II

(Nicht veröffentlichungsbedürftige Rechtsakte)

KOMMISSION

ENTSCHEIDUNG DER KOMMISSION

vom 4. Oktober 1995

über die in Italien dem zweiten Betreiber von GSM-Mobilfunkdiensten auferlegten Bedingungen

(Nur der italienische Text ist verbindlich)

(95/489/EG)

DIE KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN —

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

nachdem den italienischen Behörden mit Schreiben vom 3. Januar 1995 und der Gesellschaft Telecom Italia mit Schreiben vom 30. Januar 1995 Gelegenheit gegeben wurde, sich zu den Beschwerdepunkten der Kommission betreffend die Omnitel Pronto Italia auferlegte Erstzahlung zu äußern,

in Erwägung nachstehender Gründe:

SACHVERHALT

Die staatliche Regelung

(1) Die italienische Regierung hat eine Erstzahlung für die Erteilung einer zweiten Lizenz zur Schaffung und zum Betrieb eines Netzes für die Erbringung des öffentlichen Mobilfunkdienstes durch das gesamteuropäische digitale GSM-System im italienischen Hoheitsgebiet auferlegt. Diese Verpflichtung war im Lastenheft vorgesehen und gilt nicht für den öffentlichen Betreiber Telecom Italia.

Das Unternehmen und die betroffenen Dienste

(2) Die Gesellschaft Telecom Italia Spa wird von STET kontrolliert, die 55 % des Kapitals hält. STET wird ihrerseits durch das IRI und damit durch die italienische Regierung beherrscht. Telecom Italia ist somit ein öffentliches Unternehmen im Sinne des Artikels 90 Absatz 1.

Mit einem Umsatz in Höhe von 26 700 Milliarden Lit ist Telecom Italia der sechstgrößte Fernmeldebetreiber der Welt. Mit 101 000 Beschäftigten bedient sie mehr als 25 Millionen Teilnehmer.

Bei ihrer Gründung im August 1994 hat Telecom Italia die ausschließlichen Rechte für den Betrieb des öffentlichen Fernmeldenetzes und des Sprachtelefondienstes übernommen, die SIP 1984 für einen Zeitraum von 20 Jahren übertragen worden waren.

(3) Das zellulare digitale Mobilfunksystem der Norm GSM (Global System for Mobile communications) ist ein jüngst in Europa entwickelter Dienst, der es ermöglicht, auf Reisen innerhalb der Gemeinschaft und einigen anderen europäischen Ländern Anrufe zu tätigen und angerufen zu werden. Aufgrund der Verwendung eines digitalen Systems, eines Handgeräts und einer SIM-Karte (Subscriber Identity Module) bietet dieser Dienst mehr Möglichkeiten als die traditionelleren analogen Funktelefondienste. Neben einer besseren Übertragungsqualität ermöglicht die digitale Technik auch eine höhere Übertragungsgeschwindigkeit; die digitale Kodierung gewährleistet ein höheres Maß an Vertraulichkeit, und der digitale Mobilfunk kommt mit weniger Frequenzen aus als die analogen Systeme. Außerdem basiert das GSM-System auf gemeinsamen EG-Normen und ist im Gegensatz zu den analogen Systemen, die oft nicht mit den Systemen

anderer Mitgliedstaaten kompatibel sind, als einer der europaweiten Dienste konzipiert, dessen Förderung ein wesentlicher Bestandteil der Telekommunikationspolitik der Europäischen Union ist (1). Nicht zuletzt entsteht mit den GSM-Diensten ein besonders dynamischer Markt: Einigen Studien zufolge könnte die Zahl der Benutzer in Westeuropa von etwas über eine Million im Jahre 1993 auf 15 bis 20 Millionen im Jahre 2000 ansteigen (2).

(4) Für die Einführung des gemeinsamen digitalen Mobilfunksystems GSM hat der Rat mittels einer Richtlinie die Frequenzen 890-915 Mhz und 935-960 Mhz vorbehalten (3). Diese gemeinsamen Frequenzen erlauben mehreren konkurrierenden Betreibern, nebeneinander zu bestehen. GSM-Dienste werden in der Gemeinschaft seit Ende 1992 angeboten; seither haben die meisten Mitgliedstaaten (Belgien, Spanien, Italien, Niederlande, Finnland, Vereinigtes Königreich, Dänemark, Deutschland, Frankreich, Portugal und Griechenland) schon jeweils zwei Betreibern Lizenzen erteilt; andere (Österreich und Irland) haben ähnliche Schritte angekündigt oder bereits entsprechende Verfahren eingeleitet. Schweden hat drei GSM-Lizenzen erteilt. Das Vereinigte Königreich, Deutschland, die Niederlande und Frankreich schließlich haben einem dritten Betreiber die Genehmigung zur Erbringung zellularer digitaler Funktelefondienste in einem höheren Frequenzbereich auf der Grundlage der Spezifikation DCS 1800 erteilt oder beschlossen, sie zu erteilen.

Die Europäische Konferenz für das Post- und Fernmeldewesen (CEPT), in der die Fermeldebehörden von 36 Ländern (darunter Italien) zusammengeschlossen sind, hat empfohlen, den Wettbewerb zwischen Anbietern von GSM-Diensten aktiv zu unterstützen und gesetzliche Wettbewerbsbeschränkungen aufzuheben (4).

Sachverhalt

(5) Mit Schreiben vom 29. Juli 1993 hat die Kommission die italienische Regierung aufgefordert, entweder das Monopol der Telecom Italia (seinerzeit SIP) im Bereich des GSM-Mobilfunkdienstes zu beenden oder Argumente in Erwiderung auf die Beschwerdepunkte der Kommission gegen dieses Monopol vorzubringen. Auf dieses Ersuchen hat die italienische Regierung beschlossen, eine zweite Lizenz für 15 Jahre für den Betrieb eines GSM-Mobilfunknetzes auszuschreiben. Die Ausschreibung wurde in der Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana Nr. 294 vom 16. Dezember 1993 veröffentlicht. Sie sah keine Erstzahlung vor.

Am 29. Januar 1994 hat die italienische Regierung den Unternehmen, die auf die Ausschreibung reagiert hatten, das Lastenheft übersandt. Dieses Dokument sieht vor, daß Gebote „den Betrag in Milliarden Lit," zu enthalten haben, „den der Bieter zum Zeitpunkt der Erteilung der Lizenz zu entrichten bereit ist" (Klausel 4.9.1, S. 44). Dem Lastenheft zufolge ist der gebotene Betrag ein Auswahlkriterium (S. 51), wobei dessen Gewichtung unerwähnt bleibt. Stichtag für den Eingang der Gebote war der 1. März 1994 (Klausel 3.9, S. 19).

Das Lastenheft ist der Kommission erst am 2. März 1994 — d. h. nach diesem Stichtag — zugeschickt worden. Mit Schreiben vom 1. April 1994 hat diese ihr Bedauern darüber zum Ausdruck gebracht, daß das Lastenheft für die Vergabe im Vergleich zu SIP weniger günstige Bedingungen für den zweiten Betreiber und insbesondere die Leistung einer Erstzahlung (Gebot) und die Entrichtung einer Mindestjahresgebühr vorschreibe, zu deren Entrichtung während der ersten fünf Jahre sich der Bewerber unabhängig von seinem Umsatz verpflichten müsse, während für die SIP diese Gebühr lediglich 3,5 % ihrer tatsächlichen Einnahmen betrage.

Die Kommission hat deshalb die italienische Regierung aufgefordert, diese beiden Erfordernisse zu streichen und die Angebote der beiden verbleibenden Konsortien nur anhand der weiteren, im Lastenheft aufgeführten Kriterien — d. h. qualitativer Kriterien — zu prüfen.

Am 18. April 1994 teilte die italienische Regierung offiziell den Namen des ausgewählten Konsortiums Omnitel Pronto Italia sowie die der Auswahl zugrundeliegende Gewichtung mit. Diese Gewichtung war den Bewerbern nicht bekannt. Das ausgewählte Konsortium hat hinsichtlich aller Auswahlkriterien die beste Beurteilung erzielt.

In ihrem Schreiben vom 11. Mai 1994 erwiderte die Kommission, sie erhalte ihre Vorbehalte gegen die wirtschaftliche Erstzahlung, d. h. das Gebot, aufrecht. Da alle anderen Auswahlkriterien für Omnitel sprachen, forderte sie, diese Erstzahlung zu überprüfen, ohne damit die Betriebsaufnahme dieses Betreibers in Frage zu stellen oder zu verzögern.

(1) Vgl. Empfehlung 87/371/EWG des Rates vom 25. Juni 1987 (ABl. Nr. L 196 vom 17. 7. 1987, S. 81).
(2) „Scenario Mobile Communications up to 2010 — study on forecast developments and future trends in technical development and commercial provision up to the year 2010", EUTELIS Consult, Oktober 1993.
(3) Richtlinie 87/372/EWG des Rates vom 25. Juni 1987 über die Frequenzbänder, die für die koordinierte Einführung eines europaweiten öffentlichen zellularen digitalen terrestrischen Mobilfunkdienstes in der Gemeinschaft bereitzustellen sind (ABl. Nr. L 196 vom 17. 7. 1987, S. 85).
(4) „Review of the Requirements for the Future Harmonisation of Regulatory Policy Regarding Mobile Communication Services", CEPT/ECTRA (92) 57, S. 17.

Da dieses Schreiben unbeantwortet blieb, wies die Kommission am 27. Juli 1994 darauf hin, daß sie das laufende Verstoßverfahren nicht abschließen könne, bevor die Lizenz formell erteilt sei, und ersuchte unter anderem erneut um Auskunft über die seinerzeitigen Absichten der italienischen Regierung hinsichtlich des Gebotes. In Anbetracht der weniger gewichtigen Belastung durch die dem zweiten Betreiber auferlegte Mindestjahresgebühr im Vergleich zu der Erstzahlung hat die Kommission beschlossen, sich ausschließlich des letzteren Gesichtspunktes anzunehmen, ohne deswegen ersteren zu akzeptieren.

Mit Schreiben vom 8. August 1994 erwiderten die italienischen Behörden zu letzterem Punkt, den Wettbewerbern — und damit auch dem ausgewählten Konsortium — sei diese Verpflichtung wohlbekannt gewesen, da sie im Lastenheft ausdrücklich aufgeführt worden sei, und das Problem scheine anläßlich von Zusammenkünften zwischen dem Post- und Telekommunikationsministerium und Führungskräften der Omnitel Pronto Italia gelöst worden zu sein. Am 31. Oktober 1994 entgegnete die Kommission, die Tatsache, daß der Anwärter auf die zweite Lizenz die Bedingungen des Erhalts seiner Lizenz annehme, berühre den möglicherweise diskriminierenden Charakter dieser Bedingungen keineswegs, und erhielt ihre Forderung aufrecht.

Am 3. Januar 1995 hat die Kommission dann die italienische Regierung formell aufgefordert, die Verpflichtung der Entrichtung der Erstzahlung für den zweiten Betreiber aufzuheben oder zu den Argumenten der Kommission Stellung zu nehmen. Die italienischen Behörden haben darauf am 28. Februar 1995, am 17. Mai 1995 und am 10. August 1995 geantwortet.

BEURTEILUNG DURCH DIE KOMMISSION

Artikel 90 Absatz 1

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

Telecom Italia ist ein öffentliches Unternehmen, dem ausschließliche Rechte für den Betrieb des Telekommunikationsfestnetzes und das Anbieten von Sprachtelefondiensten (im Sinne des Artikels 1 der Richtlinie 90/388/EWG der Kommission [1]) und der analogen Funktelefondienste übertragen worden sind. Die italienische Regierung hat der Telecom Italia außerdem am 22. Dezember 1994 das Recht zum Betrieb eines GSM-Mobilfunknetzes erteilt, das in dem Maße als besonderes Recht anzusehen ist, als dieser Betreiber nicht auf der Grundlage objektiver und nicht-diskriminierender Kriterien ausgewählt worden ist.

Gemäß der Rechtsprechung des Gerichtshofes [2] ist die Vereinbarkeit dieses Monopols mit dem EG-Vertrag auf der Grundlage von Artikel 90 und den Bestimmungen zu beurteilen, auf die dieser Artikel verweist, im vorliegenden Fall Artikel 86.

Artikel 86

Der relevante Markt

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

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

(9) Der Sprach-Telefondienst im Sinne dieser Richtlinie ist der wichtigste im öffentlichen Festnetz, d. h. 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 Sprach-Telefondienste in Artikel 1 der Richtlinie auf Mobilfunkdienste unanwendbar ist.

(10) Damit ein Erzeugnis als „Gegenstand eines hinreichend abgesonderten Markts" angesehen werden kann, müssen nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes „seine besonderen, es von anderen Erzeugnissen unterscheidenden Eigenschaften so kennzeichnend sein, daß es mit diesen nur geringfügig austauschbar und ihrem Wettbewerb nur in wenig spürbarer Form ausgesetzt ist" [3].

[1] Richtlinie vom 28. Juni 1990 über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikationsdienste (ABl. Nr. L 192 vom 24. 7. 1990, S. 10).

[2] Insbesondere Urteil vom 19. Mai 1993, Rechtssache C-320/91, „Corbeau", Nr. 12.

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

Zwischen Mobilfunk- und Festnetztelefonsystemen besteht jedoch eindeutig eine sehr geringe Austauschbarkeit: Jene Teilnehmer, die ein Autotelefon oder ein tragbares Telefon benutzen, melden 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: Einer Untersuchung der OECD (Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung) zufolge betragen die (anhand eines Dienstleistungskorbs ermittelten) Kosten des Mobilfunks für Benutzer im Bereich der OECD durchschnittlich ein Vierfaches derjenigen über ein Festnetz angebotener Dienste (1).

Es ist zwar denkbar, daß mit weiterer Verbreitung des Mobilfunks ein einziges Telekommunikationssystem entstehen wird, das verschiedene, bisher noch getrennte Märkte umfassen wird. Die Voraussetzungen der Anwendung von Artikel 86 müssen jedoch auf der Grundlage der heutigen Nachfrage und nicht im Hinblick auf mögliche Entwicklungen in einer unbestimmten Zukunft beurteilt werden.

(11) Ist aus den oben dargelegten Gründen davon auszugehen, daß der Mobilfunktelefondienst nicht dem Markt des über das Festnetz angebotenen Sprach-Telefondiensts zugehört, so bleibt festzustellen, ob und inwieweit es gerechtfertigt ist, die zellularen Mobilfunksysteme der GSM-Norm, die Gegenstand dieser Entscheidung sind, von den zellularen analogen Funktelefondiensten zu unterscheiden.

Der zellulare GSM-Mobilfunk ist nach Auffassung der Kommission mehr als nur eine Fortentwicklung der älteren zellularen analogen Funktelefontechnik. Er bietet außer den Vorteilen einer qualitativ besseren Sprachwiedergabe und einer besseren Nutzung des vorhandenen Spektrums (womit einer deutlich höheren Zahl möglicher Benutzer ein und dieselbe Frequenz zugewiesen werden kann) neue Funktionen an, die nur den Bedürfnissen eines Teils der Mobilfunkteilnehmer entsprechen:

i) Das GSM-System, das auf einer Gemeinschaftsnorm basiert, ist für den europaweiten Einsatz ausgelegt; aufgrund sogenannter „Roaming"-Verträge zwischen den Netzbetreibern kann jeder Teilnehmer von seinem Handgerät aus Teilnehmer auch außerhalb des Staatsgebietes des Betreibers, bei dem sein Telefon angemeldet ist, überall im Gebiet der Mitglieder des GSM Memorandum of Understanding, in Europa und in anderen Teilen der Welt erreichen. Manche Teilnehmer, die aus beruflichen Gründen Mobilfunkdienste nur im Inland oder in einer bestimmten Region nutzen, sind an dieser neuen Funktion nicht interessiert. Andere hingegen könnte diese Funktion veranlassen, einen GSM-Anschluß zu beantragen.

ii) Außer Sprache kann das GSM-System auch Daten mit hoher Durchsetzungsrate übermitteln, wonach ebenfalls nur bei einem Teil der gegenwärtigen oder potentiellen Mobilfunkkunden Bedarf bestehen dürfte.

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

iv) Die digitale Technik ermöglicht eine ganze Reihe fortgeschrittener Telekommunikationsdienste, die in einem analogen System nicht (oder nur zu deutlich höheren Kosten) angeboten werden können.

v) Die für den GSM-Dienst geltenden Tarife liegen in den meisten Mitgliedstaaten gegenwärtig noch immer über jenen des analogen Mobiltelefondienstes.

Unter diesen Umständen ist mit der Ersetzung des analogen Funktelefonsystems durch das GSM-System in absehbarer Zeit nicht zu rechnen. Wahrscheinlich ist vielmehr, daß die beiden Systeme selbst dann noch mehrere Jahre nebeneinander bestehen werden, wenn Kunden in nennenswertem Umfang zu dem GSM-System abwandern sollten, da sie weitgehend unterschiedlichen Bedürfnissen entsprechen. Auch in Ländern, in denen das GSM-System voll betriebsbereit ist, investieren im übrigen manche Betreiber weiterhin in die analogen Dienste.

(12) Auf der Grundlage der vorstehenden Erwägungen, unter den gegenwärtigen Umständen und angesichts der Entwicklungsmöglichkeiten des Marktes ist demnach davon auszugehen, daß die GSM-Mobilfunkdienste mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ebenfalls einen von dem des analogen Funktelefondienstes gesonderten Markt darstellen.

(1) Studie der OECD vom 24. Februar 1993.

Jedenfalls würden die Schlußfolgerungen einer rechtlichen Würdigung auch dann nicht anders lauten, wenn der analoge Funktelefondienst und GSM endlich zwei Segmente desselben Marktes darstellten.

(13) Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist dieser Markt, der sich zur Zeit auf das gesamte italienische Staatsgebiet erstreckt, ein wesentlicher Teil des Gemeinsamen Marktes.

Marktbeherrschende Stellung

(14) Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs kann ein Unternehmen, das über ein gesetzliches Monopol für die Erbringung bestimmter Dienstleistungen verfügt, eine beherrschende Stellung im Sinne von Artikel 86 des Vertrages einnehmen [1]. Dies trifft auf Telecom Italia und ihre im Juli 1995 geschaffene Tochtergesellschaft Telecom Italia Mobile zu, die einzigen Unternehmen, die in Italien befugt sind, ein Telekommunikationsnetz, Sprach-Telefondienste und ein analoges Mobilfunknetz anzubieten, drei Märkte, auf denen sie über eine beherrschende Stellung verfügen.

Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

(15) 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 [2]".

Eine solche Chancengleichheit ist vor allem im Hinblick auf neue Marktteilnehmer auf einem Markt wichtig, auf dem sich — wie im Falle der Telecom Italia Mobile — ein auf einem nahen, aber gesonderten Markt beherrschender Wirtschaftsteilnehmer niederläßt.

(16) Telecom Italia Mobile verfügt bereits über bedeutende Trümpfe, um einen beherrschenden Marktanteil auf dem Markt der GSM-Mobilfunkdienste zu erobern:

— Zeitvorteil: Telecom Italia Mobile ist bereits in der Lage, ihren Dienst zu vermarkten, während der zweite Betreiber erst in der zweiten Hälfte des Jahres 1995 betriebsbereit sein wird;

— potentielle Kunden: Telecom Italia Mobile bedient mit ihrem analogen Mobilfunkdienst, TACS, mehr als 2 200 000 Teilnehmer (Februar 1995) und wirbt monatlich 100 000 neue Teilnehmer.

In Zukunft wird dieser Dienst allerdings aufgrund der größeren Möglichkeiten des GSM-Dienstes an Attraktivität verlieren. Der TACS-Betrieb erfolgt außerdem in Frequenzen, die dem GSM-Mobilfunkdienst vorbehalten sind. Längerfristig wird ein Teil der TACS-Teilnehmer somit zu GSM wechseln müssen. Telecom Italia Mobile verfügt deshalb bereits über eine potentielle Kundschaft für ihren GSM-Dienst;

— ein der Öffentlichkeit bekanntes bestehendes Vertriebsnetz, da Telecom Italia Mobile ihren GSM-Dienst durch ihre TACS-Vertriebshändler vertreiben kann;

— einschlägige Informationen: Telecom Italia Mobile verfügt aufgrund ihrer TACS-Erfahrung über genaue Informationen betreffend die Telefongewohnheiten der Italiener nach Benutzergruppen und Regionen. Aufgrund ihres Monopols für die Lieferung von Festverbindungen für die Netze der GSM-Betreiber [3] wird Telecom Italia Mobile weiterhin einschlägige Informationen über das Verkehrsaufkommen erhalten;

— Kosteneinsparungen im Infrastrukturbereich: Als zur Zeit einziger Betreiber fester und analoger mobiler Telefondienste kann Telecom Italia Mobile über Standorte und Antennen für die Errichtung ihres GSM-Netzes verfügen, die ihrem Konkurrenten nicht zugänglich sind.

Telecom Italia könnte ihre marktbeherrschende Stellung im herkömmlichen Telefondienst oder im analogen Mobilfunk nicht durch die Kostensteigerung ihrer Konkurrenten auf den Markt der GSM-Funktelefondienste ausdehnen, ohne gegen Artikel 86 EG-Vertrag zu verstoßen, beispielsweise durch die Forderung von Verbundgebühren, die nicht durch die Kosten gerechtfertigt wären.

(17) Gemäß Artikel 90 Absatz 1 EG-Vertrag muß Italien gleichzeitig davon Abstand nehmen, Maßnahmen zu treffen, die durch die Erhöhung der Einstiegskosten des einzigen Konkurrenten eines öffentlichen Unternehmens auf einem Markt, der soeben dem Wettbewerb geöffnet worden ist, diesen Wettbewerb erheblich verfälschen. In Anbetracht der ihrem einzigen Wettbewerber aufgebürdeten zusätzlichen Finanzlast hat Telecom Italia Mobile die Wahl zwischen zwei Geschäftsstrategien, die beide auf einen Verstoß gegen Artikel 90 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 86 des Vertrages hindeuten.

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

[2] Vgl. Urteil vom 19. März 1991, Rechtssache C-202/88, Frankreich/Kommission, Slg. 1991, S. I-1271, Randnummer 51.

[3] Telecom Italia und ihre Tochtergesellschaft Telecom Italia Mobile betreiben das Festnetz und mobile Dienste. Omnitel Pronto Italia hingegen kann Funkverbindungen nur herstellen, wenn sie nachweist, daß Telecom Italia ihr die beantragten Mietleitungen nicht binnen angemessener Fristen liefern kann.

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

Der durch den zweiten Betreiber auf diesem Markt entrichtete Erstzahlung in Höhe von 750 Milliarden Lit muß notwendigerweise durch Einnahmen amortisiert werden. Der zweite Betreiber wird daraufhin Schwierigkeiten haben, durch Tarifrabatte in Wettbewerb zu dem ersten Betreiber zu treten. Der erste Betreiber, Telecom Italia Mobile, der dieser Amortisierung nicht bedarf und im übrigen die Kostenstruktur des zweiten aufgrund des Infrastrukturmonopols der Telecom Italia kennt (2), könnte sich dadurch ermutigt sehen, durch Unterbietung der Tarife des letzteren seine gegenwärtige beherrschende Stellung sowohl auf dem Markt der Infrastruktur als auch auf dem der analogen Mobilfunkdienste auf den Markt der GSM-Mobilfunkdienste auszudehnen. Es handelt sich um die Ausdehnung einer beherrschenden Stellung, die der Wettbewerbsvorteil verursacht, der wiederum auf die Verzerrung der Kostenstruktur durch die Zahlung zurückgeht und dazu führt, daß die staatliche Maßnahme gegen Artikel 90 in Verbindung mit Artikel 86 verstößt.

ii) Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung im Sinne des Artikels 86 Absatz 2 Buchstabe b)

Die notwendige Finanzierung der 750 Milliarden Lit dürfte im übrigen auch die Investitionen des neuen Marktteilnehmers verzögern, der einen Teil seines Anfangskapitals für die Entrichtung der Erstzahlung einsetzen muß und somit nicht in den Ausbau seines Netzes über das zur Vermarktung seines Dienstes entsprechend den in der Lizenz festgelegten Mindesterfordernissen notwendige Maß hinaus investieren kann. Dies wird dessen Entwicklung verzögern beziehungsweise Telecom Italia Mobile ermutigen, die Vermarktung ihres GSM-Dienstes hinauszuzögern (3). Das TACS-System ist in der Tat attraktiver, weil es Telecom Italia Mobile aufgrund ihrer Monopolstellung als dessen Anbieter und des Umstandes, daß die getätigten Investitionen im wesentlichen bereits amortisiert sind, sichere Einnahmen gewährleistet.

Die Gruppe Telecom Italia, die, wie gesagt, die Kostenstruktur des zweiten Betreibers aufgrund ihres Infrastrukturmonopols kennt, könnte sich von daher ermutigt sehen, höhere Gebühren für ihren GSM-Dienst beizubehalten als dies ohne die verfahrensgegenständliche staatliche Maßnahme der Fall wäre. Dadurch würde sie die Erzeugung, den Absatz oder die technische Entwicklung im Sinne des Artikels 86 Buchstabe b) hinsichtlich des GSM-Dienstes, der sich fortschrittlicherer Technik bedient, zugunsten des älteren analogen Dienstes einschränken.

Dies würde darüber hinaus die Entwicklung hin zu persönlichen Kommunikationen, die mobile und terrestrische Netze verbinden, verzögern. Diese Konvergenz wird sich nämlich nur verwirklichen lassen, sofern die Mobilfunktarife erheblich sinken.

Andererseits steht gemäß der Rechtsprechung des Gerichtshofes (4) Artikel 90 Absatz 1 mitgliedstaatlichen Maßnahmen entgegen, die geeignet sind, das Unternehmen zu einem Verstoß gegen die Vorschriften, auf die dieser Artikel verweist, zu verleiten; im vorliegenden Falle insbesondere die des Artikels 86.

Daraus folgt, daß die verfahrensgegenständliche staatliche Maßnahme in der einen sowie in der anderen Fallgestaltung mit Artikel 90 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 86 Buchstabe b) EG-Vertrag unvereinbar ist.

(18) Die Haftung aufgrund der Artikel 86 und 90 Absatz 1 trifft einen Mitgliedstaat nur, wenn das mißbräuchliche Verhalten des jeweiligen Unternehmens geeignet ist, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. In vorliegendem Falle besteht eine derartige potentielle Wirkung, vermag doch die Geschäftstätigkeit der italienischen GSM-Betreiber sich auf Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten, die „SIM"-Karten in Italien erwerben können, sowie im Wege der Roamingvereinbarungen mit Betreibern, welche die Staatsgebiete anderer Mitgliedstaaten abdecken, auf diese Gebiete zu erstrecken.

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

(2) Das Lastenheft sah zugunsten des zweiten Betreibers eine Ermäßigung von 50 % im Vergleich zu den veröffentlichten Gebühren der SIP für Mietleitungen vor. Trotz dieser Ermäßigung betragen die Kosten der Mietleitungen für den zweiten GSM-Betreiber in Italien noch immer das dreifache der Kosten, die BT im Vereinigten Königreich den Betreibern zellularer Funksysteme in Rechnung stellt.

(3) Wie die Kommission bereits in ihrem Fristsetzungsschreiben vom 29. Juli 1993 hervorgehoben hatte: „poiché detiene il monopolio della fornitura della telefonia radiomobile, l'impresa pubblica ha scarso interesse ad introdurre l'altro servizio (il GSM) in tempi brevi".

(4) 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, EPT/Δημοτική Εταιρία 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.

Die Antwort der italienischen Behörden

(19) In ihrem Schreiben vom 28. Februar 1995 hebt die italienische Regierung hervor, daß die Erstzahlung eines der Auswahlkriterien für den zweiten Betreiber gewesen sei. Der von dem zweiten Betreiber gebotene Betrag sei infolgedessen dessen strategische Entscheidung gewesen, da das Lastenheft weder einen Mindest- noch einen Höchstsatz nenne.

Außerdem ermöglichte das Lastenheft dem Bieter, die Aufnahme eventueller Änderungen und Vertiefungen anzuregen, etwa der Verzicht auf die Erstzahlung oder die Verteilung dieser Zahlung über eine Reihe von Jahren. Ferner wußten die Bewerber, daß Telecom Italia Mobile nicht verpflichtet wäre, einen solchen Betrag zu zahlen.

Die italienische Regierung erläutert, daß Telecom Italia Mobile eine identische Zahlung nicht auferlegt werden konnte, weil diese Gesellschaft ihre Investitionen in diesem Bereich bereits vor dessen Liberalisierung vorgenommen hatte und deshalb damit rechnete, die Abschreibung aufgrund des Betriebs im Monopolsystem zu erzielen.

Bei der Festlegung der Höhe der Erstzahlung, die er zu zahlen bereit war, hat der zweite Betreiber somit der italienischen Regierung zufolge notwendigerweise die positiven Faktoren wie die bereits von Telecom Italia Mobile durchgeführten Investitionen und die Möglichkeit des inländischen „Roaming" berücksichtigt, das dem zweiten Betreiber die Nutzung des Netzes der Telecom Italia Mobile ermöglicht.

Die italienische Regierung bestreitet deshalb, daß die beherrschende Stellung der Telecom Italia und ihrer Tochtergesellschaft Telecom Italia Mobile verstärkt worden sei. Sie bestreitet auch, daß die Erstzahlung negative Auswirkungen auf die Investitionen oder die Höhe der Gebühren gehabt habe, da die Lizenz des zweiten Betreibers dazu genaue Verpflichtungen enthalte.

Die italienische Regierung lehnt schließlich eine Abschaffung der Erstzahlung ab. Die Aufgabe dieses Auswahlkriteriums würde ihr zufolge eine Wiederaufnahme des Auswahlverfahrens erforderlich machen, um die Grundsätze der Transparenz und Nicht-Diskriminierung einzuhalten. Sie behauptet, der Verzicht auf ein Element wie die Zahlung eines Betrages für den Zutritt zu dem GSM-Markt würde unweigerlich zu einer neuen Ausschreibung der Lizenz führen. Die Konkurrenten hätten nämlich ohne das Kriterium der Erstzahlung ihr Gebot in anderer Form vorlegen können. Diesen Standpunkt bekräftigte sie in einem Schreiben vom 10. August 1995.

(20) In ihrem Schreiben vom 17. Mai 1995 trennt die italienische Regierung die Frage der Erstzahlung von jener der Gefahr der Ausdehnung einer beherrschenden Stellung.

Zur Frage der Erstzahlung macht sie geltend, Telecom Italia Mobile habe in der Vergangenheit höhere Beträge als den fraglichen zur Entwicklung des neuen Dienstes aufgewandt, und außerdem habe die Öffnung des GSM-Dienstes für den Wettbewerb negative Auswirkungen auf die Gewinnerwartung der Telecom Italia Mobile bezüglich der Leistung dieses Dienstes gehabt. Des weiteren würde eine Rückerstattung der Erstzahlung den unterlegenen Anwärter in die Lage versetzen, die Lizenz der Omnitel anzugreifen, womit das Auswahlverfahren erneut eröffnet werden müßte. Diesbezüglich bekräftigt die italienische Regierung, daß die Aufhebung der Pflicht des zweiten Betreibers, eine Erstzahlung zu leisten, die Durchführung eines erneuten Auswahlverfahrens notwendig machen würde.

Hinsichtlich der Gefahr einer Ausdehnung der marktbeherrschenden Stellung der Telecom Italia und ihrer Tochtergesellschaft Telecom Italia Mobile weist die italienische Regierung darauf hin, es sei ihrem Einschreiten zu verdanken, daß Telecom Italia und Omnitel Vereinbarungen betreffend die Zusammenschaltung des GSM-Netzes der Omnitel und des Telefonfestnetzes der Telecom Italia, des versuchsweisen „Roamings" des Omnitel-Dienstes über das GSM-Netz der Telecom Italia Mobile, des Vertriebssystems des GSM Dienstes der Telecom Italia Mobile und jeweils getrennter Buchführung für den GSM Dienst und die anderen Geschäftsbereiche der Telecom Italia geschlossen haben.

Beurteilung durch die Kommission

(21) Die Kommission hat die Entscheidung der italienischen Regierung, zwei unterschiedliche Verfahren für die Erteilung der GSM-Lizenzen zu verwenden, nicht in Frage gestellt. Sie hat allerdings wiederholt die italienische Regierung aufgefordert, dafür Sorge zu tragen, daß das verwendete Verfahren und die für die Erteilung der zweiten Lizenz zugrunde gelegten Kriterien nicht bewirken, daß sich die Einstiegskosten des neuen Marktteilnehmers auf dem GSM-Markt im Vergleich zum öffentlichen Betreiber erhöhen.

Die Erstinvestitionen für die Errichtung eines GSM-Netzes in Italien belaufen sich auf rund 2 000 Milliarden Lit. Die Erstzahlung kommt zu den anfänglichen Investitionen hinzu und erhöht somit den Finanzierungsbedarf des zweiten Betreibers um mehr als ein Drittel. Da Telecom Italia Mobile diese Ausgabe nicht zu tragen hat, trifft es somit nicht zu, daß die Erstzahlung die Stellung dieser Gesellschaft nicht gestärkt hätte. Telecom Italia Mobile kann die so gesparten Finanzmittel verwenden, um ihr Vertriebsnetz zu erweitern oder potentiellen Teilnehmern spezielle Angebote zu unterbreiten.

Im übrigen genießt die Telecom Italia Mobile einen Zeitvorsprung, um Erträge aus den bedeutenden für die Entwicklung des GSM aufgebrachten Investitionssummen zu erzielen. Sobald sie ihr Netz im Rahmen einer nationalen „Roaming"-Vereinbarung dem zweiten nationalen Betreiber zur Verfügung stellt, wird dieser nicht unentgeltlich Nutzen aus der Investition ziehen, sondern ebenfalls zu ihrer Amortisierung beizutragen haben.

(22) Die Tatsache, daß die Bewerber für die zweite Lizenz über diese künftige Wettbewerbsverfälschung auf dem GSM-Markt in Italien zugunsten der Telecom Italia Mobile unterrichtet waren, berührt dieses Ungleichgewicht keineswegs. Den Unternehmen, die trotzdem auf dem Markt tätig werden wollten, blieb nur die Wahl, diesen Nachteil in ihren Geschäftsplan zu integrieren.

Es stimmt daher auch nicht, daß die Erstzahlung keine Auswirkungen auf die praktizierten Preise und die gebotene Deckung habe. Die Lizenz des zweiten Betreibers greift die Ziele auf, die er sich selbst nach Abzug der Kosten für die Erstzahlung zu erreichen verpflichtet hat. Dazu erkennt die italienische Regierung selbst an, daß die Bewerber in Ermangelung der Erstzahlung die wirtschaftlichen Ziele für jeden der Bewertungsparameter anders hätten formulieren können. Die in dem Lastenheft vorgesehene Möglichkeit inländischen „Roamings" kann außerdem sicher nicht als ausreichender Ausgleich für den Nachteil für den zweiten Betreiber angesehen werden. Bisher hat die italienische Regierung die Kommission noch nicht darüber informiert, daß ein solcher Vertrag mit dem zweiten Betreiber in Kraft gesetzt wurde.

(23) Das Argument, im Falle einer Aufgabe der Erstzahlung müsse das Vergabeverfahren wiederholt werden, um die Grundsätze der Transparenz und Nicht-Diskriminierung zu wahren, ist ebenfalls nicht stichhaltig.

Angesichts der Tatsache, daß das ausgewählte Konsortium das beste Gebot bei allen anderen Auswahlkriterien eingereicht hatte, hat die Kommission in ihrem Schreiben vom 11. Mai 1994 festgestellt, daß es möglich und erforderlich war, diese Zahlung erneut zu überprüfen, ohne damit die Aufnahme des Dienstes des zweiten Betreibers in Frage zu stellen oder zu verzögern.

Im übrigen ist die Gewichtung der verschiedenen Auswahlkriterien den Anwärtern nicht mitgeteilt worden. Daher könnten die Anwärter nicht behaupten, sie würden ein besseres Gebot unterbreitet haben, hätten sie um die Aufgabe des Zahlungselements gewußt. Tatsächlich hätte die Erstzahlung gering oder überhaupt nicht gewichtet werden können.

Jedenfalls stellt eine Rückerstattung des „versamento iniziale" nicht das einzige denkbare Mittel dar, das dadurch gestörte Gleichgewicht wiederherzustellen. So könnte die italienische Regierung etwa kompensatorische Maßnahmen wie die im Rahmen der Kontakte zwischen der Kommission und den italienischen Behörden angesprochenen ergreifen, zum Beispiel:

— Die unverzügliche Gewährung des Rechts an den zweiten Betreiber, seine eigene Infrastruktur zu errichten (sowie die Zuweisung der notwendigen Funkfrequenzen, um Hertzwellenverbindungen herzustellen) oder die bestehende Infrastruktur dritter Unternehmen, etwa der Staatlichen Eisenbahnen (FS), der Autobahnen oder des ENEL, zu nutzen;

— die wirksame Anwendung der „Roaming"-Vereinbarung zwischen den beiden GSM-Betreibern in einer Weise, die technisch und hinsichtlich der Gebühren den Rückstand des zweiten Betreibers auszugleichen vermag;

— der Zugang zur Benutzerdatei TACS 900 der Telecom Italia unter Wahrung der Vertraulichkeit der einzelnen Daten;

— die Überprüfung der Gebührenregelung für die Zusammenschaltung mit dem vermittelten Telefonnetz der Telecom Italia;

— die Gewährung des Rechtes an Omnitel Pronto Italia, zur Leistung ihres Dienstes auf alternative Technologien wie etwa DCS-1800 oder DECT zurückzugreifen.

In keinem Falle kann der Widerruf der verliehenen Lizenz als eine Maßnahme angesehen werden, die angemessen Abhilfe für den Verstoß schafft, da sie den derzeit einzigen Wettbewerber der Telecom Italia Mobile auf dem GSM-Markt verschwinden ließe und deren Festnetz-Telefondienstmonopol während der gesamten Zeit, die ein neues Ausschreibungsverfahren in Anspruch nähme, auf den GSM-Funktelefondienst ausdehnen und anschließend den Wettbewerb aufgrund des zusätzlichen Zeitvorsprungs zusätzlich erschweren würde.

(24) Die Einwände der Kommission gegen die dem zweiten Betreiber auferlegte Erstzahlung, die Telecom Italia Mobile nicht zu leisten hat, stützt sich nicht auf Artikel 6 des Vertrags. Im Rahmen dieses Verfahrens stellt sich nicht die Frage nach der Diskriminierung als solcher, sondern nach der Wirkung der betreffenden staatlichen Maßnahme, die, wie unter den Randnummern 17-18 dargelegt, darin besteht, die Fernmeldeorganisation zu veranlassen, ihre beherrschende Stellung auszudehnen oder die Erzeugung, den Absatz oder die technische Entwicklung einzuschränken.

Das Ziel dieses Verfahrens besteht darin, die italienische Regierung zu veranlassen, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um eine solche Wirkung zu verhindern. Die offensichtlichste Maßnahme würde in der Auferlegung einer identischen Zahlung an Telecom Italia Mobile bestehen.

(25) Die Kommission wäre auch bereit, auf Antrag der italienischen Regierung zu prüfen, wie diese dem Verstoß durch den Erlaß sonstiger Maßnahmen ein Ende setzen kann, sofern diese den Nachteil des zweiten Betreibers tatsächlich ausgleichen.

Es ist Sache der italienischen Regierung, diesbezüglich Vorschläge zu unterbreiten. Die italienische Regierung müßte in jedem Fall Zahlenangaben zu diesen Vorschlägen vorlegen und nachweisen, daß diese einen tatsächlichen Ausgleich für die von Omnitel gezahlten 750 Milliarden Lit bieten.

Artikel 90 Absatz 2

(26) Gemäß Artikel 90 Absatz 2 EG-Vertrag gelten für Unternehmen, die mit Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse betraut sind, die Wettbewerbsregeln, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Die italienische Regierung hat diese Bestimmung nicht geltend gemacht, um die dem einzigen zweiten Betreiber auferlegte Erstzahlung zu rechtfertigen.

(27) Die Kommission ist ihrerseits der Ansicht, daß Artikel 90 Absatz 2 des Vertrages nicht anwendbar ist, weil sie über keinen Anhaltspunkt dafür verfügt, daß die Erstzahlung rechtlich oder tatsächlich durch die Erreichung eines im öffentlichen Interesse stehenden Zieles gerechtfertigt ist.

SCHLUSSFOLGERUNG

(28) Aus dem Vorstehenden zieht die Kommission die Schlußfolgerung, daß der Wettbewerbsnachteil durch die dem einzigen zweiten Betreiber auferlegte Erstzahlung für seine Lizenz zum Betrieb eines GSM-Netzes in Italien einen Verstoß gegen Artikel 90 Absatz 1 des Vertrages in Verbindung mit Artikel 86 darstellt —

HAT FOLGENDE ENTSCHEIDUNG ERLASSEN:

Artikel 1

Die italienische Regierung ist gehalten, die erforderlichen Maßnahmen zu erlassen, um die Wettbewerbsverfälschung aufzuheben, die sich aus der dem Unternehmen Omnitel Pronto Italia auferlegte Erstzahlung ergibt, und bis spätestens 1. Januar 1996 gleiche Bedingungen für die Betreiber von GSM-Mobilfunkdiensten auf dem italienischen Markt zu gewährleisten:

— entweder durch die Auferlegung einer identischen Zahlung an Telecom Italia Mobile;

— oder durch den Erlaß zuvor mit der Kommission vereinbarter berichtigender Maßnahmen, die Wirtschaftlich der von dem zweiten Betreiber vorgenommenen Zahlung entsprechen.

Die konkreten Maßnahmen dürfen den durch die Genehmigung eines zweiten GSM-Betreibers am 2. Dezember 1994 eingeführten Wettbewerb nicht beeinträchtigen.

Artikel 2

Die italienische Regierung ist gehalten, der Kommission binnen dreier Monate ab dem Tag der Bekanntgabe dieser Entscheidung die von ihr getroffenen Maßnahmen mitzuteilen.

Artikel 3

Diese Entscheidung ist an die Italienische Republik gerichtet.

Brüssel, den 4. Oktober 1995

Für die Kommission

Karel VAN MIERT

Mitglied der Kommission