung in Höhe von 85 Mrd. Pta verlangen könne. Eine Nachzahlung sei daher grundsätzlich ausgeschlossen. Im übrigen sei für die Erstzahlung nicht die Summe von 85 Mrd. Pta, sondern 50,095 Mrd. Pta maßgeblich, da Airtel Móvil den ursprünglich geforderten Betrag von 50,095 Mrd. Pta aus freien Stücken auf 85 Mrd. Pta angehoben habe. Es dürfe daher nur dem gesetzlich vorgeschriebenen Mindestbetrag von 50,095 Mrd. Pta Rechnung getragen werden;

— als Lösung eine Verringerung der Zusammenschaltungsgebühren für die Dauer der Lizenz (15 Jahre) in Betracht gezogen werden könne;

— die Kosten des TRAC-Projekts auf Telefónica Servicios Móviles übertragen werden könnten.

Beurteilung durch die Kommission

(24) Die Erstzahlung erfolgte nach Auffassung der Kommission ungeachtet des Umstands, daß die zweite Betreibergesellschaft von sich aus eine höhere Summe (85 Mrd. Pta) anbot, nicht aus freien Stücken, da sie ein Kriterium für die Auswahl der Bewerber im Lizenzvergabeverfahren war [1]. Jeder Bieter mußte, um in dem Verfahren mithalten zu können, den höchstmöglichen Betrag bieten, den seine Geschäftsplanung zuließ. Es wurden nur wenige Hinweise darauf gegeben, wie die einzelnen Auswahlkriterien gewichtet würden. Der sicherste

[1] Vgl. Urteil des Gerichtshofs vom 26. April 1994, Rechtssache C-272/91, Kommission/Italien, Slg. 1994, S. I-1409, Randnummer 11.

Anhaltspunkt war die Angabe des Mindestbetrags. Bei der Erstzahlung handelte es sich somit um ein Auswahlkriterium im Rahmen des Vergabeverfahrens; sie wurde am Tag der Unterzeichnung des Lizenzvertrags fällig. Die Erstzahung stellt daher eindeutig eine staatliche Maßnahme dar.

Der zweite GSM-Betreiber wurde in Wirklichkeit nicht in einem Vergabeverfahren als solchem ausgewählt. Das in Spanien gewählte Verfahren war eine Mischung aus vergleichendem und regulärem Angebot. Eines der Kriterien, anhand derer die Angebote verglichen wurden, war das Erstzahlungsgebot für die zweite Lizenz. Es war daher schwierig festzustellen, welche Kriterien maßgeblich waren. Die Tatsache, daß die Lizenz ohne klare Anhaltspunkte vergeben wurde, impliziert, daß jedes Kriterium wichtig gewesen sein könnte.

(25) Eine Verringerung der Zusammenschaltungsgebühren, wie sie die spanische Regierung vorgeschlagen hat, würde die Chancengleichheit nach Ansicht der Kommission keineswegs wiederherstellen, da die spanische Regierung nicht bereit war, eine asymmetrische Gebührensenkung zugunsten des zweiten Betreibers in Betracht zu ziehen.

(26) Auch die von der spanischen Regierung vorgeschlagene zweite Lösung, die Erstzahlung des zweiten Betreibers durch Investitionen in das TRAC-Projekt zu kompensieren, ist unter den derzeitigen Umständen nicht annehmbar.

Abgesehen von der Tatsache, daß die der Kommission vorliegenden Informationen der spanischen Behörden keine angemessene Bewertung der tatsächlichen Auswirkungen solcher Investitionen zulassen und nicht auszuschließen ist, daß es sich dabei um eine rein buchhalterische Operation handelt, ist diese Lösung aus zwei Gründen abzulehnen: Erstens wird die Belastung, die Telefónica de España durch die Bereitstellung eines Universaldienstes — einschließlich der Versorgung entlegener Gebiete — entsteht, gegenwärtig durch die dem Unternehmen eingeräumten ausschließlichen oder besonderen Rechte ausgeglichen. Und zweitens hat Telefónica de España bei der Einführung des TRAC-Systems Zuwendungen der öffentlichen Hand — u. a. EFRE-Fördermittel — erhalten.

(27) Die Kommission vertritt die Auffassung, daß die lediglich dem zweiten spanischen GSM-Netzbetreiber auferlegte Erstzahlung in Höhe von 85 Mrd. Pta mit Artikel 90 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 86 unvereinbar ist.

(28) Ziel dieses Verfahrens ist es, die spanische Regierung anzuhalten, die nötigen Schritte zur Beseitigung der Wettbewerbsverzerrung zu unternehmen.

Die naheliegendste Lösung wäre, Airtel Móvil den fraglichen Betrag zurückzuerstatten.

Auf Wunsch der spanischen Regierung wäre die Kommission aber bereit, zu prüfen, ob die Vertragsverletzung auch durch andere berichtigende Maßnahmen abgestellt werden kann, sofern die Benachteiligung des zweiten Betreibers dadurch angemessen kompensiert wird.

Die spanische Regierung kann hierzu Vorschläge unterbreiten, die in jedem Fall mit Zahlen zu belegen sind, aus denen hervorgeht, daß die vom zweiten Betreiber geleistete Zahlung in Höhe von 85 Mrd Pta in angemessener Weise aufgewogen wird.

Die Nachforderung eines Betrags in gleicher Höhe von Telefónica Serivicios Móviles würde jedoch unter den gegebenen Umständen und insbesondere solange nicht als angemessene Ausgleichsmaßnahme angesehen, wie keine Kostenrechnung durchgeführt wird, die sicherstellt, daß die Belastung ausschließlich von Movistar getragen wird.

(29) Die Kommission hat bereits eine Reihe von Ausgleichsmaßnahmen mit der spanischen Regierung erörtert:

i) Airtel Móvil erhält Zugang zur Kundendatenbank TACS 900 von Telefónica de España mit der Auflage, die Vertraulichkeit der personenbezogenen Daten zu wahren;

ii) die Tarifbedingungen für die Zusammenschaltung mit dem Vermittlungsnetz von Telefónica de España werden asymmetrisch angepaßt;

iii) der GSM-Dienst von Telefónica Servicios Móviles und Airtel Móvil erhalten Zugang zu derselben Anzahl von GSM-Frequenzen, während gleichzeitig die Freigabe der GSM-Frequenzen, die Telefónica de España derzeit für sein analoges Netz benutzt, beschleunigt wird;

iv) die GSM-Lizenz von Airtel Móvil wird entsprechend der jüngsten Entscheidung der spanischen Regierung über die Kabelfernsehlizenzen verlängert.

Ein Widerruf der dem Unternehmen Airtel Móvil erteilten Lizenz kann unter keinen Umständen als angemessene Lösung angesehen werden, da in diesem Fall der einzige bestehende Wettbewerber von Telefónica Servicios Móviles aus dem GSM-Markt gedrängt und der Wettbewerb aufgrund des zusätzlichen Zeitvorsprungs, den Telefónica de

España bis zur erforderlichen Neuausschreibung durch die Monopolstellung beim analogen Mobilfunk und bei den GSM-Diensten gewinnt, erschwert würde.

Artikel 90 Absatz 2

(30) Nach Artikel 90 Absatz 2 gelten für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, die Wettbewerbsregeln, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich verhindert. Die spanische Regierung hat diese Bestimmung nicht geltend gemacht, um die lediglich dem einzigen zweiten Betreiber auferlegte Erstzahlung zu rechtfertigen.

Die Ausnahmebestimmung des Artikels 90 Absatz 2 kann nach Ansicht der Kommission nicht zur Anwendung gelangen, da kein Grund vorliegt, der die Erstzahlung durch die rechtliche oder tatsächliche Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse rechtfertigen würde.

SCHLUSSFOLGERUNG

(31) Die Kommission gelangt abschließend zu der Auffassung, daß der Wettbewerbsnachteil infolge der Tatsache, daß lediglich der zweite spanische GSM-Mobilfunknetzbetreiber eine Erstzahlung für die Lizenz zum Betrieb eines GSM-Netzes in Spanien leisten muß, gegen Artikel 90 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 86 verstößt —

HAT FOLGENDE ENTSCHEIDUNG ERLASSEN:

Artikel 1

Spanien trifft alle erforderlichen Maßnahmen, um die Wettbewerbsverfälschung zu beseitigen, die sich aus der dem Unternehmen Airtel Móvil SA auferlegten Erstzahlung ergibt, und stellt bis spätestens 24. April 1997 gleiche Bedingungen für alle GSM-Mobilfunknetzbetreiber auf dem spanischen Markt her. Dies geschieht

i) entweder durch die Rückerstattung der von Airtel Móvil erhobenen Erstzahlung

ii) oder durch den Erlaß, nach Zustimmung der Kommission, von berichtigenden Maßnahmen, die wirtschaftlich der dem zweiten GSM-Netzbetreiber auferlegten Verpflichtung entsprechen.

Die konkreten Maßnahmen dürfen den durch die Zulassung eines zweiten GSM-Mobilfunknetzbetreibers am 29. Dezember 1994 eingeführten Wettbewerb nicht beeinträchtigen.

Artikel 2

Spanien teilt der Kommission binnen drei Monaten nach Bekanntgabe dieser Entscheidung mit, welche Maßnahmen getroffen wurden.

Artikel 3

Diese Entscheidung ist an das Königreich Spanien gerichtet.

Brüssel, den 18. Dezember 1996

Für die Kommission

Karel VAN MIERT

Mitglied der Kommission