

URTEIL DES GERICHTS (Fünfte erweiterte Kammer)

30. Januar 2007*

In der Rechtssache T-340/03

France Télécom SA, vormals Wanadoo Interactive SA, mit Sitz in Paris (Frankreich), Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte O. Brouwer, H. Calvet, M. Pittie, J. Philippe und T. Janssens,

Klägerin,

gegen

Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten zunächst durch S. Rating und É. Gippini Fournier als Bevollmächtigte, dann durch É. Gippini Fournier,

Beklagte,

wegen Nichtigerklärung der Entscheidung der Kommission vom 16. Juli 2003 in einem Verfahren nach Artikel [82 EG] (Sache COMP/38.233 – Wanadoo Interactive) oder, hilfsweise, Aufhebung oder Herabsetzung der gegen die Klägerin verhängten Geldbuße

* Verfahrenssprache: Französisch.

erlässt

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

unter Mitwirkung des Präsidenten M. Vilaras, der Richterin M. E. Martins Ribeiro,
der Richter F. Dehousse und D. Šváby sowie der Richterin K. Jürimäe,

Kanzler: J. Palacio González, Hauptverwaltungsrat,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom
26. April 2005

folgendes

Urteil

Sachverhalt und Verfahren

- ¹ Im Zusammenhang mit der Entwicklung des Breitband-Internetzugangs beschloss die Kommission im Juli 1999, aufgrund ihrer Befugnisse nach Art. 12 Abs. 1 der Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962, Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln [81] und [82] des Vertrages (ABl. 1962, Nr. 13, S. 204), in der Europäischen Union eine branchenweite Untersuchung einzuleiten, bei der es u. a. um die Bereitstellung des Zugangs zum Ortsanschlussnetz und dessen Verwendung durch Privatkunden ging. In diesem Rahmen sah sich die Kommission durch die

eingeholten Informationen veranlasst, die Tarifgestaltung der Wanadoo Interactive SA (im Folgenden: WIN) für die Bereitstellung des Breitband-Internetzugangs für Privatkunden in Frankreich eingehend zu prüfen. Zu diesem Zweck leitete sie im September 2001 von Amts wegen ein Verfahren ein.

- 2 WIN war im relevanten Zeitraum eine Gesellschaft der France-Télécom-Gruppe. Ihr Kapital wurde zu 99,9 % von der Wanadoo SA gehalten. Die Beteiligung von France Télécom am Kapital von Wanadoo schwankte im betreffenden Zeitraum zwischen 70 % und 72,2 %. Die aus Wanadoo und ihren Tochtergesellschaften bestehende Unternehmensgruppe (im Folgenden: Wanadoo-Gruppe) war mit allen Internet-Aktivitäten der France-Télécom-Gruppe und mit der Herausgabe von Telefonbüchern befasst. Innerhalb der Wanadoo-Gruppe trug WIN die operative und technische Verantwortung für die Internetzugangsdienste in Frankreich einschließlich der ADSL-Dienste (ADSL = Asymmetric Digital Subscriber Line).

- 3 Die Kommission übermittelte WIN am 19. Dezember 2001 eine erste Mitteilung der Beschwerdepunkte (im Folgenden: erste Mitteilung der Beschwerdepunkte) und am 9. August 2002 eine zusätzliche Mitteilung von Beschwerdepunkten (im Folgenden: zusätzliche Mitteilung von Beschwerdepunkten); WIN beantwortete diese Mitteilungen am 4. März und am 23. Oktober 2002.

- 4 Am 16. Januar 2003 übermittelte die Kommission WIN ein als „Tatbestandschreiben“ qualifiziertes Schriftstück (im Folgenden: Tatbestandsschreiben) und gestattete ihr, die diesem Schreiben zugrunde liegenden Akten einzusehen. Die tatsächliche Einsichtnahme durch WIN fand am 23. und 27. Januar 2003 statt. Mit Schreiben vom 26. Februar 2003 ersuchte WIN die Kommission um Erläuterungen zu verschiedenen Punkten des Tatbestandsschreibens. Die Kommission antwortete mit Schreiben vom 28. Februar 2003, woraufhin WIN mit Schriftsatz vom 4. März 2003 zum Tatbestandsschreiben Stellung nahm.

- 5 Mit Entscheidung vom 16. Juli 2003 in einem Verfahren nach Artikel [82 EG] (Sache COMP/38.233 – Wanadoo Interactive) (im Folgenden: Entscheidung) stellte die Kommission fest, dass WIN „gegen Artikel 82 [EG] verstoßen [hat], indem [sie] im Rahmen einer Strategie zur Vereinnahmung des gerade im Entstehen begriffenen Marktes für Breitband-Internetzugänge für [ihre] Dienste eXtense und Wanadoo ADSL Verdrängungspreise festlegte, mit denen [sie] bis August 2001 [ihre] variablen Kosten und ab August 2001 [ihre] Vollkosten nicht decken konnte“ (Art. 1). Die Kommission gab WIN auf, diesen Verstoß abzustellen (Art. 2), und erlegte ihr eine Geldbuße in Höhe von 10,35 Millionen Euro auf (Art. 4).
- 6 In der Entscheidung wird als relevanter Markt der französische Markt für den Breitband-Internetzugang von Privatkunden definiert. Die Produkte, auf die sich die Zuwiderhandlung erstrecken soll, sind die Breitband-Internetzugangsleistungen unter Nutzung von ADSL-Technologie (Wanadoo ADSL und eXtense).
- 7 Nach den Angaben in der Entscheidung musste der Nutzer von Wanadoo ADSL im relevanten Zeitraum monatlich die Gebühr für die erbrachte Leistung an France Télécom, die Miete für das ADSL-Modem von France Télécom sowie die Internetanschlussgebühr an WIN als Provider zahlen. Im Rahmen der Dienstleistungen von eXtense wurde das Modem vom Nutzer gekauft, der nur eine monatliche Anschlussgebühr für die Leistung von France Télécom und den unbegrenzten Internetpauschalzugang an WIN zahlte.
- 8 Nach Prüfung verschiedener Gesichtspunkte, darunter der Marktanteile (Randnrn. 211 bis 222 der Entscheidung) und der Auswirkungen der Verbindung mit France Télécom (Randnrn. 223 bis 228), kommt die Kommission zu dem Schluss, dass WIN auf dem relevanten Markt eine beherrschende Stellung einnehme. Anschließend befasst sie sich mit dem Nachweis dafür, dass die von WIN praktizierte nicht kostendeckende Preisgestaltung mit einer absichtlichen Verdrängungsstrategie zur „Vereinnahmung“ des Marktes einhergegangen sei und somit einen Missbrauch einer beherrschenden Stellung im Sinne von Art. 82 EG darstelle (Randnr. 254).

- 9 Der Entscheidung zufolge begann die Zuwiderhandlung am 1. März 2001 und endete am 15. Oktober 2002, dem Tag des Inkrafttretens der von France Télécom im März 2002 vorgeschlagenen Abhilfemaßnahme. Durch die praktizierten Tarife seien von März bis August 2001 die variablen Kosten und ab August 2001 die Vollkosten nicht gedeckt worden (Art. 1 der Entscheidung, siehe oben, Randnr. 5).
- 10 Die Entscheidung wurde WIN am 23. Juli 2003 zugestellt und ist von dieser mit einer am 2. Oktober 2003 bei der Kanzlei des Gerichts eingereichten Nichtigkeitsklage angefochten worden.
- 11 Infolge einer Verschmelzung am 1. September 2004 ist die France Télécom SA Rechtsnachfolgerin von WIN geworden.

Anträge der Parteien

- 12 Die Klägerin beantragt,
- die Entscheidung für nichtig zu erklären;
 - hilfsweise, die Geldbuße aufzuheben oder herabzusetzen;
 - der Beklagten die Kosten aufzuerlegen.

13 Die Kommission beantragt,

- die Klage abzuweisen;

- der Klägerin die Kosten aufzuerlegen.

Rechtliche Würdigung

I — Zum Antrag auf Nichtigkeitserklärung der Entscheidung

14 Die Klägerin stützt ihren Antrag auf Nichtigkeitserklärung auf verschiedene Verfahrensrügen, einen Verstoß gegen den Grundsatz der persönlichen Bestrafung und eine Verletzung von Art. 82 EG.

A — Zum Klagegrund einer Verletzung der Verteidigungsrechte und wesentlicher Formvorschriften

1. Vorbringen der Parteien

15 WIN macht geltend, wenn Verdrängungspreise in Rede stünden, müsse die Berechnung der Kosten als ein zentraler Punkt der betreffenden Beanstandung angesehen werden. Sie sei aber nicht nur auf Schwierigkeiten bei der Akteneinsicht gestoßen, sondern darüber hinaus seien wichtige in der Entscheidung enthaltene

Aspekte der Berechnung der variablen Kosten und der Vollkosten nie Gegenstand einer Mitteilung der Beschwerdepunkte gewesen und nur im Tatbestandsschreiben übermittelt worden. Darin liege eine Verletzung ihrer Verteidigungsrechte und eine Verletzung wesentlicher Formvorschriften. Sie habe nämlich nicht wissen können, welche Bedeutung und welche Stellung diesen Aspekten in der Argumentation und den Beanstandungen der Kommission zukomme, und habe deshalb die Verteidigungsrechte insoweit nicht wirksam ausüben können.

- 16 Außerdem habe die Kommission in der Entscheidung Berechnungen angestellt, die sowohl hinsichtlich der angewandten Methode als auch in Bezug auf die Ergebnisse von den Berechnungen abwichen, die in der zusätzlichen Mitteilung von Beschwerdepunkten zugrunde gelegt worden seien. Die Kommission habe mit der Änderung ihrer Prüfung der Kostendeckung ihre Beanstandung geändert. Im Übrigen werde in der Entscheidung eine längere als die in der Mitteilung der Beschwerdepunkte genannte Dauer der Zuwiderhandlung zugrunde gelegt, ohne dass sich die Beteiligten dazu hätten äußern können.
- 17 Nach Ansicht der Kommission ist das Vorbringen von WIN sachlich falsch und rechtlich unbegründet. Sie habe im Tatbestandsschreiben ohne Änderung der Prüfungskriterien oder der Beschwerdepunkte lediglich Rechenfehler berichtigt, auf die WIN in ihrer Antwort auf die zusätzliche Mitteilung von Beschwerdepunkten hingewiesen habe. Außerdem sei WIN zum Inhalt des Tatbestandsschreibens gehört worden. Dessen Zweck sei es gerade gewesen, das Unternehmen in die Lage zu versetzen, seinen Standpunkt zum Vorliegen und zur Erheblichkeit des angeführten Sachverhalts in sachgerechter Weise vorzubringen, was WIN auch getan habe. So habe WIN die Kommission mit Schreiben vom 26. Februar 2003 um einige Erläuterungen zu verschiedenen Punkten des Tatbestandsschreibens ersucht. Die Kommission habe mit Schreiben vom 28. Februar 2003 geantwortet und es WIN dadurch ermöglicht, ihrerseits am 4. März 2003 das Tatbestandsschreiben zu beantworten. Anlässlich der Versendung des Tatbestandsschreibens habe sie WIN Einsicht in sämtliche Akten gewährt, die diesem Schreiben zugrunde gelegen hätten. Tatsächlich habe WIN am 23. und am 27. Januar 2003 Akteneinsicht genommen. Was die Dauer der Zuwiderhandlung angehe, so habe der Umstand, dass sie noch andauere, als die Mitteilung der Beschwerdepunkte übersandt worden sei, die Kommission daran gehindert, über die Festlegung des Beginns der Zuwiderhandlung hinauszugehen.

2. Würdigung durch das Gericht

18 Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass nach ständiger Rechtsprechung die Beschwerdepunkte in der Mitteilung der Beschwerdepunkte, sei es auch nur in gedrängter Form, so klar abgefasst sein müssen, dass die Betroffenen tatsächlich erkennen können, welches Verhalten ihnen die Kommission zur Last legt. Nur unter dieser Voraussetzung kann die Mitteilung der Beschwerdepunkte nämlich den ihr durch die Gemeinschaftsverordnungen zugewiesenen Zweck erfüllen, der darin besteht, den Unternehmen und Unternehmensvereinigungen alle erforderlichen Angaben zur Verfügung zu stellen, damit sie sich sachgerecht verteidigen können, bevor die Kommission eine endgültige Entscheidung erlässt. Nach ebenfalls ständiger Rechtsprechung ist dieses Erfordernis erfüllt, wenn die Entscheidung den Betroffenen keine anderen als die in der Mitteilung der Beschwerdepunkte genannten Zuwiderhandlungen zur Last legt und nur Tatsachen berücksichtigt, zu denen sich die Betroffenen äußern konnten. Die endgültige Entscheidung der Kommission braucht jedoch nicht notwendig ein Abbild der Mitteilung der Beschwerdepunkte zu sein (Urteil des Gerichts vom 28. Februar 2002, *Compagnie générale maritime u. a./Kommission*, T-86/95, Slg. 2002, II-1011, Randnr. 442 und die dort genannte Rechtsprechung). Zulässig sind daher Ergänzungen zur Mitteilung der Beschwerdepunkte unter Berücksichtigung der Stellungnahmen der Parteien, deren Argumente zeigen, dass sie ihre Verteidigungsrechte tatsächlich wahrnehmen konnten. Die Kommission darf auch unter Berücksichtigung des Verwaltungsverfahrens Argumente, auf die sie ihre Beschwerdepunkte stützt, in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht ändern oder ergänzen (Urteil des Gerichts vom 22. Oktober 2002, *Schneider Electric/Kommission*, T-310/01, Slg. 2002, II-4071, Randnr. 438).

19 Der vorliegende Klagegrund ist vor diesem Hintergrund zu würdigen.

20 Festzustellen ist, dass die Kommission im Anschluss an die Untersuchungsphase am 19. Dezember 2001 die erste Mitteilung der Beschwerdepunkte an WIN richtete. Diese nahm dazu in ihrer Antwort vom 4. März 2002 und bei einer Anhörung am 18. März 2002 Stellung (Randnr. 153 der Entscheidung). Am 9. August 2002 richtete die Kommission die zusätzliche Mitteilung von Beschwerdepunkten an WIN. Diese

nahm dazu am 23. Oktober 2002 Stellung, ohne um eine Anhörung zu ersuchen (Randnr. 157 der Entscheidung). Somit konnte WIN die Verteidigungsrechte in Bezug auf die von der Kommission in diesen Mitteilungen erhobenen Beschwerdepunkte sowohl im Rahmen ihrer Stellungnahmen zu den Mitteilungen als auch bei ihrer Anhörung wahrnehmen.

- 21 Die von der Kommission in ihrer Entscheidung herangezogenen Beschwerdepunkte weichen nicht von den in den Mitteilungen der Beschwerdepunkte genannten Punkten ab.
- 22 In der Mitteilung der Beschwerdepunkte vom 19. Dezember 2001 führt die Kommission nämlich einleitend aus:

„Die vorliegende Mitteilung der Beschwerdepunkte betrifft die Preisgestaltung von [WIN], einer der Gesellschaften der France-Télécom-Gruppe, für ihre Breitband-Internetzugangsleistungen Wanadoo ADSL und Pack [eXtense] im Jahr 2001.

...

Die Untersuchungen haben ergeben, dass [WIN] seit Beginn des Jahres 2001 die Preise für die fraglichen Dienstleistungen nicht kostendeckend gestaltet, so dass von einer Verdrängungspraxis und einem Verstoß gegen Art. 82 [EG] gesprochen werden kann.“

- 23 Die Kommission schließt ihre Analyse in dieser Mitteilung der Beschwerdepunkte wie folgt ab:

„[In diesem Stadium stellt] die von [WIN] seit Beginn des Jahres 2001 angewandte Politik der Verdrängungspreise einen Missbrauch einer beherrschenden Stellung [im Sinne von] Art. 82 [Buchst.] a und b [EG] dar. Die fraglichen Praktiken erfolgten in einem entscheidenden Stadium der Entwicklung des Markts für den Breitband-Internetzugang von Privatkunden zur gleichen Zeit wie die Verbreitung von ADSL in Frankreich. Sie verliehen [WIN] einen erheblichen Vorteil gegenüber ihren Konkurrenten oder hinderten diese daran, auf den Markt zu gelangen oder sich dort zu behaupten.“

- 24 Art. 1 der Entscheidung lautet:

„Von März 2001 bis Oktober 2002 hat das Unternehmen [WIN] gegen Artikel 82 [EG] verstoßen, indem es im Rahmen einer Strategie zur Vereinnahmung des gerade im Entstehen begriffenen Marktes für Breitband-Internetzugänge für seine Dienste eXtense und Wanadoo ADSL Verdrängungspreise festlegte, mit denen es bis August 2001 seine variablen Kosten und ab August 2001 seine Vollkosten nicht decken konnte.“

- 25 Der Vergleich der ersten Mitteilung der Beschwerdepunkte mit der Entscheidung zeigt, dass das Unternehmen, der Markt und die betroffenen Produkte genauso identisch sind wie die beanstandete Zuwiderhandlung, d. h. die gegen Art. 82 EG verstoßende Verdrängungspreispolitik.

- 26 Die Entscheidung ist zwar in Bezug auf die Kostendeckung viel genauer. Anders als die erste Mitteilung der Beschwerdepunkte spricht sie die variablen Kosten und die Vollkosten an und unterscheidet zwischen den insoweit berücksichtigten Zeiträumen.

- 27 Diese Präzisierung wurde jedoch in der zusätzlichen Mitteilung von Beschwerdepunkten eingeführt, deren Abschnitt 5.4 mit „Missbrauchstatbestand: Nichtdeckung der variablen Kosten und der Vollkosten im Rahmen einer Strategie zur Vereinnahmung des Marktes“ überschrieben ist. In den beiden Fußnoten zu dieser Überschrift stellt die Kommission klar, dass „insoweit ... diese Mitteilung von Beschwerdepunkten [Abschnitt] 3.4 der ersten Mitteilung der Beschwerdepunkte [ergänzt]“ und dass „die Prüfung der Deckung der Vollkosten ... ein gegenüber der ersten Mitteilung der Beschwerdepunkte neuer Gesichtspunkt [ist]“. Die angewandte Methode war WIN also bereits in diesem Stadium bekannt, und sie konnte dazu Stellung nehmen.
- 28 Was das Tatbestandsschreiben angeht, so besteht sein Zweck schon nach seinem Wortlaut darin, „bestimmte in den Mitteilungen der Beschwerdepunkte nicht ausdrücklich erwähnte tatsächliche Gesichtspunkte anzusprechen, auf die sich die Kommission in einer solchen Entscheidung beziehen könnte; diese Gesichtspunkte bestehen zum Teil in Tatsachen, die in den [den] Anwälten bereits zugänglich gemachten Kommissionsakten geschildert werden, und zum Teil in Gesichtspunkten, die bei den nach dem 9. August 2002 fortgeführten Untersuchungen zusammengetragen wurden“.
- 29 Nach Ansicht von WIN wird mit diesem Schreiben die Prüfung der Kostendeckung und damit die entsprechende Beanstandung geändert, so dass es Gegenstand einer Mitteilung von Beschwerdepunkten hätte sein müssen.
- 30 Einleitend ist darauf hinzuweisen, dass WIN in ihrer Klageschrift — abgesehen von dem schlichten Hinweis auf die unterschiedliche Einteilung der Analysezeiträume — weder näher ausgeführt hat, worin die Unterschiede bei der Methode oder den Ergebnissen bestehen sollen, noch welches die mit dem Tatbestandsschreiben eingeführten neuen Gesichtspunkte sein sollen. Sie hat lediglich auf die erste Mitteilung der Beschwerdepunkte, die zusätzliche Mitteilung von Beschwerdepunkten und das Tatbestandsschreiben verwiesen, die sie als Anlage beigefügt hat. Es ist aber nicht Sache des Gerichts, in diesen Anlagen die Gesichtspunkte zu suchen und zu bestimmen, auf die sich die Klage möglicherweise stützen lässt. Der Text der Klageschrift kann zwar zu speziellen Punkten durch Bezugnahmen auf bestimmte Passagen beigefügter Unterlagen untermauert und ergänzt werden, doch kann eine pauschale Bezugnahme auf andere Schriftstücke, auch wenn sie der Klageschrift als Anlage beigefügt sind, nicht das Fehlen der wesentlichen Gesichtspunkte in der Klageschrift ausgleichen (Urteil des Gerichts vom 20. März 2002, ABB

Asea Brown Boveri/Kommission, T-31/99, Slg. 2002, II-1881, Randnr. 113). Deshalb ist kein detaillierter Vergleich der Mitteilungen der Beschwerdepunkte und des Tatbestandsschreibens, die der Klageschrift als Anlage beigefügt sind, vorzunehmen, um im Tatbestandsschreiben unterschiedliche Methoden oder neue Gesichtspunkte zu suchen. Darüber hinaus ist gleichwohl festzustellen, dass das Tatbestandsschreiben keinen Beschwerdepunkt enthält und eine Änderung der Methode zur Berechnung des Kostendeckungsgrads weder ankündigt noch einführt. Es werden, oft als Reaktion auf Bemerkungen von WIN, Gesichtspunkte, die sich bereits in den Mitteilungen der Beschwerdepunkte finden, aktualisiert, näher dargestellt oder berichtigt. Die dort erhobenen Beschwerdepunkte werden somit nicht geändert.

- 31 Was die unterschiedliche Einteilung der Analysezeiträume angeht, die in der Klageschrift als einziger Beleg für die behauptete Änderung der Prüfung der Kostendeckung angeführt wird, so wurde in der Entscheidung in der Tat der Zeitraum der Nichtdeckung der variablen Kosten verkürzt und der Zeitraum der Nichtdeckung der Vollkosten verlängert. Der Beschwerdepunkt der Nichtdeckung der Kosten erstreckt sich jedoch wie in der Mitteilung der Beschwerdepunkte auf den gesamten Zeitraum der Zuwiderhandlung. Außerdem kommt die Verlagerung des Beginns der Zuwiderhandlung von Januar 2001 in den Mitteilungen der Beschwerdepunkte auf März 2001 in der Entscheidung WIN zugute. Im Übrigen kann der Kommission kein Vorwurf daraus gemacht werden, dass sie die Bemerkungen von WIN in deren Antwort auf die zusätzliche Mitteilung von Beschwerdepunkten berücksichtigt hat. Nach diesen Bemerkungen gelangte die Kommission nur aufgrund eines Rechenfehlers zu der Schlussfolgerung, dass die variablen Kosten zwischen August und Oktober 2001 nicht gedeckt gewesen seien. In der Entscheidung hat die Kommission deshalb das Ende des Zeitraums der Nichtdeckung der variablen Kosten auf August 2001 festgesetzt.
- 32 Sollte die Klägerin mit diesem Vorbringen die Änderung der Einteilung der Analysezeiträume für die variablen Kosten geltend machen, so ist festzustellen, dass in der Entscheidung der dritte Zeitraum tatsächlich nicht mehr am 31. Dezember 2001, sondern am 15. Februar 2002 endet. Nach den Angaben der Kommission geht diese Änderung auf das Bemühen zurück, die zugrunde gelegte Einteilung in Zeiträume besser mit der Kostenentwicklung bei WIN in Einklang zu bringen. Diese Änderung habe nur die Berechnungen erleichtert, ohne etwas an den allgemeinen Schlussfolgerungen zu ändern, zu denen die Kommission in der zusätzlichen Mitteilung von Beschwerdepunkten gelangt sei.

- 33 WIN hat sich nicht gegen diese Rechtfertigung gewandt und nicht erläutert, inwieweit ihr diese Verlängerung des dritten Zeitraums zum Nachteil gereicht.
- 34 Zudem wird WIN im Tatbestandsschreiben aufgefordert, zu diesen tatsächlichen Gesichtspunkten Stellung zu nehmen, und ihr wird umfassende Akteneinsicht angeboten.
- 35 Es ist darauf hinzuweisen, dass WIN Schwierigkeiten bei der Akteneinsicht eingangs ihrer Klageschrift lediglich erwähnt, daraus aber keinen Nichtigkeitsgrund herleitet. Im Übrigen behauptet sie nicht, dass sie die angeforderten Unterlagen nicht erhalten habe, sondern dass sie Anträge wiederholt habe stellen müssen und „nur durch ihre außerordentliche Wachsamkeit und Beharrlichkeit ihrem Recht auf Akteneinsicht im Rahmen ihrer Möglichkeiten zur Geltung verhelfen konnte“. Daraus ist zu schließen, dass WIN trotz der Schwierigkeiten, die sie gehabt haben mag, Zugang zu den Akten hatte.
- 36 Somit wurde die Klägerin im Einklang mit der oben in Randnr. 18 angeführten Rechtsprechung von den wesentlichen tatsächlichen Gesichtspunkten unterrichtet und in die Lage versetzt, sachgerecht Stellung zu nehmen. Eine Anhörung hatte bereits am 18. März 2002 stattgefunden, und eine erneute Anhörung war nicht geboten. Im Übrigen beantragte WIN eine solche weder nach Übersendung der zusätzlichen Mitteilung von Beschwerdepunkten noch nach Übersendung des Tatbestandsschreibens.
- 37 Nach alledem kann dem Vorbringen, dass eine dritte Mitteilung erforderlich gewesen wäre, nicht gefolgt werden. WIN konnte zudem insoweit die Verteidigungsrechte wahrnehmen und tat dies auch. Mit Schreiben vom 26. Februar 2003 ersuchte sie nämlich die Kommission um einige Erläuterungen zu mehreren Gesichtspunkten des Tatbestandsschreibens. Die Kommission antwortete darauf mit Schreiben vom 28. Februar 2003. Sodann richtete die Klägerin einen Antwortschriftsatz auf das Tatbestandsschreiben an die Kommission. Ferner hatte sie am 23. und am 27. Januar 2003 Akteneinsicht. Sie hat somit nicht nachgewiesen, dass bei der Übersendung des Tatbestandsschreibens wesentliche Formvorschriften und die Verteidigungsrechte verletzt wurden.

38 Sollte das Gericht verpflichtet sein, selbst einen eingehenden Vergleich des Tatbestandsschreibens und der Mitteilungen der Beschwerdepunkte anzustellen und die Gesichtspunkte zu suchen, die die Klage stützen können, so ist darüber hinaus festzustellen, dass die im Tatbestandsschreiben näher ausgeführten tatsächlichen Gesichtspunkte Informationen ergänzten oder fortentwickelten, die bereits in den Mitteilungen der Beschwerdepunkte enthalten waren. Die im Tatbestandsschreiben vorgenommene Prüfung des tatsächlichen Durchschnittserlöses und des theoretischen Erlöses zu Beginn des Jahres 2002 führt nämlich die in der zusätzlichen Mitteilung von Beschwerdepunkten angestellten Berechnungen unter Berücksichtigung des Schreibens von WIN vom 13. Dezember 2002 fort. Außerdem war von der von France Télécom im Rahmen des Routing in Rechnung gestellten Bandbreite bereits in der ersten Mitteilung der Beschwerdepunkte und in der zusätzlichen Mitteilung von Beschwerdepunkten die Rede. Das Tatbestandsschreiben berücksichtigt insoweit die von France Télécom am 3. Mai und am 21. November 2002 gelieferten Informationen. Desgleichen wurden die Kosten der internationalen „Anbindung“ in der ersten Mitteilung der Beschwerdepunkte angesprochen. Im Tatbestandsschreiben werden die Erläuterungen berücksichtigt, die France Télécom zu diesem Punkt in einem Schreiben vom 13. November 2002 gab. Schließlich waren eine erste Schätzung der absehbaren Kosten für die Neukunden sowie eine Schätzung der Vollkosten bereits in der zusätzlichen Mitteilung von Beschwerdepunkten vorgelegt worden.

39 Im Übrigen sind einige Bestandteile des Tatbestandsschreibens eindeutig Informationen, mit denen auf Bemerkungen von WIN reagiert wurde. So nimmt die Kommission im Anschluss an das Schreiben von WIN vom 27. September 2002 im Tatbestandsschreiben Bezug auf die mit dem Umzug von Abonnenten verbundenen Kosten und betont, dass sie diese Kosten nicht in ihre Berechnungen einfließen lassen wolle. Zum Verkaufsdynamikeffekt unterstreicht die Kommission im Tatbestandsschreiben, dass dieser Gesichtspunkt keine Schlussfolgerungen hinsichtlich der Verdrängung zulasse, aber bei der Erörterung des von WIN in ihrem Antwortschriftsatz vom 23. Oktober 2002 gemachten Vorschlags zum Tragen kommen könne, jede neue Abonentengeneration gesondert und unabhängig von früheren oder späteren Generationen zu untersuchen. Mit den Ausführungen im Tatbestandsschreiben zu den Werbe- und Verkaufsförderungsausgaben von WIN wird bestätigt, dass diese in der zusätzlichen Mitteilung von Beschwerdepunkten bei den variablen Kosten berücksichtigt wurden, was WIN in ihrer Antwort auf diese Mitteilung in Abrede gestellt hatte.

- 40 Die einzigen Gesichtspunkte, die für eine Änderung bei der Anwendung der von der Kommission zugrunde gelegten Methode angeführt werden können, bestehen in der abweichenden Einteilung der Analysezeiträume und in der Berechnung der gewichteten Kostendeckungsmittelwerte anhand der aus dem Abonnentenstamm der zwei fraglichen Dienste fließenden Einnahmen.
- 41 Hinsichtlich der Einteilung der Analysezeiträume ist auf die obigen Randnrn. 31 bis 33 zu verweisen.
- 42 Zur Berechnung der gewichteten Kostendeckungsmittelwerte anhand der aus dem Abonnentenstamm fließenden Einnahmen führt die Kommission aus, dass sich „diese Änderung ... in Anbetracht des großen Unterschieds zwischen den Kosten und Einnahmen von eXtense einerseits [und] den halb so hohen Kosten und Einnahmen von Wanadoo ADSL andererseits schon aus arithmetischer Sicht von selbst [gebietet]“. In Fußnote 77 der Entscheidung fügt die Kommission hinzu, sie sei „der Auffassung, nicht an einem in einem früheren Stadium des Verfahrens gemachten Fehler festhalten zu können, wenn sie dem Unternehmen die Möglichkeit gibt, seine Kommentare zur Berichtigung des Fehlers im Rahmen seiner Verteidigungsrechte vorzubringen, was in diesem Fall mit dem [Tatbestandschreiben] geschah“.
- 43 Zur Fehlerberichtigung ist festzustellen, dass WIN sie durchaus zugesteht, wenn sie zu ihren Gunsten ausfällt. In ihrer Antwort auf die zusätzliche Mitteilung von Beschwerdepunkten macht WIN die Kommission auf Fehler aufmerksam, die dieser in ihren Berechnungen unterlaufen seien. Im Tatbestandsschreiben berichtigt die Kommission diese Fehler, ohne dass WIN dies beanstanden würde, oder erläutert, wenn sie eine Berichtigung ablehnt, die Gründe dafür. Dagegen durfte die Kommission nach Ansicht von WIN in einem Schreiben, das tatsächliche Gesichtspunkte betraf, einen Fehler nicht in einem für WIN ungünstigen Sinn berichtigen, da dies darauf hinauslaufe, die ihr gegenüber erhobenen Beschwerdepunkte zu ändern.

- 44 Somit ist zu prüfen, ob diese Berichtigung eine zu einem neuen Beschwerdepunkt führende Änderung der Methode darstellt.
- 45 Es bleibt aber bei der Methode, den Deckungsgrad der aufgeschlüsselten variablen Kosten und Vollkosten zu berechnen, und die Berichtigung oder Änderung bei der Berechnung des gewichteten Mittelwerts ändert nichts am Beschwerdepunkt der Anwendung von Verdrängungspreisen seit Beginn des Jahres 2001, der sich in den beiden Mitteilungen der Beschwerdepunkte findet. Das Fehlen einer Berechnung des Mittelwerts in der ersten Mitteilung der Beschwerdepunkte hinderte die Kommission nicht daran, auf die Nichtdeckung der Kosten zu schließen, da die Berechnung des Deckungsgrads zunächst nach Produkt (eXtense oder Wanadoo ADSL) erfolgte.
- 46 Außerdem geht aus der Antwort von WIN auf das Tatbestandsschreiben hervor, dass die Kommission, da die von ihr im Tatbestandsschreiben berücksichtigten neuen Gesichtspunkte ab dem 1. August 2001 zu einem Deckungsgrad der aufgeschlüsselten variablen Kosten von über 100 % geführt hätten, ihre Berechnungsmethode geändert habe, um diesen Deckungsgrad zu senken und ihren Beschwerdepunkt der Nichtdeckung der variablen Kosten für den Zeitraum vom 1. August bis zum 15. Oktober 2001 aufrechtzuerhalten. Ein solches Ziel erscheint jedoch nicht vereinbar damit, dass die Kommission letztlich in der Entscheidung das Ende des Zeitraums der Nichtdeckung der aufgeschlüsselten variablen Kosten auf den 31. Juli 2001 festsetzte. Dieses Vorbringen kann daher nicht durchgreifen. Somit hat WIN keine Änderung der Methode durch das Tatbestandsschreiben nachgewiesen.
- 47 WIN hat auch geltend gemacht, in der Entscheidung werde eine längere Dauer der Zuwiderhandlung als in der Mitteilung der Beschwerdepunkte zugrunde gelegt, ohne dass die Beteiligten dazu hätten Stellung nehmen können.
- 48 Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass WIN keine Einwände gegen den Zeitpunkt des Beginns der Zuwiderhandlung und seine von der Kommission zwischen der Mitteilung der Beschwerdepunkte und der Entscheidung vorgenommene Verlegung von Januar auf März 2001 erhoben hat.

49 Zur Verlängerung der Dauer der Zuwiderhandlung von Juli 2002 auf den 15. Oktober ist festzustellen, dass zwar in den beiden Mitteilungen der Beschwerdepunkte der Beginn der Zuwiderhandlung auf Januar 2001 datiert wurde, aber keine von beiden die Angabe enthielt, dass die Zuwiderhandlung beendet sei. Beide enthielten im Gegenteil die Ankündigung, dass die Kommission eine Entscheidung erlassen wolle, mit der WIN zur „Beendigung der Zuwiderhandlung“ aufgefordert werden sollte. Mit dieser Formulierung wurde unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass die Kommission die fragliche Zuwiderhandlung noch nicht als beendet ansah. Zwar wurden in der ersten Mitteilung der Beschwerdepunkte Tatsachen angesprochen, die sich über eine Dauer von zwölf Monaten erstreckten, und mit der zusätzlichen Mitteilung von Beschwerdepunkten solche, die achtzehn Monate andauerten. Diese zeitliche Begrenzung der Beweismittel — und nicht der Dauer der Zuwiderhandlung — auf einen abgelaufenen Zeitraum stellt jedoch nicht die ausdrückliche Schlussfolgerung dieser beiden Schriftstücke in Frage. Zur Veranschaulichung sei darauf hingewiesen, dass es in der zusätzlichen Mitteilung von Beschwerdepunkten heißt:

„Die Kommission ist nach ihrer Analyse in diesem Stadium der Ansicht, dass die von [WIN] seit Beginn des Jahres 2001 angewandte Politik der Verdrängungspreise einen Missbrauch einer beherrschenden Stellung ... darstellt. ... Aus den vorstehend genannten Gründen beabsichtigt die Kommission, eine Entscheidung zu erlassen, mit der [... WIN] zur Beendigung der Zuwiderhandlung aufgefordert wird ...“

50 Daraus folgt eindeutig, dass jede Mitteilung von Beschwerdepunkten die Dauer auswies, von der die Kommission auf der Grundlage der Informationen ausging, über die sie zum Zeitpunkt ihrer Erstellung verfügte (vgl. in diesem Sinne Urteil des Gerichtshofs vom 7. Juni 1983, *Musique diffusion française* u. a./Kommission, 100/80 bis 103/80, Slg. 1983, 1825, Randnr. 15), wobei die Zuwiderhandlung nicht beendet war. WIN hat im Übrigen nicht behauptet, dass sie besondere Maßnahmen zur Beendigung der beanstandeten Zuwiderhandlung ergriffen habe. Erst in der Entscheidung stellt die Kommission fest, dass „der Missbrauch am 15. Oktober 2002 geendet zu haben [scheint], als die von France Télécom im März 2002 vorgeschlagene Abhilfemaßnahme in Kraft trat“.

51 Der Satz im Tatbestandsschreiben, wonach „diese tatsächlichen Gesichtspunkte in keiner Weise zur Verlängerung des in den Mitteilungen der Beschwerdepunkte genannten Zeitraums führen“, ist im Licht der vorangehenden Ausführungen zu verstehen. Der Umstand, dass im Tatbestandsschreiben „die aufgeschlüsselten

Vollkosten im Jahr 2002“ angesprochen werden (vgl. S. 6) und dass einige Daten die ersten neun oder sogar alle zwölf Monate des Jahres 2002 abdecken (vgl. u. a. die Anlagen 15.1 und 15.2, 20, 21 und 22), ist unter dem Blickwinkel des Fortdauerns der Zuwiderhandlung zu sehen. Im Übrigen geht aus der Antwort von WIN auf das Tatbestandsschreiben hervor, dass das Fortdauern der Zuwiderhandlung für sie erkennbar war. Verschiedene Bestandteile ihrer Antwort beziehen sich nämlich auf die ersten neun oder auf alle zwölf Monate des Jahres 2002. Sie hat eine Tabelle mit der Überschrift „Werbung/Entwicklung des ADSL-Stamms“ für die Zeit bis Dezember 2002 und unter der gleichen Überschrift eine Grafik vorgelegt, die den Zeitraum von Januar 2001 bis September 2002 abdeckt. Außerdem hat sich WIN ebenfalls in dieser Antwort zum Deckungsgrad der variablen Kosten bis zum 30. September 2002 geäußert. Schließlich hat sie in dieser Antwort auch die Einnahmen von 37,03 Euro pro Abonnement bestritten, die die Kommission für den Zeitraum vom 15. Februar bis September 2002 zugrunde gelegt hatte. WIN kann deshalb nicht behaupten, die Verteidigungsrechte seien verletzt worden (vgl. in diesem Sinne Urteil des Gerichts 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. 576).

- 52 Somit ist das Vorbringen der Klägerin zur Verlängerung der Dauer der Zuwiderhandlung zurückzuweisen.
- 53 Da keine Verletzung der Verteidigungsrechte nachgewiesen worden ist, ist dieser Klagegrund zurückzuweisen.

B — *Zum Klagegrund einer unzureichenden Begründung*

1. Vorbringen der Parteien

- 54 Im Rahmen ihrer Behauptung, dass wesentliche Formvorschriften verletzt worden seien, macht WIN auch geltend, die Kommission stelle ohne jegliche Begründung

das jedem Unternehmen zuerkannte Recht in Frage, sich guten Glaubens den Preisen seiner Wettbewerber anzupassen. Dieses Recht sei in der Rechtsprechung des Gerichtshofs und in der früheren Entscheidungspraxis der Kommission verankert. Außerdem müsse die Kommission, wenn die Entscheidung spürbar weiter gehe als frühere Entscheidungen, ihre Argumentation ausführlich darlegen.

- 55 Die Kommission ihrerseits ist der Ansicht, ein Hinweis auf die Randnrn. 314 bis 331 der Entscheidung genüge, um festzustellen, dass der Klagegrund einer unzureichenden Begründung dieses Aspekts offenkundig jeder Grundlage entbehre.

2. Würdigung durch das Gericht

- 56 Es ist festzustellen, dass die Entscheidung dem Argument der Anpassung an die Preise der Wettbewerber 18 Randnummern (314 bis 331) widmet. Die Kommission prüft zuerst die Anpassung auf grundsätzlicher Ebene, dann die tatsächliche Marktstellung der betreffenden Wettbewerber und schließlich die tatsächlichen Gesichtspunkte, die ihrer Ansicht nach die Auffassung von WIN haltlos machen.
- 57 Die Kommission ist damit ihrer Begründungspflicht in diesem Bereich nachgekommen. Sie hat im Einklang mit der von WIN angeführten Rechtsprechung ihre Entscheidung begründet, indem sie die Tatsachen, die die Maßnahme rechtfertigen, und die Erwägungen angegeben hat, die sie zu ihrer Entscheidung veranlasst haben (Urteil des Gerichtshofs vom 26. November 1975, *Fabricants de papiers peints/Kommission*, 73/74, Slg. 1975, 1491, Randnr. 30).

- 58 Selbst wenn die Kommission im vorliegenden Fall zu einer ausführlicheren Darlegung ihrer Argumentation verpflichtet gewesen sein sollte, wäre sie dieser Verpflichtung jedenfalls nachgekommen.
- 59 Entgegen den Behauptungen von WIN hat sich die Kommission nicht auf eine summarische Begründung mit der bloßen Behauptung beschränkt, dass sich ein Wirtschaftsteilnehmer in beherrschender Stellung nicht den Preisen seiner Wettbewerber anpassen könne, wenn seine Preise nicht kostendeckend seien. Sie führt ihren Standpunkt in Randnr. 315 der Entscheidung eingehend aus und belegt ihn in Fußnoten mit mehreren Rechtsprechungshinweisen. Diese Randnummer lautet:

„Erstens stimmt es grundsätzlich, dass neue Anbieter und Unternehmen, die keine beherrschende Stellung innehaben, zu zeitlich befristeten Sonderangeboten berechtigt sind. Ihr einziger Zweck besteht darin, die Verbraucher auf das Bestehen des Produkts eindringlicher aufmerksam zu machen als durch eine einfache Werbebotschaft, und diese Angebote haben keine negativen Auswirkungen auf den Markt. Eine Anpassung des beherrschenden Akteurs an die Sonderangebote eines Unternehmens ohne beherrschende Stellung ist hingegen nicht gerechtfertigt. Zwar ist es einem beherrschenden Unternehmen nicht absolut verboten, sich an die Preise der Wettbewerber anzupassen, doch muss ihm diese Möglichkeit verweigert werden, wenn dies dazu führt, dass im beherrschenden Unternehmen die Kosten des fraglichen Dienstes nicht gedeckt werden. Wenn eine beherrschende Stellung einem Unternehmen, das sich in dieser Stellung befindet, nicht das Recht nehmen kann, seine eigenen geschäftlichen Interessen zu wahren, wenn diese bedroht sind, dann ist aber ein derartiges Verhalten nicht zulässig, wenn es gerade auf die Verstärkung oder den Missbrauch dieser beherrschenden Stellung abzielt. Somit trägt das beherrschende Unternehmen besondere Verantwortung dafür, dass durch sein Verhalten ein wirksamer und unverfälschter Wettbewerb auf dem gemeinsamen Markt nicht beeinträchtigt wird.“

- 60 Auch dem Klagegrund einer unzureichenden Begründung in diesem Bereich kann deshalb nicht gefolgt werden, so dass den Verfahrensrügen insgesamt nicht stattzugeben ist.

C — Zum Klagegrund eines Verstoßes gegen den Grundsatz der persönlichen Bestrafung

1. Vorbringen der Parteien

- 61 Nach Ansicht von WIN hat die Kommission offenkundig gegen den Grundsatz der persönlichen Bestrafung verstoßen, indem sie ihr Gesichtspunkte entgegengehalten habe, die sie der France-Télécom-Gruppe zurechne und zu denen weder WIN noch France Télécom hätten Stellung nehmen können. Die Kommission verwechsle die ihr zur Last gelegten Verhaltensweisen mit denen von France Télécom. Sie beschreibe sie als Umsetzung einer konzertierten Aktion oder einer einheitlichen, von der France-Télécom-Gruppe festgelegten Strategie. Das Verfahren betreffe aber nur WIN. Mithin handele es sich um eine „schwerwiegende Verfahrensanomalie“.
- 62 WIN stützt ihre Auffassung auf mehrere von ihr in der Klageschrift angeführte Passagen der Entscheidung und der zusätzlichen Mitteilung von Beschwerdepunkten.
- 63 So habe die Kommission in Randnr. 145 der Entscheidung die Mittel beanstandet, die sie und ihr Hauptanteilseigner eingesetzt hätten, um die Wettbewerber in ihrer Entwicklung zu behindern und das Wachstum auf dem Breitbandmarkt für sich zu vereinnahmen. Ferner sei in Randnr. 285 der Entscheidung von „einer allgemeinen Politik“ die Rede sowie davon, dass die „von der Tochtergesellschaft verfolgte Strategie ... nicht völlig von den Zielen der Muttergesellschaft abgekoppelt werden [kann]“, und in Randnr. 286 bezeichne es die Kommission als „interessant, die Vorgehensweise von France Télécom auf dem Großkundenmarkt zu betrachten“.
- 64 Desgleichen habe die Kommission in der zusätzlichen Mitteilung von Beschwerdepunkten ausgeführt, dass ein Teil des geschilderten Sachverhalts „France Télécom

zurechenbar“ sei, aber gleichwohl behauptet, dass „die Beziehungen zwischen [WIN] und France Télécom ... so intensiv [waren], dass unmöglich davon ausgegangen werden [konnte], dass die Strategien beider nicht eng miteinander verknüpft waren“. Die Kommission habe auch behauptet, die Preispolitik von WIN gehe auf eine „konzertierte Aktion“ von WIN und France Télécom zurück.

- 65 Die Kommission entgegnet, der Blick auf den verfügbaren Teil der Entscheidung reiche aus, um festzustellen, dass sehr wohl auf WIN als einziges Unternehmen abgestellt werde. Die Entscheidung sei nicht an France Télécom gerichtet worden, da ihr kein Missbrauch einer beherrschenden Stellung vorgeworfen worden sei. Es sei allerdings richtig, dass die Entscheidung aufgrund der zentralen Stellung von France Télécom als Betreiberin des Telefonnetzes und ihrer Eigenschaft als Mehrheitsanteilsownerin von WIN zahlreiche Bezugnahmen auf sie enthalte. Diese seien für das Verständnis des Marktkontexts im Zeitraum der Zuwiderhandlung relevant.

2. Würdigung durch das Gericht

- 66 Es ist daran zu erinnern, dass nach dem Grundsatz der persönlichen Bestrafung und Sanktionsfestsetzung gegen ein Unternehmen Sanktionen nur wegen derjenigen Handlungen verhängt werden dürfen, die ihm individuell zur Last gelegt werden; dieser Grundsatz gilt in allen Verwaltungsverfahren, die aufgrund der Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft zu Sanktionen führen können (vgl. in diesem Sinne Urteil des Gerichts vom 13. Dezember 2001, Krupp Thyssen Stainless und Acciai speciali Terni/Kommission, T-45/98 und T-47/98, Slg. 2001, II-3757, Randnr. 63).
- 67 Aus der Entscheidung geht nicht hervor, dass die Kommission WIN Zuwiderhandlungen anlastet, die von France Télécom begangen worden sein sollen und WIN zugerechnet werden. Die Passagen der Entscheidung, in denen WIN eine Beanstandung des Verhaltens von France Télécom sieht, finden sich nämlich

sämtlich in zwei Unterabschnitten der Entscheidung (Teil I Abschnitt G Nr. 4 und Teil II Abschnitt D Nr. 3 Buchst. c), die sich auf Bestandteile des Kontexts der Zuwiderhandlung beziehen und klar dazu dienen, den Rahmen zu beschreiben, in den sich das beanstandete Verhalten von WIN einfügt.

- 68 Die Bezugnahmen auf France Télécom rechtfertigen sich somit durch die Beschreibung des Kontexts des relevanten Marktes. Denn France Télécom nahm auf dem betreffenden Markt als Telefonnetzbetreiber, an dem für die meisten Internet-Provider kein Weg vorbeiführte, eine Sonderstellung ein. France Télécom ist der etablierte Telekommunikationsanbieter in Frankreich. Sie betreibt die für den Internetverkehr verwendeten Langstreckennetze in Frankreich. Sie ist Eigentümerin des Ortsnetzes für Telekommunikationsanschlüsse, an das alle Telefonteilnehmer angeschlossen sind. Zur fraglichen Zeit war aber die Verwendung des Ortsanschlussnetzes von France Télécom für die Bereitstellung von ADSL-Diensten unverzichtbar (Randnr. 231 der Entscheidung). France Télécom stellt ihre Dienstleistungen ihren Kunden, zu denen auch WIN gehört, in Rechnung (Randnrn. 42 bis 59 der Entscheidung). Die Senkung der Tarife von France Télécom wirkt sich daher auf die Kosten von WIN aus. Diese zentrale Stellung von France Télécom und ihre Eigenschaft als Mehrheitsanteilseignerin von WIN veranlassten sie im Übrigen, sich am Verwaltungsverfahren zu beteiligen.
- 69 Außerdem legt die Kommission Wert auf die Feststellung, dass diese Bestandteile des Kontexts, „[o]bwohl sie nur zum Teil [WIN] zur Last gelegt werden können und keine Beschwerdepunkte gegenüber dem Unternehmen darstellen,“ für das Verständnis der Sache von Bedeutung sind (Randnr. 145 der Entscheidung), sowie darauf, dass es, „[u]m die Tragweite der Strategie von [WIN] und ihre Bedeutung als Teil einer allgemeinen Politik besser einschätzen zu können, ... sinnvoll [ist], das Verhalten der Tochtergesellschaft im Zusammenhang mit der Problematik der France-Télécom-Gruppe zu betrachten“ (Randnr. 285 der Entscheidung), wobei die in den Randnrn. 286 bis 290 erläuterten Umstände zwar „keine Beschwerdepunkte gegenüber [WIN] dar[stellen]“, aber „[d]ie von der Tochtergesellschaft verfolgte Strategie ... nicht völlig von den Zielen der Muttergesellschaft abgekoppelt werden [kann]“.
- 70 Aus der Entscheidung, in der die Kommission stets auf die Klarstellung bedacht war, dass die Bestandteile des Kontexts keine Beschwerdepunkte gegenüber der Klägerin darstellen, ergibt sich somit, dass die Kommission WIN keine Verhaltensweisen von France Télécom zur Last gelegt hat.

- 71 Der Klagegrund eines Verstoßes gegen den Grundsatz der persönlichen Bestrafung ist deshalb zurückzuweisen.

D — *Zur Verletzung von Art. 82 EG*

- 72 Nach Ansicht von WIN hat die Kommission in mehrfacher Hinsicht Art. 82 EG verletzt. Hinsichtlich der beherrschenden Stellung habe die Kommission den Markt falsch definiert und sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass WIN dort eine beherrschende Stellung inne habe. In Bezug auf den Missbrauch der beherrschenden Stellung habe die Kommission die Kostendeckung in einer Weise geprüft, die sowohl bei den berücksichtigten Kosten als auch bei der angewandten Methode Art. 82 EG verletze; zudem seien ihr grobe Rechenfehler unterlaufen. Im Rahmen der Prüfung des Vorliegens von Verdrängungspreisen habe die Kommission WIN das grundlegende Recht verweigert, sich ihren Mitbewerbern anzupassen. Außerdem sei ihr ein mit einem offensichtlichen Beurteilungsfehler einhergehender Rechtsfehler unterlaufen, als sie die Existenz eines Verdrängungsplans bejaht und das Erfordernis des Nachweises eines Verlustausgleichs verneint habe.

1. Zur beherrschenden Stellung

a) Zur falschen Marktdefinition

Vorbringen der Parteien

- 73 Nach Ansicht von WIN beruht die von der Kommission vorgenommene Unterscheidung zwischen dem Schmalband- und dem Breitband-Internetzugang

für Privatkunden auf einer grob lückenhaften und widersprüchlichen Analyse. Ihrer Ansicht nach gibt es nur einen einzigen Internetzugangsmarkt, der fließend vom Schmalband zum Breitband übergehe. Dies werde durch die aufkommenden ADSL-Mittelband-Angebote belegt.

- 74 Die Kommission erkenne an, dass es gemeinsame Verwendungen des Breitband- und des Schmalband-Internetzugangs sowie einen gewissen Grad der Austauschbarkeit zwischen beiden gebe, ziehe aber daraus nicht die gebotenen Schlussfolgerungen.
- 75 Außerdem bestehe ein echter Wettbewerb zwischen Breitband und Schmalband, der auf dem unbegrenzten Charakter der Angebote für beide Internetzugangsarten gründe, an deren Merkmalen die Nutzer relativ wenig Interesse zeigten.
- 76 Schließlich reiche nach der ständigen Entscheidungspraxis der Kommission ein bloßer Unterschied im Grad der Benutzerfreundlichkeit oder der Qualität nicht aus, um verschiedene ähnlich genutzte relevante Märkte zu unterscheiden. Aus einer von WIN vorgelegten Umfrage gehe aber hervor, dass die Abonnenten in 80 % der Fälle die gleiche Art von Anwendungen und Funktionen nutzten.
- 77 Die Kommission verweist auf ihre Ausführungen zur Unterscheidung zwischen Breitband und Schmalband in der Entscheidung (Randnrn. 169 bis 204). Sie habe dort Unterschiede bei der Nutzung, den technischen Eigenarten und der Leistungsfähigkeit sowie bei den Preisen der Dienstleistungen und den Einnahmen pro Abonnent aufgezeigt, die zu einer Unterscheidung der beiden Märkte zwängen. Zum Grad der Austauschbarkeit führt sie aus, der einzige festgestellte Austausch sei völlig asymmetrisch, weil er nur in einer Richtung funktioniere, nämlich von Schmalband zu Breitband. Im Übrigen sei die Unterscheidung zwischen Breitband und Schmalband heutzutage allgemein anerkannt.

Würdigung durch das Gericht

- 78 Nach ständiger Rechtsprechung (Urteil des Gerichtshofs vom 9. November 1983, Michelin/Kommission, 322/81, Slg. 1983, 3461, Randnr. 37; Urteile des Gerichts vom 30. März 2000, Kish Glass/Kommission, T-65/96, Slg. 2000, II-1885, Randnr. 62, und vom 17. Dezember 2003, British Airways/Kommission, T-219/99, Slg. 2003, II-5917, Randnr. 91) sind bei der Prüfung der Frage, ob ein Unternehmen auf einem bestimmten sektoriellen Markt eine möglicherweise beherrschende Stellung einnimmt, die Wettbewerbsmöglichkeiten im Rahmen des Markts für sämtliche Erzeugnisse oder Dienstleistungen zu beurteilen, die sich aufgrund ihrer Merkmale zur Befriedigung eines gleichbleibenden Bedarfs besonders eignen und mit anderen Erzeugnissen oder Dienstleistungen nur wenig austauschbar sind. Da durch die Abgrenzung des relevanten Markts ermittelt werden soll, ob das betreffende Unternehmen in der Lage ist, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs zu behindern und sich gegenüber seinen Wettbewerbern und, im vorliegenden Fall, seinen Dienstleistenden in nennenswertem Umfang unabhängig zu verhalten, kann sich die Prüfung dabei ferner nicht auf die objektiven Merkmale der in Rede stehenden Dienstleistungen beschränken, sondern es müssen auch die Wettbewerbsbedingungen sowie die Nachfrage- und Angebotsstruktur auf dem Markt in Betracht gezogen werden.
- 79 Wenn ein Erzeugnis zu unterschiedlichen Zwecken verwandt werden kann und diese unterschiedlichen Verwendungen auch unterschiedlichen wirtschaftlichen Bedürfnissen entsprechen, so kann dieses Erzeugnis je nach Fall getrennten Märkten angehören, die möglicherweise ihrerseits sowohl nach der Wettbewerbsstruktur wie nach den Wettbewerbsbedingungen unterschiedliche Merkmale aufweisen. Diese Feststellung rechtfertigt jedoch nicht den Schluss, dass ein solches Erzeugnis gemeinsam mit allen anderen Erzeugnissen, mit denen es in seinen möglichen unterschiedlichen Verwendungen austauschbar ist und gegebenenfalls in Wettbewerb steht, einen einzigen einheitlichen Markt bildet.
- 80 Der Begriff des relevanten Markts setzt nämlich die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs zwischen den zu ihm gehörenden Erzeugnissen voraus, so dass ein

hinreichender Grad der Austauschbarkeit zwischen allen zum gleichen Markt gehörenden Erzeugnissen im Hinblick auf die gleiche Verwendung erforderlich ist (Urteil des Gerichtshofs vom 13. Februar 1979, Hoffmann-La Roche/Kommission, 85/76, Slg. 1979, 461, Randnr. 28).

- 81 Auch aus der Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft (ABl. 1997, C 372, S. 5, Randnr. 7) geht hervor, dass „[d]er sachlich relevante Produktmarkt ... sämtliche Erzeugnisse und/oder Dienstleistungen [umfasst], die von den Verbrauchern hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als austauschbar oder substituierbar angesehen werden“.
- 82 Zwischen Breit- und Schmalband besteht kein bloßer Unterschied bei der Benutzerfreundlichkeit oder der Qualität. Aus den von der Kommission gemachten (Randnr. 175 der Entscheidung) und von WIN nicht in Abrede gestellten Angaben geht hervor, dass bestimmte Breitbandanwendungen wie z. B. das Herunterladen umfangreicher Dateien und interaktive Online-Spiele beim Schmalband nicht möglich sind. Im Übrigen hat WIN in ihrer Antwort vom 4. März 2002 auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte bestätigt, dass es „eher ADSL-spezifische audiovisuelle/multimediale Anwendungen“ gebe. Außerdem werden in der von WIN in Auftrag gegebenen und ihrer Klageschrift beigefügten Studie des Centre de recherche pour l'étude et l'observation des conditions de vie (Crédoc) auch neue Anwendungen genannt, die im Rahmen von eXtense über Internet angeboten werden und breitbandspezifisch sind, nämlich Online-Spiele, Online-Radio, Online-Video und E-Commerce. Zudem ist der Breitbandabonnent nach dieser Studie wesentlich häufiger und im Durchschnitt viel länger online als der Schmalbandnutzer.
- 83 Zu den Unterschieden bei den technischen Besonderheiten und der Leistungsfähigkeit geht aus den Feststellungen der Kommission (Randnrn. 181 bis 187 der Entscheidung), denen die Klägerin nicht entgegengetreten ist, hervor, dass eine wichtige technische Besonderheit des Breitband-Internetzugangs in der Eigenart der

verwendeten Modems liegt. Ein Breitbandmodem kann nicht für das Schmalband benutzt werden und umgekehrt (Randnr. 181 der Entscheidung). Im Übrigen ist beim Breitband der Anschluss permanent und die Telefonleitung frei.

84 Außerdem ist für den französischen Markt festzustellen, dass die Breitbandangebote im Untersuchungszeitraum Downstream-Datenübertragungsraten in der Größenordnung von 512 kbits/s vorsahen (Randnr. 185 der Entscheidung). Die herkömmlichen Schmalbandangebote (begrenzt auf 56 kbits/s) und die ISDN-Angebote (Integrated Services Digital Network) (64 oder 128 kbits/s) erlaubten nur vier- bis zehnmals geringere Datenübertragungsraten. Die ADSL-Angebote mit 128 kbits/s downstream, die nach Ansicht der Klägerin den fließenden Übergang von Schmal- zu Breitband belegen, kamen erst am Ende des von der Entscheidung erfassten Zeitraums auf. Überdies ist der Unterschied zwischen Schmal- und Breitband auch bei einem Angebot von 128 kbits/s noch sehr beträchtlich. Der Leistungsunterschied war somit im Betrachtungszeitraum erheblich.

85 Zu diesen Unterschieden bei Nutzungen, Merkmalen und Leistungsfähigkeit kommt ein erheblicher Preisunterschied zwischen Schmal- und Breitband hinzu (Randnrn. 188 bis 192 der Entscheidung).

86 Zum Grad der Austauschbarkeit ist an die oben in Randnr. 78 angeführte Rechtsprechung sowie an die Beurteilungskriterien zu erinnern, die die Kommission in ihrer Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft (siehe oben, Randnr. 81) dargelegt hat.

87 Nach dieser Bekanntmachung erfordert die Beurteilung der Substituierbarkeit der Nachfrage eine Bestimmung derjenigen Produkte, die von den Verbrauchern als substituierbar angesehen werden. Eine Möglichkeit, diese Bestimmung vorzunehmen, lässt sich als ein gedankliches Experiment betrachten, bei dem von einer

geringen, aber dauerhaften Änderung der relativen Preise ausgegangen und eine Bewertung der wahrscheinlichen Reaktion der Kunden vorgenommen wird. In Randnr. 17 der Bekanntmachung führt die Kommission aus: „Die zu beantwortende Frage lautet, ob die Kunden der Parteien als Reaktion auf eine angenommene kleine, bleibende Erhöhung der relativen Preise (im Bereich zwischen 5 und 10 %) für die betreffenden Produkte und Gebiete auf leicht verfügbare Substitute ausweichen würden.“

- 88 In Randnr. 193 der Entscheidung räumt die Kommission zwar ein, dass zwischen Schmalband und Breitband ein gewisser Grad an Austauschbarkeit bestehe. In Randnr. 194 fügt sie jedoch hinzu, dass die Austauschbarkeit gänzlich asymmetrisch verlaufe, da der Umstieg von Kunden von Breitband- auf Schmalbandangebote im Vergleich zum Umstieg von Schmalband auf Breitband verschwindend gering sei. Wenn die Produkte aus Nachfragesicht völlig austauschbar wären, müssten aber die Umstiegsraten nach Ansicht der Kommission zumindest vergleichbar, wenn nicht identisch sein.
- 89 Insoweit ist erstens festzustellen, dass aus den bei WIN eingeholten und in Tabelle 7 der Entscheidung wiedergegebenen Daten hervorgeht, dass die Umstiegsraten von Breitbandabonnenten auf Schmalbandpauschalangebote trotz des Preisunterschieds zwischen den beiden Diensten, der viele Internetnutzer zur Orientierung in Richtung Schmalband hätte verleiten müssen, im betreffenden Zeitraum sehr niedrig waren. Dieses krasse Missverhältnis zwischen den Umstiegsraten von Breitband auf Schmalband und umgekehrt spricht gegen die These der Austauschbarkeit dieser Dienste aus Verbrauchersicht. Zudem hat WIN in der Klageschrift keinen konkreten Gesichtspunkt vorgebracht, der diese Analyse in Frage stellen würde.
- 90 Zweitens zeigt eine von der Kommission in Auftrag gegebene und von WIN ihrer Klageschrift beigefügte Umfrage, dass 80 % der Breitbandabonnenten bei einer Erhöhung des Preises für den Breitbandanschluss um 5 % bis 10 % bei diesem Anschluss bleiben würden. Nach Randnr. 17 der Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der

Gemeinschaft (siehe oben, Randnr. 87) ist dieser hohe Prozentsatz von Abonnenten, die bei einer Preiserhöhung um 5 % bis 10 % nicht vom Breitband abgehen würden, ein starkes Indiz dafür, dass auf der Nachfrageseite keine Substituierbarkeit vorliegt.

- 91 Nach alledem ist folglich davon auszugehen, dass die Kommission zutreffend zu dem Schluss gekommen ist, dass zwischen Breitband und Schmalband kein hinreichender Grad an Austauschbarkeit besteht, und als relevanten Markt zu Recht den Markt für den Breitband-Internetzugang von Privatkunden definiert hat.

b) Zur lückenhaften Prüfung der beherrschenden Stellung

Vorbringen der Parteien

- 92 Nach Ansicht von WIN hat die Kommission ihre Stellung zu Unrecht als beherrschend angesehen. Die Analyse der Kommission enthalte nämlich schwere Mängel.
- 93 Die Marktmacht könne keinesfalls anhand der Marktanteile auf einem sich herausbildenden Markt beurteilt werden. Ein solcher Markt müsse aus einer dynamischen Perspektive, mit Blick nicht nur auf den gegenwärtigen, sondern auch auf den potenziellen Wettbewerb betrachtet werden. Die Zahl potenzieller Abonnenten sei aber in Anbetracht der Unterversorgung der französischen Haushalte sehr hoch. WIN ist der Ansicht, sie habe das Auftauchen neuer Anbieter auf diesem Markt und die von einem Rückgang der Preise begleitete Angebotsvervielfachung nachgewiesen.

- 94 Diese Umstände belegten die Schärfe des Wettbewerbs auf einem schrankenlosen Markt, auf dem WIN mithin keine beherrschende Stellung innehaben könne.
- 95 WIN wirft der Kommission vor, dies überhaupt nicht berücksichtigt und nur ihren Marktanteil im Breitbandsegment zwischen dem 31. Dezember 2000 und dem 31. August 2002 geprüft zu haben. Der Rückgang ihres Marktanteils um mehr als zehn Prozentpunkte zwischen August 2002 und März 2003 belege aber, dass es sich um einen durch Wettbewerb gekennzeichneten und in der Entwicklung befindlichen Markt handele.
- 96 Im Übrigen könne die Zugehörigkeit zu einer Gruppe mit beträchtlichen finanziellen Mitteln und einem ausgedehnten Vertriebsnetz nicht ohne Berücksichtigung der Lage der Wettbewerber gewürdigt werden. Die Kommission habe aber keine eingehende Prüfung der Lage der Gesellschaften AOL, T-Online/Club-Internet und Tiscali vorgenommen, die großen Gruppen mit außerordentlicher Finanzkraft und einem ebenfalls weitgespannten Vertriebsnetz „angeschlossen“ seien.
- 97 Schließlich ist WIN der Ansicht, es könne nicht davon ausgegangen werden, dass die Zusammenlegung ihrer Geschäftsbereiche Telefonbücher einerseits und Internetzugang andererseits ihr eine Finanzkraft verschaffe, aus der sich ihre beherrschende Stellung auf dem französischen Markt für den Breitband-Internetzugang ergebe. Denn zum einen hätten auch andere Wettbewerber wie T-Online diese Möglichkeit, und zum anderen könne die Wanadoo-Gruppe ihre Tätigkeit als Internet-Provider problemlos ohne Rückgriff auf die Mittel bestreiten, die mit der Herausgabe der Gelben Seiten erzielt worden seien.
- 98 Die Kommission bestreitet, dass sich der relevante Markt im maßgebenden Zeitraum erst herausgebildet habe. Sie macht geltend, der Marktanteil von WIN

sei im fraglichen Zeitraum nachhaltig gewachsen. WIN habe die in der Entscheidung vorgenommene Analyse der Synergien und Vorteile, die sich für sie aus ihrer technischen, logistischen und geschäftlichen „Anbindung“ an die France-Télécom-Gruppe ergeben hätten, in keiner Weise in Frage gestellt.

Würdigung durch das Gericht

- 99 Einleitend ist daran zu erinnern, dass nach ständiger Rechtsprechung eine beherrschende Stellung vorliegt, wenn ein Unternehmen eine wirtschaftliche Machtposition innehat, die es in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und letztlich den Verbrauchern gegenüber in nennenswertem Umfang unabhängig zu verhalten (Urteil Michelin/Kommission, oben in Randnr. 78 angeführt, Randnr. 30, und Urteil des Gerichts vom 23. Oktober 2003, Van den Bergh Foods/Kommission, T-65/98, Slg. 2003, II-4653, Randnr. 154). Zum Nachweis einer beherrschenden Stellung muss die Kommission nicht dartun, dass die Mitbewerber eines Unternehmens, sei es auch längerfristig, vom Markt verdrängt werden.
- 100 Wenngleich die Bedeutung der Marktanteile von einem Markt zum anderen unterschiedlich sein kann, stellen zudem besonders hohe Anteile — von außergewöhnlichen Umständen abgesehen — für sich genommen den Beweis für das Vorliegen einer beherrschenden Stellung dar (Urteil Hoffmann-La Roche/Kommission, oben in Randnr. 80 angeführt, Randnr. 41, und Urteil des Gerichts vom 28. April 1999, Endemol/Kommission, T-221/95, Slg. 1999, II-1299, Randnr. 134). Der Gerichtshof hat in seinem Urteil vom 3. Juli 1991, AKZO/Kommission (C-62/86, Slg. 1991, I-3359, Randnr. 60), entschieden, dass dies bei einem Marktanteil von 50 % der Fall ist.
- 101 Selbst ein lebhafter Wettbewerb auf einem bestimmten Markt schließt eine beherrschende Stellung auf diesem Markt nicht aus, da eine solche Stellung

wesentlich durch die Fähigkeit gekennzeichnet ist, sich bei seiner Marktstrategie ungeachtet des Wettbewerbs zu verhalten, ohne dadurch Nachteile hinnehmen zu müssen (Urteil Hoffmann-La Roche/Kommission, oben in Randnr. 80 angeführt, Randnr. 70; vgl. in diesem Sinne auch Urteil des Gerichtshofs vom 14. Februar 1978, United Brands/Kommission, 27/76, Slg. 1978, 207, Randnrn. 108 bis 129). Somit ist ein etwaiger Wettbewerb auf dem Markt zwar insbesondere bei der Beurteilung, ob eine beherrschende Stellung vorliegt, ein relevanter Umstand, jedoch für sich genommen insoweit nicht ausschlaggebend.

¹⁰² Zu prüfen ist, ob WIN nach diesen Kriterien, wie von der Kommission behauptet, eine beherrschende Stellung auf dem relevanten Markt einnimmt.

¹⁰³ Zu den Marktanteilen ist festzustellen, dass nach Tabelle 8 der Entscheidung der Anteil von WIN auf dem Breitbandmarkt am 31. März 2001 bei 50 % lag, auf 72 % am 31. März 2002 anstieg und bis August 2002 unverändert bei diesem Wert blieb. Aus den Antworten der Parteien auf Fragen des Gerichts geht hervor, dass dieser Anteil dann im Oktober 2002 nach den Angaben von WIN auf 63,6 % und nach den Angaben der Kommission auf eine je nach Quelle zwischen 63,4 % und 71 % liegende Zahl fiel. WIN verfügte somit im gesamten streitigen Zeitraum über einen äußerst hohen Marktanteil, der — von außergewöhnlichen Umständen abgesehen — den Beweis für das Vorliegen einer beherrschenden Stellung im Sinne der vorstehend angeführten Rechtsprechung darstellt.

¹⁰⁴ Was den Rückgang zwischen August und Oktober 2002 angeht, so kann das Absinken immer noch sehr hoher Marktanteile für sich allein nicht den Beweis dafür darstellen, dass keine beherrschende Stellung vorlag (vgl. in diesem Sinne Urteil des Gerichts vom 8. Oktober 1996, Compagnie maritime belge transports u. a./Kommission, T-24/93 bis T-26/93 und T-28/93, Slg. 1996, II-1201, Randnr. 77). Selbst wenn man von der von WIN genannten Zahl ausgeht, war ihr Marktanteil nämlich am Ende des Zuwiderhandlungszeitraums immer noch erheblich.

- 105 WIN macht jedoch geltend, die Marktanteile seien im Kontext eines sich herausbildenden Markts, der durch einen noch begrenzten Kundenstamm gekennzeichnet sei, ein wenig verlässliches Indiz.
- 106 Das Gericht ist der Ansicht, dass der relevante Markt nach den in Randnr. 218 der Entscheidung enthaltenen und von WIN nicht bestrittenen Angaben über die Marktsituation im März 2001, als die Zuwiderhandlung nach Auffassung der Kommission ihren Anfang nahm, mit Sicherheit bereits das Entstehungs- oder Erprobungsstadium überschritten hatte. Der Breitbandmarkt hat sich nämlich in Frankreich ab 1997 herausgebildet. Die ADSL-Dienstleistungen von WIN und die ersten Angebote ihrer Wettbewerber wurden auf kommerzieller Grundlage schon Ende 1999 eingeführt. Ende Juni 2000 zählte der Markt für den Breitband-Internetzugang von Privatkunden in Frankreich bereits etwa 100 000 Abonnenten, und Ende 2000 überstieg er die Zahl von 180 000 Abonnenten. Im ersten Quartal 2001 wuchs der Markt um mehr als 5 000 Neuabonnenten pro Woche. Da die Kommission, wie in Randnr. 71 der Entscheidung ausgeführt, den Beginn der Zuwiderhandlung erst auf März 2001 datierte, weil ihrer Ansicht nach bis dahin „das Entwicklungsstadium des [Markts] ... noch nicht ausreichte, um bei einer Prüfung auf Verdrängungspreise signifikante Ergebnisse zu erhalten“, hat sie die Anlaufphase sachgerechterweise von ihrer Analyse ausgenommen.
- 107 Zwar handelte es sich um einen in starkem Wachstum begriffenen Markt; dies kann aber die Anwendung der Wettbewerbsregeln und insbesondere von Art. 82 EG nicht ausschließen.
- 108 Dieser in starkem Wachstum begriffene Markt war im streitigen Zeitraum von keiner großen Instabilität gekennzeichnet. Vielmehr hatte sich eine recht stabile Rangfolge mit WIN an der Spitze herausgebildet.
- 109 Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass die Kommission in den Randnrn. 213 bis 215 der Entscheidung ihre Analyse der beherrschenden Stellung von WIN mit dem Vergleich der Marktanteile von WIN und ihren Mitbewerbern im streitigen

Zeitraum abschließt. Nach dieser von der Klägerin nicht beanstandeten Analyse betrug die Zahl der ADSL-Abonnenten von WIN durchgehend mehr als das Achtfache der Abonnentenzahl ihres erfolgreichsten Mitbewerbers. Nach der Rechtsprechung stellen aber die Marktanteile, die ein Unternehmen im Vergleich zu seinen Mitbewerbern hält, aussagekräftige Indizien im Hinblick auf eine beherrschende Stellung dar (Urteil Hoffmann-La Roche/Kommission, oben in Randnr. 80 angeführt, Randnr. 48).

- 110 WIN hat jedoch geltend gemacht, ein solcher Markt müsse aus einer dynamischen Perspektive mit Blick nicht nur auf den gegenwärtigen, sondern auch auf den potenziellen Wettbewerb betrachtet werden.
- 111 Insoweit genügt der Hinweis, dass WIN nach ihren eigenen, vom März 2001 datierenden Untersuchungen der voraussichtlichen Entwicklung bis Ende 2004 einen Anteil von 55 % am Gesamtmarkt behaupten würde. Im Juni 2001 revidierte WIN selbst diese Marktdurchdringungsvorhersagen. Sie ging dann davon aus, Ende 2004 mehr als drei Viertel des ADSL-Segments und mindestens 60 % des Breitbandmarkts für Privatkunden innezuhaben (Randnr. 220 und Fußnote 255 der Entscheidung). Solche Werte deuten darauf hin, dass WIN selbst den potenziellen Wettbewerb als begrenzt ansah. Folglich rechtfertigt es die Situation auf dem relevanten Markt nicht, die Marktanteile als wenig verlässliches Indiz anzusehen.
- 112 Im Übrigen hat die Kommission im Rahmen ihrer Untersuchung der Marktstellung von WIN in den Randnrn. 223 bis 246 der Entscheidung auch berücksichtigt, dass WIN über ihre „Anbindung“ an die France-Télécom-Gruppe in den Genuss ganz beträchtlicher Vorteile kam, die zu ihrer beherrschenden Stellung beitrugen.
- 113 Insoweit ist festzustellen, dass die Kommission entgegen dem Vorbringen von WIN in den Randnrn. 226 bis 228 der Entscheidung die Lage der von WIN genannten Mitbewerber, nämlich AOL, T-Online und Tiscali, durchaus geprüft hat. In Randnr. 228 kam sie zu dem Schluss, dass unabhängig von der Bereitschaft der

fraglichen Unternehmensgruppen, die Investitionen und Geschäftsinitiativen ihrer französischen Tochtergesellschaften zu unterstützen, bei keiner von ihnen behauptet werden könne, dass sie diesen Tochtergesellschaften in Frankreich eine ebenso entscheidende technische, logistische und vertriebliche „Anbindung“ bieten könne, wie France Télécom sie WIN habe zukommen lassen.

- 114 Erstens kann das weite Vertriebsnetz, über das nach Ansicht von WIN auch die mit ihr im Wettbewerb stehenden Gruppen verfügen, im französischen Hoheitsgebiet, um das allein es in der Entscheidung geht, keinesfalls auch nur entfernt den Umfang des Netzes von France Télécom, des alteingessenen Telekommunikationsanbieters in Frankreich, erreichen.
- 115 Unter den Handelsvorteilen, von denen WIN — die dies im Übrigen nicht bestreitet — profitierte, ist vor allem das Netz der Geschäftsstellen von France Télécom zu nennen, die für den Vertrieb der Produkte von WIN in ganz Frankreich sorgten.
- 116 Zweitens hat WIN auch nicht die technischen Vorteile abgestritten, die sich nach den Angaben der Kommission aus ihrer „Anbindung“ an France Télécom ergaben. Die Kommission hat — von WIN unwidersprochen — vorgebracht, dass diese im gesamten Jahr 2000 und in den ersten sieben Monaten des Jahres 2001 von einer Vorzugsbehandlung profitiert habe, die sich in einem maßgeschneiderten, viel flexibleren Angebot als für ihre Mitbewerber und in einem Echtzeitzugang zu den Daten über die breitbandtauglichen Leitungen geäußert habe.
- 117 Diese Vorteile wurden auch vom französischen Wettbewerbsrat in seiner der Klagebeantwortung beigefügten Entscheidung 02-MC-03 vom 27. Februar 2002 betreffend seine Anrufung und den Antrag auf vorläufige Maßnahmen durch die Gesellschaft T-Online herausgestellt. Der Wettbewerbsrat gab France Télécom auf, sämtlichen Internet-Providern einen Extranet-Server zur Verfügung zu stellen, der es ermöglicht, auf die gleichen Informationen wie WIN zuzugreifen, und die

Fachdienststellen von France Télécom anzuweisen, den tatsächlichen Vorgang der Herstellung der ADSL-Verbindung in ebenso wirksamer Weise wie bei WIN vorzunehmen. Bis zur Errichtung eines solchen Systems untersagte der Wettbewerbsrat France Télécom die Vermarktung der ADSL-Dienstleistungen von WIN in ihren Geschäftsstellen. Wie in Randnr. 146 der Entscheidung ausgeführt, wurde die Entscheidung des Wettbewerbsrats von der Cour d'appel de Paris (Frankreich) mit Urteil vom 9. April 2002 bestätigt.

- 118 Somit ist festzustellen, dass die Kommission zutreffend davon ausgegangen ist, dass die „Anbindung“ von WIN an France Télécom ihr Vorteile gegenüber ihren Mitbewerbern verschaffte, die zu ihrer beherrschenden Stellung beitrugen.
- 119 Der letzte von der Kommission bei der Prüfung der Stellung von WIN auf dem relevanten Markt angeführte Gesichtspunkt ist der Vorteil, der sich für die Wanadoo-Gruppe aus ihrer Präsenz auf dem Markt für Telefon- und Branchenbücher ergab. Sie macht geltend, die sehr gewinnträchtigen Geschäfte auf diesem Markt führten dazu, dass die Auswirkungen des von WIN auf dem Markt für den Breitband-Internetzugang praktizierten nicht kostendeckenden Verkaufs für die Gruppe erheblich gemildert würden.
- 120 Diese Beurteilung der Kommission bezieht sich auf einen anderen Markt als den der Bereitstellung des Breitband-Internetzugangs. Insoweit stellt die Präsenz der Wanadoo-Gruppe auf dem Markt für Telefon- und Branchenbücher, wie WIN geltend macht, keinen Gesichtspunkt dar, der die beherrschende Stellung von WIN auf dem relevanten Markt entscheidend untermauert.
- 121 Nach alledem war die Kommission deshalb zu Recht der Auffassung, dass WIN im betreffenden Zeitraum eine beherrschende Stellung auf dem relevanten Markt einnahm.

2. Zum Missbrauch der beherrschenden Stellung

a) Zu den Rügen in Bezug auf die Prüfung der Kostendeckung

- ¹²² Der Rechtsstreit betrifft insoweit die Methode zur Berechnung des Kostendeckungsgrads und die Rechenfehler, die der Kommission bei der Anwendung dieser Methode unterlaufen sein sollen.

Zur Fehlerhaftigkeit der Methode zur Berechnung des Kostendeckungsgrads

— Vorbringen der Parteien

- ¹²³ Nach Ansicht von WIN ist der Kommission ein Rechtsfehler unterlaufen, indem sie eine statische Prüfung der Kostendeckung vorgenommen habe, die keinesfalls die wirtschaftliche Realität der Rentabilität der WIN-Abonnenten widerspiegele. Bei den Abonnements verteilten sich nämlich ein Teil der Kosten und die gesamten Einnahmen auf einen langen Zeitraum, und die Kosten schwankten im Lauf der Zeit. Die Methode der Kommission laufe aber darauf hinaus, die Akquisitionskosten zuzüglich des 48-fachen Betrags der wiederkehrenden monatlichen Kosten mit Stand zum Zeitpunkt des Abonnementabschlusses dem 48-fachen Betrag der wiederkehrenden Monatseinnahmen mit Stand zum selben Zeitpunkt gegenüberzustellen, ohne der Anpassung der wiederkehrenden monatlichen Kosten im Lauf der Zeit Rechnung zu tragen.
- ¹²⁴ Zu den zu berücksichtigenden Kosten macht WIN geltend, die Kommission müsse, um zu klären, ob die Kosten tatsächlich gedeckt seien, sämtliche Informationen prüfen, die ihr zum Zeitpunkt der Entscheidung vorlägen und die sie als stichhaltig anerkenne. Die Kommission habe aber sämtliche anerkanntermaßen zwischen dem Abschluss eines Abonnements und Oktober 2002 eingetretenen Kostensenkungen

außer Acht gelassen oder, genauer gesagt, die Kostensenkung bei allen Neuabonnenten nach diesem Zeitpunkt berücksichtigt, ohne jedoch die wiederkehrenden Kosten für die Altabonnenten auf den neuesten Stand zu bringen. Zum Beispiel habe sie bei einem Kunden, der bei WIN am 1. Juni 2001 ein Abonnement abgeschlossen habe, anfängliche wiederkehrende Kosten von 54,39 Euro pro Monat bis Ende Mai 2005 (also 48 Monate lang) angesetzt, obwohl dies ab August 2001 nicht mehr den tatsächlichen Kosten entspreche, die sich nach Anhang 3 der Entscheidung dann nur noch auf 34,72 Euro pro Monat beliefen.

125 WIN habe der Kommission zur Berechnung des Nettogegenwartswerts der Abonnenten Ergebnisse vorgelegt, die auf der Discounted-Cashflow-Methode beruhten. Diese Methode bestehe darin, für jeden Abonnenten alle auf ihn entfallenden Kosten und Einnahmen aufzulisten, sie durch Anwendung eines von den Kapitalmärkten vorgegebenen Diskontierungssatzes zu aktualisieren und die so erlangten abgezinnten Zahlungsströme zusammenzurechnen. Die Produktkosten bestünden in den anfänglich gezahlten Akquisitionskosten zuzüglich der wiederkehrenden monatlichen Kosten. Diese wirtschaftlich gesehen einzig zuverlässige Methode sei allgemein anerkannt und entspreche den wirtschaftlichen Investitionsberechnungen von Volkswirten und Finanzfachleuten. Sie sei vom französischen Wettbewerbsrat angewandt und im Bericht von Oxera für das Office of Fair Trading (OFT, Wettbewerbsbehörde des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland) als stichhaltig anerkannt worden. Sie belege, dass die Vollkosten — außer im März 2001, als sie je nach Produkt nur zu 98 % oder 99 % gedeckt gewesen seien — und erst recht die variablen Kosten von WIN während des gesamten Zeitraums gedeckt gewesen seien.

126 Die Kommission ist sich mit WIN über die Notwendigkeit, bestimmte Kosten zu verteilen, nicht aber über die anzuwendende Methode einig. Sie macht geltend, sie habe zur Beurteilung des wirtschaftlichen Gleichgewichts der Dienstleistungen von WIN eine dynamische Methode gewählt, die berücksichtige, dass bestimmte variable Kosten, insbesondere diejenigen im Zusammenhang mit der Werbung eines Abonnenten, durch die Beträge ausgeglichen würden, die das Unternehmen von diesem Abonnenten über die gesamte Laufzeit der Geschäftsbeziehung einzunehmen erwarte. Mit der Verteilung dieser einmaligen variablen Kosten auf 48 Monate

habe sie der typischen Bestandsdauer eines Abonnements Rechnung getragen, von der ein Unternehmen ausgehen könne, das eine Kapitalrendite innerhalb angemessener Zeit anstrebe.

127 Bei der Anwendung ihrer Methode habe sie alle verwendeten Zahlen den Angaben von WIN entnommen. Es handele sich mithin um ex post festgestellte Zahlen. Es gebe keinerlei fiktive Kostenrubrik. Sie habe für alle Abonnenten die Kostensenkungen genau zum Zeitpunkt ihres Eintretens vollständig berücksichtigt.

128 Im Übrigen sei der im vorliegenden Fall von WIN befürwortete Rückgriff auf die Discounted-Cashflow-Methode nicht möglich. Diese Methode lasse keine Rückschlüsse in Bezug auf die Verdrängung zu. WIN habe zudem zum maßgeblichen Zeitpunkt für die fraglichen Produkte praktisch keine Nettogegenwartswertberechnungen verwendet. Die Anwendung der Discounted-Cashflow-Methode könne im vorliegenden Fall auch nicht auf die Gemeinschaftsrechtsprechung oder die Entscheidungspraxis der Kommission gestützt werden. Jedenfalls sei die von der Klägerin befürwortete Methode nicht die herkömmliche Methode, weil sie vorschlage, die Eingangsströme der Neukunden in einzelne „Populationen“ aufzuteilen und bei jeder von ihnen zu prüfen, ob der abgezinst Zahlungsstrom über einen Zeitraum von fünf Jahren hinweg positiv sei. Überdies beziehe WIN in ihre Analyse die aufgrund der Beendigung der Zuwiderhandlung gestiegene Rentabilität ein.

— Würdigung durch das Gericht

129 Vorab ist darauf hinzuweisen, dass der Kommission ein weites Ermessen zuzugestehen ist, da sie bei der Wahl der Methode zur Berechnung des Kostendeckungsgrads eine komplexe wirtschaftliche Beurteilung vornehmen muss (vgl. in

diesem Sinne Urteil des Gerichtshofs vom 28. Mai 1998, Deere/Kommission, C-7/95 P, Slg. 1998, I-3111, Randnr. 34 und die dort angeführte Rechtsprechung). Die gerichtliche Kontrolle muss sich daher auf die Prüfung beschränken, ob die Vorschriften über das Verfahren und die Begründung eingehalten wurden, ob der Sachverhalt zutreffend festgestellt wurde und ob kein offensichtlicher Beurteilungsfehler oder Ermessensmissbrauch vorliegt.

- 130 Aus der Rechtsprechung zu Verdrängungspreisen ergibt sich, dass zum einen bei Preisen, die unter den durchschnittlichen variablen Kosten liegen, vermutet werden kann, dass es sich um Verdrängungspreise handelt, und dass zum anderen Preise, die unter den durchschnittlichen Gesamtkosten, aber über den durchschnittlichen variablen Kosten liegen, als missbräuchlich anzusehen sind, wenn sie im Rahmen eines Plans festgelegt wurden, der die Ausschaltung eines Mitbewerbers bezweckt (Urteil AKZO/Kommission, oben in Randnr. 100 angeführt, Randnrn. 71 und 72; Urteil des Gerichts vom 6. Oktober 1994, Tetra Pak/Kommission, T-83/91, Slg. 1994, II-755, Randnrn. 148 und 149, bestätigt durch Urteil des Gerichtshofs vom 14. November 1996, Tetra Pak/Kommission, C-333/94 P, Slg. 1996, I-5951, Randnr. 41).
- 131 Die Kommission hat in der Entscheidung drei verschiedene Ansätze dargelegt, um ihre Vorgehensweise deutlich zu machen. Der erste, in den Randnrn. 73 bis 75 der Entscheidung dargestellte Ansatz besteht in einer Analyse auf einer einfachen Kostenrechnungsgrundlage, in die die Einnahmen und Kosten unmittelbar einfließen. Nach Ansicht von WIN selbst handelt es sich um eine Bruttoerfassung der in ihrer Buchführung enthaltenen Ein- und Ausgänge. Die beiden Parteien sind sich über die Ungeeignetheit dieser Methode einig. WIN spricht diesem ersten Ansatz zwar jede Bedeutung ab, bestreitet aber nicht die herangezogenen Zahlen. Allgemein erkennt sie an, dass „fast alle Angaben zu den Kosten von WIN stammen und einige wenige von France Télécom“.
- 132 Der zweite, in den Randnrn. 76 bis 86 der Entscheidung beschriebene Ansatz betrifft die tatsächliche Deckung der aufgeschlüsselten Kosten. Die Kommission ging dabei nach dem Prinzip der Abschreibung eines Anlageguts von einer Verteilung der Kundenakquisitionskosten auf 48 Monate aus. Auf dieser Grundlage prüfte sie die Deckung der aufgeschlüsselten variablen Kosten und der aufgeschlüsselten

Vollkosten getrennt voneinander und wies darauf hin, dass der Gerichtshof zwei Kostendeckungsrechnungen vorsehe, je nachdem, ob sich die Handlungen des beherrschenden Unternehmens in eine Strategie zur Verdrängung der Mitbewerber einfügten oder nicht. Dieser Ansatz ist es, auf dem die Entscheidung der Kommission beruht.

- 133 Darüber hinaus hat die Kommission in den Randnrn. 97 bis 106 der Entscheidung eine dritte, ergänzende Analyse der Deckung der ex ante vorhersehbaren aufgeschlüsselten Kosten vorgenommen. Zwar kommt in dieser dritten Analyse, wie WIN in ihrer Antwort auf die Fragen des Gerichts vorbringt, ein ganz anderer Ansatz zum Ausdruck, weil die Kommission nicht versucht, die tatsächlichen Kosten und Einnahmen darzustellen. Doch diese Analyse soll der Entscheidung zufolge lediglich „zusätzlichen Aufschluss geben“. In Randnr. 72 der Entscheidung führt die Kommission nämlich ausdrücklich aus, dass „nur der Ansatz der aufgeschlüsselten Kosten wirklich einen Schluss zulässt“. Daher ging sie bei ihrer Schlussfolgerung, dass die Kosten nicht gedeckt gewesen seien, von der zweiten Methode, also den aufgeschlüsselten Kosten, aus. Folglich ist deren Zulässigkeit zu prüfen, ohne dass auf die Zulässigkeit einer ergänzenden Analyse der Deckung der ex ante vorhersehbaren Kosten eingegangen zu werden braucht.
- 134 Aus den Randnrn. 73 bis 75 der Entscheidung geht klar hervor, dass die Anwendung der in den Rechtssachen, die dem Urteil AKZO/Kommission (oben in Randnr. 100 angeführt) und den Urteilen vom 6. Oktober 1994 und vom 14. November 1996, Tetra Pak/Kommission (oben in Randnr. 130 angeführt), zugrunde liegen, herangezogenen Kostenrechnungsmethode, die von den schlicht der Buchführung des Unternehmens entnommenen Kosten ausgeht, im vorliegenden Fall zu sehr niedrigen Deckungsgraden führt, nämlich 30 % für die Zeit von Januar bis Juli 2001, 60 % für die Zeit von August bis Dezember 2001 und 83 % für die Zeit von Januar bis Juni 2002 (Tabelle 2 der Entscheidung).
- 135 Die Kommission hat jedoch in Randnr. 75 der Entscheidung die Ansicht vertreten, dass „[d]ie in der Tabelle 2 angegebenen Werte für den Deckungsgrad ... nicht als für die Feststellung von Verdrängungspreisen aufschlussreich betrachtet werden“ könnten, da die Kosten für die Kundenakquisition auf einem Wachstumsmarkt einen erheblichen Teil der Ausgaben darstellten.

- 136 Wie die Kommission in Randnr. 76 der Entscheidung ausführt, ging sie davon aus, dass im vorliegenden Zusammenhang „das Ziel des Unternehmens nicht darin [bestand], unmittelbar ein positives kurzfristiges Rechnungsergebnis zu erreichen“, sondern dass „eine ausreichende Deckung der wiederkehrenden Kosten (Netzkosten und Produktionskosten) an[ge]strebt [wurde], damit mit dem bei diesen wiederkehrenden Kosten erzielten Deckungsbeitrag die einmaligen variablen Kosten für die kommerzielle Entwicklung der fraglichen Produkte ... innerhalb eines vernünftigen Zeitraums gedeckt werden können“. Die Kommission beschloss somit, die einmaligen variablen Kosten aufzuschlüsseln, indem sie sie nach dem Abschreibungsprinzip auf einen bestimmten Zeitraum verteilte.
- 137 Die Kommission entschied sich dabei für eine Verteilung der Kundenakquisitionskosten auf 48 Monate; WIN war mit dieser Vorgehensweise einverstanden, wies aber darauf hin, dass die durchschnittliche Laufzeit von Abonnements nunmehr eher bei etwa fünf Jahren liege und vier Jahre ein Mindestwert seien. WIN nimmt jedoch solche Abschreibungen nicht vor; die fraglichen Ausgaben werden zum Zeitpunkt ihrer Entstehung wie normale laufende Belastungen verbucht. Außerdem führen manche ihrer Mitbewerber in ihren Geschäftsplänen eine zeitliche Verteilung der einmaligen variablen Kosten durch, gehen aber von kürzeren Zeiträumen aus als die Kommission im vorliegenden Fall (Randnr. 79 und Fußnoten 70 und 71 der Entscheidung). Der für die Verteilung gewählte Zeitraum erscheint daher nicht falsch.
- 138 In Anwendung dieser Methode gelangte die Kommission zu der Auffassung, dass die von WIN praktizierten Preise ihr bis August 2001 keine Deckung ihrer variablen Kosten und von Januar 2001 bis Oktober 2002 keine Deckung ihrer Vollkosten erlaubten (Tabellen 3 und 4 der Entscheidung), wobei die Nichtdeckung der Vollkosten bis August 2001 in Anbetracht des Deckungsgrads der variablen Kosten außer Zweifel stehe.
- 139 Die von der Kommission gewählte Methode ist somit im Hinblick auf das mit ihr verfolgte Ziel, die Kostendeckung im Rahmen von Art. 82 EG zu prüfen, und unter Berücksichtigung der Einwände von WIN zu beurteilen.

- ¹⁴⁰ Erstens ist festzustellen, dass die Kommission entgegen dem Vorbringen von WIN keine statische Prüfung der Deckung vorgenommen hat, die im Übrigen für WIN wesentlich ungünstiger ausgefallen wäre (siehe oben, Randnr. 134).
- ¹⁴¹ Aus der Entscheidung (Randnrn. 76 und 77) geht klar hervor, dass die Kommission beschloss, die Kundenakquisitionskosten auf 48 Monate aufzuschlüsseln, um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass bei Abonnements die auf den Abonnenten entfallenden Kosten und Einnahmen über einen langen Zeitraum verteilt sind.
- ¹⁴² Außerdem läuft die Methode entgegen der Behauptung von WIN keineswegs darauf hinaus, die Akquisitionskosten zuzüglich des 48-fachen Betrags der wiederkehrenden monatlichen Kosten mit Stand zum Zeitpunkt des Abonnementabschlusses dem 48-fachen Betrag der wiederkehrenden Monatseinnahmen mit Stand zum selben Zeitpunkt gegenüberzustellen.
- ¹⁴³ Aus der Entscheidung und ihren Anhängen geht vielmehr hervor, dass die Kommission für jeden betrachteten Abschnitt der Zuwiderhandlung und für alle Abonnenten die im streitigen Zeitraum eingetretenen schrittweisen Preissenkungen berücksichtigt hat. Sie hat sogar ihre Analyse danach strukturiert.
- ¹⁴⁴ Das Ende des ersten von der Kommission bei der Analyse der aufgeschlüsselten variablen Kosten (Tabelle 3 der Entscheidung) herangezogenen Abschnitts am 31. Juli 2001 fällt nämlich mit der Senkung der Preise für das nationale und regionale Routing zusammen. Im zweiten Abschnitt wird dieser Kostensenkung durch die Anwendung der neuen Preise Rechnung getragen. Das Ende des zweiten Abschnitts am 15. Oktober 2001 fällt mit dem Beginn eines Zeitraums zusammen, in dem die den Leistungserbringern normalerweise von France Télécom in Rechnung gestellten Gebühren für die Inbetriebnahme wegfielen. Auch in diesem

Fall wird der damit einhergehenden Kostensenkung Rechnung getragen. Schließlich kennzeichnet die Trennlinie zwischen dem dritten und dem vierten Abschnitt am 15. Februar 2002 die Tarifänderung bei der internationalen „Anbindung“ und die erneute Berechnung von Inbetriebnahmegebühren durch France Télécom.

- ¹⁴⁵ Entgegen den Behauptungen von WIN ist somit klar ersichtlich, dass die verschiedenen Abschnitte der Betrachtung gerade der geltend gemachten Kostensenkung Rechnung tragen sollten.
- ¹⁴⁶ Außerdem geht u. a. aus dem Vergleich der eXtense betreffenden Anhänge 1, 3, 5 und 7 der Entscheidung und der Wanadoo ADSL betreffenden Anhänge 2, 4, 6 und 8 der Entscheidung hervor, dass für jeden Betrachtungszeitraum die neuen Tarife und weiteren Kostenbestandteile nicht nur auf die seit Beginn des jeweiligen Zuwiderhandlungszeitraums abgeschlossenen Abonnements angewandt, sondern auch auf den gesamten kumulierten Kundenbestand übertragen wurden.
- ¹⁴⁷ Vergleicht man z. B. die wiederkehrenden variablen Kosten in der Tabelle in Anhang 1 der Entscheidung, die eXtense betrifft und sich auf die Zeit vom 8. Januar bis zum 31. Juli 2001 bezieht, mit den entsprechenden Zahlen für die Zeit vom 1. August bis zum 15. Oktober 2001 in Anhang 3, so zeigt sich, dass vom einen Zeitraum zum anderen der Preis für das nationale oder regionale Routing von 151 FRF auf 52,43 FRF und der Preis für den ADSL-Zugang von 185 FRF auf 140 FRF fiel. Diese Preissenkungen wurden sehr wohl berücksichtigt, nicht nur bei den seit Beginn des letztgenannten Zuwiderhandlungszeitraums abgeschlossenen Abonnements (Tabelle 3.2 in Anhang 3 der Entscheidung), sondern beim gesamten kumulierten Kundenbestand (Tabelle 3.1 in diesem Anhang).
- ¹⁴⁸ Ebenso ergibt sich aus dem Vergleich der Anhänge 2 und 4 der Entscheidung in Bezug auf die aufgeschlüsselten variablen Kosten von Wanadoo ADSL, dass der Preis für das nationale oder regionale Routing beim gesamten kumulierten Kundenbestand vom ersten zum zweiten Abschnitt von 151 FRF auf 52 FRF fiel.

- 149 Außerdem führt der Wegfall der Inbetriebnahmegebühren für die Neuabonnenten von eXtense (Tabelle 5.2 in Anhang 5 der Entscheidung) ab dem 15. Oktober 2001 zu einer Senkung der Inbetriebnahmegebühren für den gesamten kumulierten Kundenbestand (Tabelle 5.1 in diesem Anhang) von 53,40 Euro auf 27,16 Euro. Umgekehrt steigen die letztgenannten Gebühren wieder auf 32,37 Euro (Tabelle 7.1 in Anhang 7 der Entscheidung), als die Inbetriebnahmegebühren für die Neuabonnenten von eXtense ab dem 15. Februar 2002 wieder eingeführt werden (Tabelle 7.2 in diesem Anhang).
- 150 In Bezug auf die Kosten der internationalen „Anbindung“ zeigen Vergleiche der Anhänge 5 und 7 der Entscheidung für eXtense und der Anhänge 6 und 8 der Entscheidung für Wanadoo ADSL, dass die Senkung von 3,19 Euro auf 1,62 Euro zwischen dem dritten und dem vierten Abschnitt nicht nur bei den Neuabonnenten, sondern beim gesamten kumulierten Kundenbestand berücksichtigt wurde (Tabelle 7.1 in Anhang 7 oder Tabelle 8.1 in Anhang 8 der Entscheidung, je nach Produkt).
- 151 Die Kommission hat bei ihrer Bewertung der Kosten somit den verschiedenen Tarifänderungen Rechnung getragen.
- 152 In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Kommission zu Recht der Ansicht ist, dass die nach der Zuwiderhandlung liegenden Einnahmen und Kosten bei der Beurteilung des Kostendeckungsgrads während des Betrachtungszeitraums keine Berücksichtigung finden können. Nach der Rechtsprechung stellt Art. 82 EG auf die Stellung des betroffenen Unternehmens auf dem Gemeinsamen Markt zum Zeitpunkt der Begehung der angeblich missbräuchlichen Zuwiderhandlung ab (Urteil 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, Randnr. 450). WIN kann daher in seine Berechnungen nicht die Preise und Kosten ab November 2002 einfließen lassen. Deshalb kann das Vorbringen der Klägerin, das auf die Preise und Kosten ab November 2002 gestützt ist, die Beurteilung der Kommission nicht in Frage stellen.

- 153 Was schließlich die Behauptung von WIN angeht, dass zur Berechnung der Deckungsgrade im vorliegenden Fall allein die Discounted-Cashflow-Methode maßgeblich sei, so ist festzustellen, dass selbst dann, wenn WIN dartun würde, dass die von ihr befürwortete Methode in mancher Hinsicht geeignet ist, dies noch nicht als Beweis für die Unzulässigkeit der im vorliegenden Fall von der Kommission verwendeten Methode ausreichen könnte. Die Klägerin muss diese Unzulässigkeit nachweisen. Die vorstehende Untersuchung hat jedoch gezeigt, dass der Kommission bei der Wahl ihrer Methode kein offensichtlicher Beurteilungsfehler unterlaufen ist.
- 154 Im Ergebnis hat WIN nicht nachgewiesen, dass die Kommission im vorliegenden Fall eine unzulässige Prüfung der Kostendeckung vorgenommen hat, als sie die in der Buchführung von WIN enthaltenen Daten verwendete und sie unter Beachtung der Vorgaben für die nach Art. 82 EG erforderliche Prüfung zugunsten von WIN in einer Weise berichtigte, die dem besonderen Kontext des relevanten Markts Rechnung trägt.
- 155 Ergänzend ist festzustellen, dass zum einen aus der Rechtsprechung nicht hervorgeht, dass im vorliegenden Fall der Rückgriff auf die Discounted-Cashflow-Methode geboten war, und dass zum anderen WIN nichts vorgebracht hat, woraus ersichtlich wäre, dass der Kommission insoweit ein offensichtlicher Beurteilungsfehler unterlaufen ist.
- 156 Das Vorbringen in Bezug auf die Methode zur Berechnung des Kostendeckungsgrads ist somit zurückzuweisen.

Zu den Rechenfehlern bei der Anwendung der herangezogenen Methode

— Vorbringen der Parteien

- 157 Nach Ansicht von WIN sind der Kommission Fehler bei der Anwendung ihrer eigenen Berechnungsmethode unterlaufen, insbesondere bei ihren Berechnungen

der Fixkosten und der variablen Kosten. Die Kommission habe unterschiedliche Werte gewählt, um die gleichen Kosten darzustellen, und zwar systematisch zu Ungunsten von WIN. Sie habe auch willkürlich Abzüge vorgenommen, mit denen Gratiszugangsmoaten für die Kunden Rechnung getragen werden solle. Diese Fehler erklärten zum großen Teil, wie die Kommission zur Feststellung der mangelnden Kostendeckung gekommen sei. Für weitere Ausführungen zu diesen Rechenfehlern verweist WIN auf eine der Anlagen zu ihrer Klageschrift.

158 Die Kommission ist der Ansicht, dass in der Klageschrift selbst die angeblich in der Entscheidung begangenen Rechenfehler nicht genannt würden und der Verweis auf die beigefügte Unterlage ungenau sei. Dieser hilfsweise erhobene Klagegrund müsse daher für unzulässig erklärt werden.

159 Außerdem behaupte WIN gar nicht, dass die Berichtigung dieser Fehler zu einem anderen Ergebnis geführt hätte, da der Deckungsgrad unter 100 % bleibe. Somit gehe dieser Klagegrund jedenfalls ins Leere.

160 WIN hat darauf in ihrer Erwiderung entgegnet, der in der Klageschrift genau dargestellte Klagegrund sei zulässig, da sich nur die Einzelheiten der Rechenfehler in der Anlage befänden. Er gehe auch nicht ins Leere. Denn mit ihm werde nachgewiesen, dass sich der Deckungsgrad der Vollkosten von 90 % bis 91 % auf 98 % bis 99 % erhöhe. Die Kommission sei aber der Ansicht gewesen, dass ein Deckungsgrad von 99,7 % keine Zuwiderhandlung darstelle.

161 In ihrer Erwiderung hat WIN Einwände gegen die Einbeziehung des Werbeaufwands in die variablen Kosten und gegen die Berechnung des durchschnittlichen Kostendeckungsgrads für die beiden fraglichen Dienste erhoben.

— Würdigung durch das Gericht

- 162 Zunächst ist zwischen der Anwendung der Methode zur Ermittlung des Kostendeckungsgrads und den eigentlichen, sich auf rein mathematische Vorgänge beschränkenden Berechnungen zu unterscheiden. Aus den Schriftsätzen von WIN geht hervor, dass sie im Kern nicht die arithmetischen Berechnungen, sondern die Berücksichtigung bestimmter falscher Elemente in Frage stellt.
- 163 Die Anwendung der Methode zur Ermittlung des Kostendeckungsgrads ist im Unterschied zu den Berechnungen selbst mit einer komplexen wirtschaftlichen Beurteilung durch die Kommission verbunden, der ein weites Ermessen zuzugestehen ist (vgl. in diesem Sinne Urteil Deere/Kommission, oben in Randnr. 129 angeführt, Randnr. 34). Die gerichtliche Kontrolle muss sich daher auf die Prüfung beschränken, ob die Vorschriften über das Verfahren und die Begründung eingehalten wurden, ob der Sachverhalt zutreffend festgestellt wurde und ob kein offensichtlicher Beurteilungsfehler oder Ermessensmissbrauch vorliegt.
- 164 Unabhängig von der Zulässigkeit des vorliegenden Klagegrundes ist festzustellen, dass — wie die Kommission vorbringt — selbst dann, wenn alle behaupteten Fehler einbezogen würden und erwiesen wären, der Deckungsgrad der Vollkosten, den WIN erreichen würde, nach deren eigenen Angaben immer noch unter 99 % und für eXtense sogar unter 98 % liegen würde. Folglich bliebe der Beschwerdepunkt der Nichtdeckung der Vollkosten für den gesamten Betrachtungszeitraum bestehen.
- 165 Insoweit kann der Umstand, dass die Kommission in Ausübung ihres Ermessens einen Deckungsgrad der variablen Kosten von 99,7 % nicht als Zuwiderhandlung eingestuft haben mag, sie nicht dazu verpflichten, einen Deckungsgrad der Vollkosten von 98 % oder 99 % genauso zu behandeln. Dieser Klagegrund ist somit zurückzuweisen, da er ins Leere geht.

- 166 Ergänzend ist zur geltend gemachten Unzulässigkeit dieses Klagegrundes festzustellen, dass die Klageschrift nach Art. 21 der Satzung des Gerichtshofs und Art. 44 § 1 Buchst. c der Verfahrensordnung des Gerichts den Streitgegenstand und eine kurze Darstellung der Klagegründe enthalten muss. Diese Angaben müssen so klar und genau sein, dass dem Beklagten die Vorbereitung seiner Verteidigung und dem Gericht die Entscheidung über die Klage, gegebenenfalls auch ohne weitere Informationen, ermöglicht wird (Beschluss des Gerichts vom 29. November 1993, Koelman/Kommission, T-56/92, Slg. 1993, II-1267, Randnr. 21).
- 167 Ferner ist daran zu erinnern, dass zwar die Klageschrift in bestimmten Punkten durch Bezugnahmen auf ihr beigefügte Aktenauszüge untermauert und ergänzt werden kann, die Anlagen aber eine bloße Beweis- und Hilfsfunktion haben (Urteil des Gerichts vom 7. November 1997, Cipeke/Kommission, T-84/96, Slg. 1997, II-2081, Randnr. 34). Die Anlagen können deshalb nicht der näheren Ausführung eines in der Klageschrift gedrängt dargestellten Klagegrundes unter Nennung in der Klageschrift nicht enthaltener Rügen oder Argumente dienen. Die Klägerin muss in ihrer Klageschrift die genauen Rügen angeben, über die das Gericht entscheiden soll, und zumindest in gedrängter Form die rechtlichen und tatsächlichen Umstände darlegen, auf denen diese Rügen beruhen (Urteil des Gerichtshofs vom 31. März 1992, Kommission/Dänemark, C-52/90, Slg. 1992, I-2187, Randnr. 17, und Beschluss des Gerichts vom 28. April 1993, De Hoe/Kommission, T-85/92, Slg. 1993, II-523, Randnr. 20).
- 168 Dieser Klagegrund ist somit zulässig, soweit die Fehler klar in der Klageschrift angeführt sind, d. h. in Bezug auf die Wahl unterschiedlicher Werte zur Darstellung der gleichen Kosten und die Abzüge, mit denen Gratiszugangsmoaten für die Kunden Rechnung getragen werden soll. Dagegen ist er nicht zulässig in Bezug auf die Einbeziehung des Werbeaufwands in die variablen Kosten und die Berechnung des durchschnittlichen Kostendeckungsgrads für die beiden untersuchten Dienste, da diese Gesichtspunkte nur in einer Anlage zur Klageschrift erwähnt und ausgeführt werden.
- 169 Der vorliegende Klagegrund ist daher zurückzuweisen, da er teilweise unzulässig ist und, wie in Randnr. 165 ausgeführt, jedenfalls ins Leere geht.

b) Zu den Rügen in Bezug auf die Prüfung des Vorliegens von Verdrängungspreisen

- ¹⁷⁰ WIN trägt vor, die Kommission habe einen Rechtsfehler und offensichtliche Beurteilungsfehler bei der Prüfung des Vorliegens von Verdrängungspreisen begangen, die zur Nichtigerklärung der Entscheidung wegen Verletzung von Art. 82 EG führen müssten. Zu nennen seien dabei die auf ihrem Recht, sich den Preisen ihrer Mitbewerber anzupassen, beruhende Rechtfertigung, das Fehlen eines Plans zur Verdrängung und Verringerung des Wettbewerbs und das Erfordernis, den Verlustausgleich nachzuweisen.

Zu der auf dem Recht von WIN, sich den Preisen ihrer Mitbewerber anzupassen, beruhenden Rechtfertigung

— Vorbringen der Parteien

- ¹⁷¹ WIN führt aus, das Recht jedes Wirtschaftsteilnehmers, sich nach Treu und Glauben dem zuvor von einem Mitbewerber praktizierten Preis anzupassen, sei der Kern des Wettbewerbsprozesses. Dieses Recht werde von der Kommission selbst in ihrer Entscheidungspraxis, von der Rechtsprechung und von der einhelligen Lehre und Wirtschaftsanalyse anerkannt. Dass die Preise der Mitbewerber unter den Kosten des betreffenden Unternehmens lägen, spiele insoweit keine Rolle.

- ¹⁷² Aus diesem Grund habe die Kommission selbst in ihrer Entscheidung 83/462/EWG vom 29. Juli 1983 betreffend ein Verfahren nach Artikel [82 EG] (IV/30.698 — ECS/AKZO: Einstweilige Anordnungen, ABl. L 252, S. 13) dem fraglichen beherrschenden Unternehmen ausdrücklich gestattet, nicht kostendeckende Preise zu verlangen, um sich nach Treu und Glauben dem von den Mitbewerbern praktizierten Preis

anzupassen. Der Gerichtshof habe im Rahmen der Klage gegen diese Entscheidung eigens festgestellt, dass die Kommission das Recht eines beherrschenden Unternehmens, seine Preise anzugleichen, grundsätzlich nicht bestreite, und habe seinerseits diesen Grundsatz ganz klar anerkannt.

- 173 Im Übrigen habe die Kommission bei ihren ergänzenden Feststellungen den Sachverhalt verfälscht, indem sie zu Unrecht bestritten habe, dass WIN sich den Preisen ihrer Mitbewerber angepasst habe.
- 174 Die Kommission ist der Ansicht, die Anpassung an die Preise der Mitbewerber sei einem Unternehmen in beherrschender Stellung zwar nicht generell untersagt, doch stehe ihm diese Möglichkeit nicht offen, wenn sie zu nicht kostendeckenden Preisen für den fraglichen Dienst führe. Da im vorliegenden Fall die Preispolitik des beherrschenden Unternehmens ihm nicht die Deckung seiner Kosten ermöglicht habe, sei die Anpassung an die Sonderpreise eines anderen, nicht beherrschenden Wirtschaftsteilnehmer nicht gerechtfertigt. Im Übrigen hätten die Mitbewerber von WIN keine beherrschende Stellung eingenommen, und überdies treffe die Behauptung von WIN nicht zu, dass sie sich nur den Preisen ihrer Mitbewerber angepasst habe.
- 175 Die Diskussion über die Preisanpassung sei jedenfalls müßig. In der Entscheidung werde WIN lediglich vorgeworfen, ihre Preise auch nach März 2001 beibehalten zu haben, als Noos und Mangoosta die Preise um über 20 % angehoben hätten und von einer Angleichung keine Rede mehr habe sein können. Insoweit sei auf Randnr. 331 der Entscheidung zu verweisen.

— Würdigung durch das Gericht

- 176 Zunächst ist festzustellen, dass die Kommission keineswegs das Recht eines Wirtschaftsteilnehmers in Frage stellt, sich dem zuvor von einem Mitbewerber

praktizierten Preis anzupassen. In Randnr. 315 der Entscheidung führt sie aus: „Zwar ist es einem beherrschenden Unternehmen nicht absolut verboten, sich an die Preise der Wettbewerber anzupassen, doch muss ihm diese Möglichkeit verweigert werden, wenn dies dazu führt, dass im beherrschenden Unternehmen die Kosten des fraglichen Dienstes nicht gedeckt werden.“

177 WIN ist jedoch der Ansicht, die Kommission habe dabei ihre Entscheidungspraxis und die Rechtsprechung des Gerichtshofs außer Acht gelassen.

178 Hierzu ist festzustellen, dass in den von WIN angeführten Präzedenzfällen nur ein begrenztes Anpassungsrecht eines beherrschenden Unternehmens anerkannt wurde. Dies gilt sowohl für die Entscheidung 83/462 über einstweilige Anordnungen als auch für das anschließende Urteil des Gerichtshofs (Urteil AKZO/Kommission, oben in Randnr. 100 angeführt, Randnr. 134).

179 In der Entscheidung 83/462 gestattete die Kommission nämlich keine generelle Anpassung der Preise von AKZO an die Preise der Mitbewerber, sondern nur im Fall eines speziellen Kunden eine Anpassung an die Preise eines anderen Herstellers, der ihn hätte beliefern können. Außerdem war diese Ermächtigung, die Preise unter ganz bestimmten Voraussetzungen anzupassen, in der Endentscheidung in dieser Sache (Entscheidung 85/609/EWG der Kommission vom 14. Dezember 1985 betreffend ein Verfahren nach Artikel [82 EG] [IV/30.698 — ECS/AKZO], ABl. L 374, S. 1) nicht enthalten.

180 WIN kann daher nicht allein auf dieser Grundlage geltend machen, dass die Kommission in ihrer Entscheidungspraxis den beherrschenden Unternehmen ein Recht auf Anpassung an die Preise ihrer Mitbewerber zuerkannt habe, auch wenn ihre Preise nach dieser Anpassung nicht mehr kostendeckend seien.

- 181 Im Urteil AKZO/Kommission (oben in Randnr. 100 angeführt), dem einzigen von WIN zur Stützung ihrer These angeführten Urteil, hat der Gerichtshof zwar das Recht eines beherrschenden Unternehmens zur Preisanpassung nicht grundsätzlich in Frage gestellt. Da der Gerichtshof jedoch zu dem Ergebnis kam, dass die Kommission zutreffend das Fehlen eines konkurrierenden Angebots festgestellt habe, brauchte er sich nicht zur Rechtmäßigkeit einer Anpassung an die Preise der Mitbewerber durch ein beherrschendes Unternehmen in einem Fall zu äußern, in dem eine solche Anpassung zu nicht kostendeckenden Preisen führte.
- 182 Es kann daher nicht geltend gemacht werden, dass ein generelles Recht eines beherrschenden Unternehmens, sich an die Preise der Konkurrenz anzupassen, besteht und als solches von der Kommission in ihrer Entscheidungspraxis und von der Rechtsprechung anerkannt wurde; dies gilt insbesondere dann, wenn dieses Recht dazu führen würde, den Rückgriff auf Verdrängungspreise zu rechtfertigen, die im Übrigen nach dem Vertrag verboten sind.
- 183 Im vorliegenden Fall ist die Kommission der Ansicht, dass diese Anpassungsbefugnis dem beherrschenden Unternehmen verweigert werden müsse, wenn sie dazu führe, dass im beherrschenden Unternehmen die Kosten des fraglichen Dienstes nicht gedeckt würden.
- 184 Somit ist die Vereinbarkeit dieser Einschränkung mit dem Gemeinschaftsrecht zu prüfen.
- 185 Nach ständiger Rechtsprechung kann zwar eine beherrschende Stellung einem Unternehmen, das eine solche Stellung einnimmt, nicht das Recht nehmen, seine eigenen geschäftlichen Interessen zu wahren, wenn diese bedroht sind, und ihm muss in angemessenem Umfang die Möglichkeit eingeräumt werden, so vorzugehen, wie es dies zum Schutz dieser Interessen für richtig hält; jedoch ist ein derartiges Verhalten nicht zulässig, wenn es gerade auf eine Verstärkung dieser beherrschenden Stellung und deren Missbrauch abzielt (Urteil United Brands/Kommission, oben in Randnr. 101 angeführt, Randnr. 189; Urteil des Gerichts vom

1. April 1993, BPB Industries und British Gypsum/Kommission, T-65/89, Slg. 1993, II-389, Randnr. 117, und Urteil Compagnie maritime belge transports u. a./Kommission, oben in Randnr. 104 angeführt, Randnr. 146).

186 Die speziellen Pflichten von Unternehmen in beherrschender Stellung sind in der Rechtsprechung mehrfach bestätigt worden. Wie das Gericht in seinem Urteil vom 17. Juli 1998, ITT Promedia/Kommission (T-111/96, Slg. 1998, II-2937, Randnr. 139), ausgeführt hat, folgt aus der Natur der in Art. 82 EG verankerten Pflichten, dass Unternehmen in beherrschender Stellung unter besonderen Umständen das Recht zu bestimmten Verhaltensweisen oder Maßnahmen abzusprechen ist, die für sich genommen nicht missbräuchlich sind und die sogar nicht zu beanstanden wären, wenn sie von nicht beherrschenden Unternehmen an den Tag gelegt oder vorgenommen würden.

187 WIN kann sich zur Rechtfertigung ihres Verhaltens nicht auf ein generelles Recht berufen, sich den Preisen ihrer Mitbewerber anzupassen. Passt sich das beherrschende Unternehmen den Preisen der Mitbewerber an, so ist dies zwar für sich genommen nicht missbräuchlich oder zu beanstanden; etwas anderes kann aber gelten, wenn es nicht nur zum Schutz seiner Interessen tätig wird, sondern diese beherrschende Stellung stärken und missbrauchen will.

Zum behaupteten Fehlen eines Plans zur Verdrängung und Verringerung des Wettbewerbs

— Vorbringen der Parteien

188 WIN trägt vor, die Verdrängung setze eine erhebliche Verringerung des Wettbewerbs voraus. Wenn es keine Möglichkeit gebe, die Konkurrenten auszuschalten oder zumindest in ihrem Verhalten zu bremsen oder einzuschränken, könne eine Verdrängungsstrategie keinesfalls als vernünftig angesehen werden. Die Kommis-

sion habe daher Art. 82 EG in schwerwiegender Weise verletzt, als sie gegen WIN vorgegangen sei, obwohl deren Marktanteil im Zeitraum der angeblichen Zuwiderhandlung anerkanntermaßen erheblich gesunken sei und am Ende des genannten Zeitraums starker Wettbewerb geherrscht habe. WIN habe keine Chance gehabt, ihre Konkurrenten durch die Beibehaltung zu geringer Preise vom Markt zu vertreiben. Da zudem die Zutrittsschranken in dieser Branche niedrig seien, wäre es besonders unvernünftig, zu versuchen, Konkurrenten aus einem derartigen Marktsegment zu vertreiben, denn auch wenn sie ausgeschlossen würden, wäre ein neuer Markteintritt jederzeit möglich, was das etwaige Interesse an einer Ausschaltung der Konkurrenten entfallen ließe.

- 189 Die Kommission begehe einen schweren Beurteilungsfehler, wenn sie WIN die Ausschaltung von Mangoosta vorwerfe. Der Konkurs dieses Unternehmens sei nur auf eine besonders riskante Strategie zurückzuführen und keinesfalls auf die Preisgestaltung von WIN.
- 190 Die Kommission führe zudem den langsamen Fortschritt bestimmter Mitbewerber zu Unrecht darauf zurück, dass diese sich nicht an die Preise von WIN hätten anpassen können. Die Kommission habe die Absicht ihrer Mitbewerber außer Acht gelassen, sich zulasten des als unprofitabel angesehenen ADSL auf die Entwicklung des Schmalbands zu konzentrieren.
- 191 Die Kommission habe auch dadurch einen offensichtlichen Beurteilungsfehler begangen, dass sie Preise, die in einem Kontext starken Wettbewerbs sehr vernünftig gewesen seien, zur Marktentwicklung beigetragen hätten und zu dem heute bestehenden starken Wettbewerb geführt hätten, als Verdrängungspreise angesehen habe. Der Verbraucher sei jedenfalls nie geschädigt worden, denn er habe von niedrigen Preisen profitiert.
- 192 Schließlich könne die gewählte Strategie nicht als Beleg für eine Verdrängungsabsicht angesehen werden. Die Kommission habe sich auf die Darlegung von

Anhaltspunkten für die angebliche Absicht von WIN, ihre Konkurrenten auszuschalten, beschränkt, aber keinen dahin gehenden objektiven Verdrängungsplan nachgewiesen. Die Argumentation der Kommission zur angeblichen Verdrängungsabsicht beruhe im Wesentlichen auf einer willkürlichen und voreingenommenen Auswahl interner Schriftstücke, die in den Geschäftsräumen von WIN beschlagnahmt worden seien.

193 Die Kommission ist dagegen der Ansicht, der Nachweis konkreter Auswirkungen der von WIN angewandten Verdrängungspreise sei für die Feststellung der fraglichen Zuwiderhandlung nicht entscheidend. Art. 82 EG sei anzuwenden, wenn die Gefahr der Ausschaltung des Wettbewerbs bestehe, ohne dass abgewartet werden müsse, bis das Verdrängungsziel erreicht worden sei.

194 Zum Verdrängungsplan gehe aus der Rechtsprechung hervor, dass die Absicht bei Preisen unter den durchschnittlichen variablen Kosten vermutet werde und bei Preisen unter den durchschnittlichen Vollkosten, aber über den durchschnittlichen variablen Kosten anhand gewichtiger übereinstimmender Anhaltspunkte nachgewiesen werden müsse. Die Kommission habe in der Entscheidung ernsthafte Anhaltspunkte dargelegt, die bewiesen, dass das Unternehmen bewusst eine Strategie der „Vereinnahmung“ des Markts und der Eindämmung des Wettbewerbs verfolgt habe.

— Würdigung durch das Gericht

195 Zu den Voraussetzungen für die Anwendung von Art. 82 EG und zur Unterscheidung zwischen Zweck und Auswirkung des Missbrauchs ist hervorzuheben, dass im Rahmen der Anwendung dieses Artikels der Nachweis des Zwecks und der wettbewerbswidrigen Auswirkung gegebenenfalls ineinander übergehen können. Ist nämlich erwiesen, dass ein Unternehmen in beherrschender Stellung mit seinem Verhalten eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt, so wird dieses Verhalten auch geeignet sein, eine solche Wirkung zu entfalten. So hat der Gerichtshof zu

Verhaltensweisen bei der Preisgestaltung in seinem Urteil AKZO/Kommission (oben in Randnr. 100 angeführt) entschieden, dass Preise eines Unternehmens in beherrschender Stellung, die unter den durchschnittlichen variablen Kosten liegen, per se als missbräuchlich anzusehen sind, weil das einzige Interesse, das das Unternehmen an einer solchen Preisgestaltung haben kann, darin liegt, seine Konkurrenten auszuschalten, während Preise, die unter den durchschnittlichen Vollkosten, aber über den durchschnittlichen variablen Kosten liegen, missbräuchlich sind, wenn sie im Rahmen eines Plans festgesetzt werden, der die Ausschaltung eines Konkurrenten zum Ziel hat. In dieser Rechtssache hat der Gerichtshof keinen Nachweis der konkreten Wirkungen der beanstandeten Praktiken gefordert (vgl. in diesem Sinne Urteil des Gerichts vom 30. September 2003, Michelin/Kommission, T-203/01, Slg. 2003, II-4071, Randnrn. 241 und 242).

¹⁹⁶ Außerdem kann, wenn ein Unternehmen in beherrschender Stellung tatsächlich ein Verhalten an den Tag legt, das die Ausschaltung eines Konkurrenten bezweckt, die Nichterreichung des angestrebten Ziels einer Einstufung als Missbrauch einer beherrschenden Stellung im Sinne von Art. 82 EG nicht entgegenstehen (Urteil Compagnie maritime belge transports u. a./Kommission, oben in Randnr. 104 angeführt, Randnr. 149, und Urteil des Gerichts vom 7. Oktober 1999, Irish Sugar/Kommission, T-228/97, Slg. 1999, II-2969, Randnr. 191).

¹⁹⁷ Daraus geht klar hervor, dass bei Verdrängungspreisen das erste Element der von dem beherrschenden Unternehmen gezeigten missbräuchlichen Verhaltensweise in der mangelnden Deckung seiner Kosten besteht. Werden die variablen Kosten nicht gedeckt, so wird das zweite Element — die Verdrängungsabsicht — vermutet, während bei Preisen unterhalb der durchschnittlichen Vollkosten das Vorliegen eines Plans zur Verdrängung des Wettbewerbs nachgewiesen werden muss. Nach dem Urteil vom 6. Oktober 1994, Tetra Pak/Kommission (oben in Randnr. 130 angeführt, Randnr. 151), muss diese Verdrängungsabsicht anhand gewichtiger übereinstimmender Anhaltspunkte nachgewiesen werden.

¹⁹⁸ Im vorliegenden Fall hat die Kommission die beherrschende Stellung von WIN nachgewiesen und ihr in Art. 1 der Entscheidung zur Last gelegt, dass bis August 2001 ihre variablen Kosten und ab dann bis Oktober 2002 ihre Vollkosten nicht

gedeckt gewesen seien. Für den Zeitraum der Nichtdeckung der Vollkosten war sie somit verpflichtet, zum Nachweis der Zuwiderhandlung gewichtige Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Strategie der „Vereinnahmung“ des Markts zu liefern.

¹⁹⁹ In Randnr. 110 der Entscheidung wird auf verschiedene, aus dem gesamten streitigen Zeitraum stammende Schriftstücke hingewiesen, die das Vorliegen einer Strategie der „Vereinnahmung“ des Breitbandmarkts durch WIN belegen; es handelt sich insbesondere um

- ein Schriftstück vom Juli 2000, in dem das folgende Ziel für das zweite Halbjahr 2000 und das Jahr 2001 zum Ausdruck gebracht wird: „Vereinnahmung des ADSL-Markts mit Pauschalangebot [plus] Paket und Steigerung des Absatzes 2001, aber negativer finanzieller Bilanz“;
- ein E-Mail vom Juli 2000 über eine Erörterung des angemessenen Preisniveaus, in dem es heißt: „Mit einem zu hohen Preis wird es uns schwerfallen, diesen Markt zu vereinnahmen“;
- das Zielsetzungsschreiben für 2001, das folgende Angaben enthält: „Unsere Vereinnahmung des ADSL-Markts ist ein Erfordernis“;
- eine Präsentation vom 28. Februar 2001, in der von einer „Kampagne zur Vereinnahmung des Breitbandgebiets durch [WIN]“ die Rede ist;
- den Strategieplan für 2002-2004, in dem für den Zeitraum 2001-2003 an die starke Entwicklung des Breitbands und das Ziel der „Vereinnahmung eines als wertschöpfend angesehenen Markts“ erinnert wird.

- 200 Überdies beweisen Schriftstücke von WIN, dass sie bestrebt war, ganz erhebliche Marktanteile zu erlangen und zu behalten. Im Zielsetzungsschreiben für 2001 heißt es z. B.: „70 % ... bis 80 % des ADSL-Markts müssen auf [WIN] entfallen.“ In einer Präsentation des Verwaltungsratsvorsitzenden von WIN für den Vorstand von France Télécom im Juni 2001 ist von einem Marktanteil von 80 % im gesamten Zeitraum 2001-2004 für die Marktnische der „Einzelangebote wie Wanadoo ADSL“ und einem von durchschnittlich 50 % im Jahr 2001 auf 72 % im Jahr 2004 steigenden Marktanteil für die Marktnische der „Paketangebote wie eXtense“ die Rede.
- 201 WIN stellt zwar die Tragweite dieser Schriftstücke und insbesondere die Bedeutung des darin verwendeten Begriffs „Vereinnahmung“ in Abrede. Sie führt aus, solche informellen und spontanen, um nicht zu sagen unüberlegten Äußerungen spiegeln nur die Dialektik des Entscheidungsprozesses wider. Sie verpflichteten nur ihre Verfasser und nicht das Unternehmen.
- 202 Die Äußerungen stammen jedoch von Führungskräften des Unternehmens, und einige von ihnen wurden im Rahmen förmlicher Präsentationen für Entscheidungsorgane oder eines sorgfältig ausformulierten Zielsetzungsschreibens abgegeben. Dass sie spontan und unüberlegt waren, erscheint daher zweifelhaft.
- 203 Darüber hinaus hat WIN in ihrer Klageschrift und vor allem in einigen Anlagen zu ihrer Klageschrift geltend gemacht, die meisten sie angeblich belastenden Schriftstücke und Erklärungen seien aus ihrem Zusammenhang gerissen worden, und die Kommission habe zahlreiche entlastende Erklärungen bewusst außer Acht gelassen.
- 204 Hierzu ist festzustellen, dass WIN in ihrer Klageschrift lediglich geltend gemacht hat, die Kommission habe zahlreiche Auszüge aus internen Schriftstücken verwendet, ohne sie in ihren wahren Kontext zu stellen. Eine solche Behauptung

ist zu vage, um dem Beklagten die Vorbereitung seiner Verteidigung und dem Gericht gegebenenfalls ohne weitere Informationen eine Entscheidung zu ermöglichen (Beschluss Koelman/Kommission, oben in Randnr. 166 angeführt, Randnr. 21). Es würde der reinen Beweis- und Hilfsfunktion der Anlagen zuwiderlaufen, wenn sie zum eingehenden Nachweis einer in der Klageschrift in nicht hinreichend klarer und genauer Form aufgestellten Behauptung dienen könnten.

205 Die Rüge von WIN, dass angeblich belastende Schriftstücke aus ihrem Kontext gerissen und zahlreiche entlastende Erklärungen nicht berücksichtigt worden seien, ist daher zurückzuweisen.

206 Ergänzend ist festzustellen, dass der Satz „Mit einem zu hohen Preis wird es uns schwerfallen, diesen Markt zu vereinnahmen“ auch in seinem Kontext, d. h. im Anschluss an den Satz „Wir sind bei den Preisen zu hoch positioniert“ und gefolgt von dem Satz „Unsere Konkurrenten werden bei den Preisen niedriger liegen“, den Gedanken einer Absicht, die Konkurrenz zu verdrängen, nicht verliert.

207 Ebenso kann der Satz „Unsere Vereinnahmung des ADSL-Markts ist ein Erfordernis“ auch dann, wenn man ihn in den von WIN angegebenen Kontext eines umfassenderen Wettbewerbs stellt, nicht anders denn als „Vereinnahmungsabsicht“ verstanden werden. Dass es im Anschluss an die von der Kommission zitierte Erklärung heißt „Die Verwirklichung des Wettbewerbs bei ADSL wird schon Anfang 2001 eine Senkung der (Einzel- und Großkunden-) Preise von Netissimo auslösen“ und „Die Festlegung der Tarifbedingungen für die Entbündelung des Ortsanschlussnetzes [wird] zweifellos ebenfalls zum Sinken der ADSL-Preise beitragen“, ändert nichts an dem geäußerten Erfordernis für WIN, den Markt zu „vereinnahmen“.

208 Gegen den Satz „70 % ... bis 80 % des ADSL-Markts müssen auf [WIN] entfallen“ sind keine echten Einwände erhoben worden. WIN macht lediglich geltend, es sei

nicht von einem möglichen Rückgriff auf niedrige Preise die Rede, so dass kein Zusammenhang zwischen den festgelegten Preisen und dem von ihr angestrebten Marktanteil bestehe. Dass nicht erwähnt wird, wie 70 % bis 80 % des ADSL-Markts gewonnen werden sollten, ändert aber nichts an dem verfolgten Ziel.

- 209 Diese Erklärungen, die in internen Schriftstücken der Gesellschaft enthalten sind, stellen jedenfalls ein Indiz für das Vorliegen eines Verdrängungsplans dar, zu dem weitere Anhaltspunkte hinzukommen.
- 210 Nach den Randnrn. 279 ff. der Entscheidung ergibt sich die Absicht zur Eindämmung des Wettbewerbs auch daraus, dass WIN wusste, dass ihre Strategie, die unrentable Preise mit hohen Verkaufszahlen verband, für ihre Konkurrenten wirtschaftlich nicht tragbar war.
- 211 In einer von Ende April 2001 stammenden E-Mail an den Verwaltungsratsvorsitzenden von WIN (Randnr. 279 der Entscheidung und Fußnote 319) spricht der Verantwortliche für die ADSL-Dienste die Konkurrenten an, die entweder das Angebot für Unterstützungsleistungen von France Télécom nicht unterzeichneten oder „am Ende“ seien.
- 212 WIN wusste auch, dass AOL vor dem Einstieg in den Breitbandmarkt zurückschreckte, weil sie nicht in der Lage war, den Endverbraucherpreisen von WIN zu folgen, ohne Verluste zu erleiden. Ein E-Mail von France Télécom an den Direktor für strategisches Marketing von WIN vom 29. Juni 2001 enthält als Anlage folgende Äußerung des Verwaltungsratsvorsitzenden von AOL France (Fußnote 321 der Entscheidung):

„Als Cégétel unser Aktionär war, lancierten wir gemeinsam mit Monaco Télécom ein Angebot und hatten 500 Abonnenten. In Frankreich lancierten wir es nicht, weil

wir aufgrund des ADSL-Wiederverkaufsangebots von France Télécom derzeit kein Geld verdienen können. Technisch gesehen sind wir bereit, aber wir haben keine Lust, Geld zu verlieren.“

- 213 Ferner geht aus einem Schriftstück vom 20. Juli 2001 mit dem Titel „Analysevermerk — Telekom — Zur Reglementierung des Internet in Frankreich“ hervor, dass WIN die Vorteile, die sie als größter Marktteilnehmer genoss, im Einzelnen analysiert hatte (Randnr. 280 und Fußnote 322 der Entscheidung). Ihm ist zu entnehmen, dass ein Konkurrent mit geringerem Verkehr als WIN Deckungsbeiträge zu den Netzkosten hatte, die um mehrere Punkte niedriger waren als die von WIN.
- 214 Aus dem Vorstehenden folgt, dass die von WIN im Jahr 2001 und Anfang 2002 angekündigten recht ambitionierten wirtschaftlichen Ziele, die ein Unternehmen ohne beherrschende Stellung unter den damaligen ungünstigen Rentabilitätsbedingungen nur schwer hätte erreichen können, eine Entmutigung der Konkurrenzunternehmen bewirkten. Dies beruhte auf dem von dem Unternehmen verfolgten Ziel der Ausschaltung des Wettbewerbs.
- 215 Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ist festzustellen, dass die Kommission gewichtige übereinstimmende Indizien für das Vorliegen eines Verdrängungsplans während des gesamten Zeitraums der Zuwiderhandlung vorgelegt hat. Der dieser Strategie zugrunde liegende Gedankengang geht klar aus einem Vermerk der strategischen Führung von WIN vom Dezember 2001 hervor, in dem es heißt:

„Das Breitband und der ADSL-Markt werden noch für einige Jahre vom Gedanken der Eroberung geprägt sein, wobei das strategische Ziel darin besteht, eine beherrschende Stellung bei den Marktanteilen zu erlangen, während die Rentabilitätsphase erst später kommt.“

- 216 Im Einklang mit dem Urteil AKZO/Kommission (oben in Randnr. 100 angeführt) und den Urteilen vom 6. Oktober 1994 und vom 14. November 1996, Tetra Pak/Kommission (oben in Randnr. 130 angeführt), hat die Kommission somit die beiden Elemente dargetan, die für den Nachweis erforderlich sind, dass ein beherrschendes Unternehmen unter den Vollkosten liegende Verdrängungspreise praktiziert hat.
- 217 Das Vorbringen von WIN zu den Größenvorteilen und den Lerneffekten, die im vorliegenden Fall die Anwendung nicht kostendeckender Preise gerechtfertigt hätten, können das Ergebnis, zu dem das Gericht gelangt ist, nicht in Frage stellen. Ein Unternehmen, das Verdrängungspreise anwendet, kann nämlich aufgrund einer gerade dadurch gesteigerten Produktion in den Genuss von Größenvorteilen und Lerneffekten kommen. Die erlangten Größenvorteile und Lerneffekte können daher das Unternehmen nicht von seiner Verantwortung aufgrund von Art. 82 EG befreien.
- 218 Folglich greift die auf das Fehlen eines Verdrängungsplans gestützte Rüge nicht durch.

Zum Verlustausgleich

— Vorbringen der Parteien

- 219 WIN trägt vor, der Verlustausgleich sei ein eigenständiges Element der Prüfung des Vorliegens von Verdrängungspreisen, für das die Kommission den Beweis erbringen müsse. Wenn das Unternehmen in beherrschender Stellung vernünftigerweise nicht darauf hoffen könne — insbesondere weil der Eintritt in den relevanten Markt leicht sei —, die Konkurrenz langfristig zu verringern, um seine Verluste auszugleichen, sei eine Politik von Verdrängungspreisen irrational. In diesem Fall sei die Erklärung für

die von dem Unternehmen verfolgte Politik niedriger Preise zwangsläufig außerhalb einer Verdrängungsstrategie zu finden.

- 220 Dieser Standpunkt werde von der gesamten Wirtschafts- und Rechtslehre sowie zahlreichen Gerichten und Wettbewerbsbehörden, u. a. denen der Vereinigten Staaten, aber auch mehrerer Mitgliedstaaten der Europäischen Union, geteilt. In der Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte selbst sei nie ausgeschlossen worden, dass ein solcher Nachweis erbracht werden müsse.
- 221 Die Wettbewerbsbedingungen auf dem Breitband-Internetzugangsmarkt seien völlig anders als diejenigen, mit denen das Gericht und der Gerichtshof in früheren Rechtssachen zur Verdrängungsproblematik befasst gewesen seien. Die Zutritts-schranken zu diesem Markt seien niedrig, das Wachstum sei stark, die Wettbe-werbs-situation sei nicht starr und es gebe zahlreiche neue aktuelle und potenzielle Mitbewerber. Die Kommission begehe daher einen schweren Rechtsfehler, wenn sie geltend mache, dass der Nachweis des Verlustausgleichs nicht erforderlich sei.
- 222 Darüber hinaus habe die Kommission einen weiteren offensichtlichen Beurteilungs-fehler, verbunden mit einem Rechtsfehler, begangen, als sie die Ansicht vertreten habe, dass sie den Beweis für einen möglichen Verlustausgleich erbracht habe.
- 223 Die Kommission führt aus, der Nachweis eines Verlustausgleichs sei keine Vorbedingung für die Feststellung gegen Art. 82 EG verstoßender Verdrängungs-preise. Die hierzu ergangene Rechtsprechung sei klar. Hilfsweise trägt die Kommission vor, der Verlustausgleich werde im vorliegenden Fall durch die Marktstruktur und die mit ihr verbundenen Ertragsaussichten plausibel gemacht.

— Würdigung durch das Gericht

224 Im Urteil AKZO/Kommission (oben in Randnr. 100 angeführt, Randnrn. 71 und 72) hat der Gerichtshof anerkannt, dass es zwei verschiedene Untersuchungsmethoden für die Prüfung der Frage gibt, ob ein Unternehmen auf Verdrängung ausgerichtete Preise angewandt hat. Erstens sind Preise, die unter den durchschnittlichen variablen Kosten liegen, stets als missbräuchlich anzusehen. In diesem Fall ist kein anderes wirtschaftliches Ziel als die Ausschaltung eines Konkurrenten denkbar, da jede hergestellte und verkaufte Einheit dem Unternehmen einen Verlust bringt. Zweitens sind Preise, die unter den durchschnittlichen Gesamtkosten, aber über den durchschnittlichen variablen Kosten liegen, nur dann als missbräuchlich anzusehen, wenn eine Verdrängungsabsicht nachgewiesen werden kann (Urteil vom 14. November 1996, Tetra Pak/Kommission, oben in Randnr. 130 angeführt, Randnr. 41).

225 In seinem Urteil vom 14. November 1996, Tetra Pak/Kommission (oben in Randnr. 130 angeführt, Randnrn. 42 und 43), hat der Gerichtshof festgestellt, dass das Gericht im angefochtenen Urteil die gleichen Erwägungen angestellt hatte, und hat diese gebilligt. Der Gerichtshof hat ausgeführt:

„42 Zu den Verkäufen nichtaseptischer Kartons in Italien zwischen 1976 und 1981 hat [das Gericht] festgestellt, dass die Preise weit unter den durchschnittlichen variablen Kosten gelegen hätten. Die Absicht, die Konkurrenten auszuschalten, brauchte deshalb nicht nachgewiesen zu werden. 1982 lagen die Preise für diese Kartons zwischen den durchschnittlichen variablen Kosten und den durchschnittlichen Gesamtkosten. Aus diesem Grund hat sich das Gericht in Randnummer 151 des angefochtenen Urteils — ohne dass die Rechtsmittelführerin dies im Übrigen gerügt hätte — um den Nachweis bemüht, dass Tetra Pak die Absicht hatte, einen Konkurrenten auszuschalten.“

43 Zu Recht hat das Gericht in den Randnummern 189 bis 191 des angefochtenen Urteils genau die gleichen Erwägungen auch in Bezug auf die Verkäufe nichtaseptischer Maschinen im Vereinigten Königreich zwischen 1981 und 1984 angestellt.“

226 Zum Verlustausgleich hat der Gerichtshof in Randnr. 44 des genannten Urteils hinzugefügt:

„[U]nter den Umständen des vorliegenden Falles [wäre es] nicht angebracht ..., zusätzlich den Nachweis zu verlangen, dass Tetra Pak eine wirkliche Chance hatte, ihre Verluste wieder auszugleichen. Die Anwendung auf Verdrängung ausgerichteter Preise muss nämlich geahndet werden können, sobald die Gefahr einer Ausschaltung der Konkurrenten besteht. Eine solche Gefahr hat das Gericht jedoch im vorliegenden Fall in den Randnummern 151 und 191 des angefochtenen Urteils festgestellt. Das verfolgte Ziel, einen unverfälschten Wettbewerb zu erhalten, erlaubt es nicht, zu warten, bis eine solche Strategie tatsächlich zur Ausschaltung der Konkurrenten führt.“

227 Nach der Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte durfte die Kommission somit Preise, die unter den durchschnittlichen variablen Kosten lagen, als missbräuchlich ansehen. In diesem Fall wird vermutet, dass solche Preise Verdrängungscharakter haben (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 6. Oktober 1994, Tetra Pak/Kommission, oben in Randnr. 130 angeführt, Randnr. 148). In Bezug auf die Vollkosten musste die Kommission außerdem den Beweis erbringen, dass die von WIN angewandten Verdrängungspreise Teil eines Plans zur „Vereinnahmung“ des Markts waren. In beiden Fällen bedurfte es nicht des zusätzlichen Beweises, dass WIN eine wirkliche Chance hatte, ihre Verluste wieder auszugleichen.

228 Die Kommission war daher zu Recht der Ansicht, dass der Nachweis eines Verlustausgleichs keine Vorbedingung für die Feststellung ist, dass Verdrängungspreise praktiziert wurden.

229 Dagegen ist nach den Urteilen vom 6. Oktober 1994 und vom 14. November 1996, Tetra Pak/Kommission (oben in Randnr. 130 angeführt), und AKZO/Kommission (oben in Randnr. 100 angeführt) zu prüfen, ob Preise, die unter den Vollkosten, doch

über den variablen Kosten liegen, Teil eines Plans zur Ausschaltung des Wettbewerbs sind. In der vorstehenden Randnr. 215 ist das Gericht aber zu dem Ergebnis gekommen, dass die Kommission gewichtige übereinstimmende Indizien für das Vorliegen eines Verdrängungsplans während des gesamten Zeitraums der Zuwiderhandlung vorgelegt hat.

230 Daher sind alle zur Stützung des Antrags auf Nichtigerklärung der Entscheidung vorgetragene Klagegründe zurückzuweisen.

II — *Zum Hilfsantrag auf Aufhebung oder Herabsetzung der Geldbuße*

231 Hilfsweise wendet sich WIN gegen die Höhe der gegen sie festgesetzten Geldbuße und beantragt, diese aufzuheben oder erheblich herabzusetzen. Zur Stützung ihres Antrags macht sie einen Verstoß gegen die Grundsätze der persönlichen Bestrafung und der Gesetzmäßigkeit der Strafen, das Fehlen von Auswirkungen der fraglichen Verhaltensweisen, die falsche Festlegung der Dauer der Zuwiderhandlung und einen Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit geltend.

A — *Verstoß gegen die Grundsätze der persönlichen Bestrafung und der Gesetzmäßigkeit der Strafen*

1. Zum Verstoß gegen den Grundsatz der persönlichen Bestrafung

a) Vorbringen der Parteien

232 WIN ist der Ansicht, die Kommission habe gegen den Grundsatz der persönlichen Bestrafung verstoßen, da sie ihre Sanktion auf Verhaltensweisen von France

Télécom gestützt habe. Zum einen habe die Kommission anerkannt, dass die Zuwiderhandlung durch das Eingreifen von France Télécom beendet worden sei. Zum anderen habe sie das Verhalten von France Télécom bei der Beurteilung der Frage herangezogen, ob WIN ihre angebliche Zuwiderhandlung vorsätzlich begangen habe.

233 Die Kommission weist diesen Klagegrund zurück, wobei sie im Wesentlichen auf ihre Ausführungen zu dem gleichen, von WIN im Rahmen ihres Hauptantrags vorgebrachten Klagegrund Bezug nimmt. Sie fügt hinzu, die Ausschlussabsicht von WIN werde durch unternehmensinterne Schriftstücke umfangreich belegt; die gelegentlichen Bezugnahmen auf France Télécom seien in keiner Weise entscheidend.

b) Würdigung durch das Gericht

234 Dieser Klagegrund stimmt in weiten Teilen mit dem Klagegrund überein, den WIN im Rahmen ihres Hauptantrags auf Nichtigerklärung erhoben hat. Daher ist auf die obigen Randnrn. 66 bis 71 zu verweisen.

235 Dass die Zuwiderhandlung von WIN als mit der Preissenkung durch France Télécom beendet angesehen wurde, bedeutet im Übrigen nicht, dass die Sanktion von WIN auf das Verhalten von France Télécom gestützt wurde. Die fragliche Zuwiderhandlung wird ganz eindeutig WIN und nicht France Télécom zur Last gelegt. WIN hätte die Zuwiderhandlung selbst vor dem und ohne das Eingreifen von France Télécom beenden können. Dass das Ende der Zuwiderhandlung nicht aus einem Verhalten von WIN resultiert, ändert nichts an ihrer Begehung. Die Zuwiderhandlung knüpft unmittelbar an das Kostenniveau an. Da einige dieser Kosten unmittelbar auf Preise der Lieferunternehmen zurückgehen, kann sich das Ende der Zuwiderhandlung logischerweise in bestimmten Fällen aus dem Verhalten dieser Unternehmen ergeben.

236 Das auf einen Verstoß gegen den Grundsatz der persönlichen Bestrafung gestützte Vorbringen ist daher zurückzuweisen.

2. Zum Klagegrund eines Verstoßes gegen den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Strafen

a) Vorbringen der Parteien

237 WIN trägt vor, in der Entscheidung sei auf der Grundlage von zwei neuen Rechtsregeln eine Sanktion gegen sie verhängt worden. Zum einen sei die Kommission in der Frage der Preisanpassung völlig von ihrer früheren Entscheidungspraxis abgegangen. Zum anderen habe sie eine ganz neue und unvorhersehbare Prüfung des Vorliegens von Verdrängungspreisen vorgenommen.

238 Es gebe keinen Präzedenzfall im Bereich von Verdrängungspreisen auf einem sich herausbildenden Markt. Die Kommission habe die im vorliegenden Fall herangezogene Berechnungsmethode erstmals angewandt und sie während des Verfahrens festgelegt. Nach der von mehreren nationalen Wettbewerbsbehörden angewandten Methode sei WIN zu der Annahme berechtigt gewesen, dass ihre Preise keine Verdrängungspreise seien.

239 Die Kommission führt aus, Art. 82 EG und Art. 15 Abs. 2 der Verordnung Nr. 17 seien die einzigen Rechtsgrundlagen für die Verhängung der Geldbuße in der vorliegenden Rechtssache, und sie seien keineswegs neu. Nach ständiger Rechtsprechung diene ihre frühere Entscheidungspraxis als solche nicht als rechtlicher Rahmen für die Verhängung von Geldbußen in Wettbewerbssachen.

240 Ergänzend fügt sie hinzu, in der Rechtsprechung sei die Anwendung von Verdrängungspreisen bereits als Zuwiderhandlung gegen Art. 82 EG eingestuft worden.

b) Würdigung durch das Gericht

241 WIN kann nicht geltend machen, dass das geahndete Verhalten zum Zeitpunkt seiner Begehung keine Zuwiderhandlung dargestellt habe. Jede missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein Unternehmen fällt nämlich unter Art. 82 EG.

242 Nach ständiger Rechtsprechung enthält Art. 82 EG keine erschöpfende Aufzählung der Arten der nach dem Vertrag verbotenen missbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung (Urteile des Gerichtshofs vom 21. Februar 1973, Europemballage und Continental Can/Kommission, 6/72, Slg. 1973, 215, Randnr. 26, 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, Randnr. 112).

243 Im Übrigen wurde die Anwendung von Verdrängungspreisen bereits als Zuwiderhandlung gegen Art. 82 EG eingestuft. Sie wurde von der Kommission geahndet und gab Anlass zum Urteil AKZO/Kommission (oben in Randnr. 100 angeführt) und zu den Urteilen vom 6. Oktober 1994 und vom 14. November 1996, Tetra Pak/Kommission (oben in Randnr. 130 angeführt), in denen die Prüfung des Vorliegens von Verdrängungspreisen – wie im vorliegenden Fall – auf die Unterscheidung zwischen variablen Kosten und Vollkosten gestützt wurde.

244 Die Kommission hat diese Prüfung im vorliegenden Fall allerdings dahin gehend angepasst, dass sie — was für WIN vorteilhaft war — die Kosten für die Kundenakquisition zeitlich staffelte, um den besonderen Merkmalen des relevanten Markts Rechnung zu tragen.

- 245 Insoweit ist festzustellen, dass es für WIN bei Anwendung der in den genannten Rechtssachen herangezogenen Methode vorhersehbar gewesen wäre, dass gegen sie nach Art. 82 EG vorgegangen werden könnte. WIN kann sich nicht darauf berufen, dass sie eine für sie vorteilhafte Änderung dieser Methode nicht habe vorhersehen können.
- 246 WIN war auch weder aufgrund der Entscheidungspraxis der Kommission noch aufgrund der Rechtsprechung zu der Annahme berechtigt, dass ihr unter den Umständen des vorliegenden Falls das Recht zugestanden wird, sich den Preisen ihrer Mitbewerber anzupassen (siehe oben, Randnrn. 176 bis 187), dass die Methode des „Discounted Cashflow“ angewandt wird (siehe oben, Randnrn. 153 und 156) und dass die Margen nach dem Ende der Zuwiderhandlung berücksichtigt werden (siehe oben, Randnr. 152). Der Markt befand sich im Übrigen während des relevanten Zeitraums nicht mehr in der Anlaufphase (siehe oben, Randnr. 106).
- 247 WIN hat sich jedoch auf die Entscheidung 2001/354/EG der Kommission vom 20. März 2001 in einem Verfahren nach Artikel 82 [EG] (Sache COMP/35.141 — Deutsche Post AG) (ABl. L 125, S. 27, Randnr. 47) berufen, in der die Kommission keine Geldbuße wegen der Unterdeckung der leistungsspezifischen Zusatzkosten auferlegte, da bis dahin nicht geklärt war, welcher Standard der Kostendeckung an die im Wettbewerb erbrachten Dienste eines Multiprodukt- oder Multidienst-Unternehmens, das über einen reservierten Bereich verfügt, anzulegen war.
- 248 In dieser Sache hatte der Beschwerdeführer geltend gemacht, dass die Deutsche Post AG Einnahmen aus dem profitablen Briefmonopol verwende, um nicht kostendeckende Verkäufe im Bereich der gewerblichen Paketdienste zu finanzieren, die dazu dienten, Mitbewerber in diesem Bereich zu verdrängen. Die Kommission ahndete in ihrer Entscheidung die Gewährung von Treuerabatten durch die Deutsche Post AG mit einer Geldbuße von 24 Millionen Euro. Die verhängte Geldbuße erstreckte sich jedoch nicht auf Paketdienste zu Preisen unterhalb der leistungsspezifischen Zusatzkosten.

- 249 Die Situation, in der sich die Deutsche Post AG in dieser Sache befand, wies erhebliche Besonderheiten auf. Die von ihr ausgeübten Tätigkeiten fielen teils unter das auf ihrer Aufgabe von allgemeinem Interesse beruhende Monopol und teils unter den Wettbewerb. In dieser Sache stellte sich somit das Problem der Festlegung des Standards der Kostendeckung bei einem Unternehmen, das über einen reservierten Bereich verfügt und die in diesem Bereich erzielten Gewinne zur Deckung seiner Verluste in einem anderen, dem Wettbewerb offenstehenden Bereich verwenden kann. In einem solchen Kontext konnte bei dem Unternehmen Unsicherheit hinsichtlich der anwendbaren Regeln bestehen. Die Situation von WIN, die nur auf dem von Wettbewerb geprägten Markt tätig war, ist nicht mit der Lage der Deutschen Post AG vergleichbar, sondern ähnelt insoweit eher der Lage von AKZO und Tetra Pak.
- 250 Im Übrigen wird in der Entscheidung 2001/354 aus diesem Grund zwar keine Geldbuße verhängt, doch wird in ihrem Art. 2 festgestellt, dass die Deutsche Post AG gegen Art. 82 EG verstoßen hat, indem sie Paketdienste für den Versandhandel zu Preisen unterhalb der leistungsspezifischen Zusatzkosten anbot. Da diese Entscheidung am 20. März 2001 erging und am 5. Mai 2001 im Amtsblatt veröffentlicht wurde, musste WIN im Zeitraum der streitigen Zuwiderhandlung – März 2001 bis Oktober 2002 — wissen, dass solche Verhaltensweisen eine Zuwiderhandlung darstellten. Außerdem ist darauf hinzuweisen, dass WIN selbst im Rahmen der vorliegenden Rechtssache die Heranziehung der Zusatzkosten gerügt und es in ihrer Antwort auf die zusätzliche Mitteilung von Beschwerdepunkten begrüßt hat, dass die Kommission diese Methode aufgegeben hat. Sie kann der Kommission diese Änderung daher jetzt nicht vorwerfen.
- 251 Unterstellt man schließlich, dass — auch wenn die Anwendung von Verdrängungspreisen keine neue Zuwiderhandlung ist — die Besonderheiten des Markts für den Breitband-Internetzugang zu berücksichtigen sind, so führt es jedenfalls nicht zu einer „Immunität“ von Unternehmen, die zuvor von der Kommission nicht mit Sanktionen belegte Zuwiderhandlungen begangen haben, dass die Kommission im Rahmen einer früheren Entscheidung wegen der verhältnismäßigen Neuartigkeit der festgestellten Zuwiderhandlungen keine Geldbuße verhängte. Denn die Kommission entscheidet im besonderen Rahmen jedes einzelnen Vorgangs in

Ausübung ihres Ermessens darüber, ob es angebracht ist, eine Geldbuße zu verhängen, um die festgestellte Zuwiderhandlung zu ahnden und die Wirksamkeit des Wettbewerbsrechts zu wahren (Urteil des Gerichts vom 22. Oktober 1997, SCK und FNK/Kommission, T-213/95 und T-18/96, Slg. 1997, II-1739, Randnr. 239).

- 252 Folglich hat die Kommission im vorliegenden Fall nicht gegen den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Strafen verstoßen.

B — *Fehlende Auswirkungen der fraglichen Verhaltensweisen*

1. Vorbringen der Parteien

- 253 WIN führt aus, die Kommission sei nicht in der Lage gewesen, irgendeine Auswirkung ihrer angeblichen Verhaltensweisen auf dem Markt nachzuweisen. Die gegen sie verhängte Geldbuße müsse deshalb auch aus diesem Grund herabgesetzt werden.

- 254 Zu ihrem Marktanteil trägt WIN vor, die Kommission selbst gebe in ihrer Entscheidung an, dass er sich bei etwa 50 % eingependelt habe, während er im Oktober 2002, als die Zuwiderhandlung beendet worden sei, 72 % betragen habe; er sei also in nur neun Monaten um ein Drittel gesunken. Dies sei ein ausreichender Beleg dafür, dass sich ihre angeblichen wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen nicht dauerhaft auf die Marktstrukturen ausgewirkt hätten.

- 255 Zudem sei der Wettbewerb auf dem Internetzugangsmarkt auch im streitigen Zeitraum sehr lebhaft gewesen. Im September 2002 habe es über 70 Angebote an die

Verbraucher gegeben. Neue Internet-Provider seien auf den Markt gekommen, während die Angebotspreise aufgrund der Impulse durch die Mitbewerber gefallen seien. Die Entwicklung der Mitbewerber sei nicht behindert worden, und das Verschwinden des Anbieters Mangoosta sei WIN nicht anzulasten.

- 256 Die Behauptung der Kommission, dass ihre angeblichen Verhaltensweisen die Marktstruktur in tiefgreifender Weise beeinträchtigt hätten, stelle eine reine Vermutung dar, die durch keinen konkreten Beleg für tatsächliche Schwierigkeiten ihrer Mitbewerber untermauert werde.
- 257 Die Kommission hält den Angaben von WIN entgegen, sie beträfen abwechselnd die gesamte Tätigkeit der Bereitstellung eines Internetzugangs — sowohl über Schmalband als auch über Breitband — oder das Segment des ADSL-Breitband-Internetzugangs, je nachdem, was für das Vorbringen von WIN günstiger sei.
- 258 Ein Vergleich der Absatzsteigerungen der verschiedenen Marktteilnehmer im Jahr 2001 und bis Herbst 2002 zeige klar, dass die Strategie von WIN es ihr ermöglicht habe, den Wettbewerb einzudämmen und ihre Position zu stärken. Es habe z. B. während des streitigen Zeitraums keine bedeutsamen neuen Marktzutritte gegeben.

2. Würdigung durch das Gericht

- 259 Nach den Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen, die gemäß Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 und gemäß Artikel 65 Absatz 5 EGKS-Vertrag festgesetzt werden (ABl. 1998, C 9, S. 3), sind bei der Ermittlung der

Schwere eines Verstoßes seine Art und die konkreten Auswirkungen auf den Markt sowie der Umfang des betreffenden räumlichen Markts zu berücksichtigen.

- 260 WIN hat bestritten, dass sich die fragliche Zuwiderhandlung auf den Markt ausgewirkt hat. Verschiedene Anhaltspunkte belegen dies jedoch.
- 261 Erstens stieg der Anteil von WIN am Breitbandmarkt zunächst vom Beginn der Zuwiderhandlung bis August 2002 von 50 % auf 72 % (Randnr. 400 und Tabelle 8 der Entscheidung), auch wenn er nach den Angaben, die WIN in ihrer Antwort auf schriftliche Fragen des Gerichts gemacht hat, anschließend auf 63,6 % im Oktober 2002 sank. Im Übrigen betrug der Marktanteil des wichtigsten Mitbewerbers von WIN 8 %, während alle anderen Mitbewerber unter 2,5 % lagen (Randnr. 376 der Entscheidung). Wie sich aus Tabelle 9 der Entscheidung ergibt, gegen die WIN keine Einwände erhoben hat, vergrößerte sich ihr Abstand zu ihrem wichtigsten Mitbewerber im gesamten Zeitraum erheblich.
- 262 Zweitens verschwand ein Mitbewerber, die Firma Mangoosta, vom Markt (Randnr. 400 der Entscheidung). WIN ist zwar der Ansicht, dass der Konkurs von Mangoosta nur auf eine besonders riskante Strategie zurückzuführen sei und keinesfalls auf die Preisgestaltung von WIN. Als Mangoosta ihre Produkte zu einem leicht höheren Preis als WIN auf den Markt brachte, machte sie jedoch so große Verluste, dass sie die Preise letztlich im März 2001 um 20 % anhub, was aber die Einleitung eines Insolvenzverfahrens am 2. August 2001 nicht verhinderte (Randnr. 384 der Entscheidung). Das Verschwinden eines ganz unbedeutenden Konkurrenten, der nicht kostendeckende, aber leicht höhere Preise als WIN verlangte, stellt im vorliegenden Fall zumindest einen Anhaltspunkt für die Schwierigkeit dar, in den Markt einzudringen.
- 263 Drittens gingen im fraglichen Zeitraum die Marktanteile der konkurrierenden Kabelnetzbetreiber stark zurück (Tabelle 14 der Entscheidung), während die Mitbewerber im ADSL-Segment über äußerst niedrige Marktdurchdringungswerte

nicht hinauskamen. WIN bestreitet den Rückgang der Marktanteile der Kabelnetzbetreiber nicht, ist aber der Ansicht, er sei nicht auf ihre Preispolitik zurückzuführen, sondern auf die zulasten des Kabels gehende Entwicklung des ADSL. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass WIN im September 2001 die Auffassung vertrat, die Kabelnetzbetreiber seien die einzigen echten Konkurrenten auf dem Markt für Breitband-Internetzugänge (Fußnote 444 der Entscheidung), und ADSL stelle einen Markt dar, der Ende 2001 von ihr beherrscht werde, aber insgesamt wenig aktiv sei.

264 Viertens hatten die Verhaltensweisen von WIN eine abschreckende Wirkung auf den Markteintritt oder die Entwicklung der Mitbewerber. Mehrere von ihnen haben bestätigt, dass sie sich in Anbetracht der anfallenden Kosten nicht an die Preise von WIN hätten anpassen können, ohne Verluste zu erleiden (vgl. Randnr. 379 und Fußnote 451 der Entscheidung). Die neuen Marktteilnehmer blieben im Übrigen unbedeutend. WIN hat die Fälle Dixinet und Net pratique angesprochen. Ende August 2002 hatte Dixinet jedoch nur zehn Abonnenten für ihre ADSL- und Telefondienste, während es bei Net pratique, die ihren Dienst erst im Sommer 2002, also am Ende der Zuwiderhandlung, einführte, sechs Monate später nur 1 400 Abonnenten gab.

265 Insoweit ist das Argument von WIN, die den langsamen Fortschritt bestimmter Mitbewerber auf eine strategische Entscheidung und auf die Absicht zurückführt, sich zulasten des als unprofitabel angesehenen ADSL auf das Schmalband zu konzentrieren, nicht überzeugend. Es mag zwar sein, dass bestimmte Mitbewerber anfänglich an der Entwicklung des Breitbands zweifelten, doch kann nicht davon ausgegangen werden, dass sie an dieser Meinung angesichts des starken Wachstums des fraglichen Markts festhielten. Das Vorgehen von T-Online, eines Internet-Providers unter der Marke Club Internet, vor den französischen Wettbewerbsbehörden lässt eher das Gegenteil vermuten. Auch die oben in Randnr. 212 zitierte Erklärung des Verwaltungsratsvorsitzenden von AOL France deutet darauf hin, dass der Grund für die Abwesenheit dieses Unternehmens vom Breitbandmarkt zur damaligen Zeit mit den Verlusten zusammenhing, die sie dort wegen des erhöhten Angebots von WIN erlitten hätte, und nicht mit ihrer Absicht, sich auf das Schmalband zu beschränken.

266 Zu dem Argument von WIN, die Verbraucher seien durch ihre Preisgestaltung nicht geschädigt worden, sondern hätten im Gegenteil davon profitiert, ist darauf

hinzuweisen, dass Art. 82 EG, wie der Gerichtshof bestätigt hat, nicht nur auf Verhaltensweisen abzielt, durch die die Verbraucher unmittelbar geschädigt werden können, sondern auch auf solche, die ihnen durch einen Eingriff in eine wirksame Wettbewerbsstruktur Schaden zufügen (Urteil Europemballage und Continental Can/Kommission, oben in Randnr. 242 angeführt, Randnr. 26).

²⁶⁷ Der auf die fehlenden Auswirkungen der fraglichen Verhaltensweisen gestützte Klagegrund ist daher zurückzuweisen.

C — Falsche Festlegung der Dauer der Zuwiderhandlung

1. Vorbringen der Parteien

²⁶⁸ WIN macht zum einen geltend, der Kommission zufolge sei das Ende der ihr zur Last gelegten Zuwiderhandlung auf die von France Télécom am 15. Oktober 2002 vorgenommene Preissenkung zurückzuführen. France Télécom habe diese Senkung aber schon im April 2002 angekündigt; ihre Umsetzung habe sich durch das Genehmigungsverfahren der Autorité de régulation des télécommunications (Telekommunikations-Regulierungsbehörde, ART) verzögert. WIN könne daher für die Zuwiderhandlung jedenfalls nicht über März 2002 hinaus verantwortlich gemacht werden, so dass ihre Dauer nur dreizehn Monate betragen haben könne.

²⁶⁹ Zum anderen sei die Kommission in ihrer Entscheidung von einer längeren als der in den Mitteilungen der Beschwerdepunkte genannten Dauer der Zuwiderhandlung ausgegangen. Das Gericht müsse daher feststellen, dass die Zuwiderhandlung, die WIN zur Last gelegt werden könne, höchstens 17 Monate gedauert habe, und die Geldbuße entsprechend herabsetzen.

- 270 Dem letztgenannten Argument hält die Kommission entgegen, man könne die Mitteilungen der Beschwerdepunkte nicht dahin verstehen, dass sie Angaben zu den zeitlichen Grenzen der Zuwiderhandlung enthielten, obwohl diese noch angedauert habe.
- 271 Zu dem Argument, das sich auf die Verzögerung bei der Preissenkung durch France Télécom aufgrund des Genehmigungsverfahrens der ART stützt, vertritt die Kommission die Ansicht, dass sich WIN darauf nicht berufen könne.

2. Würdigung durch das Gericht

- 272 Zu der Behauptung, die Dauer der Zuwiderhandlung sei gegenüber den Mitteilungen der Beschwerdepunkte verlängert worden, ist auf die obigen Randnrn. 49 bis 52 zu verweisen, aus denen hervorgeht, dass dieses Argument zurückzuweisen ist.
- 273 Zu der von France Télécom schon im April 2002 angekündigten Senkung ihrer Preise ist darauf hinzuweisen, dass die Zuwiderhandlung nicht zu diesem Zeitpunkt endete, sondern mit der tatsächlichen Umsetzung dieser Preissenkung. Sie führte automatisch zu einer Kostensenkung. Die Preise von WIN lagen nicht länger unter ihren Vollkosten, und die Zuwiderhandlung endete. Ohne diese Preissenkung durch France Télécom abzuwarten, hätte WIN die Zuwiderhandlung jederzeit beenden können, z. B. durch Anhebung ihrer Preise oder durch Reduzierung anderer Kostenfaktoren. Sie hat jedoch keine dahin gehende Maßnahme getroffen.
- 274 Folglich besteht kein Anlass, die Geldbuße im Hinblick auf die Dauer der gerügten Zuwiderhandlung herabzusetzen.

D — *Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*

1. Vorbringen der Parteien

²⁷⁵ WIN wendet sich erstens dagegen, dass bei der Ermittlung des Betrags der Geldbuße ihrem Bemühen um Kooperation und Offenheit nicht Rechnung getragen worden sei. Zweitens rügt sie, dass die Kommission die schrittweise Beendigung der Zuwiderhandlung weder bei der Festlegung des Grundbetrags der Geldbuße noch als mildernden Umstand berücksichtigt habe. Der Umfang der Zuwiderhandlung habe sich schon im August 2001 aufgrund einer Senkung der Großkundenpreise durch France Télécom verringert, noch bevor diese von der Untersuchung der Kommission erfahren habe. France Télécom sei stets bestrebt gewesen, das von der Kommission festgestellte Problem möglichst schnell zu lösen.

²⁷⁶ Die Kommission ist der Ansicht, dass es im vorliegenden Fall keine mildernden oder erschwerenden Umstände gebe.

2. Würdigung durch das Gericht

²⁷⁷ Was die geltend gemachte Kooperation angeht, so rechtfertigt nach ständiger Rechtsprechung eine Mitwirkung an der Untersuchung, die nicht über das hinausgeht, wozu die Unternehmen nach Art. 11 Abs. 4 und 5 der Verordnung Nr. 17 verpflichtet sind, keine Herabsetzung der Geldbuße (vgl. in diesem Sinne Urteile des Gerichts vom 10. März 1992, Solvay/Kommission, T-12/89, Slg. 1992, II-907, Randnrn. 341 und 342, und vom 14. Mai 1998, Weig/Kommission, T-317/94, Slg. 1998, II-1235, Randnr. 283).

- 278 In Randnr. 412 der Entscheidung erwähnt die Kommission, dass WIN als mildernde Umstände ihre Offenheit und umfassende Kooperation während des Verfahrens angeführt habe. Die Kommission stellt jedoch fest, „dass das Unternehmen lediglich die Verpflichtung zur Erteilung von Auskünften an die Kommission gemäß der Verordnung Nr. 17 auf normale Weise erfüllte“.
- 279 In ihrer Klageschrift macht WIN geltend, die Kommission habe außer Acht gelassen, dass sie stets umfassend am Verfahren mitgewirkt und sich völlig offen verhalten habe. Im Übrigen habe die Kommission auf ihre Einladung hin ihre Geschäftsräume besucht und Kopien von Unterlagen über ihre Kosten und die Erstellung ihrer geschäftlichen Angebote angefertigt. Weder die Klageschrift noch die Erwiderung enthalten weitere Angaben zu dieser Kooperation.
- 280 Hierzu ist festzustellen, dass WIN keinen Anhaltspunkt dafür geliefert hat, dass sie nicht lediglich ihren Verpflichtungen aufgrund der Verordnung Nr. 17 nachgekommen ist. Sie hat insbesondere nicht dargetan, dass sie selbst die Kommission vor Einleitung der Untersuchung zum Besuch ihrer Geschäftsräume aufforderte. Die Kommission führt in ihrer Klagebeantwortung aus, die Klägerin könne keinen mildernden Umstand daraus ableiten, dass sie sich darauf beschränkt habe, diese Nachprüfungen an Ort und Stelle auf der Grundlage von Art. 14 Abs. 2 der Verordnung Nr. 17 „durch Vereinbarung eines Termins mit dem Unternehmen in dessen Geschäftsräumen“ vorzunehmen.
- 281 Auch wenn man unterstellt, dass das Unternehmen selbst die Kommission aufforderte, seine Geschäftsräume zu besuchen, bevor die Kommission durch Entscheidung Nachprüfungen anordnete, kann dies im Übrigen nicht als Beleg für eine Zusammenarbeit ausreichen, die so eng war, dass ihre Berücksichtigung als mildernder Umstand gerechtfertigt wäre. Nach Art. 14 der Verordnung Nr. 17 kann die Kommission zur Erfüllung der ihr in Art. 81 EG übertragenen Aufgaben bei Unternehmen alle erforderlichen Nachprüfungen vornehmen. Ihre beauftragten Bediensteten können u. a. alle Räumlichkeiten betreten und Abschriften aus Geschäftsunterlagen anfertigen. Die Nachprüfungen der Kommission können aufgrund eines bloßen Auftrags vorgenommen (Art. 14 Abs. 2) oder durch Entscheidung angeordnet werden (Art. 14 Abs. 3). Dass die Kommission im

vorliegenden Fall nicht durch Entscheidung vorgegangen ist, kann für sich genommen keine „aktive Mitwirkung des Unternehmens an dem Verfahren“ im Sinne der Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen, die gemäß Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 und gemäß Artikel 65 Absatz 5 EGKS-Vertrag festgesetzt werden, implizieren.

282 Zu den Argumenten in Bezug auf die schrittweise Beendigung der Zuwiderhandlung ist zum einen hervorzuheben, dass WIN selbst keine dahin gehende Maßnahme getroffen hat. Sie kann sich zu ihrer Entlastung nur auf die Bemühungen von France Télécom berufen. Zum anderen können die von France Télécom unternommenen Schritte, auch wenn sie sich vor dem Ende der Zuwiderhandlung positiv auf den Markt ausgewirkt haben mögen, nichts an der Einstufung der von WIN begangenen Zuwiderhandlung ändern und sie weniger schwerwiegend machen. Die von WIN auf dem relevanten Markt angewandten Verdrängungspreise stellen nämlich eine schwere Zuwiderhandlung gegen die Wettbewerbsregeln dar. Dass die Intensität bestimmter missbräuchlicher Elemente während des streitigen Zeitraums geschwankt haben mag, kann an dieser Einstufung nichts ändern (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 30. September 2003, Michelin/Kommission, oben in Randnr. 195 angeführt, Randnr. 278).

283 Aus dem Vorstehenden folgt, dass der von WIN auf einen Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gestützte Klagegrund nicht durchgreift, so dass der Antrag auf Aufhebung oder Herabsetzung der Geldbuße zurückzuweisen ist.

284 Nach alledem ist die Klage abzuweisen.

Kosten

285 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 entsprechend dem Antrag der Kommission die Kosten aufzuerlegen.

Aus diesen Gründen hat

DAS GERICHT (Fünfte erweiterte Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

- 1. Die Klage wird abgewiesen.**
- 2. Die Klägerin trägt die Kosten.**

Vilaras

Martins Ribeiro

Dehousse

Šváby

Jürimäe

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 30. Januar 2007.

Der Kanzler

Der Präsident

E. Coulon

M. Vilaras

Inhaltsverzeichnis

Sachverhalt und Verfahren	II - 118
Anträge der Parteien	II - 121
Rechtliche Würdigung	II - 122
I – Zum Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung	II - 122
A – Zum Klagegrund einer Verletzung der Verteidigungsrechte und wesentlicher Formvorschriften	II - 122
1. Vorbringen der Parteien	II - 122
2. Würdigung durch das Gericht	II - 124
B – Zum Klagegrund einer unzureichenden Begründung	II - 134
1. Vorbringen der Parteien	II - 134
2. Würdigung durch das Gericht	II - 135
C – Zum Klagegrund eines Verstoßes gegen den Grundsatz der persönlichen Bestrafung	II - 137
1. Vorbringen der Parteien	II - 137
2. Würdigung durch das Gericht	II - 138
D – Zur Verletzung von Art. 82 EG	II - 140
1. Zur beherrschenden Stellung	II - 140
a) Zur falschen Marktdefinition	II - 140
Vorbringen der Parteien	II - 140
Würdigung durch das Gericht	II - 142
b) Zur lückenhaften Prüfung der beherrschenden Stellung	II - 146
Vorbringen der Parteien	II - 146
Würdigung durch das Gericht	II - 148

2. Zum Missbrauch der beherrschenden Stellung	II - 154
a) Zu den Rügen in Bezug auf die Prüfung der Kostendeckung ..	II - 154
Zur Fehlerhaftigkeit der Methode zur Berechnung des Kosten-	
deckungsgrads	II - 154
— Vorbringen der Parteien	II - 154
— Würdigung durch das Gericht	II - 156
Zu den Rechenfehlern bei der Anwendung der herangezogenen	
Methode	II - 163
— Vorbringen der Parteien	II - 163
— Würdigung durch das Gericht	II - 165
b) Zu den Rügen in Bezug auf die Prüfung des Vorliegens von	
Verdrängungspreisen	II - 167
Zu der auf dem Recht von WIN, sich den Preisen ihrer	
Mitbewerber anzupassen, beruhenden Rechtfertigung	II - 167
— Vorbringen der Parteien	II - 167
— Würdigung durch das Gericht	II - 168
Zum behaupteten Fehlen eines Plans zur Verdrängung und	
Verringerung des Wettbewerbs	II - 171
— Vorbringen der Parteien	II - 171
— Würdigung durch das Gericht	II - 173
Zum Verlustausgleich	II - 180
— Vorbringen der Parteien	II - 180
— Würdigung durch das Gericht	II - 182
II – Zum Hilfsantrag auf Aufhebung oder Herabsetzung der Geldbuße	II - 184
A – Verstoß gegen die Grundsätze der persönlichen Bestrafung und der	
Gesetzmäßigkeit der Strafen	II - 184
1. Zum Verstoß gegen den Grundsatz der persönlichen Bestrafung ..	II - 184
a) Vorbringen der Parteien	II - 184
b) Würdigung durch das Gericht	II - 185
	II - 201

2. Zum Klagegrund eines Verstoßes gegen den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Strafen	II - 186
a) Vorbringen der Parteien	II - 186
b) Würdigung durch das Gericht	II - 187
B – Fehlende Auswirkungen der fraglichen Verhaltensweisen	II - 190
1. Vorbringen der Parteien	II - 190
2. Würdigung durch das Gericht	II - 191
C – Falsche Festlegung der Dauer der Zuwiderhandlung	II - 194
1. Vorbringen der Parteien	II - 194
2. Würdigung durch das Gericht	II - 195
D – Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	II - 196
1. Vorbringen der Parteien	II - 196
2. Würdigung durch das Gericht	II - 196
Kosten	II - 199