



Bemerkung:

Dieser Entscheid wurde angefochten. Der rechtsgültige Entscheid erging durch das Bundesgericht am 9. Dezember 2019 (BGE 146 II 217 bzw. 2C_985/2015).

Verfügung der Wettbewerbskommission vom 19. Oktober 2009

in Sachen

Untersuchung gemäss Artikel 27 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz [KG]; SR 251)

betreffend

Preispolitik Swisscom ADSL (32-0198)

wegen

unzulässiger Verhaltensweise gemäss Artikel 7 KG.

Inhaltsverzeichnis

A	Sachverhalt	5
A.1	Gegenstand der Untersuchung	5
A.2	Verfahren.....	6
B	Erwägungen	9
B.1	Geltungsbereich	9
B.2	Vorbehaltene Vorschriften	10
B.3	Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen.....	10
B.3.1	Marktbeherrschende Stellung	11
B.3.1.1	Der relevante Markt	11
B.3.1.1.1	Vorbemerkungen zu ADSL	11
B.3.1.1.2	Sachlich relevanter Markt	13
B.3.1.1.3	Räumlich relevanter Markt.....	22
B.3.1.1.4	Zwischenergebnis zum relevanten Markt	23
B.3.1.2	Beurteilung der Marktstellung.....	23
B.3.1.2.1	Aktueller Wettbewerb.....	23
B.3.1.2.2	Einfluss des nachgelagerten Marktes	36
B.3.1.2.3	Potenzieller Wettbewerb.....	43
B.3.1.2.4	Ergebnis.....	45
B.3.2	Unzulässige Verhaltensweise	45
B.3.2.1	Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen	47
B.3.2.1.1	Kosten-Preis-Schere Tests	51
B.3.2.1.2	Unzureichende Marge für das 3'500/300-Angebot.....	65
B.3.2.1.3	Auswirkungen innerhalb von Swisscom	73
B.3.2.1.4	Zwischenfazit	76
B.3.2.2	Behinderung von Wettbewerbern	76
B.3.2.3	Keine sachlichen Rechtfertigungsgründe	77
B.3.3	Ergebnis.....	77
B.4	Sanktionierung.....	78
B.4.1	Einleitung zur Sanktionierung	78
B.4.1.1	Angebliche Verletzung der Garantien gemäss Art. 6 EMRK	78
B.4.1.2	Die Heilung angeblicher Verfahrensmängel	78
B.4.2	Sanktionierung von Swisscom	81
B.4.3	Vorwerfbarkeit.....	82
B.4.4	Bemessung	91
B.4.4.1	Maximalsanktion.....	91
B.4.4.2	Konkrete Sanktionsberechnung	91
B.4.4.2.1	Basisbetrag.....	91
B.4.4.2.2	Dauer des Verstosses	96
B.4.4.2.3	Erschwerende und mildernde Umstände.....	97
B.4.5	Ergebnis.....	100
C	Kosten	100
D	Dispositiv	102

Tabellenverzeichnis

Tabelle 1: Verfügbare drahtgebundene Breitbandanschlüsse	26
Tabelle 2: Geschaltete Breitbandanschlüsse nach Unternehmen im Dezember 2007	30
Tabelle 3: Die durchschnittlichen Margen der vier grössten ADSL-Anbieter der Schweiz im Jahr 2006 und 2007 sowie deren Berechnung (Franken pro Kunde pro Monat)	52
Tabelle 4: Wirtschaftlichkeitsrechnung inkl. Trennung der Akquisitionskosten mit den Angaben von Swisscom.	58
Tabelle 5: Identische Rechnung wie in Tabelle 4 mit linearer Abschreibung der Akquisitionskosten über vier Jahre.	59
Tabelle 6: Gegenüberstellung der Retail-Verluste von Bluewin und den Wholesale-Gewinnen von Swisscom (Wholesale)	61
Tabelle 7: Gegenüberstellung von Retail-Preis und Wholesale-Kosten (Franken pro Monat)	67
Tabelle 8: Betriebsertrag und Verlust von Bluewin in Tausend Franken	73
Tabelle 9: Erfolgsrechnung von Bluewin für die xDSL-Breitbanddienste in Tausend Franken	74
Tabelle 10: Umsatz und Ertrag von Swisscom Wholesale BBCS in Tausend Franken	74
Tabelle 11: Zusammenfassung der Sanktionsberechnung in Franken	100

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Schematische Darstellung eines xDSL-Anschlusses.	12
Abbildung 2: Schematische Darstellung des Breitbandmarktes in der Schweiz.....	24
Abbildung 3: Marktanteilsentwicklung der beiden Technologien ADSL und Kabel	31
Abbildung 4: Die Marktanteilsentwicklung der fünf grössten Breitbandinternetanbieter der Schweiz vom Januar 2001 bis Dezember 2007	32
Abbildung 5: Die Anzahl geschalteter Breitbandanschlüsse basierend auf Kabel- und auf ADSL-Technologie vom Januar 2000 bis Dezember 2007.....	33
Abbildung 6: Die Anzahl Breitbandanschlüsse der grössten fünf Anbieter von Januar 2001 bis Dezember 2007.....	34
Abbildung 7: Die Marge von Bluewin (Swisscom) im Bereich DSL (Test 1).....	53
Abbildung 8: Die Marge von Sunrise (Test 2).....	54
Abbildung 9: Die Marge von Tele2 (Test 2).....	54
Abbildung 10: Die Verluste von Bluewin mit und ohne abgeschriebene Akquisitionskosten.	60

Häufig verwendete Abkürzungen

Abkürzung	Bedeutung
ADSL	Asymmetric Digital Subscriber Line
BAKOM	Bundesamt für Kommunikation
BBCS	Broadband Connectivity Service
BGer	Bundesgericht
CATV	Cable Television (Network)
ComCom	Eidgenössische Kommunikationskommission
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
FDA	Fernmeldediensteanbieter
FMG	Fernmeldegesetz
ISP	Internet Service Provider
KG	Kartellgesetz
n.a.	not available
REKO/WEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs
SVKG	Sanktionsverordnung
VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
WEKO	Wettbewerbskommission
xDSL	Digital Subscriber Line (x steht für eine Variable)

A Sachverhalt

A.1 Gegenstand der Untersuchung

1. Am 20. Oktober 2005 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) im Einvernehmen mit dem Präsidenten der Wettbewerbskommission (WEKO) eine Untersuchung im Sinne von Art. 27 ff. des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251). Die Untersuchung wurde gegen die Swisscom AG und die Swisscom Fixnet AG (beide: Swisscom) eröffnet.

2. Gegenstand der Untersuchung ist die Preispolitik von Swisscom im Bereich der ADSL-Dienste (Asymmetric Digital Subscriber Line), also von Breitbandinternetdiensten. Insbesondere ist abzuklären, ob die Preise für die Vorleistungsangebote für ADSL-Dienste von Swisscom im Vergleich zu den Endkundenpreisen derart hoch sind, dass anderen Fernmeldediensteanbietern (FDA), welche ebenfalls Breitbanddienstangebote an Endkunden bereitstellen wollen (Internet Service Provider; ISP) keine zureichende Marge verbleibt. Solche Verhaltensweisen können einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 7 KG begründen.

3. Diese Untersuchung wurde unter anderem aufgrund von Hinweisen von ISP im Rahmen einer ersten Untersuchung im Bereich ADSL eröffnet¹. Die ISP beklagten sich im Speziellen über hohe Preise für ADSL-Vorleistungen, welche ihnen im Vergleich zu den von Swisscom praktizierten Endkundenpreisen keine genügende Marge belassen. Die Sunrise Communications AG (Sunrise) und andere ISP machten beispielsweise geltend, es handle sich bei der Preissetzung von Swisscom um eine sog. Kosten-Preis-Schere (Margin- oder Price Squeeze).

4. Eine erste Untersuchung im Bereich ADSL betraf insbesondere ein Rabattschema von Swisscom für die ADSL-Vorleistungsangebote. Aufgrund des Rabattschemas gewährte Swisscom ihrem gruppeneigenen Internet Service Provider (ISP) Bluewin höhere Rabatte als den anderen Anbietern. Mittels vorsorglicher Massnahmen vom 6. Mai 2002 verpflichtete die WEKO deshalb Swisscom, anderen ISP den gleichen Rabatt wie Bluewin und einen diskriminierungsfreien Zugang zu den ADSL-Vorleistungsangeboten von Swisscom zu gewähren. Nachdem Swisscom auch auf allfällige Rückforderungen der den anderen ISP gewährten Rabatten verzichtete, wurde die erste ADSL-Untersuchung infolge Gegenstandslosigkeit eingestellt².

5. Die Klagen der alternativen ISP, welche zur Eröffnung dieser zweiten Untersuchung im Bereich ADSL führten, richteten sich gegen die Preispolitik von Swisscom. Die Swisscom AG ist eine im Bereich der Telekommunikation tätige spezialgesetzliche Aktiengesellschaft mit Sitz in Ittigen (Bern). Die Eidgenossenschaft hält als Aktionärin der Swisscom AG die kapital- und stimmenmässige Mehrheit³. Swisscom ist Rechtsnachfolgerin des früheren staatlichen Monopolunternehmens im Telekommunikationsbereich. Swisscom verfügt über fixe sowie mobile Datenübertragungsnetzwerke und bietet Dienstleistungen und Produkte für die mobile, die netzgebundene und die Internet-Protokoll-basierte Sprach- und Datenkommunikation an. Innerhalb von Swisscom ist der Geschäftsbereich Bluewin als ISP tätig. Die Swisscom-Gruppe erwirtschaftete in den letzten Jahren einen Jahresumsatz von rund 10 Mrd. Franken.

¹ Vgl. RPW 2002/3, 440 ff.; RPW 2007/3, 410 ff.

² Vgl. RPW 2007/3, 410 ff m.w.H.

³ Art. 6 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 30. April 1997 über die Organisation der Telekommunikationsunternehmung des Bundes (Telekommunikationsunternehmungsgesetz, TUG; SR 784.11).

6. Beklagt über die Preispolitik von Swisscom haben sich neben weiteren Anbietern⁴ insbesondere Sunrise und Tele2 Telecommunication Services AG (Tele2). Sunrise bietet festnetz-basierte und mobile Sprachkommunikations- und Datenlösungen (u.a. als ISP) für Privat- und Geschäftskunden an. Sunrise ist zu 100% eine Tochtergesellschaft von Tele Danmark Communications⁵. Tele2 war die Tochtergesellschaft eines gleichnamigen europaweit tätigen Telekommunikationsunternehmens. Tele2 war in der Schweiz Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen in den Bereichen Festnetz, Mobiltelefonie und Internetdiensten. Tele2 bezeichnete sich als den zweitgrössten alternativen Festnetzanbieter in der Schweiz. Inzwischen hat sich Tele2 aus dem schweizerischen Markt zurückgezogen und die Geschäfte wurden von Sunrise übernommen⁶.

A.2 Verfahren

7. Nach der Untersuchungseröffnung am 20. Oktober 2005 wurde diese gemäss Art. 28 KG im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) vom 20. Dezember 2005 (S. 47) und im Bundesblatt vom 27. Dezember 2005 (BBI 2005 7521) bekanntgegeben.

8. Das Sekretariat richtete am 19. Juni 2006 Auskunftsbegehren zur Abklärung des Sachverhalts an Sunrise, Tele2 und Swisscom. Die Auskunftsbegehren beinhalteten unter anderem Fragen zur Anzahl der ADSL-Anschlüsse und zu Wirtschaftlichkeitsrechnungen in diesem Bereich⁷. Die befragten Unternehmen reichten ihre Antworten am 28. Juli 2006 (Tele2), 4. August 2006 (Sunrise) und am 18. August 2006 (Swisscom) ein⁸. Am 27. Februar 2007 wurde Swisscom ein aktualisiertes Aktenverzeichnis zugestellt.

9. Weitere Befragungen von Marktteilnehmern führte das Sekretariat insbesondere am 7. September 2007 und am 11. September 2007 durch. Die Befragungen richteten sich an die Green.ch AG (Green), Sunrise, Tele2 und Swisscom sowie die Cablecom Holdings GmbH (Cablecom) und den Wirtschaftsverband der schweizerischen Kabelnetzbetreiber Swisscable⁹. Nebst weiteren Fragen zur Wirtschaftlichkeit des Bereichs ADSL sowie Fragen zu den Marktverhältnissen ging es auch um eine Aktualisierung des Datenstandes. Die Antworten auf diese Marktbefragungen sowie auf die entsprechenden Nachfragen gingen zwischen dem 25. September 2007 und 18. April 2008 ein. Zudem bestellte das Sekretariat am 19. Dezember 2007 einen Auszug aus der Net-Matrix-Base-Studie, welche das Internetnutzungsverhalten der Schweizer Bevölkerung untersucht¹⁰. Die Daten der Net-Matrix-Base-Studie gingen am 8. Januar 2008 ein¹¹.

10. Im Rahmen der sich auf Art. 41 KG stützenden Amtshilfe wurde auch das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) als sektorspezifische Fachbehörde aufgefordert, verschiedene Fragen zu beantworten. Hauptsächlich handelte es sich um Vergleiche mit ausländischen Vorleistungen von Breitbandinternetangeboten¹². Am 28. September 2007 stellte das Sekretariat dem BAKOM für dessen Abklärungen im Rahmen der Amtshilfe den Produkte-

⁴ BSE Software GmbH (Solnet), Cyberlink Internet Services AG, Finecom Telecommunications AG, Init Seven AG, Magnet.ch AG, Netstream AG, TIC The Internet Company AG (Akten Nr. 19-25).

⁵ Sunrise erwirtschaftet in der Schweiz einen Jahresumsatz von annähernd 2 Mrd. Franken.

⁶ Im November 2008 übernahm Sunrise sämtliche Aktiven und Passiven von Tele2 und kontrolliert diese seither alleine (vgl. RPW 2008/4, 668 ff.). Da sich vorliegende Untersuchung auf den Zeitraum bis Ende des Jahres 2007 beschränkt, wird Tele2 bei der nachfolgenden Beurteilung indes als eigenständiger FDA bzw. ISP behandelt. Vgl. auch NZZ vom 30. September 2008, "Sunrise übernimmt Tele2 Schweiz".

⁷ Akten Nr. 6-8.

⁸ Akten Nr. 16, 18 und 27.

⁹ Akten Nr. 33-38.

¹⁰ Akte Nr. 66.

¹¹ Akte Nr. 73.

¹² Akte Nr. 39 .

beschrieb und die Preislisten des Broadband Connectivity Service (BBCS) von Swisscom zu. Das BAKOM reichte seine Beantwortung des Amtshilfegesuchs am 2. November 2007 ein¹³.

11. Auf Anfang des Jahres 2008 erfolgte eine wesentliche Änderung der Grosshandelspreise für DSL-Breitbandangebote (des BBCS). Nach Angaben von Swisscom senkte sie ihre Preise um 10% (Anschlüsse) respektive 40% (Datenvolumen)¹⁴.

12. Mit Schreiben vom 12. November 2008 unterbreitete das Sekretariat Swisscom den Antrag zur Stellungnahme¹⁵. Am 18. November 2008 beantragte Swisscom die Sistierung vorliegender Untersuchung bis das Bundesverwaltungsgericht sein Urteil betreffend Zugang zum schnellen Bitstrom veröffentlicht habe, eventualiter sei die Frist zur Stellungnahme zum Antrag zu erstrecken¹⁶. Mit Schreiben vom 5. Dezember 2008 wurde Swisscom die Frist zur Einreichung der Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats bis 30. Januar 2009 erstreckt¹⁷. Am 9. Dezember 2008 beantragte Swisscom auf das Sistierungsgesuch vom 18. November 2008 zurück zu kommen, da dem ausstehenden Urteil des Bundesverwaltungsgerichts betreffend Zugang zum schnellen Bitstrom bezüglich der Frage einer möglichen marktbeherrschenden Stellung von Swisscom im Markt für Breitbandinternetdienste für den Ausgang der vorliegenden Untersuchung entscheidende Bedeutung zukomme¹⁸. Auf erneutes Gesuch von Swisscom vom 20. Januar 2009 hin¹⁹ verlängerte das Sekretariat die Frist zur Stellungnahme zum Antrag vom 12. November 2008 ein weiteres Mal bis 2. März 2009²⁰.

13. Mit Urteil vom 12. Februar 2009 bestätigte das Bundesverwaltungsgericht die Teilverfügung der Eidgenössischen Kommunikationskommission (ComCom) betreffend Zugang zum schnellen Bitstrom. Das Bundesverwaltungsgericht befand, Swisscom sei auf dem Wholesale-Markt für Breitbanddienste als marktbeherrschend zu qualifizieren. Mit Schreiben vom 23. Februar 2009 nahm das Sekretariat die Frist zur Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats ab und lud Swisscom ein, bis am 26. März 2009 zum Antrag vom 12. November 2008 Stellung zu nehmen²¹.

14. Am 19. November 2008 nahm Swisscom Einsicht in die Verfahrensakten.

15. Mit Eingabe vom 26. März 2009 nahm Swisscom schriftlich Stellung zum Antrag des Sekretariats vom 12. November 2008²².

16. Mit E-Mail vom 12. Juni 2009 reichte Swisscom neben einer Zusammenfassung ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 und einer Übersicht über Breitbandzugangsformen ein Gutachten zur Preispolitik von Swisscom im ADSL-Markt (Parteigutachten Preispolitik)²³ ein²⁴.

17. Am 22. Juni 2009 fand mit einer Delegation von Swisscom eine Anhörung gemäss Art. 30 Abs. 2 KG vor der WEKO statt. Anlässlich der Anhörung wurde Swisscom aufgefordert, Businesspläne zum Internet-Retail-Geschäft von Bluewin bzw. Swisscom einzureichen. Die angeforderten Angaben reichte Swisscom mit Schreiben vom 1. Juli 2009 ein bzw. ver-

¹³ Akte Nr. 71.

¹⁴ Medienmitteilung Swisscom vom 25. Januar 2008.

¹⁵ Akten Nr. 103 und 104.

¹⁶ Akte Nr. 111.

¹⁷ Akte Nr. 115.

¹⁸ Akte Nr. 116.

¹⁹ Akte Nr. 118.

²⁰ Akte Nr. 119.

²¹ Akte Nr. 121.

²² Akte Nr. 123.

²³ Vgl. Roland von Büren, Parteigutachten Preispolitik Swisscom im ADSL-Markt (Akte Nr. 134).

²⁴ Akte Nr. 133.

wies auf die Unterlagen im Zusammenhang mit der ersten ADSL-Untersuchung²⁵. Am 13. Juli 2009 forderte das Sekretariat Swisscom auf, zusätzlich zu den eingereichten Unterlagen die Profitcenterrechnungen von Bluewin für die Jahre 2001 bis und mit 2007 einzureichen und anzugeben, ob für vorliegende Beurteilung ebenfalls auf die im Rahmen des Verfahrens 32-0155: Wholesale-Mandat für ADSL (Untersuchung „ADSL I“)²⁶ eingereichten Unterlagen abgestellt werden dürfe²⁷.

18. Mit Schreiben vom 20. Juli 2009 teilte Swisscom mit, dass keine Einwände gegen die Verwendung der Unterlagen aus dem Verfahren 32-0155: Wholesale-Mandat für ADSL (Untersuchung „ADSL I“) bestehen. Betreffend die Profitcenterrechnungen für die Jahre 2001 bis 2007 verwies Swisscom auf verschiedene Unterlagen, die sie im Laufe des vorliegenden Verfahrens unter dem Titel Erfolgsrechnung xDSL einreichte²⁸.

19. Mit Schreiben vom 30. Juli 2009 stellte das Sekretariat Swisscom das Protokoll der Anhörung vom 22. Juni 2009 zu²⁹. Mit E-Mail vom 12. August 2009 beantragte Swisscom, das Protokoll in einigen Punkten anzupassen. Alle von Swisscom gewünschten Anpassungen des Protokolls wurden übernommen, was Swisscom mit E-Mail vom 25. August 2009 mitgeteilt wurde³⁰.

20. Mit Eingabe vom 17. August 2009 beantragte Swisscom, die vorliegende Untersuchung sei zu sistieren, da in Kürze das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts im Beschwerdeverfahren i.S. Terminierung Mobilfunk zu erwarten sei³¹. Die WEKO lehnt diese Begehren ab. Das vorliegende Verfahren ist vom Verfahren in Sachen Terminierung Mobilfunk rechtlich und sachlich unabhängig. Es ist aufgrund seines normalen Fortgangs heute entscheidungsreif. Mit einer Sistierung kann zu diesem Zeitpunkt von vornherein kein Verfahrensaufwand der Partei mehr reduziert werden. Auch sonst ist nicht ersichtlich, was mit einer Sistierung gewonnen werden könnte. Im Gegenteil hätte eine Sistierung des laufenden Verfahrens erhebliche nachteilige Konsequenzen für die Arbeit der Wettbewerbsbehörden. Wird der Instanzenzug vollständig ausgeschöpft, könnte das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts i.S. Sanktionsverfügung Terminierung Mobilfunk (Geschäfts-Nr. B-2050/2007) noch vor Bundesgericht und sogar bis vor den europäischen Gerichtshof für Menschenrechte weitergezogen werden, was erfahrungsgemäss sehr viel Zeit in Anspruch nimmt. Sämtliche Verfahrenshandlungen der Wettbewerbsbehörden für vorliegende Untersuchung wären somit durch die Sistierung nicht nur wenige Monate sondern auf unbestimmte Zeit blockiert.

21. Man kann sich fragen, ob mit einer solchen Berufung auf das hängige Beschwerdeverfahren wohl alle Verfahren der Wettbewerbskommission zu blockieren wären; das aber würde die Arbeit der Behörde lahm legen und wäre mit dem Gebot der behördlichen Verfahrensführung nicht vereinbar. Dazu kommt, dass die von Swisscom im Sistierungsgesuch aufgeführten und dem Bundesverwaltungsgericht im Mobilfunkfall vorgelegten Fragen die Rechtsfolge eines festgestellten Kartellrechtsverstosses betreffen, nicht aber den Hauptpunkt der materiellen Würdigung, ob ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Markt für Breitbandinternetdienste vorliegt. Es ist darauf hinzuweisen, dass das Sistierungsgesuch erst am 17. August 2009, d.h. rund neun Monate nach Zustellung des Antrags des Sekretariats und zu einem Zeitpunkt, als das Untersuchungsverfahren im Wesentlichen abgeschlossen war, gestellt wurde. Swisscom nennt keine sachlichen Gründe, weshalb sie mit ihrem Sistierungsgesuch so lange zuwartete und solche sind auch nicht erkennbar. Dies gilt umso mehr, da Swisscom in vorliegender Untersuchung bereits ein Sistierungsgesuch gestellt hat, ohne

²⁵ Akte Nr. 141.

²⁶ Siehe dazu bereits Rz. 4.

²⁷ Akten Nr. 142 und 143.

²⁸ Akten Nr. 145 und 146.

²⁹ Akte Nr. 149.

³⁰ Akten Nr. 151 und 152.

³¹ Akte Nr. 150.

auf ihre Bedenken bezüglich der Sanktionierbarkeit hinzuweisen, obschon diese Konstellation spätestens seit dem Jahr 2007 besteht und Swisscom bekannt ist.

22. Mit Schreiben vom 30. September 2009 reichte Swisscom ein weiteres Gutachten (Partei-Gutachten "Verstoss gegen das Kartellgesetz")³² ein.

23. Auf die Angaben in den Akten sowie die Informationen aus den durchgeführten Befragungen ist in den Erwägungen weiter einzugehen.

24. Die WEKO äussert sich in ihrer Verfügung nicht zu allen Randziffern der Stellungnahme vom 26. März 2009 im Einzelnen, sondern beschränkt sich in ihren Äusserungen auf die rechtserheblichen Vorbringen. Zu mehrfach geltend gemachten Argumenten der Stellungnahme vom 26. März 2009 nimmt die WEKO nur ein Mal Stellung.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

25. Das Kartellgesetz (KG) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG).

26. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Sofern die Muttergesellschaft ihre Tochtergesellschaften effektiv zu kontrollieren vermag und die Möglichkeit tatsächlich ausübt, so dass die Konzerngesellschaften nicht in der Lage sind, sich von der Muttergesellschaft unabhängig zu verhalten, wird der Konzern in der Regel als Ganzes kartellrechtlich erfasst (selbständige Wirtschaftseinheit), so dass die Tochtergesellschaften keine Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG darstellen³³. Die damalige Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (REKO/WEF) hat in dem Sinne festgehalten, dass Tochtergesellschaften nicht wirtschaftlich selbstständig sind, falls sie von der Muttergesellschaft beherrscht werden³⁴.

27. Die Swisscom-Gruppe hat auf Anfang 2008 eine Anpassung ihrer Organisation vorgenommen. An die Stelle der bisherigen Gruppengesellschaften Fixnet, Mobile und Solutions tritt die Swisscom (Schweiz) AG mit den Geschäftsbereichen Privatkunden, Kleine & Mittlere Unternehmen und Grossunternehmen³⁵. Die Gruppengesellschaften wurden mit der Swisscom Fixnet AG fusioniert und diese per 3. Januar 2008 in die Swisscom (Schweiz) AG umfirmiert. Die Swisscom (Schweiz) AG ist zu 100% eine Tochtergesellschaft der Swisscom AG. Aufgrund dieser Kontrolle zu 100%, der tatsächlich ausgeübten Kontrolle der Swisscom (Schweiz) AG durch die Muttergesellschaft Swisscom AG sowie aufgrund von personellen Verflechtungen in Geschäftsleitung und Verwaltungsrat ist die Swisscom (Schweiz) AG nicht als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG zu qualifizieren. Hingegen verfügt die Swisscom (Schweiz) AG als diejenige juristische Person, deren Verhaltensweisen vorliegend zu untersuchen sind, über Parteistellung im Verfahren. Als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG ist jedoch die Swisscom AG zu qualifizieren. Damit verfügt auch die Muttergesellschaft Swisscom AG als materielle Verfügungsadressatin Parteistellung.

28. Bezüglich des Kriteriums der Ausübung von Marktmacht nach Art. 2 Abs. 1 KG kann auf die Ausführungen zur Prüfung der Marktbeherrschung verwiesen werden (Rz. 35 ff.). Die

³² Vgl. Marcel Alexander Niggli/Christof Riedo, Parteigutachten betreffend Verstoss gegen das Kartellgesetz (Akte Nr. 155).

³³ RPW 2004/2, 407 ff., 419.

³⁴ RPW 2005/3, 505 ff., 508.

³⁵ Medienmitteilung Swisscom vom 14. Dezember 2007.

marktbeherrschende Stellung stellt eine qualifizierte Form von Marktmacht dar³⁶. Falls eine marktbeherrschende Stellung bejaht wird, liegt auch die Ausübung von Marktmacht vor.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

29. Dem KG sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG). Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach diesem Gesetz (Art. 3 Abs. 2 KG).

30. Für vorliegende Untersuchung kann geprüft werden, ob fernmelderechtliche Vorschriften bestehen, welche eine staatliche Markt- oder Preisordnung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG begründen könnten. Im Speziellen könnte die Frage auftreten, inwiefern die sich auf Art. 11 Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (FMG; SR 784.10) stützenden Zugangsbestimmungen als vorbehaltenen Vorschriften qualifiziert werden könnten. Dies ist, wie nachfolgend erläutert wird, in zweifacher Hinsicht zu verneinen.

31. Erstens ist die Interkonnektionsregelung im Fernmelderecht eine sektorspezifische Regulierung, die zur allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Ordnung hinzutritt, womit Fernmelderecht und Wettbewerbsrecht parallel zur Anwendung kommen³⁷. Dementsprechend wurde die fernmelderechtliche Interkonnektionsregulierung nach Art. 11 FMG in konstanter und gefestigter Rechtsprechung nicht als vorbehaltene Vorschrift im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG angesehen³⁸. Die gesetzliche Konzeption der Zugangsregulierung des am 1. April 2007 in Kraft getretenen revidierten Fernmeldegesetzes ist die selbe geblieben wie bisher, weshalb die zitierte Rechtsprechung in Bezug auf die Frage der dem Kartellgesetz vorbehaltenen Vorschriften weiterhin ihre Gültigkeit behält.

32. Zweitens fällt das ADSL-Vorleistungsangebot von Swisscom (BBCS, Broadband Connectivity Service³⁹) a priori nicht unter die in Art. 11 Abs. 1 FMG erwähnten Zugangsformen. Mit Blick auf die Entscheidpraxis der ComCom gab es bisher keine Gesuche von ISP zur kostenorientierten Bestimmung der Preise des BBCS. Im Ergebnis heisst dies, dass bezüglich des BBCS auch keine kostenorientierte Preisbestimmung durch die ComCom gestützt auf Art. 11 FMG möglich ist. Weder die Preise des Vorleistungsangebotes von Swisscom (BBCS) noch die Endkundenpreise unterstehen damit einer Regulierung durch das FMG.

33. Zusammenfassend ergibt sich, dass vorliegend keine nach Art. 3 KG vorbehaltenen Vorschriften bestehen.

B.3 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

34. Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen (Art. 7 Abs. 1 KG).

³⁶ RPW 2001/2, 255 ff., 268.

³⁷ Vgl. Urteil des BGer 2A.503/2000 vom 3. Oktober 2001, E. 6.c. Vgl. auch: STEFAN RENFER, Vom Zusammenspiel des Fernmelderechts mit dem revidierten Kartellrecht, in: Jusletter 17. Oktober 2005, Rz. 37 ff.

³⁸ Urteil BGer 2A.142/2003 vom 5. September 2003; Beschwerdeentscheid REKO/WEF vom 6. Februar 2004, RPW 2004/1, 205 ff.; Urteil BGer 2A.276/2006 vom 12. Juli 2006.

³⁹ Vgl. Rz. 10.

B.3.1 Marktbeherrschende Stellung

35. Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG).

36. Bei der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens ist nicht allein auf Marktstrukturdaten abzustellen, sondern es sind ebenfalls die konkreten Abhängigkeitsverhältnisse zu prüfen⁴⁰. Zu unterscheiden ist somit die Marktbeherrschung im engeren Sinne („klassische Marktbeherrschung“) von der wirtschaftlichen Abhängigkeit einzelner Marktteilnehmer von anderen Marktteilnehmern⁴¹. Ob solche wirtschaftlichen Abhängigkeiten vorliegen, ist nur zu prüfen, wenn nicht bereits „klassische Marktbeherrschung“ vorliegt.

B.3.1.1 Der relevante Markt

37. Um festzustellen, ob sich Swisscom in wesentlichem Umfang von anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten kann, ist vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen. Bevor der relevante Markt abgegrenzt wird, sind vorweg die Eigenschaften von ADSL zu beschreiben.

B.3.1.1.1 Vorbemerkungen zu ADSL

38. DSL steht, wie eingangs bereits erwähnt, für Digital Subscriber Line. Die verschiedenen möglichen DSL-Varianten werden als xDSL bezeichnet, wobei x eine Variable darstellt⁴². Die gängigste DSL Variante in der Schweiz ist ADSL (Asymmetric Digital Subscriber Line). Der Begriff Asymmetric bezieht sich dabei auf die Bandbreiten, da bei dieser Variante die Download-Geschwindigkeit höher ist als die Upload-Geschwindigkeit. Die weitaus am meisten verkaufte DSL-Variante in der Schweiz beruhte Ende 2007 auf dem von Swisscom vorgegebenen Profil von maximal 3'500 Kbit/s download und maximal 300 Kbit/s upload⁴³. Theoretisch möglich wären Übertragungsraten im zweistelligen Mbit/s Bereich, wobei die tatsächlich erreichbare Geschwindigkeit insbesondere von der Distanz des Telefonanschlusses zur Zentrale abhängt. DSL ermöglicht Endkunden einen Breitbandinternetzugang, der typischerweise durch, im Vergleich zu schmalbandigen Verbindungen, relativ hohe Datenübertragungsraten und eine zeitlich unbegrenzte Verfügbarkeit zu einem Pauschalpreis (engl. Flatrate) charakterisiert ist.

⁴⁰ Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001 (Botschaft 2003), BBl 2002 2022 ff., S. 2045.

⁴¹ Vgl. Coopforte, RPW 2005/1, 146 ff., Rz. 92 ff.

⁴² Beispiele: ADSL (Asymmetric Digital Subscriber Line), SDSL (Symmetric Digital Subscriber Line), HDSL (High Data Rate DSL), VDSL (Very High Bit Rate DSL).

⁴³ Ursprünglich handelte es sich beim am meisten verkauften Produkt um das Profil 256/56 Kbit/s. Im Februar 2004 erhöhte Swisscom die Bandbreiten auf 600/100 Kbit/s. Eine weitere Erhöhung der Datenrate fand im März 2006 auf 2000/100 Kbit/s statt. Per Juli 2007 erhöhte Swisscom die Datenrate dieses Profils auf 3'500/300 Kbit/s. Es handelt sich jeweils um den gleichen Anschluss zum selben Preis.

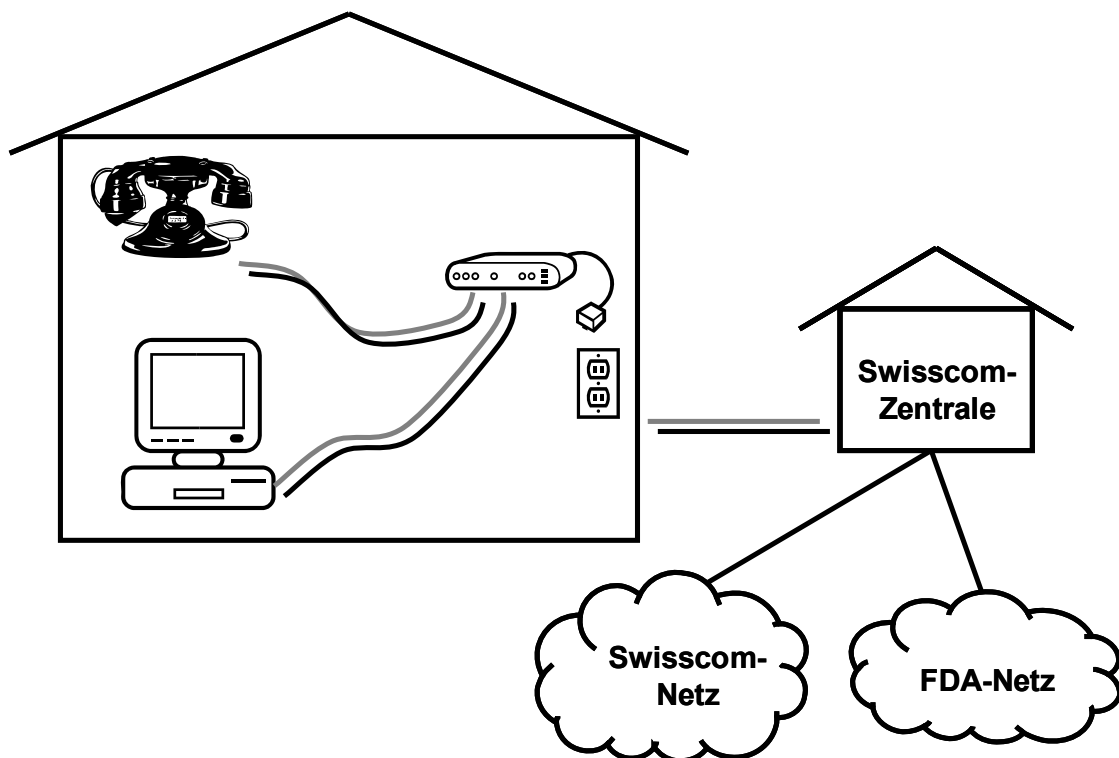


Abbildung 1: Schematische Darstellung eines xDSL-Anschlusses.

39. Bei der DSL-Technologie wird das auf Kupferdraht beruhende Anschlussnetz des vor- maligen Monopolanbieters Swisscom benutzt. Die DSL-Technik nutzt durch Aufsplitten des Signals in unterschiedliche Kanäle die höheren Frequenzbereiche des Kupferanschlussnet- zes. Dabei können die niedrigeren Frequenzbereiche weiterhin für die Sprachtelefonie ge- nutzt werden. Ein sog. Splitter teilt die Daten beziehungsweise Frequenzen verschiedener Anwendungen auf. Der in den Anschlusszentralen zur Anwendung kommende DSLAM (Digi- tal Subscriber Line Access Multiplexer) sammelt respektive verteilt den Datenverkehr der Endkunden. Auf Seiten des Endkunden setzt DSL ein spezielles Modem voraus⁴⁴. In Abbildung 1 wird ein xDSL-Anschluss schematisch dargestellt. Am Telefonanschluss wird ein spezielles Modem eingesteckt, an welchem dann das Telefon und der Computer ange- schlossen werden.

40. Als Vorleistung (Wholesale) bietet Swisscom anderen ISP wie Green, Sunrise oder Te- le2 ein DSL-Breitbandangebot zum Wiederverkauf an. Basierend auf diesem Angebot kön- nen alternative ISP den Endkunden einen DSL-basierten Breitbandinternetzugang anbieten. Swisscom stellt diese Vorleistungen über ihren Geschäftsbereich Swisscom Fixnet Wholesa- le anderen ISP zur Verfügung. Beim entsprechenden Angebot handelt es sich um den be- reits erwähnten Broadband Connectivity Service (BBCS). Die anderen Anbieter haben dabei keinen Einfluss auf die technische Ausgestaltung des Angebotes (z.B. bezüglich Uplo- ad/Download-Geschwindigkeiten), sondern sind lediglich Wiederverkäufer des Angebotes von Swisscom.

41. Die Bedingungen für alternative ISP zur Inanspruchnahme des BBCS ergeben sich aus den entsprechenden Vertragsdokumenten von Swisscom⁴⁵. Die von Swisscom offerierten Preise setzen sich im Wesentlichen aus dem Zugang (Access) und den Verbindungskosten (Connectivity) zusammen. Die monatlich wiederkehrenden Kosten für den Access sind in Funktion der angebotenen Geschwindigkeiten (Höhe, Symmetrie) und des Service Levels

⁴⁴ Zur eingesetzten Technologie vgl. auch: RPW 2004/2, 407 ff., 409 ff.

⁴⁵ Broadband Connectivity Service: Internet Service Description @isp, Internet Service Description DHCP und Price Manual (Akte Nr. 51, Beilagen).

unterschiedlich. So kostete der Access für das am meisten verkaufte max. 3'500 Kbit/s downstream / 300 Kbit/s upstream Angebot (Stand: Ende 2007; 3'500/300-Produkt) aus dem Produktsegment BBCS Standard beispielsweise 31.20 Franken pro Monat. Die Verbindungskosten (Connectivity) für dieses Produkt werden von den ISP in Funktion der erwarteten, von den Endkunden beanspruchten Datenmengen bei Swisscom nachgefragt. Die Connectivity-Preise betragen 180.-- Franken pro Mbit/s pro Monat⁴⁶. Die Preise für die Inanspruchnahme des BBCS waren bis Dezember 2007 stabil. Es war zu beobachten, dass Swisscom bei gleich bleibenden Preisen regelmässig die Bandbreiten erhöhte. Auf die Preise ist im Übrigen in den Erwägungen zur Frage des Vorliegens eines Missbrauchs zurückzukommen (Kapitel B.3.2.).

B.3.1.1.2 Sachlich relevanter Markt

42. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (analog Art. 11 Abs. 3 lit. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 [VKU]; SR 251.4). Mit vergleichbaren Fragestellungen der Marktabgrenzung setzten sich die WEKO und deren Rechtsmittelinstanzen bereits wiederholt auseinander⁴⁷. Die nachfolgende Abgrenzung des relevanten Marktes stützt sich auf diese bisherige Praxis.

43. Ausgehend vom Untersuchungsgegenstand ist zu fragen, welche Dienstleistungen als Substitut im Sinne von Art. 11 Abs. 3 lit. a VKU zum von Swisscom angebotenen BBCS in Frage kommen. Die Abgrenzung des relevanten Marktes erfolgt dabei aus der Optik der Marktgegenseite, in vorliegendem Fall der ISP, welche den BBCS bei Swisscom nachfragen, um den Endkunden Breitbandinternetdienste anzubieten.

44. Nachstehend werden zuerst die drahtgebundenen und anschliessend die drahtlosen Technologien auf eine Substituierbarkeit überprüft. Ausgangspunkt für eine Definition der sachlich relevanten Märkte sind die Merkmale des Endkundenmarktes unter Berücksichtigung der Substitutionsmöglichkeiten. Nach der Abgrenzung des Endkundenmarktes wird ein entsprechender Wholesale-Markt (Grosskundenmarkt) abgegrenzt.

B.3.1.1.2.1 Drahtgebundene Anschlüsse (aus Endkundensicht)

45. Ein DSL-Internetzugang ermöglicht, in Abhängigkeit des gewählten Profils, Geschwindigkeiten zwischen 500 und 20'000 Kbit/s. Die relativ hohe Übertragungsgeschwindigkeit bei einer dauernden und zeitunabhängigen Nutzbarkeit sind charakteristisch für Breitbandinternetzugänge. Es ist im Folgenden zu prüfen, ob aus Endkundensicht weitere drahtgebundene Zugangsmöglichkeiten als Substitut zu DSL in Frage kommen.

46. Bezüglich der Eigenschaften "Übertragungskapazität" und "Verfügbarkeit" weisen aus Endkundensicht die Breitbandzugänge der Kabelnetzbetreiber ähnliche Charakteristika auf wie Breitbandinternet via DSL. Die von den Kabelnetzbetreibern angebotenen Internetzugänge basieren im Wesentlichen auf den Koaxialkabeln von Kabelfernsehtzen (CATV), welche ursprünglich zur Übertragung von Fernseh- und Radiosignalen verlegt wurden. Diese Netze wurden mehrheitlich technisch aufgerüstet, wobei insbesondere Rückkanalfähigkeit erstellt wurde. Die ringförmig aufgebaute Infrastruktur von Kabelnetzen kann dabei, im Gegensatz zur sternförmig konzipierten Infrastruktur des Anschlussnetzes von Swisscom, bezüglich Kontrollierbarkeit der Signale sowie in gewissen Fällen bezüglich Belastung des Net-

⁴⁶ BBCS, Price Manual vom 1. Mai 2007 (Akte Nr. 51, Beilagen). Vgl. auch Rz. 274.

⁴⁷ RPW 2004/2, 407 ff., 422, Entscheid aufgehoben durch die REKO/WEF, wobei die Marktabgrenzung bestätigt wurde (RPW 2005/3, 505 ff., 520); RPW 2004/4, 1263 ff.; RPW 2005/3, 589 ff. (Gutachten gestützt durch Urteil des Bundesgerichts vom 15. Januar 2007, 2A.507/2006); RPW 2006/2, 248 ff., 250. Letztmals: Gutachten der WEKO vom 3. September 2007 i.S. schneller Bitstromzugang. Die ComCom folgte in ihrer Teilverfügung vom 21. November 2007 dem Gutachten der WEKO.

zes gewisse Nachteile aufweisen, beispielsweise da die Kapazität zwischen den Nutzern aufgeteilt werden muss. Kabelnetzbetreiber bieten jedoch in der Regel anderen Anbietern keine Wiederverkaufsangebote von breitbandfähigen Anschlüssen an. Möglicher entstehender Wettbewerbsdruck durch die Kabelnetzbetreiber wird bei der Beurteilung der Marktstellung (unter Kapitel B.3.3) zu berücksichtigen sein⁴⁸.

47. Als mögliche breitbandfähige Zugangstechnologie kommt der Anschluss von Endkunden mittels Glasfaser in Frage, wobei Glasfaserkabel im Gegensatz zum Anschlussnetz von Swisscom oder den CATV-Zugängen der Kabelnetzbetreiber in der Regel neu verlegt werden müssen. Glasfaserkabel verfügen über sehr hohe Übertragungskapazitäten, wobei die Datenübertragung meist auf dem SDH (Synchronous Digital Hierarchy)-Standard beruht. Der Anschluss eines Endkunden durch das Verlegen von Glasfaserkabeln kommt aufgrund der damit verbundenen hohen Kosten insbesondere für Geschäftskunden in Frage. Auf die praktische Bedeutung von Glasfasern ist im Rahmen der Analyse der Marktstellung zurückzukommen.

48. Als weitere mögliche Zugangstechnologie für die breitbandige Übertragung von Daten kommt auch die sogenannte Powerline Communications (PLC) Technologie in Frage. Die PLC Technologie basiert auf der Übertragung von Daten über das Stromnetz von Elektrizitätswerken und verfügt bezüglich Übertragungsgeschwindigkeiten und Zugang über teilweise ähnliche Eigenschaften wie die Übertragung via Kupferkabel, wobei PLC anfällig auf technische Probleme ist (z.B. aufgrund von Abstrahlung). Frequenzabstrahlungen können beispielsweise Störungen verursachen. Auf die eher geringe Bedeutung dieser Technologie aufgrund der beschränkten Verfügbarkeit ist im Rahmen der Prüfung der Marktstellung zurückzukommen. Die Bedeutung von PLC ist in der Praxis sehr beschränkt. Im Rahmen der vorliegenden Analyse wird PLC jedoch als Substitut angesehen.

49. Als Zwischenfazit kann festgehalten werden, dass aus Endkundensicht drahtgebundene Zugänge zu Breitbanddiensten als Substitute für Dienstleistungen zu einem auf ADSL basierenden Internetzugang anzusehen sind.

50. An dieser Stelle ist im Übrigen darauf hinzuweisen, dass abhängig von den Bedürfnissen der Endkunden unter Umständen engere Marktabgrenzungen in Betracht gezogen werden könnten. So kann beispielsweise bezüglich der Nachfrage von Geschäftskunden festgestellt werden, dass diese hinsichtlich Übertragungsraten und Qualität (insbesondere sog. garantierter Qualität) höhere Anforderungen an die nachgefragten Dienstleistungen stellen.

51. Swisscom macht in Rz. 22 ff. ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009⁴⁹ geltend, dass die DSL-Angebote von Swisscom primär in Konkurrenz zu den Internetdiensten der Kabelnetzbetreiber stehen würden und deren Einfluss auf den Verhaltensspielraum von Swisscom unterbewertet werde.

52. Hierzu ist Folgendes zu bemerken: Swisscom ist insofern Recht zu geben, als aus Sicht der Endkunden die Angebote der Kabelnetzbetreiber Alternativen zu den DSL-Angeboten von Swisscom darstellen. Der von den Kabelnetzbetreibern ausgehende Wettbewerbsdruck wird bei der Beurteilung der Marktstellung von Swisscom auch angemessen berücksichtigt (vgl. Rz. 127 ff.). Der Wettbewerbsdruck der Kabelnetzbetreiber beschränkt sich jedoch auf die Situation im Endkundenmarkt bzw. ist nur im Rahmen des Einflusses des nachgelagerten Marktes von Bedeutung, da in der vorliegenden Untersuchung nicht die Endkunden, sondern die ISP als Marktgegenseite von Swisscom massgebend sind und die Kabelnetzbetreiber keine Wiederverkaufsangebote anbieten.

⁴⁸ Vgl. RPW 2004/2, 439, Rz. 130 ff.; RPW 2005/3, 521 ff.

⁴⁹ Akte Nr. 123.

B.3.1.1.2.2 Drahtlose Anschlüsse (aus Endkundensicht)

53. UMTS (Universal Mobile Telecommunications System) ist ein leistungsfähiges digitales Mobilfunksystem der sog. dritten Generation (3G), das hohe Übertragungsraten erlaubt. Daten lassen sich mit rund 384 Kbit/s übertragen⁵⁰. UMTS ist darauf ausgerichtet, via mobile Endgeräte einen Breitbandzugang zu ermöglichen. Insgesamt wurden in der Schweiz vier UMTS-Konzessionen unter Durchführung eines Auktionsverfahrens an Orange, Sunrise, Swisscom und 3G Mobile vergeben. Die von 3G Mobile erworbene Konzession wurde dieser mangels Aufbau einer Infrastruktur mit Verfügung der ComCom vom 12. April 2006 wieder entzogen⁵¹.

54. Orange, Sunrise und Swisscom verfügen über UMTS-Angebote, wobei die Netzabdeckung im Wesentlichen die Ballungsgebiete in der Schweiz umfasst. Die drei Mobilfunkanbieter haben zudem begonnen, ihre Netze auf den Mobilfunkstandard HSDPA (High Speed Downlink Packet Access) aufzurüsten. Bei HSDPA handelt es sich um eine Weiterentwicklung von UMTS. Mit HSDPA können Übertragungsgeschwindigkeiten von maximal 7.2 Mbit/s erreicht werden⁵². Für die Nutzung von UMTS und HSDPA sind speziell ausgerüstete Endgeräte erforderlich (z.B. Mobiltelefone, Personal Digital Assistants oder Notebooks mit Spezialkarten).

55. Die konzeptionelle Ausrichtung der UMTS- und HSDPA-Angebote ist weitgehend auf mobile Teilnehmer ausgerichtet, was sich auch hinsichtlich der Anwendungen und Endgeräte zeigt. Die Mobilfunkanbieter haben deshalb ihre entsprechenden Netze hauptsächlich in Ballungszentren und entlang von Verkehrsachsen erstellt. Die Abdeckung und die Qualität der Datenübertragung ist nur sehr begrenzt vergleichbar mit drahtgebundenen Anschlüssen. UMTS und HSDPA gewähren in der Regel jedoch keine dauernde Verfügbarkeit zu einem Festpreis (engl. Flatrate). Dass in der Regel trotz einem drahtgebundenen Anschluss auch noch Nachfrage nach einer drahtlosen Zugangsmöglichkeit besteht, deutet darauf hin, dass UMTS beziehungsweise HSDPA eine Ergänzung zu drahtgebundenen Technologien darstellt. Aus diesen Gründen können UMTS und HSDPA im jetzigen Zeitpunkt aus Endkundensicht nicht als Substitute zu ADSL im Sinne von Art. 11 Abs. 3 lit. a VKU angesehen werden.

56. Es stellt sich die Frage, ob sogenannte Wireless Local Area Networks (WLAN) als Substitute in Frage kommen. Bei WLAN handelt es sich um drahtlose lokale Netzwerke, die einen breitbandigen Zugang für mobile Endgeräte (z.B. Laptops) erlauben. WLAN ist typischerweise an häufig frequentierten Stellen wie Bahnhöfen, Hotels oder Flughäfen erhältlich (sogenannte Hotspots). WLAN ist von der Reichweite her begrenzt und nur punktuell verfügbar. Die Qualität der Datenübertragung ist dabei von verschiedenen Faktoren abhängig. Solche Faktoren sind die Umgebung (Sichtverbindung, Distanz), die Interferenzsituation oder die Anzahl der aktiven Teilnehmer. WLAN ist beispielsweise nur bedingt geeignet, benachbarte Gebäude miteinander zu vernetzen⁵³. Zudem basiert der Anschluss der WLAN-Sendeeinrichtung auf einem drahtgebundenen Zugang (z.B. xDSL, Glasfaser oder CATV-Anschluss). Auch ist die Erschliessung von Stadtteilen (z.B. Stadt Luzern) mittels WLAN nur für gewisse Anwendungen geeignet, da die Access-Points nur für den drahtlosen Internetzugang im Freien angelegt sind⁵⁴. Aufgrund dieser Eigenschaften ist WLAN hinsichtlich des Verwendungszwecks nicht als Substitut zu ADSL im Sinne von Art. 11 Abs. 3 lit. a VKU anzusehen.

⁵⁰ www.swisscom-mobile.ch/scm/wir_umts-de.aspx, besucht am 18. August 2008.

⁵¹ Bestätigt durch BGE 132 II 485.

⁵² www.swisscom-mobile.ch/scm/wir_hsdpa-de.aspx, besucht am 18. August 2008.

⁵³ BAKOM, Wireless Local Area Network (WLAN), Frequently Asked Questions, V3.2, S. 5.

⁵⁴ NZZ vom 8. Mai 2007, B8.

57. Zu prüfen ist auch, ob die Wireless Local Loop (WLL) Technologie mit ADSL vergleichbare Eigenschaften aufweist. Mittels WLL können von einer Basisstation Funkverbindungen zu mehreren Teilnehmeranlagen (Point-to-Multipoint) erstellt werden. Die ComCom vergab ursprünglich drei nationale und vier regionale WLL Konzessionen. WLL erlangte jedoch in der Schweiz keinerlei Marktrelevanz. Allein im Jahr 2006 kam es bei den WLL-Konzessionen zu zwei Konzessionsübertragungen und einer Konzessionsrückgabe⁵⁵. WLL bedingt eine direkte Sichtverbindung zwischen Basisstation und Empfänger, was dessen Anwendungsbereich erheblich einschränkt⁵⁶. Die WLL-Konzessionsinhaber beschränken sich oft auf Testbetriebe, damit die konzessionsrechtlichen Anforderungen an eine minimale Betriebspflicht erfüllt werden. WLL ist deshalb ebenfalls nicht als Substitut zu einem drahtgebundenen Internetzugang anzusehen.

58. Im Weiteren stellt sich die Frage, ob ein Broadband Wireless Access (BWA) als Substitut zu einem drahtgebundenen Internetzugang in Frage kommt. Unter BWA ist ein drahtloser Breitbandanschluss an ein Fernmeldenetz zum Beispiel für den Zugang zum Internet zu verstehen. Die ComCom schrieb am 29. November 2005 drei BWA-Konzessionen zur Vergabe aus. Am 7. Juni 2006 vergab die ComCom lediglich an Swisscom Mobile eine BWA-Konzession, da Swisscom Mobile als einziges Unternehmen ein Gebot einreichte. Eine weitere BWA-Konzession wurde von der ComCom am 7. Mai 2007 an die Firma Inquam vergeben. Die Konzessionsinhaber sind zu Minimalauflagen betreffend den Netzaufbau verpflichtet, unter anderem müssen 120 Sendeeinheiten bis September 2010 in Betrieb stehen. Im Übrigen liess Swisscom im Januar 2008 verlauten, dass die Technik WiMAX⁵⁷ noch nicht marktreif sei⁵⁸. Aufgrund des ungewissen Entwicklungspotenzials sowie teilweise derselben Bedenken wie der bezüglich WLAN und WLL erwähnten (Verfügbarkeit, Qualität, Marktrelevanz) ist BWA nicht als Substitut zu einem drahtgebundenen Internetzugang einzustufen.

59. Überdies kann geprüft werden, ob ein Breitbandzugang via Satellit als Substitut zu einem leitungsgebundenen Breitbandzugang in Frage kommt. In der Schweiz können solche Angebote von verschiedenen Betreibern bezogen werden. Die Verbindungsqualität ist dabei witterungs- und umgebungsabhängig. Installations- und Abonnementskosten sind im Vergleich mit drahtgebundenen Breitbandzugängen zum Teil deutlich höher, was gegen eine Substituierbarkeit spricht. Die Mehrheit der Angebote erfordert zudem als Rückkanal (upstream) eine Telefonanschlussleitung, womit ein Teil des Datenverkehrs wiederum von einem leitungsgebundenen Zugang abhängt. Erhältlich sind auch zweiwegfähige Systeme, welche nicht auf eine Rückleitung angewiesen sind. Solche Systeme sind jedoch ebenfalls teuer und kommen daher eher für gewisse mobile Geschäftsanwendungen zum Einsatz⁵⁹. Die mit der Satelliten-Technologie verbundenen Kosten sind sowohl für die Satellitenbetreiber und ISP wie auch für die Kunden relativ hoch⁶⁰. Zudem liefern einige Anbieter nicht in die Schweiz⁶¹. Ein Breitbandzugang via Satellit ist deshalb nicht als Substitut zu einem drahtgebundenen Internetzugang anzusehen.

60. Bezüglich der drahtlosen Zugangstechnologien UMTS, WLAN, WLL, BWA und Satelliten ist daher allgemein festzustellen, dass diese im Vergleich zu leitungsgebundenen Technologien in der Regel niedrigere Übertragungsraten zu teilweise deutlich höheren Preisen, eine höhere Störanfälligkeit beispielsweise durch die Umgebung, aufgrund von Witterungseinflüssen oder durch Interferenzen, niedrigere Verbindungsstabilität und grössere Datensi-

⁵⁵ Tätigkeitsbericht der ComCom 2006, S. 19.

⁵⁶ Faktenblatt WLL, BAKOM, Version 2.9a / 11. November 2006, S. 4.

⁵⁷ Worldwide Interoperability for Microwave Access, Standard für regionale Funknetze.

⁵⁸ Cashdaily vom 23. Januar 2008, S. 2.

⁵⁹ Z.B. kostet bei i-sat das Produkt i-sat 50 (1024/2048 kb/s) über 800 Euro pro Monat (Steuern inkl.), www.i-sat.fr/pdf/tarifs.pdf, besucht am 7. November 2008.

⁶⁰ Breitbandkommunikation in der Schweiz: Eine Standort - Bestimmung zu Infrastruktur und Nutzung, BAKOM, März 2005, S. 3.

⁶¹ Z.B. wie Bisatel, Skydsl oder Vitrinet.

cherheitsrisiken aufweisen. Dies beschränkt die verfügbaren Möglichkeiten für Anwendungen der Endkunden. Drahtlose Technologien kommen deshalb zum jetzigen Zeitpunkt hinsichtlich Eigenschaften und Verwendungszweck nicht als Substitut zu einem drahtgebundenen Internetzugang im Sinne von Art. 11 Abs. 3 lit. a VKU in Frage.

61. Swisscom macht in Rz. 25 ff. ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 geltend⁶², dass die drahtlosen Technologien wie UMTS, HSDPA, WLAN und WiMAX zum relevanten Markt gehören.

62. Hierzu ist Folgendes festzuhalten: Die Eidgenössische Kommunikationskommission (ComCom) erliess am 23. Dezember 2008 eine Verfügung betreffend Bedingungen der Verrechnung von Teilnehmeranschlüssen des Festnetzes, die sich auf ein Gutachten der WEKO stützt⁶³. Das genannte Gutachten der WEKO ging im Bereich Sprachtelefonie unter anderem von einer fehlenden Substituierbarkeit von drahtlosen und drahtgebundenen Anschlusstechnologien aus. Die WEKO stellte in diesem Zusammenhang fest, dass das erhebliche Wachstum der Mobilfunkanschlüsse zu keinem signifikanten Rückgang der Festnetzanschlüsse geführt hat. Gegen eine Austauschbarkeit spricht auch eine unterschiedliche Qualität der Verbindungen und insbesondere der Umstand, dass mittels eines Festnetzanschlusses gleichzeitig Breitbandinternetdienste nachgefragt werden⁶⁴. Massgebend ist nicht zuletzt das Nutzungsverhalten der Endkunden. Demnach ist die drahtlose Technologie weniger als Substitut sondern vielmehr als Ergänzung zur drahtgebundenen Technologie zu betrachten.

63. Die WEKO hat sämtliche drahtlosen Technologien und damit jede der von Swisscom genannten Technologien geprüft und festgestellt, dass die jeweiligen Angebote aus Endkundensicht nicht mit den ADSL-Angeboten vergleichbar sind. Die drahtlosen Technologien sind auf den mobilen Kunden, welcher unterwegs ist, ausgerichtet und sie waren bis Dezember 2007 entweder von der Verfügbarkeit, der Qualität, der Bandbreite und insbesondere von den Preisen her nicht mit den angebotenen ADSL-Diensten vergleichbar. Die Preise, welche Swisscom in Rz. 26 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 zu den UMTS-Angeboten tabellarisch aufführt, bestätigen diese Sichtweise: Während das günstigste Angebot für 4.-- Franken *pro Stunde* zu haben ist, kosteten die günstigsten Breitbandangebote von Bluewin seit März 2006 lediglich 9.-- Franken *pro Monat*⁶⁵. Zudem sind die von Swisscom in Rz. 26 genannten Angebote und Preise vom März 2009 und damit nach Dezember 2007.

64. Es ist denkbar, dass drahtlose Technologien in Zukunft an Bedeutung gewinnen. Beide Dienstleistungen (drahtgebundene Breitbanddienste und drahtlose Internetanschlüsse) nehmen in ihrer Bedeutung möglicherweise weiter zu. Es findet bisher jedoch keine Substitution der ADSL-Anschlüsse durch mobile Anschlüsse statt, sondern die mobilen Dienste werden parallel eingesetzt. Daher sind drahtlose Technologien keine Substitute zu den drahtgebundenen Breitbandanschlüssen, sondern werden nur ergänzend dazu eingesetzt. Damit sind sie im relevanten Markt für Breitbanddienste nicht mit einzubeziehen.

65. Swisscom macht in Rz. 110 f. ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009⁶⁶ geltend, die im Antrag zitierte Praxis sei nicht einschlägig. Entgegen der Ansicht des Sekretariats lasse sich dem zitierten Bundesgerichtsentscheid⁶⁷ nur entnehmen, dass es bessere und schlechtere Substitute gebe und diesem Umstand bei der Beurteilung vollumfänglich Rechnung zu tragen sei. Der Ausschluss drahtloser Anschlusstechnologien lasse sich gestützt auf den genannten Bundesgerichtsentscheid nicht rechtfertigen.

⁶² Akte Nr. 123.

⁶³ Gutachten der WEKO vom 3. Juni 2008 i. S. "Netzzugangsverfahren Verrechnung von Teilnehmeranschlüssen (VTA)", RPW 2008/4, 745 ff.

⁶⁴ RPW 2008/4, 747, Rz. 25

⁶⁵ Angebot 150/50 bei Bluewin, siehe Schreiben Swisscom vom 25. Januar 2008, Akte Nr. 80, Beilage 7.

⁶⁶ Akte Nr. 123.

⁶⁷ BGE 130 II 449, S. 457, E. 5.5

66. Dieses Argument vermag nicht zu überzeugen. Im zitierten Bundesgerichtsentscheid, in dem es um den Fernsehmarkt ging, stellte das Bundesgericht fest, dass eine unvollkommene Substitutionsmöglichkeit zwar eine gewisse disziplinierende Wirkung auf die Preisbildung eines marktmächtigen oder marktbeherrschenden Unternehmens auszuüben vermag, diese jedoch nicht als wirksamer Wettbewerb betrachtet werden könne, da sie dem Monopolanbieter des höherwertigen Produkts erlaubt, eine Monopolrente zu erzielen, die er bei wirksamem Wettbewerb zwischen gleichwertigen Produkten nicht erzielen könnte. Aus diesem Grund kam das Bundesgericht zum Schluss, dass der konventionelle terrestrische Empfang offensichtlich kein vergleichbares Angebot zum Kabelempfang darstelle und deshalb als Substitutionsgut ernsthaft nur der Satellitenempfang in Frage kommt. Entgegen der Behauptung von Swisscom hat somit das Bundesgericht die sogenannte unvollkommene Substitutionsmöglichkeit gerade nicht als Substitut miteinbezogen. Aus denselben Gründen ist auch die drahtlose Technologie als Substitut nicht einzubeziehen.

67. Der Ausschluss der drahtlosen Technologien aus dem relevanten Markt für Breitbanddienste wird im Übrigen auch vom Bundesverwaltungsgericht gestützt. Im Entscheid betreffend Zugang zum schnellen Bitstrom⁶⁸ verweist das Bundesverwaltungsgericht ausdrücklich auf ein Gutachten der WEKO vom 27. September 2004, in welchem diese zum Schluss gekommen ist, dass drahtlose Technologien zum jetzigen Zeitpunkt hinsichtlich Eigenschaften und Verwendungszweck nicht als Substitut zu auf dem schnellen Bitstrom basierenden Dienstleistungen in Frage kommen, da diese im Vergleich zu leitungsgebundenen Technologien in der Regel niedrigere Übertragungsraten zu teilweise deutlich höheren Preisen, eine höhere Anfälligkeit auf Störungen, niedrigere Verbindungsstabilität und grössere Datensicherheitsrisiken aufweisen, was die verfügbaren Möglichkeiten für Anwendungen der Endkunden beschränke⁶⁹. Das Bundesverwaltungsgericht sah im genannten Entscheid keinen Anlass, von dieser Marktabgrenzung abzuweichen, da sowohl die Vorinstanz als auch die WEKO als Fachbehörde sich ausführlich mit möglichen drahtlosen Technologien als Substitute für Dienstleistungen auseinandergesetzt hätten⁷⁰.

68. Swisscom macht in Rz. 16 ff. ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009⁷¹ geltend, BBCS und der schnelle Bitstromzugang bildeten einen unterschiedlichen Gegenstand, weshalb das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts i.S. schneller Bitstromzugang nicht einschlägig sei. Selbst der Antrag des Sekretariats gehe davon aus, dass es sich beim BBCS und dem schnellen Bitstromzugang um unterschiedliche Dienste handle.

69. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Entgegen der Auffassung von Swisscom ist das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts betreffend Zugang zum schnellen Bitstrom für die Beurteilung der Marktbeherrschung insoweit identisch, als dass sowohl beim BBCS als auch beim Bitstrom die Infrastruktur in Form des Anschlussnetzes von Swisscom benötigt wird. Dass sich Swisscom darauf beruft, beim schnellen Bitstrom und beim BBCS handle es sich um unterschiedliche Verfahrensgegenstände, weshalb das genannte Urteil des Bundesverwaltungsgerichts nicht einschlägig sein soll, erstaunt aber auch insofern, als dass Swisscom am 18. November 2008 die Sistierung der vorliegenden Untersuchung beantragte bis das Bundesverwaltungsgericht sein Urteil betreffend Zugang zum schnellen Bitstrom veröffentlicht habe⁷². Entsprechend geht auch Swisscom davon aus, dass die beiden Verfahren einen Zusammenhang aufweisen, hielt sie in besagtem Schreiben vom 9. Dezember doch fest, dass der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts betreffend Zugang zum schnellen Bitstrom für die Beurteilung der Marktbeherrschung für vorliegende Untersuchung entscheidende Bedeutung zukomme⁷³. Diese Auffassung deckt sich im Übrigen auch mit dem von Swisscom ein-

⁶⁸ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 12. Februar 2009, RPW 2009/1, 97 ff.

⁶⁹ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 12. Februar 2009, RPW 2009/1, 97 ff., Ziff. 8.4.3.

⁷⁰ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 12. Februar 2009, RPW 2009/1, 97 ff., Ziff. 8.4.4

⁷¹ Akte Nr. 123.

⁷² Akte Nr. 116.

⁷³ Akte Nr. 116, S. 1.

gereichten Parteigutachten betreffend Verstoss gegen das Kartellgesetz, das festhält, die Frage, ob Swisscom auf dem relevanten Markt über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, sei mit der rechtsgültigen Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts betreffend Zugang zum schnellen Bitstrom entschieden worden⁷⁴.

B.3.1.1.2.3 Wholesale-Markt (aus Sicht der ISP)

70. Es hat sich ergeben, dass aus Endkundensicht drahtgebundene Zugänge zu Breitbanddiensten als Substitute zu einem DSL-basierten Breitbandinternetzugang anzusehen sind (vgl. Rz. 45 ff.). Dies entspricht dem (Retail-) Markt für Breitbanddienste, der die drahtgebundenen Zugänge umfasst.

71. Nach der Definition des Endkundenmarktes ist vorliegend der relevante Wholesale-Markt (Grosskundenmarkt) festzulegen. Im Bereich der elektronischen Kommunikation sind zumindest zwei Kategorien von relevanten Märkten zu betrachten: Märkte für Dienste oder Produkte für Endnutzer (Retail- oder Endkundenmärkte) und Märkte für Vorleistungen, die Anbieter benötigen, um Endnutzern Dienste und Produkte bereitzustellen (Wholesale- oder Grosskundenmärkte)⁷⁵. Zwischen Retail- und Wholesale-Märkten ist grundsätzlich zu differenzieren, wenn sich die Nachfrage bezüglich Eigenschaften und Verwendungszweck in erheblichem Ausmass unterscheidet⁷⁶. Diese Unterscheidung ergibt sich im Übrigen auch aus Art. 11 Abs. 3 lit. b VKU, wonach für die Abgrenzung des relevanten Marktes die Sichtweise der Marktgegenseite, in diesem Fall die ein Vorleistungsprodukt nachfragenden ISP, einzunehmen ist. BBCS ist ein Vorleistungsprodukt, welches ausschliesslich von den ISP nachgefragt wird, die dann ihrerseits basierend auf dem BBCS den Endkunden Breitbandinternet anbieten. Die Retail-Ebene besteht vorliegend aus Endkunden, welche Breitbanddienste nachfragen. Es rechtfertigt sich deshalb, vorliegend eine Unterscheidung zwischen Wholesale- und Retail-Markt vorzunehmen.

72. Zur Beantwortung der Frage, ob auf Wholesale-Ebene Nachfragesubstitution durch andere Güter möglich ist, wird unter anderem auf die technische Substituierbarkeit abgestellt. Bereits aufgrund der unterschiedlichen Technologien, wäre eine Umstellung von kupferbasierten Leitungen auf die Koax-Kabel der Rundfunkanbieter schwierig zu bewerkstelligen. Die Kabelnetzbetreiber und insbesondere Cablecom haben darauf hingewiesen, dass ein Wholesale-Angebot an andere Anbieter nicht möglich sei, da sich die Kabelnetztechnologie als „shared“ Medium nur begrenzt zum Angebot von Wholesale-Services eigne (vgl. Rz. 181). Zudem wäre ein schweizweites Angebot aufgrund der regionalen Zersplitterung der Kabelnetzbetreiber nicht möglich (vgl. Rz. 183). Analoges gilt für die Frage einer allfälligen Angebotssubstituierbarkeit oder Produktionsumstellungsflexibilität auf Wholesale-Ebene. Hierzu ist jedoch anzufügen, dass bei den meisten Kabelnetzbetreibern (insbesondere Cablecom) keine Pläne bestehen, ein Wholesale-Angebot für andere ISP einzuführen.

73. Auf der Wholesale-Ebene fragen die ISP beim Netzbetreiber Vorleistungsprodukte nach, welche es diesen ISP erlauben, den Endkunden einen Breitbandinternetzugang zur Datenübertragung anzubieten. Es rechtfertigt sich deshalb im Einklang mit der Rechtsprechung der WEKO und der REKO/WEF den sachlich relevanten Markt als Wholesale-Markt für Breitbanddienste abzugrenzen⁷⁷. Dieser Markt umfasst die (aktuell oder potentiell) zum Wiederverkauf angebotenen drahtgebundene Breitbandzugänge.

⁷⁴ Vgl. Parteigutachten betreffend Verstoss gegen das Kartellgesetz (zit. in Fn. 32; Akte Nr. 155), S. 71.

⁷⁵ Empfehlung der Kommission der europäischen Gemeinschaften über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors [...], ABl. L 114 vom 8. Mai 2003, S. 45.

⁷⁶ RPW 2004/2, 407 ff., 428.

⁷⁷ RPW 2004/2, 407 ff.; RPW 2005/3, 505 ff., 520.

74. Swisscom macht in Rz. 45 f. ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009⁷⁸ geltend, die WEKO habe zu Unrecht einen separaten Wholesale-Markt abgegrenzt. Dadurch bestehe die Gefahr, dass statt des Wettbewerbs einzelne Wettbewerber geschützt würden.

75. Hierzu ist Folgendes zu bemerken: In Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU wird explizit festgehalten, dass der sachlich relevante Markt diejenigen Waren oder Dienstleistungen umfasst, die aus der Sicht der Marktgegenseite hinsichtlich Eigenschaften und Verwendungszweck substituierbar sind. Dies entspricht auch der ständigen Praxis der WEKO und auch der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (REKO/WEF). Diese hat im Zusammenhang mit der ersten Untersuchung in Sachen ADSL festgestellt, dass der relevante sachliche Markt aus der Sicht der ISP abzugrenzen sei, da es um die Stellung von Swisscom diesen gegenüber gehe: "Die ISP fragen nicht, wie ihre Endkunden breitbandige Internetverbindungen nach, sondern in erster Linie das von den Beschwerdeführerinnen entwickelte BCS (...). Die Nachfrage auf dem Endkunden- und dem Wholesale-Markt unterscheidet sich somit, weshalb die Abgrenzung eines relevanten Wholesale-Teilmarktes korrekt ist"⁷⁹. Bezüglich des Fernmelderechts ging das Bundesverwaltungsgericht kürzlich von der gleichen sachlichen Markt- abgrenzung aus, indem es festhielt, der sachlich relevante Markt umfasse die zum Wiederverkauf angebotenen Breitbandzugänge⁸⁰. Diese Markt- abgrenzung entspricht auch der Praxis des europäischen Wettbewerbsrecht, wobei auf die Fälle Deutsche Telekom⁸¹, Wanadoo⁸² und Telefónica⁸³ verwiesen werden kann.

76. Was das Argument von Swisscom anbelangt, wonach anstelle des Wettbewerbs einzelne Wettbewerber geschützt würden, ist im Übrigen darauf hinzuweisen, dass im vorliegenden Zusammenhang nicht ein einzelner Konkurrent von Swisscom von deren Verhalten betroffen ist, sondern sämtliche ISP, welche Breitbandinternet via ADSL anbieten wollen.

77. Swisscom macht in Rz. 47 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009⁸⁴ geltend, dass auch die durchaus realisierbaren Wholesale-Angebote der Kabelnetze sowie deren Eigenleistung zum relevanten Markt gehören.

78. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Die WEKO hat den sachlich relevanten Markt umschrieben als Wholesale-Markt für Breitbanddienste via drahtgebundene Anschlüsse. Dies umfasst tatsächlich angebotene aber auch noch nicht auf dem Markt angebotene Wholesale-Angebote. Da es kaum Wholesale-Angebote von Kabelnetzbetreibern gibt und diese nur in kleinen Gebieten regional zu finden sind, haben diese keinen disziplinierenden Einfluss auf die Marktstellung von Swisscom. Weil die meisten Kabelnetzbetreiber nicht auf dem Wholesale-Markt aktiv sind, können deren Eigenleistungen nur via Endkundenmarkt eine Wirkung auf den Wholesale-Markt ausüben. Der Einfluss des nachgelagerten Marktes wird in den Rz. 147 ff. geprüft.

79. Swisscom macht in Rz. 32 ff. ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009⁸⁵ geltend, das Sekretariat grenze den relevanten Markt zu eng ab, weil es nicht alle in den Bündel- oder Kombiangeboten enthaltene Dienstleistungen berücksichtigt. Dadurch erhebe es den rechts- erheblichen Sachverhalt in bundesrechtswidriger Weise unvollständig, weshalb die darauf gestützte tatsächliche und rechtliche Würdigung zwangsläufig falsch sei.

⁷⁸ Akte Nr. 123.

⁷⁹ Beschwerdeentscheid vom 30. Juni 2005 in Sachen Swisscom AG, Swisscom Fixnet AG gegen WEKO, RPW 2005/3; 505 ff., Ziff. 5.2.

⁸⁰ Urteil des BVGer vom 12. Februar 2009 betr. Zugang zum schnellen Bitstrom, RPW 2009/1, 97 ff., E. 8.4.2 und E. 8.4.6.

⁸¹ Vgl. Rz. 208.

⁸² Vgl. Rz. 209.

⁸³ Vgl. Rz. 210.

⁸⁴ Akte Nr. 123.

⁸⁵ Akte Nr. 123.

80. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Für die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes ist darauf abzustellen, welche Waren oder Dienstleistungen aus Sicht der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften oder ihres Verwendungszwecks substituierbar sind (Art. 11 Abs. 3 VKU). In vorliegender Untersuchung bilden die ISP die Marktgegenseite, d.h. der Markt aus ist aus deren Sicht abzugrenzen. Beim BBCS handelt es sich um ein notwendiges Vorleistungsprodukt für die Erbringung von DSL-Angeboten. Entgegen der Auffassung von Swisscom sind Bündelangebote für die Frage der Marktabgrenzung nicht von Relevanz, da Bündelangebote kein Substitut zum Vorleistungsprodukt BBCS darstellen.

81. Swisscom macht in Rz. 35 ff., 58 ff., 88 ff. und in 104 ff. ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009⁸⁶ geltend, dass für die Beurteilung der Marktstellung auch die auf den regulierten Zusatzdiensten basierenden Breitbandangebote zu berücksichtigen seien (der vollständig entbundelte Zugang zum Teilnehmeranschluss und der schnelle Bitstromzugang). Indem diese nicht einmal erwähnt würden, sei der relevante Sachverhalt in bundesrechtswidriger Weise unvollständig erhoben und tatsachenwidrig verzerrt.

82. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Gemäss Art. 11 FMG müssen nur marktbeherrschende Anbieterinnen den vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss und den schnellen Bitstromzugang gewähren. Vorliegend bedeutet dies, dass Swisscom diese Dienste nur dann anbieten muss, wenn sie im Bereich des Anschlusses über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Bei der Analyse der Marktstellung von Swisscom im Bereich ADSL darf daher die Existenz dieser auf Marktbeherrschung basierenden Dienste nicht mitbezogen werden, da sich sonst ein Zirkelschluss ergibt. Denn würde Swisscom nicht als marktbeherrschend qualifiziert, müsste sie diese regulierten Dienste nicht mehr anbieten. Wenn sie diese jedoch nicht anbieten würde, wäre sie wiederum marktbeherrschend. Wenn sie aber marktbeherrschend wäre, müsste sie die Dienstleistungen ja wieder anbieten usw. Daher dürfen Dienste, welche aufgrund derselben marktbeherrschenden Stellung angeboten werden müssen wie bei ADSL, nicht mitberücksichtigt werden bei der Beurteilung der Marktstellung.

83. Swisscom macht in Rz. 56, 57 und 99 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009⁸⁷ geltend, dass die Glasfaserangebote der Elektrizitätswerke ebenfalls zum relevanten Markt gehören.

84. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Die WEKO hat den sachlich relevanten Markt umschrieben als Wholesale-Markt für Breitbanddienste via drahtgebundene Anschlüsse. Dies umfasst auch Glasfaseranschlüsse der Elektrizitätswerke. Auf die diesbezüglichen Angebote wird im Rahmen des potentiellen Wettbewerbs eingegangen (vgl. Rz. 184 und 185). Die Angebote wurden und werden ständig ausgebaut und ein Einfluss auf die Marktstellung von Swisscom im Wholesale-Markt für Breitbanddienste muss in Zukunft weiter geprüft werden. Jedoch wurde der Zeitraum der Untersuchung vorliegend bis Dezember 2007 beschränkt. Seither sind knapp zwei Jahre vergangen. Die zu berücksichtigende Zeitspanne für einen nachhaltigen Einfluss von potenziellem Wettbewerb ist daher praktisch abgeschlossen. Selbst wenn ein solcher Einfluss berücksichtigt würde, änderte dieser nichts an der Marktstellung von Swisscom, weil diese schweizweit am Glasfaserausbau beteiligt ist und ihre Infrastruktur in diesem Bereich, häufig in Kooperation mit einem lokalen Elektrizitätswerk⁸⁸, kontinuierlich ausbaut. Es ist daher nicht auszuschliessen, dass Swisscom auch im Bereich Glasfaseranschlüsse künftig eine führende Rolle einnehmen wird.

⁸⁶ Akte Nr. 123.

⁸⁷ Akte Nr. 123.

⁸⁸ Vgl. u.a. Handelszeitung vom 22. Juli 2009, "Glasfaser-Streit: Swisscom setzt sich in Zürich durch"; Berner Zeitung vom 7. Oktober 2009, "Bau des Schweizer Glasfasernetzes: Telekomanbieter einigen sich".

85. Swisscom macht in Rz. 51 ff. und 100 ff. ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009⁸⁹ geltend, dass Kabelnetzbetreiber technisch durchaus in der Lage seien, Breitband-Wholesale-Angebote bereitzustellen. Selbst wenn diese Angebote zur Zeit nur in beschränktem Umfang angeboten würden, erzeugten sie dennoch bereits aktuellen oder zumindest potentiellen Wettbewerbsdruck im Wholesale-Markt.

86. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Swisscom macht zutreffend geltend, dass Wholesale-Angebote von Kabelnetzbetreibern technisch möglich sind. Massgebend für die ISP ist aber, dass die meisten Kabelnetzbetreiber (auch Cablecom) keine Wholesale-Angebote machen, weshalb faktisch keine Ausweichmöglichkeiten bestehen. Entgegen der Auffassung von Swisscom liegt zudem eine regionale Zersplitterung vor, da sich die Kooperationen der Kabelnetzbetreiber lediglich auf Endkundenangebote beziehen. Auch gemäss der Praxis im europäischen Wettbewerbsrecht sind Breitbandangebote über Kabel und DSL nicht substituierbar, wenn ein ISP verpflichtet wäre, mit einer grossen Zahl von Kabelnetzbetreibern Vertriebsvereinbarungen abzuschliessen, um eine vergleichbare Reichweite und -dichte zu erzielen wie das möglicherweise marktbeherrschende Unternehmen. Im Falle der Deutschen Telekom⁹⁰ waren es über 100 Vertriebsvereinbarungen. In der Schweiz müssten unter Umständen sogar bis zu 400 Vertriebsvereinbarungen abgeschlossen werden (vgl. auch Rz. 113).

87. Auch das Bundesverwaltungsgericht sah in seinem Entscheid vom 12. Februar 2009⁹¹ in Sachen Zugang zum schnellen Bitstrom keinen Anlass, von der Beurteilung der WEKO hinsichtlich der Verhältnisse im Wholesale-Markt abzuweichen. Im genannten Entscheid wird insbesondere darauf hingewiesen, dass die Behauptung von Swisscom, wonach eine kleine Anzahl Kabelnetzverbände gemeinsam ein ausreichend disziplinierendes Wholesale-Angebot aufschalten könnten, nicht der Realität entspreche. Bei den genannten Kabelnetzverbänden handle es sich in aller Regel nicht um aktuelle Wholesale-Anbieter und es bestünden auch keine Hinweise auf die Lancierung künftiger Wiederverkaufsangebote⁹². Das Bundesverwaltungsgericht zog namentlich aus dieser Feststellung den Schluss, dass weder aktueller noch potentieller Wettbewerb bestehe, welcher das Verhalten von Swisscom disziplinieren würde⁹³.

B.3.1.1.3 Räumlich relevanter Markt

88. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (analog Art. 11 Abs. 3 lit. b VKU).

89. Auszugehen ist damit von der Marktgegenseite, das heisst von den ISP, welche zum Wiederverkauf (auf Stufe Wholesale) Zugang zu Breitbanddiensten nachfragen. Die ISP fragen die zum Wiederverkauf vorgesehenen drahtgebundenen Breitbandzugänge regelmässig in der ganzen Schweiz nach. Der Zugang zu Breitbanddiensten auf Wholesale-Ebene wird aufgrund des flächendeckenden Anschlussnetzes von Swisscom gesamtschweizerisch zu weitgehend homogenen Bedingungen angeboten. Dies gilt insbesondere auch für das Vorleistungsangebot BBCS von Swisscom, welches schweizweit zu den gleichen Konditionen angeboten wird. Es ist deshalb von einem räumlich relevanten Markt auszugehen, welcher die ganze Schweiz umfasst.

⁸⁹ Akte Nr. 123.

⁹⁰ Vgl. Entscheidung der Kommission vom 21. Mai 2003 i.S. Deutsche Telekom, ABI. L 63 vom 14. Oktober 2003, S. 9 ff., Rz. 88. Bestätigt durch Urteil des Gerichts erster Instanz vom 10. April 2008, T-271/03, siehe auch Rz. 208.

⁹¹ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 12. Februar 2009, RPW 2009/1, 97 ff., 97 ff.

⁹² Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 12. Februar 2009, RPW 2009/1, 97 ff., Ziff. 9.4.3.

⁹³ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 12. Februar 2009, RPW 2009/1, 97 ff., Ziff. 9.4.4.

B.3.1.1.4 Zwischenergebnis zum relevanten Markt

90. Der sachlich relevante Markt ist als Wholesale-Markt für Breitbanddienste abzugrenzen. Dieser Markt umfasst die zum Wiederverkauf angebotenen drahtgebundenen Breitbandinternetzugänge. In räumlicher Hinsicht ist der Markt national abzugrenzen.

B.3.1.2 Beurteilung der Marktstellung

91. Ein Unternehmen wird sich auf dem relevanten Markt von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können (vgl. Art. 4 Abs. 2 KG), wenn es sich ausreichend starker aktueller oder potenzieller Konkurrenz gegenübersteht. Ebenfalls kann ein unabhängiges Verhalten durch ausreichend starke andere disziplinierende Einflüsse, beispielsweise aus dem nachgelagerten Markt, eingeschränkt werden.

B.3.1.2.1 Aktueller Wettbewerb

B.3.1.2.1.1 Wholesale-Markt

92. Anlässlich der Analyse der Wettbewerbssituation ist unter anderem abzuklären, wer Wettbewerber im Wholesale-Markt für Breitbanddienste ist und welches Kräfteverhältnis zwischen diesen Wettbewerbern besteht.

93. Einleitend sollen die Vertriebsstrukturen im Breitbandinternetmarkt in der Schweiz schematisch dargestellt werden (siehe Abbildung 2). Die oberen Pfeile von Swisscom (Wholesale) zu Sunrise, Green, Tele2, etc. repräsentieren den Wholesale-Markt für Breitbanddienste (BBCS), die unteren Pfeile repräsentieren den Endkundenmarkt. Der Kasten neben Cablecom steht für andere Kabelnetzbetreiber, welche ihren Kunden Breitbandinternet anbieten.

94. Unter dem Gesichtspunkt der Marktstruktur werden auch die tatsächlichen Wettbewerber und ihre Verhältnisse zueinander beurteilt. Im Einzelnen können Marktanteile und Marktphasen, Wahlmöglichkeiten der Lieferanten und Abnehmer, Grösse, Finanzkraft, Diversifikationsgrad, Dichte des Filialnetzes sowie die Entwicklungsmöglichkeiten von Unternehmen untersucht werden. Die Möglichkeit eines marktbeherrschenden Unternehmens, sich von anderen Marktteilnehmern unabhängig zu verhalten, bedeutet aus Sicht der Marktgegenseite grundsätzlich, dass diese keine zumutbaren Ausweichmöglichkeiten im relevanten Markt haben⁹⁴. In der Lehre wird auch der Begriff vertikaler wirtschaftlicher Abhängigkeiten verwendet, falls ein Anbieter auf einem vor- oder nachgelagerten Markt auf die Dienstleistung eines in diesem Fall möglicherweise marktbeherrschenden Unternehmens angewiesen ist⁹⁵. Bei der Prüfung, ob eine marktbeherrschende Stellung besteht, kommen als Kriterium in der Praxis auch die Finanzkraft der beteiligten Unternehmen in Frage. Grosse Finanzkraft bietet einem Unternehmen Verhaltensspielräume im Hinblick auf Wettbewerbsparameter wie Preis, Werbung und Kapazität⁹⁶.

95. Spezifisch für den Telekommunikationssektor von Interesse sind die auf wettbewerbsrechtlichen Prinzipien beruhenden Leitlinien zur Marktanalyse der Europäischen Union (EU) des gemeinsamen Rechtsrahmens für elektronische Kommunikation⁹⁷. Es können unter anderem folgende Kriterien zugrunde gelegt werden, um die Marktmacht eines Unternehmens

⁹⁴ Vgl. ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Auflage, Bern 2005, S. 285 und 291.

⁹⁵ EVELYNE CLERC, in: Droit de la concurrence, Commentaire romand, Tercier/Bovet (Hrsg.), Basel 2002, Rz.134 zu Art. 4 Abs. 2.

⁹⁶ FRANZ HOFFET, in: Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis, Band IX, Geiser/Krauskopf/Münch (Hrsg.), Basel 2005, S. 392.

⁹⁷ Leitlinien der Kommission und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (2002/C 165/03), S. 16, Rz. 78.

und dessen Möglichkeiten festzustellen, sich in erheblichen Masse unabhängig von seinen Konkurrenten, Kunden und Verbrauchern zu verhalten: Gesamtgrösse des Unternehmens, Kontrolle über nicht leicht zu duplizierende Infrastruktur, technologische Vorteile oder Überlegenheit, fehlende oder geringe ausgleichende Nachfragemacht, leichter oder privilegierter Zugang zu finanziellen Ressourcen, Diversifizierung von Produkten/Dienstleistungen (z.B. Bündelung von Produkten und Dienstleistungen), Grössenvorteile, Verbundvorteile, vertikale Integration oder ein hochentwickeltes Vertriebs- und Verkaufnetz.

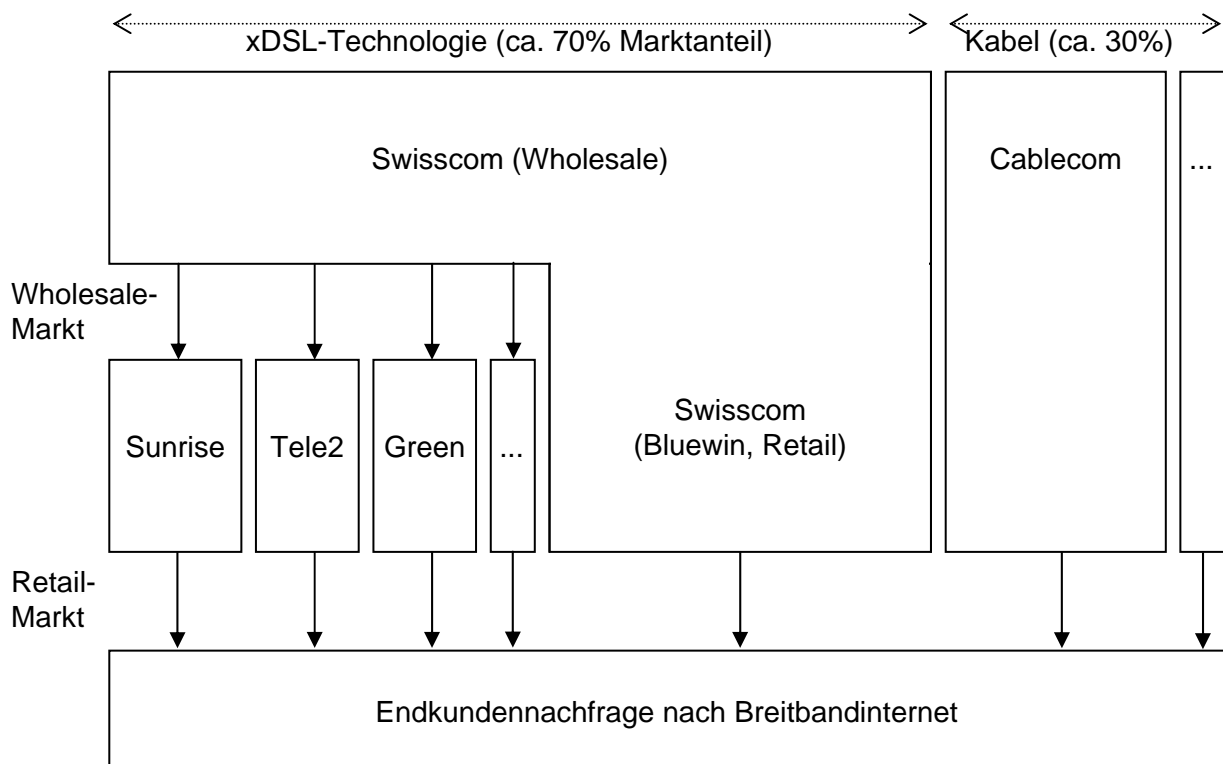


Abbildung 2: Schematische Darstellung des Breitbandmarktes in der Schweiz.

96. Ausgehend von der aktuellen Wettbewerbssituation ist festzuhalten, dass auf dem Wholesale-Markt für Breitbanddienste nur Swisscom in der Lage ist, anderen ISP Vorleistungen für Breitbandinternetzugänge in der ganzen Schweiz anzubieten. Swisscom ist das einzige Unternehmen, welches über ein flächendeckendes Anschlussnetz verfügt und damit ein Angebot in der ganzen Schweiz ermöglichen kann. Im jetzigen Zeitpunkt bietet Swisscom anderen ISP insbesondere das Vorleistungsprodukt BBCS (Rz. 38 ff.) an, womit diese ISP Endkunden einen Breitbandinternetzugang via xDSL anbieten können. Swisscom ist damit auf diesem Markt ohne Konkurrenz. Alternative ISP sind damit auf die Benutzung des Anschlussnetzes von Swisscom angewiesen und verfügen über keine Ausweichmöglichkeiten.

97. Die Möglichkeit eines schweizweiten Tätigwerdens ist dabei für Anbieter wie beispielsweise Sunrise oder Tele2 von entscheidender Bedeutung. Praktisch nur im Falle eines flächendeckenden Angebots ist es möglich als ganzheitlicher Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen aufzutreten. Zudem kann davon ausgegangen werden, dass Swisscom im Vergleich zu anderen ISP in der Schweiz stärker von Skaleneffekten profitiert und über erhebliche Verbundvorteile verfügt (vgl. Rz. 111).

98. Zur Beurteilung möglicher disziplinierender Einflüsse wird auch die aktuelle Verfügbarkeit breitbandfähiger Infrastruktur betrachtet, welche Voraussetzung für das Erbringen von Wholesale-Angeboten an ISP ist.

99. Swisscom verfügt als ehemalige Monopolanbieterin über ein schweizweites, flächendeckendes Anschlussnetz, wobei es sich vorwiegend um auf zweiadrigem Kupferdraht beruhende Anschlüsse handelt. Swisscom besitzt nach ihren Angaben aus der Marktbefragung

per Ende 2007 über [3 - 5 Mio.] aktive Anschlüsse. Diese Anschlüsse sind praktisch alle breitbandfähig⁹⁸. Swisscom geht von über 98% aller Anschlüsse in der Schweiz aus, welche DSL-fähig sind⁹⁹.

100. Neben diesen aktiven Anschlüssen verfügt Swisscom auch noch über [1 – 3 Mio.] sogenannte belassene Leitungen¹⁰⁰. Dass solche belassenen Leitungen existieren, kann auf verschiedene Gründe zurückgeführt werden. Unter anderem kann es sich um Endkunden handeln, welche nur noch den drahtgebundenen Anschluss eines Kabelnetzbetreibers benötigen, oder es kann sich um aus technologischen Gründen überflüssige Anschlüsse handeln (z.B. aufgrund von Glasfaserausbau). Einerseits sind die inaktiven Anschlüsse von Swisscom bei Kunden, welche nur noch über einen Anschluss bei einem Kabelnetzbetreiber verfügen, für das Kundenpotenzial von Swisscom vorliegend von Bedeutung und deshalb mit zu berücksichtigen. Andererseits sind die aus technologischen Gründen überflüssigen Anschlüsse (d.h. doppelt bestehende Anschlüsse von Swisscom) für eine Berücksichtigung des Kundenpotenzials wenig aussagekräftig und werden deshalb vorliegend nicht in die Analyse einbezogen. Abgestellt wird deshalb auf die Anzahl verfügbarer Anschlüsse, die vor der Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes bereits bestanden haben, nämlich 4.82 Mio. Anschlüsse¹⁰¹. Diese Zahl stimmt im Übrigen praktisch mit der Anzahl Anschlussleitungen gemäss amtlicher Fernmeldestatistik per Ende 1998 überein, welche 4'884'673 Anschlüsse erwähnt¹⁰².

101. Die bedeutendsten anderen Betreiber von drahtgebundenen Breitbandzugängen sind die Kabelnetzbetreiber und unter diesen insbesondere Cablecom. Die ursprünglich für die Übertragung von Fernseh- und Radiosignalen konzipierten CATV-Netze (Koaxialkabel) sind mittlerweile mehrheitlich zweiwegfähig und zur Übertragung von Breitbanddatendiensten ausgerüstet. In der Schweiz bestehen circa 2'900'000 Kabelnetzanschlüsse, wovon 2'595'000 breitbandfähig sind¹⁰³.

102. Das bei weitem stärkste Unternehmen unter den Kabelnetzbetreibern ist Cablecom, welches vor allem in Ballungszentren präsent ist. Cablecom verfügt über 1'844'022 Mio. Kabelfernsehanschlüsse, wobei nach Auskunft von Cablecom in der durchgeführten Marktbefragung (inkl. Partnernetze) 1'499'797 dieser Anschlüsse auch breitbandfähig sind¹⁰⁴. Damit verfügt Cablecom über rund 1.5 Mio. breitbandfähige Anschlüsse.

103. Die Kabelnetzbetreiber waren regelmässig in ihren jeweiligen Gebieten die einzigen, welche Rundfunksignale via Kabel übertrugen. Bezüglich der flächenmässigen Abdeckung besteht in der Schweiz eine Vielzahl von zum Teil Kleinst-Kabelnetzunternehmen, welche bei der kabelbasierten Übertragung von Radio- und Fernsehsignalen in ihrem jeweiligen Versorgungsgebiet als alleinige Anbieter tätig sind. Gegenwärtig existieren in der Schweiz mehr als 400 Kabelnetzbetreiber¹⁰⁵. Abgesehen von Cablecom handelt es sich bei den meisten Kabelnetzbetreibern um kleinere, regional zersplitterte Netzbetreiber¹⁰⁶. Von Belang ist vorlie-

⁹⁸ [0 – 120'000] dieser Teilnehmeranschlüsse sind nicht breitbandfähig. Schreiben Swisscom vom 25. Januar 2008, Akte Nr. 80.

⁹⁹ Medienmitteilung Swisscom vom 25. Januar 2008.

¹⁰⁰ Schreiben Swisscom vom 14. April 2008, Akte Nr. 95.

¹⁰¹ Swisscom, Geschäftsbericht 1998, S. 5.

¹⁰² Amtliche Fernmeldestatistik 2006, Bundesamt für Kommunikation, S. 19.

¹⁰³ Schreiben Swisscable vom 25. September 2007, Akte Nr. 50.

¹⁰⁴ Schreiben Cablecom vom 28. September 2007, 7. Januar 2008 und vom 6. Februar 2008. Akten Nr. 64, 83 und 94.

¹⁰⁵ 252 Kabelnetzbetreiber sind Mitglied des Verbandes Swisscable (Swisscable, Die Kabelnetzunternehmen in Zahlen, Übersichtsblatt II, 31. Dezember 2006, www.swisscable.ch/custom/upload/docs/96hb85ti1aebbgubiq82m2figsd05oy175g.pdf). 160 Kabelnetzbetreiber sind nicht Mitglieder des Verbandes Swisscable (Swisscable, Jahresbericht 2005, S. 10).

¹⁰⁶ Swisscable, Die Kabelnetzunternehmen in Zahlen, Übersichtsblatt II; sowie Anhang Netzabdeckungskarte Kabelnetze.

gend auch, dass Kabelnetze für den Transport von Fernseh- und Radiosignalen erstellt wurden, weshalb bei Kabelnetzbetreibern die Mehrheit der Kunden Privathaushalte sind. In Geschäftsliegenschaften sind Anschlüsse von Kabelnetzbetreibern nur teilweise vorhanden. Die weiteren Kabelnetzbetreiber verfügen ausgehend vom Total der breitbandfähigen Kabelnetzanschlüsse abzüglich derjenigen von Cablecom¹⁰⁷ über 1'095'000 Breitbandanschlüsse.

104. Ebenfalls über drahtgebundene Breitbandzugänge verfügen Anbieter, welche Endkunden direkt mit Glasfaserkabel angeschlossen haben. Die Anzahl dieser Anschlüsse ist jedoch im Verhältnis zu den rund 4.8 Mio. Anschlüssen von Swisscom gering. FDA wie Colt, Verizon, Sunrise, Swisscom sowie städtische Infrastrukturbetreiber (z.B. das Elektrizitätswerk der Stadt Zürich) errichteten Glasfaseranschlüsse vor allem in Ballungszentren für gewisse Geschäftskunden. Aus der amtlichen Fernmeldestatistik ist zu entnehmen, dass im Jahr 2006 in der Schweiz 3'630 Glasfaserkabelanschlüsse (fiber to the home, fiber to the building) bestanden¹⁰⁸. Im Jahr 2007 ist die Anzahl mittels Glasfaser direkt angeschlossener Endkunden gestiegen. Für die Schweiz kann davon ausgegangen werden, dass die Anzahl der durch alternative Anbieter (d.h. ohne diejenigen von Swisscom) mittels Glasfaserkabel erschlossenen Endkunden unter 20'000 liegt¹⁰⁹. Swisscom verfügt über [0 - 20'000] Anschlüsse mittels Glasfasern¹¹⁰.

105. Tabellarisch kann die Grössenordnung der verfügbaren drahtgebundenen Breitbandzugänge wie folgt zusammengefasst werden:

Tabelle 1: Verfügbare drahtgebundene Breitbandanschlüsse

Anbieter	Verfügbare Anschlüsse
Swisscom	4'820'000
Cablecom	1'500'000
Weitere Kabelnetzbetreiber	1'095'000
Andere Anbieter (Glasfaser)	< 20'000

106. Aus Tabelle 1 ist ersichtlich, dass Swisscom in absoluten Zahlen mit Abstand die höchste Anzahl Anschlüsse und damit über die grösste Anzahl möglicher Breitbandzugänge verfügt. Hinsichtlich der Infrastruktur sind die Kabelnetzbetreiber faktisch die einzigen Konkurrenten von Swisscom. Swisscom verfügt schweizweit über Festnetzanschlüsse, wobei in gewissen Gebieten (Anhang Netzabdeckungskarte Kabelnetze) zusätzlich ein Kabelnetzanschluss eines lokalen Anbieters vorhanden ist. Dies führt lediglich in diesen Gebieten zu einer Situation mit zwei drahtgebundenen Anschlussnetzbetreibern. Bezüglich der verfügbaren Anschlüsse kommt aus Sicht der Endkunden damit entweder der Anschluss von Swisscom oder – falls vorhanden – der Anschluss eines lokalen Kabelnetzbetreibers für Breitbandinternetzugänge in Frage. Für die konkurrierenden ISP besteht auf Wholesale-Ebene diese Ausweichmöglichkeit nicht, da kaum Vorleistungsangebote von Kabelnetzbetreibern existieren. Diesbezüglich ist auch zu beachten, dass alle Kabelnetzbetreiber zusammen nur über rund halb so viele Breitbandanschlüsse verfügen wie Swisscom alleine.

107. Im Weiteren ist zu berücksichtigen, dass Internet über ADSL und Internet über Kabel auf verschiedenen Technologien beruhen. Aus Sicht der ISP wäre im Falle eines hypothetisch möglichen Wechsels von Swisscom (xDSL via Telefonkabel) zu einem Kabelnetz-

¹⁰⁷ 2'595'000 abzüglich 1'500'000 (vgl. Rz. 101 und 102) .

¹⁰⁸ Amtliche Fernmeldestatistik 2006, BAKOM, Biel, 8. März 2008, S. 20.

¹⁰⁹ RPW 2006/2, 248 ff., 255.

¹¹⁰ Schreiben Swisscom vom 25. Januar 2008, Akte Nr. 80, S. 3.

betreiber (Coax via TV-Anschluss), unter anderem wegen der unterschiedlichen Hardware, mit erheblichen Umstellungskosten zu rechnen. Ein Wechsel des ISP hätte auch Auswirkungen auf die Infrastruktur der Endkunden, weil die ISP ihnen auch andere Hardware (Modems, Anschlusskabel, etc.) zur Verfügung stellen müssten.

108. Bezüglich der verfügbaren breitbandfähigen Infrastruktur stimmt die Einschätzung im Übrigen mit einer vom BAKOM erstellte Studie überein, wonach neben ADSL und Kabel die anderen Breitbandtechnologien mit weniger als 2% praktisch inexistent sind und hauptsächlich Firmenkunden betreffen. Der Anteil der anderen möglichen Zugangstechnologien (u.a. Glasfaser, PLC) kann auch weiterhin als vernachlässigbarer Teil des gesamten Breitbandmarktes betrachtet werden¹¹¹.

109. Bezüglich der Finanzkraft ist Swisscom verglichen mit den anderen FDA das führende Telekommunikationsunternehmen in der Schweiz mit einem Jahresumsatz von 11'089 Mio. Franken und einem Betriebsgewinn von 3'787 Mio. Franken im Jahr 2007 bei einem durchschnittlichen Personalbestand von 18'755 Vollzeitstellen¹¹². Diese Kennzahlen illustrieren die starke Stellung von Swisscom im Vergleich zu anderen Anbietern in der Schweiz¹¹³. Im Übrigen hat Swisscom ihre Stellung als Nummer eins im Telekommunikationsmarkt noch markant ausgebaut und den Druck auf die anderen Anbieter verstärkt¹¹⁴.

110. Zurückkommend auf die in Rz. 95 erwähnten Kriterien, die Marktmacht eines Unternehmens und dessen Möglichkeiten festzustellen, ist Folgendes festzuhalten: Swisscom ist in der Schweiz mit Blick auf die wirtschaftlichen Kennzahlen (vgl. Rz. 109) ein sehr starkes Unternehmen. Zudem verfügt Swisscom insbesondere mit ihrem Teilnehmeranschlussnetz über eine nicht leicht zu duplizierende Infrastruktur. Auf Wholesale-Ebene besteht keine ausgleichende Nachfragemacht durch die in der Schweiz tätigen alternativen ISP, was sich unter anderem darin äussert, dass die von Swisscom bezüglich des BBCS gesetzten Konditionen nicht verhandelbar sind. Alternative ISP müssen die von Swisscom gesetzten Bedingungen akzeptieren, falls sie das BBCS in Anspruch nehmen wollen. Aufgrund der fehlenden Ausweichmöglichkeiten verfügen die ISP gegenüber Swisscom über keine Verhandlungsmacht.

111. Die finanziellen Ressourcen von Swisscom sind beträchtlich, was ihr die Möglichkeit verleiht, ihre Konkurrenten mit Angeboten zu unterbieten. Aufgrund der grossen Kundenbasis in den Bereichen Festnetz und Mobilfunk verfügt Swisscom im Vergleich zu anderen Anbietern über erhebliche Grössenvorteile und Verbundvorteile. Mit rund [2 - 4] Mio. Festnetzkunden und circa 5.2 Millionen Mobilfunkkunden besitzt Swisscom im Vergleich zu anderen Anbietern und bezogen auf die schweizerische Bevölkerung über eine ausgesprochen grosse Kundenbasis, was Swisscom Skalenvorteile verleiht¹¹⁵. Als Anbieterin netzgebundener und mobiler Sprach- und Datenkommunikation verfügt Swisscom über Verbundvorteile, da die Bündelung verschiedener Dienstleistungen möglich ist und Kostenvorteile realisiert werden können. Zudem besitzt Swisscom ein gut ausgebautes Vertriebsnetz, wobei insbesondere anzumerken ist, dass aus historischen Gründen Swisscom über rund [2 - 4] Mio. Anschlusskunden verfügt und damit wertvolle direkte Kundenkontakte bereits bestehen (z.B. zum Verkauf weiterer Dienstleistungen). Abgesehen vom fehlenden aktuellen Wettbewerb im Wholesale-Markt für Breitbanddienste deuten auch alle erwähnten Kriterien darauf hin, dass Swisscom über bedeutende Verhaltensspielräume verfügt.

¹¹¹ Der Schweizer Breitbandmarkt im internationalen Vergleich, BAKOM, Biel, Juli 2006, S. 17.

¹¹² Swisscom, Geschäftsbericht 2007, Facts & Figures.

¹¹³ Im Vergleich dazu setzte Sunrise im Jahr 2007 1'949 Mio. Franken um bei einem Reingewinn von 170 Mio. Franken (www.sunrise.ch/uebersunrise/unternehmensportraet/geschaeftergebnisse.htm, besucht am 22. September 2008).

¹¹⁴ Handelszeitung vom 22.-28. August 2007, S. 5.

¹¹⁵ Sunrise als zweitgrösster Anbieter verfügt über rund 0.44 Mio. Festnetzkunden (davon: 0.28 Mio. Internetkunden) und 1.6 Mio. Mobilfunkkunden (www.sunrise.ch/facts-and-figures.pdf, besucht am 5. November 2009).

112. Swisscom macht in Rz. 23 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009¹¹⁶ geltend, dass die Zersplitterung der über 400 Kabelnetze tatsachenwidrig sei, da es ca. 20 Kooperationen unter den Kabelnetzanbietern gäbe. Im Übrigen würde eine solche Zersplitterung aus Endkundensicht ohnehin keine Rolle spielen.

113. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Die genannten Zahlen sind nicht tatsachenwidrig, sondern an den genannten Quellen nachzulesen (vgl. Rz. 103). Aus Endkundensicht ist es tatsächlich nur dann von Belang, ob die Kabelnetze zersplittert sind, wenn der Endkunde umzieht und am neuen Ort einen anderen ISP bestimmen muss. Die Zersplitterung ist aus Sicht der Marktgegenseite im relevanten Wholesale-Markt jedoch von sehr grosser Bedeutung. Es ist ein Unterschied für einen ISP, ob er mit nur einem Wholesale-Anbieter über *ein* Angebot für die ganze Schweiz verhandelt und Verträge abschliesst, oder ob er das mit 20 oder 400 Wholesale-Anbietern tun muss, um auf eine ähnliche Abdeckung zu kommen. Da die von Swisscom geltend gemachten Kooperationen schliesslich nur in Bezug auf Endkundenangebote bestehen und von den allermeisten Kabelnetzbetreibern gar kein Wholesale-Angebot existiert, kann Swisscom daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten.

114. Swisscom macht in Rz. 97 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009¹¹⁷ geltend, dass die Zahl der Breitbandanschlüsse, über welche Swisscom angeblich verfüge, viel zu hoch angesetzt sei, weil neben den aktiven Anschlüssen auch noch die sogenannt belassenen Leitungen einbezogen werden. Dieses Vorgehen sei nachweislich falsch, wie auch die Teilverfügung der ComCom betreffend Zugang zum schnellen Bitstrom belege.

115. Hierzu ist Folgendes festzuhalten: Swisscom selbst verweist in Rz. 22 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 bezüglich der Anschlüsse der Kabelnetzbetreiber auf die Zahl der verfügbaren breitbandfähigen Kabelnetzanschlüsse von 2.5 Mio. Damit diese 2.5 Mio. möglichen Anschlüsse vergleichbar sind, muss jedoch auch bei Swisscom auf die potenziell möglichen Anschlüsse abgestellt werden. Ein reines Abstellen nur auf die Anzahl der aktiven Anschlüsse von [2 - 4] Mio. wäre nicht sachgerecht, da einerseits ansonsten auch bei den Kabelnetzbetreibern nur die aktiven Anschlüsse zu berücksichtigen wären und andererseits das Potenzial der möglichen Kunden nicht angemessen berücksichtigt würde. In Zusammenhang mit der Anzahl der Anschlüsse ist im Übrigen nicht von Marktanteilen, sondern eher von verfügbaren Anschlüssen zu sprechen.

116. Des Weiteren ist auch der Einwand von Swisscom auf die Teilverfügung der ComCom vom 21. November 2007 nicht zu hören: Die ComCom stellte in ihrem damaligen Entscheid einzig auf die rund [2 - 4] Mio. aktiven Anschlüsse ab, da Swisscom, obwohl dazu aufgefordert, keine Angaben über die effektiv vorhandenen Anschlüsse lieferte. Zudem wies die ComCom auch darauf hin, dass noch eine Anzahl weiterer Anschlüsse existiere, die zwar verlegt, jedoch nicht in Betrieb sei¹¹⁸. Selbst Swisscom gab an, dass die Gesamtzahl ihrer aktiven und inaktiven Doppelader-Metalleitungen knapp [4 - 8] Mio. betrage¹¹⁹, wobei es Swisscom wiederholt unterliess, zu präzisieren, wie viele inaktive Anschlüsse berücksichtigt werden könnten.

117. Swisscom macht in Rz. 98 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009¹²⁰ geltend, die Eigenleistungen vertikal integrierter Unternehmen und damit auch der Kabelnetzbetreiber müssten in die Betrachtung des aktuellen Wettbewerbs einbezogen werden. Entsprechend sei Swisscom auf dem Wholesale-Markt aktuellem, konkretem Wettbewerbsdruck seitens der Kabelnetzbetreiber ausgesetzt.

¹¹⁶ Akte Nr. 123.

¹¹⁷ Akte Nr. 123.

¹¹⁸ Teilverfügung der ComCom vom 21. November 2007, S. 14, Fn. 4.

¹¹⁹ Schreiben Swisscom vom 25. Januar 2009, Akte Nr. 80, S. 4.

¹²⁰ Akte Nr. 123.

118. Hierzu ist Folgendes festzuhalten: Wie bereits erwähnt (vgl. Rz. 78) können Eigenleistungen der Kabelnetzanbieter nur via Endkundenmarkt eine Wirkung auf den Wholesale-Markt ausüben. Der Einfluss des nachgelagerten Marktes wird in den Rz. 147 ff. geprüft.

119. Swisscom macht in Rz. 103 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009¹²¹ geltend, dass die Finanzkraft von Swisscom kein Argument für eine Marktbeherrschung von Swisscom sei, da auch Cablecom mit ihrer ausländischen Muttergesellschaft ein finanzstarkes Unternehmen sei.

120. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Der Marktaustritt von Tele2 hat eindrücklich gezeigt, wie ausländische Mutterkonzerne mit ihren schweizerischen Tochtergesellschaften agieren, wenn die entsprechenden Erfolge nicht erreicht werden. Daher spricht eine allenfalls finanzkräftige ausländische Muttergesellschaft weder für eine starke Marktstellung der in der Schweiz tätigen Tochtergesellschaft, noch spricht sie gegen die Berücksichtigung der Finanzkraft von Swisscom bei ihrer Beurteilung der Marktstellung.

121. Swisscom macht in Rz. 80 ff. ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009¹²² geltend, dass von der Öffentlichkeit erwartet werde, dass Swisscom ihre Breitbanddienste in der ganzen Schweiz zu einheitlichen Konditionen anbiete. Der in weiten Teilen der Schweiz herrschende Wettbewerbsdruck auf die Angebote von Swisscom dehne sich darum auch auf die Regionen mit wenig Wettbewerb aus. Diese Erwartungshaltung habe mit der Aufnahme der Breitbanddienste in die Grundversorgung noch zusätzliches Gewicht erhalten.

122. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Abgesehen vom 500 kbit-Angebot, welches unter die Grundversorgung fällt, kann Swisscom für sämtliche Angebote von Swisscom, also insbesondere auch für BBCS ihre Preise frei gestalten. Welche Erwartungen bezüglich der Preissetzung die Kunden von Swisscom haben, ist in kartellrechtlicher Hinsicht nicht von Bedeutung. Gemäss Art. 16 Abs. 2 Bst. c der Verordnung über Fernmeldedienste vom 9. März 2007 (FDV) gehört einzig ein Breitband-Internetzugang mit einer garantierten Übertragungsrate von 600/100 kbit/s zur Grundversorgung. Das heisst, dass Swisscom in der gesamten Preisgestaltung für alle ihre schnelleren DSL-Angebote (Wholesale und Retail) keine fernmelderechtlichen Vorschriften zu beachten hat. Dass Swisscom schweizweit einheitliche Tarife anbietet, ist damit ein unilateraler Entscheid von Swisscom, welcher im Wesentlichen mit dem Firmenimage von Swisscom in Zusammenhang stehen dürfte. Der von Swisscom in den Ballungszentren geltend gemachte Wettbewerbsdruck führt – wie die schweizweit einheitlichen Preise zeigen - gerade nicht dazu, dass sich dort, wo der Preisdruck scheinbar stärker ist, tiefere Preise bilden. Dies zeigt auf, dass der von Swisscom geltend gemachte Wettbewerbsdruck nicht genügend wirksam ist.

123. Zusammenfassend ergibt sich aufgrund der Analyse der aktuellen Wettbewerbssituation im Wholesale-Markt, dass Swisscom aufgrund der fehlenden zumutbaren Ausweichmöglichkeiten für alternative ISP und aufgrund der fehlenden Verfügbarkeit einer schweizweiten alternativen Infrastruktur im Wholesale-Markt für Breitbanddienste keinen disziplinierenden Einflüssen ausgesetzt ist.

B.3.1.2.1.2 Retail-Markt

124. In diesem Kapitel erfolgt eine Charakterisierung des Retail-Marktes für Breitbanddienste. Dieser Markt ist dem sachlich relevanten Wholesale-Markt für Breitbanddienste nachgelagert. Zur Übersicht kann vorweg Tabelle 2 mit den Marktanteilen im Endkundenmarkt betrachtet werden.

125. In Tabelle 2 ist festzustellen, dass [40% - 80%] aller geschalteten Breitbandanschlüsse auf der xDSL-Technologie von Swisscom beruhen, wobei innerhalb der xDSL-Technologie

¹²¹ Akte Nr. 123.

¹²² Akte Nr. 123.

Swisscom mit einem Anteil von [50 – 90%] aller geschalteten Breitbandanschlüsse der stärkste Anbieter ist.

Tabelle 2: Geschaltete Breitbandanschlüsse nach Unternehmen im Dezember 2007
[ganze Tabelle: Geschäftsgeheimnis Swisscom]

Anbieter	Anzahl Anschlüsse	Marktanteil Breitbandmarkt	Anteil nach Technologie
ADSL insgesamt	[1 – 2 Mio.]	[40 – 80%]	100.0%
Bluewin	[1 – 2 Mio.]	[40 – 80%]	[50 – 90%]
Sunrise	[0 – 400'000]	[0 – 50%]	[0 – 60%]
Tele2	[0 – 200'000]	[0 – 30%]	[0 – 40%]
Green	[0 – 100'000]	[0 – 20%]	[0 – 30%]
Andere ADSL	[0 – 100'000]	[0 – 20%]	[0 – 30%]
Kabel insgesamt	[0 – 2 Mio.]	[10 – 50%]	100.0%
Cablecom	[0 – 1 Mio.]	[0 – 40%]	[30 – 70%]
Andere Kabel	[0 – 1 Mio.]	[0 – 40%]	[30 – 70%]
Total Breitband	[1 – 4 Mio.]	100.0%	

126. Kein Wettbewerbsdruck auf der Wholesale-Ebene kann von anderen ISP wie Green, Sunrise oder Tele2 erfolgen. Diese Anbieter sind nur Wiederverkäufer des Vorleistungsangebotes BBCS von Swisscom. Zudem verfügen Green, Sunrise oder Tele2 über zu geringe Marktanteile im Retail-Markt. Diese alternativen ISP haben keine Einflussmöglichkeiten auf das Vorleistungsangebot BBCS von Swisscom (hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung des Angebotes wie z.B. der Bandbreiten). Eine disziplinierende Wirkung auf den Wholesale-Markt kann deshalb von den das Vorleistungsangebot BBCS weiterverkaufenden Anbietern nicht ausgehen. Swisscom machte auch geltend, dass die mit der Revision des FMG am 1. April 2007 bestehenden Möglichkeiten eines vollständig entbündelten Zugangs zum Teilnehmeranschluss (Art. 11 Abs. 1 lit. a FMG) zu Wettbewerb aus dem nachgelagerten Markt führen würden¹²³. Die Möglichkeiten von alternativen ISP mit Angeboten, welche auf entbündelten Teilnehmeranschlüssen beruhen, bestehen jedoch nur aufgrund der Regulierung in Art. 11 FMG. Es handelt sich mithin um gesetzgeberisch eingeführte Möglichkeiten, welche keinen Einfluss auf die Marktmacht von Swisscom bei der vorgelagerten Infrastruktur haben. Deshalb kann diesbezüglich auch kein Wettbewerbsdruck entstehen (vgl. hierzu Rz. 81 f.). Im Übrigen haben die Erfahrungen in der EU gezeigt, dass auch mit der in der EU bereits bestehenden Möglichkeit der Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen weiterhin hohe Markteintrittsbarrieren bestehen, welche das Entstehen wirksamen Wettbewerbs verhindern¹²⁴.

¹²³ Vgl. Akte Nr. 77, Beilage 1, S. 11 f, Rz. 30 ff.

¹²⁴ Communication from the Commission [...] on the Review of the EU Regulatory Framework for electronic communications networks and services, 28 Juni 2006, COM(2006) 334 final S. 29.

127. Es bleiben die 30.5% bei Kabelnetzbetreibern nachgefragten Breitbandanschlüsse. Über die stärkste Stellung bei den Kabelnetzbetreibern verfügt Cablecom, wobei die restlichen Kabelnetzbetreiber regional zersplittert sind, was ebenfalls gegen eine Disziplinierung von Swisscom auf dem Wholesale-Markt spricht. Auch Cablecom, welche wie die anderen Kabelnetzbetreiber nur in ihren jeweiligen Versorgungsgebieten lokal aktiv ist, kann mit einem Marktanteil von 19.5% nur begrenzt Wettbewerbsdruck entwickeln.

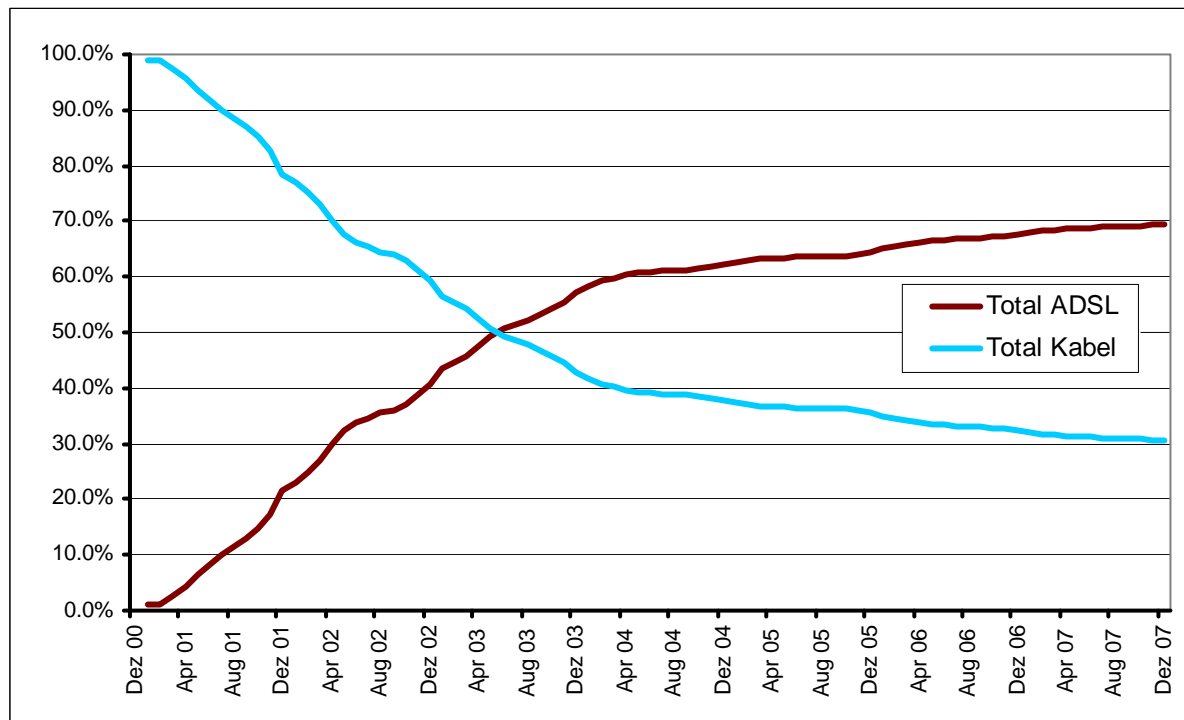


Abbildung 3: Marktanteilsentwicklung der beiden Technologien ADSL und Kabel

128. Ausserdem wurde in einer Studie festgestellt, dass nur sehr wenige Nutzer die Breitbandanbieterin wechseln, und dass das Nutzerverhalten sehr statisch zu sein scheint¹²⁵. Dies könnte gemäss der Studie unter anderem damit zusammenhängen, dass es beim Wechsel zu einer anderen Technologie zu Betriebsunterbrüchen kommen könnte, zum Beispiel aufgrund eines Modemwechsels. Im Weiteren seien Breitbandangebote einer überwiegenden Mehrheit der Anbieterinnen an den Abschluss eines Preselection-Vertrags für die Festnetztelefonie gekoppelt, so dass es für Nutzer weniger interessant ist, einen anderen Breitbandanbieter zu wählen. Es bestehen damit Wechselkosten, welche gegen das Vorliegen von disziplinierenden Einflüssen sprechen.

129. Aus Abbildung 3 wird ersichtlich, dass ADSL das Kabel bei weitem überholt hat. Die Kabelnetze, insbesondere auch Cablecom, haben vor Swisscom begonnen, Breitbandinternet an Endkunden anzubieten und hatten daher im Januar 2001 einen Marktanteil von 100%. Als Swisscom jedoch mit ADSL-Dienstleistungen kam, nahm der Anteil der Kabeltechnologie trotz stetigem Wachstum (siehe dazu Abbildung 5) bis auf unter 30% stark ab. Abbildung 3 veranschaulicht damit eine wesentliche Feststellung der Marktentwicklung in den letzten Jahren: ADSL wird im Vergleich zum Kabelinternet immer stärker.

130. Im Gegensatz zum landesweiten Auftreten von Swisscom können Kabelnetzbetreiber keine schweizweiten Angebote lancieren. Dies bedeutet, dass Swisscom bezogen auf einen beliebigen Endkunden als Breitbandanbieter höchstens einen Konkurrenten hat, nämlich – falls vorhanden – den lokalen Kabelnetzbetreiber im betreffenden Gebiet. Zudem ist bei der Interpretation der Marktanteile zu berücksichtigen, dass Swisscom erstens aufgrund der im

¹²⁵ Kosten der Breitbanddienste (ADSL und Kabelmodem): Vergleich und Entwicklung, BAKOM, 8. August 2007, S. 8.

Vergleich zu ihrem Anschlussnetz deutlich niedrigeren Anzahl Anschlüsse (vgl. Rz. 105) und zweitens der regionalen Zersplitterung der Kabelnetzbetreiber nicht erheblichem Wettbewerbsdruck durch letztere ausgesetzt ist. Absolut gesehen wächst zwar Cablecom auch. Anteilsmässig bezogen auf den gesamten Retail-Breitbandmarkt sind die Marktanteile von Cablecom jedoch massiv gesunken. Weitere Marktanteile gewinnt die ADSL-Technologie, wobei dieses Wachstum auch auf die starke Position von Swisscom in Endkundenmarkt zurückzuführen ist.

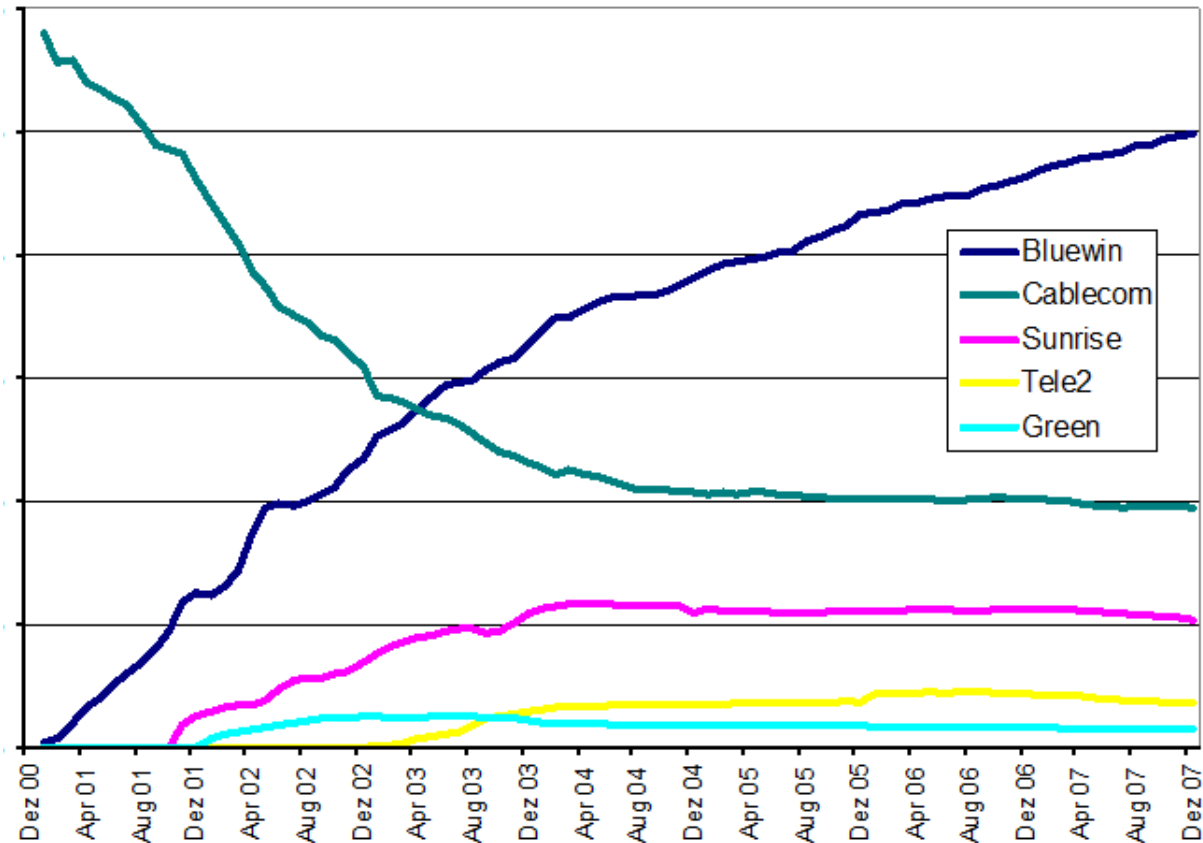


Abbildung 4: Die Marktanteilsentwicklung der fünf grössten Breitbandinternetanbieter der Schweiz vom Januar 2001 bis Dezember 2007 [Achse Geschäftsgeheimnis]

131. Aussagekräftig bezüglich der Einschätzung des Wettbewerbsdrucks von Cablecom ist ein Vergleich der Entwicklung der Marktanteile von Swisscom und Cablecom im Retail-Markt für Breitbanddienste (siehe Abbildung 4). Obwohl Cablecom vor Swisscom (Bluewin) in den Markt eintrat und Cablecom beispielsweise Anfang 2001 noch über einen Marktanteil von über [40 – 70%] verfügte, verringerte sich der Marktanteil von Cablecom im Dezember 2007 bis auf unter [10 – 30%]. Demgegenüber konnte Swisscom ihren Marktanteil kontinuierlich auf bis annähernd [40 – 70%] steigern. Dies illustriert, dass Cablecom trotz erheblichen Marketinganstrengungen nur sehr begrenzt in der Lage ist, auf Swisscom einen disziplinierenden Wettbewerbsdruck auszuüben. Interessant ist auch, dass Swisscom nicht nur auf Kosten der Kabelnetzbetreiber, sondern auch zu Lasten der alternativen ADSL-Anbieter (vgl. Abbildung 4, Kurven von Sunrise, Tele2 und Green) Marktanteile gewinnen konnte.

132. In Abbildung 5 wird die Entwicklung der Anschlusstechnologien ADSL und Kabel gegenübergestellt. Dabei ergibt sich ein ähnliches Bild wie die Marktanteilsentwicklung zwischen ADSL und Kabelnetzbetreibern aus Abbildung 4. Die Kabelnetzbetreiber (insbesondere Cablecom) sind zwar vorher in den Markt eingetreten, wurde aber bereits im April 2003 von den ADSL-Betreibern (insbesondere Swisscom) überholt. Das Wachstum der Kabelnetzbetreiber verlief insgesamt bedeutend schwächer als dasjenige der ADSL-Betreiber. Es ist ersichtlich, dass Kabelnetzbetreiber vor Swisscom als Anbieter auf dem Breitbandmarkt tätig waren und diesbezüglich über einen first-mover advantage verfügen müssten. Jedoch bereits im August 2003 verfügte die ADSL-Technologie über mehr Breitbandinternetendkun-

den als die Kabelnetze. In der Folge lässt sich in Abbildung 5 ein steiler Anstieg von ADSL beobachten. ADSL wächst insbesondere bedeutend stärker als Kabel, wobei diese Tendenz sich fortzusetzen scheint.

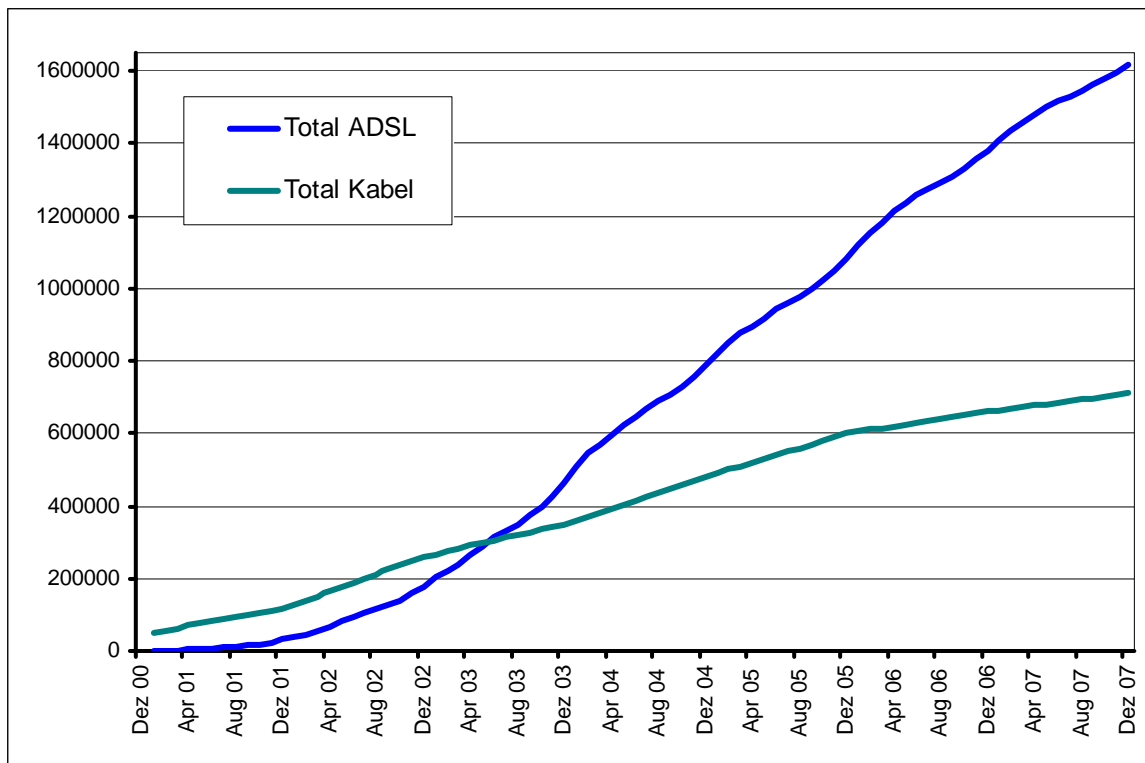


Abbildung 5: Die Anzahl geschalteter Breitbandanschlüsse basierend auf Kabel- und auf ADSL-Technologie vom Januar 2000 bis Dezember 2007

133. Aus Abbildung 6 wird insbesondere der steile Anstieg von Bluewin (Swisscom) ersichtlich: Swisscom ist im Verhältnis zu allen anderen Anbietern überproportional gewachsen. Dies gilt insbesondere auch im Verhältnis zu anderen xDSL-Anbietern, welche nur schwach oder gar nicht wachsen (siehe insbesondere Green oder Tele2). Trotz entsprechender Anstrengungen ist es damit keinem der alternativen ISP gelungen, sich auf dem schweizerischen Markt als starker Wettbewerber zu positionieren. Signifikante Marktanteilsgewinne blieben aus und Swisscom ist weiterhin der mit Abstand stärkste Akteur.

134. Gemäss einer Studie des BAKOM ist diese Entwicklung nicht nur in der Schweiz, sondern auch in den meisten EU-Ländern zu beobachten¹²⁶. Als Grund dafür wird von der Studie angesehen, dass die DSL-Technologie meistens auf dem Festnetz der historischen Betreiberin aufbaut, während alternative Technologien von zahlreichen Betreiberinnen entwickelt werden müssen, die im Allgemeinen über weniger ausgedehnte Netze verfügen. Die historische Betreiberin verfügt gemäss der Studie dank der Bereitstellung der Telefonanschlüsse über ein landesweites Netz und eine grosse Kundenbasis, wodurch sie über einen klaren Wettbewerbsvorteil in Bezug auf die Flächenabdeckung und die Rentabilisierung des Marketingaufwands verfügt.

¹²⁶ Der Schweizer Fernmeldemarkt im internationalen Vergleich, Um die Schweiz erweiterter Auszug aus dem 12. Implementierungsbericht der Europäischen Union, BAKOM, Juli 2007, S. 8.

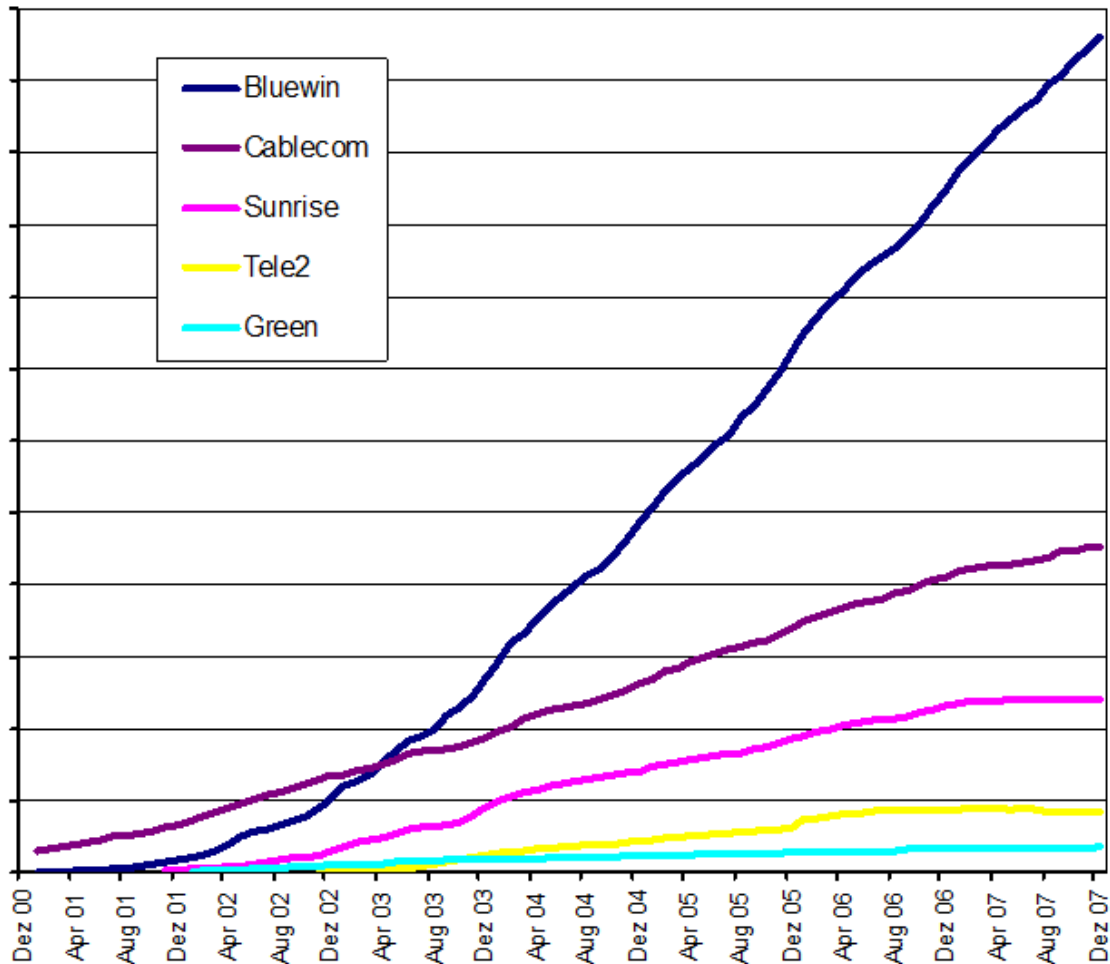


Abbildung 6: Die Anzahl Breitbandanschlüsse der grössten fünf Anbieter von Januar 2001 bis Dezember 2007 [Achse Geschäftsgeheimnis]

135. Im internationalen Vergleich verfügt die Schweiz über hohe Penetrationsraten im Breitbandbereich, wobei die Preise relativ hoch und Maximalbandbreiten im Vergleich zu vielen europäischen Ländern relativ gering sind¹²⁷. Bezüglich der Preise im Retail-Markt lässt sich im Übrigen feststellen, dass diese zwischen 2004 und 2007 gleich geblieben sind (vgl. Rz. 41). Swisscom und die Anbieter von Kabelinternet scheinen sich über die Bandbreiten abzugrenzen statt Wettbewerb über die Preise zu führen, weil sich ersteres weniger stark auf ihre Ergebnisse auswirkt¹²⁸. Auch ein Blick auf die Preise deutet daher nicht daraufhin, dass Swisscom durch die Kabelnetzbetreiber oder andere ADSL-Anbieter diszipliniert wird.

136. Erwähnenswert in diesem Zusammenhang sind auch die Marktanalysen der EU, welche nach wettbewerbsrechtlichen Kriterien unter dem Rechtsrahmen für elektronische Kommunikation durchgeführt werden. Einer der zu analysierenden Märkte ist der Breitbandzugang für Grosskunden¹²⁹. Im relevanten Markt Breitbandzugang für Grosskunden haben im Jahr 2007 von 23 Ländern, welche die Analyse durchgeführt haben, 22 Länder festgestellt, dass kein wirksamer Wettbewerb besteht, und haben das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung der historischen Anbieterin bejaht. Die historischen Anbieterinnen wurden

¹²⁷ Der Schweizer Breitbandmarkt im internationalen Vergleich, BAKOM, Biel, Juli 2006, S. 18.

¹²⁸ Kosten der Breitbanddienste (ADSL und Kabelmodem): Vergleich und Entwicklung, BAKOM, 8. August 2007, S. 8.

¹²⁹ Wholesale Broadband Access, Empfehlung der Kommission vom 11. Februar 2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, 2003/311/EG, Anhang, Markt 12.

auch bei Vorliegen von Kabelnetzen (z.B. Dänemark, Österreich oder England) als marktbeherrschend qualifiziert.

137. Die Glasfaseranschlüsse von Endkunden in der Schweiz entstanden hauptsächlich für Grosskunden in Ballungszentren. Von den unter 20'000 geschätzten verfügbaren Glasfaseranschlüssen (vgl. Rz. 104) werden nicht alle zur Datenübertragung benutzt, sondern sind teilweise nur verlegt, jedoch inaktiv (sog. dark fiber). Auch bezüglich der Glasfaseranschlüsse erfolgt angesichts der nur punktuellen Verfügbarkeit sowie der primären Ausrichtung auf Geschäftskunden keine Disziplinierung von Swisscom im Wholesale-Markt für Breitbanddienste.

138. Die Datenübertragung über das Stromnetz (PLC) bleibt in der Schweiz ein Nischenprodukt und wird insbesondere in einigen Gemeinden des Kantons Freiburg von Groupe-E angeboten. Aus der amtlichen Fernmeldestatistik ist zu entnehmen, dass in der Schweiz 3'419 PLC-Anschlüsse bestehen, wobei es sich insbesondere um Internetkunden der Groupe-E handelt¹³⁰. Angesichts der im Vergleich zum Total der Breitbandanschlüsse von 2'326'137 (vgl. Tabelle 2, S. 30) geringen Anzahl PLC-Anschlüsse, die nur an sehr wenigen Orten verfügbar sind sowie teilweise bestehender technischer Probleme, führt PLC nicht zu einer Disziplinierung von Swisscom auf dem Wholesale-Markt für Breitbanddienste.

139. Swisscom macht in Rz. 63 ff. ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009¹³¹ geltend, dass die Preise sowohl im Wholesale- wie auch im Retail-Markt massiv gesunken seien, und dass dies klar gegen eine marktbeherrschende Stellung von Swisscom spreche.

140. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Der Preis für das meistverkaufte BBCS-Angebot für einen Anschluss betrug bis Dezember 2007 CHF 31.20. Der Preis für den dazugehörigen Endkundenbreitbandanschluss betrug bis Dezember 2007 CHF 49.--. Weder Bluewin noch Swisscom Wholesale haben ihren Kunden Mbit/sec verkauft, sondern einen kompletten Anschluss zu einem klar definierten Preis, der sich weder auf Wholesale- noch auf Retail-Stufe bis Dezember 2007 geändert hat. Dass sich die Bandbreite erhöht hat, wurde in Rz. 41 ebenfalls erwähnt. Dies ändert jedoch nichts an der Höhe des Preises, sondern allenfalls an der Art des Anschlusses. Eine ähnliche Entwicklung ist bei den meisten Hightech-Geräten wie Computer, Festplatten, Mobilfunktelefone, etc. zu beobachten: Während die Preise konstant bleiben oder sinken, verändern sich die Produkte laufend. Aus dieser Entwicklung kann im Bereich Breitbandinternet jedoch nicht ohne weiteres auf die Existenz wirksamen Wettbewerbs geschlossen werden.

141. Im Übrigen ist für die Beurteilung einer Kosten-Preis-Schere gar nicht auf die absolute Höhe der Preise abzustellen. Massgebend ist die Differenz zwischen Wholesale- und Retail-Preis (Marge = RP – WP, vgl. Rz. 215). Da die "Preise" pro Mbit/sec sowohl auf Wholesale- wie auch auf Retail-Ebene gleichermassen gesunken sind (weil die Bandbreiten sowohl auf Wholesale- wie auch auf Retail-Ebene exakt gleich gestiegen sind), ist die negative Differenz für die ISP immer gleich geblieben.

142. Swisscom macht in Rz. 75 und 124 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009¹³² geltend, dass Cablecom durch die Einführung des DOCSIS 3.0 Standards, welcher Geschwindigkeiten von über 100Mbit/s über das heute bestehende Fernseekabelnetz erlaube, über einen technologischen Vorsprung verfüge. Das Netz von Swisscom könne solche Bandbreiten nur mit dem Bau eines Glasfasernetzes erreichen.

143. Hierzu ist Folgendes zu bemerken: Der erwähnte Übertragungsstandard DOCSIS 3.0 ist in Zusammenhang mit vorliegender Untersuchung unerheblich. Zum einen bieten weder Cablecom noch andere Kabelnetzanbieter Vorleistungsangebote für ISP an. Zum anderen ist

¹³⁰ Amtliche Fernmeldestatistik 2007, BAKOM, Biel, 24. März 2009, S. 9.

¹³¹ Akte Nr. 123.

¹³² Akte Nr. 123.

die Einführung von DOCSIS 3.0, wie Swisscom in ihrer Stellungnahme (Rz. 75) selber angibt, erst für das Jahr 2009 vorgesehen, also nach Dezember 2007. Die Einführung von DOCSIS 3.0 soll im Jahr 2009 etappenweise erfolgen. Erste Internetzugänge basierend auf der Übertragungstechnik DOCSIS 3.0 sind gemäss Medienmitteilung von Cablecom¹³³ seit Anfang September 2009 in den Regionen Zürich, Bern und Winterthur verfügbar, die schweizweite Ausweitung soll bis Ende 2010 erfolgen¹³⁴. DOCSIS 3.0 kann daher in die Erwägungen nicht mit einbezogen werden.

144. Swisscom macht in Rz. 77 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009¹³⁵ geltend, dass die Existenz der Koppelung von Breitbandanschlüssen mit Telefoniedienstleistungen nicht gegen disziplinierende Einflüsse spreche. Als Beweismittel legt Swisscom eine Studie bei, welche die Wechselbereitschaft ihrer Kunden dokumentiere.

145. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Ausschlaggebend für die Wechselbereitschaft der Kunden ist nicht, mit welchen "Gedanken sie spielen" (vgl. Rz. 77 ihrer Stellungnahme) sondern vielmehr, wie viele Benutzer nach einer bestimmten Zeit tatsächlich den Anbieter gewechselt haben (vgl. dazu Rz. 128). Im Übrigen ist es naheliegend, davon auszugehen, dass die Wechselkosten eines Endkunden weiter erhöht werden, wenn dieser nicht nur seinen Internetanschluss, sondern gleichzeitig auch noch seinen Telefonanschluss wechselt.

146. Zusammenfassend ist bezüglich des Retail-Marktes festzuhalten, dass ein geringer Wettbewerbsdruck von Seiten der Kabelnetzbetreiber und insbesondere Cablecom besteht. Dieser Wettbewerbsdruck ist jedoch mit Blick auf das vorstehend Angeführte nur beschränkt wirksam.

B.3.1.2.2 Einfluss des nachgelagerten Marktes

147. In diesem Kapitel wird weiter geprüft, in welchem Umfang der aus dem nachgelagerten Retail-Markt beschränkt vorhandene Wettbewerbsdruck zu berücksichtigen ist¹³⁶. Dies heisst, dass abgeklärt wird, ob und wie stark möglicher Wettbewerbsdruck aus dem nachgelagerten Retail-Markt zu berücksichtigen ist.

B.3.1.2.2.1 Bisherige Rechtsprechung

148. Mit Verweis auf die Rechtsprechung der REKO/WEF in Sachen Swisscom ADSL¹³⁷ machte Swisscom unter anderem in ihrer Stellungnahme vom 11. Januar 2008 geltend, dass die Wettbewerbsverhältnisse im Endkundenmarkt und deren Einfluss auf den Wholesale-Markt weitergehend untersucht werden müssten¹³⁸. Nachfolgend ist aufzuzeigen, dass in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und in der Praxis der REKO/WEF teilweise unterschiedliche Analysen vorgenommen wurden, wobei im Gegensatz zur damals von der REKO/WEF zu beurteilenden Situation der Einfluss der Kabelnetzbetreiber (insb. von Cablecom) schwächer geworden ist (vgl. Abbildung 4 und Abbildung 5).

149. In einem das Preisüberwachungsrecht betreffenden Entscheid hatte sich das Bundesgericht mit der sich nach wettbewerbsrechtlichen Kriterien zu beurteilenden Frage der Substituierbarkeit des Empfangs von Kabelfernsehen mit Satellitenempfang auseinanderzusetzen. Dabei wurde der Empfang via Satellit der Auffassung der Vorinstanzen folgend nicht als

¹³³ Medienmitteilung vom 1. September 2009; www.cablecom.ch/about/media/medienmitteilungen/medienmitteilungen_fulltext.htm?id=22

¹³⁴ NZZ Online vom 3. September 2009 "Cablecom ändert den Namen in UPC"; www.nzz.ch/nachrichten/wirtschaft/aktuell/cablecom_aendert_den_namen_in_upc_1.3471679.html

¹³⁵ Akte Nr. 123.

¹³⁶ RPW 2006/4, 739 ff., 748.

¹³⁷ RPW 2005/3, 505 ff.

¹³⁸ Akten Nr. 77, Beilage: Stellungnahme vom 17. Oktober 2007 zum Gutachten der WEKO vom 3. September 2007.

Substitut angesehen¹³⁹. Bezogen auf die vom Bundesgericht vorgenommene Argumentation bezüglich der Substituierbarkeit erscheint in diesem Fall im Übrigen auch der Ausschluss von drahtlosen Anschlusstechnologien als gerechtfertigt. Das Bundesgericht hielt fest, dass eine unvollkommene Substitutionsmöglichkeit eine gewisse disziplinierende Wirkung auf die Preisbildung eines marktmächtigen und selbst eines marktbeherrschenden Unternehmens ausüben vermag. Jedoch könne dies nicht als wirksamer Wettbewerb im Sinne des Preisüberwachungsrechts betrachtet werden, da der Monopolanbieter eine Monopolrente erzielen könne, die er bei wirksamem Wettbewerb zwischen gleichwertigen Produkten nicht erzielen könnte¹⁴⁰. Gemäss dieser Entscheidung sind nicht perfekte Substitute bei der Analyse der Wettbewerbssituation nur begrenzt zu berücksichtigen und es ist primär auf die Wettbewerbskräfte im relevanten Markt abzustellen. Gibt es im relevanten Markt keine Wettbewerber, dürften mögliche disziplinierende Einflüsse aus anderen Märkten grundsätzlich nur begrenzt zu einer Einschränkung der Verhaltensspielräume des betroffenen Unternehmens führen. Dies muss auch für Konstellationen wie die vorliegende gelten.

150. In diesem Zusammenhang ist auch auf die Rechtsprechung in Sachen Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking hinzuweisen, welche in eine ähnliche Richtung geht. Mit Abweisung der Verwaltungsbeschwerde von Unique bestätigte die REKO/WEF mit Entscheidung vom 14. Juni 2004 die von der WEKO erlassenen vorsorglichen Massnahmen¹⁴¹. In der Sache ging es um die Bereitstellung von Parkingdienstleistungen am Flughafen Zürich durch die Sprenger Parking AG und die Alternative Parking AG. Der sachlich relevante Markt umfasste die Bereitstellung von Flughafeneinrichtungen für das Off-Airport-Parking, was im Ergebnis der Wholesale-Ebene entspricht. Eine zusätzliche Marktabgrenzung aus Sicht der Flughafenbenutzer (der Retail-Ebene) war deshalb nicht erforderlich, wobei im Rahmen der Beurteilung der Marktstellung die Endkundenseite (die Retail-Ebene) nicht miteinbezogen wurde¹⁴².

151. Insgesamt ergibt sich, dass die angeführte Rechtsprechung des Bundesgerichts und der REKO/WEF den Schluss zulassen, dass disziplinierende Wirkungen aus angrenzenden Märkten nur teilweise zu berücksichtigen und nicht überzubewerten sind. Im Übrigen wurde jedoch vorliegend - der Rechtsprechung der REKO/WEF in Sachen Swisscom ADSL Rechnung tragend - der als beschränkt eingestufte Wettbewerbsdruck der Kabelnetzbetreiber und insbesondere von Cablecom hinreichend geprüft. Diesbezüglich wurde festgestellt, dass der Einfluss der Kabelnetzbetreiber und auch von Cablecom schwächer geworden ist (vgl. Abbildung 4 und Abbildung 5).

152. Die von der REKO/WEF angeführte Analyse des nachgelagerten Marktes wurde in der vorliegenden Untersuchung berücksichtigt, soweit dies als sinnvoll erschien. Die REKO/WEF führte allerdings zum Beispiel aus, dass es nicht nachvollziehbar sei, inwiefern der Wettbewerb auf dem Retail-Markt wegen der unterschiedlichen Anzahl von Telefonanschlüssen und internetfähigen Kabelnetzanschlüssen nicht spielen sollte, solange die mögliche Kundenzahl in beiden Netzen nicht annähernd erreicht sei¹⁴³. Dass jedoch gerade die Abdeckung und die Anzahl der verfügbaren Anschlüsse für die Einschätzung der Wettbewerbssituation von entscheidender Bedeutung sind, haben die Analysen der Marktentwicklungen nach dem Entscheid der REKO/WEF (vgl. Rz. 124 ff.) sowie auch Marktstudien des BAKOM bestätigt (vgl. Rz. 134), weshalb den diesbezüglichen Ausführungen der REKO/WEF vorliegend nicht zu folgen ist. Auch die EU Kommission geht im Übrigen davon aus, dass es für das Vorliegen

¹³⁹ BGE 130 II 449 S. 457, E. 5.5.

¹⁴⁰ BGE 130 II 449 S. 457, E. 5.5.

¹⁴¹ RPW 2004/3, 859 ff.

¹⁴² RPW 2004/3, 859 ff., 881 ff. sowie RPW 2006/4, 625 ff., 637 ff.

¹⁴³ RPW 2005/3, 505 ff., 522.

einer Kosten-Preis-Schere nicht notwendig ist, dass das vertikal integrierte Unternehmen auf dem nachgelagerten Retail-Markt über eine marktbeherrschend Stellung verfügt¹⁴⁴.

153. Überdies ist zu beachten, dass eine mit dem vorliegenden Fall vergleichbare Marktanalyse in einem Gutachten der WEKO zwischenzeitlich auch vom Bundesgericht am 15. Januar 2007 gestützt wurde¹⁴⁵. Im Gutachten der WEKO vom 13. Juni 2005 betreffend die Portierung von Einzelnummern umfasste der relevante Markt drahtgebundene Anschlüsse, wobei die Nachfrage nach einer Rufnummer, respektive deren mögliche Portierung, nur in Zusammenhang mit der Nachfrage nach einem Anschluss erfolgt. Ein gewisser bezüglich der Festnetzanschlüsse bestehender Wettbewerbsdruck von Seiten der Kabelnetzbetreiber und insbesondere Cablecom, führte nach Auffassung der WEKO nicht dazu, dass sich Swisscom nicht unabhängig im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verhalten kann¹⁴⁶.

154. In ihrer diesbezüglichen Verfügung vom 3. Juli 2006 in der Hauptsache führte die ComCom aus, dass die Marktabgrenzung und die Bewertung der Marktverhältnisse durch die WEKO auf die vorliegende Situation konsistent und im Ergebnis überzeugend erscheinen. Dagegen wurden die einzelnen Kritikpunkte von Swisscom durch die ComCom als wenig überzeugend oder gar als irrelevant angesehen¹⁴⁷. Diese Verfügung der ComCom wurde durch das Urteil des Bundesgerichts vom 15. Januar 2007 gestützt, womit auch die Ausführungen des Gutachtens der WEKO bestätigt wurden¹⁴⁸. Für sprachtelefonfähige drahtgebundene Anschlüsse wurde aus Endkundensicht der teilweise bestehende, gewisse Wettbewerbsdruck von Kabelnetzbetreibern und insbesondere Cablecom als unzureichend angesehen, um auf dem Wholesale-Markt für Breitbanddienste ein unabhängiges Verhalten von Swisscom im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG auszuschliessen. Damit besteht zur Frage des Einflusses der Kabelnetzbetreiber bereits eine rechtskräftige Rechtsprechung, wonach dieser Einfluss nicht zureichend disziplinierend auf Swisscom wirkt.

155. Auch das Bundesverwaltungsgericht bestätigte in seinem Entscheid vom 12. Februar 2009¹⁴⁹ in Sachen Zugang zum schnellen Bitstrom die Beurteilung der Marktverhältnisse, wie sie von der WEKO und der ComCom vorgenommen worden ist. Das Bundesverwaltungsgericht verwies im genannten Entscheid auf ein Gutachten der WEKO vom 20. November 2006¹⁵⁰, in welchem diese feststellte, dass von anderen ISP, welche das Vorleistungsprodukt BBS weiterverkaufen würden, keine disziplinierende Wirkung ausgehen könne. Übrig blieben die Kabelnetzbetreiber, deren regionale Zersplitterung indessen gegen eine Disziplinierung spreche¹⁵¹. Das Bundesverwaltungsgericht stützte den Schluss der WEKO, wonach seitens der Kabelnetzbetreiber und insbesondere seitens von Cablecom nur ein beschränkter Wettbewerbsdruck auf Swisscom bestehen würde¹⁵².

156. Swisscom macht in Rz. 112 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009¹⁵³ geltend, dass der Verweis auf die Rechtsprechung in Sachen Unique keinen Beleg dafür liefere, dass eine gefestigte Praxis der Rechtmittelbehörden bestünde, wonach im Rahmen der Beurteilung der Marktstellung die Endkundenseite generell nicht mit einbezogen werden müsste.

¹⁴⁴ Entscheidung der Kommission vom 2. Juli 2007 i. S. Telefónica, COMP/38.784, Rz. 284, siehe auch Rz. 210.

¹⁴⁵ Urteil vom 15. Januar 2007, 2A.507/2006.

¹⁴⁶ RPW 2005/3, 589 ff., 591 und 593.

¹⁴⁷ Verfügung der Bedingungen der Nummernportabilität vom 3. Juli 2006, S. 13.

¹⁴⁸ Urteil vom 15. Januar 2007, 2A.507/2006, E. 4.3.

¹⁴⁹ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 12. Februar 2009, RPW 2009/1, 97 ff.

¹⁵⁰ RPW 2006/4, 748 ff.

¹⁵¹ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 12. Februar 2009, RPW 2009/1, 97 ff., Ziff. 10.4.1.

¹⁵² Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 12. Februar 2009, RPW 2009/1, 97 ff., Ziff. 10.4.3.

¹⁵³ Akte Nr. 123.

157. Tatsache ist, dass es sich um einen Beschwerdeentscheid betreffend vorsorgliche Massnahmen handelt. Sowohl Inhalt als auch Umfang des Entscheids zeigen jedoch eine substantielle Auseinandersetzung, insbesondere auch in materieller Hinsicht. Interessant dabei ist, dass mangels zusätzlicher Marktabgrenzung aus Endkundensicht insbesondere auf die Marktgegenseite auf Wholesale-Stufe, d.h. die Leistungserbringer, abgestellt wurde. Dass die Endkundenseite, welche auch die Nachfrage auf der Vorleistungsstufe mitbestimmt, in einem ähnlich gelagerten Fall ausgeblendet wurde, ist ein Indiz dafür, dass der Einfluss des nachgelagerten Endkundenmarktes nicht überzubewerten ist.

B.3.1.2.2.2 Indirekte Einflüsse

158. Der Einfluss des nachgelagerten Marktes wird von der ökonomischen Theorie regelmässig unter dem Begriff der sog. „indirect constraints“ besprochen. Die Bezugnahme auf die Indirektheit grenzt diese Auswirkungen von den unter den im aktuellen Wettbewerb behandelten direkten, horizontalen Einflüssen von aktuellen Konkurrenten ab. Ein Anbieter auf Wholesale-Ebene kann auch „indirekt“ beschränkt werden durch Wettbewerb auf dem nachgelagerten Retail-Markt¹⁵⁴. Die Stärke der „indirect constraints“ ist dabei im Einzelfall zu bewerten und entsprechend zu berücksichtigen. Ob dabei „indirect constraints“ bereits auf der Stufe der Marktabgrenzung oder aber – wie vorliegend – erst auf der Stufe der Marktanalyse mit einbezogen werden, sollte keine Auswirkungen auf das Ergebnis haben¹⁵⁵.

159. In theoretischer Hinsicht hängt der Einfluss des nachgelagerten Marktes von folgenden Indikatoren ab: (1.) den Marktanteilen der historischen Anbieterin, der ISP und der Kabelnetzbetreiber; (2.) der Weitergabe von Preiserhöhungen im Wholesale-Markt; (3.) der Nachfrageelastizität im Retail-Markt; (4.) relativen Veränderungen von Marktanteilen im Retail-Markt nach Preisänderungen und (5.) relativen Veränderungen der Wholesale-Preise¹⁵⁶.

160. Die Marktanteile von Swisscom, der alternativen ISP und der Kabelnetzbetreiber wurden bereits dargestellt und gewürdigt (vgl. Rz. 124 ff.). Anhand der Marktentwicklung und weiterer Indikatoren lassen sich folgende Aussagen machen: Es hat sich ergeben, dass die ADSL-Technologie stärker wächst als die Kabelnetzzugänge und dass unter den ADSL-Anbietern nur Bluewin (Swisscom) Marktanteile gewinnt. Die starke Rolle von Swisscom auch im nachgelagerten Retail-Markt spricht damit von Anfang an gegen das Vorliegen von disziplinierenden „indirect constraints“. Da die Retail- und Wholesale-Preise über Jahre praktisch unverändert blieben, ist mangels Preisänderungen eine direkte Schätzung der Elastizitäten nicht möglich. Im Übrigen deuten die wholesale- und retail-seitig vorhandenen Wechselkosten sowie eine gewisse Trägheit zum Wechsel eher auf eine unelastische Nachfrage hin (vgl. Rz. 107, 128 und 395).

161. Dass die indirekten Einflüsse aus dem nachgelagerten Markt ungenügend sind, um Swisscom im Wholesale-Markt für Breitbanddienste zu disziplinieren, zeigt sich im Übrigen auch mit Blick auf die Ertragssituation von Swisscom: Auf Stufe Wholesale erwirtschaftet Swisscom mit dem Produkt BBCS beträchtliche Gewinne. Demgegenüber ist DSL im Retail-Bereich bei Bluewin ein Verlustgeschäft (vgl. Rz. 308 ff.). Bestünde tatsächlich genügend Wettbewerbsdruck aus dem nachgelagerten Retail-Markt und würde dieser Wettbewerbsdruck effektiv auf den Wholesale-Markt wirken, wäre eine derartige Ertragssituation nicht möglich.

¹⁵⁴ ROMAN INDERST/TOMMASO M. VALLETTI, A Tale of Two Constraints: Assessing Market Power in Wholesale Markets, *European Competition Law Review* 2007, S. 84 ff., S. 84.

¹⁵⁵ ROMAN INDERST/ANTON SCHWARZ, Marktabgrenzung und Marktanalyse für Märkte der Vorleistungsebene, *Wirtschaft und Wettbewerb (WuW)*, Jahrg. 58 (2008), Heft 6, S. 637 ff., S. 645.

¹⁵⁶ The Principles of Indirect Pricing Constraints in Market Analysis, Demission BV / Tilburg University, (www.opta.nl/download/Indirect+Pricing+Constraints+in+Market+Analyses+2%2Epdf), besucht am 1. September 2008), 4. Mai 2007, S. 25.

162. Um die Internetnutzung endkundenseitig zusätzlich zu betrachten, wurde ein Auszug von 10'876 Haushalten im Rahmen der Net-Matrix-Base-Studie beigezogen¹⁵⁷. Aufgrund der verfügbaren Daten und der fehlenden Preisänderungen war es nicht möglich, die Preiselastizität auf dem Retail-Markt zu schätzen. Obwohl für jeden Datenpunkt im Datensatz die Verfügbarkeit des CATV-Angebots ermittelt werden konnte und jeweils bekannt war, bei welchem Anbieter ein Login-Name existierte, fehlten die Information darüber, welches Angebot des jeweiligen Herstellers der Kunde nutzte und wie lange die Restlaufzeit des bestehenden Vertrages noch war. Gerade letztere Information ist aber entscheidend, um eine Aussage darüber zu machen, in welchem Ausmass die Kunden bei einer Preiserhöhung des Vorleistungsprodukts von Swisscom auf die CATV-Technologie wechseln würden, da die Wechselkosten gerade bei laufenden Verträgen teilweise erheblich sind.

163. Hingegen gab die Umfrage Aufschluss über die tatsächlichen Ausweichmöglichkeiten im Falle von Erhöhungen der Endkundenpreise. Aufgrund der Angabe der Postleitzahl bei jeder Beobachtung im Datensatz wurde analysiert, ob in diesem Postleitzahl-Gebiet die Möglichkeit eines Internetzugangs via CATV-Technologie besteht. Die Analyse der Verfügbarkeit eines Kabelnetzes in einem bestimmten Postleitzahl-Gebiet basierte auf Angaben von Cablecom und des Verbandes Swisscable¹⁵⁸. Als Ergebnis stellt sich heraus, dass 3'647 der 10'876 Haushalte (d.h. rund 34%) einen Breitband-Internetzugang nutzen und sich tatsächlich zwischen einer der beiden Zugangstechnologien entscheiden können (3'034 Haushalte basierend auf der DSL-Technologie und 613 Haushalte basierend auf der CATV-Technologie).

164. Swisscom macht in Rz. 15 ff., 69 und 106 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009¹⁵⁹ geltend, dass eine umfassende Analyse des Endkundenmarktes nicht stattgefunden habe und demnach auch die Einflüsse des Endkunden- auf den Wholesale-Markt nicht beurteilt werden könnten.

165. Hierzu ist Folgendes zu bemerken: Das Sekretariat hat sich im Antrag an mehreren Stellen intensiv und umfangreich mit dem Einfluss des nachgelagerten Marktes auf die Marktstellung von Swisscom auseinandergesetzt (insb. Rz. 124 ff., 316). Der Thematik wird im Antrag ein eigenes Kapitel gewidmet (Kapitel B.3.1.2.2, S. 36). Trotzdem wird bereits bei der Untersuchung des aktuellen Wettbewerbs auf die Verhältnisse im Retail-Markt eingegangen (vgl. Rz. 92 ff.), obwohl dies an dieser Stelle gar nicht nötig gewesen wäre. Die diesbezüglichen Argumente von Swisscom wurden vollumfänglich berücksichtigt.

166. Swisscom macht in ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009¹⁶⁰ mehrfach geltend, dass die Zahl der Breitbandanschlüsse, über welche Swisscom angeblich verfüge, viel zu hoch angesetzt sei. Richtigerweise sei nur auf die [2 – 4] Mio. aktiven Anschlüsse abzustellen. Entsprechend verfügten 80% der Haushalte über eine Wahl zwischen Kabelinternet und DSL.

167. Hierzu ist Folgendes festzuhalten: Soweit die Vorbringen von Swisscom den Vorwurf betreffen, es werde auf eine zu hohe Anzahl an Anschlüssen abgestellt, kann an dieser Stelle auf die Ausführungen in Rz. 100 und 115 verwiesen werden. Aus den genannten Gründen ist in vorliegender Untersuchung von über [3 - 6] Mio. Anschlüssen auszugehen, da auch der grösste Teil der belassenen Leitungen mit einzubeziehen ist. Swisscom bringt mehrfach vor, dass 80% der Haushalte über eine Wahl zwischen CATV und DSL verfügen und verweist in diesem Zusammenhang in Rz. 122 ihrer Stellungnahme auch auf die Analyse der Net-Matrix-Base-Studie. Entgegen der Auffassung von Swisscom geht aus der Net-Matrix-Base-Studie nicht direkt hervor, wie viele Haushalte eine Wahl zwischen den beiden Zugangstech-

¹⁵⁷ Akten Nr. 66 und 73.

¹⁵⁸ Schreiben Cablecom vom 6. und 14. Februar 2008 sowie Schreiben Swisscable vom 29. Januar 2008 (Akten Nr. 83, 87 und 81).

¹⁵⁹ Akte Nr. 123.

¹⁶⁰ Akte Nr. 123, Rz. 19, 22, 84, 94, 122 und 215.

nologien (CATV und DSL) haben. Um die Wahlmöglichkeit der Haushalte eruieren zu können, muss bekannt sein, ob in einem bestimmten Gebiet überhaupt die Möglichkeit eines Internetzugangs via CATV-Technologie besteht. Zu diesem Zweck ist vorliegend auf Angaben von Cablecom bzw. Swisscable¹⁶¹ abzustellen, aus denen hervorgeht, in welchen Gebieten die CATV-Technologie überhaupt zur Verfügung steht. Gestützt auf die Net-Matrix-Base-Studie und die Angaben von Cablecom bzw. Swisscable betreffend die Verfügbarkeit der CATV-Technologie in einem bestimmten Gebiet, wurde im Rahmen dieser Untersuchung ermittelt, dass lediglich rund 34%¹⁶² der Haushalte eine Wahl zwischen den beiden Zugangstechnologien haben (siehe dazu bereits Rz. 162 f.).

168. Swisscom macht in Rz. 114 ff. ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009¹⁶³ geltend, dass die Analyse der indirekten Einflüsse ungenügend sei, es handle sich um eine lose Aneinanderreihung von Allgemeinplätzen, das Sekretariat sei nicht gewillt, den Sachverhalt abzuklären und die Aussage betreffend Preiselastizität sei unzutreffend. Swisscom zitiert in Fussnote 106 der Stellungnahme ein Dokument der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR)¹⁶⁴, wonach es möglich sei, auch ohne Preisänderungen die Preiselastizität der Nachfrage zu berechnen, wie dies die österreichische Regulierungsbehörde getan habe.

169. Hierzu ist Folgendes festzuhalten: Eine korrekte Berechnung der Preiselastizität der Nachfrage erfordert, dass die Nachfragefunktion bekannt und exakt spezifiziert ist. Ist diese wie vorliegend nicht bekannt, muss sie geschätzt werden. Um eine Schätzung vornehmen zu können, sind Preis-Mengenrelationen erforderlich, die zusammengenommen die Nachfragefunktion bilden. Bis Dezember 2007 nahm Swisscom keine Preisänderungen vor, da die Preise pro Anschluss sowohl auf Wholesale- als auch auf Retail-Stufe konstant blieben (eingehend dazu siehe Rz. 139 ff.). Demgegenüber stiegen die nachgefragten Mengen erheblich, da sich das Breitbandgeschäft in einer starken Wachstumsphase befand (vgl. Abbildung 6). Aus diesen Gründen kann die Nachfragefunktion nicht exakt spezifiziert werden, weshalb die Preiselastizität der Nachfrage nicht berechnet werden kann.

170. Swisscom beruft sich in diesem Zusammenhang namentlich auf eine von der österreichischen Regulierungsbehörde angewandten Methodik¹⁶⁵. Demgemäss zog die österreichische Regulierungsbehörde zwar keine Preisänderungen heran, sondern stützte sich auf Basis von in Österreich mittels Endkundenumfragen speziell zu diesem Zweck erhobenen Daten auf unter anderem hypothetische Kundenverhalten und Preisveränderungsraten¹⁶⁶. Gestützt auf diese bedingten Daten liess sich eine Art hypothetische Preiselastizität berechnen¹⁶⁷. Damit in vorliegender Untersuchung eine solche Analyse durchgeführt werden könnte, müssten Informationen betreffend die Wechselbereitschaft und die Wechselkosteneinschätzung der Endkunden von ADSL zu CATV in der Schweiz verfügbar sein. Da auch ohne die Berechnung einer hypothetischen Preiselastizität nachgewiesen ist, dass Swisscom auf dem relevanten Markt über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, wurde auf die Erhebung dieser Daten mittels einer Endkundenumfrage und die Berechnung einer hypotheti-

¹⁶¹ Schreiben Cablecom vom 6. und 14. Februar 2008 sowie Schreiben Swisscable vom 29. Januar 2008 (Akten Nr. 83, 87 und 81).

¹⁶² Die Wahlmöglichkeit der Nutzer berechnet sich wie folgt: Anzahl Breitbandinternetnutzer mit einer Wahlmöglichkeit zwischen DSL und CATV) dividiert durch die Anzahl Haushalte (Gesamtheit der Stichprobe der Net-Matrix-Base Studie). Dies entspricht $3'647/10'876 = \text{ca. } 34\%$.

¹⁶³ Akte Nr. 123.

¹⁶⁴ Die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH unterstützt die österreichische Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) und die Telekom-Control-Kommission (TKK).

¹⁶⁵ Vgl. Stellungnahme von Swisscom (Akte Nr. 123), Rz. 116.

¹⁶⁶ Vgl. Stellungnahme von Swisscom (Akte Nr. 123), Fn. 106 mit Hinweis auf Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH, Abgrenzung des Marktes für breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene, 2007; Ofcom, Review of the Wholesale Broadband Access Markets, Identification and analysis of markets Determination of market power and setting of SMP conditions Final Explanatory Statement and Notification, Chapter 2, insbesondere Ziff. 2.149.

¹⁶⁷ Vgl. Studie von RTR (zit in Fn. 166), S. 29.

schen Preiselastizität verzichtet. In diesem Zusammenhang gilt es ausserdem zu erwähnen, dass gemäss der Studie von RTR ein bemerkenswert hoher Teil der befragten Haushalte (72.5%) und Unternehmen (79.2%) angaben, der Internetzugang über Kabelanschluss (CATV) biete keinen guten Ersatz für ihren aktuellen Internetzugang (DSL-Anschluss)¹⁶⁸.

171. Swisscom macht in Rz. 88 und 104 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009¹⁶⁹ geltend, dass die WEKO die disziplinierende Wirkung der sektorspezifischen Regulierung nicht genügend berücksichtigt habe. Nach Ansicht von Swisscom sei das Regulierungsziel erreicht, falls mit einer Zugangsform wirksamer Wettbewerb hergestellt werde, womit die Voraussetzungen für weitere Eingriffe wie insbesondere das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung fehlten.

172. Hierzu ist Folgendes festzuhalten: Die gesetzlichen Zugangsbestimmungen, auf welche sich Swisscom beruft, sind Art. 11 Abs. 1 Bst. b FMG (schneller Bitstromzugang) und Art. 11 Abs. 1 Bst. a FMG (vollständig entbundelter Zugang zum Teilnehmeranschluss). Bis Dezember 2007 kann der schnelle Bitstromzugang zum vornherein keinen disziplinierenden Einfluss ausüben, da diese Zugangsform aufgrund der von Swisscom eingeleiteten Rechtsstreitigkeiten zu dieser Zeit von Swisscom noch gar nicht angeboten wurde¹⁷⁰. Bezüglich des vollständig entbundelten Zugangs zum Teilnehmeranschluss ist zu bemerken, dass dieser als höherwertiges Produkt, welches einerseits anderen ISP mehr Möglichkeiten bietet und andererseits höhere Investitionen erfordert, nicht als Substitut zu einem reinen Wiederverkaufsangebot wie dem BBCS anzusehen ist, womit diesbezüglich auch kein disziplinierender Einfluss besteht. Der vollständig entbundelter Zugang zum Teilnehmeranschluss umfasst die Bereitstellung für eine andere Anbieterin von Fernmeldediensten zur Nutzung des gesamten Frequenzspektrums der Doppelader-Metalleitung¹⁷¹.

173. Abgesehen davon ist in konzeptioneller Hinsicht festzuhalten, dass eine auf Wholesale-Stufe eingeführte Zugangsregulierung nicht dazu führt, dass die im Wesentlichen aufgrund des Eigentums am Netz bestehende Marktstellung verändert würde, mit anderen Worten, dass die Marktbeherrschung entfallen würde. Die Zugangsregulierung dient dazu, den Wettbewerb im nachgelagerten Retail-Markt zu ermöglichen, ändert jedoch nichts an der Marktposition im Wholesale-Markt. Die Regulierung schliesst nicht das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung aus, sondern soll eben gerade bei Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung Missbräuche verhindern¹⁷². In grundsätzlicher Hinsicht ist weiter anzumerken, dass in einer Marktwirtschaft Wettbewerbsdruck nur durch Angebote von Konkurrenten entsteht. Die von Swisscom angeführten Alternativen werden jedoch einzig von ihr selbst angeboten, was schon deshalb nicht zu disziplinierendem Wettbewerbsdruck führt.

174. Swisscom macht in Rz. 89 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009¹⁷³ geltend, es entspreche der Praxis der WEKO, die Wirkungen einer sektorspezifischen Regulierung bei der Beurteilung der Marktbeherrschung nach KG zu berücksichtigen. Sie verweist dabei namentlich auf das Zusammenschlussvorhaben BLS-RM¹⁷⁴.

175. Hierzu ist Folgendes anzufügen: Beim Zusammenschlussvorhaben BLS-RM handelt es sich um eine summarische, auf Anhaltspunkte gerichtete vorläufige Prüfung eines Zusammenschlussvorhabens (vgl. Art. 10 und Art. 32 KG). Das Verfahren zur Kontrolle von Unter-

¹⁶⁸ Vgl. Studie von RTR (zit in Fn. 166), S. 28 ff.

¹⁶⁹ Akte Nr. 123.

¹⁷⁰ vgl. Urteil Bundesverwaltungsgericht vom 12. Februar 2009, RPW 2009/1, 97 ff.; Medienmitteilung Swisscom vom 19. Februar 2009, www.swisscom.ch/GHQ/content/Media/Medienmitteilungen/2009/20090219_Verpflichtung_Bitstrom_Zugang.htm.

¹⁷¹ Vgl. im Internet: www.bakom.ch/glossar/index.html?action=id&id=98&lang=de.

¹⁷² RPW 2007/2, 241 ff., 266, Rz. 166, nicht rechtskräftig.

¹⁷³ Akte Nr. 123.

¹⁷⁴ RPW 2006/2, 242 ff.

nehmenszusammenschlüssen unterscheidet sich insofern von einer auf Art. 7 KG basierten Untersuchung, dass eine Zugangsregulierung berücksichtigt werden kann. Dies liegt daran, dass bei einer zukunftsgerichteten Betrachtungsweise von Bedeutung sein kann, inwiefern aufgrund einer Zugangsregulierung Wettbewerb in den der Infrastruktur nachgelagerten Märkten möglich ist. An der Marktstellung bei der Infrastruktur ändert sich dabei grundsätzlich nichts.

176. Swisscom macht in Rz. 91 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009¹⁷⁵ geltend, auch die REKO/WEF habe in ihrem Entscheid in Sachen Swisscom Directories¹⁷⁶ verlangt, dass regulierte Dienstleistungen bei der Beurteilung der Marktstellung berücksichtigt werden müssten.

177. Auch dieser Verweis von Swisscom stösst ins Leere: Es wurde in diesem Entscheid ausgeführt, dass ein Zugang zu den regulierten Verzeichnisdaten (Wholesale) gegen das Vorliegen einer marktbeherrschende Stellung im Bereich der auf einem veredelten Verzeichnis beruhenden Produkte (Retail) spreche¹⁷⁷. Die in diesem Entscheid der REKO/WEF geäußerte Auffassung heisst damit – auch im Sinne des vorstehend Geschriebenen - nichts anderes, als dass eine Zugangsregulierung auf Stufe Wholesale eine Marktbeherrschung im nachgelagerten Retail-Bereich ausschliessen könnte.

B.3.1.2.2.3 Zwischenfazit

178. Zusammenfassend ist bezüglich des Einflusses des nachgelagerten Marktes festzuhalten, dass erstens die Rechtsprechung darauf hindeutet, dass solche Einflüsse wenn überhaupt, dann höchstens begrenzt zu berücksichtigen sind. Zweitens ist anzunehmen, dass sog. „indirect constraints“ in Abhängigkeit verschiedener Indikatoren einzubeziehen sind. Vorliegend wurden die Indikatoren aus dem nachgelagerten Retail-Markt berücksichtigt, und es wurde gezeigt, dass der Einfluss des nachgelagerten Marktes auf den relevanten Wholesale-Markt gering ist (vgl. Kapitel B.3.1.2.2, S. 36).

B.3.1.2.3 Potenzieller Wettbewerb

179. Die Analyse des aktuellen Wettbewerbs und die Berücksichtigung des nachgelagerten Marktes ergaben, dass es bis Dezember 2007 nicht genügend Konkurrenz gab, um eine marktbeherrschende Stellung von Swisscom auszuschliessen. Die Analyse des potenziellen Wettbewerbs soll aufzeigen, ob Swisscom durch in naher Zukunft zu erwartende Marktzutritte diszipliniert werden kann.

180. Der potenziellen Konkurrenz kommt eine disziplinierende Wirkung nur dann zu, wenn es im Fall von Wettbewerbsbeschränkungen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu Marktzutritten kommt, die Zutritte rasch erfolgen können und gross genug sind. Sind Marktzutritte frühestens nach einigen Jahren oder nur von geringer Bedeutung zu erwarten, hat dies keinen nennenswerten Einfluss auf das Verhalten der eingesessenen Unternehmen, da diesen nur beschränkt ausgewichen werden kann.

181. Im Rahmen der Analyse der potenziellen Konkurrenz im Wholesale-Markt für Breitbanddienste ist insbesondere zu fragen, inwiefern innerhalb der nächsten zwei Jahre Unternehmen auf drahtgebundenen Anschlüssen beruhende Breitbandzugänge anbieten werden. Als mögliche Anbieter von solchen Wholesale-Angeboten kämen insbesondere Kabelnetzbetreiber (z.B. Cablecom) oder städtische Infrastrukturbetreiber mit der Erschliessung durch Glasfaserkabel (z.B. Elektrizitätswerk der Stadt Zürich) in Frage.

¹⁷⁵ Akte Nr. 123.

¹⁷⁶ RPW 2006/4, 698 ff.

¹⁷⁷ RPW 2006/4, 720.

182. Kabelnetzbetreiber bieten in Ergänzung zu ihren herkömmlichen Radio- und Fernsehangeboten oft auch Breitbandinternet via ihre Kabelnetze an, wobei aufgrund der Versorgungsgebiete der Kabelnetzbetreiber ein schweizweites flächendeckendes Angebot nicht möglich ist. Allerdings bieten diese Kabelnetzbetreiber den Internetzugang nur direkt ihren eigenen Endkunden an, Wiederverkaufsangebote an andere ISP bestehen abgesehen von einzelnen Ausnahmefällen nicht. Cablecom als der bei weitem grösste Kabelnetzbetreiber wird auch in naher Zukunft kein Wiederverkaufsangebot für Breitbandinternet an andere ISP unterbreiten. Cablecom gab an, dass die Kabelnetztechnologie als „shared“ Medium sich nur begrenzt zum Angebot von Wholesale-Services eigne¹⁷⁸. Swisscable als Verband der Kabelnetzbetreiber wies darauf hin, dass die Kabelnetzbetreiber auf Ebene des Anschlusses kein Wholesale-Angebot bereitstellten, weil es nicht möglich sei, den verschiedenen ISP im selben Kabelnetz Kapazität zuzuweisen¹⁷⁹.

183. Dabei ist auch zu beachten, dass von Kabelnetzbetreibern aufgrund ihrer regionalen Zersplitterung mit über 400 Kabelnetzbetreibern (Rz. 103) nur begrenzt und nur lokal Wettbewerbsdruck auf die schweizweiten Angebote von Swisscom ausgehen könnte. Selbst wenn es technologisch möglich wäre, stellte es für Anbieter wie beispielsweise Sunrise oder Tele2 im Übrigen keine Alternative dar, bei mehreren Hundert Kabelnetzbetreibern Wholesale-Zugänge nachzufragen, um Endkunden in der Schweiz Breitbandinternet anzubieten. Gegen eine Substituierbarkeit sprach in gleicher Weise im Fall Deutsche Telekom (DT), dass ein ISP in Deutschland verpflichtet wäre, mit mehr als 100 Kabelnetzbetreibern Vertriebsvereinbarungen abzuschließen, um eine dem Netz der DT vergleichbare Reichweite und Dichte zu erzielen (vgl. Rz. 208).

184. Potenzielle Konkurrenz im Wholesale-Markt für Breitbanddienste könnte auch durch städtische Infrastrukturbetreiber in den Bereichen Elektrizität, Gas oder Wasser entstehen, welche beginnen, Glasfaserkabel zu Endkunden zu ziehen. So haben beispielsweise die Stimmberechtigten der Stadt Zürich am 11. März 2007 einen Rahmenkredit von 200 Mio. Franken für den Bau und den Betrieb eines Breitbandnetzes durch das Elektrizitätswerk der Stadt Zürich (EWZ) bewilligt. Das im Aufbau befindliche Datentransportnetz soll dabei allen ISP diskriminierungsfrei offen stehen. Das EWZ beabsichtigt bis Ende 2008 rund 1'400 Unternehmen und 3'400 Haushalte anzuschliessen¹⁸⁰. Der effektive Ausbau soll dabei nachfrageorientiert bestimmt werden. Aufgrund der voraussichtlichen Anzahl der zur Verfügung stehenden Anschlüsse sowie aufgrund der nur lokalen Verfügbarkeit dürfte durch das Angebot des EWZ im hier zu beurteilenden relevanten Markt nur sehr begrenzter Konkurrenzdruck entstehen. Dies gilt umso mehr, als dass die genannten Technologien im für vorliegende Untersuchung massgebenden Zeitraum bis Ende des Jahres 2007 noch nicht derart verbreitet waren, als dass sie einen ausreichenden Wettbewerbsdruck auf Swisscom hätten ausüben können.

185. Potenzielle Konkurrenz durch neue Zugangsmöglichkeiten für andere ISP beginnt lokal und insbesondere in Ballungszentren zu entstehen, wie das Beispiel des EWZ zeigt. Jedoch sind die zu erwartenden Marktzutritte nicht in der Lage, in Konkurrenz zu einem flächendeckenden Angebot von Swisscom zu treten und anderen ISP zumutbare Ausweichmöglichkeiten zu bieten. Die durch solche Angebote erwachsene Konkurrenz zum Anschlussnetz von Swisscom ist aufgrund der bestehenden Informationen in den nächsten zwei Jahren als niedrig einzustufen. Aufgrund des geringen Ausmasses der punktuell zu erwartenden Marktzutritte in den nächsten zwei Jahren ist der daraus resultierende Wettbewerbsdruck auf dem relevanten Markt als niedrig anzusehen.

186. Swisscom macht in Rz. 127 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009¹⁸¹ geltend, potenzieller Wettbewerb entstehe auch dadurch, dass Mitbewerber mittels der regulierten Zu-

¹⁷⁸ Schreiben Cablecom vom 28. September 2007, Akte Nr. 53.

¹⁷⁹ Schreiben Swisscable vom 25. September 2007, Akte Nr. 50.

¹⁸⁰ Stadt Zürich, Departement der Industriellen Betriebe, Medienmitteilung vom 28. November 2007.

¹⁸¹ Akte Nr. 123.

gangsdienste die Möglichkeit haben, ihre Breitbandplattformen Dritten anzubieten. Andere ISP hätten mit andern Worten die Möglichkeit, über TAL und den Bitstromzugang eine Infrastruktur bereitzustellen, welche als Basis für eigene Wholesale-Dienste dienen könnte.

187. Hierzu ist Folgendes zu bemerken: Die Zugangsregulierung dient wie bereits in Rz. 82 ausgeführt dazu, den Wettbewerb im nachgelagerten Retail-Markt zu ermöglichen. Dies ändert jedoch nichts an der Marktposition von Swisscom im Wholesale-Markt. In einer Marktwirtschaft kann Wettbewerbsdruck grundsätzlich nur durch Angebote von Konkurrenten entstehen. Damit die von Swisscom angeführten Alternativen, also Wholesale-Angebote basierend auf TAL und Bitstromzugang, von Konkurrenten lanciert werden können, muss jedoch wiederum auf Produkte zurückgegriffen werden, welche einzig von Swisscom selbst angeboten werden, was schon deshalb nicht zu disziplinierendem Wettbewerbsdruck führt.

B.3.1.2.4 Ergebnis

188. Aufgrund des fehlenden aktuellen und potenziellen Wettbewerbs sowie des nicht genügend disziplinierenden Einflusses des nachgelagerten Marktes ist Swisscom in der Lage, sich auf dem Markt für Zugänge zu Breitbanddiensten von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Swisscom ist daher im Wholesale-Markt für Breitbanddienste als marktbeherrschendes Unternehmen gemäss Art. 4 Abs. 2 KG zu qualifizieren.

189. Da bereits Marktbeherrschung aufgrund der herkömmlichen Kriterien besteht, erübrigt sich eine Prüfung, ob zudem auch Marktbeherrschung aufgrund wirtschaftlicher Abhängigkeiten der ISP von Swisscom vorliegt (vgl. Rz. 36).

B.3.2 Unzulässige Verhaltensweise

190. Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen (Art. 7 Abs. 1 KG). Art. 7 Abs. 2 KG konkretisiert solche Verhaltensweisen in einem nicht abschliessenden Beispielkatalog.

191. Im Folgenden ist zu prüfen, inwiefern aufgrund der Preispolitik von Swisscom bei den ADSL-Breitbanddiensten ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 7 KG durch eine sogenannte Kosten-Preis-Schere (Margin- oder Price Squeeze) vorliegt.

192. Swisscom macht in Rz. 227 f. und Rz. 231 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009¹⁸² geltend, es werde dem Umstand, dass es sich beim BCS nicht um ein reguliertes, sondern ein freiwilliges Angebot handle, keine Beachtung geschenkt.

193. Dazu gilt es Folgendes festzuhalten: Man kann sich fragen, ob die Anwendung von Art. 7 KG und des darauf gründenden Verbotes einer Preisschere davon abhängt, ob ein Angebot freiwillig oder aufgrund einer gesetzlichen Verpflichtung erfolgt. In einer Marktwirtschaft, deren Funktionieren unter anderem durch das Kartellrecht sichergestellt wird, erfolgen Angebote von Dienstleistungen aufgrund der Nachfrage nach diesen Dienstleistungen. Angebote ohne gesetzliche Verpflichtungen stellen damit die Regel dar. Dementsprechend erfolgen die meisten der durch die Wettbewerbsbehörden zu beurteilenden Fälle von Missbräuchen einer Marktbeherrschung nach Art. 7 KG in Zusammenhang mit Dienstleistungen, die ohne gesetzliche Verpflichtung erbracht werden. Im Wettbewerbsrecht kann sich höchstens die umgekehrte Frage stellen, nämlich, wie kartellrechtswidriges Verhalten zu beurteilen ist, welches aufgrund gesetzlicher Regulierungen entsteht¹⁸³. Daraus folgt des Weiteren, dass Art. 7 KG stets dann anzuwenden ist, wenn Gegenstand eines Verfahrens ein Verhalten bildet, das von Unternehmen durch ihre eigene Initiative verursacht wird. Dass die Fälle in der EU, die

¹⁸² Akte Nr. 123.

¹⁸³ Vgl. CLERC (zit. Fn. 95), Art. 7 N. 99.

eine Kosten-Preis-Schere zum Gegenstand hatten, regulierte Produkte betrafen, hängt damit zusammen, dass unter dem europäischen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikation die Vorleistungsprodukte für einen Breitbandzugang reguliert sind (eingehend zum europäischen Rechtsrahmen siehe Rz. 211). Im Ergebnis führt dies zu tendenziell tieferen Wholesale-Preisen. Da der Missbrauch bei einer Kosten-Preis-Schere jedoch im Verhältnis zwischen Wholesale- und den durch die Unternehmen festgelegten Retail-Preisen besteht, kamen die Europäische Kommission und das Gericht erster Instanz zu Recht zum Schluss, dass Art. 82 EGV anzuwenden war (zur Praxis in der EU siehe Rz. 206). Ob ein Price-Squeeze-Verbot von Art. 7 KG nur dann zur Anwendung kommen kann, wenn die Einführung eines ADSL-Vorleistungsangebotes aufgrund spezialgesetzlicher Vorschriften erfolgte, kann an dieser Stelle jedoch offen bleiben. Auch wenn man dies bejahen wollte, müsste von einer wettbewerbsrechtlichen Pflicht zu einem solchen Angebot ausgegangen werden. Swisscom ist, wie dargelegt (Rz. 188), marktbeherrschend auf dem Markt für Zugänge von Breitbanddiensten. Das Vorenthalten des Vorleistungsproduktes BBCS würde in diesem Fall eine unzulässige Verweigerung von Geschäftsbeziehungen darstellen (Art. 7 Abs. 1 i. V. m. Art. 7 Abs. 2 lit. a KG). Swisscom hat denn auch das Wholesale-Angebot für ADSL-Dienstleistungen nach der Eröffnung der Vorabklärung durch das Sekretariat der WEKO eingeführt.

194. Bezüglich der Freiwilligkeit des Angebots macht Swisscom in Rz. 229 ff. ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009¹⁸⁴ geltend, eine Angebotspflicht, die nicht explizit im FMG vorgeesehen sei, könne nicht über das Kartellrecht eingeführt werden¹⁸⁵.

195. Dazu gilt es Folgendes festzuhalten: Beim BBCS handelt es sich um ein nicht durch das Fernmelderecht reguliertes Angebot. Daher ist das von Swisscom angeführte Urteil des Bundesgerichts als nicht einschlägig anzusehen. Ausserdem ist anzumerken, dass das Bundesgericht im Office Connex Urteil vermutlich keinen Widerspruch zu seiner Erkenntnis schaffen wollte, wonach der Gesetzgeber selber über die – damals politisch heikle – Öffnung der letzten Meile entscheiden und die diesbezüglichen Formen und Bedingungen festlegen müsse¹⁸⁶. Im Weiteren ist fraglich, ob die Rechtsprechung im Fall Office Connex präjudiziellem Charakter erlangen wird. Die Frage, ob das Kartellgesetz zur Anwendung gelangt, bestimmt sich nach Massgabe des restriktiv auszulegenden Vorbehaltes in Art. 3 Abs. 1 KG. Liegt kein derartiger Vorbehalt vor, ist das Kartellgesetz und damit auch Art. 7 KG uneingeschränkt anzuwenden. Zudem steht das Urteil in Sachen Office Connex möglicherweise in Widerspruch zur bisherigen Praxis des Bundesgerichts. In diesem Zusammenhang ist namentlich der Leitentschied Entreprises Electriques Fribourgeoises¹⁸⁷ zu erwähnen, in dem das Bundesgericht nach der Verneinung vorbehaltener Vorschriften Art. 7 KG ohne weitere Überprüfung anwendete, obwohl im damaligen Zeitpunkt eine Gesetzesrevision zur Öffnung des Elektrizitätsmarktes bevorstand; im Fall Office Connex ging es um die Frage der Öffnung der „letzten Meile“ von Swisscom. In der Literatur ist die Rechtsprechung in Sachen Office Connex denn auch kritisiert worden¹⁸⁸.

196. Swisscom macht in Rz. 232 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009¹⁸⁹ geltend, Swisscom sei mit Urteil des Bundesverwaltungsgerichts i.S. schneller Bitstromzugang zwar verpflichtet worden, den schnellen Bitstromzugang anzubieten. Auch dieser Entscheid begründe aber keine Angebotsverpflichtung für das BBCS.

¹⁸⁴ Akte Nr. 123.

¹⁸⁵ Vgl. Stellungnahme von Swisscom (Akte Nr. 123) mit Hinweis auf das Urteil des BGer 4C.404/2006 vom 16. Februar 2007 „Office Connex“.

¹⁸⁶ vgl. Urteil BGer 4C.404/2006 vom 16. Februar 2007, E.4.3.

¹⁸⁷ BGE 129 II 497.

¹⁸⁸ Ausführlich dazu: MATTHIAS AMGWERT, Netzzugang in der Telekommunikation, Diss. ZH (= ZIK Bd. 41), Zürich 2008, S. 242, Fn. 1227); vgl. auch BENDICHT LÜTHI, Anmerkung zu "Office Connex [Interkonnektion XI]", Bundesgericht vom 16. Februar 2007, sic! 2007, S. 552 ff.

¹⁸⁹ Akte Nr. 123.

197. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Wie bereits mehrfach erläutert, ist es für die Anwendung von Art. 7 KG unerheblich, ob es sich beim BBCS um ein freiwilliges Angebot handelt oder BBCS aufgrund einer gesetzlichen Verpflichtung angeboten wird. Daher ist dieser Umstand für die Beantwortung der Frage, ob sich Swisscom missbräuchlich im Sinne von Art. 7 KG verhalten hat, auch nicht von Relevanz. Demgegenüber ist das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts für die Frage der Marktbeherrschung durchaus von Bedeutung (siehe Rz. 69).

198. Swisscom macht des Weiteren geltend, das Sekretariat sei voreilig davon ausgegangen, dass die Wholesale-Preise zu hoch seien, statt zu prüfen, ob das Retail-Angebot ohne Verluste betrieben werden könne¹⁹⁰.

199. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Entgegen den Ausführungen von Swisscom stützt sich vorliegende Untersuchung nicht ausschliesslich auf die Höhe der Wholesale-Preise für das Vorleistungsangebot BBCS um eine Kosten-Preis-Schere zu bejahren. Vielmehr werden in Test 1 und Test 2 die Wholesale- und Retail-Ebene miteinander verglichen. Beide Tests führen zum Ergebnis, dass weder Swisscom noch die alternativen ISP im Zeitraum bis Ende des Jahres 2007, das Retail-Geschäft profitabel haben betreiben können (siehe dazu Kapitel B.3.2.1.1).

B.3.2.1 Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen

200. Als unzulässige Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 1 KG fällt unter anderem die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen in Betracht (Art. 7 Abs. 2 lit. b KG).

201. Marktbeherrschende Unternehmen sind prinzipiell an das Gleichbehandlungsgebot gebunden¹⁹¹. Grundsätzlich unzulässig ist beispielsweise die gezielte Besser- oder Schlechterstellung bestimmter Geschäftspartner, sofern sie sich spürbar auswirkt¹⁹². Zugangsverträge zwischen marktbeherrschenden Telekommunikationsanbietern (oft der historische Anbieter) und ihren Wettbewerbern können Gegenstand verschiedener Diskriminierungen sein, insbesondere was die Tarifierung, Fristen oder den Zugang betrifft¹⁹³.

202. Kosten-Preis-Scheren (Margin- oder Price Squeeze) werden von Rechtsprechung und Lehre regelmässig als Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. b KG qualifiziert. Bei Kosten-Preis-Schere erfolgt die Diskriminierung indirekt, indem die Abnehmer (die ISP) zwar grundsätzlich zu gleichen Bedingungen die Vorleistungsprodukte für Breitbandinternet bei marktbeherrschenden Unternehmen beziehen können, jedoch der Weiterverkauf an die Endkunden aufgrund der Endkundenpreise des vertikal integrierten Anbieters wegen zu knapper Margen nur mit Verlusten erfolgen kann.

203. Nach der Praxis der WEKO kann eine Kosten-Preis-Schere vorliegen, wenn ein vertikal integriertes Unternehmen die Endleistungspreise (Retail) im Vergleich zu den Vorleistungspreisen (Wholesale) derart tief ansetzt, dass es vergleichbar effizienten Wettbewerbern auf den Endkundenmärkten verunmöglicht wird, Gewinne zu erwirtschaften, um im Markt verbleiben zu können¹⁹⁴.

204. Ähnlich wird von der Literatur erwähnt, dass ein Price-Squeeze vorliegt, wenn ein vertikal integriertes Unternehmen seine Konkurrenten auf der unteren Marktstufe zu Grosshandelspreisen (Vorleistungsentgelt) beliefert, die dermassen nahe bei den vom vertikal integ-

¹⁹⁰ Vgl. Parteigutachten Preispolitik Swisscom im ADSL-Markt (zit. in Fn. 24; Akte Nr. 134), Rz. 28.

¹⁹¹ RPW 2005/3, 505 ff., 525.

¹⁹² ROLAND VON BÜREN/EUGEN MARBACH/PATRIK DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. Auflage, Bern 2008, S. 336.

¹⁹³ CLERC (zit. Fn. 95), Art. 7 N. 174.

¹⁹⁴ M.w.H.: RPW 2005/1, 54 ff., 98; RPW 2004/2, 357 ff., 369.

rierten Unternehmen verwendeten Retail-Preisen (Endkundenentgelt) liegen, dass den Konkurrenten eine zu knappe Marge verbleibt, um mit dem vertikal integrierten Unternehmen auf Endkundenstufe in Wettbewerb zu treten¹⁹⁵.

205. Art. 7 KG orientiert sich konzeptionell, hinsichtlich des Wortlautes und aufgrund dessen Entstehungsgeschichte an Art. 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV)¹⁹⁶. Art. 82 EGV befasst sich mit der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung. In der Literatur wird auch anerkannt, dass Art. 7 KG und Art. 82 EGV nicht Gegenstand unterschiedlicher Interpretationen sein sollten¹⁹⁷. Es rechtfertigt sich deshalb, bei der Auslegung von Art. 7 KG auch die entsprechende europäische Praxis zu berücksichtigen.

206. Nach der Rechtsprechung im europäischen Wettbewerbsrecht liegt eine Kosten-Preis-Schere vor, wenn ein Unternehmen, das über eine beherrschende Stellung auf dem Markt eines Vorprodukts verfügt und selbst einen Teil seiner Produktion zur Herstellung eines Verarbeitungserzeugnisses verwendet, während es das restliche Vorprodukt auf dem Markt verkauft, die Preise, zu denen es das Vorprodukt an Dritte verkauft, so hoch ansetzt, dass die Dritten über keine ausreichende Verarbeitungsmarge verfügen, um auf dem Markt des Verarbeitungserzeugnisses wettbewerbsfähig zu bleiben¹⁹⁸.

207. In den letzten Jahren erlangte die Thematik Kosten-Preis-Schere im Zusammenhang mit Liberalisierungen im Infrastrukturbereich und der Marktöffnung von Netzen für Wettbewerber erhöhte Beachtung. Dies gilt insbesondere für den Bereich der Telekommunikation, in welchem die Europäische Kommission sich in den Fällen Deutsche Telekom, Wanadoo und Telefónica mit ähnlich gelagerten Fällen wie dem hier zu beurteilenden auseinandersetzte. Bei allen drei Fällen handelte es sich um missbräuchliche Ausnutzungen marktbeherrschender Stellungen nach Art. 82 EGV. Der jeweils ehemalige nationale Monopolanbieter beließ unzureichende Margen bei den Vorleistungen für Breitbandinternetangebote (insbesondere für xDSL) im Vergleich zu den von diesem Anbieter praktizierten Endkundenpreisen.

208. Im Fall Deutsche Telekom verhängte die Europäische Kommission eine Geldbusse gegen die Deutsche Telekom, da aufgrund einer Kosten-Preis-Schere neuen Marktteilnehmern kein hinreichender Spielraum verblieb, um in Wettbewerb um die Endkunden zu treten¹⁹⁹. Mit Urteil vom 10. April 2008 wies das Gericht erster Instanz alle Klagegründe der Deutschen Telekom zurück und bestätigte den Entscheid der Europäischen Kommission²⁰⁰.

209. Wanadoo, eine Tochtergesellschaft von France Télécom, wurde von der Europäischen Kommission am 16. Juli 2003 eine Geldbusse wegen Missbrauchs einer beherrschenden Stellung auferlegt²⁰¹. Die Europäische Kommission hatte festgestellt, dass die Endabnehmerpreise von Wanadoo unterhalb ihrer Kosten für die angebotenen Breitbanddienste lagen. Der Missbrauch endete im Oktober 2002, als France Télécom um 30% niedrigere Wholesale-Preise einführte. Mit Urteil des Europäischen Gerichts Erster Instanz vom 30. Januar 2007 bestätigte dieses den Entscheid der Europäischen Kommission in Sachen Wanadoo²⁰².

¹⁹⁵ MANI REINERT, Preisgestaltung, in: Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis, Geiser/Krauskopf/Münch (Hrsg.), Basel 2005, S. 145.

¹⁹⁶ Konsolidierte Fassung: ABl. C 325 vom 24. Dezember 2002, S.33.

¹⁹⁷ CLERC (zit. Fn. 95), Art. 7 N. 44.

¹⁹⁸ Urteil des Gerichts erster Instanz vom 30. November 2000, Industrie des poudres sphériques, T-5/97, Ziff. 178.

¹⁹⁹ ABl. L 263 vom 14. Oktober 2003, S.9.

²⁰⁰ Urteil des Gerichts erster Instanz vom 10. April 2008, T-271/03.

²⁰¹ Entscheidung vom 16. Juli 2003, COMP/38.233.

²⁰² Urteil des Gerichts erster Instanz vom 30. Januar 2007, T-340/03.

210. Im Fall Telefónica verhängte die Europäische Kommission am 2. Juli 2007 eine Busse wegen eines schwerwiegenden Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung auf dem spanischen Breitbandmarkt durch eine Kosten-Preis-Schere²⁰³. Telefónica hätte dabei die Kosten-Preis-Schere jederzeit beenden können, indem es von sich aus die Wholesale-Preise gesenkt hätte. Auf einzelne Ausführungen und Überlegungen aus diesen drei ähnlich gelagerten Fällen, welche grosse Ähnlichkeiten mit dem vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt aufweisen, wird nachfolgend zurückzukommen sein.

211. Erwähnenswert in diesem Zusammenhang ist auch der europäische Rechtsrahmen für elektronische Kommunikation, der sich auf wettbewerbsrechtliche Kriterien stützt. In diesem Rechtsrahmen finden sich auch die Prinzipien zur Kosten-Preis-Schere wieder. Insbesondere Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht sollten Kosten-Preis-Scheren vermeiden, bei denen Unterschiede zwischen ihren Endverbraucherpreisen und den von Wettbewerbern mit ähnlichem Leistungsangebot erhobenen Zusammenschaltungsentgelten so gestaltet sind, dass ein nachhaltiger Wettbewerb nicht gewährleistet ist²⁰⁴. Damit wurden die kartellrechtlichen Voraussetzungen für das Vorliegen eines Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung durch eine Kosten-Preis-Schere dargelegt.

212. In der ökonomischen Literatur gelten Kosten-Preis-Scheren als Spezialfall von sog. "vertical foreclosure"²⁰⁵. Sie werden als Situationen beschrieben, in welchen ein vertikal integriertes Unternehmen hohe Preise für seine vorgelagerten Dienstleistungen an Wettbewerber im nachgelagerten Markt verlangt, während die Endkundenpreise des vertikal integrierten Unternehmens derart niedrig gesetzt werden, dass der Wettbewerb im nachgelagerten Markt ausgeschaltet oder erheblich geschwächt wird (chill downstream competition)²⁰⁶. Eine weitergehende Definition geht von einem Price Squeeze aus, falls ein vertikal integriertes Unternehmen mit Marktmacht in der Bereitstellung einer wesentlichen Vorleistung, die Preissetzung bei den vorgelagerten oder ihren nachgelagerten Dienstleistungen in einer Weise und für eine genügend lange Zeit vornimmt, um einem mindestens ebenso effizienten Wettbewerber im nachgelagerten Markt einen genügenden Ertrag zu verunmöglichen, um im Markt zu verbleiben²⁰⁷.

213. Im Rahmen einer ökonomischen Übersicht erwähnt Fernández Álvarez-Labrador fünf Voraussetzungen, die für das Bestehen einer Kosten-Preis-Schere vorzuliegen haben²⁰⁸:

- 1) Marktstruktur: Vorausgesetzt wird ein vertikal integriertes Unternehmen, das auf zwei Märkten in einer Verwertungskette aktiv ist. In vorliegendem Fall trifft dies auf Swisscom zu. Swisscom ist einerseits Verkäufer des ADSL-Vorleistungsangebot BBCS und gleichzeitig mit der Marke Bluewin im nachgelagerten Markt als ISP tätig.
- 2) Kontrolle über eine notwendige Vorleistung, welche die Wettbewerber benötigen, um im nachgelagerten Markt Dienstleistungen anzubieten: Swisscom verfügt mit dem auch auf dem Anschlussnetz beruhenden BBCS über eine Vorleistung, auf die ISP wie Green, Sunrise oder Tele2 angewiesen sind, um Breitbandinternet an Endkunden anbieten zu können (vgl. Rz. 92 ff.).

²⁰³ Vgl. Entscheidung der EU-Kommission i.S. Telefónica vom 2. Juli 2007, COMP/38.784.

²⁰⁴ Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie), ABl. L 108 vom 24. April 2002, S.37, Präambel 20.

²⁰⁵ Für eine Übersicht über "vertical foreclosure" siehe PATRICK REY/JEAN TIROLE, A Primer on Foreclosure, Handbook of Industrial Organization III, Elsevier 2007.

²⁰⁶ PAUL A GROUT, Recent Developments in the Definition of Abusive Pricing in European Competition Policy, CMPO Working Paper Series No. 00/23, August 2000, überarbeitet im März 2001.

²⁰⁷ PIETRO CROCIONI/CENTO VELJANOVSKI, Price Squeezes, Foreclosure and Competition Law, Principles and Guidelines, Journal of Network Industries, 2003 (vol. 4), S. 28 ff.

²⁰⁸ MARGARITA FERNÁNDEZ ÁLVAREZ-LABRADOR, Margin Squeeze in the Telecommunications Sector: An Economic Overview, World Competition, Vol. 29, No. 2, June 2006, S. 247 ff.

- 3) Die Differenz zwischen Wholesale-Kosten und Retail-Preis reichen nicht aus, um Wettbewerbern einen genügenden Ertrag im nachgelagerten Retail-Markt zu ermöglichen. Im vorliegenden Fall bestehen, wie nachfolgend aufzuzeigen ist, keine genügenden Margen (vgl. Rz. 223 ff., Rz. 271 ff.).
- 4) Dauer: Ein Price Squeeze muss genügend lange bestehen, damit er reale Auswirkungen im Markt entfaltet. Im Folgenden wird dargelegt werden, dass über mehrere Jahre (mindestens seit Anfang 2003) ein Price Squeeze bestand (vgl. Rz. 223 ff., Rz. 271 ff.).
- 5) Zurückgewinnung von Verlusten: Das vertikal integrierte Unternehmen kann die Verluste, welche als Folge der ungenügenden Marge im Bereich Retail entstehen, zurückgewinnen, beispielsweise über Profite, welche im Bereich Wholesale erzielt werden. Es wird aufzuzeigen sein, dass die Verluste von Swisscom (Bluewin) im Bereich ADSL mit entsprechenden Gewinnen im Wholesale mittels BCS mehr als kompensiert werden (vgl. Rz. 312 ff.).

214. Ein Price Squeeze kann grundsätzlich dann entstehen, wenn der Endkundenpreis (EP) relativ zu tief (Predation) oder wenn der Wholesale-Preis (WP) relativ zu hoch ist (Vertikale Marktabschottung). Vorliegend ist mit Blick auf die hohen Preise davon auszugehen, dass es sich um eine vertikale Marktabschottung und nicht um Predation handelt (vgl. Rz. 317).

215. Bei diesem Verhalten verunmöglicht Swisscom anderen ISP (Green, Sunrise, Tele2 etc.) im Breitbandmarkt profitabel zu sein. Wenn der Preis, welcher Swisscom für das Wholesale-Angebot verlangt (WP), grösser ist als die Differenz zwischen dem Retail-Preis (RP) und den Kosten, welche einem ISP entstehen (RK), so kann ein ISP nicht profitabel Breitbanddienstleistungen anbieten. Dann ist die Retail-Marge (RM) ungenügend oder negativ.

Formal: $RM = RP - WP - RK < 0$, wobei

WP: Wholesale-Preis von Swisscom

RP: Retail-Preis (Endkundenpreis)

RK: Retail-Kosten

RM: Retail-Marge.

216. Der volkswirtschaftliche Schaden ergibt sich einerseits aus der Verringerung des Angebotes für Endkunden und andererseits aus sich ergebenden Monopolrenten auf der Wholesale-Stufe.

217. Nachfolgend ist anhand verschiedener Methoden und Faktoren (Kosten-Preis-Schere Tests, Margen Betrachtung) aufzuzeigen, ob durch die Preispolitik von Swisscom bei den Vorleistungsentgelten für DSL-Breitbandinternet im Verhältnis zu den Endkundenpreisen ihres gruppeneigenen ISP Bluewin eine Kosten-Preis-Schere mit unzureichenden Gewinnmargen für alternative ISP besteht, womit eine Diskriminierung von Handelspartnern im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. b KG begründet wird. Zuerst werden im nächsten Kapitel (B.3.2.1.1) zu den Kosten-Preis-Schere Tests die bei den Anbietern entstandenen Kosten analysiert. Danach wird im Kapitel B.3.2.1.2 zudem die unzureichende Marge für das 3'500/300-Angebot analysiert. Anschliessend werden im Kapitel B.3.2.1.3 die Auswirkungen der Kosten-Preis-Schere auf Gewinne und Verluste innerhalb von Swisscom veranschaulicht.

218. Swisscom macht in Rz. 212 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009²⁰⁹ geltend, dass sie keinen Anreiz habe, eine Kosten-Preis-Schere anzuwenden und keinen Anreiz habe, andere DSL-Anbieter aus dem Markt zu drängen. Um dies zu belegen, zitiert Swisscom verschiedene Theorien.

219. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Der Gewinn, welcher in der gesamten Wertschöpfungskette DSL zu erwirtschaften ist, fällt ausschliesslich auf der Wholesale-Stufe an. Allein

²⁰⁹ Akte Nr. 123.

Swisscom ist in diesem Bereich tätig und erwirtschaftet daher als einzige Anbieterin von DSL-Dienstleistungen auf Wholesale-Stufe Gewinne. Swisscom profitiert daher in hohem Masse von ihrer Preisstrategie. Die Anwendung von KG 7 setzt zwar nicht voraus, dass eine Verhaltensweise schuldhaft ist, jedoch zeigen die hohen Gewinne auf der Wholesale-Stufe, die enorme Erhöhung des Retail-Marktanteiles von Bluewin und das Ausscheiden von Wettbewerbern auf der Retail-Stufe, dass Swisscom einen grossen Anreiz hat, einen Price-Squeeze zu betreiben.

220. Zu den genannten Theorien ist zu erwähnen, dass sich immer wieder Theorien und spezifische Modelle finden, mit deren Hilfe sich unter bestimmten Annahmen zeigen lässt, dass sich ein Price-Squeeze aus Sicht eines vertikal integrierten Unternehmens nicht lohnen könnte. Aus der Existenz solcher Theorien kann Swisscom nichts zu ihren Gunsten ableiten. Gemäss herrschender Lehre und Praxis führt ein Price-Squeeze zu volkswirtschaftlichen Schäden wegen der Verringerung des Angebotes für Endkunden und andererseits wegen der sich ergebenden Monopolrenten auf der Wholesale-Stufe (siehe auch Rz. 216). Dass von der EU-Kommission und von mehreren nationalen Gerichten in der EU im Telekommunikationsbereich bereits ähnlich gelagerte Fälle existieren, zeigt, dass auch die Europäische Rechtsprechung von einer Schädlichkeit von Kosten-Preis-Scheren ausgeht (siehe auch Rz. 208 ff.).

221. Swisscom macht in Rz. 225 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009²¹⁰ geltend, das Sekretariat hätte gemäss Crocioni/Veljanovski nachweisen müssen, dass das BBCS für das Vorhandensein von Wettbewerb im nachgelagerten Markt unabdingbar sei. Nur dann könnte allenfalls eine Kosten-Preis-Schere mit negativen volkswirtschaftlichen Folgen vorliegen.

222. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Die WEKO hat die marktbeherrschende Stellung von Swisscom im Kapitel "B.3.1 Marktbeherrschende Stellung" geprüft und ist zum Schluss gekommen, dass das Produkt BBCS ein notwendiger Input für die ISP im nachgelagerten Breitbandmarkt ist. Daher trägt vorliegende Verfügung den in der Literatur geforderten Anforderungen genügend Rechnung.

B.3.2.1.1 Kosten-Preis-Schere Tests

223. Um zu analysieren, ob wettbewerbsschädliche Kosten-Preis-Scheren bestehen, kann unter anderem auf sog. Imputation Tests abgestellt werden. Ausgangspunkt ist eine Unterscheidung der Retail-Kosten, welche beim vertikal integrierten Unternehmen auf der Downstream-Ebene anfallen (z.B. bei Bluewin), von denjenigen Retail-Kosten, welche einem beliebigen ISP entstehen. In Praxis und Literatur werden dementsprechend zwei Price-Squeeze-Tests (Imputation Tests) unterschieden²¹¹:

- **Test 1:** Basierend auf den Vorleistungspreisen (hier: BBCS) des vertikal integrierten Unternehmens können dessen eigene Aktivitäten im nachgelagerten Markt (hier: DSL-Bereich von Bluewin) nicht profitabel erbracht werden. Dies hiesse, dass die Retail-Marge von Bluewin (Swisscom) ungenügend wäre.
- **Test 2:** Die Retail-Marge eines effizienten (reasonably efficient) ISP ist ungenügend, um einen ausreichenden Ertrag zu erwirtschaften.

224. Im Test 1 wird auf die Kosten von Bluewin abgestellt, während im Test 2 die Kosten der Wettbewerber berücksichtigt werden. Beide Tests haben Vor- und Nachteile. Ein Argument, welches für Test 1 spricht, ist Folgendes: Falls die Wettbewerber von Bluewin effizienter wären als Bluewin, so würde bei Test 2 unter Umständen kein Price Squeeze resultieren, während gemäss Test 1 möglicherweise eine Kosten-Preis-Schere festgestellt würde. Dies würde bedeuten, dass die Anwendung von Test 2 die Wettbewerber von Bluewin für ihre Ef-

²¹⁰ Akte Nr. 123.

²¹¹ Vgl. u.a. CROCIONI/VELJANOVSKI, (zit. Fn. 207), S. 49 ff.

fizienz bestrafen würde. Wenn hingegen Test 1 zur Anwendung gelangte, so würden die Wettbewerber für ihre Effizienz belohnt, da sie, selbst wenn Bluewin nur eine sehr geringe Marge hätte, aufgrund ihrer Effizienz höhere Margen erzielen könnten.

225. Nachfolgend wird anhand von Angaben aus den bei den Anbietern durchgeführten Marktbefragungen gezeigt²¹², dass in diesem Fall beide Imputation-Tests zum selben Resultat führen. Tabelle 3 stellt die bei den ISP erfragten durchschnittlichen Einnahmen und Ausgaben pro Benutzer des gesamten ADSL-Geschäfts für die Jahre 2006 und 2007 von Bluewin, Sunrise, Tele2 und Green (nur 2006) gegenüber. Die Einnahmen bestehen hauptsächlich aus den monatlichen Zahlungen der Endkunden. Die Ausgaben bestehen einerseits aus den regelmässig wiederkehrenden Wholesale-Kosten für den BCS (Access und Connectivity) von Swisscom. Andererseits kommen andere Kosten hinzu, die beim ISP selber anfallen, wie der Betrieb des Netzwerkes, die Akquisition von Endkunden, das sog. customer care, billing, IT, etc. Die Einnahmen und Kosten wurden dabei durch die jeweilige Anzahl Endkunden dividiert. In diesem ebenfalls zu erwähnen ist, dass Bluewin das Vorleistungsprodukt zu den gleichen Konditionen bezieht wie die alternativen ISP.

226. Da es sich um einen Durchschnittswert handelt, könnten sich für einzelne Kunden gewisse Abweichungen ergeben. So könnte z.B. bei einem Geschäftskunden eine weniger negative Marge resultieren, während bei einem privaten Endkunden, der möglicherweise noch von einem Sonderangebot profitierte und das Netz durch Downloads stark in Anspruch nimmt, die Marge deutlich unter dem Durchschnittswert liegt.

Tabelle 3: Die durchschnittlichen Margen der vier grössten ADSL-Anbieter der Schweiz im Jahr 2006 und 2007 sowie deren Berechnung (Franken pro Kunde pro Monat)

2006	Bluewin	Sunrise	Tele2	Green
Einnahmen	[30-70]	[30-70]	[30-70]	[30-70]
Kosten	[40-80]	[40-80]	[40-80]	[40-80]
Differenz (Marge)	[-10-0]	[-10-0]	[-10-0]	[-10-0]

2007	Bluewin	Sunrise	Tele2	Green
Einnahmen	[30-70]	[30-70]	[30-70]	n.a.
Kosten	[40-80]	[40-80]	[40-80]	n.a.
Differenz (Marge)	[-10-0]	[-10-0]	[-10-0]	n.a.

227. Die Margen könnten auch bei einzelnen Bandbreitentypen unterschiedlich ausfallen. Da jedoch ca. [...] % aller ADSL-Kunden die gleiche Bandbreite haben (3'500/300), werden die Resultate im Wesentlichen durch diesen Bandbreitentyp bestimmt. Die anderen Typen fallen kaum ins Gewicht, weil der zweithäufigste Typ (300/100) von der Anzahl her nur ca. [...] % ausmacht und vom Umsatz her sogar unter [...] % liegt. Es ist daher nicht auszuschlies-

²¹² Siehe die Antworten auf den Fragebogen vom 7. September 2007 von Green (Akte Nr. 78), Sunrise (Akte Nr. 57 und 71), Swisscom (Akte Nr. 58, 59, 70, 74, 77, 80 und 90) sowie von Tele2 (Akte Nr. 56).

sen, dass einzelne Bandbreitentypen, insbesondere im Geschäftskundenbereich, rentabel sein könnten. Wenn jedoch die Gesamtbetrachtung negative Margen hervorbringt, trotz einzelner Bandbreiten, bei denen positive Margen erwirtschaftet werden können, so ist der Price Squeeze im Massenmarkt umso gravierender. Daraus erklärt sich auch, dass ADSL-Anbieter verschiedene Margen haben, da sie eine unterschiedliche Kundenstruktur aufweisen können.

228. Abbildung 7 zeigt die Entwicklung der Differenz zwischen den gesamten Kosten und Einnahmen bei Bluewin (Swisscom) zwischen Januar 2003 bis Dezember 2006 pro Kunde. Daraus wird ersichtlich, dass die Kosten fast immer über den Einnahmen lagen. Die daraus sich ergebende Differenz nahm zwar leicht ab, die Marge blieb jedoch im Durchschnitt immer negativ. Aus der Entwicklung geht auch hervor, dass das ADSL-Geschäft von Bluewin über mehrere Jahre unprofitabel war und dies obwohl Bluewin mit über einer Million Endkundenanschlüssen über viermal mehr Kunden verfügt als der zweitgrösste ADSL-Anbieter Sunrise (Tabelle 2, S. 30).

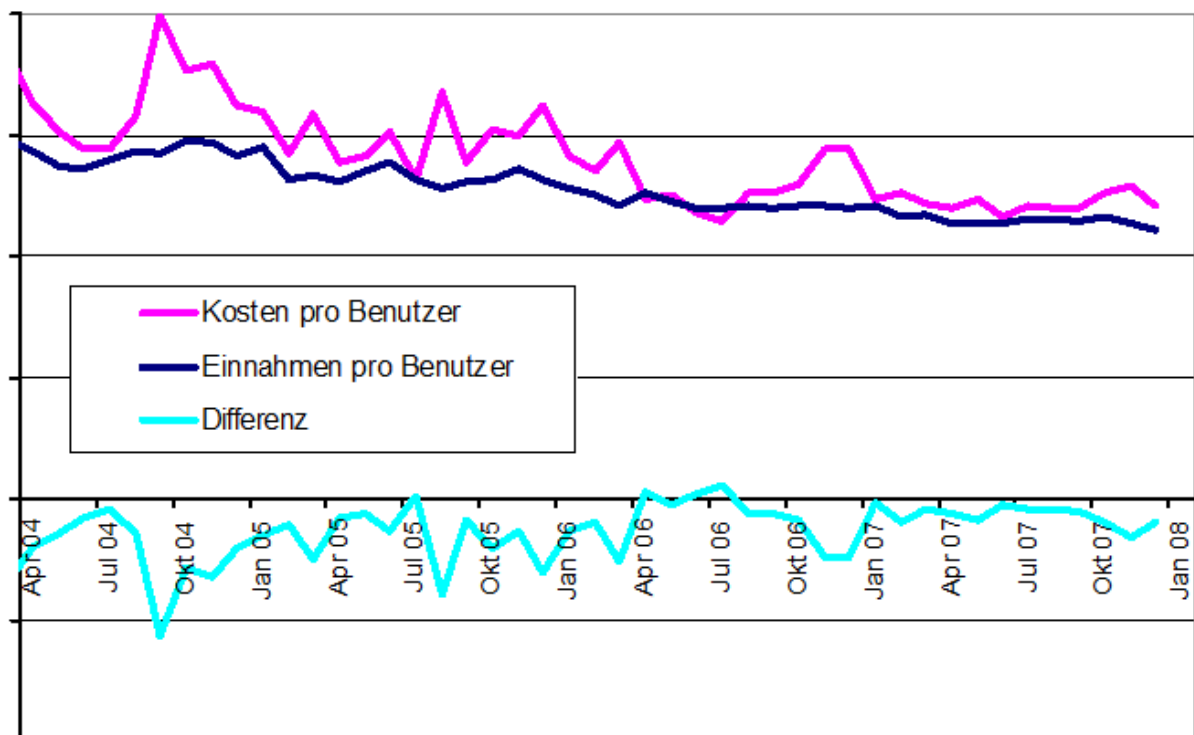


Abbildung 7: Die Marge von Bluewin (Swisscom) im Bereich DSL (Test 1) [Achse Geschäftsgeheimnis]

229. Aus Abbildung 8 wird ersichtlich, wie sich die Situation beim grössten alternativen Anbieter Sunrise für die Jahre 2006 und 2007 präsentiert. Die Situation ist ähnlich mit derjenigen von Bluewin. Die Differenz zwischen den gesamten Einnahmen und Ausgaben liegt kontinuierlich unterhalb der Gewinnschwelle. Eine Aussicht auf Gewinne ist ohne Änderung der Preise nicht zu erwarten.

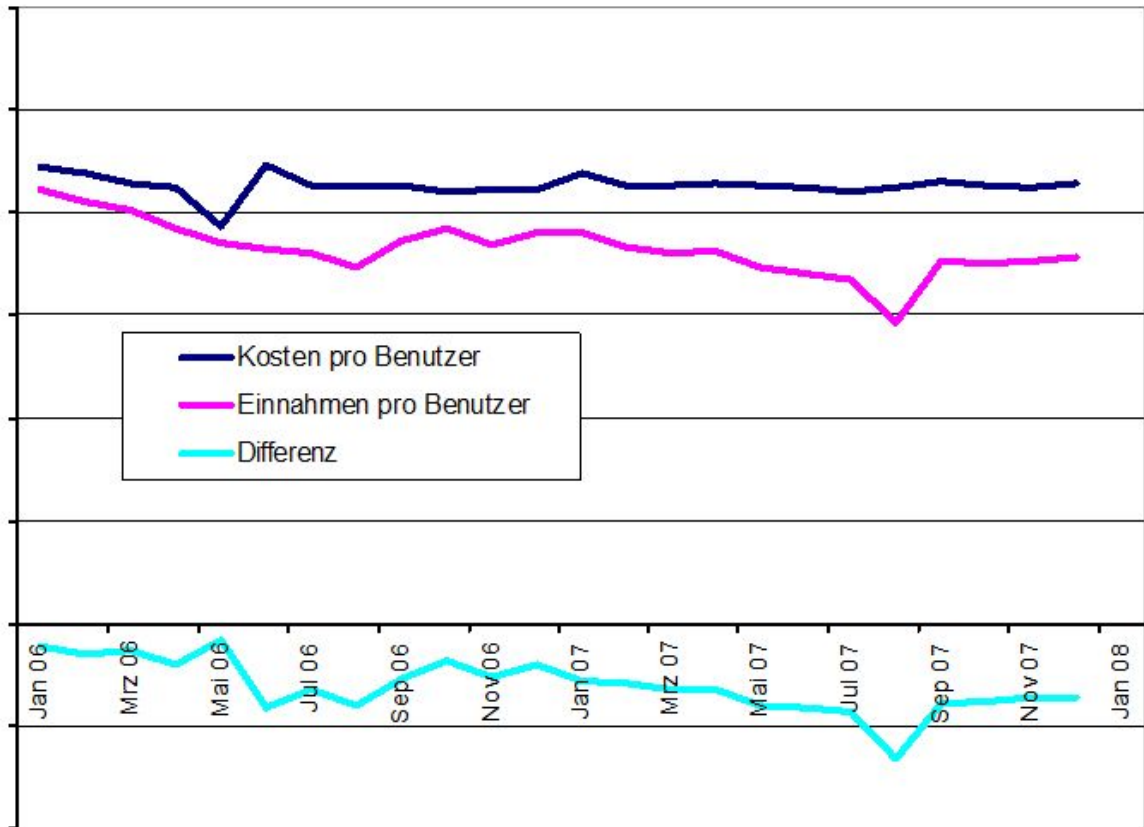


Abbildung 8: Die Marge von Sunrise (Test 2) [Achse Geschäftsgeheimnis]

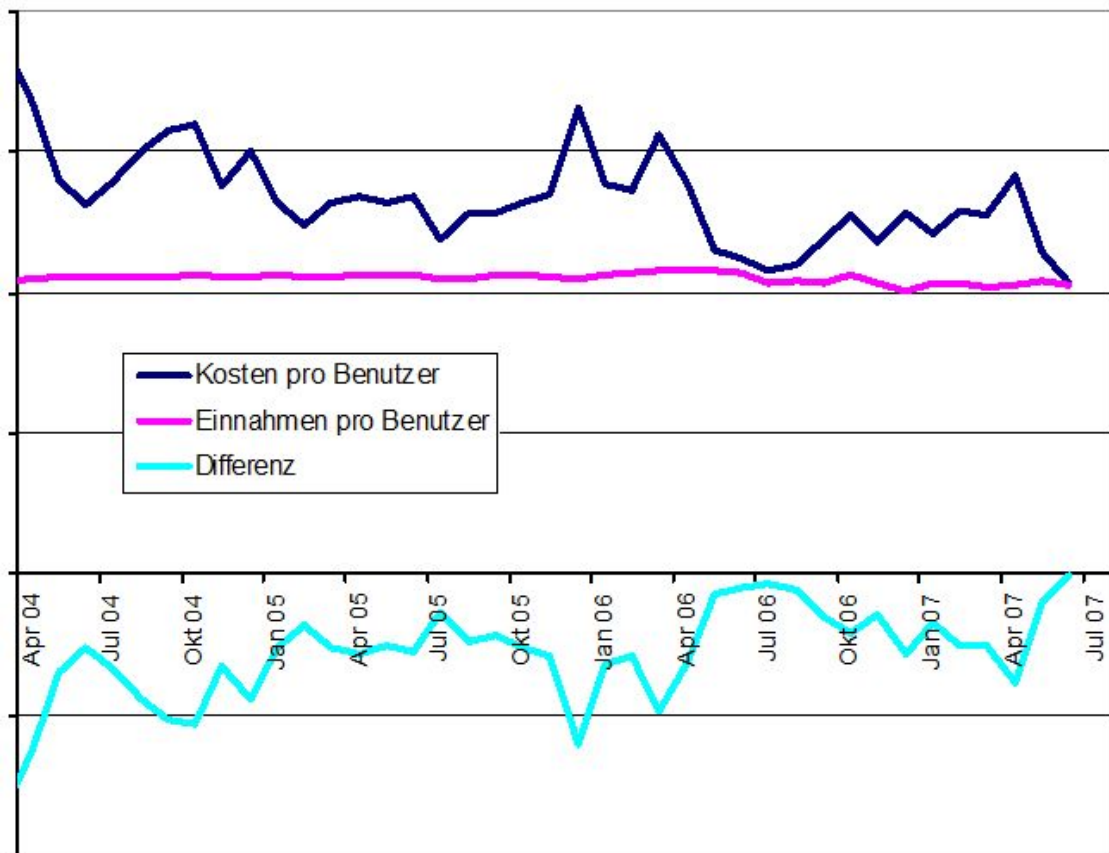


Abbildung 9: Die Marge von Tele2 (Test 2) [Achse Geschäftsgeheimnis]

230. Auch die Situation bei Tele2 liefert ein ähnliches Bild (Abbildung 9). Während zu Beginn des ADSL-Geschäfts noch starke Schwankungen existieren, pendeln sich die Werte ab dem Jahr 2004 ein und bilden dauerhaft eine negative Marge.

231. Die beiden durchgeführten Kosten-Preis-Schere Tests (Imputation Tests) haben ergeben, dass aufgrund der von Swisscom praktizierten Preise DSL-Breitbandinternet in den letzten Jahren weder vom vertikal integrierten Netzanbieter (Swisscom/Bluewin) noch von einem der grösseren alternativen ISP (Green, Sunrise, Tele2) profitabel angeboten werden konnte. Damit ist festzustellen, dass bis Ende 2007 eine Kosten-Preis-Schere bestand.

232. Swisscom macht in Rz. 179 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009²¹³ geltend, das Sekretariat orientiere sich bei der Durchführung der Kosten-Preis-Schere-Tests zwar an der Vorgehensweise der EU, weiche in methodischer Hinsicht indessen auf untaugliche Weise von dieser ab.

233. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Bei der Frage, ob eine Kosten-Preis-Schere vorliegt, geht es nicht um die absolute Höhe der Wholesale- bzw. Retail-Preise, sondern ausschliesslich um die Differenz zwischen denselben²¹⁴. Entsprechend ist es nicht von Bedeutung, dass die Fälle in der EU, die eine Kosten-Preis-Schere zum Gegenstand hatten, regulierte Produkte betrafen. Auf die angeblichen Mängel in der Methodik des Sekretariats wird nachfolgend im Einzelnen eingegangen. Vorweg gilt es aber zu erwähnen, dass sich Art. 7 KG konzeptionell an Art. 82 EGV orientiert. Daher erscheint es als sachgerecht, sich an Lehre und Rechtsprechung zu dieser Bestimmung zu orientieren. Die Orientierung am europäischen Wettbewerbsrecht bedeutet indessen nicht, dass sich die schweizerischen Wettbewerbsbehörden unfähig an dieses zu halten haben, sondern es steht ihnen frei, soweit es als angezeigt erscheint, abweichend von der EU eine eigene Praxis zu begründen.

234. Swisscom macht in Rz. 191 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009²¹⁵ und in Rz. 32 des Parteigutachtens Preispolitik²¹⁶ geltend, dass beim Retail-Geschäft (Bluewin) die meisten Kosten variabel seien und deshalb kaum Mengenvorteile bestünden und folglich die Ausführungen des Sekretariats irreführend und falsch seien.

235. Hierzu ist Folgendes anzumerken: In der Tabelle in Rz. 191 der Stellungnahme werden nur die Kosten des Jahres 2007 aufgeführt. Die meisten Fixkosten sind jedoch in den Anfangsjahren des ADSL entstanden (vgl. Rz. 314). In dieser Phase zu Beginn der Lancierung von ADSL-Angeboten haben die ISP umfangreiche Investitionen zu tätigen. So muss u.a. die Interkonnektion sichergestellt werden, ein Markenname ("Bluewin", "Sunrise" oder "Green") aufgebaut sowie Kundendaten und Callcenter eingerichtet werden. Diese anfänglichen Investitionen sind erheblich, und sie sind eindeutig als Fixkosten anzusehen. All diese Fixkosten wurden in erwähnter Tabelle nicht aufgeführt. Aus der Existenz von hohen Fixkosten ergeben sich erhebliche Mengenvorteile mit wachsender Kundenzahl.

236. Swisscom macht in Rz. 152 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009²¹⁷ sowie in Rz. 32 ff. und Rz. 37 ff. des Parteigutachtens Preispolitik²¹⁸ geltend, dass die Akquisitionskosten der Endkunden von Bluewin in Übereinstimmung mit der Praxis in der EU auf die durchschnittliche Verweildauer ihrer Kunden abgeschrieben werden müssten.

237. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Aus den von Swisscom eingereichten Akten geht hervor, dass weder Bluewin noch Swisscom im Rahmen ihrer eigenen Wirtschaftlichkeits-

²¹³ Akte Nr. 123.

²¹⁴ Vgl. auch Parteigutachten Preispolitik Swisscom im ADSL-Markt (zit. in Fn. 24; Akte Nr. 134), Rz. 23.

²¹⁵ Akte Nr. 123.

²¹⁶ Vgl. Parteigutachten Preispolitik Swisscom im ADSL-Markt (zit. in Fn. 24; Akte Nr. 134).

²¹⁷ Akte Nr. 123.

²¹⁸ Vgl. Parteigutachten Preispolitik Swisscom im ADSL-Markt (zit. in Fn. 24; Akte Nr. 134).

rechnungen oder Businessplänen die Kundenakquisitionskosten tatsächlich abgeschrieben haben. Auch auf ausdrückliche Nachfrage lieferte Swisscom keine Businesspläne oder andere Dokumente, die derartige Abschreibungen enthalten hätten. Auch die anderen befragten ISP Sunrise, Tele2 und Green haben in ihren Wirtschaftlichkeitsrechnungen keine solchen Abschreibungen vorgenommen. Erstmals in ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 verlangt Swisscom, dass Abschreibungen vorzunehmen und von der Behörde selbst zu berechnen seien. Es liegt jedoch an Swisscom, die gemachten Abschreibungen nachzuweisen oder zumindest substantiiert darzulegen. Weder das eine noch das andere hat Swisscom vorgenommen. Im vorliegenden Fall ist fraglich, ob überhaupt Platz für "Abschreibungen" besteht (Rz. 238). Ausserdem ergibt sich aufgrund einer von der Behörde so durchgeführten Wirtschaftlichkeitsrechnung, dass bis Ende des Jahres 2007 selbst dann eine Kosten-Preis-Schere vorliegt, wenn die Akquisitionskosten abgeschrieben werden (Rz. 245 ff.).

238. Das Gericht Erster Instanz hielt in diesem Zusammenhang fest, dass die Kommission bei der Wahl der Berechnung der Kostendeckung eines marktbeherrschenden Unternehmens ein grosser Ermessensspielraum zusteht²¹⁹. Ausserdem gilt es zu berücksichtigen, dass die Praxis in der EU bezüglich der Berücksichtigung von Abschreibungen uneinheitlich ist. So wurden im Fall "Deutsche Telekom" bei der Prüfung einer allfälligen Kosten-Preis-Schere keine Abschreibungen berücksichtigt, während in anderen Fällen (Wanadoo und Telefónica) z.T. abgeschrieben wurde. In den genannten Fällen spielte die Berücksichtigung von Abschreibungen aber insoweit keine Rolle, als dass eine Kosten-Preis-Schere auch dann bejaht wurde, wenn die Akquisitionskosten abgeschrieben wurden.

239. Abschreibungen sind das wertmässige Äquivalent für den Wertverzehr mehrjährig abnutzbarer Vermögensgegenstände in der Erfolgsrechnung²²⁰. Dieser Wertverzehr kann ausgelöst werden durch folgende Gründe:

- Gebrauchsverschleiss (Abnutzung durch Gebrauch)
- Zeitverschleiss (durch Korrosions- und Witterungseinflüsse, Materialermüdung, wegfallende Produktionsmöglichkeiten, technisch-wirtschaftliche Veralterung)
- Substanzverringerng (Bodenschätze)
- Katastrophenverschleiss (Unglücke oder Naturkatastrophen)

240. Die Abschreibungsursachen bestimmen zugleich mit dem Wertverzehr die Nutzungsdauer, während derer ein Vermögensgegenstand im Unternehmen eingesetzt wird. Abschreibungen werden folglich bei Vermögensgegenständen mit zeitlich begrenzter Nutzungsdauer vorgenommen. Entsprechend sind nur abnutzbare Wirtschaftsgüter (Sachanlagen) abzuschreiben, und zwar so, dass der Differenzbetrag zwischen Anschaffungskosten und Restwert planmässig über die Jahre der betrieblichen Nutzung verteilt wird²²¹. Da es sich bei akquirierten Endkunden nicht um Vermögensgegenstände handelt und weil auch keiner der genannten Abschreibungsgründe gegeben ist, ergibt sich vorliegend auch keine Abschreibungsmöglichkeit. Bei der "Abschreibung von Akquisitionskosten" handelt es sich tatsächlich um eine zeitliche Verschiebung der realisierten Verluste. Ob aus kartellrechtlicher Sicht Abschreibungen durchgeführt werden können, ist daher fraglich, da keine der genannten Abschreibungsgründe im Hinblick auf einen Price Squeeze zutreffen.

241. Werden die Kosten für die Akquisition von Kunden, die heute akquiriert werden, auf die nächsten vier Jahre verteilt (wie von Swisscom in ihrer Modellrechnung in Rz. 150 ihrer Stellungnahme durchgeführt), so erscheint bei einer linearen Abschreibung nur ein Viertel dieser Kosten heute, während die restlichen drei Viertel in den nächsten drei Jahren in der Rech-

²¹⁹ Vgl. Urteil des Gerichts erster Instanz i.S. Wanadoo vom 30. Januar 2007, T-340/03, Rz. 129 m.w.H.; vom Gerichtshof mit Urteil vom 2. April 2009 bestätigt (Rs C-202/07 P).

²²⁰ KLAUS DELLMANN, Bilanzierung nach neuem Aktienrecht, Rechnungslegung Band 1, 1996, S. 205.

²²¹ PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009, S. 1073.

nung erscheinen. Die Akquisitionskosten werden durch eine allfällige Abschreibung daher künstlich gesenkt und negative Margen erscheinen auf diese Weise positiv.

242. Vorliegend ergeben sich u.a. folgende Probleme im Zusammenhang mit Abschreibungen:

- Die Höhe der Akquisitionskosten ist schwierig bestimmbar, weil sie sich stark unterscheidet, je nach Kunde, je nach genauem Produkt und je nach Zeitpunkt. Die Höhe der Akquisitionskosten bei ADSL-Kunden wird von Swisscom mit [...] Franken und bei VDSL-Kunden mit bis [...] Franken pro akquiriertem Kunden angegeben (Stellungnahme, Rz. 140). Swisscom selbst rechnet jedoch in der anschliessenden Modellrechnung nicht mit den effektiven Akquisitionskosten, sondern stellt mit 70.-- Franken auf einen fiktiven Wert ab (Stellungnahme, Rz. 142), der von den von Swisscom selbst angegebenen Akquisitionskosten von durchschnittlich [...] Franken pro Kunde stark abweicht.
- Da in den verfügbaren Daten bei sämtlichen befragten ISP nur eine Gesamtkostenrechnung vorgenommen wurde, stellt sich das Problem, wie aus den Gesamtkosten in richtiger Weise die Akquisitionskosten ausgeschieden werden können. Dies kann nur mit Hilfe einer groben Schätzung erfolgen.
- Zudem stellt sich die Frage, welche Abschreibungsmethode vorliegend verwendet werden soll. Ob wie von Swisscom geltend gemacht, linear abzuschreiben ist, ist fraglich, da die Wechselbereitschaft der Kunden je nach ISP unterschiedlich hoch sein dürfte.
- Bei jährlichen Abschreibungen ergibt sich zudem das Problem, dass ein im Januar akquirierter Kunde gleich behandelt wird, wie ein Kunde, der erst im Dezember akquiriert wurde. Würden die Akquisitionskosten über einen Zeitraum von vier Jahren abgeschrieben, hätte dies zur Folge, ein im Dezember akquirierter Kunde nur über drei Jahre abgeschrieben wird.
- Für die Abschreibungsdauer könnte die durchschnittliche Verweildauer der Kunden dienen. Diese ist jedoch wenig aussagekräftig, weil die Verweildauer der Kunden zwischen den einzelnen ISP stark schwanken kann und auch von der Marktdynamik abhängig ist. Eine Möglichkeit bestünde darin, die Abschreibungsdauer anhand der durchschnittlichen Zeitspanne bis zum sog. Break-Even zu bestimmen, wie es gemäss Praxis der EU gemacht wird (vgl. Rz. 249). Auch die Zeitspanne ist je nach ISP unterschiedlich lange und somit nicht aussagekräftig.

243. Aus den in der Stellungnahme (Rz. 142 ff.) angeführten Modellrechnungen kann Swisscom aus folgenden Gründen nichts zu ihren Gunsten ableiten: Swisscom hat Rechnungen mit Zahlen durchgeführt, die nicht den effektiven Werten entsprechen. Swisscom erhöht die Kundenzahl in ihren Modellrechnungen von einem einzigen Kunden auf 72. Tatsächlich stieg die Kundenzahl vom Januar 2004 mit [...] ADSL-Anschlüssen auf [...] im Dezember 2007. Dies entspricht etwa einer Vervielfachung im relevanten Zeitraum, während Swisscom von einer Verzweigungs- und Siebzifachung ihrer Kunden ausgeht. Des Weiteren geht Swisscom von Akquisitionskosten von 100.-- Franken aus, obwohl die tatsächlichen Akquisitionskosten auf derselben Seite in der Stellungnahme mit [...] Franken pro Kunde angegeben werden. Durch diese Verzerrungen der Fakten in der Modellrechnung von Swisscom bestehen kaum Parallelen zwischen der Modellrechnung und der Realität. Die Schlussfolgerungen aus der Modellrechnung sind daher nicht aussagekräftig.

244. In Rz. 151 ihrer Stellungnahme²²² macht Swisscom sodann geltend, dass sich ihre Modellrechnungen auch mit effektiven Zahlen zeigen lassen. Hierbei lässt Swisscom jedoch die Akquisitionskosten weg und verwendet lediglich die Jahre 2006, 2007 (mit der einmaligen Rückzahlung im Dezember, vgl. Rz. 254) und 2008 (mit neuem Preissystem). Auch aus der Tabelle in Rz. 151 ihrer Stellungnahme lässt sich daher nichts zu Gunsten von Swisscom ableiten.

²²² Akte Nr. 123.

245. Die WEKO kommt insgesamt zum Schluss, dass im Rahmen vorliegender Untersuchung nach Kartellgesetz keine Abschreibungen zu berücksichtigen sind. Nachfolgend wird jedoch anhand der Werte von Swisscom gezeigt, dass selbst wenn trotz der erheblichen methodischen Probleme die von Swisscom angegebenen Akquisitionskosten über einen Zeitraum von vier Jahren abgeschrieben würden, Bluewin bis Dezember 2007 Verluste erwirtschaftet hätte.

246. Eine Abschreibung der Akquisitionskosten von durchschnittlich [...] Franken, wie sie von Swisscom in Rz. 140 ihrer Stellungnahme²²³ sowie in Rz. 33 des Parteigutachtens Preispolitik²²⁴ angegeben wird, kann mit Hilfe der Angaben von Swisscom durchgeführt werden. Die errechneten Werte werden in Tabelle 4 und Tabelle 5 wiedergegeben.

Tabelle 4: Wirtschaftlichkeitsrechnung inkl. Trennung der Akquisitionskosten mit den Angaben von Swisscom.

Jahr	Anzahl Kunden	Einnahmen	Kosten ohne Akquisition	Akquisitionskosten	Verlust
2001	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2002	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2003	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2004	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2005	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2006	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2007	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

247. In Tabelle 4 wurden in der Spalte "Kosten ohne Akquisition" die Akquisitionskosten von den Angaben von Swisscom abgezogen und in der Spalte "Akquisitionskosten" separat aufgelistet. Daher sind diese Kosten als alle anderen ausser den Akquisitionskosten zu verstehen. Die Spalten "Einnahmen" und "Verlust" sind Angaben von Swisscom²²⁵, wobei die Sonderzahlung von ca. [...] Mio. Franken, welche Bluewin im Jahr 2007 ausgezahlt wurden, nicht berücksichtigt wurde²²⁶. In Tabelle 5 wurden die Akquisitionskosten sodann separat auf vier Jahre linear abgeschrieben. Es ergibt sich, dass die Ergebnisse des Geschäftsbereichs Bluewin auch mit Abschreibungen bis Dezember 2007 negativ sind.

²²³ Akte Nr. 123.

²²⁴ Vgl. Parteigutachten Preispolitik Swisscom im ADSL-Markt (zit. in Fn. 24; Akte Nr. 134).

²²⁵ Siehe FN. 212 für die Aktennummern.

²²⁶ Dazu Rz. 254.

Tabelle 5: Identische Rechnung wie in Tabelle 4 mit linearer Abschreibung der Akquisitionskosten über vier Jahre.

Jahr	Akquisitionskosten abgeschrieben	Verlust
2001	[...]	[...]
2002	[...]	[...]
2003	[...]	[...]
2004	[...]	[...]
2005	[...]	[...]
2006	[...]	[...]
2007	[...]	[...]

248. Swisscom macht in Rz. 152 ihrer Stellungnahme²²⁷ und Rz. 36 f. des Parteigutachtens Preispolitik²²⁸ geltend, dass die Akquisitionskosten über die Verweildauer eines ADSL-Kunden abgeschrieben werden müsse. In ihren eigenen Berechnungen verwendet sie dann eine Abschreibungsdauer von vier Jahren.

249. Zur Dauer der Abschreibung ist in diesem Zusammenhang Folgendes anzumerken: Im Urteil Telefónica²²⁹ findet sich ein Überblick über die Europäische Rechtsprechung im Zusammenhang mit den verschiedenen Amortisationsdauern der Kundenakquisitionen. Daraus wird ersichtlich, dass es nicht um die durchschnittliche Verweildauer eines xDSL-Kunden geht, sondern dass sich die Frage stellt, in welchem Zeitraum sich die Akquisitionskosten amortisieren lassen. Gemäss Rz. 143 der Stellungnahme von Swisscom dauert es ungefähr [...] Jahre bis Swisscom mit einem Neukunden den Break-Even erreiche. Für die ergänzenden Berechnungen der Rentabilität von Bluewin in Tabelle 5 wird daher eine Abschreibungsdauer von vier Jahren zu Grunde gelegt. Dies ist zu Gunsten von Swisscom, da es sich um den höchsten Wert handelt, auf den in der europäischen Rechtsprechung abgestellt wurde, und weil Swisscom von einer maximalen Amortisationsdauer von vier Jahren ausgeht. Selbst wenn vorliegend jedoch von einer Abschreibungsdauer von sechs Jahren ausgegangen würde, ergäben sich für Bluewin Verluste bis Dezember 2007.

250. Die Zahlenwerte aus Tabelle 4 und Tabelle 5 wurden in Abbildung 10 grafisch dargestellt. Daraus wird ersichtlich, dass das Abschreiben nur geringe Kostenunterschiede verursacht und damit das Gesamtergebnis (den Verlust von Bluewin) nur geringfügig beeinflusst. Denn die grössten Kosten verursachen nicht die Akquisitionskosten, sondern die Wholesale-Preise, welche Swisscom von den ISP verlangt.

²²⁷ Akte Nr. 123.

²²⁸ Vgl. Parteigutachten Preispolitik Swisscom im ADSL-Markt (zit. in Fn. 24; Akte Nr. 134).

²²⁹ Entscheidung der Kommission vom 2. Juli 2007 i. S. Telefónica, COMP/38.784, Rz. 486 ff., siehe auch Rz. 210.

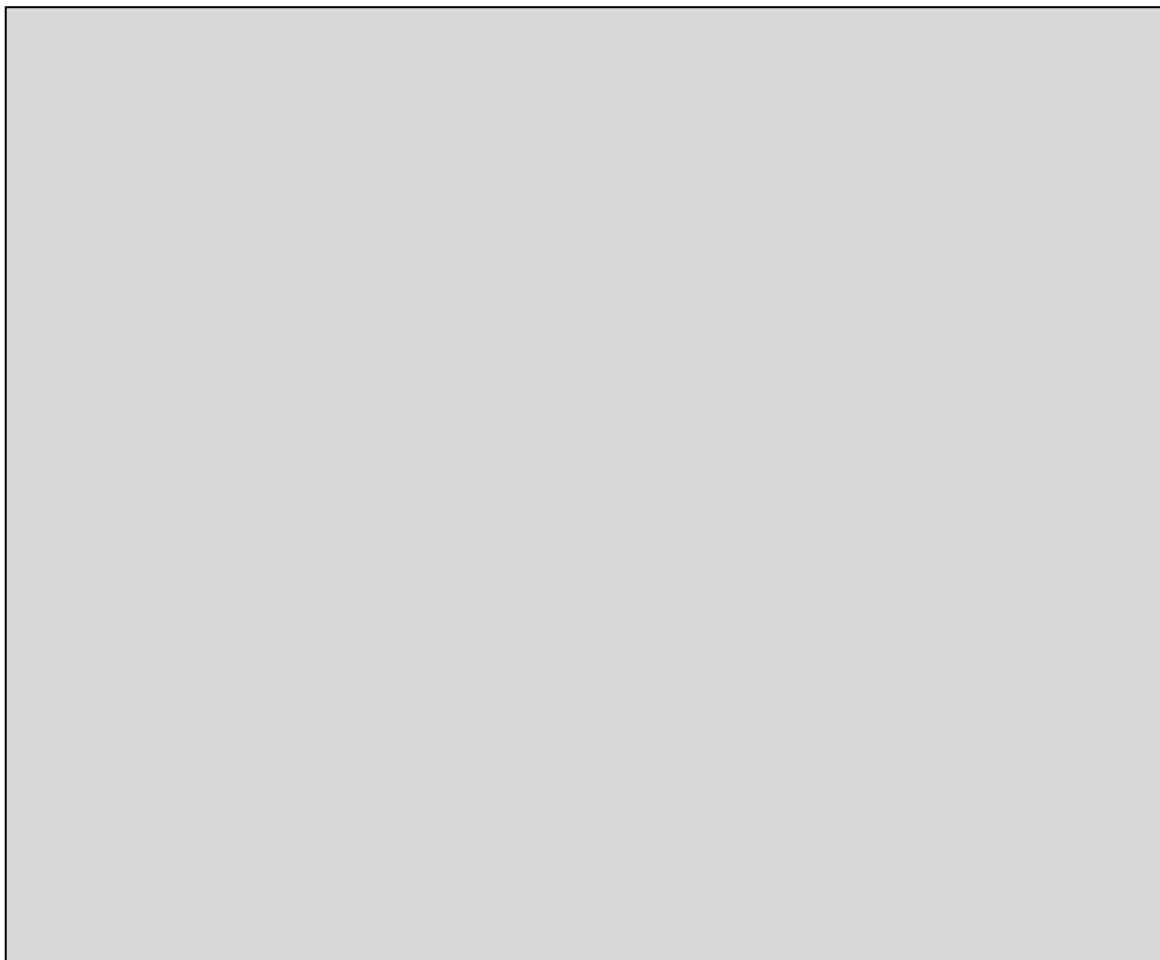


Abbildung 10: Die Verluste von Bluewin mit und ohne abgeschriebene Akquisitionskosten.
[ganze Abbildung Geschäftsgeheimnis]

251. Swisscom macht in Rz. 160 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009²³⁰ geltend, dass die WEKO keine sachgerechte Beurteilung der Investitionen vorgenommen habe. Es handle sich beim BBCS-Angebot (Wholesale) von Swisscom um ein typisches Beispiel eines Technologie- und Investitionszyklus, weshalb auf den Barwert bzw. den NPV (Net Present Value) abgestellt werden müsse.

252. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Die Kapitalwertmethode (auch Barwertmethode oder Net Present Value oder kurz NPV genannt) ist ein Verfahren der dynamischen Investitionsrechnung. Durch Abzinsung auf den Beginn der Investition werden Zahlungen, die zu beliebigen Zeitpunkten anfallen, vergleichbar gemacht. Die WEKO hat jedoch nicht zu beurteilen, ob eine Investition sachgerecht war oder nicht und ein Barwert (NPV) ist daher für die Beurteilung eines Price Squeeze nicht von Bedeutung²³¹. Für die Beurteilung, ob ein Price-Squeeze vorliegt, ist u.a. wichtig, ob ein bestimmtes Verhalten in einem bestimmten Zeitraum geeignet ist, Wettbewerber auf dem nachgelagerten Markt vom Markt auszuschliessen, da ein profitables Geschäft für Anbieter, die nur auf der Retail-Ebene tätig sind, nicht möglich ist. Ebenfalls wichtig ist, ob das vertikal integrierte Unternehmen seine Retail-Verluste durch entsprechende Wholesale-Gewinne überkompensieren kann. Dies ist offensichtlich der Fall, wie in Tabelle 6 dargestellt, da die Einnahmen von Swisscom Wholesale die Verluste von Bluewin bereits ab [...] bei weitem übertreffen.

²³⁰ Akte Nr. 123.

²³¹ Entscheidung der Kommission vom 2. Juli 2007 i. S. Telefónica, COMP/38.784, Rz. 353 ff.

Tabelle 6: Gegenüberstellung der Retail-Verluste von Bluewin und den Wholesale-Gewinnen von Swisscom (Wholesale)²³²

Jahr	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Retail	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Wholesale	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

253. Ferner ist bei der Prüfung eines marktbeherrschenden Unternehmens nach der Ertragswertmethode zu bedenken, dass dieses Unternehmen anfänglich erhebliche Verluste verbuchen könnte, während kleinere Wettbewerber, die nur auf der Retail-Ebene tätig sind, über mehrere Jahre andauernde Verluste möglicherweise nicht verkräften könnten (vgl. zur Finanzkraft auch Rz. 109). Das von Swisscom in diesem Zusammenhang zitierte ERG-Papier²³³ ist vorliegend nicht einschlägig, da es sich auf die Retail- und nicht die Wholesale-Kosten bezieht und nur auf sog. ex-ante-regulierte Märkte Anwendung findet²³⁴.

254. Swisscom macht in Rz. 189 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009²³⁵ geltend, das Sekretariat hätte falsche Zahlen für Bluewin, Sunrise, Tele2 und Green verwendet, indem es einen einmaligen Rabatt, welcher Bluewin im Dezember 2007 ausbezahlt wurde, nicht berücksichtigt habe. In Rz. 40 ff. des Parteigutachtens Preispolitik²³⁶ macht Swisscom in diesem Zusammenhang geltend, das Retail-Geschäft sei ab dem Jahr 2007 profitabel gewesen.

255. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Die Höhe der Zahlungen ist der WEKO nicht bekannt, müsste aber gemäss Hochrechnung ca. [...] Mio. Franken bei Swisscom bzw. Bluewin betragen, während die Zahlung bei Sunrise rund [...] Mio. Franken betragen dürfte. Zu beachten gilt es, dass bei den von Sunrise eingereichten Zahlen bereits [...] Mio. in die Rechnung 2007 und damit in Test 2 eingeflossen sind.

256. Gemäss Swisscom seien die Dezemberwerte 2007 nur beschränkt aussagekräftig und der Rabatt sei nur wenigen ISP zugutegekommen²³⁷. Er führte daher vor allem bei Bluewin zu deutlichen Rückzahlungen. Jedenfalls weichen nur die Dezemberzahlen von Bluewin, und nicht diejenigen der anderen befragten ISP, deutlich von den Werten der Vormonate ab. Nach Angaben von Swisscom wurde dieses Rabattsystem im selben Jahr wieder abgeschafft, da sich gezeigt habe, dass den anderen ISP nicht ein Rabatt in jener Höhe ausbezahlt werden konnte, wie dies bei der Einführung des Rabattsystems von Swisscom erwartet wurde.

257. Das Rabattsystem bevorteilte insbesondere Bluewin und beeinflusst daher lediglich Test 1. Es hatte keine Auswirkungen auf die finanzielle Situation der geschädigten ISP (Test 2) und wirkt sich ebenfalls nicht auf die sog. Retail-Minus-Methode aus. Wie auch Swisscom geltend macht²³⁸ veränderte die Einmalzahlung lediglich die Dezemberwerte von Bluewin und verzerrte damit den Trend sämtlicher vorheriger Monate. Die Kosten und die Effizienz der ISP sowie auch das Preisgefüge änderten sich aus Sicht der ISP nicht. Es rechtfertigt sich daher, die einmaligen Dezemberzahlungen bei der Auswertung der Wirtschaft-

²³² Vgl. Zeile "Ertrag" in Tabelle 10, S. 73 und Zeile "Deckungsbeitrag II" in Tabelle 9, S. 73.

²³³ Vgl. Stellungnahme von Swisscom (Akte Nr. 123), Fn. 123 mit Hinweis auf Report on the discussion on the application of margin squeeze tests to bundle, ERG (09)07, March 2009, S. 14 ff.

²³⁴ Vgl. Report on the discussion on the application of margin squeeze tests to bundle, ERG (09)07, March 2009, Einleitung, S. 1 und S. 11.

²³⁵ Akte Nr. 123.

²³⁶ Vgl. Parteigutachten Preispolitik Swisscom im ADSL-Markt (zit. in Fn. 24; Akte Nr. 134).

²³⁷ Vgl. Akte Nr. 80, Schreiben Swisscom vom 25. Januar 2008, S.6.

²³⁸ Vgl. Akte Nr. 80, Schreiben Swisscom vom 25. Januar 2008, S.6.

lichkeitsrechnung von Bluewin nicht zu berücksichtigen. Selbst wenn die Dezemberzahlung von ca. [...] Mio. Franken berücksichtigt würde, wäre davon nur Test 1, nicht aber Test 2 und die Retail-Minus-Methode betroffen. Daher änderte sich auch nichts am Ergebnis, dass den geschädigten ISP eine zu geringe Marge verbleibt.

258. Selbst unter Berücksichtigung der einmaligen Zahlung von „Swisscom Wholesale“ an Bluewin im Dezember 2007 (Rabatt) resultierte lediglich ein geringfügiger Gewinn für Bluewin von rund [...] Mio. Franken. Folglich ergibt Test 1 nur im letzten Jahr leicht positive Werte. Daraus kann nicht ohne Weiteres geschlossen werden, dass keine Kosten-Preis-Schere vorlag, denn Test 2 und auch die Retail-Minus-Methode bleiben davon unberührt. Da Swisscom bzw. Bluewin über erheblich mehr Endkunden verfügt als alle anderen ISP, ist davon auszugehen, dass Swisscom über erhebliche Skaleneffekte und Verbundvorteile verfügt, sodass Bluewin eine bessere Kostenstruktur hat, als ihre wesentlich kleineren Wettbewerber. Diese Auffassung entspricht der Praxis im europäischen Wettbewerbsrecht und wird in der Literatur vertreten²³⁹. Da der von Bluewin erzielte Gewinn im Jahr 2007 mit rund [...] Mio. Franken im Vergleich zu den in früheren Jahren erwirtschafteten Verlusten von über [...] Mio. Franken klein ist, ist auch unter Berücksichtigung der einmaligen Rabattzahlung von „Swisscom Wholesale“ an Bluewin im Dezember 2007 von dem Vorliegen eines Price-Squeeze auszugehen.

259. Die Veränderung des gesamten Preisgefüges in Form einer Reduktion der Zugangsgebühr von CHF 31.20 auf CHF 28.-- und der Reduktion bzw. des vollständigen Abschaffens der Connectivity-Gebühr auf den 1. Januar 2008 (siehe dazu Rz. 11, 293 f. und 300) führte dazu, dass keine Vergleichbarkeit mit den Werten vor dem 1. Januar 2008 mehr gegeben ist. Die Preisänderungen senkten die Kosten für die ISP und entschärfen die Problematik des Price Squeeze. Die WEKO nimmt Vormerk von diesen Veränderungen des Preisgefüges. Aufgrund der zur Verfügung stehenden Informationen im Zusammenhang mit dieser Preis-senkung rechtfertigt es sich nicht, die Untersuchung für die Zeit nach dem 31. Dezember 2008 weiterzuführen.

260. Swisscom macht in Rz. 181 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009²⁴⁰ geltend, die lange Dauer der Kosten-Preis-Schere werde nicht belegt, da der Deckungsbeitrag des Retail-Geschäfts zum Einen im Jahr 2006 nur deshalb negativ war, weil hohe Aufwendungen für die Neukundenakquisition anfielen und zum Anderen ab dem Jahre 2007 profitabel war. Ausserdem bringt Swisscom in Rz. 4 des Parteigutachtens Preispolitik²⁴¹ vor, die Untersuchung hätte nicht auf Ende des Jahres 2007 beschränkt werden dürfen, da der zeitliche Horizont einer Untersuchung dem typischen Lebenszyklus eines spezifischen Produkts Rechnung zu tragen habe²⁴².

261. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Soweit die Vorbringen von Swisscom die angebliche Profitabilität des Retail-Geschäfts ab dem Jahre 2007 sowie die fehlenden Abschreibungen der Neukundenakquisition betreffen, wird an dieser Stelle auf die Ausführungen im Kapitel B.3.2.1 verwiesen. Gestützt auf die dort angeführten Gründe ist erstellt, dass im Zeitraum von mindestens Anfang 2003 bis Ende des Jahres 2007 eine Kosten-Preis-Schere bestand.

262. Soweit der Vorwurf von Swisscom darauf abzielt, das Sekretariat habe die Kosten-Preis-Schere nicht über eine genügend lange Dauer nachgewiesen, weil es der Untersuchung nicht einen genügend langen Zeitraum zu Grunde legte, gilt es Folgendes festzuhalten: Der vorliegenden Verfügung liegt die Analyse der Erfolgsrechnungen von Swisscom über einen Zeitraum von acht Jahren (2000-2007) zu Grunde. Um diesen Zeithorizont mit der Praxis der EU-Kommission vergleichen zu können, gilt es zunächst deren Vorgehensweise

²³⁹ Vgl. Entscheidung der EU-Kommission i.S. Telefónica vom 2. Juli 2007, COMP/38.784, Rz. 314; CROCIONI/VELJANOVSKI (zit in Fn. 207), S. 55.

²⁴⁰ Akte Nr. 123.

²⁴¹ Vgl. Parteigutachten Preispolitik Swisscom im ADSL-Markt (zit. in Fn. 24; Akte Nr. 134).

²⁴² Vgl. Parteigutachten Preispolitik Swisscom im ADSL-Markt (zit. in Fn. 24; Akte Nr. 134).

kurz zu skizzieren. Die EU-Kommission folgt beim Kosten-Preis-Scheren Test nämlich nicht immer der gleichen Methodik, sondern sie unterscheidet zwischen dem historischen Ansatz und der Ertragswertmethode. Während beim historischen Ansatz die einzelnen Zeiträume getrennt betrachtet werden, wird bei der Ertragswertmethode (siehe dazu auch Rz. 251 ff.) die Rentabilität eines Unternehmens über einen angemessen langen Zeitraum untersucht²⁴³. Beiden Methoden ist gemeinsam, dass diesen die Kostendeckung im Laufe der Zeit zu Grunde liegt, dies indessen in unterschiedlicher Weise behandelt wird:

- Beim historischen Ansatz, d.h. unter Betrachtung getrennter Zeiträume, werden für die einzelnen Jahre bzw. auch für noch kürzere Zeiträume die ermittelten Erträge mit den Kosten verglichen. Wesentlich ist in diesem Zusammenhang, dass die Kosten aus jenen Konten des Unternehmens entnommen werden, in denen Investitionen über geeignete Zeiträume als amortisiert verbucht wurden.
- Demgegenüber wird bei der Ertragswertmethode die Rentabilität eines Unternehmens über einen angemessen langen Zeitraum, d.h. in der Regel mehrere Jahre untersucht. Dabei wird nicht angegeben, wie die Kosten in bestimmten Teil-Zeiträumen (z.B. jährlich) gedeckt werden sollten. Berücksichtigt wird die Entwicklung der Erträge bzw. der Kosten des jeweiligen Unternehmens im analysierten Zeitraum; aufgrund dieser Entwicklung wird dann der Kapitalwert des Unternehmens berechnet. Da Kosten und Erträge über mehrere Jahre entstehen, wird der Gegenwartswert des Kosten- und Ertragsstroms als Massstab für den Vergleich der Summe der Erträge und Kosten angenommen. Der Kapitalwert ergibt sich also aus den abgezinsten Erträgen abzüglich der Summe der abgezinsten Kosten. Ein positiver Kapitalwert bedeutet, dass mit der betreffenden Geschäftstätigkeit über den jeweils angemessenen Zeitraum ein Wert geschaffen wird. Bei einem negativen Kapitalwert wird der vorhandene Wert vernichtet, und die betreffende Investition stellt einen Verlust dar. Wie in Rz. 252 f. bereits dargelegt, ist zu bedenken, dass es nicht die Aufgabe der WEKO ist zu beurteilen, ob eine Investition sachgerecht war, weshalb gegenüber der Ertragswertmethode gewisse Vorbehalte anzubringen sind. Die EU-Kommission legt dem Kosten-Preis-Scheren-Test nach der Ertragswertmethode einen Zeitraum von fünf Jahren zu Grunde. Auf den gleich langen Zeitraum stellt die nationale Kartellbehörde für den Telekommunikationsbereich im Vereinigten Königreich ab, wenn es einen Kosten-Preis-Scheren-Test durchführt.

263. Die Praxis in der EU legte den Tests für die Beurteilung der Frage, ob eine Kosten-Preis-Schere vorliegt, unterschiedliche Zeiträume zu Grunde: Während im Fall Wanadoo, in welchem dem historischen Ansatz gefolgt wurde, ein Zeitraum von lediglich 19.5 Monaten untersucht wurde, analysierte die EU-Kommission in den Fällen Deutsche Telekom und Telefónica einen Zeitraum von rund fünf Jahren, wobei bei Telefónica die Ertragswertmethode zur Anwendung gelangte, während im Fall Deutsche Telekom auf die Vornahme von Abschreibungen gänzlich verzichtet wurde.

264. Wie bereits erwähnt, vergleicht der Antrag die Einnahmen und Kosten von Swisscom über einen Zeitraum von acht Jahren (2000-2007). Vorliegend werden die ermittelten Erträge den Kosten für die einzelnen Jahre gegenübergestellt, was eher dem historischen Ansatz der EU-Kommission entspricht. Im Vergleich mit der Praxis der EU, in der der historische Ansatz gewählt wurde, ist der vorliegend untersuchte Zeitraum ausreichend lange, denn es wären sogar wesentlich kürzere Zeiträume möglich (19.5 Monate im Fall Wanadoo). Demgegenüber geht die EU-Kommission bei der Ertragswertmethode von einem massgeblichen Zeitraum von rund fünf Jahren aus. Auch mit Blick auf die Ertragswertmethode ist ein Zeitraum von acht Jahren als ausreichend lange anzusehen.

265. Swisscom macht in Rz. 193 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009²⁴⁴ geltend, dass das Sekretariat im Einklang mit der Rechtsprechung der EU in Test 2 die Kosten des vertikal

²⁴³ Vgl. Entscheidung der EU-Kommission i.S. Telefónica vom 2. Juli 2007, COMP/38.784, Rz. 326 ff.

²⁴⁴ Akte Nr. 123.

integrierten Anbieters und nicht diejenigen von Sunrise, Tele2 und Green hätte prüfen müssen. Zudem begründe das Sekretariat nicht, weshalb es sich bei den genannten Unternehmen um effiziente Anbieter handeln soll²⁴⁵.

266. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Die WEKO hat die Kostenstruktur des vertikal integrierten Unternehmens und der grössten Wettbewerber geprüft. Damit wird der Praxis der EU Genüge getan, da in Abweichung zum europäischen Wettbewerbsrecht, zusätzlich zu Test 1 zur Erhöhung der Untersuchungsdichte ein weiterer Test durchgeführt wurde (siehe dazu Rz. 223 ff.). Es ist nicht an der WEKO zu beurteilen, wie effizient die einzelnen Anbieter von ADSL-Dienstleistungen sind. Da sich die Margen, die den verschiedenen ISP verbleiben in einer Gesamtbetrachtung nicht wesentlich voneinander unterscheiden, ist davon auszugehen, dass alle untersuchten Unternehmen ähnlich effizient agieren. Aufgrund der Skaleneffekte und Verbundvorteile ist davon auszugehen, dass kleinere Unternehmen tendenziell über eine höhere Effizienz verfügen (müssen) als Grosse. Die Tatsache, dass die WEKO neben Test 1 noch weitere Tests durchgeführt hat, als dies der Praxis der EU entspricht (Test 2 und die sog. Retail-Minus-Methode), erhöht die Untersuchungsdichte und damit die Aussagekraft der erzielten Ergebnisse. Swisscom kann daher daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten.

267. Swisscom macht in Rz. 197 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009²⁴⁶ geltend, im Rahmen der Prüfung, ob die Verhaltensweise von Swisscom als missbräuchlich i.S.v. Art. 7 KG gilt, hätten auch die Bündelangebote umfassend ermittelt und berücksichtigt werden müssen. Des Weiteren macht Swisscom in Rz. 53 ff. des Parteigutachtens Preispolitik²⁴⁷ geltend, dass die ISP bei ihren Angeboten eine Mischrechnung vornähmen. So diene der Breitbandanschluss zum Teil nur als „Lockvogel“, indem dieser gratis oder zu sehr günstigen Tarifen abgegeben werde. Es liege auf der Hand, dass in Folge dessen mit den Breitbandangeboten keine Marge erwirtschaftet werde, die Bündelangebote dafür zu einem besseren Ergebnis bei den Telefoniedienstleistungen beitragen würden. Das Parteigutachten Preispolitik gelangt daher zum Schluss, dass die Mischrechnungen nach Produkten aufgeschlüsselt werden müssten, um im Anschluss daran, ein Teil der Telefonieerträge dem Breitbandgeschäft zuzuweisen sind²⁴⁸.

268. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Ob sich ein Unternehmen missbräuchlich i.S.v. Art. 7 KG verhält, bestimmt sich anhand seiner Verhaltensweise auf dem relevanten Markt. Wie bereits ausgeführt, ist es sachgerecht, einen sachlich relevanten Wholesale-Markt für Breitbandinternetdienste abzugrenzen. Entsprechend bilden Bündelangebote keinen Bestandteil des relevanten Markts, weshalb diese bei der Beurteilung eines möglichen Missbrauchs auch nicht zu berücksichtigen sind (siehe bereits Rz. 79). Ausserdem gilt es darauf hinzuweisen, dass es die EU Kommission im Fall Deutsche Telekom abgelehnt hat, die Einnahmen aus den Gesprächsverbindungen bei der Ermittlung einer möglichen Kosten-Preisschere mit einzubeziehen, da es sich nach Auffassung der EU Kommission um getrennte Dienste handelt²⁴⁹. Letztlich stützt sich vorliegende Verfügung auf die Wirtschaftlichkeitsrechnungen von Swisscom und der anderen ISP, die diese dem Sekretariat im Laufe des Untersuchungsverfahrens einreichten. Aus diesen Gründen ist es vorliegend angezeigt, in Einklang mit der Rechtsprechung der EU bei der Prüfung eines allfällig missbräuchlichen Verhaltens auf den Einbezug der Bündelangebote zu verzichten.

²⁴⁵ So auch das Parteigutachten Preispolitik Swisscom im ADSL-Markt (zit. in Fn. 24; Akte Nr. 134), Rz. 24 ff.

²⁴⁶ Akte Nr. 123.

²⁴⁷ Vgl. Parteigutachten Preispolitik Swisscom im ADSL-Markt (zit. in Fn. 24; Akte Nr. 134).

²⁴⁸ Vgl. Parteigutachten Preispolitik Swisscom im ADSL-Markt (zit. in Fn. 24; Akte Nr. 134), Rz. 54.

²⁴⁹ Vgl. Entscheidung der Kommission vom 21. Mai 2003 i.S. Deutsche Telekom, ABl. L 263 vom 14. Oktober 2003, Rz. 117 ff.; am 10. April 2008 bestätigt vom Gericht erster Instanz, T-271/03, zur Zeit hängig beim Gerichtshof (Rs C-280/08 P). Zum Fall Deutsche Telekom siehe auch Rz. 208.

269. Swisscom macht in Rz. 235 ff. ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009²⁵⁰ geltend, dass die WEKO die Preisstruktur des BBCS seit der Eröffnung der ersten ADSL-Untersuchung im Jahr 2002 genau kenne und in diesem Zusammenhang nur die Rabattpolitik von Swisscom bemängelt habe. Eine Quersubventionierung von Bluewin sei von der WEKO im ersten ADSL-Verfahren untersucht und verneint worden. Auch im Zusammenhang mit dem Verfahren bezüglich des Produktbündels "Talk&Surf" habe die WEKO eine Kosten-Preis-Schere explizit verneint. Schliesslich sei die Vorabklärung "Swisscom DSL & NATEL in einem Abonnement" ohne Folge eingestellt worden, ohne dass ein Vorbehalt angebracht worden sei, wonach der BBCS an sich kartellrechtswidrig sein könnte.

270. Auf die oben erwähnten Vorbringen von Swisscom wird im Kapitel Vorwerfbarkeit (B.4.3) eingegangen. An dieser Stelle ist daher nur auf Folgendes hinzuweisen: Gegenstand der ersten ADSL-Untersuchung war das Rabatssystem von Swisscom. Es wurde ausschliesslich die Wholesale-Seite untersucht, ohne auf die Situation im Retail-Markt einzugehen. Ein möglicher Price Squeeze war somit nicht Gegenstand besagter Untersuchung (vgl. Rz. 352). Diese Auffassung teilt im Übrigen auch das von Swisscom eingereichte Parteigutachten betreffend Verstoss gegen das Kartellgesetz²⁵¹, das davon ausgeht, dass der Untersuchung ADSL I nicht der gleiche Sachverhalt zu Grunde lag wie der vorliegenden Untersuchung. Des Weiteren gilt es zu beachten, dass das Verfahren "Talk&Surf" bezüglich der Frage, ob möglicherweise ein Price Squeeze vorlag, nicht über das Stadium einer Vorabklärung hinausging²⁵². Auch bei "Swisscom DSL & NATEL in einem Abonnement" handelte es sich um eine Vorabklärung des Sekretariats. Im Rahmen einer Vorabklärung wird nur summarisch geprüft, ob Anhaltspunkte für eine Wettbewerbsbeschränkung vorliegen. Eine vertiefte Analyse der Verhaltensweisen von Swisscom im Rahmen einer Untersuchung erfolgte in keinem der vorgenannten Verfahren, da eine mögliche Kosten-Preis-Schere nicht Gegenstand des Untersuchungsverfahrens war oder ein solches gar nicht eröffnet wurde. Schliesslich gilt es auch darauf hinzuweisen, dass sich die WEKO in den Verfahren „Talk&Surf“²⁵³ und "Swisscom DSL & NATEL in einem Abonnement" nicht zur Frage einer Kosten-Preis-Schere geäussert hat und durch die vom Sekretariat in den entsprechenden Vorabklärungen gezogenen Schlussfolgerungen nicht gebunden wird (siehe hierzu Rz. 376).

B.3.2.1.2 Unzureichende Marge für das 3'500/300-Angebot

271. In diesem Kapitel wird zusätzlich geprüft, inwiefern beim am meisten verkauften 3'500 Kbit/s downstream / 300 Kbit/s upstream Angebot (Stand: Ende 2007) eine zureichende Marge beim Wiederverkauf dieses Produkts besteht. Zur Beurteilung dieser Marge wird auch auf im Rahmen der Amtshilfe beim BAKOM als der sektorspezifischen Fachbehörde einverlangte Auskünfte und auf internationale Vergleichswerte abgestellt.

272. Spezifisch ist an dieser Stelle zu prüfen, ob nach den von den ISP an Swisscom zu bezahlenden Vorleistungen im Vergleich zu den von Swisscom (Bluewin) praktizierten Endkundenpreisen den ISP eine genügende Marge verbleibt. Dies wird anhand der monatlichen an Swisscom zu entrichtenden Wholesale-Kosten des am weitesten verbreiteten ADSL-Angebots geprüft. Diese für alle ISP anfallenden Wholesale-Kosten werden anschliessend in Bezug gestellt zu den Endkundenpreisen von Swisscom (Bluewin). Der Vergleich erfolgt für das 3'500/300-Angebot. Es handelt sich bei diesem Angebot um das am meisten nachgefragte Angebot, welches von annähernd [...] % aller DSL-Endkunden nachgefragt wird. Die nachfolgende Tabelle geht vom monatlichen Endkundenpreis von Bluewin (Swisscom) aus, welcher unverändert 49.-- Franken beträgt²⁵⁴. Die Betrachtungen erfolgen unter Ausschluss

²⁵⁰ Akte Nr. 123.

²⁵¹ Vgl. Parteigutachten betreffend Verstoss gegen das Kartellgesetz (zit. in Fn. 32; Akte Nr. 155), S. 81.

²⁵² Vgl. Swisscom Talk&Surf, RPW 2004/2, 357 ff.

²⁵³ Vgl. Swisscom Talk&Surf, RPW 2005/2, 248 ff.

²⁵⁴ Vgl. Fn. 43.

der Mehrwertsteuer, welche deshalb vom Endkundenpreis abzuziehen ist, woraus ein Retail-Preis von 45.54 Franken resultiert.

273. Unter der Rubrik Wholesale enthält die nachfolgende Tabelle basierend auf dem BBCS von Swisscom die monatlichen wiederkehrenden Kosten in Schweizer Franken, welche ein ISP bei der Inanspruchnahme einer Einheit des 3'500/300-Angebots an Swisscom zu entrichten hat. Der Grundbetrag der Zugangsgebühr (Access) beträgt exklusiv Mehrwertsteuer 31.20 Franken²⁵⁵. Ursprünglich betrug die Zugangsgebühr 39.-- Franken. Nachdem die WEKO im Rahmen ihrer ersten ASDL-Untersuchung Swisscom mittels vorsorglicher Massnahmen vom 6. Mai 2002 verpflichtete, allen ISP den gleichen Rabatt wie Bluewin und damit einen diskriminierungsfreien Zugang zu den ADSL-Vorleistungsangeboten zu gewähren, erhielten alle ISP einen Rabatt von 20% auf der Zugangsgebühr von 39.-- Franken, womit eine Zugangsgebühr von 31.20 Franken resultierte²⁵⁶. Diese Zugangsgebühr von 31.20 Franken blieb seit 2002 auf dem gleichen Niveau, wobei einzig mehrere Erhöhungen der Geschwindigkeiten (downstream/upstream) erfolgten.

274. Zusätzlich zu den Zugangsgebühren fallen monatlich wiederkehrende Connectivity-Kosten an. Die Connectivity-Kosten fallen in Funktion der von den ISP in Anspruch genommenen Kapazität an. Sie betragen für BBCS Standard 3'500/300 monatlich 180.-- Franken pro Mbps²⁵⁷.

275. Die Connectivity-Kosten machen abhängig von der nachgefragten Kapazität ungefähr 10-30% der Wholesale-Kosten aus. Swisscom geht aufgrund interner Erhebungen für das Jahr 2005 von durchschnittlichen Connectivity-Kosten von [...] Franken aus²⁵⁸. Sunrise geht demgegenüber von monatlichen Connectivity-Kosten pro Anschluss von 6.-- Franken aus. Abzustellen ist vorliegend auf die Connectivity-Kosten alternativer ISP, welche Swisscom diesen in Rechnung stellt. Anhand der Rechnungen an Sunrise und Tele2 ergeben sich für einen Zeitraum von 18 Monaten (1. Januar 2006 – 30. Juni 2007) für Sunrise 5.42 Franken und für Tele2 5.54 Franken durchschnittliche monatliche Connectivity-Kosten pro Anschluss²⁵⁹. Diese durchschnittlichen Connectivity-Kosten befinden sich damit in einer Grössenordnung, welche derjenigen entspricht, die von Swisscom und Sunrise angegeben wurden. Zu beachten ist dabei, dass im Zeitraum bis Dezember 2007 die Connectivity-Kosten für die beiden grössten alternativen ADSL-Anbieter praktisch gleich hoch sind. Für die nachstehende Tabelle wird auf den Mittelwert der Connectivity-Kosten von Sunrise und Tele2, d.h. auf 5.48 Franken abgestellt.

276. Wholesale-seitig ergeben sich damit zusammenfassend aus den beiden vorstehenden Randziffern die monatlichen Kosten von 36.68 Franken, bestehend aus einer Zugangsgebühr von 31.20 Franken und Connectivity-Kosten von 5.48 Franken, die ein ISP bei der Inanspruchnahme einer Einheit des 3'500/300-BBCS-Angebots an Swisscom zu entrichten hat.

277. Die Marge von 8.86 Franken (19.46%) ist die Differenz aus dem Retail-Preis und den Wholesale-Kosten (vgl. Tabelle 7). Für alternative ISP muss diese Marge genügen, um die beim Verkauf anfallenden Kosten wie Marketing, Kundenbetreuung, Rechnungsstellung, Informationstechnologie, Infrastrukturkosten etc. zu decken. Je knapper, d.h. kleiner diese Marge ist, umso schwieriger wird es für alternative Anbieter auf dem Markt zu verbleiben. Ist die Marge zu knapp, werden alternative Anbieter aufgrund der in Betracht zu ziehenden Ver-

²⁵⁵ Akte Nr. 51, Schreiben Swisscom vom 26. September 2007, Beilage: Price Manual, Broadband Connectivity Service, Version 12.1, 1. Mai 2007, S. 7.

²⁵⁶ M.w.H.: Rz. 4.

²⁵⁷ Akte Nr. 51, Schreiben Swisscom vom 26. September 2007, Beilage: Price Manual, Broadband Connectivity Service, Version 12.1, 1. Mai 2007, S. 9.

²⁵⁸ Akte Nr. 27, Schreiben Swisscom vom 18. August 2006, S. 7.

²⁵⁹ Akte Nr. 88, Schreiben Sunrise vom 15. Februar 2008, Beilagen; Akte Nr. 89, Schreiben Tele2 vom 18. Februar 2008, Beilagen.

luste einen Rückzug aus dem Bereich DSL, respektive aus der Telekommunikation in der Schweiz, prüfen. Die Frage der bestehenden Margen kann mit ein Grund dafür sein, dass auch grössere alternative Anbieter wie Tele2 einen Ausstieg aus dem Schweizer Markt in vollzogen haben²⁶⁰.

Tabelle 7: Gegenüberstellung von Retail-Preis und Wholesale-Kosten (Franken pro Monat)

Retail-Preis	CHF 45.54
Wholesale-Kosten	CHF 36.68
Marge (in Franken)	CHF 8.86
Marge (in Prozent)	19.46%

278. Der Begriff Marge kann im Übrigen vorliegend leicht missverstanden werden. Es handelt sich hier nicht um eine Marge im Sinn einer Gewinnmarge (Einnahmen minus Ausgaben). Das Missverständnis kann sich daraus ergeben, weil vorliegend nur die Wholesale-Kosten vom Retail-Preis abgezogen wurden. Es fallen jedoch noch weitere Kosten beim ISP an, die dann zu dessen Marge im eigentlichen Sinn führen (=Verluste, da diese Margen für alle untersuchten ISP bis Dezember 2007 negativ sind).

279. Das Sekretariat ersuchte mit Schreiben vom 11. September 2007²⁶¹ das BAKOM im Rahmen einer sich auf Art. 41 KG stützenden Amtshilfe, Fragen zu Breitbandmärkten aus anderen Ländern zu beantworten. Unter anderem wurde das BAKOM als sektorspezifische Fachbehörde im Telekommunikationsbereich gebeten, anzugeben, welche Marge zwischen Retail- und Wholesale-Preisen bei Breitbanddiensten in anderen Ländern als zulässig bzw. angemessen angesehen wird.

280. Mit Schreiben vom 2. November 2007²⁶² reichte das BAKOM seine Antworten auf das Amtshilfegesuch ein. Bezüglich der Frage nach der zulässigen Marge zwischen Retail- und Wholesale-Preisen bei Breitbanddiensten erläuterte das BAKOM, dass bei der sog. „Retail-Minus“-Methode typischerweise Kostenelemente wie Marketing und Vertrieb, Rechnungslegung, Produktentwicklung und –management, Kundenservice, Anbindungskosten o.ä. vom Endkundenpreis in Abzug gebracht werden. Eine Regulierung nach der „Retail-Minus“-Methode bedeutet, dass vom Endkundenpreis (Retail-Preis) des historischen Anbieters die mit dem entsprechenden Endkundenprodukt zusammenhängenden (Retail-)Kosten in Abzug gebracht werden, um einen Wholesale-Preis (Wiederverkaufspreis der Vorleistung) festzulegen. Mit einer nicht-diskriminierenden Preisregulierung basierend auf einem „Retail-Minus“-Ansatz können wettbewerbsschädliche Verhaltensweisen vermieden werden²⁶³.

281. Das BAKOM kam in seinem Schreiben vom 2. November 2007 zum Ergebnis, dass eine Marge zwischen Retail-Preis und Wholesale-Preis von 23% - 30% als zulässig und angemessen erachtet wird. Die Analyse des BAKOM zeigte auf, dass in fünf von 22 untersuchten Ländern die „Retail-Minus“-Methode für die Preisbestimmung verwendet und vom Regulator im konkreten Fall auch angewandt wurde. Auf diese Vergleichsländer kann deshalb zurückgegriffen werden. Bei den fünf Ländern handelt es sich Italien, Irland, Zypern, Polen und Ungarn²⁶⁴.

²⁶⁰ NZZ vom 30. September 2008, "Sunrise übernimmt Tele2 Schweiz".

²⁶¹ Akte Nr. 39.

²⁶² Akte Nr. 60.

²⁶³ RICARDO GONÇALVES, Cost orientation and xDSL services: Retail-minus vs. LRAIC, Telecommunications Policy, September-Oktober 2007, S. 524 ff., S. 525.

²⁶⁴ Akte Nr. 60.

282. Die vom BAKOM als angemessen und zulässig erachtete Marge zwischen Retail-Preis und Wholesale-Preis von 23% - 30% entspricht einer Marge von 10.47 - 13.66 Franken. Wie aus Tabelle 7 hervorgeht, beträgt die Marge in vorliegender Untersuchung indessen 19.46%, was 8.86 Franken entspricht. Demgemäss ist die von den ISP zu erzielende Marge zwischen 1.61 Franken und 4.80 Franken tiefer als die Marge, die vom BAKOM als angemessen und zulässig bezeichnet wird. Entsprechend müsste die den ISP verbleibende Marge zwischen 18% und 54%²⁶⁵ grösser sein, als sie tatsächlich ist, um gemäss BAKOM als angemessen und zulässig zu gelten. Daher stellt sich die von Swisscom geltend gemachte geringe Differenz von lediglich 3 Prozentpunkten in Wahrheit als grosse Differenz heraus.

283. An diese Ausführungen anknüpfend ist Folgendes hinzuzufügen: Die tatsächliche Marge für die alternativen ISP ist in zweifacher Hinsicht noch kleiner respektive knapper als 19.46%. Erstens wurden nur die wiederkehrenden, an Swisscom zu entrichtenden Kosten betrachtet. Zweitens sind die von Swisscom praktizierten Endkundenpreise von Swisscom durch verschiedene Spezialangebote noch niedriger. Dies wird nachfolgend erläutert:

284. Neben den monatlichen wiederkehrenden Kosten entrichten alternative ISP für den BBSCS zusätzlich auch einmalige Kosten an Swisscom, welche in obenstehender Tabelle 4 nicht berücksichtigt wurden. Für die alternativen ISP führen diese einmaligen Kosten zu einer Erhöhung der Wholesale-Kosten und damit zu einer Verknappung der Marge. Diese einmaligen Kosten umfassen u.a. 55'000 Franken für die Installation einer ersten IP Anbindung, 35'000 Franken für die Installation zusätzlicher IP Anbindungen sowie 45'000 Franken für die Implementierung aller schweizerischen Zugangsregionen²⁶⁶. Zudem verrechnet Swisscom beispielsweise bei der Installation von ADSL oder beim Wechsel des ISP je 100 Franken pro Kunde²⁶⁷. Dies führt dazu, dass neben den in Tabelle 4 dargestellten wiederkehrenden monatlichen Kosten auch einmalige Kosten anfallen, welche die Wholesale-Kosten für die ISP zusätzlich erhöhen.

285. Andererseits wird die bestehende geringe Marge zusätzlich verkleinert durch Senkungen der Retail-Preise von Bluewin (Swisscom) durch verschiedene Vergünstigungen. In einer Werbeaktion im Oktober 2005 wurde von Swisscom beispielsweise eine ADSL-Abonnementsgebühren-Befreiung für 6 Monate im Wert von bis zu Franken 594.-- angepriesen²⁶⁸. Als weiteres Beispiel ist das Ende August 2007 lancierte Angebot von Swisscom eines kombinierten Angebots „DSL und Natel“ in einem Abonnement zu erwähnen. Bei Abschluss eines Vertrages mit dem Produktbündel „DSL und Natel“ wird die monatliche Grundgebühr für den Festnetzanschluss von Franken 25.25 erlassen, wobei der Festnetzanschluss stummgeschaltet wird²⁶⁹.

286. Aus den vorstehenden Rz. 284 f. ergibt sich, dass einerseits die tatsächlichen von den ISP an Swisscom zu entrichtenden Wholesale-Kosten noch höher sind, als in Tabelle 7 dargestellt, und dass die von Swisscom praktizierten Endkundenpreise aufgrund verschiedener Vergünstigungen noch tiefer sind als in Tabelle 7 dargestellt. Dies führt in zweifacher Hinsicht zu einer zusätzlichen Verknappung der bestehenden Marge und verstärkt den Effekt des Price Squeeze. Bei den 19.46% dürfte es sich damit um eine konservative Schätzung handeln.

287. Swisscom verwies bezüglich der Marge zwischen Wholesale-Preis und Retail-Preis auf eine Einstellungsverfügung der deutschen Bundesnetzagentur, wonach eine Marge der ISP von 20% beim ADSL-Wiederverkaufsangebot der Deutschen Telekom AG (DT) ausreichend

²⁶⁵ Die Differenz berechnet sich wie folgt: $1.61 / 8.86 = 0.182$; $4.8 / 8.86 = 0.542$.

²⁶⁶ Akte Nr. 51, Schreiben Swisscom vom 26. September 2007, Beilage: Price Manual, Broadband Connectivity Service, Version 12.1, 1. Mai 2007, S. 9.

²⁶⁷ Akte Nr. 51, Schreiben Swisscom vom 26. September 2007, Beilage: Price Manual, Broadband Connectivity Service, Version 12.1, 1. Mai 2007, S. 3.

²⁶⁸ Akte Nr. 2, Schreiben Sunrise vom 15. November 2005, Beilage.

²⁶⁹ Swisscom, Medienmitteilung vom 27. August 2007.

sei, um einen chancengleichen Wettbewerb zu ermöglichen²⁷⁰. Ein Verfahren der Bundesnetzagentur konnte mit Entscheid vom 6. Juni 2006 eingestellt werden, weil DT neue Entgeltkonditionen für den Wiederverkauf ihrer DSL-Anschlüsse mit Wirkung ab dem 1. Juni 2006 am Markt angeboten hatte, wobei insbesondere eine Erhöhung des Abschlages auf die DSL-Endkundenpreise von bisher 11.5% auf 20% erfolgte. Hierzu ist zu bemerken, dass es sich nicht um einen Entscheid einer Regulierungsbehörde handelt, der sich auf entsprechende Berechnungen stützt, sondern, wie in der Medienmitteilung der Bundesnetzagentur vom 6. Juni 2006 erwähnt, um einen im Rahmen einer Verfahrenseinstellung erfolgten Kompromiss²⁷¹. Bezüglich der aufgrund der bestehenden Kosten effektiv zulässigen Marge machte die Bundesnetzagentur damit keine Aussagen.

288. Als Ergebnis ist festzuhalten, dass der Auffassung des BAKOM als sektorspezifische Fachbehörde folgend eine Marge von 19.46% bei den Preisen des 3'500/300-Angebots von Swisscom zu knapp ist, damit alternative Anbieter auf dem Markt dieses Produkt profitabel verkaufen können. Dieser Befund bestätigt das Vorliegen einer Kosten-Preis-Schere aufgrund der Preispolitik von Swisscom (vgl. Rz. 202 ff.).

289. Swisscom macht in Rz. 47 des Parteigutachtens Preispolitik geltend, dass das Sekretariat in Bezug auf das 3500/300-Angebot aus nicht näher ersichtlichen Gründen die Retail-Minus-Methode zu Grunde legt, während Test 1 auf der Retail-Plus-Methode basiere.

290. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Bereits in der Einleitung zum Kapitel "B.3.2.1.2 Unzureichende Marge für das 3'500/300-Angebot" aber auch in den Rz. 266, 292 und 300 macht die WEKO deutlich, dass es sich bei Test 2 und auch bei der sog. Retail-Minus-Methode um zusätzliche Berechnungen handelt, die zur Erhöhung der Untersuchungsdichte vorgenommen wurden. Es ist daher nicht ersichtlich, inwiefern Swisscom daraus ein Nachteil hätte entstehen sollen, da für den Nachweis des Vorliegens einer Kosten-Preis-Schere die Durchführung von Test 1 ausgereichend gewesen wäre. Letztlich führte nur Test 1 und lediglich für das Jahr 2007 zu einem geringfügigen Gewinn bei Bluewin. Demgegenüber zeigt Test 2, dass die anderen ISP während des gesamten Zeitraums, der vorliegender Untersuchung zu Grunde liegt, Verluste erwirtschafteten. Abschliessend macht auch die Retail-Minus-Methode deutlich, dass die zu erzielende Marge für die alternativen ISP nicht ausreichend ist, um langfristig auf dem Breitbandmarkt zu verbleiben.

291. Swisscom macht in Rz. 50 f. des Parteigutachtens Preispolitik geltend, es sei nicht einzusehen, weshalb das Sekretariat das 3'500/300-Angebot gesondert prüft. Vielmehr hätte es sämtliche Endkundenangebote, insbesondere aufgeteilt nach Privat- und Geschäftskundenangeboten, überprüfen müssen, da die Margen je nach Angebot unterschiedlich ausfallen können. Ausserdem würden sich relative Margen nicht eignen, eine Kosten-Preis-Schere nachzuweisen, weshalb nur auf die absolute Marge abzustellen ist²⁷².

292. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Die Beurteilung der Frage, ob eine Kosten-Preis-Schere vorliegt, ist primär gestützt darauf zu beurteilen, ob mit dem DSL-Angebot Verlust gemacht wird. Daher kommt der Analyse der Kostenrechnung DSL zentrale Bedeutung zu, die in vorliegender Untersuchung mittels Test 1 durchgeführt wurde. Die Ermittlung der Marge für das 3'500/300-Angebot (Retail-Minus-Methode) wurde zusätzlich zur Erhöhung der Untersuchungsdichte gemacht, ohne dass dies für den Nachweis der Kosten-Preis-Schere indessen zwingend gewesen wäre. Die Forderung von Swisscom, sämtliche Angebote separat zu prüfen, geht daher fehl. Dass sich die Retail-Minus-Methode auf das 3'500/300-Angebot beschränkt, liegt darin begründet, dass es sich hierbei um das bis Dezember 2007 wichtigste Angebot handelte. Zum Vorwurf, dass sich relative Margen für den Nachweis einer Kosten-Preis-Schere nicht eignen, gilt es festzuhalten, dass die Marge in der Retail-Minus-Methode vorliegend sowohl in Prozent als auch in absoluter Höhe (8.86 Franken) berechnet

²⁷⁰ Akte Nr. 36, Schreiben Swisscom vom 18. August 2006, S. 8.

²⁷¹ Akte Nr. 36, Schreiben Swisscom vom 18. August 2006, Beilage 11.

²⁷² Vgl. Parteigutachten Preispolitik Swisscom im ADSL-Markt (zit. in Fn. 24; Akte Nr. 134).

wurde (siehe Tabelle 7). Eine relative Marge dürfte sogar die höhere Aussagekraft haben als die absolute Marge, da je nach Art der Geschäftstätigkeit eine Marge in unterschiedlicher Höhe zu erzielen ist, um langfristig als Wettbewerber auf dem Markt bestehen zu können. In diesem Sinne ist denn auch davon auszugehen, dass das BAKOM als sektorspezifische Fachbehörde in der Lage ist, einzuschätzen, wie hoch eine (relative) Marge im Bereich Breitbandinternet sein muss, damit ein ISP eine angemessene Marge erzielen kann. Inwieweit sich relative Margen nicht eignen sollten, eine Kosten-Preis-Schere nachzuweisen, ist daher nicht einzusehen.

293. Swisscom macht in Rz. 66 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009²⁷³ geltend, dass die Connectivity-Kosten nicht 180.-- Franken sondern bis Ende 2008 lediglich 108.-- Franken betragen.

294. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Entgegen den Vorbringen von Swisscom betragen die Connectivity-Kosten bis Ende des Jahres 2007 CHF 180.--²⁷⁴. Gemäss Medienmitteilung vom 25. Januar senkte Swisscom die Connectivity-Preise per 1. Januar 2008 um 40%. Demgemäss betragen die Connectivity-Kosten erst ab dem 1. Januar 2008 CHF 108.-- (180 minus 72 [=40%] ergibt 108). Bis Ende des Jahres 2007 betragen die Connectivity-Kosten demnach mindestens CHF 180.--²⁷⁵ und nicht wie von Swisscom behauptet CHF 108.--.

295. Swisscom macht in Rz. 204 und 205 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009²⁷⁶ geltend, dass unzulässige Doppelzählungen durchgeführt würden, indem zusätzliche Vergünstigungen angesprochen würden.

296. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Gemäss Rz. 272 besteht der Retail-Preis aus den 49.-- Franken abzüglich Mehrwertsteuer, also 45.54 Franken. In diesem Betrag sind keine zusätzlichen Vergünstigungen enthalten, wie bspw. "Erster Monat gratis" oder "Drei Monate gratis telefonieren". Daher reduzieren solche Vergünstigungen die Marge von 19.46% noch einmal zusätzlich. Um wie viel die Marge tatsächlich sinkt, hängt von der konkreten Ausgestaltung der Vergünstigung ab, ist von ISP zu ISP unterschiedlich und unterliegt ständiger Veränderungen im Laufe der Zeit. Daher können solche zusätzlichen Vergünstigungen nicht in allgemein gültiger Weise beziffert werden, weshalb auf deren Miteinbezug bei der Berechnung der Marge verzichtet wurde. Es gilt aber zu beachten, dass die Nichtberücksichtigung dieser zusätzlichen Vergünstigungen zu Gunsten von Swisscom erfolgte. Aus diesen Gründen geht der Einwand von Swisscom, das Sekretariat habe bei der Ermittlung der Marge unzulässige Doppelzählungen vorgenommen, fehl.

297. Swisscom macht in Rz. 48 f. des Parteigutachtens Preispolitik geltend, die Bundesnetzagentur habe ein Verfahren eingestellt, weil die Deutsche Telekom die Marge im Retail-Markt auf 20% erhöht habe. Demgegenüber erachte das Sekretariat eine Marge von 19.46% als unzureichend, was im Vergleich zum Verfahren in Deutschland lediglich einer minimalen Differenz von 0.54 gleichkomme²⁷⁷. Daher sei nicht einzusehen, weshalb die mittels Retail-Minus-Methode ermittelte Marge nicht ausreichend sein soll.

298. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Wie in Rz. 287 bereits dargelegt, stützt sich der Entscheid der Bundesnetzagentur nicht auf durchgeführte Berechnungen im Markt, sondern die Einstellung des Verfahrens erfolgte im Rahmen eines Kompromisses. Daher liefert besagter Einstellungsentscheid auch keine Anhaltspunkte, ob die von den alternativen ISP zu erzielende Marge von 19.46% ausreichend ist oder nicht. Sachgerechter ist es, wie vorlie-

²⁷³ Akte Nr. 123.

²⁷⁴ Vgl. Akte Nr. 51, Schreiben Swisscom vom 26. September 2007, Beilage: Price Manual, Broadband Connectivity Service, Version 12.1, 1. Mai 2007, S. 9.

²⁷⁵ Gemäss Aussage von Swisscom wurden die Connectivity-Preise ständig gesenkt (vgl. Stellungnahme von Swisscom [Akte Nr. 123], Rz. 63 ff.)

²⁷⁶ Akte Nr. 123.

²⁷⁷ Vgl. Parteigutachten Preispolitik Swisscom im ADSL-Markt (zit. in Fn. 24; Akte Nr. 134).

gend, den Schlussfolgerungen des BAKOM als sektorspezifische Fachbehörde zu folgen, die eine Marge von 19.46% als unzureichend erachtet. Ausserdem gilt es festzuhalten, dass die Differenz zwischen der vorliegend ermittelten Marge und der vom BAKOM als ausreichend erachteten Marge von rund 3 Prozentpunkte wie bereits in Rz. 282 dargelegt 18 bis 54% grösser sein müsste.

299. Swisscom macht in Rz. 198 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009²⁷⁸ geltend, dass die Marge falsch berechnet wurde, weil nicht auf die bei Bluewin anfallenden Kosten abgestellt wurde, weil die Zugangspreise von 31.20 Franken nicht konstant blieben, sondern im Jahr 2008 auf 28.-- Franken gesenkt wurden und weil das Sekretariat ein völlig falsches Bild vermittele, indem es suggeriere, dass während des gesamten Untersuchungszeitraums nie Preisanpassungen stattgefunden hätten.

300. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Auf die geltend gemachten Preissenkungen von Swisscom und Bluewin wird in Rz. 139 ff. eingegangen. Bandbreitenerhöhungen haben grundsätzlich keinen Einfluss auf die Marge, da sie sowohl auf Wholesale- wie auch auf Retail-Stufe gleichermassen erfolgen. Die Preissenkung von 31.20 Franken auf 28.-- Franken erfolgte erst auf den 1. Januar 2008 und ist daher für die Marge aus Tabelle 7 auf S. 67 nicht von Bedeutung. Vorliegend wurde auf die durchschnittlichen Connectivity-Kosten von Sunrise und Tele2 abgestellt, weil die Marge für alternative Anbieter von Breitbandinternet ausreichend sein muss, um ihre weiteren Kosten wie Marketing, Billing, Kundenakquisition etc. decken zu können. Im Übrigen führt die Berechnung von Swisscom zu einem Wert (21.21 Franken), welcher immer noch unter der unteren Grenze des vom BAKOM als zulässig und angemessen bezeichneten Bereiches liegt (vgl. Rz. 281). Die WEKO hat zur Erhöhung der Untersuchungsdichte nicht nur die Marge von Bluewin (Test 1), sondern auch noch diejenigen von Sunrise, Tele2 und Green berechnet (Test 2, vgl. Rz. 223). Ferner hat sie vorliegend zusätzlich noch die sog. „Retail-Minus“-Methode für das 3'500/300-Angebot untersucht. Dabei ergaben Test 2 und die Retail-Minus-Methode, dass die Margen im Zeitraum bis Dezember 2007 nicht ausreichen, um das Retail-Geschäft profitabel zu betreiben. Lediglich Test 1 ergab für Bluewin einen geringfügigen Gewinn für das Jahr 2007 (siehe dazu bereits Rz. 290).

301. Swisscom macht in Rz. 199 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009²⁷⁹ geltend, dass die gewählte Benchmark-Methode aus methodischen Gründen untauglich sei, da die Retail-Kosten (Marketing, Vertrieb, Billing, Produktentwicklung, Kundenservice etc.) von den Markt- und Wettbewerbsverhältnissen und von der jeweiligen Unternehmensstrategie abhängen. Eine bewusst gewählte Hochqualitätsstrategie würde sich damit auf die im Retail-Geschäft entstehenden Kosten auswirken. Ferner sei die vom BAKOM für den Ländervergleich getroffene Auswahl der Länder fraglich.

302. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Die Stärke der sog. Retail-Minus-Methode liegt gerade darin, dass die von Swisscom genannten Kostenpunkte wie Marketing, Vertrieb, Billing, Produktentwicklung, Kundenservice nicht mit in die Betrachtung einfließen. Die Marge wird lediglich aus den bei Swisscom anfallenden Wholesale-Preisen berechnet. Damit ist die Marge völlig unabhängig von der Unternehmensstrategie. In Bezug auf die Auswahl der Länder stützt sich die WEKO auf die Angaben der sektorspezifischen Regulierungsbehörde BAKOM (siehe Rz. 278). Es kann davon ausgegangen werden, dass die sektorspezifischen Regulierungsbehörde aufgrund ihrer spezifischen Branchenkenntnisse in der Lage ist, eine geeignete Auswahl an vergleichbaren Ländern zu treffen, weshalb keine Gründe erkennbar sind, inwieweit die Vorgehensweise des BAKOM zu beanstanden sein soll.

303. Swisscom macht in Rz. 201 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009²⁸⁰ geltend, die einmaligen Kosten von 135'000 Franken, welche zu den monatlichen Kosten hinzukämen,

²⁷⁸ Akte Nr. 123.

²⁷⁹ Akte Nr. 123.

²⁸⁰ Akte Nr. 123.

würden zwar stimmen, relativierten sich aber sehr stark über die Gesamtkundenzahl und nach einer bestimmten Dauer.

304. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Swisscom bestätigt damit die Existenz dieser zusätzlichen Kosten. Wie stark sich diese Anfangsinvestitionen, welche u.a. die Installation einer ersten IP Anbindung und zusätzlicher IP Anbindungen sowie die Implementierung aller schweizerischen Zugangsregionen umfassen²⁸¹, auf die einzelnen Anbieter auswirken, hängt von der Anzahl Endkunden der jeweiligen ISP ab. Es ist zu ergänzen, dass viele ISP nicht wie Bluewin oder Sunrise im Massenmarkt tätig sind, sondern im Vergleich zu diesen nur über eine geringe Anzahl an Endkunden verfügen. Für diese Anbieter verringert sich die Marge durch die genannten Fixkosten deutlich.

305. Swisscom macht in Rz. 196 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009²⁸² geltend, dass die WEKO in ihrer bisherigen Praxis das Vorliegen einer Kosten-Preis-Schere verneinte, wenn Wiederverkäufer eine Marge von 5% erzielen konnten. Dies sei bedeutend weniger, als die Marge von rund 20%, welche die ISP mit den Breitbandangeboten erreichen können. Daher sei es nicht nachvollziehbar, weshalb in vorliegender Untersuchung von einer Kosten-Preis-Schere ausgegangen werde.

306. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Swisscom beruft sich in ihrer Stellungnahme auf die Untersuchung i.S. Swisscom Directories²⁸³. Swisscom macht zutreffend gelten, dass die WEKO in besagter Untersuchung zum Schluss kam, dass die Preisgestaltung von Swisscom Directories keine Kosten-Preis-Schere darstellte. Allerdings gilt es zu beachten, dass die Untersuchung gegen Swisscom Directories regulierte Verzeichnisdaten zum Gegenstand hatte, während es in der vorliegenden Untersuchung um das Verhältnis zwischen den Wholesale- und Retail-Preisen auf dem Breitbandmarkt geht. Aus dem Umstand, dass im Markt für regulierte Verzeichnisdaten eine Marge von 5% als ausreichend betrachtet wird, damit die Wiederverkäufer eine ausreichende Gewinnmarge erzielen können, mithin keine Kosten-Preis-Schere vorliegt, kann nicht abgeleitet werden, dass die Preisgestaltung von Swisscom im Bereich Breitbandinternet, die den ISP eine Marge von rund 20% ermöglicht, kartellrechtlich unbedenklich ist. Massgebend kann einzig sein, wie hoch die Marge auf dem relevanten Markt (im vorliegenden Verfahren auf dem Wholesale-Markt für Breitbandinternet) sein muss, damit alternative Anbieter das Retail-Geschäft profitabel betreiben können. Der Begriff Marge kann vorliegend leicht missverstanden werden, wie bereits in Rz. 278 ausgeführt wurde. Diese Sichtweise stützen insbesondere auch die Erwägungen der WEKO in der von Swisscom angeführten Untersuchung gegen Swisscom Directories. Die WEKO hielt nämlich fest, dass es die Preisgestaltung von Swisscom Directories den Wiederverkäufern ermöglicht, den Aufwand für den Bezug der Daten und deren Verknüpfung mit eigenen Applikationen zu amortisieren, weshalb ein gewinnbringender Betrieb möglich sei²⁸⁴. Des Weiteren gilt es dem Umstand Rechnung zu tragen, dass es sich in besagter Untersuchung um regulierte Verzeichnisdaten handelte. Die WEKO hielt in ihrer Verfügung denn auch fest, dass der Befund, wonach keine Kosten-Preis-Schere vorliegt, für Anbieter alternativer Verzeichnisdienste unbefriedigend sein möge, das wettbewerbsrechtliche Resultat aber Ausfluss der damals

²⁸¹ Siehe bereits Rz. 284 mit Hinweis auf Akte Nr. 51, Schreiben Swisscom vom 26. September 2007, Beilage: Price Manual, Broadband Connectivity Service, Version 12.1, 1. Mai 2007, S. 9.

²⁸² Akte Nr. 123.

²⁸³ Vgl. Swisscom Directories AG betreffend Herstellung, Verwaltung und Herausgabe von regulierten Verzeichnisdaten gemäss Artikel 29 der Verordnung über Fernmeldedienste vom 31. Oktober 2001 (FDV; SR 784.101.1), RPW 2005/1, 54 ff.

²⁸⁴ Vgl. Swisscom Directories AG betreffend Herstellung, Verwaltung und Herausgabe von regulierten Verzeichnisdaten gemäss Artikel 29 der Verordnung über Fernmeldedienste vom 31. Oktober 2001 (FDV; SR 784.101.1), RPW 2005/1, 54 ff., 102 Rz. 289.

geltenden fernmelderechtlichen Regulierung des Verzeichniswesens und deren Auswirkungen auf die Einflussmöglichkeiten des Kartellgesetzes in diesen Märkten darstelle²⁸⁵.

307. Aufgrund vorstehender Ausführungen geht der Hinweis von Swisscom auf die Untersuchung i.S. Swisscom Directories fehl. Insbesondere können die Schlussfolgerungen der Untersuchung gegen Swisscom Directories wie bereits erwähnt, nicht unbesehen auf vorliegende Untersuchung übertragen werden. Unterschiedliche Märkte bedingen auch eine unterschiedlich hohe Marge, um eine Geschäftstätigkeit profitabel betreiben zu können. Dass im Bereich für Verzeichnisdienstleistungen eine Marge von 5% als ausreichend betrachtet wird, bedeutet daher nicht, dass im Bereich Breitbandinternet notgedrungen eine Marge von rund 20% ebenfalls das Vorliegen einer Kosten-Preis-Schere ausschliesst. Wie in Kapitel B.3.2.1 dargelegt, ist die Marge, die den alternativen ISP für DSL-Angebote verbleibt, nicht ausreichend. Folglich ist erstellt, dass die Verhaltensweise von Swisscom im der vorliegenden Untersuchung zu Grunde liegenden Sachverhalt eine Kosten-Preis-Schere begründet.

B.3.2.1.3 Auswirkungen innerhalb von Swisscom

308. Die Auswirkungen der Kosten-Preis-Schere sind im Übrigen auch innerhalb von Swisscom als Unternehmen ersichtlich. Typischerweise werden bei Kosten-Preis-Scheren die Verluste aus dem Endkundengeschäft durch hohe Einkünfte im Wholesale-Bereich kompensiert (vgl. Rz. 213, Nr. V). Die Verluste im Endkundengeschäft entstehen bei Bluewin ähnlich wie bei anderen ISP. Nachfolgend wird anhand der von Swisscom eingereichten Zahlen dargelegt, dass [...].

Tabelle 8: Betriebsertrag und Verlust von Bluewin in tausend Franken

Jahr	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Betriebsertrag	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	n.a.	n.a.
Verlust	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	n.a.	n.a.
in % (des Betriebsertrages)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	n.a.	n.a.

309. In Tabelle 8 sind der [...] aufgeführt²⁸⁶. Daraus ist ersichtlich, dass [...]. Dies ist ein weiterer Indikator für das Vorliegen einer Kosten-Preis-Schere, da auch der ISP in der Schweiz mit den meisten Kunden, welcher im Vergleich mit anderen ISP über die grössten Skalen- und Verbundvorteile verfügen sollte, aufgrund der Preispolitik von Swisscom, welche sich durch hohe Vorleistungspreise und im Verhältnis dazu niedrige Endkundenpreise auszeichnet, keine positiven Erträge erzielen konnte.

310. Bezüglich der Jahre 2006 und 2007 liegen keine Zahlen für die Profitabilität von Bluewin vor, da nach Angaben von Swisscom mit der vollständigen Integration von Bluewin in die damalige Swisscom Fixnet AG Bluewin nicht mehr als eigenes Profitcenter geführt würde. Entsprechend seien seit dem Jahr 2006 keine Abschlüsse für Bluewin mehr erfolgt²⁸⁷.

²⁸⁵ Vgl. Swisscom Directories AG betreffend Herstellung, Verwaltung und Herausgabe von regulierten Verzeichnisdiensten gemäss Artikel 29 der Verordnung über Fernmeldedienste vom 31. Oktober 2001 (FDV; SR 784.101.1), RPW 2005/1, 54 ff., 102 Rz. 291.

²⁸⁶ Akte Nr. 36, Schreiben Swisscom vom 18. August 2006, Beilage 7.

²⁸⁷ Akte Nr. 58, Schreiben Swisscom vom 19. Oktober 2007, S. 9.

311. Retail-seitig ein ähnliches Bild ergibt die Erfolgsrechnung von Bluewin für die xDSL-Breitbanddienste²⁸⁸. Der Swisscom eigene ISP Bluewin konnte damit mit der bestehenden Marge im DSL-Bereich nicht profitabel wirtschaften.

Tabelle 9: Erfolgsrechnung von Bluewin für die xDSL-Breitbanddienste in tausend Franken

Jahr	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007 ²⁸⁹
Einnahmen	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Kosten	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Deckungsbeitrag II	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
% (der Einnahmen)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

[Geschäftsgeheimnis Swisscom]

312. Demgegenüber erwirtschaftet der Geschäftsbereich Swisscom Wholesale BBCS in den letzten Jahren beträchtliche Gewinne²⁹⁰:

Tabelle 10: Umsatz und Ertrag von Swisscom Wholesale BBCS in Tausend Franken

Jahr	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Umsatz	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Ertrag	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
%	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

[Geschäftsgeheimnis Swisscom]

313. Die Zahlen in Tabelle 10 zeigen, dass nach anfänglichen, auf Initialinvestitionen zurückführende Verluste sich der Geschäftsbereich Swisscom Wholesale BBCS als hochrentabel erwies. Wird der Gewinn dividiert durch den Umsatz des Geschäftsbereichs Swisscom Wholesale BBCS betrachtet, ist festzustellen, dass das Verhältnis zwischen Gewinn und Umsatz in den letzten [...] Jahren mit mindestens [...]% ausserordentlich hoch war.

314. Die anfänglichen Verluste in den Jahren [...] und [...] weisen darauf hin, dass zum Aufbau des DSL-Geschäfts unter anderem auch einige netzseitige Anfangsinvestitionen notwendig waren (vgl. Rz. 38 ff.). In diesem Zusammenhang weist Swisscom darauf hin, dass aufgrund der Umrüstungen auf DSL-Verbindungen im Vergleich zur Analog oder ISDN-Technik Investitionen notwendig waren²⁹¹. Dies mag zwar die Ertragsentwicklung des Geschäftsbereichs Swisscom Wholesale BBCS erklären, steht jedoch losgelöst von der Frage nach dem Vorliegen einer Kosten-Preis-Schere, da letztere das Verhältnis zwischen Vor-

²⁸⁸ Akte Nr. 80, Schreiben Swisscom vom 25. Januar 2008, Beilage 8.

²⁸⁹ Nach Angabe von Swisscom sind die Ergebnisse des Monats Dezember 2007 nur beschränkt aussagekräftig, weil die BBCS-Kosten in diesem Monat durch die buchhalterische Abgrenzung des Rabatts für das Jahr 2007 stark reduziert wurden (Akte Nr. 80, Schreiben Swisscom vom 25. Januar 2008, S. 6). Aufgrund der fehlenden Vergleichbarkeit zu den Vormonaten wurden daher die Monate Januar bis November 2007 als Basis benutzt um für den Monat Dezember den Wert linear zu extrapolieren. Es ergibt sich somit für den Monat Dezember für das BBCS anstelle von [...] neu ein Wert von [...].

²⁹⁰ Akte Nr. 80, Schreiben Swisscom vom 25. Januar 2008, Beilage 6.

²⁹¹ Akte Nr. 58, Schreiben Swisscom vom 19. Oktober 2007, S. 2.

leistungs- und Endkundenpreisen betrachtet. Zudem wurden die anfänglichen Investitionen mit sehr rasch erfolgenden hohen Gewinnen mehr als kompensiert²⁹².

315. Die Gewinne, welche Swisscom wholesale-seitig mit dem Produkt BBCS erwirtschaftet, kompensieren die Verluste von Swisscom mit Bluewin um ein Mehrfaches (vgl. auch Rz. 227 ff.). Alle anderen ISP können ihre Verluste aus dem DSL-Geschäft nicht mit Gewinnen aus dem Wholesale-Geschäft wettmachen. Diese Situation führt dazu, dass alternative Anbieter keine Gewinne erzielen können und sogar in Erwägung ziehen müssen, sich aufgrund der von Swisscom angewandten Preispolitik aus dem Breitbandinternetgeschäft zurückzuziehen. Letzteres dürfte jedoch gerade für grössere Telekommunikationsanbieter aufgrund einer minimal notwendigen Produktpalette und der Tatsache, dass Breitbandinternet den Verkauf weiterer Dienstleistungen ermöglicht, kaum eine gangbare Option darstellen.

316. Im Sinne eines Exkurses ist an dieser Stellung auf die Analyse der Frage der Markbeherrschung zurückzukommen. Für die Beurteilung der Frage der Marktbeherrschung ist auch das Marktverhalten der Unternehmen zu berücksichtigen, worunter insbesondere das Diskriminieren bei Preisen oder Konditionen fällt²⁹³. Dies widerspiegelt den Gedanken, dass die Konzeption des unabhängigen Verhaltens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG auf das Vorliegen von Verhaltensspielräumen der Unternehmen abstellt, worunter namentlich auch Preissetzungsspielräume fallen. Die ausserordentlich hohen Gewinne und Margen, über welche Swisscom durch den Verkauf der Vorleistungsangebote BBCS verfügt, deuten darauf hin, dass Swisscom in diesem Bereich kaum Wettbewerbsdruck ausgesetzt ist. Ebenfalls zeigt sich angesichts dieser ausserordentlich guten Ertragslage im Wholesale-Markt, dass der Einfluss des nachgelagerten Marktes offenbar nicht in der Lage ist, die bestehenden Verhaltensspielräume von Swisscom zu disziplinieren.

317. Es lässt sich im Übrigen feststellen, dass die Preise in der Schweiz für DSL-Vorleistungen im Vergleich zum Ausland eher hoch sind. Im internationalen Vergleich verfügt die Schweiz zwar über hohe Penetrationsraten im Breitbandinternet, wobei die Preise relativ hoch und die Maximalbandbreiten im Vergleich zu vielen europäischen Ländern geringer sind²⁹⁴. Im Rahmen der Antwort des BAKOM vom 2. November 2007 auf das Amtshilfeersuchen erstellte das BAKOM einen internationalen Preisvergleich mit fünf anderen vergleichbaren europäischen Ländern für das 3'500/300-Produkt von Swisscom. Mit Ausnahme von denjenigen in Spanien stellte das BAKOM fest, dass die Vorleistungspreise unter dem Preis von Swisscom liegen²⁹⁵. Dabei wies das BAKOM auch darauf hin, dass es problematisch sei, nicht kostenorientierte (d.h. nicht regulierte) Vorleistungsprodukte miteinander zu vergleichen, da es sich oft um Vorleistungen handelt, deren Kosten sich kaum in den Preisen widerspiegeln. Angesichts des im internationalen Vergleich eher hohen Preisniveaus (vgl. Rz. 214) wird Swisscom in Zukunft zur Vermeidung weiterer Kosten-Preis-Scheren insbesondere die Senkung ihrer Vorleistungspreise für den BBCS in Betracht zu ziehen haben, da die hohen Vorleistungspreise mitverantwortlich sein dürften für ein höheres Preisniveau bei den Breitbandinternetdiensten in der Schweiz.

318. Es zeigt sich, dass die unzureichenden Margen einerseits bei Swisscom retail-seitig zu Verlusten und andererseits wholesale-seitig zu beträchtlichen Gewinnen führen. Dies sind Auswirkungen der von Swisscom praktizierten Kosten-Preis-Schere.

²⁹² Vgl. Tabelle 10. Die Gewinne ab dem Jahr 2003 betragen mehr als die Verluste in den Jahren 2001 und 2002.

²⁹³ Vgl. ROGER ZÄCH/RETO A. HEIZMANN, Markt und Marktmacht, in: Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis, Band IX, Geiser/Krauskopf/Münch (Hrsg.), Basel 2005, S. 42, Rz. 2.22.

²⁹⁴ Der Schweizer Breitbandmarkt im internationalen Vergleich, BAKOM, Biel, Juli 2006, S. 18.

²⁹⁵ Akte Nr. 60, Schreiben BAKOM vom 2. November 2007, S. 3.

319. Swisscom macht in Rz. 209 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009²⁹⁶ geltend, Tabelle 10 enthalte zum Nachteil von Swisscom die Zahlen aus dem Jahr 2000 nicht.

320. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Die Werte wurden im Antrag des Sekretariats aus Gründen der Vergleichbarkeit weggelassen, da für Bluewin erst im 2001 Werte verfügbar sind. Die Werte aus dem Jahr 2000 wurden jedoch vorliegend ergänzt, womit dem Einwand von Swisscom Rechnung getragen wird.

B.3.2.1.4 Zwischenfazit

321. Als Zwischenergebnis kann Folgendes festgehalten werden: Erstens haben die beiden durchgeführten Tests (Imputation Tests) ergeben, dass aufgrund der von Swisscom praktizierten Preise DSL-Breitbandinternet in den letzten Jahren weder vom vertikal integrierten Netzanbieter noch von einem alternativen ISP profitabel angeboten werden konnte. Zweitens besteht beim meistverkauften ADSL-Produkt eine unzureichende Marge zwischen Wholesale- und Retail-Preis. Drittens zeigen sich die Auswirkungen der Kosten-Preis-Schere auch innerhalb von Swisscom mit beträchtlichen Gewinnen im Wholesale-Bereich mit dem BBCS und erheblichen Verlusten im Retail-Bereich mit dem DSL-Geschäft. Vorstehende Analysen zeigen damit insgesamt auf, dass aus kartellrechtlicher Sicht eine Kosten-Preis-Schere vorliegt, die als Diskriminierung von Handelspartnern im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. b KG zu qualifizieren ist.

B.3.2.2 Behinderung von Wettbewerbern

322. Gemäss der Generalklausel in Art. 7 Abs. 1 KG verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. Es kann damit zwischen einem sog. Behinderungsmissbrauch, der sich gegen Wettbewerber richtet, und einem sog. Ausbeutungsmissbrauch, der die Abnehmer benachteiligt, unterschieden werden. Eine klare Zuordnung ist nicht in allen Fällen möglich, da Geschäftspraktiken gleichzeitig behindernd und ausbeutend sein können.

323. Behinderungsmissbräuche richten sich gegen aktuelle oder potenzielle Konkurrenten. Derartige Missbräuche führen dazu, dass bestehende Konkurrenten im Markt behindert werden oder dass neue Wettbewerber von Marktzutritten abgehalten werden. Allgemein ist festzustellen, dass ausgehend von der Definition einer Kosten-Preis-Schere (vgl. Rz. 203 ff.) durch die zu knappen Margen zwischen Wholesale- und Retail-Preisen des vertikal integrierten Unternehmens die Konkurrenten (Green, Sunrise, Tele2 etc.) nicht in der Lage sind, Breitbandinternet profitabel anzubieten. Dies kann aufgrund von entsprechenden Verlusten auch zu Marktaustritten, Übernahmen oder sinkenden Marktanteilen von den mit Bluewin (Swisscom) in Wettbewerb stehenden alternativen ISP oder zum Verzicht von Markteintritten führen (vgl. Abbildung 4, S. 32). Ausdruck davon dürfte auch sein, dass unter den ADSL-Anbietern nur Swisscom Marktanteile gewinnt (vgl. Rz. 160). Eine Behinderung von Wettbewerbern ist damit dem Konzept der Kosten-Preis-Schere grundsätzlich inhärent und liegt in concreto auch vor, was sich unter anderem auch in regelmässigen Klagen der ISP (vgl. Rz. 6) über zu knappe Margen widerspiegelt. Die negativen Auswirkungen der Kosten-Preis-Schere auf die Wettbewerber wurden im Übrigen vorstehend verschiedentlich erwähnt (vgl. Rz. 225, 277, 315). Ob zusätzlich auch ein Ausbeutungsmissbrauch vorliegt, der die Marktgegenseite benachteiligt, kann aufgrund des Vorliegens einer Behinderung von Wettbewerbern offen gelassen werden.

324. Damit ist festzuhalten, dass die aufgrund der Preispolitik von Swisscom bestehende Kosten-Preis-Schere zu einer Behinderung von Wettbewerbern im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG führte.

²⁹⁶ Akte Nr. 123.

B.3.2.3 Keine sachlichen Rechtfertigungsgründe

325. Das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens ist dann missbräuchlich und somit unzulässig, wenn es sich nicht durch sachliche Gründe rechtfertigen lässt²⁹⁷. Als sachliche Gründe kommen insbesondere kaufmännische Grundsätze in Betracht²⁹⁸. Es ist festzustellen, dass sich die wesentlichen von Swisscom geltend gemachten Einwände nicht auf die Frage des Missbrauchs, sondern auf die Abgrenzung des relevanten Marktes und die Analyse der Marktstellung beziehen. Für die folgenden Vorbringen von Swisscom kann geprüft werden, ob es sich um sachliche Rechtfertigungsgründe handelt.

326. Mit Schreiben vom 19. Oktober 2007 wies Swisscom darauf hin, dass für DSL-Datenverbindungen erhebliche Investitionen in die Infrastruktur notwendig gewesen seien. So hätten unter anderem sog. „Splitter“ (Teiler) eingebaut und die Backbone Infrastruktur hätte ausgebaut werden müssen²⁹⁹. Hierzu ist vorweg festzuhalten, dass die Anfangsinvestitionen hauptsächlich einen Bezug zur Preissetzung des Vorleistungsprodukts BBCS haben. Kosten-Preis-Scheren betreffen jedoch das Zusammenspiel zwischen Vorleistungs- und Endkundenpreisen. Letztere hätten von Swisscom entsprechend angepasst werden können, um eine Kosten-Preis-Schere zu vermeiden. Im Übrigen wurden die anfänglichen Investitionen im Bereich Swisscom Wholesale BBCS durch die Gewinne in den letzten Jahren mehr als kompensiert (vgl. Rz. 313). Sachliche Rechtfertigungsgründe liegen damit keine vor.

327. Swisscom macht in Rz. 241 ff. ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009³⁰⁰ geltend, dass sich Swisscom im Verlauf des Verfahrens nie zum Vorwurf der Kosten-Preis-Schere äussern konnte und daher davon ausgehen konnte, dass die WEKO das Preisgefüge des BBCS als solches nicht beanstandete. Zudem belegten die in ihrer Stellungnahme gemachten Ausführungen das Vorhandensein sachlicher Rechtfertigungsgründe. Als Rechtfertigungsgründe führt Swisscom die gleichen Argumente an, mit denen sie darlegt, dass aus ihrer Sicht keine unzulässige Verhaltensweise vorliegt (siehe Kapitel 3 "Keine unzulässige Verhaltensweise").

328. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Bereits in der Medienmitteilung der WEKO zur Eröffnung der zweiten Untersuchung zu ADSL-Diensten³⁰¹ teilte diese der Öffentlichkeit mit, dass es sich bei der Preispolitik von Swisscom um eine Kosten-Preis-Schere handeln könnte, indem sie Folgendes festhielt: "Swisscom stellt ihre Netzinfrastruktur verschiedenen Internet Service Providern zum Anbieten von ADSL-Diensten zur Verfügung. Die Preise dieser Vorleistungsangebote für ADSL-Dienste sind im Vergleich zu den Endkundenpreisen von Bluewin (Swisscom) zu hoch. (...) Es könnte sich insbesondere um eine sogenannte Kosten-Preis-Schere handeln (sog. Price- oder Margin Squeeze)"³⁰². Spätestens seit Eröffnung der vorliegenden Untersuchung konnte Swisscom daher nicht von der Kartellrechtskonformität ihres Verhaltens ausgehen (vgl. auch Rz. 364).

B.3.3 Ergebnis

329. Die von Swisscom praktizierte Preispolitik im Bereich Breitbandinternet stellt eine Kosten-Preis-Schere dar und ist als unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens nach Art. 7 KG zu qualifizieren.

²⁹⁷ ZÄCH (zit. Fn. 94), S. 305; CLERC (zit. Fn. 95), Rz. 82 zu Art. 7; JÜRIG BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 2005, Rz. 3 zu Art. 7.

²⁹⁸ Botschaft vom 23. November 1994 (Botschaft 1994), BBl 1995 468 ff., S. 569.

²⁹⁹ Akte Nr. 69, S. 2 und 3.

³⁰⁰ Akte Nr. 123.

³⁰¹ Medienmitteilung vom 21. Oktober 2005, abrufbar unter www.weko.admin.ch/dokumentation/00158.

³⁰² Medienmitteilung vom 21. Oktober 2005, abrufbar unter www.weko.admin.ch/dokumentation/00158.

B.4 Sanktionierung

B.4.1 Einleitung zur Sanktionierung

B.4.1.1 Angebliche Verletzung der Garantien gemäss Art. 6 EMRK

330. Swisscom macht in Rz. 246 ff. ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009³⁰³ geltend, dass weder die Organisation der schweizerischen Wettbewerbsbehörden noch das Verfahren vor der WEKO mit den aus der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäischen Menschenrechtskonvention, EMRK; SR 0.101) fliessenden Verfahrensrechten in Einklang stünden. Zum Einen werde der Anspruch auf ein unabhängiges Gericht (Art. 6 EMRK und Art. 30 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV; SR 101]) aus organisatorisch-funktionellen Gründen verletzt, da die WEKO und ihr Sekretariat nicht voneinander unabhängig seien, zum Andern sei aufgrund der Einsitznahme von Interessenvertretern in der WEKO die Unabhängigkeit der WEKO nicht gewährleistet. Swisscom führt weiter aus, dass die Heilung dieses Mangels im Rechtsmittelverfahren nicht möglich sei, zumal das Bundesverwaltungsgericht als Rechtsmittelbehörde nicht ohne Not in das technische Ermessen der WEKO eingreife. Swisscom und das von ihr eingereichte Parteigutachten betreffend Verstoss gegen das Kartellgesetz³⁰⁴ folgern daraus, dass das Bundesverwaltungsgericht die ihm zustehende volle Kognition nicht ausschöpfe, sondern diese in faktischer Hinsicht derart beschränke, dass die Mängel des Verfahrens vor der WEKO nicht geheilt werden können.

331. Hierzu gilt es Folgendes festzuhalten: Im Rahmen von Art. 6 EMRK ist vorgesehen, dass jede Person ein Recht darauf hat, dass über Streitigkeiten in Bezug auf zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen oder über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. Der Anspruch auf ein faires Verfahren gemäss Art. 6 Abs. 1 EMRK umfasst u.a. die Gewährleistung der Unabhängigkeit und Unbefangenheit des Gerichts³⁰⁵. Die Anforderungen gemäss Art. 6 EMRK müssen im Verlauf eines Verfahrens mindestens einmal erfüllt sein³⁰⁶.

332. Die WEKO hat bereits im Entscheid Terminierung Mobilfunk³⁰⁷ festgehalten, dass, sollte die WEKO nicht als Gericht im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK angesehen werden, das Bundesverwaltungsgericht als die ihre Entscheide überprüfende Rechtsmittelinstanz über volle Kognition verfügt, weshalb die Ausgestaltung des Verfahrens vor den schweizerischen Wettbewerbsbehörden die Anforderungen von Art. 6 EMRK erfüllt³⁰⁸.

B.4.1.2 Die Heilung angeblicher Verfahrensmängel

333. Swisscom macht in Rz. 248 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009³⁰⁹ geltend, dass die Heilung der genannten Mängel im Rechtsmittelverfahren nicht möglich sei. Darüber hinaus macht sie geltend, dass die Rechtsmittelbehörde ihre Kognition bei der Überprüfung von Verfügungen der WEKO in rechtsstaatlich problematischer Weise einschränke, weil sie nicht

³⁰³ Akte Nr. 123.

³⁰⁴ Vgl. Parteigutachten betreffend Verstoss gegen das Kartellgesetz (zit. in Fn. 32; Akte Nr. 155), S. 52 f. und 76.

³⁰⁵ Vgl. auch Stellungnahme von Swisscom (Akte Nr. 123), Beilage 9, Rz. 806 ff.

³⁰⁶ Vgl. MARK E. VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 2. Aufl., Zürich 1999, S. 260; CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, Diss. 2007 (EIZ Bd. 80), Zürich 2007, S. 98 f.

³⁰⁷ Verfügung der WEKO vom 5. Februar 2007, RPW 2007/2, S. 241.

³⁰⁸ Vgl. RPW 2007/2, 241 ff., Rz. 36 ff., nicht rechtskräftig.

³⁰⁹ Akte Nr. 123.

ohne Not in das technische Ermessen der WEKO eingreife³¹⁰. In dem von Swisscom eingereichten Parteigutachten betreffend Verstoss gegen das Kartellgesetz wird ebenfalls die Auffassung vertreten, das Bundesverwaltungsgericht schöpfe seine Kognition nicht vollständig aus, weshalb verwaltungsrechtliche Kartellverfahren den Anforderungen der EMRK nicht genügten³¹¹.

334. Hierzu gilt es Folgendes festzuhalten: Die Vorbringen von Swisscom und das in diesem Zusammenhang angeführte Urteil des Bundesverwaltungsgerichts betreffen nicht ein kartellrechtliches Verwaltungsverfahren, sondern ein fernmelderechtliches Verfahren. Gegenstand des genannten Verfahrens war denn auch nicht eine Verfügung der WEKO, sondern eine Teilverfügung der ComCom. Auf Ersuchen des BAKOM erstellte die WEKO lediglich ein Gutachten zur Frage der Marktbeherrschung, wie dies in Art. 11a Abs. 2 FMG für Streitigkeiten über den Zugang zu Diensten gemäss Art. 11 FMG vorgesehen ist. Das Bundesverwaltungsgericht hielt in seinem Urteil denn auch fest, dass sich die ComCom in einem wesentlichen Umfang auf das Gutachten der WEKO abstütze, eine Abweichung von den gestützt darauf gezogenen Schlussfolgerungen aber möglich seien, wenn dafür überzeugende Gründe vorliegen³¹². Weiter hält das Bundesverwaltungsgericht fest, dass der Vorinstanz ein gewisser Beurteilungsspielraum zukomme bzw. eine gewisse Zurückhaltung des Bundesverwaltungsgerichts gerechtfertigt sei, soweit die Vorinstanz unbestimmte Gesetzesbegriffe anzuwenden habe und die Gesetzesauslegung ergebe, dass der Gesetzgeber mit der offenen Normierung der Entscheidbehörde eine zu respektierende Entscheidungsbefugnis einräumen wollte. Das Bundesverwaltungsgericht werde aber dadurch nicht davon befreit, die Rechtsanwendung unter Beachtung dieser Zurückhaltung auf ihre Vereinbarkeit mit Bundesrecht zu überprüfen. Da die Vorinstanz in einem höchst technischen Bereich amte, dürfe ihr im Rahmen dieses „technischen Ermessens“ ein gewisser Ermessens- und Beurteilungsspielraum belassen werden, soweit sie die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend durchgeführt habe³¹³. Die vom Bundesverwaltungsgericht in besagtem Urteil gewählte Formulierung darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass dem Bundesverwaltungsgericht (ehemals REKO/WEF) als Rechtsmittelinstanz in kartellrechtlichen Verwaltungsverfahren die Befugnis zusteht, Verfügungen der WEKO mit voller Kognition zu überprüfen. Dies ergibt sich bereits aus den vorliegend massgebenden Erlassen, d.h. dem Kartellgesetz und dem Verwaltungsverfahrensgesetz. Selbst wenn sich die Vorinstanz wie in allen kartellrechtlichen Verwaltungsverfahren und damit auch der vorliegenden Untersuchung durch besonderen Sachverstand auszeichnet und ihr daher ein gewisser Handlungsspielraum zuzuerkennen ist, hebt das Bundesverwaltungsgericht Ermessensentscheide dann auf, wenn die Behörde von dem ihr zustehenden Ermessen einen falschen Gebrauch gemacht hat, indem sie grundlos von in Rechtsprechung und Lehre anerkannten Grundsätzen abgewichen ist, sachfremde Gesichtspunkte berücksichtigt hat, rechtserhebliche Umstände unberücksichtigt liess oder sich das Ergebnis als offensichtlich unbillig und als in stossender Weise ungerecht erweist³¹⁴.

335. Das Bundesverwaltungsgericht ist grundsätzlich verpflichtet, seine Kognition voll auszuschöpfen³¹⁵. Für eine besonders hohe Prüfungsdichte im Beschwerdeverfahren spricht, dass jede Verfügung „wenigstens einmal“ durch eine unabhängige Beschwerdeinstanz voll

³¹⁰ Vgl. Stellungnahme von Swisscom (Akte Nr. 123) Rz. 248 mit Hinweis auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 12. Februar 2009, RPW 2009/1, 97 ff., E. 4; Stellungnahme von Swisscom (Akte Nr. 123), Beilage 9, Rz. 862 ff.

³¹¹ Vgl. Parteigutachten betreffend Verstoss gegen das Kartellgesetz (zit. in Fn. 32; Akte Nr. 155), S. 52 f. und 76.

³¹² Vgl. Urteil Bundesverwaltungsgericht vom 12. Februar 2009, RPW 2009/1, 97 ff., Sachverhalt Bst. F.

³¹³ Vgl. Urteil Bundesverwaltungsgericht vom 12. Februar 2009, RPW 2009/1, 97 ff., E. 4.

³¹⁴ Vgl. ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Handbücher für die Anwaltspraxis, Bd. X, Basel, 2008, Rn. 2.163.

³¹⁵ Vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3490/2007 vom 15. Januar 2008, E. 3.1.

überprüft werden soll³¹⁶. Andererseits bedeutet dies nicht, dass das Bundesverwaltungsgericht verpflichtet ist, in jedem Fall dieselben Untersuchungsmassnahmen und Beweiserhebungen durchzuführen wie die Vorinstanz. Mit anderen Worten kann die Überprüfungsbefugnis des Bundesverwaltungsgerichts nicht daran gemessen werden, ob und wie viele Beweismassnahmen es in einem konkreten Fall durchgeführt hat. Vielmehr genügt es, wenn das Bundesverwaltungsgericht die von der Vorinstanz erhobenen Beweise überprüft und in kartellrechtlicher Hinsicht würdigt. Sofern sich Zweifel an der Tauglichkeit der Beweise bzw. an den durchgeführten Untersuchungsmassnahmen ergeben, steht es dem Bundesverwaltungsgericht frei, zusätzliche Beweismassnahmen selber durchzuführen oder den Entscheid mit verbindlichen Anweisungen zur Neubeurteilung bzw. Ergänzung an die WEKO zurückzuweisen. Hat das Bundesverwaltungsgericht nicht alle Beweise selber erhoben, bedeutet dies nicht, dass es von seiner Überprüfungsbefugnis nicht Gebrauch gemacht hätte. In zwei neueren Urteilen hielt das Bundesgericht fest, dass die (ehemalige) REKO/WEF als Fachbehörde gehalten sei, ihre Kognition auszuschöpfen³¹⁷; die diesbezüglichen Schlussfolgerungen des Bundesgerichts gelten sinngemäss auch für das Bundesverwaltungsgericht. Aus neueren Entscheiden der ehemaligen REKO/WEF ist ersichtlich, dass diese den Anforderungen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nachgekommen ist, indem sie teilweise eigene umfangreiche Beweismassnahmen durchführte, sich auch dann zu materiellen Fragen äusserte, obwohl der Entscheid bereits aus formellen Gründen aufgehoben wurde und gegebenenfalls auch einen reformatorischen Entscheid fällte³¹⁸. Wieso das Bundesverwaltungsgericht hierzu nicht im Stande sein sollte und in Abweichung von der Praxis der ehemaligen REKO/WEF auf keine Überprüfung der angefochtenen Verfügung mit voller Kognition durchführen wird, ist nicht ersichtlich.

336. Aus vorstehenden Gründen ist festzuhalten, dass das Bundesverwaltungsgericht im Rahmen des erstinstanzlichen Beschwerdeverfahrens über volle Überprüfungsbefugnis verfügt, weshalb eine allfällige Verletzung von Art. 6 EMRK mangels richterlicher Unabhängigkeit der WEKO geheilt werden würde³¹⁹. Selbst wenn die WEKO nicht als unabhängiges Gericht im Sinne von Art. 6 EMRK gelten sollte, ist das Bundesverwaltungsgericht als unabhängiges und unparteiisches Gericht i.S.v. Art. 6 EMRK zu qualifizieren. Als Rechtsmittelinstanz überprüft es die Entscheide der WEKO und verfügt über volle Kognition, womit die Anforderungen gemäss Art. 6 EMRK erfüllt sind³²⁰. Es kann gegebenenfalls auch durch die Vorinstanz begangene Verfahrensfehler mittels eigener, zusätzlicher Instruktionsmassnahmen heilen³²¹.

337. Das Parteigutachten betreffend Verstoss gegen das Kartellgesetz geht davon aus, dass das Kartellgesetz bzw. die Praxis der Wettbewerbsbehörden dem Grundsatz des Verbots des Selbstbelastungszwangs widerspreche, da einerseits Art. 40 KG Beteiligte an Abreden, marktmächtige Unternehmen und Beteiligte an Zusammenschlüssen dazu verpflichtet, den Wettbewerbsbehörden die erforderlichen Informationen zu liefern und andererseits die Wettbewerbsbehörden die von einer Untersuchung betroffenen Unternehmen unter Strafan-

³¹⁶ Vgl. BENJAMIN SCHINDLER, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Art. 49 N. 4; TAGMANN (zit. in Fn. 306), S. 98.

³¹⁷ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.327/2006 vom 22.02.2007, E. 4, publ. in: RPW 2007/2, 334; Urteil des Bundesgerichts 2A.325/2006 vom 13.02.2007, E. 4, publ. in: RPW 2007/2, 327.

³¹⁸ Vgl. hierzu insbesondere RPW 2006/4, 698 ff.; RPW 2006/2, 310 ff.; RPW 2005/4, 672 ff.; RPW 2005/3, 505 ff.

³¹⁹ Vgl. RPW 2007/2, 241 ff., Rz. 41; YVO HANGARTNER, Aspekte des Verwaltungsverfahrenrechts nach dem revidierten Kartellgesetz von 2003, in: Walter Stoffel/Roger Zäch [Hrsg.], Kartellgesetzrevision 2003, Neuerungen und Folgen, Zürich 2004, S. 271 f.; TAGMANN (zit. in Fn. 306), S. 98 f.

³²⁰ Vgl. RPW 2007/2, 241 ff., Rz. 43; HANGARTNER (zit. in Fn. 319), S. 271 f.; ASTRID WASER, Grundrechte der Beteiligten im europäischen und schweizerischen Wettbewerbsverfahren, Zürich 2002, S. 142, Fn. 808.

³²¹ Vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER (zit. in Fn. 314), Rn. 2.152.

338. Zur im Parteigutachten betreffend Verstoss gegen das Kartellgesetz geltend gemachten Verletzung des Nemo-tenetur-Grundsatzes ist Folgendes zu bemerken: Art. 40 KG statuiert eine Auskunftspflicht der am Verfahren beteiligten Unternehmen. Soll diese Bestimmung nicht von vornherein ihres Sinnes entleert werden, muss es den Wettbewerbsbehörden möglich sein, die entsprechenden Auskünfte von den betroffenen Unternehmen gestützt auf diese Bestimmung herausverlangen zu können. Dies muss auch gegenüber den an einer Wettbewerbsbeschränkung beteiligten Unternehmen gelten, weil andernfalls die Sachverhaltsabklärung durch die Wettbewerbsbehörden weitgehend in Frage gestellt wäre. Mit anderen Worten sind die Wettbewerbsbehörden letztlich auf die Herausgabe von Informationen, über welche nur die Unternehmen verfügen und die u.U. anderweitig gar nicht beschafft werden könnten, angewiesen. Art. 40 KG darf daher seiner Anwendung nicht dadurch beraubt werden, dass sich die Unternehmen gestützt auf das Gebot, sich nicht selbst belasten zu müssen, der gesetzlich vorgesehen Auskunftspflicht entziehen können. Andernfalls wäre die Sachverhaltsermittlung und damit letztlich auch die Anwendbarkeit der materiellen Bestimmungen des KG (insb. Art. 5, 7 und Art. 49a KG) nicht mehr gewährleistet. Diese Auffassung entspricht im Übrigen auch der Rechtsprechung der europäischen Kommission, welche besagt, dass die Kommission berechtigt ist, ein Unternehmen gegebenenfalls durch Entscheidung zu verpflichten, ihr alle erforderlichen Auskünfte über ihm eventuell bekannte Tatsachen zu erteilen, solange sie dem Unternehmen nicht die Verpflichtung auferlegt, Antworten zu geben, durch die es die Zuwiderhandlung eingestehen müsste, für die die Kommission den Beweis zu erbringen hat³²³.

339. Die an Swisscom gerichteten Fragen trugen diesen Anforderungen Rechnung. Die Auskunftsbegehren forderten Swisscom u.a. auf, folgende Angaben zu machen: Anzahl geschalteter DSL-Breitbandanschlüsse, Angaben zu den Bandbreiten, an alternative ISP gestellte Rechnungen für die Inanspruchnahme des BBCS, Erfolgsrechnung für den Bereich xDSL (Retail- und Wholesale-Ebene) sowie Updates der bereits gemachten Angaben³²⁴. Den Auskunftsbegehren lagen somit ausschliesslich Fragen zu Grunde, die Tatsächliches zum Gegenstand hatten und nicht auf ein etwaiges Schuldeingeständnis von Swisscom abzielten. Swisscom musste bzw. konnte sich daher im vorliegenden Verfahren nicht selber belasten und hat dies auch nicht getan. Zu Recht machte Swisscom entsprechende Vorbehalte denn auch nie geltend.

340. Zusammenfassend lässt sich somit festhalten, dass die Verfahrensgarantien gemäss Art. 6 Abs. 1 EMRK in kartellrechtlichen Verwaltungsverfahren gewährleistet sind. Der Einwand von Swisscom gegen das Verhängen von Sanktionen durch die WEKO geht somit fehl.

B.4.2 Sanktionierung von Swisscom

341. Vorliegende Untersuchung ist zum Ergebnis gekommen, dass Swisscom ihre marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 7 KG missbrauchte, indem sie die Vorleistungspreise für DSL-Wholesale-Produkte im Vergleich zu den praktizierten Endkundenpreisen in einer Weise ansetzte, dass alternativen Anbietern keine zureichende Marge verblieb (Kosten-Preis-Schere).

³²² Vgl. Parteigutachten betreffend Verstoss gegen das Kartellgesetz (zit. in Fn. 32; Akte Nr. 155), S. 60 ff.

³²³ Vgl. Urteile vom 25. Januar 2007, Dalmine/Kommission, C-407/2004, Randnrn. 34, vom 18. Oktober 1989; Orkem/Kommission, 374/87, Slg. 1989, 3283, Randnrn. 34 und 35, vom 7. Januar 2004; Aalborg Portland u. a./Kommission, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P und C-219/00 P, Slg. 2004, I-123, Randnrn. 61 und 65, und vom 14. Juli 2005; ThyssenKrupp/Kommission, C-65/02 P und C-73/02 P, Slg. 2005, I-6773, Randnr. 49.

³²⁴ Akten Nr. 7, 34, 49, 63.

342. Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 beteiligt ist oder sich nach Artikel 7 unzulässig verhält, mit einem Betrag bis zu 10% des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen.

343. Rechtsfolge einer Verletzung von Art. 7 KG ist damit eine Belastung respektive Sanktionierung mit einem Betrag nach Art. 49a Abs. 1 KG. Missbräuchliche Verhaltensweisen nach Art. 7 KG unterliegen seit dem Inkrafttreten der Teilrevision des Kartellgesetzes 2003 per 1. April 2004 der direkten Sanktionierbarkeit gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG. Aufgrund des allgemeinen Prinzips des Rückwirkungsverbots ist Art. 49a KG auf Sachverhalte vor dem 1. April 2004 nicht anwendbar. Eine direkte Sanktion kann folglich nur bezüglich unzulässiger Verhaltensweisen, die nach dem 1. April 2004 ausgeübt wurden, ausgesprochen werden, während allfällige vor dem 1. April 2004 ausgeübte Wettbewerbsbeschränkungen nicht direkt sanktionierbar sind³²⁵.

B.4.3 Vorwerfbarkeit

344. Allgemein ist darauf hinzuweisen, dass die Besonderheit der Verwaltungssanktionen darin liegt, dass sie gegen die betroffenen Unternehmen selber und typischerweise ohne Nachweis eines strafrechtlich vorsätzlichen Handelns der verantwortlichen natürlichen Personen verhängt werden können. Die Botschaft zum revidierten KG hält explizit fest, dass die Verwaltungssanktion (im Gegensatz zur Strafsanktion) kein Verschulden voraussetzt³²⁶. Das von Swisscom eingereichte Parteigutachten betreffend Verstoss gegen das Kartellgesetz vertritt hingegen die Auffassung, bei den Sanktionen i.S.v. Art. 49a KG handle es sich um echte Strafen (eingehend zu dieser Frage siehe Rz. 352 f.)³²⁷.

345. In der Literatur wurde die vom Gesetzgeber ausdrücklich vorgesehene Auffassung der Verschuldensunabhängigkeit unter anderem vor dem Hintergrund der zwischenzeitlichen Einführung von Art. 100^{quater} des Strafgesetzbuches (StGB; SR 311.00) zur Verantwortlichkeit des Unternehmens kritisiert³²⁸. Im Ergebnis wird von der Literatur im Wesentlichen erwähnt, dass für die Verhängung einer Verwaltungssanktion erforderlich sei, dass gegenüber der juristischen Person oder ihrer Organe das zur Sanktion führende Verhalten vorwerfbar sein müsse³²⁹. Dabei dürfte allerdings in vielen Fällen von einer Organisationsfahrlässigkeit auf Stufe der höchsten Managementebene, d.h. bei Organpersonen des Unternehmens auszugehen sein, wenn es zu Kartellrechtsverstössen kommen sollte, so dass Probleme in der Praxis kaum relevant werden dürften.

³²⁵ Botschaft 2003 (zit. Fn. 40), S. 2048.

³²⁶ Botschaft 2003 (zit. Fn. 40), S. 2034. Schon die Botschaft 1994 hielt entsprechend fest, dass die Sanktionierung gerechtfertigt ist, „weil die Unternehmen in der Lage sein sollten und auch verpflichtet sind, sich so zu organisieren, dass rechtsverbindlich festgelegte Pflichten von ihnen erfüllt werden“ (Botschaft 1994 (zit. Fn. 298), S. 620.).

³²⁷ Eingehend dazu s. das Parteigutachten betreffend Verstoss gegen das Kartellgesetz (zit. in Fn. 32; Akte Nr. 155), S. 11 ff., insbes. S. 18 f.

³²⁸ Auswahl der zur mehrheitlich aus Anwaltskreisen stammenden Kritik: BORER (zit. in Fn. 297), Rz. 1 ff. zu Art. 49a; FRANZ HOFFET/KLAUS NEFF, Ausgewählte Fragen zum revidierten Kartellgesetz und zur KG-Sanktionsverordnung, Anwaltspraxis 2004/4, S. 129; CHRISTOPH LANG, Untersuchungsmassnahmen der Wettbewerbskommission im Spannungsverhältnis zwischen Wahrheitsfindung und Verteidigungsrechten eines Angeschuldigten, Jusletter 27. September 2004; PHILIPPE SPITZ, Ausgewählte Problemstellungen im Verfahren und bei der praktischen Anwendung des revidierten Kartellgesetzes, sic! 2004, S. 553. Differenzierend: GÜNTER HEINE, Quasi-Strafrecht und Verantwortlichkeit von Unternehmen im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaften und der Schweiz, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 125 (2007), S. 105 ff.; TAGMANN (zit. in Fn. 306).

³²⁹ Z.B.: BORER (zit. in Fn. 297), Rz. 12 zu Art. 49a.

346. Aus der Rechtsprechung ist insbesondere der Entscheid der REKO/WEF in Sachen „Rhône-Poulenc/Merck“³³⁰ zu erwähnen, wobei der Entscheid einen Verstoss im Zusammenhang mit der Verletzung einer Meldepflicht bei einem Unternehmenszusammenschluss betrifft (Art. 51 KG). Zur Frage des Verschuldens hielt die REKO/WEF Folgendes fest: „Il ne va pas de soi qu'il en aille autrement en droit suisse et que l'infliction d'une sanction administrative pouvant s'élever à CHF 1 mio. puisse se fonder exclusivement sur des éléments objectifs. [...]. La Commission de céans a cependant laissé ouverte la question de savoir si une mesure de ce genre pouvait être prise en l'absence de toute faute“³³¹. Im Ergebnis heisst dies, dass nicht ausschliesslich auf objektive Kriterien gestützt werden kann, sondern dass auch subjektive Elemente zu berücksichtigen sind. Jedoch wurde die Frage der Notwendigkeit eines Verschuldens explizit offen gelassen.

347. Die WEKO behandelte in Sachen Sanktionsverfahren Unique-Valet Parking, in welchem es um einen Verstoss gegen eine behördliche Anordnung ging (Art. 50 KG), die Thematik des Verschuldens im Rahmen eines Kapitels zur Vorwerfbarkeit³³². Das Bundesverwaltungsgericht bestätigte diesen Entscheid der WEKO und führte dabei aus, dass es nicht zu beanstanden sei, wenn die WEKO i.S.d. Rechtsprechung der REKO/WEF eine subjektive Vorwerfbarkeit der Verhaltensweise feststelle³³³. In einem weiteren Entscheid der WEKO vom 18. September 2006 in Sachen Unique, in welchem die WEKO eine sich auf Art. 49a Abs. 1 KG stützende Sanktion ausfällte, wurde ebenfalls eine Vorwerfbarkeit des Verhaltens geprüft³³⁴. In ihrer Verfügung vom 5. März 2007 in einem die Publigroupe betreffenden Fall stellte die WEKO bei der Prüfung der Vorwerfbarkeit auf einen objektiven Sorgfaltsmangel ab³³⁵.

348. Wie nachfolgend zu zeigen ist, liegt im vorliegenden Fall ein objektiver Sorgfaltsmangel i.S. einer Vorwerfbarkeit vor.

349. Swisscom musste sich in verschiedener Hinsicht bewusst sein, dass durch ihre Preispolitik im Bereich ADSL unter Umständen ein Verstoss gegen das Kartellgesetz vorlag. Dass Swisscom als einziger Anbieter für landesweite Vorleistungsangebote im Breitbandinternet vermutlich als marktbeherrschend qualifiziert würde, war Swisscom unter anderem aus der ersten Untersuchung in Sachen ADSL genügend bekannt (vgl. Rz. 4). Ebenfalls erkennbar für Swisscom war das Vorliegen einer Behinderung der Wettbewerber durch hohe Vorleistungspreise und im Vergleich zu letzteren niedrigen Retail-Preisen. Dies manifestierte sich insbesondere auch mit Blick auf die Bereichsergebnisse von Swisscom: Einerseits lagen teils massive Verluste bei Bluewin (vgl. Rz. 309) und insbesondere spezifisch im DSL-Retail-Bereich vor (vgl. Rz. 227). Andererseits wurden im Bereich Wholesale mit dem Wiederkauf des Vorleistungsangebots BCS ausserordentlich hohe Gewinne erwirtschaftet (vgl. Rz. 313). Diese Konstellation sollte bereits im Rahmen der betriebswirtschaftlichen Analyse einige Fragen aufwerfen. Die Verluste im Bereich Retail und die Gewinne im Bereich Wholesale sind klare Anzeichen für eine wettbewerbsrechtlich unzulässige Kosten-Preis-Schere, da selbst beim eigenen ISP mit den bestehenden Vorleistungs- und Endkundenpreisen nur Verluste resultierten.

350. Abgesehen von den Swisscom intern verfügbaren Angaben machten auch alternative ISP regelmässig darauf aufmerksam, dass die Margen im DSL-Geschäft ungenügend seien. Teilweise wurde die unzureichende Marge von den ISP auch explizit thematisiert. Die Klagen der alternativen Anbieter führten zu Eingaben mehrerer ISP an die WEKO, wobei sich die ISP unter anderem über unzureichende Margen beklagten. Im Übrigen wäre es Swisscom

³³⁰ RPW 2002/2, 386 ff.

³³¹ RPW 2002/2, 395.

³³² RPW 2006/1, 141 ff., 169 f.

³³³ RPW 2007/4, 653 ff., 672.

³³⁴ Verfügung vom 18. September 2006 in Sachen Unique, RPW 2006/4, 625 ff.

³³⁵ RPW 2007/2, 190 ff., 233.

spätestens mit der Eröffnung der Untersuchung durch die Wettbewerbsbehörde möglich gewesen, ihre Preispolitik zu überdenken.

351. Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass Swisscom das Vorliegen eines Missbrauchs nach Art. 7 KG durch eine Kosten-Preis-Schere kannte oder zumindest hätte erkennen können. Damit liegt eine fahrlässige Sorgfaltspflichtverletzung bzw. ein Organisationsverschulden von Swisscom vor, welches eine Vorwerfbarkeit begründet.

352. Das Parteigutachten betreffend Verstoss gegen das Kartellgesetz geht davon aus, bei den Sanktionen i.S.v. Art. 49a KG handle es sich um echte Strafen, weshalb gemäss Art. 333 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0) der Allgemeine Teil des Strafgesetzbuchs anwendbar sei, soweit das Bundesgesetz vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR; SR 313.0) nicht davon abweiche. Das VStrR gelange zur Anwendung, soweit das Kartellgesetz keine abweichenden Regelungen enthalte³³⁶. Aus der Verweisung in Art. 39 KG ableiten zu wollen, das Verwaltungsstrafrecht sei nicht anwendbar, sei unzutreffend, da namentlich die Frage nach dem anwendbaren Verfahrensrecht in keinem Fall die Anwendung des Allgemeinen Teils des VStrR auszuschliessen vermöge. Entsprechend sei eine ausdrückliche Verweisung auf das VStrR nicht notwendig, da Art. 1 VStrR andernfalls sinnlos wäre, wonach das Verwaltungsstrafrecht anwendbar ist, wenn die Verfolgung und Beurteilung von Widerhandlungen einer Verwaltungsbehörde des Bundes übertragen ist.

353. Hierzu ist Folgendes festzuhalten: Gemäss herrschender Lehre handelt es sich bei den direkten Sanktionen i.S.v. Art. 49a KG um verwaltungsrechtliche Sanktionen. Aufgrund ihrer Höhe verfolgen diese sowohl präventive und als auch repressive Zwecke, weshalb sie als Verwaltungssanktionen mit strafrechtlichem Charakter zu qualifizieren sind³³⁷. Im Unterschied zu den reinen Verwaltungsstrafen wird durch die Verhängung einer Sanktion i.S.v. Art. 49a KG indessen kein ethisches Unwerturteil ausgesprochen. Daher ist auf das Untersuchungsverfahren, das zur Verhängung einer Sanktion führt nicht das VStrR, sondern das VwVG anwendbar³³⁸. Entsprechend wandte die WEKO im Entscheid i.S. Unique denn auch grundsätzlich das VwVG an, während die Bestimmungen des VStrR lediglich im Sinne einer ergänzenden Anwendung vorbehalten wurden³³⁹. Demgemäss richtet sich das vorliegende Untersuchungsverfahren grundsätzlich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz, d.h. die Bestimmungen des Verwaltungsstrafrechts bzw. der Allgemeine Teil des StGB werden nur ergänzend und in analoger Anwendung herangezogen³⁴⁰. Damit ist auch der im Parteigutachten betreffend Verstoss gegen das Kartellgesetz³⁴¹ vertretenen Auffassung, wonach sich die Verjährung nach dem VStrR bzw. dem StGB richte nicht zu folgen.

354. Das Parteigutachten betreffend Verstoss gegen das Kartellgesetz bringt des Weiteren vor, es sei zwar vertretbar, dass der subjektive Tatbestand auch durch Organisationsver-

³³⁶ Eingehend dazu s. das Parteigutachten betreffend Verstoss gegen das Kartellgesetz (zit. in Fn. 32; Akte Nr. 155), S. 11 ff., insbes. S. 18 f.

³³⁷ Vgl. BORER (zit. in Fn. 297), Rz. 2 zu Art. 49a; TAGMANN (zit. in Fn. 306), S. 85 m.w.H. Differenzierend HEINE (zit. in Fn. 328), S. 105 ff.

³³⁸ Vgl. TAGMANN (zit. in Fn. 306), S. 86. Das Verwaltungsstrafrecht ist nach Art. 42 Abs. 2 KG lediglich auf Zwangsmassnahmen wie Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen sinngemäss anwendbar; im Untersuchungsverfahren gilt demgegenüber das VwVG soweit das KG keine abweichenden Regelungen enthält (vgl. TAGMANN [zit. in Fn. 306], Fn. 435).

³³⁹ Vgl. Unique, RPW 2006/4, 625 ff., 636 f. Rz. 64 ff.

³⁴⁰ Vgl. auch SPITZ (zit. in Fn. 328), 555 f. und 564, wonach die direkten Sanktionen nicht als Strafen i.S.v. Art. 333 StGB zu qualifizieren sind. In diesem Sinn auch HEINE, wonach sich die Grundsätze des klassischen Strafrechts von vornherein nicht eins zu eins auf das Kartellrecht übertragen lassen, da dies den Steuerungsaufgaben und den (neuen) Normadressaten im Kartellrecht zuwiderlaufen würde. (HEINE [zit. in Fn. 328], S. 118).

³⁴¹ Vgl. Parteigutachten betreffend Verstoss gegen das Kartellgesetz (zit. in Fn. 32; Akte Nr. 155), S. 37 f.

schulden verwirklicht werden könne. Allerdings beanstanden die Gutachter, der Antrag begründe nur ungenügend inwiefern Swisscom fahrlässig gehandelt habe³⁴². Namentlich liege hinsichtlich des Tatzeitraums eine verbotene Rückwirkung vor, indem von einer strafbaren Handlung ab dem 1. April 2004 ausgegangen werde. Nach Auffassung des Parteigutachtens wusste Swisscom frühestens mit dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts betreffend Zugang zum schnellen Bitstrom, dass sie im relevanten Markt über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Des Weiteren könne Swisscom frühestens fürs Jahr 2006 ein Wissen über erzielte Wholesale-Gewinne unterstellt werden; ein eigentliches Muster hinsichtlich der Gewinnentwicklung sogar erst für das Jahr 2007³⁴³. Auch der Hinweis des Antrags, dass die alternativen ISP gegenüber den Wettbewerbsbehörden auf eine mögliche Wettbewerbsbeschränkung aufmerksam gemacht hätten sei ebenso wenig hilfreich wie die Ausführungen, wonach es Swisscom spätestens mit der Eröffnung der Untersuchung möglich gewesen wäre, ihre Preispolitik zu überdenken. Die WEKO müsse vielmehr nachweisen, dass Swisscom von den Eingaben der alternativen ISP wusste bzw. hätte wissen müssen. Swisscom sei demgemäss kein unerlaubtes Risiko eingegangen, sondern habe sich im Rahmen des rechtlich erlaubten (u.U. sogar erwünschten) Risikobereichs bewegt. Sofern überhaupt von einer Risikosetzung auszugehen sei, könne nicht vor Ende des Jahres 2005 von einem unerlaubten Risiko ausgegangen werden³⁴⁴. Ausserdem verletze die Vorgehensweise des Sekretariats die Unschuldsvermutung, indem es Swisscom zumindest pflichtwidrige Unvorsichtigkeit vorwerfe, weil diese nach Eröffnung der vorliegenden Untersuchung die Preispolitik nicht anpasste³⁴⁵.

355. Hierzu ist Folgendes festzuhalten: Vorsatz und Fahrlässigkeit können sinngemäss auch auf kartellrechtliche Verfahren angewandt werden³⁴⁶. Um eine Verhaltensweise als kartellrechtswidrig zu qualifizieren und zu sanktionieren genügt entsprechend ein fahrlässiges Verhalten, das durch eine Sorgfaltspflichtverletzung in Form eines Organisationsmangels begründet werden kann. Im Kartellrecht ergeben sich die Sorgfaltspflichten in erster Linie aus dem Kartellgesetz, d.h. Unternehmen haben missbräuchliche Verhaltensweisen i.S.v. Art. 7 KG zu unterlassen³⁴⁷. Weisen die Wettbewerbsbehörden einen Kartellrechtsverstoss nach, ist die objektive Sorgfaltspflichtverletzung im Regelfall ohne weiteres gegeben³⁴⁸. Dass bei Vorliegen eines wettbewerbswidrigen Verhaltens ein Sorgfaltsmangel des betreffenden Unternehmens vorliegen muss, ist mit dem Umstand begründet, dass das Kartellgesetz sowie die Praxis der WEKO und der Rechtsmittelbehörden bei den Unternehmen grundsätzlich als bekannt vorausgesetzt werden darf³⁴⁹. Entsprechend wird nur im Einzelfall kein Verschulden des Unternehmens vorliegen, wenn beispielsweise die durch einen Mitarbeiter ohne Organstellung begangenen Kartellrechtsverstösse innerhalb des Unternehmens nicht bekannt waren und dies auch mit einer zweckmässigen Ausgestaltung der Organisation nicht hätte bekannt werden können und das Unternehmen alle zumutbaren Massnahmen getroffen hat, den Kartellrechtsverstoss zu verhindern³⁵⁰.

³⁴² Vgl. Parteigutachten betreffend Verstoss gegen das Kartellgesetz (zit. in Fn. 32; Akte Nr. 155), S. 68 ff.

³⁴³ Vgl. Parteigutachten betreffend Verstoss gegen das Kartellgesetz (zit. in Fn. 32; Akte Nr. 155), S. 70 f.

³⁴⁴ Vgl. Parteigutachten betreffend Verstoss gegen das Kartellgesetz (zit. in Fn. 32; Akte Nr. 155), S. 73 f.

³⁴⁵ Vgl. Parteigutachten betreffend Verstoss gegen das Kartellgesetz (zit. in Fn. 32; Akte Nr. 155), S. 72.

³⁴⁶ Zur Ablehnung einer direkten Anwendbarkeit des Allgemeinen Teils des Strafrechts s. Rz. 353.

³⁴⁷ Vgl. TAGMANN (zit. in Fn. 306), S. 73.

³⁴⁸ Vgl. PETER REINERT, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum Kartellgesetz, Bern 2007, Art. 49a N. 5; TAGMANN (zit. in Fn. 306), S. 73.

³⁴⁹ Vgl. TAGMANN (zit. in Fn. 306), S. 73.

³⁵⁰ Vgl. REINERT (zit. in Fn. 348), Art. 49a N. 5.

356. Würde der Auffassung des Parteigutachtens betreffend Verstoss gegen das Kartellgesetz gefolgt, wonach eine Sorgfaltspflichtverletzung frühestens nach Eröffnung des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts betreffend Zugang zum schnellen Bitstrom vorliegen konnte, läuft dies im Ergebnis praktisch darauf hinaus, dass die Frage der marktbeherrschenden Stellung zunächst behördlich festgestellt werden müsste. Gerade dieses System wollte der Gesetzgeber mit der Einführung der direkten Sanktionen i.S.v. Art. 49a KG indessen abschaffen. Insofern ist es sachgerecht das Verhalten von Swisscom ab dem 1. April 2004 zu sanktionieren. Swisscom bis zur Eröffnung des fraglichen Urteils des Bundesverwaltungsgerichts jegliches Verschulden abzusprechen, würde dem Willen des Gesetzgebers widersprechen, Kartellrechtsverstösse direkt sanktionieren zu können. Ausserdem gilt es zu berücksichtigen, dass Swisscom bereits mehrfach in Verfahren vor den Wettbewerbsbehörden involviert war und mit den kartellrechtlichen Vorschriften und der Praxis der WEKO und der Rechtsmittelinstanzen vertraut ist. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist die Preisgestaltung von Swisscom im Bereich Breitbandinternet und es wird ein Kartellrechtsverstoss festgestellt. Dass die Ausgestaltung der Preise einem oder mehreren Mitarbeitern obliegt, denen keine (faktische) Organstellung zukommt und auch keine Mitarbeiter mit Organstellung Kenntnis des Preisgefüges hatte kann als ausgeschlossen betrachtet werden. Aus diesen Gründen ist das Vorliegen einer Sorgfaltspflichtverletzung in Form eines Organisationsverschuldens zu bejahen. Letztlich gilt es zum Vorbringen von Swisscom, auch die Mitteilung der Eröffnung der Untersuchung genüge nicht, ein Organisationsverschulden nachzuweisen, festzuhalten, dass Unternehmen, die nach Eröffnung eines kartellrechtlichen Verfahrens an ihrem wettbewerbswidrigen Verhalten festhalten, mindestens eventualvorsätzlich handeln, da sie einen Kartellrechtsverstoss zumindest in Kauf nehmen³⁵¹.

357. Swisscom beanstandet in ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009³⁵², dass Swisscom aufgrund des Vertrauensprinzips nicht sanktioniert werden dürfe, da in einer ersten ADSL-Untersuchung die WEKO nur die Rabattstaffelung gerügt habe (Stellungnahme Rz. 251 ff.). Swisscom weist im Speziellen auf den folgenden Passus in der Verfügung der WEKO vom 15. Dezember 2003 in der ersten ADSL-Untersuchung hin: "Auch wenn diese Zahlen mit erheblichen Unsicherheiten behaftet sind, zeigen sie, dass Bluewin in Zusammenhang mit der Erbringung von ADSL-Diensten mit grosser Wahrscheinlichkeit kein strukturelles Defizit aufweist. Es ist somit davon auszugehen, dass keine unzulässige Quersubventionierung von Bluewin vorliegt" (RPW 2004/2, S. 407 ff., S. 445, Rz. 171).

358. Hierzu ist Folgendes festzuhalten: Aus dem Dispositiv der Verfügung in der ersten ADSL-Untersuchung geht hervor, dass im Vordergrund die Rabattgestaltung beim Produkt BBCS stand. Es wurde somit ausschliesslich die Wholesale-Seite untersucht. Gegenstand der ersten Untersuchung war eine Bevorzugung der eigenen Tochtergesellschaft Bluewin durch Swisscom, was zu einer Ungleichbehandlung gegenüber allen anderen Marktteilnehmern führte. Mit der ersten Untersuchung wurde sichergestellt, dass alle ISP gleich behandelt werden und Bluewin mit anderen Worten nicht mehr bevorzugt wird.

359. Swisscom macht in Rz. 257 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009³⁵³ geltend, dass in der ersten ADSL eine Quersubventionierung von Bluewin explizit verneint worden sei. Eine Kosten-Preis-Schere stelle aber genau einen Anwendungsfall einer Quersubventionierung dar. Auch aus diesem Grund hätte Swisscom nicht erkennen können oder müssen, dass die Preisstruktur des BBCS missbräuchlich sei.

360. Die damals auch betrachtete Frage einer Quersubventionierung unterscheidet sich sowohl inhaltlich als auch kartellrechtlich von der hier zu beurteilenden Frage einer Kosten-Preis-Schere. Diese Sichtweise deckt sich auch mit dem von Swisscom eingereichten Par-

³⁵¹ Vgl. TAGMANN (zit. in Fn. 306), S. 74.

³⁵² Akte Nr. 123.

³⁵³ Akte Nr. 123.

teigutachten betreffend Verstoss gegen das Kartellgesetz³⁵⁴, wonach sich der in der Untersuchung ADSL I untersuchte Sachverhalt mit dem vorliegenden Verfahrensgegenstand nicht deckt. In der ersten ADSL-Untersuchung stellte sich die Frage nicht, ob alternativen ISP oder Bluewin eine genügende Marge aus dem ADSL-Geschäft verbleibt. Von einem Autor wurde es zwar als erstaunlich erachtet, dass die WEKO den damaligen Fall nicht unter dem Aspekt der Kosten-Preis-Schere prüfte³⁵⁵. Aufgrund der damals vorliegenden Umstände erschien es allerdings nicht notwendig, noch weitere Abklärungen vorzunehmen, um allenfalls mehrere Missbräuche einer marktbeherrschenden Stellung festzustellen. Würden bezüglich der Verfügung der WEKO aus der ersten ADSL-Untersuchung die von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien zum Vertrauensschutz angewandt, würde ein Vertrauensschutz bereits am ersten Kriterium scheitern, wonach sich eine Auskunft auf eine konkrete Angelegenheit beziehen muss³⁵⁶. Der im Rahmen der ersten ADSL-Untersuchung beurteilte Sachverhalt betraf jedoch nicht die hier beurteilte Frage des Vorliegens einer unzulässigen Kosten-Preis-Schere und damit einen anderen, als den damals konkret beurteilten Sachverhalt. Swisscom kann aus diesen Gründen bezüglich des Vertrauensschutzes nichts zu ihren Gunsten ableiten.

361. Swisscom macht in Rz. 259 f. ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009³⁵⁷ geltend, sie habe sich aufgrund des Verhaltens der WEKO seit der Verfügung vom 15. Dezember 2003 darauf verlassen, dass die Preisstruktur kartellrechtskonform sei. Swisscom habe daher ihre Preisstruktur seit der ersten ADSL-Untersuchung im Wesentlichen beibehalten bzw. zugunsten der FDA und ISP ständig verbessert (Senkung der BBCS-Preise und Senkung bzw. Wegfall der der Connectivity-Kosten; Erhöhung der Bandbreiten), was als Vertrauensbetätigung von Swisscom zu verstehen sei. Dies stelle eine Disposition dar, die auf der von der WEKO geschaffenen Vertrauensgrundlage beruhe. Für die Dauer, in welcher ihr die WEKO kartellrechtswidriges Verhalten vorwerfe, könne Swisscom diese Disposition offensichtlich nicht wieder rückgängig machen (Rz. 264).

362. Auf die angeblichen Preissenkungen von Swisscom und Bluewin wird bereits in Rz. 142 ff. sowie Rz. 300 ausführlich eingegangen. Unter Berücksichtigung dieser Ausführungen ist die von Swisscom geltend gemachte Vertrauensbetätigung klar zu relativieren. Was die Berechnung der Connectivity-Kosten anbelangt, kann ebenfalls auf Rz. 300 verwiesen werden.

363. Gemäss den Ausführungen von Swisscom in ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009³⁵⁸ sei Swisscom nicht hin der Lage gewesen zu erkennen, dass das Verhältnis zwischen Wholesale- und Retail-Preis missbräuchlich war. Es sei ihr somit auch nicht möglich gewesen, den vorgeworfenen Normverstoss zu vermeiden (Stellungnahme, Rz. 271). Aus diesem Grunde könne sie für den ihr vorgeworfenen Kartellrechtsverstoss auch nicht sanktioniert werden.

364. Hierzu ist Folgendes zu bemerken: Spätestens seit der Eröffnung der vorliegenden Untersuchung muss Swisscom klar gewesen sein, dass ihr bezüglich der ADSL-Preisstruktur möglicherweise ein Kartellrechtsverstoss vorgeworfen wird. Die WEKO hat Swisscom im Eröffnungsbeschluss explizit darauf hingewiesen, dass in der zweiten Untersuchung das Vorliegen einer Kosten-Preis-Schere geprüft werde. Unter diesen Umständen kann Swisscom nicht erfolgreich behaupten, dass sie auf die Kartellrechtskonformität ihres Verhaltens vertraut habe bzw. sogar habe vertrauen dürfen. Auch die verschiedenen ähnlich gelagerten

³⁵⁴ Vgl. Parteigutachten betreffend Verstoss gegen das Kartellgesetz (zit. in Fn. 32; Akte Nr. 155), S. 81.

³⁵⁵ Vgl. REINERT (zit. in Fn. 195), S. 146, Rz. 4.138.

³⁵⁶ Vgl. u.a. PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Auflage, Bern 2005, S. 154.

³⁵⁷ Akte Nr. 123.

³⁵⁸ Akte Nr. 123.

Kartellrechtsverfahren in der EU (Deutsche Telekom³⁵⁹, Wanadoo³⁶⁰ und Telefónica³⁶¹, vgl. Rz. 207 ff.) deuteten darauf hin, dass die Preisstruktur kartellrechtlich problematisch sein könnte. In all diesen Verfahren ging es um das Vorliegen eines Price Squeeze durch ein marktbeherrschendes Unternehmen im Zusammenhang mit ADSL-Dienstleistungen.

365. Nicht zuletzt musste Swisscom auch aufgrund der zahlreichen Klagen und Anzeigen von ISP, welche sowohl gegenüber der WEKO als auch gegenüber Swisscom selber geäußert worden sind, um die Kartellrechtsproblematik ihrer ADSL-Preisstruktur gewusst haben. Selbst wenn Swisscom ihr Verhalten für rechtmässig gehalten haben sollte, muss ihr trotzdem bewusst gewesen sein, dass konkurrierende Unternehmen sich durch die ADSL-Preisstruktur von Swisscom diskriminiert fühlten. Auch aus diesem Grund durfte Swisscom nicht mehr auf die Kartellrechtskonformität vertrauen.

366. Swisscom macht weiter geltend, die WEKO sei aufgrund ihrer Verfügung vom 15. Dezember 2003 sowie durch ihr Verhalten seit jener Verfügung dafür verantwortlich, dass Swisscom davon ausgehen musste und durfte, die Preisstruktur des BBCS sei kartellrechtskonform. Swisscom habe sich durch das widersprüchliche Verhalten der WEKO in einem Verbotsirrtum befunden (Stellungnahme, Rz. 274). Dieser Verbotsirrtum sei zu berücksichtigen.

367. Wie Swisscom selber erwähnt, liegt ein direkter und unvermeidbarer Verbotsirrtum vor, wenn sich auch ein gewissenhafter Mensch hätte in die Irre führen lassen. Davon kann in casu keine Rede sein. Wie bereits oben (Rz. 364) ausgeführt, musste Swisscom sowohl aufgrund der diversen Klagen anderer ISP sowie der erwähnten Kartellrechtsverfahren in der EU gegen Deutsche Telekom, Wanadoo und Telefónica und nicht zuletzt aus dem Eröffnungsbeschluss der WEKO gewusst haben, dass ihre ADSL-Preisstruktur möglicherweise kartellrechtlich unzulässig ist. Auch aus der Tatsache, dass im ersten ADSL-Verfahren die ADSL-Preisstruktur nicht untersucht worden ist, kann Swisscom nichts zu ihren Gunsten ableiten. Der im Rahmen der ersten ADSL-Untersuchung beurteilte Sachverhalt betraf nicht die hier beurteilte Frage des Vorliegens einer unzulässigen Kosten-Preis-Schere und damit einen anderen konkret beurteilten Sachverhalt (vgl. Rz. 360).

368. Weiter bringt Swisscom in Rz. 276 ff. der Stellungnahme vom 26. März 2009³⁶² vor, die Qualifizierung als marktbeherrschendes Unternehmen für landesweite Vorleistungsangebote im Breitbandinternet sei für sie entgegen der Ausführungen der WEKO im Antrag vom 12. November 2008 nicht vorhersehbar gewesen. Swisscom verweist dabei auf den Beschwerdeentscheid der REKO/WEF (RPW 2005/3, S. 505 ff.), gemäss welchem die WEKO unter anderem angewiesen wurde, zusätzliche Abklärungen zum Nachweis der marktbeherrschenden Stellung zu treffen sowie den Umstand, dass die WEKO das erste ADSL-Verfahren am 7. Mai 2007 als gegenstandslos abgeschrieben habe, ohne die verlangten Abklärungen vorgenommen zu haben.

369. Inwiefern Swisscom aus dem Beschwerdeentscheid der REKO/WEF den Hinweis entnehmen will, dass eine Marktbeherrschung zu verneinen sei, ist nicht ersichtlich. Die Rechtsmittelinstanz stellte in ihrem Entscheid lediglich fest, dass zusätzliche Abklärungen getroffen werden müssen, um den Nachweis der Marktbeherrschung erbringen zu können. Trotz dieser Anweisung an die WEKO – oder gerade deswegen – musste Swisscom damit rechnen, dass sie für landesweite Vorleistungsangebote im Breitbandinternet als marktbeherrschend qualifiziert werden könnte. Die Marktbeherrschung war demzufolge für Swisscom keinesfalls unvorhersehbar.

³⁵⁹ Vgl. Rz. 208.

³⁶⁰ Vgl. Rz. 209.

³⁶¹ Vgl. Rz. 210.

³⁶² Akte Nr. 123.

370. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass die WEKO das erste ADSL-Verfahren als gegenstandslos beschrieben hat. Grund für die Gegenstandslosigkeit war der Umstand, dass Swisscom ihr damals geprüft kartellrechtswidriges Verhalten aufgegeben hatte. Die Einstellung des Verfahrens erfolgte somit unabhängig von der Frage einer Marktbeherrschung von Swisscom.

371. Auch das Vorliegen einer Kosten-Preis-Schere sei für Swisscom unvorhersehbar gewesen (Stellungnahme, Rz. 281 ff.). Für Swisscom sei es unmöglich zu erkennen, ob das Retail-Geschäft seiner Mitbewerber gewinn- oder verlustbringend sei, da es sich bei diesen Informationen regelmässig um Geschäftsgeheimnisse handle. Swisscom habe aufgrund des eigenen Geschäftsgangs hingegen gewusst, dass sie selber im Retail-Bereich eine auf Dauer ausreichende Marge erziele. Auch die WEKO sei im ersten ADSL-Verfahren zum Schluss gekommen, dass das Retail-Geschäft von Swisscom kein strukturelles Defizit ausweise. Somit habe Swisscom davon ausgehen können, dass keine Kosten-Preis-Schere vorliege.

372. Die Aussage, wonach das Retail-Geschäft von Bluewin gewinnbringend gewesen sei, ist nicht korrekt. Die positive Marge im Jahr 2007 basiert auf einer einmaligen Rückzahlung eines Rabattes im Dezember 2007, welcher sich nur für Bluewin positiv auswirkte. Wie bereits unter Rz. 254 dieser Verfügung ausgeführt wird, rechtfertigt es sich nicht, solche einmaligen Zahlungen bei der Auswertung der Wirtschaftlichkeitsrechnung zu berücksichtigen. Jede Zahlung an die ISP ist geeignet, einen allfälligen Price Squeeze zu entschärfen oder sogar aufzuheben. Dies gilt umso mehr, als die Konkurrenten, zu deren Nachteil die Kosten-Preis-Schere seitens Swisscom ausgeführt wurde, nicht in den Genuss einer Rabattzahlung in der Grössenordnung der Zahlung zu Gunsten von Bluewin kamen. Folglich ist allenfalls sogar davon auszugehen, dass der einseitig Bluewin bevorzugende Rabatt im Zusammenhang mit vorliegender Untersuchung zu sehen ist. Dies wiederum lässt die Behauptung, wonach das Vorliegen einer Kosten-Preis-Schere für Swisscom unvorhersehbar gewesen wäre, unglaubwürdig erscheinen.

373. Swisscom macht in Rz. 294 f. ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009³⁶³ geltend, dass sie aufgrund der langen Verfahrensdauer und der jahrelangen Inaktivität davon ausgehen durfte, dass keine schwerwiegenden Kartellrechtsverstösse zur Diskussion stünden. Darin sieht Swisscom gemäss Parteigutachten einen Verstoss gegen den Anspruch auf Beurteilung innert angemessener Frist (Beschleunigungsgebot)³⁶⁴. Die WEKO habe überdies Swisscom gegenüber nie signalisiert, wo allenfalls ein kartellrechtliches Problem bestehen könnte.

374. Zur langen Verfahrensdauer ist zu bemerken, dass die Ressourcen des Sekretariats durch andere Verfahren im Telekommunikationsbereich sowie zahlreiche Stellungnahmen in Beschwerdeverfahren und Interkonnectionsgutachten ausgelastet waren, welche ebenfalls im Zusammenhang mit Swisscom standen. Auch das Verhalten von Swisscom führte dazu, dass vorliegende Untersuchung nicht früher abgeschlossen werden konnte. Swisscom wurden zur Beantwortung von Auskunftsbegehren des Sekretariats³⁶⁵ auf ihr Ersuchen hin³⁶⁶ mehrfach Fristverlängerungen gewährt³⁶⁷. Nach Einreichung der Stellungnahme sah sich Swisscom des Weiteren veranlasst am 17. August 2009 aufgrund des vor dem Bundesverwaltungsgericht hängigen Beschwerdeverfahrens i.S. Terminierung Mobilfunk ein Sistierungsgesuch zu stellen, obschon ihr die Grundlage zur Stellung besagten Sistierungsgesuchs seit rund zweieinhalb Jahren bekannt war³⁶⁸. Darüber hinaus reichte Swisscom in vor-

³⁶³ Akte Nr. 123.

³⁶⁴ Vgl. Parteigutachten betreffend Verstoss gegen das Kartellgesetz (zit. in Fn. 32; Akte Nr. 155), S. 54 f. und S. 76 f.

³⁶⁵ Vgl. Akten Nr. 7, 34 und 63.

³⁶⁶ Vgl. Akten Nr. 9, 40, 46, 70 und 74.

³⁶⁷ Vgl. Akten Nr. 10, 42, 48 und 76.

³⁶⁸ Die Verfügung der WEKO i.S. Terminierung Mobilfunk datiert vom 5. Februar 2007 (vgl. RPW 2007/2, 241 ff.).

liegender Untersuchung zwei Parteigutachten³⁶⁹ ein und zwar sieben bzw. zehn Monate nach Zustellung des Antrags des Sekretariats. Die Behauptung, wonach Swisscom gar nicht in Kenntnis gesetzt worden sei, welche kartellrechtlichen Probleme im vorliegenden Verfahren zur Diskussion standen, ist unglaubwürdig. Der Untersuchungsgegenstand wurde Swisscom mit dem Eröffnungsbeschluss des Verfahrens mitgeteilt und auch in der Medienmitteilung vom 21. Oktober 2005³⁷⁰ ausdrücklich erwähnt.

375. Swisscom macht in Rz. 296 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009³⁷¹ geltend, das Verfahren der WEKO erscheine widersprüchlich, wenn man berücksichtige, dass sich die WEKO bereits in anderem Zusammenhang dem Phänomen der Kosten-Preis-Schere befasst habe. Swisscom verweist hierbei auf "Talk&Surf" und "Swisscom Directories". Zudem habe das Sekretariat die Vorabklärung "Swisscom DSL&NATEL in einem Abonnement" eingestellt, ohne einen Vorbehalt zu äussern, der BBCS an sich könnte kartellrechtswidrig sein.

376. Hierzu ist Folgendes festzuhalten: Das Verfahren "Talk&Surf" erreichte bezüglich einer allfälligen Kosten-Preis-Schere nur das Stadium einer Vorabklärung³⁷². Vorabklärungen werden durch das Sekretariat durchgeführt. Es handelt sich somit nicht um einen Entscheid der WEKO, weshalb auch keine Bindungswirkung vorliegt. Im Rahmen von Vorabklärungen wird nur summarisch geprüft, ob Anhaltspunkte für einen Kartellrechtsverstoss bestehen. Auch das Bestehen einer möglichen Kosten-Preis-Schere wurde demnach nur summarisch geprüft. Die anschliessende Untersuchung "Talk&Surf" beschränkte sich auf die Frage einer allfälligen Geschäftsverweigerung³⁷³. Die Frage, ob eine Kosten-Preis-Schere vorliegt, war demgegenüber nicht Gegenstand der Untersuchung. Auch beim Verfahren "Swisscom DSL&NATEL in einem Abonnement" handelt es sich um eine Vorabklärung des Sekretariats. Im Zentrum dieser Vorabklärung stand die Frage, ob eine unzulässige Koppelung zweier Produkte vorliege, da ein vergleichbares Angebot Konkurrenten von Swisscom nicht oder nur erschwert möglich war. Die erwähnte Vorabklärung wurde unter anderem deswegen nicht weiter verfolgt, weil Swisscom mit "BBCS naked" ein neues Produkt auf den Markt gebracht hat, welches die gegen Swisscom gerichteten Vorwürfe weitgehend entkräftet hat. Betreffend die Untersuchung „Swisscom Directories“³⁷⁴ ist wie in Rz. 306 f. bereits ausgeführt, festzuhalten, dass sich die Ergebnisse der Untersuchung „Swisscom Directories“ nicht eignen, Schlüsse für die vorliegende Untersuchung zu ziehen, da es sich um einen anderen Markt handelt, indem durchaus auch tiefere Margen keine Kosten-Preis-Schere begründen.

377. Swisscom macht in Rz. 300 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009³⁷⁵ geltend, selbst wenn ihr vorgeworfen werden könne, sie hätte die Kartellrechtswidrigkeit ihrer Preispolitik für BBCS erkennen können und müssen, so sei dennoch die Sanktion wesentlich zu reduzieren, da Swisscom das volle Ausmass des angeblichen Normverstosses verborgen geblieben war. Es sei Swisscom schlicht nicht möglich gewesen, verlässliche Rückschlüsse auf die Angemessenheit einer Marge zu ziehen.

378. Hierzu ist Folgendes zu bemerken: Swisscom bezieht sich bezüglich der Erkennbarkeit der Kartellrechtswidrigkeit ihrer Preispolitik wiederum darauf, dass es ihr nicht möglich sei, die Gewinn- oder Verlustsituation ihrer Konkurrenten zu erkennen und Swisscom sich daher nur an der angeblichen positiven Marge von Bluewin habe orientieren können. Wie bereits

³⁶⁹ Vgl. Parteigutachten Preispolitik Swisscom im ADSL-Markt (zit. in Fn. 24; Akte Nr. 134); Parteigutachten betreffend Verstoss gegen das Kartellgesetz (zit. in Fn. 32; Akte Nr. 155).

³⁷⁰ Abrufbar im Internet unter: www.news-service.admin.ch.

³⁷¹ Akte Nr. 123.

³⁷² Vgl. Swisscom Talk&Surf, RPW 2004/2, 357 ff.

³⁷³ Vgl. Swisscom Talk&Surf, RPW 2005/2, 248.

³⁷⁴ Swisscom Directories AG betreffend Herstellung, Verwaltung und Herausgabe von regulierten Verzeichnisdaten gemäss Artikel 29 der Verordnung über Fernmeldedienste vom 31. Oktober 2001 (FDV; SR 784.101.1), RPW 2005/1, 54 ff.

³⁷⁵ Akte Nr. 123.

mehrfach ausgeführt (vgl. Rz. 257; Rz. 372), war Bluewin während der für dieses Verfahren massgeblichen Zeitspanne entgegen der Behauptung von Swisscom nicht profitabel. Was die Gewinn- bzw. Verlustsituation der Konkurrenten von Swisscom anbelangt, musste für Swisscom aufgrund der zahlreichen Klagen und Anzeigen auch ohne genaue Geschäftszahlen der anderen ISP klar gewesen sein, dass deren Geschäft wahrscheinlich nicht profitabel gewesen ist. Swisscom kann somit auch nicht behaupten, sich in einem unvermeidbaren Verbotsirrtum befunden zu haben.

B.4.4 Bemessung

379. Rechtsfolge einer Verletzung von Art. 49a Abs. 1 KG ist die Belastung des fehlbaren Unternehmens mit einem Betrag bis zu 10% des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens, wobei der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen ist.

B.4.4.1 Maximalsanktion

380. Die Obergrenze des Sanktionsrahmens und somit die Maximalsanktion liegt bei 10% des vom Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes. Der Unternehmensumsatz im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG berechnet sich dabei sinngemäss nach den Kriterien der Umsatzberechnung bei Unternehmenszusammenschlüssen; Art. 4 und 5 VKU finden analoge Anwendung.

381. Gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. a und b VKU ist der Umsatz von Mutterunternehmen und Tochterunternehmen von Swisscom in die Berechnung des relevanten Umsatzes mit einzu beziehen. Der Unternehmensumsatz nach Art. 49a Abs. 1 KG bestimmt sich mithin auf Konzernebene, wobei gemäss Art. 5 Abs. 2 VKU konzerninterne Umsätze bei der Berechnung des Gesamtumsatzes nicht zu berücksichtigen sind. Gemäss Geschäftsberichten von Swisscom betrug der konsolidierte Nettoumsatz im Jahr 2005 9'732 Mio. Franken, im Jahr 2006 9'652 Mio. Franken und im Jahr 2007 11'089 Mio. Franken³⁷⁶. Dieser Nettoumsatz fiel mehrheitlich in der Schweiz an, sind doch die meisten Gruppengesellschaften und Geschäftseinheiten von Swisscom fast ausschliesslich in der Schweiz tätig. Eine Ausnahme bildet die im 2007 übernommene italienische Fastweb, welche im Jahr 2007 einen Umsatz von 1'473 Mio. Franken zu demjenigen von Swisscom beitrug. Abzüglich des Umsatzes von Fastweb erwirtschaftete die Swisscom AG in den letzten drei Geschäftsjahren somit einen Gesamtumsatz von rund 29'000 Mio. Franken. Die Maximalsanktion im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG beläuft sich im vorliegenden Verfahren folglich auf 2'900 Mio. Franken.

B.4.4.2 Konkrete Sanktionsberechnung

382. Nach Art. 49a Abs. 1 KG ist bei der Bemessung des konkreten Sanktionsbetrags die Dauer und Schwere des unzulässigen Verhaltens und der durch das unzulässige Verhalten erzielte mutmassliche Gewinn angemessen zu berücksichtigen. Die Verordnung vom 12. März 2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5) geht für die konkrete Sanktionsbemessung zunächst von einem Basisbetrag aus, der in einem zweiten Schritt an die Dauer des Verstosses anzupassen ist, bevor in einem dritten Schritt erschwerenden und mildernden Umständen Rechnung getragen werden kann.

B.4.4.2.1 Basisbetrag

383. Der Basisbetrag beträgt je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10% des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten 3 Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG).

³⁷⁶ Geschäftsbericht 2007, S. 31; Geschäftsbericht 2006, S. 37.

B.4.4.2.1.1 Obergrenze des Basisbetrags

384. Die obere Grenze des Basisbetrags beträgt gemäss Art. 3 SVKG 10% des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten 3 Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat.

385. Der sachlich relevante Markt wurde vorliegend als Wholesale-Markt für Breitbanddienste abgegrenzt (Rz. 37 ff.). Der Umsatz von Swisscom auf diesem Markt ergibt sich aus den von den ISP bei Swisscom nachgefragten Vorleistungen für Breitbanddienste, das heisst dem Umsatz aus dem Bereich Swisscom Wholesale BBCS³⁷⁷. Nicht zusätzlich berücksichtigt werden die Umsätze, die Swisscom mit ihrem ISP mit Bluewin im nachgelagerten Endkundenmarkt erwirtschaftet, da ansonsten eine doppelte Berücksichtigung von Umsätzen stattfinden könnte. Auf diese Weise wird auch eine Berücksichtigung rein konzerninterner Umsätze vermieden.

386. Für die letzten drei Geschäftsjahre betragen die Umsätze von Swisscom auf dem relevanten Markt [...] Franken im Jahr 2005, [...] Franken im Jahr 2006 und [...] Franken im Jahr 2007.

387. Insgesamt errechnet sich damit ein Umsatz von [...] Franken, den Swisscom in den letzten drei Jahren auf dem relevanten Markt in der Schweiz erzielt hat. Die Obergrenze des Basisbetrages beträgt 10% dieses Umsatzes, im vorliegenden Fall somit [...] Franken.

388. Swisscom macht in Rz. 305 ff. ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009³⁷⁸ geltend, der Antrag des Sekretariats berücksichtige bei der Berechnung des Basisbetrags zu Unrecht konzerninterne Umsätze, indem die Umsätze, die Swisscom mit dem Produkt BBCS erziele, miteinbezogen werden.

389. Hierzu ist Folgendes festzuhalten: Der Umsatz berechnet sich gestützt auf den Betrag, bestehend aus der Zugangs- und der Connectivity-Gebühr, den die ISP Swisscom für das Wholesale-Angebot BBCS zu entrichten haben. Auch der unternehmenseigene ISP Bluewin entrichtet „Swisscom Wholesale“ ein Entgelt für die Inanspruchnahme des Produkts BBCS. Entsprechend handelt es sich dabei aus Sicht von Bluewin um einen Kostenfaktor und „Swisscom Wholesale“ generiert dadurch Umsatz. Aus diesen Gründen ist der Umsatz, den „Swisscom Wholesale“ mit Bluewin erzielt, in die Berechnung des Umsatzes mit einzubeziehen. Damit Swisscom mit dem eigenen ISP Bluewin den Endkunden einen Breitbandinternetzugang anbieten kann, muss Bluewin wie die alternativen ISP bei „Swisscom Wholesale“ das Vorleistungsprodukt BBCS beziehen. Bluewin entrichtet „Swisscom Wholesale“ denn auch gleich hohe Zugangs- und Connectivity-Gebühren wie die anderen ISP. Sofern der Umsatz, den Swisscom Wholesale mit Bluewin erwirtschaftet nicht berücksichtigt wird, würde den zu sanktionierenden Unternehmen die Möglichkeit eingeräumt, je nach Ausgestaltung der internen Organisationsform einen massgebenden Einfluss auf die Höhe der Sanktion zu nehmen. Abhängig davon, wie die Unternehmensstruktur ausgestaltet ist, würde einem Unternehmen die Möglichkeit eingeräumt, den auf dem relevanten Markt erzielten Umsatz künstlich tief zu halten, um so einer drohenden Sanktion in bestimmter Höhe zu entgehen. Nur wenn auch der Umsatz, den Swisscom mit dem eigenen ISP Bluewin erzielte, mitberücksichtigt wird, kann der mit der Einführung direkter Sanktionen angestrebten präventiven Wirkung genügend Rechnung getragen werden. Aus den genannten Gründen ist vorliegend bei der Berechnung des Basisbetrags der Umsatz, den Swisscom durch Zahlungen von Bluewin an „Swisscom Wholesale“ erzielt mit einzubeziehen.

390. Swisscom macht in Rz. 310 ff. ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009³⁷⁹ geltend, bei der Berechnung des Basisbetrags dürfe nur der Umsatz berücksichtigt werden, der auf kar-

³⁷⁷ Akte Nr. 59, Schreiben Swisscom vom 2. November 2007, Beilage.

³⁷⁸ Akte Nr. 123.

³⁷⁹ Akte Nr. 123.

tellrechtswidrigem Verhalten beruhe. Das Sekretariat stelle bei der Berechnung des Basisbetrags indessen auch auf ADSL-Angebote ab, die rentabel seien. Weiter bringt Swisscom vor, dass entweder der relevante Markt in Teilmärkte nach unterschiedlicher Bandbreite zu unterteilen sei und für die Ermittlung des Basisbetrags nur der Umsatz auf denjenigen Teilmärkten herangezogen wird, auf dem sich ein Missbrauch nachweisen lasse oder dass vom abgegrenzten relevanten Markt jene Umsätze zu subtrahieren sind, die auf jene ADSL-Angebote entfallen, mit denen auf der Retail-Ebene ein Gewinn erzielt wird³⁸⁰.

391. Hierzu ist Folgendes festzuhalten: Die Vorbringen von Swisscom gehen fehl, da gemäss Art. 3 SVKG für die Berechnung des Basisbetrags auf den Umsatz abzustellen ist, den das betreffende Unternehmen auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat. Entgegen der Auffassung von Swisscom haben die verschiedenen Profile nach der Praxis der WEKO und der REKO/WEF keine Relevanz für die Marktabgrenzung³⁸¹. Die Praxis der schweizerischen Wettbewerbsbehörden und der REKO/WEF hinsichtlich der Marktabgrenzung steht im Übrigen auch in Einklang mit der Praxis in der EU. Erwähnenswert in diesem Zusammenhang sind insbesondere die Entscheide Deutsche Telekom, Wanadoo und Telefónica³⁸². In Übereinstimmung mit der bisherigen Praxis der schweizerischen Wettbewerbsbehörden und dem europäischen Wettbewerbsrecht ist der sachlich relevante Markt vorliegend als Wholesale-Markt für Breitbanddienste abzugrenzen. Dass das Breitbandinternetangebot von Swisscom verschiedene Profile mit unterschiedlicher Bandbreite umfasst, wird in der vorliegenden Untersuchung beim Missbrauch berücksichtigt.

392. Gemäss der Sanktionsverordnung ist für die Sanktionsbemessung, wie bereits erwähnt, auf den relevanten Markt, d.h. den Wholesale-Markt für Breitbandinternetdienste, abzustellen. Nicht angezeigt ist hingegen die Profile bei der Marktabgrenzung derart zu berücksichtigen, als dass daraus eine weitere Unterteilung des sachlich relevanten Markts nach Profilen vorzunehmen wäre. Entsprechend ist für die Bemessung der Sanktion in der vorliegenden Untersuchung auf den Umsatz abzustellen, den Swisscom auf dem Wholesale-Markt für Breitbandinternetdienste erzielte.

B.4.4.2.1.2 Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses

393. Gemäss Art. 3 SVKG ist die aufgrund des Umsatzes errechnete Höhe des Basisbetrags je nach Schwere und Art des Verstosses festzusetzen. Es gilt deshalb insbesondere zu prüfen, wie schwer der Verstoss zu qualifizieren ist.

394. Gemäss den Erläuterungen zur Sanktionsverordnung wird sich bei Missbräuchen nach Art. 7 KG der Basisbetrag regelmässig im oberen Drittel des Rahmens von 0 – 10% bewegen³⁸³. Das heisst in diesem Fall, dass grundsätzlich ein Prozentsatz im oberen Drittel des 10%-Rahmens in Betracht zu ziehen ist.

395. Vorliegend sind jedoch insbesondere auch die nachfolgenden Umstände in Bezug auf die Schwere des Verstosses zu berücksichtigen: Aufgrund der fehlenden Ausweichmöglichkeiten für alternative ISP sind diese bei Vorleistungsprodukten wie dem BBCS auf Swisscom angewiesen. Beim BBCS handelt es sich um die entscheidende Vorleistung für ISP zum Anbieten vom Breitbandinternet. Der Breitbandmarkt befand sich zudem in den letzten Jahren in der Schweiz in starkem Wachstum. Gerade in solchen Phasen ist es entscheidend, neue Breitbandinternetkunden zu akquirieren. Nachdem ein Kunde Breitbandinternet bei einem Anbieter bezieht, entstehen Transaktionskosten bei einem Wechsel zu einem anderen Anbieter. Zudem ist kundenseitig nach der Wahl eines Anbieters von einer gewissen Trägheit

³⁸⁰ Vgl. Stellungnahme von Swisscom (Akte Nr. 123), Rz. 311.

³⁸¹ Vgl. RPW 2004/2, 407 ff. „ADSL I“; Beschwerdeentscheid der REKO/WEF, publ. in: RPW 2005/3, 505 ff., 520 „ADSL I“.

³⁸² Siehe auch Rz. 208, 209, 210.

³⁸³ Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung des Sekretariats der WEKO (www.weko.admin.ch/dokumentation/01007), Art. 3 lit. d.

respektive geringen Wechselbereitschaft auszugehen. Den Breitbandinternetkunden von Bluewin können zudem weitere Produkte, wie zum Beispiel Festnetztelefonie (aufgrund der Geschäftsbedingungen von Bluewin darf keine Carrier Preselection bei einem anderen Anbieter geschaltet sein) oder weitere Telekommunikationsdienstleistungen verkauft werden. Das Angebot von Breitbandinternet ist damit eines der entscheidenden Produkte für Telekommunikationsanbieter. Dadurch entsteht ein Wettbewerbsnachteil für andere Anbieter insbesondere bei weiteren Dienstleistungen, falls ein (Neu-)Kunde Breitbandinternet bei Bluewin bezieht.

396. Diesbezüglich ist auch zu beachten, dass aufgrund der Abhängigkeit anderer Anbieter von den Vorleistungen (BBCS) von Swisscom mangels Alternativen eine den Wholesale-Markt umfassende Wettbewerbsbeschränkung stattfindet. Aus Sicht der betroffenen Anbieter führt dies dazu, dass diese aufgrund der Preispolitik (Kosten-Preis-Schere) mit deshalb zu erwartenden Verlusten im Breitbandinternetgeschäft beispielsweise nur begrenzt Marketinganstrengungen unternehmen oder sogar in Erwägung ziehen, aus dem Markt auszutreten³⁸⁴. Die entsprechenden Auswirkungen mit einem immer stärker werdenden ISP Bluewin und daneben kleineren, Marktanteile verlierenden ISP sind in Abbildung 4 (S. 32) ersichtlich. Diesbezüglich ist auch zu beachten, dass gerade bei Breitbandinternetkunden die Möglichkeit besteht, diesen Endkunden weitere Dienstleistungen zu verkaufen.

397. Die Auswirkungen der hier zu beurteilenden Wettbewerbsbeschränkung sind aufgrund der vorstehenden Überlegungen aus der Sicht des Wettbewerbs als besonders schädlich anzusehen. Es rechtfertigt sich deshalb, aufgrund der Berücksichtigung von Art und Schwere des Verstosses den Basisbetrag der Sanktion im vorliegenden Fall gemäss Art. 3 SVKG auf 10% des Umsatzes festzusetzen, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf dem relevanten Markt in der Schweiz erzielt hat. Der Basisbetrag ergibt somit [...] Franken.

398. Swisscom macht in Rz. 314 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009³⁸⁵ geltend, dass kein schwerer Verstoss vorliege, da das Vorleistungsprodukt BBCS auf freiwilliger Basis angeboten werde.

399. Hierzu ist Folgendes festzuhalten: Wie in Rz. 193 bereits ausgeführt, ist es aus Sicht des Kartellrechts nicht von Relevanz, ob eine Leistung freiwillig erbracht wird oder nicht. Gleiches gilt für die Feststellung der Schwere eines Verstosses, im Rahmen der Sanktionsbemessung. Vielmehr ist die Frage, ob ein schwerer Verstoss vorliegt, anhand der volkswirtschaftlichen und sozialen Schädlichkeit eines Verhaltens, zu beurteilen.

400. Swisscom macht in Rz. 314 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009³⁸⁶ geltend, aufgrund der Unbestimmtheit von Art. 7 KG sei es für das betroffene Unternehmen nicht vorzuzusehen, wann und falls ja, wie schwer es besagte Bestimmung verletzt. Der daraus resultierenden Rechtsunsicherheit sei mit einer entsprechend zurückhaltenden Sanktionspraxis zu begegnen. Auch aus diesen Gründen liege kein schwerer Verstoss vor. Sinngemäss beruft sich Swisscom auf das Bestimmtheitsgebot i.S.v. Art. 5 Abs. 1 BV, wonach kein schwerer Verstoss vorliegen könne, da die gesetzliche Grundlage nach Art. 7 KG zu unbestimmt ausgestaltet sei.

401. Hierzu ist Folgendes festzuhalten: Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts muss das Gesetz so präzise formuliert sein, dass der Bürger sein Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann³⁸⁷. Die Formulierung von Art. 7 KG genügt diesen Anforderungen. Art. 7 Abs. 2 KG enthält einen Beispielkatalog, der die Generalklausel koncreti-

³⁸⁴ Vgl. u.a. Rz. 277 und 323.

³⁸⁵ Akte Nr. 123.

³⁸⁶ Akte Nr. 123.

³⁸⁷ BGE 117 IV 242, E. 1.c, mit weiteren Hinweisen.

siert. Darüber hinaus hat sich seit Inkrafttreten des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 eine beträchtliche wettbewerbsrechtliche Praxis³⁸⁸ entwickelt, welche in der mittlerweile umfangreichen Literatur zum Kartellrecht³⁸⁹ Einzug gefunden hat.

402. Es ist im Übrigen nicht einsichtig, inwiefern eine Bestimmung bezüglich des Bestimmtheitsgebotes in der Rechtsanwendung Probleme bereiten sollte, die wie in einer Vielzahl anderer Länder dem europäischen Wettbewerbsrecht (Art. 82 EGV) nachempfunden wurde³⁹⁰. Anhand der bestehenden in- und ausländischen Erfahrungen ist es Swisscom möglich gewesen, die kartellrechtliche Tragweite ihres Handelns abzuschätzen. Dies gilt umso mehr, als dass sich die europäischen Behörden im Telekommunikationsbereich bereits mehrfach mit sog. Kosten-Preis-Scheren befassten, wobei in diesem Zusammenhang namentlich die Fälle Deutsche Telekom³⁹¹, Wanadoo³⁹² und Telefónica³⁹³ zu nennen sind. Es ist einer Gesetzesbestimmung inhärent, dass sie einen gewissen Abstraktionsgrad aufweist. Erst im Rahmen der Gesetzesanwendung wird für einen bestimmten Sachverhalt geprüft, was als missbräuchliches Verhalten im Einzelfall anzusehen ist und als wie schwerwiegend eine Verletzung des Kartellrechts zu qualifizieren ist.

403. Swisscom macht in Rz. 315 ff. ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009³⁹⁴ geltend, dass die Art und Schwere des Verstosses i.S.v. Art. 3 SVKG in Analogie zu Art. 47 StGB einzig anhand des Ausmasses des verursachten Erfolgs und der Schwere der Tatschuld beurteilt werden könne. Dabei sei auf die Marge zwischen dem Wholesale- und dem Retail-Preis abzustellen. Die Differenz zwischen der vom BAKOM als zulässig und angemessen angesehenen Marge und der Marge, welche den alternativen ISP verbleibe sei gering³⁹⁵, da die ISP nach Auffassung von Swisscom [...] % bzw. gemäss Antrag des Sekretariats [...] % von dieser Marge erreichten. Daher liege höchstens ein geringfügiger Verstoss vor. Entsprechend sei der Basisbetrag um [...] % zu reduzieren, was einen Betrag von [...] Franken ergebe. Dieser Betrag sei wegen fehlender bzw. geringer Tatschuld nochmals um 80% zu reduzieren³⁹⁶. Des Weiteren macht Swisscom geltend, der Antrag des Sekretariats verletze das Doppelverwertungsverbot, indem der besonders schwere Verstoss unter anderem mit fehlenden Ausweichmöglichkeiten der ISP begründet werde. Die fehlende Ausweichmöglichkeit sei ein zwingendes Tatbestandsmerkmal von Art. 7 KG und könne daher nicht noch einmal als Strafschärfungsgrund i.S.v. Art. 3 SVKG herangezogen werden. Zudem sieht Swisscom auch im Umstand das Bundesrecht verletzt, weil ihrer Auffassung nach sämtliche ISP Bündelangebote unterbreiten können, weshalb darin auch kein Vorteil von Swisscom zu sehen sei, der die besondere Schwere des Verstosses zu begründen vermöge; dies sei vom Sekretariat im Übrigen auch gar nicht abgeklärt worden³⁹⁷.

³⁸⁸ Vgl. RPW 2007/2, 241 ff., 296 Rz. 383 f., nicht rechtskräftig.

³⁸⁹ Vgl. statt vieler Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997; Von Büren/David (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band V/2, Kartellrecht, Basel/Genf/München 2000; Tercier/Bovet (Hrsg.), Droit de la concurrence, Commentaire romand, Basel 2002; BORER (zit. in Fn. 297); PHILIPP ZURKINDEN/HANS RUDOLF TRÜEB, Das neue Kartellgesetz. Handkommentar, Zürich 2004; ZÄCH (zit. Fn. 94); VON BÜREN/MARBACH/DUCREY (zit. in Fn. 192).

³⁹⁰ Vgl. RPW 2007/2, 241 ff., 296 Rz. 385, nicht rechtskräftig.

³⁹¹ Vgl. Rz. 208.

³⁹² Vgl. Rz. 209.

³⁹³ Vgl. Rz. 210.

³⁹⁴ Akte Nr. 123.

³⁹⁵ Swisscom geht davon aus, dass die Marge lediglich 1.8% unter der vom BAKOM als angemessen uns zulässig erachteten Marge aus, während vorliegend von einer Differenz von 3.54% ausgegangen wird.

³⁹⁶ Vgl. Stellungnahme von Swisscom (Akte Nr. 123), Rz. 317 ff.

³⁹⁷ Vgl. Stellungnahme von Swisscom (Akte Nr. 123), Rz. 328.

404. Hierzu ist Folgendes festzuhalten: Zunächst gilt es festzuhalten, dass die Differenz zwischen der vorliegend ermittelten Marge und der vom BAKOM als ausreichend erachteten Marge 18-54% beträgt (eingehend dazu siehe Rz. 282). Wesentlich ist aber, dass sich die Beurteilung, ob ein schwerer oder weniger schwerer Verstoss vorliegt, nach dessen volkswirtschaftlicher Schädlichkeit richtet. Dabei ist die Schwere eines Verstosses im Einzelfall zu prüfen³⁹⁸. Entgegen der Auffassung von Swisscom ist nicht ausschliesslich in der fehlenden Ausweichmöglichkeit der ISP die besondere Schwere des Verstosses zu sehen. Wie in Rz. 395 ff. ausführlich dargelegt, wiegt der Verstoss aber besonders schwer, weil sich der Breitbandmarkt im Zeitraum bis Dezember 2007 in einer Wachstumsphase befand. Gerade in dieser Phase ist es für Wettbewerber von entscheidender Bedeutung, ihre Marktanteile auszubauen oder zumindest im Vergleich mit ihren Konkurrenten halten zu können. Durch die Preisgestaltung des Vorleistungsangebots BBCS war Swisscom indessen in der Lage, einer derartigen Entwicklung auf dem Breitbandmarkt entgegenzuwirken. Während Swisscom im Zeitraum bis Dezember 2007 an Marktanteilen zulegen konnte, waren die andern ISP aufgrund der tiefen Marge nicht in der Lage, im erforderlichen Ausmass Neukunden zu akquirieren (zur Marktanteilsentwicklung siehe Abbildung 4). Es ist auch nicht absehbar, dass sich an der Marktanteilsverteilung in absehbarer Zeit etwas ändern wird, mithin dass die anderen ISP den Rückstand auf Swisscom werden aufholen können. Dies nicht zuletzt deshalb, weil die Bereitschaft der Kunden, den einmal gewählten Anbieter zu wechseln nicht besonders hoch ist. In diesem Zusammenhang ist auch dem Umstand Rechnung zu tragen, dass bei Breitbandinternetkunden von Bluewin die Carrier Preselection deaktiviert werden muss. Wenn Bluewin im vorliegenden Ausmass Neukunden für Breitbandinternet gewinnt, hat dies nämlich sehr wohl auch Auswirkungen auf die übrigen Telekommunikationsdienstleistungen. Swisscom konnte durch die Preisgestaltung für das Vorleistungsprodukt BBCS die Wettbewerber i.S.v. Art. 7 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 2 lit. b KG behindern. Die Preisgestaltung in Form einer Kosten-Preis-Schere konnte Swisscom nur deshalb durchsetzen, weil sie auf dem Wholesale-Markt für Breitbandinternet über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. In diesem Sinne sind auch die Ausführungen zur fehlenden Ausweichmöglichkeit der Marktgegenseite im Antrag des Sekretariats zu sehen, nicht aber als Grund für einen besonders schweren Verstoss.

405. Unter Würdigung sämtlicher Umstände des vorliegend zu beurteilenden Verhaltens resultiert aus der Verhaltensweise von Swisscom ein besonders grosser Schaden für die Volkswirtschaft. Entsprechend liegt ein besonders schwerer Verstoss vor, d.h. der Basisbetrag ist auf 10% des Umsatzes festzusetzen, was [...] Franken ergibt (Art. 3 SVKG).

B.4.4.2.2 Dauer des Verstosses

406. Gemäss Art. 4 SVKG erfolgt eine Erhöhung des Basisbetrages um bis zu 50 %, wenn der Wettbewerbsverstoss zwischen einem und fünf Jahren gedauert hat, für jedes weitere Jahr ist ein Zuschlag von bis zu 10% möglich³⁹⁹. Der Verstoss gegen Art. 7 KG dauerte mehrere Jahre, weshalb eine Erhöhung des Basisbetrages erfolgt.

407. Allerdings ist vorliegend zu beachten, dass die Möglichkeit direkter Sanktionen erst mit der per 1. April 2004 in Kraft getretenen Kartellrechtsrevision eingeführt wurde. Aufgrund des Verbots der Rückwirkung wird für Wettbewerbsbeschränkungen, die bereits vor Inkrafttreten von Art. 49a Abs. 1 KG Wirkung entfalteten, für die Bemessung der Dauer nur der Zeitraum nach Inkrafttreten der Gesetzesänderung berücksichtigt (vgl. Rz. 82). Hinsichtlich der Dauer des Verstosses wird ein missbräuchliches Verhalten von Swisscom für den Zeitraum vom Inkrafttreten des revidierten Kartellgesetzes per 1. April 2004 bis 31. Dezember 2007 berücksichtigt. Die Dauer des vorliegend zu sanktionierenden Wettbewerbsverstosses beträgt damit 3 Jahre und 8 Monate, also annähernd 4 Jahre. Gemäss Antrag ist daher eine Erhöhung des

³⁹⁸ Vgl. für europäische Wettbewerbsrecht auch die Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbussen gemäss Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, ABl. C 210/02 vom 1.9.2006, S. 2-5, Rz. 20.

³⁹⁹ Vgl. auch Art. 5 Erläuterungen SVKG.

Basisbetrages von [...] Franken um [...] % gerechtfertigt, was einem erhöhten Basisbetrag von [...] Franken entspricht.

408. Swisscom macht in Rz. 330 ff. ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009⁴⁰⁰ geltend, ein missbräuchliches Verhalten habe längstens bis [...] gedauert. Ausserdem gelte es zu berücksichtigen, dass das Verfahren ausserordentlich lange gedauert habe, was bei der Bemessung der Sanktion zu berücksichtigen sei. Eine spürbare Reduktion der Sanktion rechtfertige sich nach Auffassung des Parteigutachtens Verstoss gegen das Kartellrecht⁴⁰¹ weil eine Verletzung des Beschleunigungsgebots vorliege.

409. Hierzu ist Folgendes festzuhalten: Wie in Kapitel B.3.2.1 ausführlich dargelegt, endete der Missbrauch von Swisscom nicht bereits [...], sondern hielt auch im Jahre 2007 an (siehe insbesondere Rz. 231 und 257). Was die Verfahrensdauer anbelangt, gilt es zunächst festzuhalten, dass dies mit Blick auf die Komplexität des zu untersuchenden Sachverhalts und des Verhaltens von Swisscom im Rahmen der vorliegenden Untersuchung als nicht zu lange erscheint (siehe dazu bereits Rz. 374). Ausserdem ist zu berücksichtigen, dass die Erhöhung des Sanktionsbetrags in Abhängigkeit von der Dauer einer Wettbewerbsbeschränkung namentlich verhindern soll, dass es sich für die Unternehmen lohnt, eine Wettbewerbsbeschränkung möglichst lange zu praktizieren⁴⁰². Während dem Zeitraum bis zum 31. Dezember 2007 hielt Swisscom an der Preisgestaltung für das Vorleistungsprodukt BBCS fest, d.h. die Wettbewerbsbeschränkung dauerte auch bis Ende des Jahres 2007. Auch für das Jahr 2007 ist vorliegend von einer missbräuchlichen Verhaltensweise von Swisscom auszugehen, aber es zeigt sich eine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse (vgl. Rz. 259). Zu Gunsten von Swisscom ist daher in Abweichung vom Antrag von einer Erhöhung von [...] % auszugehen, statt von [...] %.

410. Aus vorstehenden Gründen ist vorliegend eine Dauer von 1. April 2004 bis 31. Dezember 2007 zu berücksichtigen. Zu Gunsten von Swisscom ist der Basisbetrag von [...] Franken lediglich um [...] % zu erhöhen. Dieser um [...] % erhöhte Basisbetrag beträgt 219'861'720 Franken.

B.4.4.2.3 Erschwerende und mildernde Umstände

411. In einem letzten Schritt sind die erschwerenden und mildernden Umstände nach Art. 5 und Art. 6 SVKG zu berücksichtigen.

B.4.4.2.3.1 Mutmasslicher Gewinn

412. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen durch den Kartellrechtsverstoss erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen (vgl. Art. 49a Abs. 1 KG, letzter Satz). Art. 5 Abs. 1 lit. b SVKG sieht vor, dass bei erschwerenden Umständen der Betrag nach den Artikeln 3 und 4 erhöht wird, insbesondere wenn das Unternehmen mit einem Verstoss einen Gewinn erzielt hat, der nach objektiver Ermittlung besonders hoch ausgefallen ist.

413. Ein durch das Verhalten erzielter „normaler“ Gewinn ist bereits im Basisbetrag nach Art. 3 und 4 SVKG enthalten. Liegt indes die unrechtmässige Monopolrente über dem Basisbetrag, so ist diesem Umstand auch nach Massgabe von Art. 5 Abs. 1 lit. b SVKG Rechnung zu tragen. In Fällen, in denen der Wettbewerbsbehörde eine Gewinnberechnung oder Gewinnschätzung möglich ist, soll ein besonders hoher Gewinn des Unternehmens bei der Festlegung der Sanktion als erschwerender Umstand berücksichtigt werden. Der Sanktions-

⁴⁰⁰ Akte Nr. 123.

⁴⁰¹ Vgl. Parteigutachten betreffend Verstoss gegen das Kartellgesetz (zit. in Fn. 32; Akte Nr. 155), S. 54 f. und S. 76 f.

⁴⁰² Vgl. TAGMANN (zit. in Fn. 306), S. 238.

betrag soll grundsätzlich so weit erhöht werden, dass er den Betrag des aufgrund des Verstosses unrechtmässig erzielten Gewinns übertrifft⁴⁰³.

414. Nachfolgend ist zu prüfen, ob im vorliegenden Fall ein besonders hoher Gewinn vorliegt. Ausgangspunkt für eine Gewinnschätzung könnten die Gewinne sein, welche Swisscom im Geschäftsbereich Wholesale BBCS, also im relevanten Markt, aufweist. Die seit dem Jahr 2000 erfolgten kumulierten Gewinne betragen [...] Franken⁴⁰⁴. Davon abzuziehen wären die kumulierten Verluste, welche Bluewin (Swisscom) seit 2001 im Bereich DSL aufweist. Diese Verluste betragen [...] Franken. Daraus würde ein Gewinn von [...] Franken resultieren. Ein solcher Gewinn könnte nicht nur absolut, sondern auch mit Blick auf den Umsatz (hohe Gewinnmargen) in den letzten Jahren als besonders hoch angesehen werden⁴⁰⁵. Der Betrag von [...] Franken dürfte jedoch in verschiedener Hinsicht höher liegen als der tatsächlich durch die Kosten-Preis-Schere entstandene Gewinn. Insbesondere ist es in diesem Fall nicht möglich, zu bestimmen, wie viel Gewinn effektiv durch die Kosten-Preis-Schere verursacht wurde. Weitergehende und präzisere Schätzungen sind vorliegend nicht möglich.

415. Ein Versuch einer Gewinnschätzung könnte ausgehend von der Arbeitshypothese erfolgen, dass keine Kosten-Preis-Schere vorgelegen hätte. Eine derartige Gewinnschätzung wäre jedoch abhängig von der Entwicklung der Nachfrage unter veränderten Preisen, respektive ohne Kosten-Preis-Schere. Diese hypothetische Nachfrageentwicklung ist nicht bestimmbar. Allgemein lässt sich feststellen, dass bei Behinderungsmissbräuchen im Gegensatz zu Ausbeutungsmissbräuchen⁴⁰⁶ eine Gewinnschätzung schwieriger sein dürfte. Eine weitere Möglichkeit wäre theoretisch ein Abstellen auf Vergleichsmärkte im Ausland, da in der Schweiz kein anderes Kupferanschlussnetz existiert. Bezüglich einer Gewinnschätzung sind jedoch geeignete ausländische Vergleichsmärkte nicht eruierbar.

416. In diesem Fall ist es fraglich und lässt sich nicht näher schätzen, wie viel des erwähnten Gewinns effektiv durch den Kartellrechtsverstoss entstanden ist. Der durch den möglichen Kartellrechtsverstoss erzielte Gewinn (vgl. Art. 49a Abs. 1 KG, letzter Satz) lässt sich vorliegend nicht ermitteln (vgl. Art. 5 Abs. 1 lit. b SVKG).

B.4.4.2.3.2 Berücksichtigung der übrigen erschwerenden und mildernden Umstände

417. In einem letzten Schritt sind schliesslich die übrigen erschwerenden und mildernden Umstände nach Art. 5 und Art. 6 SVKG zu berücksichtigen (vgl. Erläuterungen SVKG, S. 4 ff.).

418. Erschwerend könnte sich allenfalls fehlende Kooperation bei der Sachverhaltsermittlung erweisen. Swisscom hat die für die Abklärung des Sachverhalts notwendigen Informationen grösstenteils zur Verfügung gestellt, weshalb diesbezüglich keine Erschwerung vorzunehmen ist.

419. Als mildernder Umstand kommt gemäss Art. 6 Abs. 1 SVKG in Frage, falls das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung nach dem ersten Eingreifen des Sekretariats, spätestens aber vor der Eröffnung eines Verfahrens nach den Artikeln 26–30 KG beendet. Dies ist vorliegend nicht erfolgt.

420. Ausserdem kann einer kooperativen Haltung, welche eine Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung für die Zukunft sicherstellen würde, angemessen und sanktionsmildernd Rechnung getragen werden⁴⁰⁷. Darunter kann insbesondere auch die Aufgabe einer miss-

⁴⁰³ Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung, Art. 5 Abs. 1 lit. b; TAGMANN (zit. in Fn. 306), S. 254.

⁴⁰⁴ Akte Nr. 59, Schreiben Swisscom vom 2. November 2007, Beilage.

⁴⁰⁵ Vgl. Tabelle 10, S. 42.

⁴⁰⁶ Vgl. Rz. 323.

⁴⁰⁷ RPW 2007/2, 190 ff., 238.

bräuchlichen Verhaltensweise fallen⁴⁰⁸. Allenfalls könnten auch weitere Massnahmen, welche die für den Wettbewerb bereits entstandenen Schäden verringern, sanktionsmildernd berücksichtigt werden.

421. Swisscom macht in Rz. 335 ff. ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009⁴⁰⁹ geltend, sie habe freiwillig die Wholesale-Preise gesenkt bzw. die Bandbreiten erhöht und zwar bevor sie Kenntnis vom Antrag des Sekretariats hatte. Unter Hinweis auf den Fall Documed⁴¹⁰ bringt Swisscom vor, die freiwillige Anpassung des Verhaltens sei sanktionsmildernd zu werten, weshalb ein mildernder Umstand i.S.v. Art. 6 Abs. 1 SVKG vorliege.

422. Hierzu ist Folgendes festzuhalten: Der Hinweis von Swisscom auf den Fall Documed ist nicht sachgerecht, da im Fall Documed eine einvernehmliche Regelung i.S.v. Art. 29 KG zu Stande kam⁴¹¹. Eine nach Art. 6 Abs. 1 SVKG zu verhängende Sanktion ist insbesondere dann zu mildern, wenn ein Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung nach dem ersten Eingreifen des Sekretariats, spätestens aber vor der Eröffnung eines Verfahrens nach den Art. 26-30 KG beendet. Vorliegende Untersuchung wurde am 20. Oktober 2005 eröffnet, d.h. bevor die von Swisscom angeführte Verhaltensanpassung erfolgte. Da die Aufzählung in Art. 6 Abs. 1 SVKG nicht abschliessend ist, bleibt zu prüfen, ob die Verhaltensweise von Swisscom als sanktionsmildernd gilt. Wie bereits ausgeführt, blieb der Preis für das meistverkaufte BBCS-Angebot für einen Anschluss für die gesamte Periode mit 31.20 Franken gleich. Swisscom erhöhte lediglich die Bandbreite, was an der Höhe des Preises indessen nichts ändert, sondern allenfalls die Art des Anschlusses (siehe eingehend dazu Rz. 140, Rz. 142 ff. und Rz. 273). Die von Swisscom in Rz. 318 der Stellungnahme vom 26. März 2009⁴¹² vorgebrachten Verhaltensanpassungen wurden erst im Jahr 2008 vorgenommen, wogegen das missbräuchliche Verhalten für die Zeit bis Ende 2007 festgestellt wurde (siehe Rz. 300).

423. Damit sind vorliegend keine weiteren erschwerenden oder mildernden Umstände ersichtlich, weshalb von einer zusätzlichen Erhöhung bzw. Reduktion der Sanktion abzusehen ist.

⁴⁰⁸ Verfügung der Wettbewerbskommission vom 7. Juli 2008 in Sachen Publikation von Arzneimittelinformationen (Documed), Rz. 244. Publikation in RPW bevorstehend.

⁴⁰⁹ Akte Nr. 123.

⁴¹⁰ Vgl. RPW 2008/3, 385 ff.

⁴¹¹ Vgl. RPW 2008/3, 385 ff., 406 f. Rz. 216 ff.

⁴¹² Akte Nr. 123.

B.4.5 Ergebnis

424. Zusammenfassend errechnet sich in Anwendung von Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 2 ff. SVKG folgende Sanktion (Beträge in CHF):

Tabelle 11: Zusammenfassung der Sanktionsberechnung in Franken

Maximalhöhe der Sanktion		2'900'000'000
Obergrenze des Basisbetrages		[...]
Berücksichtigung von Art und Schwere Basisbetrag nach Art. 3 SVKG		[...]
Dauer (Art. 4 SVKG)	+ [...]%	+ [...]
Sanktionsbetrag nach Art. 3 und 4 SVKG		219'861'720
Berücksichtigung erschwerender oder mildernder Umstände nach Art. 5 und 6 SVKG	+ 0%	+ 0
Total		219'861'720

425. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände, insbesondere der Dauer und der Schwere des Verstosses, wird eine Verwaltungsanktion in der Höhe von 219'861'720 Franken als dem Verstoss von Swisscom gegen Art. 49a Abs. 1 KG angemessen erachtet.

C Kosten

426. Gemäss Art. 2 Abs. 1 der Verordnung über die Gebühren zum Kartellgesetz⁴¹³ ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat.

427. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, oder wenn sich die Parteien unterziehen. Als Unterziehung gilt auch, wenn ein oder mehrere Unternehmen, welche aufgrund ihres möglicherweise wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens ein Verfahren ausgelöst haben, das beanstandete Verhalten aufgeben und das Verfahren als gegenstandslos eingestellt wurde⁴¹⁴. Vorliegend ist daher eine Gebührenpflicht von Swisscom zu bejahen.

428. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von 100-400.-- Franken. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG).

429. Die Gebühr bemisst sich nach dem Aufwand. Für die insgesamt aufgewendete Zeit von 6.5 Stunden gilt ein Ansatz von 250.-- Franken (Direktion), für 1695.6 Stunden ein Ansatz von 200.-- Franken (wissenschaftliche Mitarbeiter) und für 49.05 Stunden ein Ansatz von 120.-- Franken (Praktikanten).

430. Neben dem Aufwand nach Art. 4 GebV-KG hat der Gebührenpflichtige die Auslagen zu erstatten (Art. 5 GebV-KG). Darunter fallen gemäss Art. 6 Abs. lit. b der Allgemeinen Gebüh-

⁴¹³ Gebührenverordnung KG, GebV-KG, SR 251.2.

⁴¹⁴ Entscheid des Bundesgerichts i.S. BKW FMB Energie AG, RPW 2002/3, 546 f. Rz. 6.1; Art. 3 Abs. 2 lit. b und lit. c e contrario.

renverordnung (AllgGebV; SR 172.041.1) Kosten für die Beschaffung von Unterlagen⁴¹⁵. Die Kosten von 2'690.-- Franken für den Auszug aus der Net-Matrix-Base-Studie sind als Auslage für die Beschaffung von Unterlagen anzusehen. Zuzüglich dieser Auslage beläuft sich die Gebühr damit total auf 349'321.-- Franken.

431. Die Gebühren werden den Verfügungsadressaten, das heisst der Swisscom (Schweiz) AG und der Swisscom AG, unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt (vgl. Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. AllgGebV).

⁴¹⁵ Vgl. Rz. 9 sowie Akte Nr. 73.

432. Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

D Dispositiv

1. Es wird festgestellt, dass die Swisscom (Schweiz) AG und die Swisscom AG im Wholesale-Markt für Breitbanddienste bis am 31. Dezember 2007 über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfügten.
2. Es wird festgestellt, dass die Swisscom (Schweiz) AG und die Swisscom AG ihre marktbeherrschende Stellung gemäss Ziffer 1 im Sinne von Art. 7 KG bis am 31. Dezember 2007 missbrauchten, indem sie eine Preispolitik praktizierten, durch welche ein Missverhältnis zwischen den Vorleistungspreisen des Broadband Connectivity Service (BBCS) und den Endkundenpreisen begründet wurde.
3. Die Swisscom (Schweiz) AG und die Swisscom AG werden für das unter Ziffer 2 vorstehend beschriebene Verhalten zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von 219'861'720 Franken belastet.
4. Die Verfahrenskosten von insgesamt 349'321.-- Franken, (bestehend aus einer Gebühr von 346'631.-- Franken und Auslagen von 2'690.-- Franken), werden der Swisscom (Schweiz) AG und der Swisscom AG unter solidarischer Haftung auferlegt.
5. Gegen diese Verfügung kann innert 30 Tagen beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 3000 Bern 14, Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerdeschrift ist im Doppel einzureichen; sie muss die Rechtsbegehren und deren Begründung enthalten und vom Beschwerdeführer oder seinem Vertreter unterzeichnet sein. Die angefochtene Verfügung ist der Beschwerdeschrift beizulegen.

Die Verfügung ist zu eröffnen an:

- Swisscom (Schweiz) AG, Swisscom AG, Legal Services & Regulatory Affairs, Herr Urs Prestinari, Herr Hansulrich Joss, 3050 Bern

Die Verfügung ist mitzuteilen an:

- BSE Software, Bechburgstr. 29, 4528 Zuchwil
- Cyberlink Internet Services AG, Richard-Wagner-Strasse 6, 8002 Zürich
- Finecom, Robert-Walser-Platz 7, 2501 Biel
- Green.ch AG, Badstr. 50, 5201 Brugg
- Init Seven AG, Elias-Canetti-Strasse 7, 8050 Zürich
- Netstream AG, Neugutstr.66, 8600 Dübendorf
- Sunrise Communications AG, Hagenholzstr. 20/22, 8050 Zürich

Anhang: Netzabdeckungskarte