

<b>Recht und Politik des Wettbewerbs</b>	<b>RPW</b>
<b>Droit et politique de la concurrence</b>	<b>DPC</b>
<b>Diritto e politica della concorrenza</b>	<b>DPC</b>

**2010/2**

---

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern  
(Herausgeber)

Vertrieb:

BBL

Vertrieb Bundespublikationen  
CH-3003 Bern

[www.bundespublikationen.admin.ch](http://www.bundespublikationen.admin.ch)

Preis Einzelnummer:

CHF 30.-

Preis Jahresabonnement:

CHF 120.- Schweiz

CHF 145.- Ausland

(Form: 701.000.10/2)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la  
concurrence

CH-3003 Berne  
(Editeur)

Diffusion:

OFCL

Diffusion publications  
CH-3003 Berne

[www.publicationsfederales.admin.ch](http://www.publicationsfederales.admin.ch)

Prix au numéro:

CHF 30.-

Prix de l'abonnement annuel:

CHF 120.- Suisse

CHF 145.- étranger

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commissione della  
concorrenza

CH-3003 Berna  
(Editore)

Distribuzione:

UFCL

Distribuzione pubblicazioni  
CH-3003 Berna

[www.pubblicazionifederali.admin.ch](http://www.pubblicazionifederali.admin.ch)

Prezzo per esemplare:

CHF 30.-

Prezzo dell'abbonamento:

CHF 120.- Svizzera

CHF 145.- estero

---

<b>Recht und Politik des Wettbewerbs</b>	<b>RPW</b>
<b>Droit et politique de la concurrence</b>	<b>DPC</b>
<b>Diritto e politica della concorrenza</b>	<b>DPC</b>

2010/2

**Publikationsorgan der schweizerischen Wettbewerbsbehörden.** Sammlung von Entscheidungen und Verlautbarungen zur Praxis des Wettbewerbsrechts und zur Wettbewerbspolitik.

**Organe de publication des autorités suisses de concurrence.** Recueil des décisions et communications sur le droit et la politique de la concurrence.

**Organo di pubblicazione delle autorità svizzere in materia di concorrenza.** Raccolta di decisioni e comunicazioni relative al diritto e alla politica della concorrenza.

Juli/juillet/luglio 2010

---

<b>Systematik</b>	<b>A</b>	<b>Tätigkeitsberichte</b>
	A 1	Wettbewerbskommission
	A 2	Preisüberwacher
	<b>B</b>	<b>Verwaltungsrechtliche Praxis</b>
	B 1	Sekretariat der Wettbewerbskommission
	1	Vorabklärungen
	2	Empfehlungen
	3	Stellungnahmen
	4	Beratungen
	5	BGBM
	B 2	Wettbewerbskommission
	1	Vorsorgliche Massnahmen
	2	Untersuchungen
	3	Unternehmenszusammenschlüsse
	4	Sanktionen gemäss Artikel 50 ff. KG
	5	Andere Entscheide
	6	Empfehlungen
	7	Stellungnahmen
	8	BGBM
	9	Diverses
	B 3	Bundesverwaltungsgericht
	B 4	Bundesgericht
	B 5	Bundesrat
B 6	Preisüberwacher	
B 7	Kantonale Gerichte	
<b>C</b>	<b>Zivilrechtliche Praxis</b>	
C 1	Kantonale Gerichte	
C 2	Bundesgericht	
<b>D</b>	<b>Entwicklungen</b>	
D 1	Erlasse, Bekanntmachungen	
D 2	Bibliografie	
<b>E</b>	<b>Diverses</b>	

<b>Systematique</b>	<b>A</b>	<b>Rapports d'activité</b>
	A 1	Commission de la concurrence
	A 2	Surveillance des prix
	<b>B</b>	<b>Pratique administrative</b>
	B 1	Secrétariat de la Commission de la concurrence
	1	Enquêtes préalables
	2	Recommandations
	3	Préavis
	4	Conseils
	5	LMI
	B 2	Commission de la concurrence
	1	Mesures provisionnelles
	2	Enquêtes
	3	Concentrations d'entreprises
	4	Sanctions selon l'article 50 ss LCart
	5	Autres décisions
	6	Recommandations
	7	Préavis
	8	LMI
	9	Divers
	B 3	Tribunal administratif fédéral
	B 4	Tribunal fédéral
	B 5	Conseil fédéral
B 6	Surveillant des prix	
B 7	Tribunaux cantonaux	
<b>C</b>	<b>Pratique des tribunaux civils</b>	
C 1	Tribunaux cantonaux	
C 2	Tribunal fédéral	
<b>D</b>	<b>Développements</b>	
D 1	Actes législatifs, communications	
D 2	Bibliographie	
<b>E</b>	<b>Divers</b>	

<b>Sistematica</b>	<b>A</b>	<b>Rapporti d'attività</b>
	A 1	Commissione della concorrenza
	A 2	Sorveglianza dei prezzi
	<b>B</b>	<b>Prassi amministrativa</b>
	B 1	Segreteria della Commissione della concorrenza
	1	Inchieste preliminari
	2	Raccomandazioni
	3	Preavvisi
	4	Consulenze
	5	LMI
	B 2	Commissione della concorrenza
	1	Misure cautelari
	2	Inchieste
	3	Concentrazioni di imprese
	4	Sanzioni giusta l'articolo 50 segg. LCart
	5	Altre decisioni
	6	Raccomandazioni
	7	Preavvisi
	8	LMI
	9	Diversi
	B 3	Tribunale amministrativo federale
B 4	Tribunale federale	
B 5	Consiglio federale	
B 6	Sorvegliante dei prezzi	
B 7	Tribunali cantonali	
<b>C</b>	<b>Prassi dei tribunali civili</b>	
C 1	Tribunali cantonali	
C 2	Tribunale federale	
<b>D</b>	<b>Sviluppi</b>	
D 1	Atti legislativi, comunicazioni	
D 2	Bibliografia	
<b>E</b>	<b>Diversi</b>	

<b>B</b>	<b>Verwaltungsrechtliche Praxis</b> <b>Pratique administrative</b> <b>Prassi amministrativa</b>	
B 2	<b>Wettbewerbskommission</b> Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
3.	<b>Unternehmenszusammenschlüsse</b> <b>Concentrations d'entreprises</b> <b>Concentrazioni di imprese</b>	
	1. Bank of America/Barclays Bank/DSI International	234
	2. Edipresse Publications SA/Imprimerie Cuhat SA	235
	3. Stoffel Participations Group/Bauengineering/Swissbuilding Concept	236
	4. Hospitality Services Plus SA/Wayport Holdings A/S	239
7.	<b>Stellungnahmen</b> <b>Préavis</b> <b>Preavvisi</b>	
	1. Révision ordinaire de la Loi sur les produits thérapeutiques (LPTh, 2e étape) – Procédure de consultation	240
B 3	<b>Bundesverwaltungsgericht</b> Tribunal administratif fédéral Tribunale amministrativo federale	
	1. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. Februar 2010 i.S. Kartellrecht: Terminierungspreise im Mobilfunk - Sanktion	242
	2. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 27. April 2010 i.S. Publigroupe SA und Mitbeteiligte gegen Wettbewerbskommission (WEKO) betreffend Entschädigung für die Vermittlung von Inseraten in Printmedien (direkte Sanktion nach Kartellgesetz)	329
	3. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 1. Juni 2010 i.S. Implan (Ticino) SA gegen Wettbewerbskommission (WEKO) betreffend unzulässige Wettbewerbsbeschränkung	368
	4. Sentenza del Tribunale amministrativo federale del 10 giugno 2010 Spalu SA, Cogesa SA, Edilstrada SA, Industrie Chimiche Riunite SA, Società anonima Imprese stradali ed affini SA, Franco Rossi SA, Mancini & Marti SA contro Commissione della concorrenza – Limitazione illecita della concorrenza	393
<b>C</b>	<b>Zivilrechtliche Praxis</b> <b>Pratique des tribunaux civils</b> <b>Prassi dei tribunali civili</b>	
C 2	<b>Kantonale Gerichte</b> Tribunaux cantonaux Tribunali cantonali	
	1. Urteil Kassationsgericht des Kantons Zürich: Zirkulationsbeschluss vom 15. April 2010 betreffend Kartellrecht – Nichtigkeitsbeschwerde gegen eine Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren am Handelsgericht des Kantons Zürich vom 25. November 2009	417
<b>E</b>	<b>Diverses</b> <b>Divers</b> <b>Diversi</b>	
E 2	<b>Gutachten</b> Avis Pareri	
	1. Gutachtensauftrag der Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich gemäss Art. 47 KG betreffend Spitalplanung 2012	424
	<b>Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)</b>	431
	<b>Index (deutsch, français e italiano)</b>	433

## B **Verwaltungsrechtliche Praxis** **Pratique administrative** **Prassi amministrativa**

### B 2 **Wettbewerbskommission** **Commission de la concurrence** **Commissione della concorrenza**

B 2	<b>3. Unternehmenszusammenschlüsse</b> Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	<b>1. Bank of America/Barclays Bank/DSI International</b>

*Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG*

*Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart*

*Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart*

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 26. Februar 2010*

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 24. Februar 2010*

Am 28. Januar 2010 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben zwischen Bank of America Corporation Inc. (zusammen mit ihren Konzerngesellschaften; nachfolgend: BAC), Barclays Bank PLC (zusammen mit ihren Konzerngesellschaften; nachfolgend: Barclays) und DSI International Luxembourg S.à.r.l. (DSI International, zusammen mit ihren Konzerngesellschaften nachfolgend: DSI Group) erhalten. Das Zusammenschlussvorhaben stellt eine indirekte Erlangung gemeinsamer Kontrolle von BAC und Barclays über die DSI Group dar. Der Kontrollwerb erfolgt über eine neugegründete luxemburgische Gesellschaft (Newco).

BAC ist ein börsenkotiertes Unternehmen mit Sitz in Charlotte, Vereinigte Staaten. BAC bietet unter anderem Konsumenten, kleinen und mittleren Unternehmen wie auch Grossunternehmen eine umfassende Bandbreite von Bankdienstleistungen und Finanzprodukten an. Die BAC ist über verschiedene Konzerngesellschaften in der Schweiz tätig. Diese sind: Merrill Lynch Bank (Suisse) S.A.; Merrill Lynch Capital Markets AG; Merrill Lynch Derivate Products AG; Merrill Lynch Trust Services S.A. und MLFM SARL (nicht aktiv).

Barclays ist ein gemäss dem Recht von England und Wales inkorporiertes, börsenkotiertes Unternehmen. Als Finanzdienstleistungsunternehmen ist Barclays in den

Bereichen Privat- und Geschäftskundenbanking, im Kreditkartengeschäft, im Investmentbanking und im Wealth Management weltweit in über 60 Ländern tätig. In der Schweiz hält Barclays folgende Konzerngesellschaften: Barclays Bank (Suisse) S.A.; Barclays Leasing AG (in Liquidation); Barclays Private Equity (Schweiz) AG; Barclaytrust (Suisse) S.A.; BPB Holding S.A. und Iveco Finance AG.

DSI Group ist in einem der Bau- und Minenindustrie vorgelagerten Bereich tätig. Das Unternehmen entwickelt, produziert und liefert individuelle Komponenten und integrierte Systeme basierend auf der Spann-Technologie für eine Vielzahl von Anwendungen im Bau- und Minenbereich. Am 30. November 2009 hat DSI International ihre Schweizer Tochtergesellschaft Spann-Stahl AG, über welche die DSI Group bisher ihre Hauptaktivität in der Schweiz abwickelte, verkauft. Entsprechend verfügt die DSI Group zum Zeitpunkt, in welchem BAC und Barclays die der Meldung zugrunde liegende Transaktion zu vollziehen gedenken, über keine Tochtergesellschaft mehr in der Schweiz.

Das Zusammenschlussvorhaben wurde am 22. Januar 2010 auch bei der Europäischen Kommission (COMP/M.5729) gemeldet. Diese hat dem Zusammenschlussvorhaben am 26. Februar 2010 vorbehaltlos zugestimmt.

Die vorläufige Prüfung ergab, dass der Zusammenschluss zu keinen Überlappungen der Geschäftstätigkeiten führt und in der Schweiz keine betroffenen Märkte vorliegen. Somit lagen keine Anhaltspunkte vor, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG waren daher nicht gegeben.



B 2.3

**2. Edipresse Publications SA/Imprimerie Cuhat SA**

*Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG*

*Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart*

*Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart*

*Communication selon l'art. 16 al. 1 OCCE du 11 mars 2010*

*Prise de position de la Commission de la concurrence du 11 mars 2010*

1. Le 12 février 2010, la Commission de la concurrence (ci-après: COMCO) a reçu une notification de concentration, annonçant que l'entreprise Edipresse Publications SA (ci-après: Edipresse Publications) projetait d'acquérir une partie de l'entreprise Imprimerie Cuhat SA (ci-après: Imprimerie Cuhat).

2. Edipresse Publications est une société holding mixte, filiale de Presse Publications SR SA, qui est elle-même détenue à 100 % par Edipresse SA. La création, la production et la commercialisation de biens porteurs de communication, ou l'acquisition et la gestion de participations dans des sociétés ayant un but analogue composent ses buts statutaires. Elle regroupe l'essentiel de l'activité d'édition des quotidiens et périodiques du groupe Edipresse en Suisse. Elle édite notamment trois grands quotidiens suprarégionaux (*24 Heures*, *Le Matin*, *La Tribune de Genève*), des journaux régionaux et locaux (*La Broye*, *Le journal de Morges*), quelques hebdomadaires (*Le Matin Dimanche*, *Terre & Nature*), par l'intermédiaire de la société 20 Minutes Romandie SA contrôlée en commun avec Tamedia AG, le journal gratuit *20 Minutes*, différents magazines (*Bilan*, *Femina*, *TVGuide*, *télétop*, *Tribune des Arts*) et une revue spécialisée pour produits de luxe de grandes marques horlogères (*GMT Great Magazine of Time pieces*). Le groupe contrôle en outre, conjointement, le quotidien d'analyse *Le Temps*. Depuis la constatation par la COMCO en 1998 d'une position dominante détenue par le groupe Edipresse sur les marchés des journaux quotidiens des régions de Genève et de Lausanne<sup>1</sup>, plusieurs opérations de concentrations ont été notifiées conformément à l'art. 9 al. 4 LCart<sup>2</sup> par celui-là.

3. La deuxième entreprise participant au projet de concentration au sens de l'art. 3 al. 2 OCCE<sup>3</sup> est une partie d'Imprimerie Cuhat. Concrètement, il s'agit de l'actif du fichier des abonnés des titres édités par Imprimerie Cuhat. Celle-ci est une entreprise de type familiale ayant son siège à Avenches et présentant un capital-actions s'élevant CHF 100'000.–, détenu par Mme Denise Pignard et MM. Michel Cuhat et Daniel Pignard. Elle a pour but statutaire l'exploitation d'une imprimerie. Dans ce cadre, elle édite la *Feuille d'Avis et Journal d'Avenches, du Vully et des Environs, la Terre fribourgeoise, la Terre Vuilleraine*.

4. Pour Edipresse Publications, le but de l'opération est d'intégrer les abonnés aux titres édités par Imprimerie Cuhat au journal *La Broye*, hebdomadaire édité par ses soins. Pour Imprimerie Cuhat, le projet poursuit un but exclusivement financier, ses actionnaires ayant décidé de cesser toute activité en raison de leur âge et de prendre leur retraite.

5. L'examen préalable a porté sur les marchés des lecteurs, des lecteurs/utilisateurs des petites annonces (imprimées/en ligne), des lecteurs/utilisateurs des annonces (imprimées/en ligne) pour des événements, des annonceurs de petites annonces (imprimées/en ligne), des annonceurs pour des événements (imprimées/en ligne), local/régional pour la publicité d'entreprise dans la presse écrite et les feuilles locales/régionales gratuites. Il n'a fait apparaître aucun indice que la présente opération de concentration créera ou renforcera une position dominante susceptible de supprimer la concurrence efficace sur les marchés concernés. Par conséquent, il n'y a pas lieu de procéder à un examen de l'opération de concentration au sens de l'art. 10 LCart.

<sup>1</sup> „Le Temps“, DPC 1998/1, p. 39 ss.

<sup>2</sup> Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels, LCart; RS 251).

<sup>3</sup> Ordonnance du 17 juin 1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises (OCCE; RS 251.4).

B 2.3

**3. Stoffel Participations Group/Bauengineering/Swissbuilding Concept**

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 13. April 2010

**A SACHVERHALT**

B 2.3.#. Stoffel Participations Group / Bauengineering / Swissbuilding Concept

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und 32 Abs. 1 KG

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e 32 cpv. 1 LCart

Mitteilung gemäss Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 13. April 2010

**A Sachverhalt**

1. Am 26. März 2010 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über das rubrizierte Zusammenschlussvorhaben erhalten. Die **XO Holding AG** (**meldende Partei**) wird die alleinige Kontrolle über beiden operativ tätigen Gesellschaften Bauengineering.com AG (**Bauengineering**) und Swissbuilding Concept AG (**Swissbuilding Concept**) erwerben (zusammen ‚Zielgesellschaften‘ respektive ‚Parteien‘).

2. Die **XO Holding AG** gehört zur Stoffel Participations Group. Sie wird zu 100 % von Remo Stoffel gehalten. Die mit der Stoffel Participations Group verbundenen Gesellschaften sind primär in den Bereichen des *Facility Managements* und *Immobiliengeschäfts* tätig.

3. Die beiden operativen Gesellschaften, über welche die meldende Partei die Kontrolle erwirbt, sind die Bauengineering und die Swissbuilding Concept. Daneben erwirbt die meldende Partei Kontrolle über weitere Gesellschaften, die jedoch im heutigen Zeitpunkt nicht ope-

rativ tätig sind. Sowohl die Bauengineering als auch die Swissbuilding Concept sind im *Bereich der General- und Totalunternehmung* tätig.

4. Die meldende Partei beabsichtigt mit der Transaktion, ihr Portfolio um ein im Bereich General- und Totalunternehmung tätiges Unternehmen zu erweitern. Die meldende Partei wird dadurch zu einem Anbieter für integrale Gesamtdienstleistungen im Immobiliensektor.

**B Erwägungen****B.1 Geltungsbereich**

5. Das Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (KG; SR 251) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG).

**B.1.1 Unternehmen**

6. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

**B.1.2 Unternehmenszusammenschluss**

7. Bei der Transaktion handelt es sich um einen Share-Deal, im Rahmen dessen die bisherigen Aktionäre ihre Anteile an den Zielgesellschaften an die meldende Partei veräussern. Insofern handelt es sich vorliegend um einen Zusammenschluss im Sinne von Art. 1 VKU.

**B.2 Meldepflicht**

8. Die folgende Tabelle zeigt, dass zwei der beteiligten Unternehmen im Jahr 2008 mehr als CHF 100 Mio. Umsatz in der Schweiz erzielt haben und der kumulierte Umsatz in der Schweiz CHF 500 Mio. überstiegen hat. Der Zusammenschluss ist damit nach Art. 9 Abs. 1 KG meldepflichtig:

2008	Stoffel Participations	Zielgesellschaften <sup>1</sup>	kumuliert
Schweiz	CHF [...] Mio.	CHF [...] Mio.	CHF [...] Mio.
weltweit	CHF [...] Mio.	CHF [...] Mio.	CHF [...] Mio.

9. Der Zusammenschluss ist in keinem anderen Land als der Schweiz meldepflichtig.

**B.3 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung**

10. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der vertieften Prüfung durch die Wettbewerbskommission,

sofern sich in einer vorläufigen Prüfung (Art. 32 Abs. 1 KG) Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG).

<sup>1</sup> Den Umsatzzahlen der Zielgesellschaften liegen die Umsätze der Bauengineering von CHF [...] Mio. (2008) sowie jene der Swissbuilding Concept von CHF [...] Mio. (2008) zugrunde.

11. Um zu beurteilen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, sind zunächst die relevanten Märkte abzugrenzen. In einem zweiten Schritt wird die Veränderung der Stellung der beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten durch den Zusammenschluss beurteilt.

### B.3.1 Relevante Märkte

12. Die Stoffel Participations Group ist im Bereich des Immobiliengeschäfts sowie des Facility Managements tätig. Demgegenüber bieten die Zielgesellschaften Dienstleistungen im Bereich der General- und Totalunternehmung an.

#### I. General- und Totalunternehmung

##### *Sachlich relevanter Markt*

13. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU).

14. Der Bereich General- und Totalunternehmung umfasst Dienstleistungen, mit denen ein Bauprojekt von seiner Planung (einschliesslich Projektentwicklung) bis zu seiner Nutzungsphase koordiniert wird. Ein Totalunternehmer erhält vom Bauherrn den Auftrag, ein Bauprojekt umfassend (einschliesslich Planung) umzusetzen und die dazu notwendigen Aufträge an Bauunternehmen seiner Wahl zu vergeben. Die Umsetzung erfolgt somit auf Risiko der Totalunternehmen. Dadurch erwirbt der Bauherr klare Verantwortungs- und Ansprechstrukturen. Im Unterschied zur Totalunternehmung entfällt bei der Generalunternehmung die Planung einschliesslich Projektentwicklung.

15. Die Grenze zwischen den beiden Organisationsformen ist allerdings fließend. Zudem sind die General- und die Totalunternehmung durch eine hohe Angebotsumstellungsflexibilität gekennzeichnet. Deshalb kann gemäss Praxis der Weko von einem Gesamtmarkt für General- und Totalunternehmung ausgegangen werden.<sup>2</sup>

##### *Räumlich relevanter Markt*

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

17. Im Bereich General- und Totalunternehmung geht die Wettbewerbskommission in ihrer Praxis von einem nationalen Markt aus.<sup>3</sup>

18. Die Parteien fügen dazu an, dass in der Schweiz im Bereich General- und Totalunternehmung immer mehr ausländische Unternehmen (insbesondere aus dem unmittelbar angrenzenden EWR-Raum) tätig sind und somit ihrer Ansicht nach eine internationale Abgrenzung zu bevorzugen wäre.

19. Die genaue Marktabgrenzung kann vorliegend offen gelassen werden, da wie nachfolgend gezeigt wird, das Zusammenschlussvorhaben auch bei der engst möglichen Abgrenzung kartellrechtlich unproblematisch ist.

#### *Stellung der beteiligten Parteien*

20. Auf Seiten der Stoffel Participations Group ist keine Gesellschaft im Bereich General- und Totalunternehmung tätig. Demgegenüber sind beide Zielgesellschaften im Bereich General- und Totalunternehmung aktiv.

21. Die Marktanteile der Zielgesellschaften beruhen auf der folgenden Schätzung der Parteien: Gemäss den Zahlen des Verbands Schweizerischer Generalunternehmer (VSGU) betrug das Volumen der werkvertraglich erbrachten Bauleistungen der VSGU-Mitglieder im Jahr 2008 CHF 5'684<sup>4</sup> Mio. Die entsprechende Zahl der Zielgesellschaften betrug im Jahr 2008 CHF [...] Mio. (2009: CHF [...] Mio.), was einem **Anteil von ca. [1-10] %** entspricht.<sup>5</sup>

22. Die Parteien fügen an, dass der effektive Marktanteil der Zielgesellschaften damit eher zu hoch ausgewiesen wird und begründen dies wie folgt:

- Die VSGU-Zahlen berücksichtigen nur die Mitglieder des VSGU. Es gibt zahlreiche weitere kleinere und mittlere General- und Totalunternehmer, die nicht Mitglieder des VSGU sind.
- Neben den "klassischen" General- und Totalunternehmern werden zunehmend auch grössere Architekturbüros als Totalunternehmen tätig, indem sie die von ihnen entworfenen Projekte für die Bauherren umsetzen. Diese Architekturbüros sind in den obigen Marktanteilschätzungen nicht berücksichtigt.

23. Jedenfalls kann davon ausgegangen werden, dass der gemeinsame Marktanteil der Zielgesellschaften unter 10 % liegt.

#### II. Immobiliengeschäft

##### *Sachlich relevanter Markt*

24. Das Immobiliengeschäft umfasst die Entwicklung<sup>6</sup>, Bewirtschaftung und Vermietung sowie dem Kauf und Verkauf von Liegenschaften. Die Marktgegenseite bilden Mieter sowie Käufer und Verkäufer von Immobilien. Das Immobiliengeschäft kann weiter in die Bereiche Geschäftsliegenschaften (Büroliegenschaften und Retailliegenschaften) und Wohnliegenschaften unterteilt werden.<sup>7</sup>

##### *Räumlich relevanter Markt*

25. Die räumliche Dimension des Immobiliengeschäfts ist national. Die Weko hat aufgrund regionaler Unterschiede in Bezug auf die Attraktivität eines Standorts sowie eingeschränkter geographischer Mobilität eine regionale Abgrenzung des Immobiliengeschäfts diskutiert.<sup>8</sup>

<sup>2</sup> RPW 2007/1, 103 Rz. 29, Zschokke Holding AG/Batigroup Holding AG m.w.H.

<sup>3</sup> RPW 2007/1, 106 Rz. 62, Zschokke Holding AG/Batigroup Holding AG m.w.H.

<sup>4</sup> <http://www.vsgu.ch/aktuelles/wirtschaftszahlen.html>.

<sup>5</sup> Für das Jahr 2009 sind beim VSGU noch nicht alle Zahlen vorhanden. Die meldende Partei geht indessen davon aus, dass sich die Marktanteile 2009 nicht wesentlich geändert haben.

<sup>6</sup> [...].

<sup>7</sup> RPW 2009/2, 187 Rz. 16, Swiss Prime Site/Jelmoli Holding AG.

<sup>8</sup> RPW 2009/2, 188 Rz. 21 ff., Swiss Prime Site/Jelmoli Holding AG.

26. Die genaue Marktabgrenzung kann vorliegend offen gelassen werden, da wie nachfolgend gezeigt wird, auch bei der engst möglichen Abgrenzung beim vorliegenden Zusammenschluss keine kartellrechtlichen Probleme auftreten.

#### *Stellung der beteiligten Parteien*

27. Von den Parteien ist lediglich Stoffel Participations Group in diesem Bereich tätig. Die Stoffel Participations Group schätzt, dass ihr Anteil in der Schweiz sowie in den Regionen [...] und [...] unter [1-10] % liegt (dies auch wenn je ein Segment für Geschäfts- und Wohnliegenschaften unterschieden wird).

### **III. Facility Management**

#### *Sachlich relevanter Markt*

28. Facility Management beinhaltet alle Dienstleistungen, die zum Betreiben und Unterhalten eines Gebäudes oder einer Immobilie erforderlich sind.<sup>9</sup>

29. Im Fall ISS/Edelweissfm hat die Weko verschiedene mögliche Untersegmente des Facility Managements untersucht. Die Frage, ob und welche Teilmärkte des Facility Managements einen eigenen sachlich relevanten Markt darstellen, hat die Weko bisher offen gelassen. Vorliegend braucht auf diese Unterteilungen ebenfalls nicht eingegangen zu werden, da nur die meldende Partei im Facility Management tätig ist.

#### *Räumlich relevanter Markt*

30. Die räumliche Dimension des Facility Managements ist national. Die Weko hat eine regionale Abgrenzung erwogen aber offen gelassen.<sup>10</sup> Die Frage kann auch vorliegend offen bleiben, da nur die meldende Partei, nicht indessen die Zielgesellschaften, im Facility Management tätig sind.

#### *Stellung der beteiligten Parteien*

31. Von den Parteien ist lediglich Stoffel Participations Group in diesem Bereich tätig.

32. Zum Facility Management gibt es keine öffentlich erhältlichen Zahlen, die Auskunft über die Grösse des Marktes geben würden. Die Stoffel Participations Group schätzt indessen, dass ihr Anteil in der Schweiz geringer als [1-10] % ist. Zudem verfügt die Stoffel Participations Group auch bei der engst möglichen Abgrenzung des relevanten Marktes im Bereich des Facility Management (auf den in RPW 2006/3, 684 f. Rz. 20, ISS/Edelweissfm genannten Teilmärkte) schätzungsweise über **weniger als [1-10] % Marktanteil**.

#### **B.3.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten**

33. Es werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20 % oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30 % oder mehr beträgt (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

34. Vorliegend liegen auch bei einer engst möglichen Marktabgrenzung keine betroffenen Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor: Die Parteien verfügen jeweils über Marktanteile von unter 10 % in den jeweiligen Segmenten. Zudem kommt es vorliegend zu keinerlei Marktanteilsadditionen zwischen der meldenden Partei und den Zielgesellschaften.

35. Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind jedoch in benachbarten Märkten tätig. Das Hauptziel der meldenden Partei ist ja gerade, durch den Zusammenschluss ein Anbieter für integrale Gesamtdienstleistungen im Immobiliensektor zu werden.

36. Es ist vorliegend jedoch sehr unwahrscheinlich, dass sich die meldende Partei nach dem Zusammenschluss durch ihre Marktstellung auf verwandten Märkten wettbewerbsschädlich verhalten kann, indem sie andere Marktteilnehmer an der Ausübung des Wettbewerbs behindert (sog. Foreclosure). Dafür müsste mindestens eine der beteiligten Parteien über genügend Marktmacht verfügen. Dies kann vorliegend, gestützt auf die tiefen Marktanteile aller Parteien, ausgeschlossen werden. Es erübrigt sich deshalb vorliegend eine vertiefte Analyse.

#### **B.3.3 Ergebnis**

37. Die Tätigkeiten der Stoffel Participations Group überschneiden sich nicht mit jener der Bauengineering und Swissbuilding Concept. Zudem haben alle beteiligten Parteien jeweils Marktanteile von weniger als 10 % in den jeweiligen Märkten.

38. Auch bezüglich der Tatsache, dass die Parteien auf verwandten Märkten tätig sind, ergeben sich vorliegend, aufgrund der tiefen Marktanteile aller Beteiligten, aus kartellrechtlicher Sicht keine Bedenken.

39. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

<sup>9</sup> RPW 2006/4, 683 Rz. 15, ISS/Edelweissfm.

<sup>10</sup> RPW 2006/4, 686 f. Rz. 24, ISS/Edelweissfm.

B 2.3

**4. Hospitality Services Plus SA/Wayport Holdings A/S**

*Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG*

*Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart*

*Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart*

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 19. Mai 2010*

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 21. Mai 2010*

1. Am 23. April 2010 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben zwischen Hospitality Services Plus SA (nachfolgend Hospitality) und Wayport Holdings A/S (nachfolgend Wayport) erhalten. Danach beabsichtigt Hospitality, sämtliche Aktien von Wayport zu erwerben und damit die alleinige Kontrolle im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG zu übernehmen.

2. Hospitality mit Sitz in Le Grand-Saconnex ist eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der Swisscom (Schweiz) AG, einer Tochtergesellschaft der Swisscom AG, und bietet Datenkommunikationsdienstleistungen und Internetlösungen für die Hotellerie in Europa und in den Vereinigten Staaten von Amerika an. Die Hospitality-Gruppe der Swisscom umfasst zwölf weitere Tochtergesellschaften in zwölf weiteren Ländern, welche die jeweiligen Kunden betreuen.

3. Wayport mit Sitz in Hellerup, Dänemark, ist eine Tochtergesellschaft der Wayport Inc. in Austin/USA, die ihrerseits zur amerikanischen AT&T-Gruppe gehört. Wayport verfügt über fünf Tochtergesellschaften. Sie erbringt lokale Netzwerklösungen für Hotels und in geringem Umfang für Flughäfen. Die Netzwerklösungen von Wayport ermöglichen Hotelgästen drahtgebundenen und/oder drahtlosen Internetzugang. Wayport entwirft, installiert und wartet die Systeme gemäss den individuellen Bedürfnissen der Kunden. Zu den Kunden gehören Hotelketten in Europa, im Nahen Osten und in Afrika.

4. Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind beide in den Märkten für Datenkommunikationsdienstleistungen und Internetlösungen in der Hotellerie und im Gastgewerbe tätig. Diese Dienstleistungen um-

fassen die vier verschiedenen Geschäftsfelder High Speed Internet-Zugang in Hotels, Business Center Solutions, Konferenzdienstleistungen und digitale Informationssysteme (vgl. Entscheid Swisscom Eurospot AG/Core Communication Corporation [Eurospot/CCC], RPW 2006/2, S. 291 ff., Rz. 44. f.). Durch den Zusammenschluss wird beabsichtigt, die Dienstleistungen der Wayport technisch und kommerziell in die Hospitality-Gruppe zu integrieren.

5. Die beteiligten Unternehmen erfüllen die Kriterien von Art. 9 Abs. 1 KG nicht. Die Meldepflicht besteht allerdings ungeachtet des Art. 9 Absätze 1-3 KG, wenn am Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem Verfahren nach diesem Gesetz rechtskräftig festgestellt worden ist, dass es in der Schweiz auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung hat, und der Zusammenschluss diesen Markt oder einen solchen betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist (Art. 9 Abs. 4 KG). Die Wettbewerbskommission hat eine marktbeherrschende Stellung der Telecom PTT (heute: Swisscom) im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG im Entscheid PTT/Blue Window, RPW 1997/2, S. 174 festgestellt. Die oben erwähnten Märkte für Datenkommunikationsdienstleistungen und Internetlösungen in der Hotellerie und im Gastgewerbe sind in Anlehnung an den Fall Eurospot/CCC (vgl. RPW 2006/2, S. 291 ff., Rz. 35) als nachgelagerte Märkte zur Festnetztelefonie sowie den dazu gehörenden Diensten zu qualifizieren. Das Zusammenschlussvorhaben ist damit nach Art. 9 Abs. 4 KG meldepflichtig.

6. Da der gemeinsame Marktanteil der beteiligten Unternehmen in der Schweiz in diesen Märkten weniger als 20 Prozent beträgt, bestehen keine betroffenen Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU.

7. Aufgrund der geringen Aktivitäten von Wayport in der Schweiz resultieren aus dem Zusammenschluss zudem keine signifikanten Marktanteilsadditionen. Ausserdem bestehen relativ niedrige Marktzutrittsschranken.

8. Die vorläufige Prüfung ergibt keine Anhaltspunkte dafür, dass das Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses gemäss Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

B 2	<b>7. Stellungnahmen</b> Préavis Preavvisi
B 2.7	<b>1. Révision ordinaire de la Loi sur les produits thérapeutiques (LPT<sub>h</sub>, 2e étape) – Procédure de consultation</b>

*Stellungnahme; Art. 46 Abs. 2 KG / Préavis; art. 46 al. 2 LCart / Preavviso; art. 46 cpv. 2 LCart*

La Commission de la concurrence (Comco) prend position sur cette deuxième étape de la révision ordinaire de loi sur les produits thérapeutiques (LPT<sub>h</sub>) comme suit:

### 1. Procédure simplifiée d'autorisation (art. 11 – 16c LPT<sub>h</sub>)

La Comco salue le nouveau pas entrepris pour simplifier la procédure d'autorisation de mise sur le marché des médicaments en Suisse. Cette simplification est essentielle pour l'arrivée sans complication inutile de médicaments originaux, de leurs substituts ainsi que de génériques sur notre marché. L'objectif est que la concurrence entre producteurs, importateurs et distributeurs s'instaure le plus vite possible, telle que le Parlement l'a décidée, notamment par l'abolition des barrières techniques à l'importation, l'adoption du principe du Cassis-de-Dijon et surtout la modification de la Loi sur les brevets.

### 2. Remise des médicaments (art. 23 – 33 LPT<sub>h</sub>)

Les modifications liées à la remise des médicaments sont en principe positives. Tout d'abord, la révision du système de classification et le reclassement des médicaments devrait augmenter en Suisse le nombre de ceux-ci vendus pour l'automédication (catégories C et D). Cette mesure devrait contribuer à intensifier la concurrence (sur les prix) entre pharmacies, comme entre ces dernières et les drogueries, voire les grandes surfaces. Dans cette optique de dynamisation du marché, la Comco comprend et soutient la proposition de supprimer, au niveau national, la possibilité pour les médecins dispensants de vendre les médicaments qu'ils prescrivent. En effet, la concurrence sur les prix des médicaments vendus par les médecins n'est pas possible, tandis que les pharmacies soumises à la concurrence sur les prix le seront encore davantage suite aux modifications prévues.

La Comco est d'avis qu'une dérogation à la séparation entre prescription et vente d'un médicament, prévue par le nouvel article 25a LPT<sub>h</sub>, devra trouver une application restrictive au niveau cantonal. Elle demande donc d'en tenir compte lors de la concrétisation de la notion de «laps de temps approprié» dans l'ordonnance d'application.

Avec la fin de la vente de médicaments par les médecins, une solution au moins partielle est également trouvée à la question des avantages matériels octroyés par l'industrie pharmaceutique aux médecins dispensants,

dont la disposition légale, inscrite à l'art. 33 de l'actuelle LPT<sub>h</sub>, avait, en son temps, posé des problèmes aux autorités de la concurrence.

Moins évidente apparaît par contre une suppression immédiate de la dispensation de médicaments par les vétérinaires. A ce sujet, il est utile de rappeler que la Comco s'est prononcée par décision du 11 octobre 2004 (DPC 2004/4, p. 1040 ss), pour une ouverture des canaux de distribution des médicaments vétérinaires à travers les pharmacies. La distribution de ces médicaments par les pharmacies permet d'élargir le choix qui s'offrent aux propriétaires d'animaux et, partant d'augmenter la concurrence. La Comco soutient donc la direction prise dans le cadre de la révision qui devrait conduire à la séparation entre prescription et remise de médicaments en Suisse. Elle considère néanmoins important de vérifier dans quelle mesure les points énumérés ci-dessous ne demanderaient pas une **application différenciée de l'abolition de la dispensation de médicaments par les vétérinaires**:

- L'avis préparé par les Professeurs Gerd Folkers et Felix Althaus dans le cadre de l'enquête mentionnée ci-dessus soulignait que les pharmaciens n'étaient en mesure de remettre des médicaments en vente libre ou sous ordonnance que de façon limitée, en raison de leur formation. Même si les possibilités de formation et formation continue se sont améliorées dans l'intervalle, le risque existe que les pharmaciens ne soient pas encore en mesure d'assumer dans un avenir proche leur fonction de contrôle de la même manière que pour les médicaments humains.
- Pour l'instant et malgré les efforts de la Comco dans ce domaine, la distribution de médicaments vétérinaires ne semble pas intéresser outre mesure les pharmacies. Par conséquent, ce canal n'est pas encore suffisamment étendu pour subvenir aux besoins actuels en médicaments des propriétaires d'animaux si l'Etat devait interdire, à brève échéance, la vente de ces médicaments par les vétérinaires.
- Contrairement au cas des médecins actifs dans le cadre de la LAMal, les tarifs des vétérinaires ne sont pas fixés par des conventions conclues avec l'accord de l'Etat. Dans la situation actuelle, le risque de voir les vétérinaires augmenter les prix de leurs prestations médicales afin de compenser leur manque à gagner dû à l'abolition de la vente de

médicaments est probable, le tout aux dépens des consommateurs.

**3. Publication des informations sur les médicaments (art. 67 al. 1bis LPTh)**

La Comco soutient l'introduction d'une disposition qui permettra à Swissmedic de publier elle-même les informations concernant les médicaments ou **d'octroyer ce mandat à des tiers**. La Comco est d'avis que cette dernière solution, fondée sur un appel d'offres conforme aux normes GATT/WTO, devrait être favorisée.

**4. Publicité pour les médicaments soumis à ordonnance (art. 31 al. 1 let. a LPTh)**

Par contre, la Comco constate que l'interdiction de publicité pour les médicaments soumis à ordonnance n'a

pas été remise en question. Confrontée récemment à cette problématique, la Comco est d'avis qu'au moins la publicité sur les prix au niveau de la distribution (entre pharmacies et drogueries) permettrait de réduire l'asymétrie d'information entre patient et médecin en encourageant la comparaison des médicaments originaux avec les substituts et les génériques. La pression concurrentielle sur les producteurs et les distributeurs de médicaments serait ainsi augmentée, du moins pour ceux qui n'apparaissent pas sur la liste de spécialités prévue par la LAMal. **La Comco propose donc qu'une solution soit trouvée pour qu'il soit possible pour les pharmacies de faire de la publicité sur les prix à l'adresse des clients pour les médicaments vendus sur ordonnance médicale.**

B 3	<b>Bundesverwaltungsgericht</b> Tribunal administratif fédéral Tribunale amministrativo federale
B 3	<b>1. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. Februar 2010 i.S. Kartellrecht: Terminierungspreise im Mobilfunk - Sanktion</b>

*Urteil (B-2050/2007) des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. Februar 2010 in Sachen Swisscom (Schweiz) AG gegen Wettbewerbskommission WEKO – Kartellrecht: Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion.*

<b>INHALTSÜBERSICHT</b>	<b>Seite</b>
<b>Sachverhalt</b>	
<b>A. Grundlagen der Terminierung</b>	<b>243</b>
<b>B. Ablauf der Untersuchung</b>	<b>246</b>
<b>C. Zusammenfassung der angefochtenen Verfügung</b>	<b>252</b>
<b>D. Zusammenfassung der Beschwerde</b>	<b>253</b>
<b>E. Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht</b>	<b>258</b>
<b>Erwägungen</b>	
<b>1. Prozessvoraussetzungen</b>	<b>259</b>
1.1 Sachzuständigkeit und Anfechtungsobjekt	259
1.2 Beschwerdelegitimation und übrige Eintretensvoraussetzungen	260
<b>2. Beschwerdegründe und vorgeworfenes Verhalten</b>	<b>261</b>
2.1 Zulässigkeit der Beschwerdegründe	261
2.2 Das der Beschwerdeführerin vorgeworfene Verhalten	261
<b>3. Anwendbares Recht</b>	<b>262</b>
3.1 Kartellrecht	262
3.2 Fernmelderecht	263
<b>4. Rüge der Verletzung von Art. 7 EMRK</b>	<b>263</b>
4.1 Die Rügen der Beschwerdeführerin zu Art. 7 Abs. 1 EMRK	264
4.2 Die angefochtene Sanktion als "strafrechtliche Anklage"	265
4.3 Zur Tragweite von Art. 7 Abs. 1 erster Satz EMRK im Allgemeinen	265
4.4 Die fehlende Fallpraxis zum inkriminierten Verhalten	266
4.5 Das Verhältnis von Art. 7 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. c KG im Lichte von Art. 7 Abs. 1 erster Satz EMRK	267
4.6 Zur Voraussehbarkeit einer allfälligen Tatbestandsmässigkeit	268
4.7 Zur Voraussehbarkeit der Rechtsfolge	269
4.8 Zusammenfassung	270
<b>5. Rüge der Verletzung der Garantien von Art. 6 Abs. 1 EMRK</b>	<b>270</b>
5.1 Die Rügen im Überblick	270
5.2 Art. 6 Abs. 1 EMRK im Verhältnis zu Art. 30 Abs. 1 BV	270
5.3 Die Rügen der Beschwerdeführerin im Einzelnen	270
5.4 Die Wettbewerbskommission als EMRK-konformes Gericht?	270
5.5 Zu den Anforderungen an ein EMRK-konformes Gericht	271
5.6 Kognition des Bundesverwaltungsgerichts im vorliegenden Fall	272
5.7 Verletzung des Selbstbelastungsverbots?	275
<b>6. Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör?</b>	<b>278</b>
6.1 Grundsätzliches zum rechtlichen Gehör	278
6.2 Gehörsverletzung wegen Redezeitbeschränkungen?	279
6.3 Unvollständig zugestellter zweiter Verfügungsantrag?	280
6.4 Zu kurze Frist für Stellungnahme zum dritten Verfügungsantrag?	280
6.5 Recht auf vorgängige Stellungnahme zum "Gutachten IC"?	280
6.6 Ungenügende Aktenkenntnis der Mitglieder der Vorinstanz?	281
6.7 Schlussfolgerungen	281
<b>7. Weitere Anträge der Beschwerdeführerin</b>	<b>281</b>
7.1 Beizug von Akten	281
7.2 Geschäftsgeheimnisse	281
7.3 Öffentliche Parteiverhandlung	282
<b>8. Unzulässige Verhaltensweise marktbeherrschender Unternehmen</b>	<b>282</b>
<b>9. Relevanter Markt</b>	<b>282</b>
9.1 Abgrenzungskriterien	282
9.2 Verzicht auf Marktabgrenzung?	282
9.3 Standpunkte zur Marktabgrenzung	284
9.4 Rückgriff auf die Marktabgrenzungspraxis der EU?	284
9.5 Sachliche Marktabgrenzung	285
9.6 Örtliche Marktabgrenzung	297
9.7 Zeitliche Marktabgrenzung	297
9.8 Gesamtfazit: Marktabgrenzung	297
<b>10. Marktstellung</b>	<b>297</b>
10.1 Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens	297
10.2 Standpunkte zur Marktstellung	298
10.3 Eingrenzung der Fragestellung	299
10.4 Aktueller und potenzieller Wettbewerb	299
10.5 Zwischenergebnis	300
10.6 Einfluss des nachgelagerten Markts	300
10.7 Stellung der Marktgegenseite	303
10.8 Einfluss der fernmelderechtlichen Rahmenordnung	307



10.9	Verlust im Terminierungsverkehr zwischen Mobilfunknetzen?	308
10.10	Weitere Einwände	313
10.11	Fazit	313
<b>11.</b>	<b>Die Missbräuchlichkeit des vorgeworfenen Verhaltens im Kontext des Streitgegenstands und der potenziell anwendbaren bundesrechtlichen Wertparitätskontrollen</b>	<b>313</b>
11.1	Art. 7 Abs. 1 KG: Behinderung oder Ausbeutung?	313
11.2	Die Vorinstanz als sanktionierende "Preisüberwacherin"	314
11.3	Die kartellgesetzliche Wertparitätskontrolle im Kontext der bundesrechtlichen Kodifikationen mit Auswirkungen auf Verträge	315
<b>12.</b>	<b>Missbräuchlichkeit des vorgeworfenen Verhaltens?</b>	<b>320</b>
12.1	Der massgebliche Prüfungsraster für den vorliegenden Fall	320
12.2	Die Parteistandpunkte zur angeblichen "Erzwingung"	321
12.3	Erzwingung (eines unangemessenen Terminierungspreises) innerhalb des fernmelde-rechtlich regulierten Rahmens?	322
12.4	Ist eine allfällige Lückenfüllung angezeigt bzw. zulässig?	324
12.5	Zwischenergebnis	326
12.6	Zur Frage der Angemessenheit des Terminierungspreises	327
<b>13.</b>	<b>Zusammenfassung</b>	<b>327</b>
<b>14.</b>	<b>Kosten und Entschädigung</b>	<b>327</b>
	<b>Dispositiv</b>	<b>328</b>

#### Sachverhalt:

#### A. Grundlagen der Terminierung

**A.a** Am 1. Januar 1998 trat das revidierte Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 in Kraft (FMG, SR 784.10; Bundesratsbeschluss vom 6. Oktober 1997, AS 1997 2187 2205). Der Gesetzgeber vollzog mit dieser Revision den Schritt zu einer umfassenden Marktöffnung im Fernmeldebereich. Die Revision hob das staatliche Monopol der Telecom PTT bzw. PTT-Betriebe im Bereich der Telekommunikationsnetze und der Sprachübertragung auf, nachdem einzelne Teilmärkte im Fernmeldebereich (Endgeräte und Mehrwertdienste wie z.B. digitale Datenübertragung) bereits im Jahr 1992 mit der Inkraftsetzung des Fernmeldegesetzes vom 21. Juni 1991 geöffnet worden waren. Damit wurde die Basis für den Wettbewerb bei den Mobilfunknetzen in der Schweiz geschaffen (vgl. Botschaft des Bundesrates zum revidierten Fernmeldegesetz vom 10. Juni 1996 [BBl 1996 III 1405 ff., nachfolgend: Botschaft FMG 1996]).

Bis zur Inkraftsetzung des revidierten Fernmeldegesetzes war die damalige Telecom PTT aufgrund des staatlichen Monopols die einzige Mobilfunkanbieterin (nachfolgend auch: MFA) in der Schweiz. Bereits 1978 hatte sie mit "Natel A" das erste Mobilfunknetz der Schweiz in Betrieb genommen. Im März 1993 erfolgte der kommerzielle Start des digitalen und zellular aufgebauten "Natel D"-Netzes im Mobilfunk-Standard GSM (Global System

for Mobile Communications; vgl. Bundesamt für Kommunikation [BAKOM], Faktenblatt GSM vom 1. November 2005, online unter: [www.bakom.admin.ch](http://www.bakom.admin.ch) > Themen > Technologie > Telekommunikation > GSM; vgl. zur Entwicklung des Mobilfunks auch online unter: [www.forummobil.ch](http://www.forummobil.ch) > Anwender > Mobiles Leben, sowie unter [www.swisscom.ch](http://www.swisscom.ch) > über Swisscom > Porträt > Geschichte). Mit der Marktöffnung im Jahr 1998 übernahm die Swisscom Mobile AG den Bereich der Mobilnetz-kommunikation von der Telecom PTT).

Die Marktöffnung führte im April 1998 zur Konzessionierung von zwei weiteren Mobilfunkanbieterinnen in der Schweiz, welche je zügig ein neues Mobilfunknetz aufbauten: Als zweite Mobilfunkanbieterin konnte Ende 1998 die DiAx AG (später TDC Switzerland AG, seit 4. Oktober 2007 Sunrise Communications AG, nachfolgend: Sunrise) den kommerziellen Netzbetrieb aufnehmen. Seit Mitte 1999 betreibt die Orange Communications SA (nachfolgend: Orange) das dritte dominierende Mobilfunknetz der Schweiz (vgl. BAKOM, Faktenblatt GSM, a.a.O., S. 3, sowie Recht und Politik des Wettbewerbs [RPW] 2000/4, S. 673 ff.; RPW 2002/1, S. 99 Rz. 11). Im Januar 2008 gingen die Aktiven und Passiven der Swisscom Mobile AG im Rahmen der Reorganisation der bisherigen Gruppengesellschaften von Swisscom infolge Fusion auf die Swisscom Fixnet AG (nun Swisscom [Schweiz] AG), in Ittigen über (vgl. Handelsregisteramt des Kantons Bern, Tagebuch Nr. 27 vom 3. Januar 2008).

**A.b** In Voraussicht zusätzlicher Markteintritte sah der Gesetzgeber im revidierten Fernmeldegesetz Massnahmen vor, um die Verbindung zwischen den entstehenden verschiedenen Telekommunikationsnetzen sicherzustellen. Namentlich galt es zu gewährleisten, dass alle Anwender, d.h. die Kunden einer Anbieterin und andere Letztverbraucher, über die Netze und Dienste sämtlicher Anbieterinnen miteinander kommunizieren können.

Als entsprechendes Steuerungselement wurde die sog. Interkonnektionspflicht eingeführt. Dabei geht es darum, dass marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmelde-diensten und alle Anbieterinnen von Grundversorgungsdiensten ihre Infrastrukturen, v.a. Netze, gegenüber anderen Anbieterinnen auf der Basis einer transparenten und kostenorientierten Preisgestaltung in nicht-diskriminierender Weise öffnen müssen (aArt. 11 Abs. 1 und 2 FMG [damals geltende Fassung, AS 1997 2189], vgl. zum anwendbaren Recht E. 3.2; in der heute geltenden Fassung findet sich die entsprechende Regelung in Art. 11 Abs. 1 Bst. d FMG betreffend *marktbeherrschende* Anbieterinnen und betreffend Anbieterinnen von Diensten der *Grundversorgung* in Art. 21a Abs. 1 FMG [Interoperabilität] und Art. 32 der Verordnung vom 9. März 2007 über Fernmeldedienste [FDV, SR 784.101.1, AS 2007 945]).

Die Interkonnektion ist Voraussetzung dafür, dass alle Teilnehmer am Fernmeldeverkehr untereinander kommunizieren und überhaupt neue Anbieterinnen auftreten können. Marktneulinge sind in der Regel darauf angewiesen, ihre Dienste ganz oder teilweise unter Inanspruchnahme der Übermittlungsdienste bisheriger Betreiber anbieten zu können (vgl. Botschaft FMG 1996, a.a.O., S. 1418, 1425, 1427; ROLF H. WEBER, Der Über-

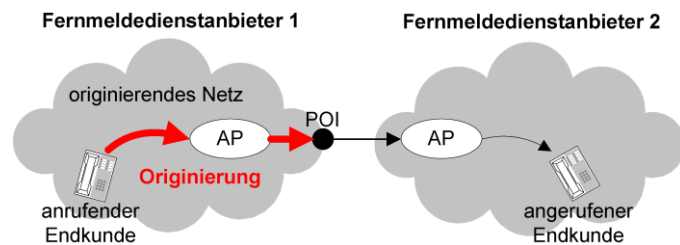
gang zur neuen Telekommunikationsordnung, S. 17, in: Publikationen aus dem Zentrum für Informations- und Kommunikationsrecht der Universität Zürich [ZIK], Neues Fernmelderecht, Erste Orientierung, Zürich 1998).

**A.c** In technischer Hinsicht können die Netze der Anbieterinnen von Fernmeldediensten (nachfolgend auch: Fernmeldediensteanbieterinnen oder FDA) über sog. "Points of Interconnection" (POI) und "Access Points" (AP) miteinander kommunizieren (vgl. BAKOM, Interconnection, Reference models and definitions, September 1998, act. 61a Beilage 1 des vorinstanzlichen Verfahrens [nachfolgend: "Vorinstanz act." für Verweise auf die vorinstanzlichen Akten] sowie online unter: [www.bakom.admin.ch](http://www.bakom.admin.ch) > Themen > Telekommunikation > Netzzugang > Arbeitsgruppen Technik > F3 Definitionen der für Interkonnectionsdienste des Basisangebots verwendeten Begriffe).

Ruft ein Teilnehmer eines Telekommunikationsnetzes einen Gesprächspartner in einem anderen Netz an, wird das abgehende Gespräch zunächst innerhalb des Netzes der betreffenden Fernmeldediensteanbieterin vom Endgerät des Anrufenden über einen "Access Point" an einen "Point of Interconnection" geleitet.

Diese erste Phase eines netzübergreifenden Telefonanrufs, welche sich somit noch innerhalb des Netzes des anrufenden Teilnehmers vollzieht, wird als *Originierung* bezeichnet. Beim Netz des Anrufenden handelt es sich um das *originierende* Netz. Bildlich lässt sich die Originierung wie folgt veranschaulichen (vgl. BAKOM, Interconnection, Reference models and definitions, a.a.O.):

Abb. 1: Originierung



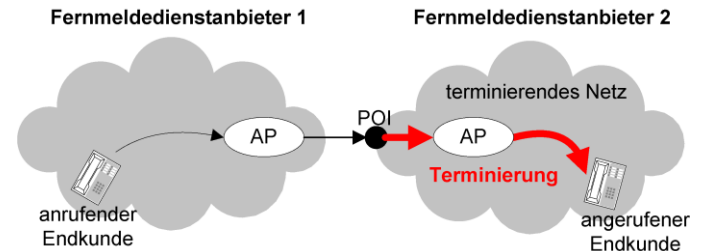
Beim "Point of Interconnection" ist der Telefonanruf des Anrufenden an einem physischen Punkt angelangt, wo das System der eigenen Anbieterin mit dem System der anderen Anbieterin verbunden ist, um Anrufe vom einen System an das andere weiterzuleiten. Für diese Weiterleitung bedarf es der Mitwirkung des Netzes des angerufenen Partners. Dieses realisiert das Gespräch auf der Strecke zwischen dem "Point of Interconnection" und dem Endgerät des angerufenen Gesprächspartners.

**A.d** Diese Dienstleistung wird als *Terminierung* und das Netz des angerufenen Endkunden als *terminierendes* Netz bezeichnet. Wird ein Gesprächspartner unter seiner Handynummer aus dem Netz einer anderen Fernmeldediensteanbieterin angerufen, erfordert dies also die Terminierung durch das Mobilfunknetz des angerufenen Handybenutzers (vgl. JÖRN KRUSE, Regulierung der Terminierungsentgelte der deutschen Mobilfunknetze?, Wirtschaftsdienst 2003, S. 3, online unter: [www.wirtschaftsdienst.eu](http://www.wirtschaftsdienst.eu) > Archiv > Suche; Eidgenössische Kommunikationskommission [nachfolgend: Com-

Com], Medienmitteilung vom 27. November 2001, Anhang "Was ist Mobilterminierung?", online unter: [www.news-service.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/1606.pdf](http://www.news-service.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/1606.pdf); Antworten Sunrise, Beschwerdeführerin und Orange auf Frage Nr. 2 des Fragebogens vom 29. November 2002, Vorinstanz act. 61, 122, 130).

Grafisch stellt sich der Vorgang der Terminierung wie folgt dar (vgl. BAKOM, Interconnection, Reference models and definitions, a.a.O.):

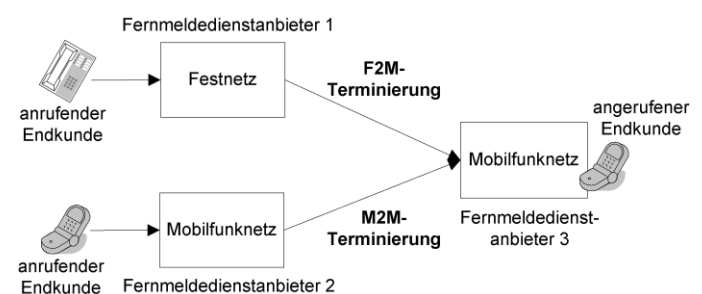
Abb. 2: Terminierung



**A.e** Beim originierenden Netz kann es sich sowohl um ein Festnetz als auch um ein anderes Mobilfunknetz handeln. Dasselbe gilt für das terminierende Netz, da Telefonanrufe aus einem Fest- bzw. Mobilfunknetz sowohl für einen Endkunden einer Mobilfunkanbieterin (MFA) als auch einen Endkunden einer Festnetzanbieterin (nachfolgend auch: FNA) bestimmt sein können.

Handelt es sich um die Terminierung eines Telefonanrufs von einem Fest- oder Mobilfunknetz in ein Mobilfunknetz, wird von *Mobil-Terminierung* gesprochen. Die Mobilterminierung eines Anrufs aus einem Mobilfunknetz in ein anderes Mobilfunknetz wird in der Folge als "*mobile-to-mobile*" bzw. "*M2M*"-Terminierung bezeichnet. Die Mobilterminierung eines Anrufs aus einem Festnetz auf ein Mobilfunknetz heisst im Folgenden "*fix-to-mobile*" bzw. "*F2M*"-Terminierung:

Abb. 3: Mobilterminierung



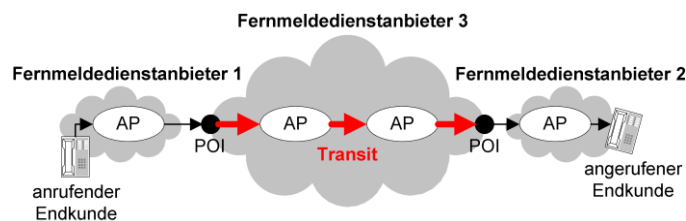
Das vorliegende Verfahren beschränkt sich grundsätzlich auf die Untersuchung der Verhältnisse im Bereich der Mobilterminierung, wobei die Mobilterminierung von *innerhalb der Schweiz* originierten Sprachanrufen in die Mobilfunknetze der Beschwerdeführerin (während des untersuchten Zeitraums noch Swisscom Mobile AG, inzwischen Swisscom [Schweiz] AG, vgl. A.a) bzw. von Sunrise und Orange im Zentrum steht.

**A.f** In der Realität können Anrufe unter Umständen nicht direkt vom originierenden in das terminierende Netz übermittelt werden, weil nicht jedes originierende Netz weltweit über eine vertragliche Interkonnectionsverein-

barung und direkte technische Verbindung zu jedem terminierenden Netz verfügt. Ein Anruf muss in diesen Fällen vom originierenden Netz indirekt durch ein oder mehrere Drittnetze in das terminierende Netz zum gewünschten Gesprächspartner durchgeleitet werden. Diese allenfalls notwendige Durchleitung eines Anrufs durch Netze eines oder mehrerer Dritter wird als "Transit" bezeichnet.

Technisch liegt ein Transit vor, wenn ein Anruf von einem "Point of Interconnection" über einen oder mehrere "Access Points" an einen anderen "Point of Interconnection" weitergeleitet wird (vgl. BAKOM, Interconnection, Reference models and definitions, a.a.O.; vgl. Ziff. 11 ff. der Antwort von Orange auf den Fragebogen vom 29. November 2002, Vorinstanz act. 130).

Abb. 4: Transit



In der Schweiz sind Transitverbindungen einerseits im *internationalen* Verkehr von Bedeutung. Die Interkonnektion zwischen anderweitig nicht verbundenen Originierungs- und Terminierungsnetzen wird hier häufig über das Festnetz der Swisscom (Schweiz) AG (ehemals Swisscom Fixnet AG) abgewickelt. Dieses Netz verfügt aus historischen Gründen über ein das ganze Land überspannendes Leitungsnetz wie auch über die technischen Verbindungseinrichtungen in die Netze der Nachbarländer und die erforderlichen Interkonnektionsvereinbarungen mit ausländischen Fernmeldediensteanbieterinnen (vgl. Ziff. 11 ff. der Antwort von Orange auf den Fragebogen vom 29. November 2002, Vorinstanz act. 130; Ziff. 11 der Antwort der Beschwerdeführerin auf den Fragebogen vom 29. November 2002, Vorinstanz act. 122).

Andererseits ist die Interkonnektion auch im *inner-schweizerischen* Verkehr unter Umständen nur indirekt gewährleistet. So gewährte die Beschwerdeführerin (damalige Swisscom Mobile AG) den beiden Mobilfunkanbieterinnen Sunrise und Orange bei ihrem Marktzutritt Ende 1998 bzw. Mitte 1999 nur eine indirekte Interkonnektion via Transit durch das Festnetz der damaligen Swisscom Fixnet AG. Erst aufgrund eines im Herbst 2001 zwischen der Swisscom AG und der TDC Switzerland AG geschlossenen Vergleichs war die Interkonnektion im Verhältnis der Beschwerdeführerin zu Sunrise in der Folge ohne Umweg über das Transitnetz der Swisscom Fixnet AG möglich (Vergleich Swisscom AG mit TDC Switzerland AG vom 26. Oktober 2001, vgl. Vorinstanz act. 123 Reg.-Nr. 5; Ziff. 11 und 42 der Antwort der Beschwerdeführerin auf den Fragebogen vom 29. November 2002, Vorinstanz act. 122). Im Gegensatz dazu blieben die Verhandlungen zwischen der Beschwerdeführerin und Orange betreffend den Aufbau einer direkten Interkonnektion lange erfolglos (vgl. Ziff. 42 der Antwort der Beschwerdeführerin auf den Fragebogen vom

29. November 2002, Vorinstanz act. 122). Immerhin verfügte Orange im April 2004 u.a. über direkte Interkonnektionsverträge mit der Swisscom Fixnet AG sowie dem Fest- und Mobilnetz von Sunrise, so dass die Terminierung hier seither ohne Transit möglich ist (vgl. Ziff. 14 der Antwort von Orange auf den Fragebogen vom 29. November 2002, Vorinstanz act. 130).

**A.g** Die Fernmeldediensteanbieterin des anrufenden Endkunden (originierendes Netz) muss die Fernmeldediensteanbieterin des angerufenen Endkunden für die Weiterleitung des Gesprächs an den gewünschten Endkunden im terminierenden Netz entschädigen. Die Entgelte, die das terminierende Netz dem originierenden Netz für diese Dienstleistung berechnet, heissen "Terminierungsgebühren" bzw. *Terminierungspreise*. Diese stellen die zwischen den Fernmeldediensteanbieterinnen vereinbarten und erst subsidiär durch die ComCom behördlich festgelegten Preise dar (sog. Verhandlungsprimat, vgl. E. 11.3, E.11.3.4.3 f.), zu welchen die Fernmeldediensteanbieterinnen bereit sind, ankommende Anrufe aus einem anderen Netz entgegenzunehmen und im Rahmen der Interkonnektion an einen Gesprächsempfänger des eigenen Netzes weiterzuleiten, um die entsprechenden Datenverbindungen zu erstellen (vgl. S. 7 Ziff. 6 der Antwort von Orange auf den Fragebogen vom 29. November 2002, Vorinstanz act. 130). Die Terminierungspreise sind im Verhältnis der Fernmeldediensteanbieterinnen untereinander geschuldet, d.h. die terminierende Fernmeldediensteanbieterin stellt den Terminierungspreis direkt derjenigen Netzbetreiberin in Rechnung, bei welcher der Anruf originiert wurde.

War die Weiterleitung über ein bzw. mehrere Transitnetze erforderlich, beansprucht die Anbieterin des Transitnetzes für die Benützung ihres Netzes *zusätzlich* eine *Transitgebühr*.

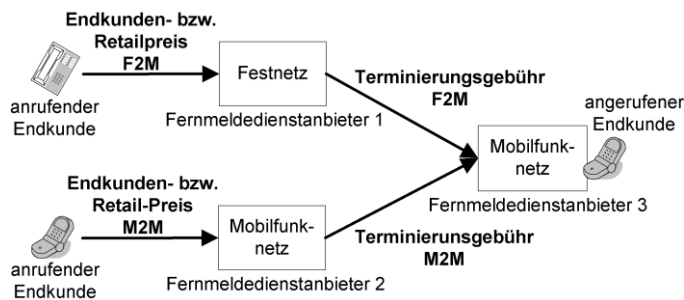
Vom Terminierungspreis zu unterscheiden ist der Betrag, welcher die originierende Fernmeldediensteanbieterin ihrem (anrufenden) Endkunden gestützt auf die mit ihm getroffene vertragliche Vereinbarung für das Gespräch in Rechnung stellt. Dieser Betrag wird im Folgenden grundsätzlich *Retail-* bzw. *Endkundenpreis* und das Verhältnis der Fernmeldediensteanbieterinnen zu deren Endkunden grundsätzlich *Retail-Ebene* genannt (teilweise auch: *Endkundenebene*, *Dienstleistungsebene* oder *Ebene der nachgelagerten Nachfrage der Endkunden*; Marktgegenseite sind Endkunden).

Demgegenüber wird das Verhältnis der Fernmeldediensteanbieterinnen untereinander, in welchem also namentlich die Mobilterminierungspreise anfallen, als "Wholesale"- oder *Vorleistungsebene* (teilweise auch: *Infrastrukturebene*) bezeichnet (Wiederverkaufsbereich; Marktgegenseite sind andere FDA).

Da in der Schweiz grundsätzlich das sog. "*calling-party-pays*"-Prinzip (cpp) gilt, wonach der Anrufer für die gesamte Verbindung des Anrufs bezahlt, fallen für denjenigen, der angerufen wird, in der Regel keine Kosten an.

Bildlich sieht dies wie folgt aus:

Abb. 5: Mobilterminierungspreise



**A.h** Anrufe vom originierenden in ein anderes Netz werden im Folgenden als "Off-net-Anrufe" bezeichnet. Bei Anrufen innerhalb des eigenen Netzes einer Fernmeldedienstleisterin handelt es sich um sog. "On-net-Anrufe". Da eine Fernmeldedienstleisterin einer anderen Fernmeldedienstleisterin naturgemäss nur dann einen Terminierungspreis in Rechnung stellen kann, wenn sie für diese einen Telefonanruf von deren Netz in das eigene Netz zum entsprechenden Endkunden weitergeleitet hat, fallen bei "On-net-Anrufen" keine Terminierungspreise im beschriebenen Sinne, d.h. zwischen verschiedenen Fernmeldedienstleisterinnen, an.

**A.i** Nach den unbestrittenen Angaben der Beschwerdeführerin sowie von Orange und Sunrise gegenüber dem Sekretariat der Wettbewerbskommission blieben die gegenseitig (M2M) wie auch vom Festnetz der Swisscom (F2M) erhobenen nationalen Mobilterminierungspreise im Zeitraum ab 1. Oktober 2002 bis 31. Mai 2005 konstant (vgl. Vorinstanz act. 61, 122, 130; Ziff. 11 der angefochtenen Verfügung vom 5. Februar 2007 [nachfolgend: "Verfügung Ziff." für Verweise auf die angefochtene Verfügung]).

Orange verlangte über diesen gesamten Zeitraum von der Beschwerdeführerin wie von Sunrise sowie vom Swisscom Festnetz je einen nationalen Mobilterminierungspreis von 36.95 Rappen pro terminierter Minute (vgl. Antworten von Orange auf Fragen Nr. 9, 28 und 37 [Vorbemerkungen] des Fragebogens vom 29. November 2002, Vorinstanz act. 130; Orange Wholesale Price List, 28. November 2002, Vorinstanz act. 131 Anhang 28.1).

Der nationale Mobilterminierungspreis von Sunrise gegenüber den erwähnten Fernmeldedienstleisterinnen betrug in dieser Periode 36.85 Rappen pro Minute (vgl. Antworten von Sunrise auf Fragen Nr. 9 und 28 des Fragebogens vom 29. November 2002, Vorinstanz act. 61; Übersicht Terminierungsgebühren in Rechnung gestellt von diax/sunrise 1999-2002, Vorinstanz act. 61a Beilage 3; Invoices from Sunrise to Swisscom 2002 bzw. Invoices from Sunrise to Orange 2002, Vorinstanz act. 61a Beilagen 6 und 9; Verfügung Ziff. 8, 11; Ziff. 41, 468 der Beschwerde vom 19. März 2007 [nachfolgend: "Beschwerde Ziff." für Verweise auf die Beschwerde]).

Die Beschwerdeführerin schliesslich berechnete den Mobilfunkanbieterinnen Orange und Sunrise wie auch dem Swisscom-Festnetz in der genannten Zeitspanne einen Terminierungspreis von 33.5 Rappen pro Minute (vgl. Antworten der Beschwerdeführerin auf Fragen Nr. 9 und 28 des Fragebogens vom 29. November 2002, Vorinstanz act. 122; Terminierung in das eigene Netz, Prei-

se, Vorinstanz act. 123 Beilage 7; Rechnungsbelege Terminierung, Vorinstanz act. 123 Beilage 10; Verfügung Ziff. 8 ff.; Beschwerde Ziff. 41, 468).

Per 1. Juni 2005 senkte die Beschwerdeführerin ihren Terminierungspreis markant von 33.5 auf 20 Rappen pro Minute (vgl. Vorinstanz act. 250a Beilage 32, 374 Beilage 10 Ziff. 16 ff.; Beschwerde Ziff. 68 f., 478; Verfügung Ziff. 31, Ziff. 15 der Vernehmlassung vom 18. Juni 2007 [nachfolgend: "Vernehmlassung Ziff." für Verweise auf die Vernehmlassung]). Darauf senkte Sunrise ihren Terminierungspreis per 1. August 2005 von 36.85 Rappen auf 29.95 Rappen pro Minute (vgl. Vorinstanz act. 252, 253, 374 Beilagen 9 und 10 Ziff. 20; Beschwerde Ziff. 71; Vernehmlassung Ziff. 16). Orange behielt ihren Terminierungspreis von 36.95 Rappen pro Minute bis Ende 2005 bei, senkte ihn schliesslich aber ebenfalls, nämlich per 1. Januar 2006 auf 32.95 Rappen sowie per 1. Juli 2006 auf 29.95 Rappen pro Minute (vgl. Beschwerde Ziff. 71, Vorinstanz act. 306, 374 Beilage 10 Ziff. 20; Vernehmlassung Ziff. 16).

In einer im Januar 2007 unterzeichneten Vereinbarung einigten sich die Beschwerdeführerin sowie Sunrise, Orange und Swisscom Fixnet unter gleichzeitigem Rückzug der bei der ComCom anhängig gemachten Interkonnectionsgesuche gegenseitig auf eine schrittweise Senkung der Mobilterminierungspreise von bisher 20 Rappen auf 15 Rappen bis 2009 für die Beschwerdeführerin sowie von bisher 29.95 Rappen auf 18 Rappen bis 2009 für Orange und Sunrise (vgl. Medienmitteilung ComCom vom 22. Januar 2007, Beschwerde Beilage 8; Vorinstanz act. 374 Beilagen 10 und 11, Vorinstanz act. 375; Beschwerde Ziff. 71).

## B. Ablauf der Untersuchung

**B.a** Am 15. Mai 2000 hatte das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eine erste Untersuchung gemäss Art. 27 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) über die Verhältnisse auf dem Mobilfunkmarkt in der Schweiz eröffnet (publiziert im Bundesblatt, BBl 2000 3004). Es beständen Anhaltspunkte dafür, dass die drei in diesem Markt tätigen Unternehmen eine kollektiv marktbeherrschende Stellung im Mobilfunkmarkt einnehmen würden. Die Preise der drei Anbieterinnen seien zudem in Struktur und Höhe ähnlich. Dies treffe für die Preise abgehender Verbindungen (Originierung) und für die Preise ankommender Verbindungen (Terminierung) zu. Die Untersuchung solle zeigen, ob diese Verhaltensweisen unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 und/oder Art. 7 KG darstellten.

Mit Verfügung vom 3. Dezember 2001 stellte die Wettbewerbskommission diese Untersuchung wieder ein, da im Retailmarkt weder eine kollektiv marktbeherrschende Stellung der drei Anbieterinnen noch eine marktbeherrschende Stellung der einzelnen Unternehmen festgestellt werden konnte.

Demgegenüber habe die Analyse der "Wholesale"-Märkte für in ein Mobilfunknetz eingehende Fernmeldedienste die Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung der einzelnen Mobilfunkanbieterinnen grundsätzlich bestätigt. Die Wettbewerbskommission verzichtete in diesem Bereich jedoch auf eine abschliessende

Beurteilung und behielt sich die Eröffnung eines neuen Verfahrens vor (vgl. RPW 2002/1, S. 97 ff.).

**B.b** Im Zuge der anschliessenden Marktbeobachtung konnte das Sekretariat kaum eine Veränderung der Marktsituation und insbesondere der Terminierungspreise feststellen. Es habe beobachtet werden können, dass die "Mobilterminierungsgebühren" in der Schweiz insbesondere im Vergleich zu den Terminierungspreisen in das Festnetz und im Vergleich zu den EU-Ländern hoch seien. Überdies seien verschiedene Formen von Parallelverhalten der drei Anbieterinnen beobachtet worden, wie z.B. die Vereinheitlichung der Peak- und Off-Peak-Preise auf den gleichen Zeitpunkt hin. Auch habe es Hinweise gegeben, dass zwischen den drei Mobilfunkanbieterinnen Verhandlungen zu den "Terminierungsgebühren" stattgefunden hätten (vgl. Zwischenverfügung der Wettbewerbskommission vom 17. Februar 2003 Ziff. 25, 27 und 29, Vorinstanz act. 56).

Das Sekretariat eröffnete deshalb am 15. Oktober 2002 im Sinne des Vorbehalts der Einstellungsverfügung vom 3. Dezember 2001 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission gegen die drei Mobilfunkanbieterinnen Orange, Sunrise und die Beschwerdeführerin eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend Terminierung in das Mobilfunknetz (Ref. Nr. 32-0158). Die Einleitung der Untersuchung wurde am 5. November 2002 amtlich publiziert (Art. 28 KG; BBl 2002 6827). Es bestünden Anhaltspunkte dafür, dass die Mobilfunkanbieterinnen der Schweiz eine marktbeherrschende Stellung auf dem "Wholesale"-Markt für in ein Mobilnetz eingehende Fernmeldedienste innehätten, und dass die Mobilfunkanbieterinnen die "Terminierungsgebühren" in der Höhe und Art untereinander abprechen würden. Die Untersuchung solle aufzeigen, ob hinsichtlich der Mobilfunk-"Terminierungsgebühren" tatsächlich Wettbewerbsabreden gemäss Art. 4 Abs. 1 KG vorliegen und ob diese nach Art. 7 KG oder Art. 5 KG unzulässig sind (vgl. Vorinstanz act. 1-4).

**B.c** Auf die amtliche Bekanntmachung vom 5. November 2002 (vgl. BBl 2002 6827) meldeten verschiedene Unternehmen im Sinne von Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG ihre Beteiligung an der Untersuchung an (vgl. Vorinstanz act. 7, 9, 10, 13, 14, 20, 21). Das Sekretariat hiess diese Gesuche am 21. Januar 2003 gegenüber allen ersuchenden Unternehmen gut (T-Systems Multilink SA, Cable & Wireless Global [Switzerland] AG, 3G Mobile AG, MCI WorldCom AG, Tele2 Telecommunication Services AG; vgl. Vorinstanz act. 43-47).

**B.d** Am 15. November 2002 richtete das Sekretariat ein Auskunftsbegehren mit acht Fragen an die Swisscom Fixnet AG (vgl. Vorinstanz act. 12). Darauf stellte es am 29. November 2002 auch den drei Mobilfunkanbieterinnen einen Fragebogen betreffend Terminierung im Mobilfunk mit Frist zur Beantwortung bis 10. Januar 2003 zu (vgl. Vorinstanz act. 16-18).

**B.e** Fünf der 43 Fragen des Fragebogens vom 29. November 2002 bezogen sich auf die Abgrenzung des Markts in sachlicher und räumlicher Hinsicht. Weitere Fragen betrafen die verlangten sowie bezahlten Terminierungspreise seit dem 1. September 1999, die Typen-Abos mit sämtlichen Retail-Preisen und Preisänderungen, die Kosten für den Aufbau des Mobilfunknetzes und

Benützung desselben und die Kosten für Kundenakquisition. Schliesslich wurde auch nach der Art der verlangten Terminierungspreise, der Berechnung derselben (intern und auf dem Markt), sowie nach allfälligen mit den anderen Mobilfunkteilnehmern abgehaltenen Verhandlungen gefragt (vgl. Vorinstanz act. 16-18).

Weitere Auskunftsbegehren erfolgten an die MCI WorldCom AG (vgl. Vorinstanz act. 5) und die Smartphone SA (vgl. Vorinstanz act. 6). Zudem sandte das Sekretariat am 7. März 2003 einen Fragebogen zur Beantwortung an die T-Systems Multilink SA (vgl. Vorinstanz act. 65, 92).

**B.f** Mit Eingabe vom 15. Januar 2003 reichte die Swisscom Fixnet AG innert einmalig erstreckter Frist Antworten auf die ihr am 15. November 2002 unterbreiteten Fragen zur Mobilterminierung ein (vgl. Vorinstanz act. 27, 38, 39). Das Sekretariat bezeichnete diese Antworten in einem Schreiben vom 13. Februar 2003 als unvollständig und forderte die Swisscom Fixnet AG zur Ergänzung der Antworten bis zum 24. Februar 2003 auf (vgl. Vorinstanz act. 54). Gestützt auf diese Aufforderung liess die Swisscom Fixnet AG dem Sekretariat am 24. Februar 2003 und - nach gewährter Fristerstreckung (vgl. Vorinstanz act. 62) - am 24. März 2003 eine ergänzte Version des Fragebogens inklusive diverser Beilagen zukommen (vgl. Vorinstanz act. 60, 80, 80a).

Sunrise stellte dem Sekretariat nach mehrmaligen Fristerstreckungen am 24. Februar 2003 ihre Antworten zum Fragebogen vom 15. November 2002 inklusive verschiedener Beilagen zu (vgl. Vorinstanz act. 59, 61, 61a). Auch diesbezüglich kam das Sekretariat zum Schluss, dass ein Teil der Fragen entweder nur ausweichend oder unvollständig beantwortet worden sei. Es verlangte von Sunrise deshalb am 16. April 2003 ebenfalls eine Ergänzung der Antworten (vgl. Vorinstanz act. 93). Sunrise kam dieser Aufforderung am 16. Mai 2003 durch die Einreichung zusätzlicher Erläuterungen und Dokumente nach (vgl. Vorinstanz act. 105, 105a). Am 6. Dezember 2004 liess Sunrise dem Sekretariat eine weitere Eingabe zukommen (vgl. Vorinstanz act. 172, betreffend Delta bei Mobilfunkterminierungspreisen).

Die Antworten der Smartphone SA und MCI Worldcom AG erfolgten am 13. bzw. 25. November 2002 (vgl. Vorinstanz act. 11, 15). Die T-Systems Multilink SA reichte ihre Antworten am 5. und 15. Mai 2003 ein (vgl. Vorinstanz act. 99, 104, 104a).

**B.g** Die Beantwortung des Fragebogens durch die Beschwerdeführerin und Orange liess länger auf sich warten.

So stellte die Beschwerdeführerin dem Sekretariat mit Schreiben vom 4. Dezember 2002 den Antrag auf Einstellung der Untersuchung in Bezug auf die Frage der marktbeherrschenden Stellung der Beschwerdeführerin auf dem "Wholesale"-Markt für in ein Mobilnetz eingehende Fernmeldedienste. Bis zum Vorliegen eines diesbezüglichen rechtskräftigen Entscheids sei die Untersuchung zu sistieren (vgl. Vorinstanz act. 19). Mit Eingabe vom 8. Januar 2003 beantragte auch Orange die Einstellung und vorläufige Sistierung der Untersuchung. Eventualiter sei das Verfahren auf die Frage der Zuständigkeit des Sekretariats bzw. der Wettbewerbskommission

und das Bestehen allfällig vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG zu beschränken (vgl. Vorinstanz act. 34, 35).

Die Beschwerdeführerin begründete das Rechtsbegehren im Wesentlichen mit dem Hinweis auf ein bei der ComCom hängiges Interkonkurrenzverfahren, in welchem vorfrageweise zu prüfen sei, ob die Beschwerdeführerin bezüglich der Mobilterminierung marktbeherrschend sei. Es handle sich bei dieser Frage um einen typischen Interkonkurrenzsachverhalt, welcher ausschliesslich durch die ComCom zu beurteilen sei (vgl. Vorinstanz act. 19). Die Frist zur Beantwortung des Fragebogens vom 29. November 2002 wurde der Beschwerdeführerin und Orange in der Folge antragsgemäss bis zum Entscheid über die aufgeworfenen Fragen abgenommen (vgl. Vorinstanz act. 48, 50).

Mit Zwischenverfügungen vom 17. Februar 2003 (vgl. Vorinstanz act. 55, 56) erklärte sich die Wettbewerbskommission bzw. ihr Sekretariat für zuständig, die Untersuchung betreffend die Terminierungspreise im Mobilfunkmarkt hinsichtlich möglicher unzulässiger Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen (Art. 7 KG) durchzuführen. Gleichzeitig setzte die Wettbewerbskommission der Beschwerdeführerin und Orange eine neue Frist zur Beantwortung des Fragebogens vom 29. November 2002 und entzog einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung. Die Beschwerdeführerin und Orange erhoben gegen diese Verfügung am 28. Februar 2003 bzw. 3. März 2003 Beschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (nachfolgend: REKO/WEF).

Nachdem diese mit Zwischenverfügung vom 7. April 2003 vorerst die Begehren von Orange und der Beschwerdeführerin um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gutgeheissen hatte (vgl. Vorinstanz act. 85, 86), teilte das Sekretariat der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 9. April 2003 mit, dass infolgedessen vorläufig keine weiteren Untersuchungshandlungen bezüglich allfälliger Verstösse gegen Art. 7 KG vorgenommen würden. Die Untersuchung werde jedoch in Bezug auf mögliche Absprachen weiter geführt. Im ursprünglichen Fragebogen vom 29. November 2002 seien alle Fragen, welche ausschliesslich Art. 7 KG beträfen, gestrichen worden. Die Swisscom Mobile werde ersucht, die Fragen bis zum 12. Mai 2003 zu beantworten (vgl. Vorinstanz act. 89).

Am 15. April 2003 reichte die Beschwerdeführerin auch gegen dieses Schreiben eine Beschwerde bei der REKO/WEF ein. Diese vereinigte die beiden Beschwerden der Beschwerdeführerin und bestätigte mit Entscheiden FB/2003-9 und FB/2003-10 vom 6. Februar 2004 gegenüber der Beschwerdeführerin und Orange die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörde zur Durchführung der Untersuchung betreffend die Terminierungspreise im Mobilfunkmarkt (vgl. Vorinstanz act. 117 [Beschwerdeentscheid Swisscom Mobile AG], Vorinstanz act. 118 [Beschwerdeentscheid Orange]). Das Verfahren mit Bezug auf das angefochtene Schreiben des Sekretariats vom 9. April 2003 schrieb die REKO/WEF als gegenseitig ab. Die Entscheide vom 6. Februar 2004 sind in Rechtskraft erwachsen (vgl. FB/2003-9, FB/2003-10, FB/2003-12).

Da die am 17. Februar 2003 angesetzte neue Frist zur Beantwortung des Fragebogens vom 29. November 2002 aufgrund dieses Ausgangs der Beschwerdeverfahren wieder auflebte, reichte die Beschwerdeführerin ihre Antworten auf die Fragen inklusive diverser Beilagen schliesslich mit Eingabe vom 9. März 2004 ein (vgl. Vorinstanz act. 122, 123). Am 21. April 2004 bzw. 11. Mai 2004 folgten die entsprechenden Antworten von Orange (vgl. Vorinstanz act. 130-133). Am 20. September 2004 liess die Beschwerdeführerin dem Sekretariat eine Ergänzung ihrer Eingabe vom 9. März 2004 zukommen und reichte eine bei Plaut Economics in Auftrag gegebene Studie betreffend Wettbewerb im schweizerischen Mobilfunk ein (vgl. Vorinstanz act. 136 f.).

**B.h** Mit Schreiben vom 25. März 2004 orientierte das Sekretariat die Beschwerdeführerin sowie Orange und Sunrise über die am 1. April 2004 in Kraft tretende Änderung des Kartellgesetzes (gemäss Bundesgesetz vom 20. Juni 2003). Dabei wies das Sekretariat auf die Einführung von direkten Sanktionen nach Art. 49a KG hin sowie darauf, dass Wettbewerbsbeschränkungen während der bis 1. April 2005 dauernden Übergangsfrist aufgelöst werden können, womit eine eventuelle Belastung mit Sanktionen auch für Wettbewerbsbeschränkungen, für welche bereits ein Untersuchungsverfahren läuft, entfalle. Während derselben Frist könnten der Wettbewerbsbehörde nicht bereits bekannte Wettbewerbsbeschränkungen gemeldet werden (vgl. Vorinstanz act. 124-126).

Am 1. April 2004 reichte die Beschwerdeführerin beim Sekretariat ein als "Meldung gemäss Übergangsbestimmung III" betitelttes Schreiben ein. Darin wurde das Sekretariat ersucht zu bestätigen, dass eine Belastung nach Art. 49a Abs. 1 KG für die Beschwerdeführerin aufgrund dieser Meldung in jedem Fall entfalle. Der Sachverhalt sei der Wettbewerbskommission und ihrem Sekretariat aus der laufenden (32-0158) bzw. der abgeschlossenen (32-0131) Untersuchung vollumfänglich bekannt (vgl. Vorinstanz act. 128).

In der Folge teilte das Sekretariat der Beschwerdeführerin am 5. April 2004 mit, dass die angerufene Übergangsbestimmung auf bereits bekannte Sachverhalte keine Anwendung finde (vgl. Vorinstanz act. 129). Die Beschwerdeführerin verlangte darauf von der Wettbewerbskommission den Erlass einer Feststellungsverfügung zu dieser Frage (vgl. Vorinstanz act. 134). Auf das entsprechende Gesuch vom 14. Mai 2004 trat die Wettbewerbskommission mit Verfügung vom 8. November 2004 nicht ein (vgl. Vorinstanz act. 147). Die REKO/WEF hiess die dagegen erhobene Beschwerde am 18. März 2005 teilweise gut (vgl. RPW 2005/2, S. 418 ff., Vorinstanz act. 198). Sie hob die Verfügung vom 8. November 2004 auf und stellte fest, dass das Schreiben der Beschwerdeführerin vom 1. April 2004 eine Meldung im Sinne der Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 darstelle.

Gegen den Entscheid der REKO/WEF vom 18. März 2005 erhob das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht, welches den Entscheid in Gutheissung der Beschwerde am 8. Juni 2006 im angefochtenen Umfang aufhob und zugleich feststellte, dass das Schreiben der

Beschwerdeführerin vom 1. April 2004 *keine* Meldung im Sinne der Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 darstelle (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.289/2005 vom 8. Juni 2006, Vorinstanz act. 348; vgl. im Übrigen bereits das gleichgelagerte Urteil des Bundesgerichts 2A.287/2005 vom 19. August 2005, wo das Bundesgericht eine "Meldung gemäss Übergangsbestimmung" der Swisscom AG, Swisscom Solutions AG und der Swisscom Mobile AG vom 7. April 2004, die sich auf das Preissetzungsverhalten der Swisscom-Unternehmen für Telefoniedienstleistungen gegenüber Grosskunden bezog, welches bereits Gegenstand einer zu Beginn 2004 eröffneten kartellrechtlichen Untersuchung bildete, ebenfalls abschlägig beurteilte).

**B.i** Im Rahmen der weiteren Abklärung des Sachverhalts richtete das Sekretariat am 12. November 2004 je ein weiteres Auskunftsbegehren an die Beschwerdeführerin sowie an Sunrise und Orange (Einkaufs- bzw. Endkundenpreise für Mobiltelefone im Jahr 2004, vgl. Vorinstanz act. 148-150). Diese reichten ihre Antworten am 26. November 2004 (Sunrise, vgl. Vorinstanz act. 165), 15. Dezember 2004 (Beschwerdeführerin, vgl. Vorinstanz act. 180) bzw. am 21. Dezember 2004 (Orange, vgl. Vorinstanz act. 185) ein.

Weiter ersuchte das Sekretariat das BAKOM am 17. November 2004 in einem Amtshilfeersuchen, sich zu verschiedenen Vorbringen der drei Mobilfunkanbieterinnen im Zusammenhang mit den Kosten für das Erstellen und Betreiben eines Mobilfunknetzes in der Schweiz im Vergleich zum europäischen Ausland zu äussern. Gleichzeitig forderte das Sekretariat das BAKOM auf, nach Möglichkeit die mutmassliche maximale Höhe der Mobilterminierungspreise in der Schweiz im Falle einer kostenorientierten Festlegung derselben durch die Regulierungsbehörde anzugeben (vgl. Vorinstanz act. 155).

Das BAKOM beantwortete das Amtshilfegesuch am 17. Dezember 2004 (vgl. Vorinstanz act. 181). Dabei wies es u.a. darauf hin, dass es für die Regulierungsbehörden nicht möglich sei abzuschätzen, wie hoch die Terminierungspreise im Bereich des Mobilfunks in der Schweiz tatsächlich zu liegen kämen, solange eine marktbeherrschende Anbieterin nicht im Rahmen eines Interkonkurrenzverfahrens zur Beweisführung zugelassen worden sei. Jedenfalls seien im Vergleich zum Ausland höhere Preise nicht ausgeschlossen, solange es sich nachgewiesenermassen um kostenbasierte Preise im Sinne von Art. 11 Abs. 1 FMG bzw. Art. 45 der Verordnung vom 31. Oktober 2001 über Fernmeldedienste (AS 2001 2759) handle (vgl. Vorinstanz act. 181, S. 7 zu Frage 2).

Im Übrigen reichten die Colt Telecom AG und die MCI WorldCom SA am 2. bzw. 7. Dezember 2004 weitere Unterlagen ein (vgl. Vorinstanz act. 171, 176).

**B.j** Mit Schreiben vom 22. April 2005 unterbreitete das Sekretariat den Parteien der Untersuchung seinen Antrag vom 22. April 2005 an die Wettbewerbskommission für eine Verfügung. Gleichzeitig bediente es die Parteien mit einem aktuellen Aktenverzeichnis, machte diese auf ihr Akteneinsichtsrecht aufmerksam und gab ihnen im Sinne von Art. 30 Abs. 2 KG Gelegenheit, schriftlich zum Antrag Stellung zu nehmen (vgl. Vorinstanz act. 207-209).

Das Sekretariat schlug der Wettbewerbskommission im Antrag vom 22. April 2005 u.a. vor festzustellen, dass die Beschwerdeführerin im "Wholesale"-Markt für die in ihr Mobilfunknetz eingehenden Fernmeldedienste über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfüge (vgl. Dispositiv-Ziff. 1). Weiter stellte der Verfügungsentwurf fest, dass die Beschwerdeführerin ihre marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 7 KG missbrauche, indem sie nach Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG unangemessene "Terminierungsgebühren" von anderen Fernmeldediensteanbieterinnen verlange (vgl. Dispositiv-Ziff. 2). Für dieses Verhalten solle die Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG mit einer - betragsmässig noch nicht festgelegten - Sanktion belastet werden (vgl. Dispositiv-Ziff. 7). Mit Bezug auf Orange und Sunrise schlug der Verfügungsentwurf der Wettbewerbskommission die Einstellung der Untersuchung vor (vgl. Dispositiv-Ziff. 8).

Nach Gewährung der Einsicht in die Verfahrensakten im beantragten Umfang (vgl. Vorinstanz act. 211, 224, 225, 228, 244, 247, 248) und wiederholten Fristerstreckungen (vgl. Vorinstanz act. 215, 216, 219, 236, 237, 240) reichten Orange, die Beschwerdeführerin und Sunrise am 25. Juli 2005 je eine Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats vom 22. April 2005 ein (vgl. Vorinstanz act. 249, 250, 250a, 251; vgl. auch das Schreiben der Beschwerdeführerin vom 20. September 2005, mit welchem sie auf Wunsch des Sekretariats weitere Unterlagen nachreichte [vgl. Vorinstanz act. 282, 289, 291]).

Am 30. Mai 2005 hatte das Sekretariat den Verfügungsentwurf auch dem BAKOM und der ComCom unterbreitet (Art. 41 KG, vgl. Vorinstanz act. 222 f.). Diese nahmen am 1. Juli 2005 (BAKOM) und am 7. Juli 2005 (ComCom) aufforderungsgemäss ebenfalls Stellung zum Antrag vom 22. April 2005 (vgl. Vorinstanz act. 245, 246, 341 Beilagen 19 und 20).

Mit Schreiben vom 11. August 2005 liess das Sekretariat Orange, Sunrise und der Beschwerdeführerin ein aktuelles Aktenverzeichnis sowie die erwähnten Stellungnahmen je gegenseitig zukommen (vgl. Vorinstanz act. 260-262). Darauf kam das Sekretariat einem weiteren Akteneinsichtersuchen von Orange und der Beschwerdeführerin durch die Zustellung entsprechender geschäftsberinigter Aktenkopien am 18. bzw. 31. August 2005 nach (vgl. Vorinstanz act. 266, 270).

**B.k** In der Folge fand am 5. September 2005 eine Anhörung der Beschwerdeführerin sowie von Sunrise und Orange vor der Wettbewerbskommission statt (Art. 30 Abs. 2 KG). Mit Schreiben vom 11. Oktober 2005 wurden die - zwischenzeitlich korrigierten und von allen unterzeichneten - Anhörungsprotokolle den drei Mobilfunkanbieterinnen zugesandt (vgl. Vorinstanz act. 300; Sunrise sandte dem Sekretariat am 14. Oktober 2005 ein E-Mail mit einigen zusätzlichen Erläuterungen, vgl. Vorinstanz act. 301).

**B.l** Mit Schreiben vom 25. Oktober 2005 forderte das Sekretariat die Beschwerdeführerin auf, ihre bisherigen Angaben zu Frage 9 des Fragebogens vom 29. November 2002 auf den neusten Stand zu bringen und namentlich anzugeben, wie viele (Sprach-)Minuten auf dem Netz der Beschwerdeführerin im Jahr 2004 und 2005 bis 31. Mai 2005 von fremden Netzen terminiert worden sind

(vgl. Vorinstanz act. 303). Die Beschwerdeführerin kam dieser Aufforderung am 2. November 2005 nach (vgl. Vorinstanz act. 305). Dabei aktualisierte sie neben der Tabelle mit Angaben zu Frage 9 (eingehende Anrufe: Terminierung in das eigene Netz) von sich aus die Informationen zu Frage 10, indem sie zusätzlich eine nachgeführte Tabelle betreffend der vom Netz der Beschwerdeführerin ausgehenden Anrufe einreichte (ausgehende Anrufe: Terminierung in fremde Netze, vgl. Vorinstanz act. 305).

**B.m** Am 30. Januar 2006 liess Sunrise dem Sekretariat eine von David Rogerson im Jahr 2004 für die Firma OVUM ([www.ovumkc.com](http://www.ovumkc.com)) verfasste Studie "Mobile Termination Rates" zukommen (vgl. Vorinstanz act. 309a, 310). Zu einem früheren Zeitpunkt (am 7. September 2005) hatte Orange ebenfalls eine Studie von OVUM eingereicht (vgl. Studie vom 5. August 2005 "A benchmark of mobile call termination rates in EU-15 countries and Switzerland. Normalised MTR comparisons between incumbent and 1800 MHz operator", vgl. Vorinstanz act. 281).

**B.n** In der Folge machte die Wettbewerbskommission Orange, Sunrise und die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 7. April 2006 darauf aufmerksam, "dass die Wettbewerbskommission sich im Rahmen einer ersten (Teil-)Verfügung nur zu Sachverhalten betreffend die Terminierung in Mobilfunknetze äussern wird, welche sich bis am 31. Mai 2005 zugetragen haben" (vgl. Vorinstanz act. 312-314). Gleichzeitig liess die Wettbewerbskommission der Beschwerdeführerin als Beilage 1 den Antrag des Sekretariats zur Sanktionsbemessung inklusive dem angepassten Antrag für ein Verfügungsdispositiv zustellen (vgl. Vorinstanz act. 314 Beilage 1).

Nachdem das Sekretariat in seinem Antrag an die Wettbewerbskommission vom 22. April 2005 wie erwähnt noch auf die Nennung eines Sanktionsbetrags verzichtet hatte, schlug es im Antrag zur Sanktionsbemessung vom 7. April 2006 nun vor, die Beschwerdeführerin für den Zeitraum vom 1. April 2004 bis 31. Mai 2005 mit einem Betrag von Fr. 488'936'331.- zuzüglich Zins zu sanktionieren (vgl. Dispositiv-Ziff. 3, Vorinstanz act. 314 Beilage 1 S. 10). Zumindest bis am 31. Mai 2005 habe die Beschwerdeführerin ihre marktbeherrschende Stellung im "Wholesale"-Markt für die in ihr Mobilfunknetz eingehenden Fernmeldedienste im Sinne von Art. 7 KG missbraucht, indem sie nach Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG unangemessene "Terminierungsgebühren" von anderen Fernmeldediensteanbieterinnen verlangt habe (vgl. Dispositiv-Ziff. 1 und 2, Vorinstanz act. 314 Beilage 1 S. 9 f.). Mit Bezug auf Orange und Sunrise sah das Dispositiv des Antrags des Sekretariats zur Sanktionsbemessung wiederum die Einstellung der Untersuchung vor, allerdings nur für Sachverhalte bis zum 31. Mai 2005 (vgl. Dispositiv-Ziff. 5, Vorinstanz act. 314 Beilage 1 S. 10). Für Sachverhalte nach dem 31. Mai 2005 sollte die Untersuchung gemäss dem erwähnten Antrag gegen alle drei Mobilfunkanbieterinnen fortgesetzt werden (vgl. Dispositiv-Ziff. 6, Vorinstanz act. 314 Beilage 1 S. 10).

Zusammen mit dem Schreiben vom 7. April 2006 sandte die Wettbewerbskommission der Beschwerdeführerin überdies ein aktualisiertes Aktenverzeichnis zu sowie eine mit "Noven" betitelte Beilage 2. Diese beschränkte

sich auf eine zusammenfassende Umschreibung der Änderungen und Neuerungen gegenüber dem Antrag des Sekretariats vom 22. April 2005 an die Wettbewerbskommission, ohne den vorgesehenen Verfügungstext vollständig wiederzugeben (vgl. Vorinstanz act. 314 Beilage 2).

Im Übrigen kündete die Wettbewerbskommission Orange und Sunrise im Schreiben vom 7. April 2006 an, dass neu davon ausgegangen werde, dass sich die Anhaltspunkte für ein missbräuchliches Verhalten im Sinne von Art. 7 KG ihnen gegenüber bis zum 31. Mai 2005 nicht erhärtet hätten. Jedoch solle die Frage der Marktbeherrschung Orange und Sunrise betreffend offen gelassen werden (vgl. Vorinstanz act. 312 f.).

Schliesslich gab die Wettbewerbskommission den drei Mobilfunkanbieterinnen im Schreiben vom 7. April 2006 - und nach entsprechender Orientierung auch der ComCom und dem BAKOM (vgl. Vorinstanz act. 316 f.) - Gelegenheit zur Einreichung einer Stellungnahme zu den angekündigten Neuerungen und Änderungen (vgl. Vorinstanz act. 312 - 314).

**B.o** Die Beschwerdeführerin teilte dem Sekretariat darauf mit Eingabe vom 11. April 2006 die Erwartung mit, dass ihr in den nächsten Tagen der vollständige abgeänderte Verfügungsentwurf zugestellt werde. Aufgrund der beiden am 7. April 2006 zugestellten Beilagen sei ihr der Inhalt des zweiten, abgeänderten Verfügungsentwurfs bzw. Antrags des Sekretariats an die Wettbewerbskommission nicht bekannt (vgl. Vorinstanz act. 315).

Das folgende Antwortschreiben vom 18. April 2006 verweigerte der Beschwerdeführerin die Zustellung des Verfügungsentwurfs als Ganzes (vgl. Vorinstanz act. 318). Die Beschwerdeführerin habe den Antrag des Sekretariats an die Wettbewerbskommission zur Sanktionsbemessung vollumfänglich erhalten. Bei den als Beilage 2 zum Schreiben vom 7. April 2006 zugestellten Unterlagen handle es sich nicht um den Antrag des Sekretariats im Sinne von Art. 30 Abs. 2 KG. Dieser sei der Beschwerdeführerin am 22. April 2005 integral zur Stellungnahme zugestellt worden. Der Beschwerdeführerin seien deshalb im Rahmen der Wahrung des rechtlichen Gehörs als Beilage 2 des Schreibens vom 7. April 2006 zusätzliche rechtliche und tatsächliche Vorhaltungen bezüglich des Antrags des Sekretariats vom 22. April 2005 (u.a. Verweise auf neuere Entscheide oder Studien) sowie ein aktualisiertes Aktenverzeichnis zugestellt worden, nicht jedoch die Entscheidbegründung im Entwurf als solche (vgl. Vorinstanz act. 318). Die Beschwerdeführerin beharrte am 28. April 2006 erfolglos auf der Zustellung des vollständigen abgeänderten Antrags (Art. 30 Abs. 2 KG, vgl. Vorinstanz act. 324-326).

Am 18. April 2006 hatte auch Orange das Gesuch gestellt, ihr Einsicht "in den geänderten Antrag für eine Teilverfügung" zu gewähren (vgl. Vorinstanz act. 319, 321). Auch dieses wies die Wettbewerbskommission in der Folge ab, mit der Begründung, dass es sich bei den im fraglichen Schreiben erwähnten Änderungen hinsichtlich Orange nicht um einen überarbeiteten Antrag, sondern um eine durch die Wettbewerbskommission vorgesehene abweichende rechtliche Würdigung handle. Zum Antrag des Sekretariats vom 22. April 2005 habe Orange



bereits mit Eingabe vom 25. Juli 2005 im Sinne von Art. 30 Abs. 2 KG Stellung genommen (vgl. Vorinstanz act. 322).

**B.p** Unabhängig davon nutzten die drei Mobilfunkanbieterinnen die im Schreiben vom 7. April 2006 gegebene Möglichkeit zur Einreichung einer Stellungnahme zu den angekündigten Anpassungen schliesslich am 11. (Sunrise, vgl. Vorinstanz act. 337), 19. (Orange, vgl. Vorinstanz act. 340) und 22. Mai 2006 (Beschwerdeführerin, vgl. Vorinstanz act. 341). Die Beschwerdeführerin beantragte im Hauptstandpunkt die Einstellung der Untersuchung ohne Folgen für sie. Eventualiter sei auf eine Teilverfügung zu verzichten, die Untersuchung abzuschliessen und das Untersuchungsergebnis der Beschwerdeführerin erneut zur Stellungnahme vorzulegen. Subeventualiter sei auf die Ausfällung einer Sanktion zu verzichten (vgl. Vorinstanz act. 341 S. 2). Als Beilage zu ihrer 128-seitigen Stellungnahme reichte die Beschwerdeführerin u.a. ein Gutachten von Prof. Dr. phil. CARL CHRISTIAN VON WEIZSÄCKER ein (vgl. Vorinstanz act. 341 Beilage 1). Die ComCom und das BAKOM sahen von einer Stellungnahme ab (vgl. Vorinstanz act. 338 f.).

**B.q** Auf Wunsch der Beschwerdeführerin (vgl. Vorinstanz act. 320, 332, 334, 347, 353, 355) liess ihr das Sekretariat am 28. April 2006 (vgl. Vorinstanz act. 323), 30. Mai 2006 (vgl. Vorinstanz act. 346) und 3. Oktober 2006 (vgl. Vorinstanz act. 357) geschäftsbereinigte Kopien diverser unter Berufung auf das Akteneinsichtsrecht angeforderter Akten zukommen (aktuelles Aktenverzeichnis sowie Vorinstanz act. 173, 191, 271, 277, Beilagen zu 277, 281, 301, 306, 310, 312- 352).

Nicht zugestellt wurde der Beschwerdeführerin vom Sekretariat die Beilage zum vorinstanzlichen Aktorum Nr. 173 (vgl. Vorinstanz act. 104a), da diese aufgrund der darin enthaltenen Rechnungen seiner Ansicht nach vollumfänglich als Geschäftsgeheimnis anzusehen war (vgl. Vorinstanz act. 357).

**B.r** Am 29. Mai 2006 hörte die Wettbewerbskommission die Beschwerdeführerin ein zweites Mal gemäss Art. 30 Abs. 2 KG an (vgl. das am 23. Juni 2006 unterschriebene Protokoll, Vorinstanz act. 351 f.).

**B.s** Darauf stellte das Sekretariat der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 8. September 2006 in Aussicht, dass ihr voraussichtlich anfangs Oktober in der Woche 41 im Auftrag des Präsidenten der Wettbewerbskommission zur Wahrung des rechtlichen Gehörs der überarbeitete Entwurf für eine Verfügung zugestellt werde (vgl. Vorinstanz act. 354). Die Beschwerdeführerin werde dann eine Frist von zwei Wochen erhalten, um zu jenen Punkten Stellung zu nehmen, bei welchen dies noch nicht in den bisherigen Stellungnahmen bereits geschehen sei. Die Frist könne bei ausserordentlichen Umständen einmalig um maximal sieben Tage verlängert werden. Die Beschwerdeführerin werde ersucht, diese Frist bei ihrer Arbeitsplanung zu berücksichtigen (vgl. Vorinstanz act. 354).

Mit Schreiben vom 11. Oktober 2006 stellte die Wettbewerbskommission der Beschwerdeführerin wie angekündigt einen überarbeiteten "Entwurf für eine Teilverfügung (Version vom 11. Oktober 2006)" zu (vgl. Vorinstanz act. 358). Der Ankündigung entsprach auch die

der Beschwerdeführerin eingeräumte Frist zur Stellungnahme, welche im Falle ausserordentlicher Umstände einmalig um maximal sieben Tage erstreckt werden könne (vgl. Vorinstanz act. 358).

Das Dispositiv des Entwurfs vom 11. Oktober 2006 sah wiederum die Einstellung der Untersuchung betreffend Orange und Sunrise für Sachverhalte bis zum 31. Mai 2005 und die Fortsetzung der Untersuchung für Sachverhalte nach diesem Datum vor (vgl. Dispositiv-Ziff. 4 und 5, Vorinstanz act. 358 S. 103 f.). Weiter sah das Dispositiv des Entwurfs vom 11. Oktober 2006 vor festzustellen, (1.) dass die Beschwerdeführerin im "Wholesale"-Markt für die in ihr Mobilfunknetz eingehenden Fernmeldedienste im Bereich der Sprachtelefonie zumindest bis am 31. Mai 2005 über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfügt, und dass (2.) die Beschwerdeführerin diese marktbeherrschende Stellung zumindest bis 31. Mai 2005 im Sinne von Art. 7 KG missbraucht habe, indem sie nach Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG unangemessene "Terminierungsgebühren" von anderen Fernmeldedienstanbieterinnen verlangt habe (vgl. Dispositiv-Ziff. 1 und 2, Vorinstanz act. 358 S. 103). Wie in den beiden Anträgen vom 22. April 2005 und 7. April 2006 sollte die Beschwerdeführerin für das ihr zur Last gelegte Verhalten mit einer Sanktion belastet werden. Hinsichtlich der Sanktionsbemessung wies die Wettbewerbskommission darauf hin, dass es sich bei dem im Dispositiv vorgeschlagenen Betrag von Fr. 488'936'331.- weiterhin um einen Antrag des Sekretariats handle (vgl. Vorinstanz act. 358 S. 2 und 103).

**B.t** In der Folge stellte die Beschwerdeführerin zwei Gesuche um Fristerstreckung zur Einreichung einer Stellungnahme zum überarbeiteten Verfügungsentwurf vom 11. Oktober 2006 (vgl. Vorinstanz act. 361, 367). Während die Wettbewerbskommission eine erste Fristerstreckung noch teilweise gewährte (vgl. Vorinstanz act. 362), wies sie das zweite Fristerstreckungsgesuch unter Ansetzung einer Nachfrist (Notfrist) bis 7. Dezember 2006 ab (vgl. Vorinstanz act. 368).

Die Beschwerdeführerin erhob am 6. bzw. 29. November 2006 gegen beide Zwischenverfügungen Beschwerde bei der REKO/WEF (vgl. Vorinstanz act. 363, 369). Diese hiess die erste Beschwerde mit Entscheid FB/2006-8 vom 9. November 2006 (veröffentlicht in: RPW 2006/4, S. 722 ff.) unter Gewährung einer Fristerstreckung bis 26. November 2006 gut (vgl. Vorinstanz act. 366) und setzte der Beschwerdeführerin in Abweisung der zweiten Beschwerde mit Entscheid FB/2006-9 vom 4. Dezember 2006 (veröffentlicht in: RPW 2006/4, S. 725 ff.) eine unverlängerbare Nachfrist (Notfrist) zur Einreichung einer Stellungnahme bis 15. Dezember 2006 (vgl. Vorinstanz act. 372).

Darauf reichte die Beschwerdeführerin am 15. Dezember 2006 eine 74-seitige Stellungnahme zum Verfügungsentwurf vom 11. Oktober 2006 ein (vgl. Vorinstanz act. 374). Die Rechtsbegehren blieben im Vergleich zur Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 22. Mai 2006 unverändert. Bei einer der mitgesandten Beilagen handelte es sich um einen am 2. November 2006 erstellten Kommentar von Prof. Dr. phil. CARL CHRISTIAN VON

WEIZSÄCKER zum Verfügungsentwurf vom 11. Oktober 2006 (vgl. Vorinstanz act. 374 Beilage 8).

Mit separatem Schreiben vom 15. Dezember 2006 liess die Beschwerdeführerin allen Mitgliedern der Wettbewerbskommission zudem eine auf fünf Seiten verkürzte Stellungnahme zukommen (vgl. Vorinstanz act. 373).

### C. Zusammenfassung der angefochtenen Verfügung

Am 5. Februar 2007 erliess die Wettbewerbskommission in der Untersuchung gegen Orange, Sunrise und die Beschwerdeführerin die angefochtene Verfügung (veröffentlicht in: RPW 2007/2, S. 241 ff.).

**C.a** Deren Dispositiv lautet wie folgt:

1. Es wird festgestellt, dass Swisscom Mobile AG im Wholesale-Markt für die in ihr MF-Netz eingehenden Fernmeldedienste im Bereich der Sprachtelefonie bis am 31. Mai 2005 über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfügte.
2. Es wird festgestellt, dass Swisscom Mobile AG ihre marktbeherrschende Stellung gemäss Ziffer 1 dieses Dispositivs bis am 31. Mai 2005 im Sinne von Art. 7 KG missbrauchte, indem sie nach Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG unangemessene Terminierungsgebühren von anderen FDA erzwang.
3. Swisscom Mobile AG wird für das unter Ziffer 2 dieses Dispositivs genannte Verhalten für den Zeitraum vom 1. April 2004 bis 31. Mai 2005 gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG mit einem Betrag von CHF 333'365'685 belastet.
4. Für Sachverhalte bis zum 31. Mai 2005 wird betreffend Orange Communications AG und TDC Switzerland AG die Untersuchung eingestellt.
5. Für Sachverhalte nach dem 31. Mai 2005 wird die Untersuchung fortgeführt.
6. Die Verfahrenskosten von CHF 598'053.-, bestehend aus einer Gebühr von CHF 597'487.- und Auslagen von CHF 566.-, werden wie folgt aufgeteilt:
  - (a) Zwei Drittel, ausmachend CHF 398'702.-, werden Swisscom Mobile AG auferlegt,
  - (b) je ein Sechstel, ausmachend insgesamt CHF 199'351.-, entfällt auf Orange Communications AG und TDC Switzerland AG, wird jedoch der Staatskasse auferlegt.
7. [Eröffnung]
8. [Rechtsmittelbelehrung]"

**C.b** Zur Begründung führte die Wettbewerbskommission zunächst aus, es seien drei sachlich relevante Märkte abzugrenzen, nämlich je ein "Wholesale"-Markt für in die Mobilfunknetze von Orange, Sunrise und der Beschwerdeführerin eingehende Fernmeldedienste bzw. für die Terminierung von Anrufen im Bereich der Sprachtelefonie in die Mobilfunknetze von Orange, Sunrise und der Beschwerdeführerin (vgl. Verfügung Ziff. 135).

U.a. weil die Terminierung nicht direkt von den Endkunden, sondern ausschliesslich von den anderen Anbietere-

rinnen von Fernmeldediensten nachgefragt werde, sei der "Wholesale"-Markt vom Retail-Markt abzugrenzen (vgl. Verfügung Ziff. 108). Somit würden die Fernmeldedienstanbieterinnen die bei der Marktabgrenzung zu berücksichtigende Marktgegenseite darstellen (vgl. Verfügung Ziff. 107 f.). Für die Terminierung in das Netz einer bestimmten Mobilfunkanbieterin gebe es aus der Sicht der Marktgegenseite keine Substitutionsmöglichkeiten. Zum einen *müsse* eine Fernmeldedienstanbieterin für ihre Kunden die Verbindung in die Mobilfunknetze von Sunrise, Orange und der Beschwerdeführerin sicherstellen, d.h. sie müsse die Terminierung in die entsprechenden Mobilfunknetze einkaufen. Zum anderen könne die Terminierung nur von Sunrise, Orange und der Beschwerdeführerin selbst erstellt werden (vgl. Verfügung Ziff. 71 f., 110, 135).

Ein weiter gefasster, sachlich relevanter Markt sei ausgeschlossen. Weder stelle der Transfer von Daten (wie E-Mails, SMS, MMS, Fax) ein geeignetes Substitut zum Telefonieren - d.h. zur Sprachkommunikation in Echtzeit über eine Distanz - dar (vgl. Verfügung Ziff. 81), noch könne das Telefonieren mittels Mobiltelefon durch das Telefonieren über das Festnetz substituiert werden (vgl. Verfügung Ziff. 87-96). Auch aus einem Mobilfunknetz ausgehende Fernmeldedienste könnten nicht in den relevanten Markt einbezogen werden, seien eingehende und *ausgehende* Mobilfunkdienstleistungen doch von der Art, Technik und von den Preisen her verschieden, und würden auch heute noch getrennt nachgefragt (vgl. Verfügung Ziff. 104, 109). Den räumlich relevanten Markt begrenzte die Wettbewerbskommission auf das Gebiet der ganzen Schweiz (vgl. Verfügung Ziff. 136-139).

**C.c** Die Beschwerdeführerin sei im "Wholesale"-Markt für die in ihr Mobilfunknetz eingehenden Fernmeldedienste im Bereich der Sprachtelefonie bis am 31. Mai 2005 als marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG zu qualifizieren. In den sachlich und räumlich abgegrenzten Märkten bestehe weder ein aktueller noch ein potenzieller Wettbewerb, welcher eine disziplinierende Wirkung auf das Verhalten der Mobilfunkanbieterinnen habe ausüben können (vgl. Verfügung Ziff. 143, 147). Zudem zeige auch die Analyse des nachgelagerten Markts und insbesondere die starke Position der Beschwerdeführerin im Retail-Markt, dass es im Zeitraum bis 31. Mai 2005 keine disziplinierenden Kräfte auf das Verhalten der Beschwerdeführerin im "Wholesale"-Markt gegeben habe (vgl. Verfügung Ziff. 172).

Dagegen hätten sich in der Untersuchung die anfänglich ausgemachten Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung von Orange und Sunrise für den Zeitraum bis zum 31. Mai 2005 nicht erhärtet. Es sei vielmehr davon auszugehen, dass Orange und Sunrise bis zum 31. Mai 2005 nicht marktbeherrschend gewesen seien. Dies aufgrund ihrer schwachen Positionen auf den Retail-Märkten und des Vorhandenseins sog. preisinduzierter Netzwerkeffekte sowie aufgrund der starken Position der Beschwerdeführerin und der Swisscom Fixnet AG als Hauptnachfrager von Terminierungsleistungen. Im Unterschied zur Beschwerdeführerin hätten Sunrise und Orange ihre "Terminierungsgebühren" in ihren jeweiligen "Wholesale"-Märkten für eingehende

Fernmeldedienste in der Zeit bis zum 31. Mai 2005 nicht unabhängig festlegen können, sondern sich an das von der Beschwerdeführerin gesetzte Preisniveau anpassen müssen. Für die Sachverhalte nach dem 31. Mai 2005 behielt sich die Wettbewerbskommission die Überprüfung der Marktstellung von Orange und Sunrise im weiteren Verlauf der (gemäss Dispositiv-Ziff. 5 weitergeführten) Untersuchung vor (vgl. Verfügung Ziff. 194 f.).

**C.d** Ausgehend davon sei zum einen zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin "im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG unangemessen hohe Preise für die Terminierung in ihr Mobilfunknetz verlangte und somit die Endkunden der anderen Fernmeldedienstanbieter ausbeutete, welche die Terminierungsgebühr auf ihre Endkunden überwälzten (sog. Ausbeutungsmisbrauch, Kap. B.4.2.1)" (vgl. Verfügung Ziff. 197). Zum anderen sei zu beurteilen, ob die Beschwerdeführerin "ihre Wettbewerber Orange und Sunrise im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG behinderte durch ihre Preissetzung im Bereich der Terminierung (sog. Behinderungsmisbrauch, Kap. B.4.2.4)" (vgl. Verfügung Ziff. 197).

Die Untersuchung habe im Ergebnis keine überwiegenden Hinweise für eine Behinderung von Orange und Sunrise durch die Beschwerdeführerin im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG ergeben (vgl. Verfügung Ziff. 370).

Hingegen hätten die verschiedenen durchgeführten Vergleiche gezeigt, dass die "Terminierungsgebühren" der Beschwerdeführerin bis zum 31. Mai 2005 (Senkung auf 20 Rappen pro terminierter Minute) nicht nur wesentlich über den mutmasslichen Kosten, sondern auch erheblich über den Werten vergleichbarer "Terminierungsgebühren" im Ausland gelegen hätten. Darüber hinaus seien die eigenen Endkundenpreise der Beschwerdeführerin deutlich tiefer gewesen. Es sei deshalb davon auszugehen, dass die "Terminierungsgebühr" der Beschwerdeführerin in der Höhe von 33.5 Rappen pro Minute in keinem angemessenen Verhältnis zur wirtschaftlichen Gegenleistung gestanden habe und nicht Ausdruck von Leistungswettbewerb, sondern einer Dominanz auf dem relevanten Markt gewesen sei (vgl. Verfügung Ziff. 270). Insgesamt habe die Beschwerdeführerin unangemessene Preise für die Terminierung in ihr Mobilfunknetz verlangt und dadurch die - eine Terminierung in das Mobilfunknetz der Beschwerdeführerin nachfragenden - Endkunden der Fernmeldedienstanbieterinnen mit überhöhten "Terminierungsgebühren" ausgebeutet und sich im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG unzulässig verhalten (vgl. Verfügung Ziff. 371).

Die überhöhten Preise hätten sich negativ auf die Endkunden der Marktgegenseite ausgewirkt. Die die Terminierung nachfragenden Anbieterinnen von Fernmeldediensten hätten die unangemessenen "Terminierungsgebühren" in der Regel auf ihre Endkunden abgewälzt, womit diese die primär Geschädigten seien (vgl. Verfügung Ziff. 271). Die Beschwerdeführerin habe sich somit bis zum 31. Mai 2005 durch den Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung auf dem abgegrenzten "Wholesale"-Markt unzulässig verhalten, indem sie "gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG unangemessene Preise für die Terminierung in ihr MF-Netz verlangte und damit die Endkunden der Marktgegenseite im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG ausbeutete" (vgl. Verfügung Ziff. 379).

Mit Bezug auf Orange und Sunrise konnte die Wettbewerbskommission bis zum 31. Mai 2005 keine genügenden Anhaltspunkte für unzulässige Verhaltensweisen feststellen (vgl. Verfügung Ziff. 380). Ein entsprechender Missbrauch könne bis am 31. Mai 2005 nicht nachgewiesen werden, selbst wenn Anhaltspunkte einer marktbeherrschenden Stellung von Orange und Sunrise hätten erhärtet werden können (vgl. Verfügung Ziff. 372). Unter diesen Umständen verfügte die Wettbewerbskommission für Sachverhalte bis 31. Mai 2005 betreffend Orange und Sunrise die Einstellung der Untersuchung (vgl. Dispositiv-Ziff. 4).

**C.e** Die in Dispositiv-Ziff. 2 festgestellte unzulässige Verhaltensweise der Beschwerdeführerin sei demgegenüber der Sanktionierbarkeit nach Art. 49a Abs. 1 KG seit dessen Inkrafttreten am 1. April 2004 unterstellt. In Anwendung der KG-Sanktionsverordnung vom 12. März 2004 (SVKG, SR 251.5) ermittelte die Vorinstanz eine Sanktion in der Höhe von Fr. 333'365'685.- (vgl. Verfügung Ziff. 417, 426).

**C.f** Auf die Einzelheiten der angefochtenen Verfügung kommt das Bundesverwaltungsgericht in den nachfolgenden Erwägungen zurück, soweit sie für das vorliegende Urteil wesentlich sind.

#### **D. Zusammenfassung der Beschwerde**

**D.a** Gegen diese Verfügung erhob die Beschwerdeführerin am 19. März 2007 eine 346-seitige Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht.

Sie stellt folgende Rechtsbegehren:

- "1. Die Teilverfügung der Wettbewerbskommission vom 5. Februar 2007 in Sachen Untersuchung betreffend Terminierung Mobilfunk (32-0158) sei aufzuheben.
2. Die Vorinstanz sei anzuweisen, die Untersuchung betreffend Terminierung Mobilfunk (32-0158) ohne Folgen für Swisscom Mobile AG einzustellen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Staates."

Gleichzeitig werden folgende Verfahrensanhträge gestellt:

- "1. Die Akten der Vorinstanz sowie die Stellungnahmen der Beschwerdeführerin vom 25. Juli 2005, vom 22. Mai 2006 und vom 15. Dezember 2006 zu den Verfügungsentwürfen des Sekretariats seien für das Beschwerdeverfahren beizuziehen.
2. Es sei mit der Beschwerdeführerin eine öffentliche Parteiverhandlung durchzuführen.
3. Es seien alle als Geschäftsgeheimnisse bezeichneten Angaben und Beilagen als Geschäftsgeheimnisse zu behandeln und gegenüber Dritten und im Fall einer Entscheidungspublikation nicht offen zu legen."

**D.b** Zur Begründung beruft sich die Beschwerdeführerin in formeller Hinsicht auf eine Verletzung des rechtlichen Gehörs. Auch sei die angefochtene Verfügung unzulässig, weil sie als Teilverfügung auf einen bestimmten Zeitraum beschränkt sei, ohne dass die Voraussetzungen für den Erlass einer Teilverfügung vorlägen. Insbesondere fehle es an der nötigen Entscheidungsreife, weil

entscheidungsrelevante Sachverhaltselemente in Verletzung der Untersuchungsmaxime nicht bzw. nicht vollständig untersucht worden seien. Die Beurteilung der Marktstellung der Mobilfunkanbieterinnen könne nicht bis 31. Mai 2005 beschränkt werden. Die Verhaltensweise von Orange und Sunrise nach diesem Datum sei zu berücksichtigen.

Zudem sei der Anspruch der Beschwerdeführerin auf ein unabhängiges Gericht verletzt, dies durch die organisatorisch-funktionelle Verflechtung von Untersuchungsbehörde (Sekretariat) und Entscheidbehörde (Wettbewerbskommission) sowie die Einmischung der Wettbewerbskommission in die laufende Untersuchung des Sekretariats. Die enge Verflechtung zwischen der Wettbewerbskommission als erkennender Behörde und dem Sekretariat als untersuchender Behörde sei im Lichte der Rechtsprechung zu Art. 30 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) und Art. 6 Abs. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (in Kraft getreten für die Schweiz am 28. November 1974, EMRK, SR 0.101) unzulässig. Aber auch das Verhalten der Wettbewerbskommission und des Sekretariats würden den Anspruch der Beschwerdeführerin auf ein unabhängiges Gericht verletzen. So habe sich die Wettbewerbskommission u.a. systematisch in die laufende Untersuchung eingemischt und die Mitwirkung von Mitarbeitern des Sekretariats an der Entscheidungsfindung geduldet.

Die angefochtene Verfügung sei weiter unabhängig von ihrem materiellen Gehalt anfechtbar und aufzuheben, weil Mitglieder der Wettbewerbskommission an der Beschlussfassung über die angefochtene Verfügung mitgewirkt hätten, die infolge Verhinderung oder späteren Eintritts in die Wettbewerbskommission nicht an den Anhörungen der Beschwerdeführerin teilgenommen hätten. Dies verletze den Anspruch der Beschwerdeführerin auf ein gesetzmässiges Gericht.

Ausserdem beruft sich die Beschwerdeführerin auf das Recht zu schweigen und sich nicht selbst belasten zu müssen. Die Beweiserhebung durch die Wettbewerbsbehörde unter Hinweis auf die gesetzliche Mitwirkungspflicht verstosse gegen dieses Schweigerecht. Keiner dieser Verfahrensmängel könne im Rechtsmittelverfahren geheilt werden.

**D.c** In materieller Hinsicht bemängelt die Beschwerdeführerin in der Beschwerdeschrift zunächst die durch die Vorinstanz vorgenommene Marktabgrenzung.

Die Abgrenzung eines "Wholesale"-Markts für die Terminierung von Anrufen in ein Mobilfunknetz sei zu eng. Richtigerweise sei von einem Telefoniemarkt oder zumindest von einem Markt für Mobiltelefonie auszugehen. Der rechtserhebliche Sachverhalt sei nicht ausreichend ermittelt worden, und es bestünden zahlreiche bei der Definition des relevanten Markts zu berücksichtigende Substitutionsmöglichkeiten.

So sei die Aussage, dass Mobiltelefonie nicht mit anderen Kommunikationsformen austauschbar sei, weil nur Mobiltelefonie ortsungebunden möglich sei, falsch. Es gebe eine Vielzahl von Kommunikationsmitteln und -formen, welche als Alternativen zum Informationsaus-

tausch über Mobiltelefone bzw. als Substitute zur Mobiltelefonie im relevanten Markt einzuschliessen seien (z.B. VoIP-Dienste; Dual Mode Telefone; Instant Messaging; Video Calls, Video Conferencing und Video Mail; Blogs bzw. Weblogs; E-Mail push and pull).

Die Terminierung sei nur eine unabdingbare Vorleistung für einen Telefonanruf. Deshalb könne sie gar keinen eigenen sachlich relevanten Markt bilden. Zudem sei die Unterscheidung in einen "Wholesale"- und Retail-Markt mangels einer gesonderten Nachfrage auf der "Wholesale"-Ebene nicht plausibel. Terminierung werde von den Fernmeldediensteanbieterinnen ausschliesslich im Zusammenhang mit Retail-Anrufen nachgefragt und gleichzeitig auch angeboten. Kein Endkunde frage Terminierungsleistungen nach, sondern sei angewiesen auf ein Gesamtpaket aus Leistungen der Fernmeldediensteanbieterinnen. Seitens der Anbieterinnen von Fernmeldediensten bestehe keine eigentliche Nachfrage nach Terminierung.

Auch fixe und mobile Telefonie könnten nicht ohne Weiteres in separate Märkte unterteilt werden. Je nach Situation seien diese Dienste sowohl als Komplemente als auch als Substitute zu betrachten. Die Abgrenzung zweier separater relevanter Märkte für eingehende bzw. abgehende Anrufe gebe die Realität nicht wieder und sei künstlich. Kein Endkunde frage immer nur eingehende oder abgehende Anrufe nach. Es bestünden keine Abonnemente oder Prepaid-Angebote, die nur eingehende oder nur ausgehende Anrufe beinhalten. Beide Funktionen würden immer gemeinsam eingekauft. Das gleiche gelte für die Anbieterinnen von Fernmeldediensten, welche Anrufe sowohl originierten als auch terminierten. Eingehende und ausgehende Gespräche seien deshalb Teile desselben Markts.

Auch die Sprach- und Datenübertragung gehörten zu demselben Markt. Entgegen der Wettbewerbskommission sei nicht in allen Fällen der Informationsübermittlung entscheidend, dass eine sofortige Übermittlung bzw. ein zeitgleicher Empfang einer Information erfolge. Dies zeige z.B. der grosse Erfolg von Kommunikationsmitteln wie SMS oder E-Mail.

**D.d** Im Übrigen erweise sich die Bestimmung des relevanten Markts als unnötig, da sich unabhängig von der gewählten Marktabgrenzung immer ergebe, dass sich weder die Beschwerdeführerin noch andere Fernmeldediensteanbieterinnen bei der Festsetzung ihrer "Terminierungsgebühren" unabhängig voneinander hätten verhalten können.

*Erstens* gebe es gleich bei welcher Marktabgrenzung kein marktbeherrschendes Unternehmen, weil die Handlungsfreiheit aller Fernmeldediensteanbieterinnen durch den Zwang zur Interkonnektion eingeschränkt sei. Die Anbieterinnen von Fernmeldediensten seien einerseits faktisch zur gegenseitigen Terminierung gezwungen. Andererseits bestehe aufgrund des Fernmeldegesetzes eine Rechtspflicht zur Interkonnektion und damit zur Terminierung. Keine Fernmeldediensteanbieterin könne sich erlauben, andere Fernmeldediensteanbieterinnen zu boykottieren bzw. bei Vertragsverhandlungen zu drohen, die Terminierungsleistungen nicht zu erbringen. Die Anbieterinnen von Fernmeldediensten könnten Preisverhandlungen scheitern lassen und gleichwohl Termi-

nierungsleistungen von anderen Fernmeldedienstanbieterinnen in Anspruch nehmen. Dies schränke die Handlungsfreiheit aller Anbieterinnen und demnach auch diejenige von der Beschwerdeführerin erheblich ein.

Eine Fernmeldedienstanbieterin könne sich *zweitens* auch deshalb von den anderen Anbieterinnen nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten und die "Terminierungsgebühren" einseitig diktieren, weil die Bestimmungen des Fernmeldegesetzes für alle disziplinierend wirkten (Disziplinierung durch den regulatorischen Rahmen):

Gestützt auf die Regelung des Fernmeldegesetzes könne jede Fernmeldedienstanbieterin die Verhandlungen abbrechen und den Regulator anrufen. Die Interkonnectionsklage sei ein äusserst griffiges Instrument zur Disziplinierung der Fernmeldedienstanbieterinnen: Bei den Vertragsverhandlungen wirke die Klagemöglichkeit präventiv. Die Parteien würden sich nur dann einigen, wenn sie der Auffassung seien, sie könnten auf dem Klageweg kein besseres Resultat erzielen. Andernfalls würden sie klagen. Die ComCom habe sich in zwei Massnahmenentscheidungen zu den Rahmenbedingungen für die Terminierung geäussert. Alle Mobilfunkanbieterinnen hätten sich an diesen behördlichen Vorgaben ausgerichtet. Der regulatorische Rahmen habe sich so auch tatsächlich disziplinierend auf alle Mobilfunkanbieterinnen ausgewirkt.

*Drittens* werde eine allfällige Marktmacht einer Mobilfunkanbieterin bei der Preisverhandlung durch die sog. Reziprozitätsbeziehung zwischen den Mobilfunkanbieterinnen verhindert. Eine Mobilfunkanbieterin könne nämlich nicht über ihre "Terminierungsgebühren" verhandeln, ohne dass die anderen Mobilfunkanbieterinnen im Gegenzug deren eigene "Terminierungsgebühren" in der Verhandlung berücksichtigten.

Die Parteien müssten also in der Regel gleichzeitig Preise als Nachfrager- und als Anbieterinnen verhandeln (Terminierung für Anrufe aus dem Netz A in das Netz B und Terminierung für Anrufe aus dem Netz B in das Netz A). Dabei werde jede Mobilfunkanbieterin die "Terminierungsgebühr", welche sie zu zahlen bereit ist, davon abhängig machen, welche "Gebühr" sie der Verhandlungspartnerin zugestehen muss. Bei einer Erhöhung ihrer "Terminierungsgebühr" müsse jede Mobilfunkanbieterin mit einer entsprechenden Erhöhung der "Gebühr" durch die Gegenseite rechnen. Diese Antizipation habe zur Folge, dass keine Mobilfunkanbieterin ihre "Terminierungsgebühr" einseitig festlegen könne. Sowohl als Anbieterin als auch als Nachfragerin habe jede Mobilfunkanbieterin ein glaubwürdiges Drohpotenzial. Die Anbieterin habe nicht mehr Macht als die Nachfragerin. Dass tatsächlich eine Differenz zu Gunsten der kleineren Mobilfunkanbieterinnen bestehe, sei einzig auf den Regulierungsrahmen zurückzuführen.

**D.e** Eine marktbeherrschende Stellung der Beschwerdeführerin könne schon deshalb ausgeschlossen werden, da Orange und Sunrise höhere "Terminierungsgebühren" als die Beschwerdeführerin verlangten.

Aufgrund ihrer tieferen "Terminierungsgebühr" könne die Beschwerdeführerin immer nur geringere Einnahmen aus der M2M-Terminierung generieren als Orange und

Sunrise und müsse Nettozahlungen in Millionenhöhe an Orange und Sunrise leisten. Die Beschwerdeführerin sei seit Beginn der Marktöffnung nie in der Lage gewesen, ihre eigenen "Terminierungsgebühren" auf gleichem oder höherem Niveau als Orange und Sunrise anzusetzen und mache einen Verlust aus der Terminierung mit den anderen Mobilfunkanbieterinnen.

Ein marktbeherrschendes Unternehmen würde eine derartige Situation nicht akzeptieren. Dass die Beschwerdeführerin hierauf nicht reagieren könne, zeige, dass sie nicht marktbeherrschend sei.

**D.f** Falls die Beschwerdeführerin unzutreffenderweise als marktbeherrschend betrachtet werde, müssten konsequenterweise alle Mobilfunkanbieterinnen für die Terminierung in ihr eigenes Netz marktbeherrschend sein.

Bei konsequenter Anwendung der zu engen Marktabgrenzung, bei Nichtberücksichtigung der regulatorischen Disziplinierung und der Reziprozitätsbeziehungen zwischen den Mobilfunkanbieterinnen seien folgerichtig alle Mobilfunkanbieterinnen (und nicht die Beschwerdeführerin allein) marktbeherrschend für die Terminierung in deren Netze. Die Wettbewerbskommission begründe nicht stichhaltig, weshalb einzig die Beschwerdeführerin marktbeherrschend sein solle. Kein einziges der Vorbringen der Wettbewerbskommission vermöge eine unterschiedliche Behandlung von Orange, Sunrise und der Beschwerdeführerin zu rechtfertigen.

Namentlich die von der Wettbewerbskommission angeführte Theorie der preisinduzierten Netzwerkeffekte könne nicht als Begründung zur Rechtfertigung einer unterschiedlichen Behandlung der drei Mobilfunkanbieterinnen bezüglich der Feststellung der Marktposition vorgeschoben werden. Auch schätze die Vorinstanz den Einfluss des Retail-Markts auf den "Wholesale"-Markt wie den Handlungsspielraum und die Marktstellung von Orange und Sunrise falsch ein. Letztere seien äusserst starke und aggressive Konkurrentinnen, die mittels innovativer und preislich kompetitiver Angebote erheblichen Wettbewerbsdruck ausübten. Entgegen der Annahme der Wettbewerbskommission könne nicht von einer überaus starken Position der Beschwerdeführerin im Retail-Markt ausgegangen werden. Die Auffassung der Wettbewerbskommission, es bestehe auf dem Retail-Markt nur schwacher Wettbewerb, sei offensichtlich falsch.

Sollte die Beschwerdeführerin unzutreffenderweise als marktbeherrschend betrachtet werden, so habe sie ein berechtigtes Interesse daran, dass im vorliegenden Beschwerdeverfahren auch die Marktstellung von Orange und Sunrise nochmals überprüft werde und dabei die gleichen Massstäbe wie für die Beschwerdeführerin angewendet würden. Es bestünden keine Gründe für eine Ungleichbehandlung. Zur Beurteilung der Marktstellung der Beschwerdeführerin sei es unabdingbar, dass auch die Marktstellung von Orange und Sunrise geprüft werde. Die Marktstellung eines einzelnen Wettbewerbers könne ohne Prüfung der gesamten Wettbewerbssituation nicht beurteilt werden. Daher könne auf diese Prüfung - unabhängig von einer allfälligen Einstellung des Verfahrens gegen Orange und Sunrise - nicht verzichtet werden.

**D.g** Des Weiteren vertritt die Beschwerdeführerin in der Beschwerdeschrift die Auffassung, es sei unklar, welche Verhaltensweise ihr eigentlich vorgeworfen werde. An verschiedenen Stellen der angefochtenen Verfügung fänden sich unterschiedliche Aussagen über die als missbräuchlich erachteten Verhaltensweisen. Unklar bleibe, ob der Beschwerdeführerin nun eine missbräuchliche Verhaltensweise auf der "Wholesale"- und/oder Retail-Ebene, eine Ausbeutung oder Behinderung der Anbieterinnen von Fernmeldediensten, der Mobilfunkanbieterinnen oder der Endkunden der anderen Fernmeldediensteanbieterinnen vorgeworfen werde. Grundsätzlich sei einzig das Dispositiv, ausgelegt im Sinne der Erwägungen, relevant. Diese Auslegung führe jedoch nicht zu einem eindeutigen Resultat. Die Wettbewerbskommission habe den konkreten Vorwurf an die Beschwerdeführerin nirgends in der angefochtenen Verfügung eindeutig substantiiert.

**D.h** Den Marktmissbrauchstatbestand im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG erfülle keiner der drei in Frage kommenden Vorwürfe (Erzwingung unangemessener "Terminierungsgebühren" von den anderen Fernmeldediensteanbieterinnen; Ausbeutung der Endkunden der anderen Anbieterinnen von Fernmeldediensten; Missbrauch gegenüber den anderen Fernmeldediensteanbieterinnen). Die Vorwürfe gingen am Marktmissbrauchstatbestand vorbei und seien gar nicht tatbestandsmässig.

So falle die im Dispositiv vorgeworfene "Erzwingung unangemessener Terminierungsgebühren" unter die in Art. 7 Abs. 2 KG beispielhaft aufgezählte "Erzwingung unangemessener Preise". Diese begründe indes nicht per se einen Missbrauch, sondern nur unter den Voraussetzungen von Art. 7 Abs. 1 KG. Die Erzwingung eines unangemessenen Preises erfülle für sich allein den Marktmissbrauchstatbestand nicht. Der gesetzliche Tatbestand von Art. 7 Abs. 1 KG setze eine Behinderung von Wettbewerbern oder eine Benachteiligung der Marktgegenseite voraus.

Die in den Erwägungen vorgeworfene Ausbeutung der Endkunden der anderen Anbieterinnen von Fernmeldediensten erfülle ebenfalls keine der beiden Tatbestandsvarianten von Art. 7 Abs. 1 KG. Die Endkunden der anderen Fernmeldediensteanbieterinnen seien weder Wettbewerber noch Marktgegenseite der Beschwerdeführerin. Marktgegenseite im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG seien einzig die eigenen Vertragspartner und nicht die Vertragspartner der Wettbewerber.

Ebensowenig erfüllt sei der Tatbestand der Behinderung von Wettbewerbern: Bezüglich Orange und Sunrise schliesse ihn die Wettbewerbskommission ausdrücklich aus. Für die anderen Fernmeldediensteanbieterinnen sei der Vorwurf der Behinderung nicht denkbar oder nicht substantiiert.

**D.i** Mit Bezug auf den Vorwurf der Erzwingung unangemessener Preise im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG argumentiert die Beschwerdeführerin im Übrigen im Wesentlichen wie folgt:

Sie könne weder von anderen Mobilfunkanbieterinnen noch von anderen Anbieterinnen von Fernmeldediensten bestimmte "Terminierungsgebühren" erzwingen. Der regulatorische Rahmen und die gegenseitigen Abhän-

gigkeitsbeziehungen der Fernmeldediensteanbieterinnen verhinderten dies. Auch die Erzwingung bestimmter "Terminierungsgebühren" von Endkunden der anderen Fernmeldediensteanbieterinnen sei ausgeschlossen, da die Beschwerdeführerin keinen Einfluss auf die Preissetzung der anderen Fernmeldediensteanbieterinnen habe und diese eine ihnen zu hoch scheinende "Terminierungsgebühr" ablehnen könnten.

Ein korrekter Vergleich unter Berücksichtigung der relevanten Kostenfaktoren zeige, dass die "Terminierungsgebühren" der Beschwerdeführerin jederzeit angemessen gewesen seien. Die Beschwerdeführerin erhebe seit Jahren die tiefsten "Terminierungsgebühren" aller schweizerischen Mobilfunkanbieterinnen. Die Höhe von 33.5 Rappen pro Minute liege im europäischen Durchschnitt. Für einen aussagekräftigen Vergleich mit anderen europäischen Anbietern seien alle relevanten Kriterien der Vergleichbarkeit zu berücksichtigen: Qualität, Kostenniveau in der Schweiz, Kaufkraft und Wechselkurse sowie der Zeitpunkt der Marktöffnung. Dass die Wettbewerbskommission bei ihren Vergleichen die Kaufkraftparität nicht berücksichtigt habe, sei sachfremd. Zudem lasse die Wettbewerbskommission in ihrem Ländervergleich die besonderen Gegebenheiten in der Schweiz in unzulässiger Weise ausser acht (hohe Personalkosten in der Mobiltelefonie, hohe Antennendichte, hohe Kosten pro Antenne, Qualität, Zeitpunkt der Marktöffnung). Der Ländervergleich der Vorinstanz sei aber auch deshalb nicht aussagekräftig, weil die "Terminierungsgebühren" in den untersuchten drei Vergleichsländern Österreich, Schweden und Norwegen durch die Regulierungsbehörde festgesetzt worden seien. Die Wettbewerbskommission vergleiche somit "Terminierungsgebühren" in ex-ante regulierten Telekommunikationsmärkten, in denen kein Wettbewerb mehr herrsche, mit der "Terminierungsgebühr" der Beschwerdeführerin. Bei internationalen Preisvergleichen seien jedoch alle regulierten Preise auszuschliessen.

Die "Terminierungsgebühren" der Beschwerdeführerin seien auch deshalb nicht unangemessen, weil sie wesentlich tiefer als der markt- und branchenübliche Durchschnittspreis seien, den die ComCom im Jahr 1999 gestützt auf eine Vergleichsmarktbetrachtung auf ca. 47 Rappen pro Minute errechnet habe (vgl. Entscheidung der ComCom vom 29. April 1999, Beschwerde Beilage 5). In der angefochtenen Verfügung finde sich keine Erklärung, weshalb eine um ca. 40 % höhere "Terminierungsgebühr" im Jahr 1999 angemessen war und rund fünf Jahre später eine deutlich tiefere "Terminierungsgebühr" plötzlich völlig unangemessen sein soll.

Ausserdem sei gegenüber der Beschwerdeführerin noch nie eine "Terminierungsgebühr" gestützt auf aArt. 11 FMG rechtskräftig festgesetzt worden. Die "Terminierungsgebühren" der Beschwerdeführerin seien daher im Urteil der Konkurrentinnen offensichtlich mindestens markt- und branchenüblich gewesen und hätten den Kriterien des Fernmeldegesetzes genügt. Der Umstand, dass im Mobilfunkbereich - im Gegensatz zum Festnetzbereich - praktisch keine Klagen anderer Fernmeldediensteanbieterinnen erfolgt seien, zeige, dass die Preise von den Marktteilnehmern als angemessen erachtet worden seien. Auch aus diesem Grund könnten die

"Terminierungsgebühren" der Beschwerdeführerin nicht missbräuchlich im Sinne des Kartellgesetzes sein.

Des Weiteren sei die "Terminierungsgebühr" der Beschwerdeführerin angemessen gewesen, weil die Margen der Beschwerdeführerin im europäischen Vergleich durchschnittlich gewesen seien. Die Beschwerdeführerin sei, wie alle übrigen Mobilfunkanbieterinnen, auf diese Margen angewiesen gewesen, um die sehr kapitalintensiven, in vergleichsweise kurzen Zeitintervallen aufeinanderfolgenden Investitionen in die Netzinfrastrukturen überhaupt finanzieren zu können.

**D.j** Die Beschwerdeführerin bestreitet auch den - zweiten im Raum stehenden - Vorwurf der Ausbeutung der Endkunden der anderen Fernmeldedienstanbieterinnen. Ergänzend zum erwähnten Umstand, dass dieser Vorwurf überhaupt nicht unter den Tatbestand von Art. 7 Abs. 1 KG falle, könne die Beschwerdeführerin weder die Endkunden der anderen Mobilfunkanbieterinnen noch die Endkunden der anderen Festnetzanbieterinnen ausbeuten.

Die "Terminierungsgebühren" der Beschwerdeführerin stünden u.a. im M2M-Bereich grundsätzlich in keinem Zusammenhang mit den Mobilfunk-Retail-Tarifen der anderen Mobilfunkanbieterinnen. Die Beschwerdeführerin leiste aufgrund ihrer tieferen "Terminierungsgebühr" sogar Nettozahlungen an Orange und Sunrise in Millionenhöhe. Die "Terminierungsgebühren" der Beschwerdeführerin seien für die anderen Mobilfunkanbieterinnen somit kein Kostenfaktor, sondern eine zusätzliche Einnahmequelle. Eine Überwälzung von Kosten der Mobilfunkanbieterinnen auf ihre Endkunden sei unter diesen Umständen gar nicht möglich. Wenn schon könnten die Mobilfunkanbieterinnen diese Terminierungsgewinne durch verbilligte Retail-Tarife an ihre Endkunden weitergeben. Eine Ausbeutung der Endkunden sei jedenfalls unmöglich. Im Übrigen sei eine Ausbeutung nicht nachgewiesen, weil die Wettbewerbskommission auf eine Analyse der Retail-Preise verzichtet und diese nirgends substantiiert habe.

**D.k** Unbegründet sei auch der dritte mögliche Vorwurf, der Missbrauch gegenüber den anderen Fernmeldedienstanbieterinnen. Die Beschwerdeführerin könne die anderen Anbieterinnen von Fernmeldediensten weder ausbeuten noch behindern.

Die Wettbewerbskommission ignoriere, dass die Beschwerdeführerin Nettozahlungen an die anderen *Mobilfunkanbieterinnen* leiste und Sunrise und Orange aus der Terminierung mit der Beschwerdeführerin einen Gewinn erzielen und so in der Lage seien, die Preise für ihre eigenen Kunden zu verbilligen. Zudem verneine die angefochtene Verfügung selber, dass Orange und Sunrise durch die "Terminierungsgebühren" der Beschwerdeführerin behindert würden, da diese aus den F2M-Anrufen hohe Einnahmen generierten (vgl. Verfügung Ziff. 370).

Die Beschwerdeführerin könne auch die *Festnetzanbieterinnen* nicht ausbeuten. U.a. hätten diese im Fall von unangemessenen "Terminierungsgebühren" aufgrund des regulatorischen Rahmens die Vertragsverhandlungen abbrechen und die ComCom anrufen können. Dass bezüglich "Mobilterminierungsgebühren" kaum Klagen

von Anbieterinnen von Fernmeldediensten gegen Mobilfunkanbieterinnen erhoben worden seien, zeige, dass keine Ausbeutung der Festnetzanbieterinnen erfolgt sei.

Des Weiteren habe im Nachgang der Senkung der "Terminierungsgebühr" der Beschwerdeführerin per 1. Juni 2005 keine Veränderung des M2M- oder F2M-Sprachverkehrs beobachtet werden können. Wenn sich das M2M- und F2M-Verkehrsvolumen nach der Senkung aber nicht erhöht habe, so habe durch die vormalige höhere "Terminierungsgebühr" keine Benachteiligung bzw. Ausbeutung der Fest- und Mobilnetzanbieterinnen stattfinden können.

**D.l** Die Beschwerdeführerin sei somit weder marktbeherrschend noch habe sie sich missbräuchlich verhalten. Da kein Verstoss gegen Art. 7 KG vorliege, könne auch keine Sanktion nach Art. 49a KG ausgefällt werden. Selbst wenn unzutreffenderweise ein Verstoss gegen Art. 7 KG unterstellt werde, sei eine Sanktion nicht möglich. Eine solche würde nämlich gegen die Unschuldsvermutung (Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Abs. 2 EMRK), das Bestimmtheitsgebot (Art. 1 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs vom 21. Dezember 1937 [StGB, SR 311.0], Art. 5 Abs. 1 BV und Art. 7 EMRK), den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV und Art. 6 Abs. 1 EMRK) sowie das Verschuldensprinzip (Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Abs. 2 EMRK) verstossen.

**D.m** Mit Bezug auf das Verschuldensprinzip, welches auch im Sanktionsverfahren nach Art. 49a KG und auf juristische Personen anwendbar sei, bringe die Beschwerdeführerin vor, der unterstellte Gesetzesverstoss sei weder den Organen der Beschwerdeführerin persönlich vorwerfbar, noch hätte er mittels besserer Unternehmensorganisation vermieden werden können.

Die im Zeitraum zwischen 1. April 2004 und 31. Mai 2005 angewandten "Terminierungsgebühren" seien zwischen den Mobilfunkanbieterinnen in Übereinstimmung mit den vom Regulator als angemessen bezeichneten Parametern ausgehandelt worden. Die ComCom habe sich in ihren Massnahmeentscheiden vom 29. April 1999 und 3. April 2001 zur Markt- und Branchenüblichkeit der "Terminierungsgebühren" geäussert, so dass kein Anlass zur Annahme bestanden habe, die Höhe und gegenseitige Differenz der "Terminierungsgebühren" seien problematisch. Im Gegenteil hätten sich die Marktteilnehmer an die behördlichen Rahmenvorgaben gehalten, so dass insbesondere auch die Beschwerdeführerin ihre Verhaltensweise habe als zulässig erachten können.

Dass bezüglich der Höhe ihrer "Mobilterminierungsgebühr" kein Problem bestand bzw. dass diese "Terminierungsgebühr" angemessen war, habe die Beschwerdeführerin auch aus der Nichtexistenz von Interkonnektionsklagen im Mobilfunkbereich, aus einem nationalen und internationalen Preis- und Margenvergleich sowie aus dem fernmelderechtlichen Regelungsrahmen ableiten dürfen und müssen. Der Beschwerdeführerin könne nicht zum Vorwurf gemacht werden, eine unklare Rechtslage nicht einzuhalten.

Beweis dafür, dass die Beschwerdeführerin und ihre Organe von der Rechtmässigkeit ihres Verhaltens überzeugt waren, sei, dass die Beschwerdeführerin ihre "Terminierungsgebühr" erst per 1. Juni 2005 von 33.5

auf 20 Rappen pro Minute gesenkt habe. Hätte sie dies nur zwei Monate früher getan, wäre die Senkung in die Übergangsfrist gemäss Übergangsbestimmung vom 20. Juni 2003 gefallen, so dass eine direkte Sanktion von vornherein ausser Betracht gefallen wäre. Hätten die Beschwerdeführerin und ihre Organe auch nur den geringsten Verdacht gehegt, mit ihrem Verhalten möglicherweise gegen Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG zu verstossen, hätte die Beschwerdeführerin die Senkung der "Terminierungsgebühr" selbstverständlich auf den 1. April 2005 vorgezogen, um das Risiko einer Sanktion in dreistelliger Millionenhöhe auszuschliessen. Auch deshalb könne die Beschwerdeführerin kein Verschulden treffen.

**D.n** Die in Ziff. 3 der Verfügung vom 5. Februar 2007 verhängte Sanktion in der Höhe von Fr. 333'365'685.- sei unzulässig und in jedem Fall viel zu hoch ausgefallen. Es dürfe - wenn überhaupt - höchstens eine symbolische Sanktion ausgefällt werden. Bereits der abstrakte Strafrahmen sei unverhältnismässig, erlaube er doch unverhältnismässig hohe Sanktionen, die dreimal so hoch sein könnten wie in der EU.

Zudem habe die Wettbewerbskommission den Basisbetrag der Sanktion falsch berechnet. Entgegen der gesetzlichen Regelung habe sie konzerninterne Umsätze in dessen Berechnung einbezogen. Zum anderen habe die Wettbewerbskommission bei der Berechnung des Basisbetrags die falschen Geschäftsjahre zugrunde gelegt, nämlich die letzten drei Geschäftsjahre der unterstellten Zuwiderhandlung (2002- 2004) statt der letzten drei Geschäftsjahre vor der angefochtenen Verfügung (2004-2006). Willkürlich sei es zudem, wenn die Wettbewerbskommission vom gleichen Basisbetrag wie das Sekretariat im 3. Antrag ausgehe, obwohl sie einen der beiden vom Sekretariat erhobenen Vorwürfe, nämlich den Vorwurf der Behinderung von Orange und Sunrise, ersatzlos fallengelassen habe. Entgegen der Annahme in der angefochtenen Verfügung sei der unzutreffenderweise unterstellte Verstoss zudem höchstens von geringer Schwere.

Die Berechnung eines Zuschlags für die Dauer des Verhaltens der Beschwerdeführerin verstosse gegen Treu und Glauben. Die Wettbewerbskommission habe die Dauer des unterstellten Verhaltens wegen ihrer Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung im Feststellungsverfahren betreffend das Vorliegen einer rechtsgültigen übergangsrechtlichen Meldung nämlich selbst zu verantworten. Auch komme eine Erhöhung des Sanktionsbetrags gestützt auf Art. 5 Abs. 1 Bst. b SVKG nicht in Frage, weil nämlich kein Gewinn und schon gar kein "besonders hoher Gewinn" vorliege, sondern vielmehr ein Verlust. Die Beschwerdeführerin erwirtschaftete aus der Terminierung im M2M-Verkehr einen Verlust. Die Wettbewerbskommission habe unzutreffend nur die Einnahmenseite betrachtet, nicht aber die aus der Terminierung angefallenen Kosten, d.h. die an die anderen Fernmeldedienstanbieterinnen entrichteten "Terminierungsgebühren". Wenn schon, wäre der Sanktionsbetrag deshalb zu reduzieren. Zudem habe die Vorinstanz die "Art und Schwere des Verhaltens" doppelt berücksichtigt, nämlich einerseits bei der Berechnung des Basisbetrags und andererseits im Rahmen der Sanktionserhöhung. Damit habe sie einen Zuschlag auf dem Zuschlag

berechnet, mit der Wirkung einer unzulässigen Doppelbestrafung.

## **E. Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht**

**E.a** Nach erfolgter Fristerstreckung beantragt die Wettbewerbskommission dem Bundesverwaltungsgericht mit Vernehmlassung vom 18. Juni 2007 die Abweisung der Beschwerde unter Kostenfolge.

**E.b** In einer Zwischenverfügung vom 5. September 2007 stellte das Bundesverwaltungsgericht fest, dass Sunrise und Orange implizit darauf verzichtet haben, im vorliegenden Beschwerdeverfahren als Parteien gemäss Art. 6 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) aufzutreten, weshalb ihnen auch keine Parteistellung zukomme. Jedoch würden Sunrise wie auch Orange - soweit sich dies nach dem Ermessen des Bundesverwaltungsgerichts als erforderlich erweisen sollte - allenfalls im Sinne von Art. 57 Abs. 1 VwVG als "andere Beteiligte" in das vorliegende Verfahren einbezogen werden. Die Beschwerdeführerin hatte mit Stellungnahme vom 8. Mai 2007 beantragt, es sei im vorliegenden Beschwerdeverfahren weder Sunrise noch Orange eine Parteistellung im Sinne von Art. 6 VwVG einzuräumen.

**E.c** Am 10. September 2007 replizierte die Beschwerdeführerin auf die Vernehmlassung der Vorinstanz und hielt an den in der Beschwerde gestellten Anträgen fest. Darauf reichte die Vorinstanz am 15. Oktober 2007 eine Duplik ein, welche das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerdeführerin am 18. Oktober 2007 zur Kenntnis brachte.

**E.d** In der Folge reichte die Beschwerdeführerin am 22. Oktober 2007 unaufgefordert eine weitere - auf die Frage des Verhältnisses von Kartell- und Fernmeldegesetz beschränkte - Eingabe ein. Nach der Weiterleitung der Eingabe an die Vorinstanz verwies diese mit Schreiben vom 8. November 2007 - unter Verzicht auf die Einreichung weiterer Bemerkungen - auf ihre bisherigen Ausführungen.

**E.e** Mit Datum vom 24. März 2009 reichte die Beschwerdeführerin mit dem Hinweis, dass sich neue zu berücksichtigende Entwicklungen und Erkenntnisse ergeben hätten, erneut ein Schreiben ein (betreffend Teile2-Mobilfunkabonnemente seit April 2008, Fusionskontrollentscheid i.S. BLS Lötschbergbahn AG/Regionalverkehr Mittelland AG, vgl. RPW 2006/2, S. 242 ff.; vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C.292/ 2008 vom 12. Dezember 2008 i.S. Domestic Multilateral Interchange Fee). Die Vorinstanz nahm dazu am 27. April 2009 Stellung.

**E.f** Mit Begleitschreiben vom 29. Mai 2009 reichte die Vorinstanz unter Berufung auf Art. 32 VwVG ein beim BAKOM im Rahmen der fortlaufenden Untersuchung "Terminierung Mobilfunk" amtshilfweise eingeholtes Gutachten ein, dies zusammen mit einem Dokument, welches das im Gutachten benutzte Kostenmodell erklärt (vgl. Gutachten Mobilterminierung, Internationale Preisvergleiche und Bestimmung der Kosten für eine Minute Mobilterminierung vom 11. Mai 2009; Report wik-Consult vom September 2007 [Specification of the strategic network planning tool GSM-CONNECT for implementing the WIK-MNCM]).



**E.g** Die Beschwerdeführerin verzichtete am 9. Juni 2009 grundsätzlich auf materielle Ausführungen zu diesen Unterlagen. Vor dem Hintergrund, dass ihr das Sekretariat in der fortgeführten Untersuchung die Frist zur Einreichung der entsprechenden Stellungnahme bis 17. August 2009 erstreckt habe, behielt sich die Beschwerdeführerin aber die Einreichung einer späteren Stellungnahme vor. Im Übrigen seien das Schreiben der Vorinstanz vom 29. Mai 2009 und die damit eingereichten Dokumente aus dem Recht zu weisen.

**E.h** Mit Eingabe vom 20. August 2009 zog die Beschwerdeführerin den in ihrer Beschwerde gestellten Verfahrens Antrag Nr. 2 zurück, in welchem die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung verlangt worden war. Gestützt auf dieses Parteibegehren wurde eine solche Verhandlung nicht durchgeführt.

**E.i** Wie in der Eingabe vom 9. Juni 2009 angekündigt, reichte die Beschwerdeführerin am 15. Oktober 2009 die inzwischen für die fortlaufende Untersuchung "Terminierung Mobilfunk" verfasste Stellungnahme zum Gutachten "Mobilterminierung" des BAKOM vom 11. Mai 2009 - zusammen mit einem Bericht - ein (vgl. Stellungnahme vom 28. September 2009, Bericht "Review of BAKOM mobile network cost model" von Analysys Mason vom 25. September 2009). Gleichzeitig hielt die Beschwerdeführerin daran fest, dass das erwähnte Gutachten (auch) für das vorliegende Beschwerdeverfahren unbeachtlich und daher aus dem Recht zu weisen sei.

**E.j** Schliesslich reichte die Beschwerdeführerin am 23. Oktober 2009 unter Hinweis auf neue, im Beschwerdeverfahren zu berücksichtigende Entwicklungen und Erkenntnisse (Art. 32 Abs. 2 VwVG) unaufgefordert ein weiteres Schreiben und verschiedene Beilagen ein (betreffend die Einführung von sog. Flatrate-Angeboten durch die Beschwerdeführerin sowie Sunrise und Orange).

**E.k** Auf die dargelegten und die weiteren Vorbringen der Verfahrensbeteiligten wird, soweit sie rechtserheblich sind, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

## **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

### **1. Prozessvoraussetzungen**

Das Bundesverwaltungsgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob die Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind und ob auf eine Beschwerde einzutreten ist (vgl. BVE 2007/6 E. 1, m.w.H.).

#### **1.1 Sachzuständigkeit und Anfechtungsobjekt**

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG (zitiert im Sachverhalt unter E.b). Gemeint sind Anordnungen im Einzelfall, d.h. individuelle, an den Einzelnen gerichtete Hoheitsakte, durch welche ein konkretes verwaltungsrechtliches Rechtsverhältnis rechtsgestaltend oder feststellend in erzwingbarer Weise geregelt wird (vgl. FELIX UHLMANN, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2009, N. 20 zu Art. 5 VwVG, m.w.H.).

In der angefochtenen Verfügung vom 5. Februar 2007 wird der Beschwerdeführerin vorgeworfen, sie habe auf der Ebene der Mobilfunknetzinfrastruktur vom 1. April 2004 bis zum 31. Mai 2005 eine marktbeherrschende Stellung eingenommen und diese dazu benutzt, um im Rahmen der Interkonnektion "von anderen FDA" eine unangemessen hohe "Terminierungsgebühr" von 33.5 Rappen pro Minute zu erzwingen. Deshalb wurde die Beschwerdeführerin verpflichtet, eine Verwaltungsanktion von Fr. 333'365'685.- sowie Verfahrenskosten von Fr. 398'702.- zu bezahlen.

**1.1.1** Die Wettbewerbskommission bezeichnet diese Verfügung als Teilverfügung: Es seien ihr nur Sachverhalte bis zum 31. Mai 2005 zu Grunde gelegt worden, nachdem die Beschwerdeführerin auf den 1. Juni 2005 hin ihre "Terminierungsgebühren" von 33.5 Rappen pro Minute auf 20 Rappen pro Minute gesenkt habe (und für die Zeit ab dem 1. Juni 2005 weitere Abklärungen notwendig seien).

Die Beschwerdeführerin hält den Erlass einer solchen Teilverfügung für rechtlich unzulässig: Es fehle die nötige Entscheidungsreife, weil wesentliche Sachverhalte, insbesondere solche nach dem 31. Mai 2005, in Verletzung der Untersuchungsmaxime nicht hinreichend geklärt worden seien. Ferner stünden auch Überlegungen der Zweckmässigkeit und der Prozessökonomie einer Teilverfügung entgegen.

**1.1.2** Angesichts des engen Bezugs zum Inhalt der angefochtenen Verfügung ist die gerügte Verletzung der Untersuchungsmaxime als materielle Fragestellung im Zusammenhang mit der Rechtmässigkeit der Verfügung zu prüfen (vgl. Entscheid der REKO/WEF FB/2004-4 vom 4. Mai 2006 [i.S. 20 Minuten] E. 4.3, veröffentlicht in: RPW 2006/2, S. 347 ff., bestätigt im Urteil des Bundesgerichts 2A.327/2006 vom 22. Februar 2007, veröffentlicht in: RPW 2007/2, S. 331 ff.). Daher ist nachfolgend zu beurteilen, ob die angefochtene Verfügung als Zwischen-, Teil- oder Endverfügung aufzufassen ist:

Im Unterschied zu *Teilverfügungen*, in welchen lediglich ein Teil der materiellrechtlich gestellten Begehren beurteilt werden oder mit denen das Verfahren nur für einen Teil der Verfahrensbeteiligten abgeschlossen wird (vgl. FELIX UHLMANN/SIMONE WÄLLE-BÄR, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], a.a.O., N. 21 zu Art. 44 VwVG), schliessen *Endverfügungen* ein Verfahren ab, indem über eine prozessuale Frage (Nichteintreten, Abschreibung) oder in der Sache abschliessend entschieden wird (vgl. UHLMANN/WÄLLE-BÄR, a.a.O., N. 19 zu Art. 44 VwVG). Demgegenüber wird eine *Zwischenverfügung* lediglich als Zwischenschritt im Verfahren auf dem Weg zu einer Endverfügung erlassen, weshalb sie ein rein organisatorisches Instrument zur Verfahrensführung darstellt (vgl. UHLMANN/WÄLLE-BÄR, a.a.O., N. 3 zu Art. 45 VwVG; MARTIN KAYSER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2008, N. 2 zu Art. 45 VwVG, je m.w.H.).

Verfügungen über materiellrechtliche Vorfragen (sog. materiellrechtliche Grundsatzentscheide), die einen Teilaspekt einer Streitsache (z.B. eine von mehreren materiellrechtlichen Anspruchsvoraussetzungen) beantworten und bisher in der verwaltungsrechtlichen Praxis des

Bundesgerichts als Teilentscheide betrachtet wurden, gelten nach der Systematik des auf den 1. Januar 2007 in Kraft gesetzten Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) nicht mehr als Teil-, sondern neu als Zwischenverfügungen (vgl. BGE 133 V 477 E. 4.1.3; BBI 2001 4334; TARKAN GÖKSU, Die Beschwerden ans Bundesgericht, Zürich/St. Gallen 2007, S. 45; PETER KARLEN, Das neue Bundesgerichtsgesetz, Basel 2006, S. 35 f.; NICOLAS VON WERDT, in: Seiler/von Werdt/Günterich, Stämpflis Handkommentar zum Bundesgerichtsgesetz, Bern 2007, N. 7 zu Art. 91 BGG; UHLMANN/WÄLLE-BÄR, a.a.O., N. 22 zu Art. 44 VwVG). Diese Rechtsprechung ist auch bei der Anwendung des VwVG massgebend, nachdem das revidierte VwVG auf das neue BGG abgestimmt worden ist (in Bezug auf die Anfechtbarkeit von Zwischenverfügungen vgl. BBI 2001 4403; UHLMANN/WÄLLE-BÄR, a.a.O., N. 22 zu Art. 44 VwVG, m.w.H.).

**1.1.3** Die angefochtene Verfügung lässt sich weder als Teilverfügung noch als Zwischenverfügung im Sinne der massgebenden Rechtsprechung charakterisieren. In dieser Verfügung wird nicht ein Teilaspekt oder eine Grundsatzfrage der Streitsache erledigt, vielmehr wird darin ein einzelner, konkret umrissener Sachverhalt abschliessend beurteilt, nämlich das angeblich kartellrechtlich unzulässige Verhalten der Beschwerdeführerin (Erzwingung eines Mobilterminierungspreises von 33.5 Rappen pro Minute) an einem begrenzten Ort (ganze Schweiz) in einem bestimmten Zeitraum (1. April 2004 bis 31. Mai 2005).

Auch soweit die Untersuchung nach dem 31. Mai 2005 weitergeführt wird, regelt die angefochtene Verfügung nicht einen Teilaspekt oder eine Grundsatzfrage dieser Untersuchung. Vielmehr wird ein zeitlich abgeschlossener Sachverhalt einer definitiven materiellrechtlichen Beurteilung zugeführt. Der nach dem 31. Mai 2005 auf 20 Rappen pro Minute gesenkte Terminierungspreis sowie die damit verbundenen Reaktionsweisen der anderen Marktteilnehmer bilden einen neuen Sachverhaltskomplex. Dieser ist einer eigenständigen kartellrechtlichen Beurteilung zugänglich, welche gegenwärtig noch aussteht.

Demnach stellt die angefochtene Verfügung eine Endverfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VwVG dar.

**1.1.4** Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt nach Art. 31 VGG Beschwerden gegen solche Endverfügungen; es ist nach Art. 33 Bst. f VGG (i.V.m. Art. 47 Abs. 1 Bst. b VwVG) für die Behandlung der vorliegenden Streitsache zuständig, zumal keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt.

**1.1.5** Das Bundesverwaltungsgericht hat aufgrund des ausserordentlichen Umfangs und der Komplexität der Angelegenheit sowie der zahlreichen grundlegenden Rechtsfragen, die zu klären waren, ausnahmsweise zwei Gerichtsschreiber eingesetzt.

Gemäss Art. 26 VGG wirken Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber bei der Instruktion der Fälle und bei der Entscheidungsfindung mit. Sie haben beratende Stimme und erarbeiten unter der Verantwortung eines Richters oder einer Richterin Referate und redigieren die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts.

Die Rechtsprechung hat im Zusammenhang mit dem aus Art. 58 Abs. 1 BV und Art. 6 Abs. 1 erster Satz EMRK abgeleiteten Anspruch der Parteien auf ein unabhängiges und unparteiisches Gericht wiederholt erkannt, dass auch die Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber den entsprechenden verfassungs- und konventionsrechtlichen Anforderungen genügen müssen, sofern sie Einfluss auf die Urteilsfindung haben können, was namentlich der Fall ist, wenn sie an der Entscheidungsfindung mit beratender Stimme mitwirken (vgl. BGE 125 V 499 E. 2b, m.w.H., u.a. auf BGE 115 Ia 224 E. 7b).

Da vorliegend zwei Gerichtsschreiber entsprechend ihren Beiträgen mit beratender Stimme an der Entscheidungsfindung mitgewirkt haben, werden - zur Gewährleistung der gebotenen Transparenz - im Rubrum diese beiden Gerichtsschreiber namentlich aufgeführt.

## **1.2 Beschwerdelegitimation und übrige Eintretensvoraussetzungen**

**1.2.1** Die Beschwerdeführerin hat am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen. Sie ist durch die angefochtene Verfügung insoweit besonders berührt, als die Vorinstanz darin feststellt, die Beschwerdeführerin habe im "Wholesale"-Markt für die in ihr Mobilfunknetz eingehenden Fernmeldedienste im Bereich der Sprachtelefonie bis am 31. Mai 2005 über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, und der Beschwerdeführerin gestützt darauf einen Ausbeutungsmissbrauch vorwirft bzw. diesen mit einem "Geldbetrag" sanktioniert. Die Beschwerdeführerin hat deshalb ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung dieser Verfügung (vgl. Entscheid der REKO/WEF FB/2003-4 vom 9. Juni 2005 [i.S. Telekurs Multipay AG] E. 6.2.6, veröffentlicht in: RPW 2005/3, S. 530 ff., sowie grundlegend zur Feststellung einer beherrschenden Stellung im Verfügungsdispositiv Entscheid der REKO/WEF FB/2005-2 vom 25. Oktober 2006 [i.S. Swisscom Directories AG] E. 4.2 und E. 5.2.2, veröffentlicht in: RPW 2006/4, S. 698 ff.). Somit ist die Beschwerdeführerin zur Beschwerde grundsätzlich legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG).

**1.2.2** Eingabefrist und -form sind gewahrt (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG), der Vertreter hat sich rechtsgenügend ausgewiesen (Art. 11 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 46 ff. VwVG).

Auf die Beschwerde ist daher einzutreten, soweit darin die Aufhebung der angefochtenen Verfügung verlangt wird.

**1.2.3** Darüber hinaus beantragt die Beschwerdeführerin, "die Vorinstanz sei anzuweisen, die Untersuchung betreffend Terminierung Mobilfunk (32-0158) ohne Folgen für Swisscom Mobile AG einzustellen".

Mit diesem Begehren wendet sich die Beschwerdeführerin gegen die Fortführung der gegenwärtig laufenden Untersuchung (für die Zeit nach dem 31. Mai 2005; vgl. Ziff. 5 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung). Auf diesen Antrag kann jedoch nicht eingetreten werden. Nach feststehender Rechtsprechung der REKO/WEF, an der festzuhalten ist, stellt die *Eröffnung* einer Untersuchung keine mit Verwaltungsbeschwerde anfechtbare Verfügung dar, weil sie kein individuell-konkretes

Rechtsverhältnis nach Art. 5 VwVG begründet (vgl. Entscheidung der REKO/WEF FB/2003-4 vom 9. Juni 2005 [i.S. Telekurs Multipay AG] E. 1.4, veröffentlicht in: RPW 2005/3, S. 530 ff., m.w.H.; PAUL RICHLI, Kartellverwaltungsverfahren, in: von Büren/David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht [SIWR] V/2, Basel 2000, S. 428; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, Rz. 1079 f.; vgl. auch die Literaturhinweise in BGE 130 II 521 E. 2.7.3). Gleiches gilt auch bezüglich der vorliegenden *Fortführung* der Untersuchung für Sachverhalte nach dem 31. Mai 2005. Mangels eines Anfechtungsobjekts ist folglich auf die Beschwerde nicht einzutreten, soweit die Einstellung der "Untersuchung betreffend Terminierung Mobilfunk (32-0158)" verlangt wird.

## 2. Beschwerdegründe und vorgeworfenes Verhalten

### 2.1 Zulässigkeit der Beschwerdegründe

Zur Begründung ihres Antrags auf Aufhebung der angefochtenen Verfügung bringt die Beschwerdeführerin eine Vielzahl formeller wie auch materieller Rügen vor:

Einerseits beklagt sie eine Verletzung ihres Anspruchs auf eine EMRK-konforme Behandlung der Streitsache, welche auch das Bundesverwaltungsgericht nicht "heilen" könne, sowie eine in mannigfacher Weise erfolgte Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör. Andererseits rügt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe in wesentlichen Fragen auf eine gewissenhafte Beweisführung verzichtet und sich weitgehend auf blosser Behauptungen und Vermutungen gestützt und daher die tatsächlichen Voraussetzungen für die Verhängung einer Kartellsanktion nicht nachweisen können. Überdies habe die Vorinstanz das massgebliche Recht in jeder Hinsicht fehlerhaft angewendet.

In den folgenden Erwägungen 3 ff. ist auf die einzelnen Rügen einzugehen, zumal sich diese an den Rahmen der zulässigen Beschwerdegründe von Art. 49 VwVG halten.

Da die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung gleichzeitig zwei unterschiedliche Positionen zu den angeblichen Opfern des der Beschwerdeführerin vorgeworfenen Ausbeutungsmissbrauchs zu vertreten scheint, ist vorab kurz auf die entsprechende Kritik der Beschwerdeführerin einzugehen.

### 2.2 Das der Beschwerdeführerin vorgeworfene Verhalten

**2.2.1** Die Beschwerdeführerin bemängelt, die Vorinstanz habe in der angefochtenen Verfügung die als missbräuchlich erachteten Verhaltensweisen nirgends eindeutig substantiiert, sondern "wechselnde Vorwürfe" erhoben, was auf die "sprunghafte Entstehungsgeschichte" der angefochtenen Verfügung und deren unsorgfältige Redaktion zurückzuführen sei:

- Sie werfe der Beschwerdeführerin vor, ihre marktbeherrschende Stellung missbraucht zu haben, "indem sie nach Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG unangemessene Terminierungsgebühren von anderen FDA" erzwungen habe (vgl. Dispositiv-Ziff. 2 der angefochtenen Verfügung);

- ein Missbrauch habe auf der "Wholesale-Ebene" stattgefunden und sich "auf die Endkunden" ausgewirkt (vgl. Verfügung Ziff. 345);
- die Beschwerdeführerin habe "mit den überhöhten Terminierungsgebühren die Endkunden der FDA, die eine Terminierung in das MF-Netz von SCM nachfragten, ausgebeutet" (vgl. Verfügung Ziff. 371);
- die Beschwerdeführerin habe sich unzulässig verhalten, "indem sie [...] gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG unangemessene Preise [...] verlangt und damit die Endkunden der Marktgegenseite im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG" ausgebeutet habe (vgl. Verfügung Ziff. 379).

Unklar sei, welches Verhalten ihr überhaupt vorgeworfen werde: (1.) eine missbräuchliche Verhaltensweise auf der "Wholesale- und/oder Retail-Ebene" oder (2.) eine Ausbeutung oder Behinderung der Anbieterinnen von Fernmeldediensten, der Mobilfunkanbieterinnen oder der Endkunden der anderen Fernmeldediensteanbieterinnen. Eine Auslegung des Dispositivs im Lichte der Erwägungen führe zu keinem eindeutigen Ergebnis.

**2.2.2** Die Vorinstanz widerspricht dieser Darstellung in ihrer Vernehmlassung vom 18. Juni 2007. Die angefochtene Verfügung sei eindeutig: Der Beschwerdeführerin werde die Benachteiligung der Marktgegenseite durch das Erzwingen unangemessener Preise vorgeworfen. Die kritisierten Unklarheiten und Inkonsistenzen bestünden nicht. Es sei bewiesen worden, dass die Beschwerdeführerin ihre marktbeherrschende Stellung missbraucht habe, indem sie von anderen Fernmeldediensteanbieterinnen unangemessene "Terminierungsgebühren" erzwungen habe. Ob die Vertragspartner die Nachteile auf ihre Kunden überwältigt hätten, liege ausserhalb des Einflussbereichs eines marktbeherrschenden Unternehmens und spiele kartellrechtlich keine Rolle. Darum sei letztlich nicht ausschlaggebend, ob die Anbieterinnen von Fernmeldediensten oder die Endkunden überhöhte Preise bezahlt hätten. Dies sei kein Tatbestandselement von Art. 7 Abs. 1 KG, sondern eine Folge der Ausbeutung, welche die Beschwerdeführerin begangen habe.

**2.2.3** Im Sinne der überzeugenden Ausführungen der Vorinstanz, welche vom klaren Wortlaut der Dispositiv-Ziff. 2 der angefochtenen Verfügung gestützt werden, ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführerin einzig vorgeworfen wird, sie habe im relevanten Zeitraum (bis 31. Mai 2005) ihre angeblich marktbeherrschende Stellung dazu missbraucht, im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG von anderen Anbieterinnen von Fernmeldediensten (d.h. vorab von Sunrise und Orange) unangemessene Terminierungspreise zu erzwingen. Deshalb wurde sie gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG (i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG) mit einem "Betrag" von Fr. 333'365'685.- "belastet" (vgl. Dispositiv-Ziff. 3 der angefochtenen Verfügung).

Dem scheint entgegen zu stehen, dass die Vorinstanz insbesondere in der Ziff. 271 der angefochtenen Verfügung festhält, die überhöhten "Mobilterminierungsgebühren" hätten sich negativ auf die Endkunden der Marktge-

genseite ausgewirkt, indem Anbieterinnen von Fernmeldediensten in der Regel die unangemessenen Terminierungspreise auf ihre Endkunden abgewälzt hätten, womit diese die "primär Geschädigten" seien (vgl. dazu auch Verfügung Ziff. 268, 271, 287, 306, 345, 347 [mit der Einschränkung "hauptsächlich"], 367, 371, 379, 410, 414).

Diese Sicht hat die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung vom 18. Juni 2007 (vgl. Ziff. 60) korrigiert und überzeugend dargelegt, dass die Fernmeldediensteanbieterinnen als Marktgegenseite (und damit implizit als die primär Geschädigten) anzusehen seien, welche allenfalls die Möglichkeit hätten, die ihnen zugefügten Nachteile abzuwälzen (auf Kosten von Zulieferern oder Kunden bzw. Endverbrauchern).

Insofern scheinen die von der Beschwerdeführerin zu Recht beklagten Unklarheiten einerseits Folge eines redaktionellen Versehens zu sein, das sich durch den langwierigen Entstehungsprozess der Verfügung (15. Oktober 2002 [Eröffnung der Untersuchung] bis 5. Februar 2007 [Erlass der angefochtenen Verfügung]) teilweise erklären lässt. Angesichts der hohen technischen und ökonomischen Komplexität der zur Beurteilung stehenden Netzwerkverhältnisse hatte die Vorinstanz in der Anfangsphase die Stossrichtung ihrer Untersuchung vorab auf das allfällige Bestehen missbräuchlicher Absprachen (Art. 5 f. KG) gerichtet (vgl. Vorinstanz act. 22, 33, 36, 55, 69, 100), weshalb natürlich der Endkunde als benachteiligte Seite in den Vordergrund rückte. Wie die Beschwerdeführerin indessen zu Recht rügt, hätte die Vorinstanz im Lichte ihres konzeptionell neu formulierten Vorwurfs (Preisausbeutung nach Art. 7 Abs. 1 [i.V.m. Abs. 2 Bst. c] KG) die Ziff. 268, 271, 287, 306, 345, 347, 367, 371, 379, 410, 414 der angefochtenen Verfügung entsprechend anpassen müssen.

Indes kommt dieser redaktionellen Unsorgfalt für die Beurteilung des vorliegenden Falles keine erhebliche Bedeutung zu. In diesem Sinne ist den nachfolgenden Erörterungen die zuletzt vertretene Sichtweise der Vorinstanz zu Grunde zu legen, welche von einem angeblichen "Ausbeutungsmissbrauch zu Lasten anderer Fernmeldediensteanbieter" (d.h. primär zu Lasten von Sunrise und Orange) ausgeht.

**2.2.4** Angesichts der unbestrittenen Standpunkte der Vorinstanz und der Beschwerdeführerin ist der Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens nach zwei Richtungen hin abzugrenzen:

Obwohl im Rahmen der Eröffnung der Untersuchung in der amtlichen Publikation der Verdacht auf unzulässige Wettbewerbsabreden erwähnt worden war (vgl. BBl 2002 6827 und im Sachverhalt unter B.b), wird in der angefochtenen Verfügung weder der Beschwerdeführerin noch anderen Anbieterinnen von Fernmeldediensten vorgeworfen, die Mobilterminierungspreise in unzulässiger Weise untereinander *abgesprochen* zu haben (im Sinne einer Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG). Die Vorinstanz hat diesen Anfangsverdacht nicht weiter verfolgt, nachdem sie auf der Infrastrukturebene keine Wettbewerbsabrede erkennen konnte, sondern ein Problem des strukturell anders gearteten Marktmachtmissbrauchs ortete. Deshalb sind allfällige Abreden auf der Infrastrukturebene von vornherein nicht Gegenstand des

vorliegenden Verfahrens, ebensowenig wie allfällige Abreden auf der nachgelagerten Dienstleistungsebene. Solche bildeten auch nicht Gegenstand des Untersuchungsverfahrens.

Ebenfalls nicht zu prüfen ist die Frage, ob die Beschwerdeführerin mit ihrer Preissetzung im Bereich der Terminierung ihre Konkurrentinnen, Orange und Sunrise, in der Ausübung des Wettbewerbs (auf Dienstleistungsebene) behindert habe. Die Vorinstanz verneint diese Frage in den Ziff. 367-370 der angefochtenen Verfügung mit einlässlichen Argumenten. Hinweise auf einen Behinderungsmissbrauch liegen nicht vor, weshalb auf diese unbestrittene Sachlage nicht zurückzukommen ist.

Im Streit liegt daher einzig der Ausbeutungsmissbrauch, den die Beschwerdeführerin auf der Infrastrukturebene angeblich zum Nachteil ihrer Konkurrentinnen begangen haben soll (vgl. E. 11 f.).

### 3. Anwendbares Recht

Für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung des vorliegenden Falles ist neben den kartellgesetzlichen Normen (vgl. E. 3.1) insbesondere der fernmelderechtliche Regulatorrahmen (vgl. E. 3.2) bedeutsam:

#### 3.1 Kartellrecht

Das Kartellgesetz (zitiert im Sachverhalt unter B.a) bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (Art. 1 KG).

Es gilt für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1bis KG).

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).

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). Als solche Verhaltensweisen fallen insbesondere die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG in Betracht.

Die Wettbewerbskommission trifft die Entscheide und erlässt die Verfügungen, die nicht ausdrücklich einer anderen Behörde vorbehalten sind (Art. 18 Abs. 3 erster Satz KG). Die Wettbewerbskommission entscheidet auf Antrag des Sekretariats mit Verfügung über die zu tref-

fenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung (Art. 30 Abs. 1 KG).

Auf die Verfahren sind die Bestimmungen des VwVG anwendbar, soweit das Kartellgesetz davon nicht abweicht (Art. 39 KG).

Beteiligte an Abreden, marktmächtige Unternehmen, Beteiligte an Zusammenschlüssen sowie betroffene Dritte haben den Wettbewerbsbehörden alle für deren Abklärungen erforderlichen Auskünfte zu erteilen und die notwendigen Urkunden vorzulegen. Das Recht zur Verweigerung der Auskunft richtet sich nach Art. 16 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (Art. 40 KG).

Nach dem am 1. April 2004 in Kraft getretenen Art. 49a KG (AS 2004 1387 f.) können Unternehmen bei gewissen unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen direkt mit Sanktionen belastet werden, wobei Abs. 1 vorsieht:

"Ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Artikel 5 Absätze 3 und 4 beteiligt ist oder sich nach Artikel 7 unzulässig verhält, wird mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Artikel 9 Absatz 3 ist sinngemäss anwendbar. 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."

Nach Abs. 3 Bst. a von Art. 49a KG entfällt diese Belastung insbesondere, wenn das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung meldet, bevor diese Wirkung entfaltet. Wird dem Unternehmen innert fünf Monaten nach der Meldung die Eröffnung eines Verfahrens nach den Art. 26-30 mitgeteilt und hält es danach an der Wettbewerbsbeschränkung fest, entfällt die Belastung nicht.

Die Schlussbestimmung zur Änderung vom 20. Juni 2003 (AS 2004 1385, BBl 2002 2022, 5506) hält fest:

"Wird eine bestehende Wettbewerbsbeschränkung innert eines Jahres nach Inkrafttreten von Artikel 49a gemeldet oder aufgelöst, so entfällt eine Belastung nach dieser Bestimmung."

### 3.2 Fernmelderecht

Vorauszuschicken ist, dass für die in Frage stehende Sanktionsperiode (1. April 2004 bis 31. Mai 2005) auf die altrechtliche Fassung des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (zitiert im Sachverhalt unter A.a) abzustellen ist (AS 1997 2187). Die mit der Gesetzesrevision vom 24. März 2006 angepassten Bestimmungen wurden erst auf den 1. April 2007 in Kraft gesetzt (Fernmeldegesetz, Änderungen vom 24. März 2006, Ziff. I, IV; AS 2007 921 939; BBl 2003 7951). Dies bestreiten die Verfahrensbeteiligten zu Recht nicht.

Das Fernmeldegesetz bezweckt, dass der Bevölkerung und der Wirtschaft vielfältige, preiswerte, qualitativ hoch stehende sowie national und international konkurrenzfähige Fernmeldedienste angeboten werden (aArt. 1 Abs. 1 FMG, AS 1997 2187). Es soll insbesondere: (a.) eine zuverlässige und erschwingliche Grundversorgung mit Fernmeldediensten für alle Bevölkerungskreise in allen Landesteilen gewährleisten; (b.) einen störungsfreien,

die Persönlichkeits- und Immaterialgüterrechte achten den Fernmeldeverkehr sicherstellen; (c.) einen wirksamen Wettbewerb beim Erbringen von Fernmeldediensten ermöglichen (aArt. 1 Abs. 2 FMG, AS 1997 2187).

Nach aArt. 3 Bst. e FMG (AS 1997 2187) bedeutet *Interkonnektion*:

"... die Verbindung von Fernmeldeanlagen und Fernmeldediensten, die ein fernmeldetechnisches und logisches Zusammenwirken der verbundenen Teile und Dienste sowie den Zugang zu Diensten Dritter ermöglicht."

Die bis 31. März 2007 gültige Fassung von aArt. 11 FMG (AS 1997 2187) lautete:

"1 Marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten müssen andern Anbieterinnen von Fernmeldediensten nach den Grundsätzen einer transparenten und kostenorientierten Preisgestaltung auf nichtdiskriminierende Weise Interkonnektion gewähren. Sie müssen die Bedingungen und Preise für ihre einzelnen Interkonnektionsdienstleistungen gesondert ausweisen. Der Bundesrat legt die Grundsätze der Interkonnektion fest.

2 Wer Dienste der Grundversorgung nach Artikel 16 anbietet, muss die Kommunikationsfähigkeit zwischen allen Benutzern dieser Dienste sicherstellen und ist auch zur Interkonnektion verpflichtet, wenn sie keine marktbeherrschende Stellung hat und nicht Grundversorgungskonzessionärin ist. Der Bundesrat kann Schnittstellen für den Zugang zu diesen Diensten nach internationalen Normen vorschreiben. Das Bundesamt erlässt die nötigen technischen und administrativen Vorschriften.

3 Kommt innert drei Monaten zwischen der zur Interkonnektion verpflichteten Anbieterin und der Anfragerin keine Einigung zustande, so verfügt die Kommission auf Antrag des Bundesamtes die Bedingungen nach markt- und branchenüblichen Grundsätzen. Auf Gesuch einer Partei kann die Kommission einstweiligen Rechtsschutz gewähren. Ist die Frage der Marktbeherrschung zu beurteilen, so konsultiert das Bundesamt die Wettbewerbskommission. Die Wettbewerbskommission kann ihre Stellungnahme veröffentlichen.

4 Verfügungen der Kommission nach Absatz 3 unterliegen der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht. Streitigkeiten aus Interkonnektionsvereinbarungen und Interkonnektionsentscheiden werden durch die Zivilgerichte beurteilt.

5 Die beteiligten Parteien stellen dem Bundesamt nach Vertragsabschluss eine Kopie ihrer Interkonnektionsvereinbarung zu. Soweit keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen, gewährt das Bundesamt Einsicht in die Vereinbarungen nach den Absätzen 1-4."

### 4. Rüge der Verletzung von Art. 7 EMRK

Wie bereits erwähnt, wird nach Art. 49a Abs. 1 erster Satz KG (direkte Sanktionierung) ein Unternehmen, das sich insbesondere nach *Art. 7 KG 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 (Art. 49a Abs. 1

KG, dritter Satz). Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen (Art. 49a Abs. 1 KG, vierter Satz).

Unter der Marginalie "Keine Strafe ohne Gesetz" hält Art. 7 Abs. 1 erster Satz EMRK (zitiert im Sachverhalt unter D.b) fest:

"Niemand darf wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach innerstaatlichem oder internationalem Recht nicht strafbar war."

#### 4.1 Die Rügen der Beschwerdeführerin zu Art. 7 Abs. 1 EMRK

Anknüpfend an die letztgenannte Bestimmung macht die Beschwerdeführerin zweierlei geltend.

Einerseits erachtet sie zur Hauptsache die *Tatbestandsseite* von Art. 49a Abs. 1 erster Satz KG als zu unbestimmt, weshalb sie angesichts der angeblich objektiv unklaren Rechtslage den sanktionsbedrohten Verstoss nicht habe voraussehen können (vgl. E. 4.1.1). Andererseits bemängelt sie, dass keine hinreichende Klarheit über die *Rechtsfolgen* bestehe (vgl. E. 4.1.2):

**4.1.1** Zur angeblich unzulässigen Unbestimmtheit des Tatbestands führt die Beschwerdeführerin an, das Bestimmtheitsgebot *nulla poena sine lege certa* ergebe sich aus dem Gebot der Rechtssicherheit und dem Legalitätsprinzip. Die Sanktionierung von gesetzwidrigem Verhalten bezwecke Prävention und Repression. Dies wiederum setze vorwerfbares Verhalten voraus. Ein solches sei nur dann strafwürdig, wenn die Rechtslage objektiv klar gewesen sei und dem Täter subjektiv vorgeworfen werden könne, dass er diese Rechtslage missachtet habe.

Der Grad an Bestimmtheit einer Norm müsse um so höher sein, je gravierender sich die Rechtsfolgen auswirkten. Die genügende Klarheit einer Gesetzesbestimmung könne sich aus ihrem Wortlaut sowie aus behördlicher Fallpraxis ergeben. Blieben jedoch der Anwendungsbereich und der Inhalt einer Norm auch unter Berücksichtigung behördlicher Fallpraxis unklar, dürfe wegen eines Normverstosses keine Sanktion ausgefällt werden, wie im massgebenden BGE 125 IV 35 festgehalten werde. Deshalb müsse eine Sanktion objektiv voraussehbar sein.

Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG, der die "Erzwingung unangemessener Preise" für unzulässig erklärt und vom Verweis in Art. 49a Abs. 1 erster Satz KG mitumfasst wird, bezeichne als unzulässige Verhaltensweise pauschal die "Erzwingung unangemessener Preise", definiere aber nicht näher, was unter "Erzwingung" oder unter "unangemessen" zu verstehen sei. Insbesondere würden keinerlei Kriterien für die "Unangemessenheit" genannt. Somit lasse der Gesetzestext von Art. 7 KG allein noch nicht hinreichend klar erkennen, wann eine Sanktion zu erwarten sei - im Unterschied zum Normtext von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG, den der Gesetzgeber bei der Einführung direkter Sanktionen vor Augen gehabt habe. Da nach revidiertem Kartellgesetz keine konkretisierenden Verfügungen mehr ergingen, könne sich die nötige Klarheit nur aus einer bereits bestehenden behördlichen Praxis ergeben. Indes bestehe für den vorliegenden Fall

zu Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG bis heute keine einschlägige Fallpraxis.

Bereits die Gutachter Prof. Dr. iur. RENÉ RHINOW und Dr. iur. ANDRÁS A. GUROVITS (vgl. RPW 2001/3, S. 602 ff.) hätten die Anknüpfung direkter Sanktionen an den Missbrauchstatbestand von Art. 7 KG - ohne die Möglichkeit einer vorgängigen Klarstellung der Rechtslage - für verfassungsrechtlich bedenklich gehalten. Jedoch habe sie (als betroffenes Unternehmen) über dieses Korrektiv, die Rechtslage vorgängig klären zu lassen, damals nicht verfügt. Denn bei den strittigen "Terminierungsgebühren" sei es nicht um einen künftigen Sachverhalt gegangen, wie dies das Meldeverfahren nach Art. 49a Abs. 3 KG voraussetze. Daher habe sie am 1. April 2004 eine Meldung gemäss Übergangsbestimmung zum revidierten Kartellgesetz eingereicht, welche das Bundesgericht im Urteil 2A.289/2005 vom 8. Juni 2006 entgegen dem Entscheid der REKO/WEF nicht als sanktionsbefreiende Meldung anerkannt habe.

Trotz dieser Entwicklung sei bis heute unklar, welche "Terminierungsgebühr" "angemessen" sei, was selbst die Vorinstanz einräume. Sie habe deshalb angesichts zweier Entscheide der ComCom ihre "Terminierungsgebühren" für angemessen halten dürfen. Am 29. April 1999 habe die ComCom auf Begehren von Sunrise (damals diAx) einen markt- und branchenüblichen Preis für nationale Terminierung von 47 Rp./Min. errechnet und vorsorglich festgelegt. Am 3. April 2001 habe die ComCom auf Gesuch von Sunrise hin eine "Terminierungsgebühren"-Differenz von 10 % festgelegt. An diese behördliche Rahmenvorgaben habe sie sich danach gehalten, weshalb sie ihr Verhalten als zulässig habe betrachten dürfen. Auch die Vorinstanz erachte ein Verhalten für nicht rechtswidrig, wenn es behördlichen Vorgaben folge. Ferner habe die bisherige Fallpraxis nicht erkennen lassen, dass "Terminierungsgebühren" an ausländischen, kaufkraftparitätslosen Vergleichswerten zu messen seien. Insbesondere habe nicht damit gerechnet werden müssen, die kartellrechtliche Angemessenheit der strittigen "Terminierungsgebühr" würde sektorspezifisch anhand von ex-ante regulierten Ordnungen überprüft. In Europa gebe es kein einziges kartellrechtliches ex-post-Verfahren, das sich mit der Frage der "Terminierungsgebühren" auseinandergesetzt hätte. Sämtliche Entscheide seien von Regulierungsbehörden gestützt auf sektorspezifische Regulierungen getroffen worden. Insofern habe entgegen den Behauptungen der Vorinstanz eine einschlägige Fallpraxis gefehlt.

Somit habe sie in guten Treuen annehmen dürfen, zur Frage der Angemessenheit ihrer "Terminierungsgebühr" würden ausländische Vergleichswerte aus nicht-regulierten Ordnungen sowie die Kaufkraftparität berücksichtigt. So gesehen habe die strittige "Terminierungsgebühr" im europäischen Mittel gelegen, weshalb nicht ersichtlich gewesen sei, dass die "Terminierungsgebühr" unangemessen sein könnte. Dies aber schliesse nach dem Bestimmtheitsgebot eine Sanktion aus.

**4.1.2** Neben diesen tatbestandsbezogenen Rügen macht die Beschwerdeführerin ferner geltend, das Bestimmtheitsgebot gelte auch für die in einer Rechtsnorm vorgesehene *Rechtsfolge*, die für den Normadressaten vorhersehbar sein müsse.

Im vorliegenden Fall bestehe jedoch nicht die nötige Klarheit über die drohende Sanktion. Art. 49a Abs. 1 KG setze nur deren Obergrenze bei "10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes" an und führe als Bemessungskriterien nur die Dauer und die Schwere des inkriminierten Verhaltens sowie den mutmasslich erzielten Gewinn an. Damit ergebe sich ein exorbitanter, unverhältnismässiger und abstrakter Strafrahmen von Null bis rund drei Milliarden Franken und damit ein beispielloser Ermessensspielraum der Vorinstanz. Daher könne nicht von einer klaren Rechtsfolge gesprochen werden. Hinzu komme, dass sich der KG-Sanktionsverordnung (zitiert im Sachverhalt unter C.e) keine brauchbaren Kriterien entnehmen liessen. Die in Art. 3 SVKG genannte "Schwere des Verstosses" sei als verschärfendes Element völlig unbestimmt und unberechenbar. Nach Art. 4 SVKG sei aufgrund der Dauer des Verstosses ein Zuschlag "bis zu" einem bestimmten Prozentsatz zu berechnen. Nach welchen Kriterien dieser Zuschlag innerhalb dieses Rahmens festzulegen sei, werde nicht erklärt.

#### **4.2 Die angefochtene Sanktion als "strafrechtliche Anklage"**

Die als "Betrag" bezeichnete Sanktion, mit der die Beschwerdeführerin "belastet" wurde, kommt unbestrittenmassen einer "strafrechtlichen Anklage" gleich, weshalb sie Strafcharakter im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK hat (vgl. BGE 135 II 60 E. 3.2.3; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4037/2007 vom 29. Februar 2008 E. 4.3, m.w.H.; vgl. Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte [EGMR], Zulässigkeitsentscheid 53892/00 vom 3. Dezember 2002 i.S. Lilly France S.A. v. Frankreich, Ziff. 2 S. 9, sowie EGMR, Urteil 5242/04 vom 11. Juni 2009 i.S. Dubus S.A. v. Frankreich, Ziff. 35; zu den einschlägigen EMRK-Kriterien vgl. EGMR, Urteil 35533/04 vom 11. Januar 2007 i.S. Mamidakis v. Griechenland, Ziff. 20 f.; EGMR, Urteil 27812/95 vom 23. September 1998 i.S. Malige v. Frankreich, Ziff. 34 ff.; EGMR, Urteil 11034/84 vom 22. Mai 1990 i.S. Weber v. Schweiz, Ziff. 29 ff.; BGE 134 I 140 E. 4.2; zum KG vgl. Botschaft des Bundesrates vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes [BBI 2002 2022, 2052, nachfolgend: Botschaft KG 2001]; YVO HANGARTNER, Aspekte des Verwaltungsverfahrensrechts nach dem revidierten Kartellgesetz von 2003, in: Zäch/ Stoffel [Hrsg.], Kartellgesetzrevision 2003 - Neuerungen und Folgen, Zürich 2004, S. 269 f.; CHRISTOF RIEDO/MARCEL ALEXANDER NIGGLI, Verwaltungsstrafrecht, Teil 1: Ein Märchen, eine Lösung, ein Problem und ein Beispiel, in: Häner/Waldmann [Hrsg.], Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 41 ff., sowie MARCEL ALEXANDER NIGGLI/CHRISTOF RIEDO, Verwaltungsstrafrecht, Teil 2: Eine Lösung, viele Probleme, einige Beispiele und kein Märchen, in: Häner/Waldmann [Hrsg.], a.a.O., S. 57 ff.; CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG, Zürich 2007, S. 85; PIETER VAN DIJK/FRIED VAN HOOF/ARJEN VAN RIJN/LEO ZWAAK, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 4. Aufl., Antwerpen/Oxford 2006, S. 539 ff.; DANIEL ZIMMERLI, Zur Dogmatik des Sanktionssystems und der «Bonusregelung» im Kartellrecht, Bern 2007, S. 449 ff.).

Aus diesem Grunde fällt die hier aufgeworfene Fragestellung auch in den Geltungsbereich von Art. 7 EMRK, den die Beschwerdeführerin *ratione personae* rügen kann (vgl. BGE 128 I 346 E. 3.2; MARK E. VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., Zürich 1999, Rz. 534 bzw. 101). Dem steht der Umstand nicht entgegen, dass die Beschwerdeführerin als spezialgesetzliche Aktiengesellschaft mit dem Bund als Mehrheitsaktionär organisiert ist (Art. 2 und 6 des Telekommunikationsunternehmungsgesetzes vom 30. April 1997 [TUG, SR 784.11]), zumal sie im fraglichen Bereich der Mobilfunkterminierung keine staatliche Hoheitsgewalt ausübt und deshalb als "nichtstaatliche Organisation" im Sinne von Art. 34 EMRK parteifähig ist (vgl. CHRISTOPH GRABENWARTER, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl., München/Basel/Wien 2009, § 13 N. 10, S. 51 f. und § 17 N. 5, S. 102, m.w.H.).

#### **4.3 Zur Tragweite von Art. 7 Abs. 1 erster Satz EMRK im Allgemeinen**

Art. 7 EMRK statuiert den Grundsatz, wonach Straftaten und Strafsanktionen durch Gesetz umschrieben werden müssen (vgl. EGMR, Urteil 14307/88 vom 25. Mai 1993 i.S. Kokkinakis v. Griechenland, Ziff. 52; JOACHIM RENZI-KOWSKI, in: Karl [Hrsg.], Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention [IntKom-EMRK], Köln/ Berlin/München 2009, Rz. 2 zu Art. 7 EMRK; NIGGLI/RIEDO, a.a.O., S. 55). Dies gilt auch hinsichtlich direkter Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG, denen auch Strafcharakter zukommt (vgl. E. 4.2, m.w.H.).

**4.3.1** Diese wesentliche Rechtsstaatsgarantie, wonach jede Strafe auf Gesetz beruhen muss, soll den Einzelnen die Grenzen seiner Freiheit erkennen und ausüben lassen (vgl. LOUIS-EDMOND PETTITI/EMMANUEL DECAUX/PIERRE-HENRI IMBERT, La Convention européenne des droits de l'homme, 2. Aufl., Paris 1999, S. 294 f.; RENZI-KOWSKI, a.a.O., Rz. 5 und 52 ff. zu Art. 7 EMRK). Insofern soll vermieden werden, dass eine Strafverurteilung im Sinne von Art. 6 Abs. 1 erster Satz EMRK auf eine Gesetzesnorm gestützt wird, die eine Person nicht zumindest hätte kennen können (vgl. EGMR, Urteil 20166/92 vom 22. November 1995 i.S. S.W. und C.R. v. Vereinigtes Königreich, Ziff. 35; VAN DIJK/VAN HOOF/ VAN RIJN/ZWAAK, a.a.O., S. 654). Dabei variieren die Anforderungen an ein Gesetz nach verschiedenen Kriterien: Ob es hinreichend bestimmt und klar ist, hängt nach dem EGMR vom Rechtsgebiet, von der Zahl und vom Status der Adressaten ab. Insofern können technische oder relativ unbestimmte Begriffe insbesondere im Wirtschaftsrecht noch die Bestimmtheitserfordernisse erfüllen, während beispielsweise bei risikobehafteten Tätigkeiten von den Betroffenen erwartet werden kann, dass sie besondere Sorgfalt aufbringen, um die Folgen ihres Verhaltens abschätzen zu können (vgl. Urteil 17862/91 vom 15. November 1996 i.S. Cantoni v. Frankreich, Ziff. 35; PETTITI/DECAUX/IMBERT, a.a.O., S. 296; RENZI-KOWSKI, a.a.O., Rz. 53 zu Art. 7 EMRK).

**4.3.2** In diesem Zusammenhang lässt der EGMR richterliche Rechtsfortbildung nur in den Grenzen der Vorhersehbarkeit zu (vgl. Urteil 17862/91 vom 15. November 1996 i.S. Cantoni v. Frankreich, Ziff. 29 ff.; RENZI-KOWSKI, a.a.O., Rz. 58 zu Art. 7 EMRK; VILLIGER, a.a.O., Rz.

536). Zu beachten ist aber, dass Art. 7 EMRK kein Verbot einer schrittweise erfolgenden Klärung der Vorschriften über die strafrechtliche Verantwortlichkeit durch richterliche Auslegung enthält. Diesbezüglich muss die Rechtsprechung aber in sich widerspruchsfrei und ihre Entwicklung mit dem Wesen des Straftatbestands vereinbar und ausreichend voraussehbar sein (vgl. EGMR, Urteil 34044/96 vom 22. März 2001 i.S. Streletz, Kessler und Krenz v. Deutschland, Ziff. 50; GRABENWARTER, a.a.O., § 24 N. 137, S. 400; ARTHUR HAEFLIGER/FRANK SCHÜRMANN, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, 2. Aufl., Bern 1999, S. 244 ff.; RENZIKOWSKI, a.a.O., Rz. 11, 43 ff. zu Art. 7 EMRK).

**4.3.3** Allerdings lässt sich im Einzelfall eine unzulässige Rechtsfortbildung nur schwer von einer zulässigen Änderung der Rechtsprechung abgrenzen, welche auf entsprechender gesetzlicher Auslegung beruht (vgl. GRABENWARTER, a.a.O., § 24 N. 132, S. 397, mit Beispielen). Daher wird in der Praxis dem in Art. 7 EMRK (neben dem Gesetzmässigkeitsprinzip) ebenfalls angelegten Bestimmtheits- und Klarheitsgebot Genüge getan, wenn dem Wortlaut der jeweiligen Vorschrift, soweit erforderlich mit Hilfe der Auslegung durch die Gerichte, zu entnehmen ist, für welche Handlungen und Unterlassungen der Einzelne strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden kann (vgl. EGMR, Urteil 10249/03 vom 17. September 2009 i.S. Scoppola v. Italien, Ziff. 99 ff.; EGMR, Urteil 17862/91 vom 15. November 1996 i.S. Cantoni v. Frankreich, Ziff. 29; EGMR, Urteil 45771/99 vom 21. Januar 2001 i.S. Veeber v. Estland, Ziff. 31 ff.; GRABENWARTER, a.a.O., § 24 N. 137, S. 400; VAN DIJK/VAN HOOF/VAN RIJN/ZWAAK, a.a.O., S. 654 f.). Insofern haben nationale Gerichte keine "autonome Auslegung" nationaler Gesetze durch den EGMR zu befürchten, zumal sich dieser grösste Zurückhaltung auferlegt, wenn er Normen prüft, welche als "zu unbestimmt" kritisiert werden (vgl. EGMR, Urteil 11843/03 vom 3. Mai 2007 i.S. Custers, Deveaux and Turk v. Dänemark, Ziff. 76 ff.; JENS MEYER-LADEWIG, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, 2. Aufl., Baden-Baden 2006, N. 6 f. zu Art. 7 EMRK; VAN DIJK/VAN HOOF/VAN RIJN/ZWAAK, a.a.O., S. 654 f.; VILLIGER, a.a.O., Rz. 538).

**4.3.4** Eine Einschränkung hat die Tragweite von Art. 7 EMRK in der Rechtsprechung des EGMR zum sog. "Mauerschützenfall" erfahren, wo eine Verurteilung als vorhersehbar erachtet worden ist, obschon die menschenrechtswidrige staatliche Praxis für die Dauer und Gültigkeit der massgeblichen Rechtsordnung jegliche Strafbarkeit (von Tötungshandlungen an der ehemaligen DDR-Grenze) ausschloss (vgl. EGMR, Urteil 34044/96 vom 22. März 2001 i.S. Streletz, Kessler und Krenz v. Deutschland, Ziff. 77 ff.; STEPHAN BREITENMOSER/BORIS RIEMER/CLAUDIA SEITZ, Praxis des Europarechts - Grundrechtsschutz, Zürich/Köln/Wien 2006, S. 47 f.; GRABENWARTER, a.a.O., § 24 N. 138, S. 400 f.; ANNE PETERS, Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention, München 2003, S. 145 ff.; RENZIKOWSKI, a.a.O., Rz. 78 ff. zu Art. 7 EMRK).

**4.3.5** Der EGMR prüft jedoch nicht, ob sich der Betroffene strafbar gemacht hat, was Sache der nationalen Gerichte ist (vgl. EGMR, Urteil 34044/96 vom 22. März 2001 i.S. Streletz, Kessler und Krenz v. Deutschland, Ziff. 49), sondern nur, ob zur Tatzeit eine hinreichend

bestimmte Gesetzesvorschrift bestand, welche die Tat strafbar machte, und ob die auferlegte Strafe die von dieser Vorschrift bestimmten Grenzen überschritten hat (vgl. EGMR, Urteil 68066/01 vom 22. Juli 2003 i.S. Garbarri Moreno v. Spanien, Ziff. 22 ff., Ziff. 33; MEYER-LADEWIG, a.a.O., N. 7 zu Art. 7 EMRK; RENZIKOWSKI, a.a.O., Rz. 60 zu Art. 7 EMRK; VAN DIJK/VAN HOOF/VAN RIJN/ZWAAK, a.a.O., S. 656).

In seiner Rechtsprechung zur *Rechtsfolgeseite* beschäftigt sich der EGMR mit angeblichen Fehlern bei der Strafzumessung, also mit der Frage, ob die konkret erfolgte Strafzumessung dem gesetzlich vorgesehenen Strafraumen entspricht (vgl. EGMR, Urteil 10249/03 vom 17. September 2009 i.S. Scoppola v. Italien, Ziff. 95; EGMR, Urteil 68066/01 vom 22. Juli 2003 i.S. Garbarri Moreno v. Spanien, Ziff. 25; EGMR, Zulässigkeitsentscheid 36946/03 vom 29. November 2005 i.S. Uttley v. Grossbritannien; EGMR, Zulässigkeitsentscheid 33448/96 vom 14. Dezember 1999 i.S. Wedenig v. Österreich, S. 3 f.). Insofern verlangt das Bestimmtheitsgebot nicht, dass das genaue Mass der Strafe oder ein abschliessender Katalog von Alternativen gesetzlich festgelegt sein müssten (vgl. VAN DIJK/VAN HOOF/VAN RIJN/ZWAAK, a.a.O., S. 656). Soweit nur Strafmaxima gesetzlich vorgesehen sind, wissen die Betroffenen, welche Maximalstrafe sie bei einem Normverstoss zu erwarten haben (vgl. EGMR, Urteil 68066/01 vom 22. Juli 2003 i.S. Garbarri Moreno v. Spanien, Ziff. 33; RENZIKOWSKI, a.a.O., Rz. 54 zu Art. 7 EMRK). Nach VAN DIJK/VAN HOOF/VAN RIJN/ZWAAK scheint Art. 7 Abs. 1 erster Satz EMRK auch nicht auszuschliessen, dass der Strafgesetzgeber den Verstoss gegen eine - gesetzlich hinreichend bestimmte - Norm ohne gesetzliches Strafmaximum unter Strafe stellt (vgl. VAN DIJK/VAN HOOF/VAN RIJN/ZWAAK, a.a.O., S. 656 f.; a.M. NIGGLI/RIEDO, a.a.O., S. 55, wonach betragsmässig unbestimmte Bussen unzulässig seien; vgl. auch BERND MEYRING, Uferlose Haftung im Bussgeldverfahren?, Neuste Theorien der Kommission zur Zurechnung von Kartellverstössen, WuW 2010, S. 157 ff., insbes. S. 168 f., mit Hinweis u.a. auf RAINER BECHTOLD/STEPHAN WERNICKE, Kartellbussen ohne Mass, FAZ vom 14. Februar 2009).

Auch in seiner jüngsten Rechtsprechung verlangt der EGMR nicht, dass das genaue Strafmass gesetzlich festgelegt sein müsste (vgl. Urteil 10249/03 vom 17. September 2009 i.S. Scoppola v. Italien, Ziff. 94). Vielmehr prüft der EGMR bei angefochtenen Strafzumessungen einzig, ob diese den gesetzlich festgelegten Strafraumen überschreiten (vgl. Urteil i.S. Scoppola v. Italien, a.a.O., Ziff. 95).

#### **4.4 Die fehlende Fallpraxis zum inkriminierten Verhalten**

**4.4.1** Im Lichte der soeben dargelegten Grundsätze muss ein Gesetz so präzise formuliert sein, dass der Gesetzesadressat sein Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem nach den Umständen unterschiedlichen Grad an Gewissheit erkennen kann. Dies ist unbestritten. Indessen fällt - entgegen den Ausführungen der Vorinstanz - auf, dass zu Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG, der Art. 82 Abs. 2 Bst. a EGV nachgebildet ist (vgl. E. 12.3.3), bis heute weder eine in- noch eine ausländische wettbewerbsrechtliche Fallpraxis



besteht, die ausgehend von der telekommunikationsrechtlichen Rahmenordnung in vergleichbarer Weise die hier strittige Frage der "Erzwingung unangemessener Terminierungspreise" thematisieren würde.

Wie die Beschwerdeführerin zu Recht betont, gibt es selbst im europarechtlichen Kontext kein einziges kartellrechtliches "ex-post-Verfahren", das sich in vergleichbarem Sinne mit Terminierungspreisen auseinandergesetzt und der Beschwerdeführerin hätte Anhaltspunkte liefern können, dass die von ihr geforderten Terminierungspreise *Wettbewerbsrecht* verletzen könnten. Sämtliche einschlägigen Entscheide sind von Regulierungsbehörden im Rahmen von telekommunikationsrechtlichen Preis-Genehmigungssystemen getroffen worden, die sektorspezifisches Wettbewerbsrecht darstellen (sog. *ex-ante*-Regulierung; vgl. dazu im Einzelnen nachfolgend E. 11.3.4.4 und E. 12.3.4.4). Insofern stellte sich die hier interessierende Fragestellung im europäischen Umfeld nicht, weshalb sich die Beschwerdeführerin entgegen den Behauptungen der Vorinstanz nicht an einer einschlägigen Fallpraxis zu orientieren vermochte.

Trotz dieser Umstände vermag die Beschwerdeführerin aus den in der Erwägung 4.3 beschriebenen konventionsrechtlichen Anforderungen von Art. 7 Abs. 1 erster Satz EMRK keine für sie entlastenden Schlüsse zu ziehen, wenn sie geltend macht, sie hätte angesichts der Offenheit der hier anwendbaren materiellrechtlichen Vorschriften keine Möglichkeit gehabt zu erkennen, ob das ihr vorgeworfene Verhalten tatbestandsmässig sein könnte (vgl. E. 4.5 f.).

#### **4.5 Das Verhältnis von Art. 7 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. c KG im Lichte von Art. 7 Abs. 1 erster Satz EMRK**

**4.5.1** Wie die Beschwerdeführerin zu Recht einräumt, wird Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG, den die Vorinstanz in Verbindung mit Abs. 1 dieser Bestimmung angewandt hat, vom Verweis in Art. 49a Abs. 1 erster Satz KG mitumfasst, was die in der Lehre geäusserten Bedenken an der Bestimmtheit dieser Norm wohl etwas zu relativieren vermag (vgl. STEPHAN BREITENMOSER, Focus: Court Appeals in Competition Law, in: Baudenbacher [Hrsg.], Current Developments in European and International Competition Law - ICF 2008, Basel 2009, S. 381 ff., S. 385). Ungeachtet dieser Bedenken scheinen die Vorinstanz und die Beschwerdeführerin Art. 7 Abs. 1 KG, wonach sich marktbeherrschende Unternehmen unzulässig verhalten, wenn sie durch den *Missbrauch ihrer Stellung* auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen, als eine Norm aufzufassen, der unabhängig von ihrem Abs. 2 selbständige Bedeutung zukommen könnte.

Dieser Sicht kann aber nicht gefolgt werden. Denn Art. 7 Abs. 1 KG enthält, wenn vom konkretisierenden Tatbestandskatalog in dessen Abs. 2 abgesehen wird, keinerlei Konturen, die zumindest generalklauselhaft die Kriterien für "unzulässiges Verhalten" bzw. "den Missbrauch einer Stellung" erkennbar und damit vorhersehbar machen würden (vgl. zur Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG die Botschaft des Bundesrates vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [BBl 1995 I 468, 569 f.,

nachfolgend: Botschaft KG 1994]; vgl. zur Problematik "normativer Zirkelschlüsse" im Zusammenhang mit Art. 7 KG MARC AMSTUTZ, Die Paradoxie des Missbrauchsbegriffs im Wettbewerbsbeschränkungsrecht, in: Amstutz/Stoffel/Ducrey [Hrsg.], Schweizerisches Kartellrecht im 13. Jahr nach dem Paradigmenwechsel, Zürich/Basel/Genf 2009, S. 48 ff.).

Dieser Befund wiegt umso schwerer, als bereits der Bundesrat in seiner Botschaft auf das Problem der Doppelgesichtigkeit von Verhaltensweisen hinweist, das darin besteht, dass ein bestimmtes Verhalten "a priori sowohl Ausdruck erwünschten Wettbewerbs als auch einer missbräuchlichen Behinderungs- oder Ausbeutungsstrategie sein kann" (vgl. Botschaft KG 1994, a.a.O., S. 569; Entscheid der REKO/WEF 98/FB-001 vom 12. November 1998 E. 3.4, veröffentlicht in: RPW 1998/4, S. 655 ff., m.w.H.; AMSTUTZ, a.a.O., S. 55). Bei der Beurteilung dieser Fragen kommt sodann - insbesondere angesichts der wachsenden Bedeutung des sog. *more economic approach* (vgl. STEFAN BÜHLER, Ökonomik in der Rechtsanwendung - Bestandesaufnahme und Ausblick, in: Amstutz/Stoffel/Ducrey [Hrsg.], a.a.O., S. 33 ff.; MANUEL KELLERBAUER, Der "more economic approach" bei der Anwendung des Artikels 82 EG-Vertrags, AJP 2009, S. 1576 ff.; LARS-HENDRIK RÖLLER/ HANS W. FRIEDERISZICK, Ökonomische Analyse in der EU-Wettbewerbspolitik, in: Baudenbacher [Hrsg.], Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht 2004, Basel 2005, S. 354 ff.; vgl. die Kritik dazu in E. 11.3.1.3 und E. 12.4.2, mit Hinweis auf ROGER ZÄCH bzw. ADRIAN KÜNZLER) - erschwerend hinzu, dass anerkanntermassen eine Vielfalt wirtschaftstheoretischer Erklärungsmodelle zur Verfügung stehen, die Lehrmeinungen zufolge beinahe jedes Ergebnis einer Kartellgesetzanwendung einer ökonomischen Rechtfertigung zugänglich machen und deshalb den Rechtsanwender vor erhebliche methodische Probleme stellen (vgl. Entscheid der REKO/WEF FB/2004-4 vom 4. Mai 2006 [i.S. 20 Minuten] E. 6.3 [mit Verweis auf PETER HETTICH, Wirksamer Wettbewerb - Theoretisches Konzept und Praxis, Bern 2003, Rz. 752, 758] sowie E. 6.2 [mit Verweis auf ALAN P. KIRMAN, The Intrinsic Limits of Modern Economic Theory: The Emperor Has No Clothes, The Economic Journal, Vol. 99/1989, S. 126-139], veröffentlicht in: RPW 2006/2, S. 347 ff.; vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 2A.327/2006 vom 22. Februar 2007, veröffentlicht in: RPW 2007/2, S. 331 ff.; vgl. auch AMSTUTZ, a.a.O., S. 47 ff.).

Damit wird deutlich, dass die Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG angesichts ihrer inhaltlichen Offenheit für sich alleine betrachtet nicht den rechtsstaatlichen Minimalanforderungen des in Art. 7 Abs. 1 erster Satz EMRK verankerten Legalitätsprinzips zu entsprechen vermag.

**4.5.2** Indessen übersieht die Beschwerdeführerin, dass die Vorinstanz im Ergebnis zu Recht Art. 7 Abs. 1 KG und Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG als *untrennbare Einheit* aufgefasst hat, indem sie für die Tatbestandsmässigkeit des inkriminierten Verhaltens voraussetzte, dass eine Marktbeherrscherrin die Marktgegenseite "ausbeutet" (Art. 7 Abs. 1 KG), *indem* jene von ihrer Vertragspartnerin unangemessene Preise erzwingt (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG). Dieses Prüfungsschema, das die Vorinstanz ihren Erwägungen zu Grunde gelegt hat, entspricht im Grund-

satz dem ebenfalls generalklauselhaft formulierten Art. 157 Abs. 1 erster und dritter Satz StGB ("Wucher"), wonach mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft wird, wer die *Zwangslage*, die Abhängigkeit, die Unerfahrenheit oder die Schwäche im Urteilsvermögen einer Person dadurch *ausbeutet*, dass er sich oder einem anderen *für eine Leistung Vermögensvorteile* gewähren oder versprechen lässt, *die zur Leistung wirtschaftlich in einem offenbaren Missverhältnis* stehen.

Der strafgesetzliche Wuchertatbestand, dessen Vereinbarkeit mit dem in Art. 1 StGB verankerten Legalitätsprinzip unbestritten ist, weist insofern eine gewisse *strukturelle Verwandtschaft* mit Art. 7 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. c KG auf, als es im kartell- wie auch im strafgesetzlichen Bereich letztlich darum geht, gegen die Ausbeutung der qualifizierten Unterlegenheit einer anderen Person zum Abschluss oder Vollzug eines für diese unverhältnismässig nachteiligen Geschäfts vorzugehen (vgl. zu Art. 157 StGB PHILIPPE WEISSENBERGER, in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Strafgesetzbuch II, Basel 2003, N. 1 ff. zu Art. 157 StGB, m.w.H.). Im Unterschied jedoch zum "offenbaren Missverhältnis" (der Austauschleistungen), das in Art. 157 StGB vorausgesetzt wird, erfordern die im Kartellgesetz zentralen Begriffe wie "Marktbeherrschung" oder der "Missbrauch" (einer marktbeherrschenden Stellung) eine ökonomische Analyse (vgl. E. 4.5.1) und zwar in einem Ausmass, das in der Regel bei der Auslegung der wirtschaftsbezogenen Tatbestände des StGB kaum erforderlich ist.

Bei dieser Ausgangslage geht die Kritik der Beschwerdeführerin ins Leere, dass die in Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG für unzulässig erklärte "Erzwingung unangemessener Preise" im Kartellgesetz nicht näher definiert ist, nachdem jedenfalls im Lichte von Art. 7 Abs. 1 erster Satz EMRK nach der Rechtsprechung des EGMR technische oder relativ unbestimmte Begriffe im Wirtschaftsrecht die Bestimmtheitserfordernisse erfüllen können (vgl. E. 4.3.1) und sich die inhaltliche Unschärfe von Art. 7 Abs. 1 (i.V.m. Abs. 2 Bst. c) KG auch mit zahlreichen, offen formulierten Normen des StGB vergleichen lässt (wie z.B. Art. 157 StGB [Wucher] oder Art. 181 StGB [Nötigung]), zu denen im Laufe der Jahre eine reiche Rechtsprechung herangewachsen ist, ohne die freilich der Gesetzeswortlaut allein kaum genügend Aufschluss über die Normtrageweite zu geben vermag.

#### **4.6 Zur Voraussehbarkeit einer allfälligen Tatbestandsmässigkeit**

**4.6.1** Um den Unternehmen ein gewisses Mass an Rechtssicherheit zu vermitteln, hat der Gesetzgeber zwei Meldeverfahren vorgesehen, und zwar (1.) ein Verfahren nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG für geplante, wettbewerbsrelevante Vorhaben (vgl. PETER REINERT, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum Kartellgesetz, Bern 2007, N. 28 ff. zu Art. 49a KG) sowie (2.) ein Verfahren nach der Übergangsbestimmung zur Änderung vom 20. Juni 2003 für bereits bestehende wettbewerbsrelevante Verhaltensweisen ("Wettbewerbsbeschränkungen"), die innerhalb der Übergangsfrist nach der erfolgten Einführung direkter Sanktionen gemeldet oder aufgelöst werden konnten (vgl. REINERT, a.a.O., N. 1 ff. zur Übergangsbestim-

mung). Dieses zweite Meldeverfahren innerhalb der Übergangsfrist hatte die Beschwerdeführerin in Anspruch genommen (vgl. im Sachverhalt unter B.h).

In diesem Kontext lässt das Bundesgericht in seiner jüngsten *wettbewerbsrechtlichen* Rechtsprechung allfällige Bedenken hinsichtlich einer hinreichenden Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage für direkte Sanktionen insbesondere dann nicht gelten, wenn eine Partei aufgrund von Hinweisen der Wettbewerbskommission im Rahmen einer eröffneten Vorabklärung oder Untersuchung *Gewissheit* hat, dass sie mit ihrem Verhalten ein allfälliges Sanktionsrisiko eingeht (vgl. BGE 135 II 60 E. 3.2.3, mit Verweis auf das Urteil 2A.287/2005 vom 19. August 2005 E. 3.4 und 3.5, sowie die Urteile 2A.288/2005 und 2A.289/2005 vom 8. Juni 2006; a.M. RETO JACOBS, Wirkungen der direkten Sanktionen, in: Amstutz/Stoffel/Ducrey [Hrsg.], a.a.O., S. 151 ff.; NIGGLI/RIEDO, a.a.O., S. 71 ff., wobei beide Autoren den Umstand zu übersehen scheinen, dass der vom Bundesrat vorgeschlagene Wortlaut zu Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG im Laufe der parlamentarischen Beratungen bewusst zu Ungunsten der Unternehmen abgeändert wurde).

Mit anderen Worten verneint das Bundesgericht eine Ungewissheit über das Risiko direkter Sanktionen für Sachverhalte, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Revision - wie hier - bereits Gegenstand einer Vorabklärung oder Untersuchung der Wettbewerbsbehörden bilden, da die Betroffenen aufgrund der eingeleiteten Massnahmen wissen müssten, dass die Zulässigkeit der Weiterführung ihrer Verhaltensweise zweifelhaft erscheint und unter dem neuen Recht direkt sanktioniert werden kann. Nach dem Bundesgericht befänden sie sich "in einer vergleichbaren Situation", wie wenn die Behörden nach einer Meldung gegen das fragliche Unternehmen innert der Widerspruchsfrist ein Verfahren gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG eröffneten (vgl. BGE 135 II 60 E. 3.2.4 a.E.).

**4.6.2** Aus diesem Grund ist es auch unerheblich, dass die Beschwerdeführerin im Rahmen der bereits gegen sie laufenden Untersuchung - vor Einführung des Meldeverfahrens nach Art. 49a Abs. 3 KG - kein solches einleiten konnte, um die Rechtslage klären zu lassen, sondern sich mit einer - aus ihrer Sicht sanktionsbefreienden - Meldung gemäss Schlussbestimmung zum revidierten Kartellgesetz begnügen musste. Dieser räumt das Bundesgericht die gleiche - übergangsrechtliche - Funktion ein wie jener gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG:

"Es sollen Unternehmen, die beim Inkrafttreten des neuen Rechts ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten praktizieren, die Unsicherheit der Zulässigkeit dieses Verhaltens und damit das Risiko der neuen empfindlichen Sanktionen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG durch eine fristgerechte Meldung bzw. durch Auflösung der Wettbewerbsbeschränkung - analog zu Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG - ausschalten können" (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.289/2005 vom 8. Juni 2006 E. 4.3).

Das Bundesgericht bejaht somit im Ergebnis die hinreichende Bestimmtheit kartellgesetzlicher Grundlagen, wenn die Möglichkeit besteht, aufgrund eines Meldeverfahrens "*Anhaltspunkte*" zu erfahren, welche für eine unzulässige und damit allenfalls sanktionierbare Be-

schränkung des Wettbewerbs sprechen (vgl. BGE 135 II 60 E. 3.2.3).

Hierbei lässt es das Bundesgericht genügen, dass die Unternehmen das *Risiko* einer allfälligen Rechtsunsicherheit insofern nicht alleine tragen müssen, als das Sekretariat in die Beurteilung und Konkretisierung der offen formulierten Wettbewerbsbestimmungen eingebunden wird (vgl. BGE 135 II 60 E. 3.2.3). Gemäss Bundesgericht konkretisiert das Melde- und Widerspruchsverfahren nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG die Gesetzesgrundlage, damit die Meldenden in geeigneter Weise eine Selbstsubsumption vornehmen und ein allfälliges Sanktionsrisiko abschätzen können (vgl. BGE 135 II 60 E. 3.2.3, E. 3.2.5; vgl. die kritischen Anmerkungen im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4037/2007 vom 29. Februar 2008 E. 9).

**4.6.3** Die Beschwerdeführerin strengte vor *Ablauf* der kartellgesetzlichen Übergangsfrist am 31. März 2004 im Rahmen des gegen sie laufenden Untersuchungsverfahrens zu den hier strittigen Terminierungspreisen ein Rechtsmittelverfahren an, um zu erfahren, ob die von ihr eingereichte Meldung intertemporalrechtlich sanktionsbefreiend wirken würde (vgl. im Sachverhalt unter B.h). Somit wusste sie bereits zu diesem Zeitpunkt, dass die Höhe der ihren Vertragspartnerinnen verrechneten Terminierungspreise als problematisch eingestuft wurde, zumal die Untersuchung auf die Höhe der Terminierungspreise und die allfällige marktbeherrschende Stellung der einzelnen Mobilfunkanbieterinnen auf deren Netz gerichtet war (vgl. BBl 2002 6827).

Die Beschwerdeführerin hatte somit im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung *Gewissheit*, dass sie beim Weiterführen ihres Verhaltens (Aufrechterhaltung der Höhe der Terminierungspreise) eine Sanktionierung *riskieren* würde (vgl. im Sachverhalt unter B.h). Insofern wurde die Beschwerdeführerin auch nicht aus "heiterem Himmel" mit einer kartellgesetzlichen Sanktion für ein Verhalten gebüsst, an dessen Rechtmässigkeit sie auf Grund der Umstände vernünftigerweise nicht hätte zweifeln müssen. Trotz des zu ihren Gunsten lautenden Entscheids der REKO/WEF vor Ablauf der Übergangsfrist (vgl. Entscheid der REKO/WEF FB/2004-11 vom 18. März 2005, veröffentlicht in: RPW 2005/2, S. 418), der eine Sanktion hier ausgeschlossen hätte, durfte die Beschwerdeführerin nicht auf ein gleichlautendes Urteil des Bundesgerichts vertrauen. Entscheidend ist vielmehr, dass die Beschwerdeführerin die Möglichkeit gehabt hätte, wegen der nach wie vor unsicheren Rechtslage ihr Verhalten im Sinne der Schlussbestimmung zum Kartellgesetz, d.h. vor Ablauf der Übergangsfrist, rechtzeitig "aufzulösen", was sie jedoch unterlassen hat.

**4.6.4** Unbeachtlich ist ferner, dass die Beschwerdeführerin infolge erheblicher Verzögerungen seitens der Vorinstanz im Vorverfahren erst am 19. August 2005 - nach Ablauf der einjährigen Schonfrist - den negativen Leitentscheid des Bundesgerichts zur Frage der strittigen "sanktionsbefreienden Meldung" erhielt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.287/2005 vom 19. August 2005).

Dies ändert jedenfalls nichts am entscheidenden Umstand, dass die Beschwerdeführerin ein *Sanktionsrisiko* einging bei "Nichtauflösung" der "bestehenden Wettbewerbsbeschränkung", d.h. bei Nichtsenkung der Termi-

nerungspreise. Entscheidend ist einzig, dass der Beschwerdeführerin anlässlich der gegen sie laufenden Untersuchung (bereits vor Ablauf der Übergangsfrist) die Konturen des - als potenziell sanktionswürdig - beanstandeten Verhaltens bekannt waren, weshalb sie nach Ablauf der Übergangsfrist auch ein entsprechendes Sanktionsrisiko trug (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.287/2005 vom 19. August 2005 E. 3.4).

Insofern war die Beschwerdeführerin grundsätzlich in der Lage, die erfolgte Sanktionierung als mögliche Konsequenz ihres Verhaltens vorherzusehen. Diese Rechtsprechung des Bundesgerichts bedeutet letztlich, dass die entsprechende Gesetzesgrundlage für hinreichend zu erachten ist, um vor Bundesrecht zu bestehen (vgl. BGE 135 II 60 E. 3.2.3).

**4.6.5** Von dieser Situation unterscheidet sich die in BGE 125 IV 35 geschilderte Konstellation grundlegend, welche die Beschwerdeführerin als einziges höchstrichterliches Urteil anruft, um ihren Standpunkt zu begründen, wonach die gesetzliche Grundlage nicht ausreiche.

In diesem Urteil ging es um Art. 46 Abs. 1 Bst. c des Bankengesetzes vom 8. November 1934 (BankG, SR 952.0), wonach derjenige bestraft wird, der "die mit der Bewilligung verbundenen Bedingungen verletzt". Dazu hielt das Bundesgericht fest, dieser Artikel sei eine Blankettstrafnorm, aus der allein nicht ersichtlich sei, welches Verhalten strafbar ist (vgl. BGE 125 IV 35 E. 2/a). Des Weiteren wurde festgehalten, der Begriff der "Bedingungen" werde weder im Bankengesetz definiert noch verweise Art. 46 Abs. 1 Bst. c BankG auf irgendwelche andere Bestimmungen, aus denen sich ergeben könnte, was unter den "Bedingungen" zu verstehen sei. Nach einlässlicher Analyse kam das Bundesgericht zum Schluss, dass der Anwendungsbereich dieser Strafbestimmung uferlos wäre, "wollte man das Nichteinhalten der Bewilligungsvoraussetzungen nach Erteilung der Bewilligung als Verletzung der 'mit der Bewilligung verbundenen Bedingungen' im Sinne von Art. 46 Abs. 1 Bst. c BankG qualifizieren", da zahlreiche, ganz unterschiedliche Verhaltensweisen darunter fielen (vgl. BGE 125 IV 35 E. 5/b/cc). Zusammenfassend hielt das Bundesgericht fest, die dem Verurteilten vorgeworfene "Überschreitung des statutarisch umschriebenen Geschäftskreises" werde von Art. 46 Abs. 1 Bst. c BankG nicht mit der nach dem Legalitätsprinzip gemäss Art. 1 StGB erforderlichen Bestimmtheit erfasst (vgl. BGE 125 IV 35 E. 8).

Anders als in BGE 125 IV 35 ist der hier in Frage stehende Art. 49a Abs. 1 erster Satz KG (i.V.m. Art. 7 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. c KG) nicht als Blankettstrafnorm ausgestaltet, zumal das sanktionierbare Verhalten im Tatbestand - wenigstens generalklauselhaft - umschrieben ist.

**4.6.6** Somit erweisen sich die entsprechenden Rügen der Beschwerdeführerin zur angeblich unzulässigen Unbestimmtheit der *Tatbestandsseite* als unbegründet.

#### 4.7 Zur Voraussehbarkeit der Rechtsfolge

Die von der Beschwerdeführerin aufgeworfene Frage, ob im Rahmen von Art. 49a Abs. 1 KG das Gebot *nulla poena sine lege certa* auch insofern gilt, als die Höhe der zu erwartenden Sanktion betragsmässig "klar" vor-

hersehbar sein müsste, kann an dieser Stelle offen gelassen werden, wie die nachfolgenden Erwägungen 11 und 12 zur Tatbestandsmässigkeit des inkriminierten Verhaltens zeigen werden.

#### 4.8 Zusammenfassung

Nach dem Gesagten lässt sich festhalten, dass Art. 7 Abs. 1 KG und Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG - zusammen als *untrennbare Einheit* aufgefasst (E. 4.5.2) - eine genügende gesetzliche Grundlage im Sinne von Art. 7 Abs. 1 EMRK zu bilden vermögen.

Die sich in diesem Zusammenhang stellende weitere Frage, ob sich der Sachverhalt, wie er der Beschwerdeführerin gegenüber vorgeworfen wird, unter Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Bst. c KG subsumieren lässt, wird nachfolgend in den Erwägungen 11 und 12 zu prüfen sein.

### 5. Rüge der Verletzung der Garantien von Art. 6 Abs. 1 EMRK

#### 5.1 Die Rügen im Überblick

Gestützt auf Art. 6 Abs. 1 erster Satz EMRK und Art. 30 Abs. 1 erster Satz BV bemängelt die Beschwerdeführerin zweierlei:

**5.1.1** Einerseits werde ihr Anspruch auf ein unabhängiges und gesetzmässiges Gericht dadurch verletzt, dass die Vorinstanz als nichtrichterliche Behörde eine strafähnliche Sanktion ausgefällt habe, was ein schwerwiegender Mangel darstelle, den selbst das Bundesverwaltungsgericht trotz seiner Kognitionsbefugnisse nicht heilen könne (vgl. E. 5.4 ff.).

**5.1.2** Andererseits sei in der Untersuchung ihr Recht, zu schweigen und sich nicht selbst belasten zu müssen, verletzt worden (vgl. E. 5.7).

#### 5.2 Art. 6 Abs. 1 EMRK im Verhältnis zu Art. 30 Abs. 1 BV

Gemäss Art. 6 Abs. 1 erster Satz EMRK hat jede Person ein Recht darauf, dass über Streitigkeiten in Bezug auf ihre zivilrechtlichen 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.

Diese Bestimmung hat im Kontext der als verletzt gerügten Organisationsgarantie dieselbe Tragweite wie Art. 30 Abs. 1 erster Satz BV, wonach jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht hat (vgl. BGE 135 I 14 E. 2, BGE 133 I 1 E. 5.2, m.w.H.).

Die Beanstandungen der Beschwerdeführerin, bei denen sie gleichzeitig auch eine Verletzung von Art. 30 Abs. 1 erster Satz BV rügt, sind deshalb im Lichte von Art. 6 Abs. 1 EMRK zu behandeln.

#### 5.3 Die Rügen der Beschwerdeführerin im Einzelnen

Die Beschwerdeführerin führt zur Begründung ihrer Rüge im Wesentlichen an, das Sekretariat sei - als untersuchende Behörde - in unzulässigem Masse mit der

Wettbewerbskommission - als erkennender Behörde - organisatorisch-funktionell verflochten. Deshalb habe sich die Wettbewerbskommission auch systematisch in die laufende Untersuchung des Sekretariats eingemischt und zu Unrecht die Mitwirkung von Mitarbeitern des Sekretariats bei der Entscheidungsfindung geduldet. In Verletzung des Anklageprinzips hätten Sekretariat und Wettbewerbskommission einen Inquisitionsprozess ohne klare Trennung zwischen Ankläger und Richter geführt. Diese gegenseitigen Einwirkungsmöglichkeiten stünden nicht im Einklang mit Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 30 Abs. 1 BV. Darüber hinaus sei die Vorinstanz wegen der Einsitznahme von Interessenvertretern nicht genügend unabhängig von der Einflussnahme durch nichtstaatliche Interessengruppen.

Die Einschätzung der Vorinstanz, wonach allfällige organisatorisch-funktionelle Mängel durch die umfassende Kognition des Bundesverwaltungsgerichts geheilt werden könnten, verwirft die Beschwerdeführerin: Eine allfällige Heilung des hier verletzten Anspruchs auf ein unabhängiges Gericht komme nach der Rechtsprechung des EGMR einzig bei Massenbagatelldelikten in Frage, wenn ein Administrativentscheid von einer gerichtlichen Rechtsmittelinstanz überprüft werden könne, die über volle Kognition verfüge und diese auch effektiv ausübe. Nur dann dürfe eine nichtrichterliche Administrativbehörde eine erstinstanzliche Sanktion aussprechen.

Demgegenüber könne die hier erfolgte Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK im Rechtsmittelverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nicht geheilt werden, weil (1.) kein Fall von Massenbagatelldelinquenz vorliege, (2.) die Heilung keinen Ausnahmecharakter habe, (3.) das Bundesverwaltungsgericht de facto nicht über volle Kognition verfüge (weil es keine umfassenden Beweiserhebungen tätigen könne und der Vorinstanz ein weitgehendes technisches Ermessen zugestehen müsse) und (4.) eine besonders schwerwiegende Verletzung von Parteirechten vorliege.

#### 5.4 Die Wettbewerbskommission als EMRK-konformes Gericht?

**5.4.1** Unbestrittenermassen untersteht die Beschwerdeführerin angesichts des Strafcharakters der strittigen Sanktion (vgl. E. 4.2) auch den Verfahrensgarantien von Art. 6 Abs. 1 EMRK, und zwar ungeachtet ihrer Rechtsform als juristische Person (vgl. EGMR, Zulässigkeitsentscheid 32411/96 vom 20. April 1999 i.S. Sojus Trade Company GmbH et. al. v. Deutschland, Ziff. 2; EGMR, Zulässigkeitsentscheid 53892/00 vom 3. Dezember 2002 i.S. Lilly France S.A. v. Frankreich; JOCHEN A. FROWEIN/WOLFGANG PEUKERT, EMRK-Kommentar, 3. Aufl., Kehl 2009, Rz. 4 zu Art. 6 und Rz. 18 zu Art. 34 EMRK; TAGMANN, a.a.O., S. 91 f., 115; ASTRID WASER, Grundrechte der Beteiligten im europäischen und schweizerischen Wettbewerbsverfahren, Zürich 2002, S. 108 f.).

Demzufolge hat sie insofern Anspruch darauf, dass ihre Sache durch ein unabhängiges, unparteiisches, auf Gesetz beruhendes Gericht beurteilt wird, als ihr wirksamer Zugang zum Entscheidorgan "Gericht" gewährt wird (vgl. GRABENWARTER, a.a.O., § 24 N. 27, S. 343).

**5.4.2** Ein Gericht im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK ist eine Behörde, die nach Gesetz und Recht in einem jus-

tizförmigen, fairen Verfahren begründete und bindende Entscheidungen über Streitfragen trifft. Es braucht nicht in die ordentliche Gerichtsstruktur eines Staates eingliedert zu sein, aber es muss organisch und personell, nach der Art seiner Ernennung, der Amtsdauer, dem Schutz vor äusseren Beeinflussungen und nach dem äusseren Erscheinungsbild unabhängig und unparteiisch sein, sowohl gegenüber anderen Behörden als auch gegenüber den Parteien (vgl. BGE 126 I 228 E. 2a/aa, mit Verweis auf BGE 123 I 87 E. 4a, BGE 133 IV 278 E. 2.2; vgl. HANS-HEINER KÜHNE, IntKommEMRK, a.a.O., Rz. 282-320 zu Art. 6 EMRK; JÖRG PAUL MÜLLER/ MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008, S. 927 ff.).

**5.4.3** Übereinstimmend mit der Beschwerdeführerin hält die Vorinstanz sich selbst *nicht* für ein unabhängiges Gericht im Sinne von Art. 6 Abs. 1 erster Satz EMRK (vgl. Verfügung Ziff. 39 ff., 317; Vernehmlassung Ziff. 117).

Diese Einschätzung wird vom Bundesrat wie auch von einer überwiegenden Mehrheit der Lehre geteilt (vgl. Botschaft KG 2001, a.a.O., S. 2040; JÜRIG BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 2005, Rz. 9 zu Art. 18 KG; HANGARTNER, Aspekte, a.a.O., S. 267 f.; PIERRE KOBEL, Sanctions du droit des cartels et problèmes de droit administratif penal, AJP 2004, S. 1157; TAGMANN, a.a.O., S. 96 ff.; ROLF H. WEBER/MICHAEL VLCECK, Tafeln zum Kartellrecht, Bern 2008, Tafel 82 Ziff. 1; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 1144; vgl. die gleichläufige Meinung zur institutionell eng mit der Vorinstanz verwandten *Bankenkommission* bei BEAT KLEINER/DIETER ZOBL/CHRISTINE BREININGKAUFMANN, in: Bodmer/Kleiner/Lutz [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, N. 12 zu Art. 23 BankG [Ausgabe Mai 2006], sowie TOMAS POLEDNA/LORENZO MARAZZOTTA, in: Watter/Vogt/Bauer/Winzeler [Hrsg.], Basler Kommentar zum Bankengesetz, Basel 2005, N. 6 zu Art. 23 BankG). Gegenteiliger Meinung ist, soweit ersichtlich, einzig WASER (a.a.O., S. 140 ff.).

**5.4.4** Die Frage, ob die Wettbewerbskommission ein Gericht im Sinne von Art. 6 Abs. 1 erster Satz EMRK ist, kann nach der Rechtsprechung des EGMR letztlich offengelassen werden (vgl. EGMR, Urteil 7299/75 vom 10. Februar 1983 i.S. Albert und Le Compte v. Belgien, Ziff. 29; Zulässigkeitsentscheid 53892/00 vom 3. Dezember 2002 i.S. Lilly France S.A. v. Frankreich, Ziff. 2 S. 9 ff.; BGE 123 I 87 E. 4a; TAGMANN, a.a.O., S. 98 f.). Denn die gerügten angeblichen institutionell-organisatorischen Mängel der Vorinstanz sowie die sich daraus ergebenden angeblich unzulässigen Verfahrensabläufe innerhalb ihrer Organisation müssten nur dann vertieft geprüft werden, wenn die Beschwerdeführerin Anspruch darauf hätte, dass im Verfahrensgang bis zum rechtskräftigen Sanktionsurteil bereits die Wettbewerbskommission als Gericht im Sinne von Art. 6 Abs. 1 erster Satz EMRK organisiert ist.

Ein solcher Anspruch besteht aber nicht, wie nachfolgend zu zeigen ist:

## 5.5 Zu den Anforderungen an ein EMRK-konformes Gericht

**5.5.1** Die Beschwerdeführerin übersieht, dass es nach der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 Abs. 1 erster Satz EMRK ausreicht, wenn in einem Verfahrensgang *ein* Gericht entscheidet (vgl. BGE 129 I 207 E. 5.2, BGE 123 I 87 E. 3a, BGE 115 Ia 406 E. 3b/bb; FROWEIN/ PEUKERT, a.a.O., Rz. 200 ff. zu Art. 6 EMRK; GRABENWARTER, a.a.O., § 24 N. 58, S. 360, sowie § 24 N. 147 ff., 407 ff.; HAEFLIGER/SCHÜRMAN, a.a.O., S. 166 ff.; REGINA KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, Bern 2001, S. 382; KÜHNE, a.a.O., Rz. 318 zu Art. 6 EMRK; VAN DIJK/VAN HOOF/VAN RIJN/ ZWAAK, a.a.O., S. 564 ff. i.V.m. S. 567 f.; VILLIGER, a.a.O., Rz. 427), dem volle Kognition zukommt (vgl. E. 5.5.4).

Insbesondere sind die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet, Streitigkeiten, wie sie hier in Frage stehen, einem Verfahren zu unterstellen, das in jeder Phase vor einem Gericht im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK geführt werden müsste (vgl. BGE 132 V 299 E. 4.3.1, BGE 128 I 237 E. 3, BGE 124 I 92 E. 2a, 124 I 255 E. 5b/aa; GRABENWARTER, a.a.O., § 24 N. 58, S. 360; VAN DIJK/VAN HOOF/VAN RIJN/ZWAAK, a.a.O., S. 568). Nur wenn ein Staat ein Gerichtssystem mit mehreren *gerichtlichen* Instanzen einrichtet, muss er sicherstellen, dass den grundrechtsberechtigten Personen grundsätzlich vor allen diesen Gerichten die gerichtlichen Garantien von Art. 6 EMRK gewährt werden (vgl. EGMR, Urteil 21920/93 vom 23. Oktober 1996 i.S. Levages v. Frankreich, Ziff. 44).

**5.5.2** In der Schweiz aber hat der Kartellgesetzgeber keinen solchen Instanzenaufbau für Verwaltungsanktionen (Art. 49a ff. KG) bzw. für Strafsanktionen (Art. 54 ff. KG) vorgesehen. Dieses gesetzgeberische Vorgehen steht im Einklang mit der Rechtsprechung des EGMR, wonach es aufgrund der Erfordernisse der Flexibilität und Effizienz, welche ihrerseits mit dem Menschenrechtsschutz vereinbar sind, gerechtfertigt sein kann, dass in erster Instanz eine Verwaltungsbehörde entscheidet, die den Ansprüchen von Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht in jeder Hinsicht zu genügen vermag (vgl. EGMR, Urteil 7299/75 vom 10. Februar 1983 i.S. Albert und Le Compte v. Belgien, Ziff. 29; GRABENWARTER, a.a.O., § 24 N. 58, S. 360; HAEFLIGER/SCHÜRMAN, a.a.O., S. 133 f.; BENJAMIN SCHINDLER, Art. 6[1] ECHR and Judicial Review of Administrative Decision-Making in England and Switzerland - A Comparative Perspective, SZIER 2006, S. 449; VAN DIJK/VAN HOOF/VAN RIJN/ZWAAK, a.a.O., S. 568 f.; VILLIGER, a.a.O., Rz. 429).

**5.5.3** Wie die Beschwerdeführerin zu Recht einräumt, lässt es sich mit der EMRK vereinbaren, wenn insbesondere *Bagatelldelikte* von Verwaltungsbehörden beurteilt werden, solange der Betroffene die Möglichkeit hat, die Entscheidung durch ein Gericht im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK überprüfen zu lassen (vgl. EGMR, Urteil 8544/79 vom 21. Februar 1984 i.S. Öztürk v. Deutschland, Ziff. 56; EGMR, Urteil 7299/75 vom 10. Februar 1983 i.S. Albert und Le Compte v. Belgien, Ziff. 29; BGE 133 IV 278 E. 2.2, BGE 124 IV 234 E. 3c, BGE 118 Ia

473 E. 5 ff., BGE 115 Ia 183 E. 4a; GRABENWARTER, a.a.O., § 24 N. 58, S. 360). Nur wenn eine solche Überprüfung nicht stattfände, wäre Art. 6 Abs. 1 EMRK verletzt (vgl. EGMR, Urteil 11761/85 vom 28. Juni 1990 i.S. Obermeier v. Österreich, Ziff. 70 i.V.m. Ziff. 17 u. 52; EGMR, Urteil 5242/04 vom 11. Juni 2009 i.S. Dubus S.A. v. Frankreich, Ziff. 39 ff.).

**5.5.3.1** Allerdings lässt sich entgegen der Sicht der Beschwerdeführerin - und des von ihr konsultierten Privatgutachters, Prof. Dr. iur. JÖRG PAUL MÜLLER - die Rechtsprechung des EGMR nicht dahingehend verstehen, dass gemäss Art. 6 Abs. 1 EMRK eine nur einmalige richterliche Überprüfung einzig und allein bei strafrechtlichen oder strafrechtsähnlichen Bagatelldelikten erfolgen dürfte (vgl. EGMR, Urteil 8544/79 vom 21. Februar 1984 i.S. Öztürk v. Deutschland, Ziff. 56; EGMR, Urteil 10328/83 vom 29. April 1988 i.S. Belilos v. Schweiz, Ziff. 68; EGMR, Urteil 35115/97 vom 14. November 2000 i.S. Riepan v. Österreich, Ziff. 39; EGMR, Urteil 27812/95 vom 23. September 1998 i.S. Malige v. Frankreich, Ziff. 45).

**5.5.3.2** Vielmehr trifft das Gegenteil zu, wie das Urteil 35533/04 des EGMR vom 11. Januar 2007 i.S. Mamidakis v. Griechenland (Ziff. 27-34) zeigt: In dieser Sache wurde das Recht auf Zugang zu einem Gericht nicht als verletzt erachtet, als der Vorsteher einer ausländischen Zollfahndungsbehörde einer *natürlichen* Person wegen Zollgesetzverhandlungen ("*contrebande*") eine Busse von rund drei Mio. Euros auferlegte, die von den zuständigen griechischen Verwaltungsgerichten überprüft und für rechtlich zulässig erklärt worden war. Der EGMR erachtete einzig die dem Betroffenen auferlegte Höhe der Busse als unverhältnismässig und Art. 1 des Protokolls Nr. 1 (Schutz des Eigentums) als verletzt (vgl. Ziff. 40-48, Dispositiv-Ziff. 3); indessen wurde eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK verneint (vgl. Dispositiv-Ziff. 2).

**5.5.4** Ferner kann im Rahmen des Instanzenzugs eine einmalige Überprüfung durch ein mit voller Kognition ausgestattetes Gericht auch deshalb genügen, weil der EGMR den Art. 6 Abs. 1 EMRK hinsichtlich "strafrechtlicher Anklagen" extensiv interpretiert, indem eine solche "Anklage" solange nicht als im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK "beurteilt" ("*determined*") gilt, als sie noch nicht in Rechtskraft erwachsen ist (vgl. EGMR, Urteil 2689/65 vom 17. Januar 1970 i.S. Delcourt v. Belgien, Ziff. 25 f.; VAN DIJK/VAN HOOF/VAN RIJN/ZWAAK, a.a.O., S. 563, S. 567). Dass es auf die *Rechtskraft* ankommen könnte, lässt sich zwar der deutschen Übersetzung von Art. 6 Abs. 1 erster Satz EMRK nicht entnehmen, drängt sich aber angesichts des für die Auslegung massgeblichen englischen Wortlauts dieser Bestimmung auf ("In the *determination* [...] of any criminal charge [...], everyone is entitled to a [...] hearing [...] by a [...] tribunal established by law"; vgl. EGMR, Urteil 2689/65 vom 17. Januar 1970 i.S. Delcourt v. Belgien, Ziff. 25: "La Cour constate d'ailleurs que le texte anglais de l'article 6 ne contient pas l'équivalent du mot 'bien-fondé': il utilise l'expression, beaucoup plus large, de 'determination of any criminal charge' ['décision sur toute accusation en matière pénale']. Or, une accusation pénale n'est pas vraiment 'determined' aussi longtemps que le verdict d'acquiescement ou de condamnation n'est pas définitif. La procédure

pénale forme un tout et doit, normalement, s'achever par une décision exécutoire"; vgl. auch KÜHNE, a.a.O., Rz. 430 zu Art. 6 EMRK).

Demnach muss auch im vorliegenden verwaltungsrechtlichen Verfahrensgang - von der Erst- bis zur Letztinstanz - vor Eintritt der Rechtskraft der verurteilenden Erkenntnis zumindest ein Gericht im Sinne von Art. 6 Abs. 1 erster Satz EMRK urteilen. Mithin wird den Anforderungen dieser Bestimmung hier bereits rechtsgenügend entsprochen, weil das Bundesverwaltungsgericht seine Kognition im Sinne der Rechtsprechung des EGMR ausübt (vgl. E. 5.6).

**5.5.5** Dieses Ergebnis belegt, dass es für das Genügen einer einmaligen gerichtlichen Überprüfung (mit voller Kognition) letztlich auf die Verfahrensverwandtschaft der kartellrechtlichen Verwaltungssanktionen (Art. 49a-53 KG) mit kartellrechtlichen Strafsanktionen (Art. 54-57 KG i.V.m. Art. 1 ff. und Art. 72 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht [VStrR, SR 313.0]) und die Nähe dieser Verwaltungssanktionen zu strafrechtlichen Übertretungen (mit Bussefolge gem. Art. 106 Abs. 1 StGB) ankommt, wie HANGARTNER zutreffend herleitet (vgl. Aspekte, a.a.O., S. 270 f.).

**5.5.6** Zusammenfassend kann im Lichte dieser Überlegungen der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden, wenn sie eine "unheilbare", besonders schwerwiegende Verletzung von Parteirechten im Umstand erblickt, dass die Vorinstanz in organisatorisch-funktioneller Hinsicht nicht unabhängig sei.

Wie gezeigt wurde, kann diese Frage letztlich offen gelassen werden, da die Beschwerdeführerin keinen Anspruch darauf hat, dass die erfolgte Sanktionierung bereits erstinstanzlich von einem Gericht im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK beurteilt wird (vgl. E. 5.5.1 ff.). Diese Bestimmung wird nicht verletzt, soweit die strittige (und daher noch nicht rechtskräftige) Sanktion zumindest von einem Gericht beurteilt werden kann, das institutionell und hinsichtlich Kognition den Anforderungen an Art. 6 Abs. 1 EMRK zu genügen vermag (vgl. E. 5.5).

## **5.6 Kognition des Bundesverwaltungsgerichts im vorliegenden Fall**

Demnach bleibt noch zu klären, ob die vom Bundesverwaltungsgericht konkret ausgeübte Kognition den Anforderungen von Art. 6 Abs. 1 EMRK entspricht, wie die Vorinstanz behauptet, die Beschwerdeführerin indes in Abrede stellt.

**5.6.1** Zu dieser Frage rügt die Beschwerdeführerin mit Verweis auf das von ihr eingereichte Rechtsgutachten, das Bundesverwaltungsgericht verfüge nicht über die nötige volle Kognition im Sinne der Rechtsprechung zur Heilung von Verletzungen des Anspruchs auf ein unabhängiges Gericht. Aufgrund seiner beschränkten personellen Ressourcen sei es nicht in der Lage, umfassende Beweiserhebungen zu tätigen und eine Kontrolle des technischen Ermessens auszuüben, was reformatorische Entscheide verunmögliche. Insbesondere könne das Bundesverwaltungsgericht ohne Fachrichter den vorliegenden Sachverhalt nicht mit der gleichen umfassenden Kognition wie die frühere REKO/WEF überprüfen und vermöge deshalb auch nicht, mit voller Kognition

auf Bestreitungen einzugehen. Dies aber schliesse eine Heilung der Verletzung des fraglichen Anspruchs aus.

**5.6.2** Die Beschwerdeführerin wie auch die Vorinstanz diskutieren die Frage, auf welche Weise die angeblich fehlende organisatorisch-funktionelle Unabhängigkeit der Vorinstanz behoben werden könnte, unter dem Gesichtspunkt einer allfälligen "Heilung von Mängeln". Diese Diktion, die gelegentlich auch in der Lehre und Rechtsprechung zu Art. 6 Abs. 1 EMRK anzutreffen ist (vgl. BGE 115 Ia 183 E. 4b, BGE 119 Ia 88 E. 5c; KIENER, a.a.O., S. 383), wird den vorliegenden Verhältnissen nicht gerecht (vgl. demgegenüber BGE 115 Ia 406 E. 3b/bb, wo zutreffend nicht von "Heilung" die Rede ist).

Ist, wie hier, im innerstaatlichen Verhältnis nach der EMRK Rechtsschutz durch ein unabhängiges Gericht nur *mindestens einmal* zu gewährleisten (vgl. E. 5.5.1), dann wäre es verfehlt, die den Anforderungen an ein Gericht im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht entsprechende Entscheidbehörde als letztlich "mangelhaft" verfasst hinzustellen, was sie ja wohl kaum sein kann, wenn deren Struktur innerstaatlich durch die Gesetzgebung positivrechtlich so vorgesehen ist und sich diese innerstaatliche Verfahrensordnung selbst nicht als EMRK-widrig erweist.

Von einem allfälligen Mangel könnte wohl erst gesprochen werden, wenn innerstaatlich überhaupt *kein* den Anforderungen von Art. 6 Abs. 1 EMRK entsprechendes Gericht vorgesehen wäre, wie die Beschwerdeführerin in Bezug auf den vorliegenden Fall behauptet. Daher wird nachfolgend die Kognitionsfrage auch nicht unter dem Gesichtspunkt einer allfälligen "Heilung" (von "Mängeln") untersucht. Aus diesem Grund ist auch nicht auf den von der Beschwerdeführerin als weitere Voraussetzung behaupteten "Ausnahmecharakter" solcher Heilungen einzugehen, der hier angeblich nicht erfüllt sein soll.

**5.6.3** Da es ausreicht, wenn die strittige Sanktion durch eine gerichtliche Instanz mit voller Kognition überprüft werden kann (vgl. E. 5.5.1) und das Bundesverwaltungsgericht unbestrittenermassen organisatorisch-funktionell ein "unabhängiges und unparteiisches, auf Gesetz beruhendes Gericht" im Sinne von Art. 6 Abs. 1 erster Satz EMRK ist, muss nachfolgend geprüft werden, ob die vom Bundesverwaltungsgericht konkret ausgeübte Kognition den Anforderungen von Art. 6 Abs. 1 EMRK entspricht, was die Beschwerdeführerin ganz grundsätzlich bestreitet.

**5.6.4** Nach Art. 49 VwVG kann mit der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht gerügt werden, die angefochtene Verfügung verletze Bundesrecht (einschliesslich der Überschreitung oder des Missbrauchs von Ermessen), beruhe auf einer unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts oder sei unangemessen, soweit nicht die Verfügung einer kantonalen Beschwerdeinstanz streitig ist.

**5.6.4.1** Das Bundesverwaltungsgericht ist grundsätzlich verpflichtet, seine Kognition voll auszuschöpfen (vgl. ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/ LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 2.153, mit Verweis auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3490/2007 vom 15. Januar 2008 E. 3.1). Eine zu Unrecht vorgenommene Kognitionsbe-

schränkung stellt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs oder eine formelle Rechtsverweigerung dar (vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 2.153, m.w.H.).

**5.6.4.2** Indessen darf nach herrschender Meinung auch das Bundesverwaltungsgericht, obschon es nach der gesetzlichen Ordnung "mit freier Prüfung" zu entscheiden hat, seine Kognition einschränken, soweit die Natur der Streitsache dies sachlich gebietet. Dies ist der Fall, wenn die Rechtsanwendung technische Probleme, Fachfragen oder sicherheitsrelevante Einschätzungen betrifft, zu deren Beantwortung und Gewichtung die verfügende Behörde aufgrund ihres Spezialwissens besser geeignet ist, oder wenn sich Auslegungsfragen stellen, welche die Verwaltungsbehörde aufgrund ihrer örtlichen, sachlichen oder persönlichen Nähe sachgerechter zu beurteilen vermag als die Beschwerdeinstanz.

Geht es um die Beurteilung technischer oder wirtschaftlicher Spezialfragen, in denen die Vorinstanz über ein besonderes Fachwissen verfügt, ist nur bei erheblichen Gründen von der Auffassung der Vorinstanz abzuweichen (vgl. BGE 135 II 296 E. 4.4.3, BGE 133 II 35 E. 3, BGE 131 II 13 E. 3.4; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-2265/2006 vom 14. September 2009 E. 2.1; YVO HANGARTNER, Richterliche Zurückhaltung in der Überprüfung von Entscheiden von Vorinstanzen, in: Schindler/Sutter [Hrsg.], Akteure der Gerichtsbarkeit, Zürich 2007, S. 171 ff.; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 2.154, m.w.H.; OLIVER ZIBUNG/ELIAS HOFSTETTER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], a.a.O., N. 19 f. zu Art. 49 VwVG; kritisch dazu BENJAMIN SCHINDLER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], a.a.O., N. 5 [Fn. 31] zu Art. 49 VwVG).

**5.6.5** Soweit die Beschwerdeführerin rügt, das Bundesverwaltungsgericht könne die Anforderungen an Art. 6 Abs. 1 EMRK bereits deshalb nicht erfüllen, weil es mangels Fachrichter den vorliegenden Sachverhalt nicht mit einer gleich umfassenden Kognition überprüfen könne wie die ehemalige REKO/WEF, vermischt sie in unzulässiger Weise zwei Fragestellungen, die auseinanderzuhalten sind:

Einerseits die spezifische Kognition, welche das anwendbare Verwaltungsverfahren in Art. 49 VwVG vorsieht (vgl. E. 5.6.4), und andererseits die konkret von Art. 6 Abs. 1 EMRK geforderte Kognitionsdichte, die ein Gericht für einen wirksamen Rechtsschutz respektieren muss.

**5.6.5.1** Diese vom EGMR geforderte Kognitionsdichte umfasst lediglich (aber immerhin) eine volle gerichtliche Überprüfung des Sachverhalts und der sich stellenden Rechtsfragen (vgl. EGMR-Urteil 7299/75 vom 10. Februar 1983 i.S. Albert und Le Compte, Ziff. 29; EGMR, Urteil 29082/95 vom 1. März 2001 i.S. Dallos v. Ungarn, Ziff. 50; BGE 127 I 115 E. 6d, BGE 120 Ia 19 E. 3a; HAEFLIGER/SCHÜRMAN, a.a.O., S. 159 f.; KÜHNE, a.a.O., Rz. 319 zu Art. 6 EMRK; VAN DIJK/VAN HOOFF/VAN RIJN/ZWAAK, a.a.O., S. 561 f.).

Sie umfasst jedoch nicht die Ermessenskontrolle (vgl. z.B. EGMR-Urteil 7299/75 vom 10. Februar 1983 i.S. Albert und Le Compte, Ziff. 29; BGer, Urteil 2P.266/2006 vom 19. Februar 2007 E. 3.2, mit Verweis auf BGE 131 II 306 E. 2.1; BGE 125 II 417 E. 4/d, BGE 123 I 87 E. 3a,

BGE 120 Ia 19 4/c; HANGARTNER, Zurückhaltung, a.a.O., S. 165; SCHINDLER, Perspective, a.a.O., S. 453).

Das Gericht muss mit anderen Worten volle Kognitionsbefugnisse in Rechts- und Tatsachenfragen haben, d.h. befugt sein, Punkt für Punkt eines Vorbringens in der Sache zu überprüfen, ohne seine Unzuständigkeit zur Behandlung oder zur Ermittlung einzelner Sachverhaltselemente zu erklären. Dabei sind kassatorische Befugnisse eines Gerichts ausreichend (vgl. EGMR, Urteil 12235/86 vom 21. September 1993 i.S. Zumtobel v. Österreich, Ziff. 31 ff.; GRABENWARTER, a.a.O., § 24 N. 29, S. 344).

**5.6.5.2** Soweit daher Art. 6 Abs. 1 EMRK keine Ermessenskontrolle gebietet, erweist sich die richterliche Zurückhaltung bei der Überprüfung der Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe durch hochspezialisierte Behördenkommissionen als zulässig.

So wird nach einer einzelfallweisen, kontrovers beurteilten Praxis des EGMR richterliche Zurückhaltung selbst dann zugelassen, wenn eine Beschwerde sich gegen Anordnungen einer (nichtrichterlichen) Vorinstanz richtet, die in der Streitsache aufgrund ihrer Tätigkeit auf einem speziellen Rechtsgebiet über besondere Kenntnisse verfügt und in einem quasigerichtlichen, d.h. qualifizierten rechtstaatlichen Anforderungen genügenden Verfahren entschieden hat (vgl. EGMR, Urteil 19178/91 vom 22. November 1995 i.S. Bryan v. Vereinigtes Königreich, Ziff. 45 ff.; HANGARTNER, Zurückhaltung, a.a.O., S. 165 f., m.w.H.; SCHINDLER, Perspective, a.a.O., S. 449 f.; VAN DIJK/VAN HOOFF/VAN RIJN/ZWAAK, a.a.O., S. 561).

Da somit der EGMR unter Umständen, die sich mit der vorliegenden Situation durchaus vergleichen lassen, sogar eine eingeschränktere Kognition genügen lässt, fällt hier - entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin und des von ihr beigezogenen Rechtsgutachters - der Umstand nicht ins Gewicht, dass sich das Bundesverwaltungsgericht insofern nicht mit der REKO/WEF vergleichen lässt, als es - mangels Fachrichter - keine "Fach-Beschwerdeinstanz" ist, die im Sinne von BGE 130 II 449 E. 4.1 auch Angemessenheitsfragen "voll" überprüfen müsste.

Es vermag deshalb im Lichte von Art. 6 Abs. 1 EMRK zu genügen, wenn sich das Bundesverwaltungsgericht u.a. auch damit begnügt, lediglich die rechtlichen Grenzen der Ermessensausübung zu kontrollieren. "Volle Jurisdiktion" im Sinne der EMRK würde nur fehlen, wenn sich die Rechtskontrolle bloss auf eine "Verfassungskontrolle" oder "Willkürkontrolle" beschränken bzw. wenn der Sachverhalt nur beschränkt überprüft würde (vgl. BGE 124 I 255 E. 4b, BGE 129 I 103 E. 3, BGE 123 I 87 E. 3b; KIENER, a.a.O., S. 234; SCHINDLER, Perspective, a.a.O., S. 459 f.).

**5.6.5.3** Diese vom Bundesverwaltungsgericht ausübende Kognition steht im Einklang mit der Praxis des Bundesgerichts, welche gestützt auf inhaltlich identische Rechtsgrundlagen erfolgt.

So erachtet das Bundesgericht in BGE 132 II 257 (E. 3.2 zur behördlichen Festlegung von Interkonnectionsbedingungen) seine Prüfungsdichte als mit Art. 6 Abs. 1 EMRK vereinbar, obschon es der ComCom (als nichtrichterlicher Behördenkommission, BGE 131 II 13 E. 3.2)

technisches Ermessen bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe - in einem hoch technischen Bereich mit Fachfragen übermittlungstechnischer bzw. ökonomischer Natur - zugesteht, den es als "erheblichen Beurteilungs- und Ermessensspielraum" der ComCom bezeichnet (E. 3.3.5, bestätigt in BGE 132 II 485 E. 1.2, BGE 131 II 13 E. 3.4; vgl. zur Frage des Charakters als "civil rights" i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK BGE 131 II 13 E. 6.4.1, sowie BGer, Urteil 2A.507/2006 vom 15. Januar 2007 E. 3.4).

**5.6.5.4** Einen ähnlichen Ansatz hat auch das Bundesverwaltungsgericht im Urteil A-109/2008 vom 12. Februar 2009 verfolgt (BVGE 2009/35). Strittig war in diesem Fall die Rechtmässigkeit eines von der ComCom erlassenen Feststellungsentscheids zur Frage einer allfälligen Marktbeherrschung beim "schnellen Bitstromzugang", was letztlich auch "civil rights" im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK betraf (vgl. E. 12 zum Vermögensinteresse der Streitsache; kritisch zur Ausschöpfung der Kognition durch das Bundesverwaltungsgericht RETO FELLER/MARKUS MÜLLER, Die Prüfungszuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts, Probleme in der praktischen Umsetzung dargestellt am Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-109/2008 vom 12. Februar 2009, ZBI 2009, S. 442 ff.).

**5.6.5.5** In diesem Zusammenhang ist hinsichtlich der Kognitionserfordernisse von Art. 6 Abs. 1 EMRK - entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin - nicht von Belang, dass das Bundesverwaltungsgericht ähnlich wie die REKO/WEF (vgl. Beschwerdeentscheid vom 30. Juni 2005 E. 5.3.6, veröffentlicht in: RPW 2005/3, S. 524) in der Regel mangels eigener Ressourcen keine umfassenden eigenen Beweismassnahmen durchführen können. Dies ist solange nicht zu beanstanden, als das Bundesverwaltungsgericht die Sach- wie auch die Rechtslage umfassend prüft, was, wie bereits erwähnt, Rückweisungen an die Vorinstanz zur Korrektur mangelhafter Sachverhaltsabklärungen nicht ausschliesst (vgl. GRABENWARTER, a.a.O., § 24 N. 29, S. 344). Denn in solchen Fällen werden, insbesondere wenn Sanktionen zu beurteilen sind, die Rechte der beschwerdeführenden Partei im Sinne der EMRK gewahrt (vgl. HANGARTNER, Zurückhaltung, a.a.O., S. 171 ff.).

Diese Zurückhaltung der richterlichen Überprüfung erweist sich auch deshalb als richtig, weil sich das Bundesverwaltungsgericht nicht die Freiheit herausnehmen darf, als wirtschaftsregulatorische "Oberverwaltungsbehörde" zu amten (vgl. BGE 129 II 331 E. 3.2). Vielmehr hat das Bundesverwaltungsgericht dafür zu sorgen, dass die Konkretisierung des offenen Wettbewerbsbegriffs wie auch die Konkretisierung der sonstigen offenen Begriffe des Kartellgesetzes in rechtsstaatlich einwandfreier, rational nachvollziehbarer Art erfolgt (vgl. das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4037/2007 vom 29. Februar 2008 E. 4.2.2 bzw. E 7.3.2.1 zur interessenideologischen Natur des Wettbewerbsbegriffs; dieses Urteil wurde bestätigt durch BGE 135 II 60 E. 3.2.3). Daher darf der mögliche Beurteilungsspielraum beim "technischen Ermessen" einer ermessensausübenden Fachbehörde auch nur soweit gewährt werden, als diese die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte tatsächlich geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und



umfassend durchgeführt hat (vgl. BGE 135 II 296 E. 4.4.3, BGE 125 II 591 E. 8a, BGE 131 II 680 E. 2.3).

Anzumerken ist, dass die oben dargelegten Gesichtspunkte zur Kognition des Bundesverwaltungsgerichts sich nicht nur auf Fälle aus dem Bereich des Wettbewerbsrechts beziehen, sondern im gesamten Bereich des Wirtschaftsverwaltungsrechts Geltung beanspruchen.

**5.6.6** Im Lichte dieser Anforderungen von Art. 6 Abs. 1 EMRK an die minimal notwendige Prüfungsdichte eines Gerichts vermag das Bundesverwaltungsgericht hier die Rügen der Beschwerdeführerin in sachlicher und rechtlicher Hinsicht mit einer dieser Bestimmung entsprechenden Kognition zu überprüfen (ebenso TAGMANN, a.a.O., S. 99 f.; vgl. sinngemäss auch HANGARTNER, Aspekte, a.a.O., S. 271 f.).

**5.6.6.1** Die von der Beschwerdeführerin aufgeworfenen verfahrensrechtlichen Rügen können vom Bundesverwaltungsgericht mit voller Kognition im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK überprüft werden.

Diese Rügen betreffen (a) die angeblich ungenügende gesetzliche Grundlage von Art. 49a Abs. 1 KG i.V.m. Art. 7 KG (vgl. E. 4), (b) den angeblichen Anspruch auf eine gerichtlich organisierte Erstinstanz (vgl. E. 5.4), (c) die angebliche Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (vgl. E. 6), (d) die angebliche Verletzung der Untersuchungsmaxime (vgl. E. 1.1.2) und (e) die angebliche Verletzung des Anspruchs auf einen "fair trial" durch eine Missachtung ihres Schweigerechts (vgl. E. 5.7).

**5.6.6.2** Auch die materiellrechtlichen Fragen betreffend die *Marktabgrenzung* bzw. allfällige *Marktbeherrschung* lassen sich vom Bundesverwaltungsgericht mit einer hinreichenden Kognitionsdichte überprüfen (vgl. E. 5.6.5.3 sowie E. 9 f.).

**5.6.6.3** Insbesondere mit umfassender Kognition wird das Bundesverwaltungsgericht die angeblich vorgefallene Ausbeutung der Marktgegenseite zu prüfen haben, zumal es um die strittige Hauptfrage geht, ob ein bisher aus wettbewerbsrechtlicher Sicht nicht bekannter Sachverhalt - nämlich die angebliche Erzwingung unangemessener Interkonnectionspreise von der Marktgegenseite in einem vom Fernmeldegesetz regulierten Wirtschaftsbereich - überhaupt von kartellgesetzlichen Tatbeständen erfasst wird (vgl. E. 11 ff.; BGer, Zwischenverfügung 2C\_676/2008 vom 27. November 2008 E. 1.3 zum bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahren B-2775/2008; PETER UEBERSAX, Unabhängige Verwaltungsinstanzen und offene Gesetze im öffentlichen Wirtschaftsrecht des Bundes - ein rechtliches Risiko?, in: Sutter-Somm/Hafner/Schmid/Seelmann [Hrsg.], Risiko und Recht, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2004, Basel/Bern 2004, S. 695).

**5.6.6.4** Schliesslich sind auch keine Gründe erkennbar, welche das Bundesverwaltungsgericht daran hindern würden, die *Bemessung der ausgefallenen Sanktion* sowie die entsprechenden Schärfungs- und Milderungsgründe mit einer Kognition zu überprüfen, die die Anforderungen von Art. 6 Abs. 1 EMRK respektieren würde (vgl. BGE 115 Ia 406 E. 3b/bb zur Notwendigkeit der gerichtlich zu gewährenden freien Überprüfung einer Strafzumessung).

**5.6.7** Zusammenfassend lässt sich nach dem Gesagten festhalten, dass das Bundesverwaltungsgericht im vorliegenden Fall die angefochtene Verfügung - entsprechend der vom Bundesgericht in BGE 132 II 257 und BGE 132 II 485 eingenommenen Haltung zur Kognitionsfrage - in sachverhältnlicher und rechtlicher Hinsicht im Einklang mit Art. 6 Abs. 1 EMRK auf ihre Rechtmässigkeit hin überprüfen kann.

## 5.7 Verletzung des Selbstbelastungsverbots?

**5.7.1** Die Beschwerdeführerin rügt vorab ganz grundsätzlich, dass nach dem EGMR eine angeschuldigte Person nicht verpflichtet werden dürfe, zur Sache auszusagen, da entsprechende Aussagen beweismässig nicht verwertbar seien. Würden solche Aussagen, egal ob sie belastender Natur seien oder nicht, in einem Entscheid berücksichtigt, so wäre dieser anfechtbar und aufzuheben. Insofern dürfe ein Angeschuldigter, der eine Aussage zur Sache verweigere, dafür nicht bestraft werden. Zudem dürften aus einem Schweigen keine nachteiligen Schlüsse gezogen werden. Geschehe dies dennoch, dann sei ein Strafscheid anfechtbar und aufzuheben. Ferner dürfe dieses Schweigerecht auch nicht durch eine ausserstrafprozessuale Mitwirkungspflicht ausgehebelt werden, indem eine solche in einem Verwaltungsverfahren gestützt auf Verwaltungsrecht statuiert werde. Entscheidend sei allein das Vorliegen einer "strafrechtlichen Anklage" im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK.

Im Urteil vom 3. Mai 2001 i.S. J.B. gegen die Schweiz habe der EGMR den durch mehrere Ordnungsbussen ausgeübten Zwang zur Herausgabe von Dokumenten in einem Nachsteuerverfahren als Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK gewertet, zumal eine Herausgabe den Betroffenen im gleichzeitig geführten Steuerhinterziehungsverfahren belastet hätte.

**5.7.2** Mit der Beschwerdeführerin ist davon auszugehen, dass bereits im Sanktionsverfahren vor der Vorinstanz das aus Art. 6 Abs. 1 und 2 EMRK abgeleitete Selbstbelastungsverbot, wonach eine Person sich nicht selbst beschuldigen muss, also schweigen darf, zumindest dem Grundsatz nach zu beachten ist (vgl. dazu HANGARTNER, Aspekte, a.a.O., S. 273 f.; Christoph Lang, Untersuchungsmassnahmen der Wettbewerbskommission im Spannungsverhältnis zwischen Wahrheitsfindung und Verteidigungsrechten eines Angeschuldigten, Jusletter vom 27. September 2004, Rz. 10; WASER, a.a.O., S. 174 ff.; vgl. demgegenüber die differenzierte Kritik bei HANSJÖRG SEILER, Das [Miss-]Verhältnis zwischen strafprozessualen Schweigerecht und verwaltungsrechtlicher Auskunftspflicht, recht 2005, S. 11 ff., insbes. S. 16; kritisch auch PHILIPPE SPITZ, Ausgewählte Problemstellungen im Verfahren und bei der praktischen Anwendung des revidierten Kartellgesetzes, sic! 2004, S. 557).

**5.7.3** Dieser Grundsatz, der bisweilen auch als Verbot des Selbstbelastungszwangs oder als Selbstbezeichnungsprivileg bezeichnet wird, zählt zum Kernbereich eines fairen Verfahrens (vgl. EGMR, Urteil 10828/84 vom 25. Februar 1993 i.S. Funke v. Frankreich, Ziff. 44) und steht in einem engen Zusammenhang zur Unschuldsvermutung gemäss Art. 6 Abs. 2 EMRK (vgl.

GRABENWARTER, a.a.O., § 24 N. 119, S. 389 f.; KÜHNE, a.a.O., Rz. 447 zu Art. 6 EMRK).

Wie die Beschwerdeführerin zu Recht betont, ergibt sich aus dem Recht eines Angeklagten, nicht zu seiner eigenen Verurteilung beitragen zu müssen, insbesondere, dass Anklagen ohne Rückgriff auf Beweismittel geführt werden, die durch Zwang oder Druck in Missachtung des Willens des Angeklagten erlangt worden sind (vgl. BGE 131 IV 36 E. 3.1, mit Verweis auf EGMR, Urteil 31827/96 vom 3. Mai 2001 i.S. J.B. v. Schweiz und BGE 121 II 273; KÜHNE, a.a.O., Rz. 448 zu Art. 6 EMRK). Damit soll der Angeklagte vor missbräuchlichem Zwang seitens der Behörden geschützt werden, was der Vermeidung von Justizirrtümern sowie der Zielsetzung von Art. 6 EMRK dienen soll (vgl. BGE 131 IV 36 E. 3.1; vgl. die Kritik bei SEILER, a.a.O., S. 18 ff.). Gleiches gilt bei Verwaltungsverfahren mit strafrechtlichem Charakter.

**5.7.4** Allerdings gibt die Beschwerdeführerin sich nicht hinreichend Rechenschaft über die Tragweite des Selbstbelastungsverbots.

**5.7.4.1** Auch wenn das damit verbundene Recht zu Schweigen nicht nur Aussagen, sondern auch den Zwang zur eigenhändigen Herausgabe von Beweismaterial umfasst (vgl. EGMR, Urteil 31827/96 vom 3. Mai 2001 i.S. J.B. v. Schweiz, Ziff. 63 ff., veröffentlicht in: VPB 65.128; kritisch dazu CLÉMENCE GRISEL, *L'obligation de collaborer des parties en procédure administrative*, Zürich 2008, N. 414; bestätigt in EGMR, Urteil 19235/03 vom 21. April 2009 i.S. Marttinen v. Finnland, Ziff. 71), vermittelt es entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin kein absolutes Recht, da es Beschränkungen unterworfen sein kann. Unter Umständen kann auch ein mittels Verwaltungsstrafen ausgeübter Zwang gerechtfertigt sein (vgl. EGMR, Urteil 15809/02 vom 29. Juni 2007 i.S. O'Halloran v. Vereinigtes Königreich, Ziff. 55 ff.; BGE 131 IV 36 E. 3; KÜHNE, a.a.O., Rz. 451 ff. zu Art. 6 EMRK; Seiler, a.a.O., S. 19). Selbst das Ziehen nachteiliger Schlüsse aus einem allfälligen Schweigen eines Beschuldigten wird unter bestimmten Voraussetzungen als vereinbar mit dem Selbstbelastungsverbot angesehen (vgl. EGMR, Urteil 18731/91 vom 8. Februar 1996 i.S. Murray v. Grossbritannien, Ziff. 45 ff.; kritisch MÜLLER/SCHEFER, a.a.O., S. 989 Fn. 44).

Der EGMR beurteilt die Zulässigkeit einer Verpflichtung, gegen sich selber aussagen zu müssen, aufgrund der Art und des Ausmasses des ausgeübten Zwanges, der verfahrensrechtlichen Sicherungen und der Verwendung der erlangten Beweise (vgl. EGMR, Urteil 54810/00 vom 11. Juli 2006 i.S. Abu Bakah Jalloh v. Deutschland, Ziff. 101). Freilich ist im Einzelnen die Tragweite des Selbstbelastungsverbots in Bezug auf passive und aktive Verhaltenspflichten in vielen Rechtsbereichen umstritten, insbesondere auch bezüglich Handlungspflichten, etwa Informationspflichten gegenüber Behörden oder Privatpersonen, die sich mittelbar selbstbelastend auswirken können (vgl. BGE 132 II 113 E. 3, BGE 131 IV 36 E. 3.1, m.w.H.; HOLGER DIECKMANN, in: Wiedemann [Hrsg.], *Handbuch des Kartellrechts*, 2. Aufl., München 2008, § 42 N. 21 f., S. 1547 ff., je m.w.H.; PATRICK L. KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], a.a.O., N. 70 zu Art. 13 VwVG; Müller/Schefer, a.a.O., S. 985; vgl. für Wettbewerbsverfah-

ren vor den Behörden der EU ANDREAS KLEES, *Europäisches Kartellverfahrensrecht mit Fusionskontrollverfahren*, Köln 2005, § 9 N. 34, S. 318 f.).

**5.7.4.2** Ungeachtet dieser differenzierten Rechtsprechung des EGMR, der sich zu dieser Frage ausschliesslich mit dem Selbstbelastungsverbot *natürlicher* Personen zu befassen hatte (vgl. TAGMANN, a.a.O., S. 115), hält die Beschwerdeführerin auch die im Kartellgesetz statuierte Mitwirkungspflicht für gänzlich unbeachtlich, weshalb zwingend ein generelles Beweisverwertungsverbot zu folgen habe.

Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden, auch wenn die Beschwerdeführerin als juristische Person den aus Art. 6 Abs. 1 und 2 EMRK abgeleiteten Garantien grundsätzlich untersteht (vgl. E. 5.4.1).

**5.7.4.3** Nach Art. 40 KG haben marktmächtige Unternehmen den Wettbewerbsbehörden alle für deren Abklärungen erforderlichen Auskünfte zu erteilen und die notwendigen Urkunden vorzulegen, wobei sich das Recht zur Verweigerung der Auskunft nach Art. 16 VwVG (Zeugnisverweigerungsrecht) richtet. Ferner wird nach Art. 52 KG ein Unternehmen, das die Auskunftspflicht oder die Pflichten zur Vorlage von Urkunden nicht oder nicht richtig erfüllt, mit einem Betrag bis zu Fr. 100'000.- belastet. Zudem wird nach Art. 55 KG mit Busse bis zu Fr. 20'000.- bestraft, wer insbesondere vorsätzlich Verfügungen der Wettbewerbsbehörden betreffend die Auskunftspflicht (Art. 40) nicht oder nicht richtig befolgt.

Damit stellt sich die Frage, wie diese gesetzlich vorgesehenen Ermittlungsbefugnisse der Wettbewerbsbehörden, die bei Auskunftsverweigerung sanktionierbar sind, mit den legitimen Verteidigungsinteressen von *Unternehmen*, die in der Regel juristische Personen sind, zu einem sachgerechten Ausgleich gebracht werden können, ohne in Widerspruch zur Rechtsprechung des EGMR zu treten.

Dazu werden zwei entgegengesetzte Standpunkte vertreten:

**5.7.4.3.1** Nach der einen Auffassung, der im Ergebnis die Vorinstanz folgt, verfügen die nach Art. 40 KG zur Mitwirkung Verpflichteten über kein absolut geltendes Aussageverweigerungsrecht, sondern nur über eines, das sich auf Fragen beschränkt, durch die das Unternehmen direkt oder indirekt dazu gezwungen würde, ein "wettbewerbswidriges Verhalten" einzugestehen; solche Fragen müssten nicht beantwortet werden. Dagegen erstreckte sich die (allenfalls nach Art. 52 und 55 KG) sanktionierbare Auskunftspflicht auf rein tatsächliche Gegebenheiten (vgl. KRAUSKOPF/EMMENEGGER, a.a.O., N. 70 zu Art. 13 VwVG; TAGMANN, a.a.O., S. 119, m.w.H.).

Diese Sicht orientiert sich an der Praxis des EuGH in Wettbewerbsverfahren, wonach die Kommission ein Unternehmen gegebenenfalls durch Entscheidung verpflichtet darf, ihr alle erforderlichen Auskünfte über ihm eventuell bekannte Tatsachen zu erteilen, jedoch nicht berechtigt ist, ein Unternehmen zu verpflichten, Antworten zu geben, durch welche es eine Zuwiderhandlung eingestehen müsste, für welche die Kommission nachweispflichtig ist (vgl. EuGH, Urteil C-407/04 vom 25. Januar 2007 i.S. Dalmine/Kommission, Rz. 34, m.w.H.,

insbes. auf das Urteil des EuGH C-374/87 vom 18. Oktober 1989 i.S. Orkem/Kommission, Rz. 34 f.).

Nach dieser Rechtsprechung darf eine Auskunft nicht damit verweigert werden, dass die Informationen dazu verwendet werden könnten, den Beweis für ein wettbewerbswidriges Verhalten zu erbringen; Auskünfte "rein tatsächlicher Art" müssten immer gegeben werden, nicht hingegen Angaben, welche das "Eingeständnis einer Zuwiderhandlung" enthalten (vgl. STEPHAN BREITENMOSE, Grundrechtsschutz im Wettbewerbsrecht - ein Überblick, SZIER 2007, S. 428 f., 433; DIECKMANN, a.a.O., § 42 N. 21, S. 1547 f., m.w.H.; kritisch Klees, a.a.O., § 9 N. 34, S. 318 f.; STEFAN LORENZMEIER, Kartellrechtliche Geldbussen als strafrechtliche Anklage im Sinne der Europäischen Menschenrechtskonvention, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik ZIS 2008, S. 28; JÜRGEN SCHWARZE/RAINER BECHTOLD/WOLFGANG BOSCH, Rechtsstaatliche Defizite im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft - Eine kritische Analyse der derzeitigen Praxis und Reformvorschläge, Stuttgart 2008, S. 31 ff., online unter: [www.gleisslutz.com](http://www.gleisslutz.com) > Publikationen > 2008 > 3).

**5.7.4.3.2** Nach der anderen Auffassung, welche im Ergebnis auch die Beschwerdeführerin vertritt, gelte hingegen ein absolutes Aussageverweigerungsrecht, da die von den Europäischen Gerichten vertretene Unterscheidung zwischen Tatsachenaussagen und Aussagen mit eigentlichem Geständnischarakter im Lichte strafprozessualer Mindestgarantien "artifiziert" und nicht überzeugend sei. Nach dieser Meinung sei ein Unternehmen nicht dazu verpflichtet, durch entsprechende Auskünfte selber zu seiner Verurteilung zu einer Geldbusse beitragen zu müssen. Dasselbe gelte auch für die Herausgabe von Dokumenten.

Insofern sei ein Angeschuldigter in einem Verfahren mit pönalem Charakter nicht verpflichtet, die Untersuchung durch aktives Verhalten zu fördern, weshalb ihn auch keine Editionsspflicht treffe. Daher dürfe die Weigerung, einer Forderung auf Herausgabe nachzukommen, auch nicht mit Verwaltungssanktionen belegt werden. Dies schliesse indessen nicht aus, dass die Wettbewerbsbehörden entsprechende Unterlagen selber im Rahmen einer Hausdurchsuchung nach Art. 42 Abs. 2 KG beschaffen dürften, da Angeschuldigte in einem Untersuchungsverfahren entsprechende Untersuchungsmassnahmen zu dulden hätten (vgl. LANG, a.a.O., Rz. 21, m.w.H.; NIGGLI/RIEDO, a.a.O., S. 61 ff.; SPITZ, a.a.O., S. 556 ff.).

**5.7.5** Die Frage, welche Grenzen das aus Art. 6 Abs. 1 und 2 EMRK abgeleitete Selbstbelastungsverbot eines Unternehmens seiner kartellgesetzlichen Mitwirkungspflicht generell und unabhängig vom Einzelfall setzt, braucht hier jedoch nicht im Einzelnen abschliessend erörtert zu werden, wenn sich erweist, dass die beiden sachbezogenen Rügen der Beschwerdeführerin von vornherein im Lichte grundsätzlicher Überlegungen unbegründet sind.

**5.7.5.1** Einerseits beanstandet die Beschwerdeführerin, sie sei durch zwei Begehren formell, d.h. unter Hinweis auf die gesetzliche Mitwirkungspflicht nach Art. 40 KG, zur Auskunft verpflichtet worden, was ihr Schweigerecht verletze. Deshalb seien die mit diesen Auskunftsbegeh-

ren erhobenen Beweise nicht verwertbar, ungeachtet des Umstands, ob die Beweise sie belasteten oder nicht. Folglich sei die auf solche Beweise gestützte angefochtene Verfügung aufzuheben.

**5.7.5.1.1** Entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass, wenn - wie hier - die Beschwerdeführerin auf die Auskunftsbegehren vorbehaltlos antwortete, dadurch das ihr zustehende Aussageverweigerungsrecht noch nicht verletzt worden ist.

Zwar gilt die Auskunftspflicht nach Art. 40 KG ex lege, aber um den Anforderungen an das Selbstbelastungsverbot im Sinne der EMRK gerecht werden zu können, hat die zuständige Wettbewerbsbehörde mittels selbstständig anfechtbarer, verfahrensleitender Verfügung die Auskunftspflicht sowie deren Umfang festzuhalten, wenn diese, insbesondere gestützt auf das Selbstbelastungsverbot, bestritten wird (vgl. STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Freiburg 2002, S. 248 f.; BORER, a.a.O., Rz. 9 zu Art. 40 KG; BENOIT CARRON, in: Tercier/Bovet [Hrsg.], Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Genf/Basel/München 2002, Rz. 25 zu Art. 40 KG; LAURENT MOREILLON, in: Tercier/Bovet [Hrsg.], a.a.O., Rz. 5 zu Art. 52 KG). Gleichzeitig sind die kartellgesetzlichen Sanktionsfolgen anzudrohen (vgl. BILGER, a.a.O., S. 249; RICHLI, a.a.O., S. 487).

Nur eine solche Auskunftsverfügung, welche hier jedoch nicht ergangen ist, könnte unter Umständen als unerlaubte Ausübung von Zwang aufgefasst werden, soweit damit unzulässige Fragen mit Sanktionsfolgen durchgesetzt werden sollen. Ein solches Vorgehen entspricht auch der Praxis der Europäischen Kommission (vgl. DIECKMANN, a.a.O., § 42 N. 13 ff. u. 48, S. 1545 ff.; KLEES, a.a.O., § 9 N. 16 ff., S. 313 ff.).

**5.7.5.1.2** Diese Sicht erweist sich im Rahmen komplexer Wettbewerbsverfahren als notwendig. Denn das von der Beschwerdeführerin postulierte umfassende Aussageverweigerungsrecht bezüglich aller Fragen, die einen bestimmten, von der Vorinstanz zu untersuchenden Sachverhalt betreffen, könnte die behördliche Sachverhaltsabklärung und damit letztlich die Anwendbarkeit der materiellen Bestimmungen des Kartellgesetzes in unverhältnismässiger Weise erschweren, wie die Vorinstanz zu Recht befürchtet (vgl. SEILER, a.a.O., S. 14, 17 ff.; a.M. NIGGLI/RIEDO, a.a.O., S. 66 f.), zumal sie die Beweislast für das Vorhandensein wettbewerbswidriger Praktiken trägt.

Dem stünde auch die bisherige Praxis der REKO/WEF entgegen, welche Art. 40 Satz 1 KG als unerlässliches Instrument der Wettbewerbsbehörden bezeichnete, um den rechtserheblichen Sachverhalt (inklusive Geschäftsgeheimnisse) feststellen zu können (vgl. Entscheid der REKO/WEF 01/FB-005 vom 26. September 2002 E. 3, veröffentlicht in: RPW 2002/4, S. 698; vgl. auch das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3577/2008 vom 6. November 2008 E. 1.3.1, veröffentlicht in: RPW 2008/4, S. 731 ff.).

**5.7.5.1.3** Im vorliegenden Fall legt die Beschwerdeführerin mit keinem Wort dar, inwiefern sie in den jeweiligen Fragebogen durch unzulässige Fragen aufgefordert

worden wäre, "wettbewerbswidriges Verhalten" einzugestehen bzw. Fragen zu beantworten, die sie zu selbstbelastenden Auskünften verführt hätten. Hätte die Beschwerdeführerin tatsächlich unzulässige, suggestive Belastungsfragen im Fragebogen entdeckt, wäre jedenfalls von ihr zu erwarten gewesen, dass sie die Auskunft verweigert und den Erlass einer Auskunftsverfügung angebeht hätte, was sie aber nicht getan hat.

Damit hat die Beschwerdeführerin darauf verzichtet, die entsprechenden Auskunftsbegehren auf ihre Rechtmässigkeit hin gerichtlich überprüfen zu lassen, weshalb die in der Folge eingereichten Auskünfte auch nicht einem Beweisverwertungsverbot unterstehen (vgl. KRAUSKOPF/EMMENEGGER, a.a.O., N. 195 zu Art. 12 VwVG). Insofern ist das von der Beschwerdeführerin angerufene Urteil des EGMR vom 3. Mai 2001 i.S. J.B. gegen die Schweiz (vgl. a.a.O.) nicht einschlägig, da die Vorinstanz gegenüber der Beschwerdeführerin nie ein Sanktionsverfahren gemäss Art. 52 KG durchgeführt hat, um sie zur Erteilung von Auskünften oder zur Herausgabe von Dokumenten anzuhalten. Somit geht die entsprechende Kritik ins Leere.

**5.7.5.2** Des Weiteren rügt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe ihr vorgeworfen, sie habe die Auskunft zu den Kosten der Terminierung verweigert, was "die aus der Luft gegriffene Annahme eines unrechtmässigen Gewinns von 13.5 Rp./Min" rechtfertigen soll. Zudem sei die Nichtbeantwortung der Fragen zu den Terminierungskosten bei der Sanktionsbemessung als Verfahrensbehinderung im Sinne der KG-Sanktionsverordnung gewertet worden. Dass diese angebliche Verfahrensbehinderung letztlich nicht sanktionserhöhend berücksichtigt worden sei, liege daran, dass sich die entsprechenden Umstände vor Inkrafttreten der Kartellgesetz-Revision per 1. April 2004 verwirklicht hätten. Grundsätzlich verletzt diese mit ihrem Schweigen begründeten, für sie nachteiligen Schlüsse ihr Schweigerecht. Im Übrigen sei sie objektiv gar nicht in der Lage gewesen, zu ihren Terminierungskosten eine korrekte Auskunft zu geben. Auch deshalb sei die angefochtene Verfügung aufzuheben.

Auch dieser Einwand geht fehl. Die Beschwerdeführerin selbst räumt ein, dass ihr Schweigen in der angefochtenen Verfügung nicht nachteilig berücksichtigt worden sei, was unter dem Blickwinkel von Art. 6 Abs. 1 EMRK kaum problematisch sein kann.

**5.7.6** Zusammenfassend ergibt sich, dass die Rügen der Beschwerdeführerin, wonach ihr Schweigerecht im Verfahren vor der Vorinstanz verletzt worden sei, unbegründet sind.

## **6. Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör?**

Die Beschwerdeführerin rügt ferner, die Vorinstanz habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör mehrfach verletzt:

Während den Anhörungen habe sie viel zu wenig Zeit für eine Stellungnahme erhalten (vgl. E. 6.2);

der zweite Verfügungsantrag sei ihr nie in vollständiger Form zugestellt worden (vgl. E. 6.3);

zum dritten Verfügungsantrag sei ihr eine unangemessen kurze Frist zur Stellungnahme eingeräumt worden (vgl. E. 6.4);

zum "Gutachten IC" vom 20. November 2006 (vgl. RPW 2006/4, S. 739) habe sie vorgängig nicht Stellung nehmen können (vgl. E. 6.5);

die Mitglieder der Wettbewerbskommission hätten die meisten Beilagen zu den Stellungnahmen nicht konsultiert und deshalb ohne die nötige Sachkenntnis entschieden (vgl. E. 6.6).

Auch diese Rügen sind vorab zu prüfen. Denn angesichts der formellen Natur des rechtlichen Gehörs kann dessen Verletzung ungeachtet der Erfolgsaussichten einer Beschwerde in der Sache selbst zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung führen (vgl. BGE 132 V 387 E. 5.1; BERNHARD WALDAMNN/JÜRIG BICKEL, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], a.a.O., N. 106 ff. zu Art. 29 VwVG).

### **6.1 Grundsätzliches zum rechtlichen Gehör**

Wer - wie die Beschwerdeführerin - vom Ausgang eines Verfahrens besonders betroffen ist, hat verfassungsmässige Informations-, Einsichts-, Mitwirkungs- und Äusserungsrechte, welche die Fairness des Verfahrens garantieren sollen und als "rechtliches Gehör" bezeichnet werden (vgl. MÜLLER/SCHEFER, a.a.O., S. 846). Dieses umfasst die folgenden Ansprüche: (1.) auf Orientierung, (2.) auf Mitwirkung bei der Feststellung des Sachverhalts (Art. 12 ff. VwVG), (3.) auf vorgängige Stellungnahme und Anhörung (Art. 30 VwVG), sowie (4.) auf ernsthafte Prüfung der Vorbringen durch die Behörde und deren Berücksichtigung in der Entscheidfindung (vgl. MÜLLER/SCHEFER, a.a.O., S. 860 ff.). Um den Betroffenen eine Stellungnahme vor Erlass der Verfügung zu ermöglichen, muss ihnen die Verwaltungsbehörde den voraussichtlichen Inhalt der Verfügung, zumindest seine wesentlichen Elemente, bekannt geben (vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich 2006, N. 1680 f.). Für Kartellverwaltungsverfahren führt Art. 30 Abs. 2 erster Satz KG die Besonderheit ein, dass die am Verfahren Beteiligten schriftlich zum Antrag des Sekretariats Stellung nehmen können.

Der die Behörde verpflichtende Untersuchungsgrundsatz (Art. 12 VwVG) und das ihn ergänzende Parteirecht des Gehörsanspruchs (Art. 29 VwVG) sollen sicherstellen, dass zur vollständigen Ermittlung des erheblichen Sachverhalts alle dafür notwendigen Beweise erhoben und zutreffend gewürdigt werden. Zudem soll sichergestellt werden, dass der Entscheid auf alle wesentlichen Elemente abgestützt und entsprechend nachvollziehbar begründet wird (vgl. Entscheid der REKO/WEF FB/2004-4 vom 4. Mai 2006 [i.S. 20 Minuten] E. 4.1, veröffentlicht in: RPW 2006/2, S. 347 ff., bestätigt im Urteil des Bundesgerichts 2A.327/2006 vom 22. Februar 2007, veröffentlicht in: RPW 2007/2, S. 331 ff., m.w.H.). Freilich darf sich die Begründung eines Entscheids auf diejenigen Aspekte beschränken, welche die Behörde willkürfrei als wesentlich betrachtet. Die Behörde muss aber begründen, weshalb sie vorgebrachte Parteistandpunkte für nicht erheblich, unrichtig oder allenfalls unzulässig hält (vgl. MICHELE ALBERTINI, Der verfassungsmässige An-

spruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Bern 2000, S. 369, 404).

Angesichts der zentralen Bedeutung der Verfahrensrechte für die Betroffenen kommt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine nachträgliche Heilung eines entsprechenden Mangels nur ausnahmsweise in Frage. Die erstinstanzliche Behörde soll nicht darauf vertrauen dürfen, dass von ihr missachtete Verfahrensrechte systematisch nachträglich geheilt werden, ansonsten die gerade für das erstinstanzliche Verfahren vorgesehenen prozessualen Garantien ihren Sinn verlören (vgl. BGE 126 II 111 E. 6b/aa).

Gleichwohl können nach herrschender Meinung im Rechtsmittelverfahren nicht besonders schwerwiegende Verletzungen des rechtlichen Gehörs "geheilt" werden (vgl. WALDMANN/BICKEL, a.a.O., N. 108 ff. zu Art. 29 VwVG, m.w.H.; für das Kartellverwaltungsrecht vgl. Entscheid der REKO/WEF FB/2005-5 vom 1. Mai 2006 E. 4.4, veröffentlicht in: RPW 2006/2, S. 310 ff., mit Verweis auf RPW 2005/3, S. 505 ff., S. 516 f.). Die Gerichtspraxis dazu ist reichhaltig, aber nicht einheitlich (vgl. WALDMANN/BICKEL, a.a.O., N. 128 zu Art. 29 VwVG). Gemeinhin wird für eine solche "Heilung" vorausgesetzt, (1.) dass eine Gehörsverletzung als nicht relevant oder die Beschwerde materiell von vornherein als aussichtslos erscheint oder - (2.) - dass sich mit einem materiellen Rechtsmittelentscheid ein prozessualer Leerlauf und damit im Interesse des Betroffenen unnötige Verzögerungen vermeiden lassen. Zudem müssen (3.) die unterlassenen Verfahrenshandlungen im Rechtsmittelverfahren nachgeholt werden, so dass das verweigerte rechtliche Gehör vom Betroffenen nachträglich voll wahrgenommen werden kann. Dies setzt voraus, dass (4.) die Rechtsmittelinstanz grundsätzlich über die selbe Kognition wie die Vorinstanz verfügt; sie muss also den Sachverhalt wie auch die Rechtslage frei überprüfen können. Dieses Erfordernis ist aber nicht abstrakt, sondern mit Blick auf die im konkreten Fall strittigen Fragen zu beurteilen (vgl. BGE 126 II 111 E. 6b/cc; WALDMANN/BICKEL, a.a.O., N. 114 ff. zu Art. 29 VwVG). Die unter (2.) bis (4.) genannten Kriterien sollen sicherstellen, dass dem Betroffenen durch eine allfällige "Heilung" keine unzumutbaren Nachteile entstehen (vgl. WALDMANN/BICKEL, a.a.O., N. 121 ff. zu Art. 29 VwVG).

## 6.2 Gehörsverletzung wegen Redezeitbeschränkungen?

**6.2.1** Die Beschwerdeführerin bemängelt, sie habe während den beiden Anhörungen vor der Wettbewerbskommission zu wenig Zeit für Stellungnahmen erhalten. Die Gesamtdauer der ersten Anhörung vom 5. September 2005 sei auf eine Stunde begrenzt worden. Deshalb habe sie nur während 15 Minuten eine Erklärung abgeben bzw. ein kurzes Schlussplädoyer halten dürfen. Nach 15 Minuten habe Herr Zweifel, Mitglied der Wettbewerbskommission, mit "tiefster Missbilligung" angemerkt, ihr CEO habe "bei seinen einleitenden Ausführungen das Zeitlimit überschritten". Dreissig Minuten nach Beginn der Anhörung sei schliesslich ein weiteres Mitglied der Wettbewerbskommission eingetroffen. Herr Zweifel habe die Anhörung noch während des Vortrags ihres CEO verlassen. Die Redezeit hätte - wenn überhaupt - nur aus ordnungspolizeilichen Gründen be-

schränkt werden dürfen. Am 29. Mai 2006 sei eine zweite Anhörung durchgeführt und deren Gesamtdauer auf eineinhalb bis zwei Stunden begrenzt worden. Damit habe die Vorinstanz versucht zu verhindern, dass sie eine der Bedeutung und Komplexität des Falles angemessene Stellungnahme abgebe. In ihrer Vernehmlassung vom 10. September 2007 macht die Beschwerdeführerin neu geltend, ihr Anspruch auf eine öffentliche Verhandlung ergebe sich nicht aus dem Kartellgesetz, sondern direkt aus Art. 6 Abs. 1 EMRK, da die Vorinstanz über eine strafrechtliche Anklage entschieden habe.

Die Vorinstanz wendet dagegen ein, nach Art. 30 Abs. 2 KG hätten Parteien keinen Anspruch auf Durchführung einer mündlichen Anhörung. Deshalb seien hier keine Verfahrensrechte verletzt worden. Der zeitliche Rahmen der Anhörung sei aus organisatorischen Gründen im Interesse eines effizienten Ablaufs festgelegt worden. Die Beschwerdeführerin sei am 5. September 2005 während mehr als einer Stunde bzw. am 29. Mai 2006 während über zwei Stunden angehört worden. Abgesehen von den umfangreichen schriftlichen Eingaben der Beschwerdeführerin habe diese mehrmals genügend Zeit erhalten, sich auch mündlich zu äussern.

**6.2.2** Nach Art. 30 Abs. 2 Satz 2 (1. Hälfte) KG kann die Wettbewerbskommission eine Anhörung beschliessen und das Sekretariat mit zusätzlichen Untersuchungsmaßnahmen beauftragen.

Wie bereits in der Erwägung 5.5 angedeutet, vermag Art. 6 Abs. 1 EMRK für Verfahren vor der Vorinstanz keinen Anspruch auf eine öffentliche Verhandlung zu begründen. Die dafür erforderliche Rechtsgrundlage bildet indessen auch nicht Art. 30 Abs. 2 Satz 2 (1. Hälfte) KG, wonach die Wettbewerbskommission eine Anhörung beschliessen *kann*. Bereits nach dem Wortlaut dieser Norm ist die Vorinstanz nicht verpflichtet, in jedem Fall eine Anhörung durchzuführen. Vielmehr wird sie eine solche nur dann beschliessen, wenn sie zusätzlichen Untersuchungsbedarf sieht. Ein Recht der Verfahrensbeteiligten auf eine Anhörung besteht nach herrschender Meinung nicht (vgl. Entscheid der REKO/WEF 99/FB-13 vom 21. Mai 2001 i.S. Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V., veröffentlicht in: RPW 2001/2, S. 431; BORER, a.a.O., Rz. 8 zu Art. 30 KG; BRUNO SCHMIDHAUSER, in: Schmidhauser/Homburger/Hoffet/Ducrey [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, Rz. 9 zu Art. 30 KG; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 990). Einer Lehrmeinung zufolge könnte die Wettbewerbskommission jedoch wegen besonderer Umstände verpflichtet sein, eine Anhörung durchzuführen, wenn sich der Anspruch auf rechtliches Gehör der beteiligten Unternehmen nicht auf andere Weise rechtsgenügend erfüllen liesse (vgl. BORER, a.a.O., Rz. 8 zu Art. 30 KG).

Nach der bisherigen Rechtsprechung ist bei der Ausübung des rechtlichen Gehörs auch den Interessen der Verfahrensökonomie Rechnung zu tragen (vgl. Entscheid der REKO/WEF FB/2006-8 vom 9. November 2006, veröffentlicht in: RPW 2006/4, S. 722 ff., S. 723). Dies gilt auch hier: Die Beschwerdeführerin hatte grundsätzlich keinen Anspruch auf eine Anhörung vor der Vorinstanz, zumal besondere Umstände, welche ein

Anhörung aufgedrängt hätten, weder geltend gemacht werden noch ersichtlich sind. Die Hauptschwierigkeit des vorliegenden Falles betrifft weniger die Ermittlung und Auswahl der entscheidungserheblichen Sachumstände, sondern die rechtliche Subsumption, d.h. die kartellrechtliche Sachverhaltswürdigung.

Nach den Anhörungsprotokollen dauerte die erste Anhörung vom 5. September 2005 über eine Stunde, die zweite Anhörung vom 29. Mai 2006 über zwei Stunden (vgl. im Sachverhalt unter B.k und B.r). Die Beschwerdeführerin wurde somit während insgesamt über drei Stunden angehört, wobei sie jeweils Gelegenheit erhielt, Stellung zu nehmen, Fragen der Vorinstanz zu beantworten und ein kurzes Schlusswort zu halten. Damit zur Beantwortung von Fragen genügend Zeit blieb, durfte die Vorinstanz die Redezeit für die Stellungnahmen beschränken. Dies war um so mehr gerechtfertigt, als die Beschwerdeführerin hinreichend Gelegenheit erhalten hatte, vor den Anhörungen schriftliche Stellungnahmen zu den Verfügungsentwürfen abzugeben (vgl. Stellungnahme vom 25. Juli 2005 [act. 250] und vom 22. Mai 2006 [act. 341], sowie im Sachverhalt unter B.j und B.p).

Somit verletzte die gerügte Beschränkung der Redezeit das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin nicht. Das beanstandete Verhalten eines Mitglieds der Vorinstanz mag allenfalls unangebracht oder unhöflich gewesen sein, eine Gehörsverletzung stellt es aber nicht dar.

### **6.3 Unvollständig zugestellter zweiter Verfügungsantrag?**

**6.3.1** Die Beschwerdeführerin rügt, ihr sei der zweite Verfügungsantrag des Sekretariats nie in vollständiger Form zugestellt worden. Am 7. April 2006 habe sie den Sanktionsantrag und einzelne "Noven" zum ersten Antrag erhalten, nicht aber den gesamten abgeänderten Entwurf. In der Folge habe sie ohne Kenntnis des vollständigen zweiten Verfügungsentwurfs Stellung nehmen müssen, was unzulässig sei.

Die Vorinstanz erachtet diese Kritik als haltlos.

**6.3.2** Nach Art. 30 Abs. 2 KG können die am Verfahren Beteiligten schriftlich zum Antrag des Sekretariats Stellung nehmen. Insofern wird der verwaltungsverfahrensrechtliche Gehörsanspruch (Art. 29 f. VwVG) durch den kartellgesetzlichen Anspruch auf Stellungnahme zu Verfügungsentwürfen (Art. 30 Abs. 2 KG) grundsätzlich erweitert (vgl. BGE 129 II 497 E. 2.2; Entscheid der REKO/WEF FB/2006-8 vom 9. November 2006, veröffentlicht in: RPW 2006/4, S. 722 ff.).

Die Frage einer allfälligen Gehörsverletzung kann jedoch offen bleiben. Denn unbestritten ermassen erhielt die Beschwerdeführerin im vorinstanzlichen Verfahren ausreichend Gelegenheit, sich zum dritten Verfügungsentwurf vom 11. Oktober 2006 (vgl. im Sachverhalt unter B.s) zu äussern, dessen Änderungen die REKO/WEF mit Entscheid FB/2006-8 vom 9. November 2006 als wesentlich gewertet hatte (vgl. nachfolgende E. 6.4). Die Kritik der Beschwerdeführerin ist damit unbegründet.

### **6.4 Zu kurze Frist für Stellungnahme zum dritten Verfügungsantrag?**

**6.4.1** Des Weiteren erblickt die Beschwerdeführerin eine Verletzung des rechtlichen Gehörs im Umstand,

dass sie zweimal Beschwerde an die REKO/WEF haben führen müssen, um eine ausreichende Frist zur Stellungnahme zum dritten Verfügungsantrag zu erhalten. Zwar sei ihr schliesslich ausreichend Zeit eingeräumt worden, um zum dritten Antrag Stellung zu nehmen. Dennoch sei ihr in unzulässiger Weise die Gelegenheit zu einer angemessenen Stellungnahme gegenüber der Vorinstanz verwehrt worden.

Die Vorinstanz hält diese Kritik für unbegründet.

**6.4.2** Wie die Beschwerdeführerin selbst einräumt, wurde ihr - wenn auch nach zwei Beschwerdeverfahren (vgl. im Sachverhalt unter B.t) - genügend Zeit für eine Stellungnahme zum dritten Verfügungsantrag eingeräumt, weshalb ihre Rüge ins Leere geht. Zu Recht stellt die Beschwerdeführerin nicht in Abrede, dass ihr die REKO/WEF letztmals mit Entscheid FB/2006-9 vom 4. Dezember 2006 (veröffentlicht in: RPW 2006/4, S. 725 ff.) eine unverlängerbare Nachfrist ("Notfrist") zur Einreichung einer Stellungnahme gewährte (insgesamt über 60 Tage). Unter diesen Umständen müsste selbst eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs als geheilt gelten.

### **6.5 Recht auf vorgängige Stellungnahme zum "Gutachten IC"?**

**6.5.1** Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe ihr keine Gelegenheit gegeben, sich zu deren Gutachten in Sachen Interkonkurrenzverfahren Mobilfunkterminierung vom 20. November 2006 ("Gutachten IC", veröffentlicht in: RPW 2006/4, S. 739) vor dessen Zustellung an das BAKOM vernehmen zu lassen. Dies wäre notwendig gewesen, weil die dort behandelten Sachverhalte im vorliegenden Verfahren von zentraler Bedeutung seien. Die Vorinstanz habe sich eine Meinung zu relevanten Fragen des vorliegenden Falles bereits gebildet gehabt und öffentlich bekannt gegeben, bevor sie ihre dritte Stellungnahme zum Verfügungsentwurf habe zur Kenntnis nehmen können.

**6.5.2** Die Vorinstanz entgegnet hierzu, das fernmelderechtliche Interkonkurrenzverfahren, an dem sie als Gutachterin (aArt. 11 Abs. 3 FMG i.V.m. Art. 47 Abs. 1 KG) teilgenommen habe, decke sich nicht mit dem vorliegenden kartellverwaltungsrechtlichen Verfahren.

**6.5.3** Im vorliegenden Fall ist der Vorwurf der Gehörsverletzung nur im engen Kontext des Kartellverfahrens, das zur strittigen Sanktionsverfügung führte, zu klären (vgl. E. 2.2.4). In diesem Kontext aber ist eine Gehörsverletzung zu verneinen, da die Beschwerdeführerin genügend Zeit erhielt, um der Vorinstanz vor Erlass der angefochtenen Verfügung ihre Auffassung zum "Gutachten IC" mitzuteilen. Bereits die REKO/WEF hatte im Beschwerdeentscheid FB/2006-9 vom 4. Dezember 2006 (veröffentlicht in: RPW 2006/4, S. 725 ff.) festgehalten, der Beschwerdeführerin habe seit der Kenntnisnahme vom "Gutachten IC" genügend Zeit zur Verfügung gestanden, um im Rahmen der Stellungnahme zum dritten Verfügungsentwurf (vgl. im Sachverhalt unter B.s und B.t) darauf Bezug nehmen zu können. Unter diesen Umständen liegt auch hinsichtlich des "Gutachtens IC" keine Gehörsverletzung vor.

Auf die von der Beschwerdeführerin mit Nachdruck bejahte Frage der Relevanz dieses "Gutachtens IC" in

materiell-rechtlicher Hinsicht ist in den nachfolgenden Erwägungen zurückzukommen (vgl. insbes. E. 10.7.4/b, E. 10.9.3/d, E. 10.10).

## **6.6 Ungenügende Aktenkenntnis der Mitglieder der Vorinstanz?**

**6.6.1** Die Beschwerdeführerin kritisiert, die Mitglieder der Vorinstanz hätten nicht alle entscheidungserheblichen Materialien zur Kenntnis genommen. Dieses Verhalten verletze ihren Anspruch auf rechtliches Gehör. Das Sekretariat habe den Mitgliedern jeweils einzig die "eigentlichen Rechtsschriften" und die beiden Gutachten von Prof. Dr. phil. CARL CHRISTIAN VON WEIZSÄCKER zugestellt; die übrigen 86, teilweise umfangreichen Beilagen seien zurückbehalten worden.

Soweit ersichtlich, habe sich kein Mitglied der Vorinstanz die Mühe genommen, diese Beilagen vor Ort einzusehen. Die Mitglieder der Wettbewerbskommission hätten sich daher gar kein vollständiges Bild über die relevante Sachlage verschaffen können. Dies habe insbesondere die Anhörung vom 29. Mai 2006 gezeigt, als Herr Pletscher fälschlicherweise angenommen habe, sie (die Beschwerdeführerin) habe noch keine Interkonnektionsklagen eingereicht. Aus den Beilagen zu solchen Klagen wäre deren praktische Relevanz und Gewicht bei der Beurteilung der Marktstellung hervorgegangen. Die Mitglieder der Wettbewerbskommission hätten die Beilagen nicht pauschal ausser Acht lassen dürfen.

Nach herrschender Praxis reiche es nicht aus, wenn Mitglieder einer Entscheidungsbehörde nur die Möglichkeit hätten, von Akten Kenntnis zu nehmen; dies müsse vielmehr auch geschehen, wenn - wie hier - die Vorinstanz die hohen Anforderungen der EMRK an Sanktionsverfahren erfüllen müsse. Deshalb sei die bisherige Praxis der REKO/WEF nicht anwendbar.

**6.6.2** Wie die Vorinstanz zu Recht ausführt, hielt es die REKO/WEF für ausreichend, wenn Mitglieder einer Behörde von Verfahrensakten Kenntnis nehmen können. Ob und wie sie dies tun, sei ihre Sache und könne nicht durch die Behörde kontrolliert werden (vgl. Entscheid der REKO/WEF 99/FB-011 vom 21. Mai 2001 E. 4.5, veröffentlicht in: RPW 2001/2, S. 381 ff.). Des Weiteren verneinte die REKO/WEF eine Verletzung des rechtlichen Gehörs selbst für den Fall, dass Mitglieder einer Kollegialbehörde eine gewisse Arbeitsteilung vornehmen und sich z.B. über den Inhalt einzelner Aktenstücke zuerst einmal von anderen Mitgliedern oder dem Sekretariat informieren lassen und nur im Zweifel diese Akten selbst lesen. Eine Gehörsverletzung sei erst anzunehmen, wenn eine Arbeitsteilung praktiziert würde, die keine umfassende und objektive Information aller Behördenmitglieder erwarten lasse (vgl. Entscheid der REKO/WEF 99/FB-011 vom 21. Mai 2001 E. 4.5, a.a.O.).

Von dieser Praxis abzuweichen, besteht kein Anlass, nachdem sich die organisatorisch-funktionellen Anforderungen an die Führung von Untersuchungs- und Sanktionsverfahren nicht grundlegend unterscheiden und die Vorinstanz nicht wie ein "Gericht" im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK verfasst sein muss (vgl. E. 5.4 f.). Insofern kann hier eine Auseinandersetzung mit dem von der Beschwerdeführerin angerufenen Urteil des EGMR vom 19. April 1993 i.S. Kraska Martin gegen die Schweiz

unterbleiben, zumal dort Verhältnisse im Zusammenhang mit Gerichtsbehörden zu würdigen waren.

Entscheidend ist hier, dass das Sekretariat allen Mitgliedern der Vorinstanz die schriftlichen Stellungnahmen der Beschwerdeführerin, welche zweifellos wichtige Schriftstücke sind, mit einem Beilagenverzeichnis sowie den beiden Gutachten von Prof. Dr. phil. CARL CHRISTIAN VON WEIZSÄCKER zukommen liess. In den einzelnen Stellungnahmen wie auch im Beilagenverzeichnis verwies die Beschwerdeführerin zudem auf die einzelnen Aktenstücke (unter Angabe der Aktennummer). Jedes Mitglied wurde so in die Lage versetzt, die einzelnen Dokumente am Sitz der Vorinstanz selbst zu konsultieren. Diese Umstände jedenfalls sprechen nicht dafür, dass durch das Vorgehen des Sekretariats eine umfassende und objektive Information aller Mitglieder der Vorinstanz je in Frage gestellt gewesen wäre. Weitere Umstände werden von der Beschwerdeführerin jedenfalls nicht geltend gemacht; solche sind auch nicht ersichtlich. Insbesondere kann die Beschwerdeführerin aus dem Umstand, dass Herr Pletscher in der Anhörung vom 29. Mai 2006 angeblich eine falsche Auffassung zum Stand der Interkonnektionsklagen gehabt habe, nichts zu ihren Gunsten ableiten.

## **6.7 Schlussfolgerungen**

Nach dem Gesagten sind alle Rügen der Beschwerdeführerin zum rechtlichen Gehör unbegründet. Selbst wenn eine Gehörsverletzung allenfalls zu bejahen wäre, müsste diese als geheilt gelten.

## **7. Weitere Anträge der Beschwerdeführerin**

Die Beschwerdeführerin stellt schliesslich drei als "Verfahrensanträge" bezeichnete Begehren, welche sich auf die ordnungsgemässe Führung dieses Verfahrens beziehen.

### **7.1 Beizug von Akten**

Der erste Antrag ist kein Verfahrens-, sondern ein Beweisantrag. Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens, das vom Untersuchungsprinzip (Art. 12 VwVG) beherrscht wird, ist über Beweisanträge weder im Zusammenhang mit den Prozessvoraussetzungen noch in allgemeiner, von konkreten Sachfragen losgelöster Weise zu befinden. Vielmehr sind Beweisanträge immer nur bezogen auf bestimmte Fragestellungen und konkret zu bezeichnende Unterlagen zu prüfen, wenn die Erwägungen zur Sache anzustellen sind. Im Übrigen hat das Bundesverwaltungsgericht die Akten der Vorinstanz sowie die fraglichen Stellungnahmen im Sinne des Beweisantrags der Beschwerdeführerin tatsächlich beigezogen.

### **7.2 Geschäftsgeheimnisse**

Der weitere Antrag, mit dem die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen sichergestellt werden soll, ist im Rahmen der Verfahrensführung zu berücksichtigen. Das Bundesverwaltungsgericht hat Entscheide grundsätzlich in anonymisierter Form zu veröffentlichen (Art. 29 Abs. 2 VGG i.V.m. Art. 4 Abs. 2 und Art. 8 des Informationsreglements für das Bundesverwaltungsgericht vom 11. Dezember 2006, SR 173.320.4). Es wird die für die Wettbewerbsbehörden nach Art. 25 Abs. 1 und 4 KG ex lege geltende Pflicht zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen sinngemäss ebenfalls zu befolgen haben.

### 7.3 Öffentliche Parteiverhandlung

Die in der Beschwerde beantragte öffentliche Verhandlung im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK wurde nicht durchgeführt, nachdem die Beschwerdeführerin den Verfahrens Antrag Nr. 2 mit Eingabe vom 20. August 2009 zurückgezogen hatte.

### 8. Unzulässige Verhaltensweise marktbeherrschender Unternehmen

Gemäss 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. Die Wettbewerbskommission stellte in der angefochtenen Verfügung zunächst fest, "dass Swisscom Mobile AG im Wholesale-Markt für die in ihr MF-Netz eingehenden Fernmeldedienste im Bereich der Sprachtelefonie bis am 31. Mai 2005 über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfügte" (Dispositiv-Ziff. 1).

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). Zu diesem Zweck müssen zuerst der relevante Markt (vgl. E. 9) und die Stellung der Beschwerdeführerin in diesem Markt (vgl. E. 10) bestimmt werden.

### 9. Relevanter Markt

#### 9.1 Abgrenzungskriterien

Das Kartellgesetz definiert den Begriff des relevanten Markts nicht näher. Der Bundesrat formulierte jedoch in der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU, SR 251.4) eine entsprechende Definition, welche nicht nur für Unternehmenszusammenschlüsse, sondern auch für Wettbewerbsabreden und das Verhalten marktbeherrschender Unternehmen gilt.

Der *sachlich* relevante Markt umfasst gemäss Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden. Die Definition des sachlich relevanten Markts erfolgt aus der Sicht der Marktgegenseite. Massgebend ist, ob aus deren Optik Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen. Dies hängt davon ab, ob sie vom Nachfrager hinsichtlich ihrer Eigenschaften und des vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar erachtet werden (Konzept der funktionellen Austauschbarkeit bzw. Bedarfsmarktkonzept; vgl. etwa BGE 129 II 18 S. 34, m.w.H.; Entscheide der REKO/WEF FB/2004-1 vom 27. September 2005 [i.S. Ticket Corner AG] E. 5.2.1 und FB/2002-5 [i.S. Cablecom GmbH/Teleclub AG] vom 20. März 2003 E. 5.1, veröffentlicht in: RPW 2003/2, S. 406; BORER, a.a.O., N. 10 zu Art. 5 KG; Evelyn Clerc, in: Tercier/Bovet [Hrsg.], a.a.O., Rz. 62 zu Art. 4 Abs. 2 KG; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 538 ff.).

Neben der Nachfrageseite kommt als Marktgegenseite auch die Angebotsseite in Betracht. Unter Umständen muss bei der Abgrenzung des sachlich relevanten Markts nicht nur die Substituierbarkeit auf der Nachfrageseite, sondern auch auf der Angebotsseite berücksichtigt werden (sog. Nachfrage- respektive Angebots- substituierbarkeit, auch Angebotsumstellungsflexibilität genannt; vgl. BORER, a.a.O., Rz. 11 zu Art. 5 KG).

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

#### 9.2 Verzicht auf Marktabgrenzung?

**9.2.1** Die Beschwerdeführerin vertritt zunächst mit folgender Begründung und dem Hinweis auf die von ihr eingeholten Einschätzungen von Prof. Dr. phil. CARL CHRISTIAN VON WEIZSÄCKER (vgl. dessen Gutachten, S. 29 [Beschwerde Beilage 11] sowie C. C. VON WEIZSÄCKER, Ex-ante-Regulierung von Terminierungsentgelten?, MMR 2003, S. 170 ff. [Beschwerde Beilage 15]; C. C. VON WEIZSÄCKER, Kommentar, S. 17 f. [Beschwerde Beilage 12]; vgl. Beschwerde Ziff. 214) den Standpunkt, vorliegend könne auf die Abgrenzung des relevanten Markts verzichtet werden:

Aufgrund disziplinierender Kräfte könnten sich bei der Festsetzung der "Terminierungsgebühren" unabhängig von der gewählten Marktabgrenzung weder die Beschwerdeführerin noch andere Anbieterinnen von Fernmeldediensten unabhängig voneinander verhalten. Erstens sei die Handlungsfreiheit aller Fernmeldedienstanbieterinnen durch den Zwang zur Interkonnektion eingeschränkt. Zweitens könne sich eine Fernmeldedienstanbieterin auch deshalb von den anderen Anbieterinnen nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten und die "Terminierungsgebühren" einseitig diktieren, weil die Bestimmungen des Fernmeldegesetzes für alle disziplinierend wirkten (Disziplinierung durch den regulatorischen Rahmen). Drittens werde eine allfällige Marktmacht einer Mobilfunkanbieterin bei der Preisverhandlung durch die sog. Reziprozitätsbeziehung zwischen den Mobilfunkanbieterinnen verhindert. Eine Mobilfunkanbieterin könne nämlich nicht über ihre "Terminierungsgebühren" verhandeln, ohne dass die anderen Mobilfunkanbieterinnen im Gegenzug deren eigene "Terminierungsgebühren" in der Verhandlung berücksichtigten.

Wenn bei allen möglichen Marktabgrenzungen disziplinierende Kräfte eine unabhängige Verhaltensweise verhinderten, könne auf die Bestimmung des relevanten Markts verzichtet werden. Die Abgrenzung eines relevanten Markts erübrige sich, ja sie sei im vorliegenden Fall weder hilfreich noch zielführend (mit Hinweis auf das Gutachten von C. C. VON WEIZSÄCKER, S. 29, vgl. Beschwerde Beilage 11; C. C. VON WEIZSÄCKER, Ex-ante-Regulierung von Terminierungsentgelten?, MMR 2003/3, S. 170 ff., Beschwerde Beilage 15; C. C. VON WEIZSÄCKER, Kommentar, S. 17 f., Beschwerde Beilage 12).

**9.2.2** Die Vorinstanz verweist auf die "gefestigte Rechtsprechung zum schweizerischen Kartellrecht", nach welcher in jedem Fall eine Abgrenzung des relevanten



Markts vorzunehmen sei. Die angefochtene Verfügung folge der langjährigen Praxis der Wettbewerbskommission sowie der früheren REKO/WEF und des Bundesgerichts. Im Übrigen erfolge in der Verfügung eine Analyse der Kräfte, welche in Bezug auf diesen relevanten Markt eine disziplinierende Wirkung auf das entsprechende Unternehmen erzielen könnten. Entgegen der Beschwerdeführerin habe in Sachen Swisscom ADSL weder die Wettbewerbskommission noch die REKO/WEF die Marktabgrenzung offen gelassen. Die REKO/WEF habe hier vielmehr explizit bestätigt, dass die Wettbewerbskommission den Markt richtig abgegrenzt habe (vgl. RPW 2005/3, S. 505 ff., E. 5.2 in fine, S. 520).

**9.2.3** Voraussetzung für die vorliegend nach Massgabe von Art. 7 KG vorzunehmende Missbrauchskontrolle ist das Vorhandensein einer marktbeherrschenden Stellung, welche in Art. 4 Abs. 2 KG definiert wird. Gemäss dem Gesetzeswortlaut setzt die Definition voraus, dass das marktbeherrschende Unternehmen sich *auf einem Markt* gegenüber den anderen Marktteilnehmern im wesentlichen Umfang unabhängig verhalten kann (Art. 4 Abs. 2 KG). Der abgegrenzte relevante Markt gibt insofern den Rahmen zur Analyse der Frage der Marktherrschaft vor.

Zwar betont die Beschwerdeführerin korrekt, dass der Verhaltensspielraum eines Marktteilnehmers von den auf ihn einwirkenden und zu analysierenden Kräften abhängt. Die Frage des Einflusses eines oder mehrerer Unternehmen *auf einem Markt* kann jedoch nicht ohne vorgängige Bestimmung des relevanten Markts ermittelt werden (vgl. SCHMIDHAUSER, a.a.O., Rz. 18 und 56 zu Art. 4 KG). Es gilt mit anderen Worten, die Marktstellung eines Unternehmens in Bezug auf einen konkreten, im Einzelfall zu definierenden Markt zu ermitteln (vgl. MATTHIAS AMGWERD, Netzzugang in der Telekommunikation, Zürich/ Basel/Genf 2008, Rz. 196). Zur Feststellung des Masses an Unabhängigkeit eines marktstarken Unternehmens ist - als Teil eines Vorgangs, der darauf abzielt, den Verhaltensspielraum eines Unternehmens zu bemessen und das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung zu beurteilen - zunächst der relevante Markt abzugrenzen (vgl. BORER, a.a.O., Rz. 18 zu Art. 4 KG; ROLAND VON BÜREN/EUGEN MARBACH/PATRIK DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., Bern 2008, N. 1331, 1478).

Dieser Auffassung ist auch die EU-Kommission, wie Ziff. 34 der "Leitlinien zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste [2002/C 165/03]" zeigt (vgl. ABl. C 165 vom 11. Juli 2002, S. 6):

*"Bei der Feststellung, ob ein Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügt, ob es also eine 'wirtschaftlich starke Stellung' einnimmt, die es ihm gestattet, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von Mitbewerbern, Kunden und letztlich Verbrauchern zu verhalten, ist die Definition des relevanten Marktes von grundlegender Bedeutung, da echter Wettbewerb nur unter Bezugnahme auf einen solchen relevanten Markt gewürdigt werden kann"* (mit Fussnotenverweisen auf Art. 14 Abs. 2 der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen

gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. L 108 vom 24. April 2002, S. 33 ff., nachfolgend: Rahmenrichtlinie, sowie Rechtssache C-209/98, Entreprenørforeningens Affalds, Slg. 2000, I-3743, Rn. 57 und Rechtssache C-242/95, GT-Link, Slg. 1997, I-4449, Rn. 36).

Vergleichbar mit der Rechtslage in der EU ist die Marktdefinition auch in der Schweiz nicht Selbstzweck, sondern bildet die Grundlage für die weitere rechtliche und tatsächliche Beurteilung der Angelegenheit. Im Beschwerdeentscheid FB-2004/4 vom 4. Mai 2006 (i.S. 20 Minuten, veröffentlicht in: RPW 2006/2, S. 347) hielt die REKO/WEF mit Bezug auf das Verfahren betreffend Unternehmenszusammenschluss - und in Verwerfung der These von ADRIAN RAASS, wonach eine Marktabgrenzung gänzlich überflüssig sei - ausdrücklich fest, dass die vorzunehmende Prüfung vorab eine den wirtschaftlichen Realitäten gerecht werdende Marktabgrenzung voraussetze (a.a.O., E. 6.1.3 mit Verweis auf ADRIAN RAASS, Zusammenschlusskontrolle im Medienbereich - Kritik an der Kritik, sic! 1999, S. 675 f.). Im Rechtsmittelverfahren gegen diesen Entscheid bestätigte das Bundesgericht, dass auch für die Frage, ob Wettbewerb beseitigt wird oder nicht, der massgebliche Markt, auf dem die Wettbewerbssituation zu beurteilen ist, zu definieren sei (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.327/2006 vom 22. Februar 2007 E. 6.6). Zudem führte das Bundesgericht in BGE 129 II 18 E. 7.2 (betr. Buchpreisbindung [vertikale Wettbewerbsabrede über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen]) aus, die Frage der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs beziehe sich immer auf einen sachlich und räumlich abgegrenzten Markt für bestimmte Waren oder Leistungen.

Gerade im vorliegenden - komplexen und vielschichtigen - Fall besteht eine offensichtliche Notwendigkeit, dem vom Gesetzgeber vorgesehenen und in Rechtsprechung und Lehre bestätigten Prüfschema zu folgen und vorab eine Marktabgrenzung vorzunehmen. Auf die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten disziplinierenden Kräfte (Interkonnektionszwang, regulatorischer Rahmen, Reziprozitätsbeziehung) ist erst nach Absteckung des massgeblichen Rahmens einzugehen. Die Auseinandersetzung mit diesen Parteivorbringen kann nicht ohne Festlegung des sachlich und örtlich relevanten Markts erfolgen.

Daran vermögen auch die von der Beschwerdeführerin angeführten Entscheide der Wettbewerbskommission nichts zu ändern (vgl. RPW 2001/2, S. 318 f. Rz. 58 [i.S. JC Decaux/Affichage]; RPW 2003/3, S. 555 Rz. 14 [i.S. Schlachtbetrieb St. Gallen AG]; RPW 2005/1, S. 48 Rz. 24 f. [i.S. TopCard-Angebot der Bergbahnen Lenzerheide-Valbella, Klosters-Davos und Flims-Laax-Falera]; RPW 2005/1, S. 118 Rz. 59 [i.S. Feldschlösschen Getränke Holding/Coca Cola AG/Coca Cola Beverages AG]). Angesichts der ausserordentlichen Umstände des vorliegenden Falles kann - unabhängig vom Vorgehen der Wettbewerbskommission in den angerufenen Einzelfällen - vorliegend nicht auf die Festlegung des relevanten Markts verzichtet werden.

Auch aus E. 5.2. des ADSL-Entscheids kann die Beschwerdeführerin nichts zu ihren Gunsten ableiten (vgl. Entscheid der REKO/WEF FB/2004-2 vom 30. Juni 2005

i.S. Swisscom AG, Swisscom Fixnet AG betreffend unzulässige Wettbewerbsbeschränkung E. 5.2, veröffentlicht in: RPW 2005/3, S. 520). Entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin prüfte die REKO/WEF in diesem Entscheid die sachliche Marktabgrenzung, welche die Wettbewerbskommission zuvor vorinstanzlich vorgenommen hatte. In der erwähnten Erwägung bestätigte die REKO/WEF das vorinstanzliche Vorgehen als korrekt, einen relevanten Wholesale-Teilmarkt abzugrenzen.

Die Argumentation der Beschwerdeführerin ist deshalb nicht stichhaltig. Eine Marktabgrenzung ist vorzunehmen und damit zu prüfen, ob der Abgrenzung der Vorinstanz gefolgt werden kann.

### 9.3 Standpunkte zur Marktabgrenzung

**9.3.1** Nach Auffassung der Vorinstanz gilt es drei sachlich relevante Märkte abzugrenzen: Je einen "Wholesale"-Markt für in die Mobilfunknetze von Orange, Sunrise und der Beschwerdeführerin eingehende Fernmelde-dienste bzw. für die Terminierung von Anrufen im Bereich der Sprachtelefonie in die Mobilfunknetze von Orange, Sunrise und der Beschwerdeführerin (vgl. Verfügung Ziff. 135).

Diese Marktabgrenzung sei international üblich und werde auch von der EU im Rahmen ihrer ex-ante-Regulierung vorgenommen. Ein Rückgriff auf die Analysen der EU biete sich an, da im Zusammenhang mit dem Rechtsrahmen für elektronische Kommunikation die relevanten Märkte nach wettbewerbsrechtlichen Kriterien der europäischen Behörden abgegrenzt würden. Die schweizerische Gesetzgebung und Praxis orientiere sich diesbezüglich an der Regulierung und Rechtsprechung der EU. Ferner hätten verschiedene Regulierungs- bzw. Wettbewerbsbehörden in Europa die Märkte in dieser Weise abgegrenzt (vgl. Verfügung Ziff. 73).

**9.3.2** Die Beschwerdeführerin macht abgesehen von ihrer bereits beurteilten Argumentation, dass die Markt-abgrenzung vorliegend nicht von Relevanz sei, geltend, die sachliche Marktabgrenzung der Vorinstanz sei falsch. Es bestünden zahlreiche bei der Definition des relevanten Markts zu berücksichtigende Substitutionsmöglichkeiten, weshalb die Abgrenzung eines "Wholesale"-Markts für Terminierung von Anrufen in ein Mobilfunknetz zu eng sei. Richtigerweise sei von einem Telefoniemarkt oder zumindest von einem Markt für Mobiltelefonie auszugehen.

Zudem hält die Beschwerdeführerin eine Berücksichtigung der Marktabgrenzungspraxis der EU für unzulässig. Das Telekommunikationsrichtlinien-Paket der EU sei in der Schweiz nicht anwendbar. Die Marktabgrenzung müsse einzig gestützt auf eine Prüfung der nachfrage- und angebotsseitigen Substitutionsmöglichkeiten gemäss Art. 11 Abs. 3 VKU erfolgen und könne nicht analog zur Rahmenrichtlinie und der Empfehlung vorgenommen werden. Der "Rückgriff auf die Analyse der EU" sei nicht angebracht. Auch bei analoger Anwendung der EU-Regeln wären die nachfrage- und angebotsseitigen Substitutionsmöglichkeiten "entsprechend den nationalen Gepflogenheiten" eingehend zu untersuchen, d.h. gemäss den Grundsätzen von Art. 11 Abs. 3 VKU (vgl. Beschwerde Ziff. 219).

**9.3.3** Im Gegensatz dazu halten das BAKOM und die ComCom die Marktabgrenzung der Vorinstanz für korrekt (vgl. Stellungnahmen vom 1. bzw. 7. Juli 2005 zum [bezüglich Marktabgrenzung in der angefochtenen Verfügung identischen] Antrag des Sekretariats vom 22. April 2005 an die Wettbewerbskommission, vgl. Vorinstanz act. 222, 223, 245, 246, 341 Beilagen 19 und 20).

Das BAKOM betont, dass die Terminierung in Mobilfunknetze und die damit verbundene wettbewerbliche Situation in den EU-Mitgliedsländern im Rahmen der Umsetzung der EU-Regulierungsvorgaben untersucht und in der Independent Regulatory Group (IRG) reflektiert werde, wobei die Definition des sachlich und räumlich relevanten Markts der Vorinstanz derjenigen der anderen IRG-Mitgliedsländer entspreche (vgl. Vorinstanz act. 245 S. 2, 341 Beilage 20 S. 2). Zum anderen unterstützt die ComCom (vgl. Vorinstanz act. 246 Ziff. 4, 341 Beilage 19 Ziff. 4) die Darstellung der Vorinstanz durch den Hinweis, dass es bei der Frage der Terminierung um die einzelnen Terminierungsmärkte der drei Mobilfunkanbieterinnen gehe und die Vorinstanz zu Recht festhalte, dass jedes Mobilfunknetz als eigenständiger Markt zu betrachten sei. Denn sowohl die Nachfragegruppe der Endkunden als auch diejenige der Fernmelde-diensteanbieterinnen müssten bei allen Mobilfunk-anbieterinnen "einkaufen".

Zudem habe die EU-Kommission ihre Sicht des "Wholesale"-Markts bei der Mobilterminierung wie folgt dargestellt (mit Hinweis auf Working document: Public consultation on a draft Commission Recommendation on Relevant Product and Service Markets within the electronic communications sector, online unter: [www.ec.europa.eu/information\\_society/newsroom/cf/itemdetail.cfm?item\\_id=2824](http://www.ec.europa.eu/information_society/newsroom/cf/itemdetail.cfm?item_id=2824)):

"Mobile termination charges might be constrained via demand substitution. There is no potential for demand substitution at a wholesale level. Demand at the wholesale level is inextricably linked to supply. The operator (of the caller) is unable to purchase call termination on a given network from an alternative source (as indicated above)."

### 9.4 Rückgriff auf die Marktabgrenzungspraxis der EU?

**9.4.1** Die EU erliess am 7. März 2002 die Richtlinie über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. L 108 vom 24. April 2002, S. 33 ff. [nachfolgend: Rahmenrichtlinie]; vgl. ausführlich zu den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben: MATHIAS ELSPASS, Marktabgrenzung in der Telekommunikation, Die Anforderungen an die Definition des relevanten Markts im netzgebundenen Telekommunikationssektor, Heidelberg 2005, S. 137 ff.).

Art. 15 dieser Rahmenrichtlinie regelt das sog. Marktdefinitionsverfahren. Abs. 1 dieser Bestimmung befasst sich mit der sog. Märkteempfehlung und gibt der Europäischen Kommission die Kompetenz, im Rahmen einer regelmässigen zu überprüfenden Empfehlung die Märkte

vorzugeben, die für eine ex-ante-Regulierung (Vorabregulierung) in Betracht kommen. Die in der Empfehlung genannten Märkte sind in Übereinstimmung mit den Grundsätzen des europäischen Wettbewerbsrechts zu definieren.

Die Europäische Kommission machte von dieser Kompetenz Gebrauch und erliess am 11. Februar 2003 die Empfehlung 2003/311/EG (Empfehlung 2003/311/EG der Kommission vom 11. Februar 2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, ABl. L 114/45 vom 8. Mai 2003, S. 45, nachfolgend: Empfehlung), die im Sinne von Art. 15 Abs. 1 der Rahmenrichtlinie diejenigen Märkte auflistet, welche für eine Vorabregulierung im Bereich elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste in Betracht kommen (die Märkte waren zunächst in Anhang I der Rahmenrichtlinie aufgeführt).

Zudem veröffentlichte die Kommission am 11. Juli 2002 in Ausführung von Art. 15 Abs. 2 der Rahmenrichtlinie die mit den Grundsätzen des EU-Wettbewerbsrechts in Einklang stehenden Leitlinien zur Marktanalyse und zur Bewertung beträchtlicher Marktmacht (a.a.O.).

**9.4.2** Ein gemäss Empfehlung zu beachtender Markt bildet die "Anrufzustellung in einzelnen Mobiltelefonnetzen" bzw. - nach der englischen Fassung - die "*voice call termination on individual mobile networks*".

Diese Märkteempfehlung entspricht den von der Vorinstanz abgegrenzten "Wholesale"-Märkten für in die Mobilfunknetze von Orange, Sunrise und der Beschwerdeführerin eingehende Fernmeldedienste bzw. für die Terminierung von Anrufen im Bereich der Sprachtelefonie in die Mobilfunknetze von Orange, Sunrise und der Beschwerdeführerin (vgl. Verfügung Ziff. 135). Insbesondere umfasst die "Anrufzustellung in einzelnen Mobiltelefonnetzen" ausschliesslich Sprachterminierungen, d.h. die Zustellung von Sprache und keine sog. Datendienste (vgl. hierzu die Ausführungen der deutschen *Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post* [Reg TP, ehemals Bundesnetzagentur] im Entwurf zur Marktdefinition und Marktanalyse im Bereich der Anrufzustellung in einzelnen Mobiltelefonnetzen, S. 17 ff., Bonn 2005, veröffentlicht in: Amtsblatt Nr. 6 der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post vom 6. April 2005 als Mitteilung Nr. 65/05, nachfolgend: Entwurf Reg TP).

Die Art. 6 und 7 der Rahmenrichtlinie räumen den EU-Mitgliedstaaten die Möglichkeit ein, von der vorgeschlagenen Marktabgrenzung abzuweichen, wenn sich dies durch besondere nationale Gegebenheiten rechtfertigt. Inzwischen wurden die sachlich relevanten Märkte im Bereich der Mobilfunkterminierung von den meisten EU-Mitgliedstaaten auf Übereinstimmung mit ihren nationalen Gegebenheiten untersucht. 25 EU-Mitgliedstaaten kamen zum Ergebnis, dass entsprechend der Märkteempfehlung der Kommission jeweils ein relevanter Markt für die Anrufzustellung in einzelnen Mobiltelefonnetzen zu definieren ist. Zudem haben die EFTA-Länder Island und Norwegen sowie der EU-Beitrittskandidat Türkei den "Markt für die Anrufzustellung in einzelnen Mobiltelefonnetzen" als relevanten Markt identifiziert (vgl. European Regulators Group [ERG], ERG's Common Position on symmetry of fixed call termination rates and symmetry of mobile call termination rates, Brüssel,

2008, S. 66, online unter: [www.erg.eu.int](http://www.erg.eu.int) > Documentation > ERG Documents > ERG [07] 83).

**9.4.3** Damit bezeichnet die Vorinstanz die von ihr in der angefochtenen Verfügung vorgenommene Marktabgrenzung zu Recht als international üblich. Dass jedoch der EU-Rechtsrahmen für die elektronische Kommunikation in der Schweiz nicht anwendbar ist, liegt auf der Hand und wird auch von der Vorinstanz nicht behauptet.

Es steht ausser Frage, dass vorliegend Art. 11 Abs. 3 VKU die Rechtsgrundlage darstellt und die Marktabgrenzung nach Massgabe und in Konkretisierung des hier umschriebenen Marktbegriffs zu erfolgen hat. Unstrittig sind in diesem Sinne - wie von der Beschwerdeführerin verlangt - die nachfrage- und angebotsseitigen Substitutionsmöglichkeiten zu untersuchen, wobei dies selbstverständlich in Übereinstimmung mit den besonderen schweizerischen Gegebenheiten erfolgen muss. Dem steht aber nicht entgegen, dass die Vorinstanz rechtsvergleichende Betrachtungen anstellt und auf Erfahrungen hinweist, welche das Ausland mit Bezug auf die Marktabgrenzung im Bereich der Mobilterminierung gemacht hat (vgl. in diesem Sinne auch das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7162/2008 vom 1. Februar 2010 E. 9.3.8, wonach das Recht der Europäischen Union keine unmittelbaren Auswirkungen auf das schweizerische Recht entfaltet, die Rechtsordnung der Europäischen Union unter Umständen aber als Auslegungshilfe beigezogen werden kann [mit Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichts 2A.503/2002 vom 3. Oktober 2001 E. 9a]).

## 9.5 Sachliche Marktabgrenzung

Somit wird in der Folge geprüft, ob die sachliche Markt-abgrenzung der Vorinstanz bestätigt werden kann, oder aufgrund von Art. 11 Abs. 3 VKU eine davon abweichende Markt-abgrenzung vorgenommen werden muss.

### 9.5.1 Allgemeines

a) Ausgangspunkt der Prüfung bildet die Terminierung in ein Mobilfunknetz (Mobilterminierung). Es geht um diejenigen Situationen, in welchen Gesprächspartner unter ihrer Handynummer aus dem Netz einer anderen Anbieterin von Fernmeldediensten angerufen werden, was die Terminierung durch das Mobilfunknetz des angerufenen Handybenutzers erfordert. Die Mobilterminierung dient damit immer der Herstellung einer Verbindung über die Grenzen des originierenden Netzes (Ausgangsnetz) hinaus. Bei diesem kann es sich sowohl um ein Festnetz als auch um ein Mobilfunknetz handeln (vgl. ergänzend im Sachverhalt unter A.d. ff., insbes. Abb. 3 betr. Mobilterminierung).

Es sind keine spezifischen, insbesondere technischen Bedürfnisse ersichtlich, gestützt auf welche die Terminierung von einem Festnetz in ein Mobilfunknetz ("fix-to-mobile" bzw. "F2M"-Terminierung) mit Bezug auf die Markt-abgrenzung gesondert von der Terminierung zwischen Mobilfunknetzen ("mobile-to-mobile" bzw. "M2M"-Terminierung) zu beurteilen wäre (so auch der Entwurf Reg TP, a.a.O., S. 35; zum Ganzen vgl. das Gutachten vom 30. November 2004 von CHRISTIAN KOENIG/INGO VOGELANG/KAY E. WINKLER, Marktregulierung im Bereich der Mobilfunkterminierung, online unter: [www.bundesnetzagentur.de/media/archive/7238.pdf](http://www.bundesnetzagentur.de/media/archive/7238.pdf)).

Nachfrager von Mobilterminierungsleistungen sind die Anbieterinnen von Fernmeldediensten (Mobilfunk- und Festnetzanbieterinnen), Anbieter der Mobilterminierung die Mobilfunkanbieterinnen. Die terminierende Mobilfunkanbieterin stellt den Mobilterminierungspreis - also das Entgelt, zu welchem sie den ankommenden Anruf aus dem anderen Netz entgegennimmt und im Rahmen der Interkonnektion an einen Gesprächsempfänger ihres Mobilfunknetzes weiterleitet, um eine entsprechende Verbindung zu erstellen - derjenigen Netzbetreiberin in Rechnung, bei welcher der Anruf originiert wurde.

Wird die Verbindung über ein *Transitnetz* geleitet und schliesslich im Zielnetz terminiert (vgl. im Sachverhalt unter A.f, insbes. Abb. 4 betr. Transit), fragt der Betreiber des originierenden Netzes die Terminierung nicht direkt, sondern indirekt über den Betreiber des Transitnetzes nach. Nachfrager ist bei dieser Konstellation der Betreiber des Transitnetzes. Die Dienstleistung der Mobilterminierung bleibt bei einer Transitverbindung jedoch die gleiche, weshalb die Marktabgrenzung diesbezüglich nicht weiter zu differenzieren ist (so auch der Entwurf Reg TP, a.a.O., S. 35, mit Verweis auf das Gutachten KOENIG/VOGELSANG/WINKLER, a.a.O., S. 38; Entscheid der Europäischen Kommission vom 9. Februar 2001 i.S. Teli/Telenor, Rn. 87, ABl. L 40 vom 9. Februar 2001, S. 1, wonach Transit und Terminierung untereinander nicht austauschbare Leistungen darstellen und daher eigenständigen relevanten Märkten zuzuordnen sind [zitiert in: ELSPASS, a.a.O., Fn. 633, m.w.H.]).

Des Weiteren kann festgehalten werden, dass für das Nachfrageverhalten der Fernmeldedienstanbieterinnen nicht jede einzelne Terminierung entscheidend ist, sondern das *Gesamtvolumen* aller Verbindungen, die zu einem Netz in einem bestimmten Zeitraum anfallen (so auch der Entwurf Reg TP, a.a.O., S. 26). Dies rechtfertigt es, dass nachfolgend nicht jeder einzelne Anruf separat betrachtet wird, sondern alle in einem Netz ausgeführten Terminierungen zu einem Produkt zusammengefasst werden, ohne dass zu berücksichtigen ist, in welchem originierenden Netz die Verbindungen generiert worden sind (so auch der Entwurf Reg TP, a.a.O., S. 26; vgl. zum Begriff der "Originierung" im Sacherhalt unter A.c).

b) Nach dem Gesagten steht fest, dass die Mobilterminierung im Verhältnis zwischen den Fernmeldedienstanbieterinnen angeboten und nachgefragt wird. Zu beachten ist, dass sich die Anzahl der bei einer Mobilfunkanbieterin terminierten Minuten letztlich nicht aus der Nachfrage der Fernmeldedienstanbieterinnen ergibt, sondern durch das Konsumverhalten der Endkunden des originierenden Netzes bestimmt wird. Diese sind es, welche mit der Wahl einer Handynummer eines anderen Mobilfunknetzes die Mobilterminierung beim terminierenden Mobilfunknetz auslösen. Die Nachfrage nach der Mobilterminierung entsteht somit unmittelbar aus der nachgelagerten Nachfrage auf der Endkundenebene (vgl. ELSPASS, a.a.O., S. 156). Auf dieser erbringen die Anbieterinnen von Fernmeldediensten beliebige Telekommunikationsdienstleistungen für die Endkunden. Anlehnend an die EU-Kommission und die Literatur (vgl. ELSPASS, a.a.O., S. 152, insbes. Fn. 618, 619, 620, m.w.H.) wird die so definierte "*Endkundenebene*" oder

"*Ebene der nachgelagerten Nachfrage der Endkunden*" nachfolgend auch "*Dienstleistungsebene*" genannt.

Demgegenüber findet die Mobilterminierung im Verhältnis zwischen den Anbieterinnen von Fernmeldediensten auf einer Ebene statt, welche - in Anlehnung an die Terminologie der deutschen Regulierungsbehörde, der EU-Kommission wie der Literatur (vgl. Entwurf Reg TP, a.a.O., S. 2; ELSPASS, a.a.O., S. 152, Fn. 618, 619 und 621, m.w.H.) - als *Vorleistungsebene* bezeichnet werden kann. Die Nachfrage auf der Vorleistungsebene und die nachgelagerte Endkundennachfrage stehen in einer festen eins-zu-eins-Relation zueinander (so auch der Entwurf Reg TP, a.a.O., S. 26).

c) Nach Art. 11 Abs. 3 VKU fragt sich, welche Leistungen von der *Marktgegenseite* hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als Substitut zur Mobilterminierung angesehen werden. Es besteht zu Recht Einigkeit darin, dass die für die Marktabgrenzung massgebliche Marktgegenseite alle Fernmeldedienstanbieterinnen sind, welche die Mobilterminierungsdienstleistungen zwecks Erbringung ihrer Telekommunikationsdienstleistungen zu Gunsten ihrer Endkunden bei einer anderen Anbieterin nachfragen (vgl. Verfügung Ziff. 71). Nachfolgend wird somit geprüft, ob es aus der Sicht der Anbieterinnen von Fernmeldediensten Substitute zur Mobilterminierung gibt (vgl. E.9.5.3).

Da es sich bei der Nachfrage auf der Vorleistungsebene, wie ausgeführt, um eine Nachfrage handelt, die direkt von der Nachfrage auf der Endkundenebene abgeleitet ist, erscheint es angezeigt, dass neben diesen Substitutionsmöglichkeiten auf der *Vorleistungsebene* in einem zweiten Schritt zusätzlich geprüft wird, ob es auf der *Endkundenebene (Dienstleistungsebene)* Möglichkeiten gibt, die eine Umgehung der Mobilterminierungsleistungen ermöglichen und somit auch die Wettbewerbsbedingungen auf der Vorleistungsebene beeinflussen (vgl. E. 9.5.4). Diese Prüfung hat - in etwas anderer Abfolge - auch die Vorinstanz vorgenommen (vgl. insbes. Verfügung Ziff. 77, 81, 87-96, 104, 109, 114 ff.; vgl. auch das "Gutachten IC" vom 20. November 2006 Ziff. 37, veröffentlicht in: RPW 2006/4, S. 739).

### 9.5.2 Abgrenzung "Wholesale"-Markt

Vor der Untersuchung der Substitutionsmöglichkeiten aus der Sicht der Marktgegenseite und der nachgelagerten Nachfrage der Endkunden ist auf den folgenden grundlegenden Standpunkt der Beschwerdeführerin einzugehen:

a) Die Terminierung könne keinen eigenen sachlich relevanten Markt bilden, sei sie doch kein Endprodukt, sondern nur eine unabdingbare Vorleistung, welche nicht separat nachgefragt werde und auch gar nicht separat nachgefragt werden könne. Es bestehe seitens der Fernmeldedienstanbieterinnen keine eigentliche Nachfrage nach Terminierung. Diese werde von den Fernmeldedienstanbieterinnen ausschliesslich im Zusammenhang mit Retail-Anrufen nachgefragt und gleichzeitig auch angeboten. Die Terminierungsdienstleistungen würden jeweils durch die Retail-Nachfrage des Endkunden ausgelöst und entstünden im gleichen Moment, in dem der Kunde telefoniere. Es bestehe somit ein Reak-

tionszusammenhang zwischen Retail- und "Wholesale"-Ebene und eben keine gesonderte Nachfrage auf der "Wholesale"-Ebene.

Mangels einer gesonderten Nachfrage auf der "Wholesale"-Ebene könne kein separater "Wholesale"-Markt abgegrenzt werden. Auch frage kein Endkunde Terminierungsleistungen nach, sondern sei angewiesen auf ein Gesamtpaket aus Leistungen der Fernmeldedienstanbieterinnen. Wenn schon, müsste deshalb geprüft werden, ob zwischen Absatzmärkten (d.h. Telefonie-Angebot an Endkunden) und Beschaffungsmärkten (d.h. Terminierungsangebot an andere Anbieterinnen von Fernmeldediensten) unterschieden werden könne (vgl. Beschwerde Ziff. 226 ff. sowie Ziff. 58, 66 der Replik der Beschwerdeführerin vom 10. September 2007 [nachfolgend: "Replik Ziff." für Verweise auf die Replik]).

b) Voraussetzung dafür, dass zwischen Retail- und "Wholesale"-Märkten differenziert werden muss, ist insbesondere, dass sich die Nachfrage bezüglich Eigenschaften und Verwendungszweck in erheblichem Masse unterscheidet (Theorie der getrennten Märkte; vgl. dazu AMGWERD, a.a.O., Rz. 199, mit Verweis auf RPW 2004/2, S. 407, Rz. 94; RETO A. HEIZMANN, Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, Zürich/Basel/Genf 2005, Rz. 281 ff.).

Indem die Beschwerdeführerin vorbringt, eine gesonderte Nachfrage nach Terminierung auf der "Wholesale"-Ebene existiere überhaupt nicht, verneint sie auch, dass diese Voraussetzung erfüllt ist. Demgegenüber ist die Vorinstanz der Auffassung, die Nachfrage der Fernmeldedienstanbieterinnen und der Endkunden unterscheide sich bezüglich Eigenschaften und Verwendungszweck in erheblichem Masse, so dass zwischen relevanten Märkten im Wiederverkaufs- (Wholesale) und im Endkundenbereich (Retail) zu unterscheiden sei (vgl. Verfügung Ziff. 107, Vernehmlassung Ziff. 46).

c) Auf die Tatsache, dass sich die Nachfrage auf der Vorleistungsebene stets direkt von der Nachfrage auf der Dienstleistungsebene ableitet, wurde vorstehend hingewiesen. Es trifft zu, dass die Mobilterminierung eine mit der nachgelagerten Endkundennachfrage verknüpfte Vorleistung darstellt. Auch stellt die Mobilterminierung naturgemäss kein für den direkten Absatz an Endkunden bestimmtes Endprodukt dar.

Die Vorinstanz stellt die Interdependenzen zwischen der Vorleistungs- und der Dienstleistungsebene auch überhaupt nicht in Abrede. Bereits in ihrem "Gutachten IC" vom 20. November 2006 in Sachen Interkonkurrenzverfahren Mobilfunkterminierung (vgl. RPW 2006/4, S. 739) hielt sie fest, dass die Terminierung eine notwendige Vorleistung für das Anbieten von Sprachtelefoniedienstleistungen durch Fernmeldedienstanbieterinnen sei (vgl. Ziff. 26; vgl. auch Verfügung Ziff. 108, wo darauf hingewiesen wird, dass die Terminierung nicht direkt von den Endkunden, sondern von anderen Fernmeldedienstanbieterinnen nachgefragt werde).

Das Zusammenspiel zwischen den beiden Ebenen bedeutet entgegen der Beschwerdeführerin aber nicht, dass auf der Vorleistungsebene keine eigenständige Nachfrage nach Mobilterminierungsdienstleistungen

besteht. Die Beschwerdeführerin verkennt, dass die Mobilterminierung trotz ihrer Anbindung an das Telefonieverhalten der Endkunden eine umfassende Dienstleistung ("Leistung") im Sinne von Art. 11 VKU bildet. Bei der Mobilterminierung handelt es sich um ein unter den Anbieterinnen von Fernmeldediensten handelbares und auch tatsächlich gehandeltes Gut mit einer eigenständigen wirtschaftlichen Bedeutung. Als solches kann die Mobilterminierung zusammen mit den dazugehörigen Anbietern und Nachfragern unabhängig davon, dass sie einen notwendigen Bestandteil für die Produktion der entsprechenden Telefoniedienstleistung auf der Dienstleistungsebene darstellt, durchaus einen eigenständigen auf die Vorleistungsebene begrenzten Markt bilden.

Dafür, dass es sich bei der Mobilterminierung um eine separat nachgefragte Dienstleistung handelt, spricht namentlich die hohe Bedeutung, welche die Anbieterinnen von Fernmeldediensten den Mobilterminierungspreisen und den mit ihnen verbundenen Geldflüssen zumessen. So führen die Fernmeldedienstanbieterinnen zur Festlegung der gegenseitig geschuldeten Mobilterminierungspreise im Rahmen des Verhandlungsprimats aufwändige Verhandlungen untereinander. Zudem war die Höhe der Mobilterminierungspreise wiederholt Gegenstand von Klageverfahren gemäss aArt. 11 Abs. 3 FMG bei der ComCom (vgl. namentlich die Interkonkurrenzbegehren der Beschwerdeführerin betreffend Mobilfunkterminierung vom 30. Dezember 2005 gegen Orange [Vorinstanz act. 374 Beilagen 9 und 10; Beschwerde Ziff. 71] sowie vom 12. Januar 2006 gegen Sunrise [Vorinstanz act. 374 Beilagen 9 und 11], wobei sich die betroffenen Anbieterinnen von Fernmeldediensten am 10./11. Januar 2007 untereinander einigten, so dass die Höhe des Mobilterminierungspreises nicht behördlich festgelegt wurde [vgl. Beschwerde Ziff. 71, Beschwerde Beilage 8, Vorinstanz act. 374 Beilage 9]).

Dazu kommt, dass die ausschliesslich auf der Vorleistungsebene fliessenden Mobilterminierungspreise den Endkunden weitgehend unbekannt sind. Etwas anderes macht auch die Beschwerdeführerin nicht geltend (vgl. ihre Antwort auf Frage 34 des Fragebogens vom 29. November 2002, Vorinstanz act. 122 S. 32; vgl. auch die Äusserung von Orange in Vorinstanz act. 130 S. 42). Die Beschwerdeführerin verneint einen Zusammenhang zwischen den Terminierungspreisen und den Endkundentarifen der Mobilfunkanbieterinnen sogar ausdrücklich. Die "Mobilterminierungsgebühren" hätten im M2M-Bereich keinen Einfluss auf die Mobilfunktarife im Endkundenbereich (vgl. Beschwerde Ziff. 137 ff., 592, Replik Ziff. 109). Unabhängig davon erweisen sich die Vorgänge auf der Vorleistungsebene im Zusammenhang mit der Mobilterminierung als deutlich von der Dienstleistungsebene abgekoppelt. Aus der Sicht der Endkunden sind diese Vorgänge und deren Bedeutung für die Anbieterinnen von Fernmeldediensten nicht durchschaubar.

All dies zeigt, dass für die Dienstleistung der Mobilterminierung durchaus eine gesonderte Nachfrage besteht, nämlich durch die vorstehend definierte Marktgegenseite im Sinne von Art. 11 VKU (Fernmeldedienstanbieterinnen). Dass sich die Nachfrage der Fernmeldedienstanbieterinnen nach Mobilterminierungsdienstleistungen bezüglich Eigenschaften und Verwendungszweck erheb-

lich von der Nachfrage der Endkunden nach ortsunabhängiger Sprachkommunikation in Echtzeit unterscheidet, ist offensichtlich und braucht nicht weiter ausgeführt zu werden.

Die Vorinstanz hat den sachlich relevanten Markt somit zu Recht auf die Vorleistungsebene bzw. - in der Terminologie der Vorinstanz - auf die "Wholesale"-Ebene begrenzt (vgl. im Einzelnen die Erwägungen der Vorinstanz in Verfügung Ziff. 105 ff.). Davon scheint auch AMGWERD in seiner Dissertation zum Netzzugang in der Telekommunikation auszugehen, indem er festhält, dass beim Netzzugang *Vorleistungsmärkte* im Zentrum der Betrachtung stünden. Die Beurteilung fokussiere sich dabei auf die entsprechende Marktstufe der Wertschöpfungskette (vgl. AMGWERD, a.a.O., Rz. 199, mit Verweis auf RPW 2006/4, S. 739, Rz. 86; vgl. bezüglich Abgrenzung "Wholesale"-Markt auch den Entscheid der REKO/WEF FB/2004-2 vom 30. Juni 2005 i.S. Swisscom/ WEKO [betr. "Wholesale"-Markt für Breitbanddienste, Rabattdiskriminierung] E. 5.2, veröffentlicht in: RPW 2005/3, S. 505; im Entscheid "Coop/Waro" [vgl. RPW 2003/3, S. 559 ff.] wurden Beschaffungs- und Absatzmärkte unterschieden, obwohl auf den Absatzmärkten ein wirksamer Wettbewerb bestand).

Die Fokussierung auf die Vorleistungsebene schliesst aber nicht aus, dass im Rahmen der Marktanalyse Interdependenzen zwischen Vorleistungs- und Endkundenmärkten untersucht und berücksichtigt werden, mithin der Einfluss des nachgelagerten Markts eruiert wird (vgl. AMGWERD, a.a.O., Rz. 199). Indem im Folgenden neben den Substitutionsmöglichkeiten aus der Sicht der Marktgegenseite (Fernmeldedienstanbieterinnen, Vorleistungsebene) auch Substitutionsmöglichkeiten aus der Sicht der nachgelagerten Nachfrage der Endkunden geprüft werden (vgl. E. 9.5.3 und E. 9.5.4), wird der von der Beschwerdeführerin durchaus zu Recht ins Feld geführten Interdependenz zwischen Vorleistungs- und Dienstleistungsebene Rechnung getragen. Diese Prüfung wird zeigen, ob die Marktabgrenzung der Vorinstanz allenfalls zu eng ist.

### 9.5.3 Substitutionsmöglichkeiten aus der Sicht der Marktgegenseite

Der sachlich relevante Markt umfasst, wie erwähnt, diejenigen Alternativen, welche die Marktgegenseite tatsächlich als substituierbar ansieht. Nachfolgend wird zwischen *nachfrageseitigen* und *angebotsseitigen* Substitutionsmöglichkeiten unterschieden (vgl. etwa BORER, a.a.O., Rz. 11 zu Art. 5 KG). Diese Vorgehensweise stimmt mit jener gemäss dem EU-Rechtsrahmen für elektronische Kommunikation überein (vgl. E. 9.4; Leitlinien, a.a.O., Ziff. 39, 44, 48; siehe dagegen den Entscheid der REKO/WEF FB/2004-1 vom 27. September 2005 i.S. Ticket Corner E. 5.2.2, wonach in Fällen gemäss Art. 7 des Kartellgesetzes der sachlich relevante Markt grundsätzlich primär gestützt auf die Nachfrage-substituierbarkeit abzugrenzen ist).

a) Bei der *Nachfragesubstituierbarkeit* geht es um die Frage, ob tatsächlich Alternativangebote existieren, auf welche die Marktgegenseite ausweichen kann. Diese bilden den sachlich relevanten Markt. Eine Ausweichmöglichkeit wäre bei Angeboten von Unternehmen gegeben, die hinsichtlich der Eigenschaften, des Verwen-

dungszwecks und der Preise als gleichartig oder austauschbar angesehen werden. Dabei ist die Sicht tatsächlicher und möglicher Geschäftspartner einzubeziehen (vgl. ROGER ZÄCH, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, in: von Büren/David [Hrsg.], a.a.O., S. 147).

Die Nachfragesubstituierbarkeit kann geklärt werden mittels Befragung der Marktteilnehmer, einer Prüfung der Kreuzpreiselastizität oder mit dem SSNIP-Test, welcher auch in der Praxis der EG-Kommission Anwendung findet (vgl. CLERC, a.a.O., Rz. 30 und 60 ff. zu Art. 4 Abs. 2 KG; Entscheid der REKO/WEF FB/2004-1 vom 27. September 2005 i.S. Ticket Corner E. 5.2.2). Konkret fragt sich, ob die Nachfrager der Mobilterminierungsdienstleistung - also die Anbieterinnen von Fernmeldediensten, welche netzübergreifende Telefondienstleistungen anbieten - die Terminierung eines Gesprächs in die Mobilfunknetze der Beschwerdeführerin sowie von Sunrise und Orange substituieren können.

Die Vorinstanz verneint diese Frage zu Recht. Sie weist korrekt darauf hin, dass sämtliche Fernmeldedienstanbieterinnen, welche Telefondienstleistungen an Endkunden anbieten, sicherstellen müssen, dass von jedem ihrer Anschlüsse aus auf die Mobilfunknetze von Orange, Sunrise und der Beschwerdeführerin angerufen werden kann (vgl. Verfügung Ziff. 71). Auch trifft zu, dass die Anbieterinnen von Fernmeldediensten die jeweilige Terminierung bei Orange, Sunrise und der Beschwerdeführerin "einkaufen" müssen, um eigene Dienste für ihre Kunden anbieten zu können (vgl. Verfügung Ziff. 71). Sind Kunden eines bestimmten Mobilfunknetzes zu erreichen, kann die Terminierung in das Netz dieser Mobilfunkanbieterin nur bei dieser nachgefragt werden (vgl. Verfügung Ziff. 72).

Es ist der Telefonkunde, der über die Wahl der Telefonnummer nicht nur seine Anbieterin von Fernmeldediensten beauftragt, die netzübergreifende Verbindung zum Kunden der Mobilfunkanbieterin herzustellen, sondern auch verbindlich das Netz bestimmt, in das sein Gespräch terminiert werden soll. Damit ist der Weg vorgegeben. Dem Nachfrager auf der Vorleistungsebene, also der Fernmeldedienstanbieterin des Telefonkunden, bleibt keine andere Möglichkeit, als das Gespräch in das gewählte Mobilfunknetz weiterzuleiten und die Mobilterminierung bei der anderen Fernmeldedienstanbieterin nachzufragen. Eine Ausweichmöglichkeit hat der Nachfrager nicht, weil die Zustellung des Anrufs in das spezifische Netz einzig von der Mobilfunkanbieterin dieses Mobilfunknetzes selber vorgenommen werden kann. Die technisch grundsätzlich denkbare Alternative, dass Anbieterinnen von Fernmeldediensten die Verbindungen über eine Zugriffsmöglichkeit auf die Informationen von SIM-Karten (*subscriber identity module*) der Endkunden anderer Fernmeldedienstanbieterinnen selbst terminieren, existierte in der Schweiz (zumindest) im untersuchten Zeitraum nicht und wird von der Beschwerdeführerin auch nicht angerufen.

Auch das in der angefochtenen Verfügung (vgl. Verfügung Ziff. 128 ff.) erwähnte "Refiling" bzw. "Tromboning" stellt keine nachfrageseitige Substitutionsmöglichkeit auf der Vorleistungsebene dar. In diesen Fällen wird ein nationaler Anruf indirekt über internationale Transitnetze

geleitet und erst anschliessend im Bestimmungsnetz terminiert, dies mit dem Ziel, von günstigeren Terminierungspreisen bestimmter Fernmeldedienstanbieterinnen zu profitieren. Dieser Umweg über eine Transitverbindung ändert an der Art und Unumgänglichkeit der Terminierung im Bestimmungsnetz nichts (vgl. im Sachverhalt unter A.f und E. 9.5.1). Im Ergebnis sind alle Anbieterinnen von Sprachtelefoniedienstleistungen darauf angewiesen, die Mobilterminierung in das Netz der jeweiligen Mobilfunkanbieterin nachzufragen (vgl. auch ELSPASS, a.a.O., S. 156 f.).

Dies räumen auch die Mobilfunkanbieterinnen ein. So hielt Sunrise bereits im Rahmen einer durch das BAKOM in einem Interkonkurrenzverfahren durchgeführten Marktbefragung fest, dass es in der Natur der Sache liege, dass Anrufe auf ein bestimmtes Netz nur auf dem Netz der fraglichen Fernmeldedienstanbieterin terminiert werden könnten und damit keine Substitutionsmöglichkeiten bestünden. Die damalige Swisscom Mobile antwortete dem BAKOM, dass es per definitionem keine Alternative und kein Substitut gebe. Auch die in der Marktbefragung befragten Festnetzanbieterinnen erklärten gegenüber dem BAKOM, dass es keine Ausweichmöglichkeiten für die Terminierung auf ein Mobilfunknetz gebe (vgl. "Gutachten IC" vom 20. November 2006, Ziff. 32 ff. [veröffentlicht in: RPW 2006/4, S. 739], mit Verweis auf Eingabe Sunrise vom 28. September 2006, S. 4, Eingabe Swisscom Mobile vom 8. September 2006, S. 14, sowie auf Eingabe Verizon vom 19. September 2006, S. 2; vgl. auch die damit übereinstimmenden Antworten von Sunrise und Orange auf Frage 4b des Fragebogens vom 29. November 2002, Vorinstanz act. 61 S. 4, und Vorinstanz act. 130 S. 14).

b) Die *Angebotsumstellungsflexibilität* bzw. Angebotssubstituierbarkeit betrifft die Frage, ob andere Unternehmen ihr Angebot kurzfristig und ohne spürbare Zusatzkosten und Risiken um Alternativprodukte erweitern könnten (vgl. ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 566; vgl. auch die Umschreibung in den Leitlinien, a.a.O., Ziff. 39). Vorliegend stellt sich die Frage, ob die Dienstleistung der Mobilterminierung in das Netz einer bestimmten Mobilfunkanbieterin von verschiedenen Anbietern erstellt werden kann. Könnte die Mobilterminierung in das vom Endkunden angewählte Mobilfunknetz nicht nur vom Betreiber dieses spezifischen Mobilfunknetzes, sondern zusätzlich durch alternative Anbieterinnen vorgenommen werden, wäre die Marktabgrenzung der Vorinstanz auszuweiten (vgl. Verfügung Ziff. 132 ff. [angebotsseitige Substitutionsmöglichkeiten] sowie Verfügung Ziff. 109 ff. [drei "Wholesale"-Märkte]).

Aufgrund der diesfalls gegebenen Möglichkeit der die Mobilterminierung nachfragenden Fernmeldedienstanbieterin, zwischen mehreren Anbietern zu wählen, würde sich die Abgrenzung von drei je eigenen sachlichen Märkten für die Terminierung in die Mobilfunknetze der Beschwerdeführerin und von Sunrise und Orange als falsch erweisen. Wäre z.B. jede Mobilfunkanbieterin in der Lage, die Mobilterminierung in das Netz einer beliebigen Mobilfunkanbieterin selber zu erstellen, wäre der sachlich relevante Markt nicht auf die Mobilterminierungsdienstleistung in jedes einzelne Netz beschränkt, sondern würde die Mobilterminierung in alle Mobilfunknetze umfassen. Die Marktabgrenzung müsste in die-

sem Fall auf einen Gesamtmarkt für Terminierungen in *allen* Mobilfunknetzen ausgedehnt werden (vgl. auch Entwurf Reg TP, a.a.O., S. 31 [mit Verweis auf Explanatory Memorandum, S. 34] sowie S. 32 [mit Verweis auf Gutachten KOENIG/ VOGELSANG/WINKLER, a.a.O., S. 28]).

Es ist jedoch keine technische Alternative ersichtlich, welche die Mobilfunkanbieterinnen in die Lage versetzen würde, Verbindungen mit anderen Mobilfunknetzen unabhängig von den jeweiligen anderen Mobilfunkanbieterinnen zu terminieren. Wie früher erwähnt, haben die Mobilfunkanbieterinnen nämlich keinen direkten Zugriff auf die SIM-Karte der Kunden anderer Mobilfunkanbieterinnen (vgl. vorstehend Bst. a). Ebenso wenig gibt es Anhaltspunkte, dass im vorliegend relevanten Zeitraum Anbieterinnen anderer Funknetztechnologien (etwa Anbieterinnen von WLAN, *wireless local area network*) Technologien greifbar hatten, mit welchen sie die Terminierung in Mobilfunknetze alternativ hätten anbieten können. Auch hier scheint eine Austauschbarkeit im Übrigen bereits mangels Zugriffsmöglichkeit auf die SIM-Karte ausgeschlossen.

Somit besteht auch aus der Sicht der Anbieter keine technische Möglichkeit, ein Substitut für die Terminierung in das Netz einer anderen Mobilfunkanbieterin anzubieten (vgl. ebenso ELSPASS, a.a.O., S. 157, mit Verweis auf Entscheidung der Europäischen Kommission vom 10. Juli 2002 i.S. Telia/Sonera, Rz. 31, COMP/M.2803). Gleichzeitig steht fest, dass die Vorinstanz den sachlich relevanten Markt korrekt auf jedes einzelne Mobilfunknetz beschränkt und drei je eigene sachliche ("Wholesale") Märkte für die Terminierung in die Mobilfunknetze der Beschwerdeführerin sowie von Sunrise und Orange abgegrenzt hat (vgl. Verfügung Ziff. 109 ff.). Für eine Ausweitung der Marktabgrenzung auf einen Gesamtmarkt für Terminierungen in *alle* Mobilfunknetze besteht kein Anlass.

c) Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass es aus der Sicht der Marktgegenseite (Fernmeldedienstanbieterinnen, Vorleistungsebene) weder nachfrage- noch angebotsseitige Substitutionsmöglichkeiten zur Terminierung eines Anrufs in ein bestimmtes Mobilfunknetz gibt. Die Vorinstanz kommt in Ziff. 72 der angefochtenen Verfügung sinngemäss ebenfalls zu diesem Schluss.

#### **9.5.4 Substitutionsmöglichkeiten aus der Sicht der Endkunden**

##### **9.5.4.1 Überblick**

a) Wie angekündigt, wird im Folgenden zusätzlich zur Analyse der Substitutionsmöglichkeiten aus der Sicht der Marktgegenseite (Art. 11 VKU) der Interdependenz zwischen der Vorleistungsebene und der Ebene der nachgelagerten Nachfrage der Endkunden (Dienstleistungsebene) Rechnung getragen. Dazu wird gefragt, ob die Endkunden der Anbieterinnen von Fernmeldediensten Möglichkeiten haben, die Mobilterminierungsleistungen der Mobilfunkanbieterinnen zu umgehen (der deutsche Regulator fragt bei dieser Prüfung der Substitutionsmöglichkeiten aus der Sicht der Endkunden anschaulich nach "abgeleiteten Substitutionsmöglichkeiten" [vgl. Entwurf Reg TP, a.a.O., S. 29]).

b) Die Vorinstanz folgert bereits unmittelbar aus dem beschriebenen Umstand, dass die Mobilterminierung

aus der Sicht der Marktgegenseite nicht substituierbar ist, dass nach Massgabe von Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU drei sachlich relevante Märkte vorliegen, nämlich die "Wholesale"-Märkte für in ein Mobilfunknetz eingehende Fernmeldedienste im Bereich der Sprachtelefonie bzw. die Terminierung von Anrufen in ein Mobilfunknetz (vgl. Verfügung Ziff. 72 f.). Anschliessend unterzieht die Vorinstanz diese Marktdefinition jedoch einer Prüfung unter Einbezug der Merkmale der Endkundenmärkte. Indem sie dabei "die aus Sicht der Endkunden (Retail-Märkte) substituierbaren Produkte" (vgl. Verfügung Ziff. 77) bestimmt, fragt die Vorinstanz ebenfalls nach Substitutionsmöglichkeiten aus der Sicht der Endkunden. Bei dieser Überprüfung ihrer Marktdefinition geht die Vorinstanz zunächst von sämtlichen Telekommunikationsdienstleistungen aus, insbesondere unter Einschluss von Mobilfunk-, Datenübertragungs- und Festnetzdiensten (vgl. Verfügung Ziff. 78).

Im Ergebnis verneint die Vorinstanz Substitutionsmöglichkeiten aus Endkundensicht und bestätigt die aus der Sicht der Marktgegenseite erfolgte Marktabgrenzung mit der Begründung, dass die verschiedenen geprüften Arten von Dienstleistungen aufgrund ihrer Eigenschaften und ihres Verwendungszwecks nicht in den relevanten Markt einzubeziehen seien. Dies betreffe das Übermitteln von Daten, das Telefonieren über das Festnetz, die Retail-Märkte im Bereich Mobilfunk sowie aus einem Mobilfunknetz ausgehende Fernmeldedienste (vgl. Verfügung Ziff. 109; vgl. zudem die Ausführungen in Verfügung Ziff. 114 ff., wo die Vorinstanz u.a. festhält, dass auch die Analyse des *Nachfrageverhaltens der Mobilfunkbenutzer* zeige, dass es keine nachfrageseitigen Substitutionsmöglichkeit auf Retail-Ebene gebe [vgl. Verfügung Ziff. 127]).

c) Die Beschwerdeführerin ist demgegenüber der Meinung, die Marktabgrenzung der Vorinstanz sei aufgrund diverser Substitutionsmöglichkeiten aus Endkundensicht auszuweiten. So seien die Sprach- und Datenübertragung Teile desselben Markts (vgl. Beschwerde Ziff. 244, nachfolgend E.9.5.4.3). Entgegen der Vorinstanz sei nicht in allen Fällen entscheidend, dass eine Information sofort übermittelt und vom Empfänger zeitgleich in Empfang genommen werden könne (vgl. Beschwerde Ziff. 245). Auch fixe und mobile Telefonie könne nicht ohne Weiteres in separate Märkte unterteilt werden (vgl. Beschwerde Ziff. 229, nachfolgend E.9.5.4.4). Je nach Situation seien diese Dienste sowohl als Komplemente als auch als Substitute einzustufen (vgl. Beschwerde Ziff. 229).

Zudem gebe es eine Vielzahl von Kommunikationsmitteln und -formen, die als Alternativen zum Informationsaustausch über Mobiltelefone bzw. als Substitute zur Mobiltelefonie im relevanten Markt einzuschliessen seien (so VoIP-Dienste, Dual Mode Telefone, Instant Messaging, Video Calls, Video Conferencing und Video Mail, Blogs bzw. Weblogs, E-Mail push and pull, SMS, Mobile Chat [vgl. Beschwerde Ziff. 223 ff.]; nachfolgend E.9.5.4.5). Schliesslich seien eingehende und ausgehende Gespräche Teile desselben Markts (vgl. nachfolgend E.9.5.4.2). Die Trennung von in ein Netz eingehenden und aus einem Netz abgehenden Anrufen sei künstlich (vgl. Beschwerde Ziff. 238 ff.).

#### 9.5.4.2 Eingehende - ausgehende Gespräche

a) Mit Bezug auf die umstrittene Differenzierung zwischen ein- und abgehenden Anrufen bringt die Beschwerdeführerin konkret Folgendes vor: Das Ziel der Sprach- und Datenübertragung sei der gegenseitige Informationsaustausch. Die Endkunden fragten sowohl in ihr Netz eingehende als auch aus ihrem Netz abgehende Anrufe nach (vgl. Beschwerde Ziff. 238). Es bestünden keine Abonnemente oder Prepaid-Angebote, die nur eingehende oder nur ausgehende Anrufe beinhalten. Beide Funktionen würden immer gemeinsam eingekauft. Kein Kunde frage immer nur eingehende oder abgehende Anrufe nach.

Das gleiche gelte auch für die Anbieterinnen von Fernmeldediensten, welche Anrufe sowohl originierten als auch terminierten. Die Abgrenzung zweier separater relevanter Märkte für eingehende bzw. abgehende Anrufe gebe folglich die Realität nicht wieder und sei somit künstlich (vgl. Beschwerde Ziff. 239). Eine Einzelanrufbetrachtung sei sinnwidrig, da ein Kunde beim Erwerb eines Telefonabonnements erwarte, dass er damit anrufen kann und angerufen werden kann (vgl. Beschwerde Ziff. 240, Replik Ziff. 67 [zu Vernehmlassung Ziff. 47]). Diese Dienste würden immer im Bündel angeboten.

Die Behauptung der Vorinstanz, wonach "viele Mobilfunknutzer" ihr Mobiltelefon nur in eine Richtung benutzen, sei weder substantiiert noch erwiesen, sondern eine blosser Behauptung. Es gebe kein Retail-Angebot, das sich auf eingehende oder ausgehende Anrufe beschränke (vgl. Beschwerde Ziff. 239). Dass eine veraltete Technologie - der Pager - existiere (vgl. Verfügung Ziff. 103), welche nur eingehende Anrufe anzeige, sei kein Beweis dafür, dass ein separater Markt abgegrenzt werden müsse (vgl. Beschwerde Ziff. 243).

b) Die Vorinstanz setzt sich in Ziff. 97 ff. der angefochtenen Verfügung damit auseinander, ob aus Endkundensicht zwischen "Anrufen" und "Angerufenwerden" eine Substitutionsbeziehung bestehe. Die Frage wird im Ergebnis verneint mit dem Hinweis, dass sich eine Unterscheidung zwischen ein- und ausgehenden Dienstleistungen im Rahmen der Marktabgrenzung rechtfertige, da eingehende und ausgehende Mobilfunkdienstleistungen von der Art, Technik und von den Preisen her verschieden seien, und die Dienstleistungen auch heute noch getrennt nachgefragt würden (vgl. Verfügung Ziff. 104). Bezüglich Preis etwa würden sich ein- und ausgehende Dienstleistungen aufgrund des calling-party-pays-Prinzips (cpp-Prinzip) unterscheiden, habe dieses Prinzip doch zur Folge, dass "Angerufenwerden" im Normalfall kostenlos sei, während "Anrufen" relativ teuer sei (vgl. Verfügung Ziff. 99). Obwohl es bei längeren Gesprächen mit einem Bekannten häufig unerheblich sei, wer wen angerufen hat, spiele es letztlich doch eine Rolle, wer die Rechnung erhalte (vgl. Verfügung Ziff. 100).

Des Weiteren könne davon ausgegangen werden, dass viele Mobilfunkkunden ihr Mobiltelefon lediglich in eine Richtung verwenden würden (vgl. Verfügung Ziff. 103, Vernehmlassung Ziff. 47 [zu Beschwerde Ziff. 240]). Jedes Mobiltelefon sei im Prinzip auch ein Pager - ein Gerät, das nur anzeigen könne, dass jemand versucht hat anzurufen - verfüge aber über eine Vielzahl weiterer



Eigenschaften und Gebrauchsmöglichkeiten. Die Existenz von Geräten wie Pagern zeige, dass auch einzelne Dienstleistungen eines Mobiltelefons als eigenständige Märkte betrachtet werden könnten (vgl. Verfügung Ziff. 103).

c) Bei allfälligen Möglichkeiten der Endkunden, die Mobilterminierungsdienstleistungen der Mobilfunkanbieterinnen zu umgehen, müsste es sich um Telekommunikationsdienstleistungen auf Endkundenebene handeln, welche (selbstredend) keine Mobilterminierung auslösen und die Endkunden im Sinne von Art. 11 Abs. 3 VKU hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als Umgehungsmöglichkeit zum Tätigen von Mobilfunkanrufen ansehen. Falls es aus Endkundensicht solche Dienstleistungen - also Substitute - gibt, würde der sachlich relevante Markt auch diese Telekommunikationsdienstleistungen mitumfassen.

Dies wäre dann der Fall, wenn die Endkunden "Anrufen" und "Angerufenwerden" hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres Verwendungszwecks als austauschbare Alternativen ansehen würden. Diesfalls bestünde für die Endkunden nämlich insofern eine Möglichkeit, selber keine Mobilterminierungen auszulösen sowie einer allfälligen Überwälzung der (von der terminierenden Mobilfunkanbieterin) der eigenen Mobilfunkanbieterin in Rechnung gestellten Mobilterminierungspreise zu entgehen, als nur *eingehende* Dienstleistungen ("Angerufenwerden") in Anspruch genommen werden, statt zusätzlich auch *ausgehende* Dienstleistungen ("Anrufen") zu beanspruchen. Durch Letztere wird aufgrund des cpp-Prinzips (calling-party-pays, vgl. im Sachverhalt unter A.g) nicht nur die eigene Kostenpflicht begründet, sondern auch die Mobilterminierung im Netz der anderen Mobilfunkanbieterin ausgelöst. Im Gegensatz dazu initiiert ein Endkunde, der einzig *eingehende* Dienstleistungen entgegennimmt, d.h. sich mit dem blossen "Angerufenwerden" begnügt, selber keine Mobilterminierungen.

Die Einschränkung der Marktabgrenzung auf drei "Wholesale"-Märkte für in die betreffenden Mobilfunknetze *eingehende* Fernmeldedienste erweist sich jedoch dann als richtig, falls eine Beschränkung auf bloss *eingehende* Anrufe für die Endkunden keine Option darstellt, sondern die Endkunden auch selber ausgehende Anrufe auf ein anderes Mobilfunknetz vornehmen wollen. In diesem Fall wäre die vorinstanzliche Begrenzung auf eingehende Telekommunikationsdienstleistungen mangels entsprechender Substitutionsmöglichkeit aus Endkundensicht zu bestätigen, sehen die Endkunden doch dann keine Möglichkeit, die Mobilterminierung bzw. die allfällige Überwälzung des Mobilterminierungspreises durch Inanspruchnahme einzig eingehender Dienstleistungen zu umgehen.

d) Nun räumt die Beschwerdeführerin selber ein, dass die Endkunden sowohl in ihr Netz eingehende als auch aus ihrem Netz abgehende Anrufe nachfragen und diese Funktionen gemeinsam einkaufen würden. Kein Kunde frage immer nur eingehende oder abgehende Anrufe nach. Auch damit, dass es kein Retail-Angebot gebe, welches sich auf eingehende oder ausgehende Anrufe beschränke, und weil keine Abonnemente bestünden, die nur eingehende oder nur ausgehende Anrufe bein-

halten, zeigt die Beschwerdeführerin zu Recht auf, dass Endkunden "Anrufen" und "Angerufenwerden" hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres Verwendungszwecks nicht als austauschbare Alternativen ansehen. Damit bilden ein- und ausgehende Anrufe aus Endkundensicht aber keine Substitute, weshalb sich die auf eingehende Fernmeldedienste beschränkten "Wholesale"-Märkte der Vorinstanz bereits nach der eigenen Argumentation der Beschwerdeführerin als korrekt erweisen.

Die Ausführungen der Vorinstanz stehen dem keineswegs entgegen, schliessen doch auch diese sinngemäss darauf, dass zwischen "Anrufen" und "Angerufenwerden" keine Substitutionsbeziehung besteht. Die Vorinstanz begründet dies mit den Hinweisen auf die Unterschiede dieser Dienstleistungen hinsichtlich ihrer Art, Technik und den Preisen. Namentlich die Erwähnung der Tatsache, dass "Angerufenwerden" kostenlos und "Anrufen" kostenpflichtig ist, und es erheblich ist, wer die Kosten bezahlen muss, führt vor Augen, dass die Vorinstanz - wie die Beschwerdeführerin - der Auffassung ist, dass die Endkunden "Anrufen" und "Angerufenwerden" hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres Verwendungszwecks nicht als austauschbare Alternative ansehen.

In diesem Sinne ist den Parteien zuzustimmen, dass die Möglichkeit, mittels Mobiltelefon jemanden anrufen zu können, aus Endkundensicht nicht ersetz- bzw. substituierbar ist durch die Erreichbarkeit, welche das Mobiltelefon ebenfalls bietet. Die zwei Dienstleistungen unterscheiden sich allzu wesentlich hinsichtlich dem Zweck und dem Nutzen, den sie dem Endkunden stiften. Da "Angerufenwerden" und "Anrufen" somit keine Substitute sind, gehören sie auch nicht zum gleichen Markt. Beide Parteistandpunkte führen im Ergebnis zum Resultat, dass die Einschränkung der "Wholesale"-Märkte auf eingehende Fernmeldedienste korrekt ist.

e) Entgegen der Beschwerdeführerin verhindert die Abgrenzung solcher "Wholesale"-Märkte keineswegs, dass jeder Endkunde beliebige Personen anrufen und auch uneingeschränkt selbst angerufen werden kann. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern die Sicht der Vorinstanz die Realität nicht wiedergebe, künstlich sei und den gegenseitigen Informationsaustausch zwischen zwei Gesprächspartnern in Frage stelle. Ein- wie ausgehende Sprachanrufe können ohne Einschränkung geführt werden.

Die Beschwerdeführerin übersieht zum einen, dass an jedem von der vorinstanzlichen Marktabgrenzung erfassten Anruf in ein Mobilfunknetz zwei Gesprächspartner beteiligt sind. Das Marktabgrenzungsergebnis der Vorinstanz besagt nichts Gegenteiliges, sondern setzt dies als selbstverständlich voraus. Zum anderen ist zu beachten, dass die abgegrenzten Märkte "Wholesale"-Märkte - also Märkte auf der Vorleistungsebene - und keine Dienstleistungsmärkte auf der Endkundenebene sind. Wie bereits ausgeführt, wird zudem nicht jeder einzelne Anruf separat betrachtet, sondern *alle* in einem Netz ausgeführten Terminierungen als Produkt, ohne dass zu berücksichtigen ist, in welchem originierenden Netz die Verbindungen generiert worden sind (vgl. E. 9.5.1 und im Sachverhalt unter A.c zum Begriff der "Originierung").

Die so verstandenen *drei* "Wholesale"-Märkte für die Terminierung in die Mobilfunknetze von Orange, Sunrise

und der Beschwerdeführerin im Bereich der Sprachtelefonie stehen nicht damit im Widerspruch, dass die Endkunden in *jedem* der drei Mobilfunknetze angerufen werden. Ebenso können die Endkunden ohne Beeinträchtigung der vorinstanzlichen Marktabgrenzung beliebig in alle drei Mobilfunknetze *anrufen*. Der Hinweis der Beschwerdeführerin auf eine angeblich sinnwidrige Einzelanrufbetrachtung erweist sich als verfehlt (vgl. Beschwerde Ziff. 240, Replik Ziff. 67 [zu Vernehmlassung Ziff. 47]). Die gegenseitige Kommunikation ist in keiner Weise gestört.

f) Auch aus dem Verweis auf die *Fernmeldedienstanbieterinnen*, welche Anrufe sowohl originieren als auch terminieren würden, kann die Beschwerdeführerin nichts für sich ableiten. Die Vorinstanz hat Substitutionsmöglichkeiten aus der Sicht der Anbieterinnen von Fernmeldediensten (d.h. der Marktgegenseite) zu Recht verneint. Aus ihrer Sicht bestehen weder angebots- noch nachfrageseitige Substitute zur Mobilterminierung (vgl. E. 9.5.3).

Würde der Argumentation der Beschwerdeführerin gefolgt und die Marktabgrenzung auf ein- und ausgehende Anrufe ausgedehnt, wäre der Markt auszuweiten. Dies würde - wie dargelegt - Art. 11 VKU widersprechen, da aus technischen Gründen keine Substitutionsmöglichkeiten für die Mobilterminierung bestehen. Dass die Vorinstanz mangels angebotsseitiger Substitutionsmöglichkeiten für jedes einzelne Mobilfunknetz einen eigenen Markt abgegrenzt hat, ist, wie ausgeführt, nicht zu beanstanden (vgl. E. 9.5.3/b). Die Mobilterminierung kann aus der Sicht der Marktgegenseite definitionsgemäss immer nur einen eingehenden Anruf betreffen.

g) Das Argument der Beschwerdeführerin, die Unterscheidung zwischen ein- und ausgehenden Anrufen sei künstlich, erweist sich damit als unbegründet. Die Einschränkung der Marktabgrenzung auf drei "Wholesale"-Märkte für in die betreffenden Mobilfunknetze eingehende Fernmeldedienste ist richtig.

#### 9.5.4.3 Daten - Sprache

a) Die vorinstanzliche Marktabgrenzung ist zudem eingeschränkt auf den Bereich der *Sprachtelefonie*. Die Beschwerdeführerin hält diese Beschränkung für falsch und macht geltend, der relevante Markt umfasse zusätzlich zur Sprach- auch die *Datenübertragung*. Zusammenfassend argumentiert die Beschwerdeführerin wie folgt (vgl. Beschwerde Ziff. 244 ff.):

Die Unterscheidung zwischen Sprach- und Datenübertragung sei künstlich. Beide Dienste dienen der Übermittlung von Informationen. Wie etwa der Erfolg von Kommunikationsmitteln wie SMS oder E-mail (vgl. Beschwerde Ziff. 223 ff.) zeige, sei es nicht in allen Fällen der Informationsübermittlung wichtig, dass eine sofortige Übermittlung bzw. ein zeitgleicher Empfang einer Information erfolge. Es werde übersehen, dass der Anrufer auch Sprachinformationen hinterlegen (Combox) und der Informationsempfänger übermittelte Daten sofort - d.h. in Echtzeit - abrufen könne (z.B. VoIP via Mobile, Instant Messaging und E-Mail push and pull; vgl. Beschwerde Ziff. 223).

Selbst die eigene Einschätzung der Vorinstanz spreche eher dafür, dass der Datenverkehr zum gleichen sach-

lich relevanten Markt gehöre. Die Wettbewerbskommission anerkenne nämlich, dass eine Preiserhöhung im Bereich des Telefonierens zu einer Erhöhung des Datenaufkommens führen könnte. Nach Auffassung der Vorinstanz sei diese jedoch nur gering, und es würde lediglich weniger telefoniert (vgl. Verfügung Ziff. 85). Wenn die Vorinstanz davon ausgehe, dass eine Substituierung zwischen Telefonie- und Datendienstleistungen stattfinden könnte, so habe sie die Effekte einer Preiserhöhung für eine korrekte Marktabgrenzung zu prüfen und empirisch zu belegen. Die Vorinstanz habe dies aber unterlassen.

b) Die Vorinstanz grenzt zunächst die Sprachtelefonie von der Datenübertragung ab (vgl. Verfügung Ziff. 81): Telefonieren sei Sprachkommunikation in Echtzeit über eine Distanz. Bei der Übermittlung von Daten - wie beim Versenden von E-Mails, SMS, MMS, Fax und Ähnlichem - würden Informationen über eine Leitung von einem Endgerät auf ein anderes übertragen, ohne dass es notwendig sei, dass die Empfängerperson anwesend oder das empfangende Gerät eingeschaltet sei. Bis ein Endgerät wieder empfangsbereit sei, würden die Daten zwischengespeichert.

Davon ausgehend hält die Vorinstanz dem Standpunkt der Beschwerdeführerin sinngemäss entgegen, dass der Transfer von Daten kein geeignetes Substitut zu einem Telefonat in Echtzeit darstellen könne (vgl. Verfügung Ziff. 80 ff.). Das Telefonieren als Sprachkommunikation weise gegenüber den verschiedenen Möglichkeiten des Datentransfers grundsätzlich unterschiedliche Eigenschaften auf. Zwar könne eine Information wie die Ankunftszeit an einem Treffpunkt durchaus über ein SMS erfolgen. Seien hingegen z.B. noch der genaue Treffpunkt selbst oder die Ziele des Treffens zu bestimmen, sei ein Anruf zweckmässiger, womit weder SMS noch E-Mail als Substitute in Frage kämen. Andererseits liessen sich gewisse Informationen - wie etwa Bilder oder andere elektronische Dokumente - nur mit Hilfe von E-Mails, MMS oder SMS transferieren.

Es sei klar, dass es für einen Benutzer einen erheblichen Unterschied mache, ob er angerufen werde, oder ob er Daten erhalte. Solle ein Gespräch zustande kommen, müsse ein Anruf sofort beim Klingeln des Telefons entgegengenommen werden. Daten könnten demgegenüber zu einem späteren Zeitpunkt eingesehen und über eine längere Zeit gespeichert werden.

Weiter begründet die Vorinstanz die nach ihr fehlende Substitutionsbeziehung zwischen Sprachtelefonie und Datentransfer mit der Aussage, dass eine Preiserhöhung im Bereich der Sprachtelefonie zwar die Nachfrage nach Sprachtelefonieren verringern, aber nur zu einem geringen Teil zu einer Erhöhung des Datenaufkommens führen würde. Es würde lediglich weniger telefoniert werden, da die Nachfrage mit steigendem Preis falle (vgl. Verfügung Ziff. 85).

c) Zu prüfen ist somit, ob zusätzlich zum Bereich der Sprachtelefonie die verschiedenen Möglichkeiten des Transfers von Daten in die relevanten "Wholesale"-Märkte miteinbezogen werden müssen.

Dazu stellt sich die Frage, ob die Endkunden Datenübertragungsdienste wie SMS, MMS, E-Mail und Fax hin-

sichtlich ihrer Eigenschaften und ihrer Verwendungszwecke als gleichwertige Alternativen zu netzübergreifenden Sprachanrufen auf ein Mobilfunknetz betrachten. Weil das Übermitteln von Daten bei einer Bejahung dieser Frage aus Endkundensicht ein Substitut zur Sprachkommunikation (und der dadurch ausgelösten Mobiltelefonierung) wäre, würden die sachlich relevanten "Wholesale"-Märkte diesfalls auch die Datenübermittlung umfassen (Art. 11 VKU).

Es ist der Vorinstanz jedoch zuzustimmen, dass Sprachkommunikation und die verschiedenen Möglichkeiten des Datentransfers von Grund auf unterschiedliche Eigenschaften aufweisen und die Frage der Substituierbarkeit zu verneinen ist. Die Vorinstanz verweist zu Recht auf das wesentliche Merkmal eines Sprachanrufs, nämlich die Kommunikation in Echtzeit. Bereits daraus folgt, dass ein Sprachanruf nicht durch Datenübertragungsdienste substituiert werden kann. So entsteht für den Endkunden mit einem Sprachanruf die Möglichkeit, Informationen durch ein aufeinander bezogenes Gespräch in kürzester Zeit auszutauschen.

Eine Kommunikation, die sich aufeinander bezieht und bei der komplexe Inhalte ausgetauscht werden, kann zwar durchaus auch bei Datenübertragungsdiensten erfolgen. Selbst bei den von der Beschwerdeführerin angerufenen Varianten, bei denen Daten *zeitgleich* abrufbar seien (Instant Messaging, E-Mail push and pull; vgl. Beschwerde Ziff. 223), bedarf es jedoch der manuellen Eingabe der Nachricht und eines Versendungs Vorgangs, der keine dem direkten Gespräch vergleichbare Kommunikation ermöglicht. Die Sprachkommunikation ist namentlich insofern nicht mit einem datenbasierten Informationsaustausch vergleichbar, als über die Stimme (Tonlage, Lautstärke, Tempo etc.) unwillkürlich zusätzliche Schattierungen zum Ausdruck kommen. Diese stellen einen wesentlichen Teil der Interaktion der Gesprächspartner dar und beeinflussen den Gesprächsverlauf unmittelbar.

Dass eine gewünschte Information in gewissen Situationen ebenso gut über eine Datenübertragung statt mit einem Sprachanruf übermittelt werden kann, scheint offensichtlich und hat auch die Vorinstanz erkannt (z.B. Ankunftszeit an einem Treffpunkt mit SMS). Dies vermag jedoch nichts daran zu ändern, dass die Datenübermittlung dem direkten Gespräch dann nicht ebenbürtig ist, wenn Gesprächspartner (komplexere) Inhalte miteinander *besprechen* wollen.

Andererseits liegt es auf der Hand, dass für die Übermittlung gewisser Informationen *nur* die Datenübertragung in Frage kommt, mithin die Sprachtelefonie als Substitutionsgut nicht sinnvoll ist. Wie die Vorinstanz richtig festhält, verhält es sich so, wenn ein Endkunde jemandem Fotografien, Grafiken oder sonstige elektronische Dokumente zukommen lassen will und dazu ein E-Mail, MMS oder SMS mit entsprechendem Datenanhang versendet. Für diesen - im heutigen Privat- und Berufsleben unverzichtbaren - spezifischen Verwendungszweck der Datenübermittlung stellt ein Sprachanruf aus Endkundensicht keine Alternative dar. Das gleiche gilt, wenn ein Dokument per Fax versandt wird, damit der Empfänger dieses einsehen und zum gewünschten Zweck weiterverwenden kann.

Wie die Vorinstanz ebenfalls korrekt erwähnt, zeichnet sich die Datenübermittlung weiter dadurch aus, dass Daten zwischengespeichert und vom Empfänger zu einem beliebigen Zeitpunkt zur Kenntnis genommen und bearbeitet werden können. Der Versender hat dadurch die Möglichkeit, den Zeitpunkt und die Art der Beantwortung der Meldung bewusst dem Empfänger zu überlassen, ohne diesen durch einen Anruf auf sein Mobiltelefon zu einem möglicherweise unpassenden Zeitpunkt zu einer sofortigen Rückmeldung zu veranlassen.

Wie von der Beschwerdeführerin vorgebracht, können zwar auch Sprachinformationen auf einem mobilen Anrufbeantworter (z.B. in einer "Combox") hinterlegt werden. Das gewünschte Telefongespräch kommt dann aber überhaupt nicht zustande. Zudem liegt es nicht im Einflussbereich des Anrufenden, ob eine Sprachmitteilung hinterlegt werden kann. Darüber entscheidet vielmehr der Angerufene, welcher den Anruf zum fraglichen Zeitpunkt nicht entgegennehmen will oder kann.

Bei dieser Sachlage ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz auf eine detaillierte Prüfung der Effekte einer Preiserhöhung im Bereich des Telefonierens verzichtet hat. Unabhängig davon überzeugt die Darstellung der Vorinstanz, dass zwischen Telefonie- und Datendienstleistungen keine hinlängliche Substitutionsbeziehung besteht.

Die in gewissen Situationen zweifellos gegebene - also unvollkommene (vgl. dazu BGE 130 II 449 E. 5.5) - Substitutionsmöglichkeit ändert nichts daran, dass Datenübertragungsdienste wie SMS, MMS, E-Mail und Fax grundlegend andere Eigenschaften als die Sprachkommunikation aufweisen. Da sie auch unterschiedlichen Verwendungszwecken dienen, stellen Datendienste aus Endkundensicht keine gleichwertige Alternative zur Sprachkommunikation dar. Die Vorinstanz hat die relevanten "Wholesale"-Märkte damit zu Recht auf die Sprachtelefonie beschränkt.

#### 9.5.4.4 Fixe - mobile Telefonie

a) Des Weiteren bemängelt die Beschwerdeführerin, fixe und mobile Telefonie könne nicht ohne Weiteres in separate Märkte unterteilt werden (vgl. Beschwerde Ziff. 229 ff.). Diese Dienste seien je nach Situation sowohl als "Komplemente" als auch als Substitute einzustufen.

In den meisten Fällen stünden den Telefonierenden beide Alternativen zur Verfügung, insbesondere in privat oder geschäftlich genutzten Gebäuden. Fixe und mobile Telefonie seien in diesen Fällen Substitute. Die Folgerung der Vorinstanz, dass fixe und mobile Telefonie nicht austauschbar seien, weil mobile Telefonie im Gegensatz zur fixen Telefonie ortsungebunden möglich sei, möge im Einzelfall zutreffen (vgl. Verfügung Ziff. 89 ff.). Dies gelte etwa, wenn ein Anrufender und/oder ein Angerufener gerade keinen Zugang zu einem Festnetzanschluss habe. Diesfalls seien fixe und mobile Telefonie "Komplemente".

80 % aller Anrufe würden jedoch ab einem Mobiltelefon "unter einem Dach" getätigt, wo auch Festnetz-Anschlüsse zur Verfügung stünden. Über 40 % derjenigen, die sowohl über einen Festnetz-Anschluss als auch über einen Mobilfunk-Anschluss verfügten, würden ihre Mobilfunkgeräte auch von zu Hause aus gebrauchen

(Verweis auf Erhebungen von British Telecom: Dotecon, Fixed-mobile substitution, S. vii Ziff. 7, act. 250a Beilage 40). Somit seien fixe und mobile Telefonie auch Substitute (vgl. Beschwerde Ziff. 231). Die fixe Telefonie stelle aber auch bei nicht gleichzeitiger Verfügbarkeit von fixer und mobiler Telefonie dann ein Substitut dar, wenn der Anrufer bzw. Angerufene die Möglichkeit habe, das Gespräch zu einem anderen Zeitpunkt zu führen.

Zudem seien Technologien zu beachten, bei denen Endgeräte fix und mobil eingesetzt werden könnten. Die Auffassung der Vorinstanz verkenne diese technologischen Substitutionsmöglichkeiten und das tatsächliche Nachfrageverhalten (vgl. Beschwerde Ziff. 233, mit Verweis auf Homepages von Onrelay und BT Fusion, act. 250a Beilagen 39, 41). Im Rahmen der sog. Zugangsubstitution würden Mobilfunkabonnemente als Substitut für zusätzlich benötigte Computer- oder Fax-Linien dienen. Fast zwei Drittel der Personen, die zugleich einen Festnetz- und einen Mobilfunk-Anschluss hätten sowie am Internet angeschlossen seien, würden gemäss der Studie von Dotecon ihre Festnetzlinie für den Internetanschluss benutzen und mobilfunknetzbasierend telefonieren. Dotecon weise nach, dass die Nutzung von Festnetz-Linien durch Mobilfunkabonnemente im Durchschnitt gesenkt werde (Verweis auf Dotecon, Fixed-mobile substitution, Vorinstanz act. 250a Beilage 40, insbes. S. VIII Ziff. 7,8,13).

Über die Frage, ob letztlich der substitutive oder der komplementäre Charakter überwiege, bestehe in der ökonomischen Literatur noch keine Einigkeit (mit Hinweis auf drei Vertreter der Substitutions- und zwei Vertreter der Komplementaritätsthese; vgl. dazu Beschwerde Ziff. 236). Indem die Vorinstanz festhalte, dass eine Preiserhöhung im Bereich der mobilen Telefonie zu einer (teilweisen) Substitution durch die fixe Telefonie führen könne, aber voraussichtlich einfach weniger mit Mobiltelefonen telefoniert würde (vgl. Verfügung Ziff. 94), habe sie reine Spekulation betrieben und den rechtlich erheblichen Sachverhalt nicht genügend erstellt. Die Vorinstanz wäre verpflichtet gewesen, die Nachfragereaktion bei einer Preiserhöhung der mobilen Telefonie zu prüfen und empirisch zu belegen (vgl. Beschwerde Ziff. 237).

b) Die Vorinstanz setzt sich in ihrer Verfügung (Ziff. 87 ff.) mit der Frage auseinander, ob das Telefonieren mittels Mobiltelefon durch das Telefonieren über das Festnetz substituiert werden kann. Im Resultat schliesst die Vorinstanz auf grundsätzlich unterschiedliche Eigenschaften des Telefonierens mittels Mobiltelefon und Festnetz, weshalb für das Telefonieren über ein Mobiltelefon ein eigenständiger Markt auszuscheiden sei (vgl. Verfügung Ziff. 96).

Zur Begründung betont die Vorinstanz, dass sich derjenige einen Mobilfunkanschluss erwerbe, der (1.) die Möglichkeit haben will, jemanden anrufen zu können, wann und wo immer er will, und (2.) telefonisch erreichbar sein möchte, wann und wo immer er will (vgl. Verfügung Ziff. 90). Dies seien die beiden Eigenschaften, welche einen Mobilfunkanschluss in Bezug auf das Telefonieren fundamental von einem Festnetzanschluss unterscheiden.

Ein weiterer Unterschied bestehe darin, dass ein Mobilfunkanschluss personenbezogen sei und über ihn die Zielperson in der Regel direkt erreicht werde. Ein Festnetzanschluss sei dagegen auf einen Ort bezogen. Ob die Zielperson über diesen Anschluss erreicht werden könne, sei davon abhängig, ob die Person sich bei dem entsprechenden Festnetzanschluss aufhalte oder nicht. Beim Anruf auf einen Festnetzanschluss sei im Gegensatz zu einem Anruf auf ein Mobiltelefon ferner häufig nicht bekannt, wer den Anruf entgegennehme.

Zudem sei in der Schweiz im Bereich Mobilfunk eine Marktdurchdringung von 91.6 % Realität geworden, obwohl fast jeder Haushalt und jedes Büro über mindestens einen Festnetzanschluss verfüge (mit Verweis auf die Fernmeldestatistik 2005 des BAKOM, S. 35). Der Grund könne nur darin bestehen, dass ein Mobilfunkanschluss nicht durch einen Festnetzanschluss substituierbar sei (vgl. Verfügung Ziff. 92; ähnlich auch Verfügung Ziff. 115). Es könne von einer asymmetrischen Substitution gesprochen werden: Das Festnetz könne von einem Mobiltelefon in gewissen Fällen substituiert werden, jedoch nicht umgekehrt (vgl. Verfügung Ziff. 93).

Weiter weist die Vorinstanz darauf hin, dass ein durchschnittlicher Festnetzanruf im Jahr 2004 3.39 Minuten (Jahr 2005: 3.38), ein Anruf mit dem Mobiltelefon hingegen nur gerade 1.51 Minuten (Jahr 2005: 1.56) gedauert habe (mit Verweis auf die Fernmeldestatistik 2005 des BAKOM, S. 40). Die deutlich kürzere Dauer zeige, dass die beiden Technologien verschieden zum Einsatz gelangten: Längere Gespräche erfolgten in der Regel über den günstigeren Festnetzanschluss, mit einem Mobilfunkanruf werde unterwegs nur das Nötigste mitgeteilt (vgl. Verfügung Ziff. 93).

Ebenfalls ein Indiz dafür, dass ein Festnetzanschluss nicht als Substitut für einen Mobilfunkanschluss angesehen werden könne, sei der Umstand, dass die Preise im Bereich Mobilfunk deutlich höher und viele Endkunden bereit seien, diese trotz vorhandenen Festnetzanschlusses zu bezahlen (vgl. Verfügung Ziff. 94). Eine Preiserhöhung im Bereich der mobilen Telefonie würde nach Auffassung der Vorinstanz zwar die Nachfrage nach dieser verringern, jedoch nur zu einem geringen Teil zu einer Substitution durch das Festnetz und damit zu einer Zunahme des Telefonierens über einen Festnetzanschluss führen: "Voraussichtlich würde lediglich weniger mit Mobiltelefonen telefoniert" (vgl. Verfügung Ziff. 94).

Weiter argumentiert die Vorinstanz, ein Mobiltelefon stifte selbst einem Büroangestellten, welcher in der Regel Zugriff auf einen Festnetzanschluss habe, zusätzlichen Nutzen, wie etwa die Erreichbarkeit ausserhalb seines Arbeitsplatzes, welcher nicht durch den vergleichsweise günstigeren Festnetzanschluss erzielt werden könne (vgl. Verfügung Ziff. 89). Für Personen, welche sich nicht mehrheitlich in der Nähe eines Festnetzanschlusses aufhielten und auf Kommunikation angewiesen seien, sei ein Mobilfunkanschluss häufig notwendig (vgl. Verfügung Ziff. 89).

Schliesslich erläutere die Beschwerdeführerin den Mehrwert der Mobiltelefonie gegenüber dem Festnetz in ihrer Eingabe vom 9. März 2004 gleich selber. Hier weise die Beschwerdeführerin auf die Netzabdeckung und die Netzqualität hin, welche nach ihr sehr wichtige Ar-

gumente für die Wahl einer bestimmten Mobilfunkanbieterin bilden und den Mehrwert gegenüber dem Festnetz ausmachen würden, da sie die ständige Erreichbarkeit garantierten (vgl. Verfügung Ziff. 87, mit Verweis auf die Vorinstanz, act. 122 S. 32 [Antwort auf Frage 34 des Fragebogens vom 29. November 2002]).

c) Aus der vorstehenden Zusammenfassung geht hervor, dass sich die Vorinstanz gründlich mit der Frage auseinandergesetzt hat, ob fixe und mobile Telefonie Substitute sind. Dabei ist die Vorinstanz in nachvollziehbarer Weise und mit in sich schlüssiger Begründung zum Schluss gelangt, dass Festnetz- und Mobiltelefonie insgesamt nicht als Substitute angesehen werden können.

Die Vorinstanz legt einleuchtend dar, dass und inwiefern die Festnetz- und Mobiltelefonie fundamentale unterschiedliche Eigenschaften aufweisen. Die jederzeitige Möglichkeit zu ortsungebundener Sprachkommunikation ist nicht mehr aus dem Alltag wegzudenken. Wie die Vorinstanz zutreffend festhält, untermauert die Beschwerdeführerin die Bedeutung dieser einzig der Mobiltelefonie zukommenden Eigenschaft sinngemäss auch selber, indem sie in der Eingabe vom 9. März 2004 die Netzqualität der Mobilfunknetze und die damit gewährleistete ständige Erreichbarkeit als Mehrwert des Mobilfunknetzes gegenüber dem Festnetz hervorhebt (vgl. S. 34 [Ziff. 40.2] der Eingabe vom 9. März 2004, Vorinstanz act. 122).

Selbstverständlich gilt es nicht zu verkennen, dass ein Endkunde in gewissen Situationen die Möglichkeit hat, einen Anruf in ein Mobilfunknetz zu vermeiden und stattdessen den Festnetzanschluss des gewünschten Gesprächspartners anzurufen. Diese Möglichkeit stellt insgesamt jedoch kein echtes Substitut dar, da der sofortige und vom Aufenthaltsort des Angerufenen unabhängige Kontakt wesentlicher Zweck für einen Anruf auf ein Mobiltelefon ist (so auch der Entwurf Reg TP, a.a.O., S. 29).

Trotz teilweiser Überschneidungen mit der Festnetztelefonie besteht kein Zweifel daran, dass die Mobiltelefonie ein eigenständiges Bedürfnis der Endkunden erfüllt und einen Verwendungszweck hat, der von jenem der Festnetztelefonie abweicht. Neben dem "beispiellosen Erfolg des Mobilfunks" macht dies auch der Umstand klar, dass "der typische Kunde zunächst Festnetzkunde bzw. -benützer ist und zusätzlich Mobilfunkkunde wird" (so die Aussagen der Beschwerdeführerin auf S. 33 ihrer Eingabe vom 9. März 2004, vgl. Vorinstanz act. 122).

Die Vorinstanz belegt ihren Standpunkt zudem mit der hohen Marktdurchdringung im Bereich Mobilfunk. Angesichts der mehrheitlich gleichzeitig zur Verfügung stehenden Festnetzanschlüsse spricht auch dies gegen eine Substitutionsbeziehung (vgl. Fernmeldestatistik 2005 des BAKOM, S. 35, online unter: [www.bakom.admin.ch](http://www.bakom.admin.ch) > Dokumentation > Zahlen und Fakten > Statistik zu Telekommunikation > statistische Publikationen, Fernmeldestatistiken 1998-2006 nur noch auf Anfrage verfügbar).

Im Übrigen fällt auf, dass die Beschwerdeführerin selber darauf hinweist, dass in der ökonomischen Literatur unterschiedliche Auffassungen vertreten werden, ob

letztlich der substitutive oder der komplementäre Charakter überwiegt (vgl. Beschwerde Ziff. 236). Indem sich die Vorinstanz mit nachvollziehbarer Begründung für die eine Seite entschieden und die Substitutionsbeziehung verneint hat, nahm sie den ihr zustehenden Beurteilungsspielraum in nicht zu beanstandender Weise wahr. Dies gilt erst recht, da die Auffassung der Vorinstanz mit dem einhelligen Marktabgrenzungsergebnis der EU sowie zahlreicher EU-Mitgliedstaaten übereinstimmt (vgl. E. 9.4). Durch den Verweis auf die Fernmeldestatistik des BAKOM wird zudem korrekt der Bezug zu den Schweizer Verhältnissen hergestellt (hohe Marktdurchdringung im Bereich Mobilfunk, deutlich kürzere Dauer der Mobilfunkanrufe).

Das Bundesverwaltungsgericht sieht keinen Anlass, der ein Eingreifen in den Beurteilungsspielraum der Vorinstanz oder ein Abweichen von den vorinstanzlichen Erwägungen gebieten würde. Die Beschwerdeführerin vermag nichts vorzubringen, das die vorinstanzliche Beurteilung ernsthaft in Frage stellen könnte. Namentlich kann die aufgeworfene Frage ohne weitere Abklärungen beurteilt werden. Auch ohne Erhebung der Nachfragereaktion bei einer Preiserhöhung der mobilen Telefonie steht damit fest, dass die Festnetztelefonie nicht zum selben sachlich relevanten Markt zu zählen ist.

#### 9.5.4.5 Alternative Kommunikationsmittel

a) Schliesslich rügt die Beschwerdeführerin, es gebe eine Vielzahl von Kommunikationsmitteln und -formen, welche als Alternativen zum Informationsaustausch über Mobiltelefone bzw. als Substitute zur Mobiltelefonie im relevanten Markt zu berücksichtigen seien (vgl. Beschwerde Ziff. 223 ff., Replik Ziff. 64 f.). Der Austausch von Informationen in Echtzeit könne zunehmend über verschiedene Dienstleistungen, basierend auf unterschiedlichen Technologien und ungeachtet des Standorts, erfolgen. Die Folgerung, dass Mobiltelefonie nicht mit anderen Kommunikationsformen austauschbar sei, weil nur Mobiltelefonie ortsungebunden möglich sei, sei falsch (vgl. Beschwerde Ziff. 224). Dass jedes Kommunikationsmittel besondere Eigenschaften habe, schliesse eine Substituierbarkeit nicht aus. Offensichtlich bestünden zahlreiche Substitutionsmöglichkeiten zur Mobiltelefonie.

Alternative Kommunikationsmittel seien z.B. (vgl. Beschwerde Ziff. 223) VoIP-Dienste (Telefonieren über Internet in den verschiedensten Varianten, z.B. Skype, Vonage, Econostream), Dual Mode Telefone (Telefonieren über WLAN Hotspots an öffentlichen Orten bzw. zu Hause via Bluetooth über DSL/POTS), Instant Messaging (Dienst, der es ermögliche, in Echtzeit zu "chatten", kurze Nachrichten an andere Teilnehmer über ein Festnetz Mobilfunknetz zu schicken oder Dateien auszutauschen), Video (Video Calls, Video Conferencing und Video Mail), Blogs bzw. Weblogs (Webseiten, die periodisch neue Einträge enthielten), E-Mail push and pull (Senden und Abrufen von E-Mails über mobile Geräte), SMS sowie Mobile Chat (könne für private und geschäftliche Textkommunikation in Echtzeit verwendet werden).

b) Die Vorinstanz weist darauf hin, dass jede technische Möglichkeit, Informationen auszutauschen, verschiedene besondere Eigenschaften aufweise (vgl. Verfügung Ziff. 84). VoIP-Dienste, wie z.B. Skype, würden in aller Regel

von einem breitbandfähigen *Festnetz*anschluss aus getätigt. Sie kämen als Substitute zur Mobiltelefonie deshalb nicht in Frage. Sollten VoIP-Dienste ausnahmsweise über einen PWLAN Hotspot angeboten werden, könne dies ebenfalls nicht als Substitut zum Mobilfunknetz angesehen werden, da die Abdeckung mit PWLAN (Public Wireless LAN [Local Area Network]) nur punktuell und die Verbindungsqualität gering sei (vgl. Verfügung Ziff. 95, Vernehmlassung Ziff. 44, sowie das "Gutachten IC" vom 20. November 2006 Ziff. 38 f., veröffentlicht in: RPW 2006/4, S. 739).

c) Bereits aus dem früher Ausgeführten ergibt sich, dass Endkunden alle diejenigen Kommunikationsmittel nicht als gleichwertige Alternativen zu netzübergreifenden Sprachanrufen auf ein Mobilfunknetz ansehen, welche an einen bestimmten Standort gebunden sind.

Solche standortabhängigen alternativen Kommunikationsformen verfügen nicht über die spezifischen Vorteile der mobilen Kommunikation. Sie scheiden deshalb von vornherein als mögliche Substitute zur Mobiltelefonie aus (vgl. E. 9.5.4.4 betr. "fixe - mobile Telefonie"). In diese Kategorie fällt insbesondere die Internettelefonie (VoIP [= Voice over Internet Protocol]-Dienste), sofern sie festnetzbasierend erfolgt (vgl. zum Verhältnis der Internettelefonie und der *festnetz*gebundenen Sprachtelefonie ELSPASS, a.a.O., S. 151, nach welchem von getrennten relevanten Märkten für leitungsvermittelte Festnetztelefonie und Internettelefonie auszugehen ist).

Wird Internettelefonie *standortunabhängig* angeboten, kommt sie als gleichwertige Alternative zur Mobiltelefonie zwar grundsätzlich in Frage. Es ist aber nicht anzuzweifeln, dass die dazu erforderliche technologische Infrastruktur (wie PWLAN, Hotspots) im vorliegend massgeblichen Zeitraum erst sehr punktuell zur Verfügung stand, so dass eine hinlängliche Substitutionsbeziehung zur Mobiltelefonie mit der Vorinstanz zu verneinen ist (per 1. August 2004 standen 595 Swisscom Mobile Hotspots zur Verfügung, vgl. online unter: [www.swiss-hotspots.ch](http://www.swiss-hotspots.ch) > News; inzwischen bietet Public Wireless LAN mobile Dienstleistungen an über 1200 Hotspots in der Schweiz an, vgl. online unter: [www.swisscom.ch](http://www.swisscom.ch) > Internet > Internet am Hotspot). Gegen eine Substituierbarkeit spricht auch, dass die Bedeutung der Internettelefonie zumindest im vorliegend relevanten Zeitraum aufgrund der aufwendigen technischen Realisierung noch sehr gering und die Existenz von VoIP-Angeboten den Endkunden häufig nur unzureichend bekannt war (vgl. ELSPASS, a.a.O., S. 151).

Ferner kommen alle diejenigen alternativen Kommunikationsmittel nicht als Substitute zur Mobiltelefonie in Betracht, welche zwar ortsungebunden einsetzbar sind, aber einzig der Übermittlung von *Daten* dienen. Wie früher dargelegt, hat die Vorinstanz die relevanten "Wholesale"-Märkte zu Recht auf die Sprachtelefonie beschränkt, da Datendienste aus Endkundensicht keine gleichwertige Alternative zur Sprachkommunikation darstellen (vgl. E. 9.5.4.3 betr. "Daten - Sprache").

Datenbasierte und schriftliche Kommunikationsdienstleistungen sind neben SMS, E-Mail ("push and pull") auch das von der Beschwerdeführerin genannte Instant Messaging (u.a. "chatten" in Echtzeit) sowie Mobile Chat und Blogs bzw. Weblogs. Alle diese Dienste bilden -

selbst wenn sie ortsungebunden zur Verfügung stehen und eine Textkommunikation in Echtzeit ermöglichen - keine gleichwertige Alternative zu Sprachanrufen in ein Mobilfunknetz.

Damit hat sich der Kreis der als Substitute zur Mobiltelefonie in Frage kommenden alternativen Kommunikationsmittel auf diejenigen reduziert, welche mobil einsetzbar sind und eine Sprachkommunikation in Echtzeit ermöglichen. Wie bereits gezeigt, ist die vor diesem Hintergrund grundsätzlich denkbare Einbeziehung der standortunabhängigen Internettelefonie in die vorinstanzlich vorgeschlagenen "Wholesale"-Märkte im Ergebnis abzulehnen.

Gleiches gilt für die von der Beschwerdeführerin ins Feld geführten Video-Dienste (Video Calls, Video Conferencing). Mit diesen werden zwar Bild und Ton - und damit auch die Sprache - übermittelt. Es handelt sich jedoch um Breitband-Dienste, welche über die bisherigen GSM-Netze noch nicht angeboten werden konnten, sondern Übertragungsnetze der sog. dritten Generation der Mobilkommunikation erfordern, welche deutlich höhere Datenraten übertragen können (sog. UMTS Mobilfunkstandard).

Auch sind für die Nutzung von UMTS und den darauf beruhenden multimedialen Datendiensten spezielle UMTS-fähige Endgeräte (Handys, Personal Digital Assistants, Laptops mit Spezialkarten etc.) erforderlich (vgl. BAKOM, Faktenblatt UMTS vom 16. November 2004, online unter: [www.bakom.admin.ch](http://www.bakom.admin.ch) > Themen > Technologie > Telekommunikation > UMTS sowie zur Videotelefonie über UMTS online unter: [www.teltarif.ch](http://www.teltarif.ch) > Mobilfunk > Videotelefonie). Das Bundesverwaltungsgericht geht davon aus, dass die Entwicklung und Verbreitung dieser Technologie im vorliegend relevanten Zeitraum noch zu wenig fortgeschritten war, als dass sie aus Endkundensicht eine hinlängliche Substitutionsmöglichkeit zur Mobiltelefonie dargestellt hätte.

Andere alternative mobile Kommunikationsmittel, welche als Substitute an die Stelle der Mobiltelefonie treten könnten, sind nicht ersichtlich. Die Beschwerdeführerin dringt damit auch mit dieser Rüge nicht durch (vgl. auch Entwurf Reg TP, a.a.O., S. 30, der das gleiche Ergebnis festhält).

**9.5.4.6** Als Ergebnis der Prüfung der Substitutionsmöglichkeiten aus der Sicht der nachgelagerten Nachfrage der Endkunden kann festgehalten werden: Die Endkunden der Fernmeldediensteanbieterinnen verfügen über keine Möglichkeiten, die Mobilterminierungsleistungen der Mobilfunkanbieterinnen zu umgehen. Damit bestehen keine "abgeleiteten Substitutionsmöglichkeiten", gestützt auf welche die Marktabgrenzung der Vorinstanz auszuweiten wäre.

## 9.5.5 Fazit: sachliche Marktabgrenzung

Da, wie in der E. 9.5.3 dargelegt, auch aus der Sicht der Marktgegenseite weder nachfrage- noch angebotsseitige Substitutionsmöglichkeiten zur Terminierung eines Anrufs in ein bestimmtes Mobilfunknetz bestehen, bleibt es bei der von der Vorinstanz vorgenommenen Abgrenzung des sachlich relevanten Markts.

Die Beschwerdeführerin bringt nichts Weiteres vor, was ein Abweichen davon nahelegen würde. Es steht damit fest, dass die Marktabgrenzung der Vorinstanz mit Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU sowie mit der Lehre, Rechtsprechung und der europäischen Praxis übereinstimmt. Zudem stützen die Fachbehörden, BAKOM und ComCom, die vorinstanzliche Marktdefinition (vgl. E. 9.3.3, Stellungnahmen vom 1. bzw. 7. Juli 2005 [vgl. Vorinstanz act. 222, 223, 245, 246, 341 Beilagen 19 und 20]).

## 9.6 Örtliche Marktabgrenzung

**9.6.1** Der *räumlich* relevante Markt umfasst sodann dasjenige Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU; BORER, a.a.O., Rz. 14 zu Art. 5 KG; SILVIO VENTURI, in: Tercier/Bovet [Hrsg.], a.a.O., Rz. 37-42 zu Art. 10 KG; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 551).

**9.6.2** Nach der Darstellung der Vorinstanz umfasst der räumlich relevante Markt die ganze Schweiz (vgl. Verfügung Ziff. 136-139 sowie das "Gutachten IC" vom 20. November 2006 Ziff. 43 f., veröffentlicht in: RPW 2006/4, S. 739). Die Mobilfunkanbieterinnen böten die Terminierung in der ganzen Schweiz an, während die Fernmeldestanbieterinnen im In- und Ausland die Terminierung ebenfalls auf dem gesamtschweizerischen Gebiet bezögen. Die Ausdehnung auf das Gebiet der Schweiz ergebe sich ferner aus den Fernmeldekonzessionen der Mobilfunkanbieterinnen (vgl. Verfügung Ziff. 137). Eine differenzierte geografische Marktabgrenzung in verschiedene Regionen sei nicht vorzunehmen, da die Mobilfunkanbieterinnen überall in der Schweiz tätig seien und die Intensität der Wettbewerbsverhältnisse in der ganzen Schweiz ähnlich sei (vgl. Verfügung Ziff. 138).

Die Beschwerdeführerin stellt diese Abgrenzung zu Recht nicht in Frage.

**9.6.3** Es bleibt daher auch bei der von der Vorinstanz korrekt vorgenommenen Abgrenzung des räumlich relevanten Markts.

## 9.7 Zeitliche Marktabgrenzung

**9.7.1** Schliesslich kann es in gewissen Situationen Sinn machen, auch in *zeitlicher* Hinsicht zu prüfen, ob eine Substituierbarkeit gegeben ist (vgl. AMGWERD, a.a.O., Rz. 202; VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, a.a.O., N. 1337). Die Abgrenzung in zeitlicher Hinsicht ist in der Regel von geringerer Bedeutung und lediglich ausnahmsweise vorzunehmen (vgl. ROGER ZÄCH/RETO A. HEIZMANN, Markt und Marktmacht, in: Geiser/ Krauskopf/Münch [Hrsg.], Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Basel 2005, S. 34, 37; HEIZMANN, a.a.O., Rz. 179 ff., 277 f., 750).

**9.7.2** Vorliegend ist unbestritten, dass die Mobilfunkanbieterinnen die Dienstleistung der Mobilterminierung im sanktionierten Zeitraum (1. April 2004 - 31. Mai 2005) ohne Unterbrechung angeboten und nachgefragt haben. Zudem hat sich mit Bezug auf diesen Zeitraum ergeben, dass weder aus der Sicht der Marktgegenseite noch der Endkunden Substitutionsmöglichkeiten bestanden haben. Für die daran anschliessende Periode wird gegebenenfalls neu geprüft werden müssen, ob sich die Verhältnisse aufgrund der technischen Entwicklung geän-

dert haben. Für den sanktionierten Zeitraum erweist sich die vorinstanzliche Marktabgrenzung jedoch als korrekt.

## 9.8 Gesamtfazit: Marktabgrenzung

Im Ergebnis ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz für den der Sanktion zugrunde liegenden Zeitraum vom 1. April 2004 bis 31. Mai 2005 die folgenden drei sachlich relevanten Märkte abgegrenzt hat:

Je einen "Wholesale"-Markt für in die Mobilfunknetze von Orange, Sunrise und der Beschwerdeführerin eingehende Fernmeldedienste bzw. für die Terminierung von Anrufen im Bereich der Sprachtelefonie in die Mobilfunknetze von Orange, Sunrise und der Beschwerdeführerin (vgl. Verfügung Ziff. 135). In räumlicher Hinsicht können diese Märkte auf das Gebiet der Schweiz begrenzt werden.

## 10. Marktstellung

**10.1** Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens

Gemäss Art. 4 Abs. 2 KG gilt ein Unternehmen als marktbeherrschend, wenn es in der Lage ist, sich auf einem Markt von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Zur Beurteilung der Frage der Marktbeherrschung stellt das Kartellrecht auf Verhaltens- bzw. Preissetzungsspielräume ab, welche marktbeherrschende Unternehmen gegenüber anderen Marktteilnehmern haben. Solche Spielräume bestehen nicht, wenn Unternehmen durch genügend Wettbewerbsdruck in ihrem Verhalten diszipliniert werden (vgl. AMGWERD, a.a.O., Rz. 226, 231; CAROLE BÜHRER/STEFAN RENFER, Medienkonzentration im Spannungsverhältnis zwischen Kartellgesetz und neuem Radio- und Fernsehgesetz, Jusletter vom 9. Oktober 2006, Rz. 25; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 532, 572; ähnlich auch die Umschreibung des "unabhängigen Verhaltens" nach Art. 4 Abs. 2 KG bei SCHMIDHAUSER, a.a.O., Rz. 66 f., 69 zu Art. 4 KG).

Zur Untersuchung der Stellung eines Unternehmens auf einem Markt sind alle jeweils konkret relevanten Kriterien im Sinne einer Gesamtprüfung der Verhältnisse heranzuziehen (vgl. HEIZMANN, a.a.O., Rz. 305, mit Hinweis auf den - in RPW 1998/4, S. 674, E. 4.1 veröffentlichten - Entscheid der REKOWEF; LUCAS DAVID/RETO JACOBS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 4. Aufl., Bern 2005, Rz. 537). Zu den massgeblichen Kriterien zählen die Marktstrukturdaten, d.h. insbesondere der Marktanteil des in Frage stehenden Unternehmens und die Marktanteile der übrigen, auf dem gleichen Markt agierenden Konkurrentinnen sowie deren Entwicklung (vgl. CLERC, a.a.O., Rz. 101 f. zu Art. 4 Abs. 2 KG; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 583). Ebenfalls relevant sind die Eigenschaften des betreffenden Unternehmens, wie etwa dessen Finanzkraft und Grösse sowie andere marktspezifische Eigenschaften, die eine Marktbeherrschung indizieren können, sein Marktverhalten, aber auch die Offenheit des betreffenden Markts, d.h. der potenzielle Wettbewerb (vgl. CLERC, a.a.O., Rz. 101 f. zu Art. 4 Abs. 2 KG; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 584, 586 f.).

Abweichend von dem in der Zusammenschlusskontrolle verlangten Marktbeherrschungsgrad (Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG) wird bei der - vorliegend in Frage stehenden - Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen keine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs verlangt; dessen Beschränkung ist ausreichend (Art. 7 Abs. 1 KG; vgl. Swissgrid-Entscheid, veröffentlicht in: RPW 2006/2, S. 319 [vom Bundesgericht bestätigt in BGE 133 II 104 E. 6.3. S. 108] sowie Entscheid i.S. Berner Zeitung/Tamedia AG, veröffentlicht in: RPW 2006/2, S. 366 [vom Bundesgericht bestätigt, vgl. RPW 2007/2, S. 335]; weitergehend ROGER ZÄCH/ADRIAN KÜNZLER, Marktbeherrschung - Bedeutung des Tatbestandsmerkmals in Art. 7 und Art. 10 Abs. 2 KG, in: Peter V. Kunz [Hrsg.], Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Roland von Büren, Basel 2009, S. 469 ff.).

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist nicht ein Nachweis der marktbeherrschenden Stellung im Sinne eines Vollbeweises zu erbringen; vielmehr hat die Vorinstanz im Rahmen ihrer Erwägungen abzuwägen, ob im konkreten Fall von einer Marktbeherrschung auszugehen ist, und diesen Entscheid genügend zu begründen. An die Begründungspflicht und -dichte sind hohe Anforderungen zu stellen (vgl. BVGE 2009/35 E. 7.4, m.w.H.).

In der Praxis erfolgt die Beurteilung der Marktstellung eines angeblich marktbeherrschenden Unternehmens regelmässig in der Rangfolge aktueller Wettbewerb, potenzieller Wettbewerb und Stellung der Marktgegenseite. Unter Umständen wird die Prüfung jedoch auf weitere in Frage kommende disziplinierende Einflüsse ausgedehnt - namentlich auf solche aus dem nachgelagerten Markt - und geprüft, ob diese ausreichend stark sind, um ein unabhängiges Verhalten einzuschränken (vgl. AMGWERT, a.a.O., Rz. 205; HEIZMANN, a.a.O., Rz. 14, 305, 332; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 582).

## 10.2 Standpunkte zur Marktstellung

**10.2.1** Die Vorinstanz vertritt die Auffassung, die Beschwerdeführerin habe auf dem für sie relevanten "Wholesale"-Markt für die Terminierung von Sprachanrufen in ihr Mobilfunknetz bis am 31. Mai 2005 über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfügt.

Es habe im relevanten Markt weder ein aktueller noch ein potenzieller Wettbewerb bestanden. Auch vom nachgelagerten Markt (Endkundenmarkt für Mobilfunkdienstleistungen bzw. "Retail-Markt"), auf dem die Beschwerdeführerin eine starke Stellung habe, und der Marktgegenseite (Orange und Sunrise) gingen keine Kräfte aus, welche sich disziplinierend auf das Verhalten der Beschwerdeführerin im relevanten Markt ausgewirkt hätten.

Demgegenüber sei davon auszugehen, dass Orange und Sunrise ihre "Terminierungsgebühren" auf dem für sie relevanten Markt für die Terminierung von Sprachanrufen in das eigene Mobilfunknetz in der Zeit bis zum 31. Mai 2005 nicht unabhängig hätten festlegen können. Die beiden Mobilfunkanbieterinnen hätten ihre Preise an das von der Beschwerdeführerin festgelegte Preisniveau angleichen müssen und seien somit nicht marktbeherrschend gewesen. Dies ergebe sich aufgrund der schwachen Position von Orange und Sunrise auf dem nachge-

lagerten Endkundenmarkt, des Vorhandenseins sog. preisinduzierter Netzwerkeffekte sowie aufgrund der starken Position der (damaligen) Swisscom Mobile und der Swisscom Fixnet als Hauptnachfrager von Terminierungsleistungen.

**10.2.2** Die Beschwerdeführerin macht unter Berufung auf die von ihr eingeholte Begutachtung durch Prof. Dr. phil. CARL CHRISTIAN VON WEIZSÄCKER (vgl. Beschwerde Beilagen 11-13) geltend, auf den vorstehend abgegrenzten relevanten Märkten verfüge kein Unternehmen über eine marktbeherrschende Stellung. Keine der Anbieterinnen von Fernmeldediensten sei in der Lage, ihre "Terminierungsgebühr" in wesentlichem Umfang unabhängig von den anderen Fernmeldediensteanbieterinnen festzulegen.

Einerseits werde die Handlungsfreiheit aller Fernmeldediensteanbieterinnen durch den Zwang zur Interkonnektion eingeschränkt. Keine Fernmeldediensteanbieterin könne sich erlauben, andere Fernmeldediensteanbieterinnen zu boykottieren oder bei Vertragsverhandlungen zu drohen, die Terminierungsleistungen nicht zu erbringen.

Auch könne eine Fernmeldediensteanbieterin die "Terminierungsgebühren" nicht einseitig diktieren, weil die Bestimmungen des Fernmeldegesetzes für alle disziplinierend wirkten (Disziplinierung durch den regulatorischen Rahmen).

Eine allfällige Marktmacht einer Mobilfunkanbieterin bei der Preisverhandlung werde zudem durch die sog. Reziprozitätsbeziehung zwischen den Mobilfunkanbieterinnen verhindert. Eine Mobilfunkanbieterin könne nicht über ihre "Terminierungsgebühren" verhandeln, ohne dass die anderen Mobilfunkanbieterinnen im Gegenzug ihre eigenen "Terminierungsgebühren" in der Verhandlung berücksichtigten.

Des Weiteren sei zu beachten, dass die Beschwerdeführerin seit Beginn der Marktöffnung nie in der Lage gewesen sei, ihre eigenen "Terminierungsgebühren" auf gleichem oder höherem Niveau wie Orange und Sunrise anzusetzen und deshalb einen Verlust aus der Terminierung mit den anderen Mobilfunkanbieterinnen mache. Aufgrund ihrer tieferen "Terminierungsgebühr" könne die Beschwerdeführerin nämlich immer nur geringere Einnahmen aus der mobile-to-mobile Terminierung generieren als Orange und Sunrise und müsse Nettozahlungen in Millionenhöhe an diese leisten. Dass die Beschwerdeführerin in dieser Hinsicht nicht reagieren könne, zeige, dass sie nicht marktbeherrschend sei.

Werde die Beschwerdeführerin unzutreffenderweise als marktbeherrschend betrachtet, müssten konsequenterweise alle Mobilfunkanbieterinnen - und nicht die Beschwerdeführerin allein - für die Terminierung in ihr eigenes Netz marktbeherrschend sein. Die Vorinstanz begründe nicht stichhaltig, weshalb einzig die Beschwerdeführerin marktbeherrschend sein solle.

Mit der Theorie der preisinduzierten Netzwerkeffekte könne eine unterschiedliche Behandlung der drei Mobilfunkanbieterinnen bezüglich der Feststellung der Marktposition nicht begründet werden. Auch schätze die Vorinstanz den Einfluss des nachgelagerten Markts sowie den Handlungsspielraum und die Marktstellung von



Orange und Sunrise falsch ein. Letztere seien äusserst starke und aggressive Konkurrentinnen, die mittels innovativer und preislich kompetitiver Angebote erheblichen Wettbewerbsdruck ausübten. Entgegen der Annahme der Vorinstanz könne nicht von einer überaus starken Position der Beschwerdeführerin auf dem Retail-Markt ausgegangen werden.

**10.2.3** Die ComCom und das BAKOM betonen, dass eine Mobilfunkanbieterin auf ihrem Netz naturgemäss eine 100-prozentige Dominanz habe und die "Terminierungsgebühr" unabhängig von den anderen Marktteilnehmern festlegen könne (vgl. Stellungnahmen vom 6. bzw. 1. Juli 2005; Vorinstanz act. 245 f., 341 Beilagen 19 und 20). Jede Mobilfunkanbieterin habe bei der Terminierung in ihr Netz eine marktbeherrschende Stellung.

Der Argumentation der Vorinstanz, dass nur die Beschwerdeführerin marktbeherrschend sei, nicht aber Orange und Sunrise, könne man nicht folgen. Die meisten Regulierungsbehörden Europas und die EU-Kommission seien der Ansicht, dass jede Mobilfunkanbieterin mit eigenem Netz betreffend die Terminierung marktbeherrschend sei.

### 10.3 Eingrenzung der Fragestellung

**10.3.1** Strittig und im Folgenden zu prüfen ist, ob die Beschwerdeführerin in dem der vorinstanzlichen Sanktion zugrunde gelegten Zeitraum (1. April 2004 bis 31. Mai 2005) auf dem für sie relevanten Markt über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfügte oder aber, ob das Verhalten der Beschwerdeführerin auf dem relevanten Markt durch genügend Wettbewerbsdruck diszipliniert wurde.

**10.3.2** Nicht Gegenstand der nachfolgenden Prüfung bildet die Frage, wie es sich mit der Marktbeherrschung der beiden Mobilfunkanbieterinnen Sunrise und Orange auf dem für sie jeweils relevanten Markt für die Terminierung von Sprachanrufen in ihr eigenes Mobilfunknetz verhält, da die Vorinstanz die Untersuchung gegenüber Orange und Sunrise für Sachverhalte bis zum 31. Mai 2005 ohne Auferlegung einer Sanktion eingestellt hat.

**10.3.3** Das Bundesverwaltungsgericht hat die Darstellung der Vorinstanz auf ihre Vereinbarkeit mit Bundesrecht zu überprüfen und zu beurteilen, ob die Vorinstanz die angebliche marktbeherrschende Stellung der Beschwerdeführerin in ihren Erwägungen umfassend und klar begründet hat, d.h. ob der Entscheid der Vorinstanz hinsichtlich der Marktbeherrschungsfrage die (hohen) Anforderungen an die Begründungspflicht und -dichte erfüllt (vgl. vorstehend E. 10.1 sowie BVGE 2009/35 E. 7.4, m.w.H.). Geht es um die Beurteilung technischer oder wirtschaftlicher Spezialfragen, in denen die Vorinstanz über ein besonderes Fachwissen verfügt, ist nur bei erheblichen Gründen von der Auffassung der Vorinstanz abzuweichen (vgl. E. 5.6.4.2, m.w.H.).

### 10.4 Aktueller und potenzieller Wettbewerb

**10.4.1** Die Vorinstanz führt aus (vgl. Verfügung Ziff. 141 ff.), dass sowohl Orange als auch Sunrise und die Beschwerdeführerin in den drei abgegrenzten Märkten jeweils einen Marktanteil von 100 % hätten und damit über eine Monopolstellung verfügten.

Um Verbindungen in alle drei Mobilfunknetze sicherstellen zu können, müsse eine Fernmeldedienstanbieterin alle Terminierungen (diejenige von Orange, Sunrise und der Beschwerdeführerin) einkaufen. Es bestehe daher kein aktueller Wettbewerb, der eine disziplinierende Wirkung auf das Verhalten der Mobilfunkanbieterinnen ausüben könnte.

Selbst wenn in der Schweiz eine neue Mobilfunkanbieterin auftreten würde, hätte dies in den abgegrenzten Märkten keinen Einfluss. Dann käme ein neuer "Wholesale-Markt" hinzu, in dem die neue Mobilfunkanbieterin ebenfalls einen Marktanteil von 100 % hätte. Die anderen vorhandenen Fernmeldedienstanbieterinnen müssten dann auch noch bei der neuen Mobilfunkanbieterin die Terminierung in deren Netz einkaufen. Es bestehe daher auch kein potenzieller Wettbewerb, welcher eine disziplinierende Wirkung auf das Verhalten der Mobilfunkanbieterinnen ausüben könnte.

**10.4.2** Die Beschwerdeführerin stellt diese Darstellung zu Recht nicht in Abrede. Sie bringt nichts vor, gestützt darauf entgegen der Vorinstanz geschlossen werden müsste, dass die Beschwerdeführerin auf dem relevanten Markt einer ausreichend starken aktuellen oder potenziellen Konkurrenz ausgesetzt wäre.

**10.4.3** Es trifft zu, dass die Beschwerdeführerin auf dem relevanten Markt für die Terminierung von Sprachanrufen in ihr eigenes Mobilfunknetz die alleinige Anbieterin ist. Die anderen Anbieterinnen von Fernmeldediensten müssen die Verbindung zum Mobilfunknetz der Beschwerdeführerin und damit die Terminierung in dieses Netz sicherstellen, ohne dass sie technisch über eine Ausweichmöglichkeit verfügen (vgl. die Erwägungen zu den [fehlenden] Substitutionsmöglichkeiten aus der Sicht der Marktgegenseite, E. 9.5.3).

Wie die Vorinstanz richtig festhält, verfügt die Beschwerdeführerin auf dem für sie relevanten Markt über einen Marktanteil von 100 %, d.h. über eine "Monopolstellung" (gleiches gilt für Orange und Sunrise auf dem jeweiligen, das eigene Mobilfunknetz betreffenden Markt). Als "Monopolistin" ist die Beschwerdeführerin keinem aktuellen Wettbewerb ausgesetzt (vgl. HEIZMANN, a.a.O., Rz. 321).

**10.4.4** In Bezug auf die potenzielle Konkurrenz auf einem Markt fragt sich, ob mit einiger Wahrscheinlichkeit neue Konkurrenten kurzfristig, d.h. innerhalb von 2-3 Jahren, und ohne grossen Aufwand in den Markt eintreten könnten, was in der Regel nicht der Fall ist, wenn der Markteintritt - wie hier - hohe Investitionen erfordert (vgl. statt vieler DAVID/JACOBS, a.a.O., Rz. 540; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 584).

Vorliegend bestehen jedoch weder Hinweise noch wird argumentiert, inwiefern andere Unternehmen in der Lage wären, in naher Zukunft als Wettbewerber neu in den für die Beschwerdeführerin relevanten Markt einzutreten. Voraussetzung dazu wären das Vorhandensein und die Möglichkeit, neue Technologien zu nutzen, mit welchen ein neuer Wettbewerber die Mobilterminierung im Mobilfunknetz der Beschwerdeführerin substituieren könnte. Da jedoch keine Hinweise vorliegen, dass entsprechende Technologien in den dem untersuchten Zeitraum folgenden Jahren greifbar waren, betont die Vorinstanz

zu Recht, dass ein Auftritt einer neuen Mobilfunkanbieterin nichts anderes als das Hinzutreten eines weiteren relevanten Markts für die Terminierung von Sprachanrufen in das Mobilfunknetz der neuen Mobilfunkanbieterin zur Folge hätte (mangels Möglichkeiten, die Mobilterminierung im neuen Mobilfunknetz zu substituieren). Eine neue Mobilfunkanbieterin wäre im Übrigen mit erheblichen Marktzutrittsschranken konfrontiert (u.a. Erfordernis einer Mobilfunkkonzession, hohe Anfangsinvestitionen, [Grössen-]Vorteile der etablierten Anbieterinnen [vgl. in diesem Sinne das "Gutachten IC" vom 20. November 2006 Ziff. 70, veröffentlicht in: RPW 2006/4, S. 739]).

Damit ist auch die Folgerung der Vorinstanz, dass kein potenzieller Wettbewerb besteht, nicht in Frage zu stellen.

## 10.5 Zwischenergebnis

**10.5.1** Als Zwischenergebnis steht fest, dass die Beschwerdeführerin im fraglichen Zeitraum auf dem relevanten Markt weder aktueller noch potenzieller Konkurrenz ausgesetzt war. Die beiden Prüfkriterien ergeben keine Hinweise auf einen allfälligen, den Verhaltensspielraum der Beschwerdeführerin einschränkenden Wettbewerbsdruck. Es handelt sich im Gegenteil um Indikatoren, die eine marktbeherrschende Stellung der Beschwerdeführerin nahelegen.

**10.5.2** Die Praxis der Wettbewerbsbehörden schliesst verschiedentlich allein aufgrund von fehlendem aktuellem und potenziellen Wettbewerb darauf, dass das betreffende Unternehmen nach Art. 4 Abs. 2 KG marktbeherrschend sei (vgl. etwa die Gutachten der Wettbewerbskommission gemäss Art. 47 KG vom 23. Juni 2008 betreffend Mietleitungen [veröffentlicht in: RPW 2008, S. 751 ff.] und 7. Juli 2008 betreffend Kabelkanalisationen [veröffentlicht in: RPW 2008, S. 760 ff.]).

**10.5.3** Unternehmen mit monopolartiger Stellung werden grundsätzlich ungeachtet ihrer Entstehungsart ohne Weiteres als marktbeherrschend beurteilt (vgl. in diesem Sinne auch BGE 132 II 257 E. 3.3.1 [wonach "bei der Swisscom Fixnet AG {...} diese faktische Marktbeherrschung {...} auf den früheren Vorrechten ihrer Rechtsvorgängerin als Monopolistin im Fernmeldewesen" gründet]; HEIZMANN, a.a.O., Rz. 321, m.w.H.; PETER R. FISCHER/OLIVER SIDLER, Fernmelderecht, in: Weber [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht Bd. V [Informations- und Kommunikationsrecht, Teil 1], 2. Aufl., Basel/ Genf/München 2003, Rz. 135 und 143, S. 169 ff.; BGer, Urteil 2A\_142/2003 vom 5.9.2003 E. 4.2.3. [wonach sich die Cablecom GmbH bei der Übertragung von Fernsehsignalen über CATV-Netze mit einer Marktabdeckung von 46 % von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten könne, da de facto jeweils ein Gebietsmonopol bestehe, so dass es sich bei den zahlreichen übrigen grösseren und kleineren Kabelunternehmen nicht um eigentliche Konkurrenten der Cablecom handle]; GEORG-KLAUS DE BRONETT, in: Wiedemann [Hrsg.], a.a.O., § 22 Rz. 18, S. 906 und GERHARD WIEDEMANN, in: Wiedemann [Hrsg.], a.a.O., § 23 Rz. 16 f., S. 983 [wonach eine Monopolstellung in jedem Fall eine beherrschende Stellung im Sinne von Art. 82 EG-Vertrag begründe. Gemäss § 19 Abs. 2 erster Satz Nr. 1 des deutschen Gesetzes gegen Wettbe-

werbsbeschränkungen, GWB, sei ein Unternehmen marktbeherrschend, "soweit es als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen *ohne Wettbewerber oder keinem wesentlichen Wettbewerb* ausgesetzt ist {...}. Die Fälle, in denen das Unternehmen auf dem relevanten Markt ohne Wettbewerber - also Monopolist - ist", würden "regelmässig keine Subsumtionsprobleme" aufwerfen]).

**10.5.4** Vorliegend scheint es jedoch durchaus vertretbar, dass die Vorinstanz die Prüfung *ausnahmsweise* - zur Gewährleistung einer umfassenden Gesamtbetrachtung aller allenfalls zusätzlich massgebenden Umstände - trotz fehlenden aktuellen und potenziellen Wettbewerbs und der "Monopolstellung" der Beschwerdeführerin (wie auch von Sunrise und Orange) *zu Gunsten* der Beschwerdeführerin auf weitere in Frage kommende disziplinierende Einflüsse ausgedehnt hat.

**10.5.5** Vor diesem Hintergrund fragt sich nachfolgend, ob die Schlussfolgerung - dass auch die geprüften weiteren Kräfte nicht ausreichend stark sind, um zu verhindern, dass sich die Beschwerdeführerin auf dem relevanten Markt im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG in wesentlichem Umfang unabhängig von anderen Marktteilnehmern verhalten konnte - hinlänglich begründet ist, oder aufgrund der Einwände der Beschwerdeführerin davon abgewichen werden muss.

## 10.6 Einfluss des nachgelagerten Markts

### 10.6.1 Darstellung der Vorinstanz

Nach der Vorinstanz ist eine Analyse des Einflusses des nachgelagerten Markts (Endkundenmarkt bzw. "Retail-Markt") notwendig, da jede im "Wholesale"-Markt beobachtete Minute von einem Retail-Kunden (Endkunde) ausgelöst werde. Wenn folglich eine Mobilfunkanbieterin im Retail-Markt schwach sei, so könne sie sich im "Wholesale"-Markt unter Umständen nicht unabhängig verhalten. Im vorliegenden Fall ergebe sich, dass die Beschwerdeführerin bis am 31. Mai 2005 eine starke Position auf dem nachgelagerten Markt eingenommen habe. Von diesem seien daher keine das Verhalten der Beschwerdeführerin auf dem relevanten Markt disziplinierenden Kräfte ausgegangen. Die Beschwerdeführerin sei deshalb für den Zeitraum bis zum 31. Mai 2005 als marktbeherrschend im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG zu qualifizieren (vgl. Verfügung Ziff. 172).

Zur Begründung stützt sich die Vorinstanz weitgehend auf Daten der Fernmeldestatistik des BAKOM und weist im Wesentlichen auf Folgendes hin:

#### Vergleich Festnetz - Mobilfunk

Ein Vergleich der Anzahl Anschlüsse und Verbindungen sowie der durchschnittlichen Dauer von Gesprächen im Fest- bzw. Mobilfunkbereich im Jahr 2004 zeige, dass der Mobilfunkbereich Ende 2004 deutlich mehr Anschlüsse aufgewiesen habe als der Festnetzbereich (6'274'763 gegenüber 4'008'460). Trotzdem habe es im Mobilfunkbereich weniger (3'579 gegenüber 5'766) und deutlich kürzere (1.51 gegenüber 3.39 Minuten) Gespräche als im Festnetzbereich gegeben.

#### Entwicklung der Anzahl Mobilfunkanschlüsse von 1998 - 2004

Die Entwicklung (bildlich dargestellt in der Ziff. 150/Abbildung B-3 der angefochtenen Verfügung) zeige ein abnehmendes Wachstum im Mobilfunkbereich. Der Endkundenmarkt scheine eine gewisse Sättigung erreicht zu haben. Für den Beginn einer Marktreife spreche auch die hohe Anzahl der Mobilfunkanschlüsse, welche bereits höher als im Festnetz sei.

#### Marktanteile und Marktanteilsentwicklung der drei Mobilfunkanbieterinnen im Endkundenmarkt von 1999 - 2004

Die Marktanteile der Beschwerdeführerin sowie von Sunrise und Orange seien etwa seit dem Jahr 2000 auf ähnlichem Niveau stehen geblieben, nämlich bei ca. 60 % (Beschwerdeführerin) bzw. je rund 20 % (Sunrise und Orange; bildlich dargestellt in der Ziff. 152/Abbildung B-4 der angefochtenen Verfügung).

Alle drei Anbieterinnen hätten folglich in ähnlichem Umfang vom Marktwachstum profitieren können. Entgegen ihrer früheren Annahme (vgl. Verfügung der Wettbewerbskommission vom 3. Dezember 2001, veröffentlicht in: RPW 2002/1, S. 97) sei der damals mutmasslich unmittelbar bevorstehende Markteintritt einer weiteren international tätigen Fernmeldediensteanbieterin (3G Mobile, Telefonica) nicht erfolgt. Auch sei es den beiden neu in den Markt eingetretenen Mobilfunkanbieterinnen Orange und Sunrise trotz teilweise deutlich tieferer Endkundenpreise und vergleichbarer Netzabdeckung nicht gelungen, ihre Marktanteile auszubauen. Aus heutiger Sicht sei daher in Frage zu stellen, ob im Retail-Markt für abgehende mobile Fernmeldedienste ein gewisser Wettbewerb bestehe.

#### Endkundenpreise der drei Mobilfunkanbieterinnen (Sprachkommunikation, per 31. Mai 2005)

Die Wettbewerbskommission habe sowohl die Abonnementsgebühren als auch die Minutenpreise sämtlicher Angebote der drei Mobilfunkanbieterinnen analysiert (ohne Subventionen der Endgeräte) und daraus für jede Mobilfunkanbieterin die sog. optimale Angebotskurve abgeleitet. Diese zeige die aus Endkundensicht preislich optimalen Angebote in Abhängigkeit der pro Monat telefonierten Minuten bzw. die jeweils optimale Mobilfunkanbieterin (bildlich dargestellt in den Ziff. 154 und 157 [Abbildungen B-5 und B-6] der angefochtenen Verfügung).

Aus dem Preispfad gehe hervor, dass selbst ein Mobilfunkkunde, welcher 1000 Minuten pro Monat telefoniere, immer noch durchschnittlich ca. 30 Rappen pro telefonierte Minute bezahlen müsse. Die optimalen Angebotskurven würden für die drei Mobilfunkanbieterinnen insbesondere in den umsatzstarken Segmenten relativ gleichartig verlaufen und sich mit wachsender Minutenzahl angleichen.

#### Ausserordentlich hohe Gewinne und Margen der Beschwerdeführerin

Aus der Analyse der Geschäftsberichte der Beschwerdeführerin der Jahre 2001 bis 2005 gehe hervor, dass diese in den letzten Jahren ausserordentlich hohe Gewinne sowie einen hohen Betriebsgewinn vor Abschreibungen, Zinsen und Steuern (EBITDA) ausgewiesen habe (vgl. Ziff. 249/Tabelle B-8 der angefochtenen Verfügung, wonach die Beschwerdeführerin Margen zwischen 44.4 %

bis 48.0 % erwirtschaftet habe). Bei der Masszahl "Einnahmen pro Mitarbeiter", welche auch andere Geschäftsfelder berücksichtige, sei die Swisscom Gruppe im Jahr 2003 mit Abstand weltweit führend gewesen.

#### Bessere Netzauslastung der Beschwerdeführerin

Die Beschwerdeführerin verfüge aufgrund der höheren Kundenzahl über eine bessere Netzauslastung als Orange und Sunrise.

#### Preisinduzierte Netzwerkeffekte als Vorteil der Beschwerdeführerin

Die Beschwerdeführerin habe als etablierte Mobilfunkanbieterin mit dem grössten Endkundenmarktanteil von ihren hohen Preisunterschieden zwischen on-net und off-net Anrufen profitiert, d.h. von sog. preisinduzierten Netzwerkeffekten. Bei einer grossen Preisdifferenz zwischen netzübergreifenden Anrufen (off-net) und solchen innerhalb des selben Netzes (on-net) sei aus Endkundensicht die Anbieterin mit dem grössten Endkundenmarktanteil am attraktivsten, weil bei dieser die Wahrscheinlichkeit eines relativ teuren off-net-Anrufs am kleinsten ausfalle.

Ein Kunde der Beschwerdeführerin tätige ca. 60 % seiner Anrufe innerhalb des Netzes der Beschwerdeführerin und nur ca. 20 % der Anrufe würden bei Orange und ca. 20 % bei Sunrise terminiert. Ein Kunde von Orange oder Sunrise müsse hingegen ca. 80 % seiner Anrufe in fremde Netze tätigen, so dass er nur bei ca. 20 % der Anrufe von den tieferen on-net-Tarifen profitieren könne. Betreibe ein Unternehmen mit einem grossen Marktanteil eine Preisdifferenzierung zwischen on-net und off-net Anrufen, habe es gegenüber kleinen Anbietern allein aufgrund des Marktanteils einen Vorteil.

Die Beschwerdeführerin habe aufgrund der preisinduzierten Netzwerkeffekte ihre starke Position im Endkundenmarkt gegenüber den kleineren Mobilfunkanbieterinnen halten oder sogar verstärken können. Aufgrund ihres grossen Endkundenmarktanteils habe sie von einem erheblichen Wettbewerbsvorteil in der Form von preisinduzierten Netzwerkeffekten profitiert.

#### "First mover advantage"

Bei der Beurteilung der Marktstellung sei zudem zu berücksichtigen, dass Orange und Sunrise ihre Angebote erst ca. 21 Jahre (Natel A, 1978) bzw. 6 Jahre (Natel D, 1993) nach der Beschwerdeführerin lanciert hätten (vgl. Verfügung Ziff. 163 sowie im Sachverhalt unter A.a), als Letztere bereits über ca. 1.7 Mio. Mobilfunkanschlüsse und über einen Marktanteil im Endkundenmarkt von 100 % verfügt habe (sog. "first mover advantage"). Als erheblicher Vorteil des etablierten Anbieters sei ebenfalls anzusehen, dass sich bei diesem viele Fixkosten auf wesentlich mehr Kunden bzw. Minuten verteilen würden und viele Anschaffungen bereits hätten amortisiert werden können.

Insgesamt habe die Beschwerdeführerin auf dem nachgelagerten Markt bis am 31. Mai 2005 eine starke Stellung eingenommen. Vom nachgelagerten Markt seien daher keine das Verhalten der Beschwerdeführerin auf dem relevanten Markt disziplinierenden Kräfte ausgegangen.

### 10.6.2 Stellungnahme BAKOM/ComCom

Die ComCom und das BAKOM teilen die Einschätzung der Vorinstanz insofern, als zutrefte, dass die Beschwerdeführerin mit einem Marktanteil von ca. 60 % eine starke Stellung im Endkundenmarkt für Mobilfunkdienste einnehme. Der Endkundenmarktanteil beeinflusse jedoch nicht die Marktstellung im relevanten Markt (vgl. Vorinstanz act. 246 Ziff. 4). Jede Mobilfunkanbieterin sei betreffend die Terminierung in das eigene Netz marktbeherrschend, so dass sich die Wettbewerbsverhältnisse im Endkundenmarkt für Mobilfunkdienste grundsätzlich nicht disziplinierend auf das Verhalten einer Mobilfunkanbieterin im Terminierungsmarkt auswirken würden (vgl. Stellungnahmen vom 1. bzw. 6. Juli 2005, Vorinstanz act. 245 f.).

### 10.6.3 Stellungnahme der Beschwerdeführerin

a) Die Beschwerdeführerin wendet sich zunächst grundlegend gegen die Vorgehensweise der Vorinstanz: Sie macht geltend, die Marktstellung auf dem nachgelagerten Retail-Markt für Mobilfunkdienstleistungen sei für die Beurteilung der Marktstellung auf dem "Wholesale"-Markt für die Terminierung in ein Mobilfunknetz nicht ausschlaggebend (vgl. Beschwerde Ziff. 334 ff.).

Ausgehend von der Marktdefinition der Vorinstanz und unter der - gemäss Beschwerdeführerin falschen - Annahme, dass der regulatorische Rahmen keine disziplinierende Wirkung entfalte, hätten auch kleine Mobilfunkanbieterinnen Marktmacht in Bezug auf deren eigenen Netze. Die Vorinstanz setze sich in Widerspruch zu ihrer eigenen Marktdefinition. Zweitens hätten die Verhältnisse im Retail-Bereich keine Auswirkung auf die Preisbildung der "Mobilterminierungsgebühr" im mobile-to-mobile Verkehr (vgl. Beschwerde Ziff. 335). Drittens sei der Vorwurf, dass sich die Verhältnisse im Retail-Markt auf den "Wholesale"-Markt für Terminierung auf einem bestimmten Netz ausgewirkt hätten, an keiner Stelle substantiiert (vgl. Beschwerde Ziff. 336).

b) Damit macht die Beschwerdeführerin sinngemäss geltend, die Vorinstanz hätte - mangels einer relevanten Beeinflussung - auf die Prüfung des Einflusses des nachgelagerten Markts verzichten können. Was die Beschwerdeführerin hieraus für sich ableiten will, ist nicht ersichtlich.

Zwar sind zur Klärung der Stellung eines Unternehmens auf einem bestimmten relevanten Markt in erster Linie die Verhältnisse auf diesem Markt zu untersuchen, was die Beschwerdeführerin mit dem Hinweis zum Ausdruck bringt, die Vorinstanz setze sich in Widerspruch zur eigenen Marktdefinition. Die Beschwerdeführerin verkennt jedoch nicht nur, dass die Vorinstanz dies durchaus getan hat, sondern vor allem auch, dass der ergänzende Miteinbezug des Einflusses des nachgelagerten Markts in ihrem eigenen Interesse erfolgt, um allfällige "entlastende Gesichtspunkte" zu erkennen. Mit anderen Worten geht es um die Frage, ob von der nachgelagerten Marktstufe Wirkungen ausgehen, welche die Macht der Beschwerdeführerin als "Monopolistin" auf dem relevanten Markt einschränken, so dass eine marktbeherrschende Stellung auf dem relevanten Markt trotz fehlenden aktuellen und potenziellen Wettbewerbs verneint werden könnte.

Ein Befolgen der Auffassung der Beschwerdeführerin würde bedeuten, dass es ohne Weiteres bei der Feststellung sein Bewenden hätte, dass die Beschwerdeführerin mangels aktuellen und potenziellen Wettbewerbs bzw. als "Monopolistin" auf dem relevanten Markt marktbeherrschend war. Insofern und angesichts der engen Verflechtung des vorliegend relevanten Markts mit der nachgelagerten Endkundenebene - die Nachfrage nach der Mobilterminierung auf der Vorleistungsebene und die nachgelagerte Endkundennachfrage stehen in einer festen eins-zu-eins-Relation zueinander - ist die Prüfung allfälliger disziplinierender Einflüsse aus dem nachgelagerten Markt vorliegend durchaus angezeigt.

c) Im Übrigen entspricht die Vorgehensweise der Vorinstanz jener in ähnlich gelagerten Fällen.

So hat das Bundesverwaltungsgericht die Frage des Einflusses des nachgelagerten Markts auch in seinem (rechtskräftigen) Urteil vom 12. Februar 2009 (betr. Zugang zum schnellen Bitstrom) aufgenommen (BVG 2009/35 E. 10.4.3) und das entsprechende Gutachten der Wettbewerbskommission vom 3. September 2007 (vgl. RPW 2008/1, S. 222 Rz. 62) bestätigt.

Auch erwies es sich im Gutachten der Vorinstanz gemäss Art. 47 KG vom 3. Juni 2008 betreffend Netzzugangungsverfahren und Verrechnung von Teilnehmeranschlüssen (VTA) als angezeigt, zusätzlich zum aktuellen und potenziellen Wettbewerb zu prüfen, inwiefern aus dem nachgelagerten Markt für Breitbanddienste "genügend starker Wettbewerbsdruck besteht, welcher geeignet wäre, die Verhaltensspielräume von Swisscom auf der Wholesale-Ebene zu disziplinieren" (vgl. RPW 2008/4, S. 748 ff.).

Die Wettbewerbskommission setzte sich ebenso in der Untersuchung betreffend Swisscom ADSL mit dem Einfluss der Wettbewerbsverhältnisse auf dem nachgelagerten Markt auseinander (vgl. Verfügung vom 15. Dezember 2003, veröffentlicht in: RPW 2004/2, S. 407 ff., S. 436). Der dagegen ergangene Beschwerdeentscheid der REKO/WEF vom 30. Juni 2005 (veröffentlicht in: RPW 2005/3, S. 505 ff.) hält (in seiner E. 5.3) ausdrücklich fest, dass bei vorgelagerten Märkten neben der Beurteilung des aktuellen und potenziellen Wettbewerbs auch der Einfluss der Verhältnisse auf nachgelagerten Märkten zu veranschlagen sei. Die Beschwerdeführerin kann aus diesem Beschwerdeentscheid nichts zu ihren Gunsten ableiten (vgl. insbes. die von der Beschwerdeführerin [in Beschwerde Ziff. 337] angerufene Erwägung 5.3.4 des Beschwerdeentscheids).

### 10.6.4 Einfluss des nachgelagerten Markts

a) In der Sache ist die Beschwerdeführerin der Auffassung, die Vorinstanz habe den Einfluss des nachgelagerten Markts auf den "Wholesale"-Markt falsch eingeschätzt. Entgegen der Vorinstanz könne nicht von einer überaus starken Position der Beschwerdeführerin im Retail-Markt ausgegangen werden. Die angeblich starke Position der Beschwerdeführerin im Retail-Markt sei in keiner Weise substantiiert worden. Allein aus dem Marktanteil der Beschwerdeführerin im Retail-Markt könne kein Schluss auf die Marktstellung der Beschwerdeführerin im relevanten Markt gezogen werden. Es sei

eine Gesamtprüfung unter Berücksichtigung von Marktstruktur, Marktverhalten und Marktergebnis notwendig.

Die Beschwerdeführerin äussert sich indes nicht dazu, inwiefern entgegen der Darstellung der Vorinstanz anzunehmen wäre, dass das Verhalten der Beschwerdeführerin auf der Vorleistungsebene durch genügend Wettbewerbsdruck aus dem nachgelagerten Endkundenmarkt für Mobilfunkdienstleistungen diszipliniert worden sei.

b) Dass die Vorinstanz die starke Position der Beschwerdeführerin auf dem Retail-Markt in keiner Weise substantiiert habe, trifft nicht zu. Insbesondere lässt sich nicht von der Hand weisen, dass die Beschwerdeführerin im fraglichen Zeitraum dank grossen Gewinnen und Margen im Endkunden-Bereich über eine hohe Finanzkraft verfügte, was - wie der konstant hohe Marktanteil von 60 % im Endkundenmarkt und die beschriebenen Startvorteile als erste und etablierte Anbieterin ("first mover", vgl. E. 10.6.1) - unbestritten auf eine starke Stellung der Beschwerdeführerin im Endkundenmarkt hinweist.

Aus welchen Gründen die Beschwerdeführerin ihren hohen Endkundenmarktanteil halten konnte, d.h. inwiefern dies auf sog. preisinduzierte Netzwerkeffekte zurückzuführen ist, spielt für die Frage, ob vom nachgelagerten Markt disziplinierende Kräfte ausgingen, letztlich keine Rolle. Unabhängig davon weist der hohe Marktanteil der Beschwerdeführerin auf eine gewichtige Stellung auf dem nachgelagerten Markt hin (vgl. zur Bedeutung des Marktanteils bei der Beurteilung der Marktstellung etwa die Ausführungen von Heizmann, a.a.O., Rz. 309 ff.).

Im vorliegenden Zusammenhang ist letztlich auch nicht von Interesse, ob die Beschwerdeführerin unterschiedlich hohe Endkundenpreise im on- und off-net-Bereich (sog. On-/Off-net-Preisdifferenzierung) unabhängig von den erhobenen Terminierungspreisen als blosses "Ergebnis einer Marketingstrategie" erhoben hat (vgl. die Ausführungen der Beschwerdeführerin unter Beschwerde Ziff. 198, 330). Ohne darauf eingehen zu müssen, steht gestützt auf die von der Vorinstanz beigezogenen Daten fest, dass die Beschwerdeführerin im nachgelagerten Markt einen erheblichen Markterfolg verzeichnete.

Die Beschwerdeführerin ist auch nicht zu hören, wenn sie argumentiert, auf dem Retail-Markt habe intensiver Preis- und Innovationswettbewerb (vgl. Beschwerde Ziff. 342 ff.) geherrscht, oder es seien ihre Verhaltensspielräume auf dem nachgelagerten Markt wirkungsvoll durch Konkurrentinnen wie Orange und Sunrise und andere Anbieterinnen eingeschränkt worden, so dass sie sich im Retail-Markt nicht unabhängig verhalten können (vgl. Beschwerde Ziff. 347 f.). Die Darstellung der Vorinstanz hat nicht die Verhaltensspielräume der Beschwerdeführerin auf dem nachgelagerten Markt für Mobilfunkdienstleistungen zum Gegenstand, d.h. sie äusserte sich nicht dazu, ob die Beschwerdeführerin auf dem nachgelagerten Markt marktbeherrschend war, sondern sie hält einzig fest, dass von diesem keine die Beschwerdeführerin im relevanten Markt disziplinierenden Kräfte ausgingen. Dagegen bringt die Beschwerdeführerin nichts Stichhaltiges vor.

## 10.6.5 Ergebnis

Insgesamt besteht für das Bundesverwaltungsgericht keine Veranlassung, von der Schlussfolgerung der Vorinstanz, welche letztlich selbst von der Beschwerdeführerin nicht bestritten wird (vgl. E. 10.6.3), abzuweichen: Es sind keine Einflüsse des nachgelagerten Markts ersichtlich, welche die Macht der Beschwerdeführerin als "Monopolistin" auf dem relevanten Markt einschränken könnten.

## 10.7 Stellung der Marktgegenseite

### 10.7.1 Darstellung der Vorinstanz

a) Nach der Vorinstanz (vgl. Verfügung Ziff. 173-194) hätten Orange und Sunrise weder über Möglichkeiten verfügt, ihre "Terminierungsgebühren" unilateral zu senken noch diese zu erhöhen. Sunrise und Orange seien vielmehr gezwungen gewesen, ihre "Terminierungsgebühren" an das von der Beschwerdeführerin festgelegte Preisniveau anzugleichen.

Zum einen wäre eine *Senkung* für eine kleine Anbieterin finanziell verheerend gewesen: Da von allen Anrufen auf das Netz von Orange bzw. Sunrise ca. 90 % von fremden Netzen und nur etwa 10 % von eigenen Kunden stammten, würden bei einer Senkung der "Terminierungsgebühr" die Einnahmen der Anrufe aus anderen Netzen bei Orange und Sunrise massiv zurückgehen, nicht aber bei ihren unmittelbaren Konkurrentinnen. Eine Senkung der "Terminierungsgebühr" von Orange und Sunrise hätte eine Verringerung der Kosten ihrer unmittelbaren Konkurrentinnen zur Folge, welche dadurch ihre jeweiligen Endkundenpreise senken könnten, wodurch Sunrise und Orange Marktanteile verlieren würden. Bei einer grossen Anbieterin wie der Beschwerdeführerin hätte eine Senkung der "Terminierungsgebühr" demgegenüber andere Folgen gezeigt. Anders als bei den beiden kleinen Mobilfunkanbieterinnen komme hier der grösste Teil der Anrufe vom eigenen Mobilfunknetz (on-net-Anrufe), wobei zusätzlich ein zweiter grosser Block vom konzerninternen Festnetz stamme. Hingegen seien auf dem Mobilfunknetz der Beschwerdeführerin nur kleinere Teile für Orange und Sunrise sowie weitere Anbieterinnen terminiert worden (vgl. Ziff. 176/Tabelle B-2 der angefochtenen Verfügung, mit Angabe der je terminierten Minuten in der Zeit vom 1. Juni 2004 bis 31. Mai 2005). Eine Senkung der "Terminierungsgebühr" der Beschwerdeführerin würde folglich zu Kostensenkungen bei der grössten Festnetzanbieterin der Schweiz (Swisscom Fixnet) führen, die dadurch mit entsprechendem Mehrverkehr wieder mehr Einnahmen generieren könnten.

Zum anderen erscheine in Anbetracht der Marktverhältnisse glaubhaft, dass auch eine unilaterale *Erhöhung* der "Terminierungsgebühr" von Sunrise und Orange kaum möglich gewesen sei, da aufgrund der vielschichtigen bilateralen Geschäftsbeziehungen mit anderen Anbieterinnen von Fernmeldediensten einer gewissen Grösse Kündigungen von Backbone- oder Transitdiensten hätten befürchtet werden müssen.

Bei der Frage, ob sich Orange und Sunrise unabhängig hätten verhalten können, sei ebenfalls deren deutlich schwächere Position auf dem Retail-Markt zu berücksichtigen, gäben doch - im Sinne der bereits erwähnten

preisinduzierten Netzwerkeffekte - hohe "Terminierungsgebühren" der etablierten Anbieterin mit dem grössten Marktanteil die Möglichkeit, durch das Festlegen hoher Preisunterschiede zwischen on-net und off-net Anrufen deren starke Marktposition gegenüber den kleinen Mobilfunkanbieterinnen zu halten oder sogar zusätzlich zu verstärken. Zudem hätten sich die beiden kleineren Anbieterinnen an der von der ComCom im Entscheid vom 3. April 2001 zugestandenem Preisdifferenz von 10 % bei den "Terminierungsgebühren" gegenüber der historischen Anbieterin orientiert.

Wie grundlegend sich die Positionen der Beschwerdeführerin von denjenigen der kleineren Mobilfunkanbieterinnen Orange und Sunrise unterscheiden würden, werde auch daraus ersichtlich, dass der Orange- bzw. Sunrise-Verkehr auf dem Mobilfunknetz der Beschwerdeführerin nur rund 10 % ausmache, während der Swisscom-Verkehr bei Sunrise und Orange jeweils etwa 70 % der terminierten Minuten ausmache. Auch aufgrund dieser starken Position der Beschwerdeführerin (Swisscom Mobile und Swisscom Fixnet) als Hauptnachfrager von Terminierungsleistungen sei insgesamt davon auszugehen, dass Orange und Sunrise bis zum 31. Mai 2005 ihre "Terminierungsgebühren" nicht unabhängig hätten festlegen können.

b) Davon ausgehend schliesst die Darstellung der Vorinstanz mit der Feststellung, dass die beiden kleineren Mobilfunkanbieterinnen in der Zeit bis zum 31. Mai 2005 in deren jeweiligen "Wholesale"-Märkten ihre "Terminierungsgebühren" nicht unabhängig festlegen können.

Was die marktbeherrschende Stellung der Beschwerdeführerin betrifft, bleibt die Vorinstanz - ohne dies näher auszuführen - dabei, dass die Beschwerdeführerin auch unter Einbezug des Einflusses der Marktgegenseite als marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG zu qualifizieren sei (vgl. Verfügung Ziff. 195).

### 10.7.2 Überprüfung der Marktstellung von Orange und Sunrise im Beschwerdeverfahren?

a) Die Beschwerdeführerin macht zunächst geltend, zur Beurteilung ihrer Marktstellung sei es unabdingbar, dass auch die Marktstellung von Orange und Sunrise geprüft werde.

Ohne Prüfung der gesamten Wettbewerbssituation könne die Marktstellung eines einzelnen Wettbewerbers nicht beurteilt werden. Daher könne auf diese Prüfung - unabhängig von einer Einstellung des Verfahrens gegen Orange und Sunrise - nicht verzichtet werden. Sollte am Vorwurf einer Ausbeutung der Endkunden der anderen Fernmeldedienstanbieterinnen durch die Beschwerdeführerin festgehalten werden, sei auch die Frage zu prüfen, ob Orange und Sunrise ihrerseits die Endkunden der anderen Fernmeldedienstanbieterinnen (einschliesslich der Beschwerdeführerin) ausbeuteten. Zuvor sei notwendigerweise zu prüfen, ob Orange und Sunrise marktbeherrschend seien.

b) Dem kann nur insofern gefolgt werden, als die Frage der Marktbeherrschung der Beschwerdeführerin, wie erwähnt (vgl. E. 10.1), im Sinne einer Gesamtprüfung der Verhältnisse unter Einbezug von allen relevanten Beurteilungskriterien zu erörtern ist.

Zur Untersuchung der Macht der Beschwerdeführerin auf dem relevanten Markt sind auch die sog. "marktstrukturbezogenen" Kriterien heranzuziehen. Unter diesem Titel muss namentlich hinlänglich begründet sein, wer Wettbewerber ist und wie das Kräfteverhältnis zwischen diesen Wettbewerbern beschaffen ist. Für die Stellung eines Unternehmens macht es einen Unterschied, ob es mit vielen schwachen oder wenigen starken Unternehmen auf der Marktgegenseite bzw. als Mitbewerber konfrontiert ist (Kriterium der vertikalen bzw. horizontalen Gegenmacht; vgl. HEIZMANN, a.a.O., Rz. 339 ff.).

Dies ändert aber nichts daran, dass im Ergebnis einzig zu beantworten ist, ob die Vorinstanz die *Beschwerdeführerin* zu Recht als marktbeherrschend qualifiziert. Die Frage, ob auch Sunrise und Orange auf dem für sie jeweils relevanten Markt im fraglichen Zeitraum über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfügten, ist vorliegend entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht zu entscheiden (vgl. E. 10.3).

### 10.7.3 Einfluss der Marktgegenseite auf die Marktstellung der Beschwerdeführerin?

a) Was den vorliegend interessierenden Einfluss der Marktgegenseite auf die Marktstellung der Beschwerdeführerin betrifft, bringt diese nichts Stichhaltiges vor. Die Beschwerdeführerin wendet sich nicht grundsätzlich gegen die Auffassung der Vorinstanz, dass der Einbezug dieses Kriteriums an der marktbeherrschenden Stellung der Beschwerdeführerin nichts zu ändern vermag. Die (implizit gezogene) Schlussfolgerung der Vorinstanz, dass der Einfluss der Marktgegenseite ihre gestützt auf den fehlenden aktuellen und potenziellen Wettbewerb und den ebenfalls fehlenden Einfluss des nachgelagerten Markts getroffene Einschätzung nicht umstösst, die Beschwerdeführerin also auch unter Einbezug dieser ergänzenden Analyse als marktbeherrschend zu qualifizieren sei, bleibt seitens der Beschwerdeführerin unbestritten.

Die Darstellung der Beschwerdeführerin beschränkt sich auf den Vorwurf, die Vorinstanz habe den Handlungsspielraum und die Marktstellung von Orange und Sunrise falsch eingeschätzt (vgl. Beschwerde Ziff. 360 ff.). Dies u.a. insofern, als Orange und Sunrise ein eigenes Interesse an hohen "Terminierungsgebühren" hätten. Ihr Verhalten nach dem 1. Juni 2005 zeige, dass sie kein Interesse daran gehabt hätten, die "Terminierungsgebühren" zu senken. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz hätten Sunrise und Orange ihre "Terminierungsgebühren" theoretisch jederzeit senken und eine Anpassung der "Terminierungsgebühren" der Beschwerdeführerin verlangen können. Die Vorinstanz stelle im Zusammenhang mit ihrer Schlussfolgerung, dass Orange und Sunrise nicht in der Lage gewesen seien, ihre "Terminierungsgebühren" unabhängig von der Beschwerdeführerin und den anderen Anbieterinnen von Fernmeldediensten festzulegen, und der dazu vorgenommenen Prüfung, ob Sunrise und Orange ihre Gebühren hätten senken können, eine Reihe unsubstanziierter Thesen auf. Keine dieser Thesen könne widerlegen, dass Orange und Sunrise ein eigenes Interesse an hohen "Terminierungsgebühren" hätten.

nierungsgebühren" gehabt hätten und nach wie vor hätten.

b) Damit wendet sich die Beschwerdeführerin jedoch nicht gegen die Bejahung der marktbeherrschenden Stellung ihr gegenüber, sondern macht nur geltend, die Vorinstanz hätte auch Sunrise und Orange als marktbeherrschend qualifizieren müssen, was, wie erwähnt, nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist.

Abgesehen von den die telekommunikationsrechtliche Rahmenordnung betreffenden und noch zu beurteilenden Argumenten (vgl. E. 10.8, E. 11 ff.) führt die Beschwerdeführerin nicht an, inwiefern die Marktgegenseite ein Gegengewicht zu ihrer Marktmacht (im Sinne einer hinlänglichen ausgleichenden Nachfragemacht) auf sie erzeugt haben soll, so dass die Marktbeherrschung entgegen der Vorinstanz zu verneinen wäre.

c) Zwar legt auch die angefochtene Verfügung den Schwerpunkt auf die Beurteilung der marktbeherrschenden Stellung von Sunrise und Orange, ohne sich im Detail zu deren Einfluss auf die Marktstellung der Beschwerdeführerin zu äussern. Die Darstellung der Vorinstanz zeigt aber gleichwohl hinlänglich auf, mit was für Unternehmen die Beschwerdeführerin auf der Marktgegenseite konfrontiert ist und wie das Kräfteverhältnis untereinander beschaffen ist. Demnach muss die der Beschwerdeführerin bzw. der damaligen Swisscom Mobile im vorliegend relevanten Zeitraum gegenüberstehende Marktgegenseite zweifellos als vergleichsweise klein bezeichnet werden.

Anhaltspunkte, gestützt auf welche entgegen der Darstellung der Vorinstanz anzunehmen wäre, die Marktgegenseite habe einen nennenswerten Einfluss auf das Verhalten der Beschwerdeführerin auf dem für sie relevanten Markt ausüben können, bestehen keine.

Damit bleibt es bei der Schlussfolgerung der Vorinstanz, dass die Beschwerdeführerin auch unter Einbezug des Einflusses der Marktgegenseite als marktbeherrschend im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG zu qualifizieren ist.

#### 10.7.4 Verletzung des Gleichbehandlungsgebots?

a) Die Vorbringen der Beschwerdeführerin bilden - wie die Aufzählung in Ziff. 324 der Beschwerdeschrift deutlich macht - Bestandteil ihrer Auffassung, dass die Vorinstanz versuche, "mittels waghalsiger Argumentationen" eine Gleichbehandlung der Mobilfunkanbieterinnen zu Ungunsten der Beschwerdeführerin zu vermeiden (vgl. Beschwerde Ziff. 321).

Die Vorinstanz begründe nicht stichhaltig, weshalb einzig die Beschwerdeführerin marktbeherrschend sein solle. Keines der Vorbringen, mit welchen die Vorinstanz zu begründen versuche, dass sich die Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung bezüglich Sunrise und Orange nicht erhärtet hätten, sei geeignet, eine unterschiedliche Behandlung der Beschwerdeführerin und von Orange und Sunrise zu rechtfertigen. Insbesondere könne die Theorie der preisinduzierten Netzwerkeffekte nicht zur Rechtfertigung einer unterschiedlichen Behandlung der Beschwerdeführerin und von Sunrise und Orange bezüglich der Feststellung der Marktposition vorgeschoben werden. Verfehlt sei auch die These, dass die Beschwerdeführerin (bzw. Swisscom Mobile und

Swisscom Fixnet) als Hauptnachfrager von Terminierungsleistungen von Orange und Sunrise eine Marktbeherrschung von Orange und Sunrise verhindern würden.

Es bestünden keine Unterschiede, die eine Ungleichbehandlung rechtfertigen könnten. Aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz ergebe sich, dass die Beschwerdeführerin, Orange und Sunrise gleich zu behandeln seien. Die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse seien für alle die gleichen. Werde die Beschwerdeführerin als marktbeherrschend betrachtet und ihre Verhaltensweise auf Missbräuchlichkeit untersucht, könnten Orange und Sunrise diesbezüglich nicht anders behandelt werden. Die Vorinstanz betreibe ein eigentliches "Cherry-picking", indem sie hinsichtlich der Marktstellung von Orange und Sunrise andere Massstäbe anwende als in Bezug auf die Beschwerdeführerin (vgl. Beschwerde Ziff. 319 ff.).

b) Nach dem von der Beschwerdeführerin angerufenen Art. 8 Abs. 1 BV sind "alle Menschen [...] vor dem Gesetz gleich". In der Rechtsanwendung verbietet das daraus hervorgehende allgemeine Gleichbehandlungsgebot den rechtsanwendenden Behörden, zwei tatsächlich gleiche Situationen ohne sachlichen Grund rechtlich unterschiedlich zu behandeln (Gebot der rechtsgleichen Rechtsanwendung; vgl. PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, § 23 Rz. 3, 11).

Die Problematik für die Beurteilung, ob vorliegend zwei tatsächlich gleiche Situationen und gegebenenfalls sachliche Gründe für eine unterschiedliche Behandlung der Beschwerdeführerin und der beiden kleineren Mobilfunkanbieterinnen hinsichtlich der Frage der Marktbeherrschung vorliegen, scheint darin zu bestehen, dass das Bundesverwaltungsgericht im vorliegenden Beschwerdeverfahren ohne Überprüfung der entsprechenden vorinstanzlichen Ausführungen offen lassen muss, ob die Vorinstanz Sunrise und Orange in der angefochtenen Verfügung zu Recht als nicht marktbeherrschend bezeichnet hat oder darin eine fehlerhafte Rechtsanwendung liegt (vgl. E. 10.3, E. 10.7.2).

Diese Bedenken erweisen sich allerdings als unbegründet, da sich zeigt, dass die Beschwerdeführerin aus dem allgemeinen Gleichbehandlungsgebot weder im einen noch im anderen Fall etwas für sich ableiten kann:

#### Variante 1: Sunrise und Orange zu Recht nicht marktbeherrschend

Geht man nämlich unpräjudiziell von der Variante aus, dass die Vorinstanz Sunrise und Orange bis zum 31. Mai 2005 zu Recht als nicht marktbeherrschend betrachtet, hätte die Vorinstanz die tatsächliche und rechtliche Situation bezüglich Sunrise und Orange richtig eingeschätzt.

Es erwiese sich folglich im Sinne der Darstellung der Vorinstanz als zutreffend, dass Sunrise und Orange aufgrund ihrer spezifischen Situation und Einbettung in das Marktfeld nicht über Möglichkeiten verfügten, ihren Terminierungspreis unilateral zu senken oder diesen zu erhöhen, sondern gezwungen waren, ihre Terminierungspreise an das Preisniveau der Beschwerdeführerin anzugleichen. Andererseits haben die bisherigen Erwägungen unabhängig von der vorstehenden Annahme bestätigt, dass sich die Beschwerdeführerin weder

aktueller noch potenzieller Konkurrenz gegenübersteht und auch vom nachgelagerten Markt und der Marktgegenseite keine disziplinierenden Kräfte auf sie eingewirkt haben.

Insofern lägen bei dieser Variante keine tatsächlich gleichartigen, sondern voneinander abweichende Situationen vor. Eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots wäre zu verneinen, da die unterschiedliche rechtliche Beurteilung der jeweiligen Marktstellung sachlich begründet und nicht zu beanstanden wäre.

#### Variante 2: Sunrise und Orange zu Unrecht nicht marktbeherrschend

Geht man von der zweiten denkbaren Möglichkeit aus und nimmt mit der Beschwerdeführerin und wiederum unpräjudiziell an, die Begründung der Vorinstanz überzeuge nicht, was die Beurteilung der Marktstellung von Sunrise und Orange betrifft, hätte die marktbeherrschende Stellung korrekterweise nicht nur mit Bezug auf die Beschwerdeführerin, sondern auch bezüglich den beiden kleineren Mobilfunkanbieterinnen bejaht und im Verfügungsdispositiv festgestellt werden müssen. Die Vorinstanz hätte Sunrise und Orange bei dieser Annahme zu Unrecht als nicht marktbeherrschend qualifiziert.

So argumentiert die Beschwerdeführerin, indem sie vorbringt, konsequenterweise müssten *alle* Mobilfunkanbieterinnen für die Terminierung in deren eigenes Netz marktbeherrschend sein, wenn die Beschwerdeführerin unzutreffenderweise als marktbeherrschend betrachtet werde. Die Beschwerdeführerin unterstützt ihren Standpunkt durch Hinweise auf die fernmelderechtliche Praxis der EU, die Ansicht von BAKOM und ComCom, die ökonomische Literatur, auf die sich die Vorinstanz selber selektiv berufe, sowie das "Gutachten IC" der Vorinstanz vom 20. November 2006, in welchem die Vorinstanz Sunrise und Orange für die Periode nach dem 1. Juni 2005 ebenfalls als marktbeherrschend qualifiziert hat (vgl. RPW 2006/4, S. 739, S. 752).

Mit dieser Argumentation übersieht die Beschwerdeführerin, dass im vorliegenden Kontext nicht die Korrektur der möglicherweise zu Unrecht verneinten Marktbeherrschung von Sunrise und Orange zur Diskussion steht. Unter dem hier interessierenden Aspekt der rechtsgleichen Behandlung der Beschwerdeführerin nach Art. 8 BV fragt sich vielmehr einzig, ob mangels sachlicher Gründe für eine unterschiedliche Behandlung auch die Beschwerdeführerin gleich wie Sunrise und Orange als nicht marktbeherrschend hätte bezeichnet werden müssen. Unter der Annahme, dass die Vorinstanz Sunrise und Orange zu Unrecht als nicht marktbeherrschend eingeschätzt hat, käme dies jedoch einer Gleichbehandlung im Unrecht gleich, worauf grundsätzlich kein Anspruch besteht.

Dass das Gesetz in einem Fall nicht oder nicht richtig angewendet wird, vermittelt kein Recht, in einem ähnlich gelagerten Fall ebenfalls gesetzeswidrig begünstigt zu werden. Ein Anspruch auf eine gesetzeswidrige Gleichbehandlung wird ausnahmsweise nur anerkannt, falls die Behörde in ständiger Praxis vom Gesetz abweicht, zudem zu erkennen gibt, dass sie auch in Zukunft nicht gesetzeskonform entscheiden wird sowie keine über-

wiegenden Gesetzmässigkeitsinteressen bestehen (vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 23 Rz. 18 f.).

Da von diesen (kumulativ geforderten) Voraussetzungen vorliegend offensichtlich keine erfüllt ist, liegt auch - falls die Vorinstanz Sunrise und Orange zu Unrecht als nicht marktbeherrschend eingeschätzt hat - keine Verletzung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes gemäss Art. 8 BV vor.

c) Die Beschwerdeführerin beruft sich ergänzend auf die Praxis der REKO/WEF, nach welcher schon eine Ungleichbehandlung zwischen marktbeherrschenden Unternehmen, die ihr missbräuchliches Verhalten eingestellt haben und marktbeherrschenden Unternehmen, deren Verhalten rechtmässig sei, den Gleichbehandlungsgrundsatz von Art. 8 BV verletze (mit Hinweis auf den Entscheid der REKO/WEF FB/2005-2 vom 25. Oktober 2006 i.S. Swisscom Directories AG/ WEKO, veröffentlicht in: RPW 2006/4, S. 698 ff., 715).

Dem ist entgegenzuhalten, dass der im angesprochenen Entscheid zu beurteilende Sachverhalt mit dem vorliegenden nicht zu vergleichen ist. So lagen in jenem Fall unbestrittenermassen zwei tatsächlich gleiche Situationen vor, dies insofern, als abweichend vom vorliegenden Fall unbestritten war, dass alle betroffenen Unternehmen marktbeherrschend waren. Unter dem Aspekt der Gleichbehandlung war "nur" zu beurteilen, ob es gerechtfertigt war, die Marktbeherrschung beim einen Unternehmen im Verfügungsdispositiv festzustellen und beim anderen nicht, was der Entscheid aufgrund von fehlenden sachlichen Gründen für eine unterschiedliche Behandlung der tatsächlich gleichen Situation verneint.

Im Gegensatz dazu hat sich vorliegend gezeigt, dass unabhängig davon, ob die Vorinstanz Sunrise und Orange zu Recht oder zu Unrecht als nicht marktbeherrschend betrachtet hat, in der Bejahung der Marktbeherrschung gegenüber der Beschwerdeführerin keine Verletzung des allgemeinen Gleichbehandlungsgebots gemäss Art. 8 BV liegt. Die Argumentation mit dem angerufenen Entscheid stösst damit ebenfalls ins Leere.

d) Denkbar wäre noch, in der unterschiedlichen Beurteilung der marktbeherrschenden Stellung gegenüber den beiden kleineren Mobilfunkanbieterinnen und der Beschwerdeführerin allenfalls einen Verstoss gegen den in der Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV verankerten und das allgemeine Gleichbehandlungsgebot gemäss Art. 8 BV ergänzenden Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrentinnen und Konkurrenten zu erblicken (vgl. KLAUS A. VALLENDER/PETER HETTICH/JENS LEHNE, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung - Grundzüge des Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrechts, 4. Aufl., Bern 2006, S. 143 ff., m.w.H., u.a. auf BGE 121 I 129 ["Taxileitentscheid"]).

Die Beschwerdeführerin scheint in der unterschiedlichen Beurteilung der Marktstellung durch die Vorinstanz jedoch einzig eine Verletzung des allgemeinen Gleichbehandlungsgebots gemäss Art. 8 BV zu sehen, macht sie doch keine Ausführungen und Angaben, inwiefern eine unzulässige Wettbewerbsverzerrung vorliegen bzw. die Wettbewerbsneutralität betroffen und das Gebot der Gleichbehandlung der Konkurrentinnen und Konkurrenten verletzt sein sollte.



Das Bundesverwaltungsgericht prüft die Rechtslage zwar frei, ohne in irgendeiner Weise an die in den Parteieingaben vorgetragene Rechtsauffassung gebunden zu sein. Das Rügeprinzip, gemäss welchem das Gericht sich grundsätzlich nur mit der in der Beschwerdebeurteilung vorgetragenen Kritik an der angefochtenen Verfügung auseinanderzusetzen hätte, ohne von sich aus zu prüfen, ob diese an anderen Mängeln leidet, gilt im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht (vgl. THOMAS HÄBERLI, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], a.a.O., N. 37 f. zu Art. 62 VwVG). Andererseits hat die Prüfung im Rechtsmittelverfahren primär die in den Parteieingaben vorgetragene Rügen zum Gegenstand.

Gerade vorliegend kann die durch einen ausgewiesenen und im Kartellrecht erfahrenen Rechtsanwalt vertretene Beschwerdeführerin nicht damit rechnen, dass ihre zahlreichen, in diversen umfangreichen Rechtsschriften vorgetragene Vorbringen in jede zusätzlich denkbare Richtung geprüft werden (vgl. FRANK SEETHALER/FABIA BOCHSLER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], a.a.O., N. 69 zu Art. 52 VwVG).

Unter diesen Umständen lässt sich auch aus dem Aspekt der Gleichbehandlung der Konkurrenten nichts zu Gunsten der Beschwerdeführerin ableiten. Dies erscheint erst recht als sachgerecht, nachdem im Sinne der Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 8. Mai 2007 weder Sunrise noch Orange als Parteien in das Beschwerdeverfahren miteinbezogen wurden.

### 10.7.5 Ergebnis

Im Ergebnis ist die Schlussfolgerung der Vorinstanz nicht zu beanstanden, dass die Beschwerdeführerin auch unter Einbezug des Einflusses der Marktgegenseite als marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG zu qualifizieren ist.

### 10.8 Einfluss der fernmelderechtlichen Rahmenordnung

a) Die Beschwerdeführerin beruft sich des Weiteren auf die fernmelderechtliche Einbettung der abgegrenzten relevanten Märkte und macht geltend, die von der fernmelderechtlichen Rahmenordnung ausgehenden Kräfte (Interkonnectionszwang, Disziplinierung durch den regulatorischen Rahmen, Reziprozitätsbeziehung, vgl. ausführlicher im Sachverhalt unter D.d und E. 10.2.2) seien disziplinierend und würden eine marktbeherrschende Stellung aller Fernmeldediensteanbieterinnen ausschliessen.

b) Die Vorinstanz widerspricht und macht geltend, das schweizerische ex-post-Regulierungssystem habe im Untersuchungszeitraum nicht vermocht, das Verhalten der Beschwerdeführerin im relevanten Markt zu disziplinieren. In ihrer Vernehmlassung weist die Vorinstanz ergänzend darauf hin, dass aus dem Vergleich der Bestimmungen in aArt. 11 FMG und Art. 7 KG hervorgehe, dass die Interkonnectionsregulierung in aArt. 11 FMG grundsätzlich nicht bei der Analyse der Frage der Marktbeherrschung, sondern in erster Linie bei der Frage eines Missbrauchs nach Art. 7 KG zu berücksichtigen sei (vgl. Vernehmlassung Ziff. 9; ähnlich auch Verfügung Ziff. 166, 167, je am Schluss).

c) Dieser Ergänzung ist entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin in Ziff. 16 ihrer Replik zuzustimmen.

Zwar liegt es auf der Hand, dass die gegenseitige Koordination und Kooperation, mit welcher die Anbieterinnen von Fernmeldediensten die Zusammenschaltung der Netze nach Massgabe der fernmelderechtlichen Rahmenordnung verwirklichen müssen, und die in diesem Zusammenhang spezialgesetzlich geschaffenen regulatorischen Pflichten und Klagemöglichkeiten einen Einfluss auf das Verhalten der Fernmeldediensteanbieterinnen und ihren Verhaltensspielraum ausüben.

Es liegt per definitionem im Wesen jeder Regulierungsordnung, dass deren Normen geeignet sind, den freien Handlungsspielraum der Rechtssubjekte zu beschränken (vgl. AMGWERT, a.a.O., Rz. 87 Fn. 194, mit Verweis auf ROLF H. WEBER, Wirtschaftsregulierung in wettbewerbspolitischen Ausnahmebereichen, Baden-Baden 1986, S. 30 ff.). Die Interkonnectionspflicht gemäss aArt. 11 Abs. 1 FMG, welche die Beschwerdeführerin anruft, will marktbeherrschende Anbieterinnen aus wettbewerbstheoretischer Sicht gerade - anstelle des fehlenden Wettbewerbs - disziplinieren, um einen Machtmissbrauch zu verhindern und den freien Netzzugang zu gewährleisten (vgl. AMGWERT, a.a.O., Rz. 239, 344).

Bei der Beurteilung der marktbeherrschenden Stellung nach Art. 4 Abs. 2 KG kann es jedoch nicht darum gehen zu prüfen, inwiefern der freie Handlungsspielraum der betroffenen Unternehmen durch wirtschaftspolitisch motivierte Eingriffe des Staates in den Marktmechanismus in Form der fernmelderechtlichen ex-post-Marktregulierung eingeschränkt wird. Massgeblich nach Art. 4 Abs. 2 KG kann vielmehr nur sein, inwiefern der *Wettbewerb* eine disziplinierende Wirkung auf das individuelle Vorteilsstreben der Wirtschaftssubjekte hat. Dazu hat eine Analyse der Wettbewerbssituation auf dem definierten Markt zu erfolgen, d.h. es ist zu prüfen, ob das fragliche Unternehmen in genügendem Masse disziplinierendem *Wettbewerb* ausgesetzt ist und sich folglich nicht unabhängig verhalten kann (vgl. zur Gewährleistung von freiem Wettbewerb als *Zweck* des Kartellgesetzes ROGER ZÄCH, Wettbewerbsfreiheit oder Konsumentenwohlfahrt als Zweck des Kartellgesetzes?, Schranken des Rechts, in: Zäch [Hrsg.], Schweizerisches Kartellrecht - an Wendepunkten?, Zürich/ St. Gallen 2009, S. 1 ff.).

Die Frage ist, ob tatsächlich oder potenziell konkurrierende Unternehmen in der Lage sind, das betreffende Unternehmen unter *Wettbewerbsdruck* zu setzen und dadurch zu verhindern, dass es sich in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten kann. Entsprechend sind die *Wettbewerbskräfte* zu ermitteln, um beurteilen zu können, ob diese genügen, um dem betroffenen Unternehmen Schranken zu setzen, d.h. zu verhindern, dass es sich einem wirksamen Wettbewerbsdruck entziehen kann (so ausdrücklich ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 532, 572, und AMGWERT, a.a.O., Rz. 59, 226, 231; sinngemäss auch SCHMIDHAUSER [a.a.O., Rz. 69, 73 zu Art. 4 KG], der bei den Ausführungen zum Begriff der Marktbeherrschung bzw. Marktmacht ebenfalls an den Wettbewerbsbegriff anknüpft, indem von "*wettbewerbsarmem*" bzw. "*wettbewerbslosem*" Zustand und der "Fä-

higkeit, wirksamen Wettbewerb zu verhindern", gesprochen wird).

Davon abweichend sind die von der Beschwerdeführerin angerufenen Einflüsse der fernmelderechtlichen Rahmenordnung auf ihren Verhaltensspielraum nicht auf das freie Spiel der Marktkräfte, sondern auf die sektorspezifisch vorgesehene staatliche Einflussnahme und Lenkung im Bereich der wechselseitig funktionierenden Telekommunikationsnetze zurückzuführen und bilden in diesem Sinne kein Kriterium für die Beurteilung der marktbeherrschenden Stellung nach Art. 4 Abs. 2 KG.

Auch um Wertungswidersprüche mit dem fernmelderechtlichen Zugangsregime zu vermeiden, welches an die Marktbeherrschung ebenfalls bestimmte Wirkungen knüpft (*kostenorientierte* Festlegung der Interkonnektionsbedingungen gemäss aArt. 11 Abs. 1 FMG), ist die marktbeherrschende Stellung aus kartellrechtlicher Sicht ohne Weiteres zu bejahen, wenn, wie vorliegend, feststeht, dass auf dem relevanten Markt angesichts des Angebotsmonopols und der fehlenden technischen Alternativen kein Wettbewerb bzw. Wettbewerbsdruck besteht und auch von der Marktgegenseite und dem nachgelagerten Markt keine disziplinierenden Einflüsse ausgehen. Dies bedeutet vorerst einmal nur, dass auf die Beschwerdeführerin Art. 7 KG anwendbar ist, mithin die Eingriffsschwelle für die materiellrechtliche Beurteilung nach dieser Bestimmung gegeben ist.

Dies erweist sich durchaus als sachgerecht, da der geltend gemachte Einfluss der fernmelderechtlichen Rahmenordnung bei korrekter Optik ohnehin nicht den Aspekt der Marktbeherrschung, sondern die Frage betrifft, ob die Beschwerdeführerin trotz gegebenen staatlichen ex-post-Regulierungssystems in der Lage war, der Marktgegenseite als Marktbeherrscherin ihren Willen aufzuzwingen, nämlich von dieser im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c (i.V.m. Abs. 1) KG in unzulässiger Weise unangemessene Terminierungspreise zu erzwingen.

Diese Möglichkeit, "unangemessene Preise erzwingen zu können", ist im Rahmen der nachfolgenden Würdigung der Missbrauchsfrage als Tatbestandsvoraussetzung zu prüfen. Dabei wird sich u.a. die zentrale Rechtsfrage stellen, ob sich die beanstandete angeblich kartellgesetzverletzende Erzwingung eines unangemessenen Terminierungspreises von 33.5 Rappen pro terminierter Minute von einer Marktgegenseite, die eine amtliche Preisfestsetzung verlangen könnte bzw. darauf verzichtet (und sich mit dem "aufgezwungenen" Preis abfindet), unter Art. 7 Abs. 1 (i.V.m. Art. 2 Bst. c) KG subsumieren lässt (vgl. E. 11 f., insbes. E. 12.3 ff.).

## 10.9 Verlust im Terminierungsverkehr zwischen Mobilfunknetzen?

### 10.9.1 Darstellung der Beschwerdeführerin

a) Schliesslich argumentiert die Beschwerdeführerin mit Verweis auf die von ihr eingereichten Ausführungen von Prof. Dr. phil. CARL CHRISTIAN VON WEIZSÄCKER (vgl. Beschwerde Beilagen 11-15, insbes. C. C. VON WEIZSÄCKER, Gutachten, S. 9 ff., 24 ff. [Beschwerde Beilage 11]), sie sei nicht marktbeherrschend gewesen, weil sie bzw. die damalige Swisscom Mobile eine tiefere "Mobilterminierungsgebühr" als Orange und Sunrise verlangt habe und deshalb Nettozahlungen in Millionenhöhe an

Orange und Sunrise geleistet habe. Es habe für Swisscom Mobile ein Verlust aus dem Terminierungsgeschäft im mobile-to-mobile (M2M) Bereich, d.h. im Terminierungsverkehr zwischen Mobilfunknetzen, resultiert. Dass die Beschwerdeführerin ihre "Mobilterminierungsgebühr" nicht auf einem profitablen Niveau habe festlegen können, zeige, dass sie nicht marktbeherrschend gewesen sei. Als marktbeherrschendes Unternehmen hätte sie eine derartige Verlustsituation nicht akzeptiert.

b) Der Verlust von Swisscom Mobile aus der Terminierung mit den anderen Mobilfunkanbieterinnen (M2M) liesse sich konkret wie folgt aufzeigen:

Nach dem *Prinzip der ausgeglichenen Gesprächsströme* seien die Gesprächsströme zwischen zwei Netzen verschiedener Anbieterinnen von Fernmeldediensten in beide Richtungen jeweils gleich hoch. Jede Fernmeldedienstanbieterin könne vernünftigerweise davon ausgehen, dass die Anzahl Minuten, welche ihre Endkunden im Netz einer anderen Fernmeldedienstanbieterin terminieren, in etwa der Anzahl Minuten entspreche, welche die Endkunden der anderen Anbieterin in ihrem Netz terminieren. Aufgrund dieses Prinzips sei die Terminierung in Bezug auf die "Terminierungsgebühren" dann ein *Nullsummenspiel*, falls die "Terminierungsgebühren" verschiedener Anbieterinnen *gleich* hoch seien.

Würden in beide Richtungen gleich viele Gesprächsminuten terminiert und für eine terminierte Minute jeweils der gleiche Betrag in Rechnung gestellt, würden sich die beiden Rechnungsbeträge gegenseitig aufheben. Die "Terminierungsgebühren" seien dann kostenneutral. Seien die "Terminierungsgebühren" zweier Fernmeldedienstanbieterinnen hingegen - wie im Verhältnis von Swisscom Mobile zu Sunrise und Orange - *unterschiedlich hoch*, führe das Terminierungsgeschäft zu Gewinnen und Verlusten. Grundsätzlich erziele diejenige Fernmeldedienstanbieterin mit den höheren "Terminierungsgebühren" (d.h. Sunrise und Orange) einen Gewinn. Die Fernmeldedienstanbieterin mit der tieferen "Terminierungsgebühr" (d.h. Swisscom Mobile) leiste dagegen *Nettozahlungen* an die anderen Fernmeldedienstanbieterinnen.

Die Höhe des Gewinns bzw. Verlusts berechne sich aus der Differenz zwischen den "Terminierungsgebühren" der betroffenen Anbieterinnen. Je grösser diese sei, desto grösser sei auch der zu tragende negative Saldo bei gleichzeitig grösserem positivem Saldo der Anbieterin mit der höheren "Terminierungsgebühr". Während sich aufgrund der ausgeglichenen Gesprächsströme die Zahlungen für die Terminierung bei *gleichen* "Terminierungsgebühren" gegenseitig aufheben würden, sei bei *ungleichen* "Terminierungsgebühren" einzig die Differenz zwischen den "Terminierungsgebühren" und nicht deren absolute Höhe relevant.

Aufgrund der im Vergleich zu Swisscom Mobile höheren "Mobilterminierungsgebühren" von Orange und Sunrise und der leicht höheren Anzahl der von Swisscom Mobile auf die Netze von Orange und Sunrise terminierten Minuten ergäben sich für den M2M-Verkehr zwischen Swisscom Mobile und Orange bzw. Sunrise Transferzahlungen von Swisscom Mobile an Orange und Sunrise in Millionenhöhe. Daher sei die M2M-Terminierung für Swisscom Mobile ein Verlustgeschäft (in der Beschwer-

de unter Ziff. 128 f. entsprechend mit einer tabellarischen Darstellung "Saldi aus MF-Terminierung durch SCM und Orange bzw. Sunrise" 2004 - 2006 beziffert).

Im Verhältnis zu den Gesamtkosten von Swisscom Mobile seien die Nettozahlungen allerdings minim. Der Einfluss der Terminierungszahlungen auf die Gesamtkosten und letztlich auf die Retail-Tarife von Swisscom Mobile sei vernachlässigbar. Die "Terminierungsgebühren" würden sich im M2M-Bereich gegenseitig praktisch vollständig aufheben (vgl. Beschwerde Ziff. 130, Replik Ziff. 43).

c) Was den Terminierungsverkehr zwischen Mobil- und Festnetzen betrifft (Fix-to-Mobile [F2M] und Mobile-to-Fix [M2F]), welchen die Beschwerdeführerin in der oben dargestellten "Verlustrechnung" zur Begründung der angeblich fehlenden Marktbeherrschung ausschliesst, läge eine differenziert zu beurteilende Situation vor:

Im Gegensatz zu den "Terminierungsgebühren" der Mobilfunkanbieterinnen habe der Regulator die "Terminierungsgebühren" der Festnetzanbieterinnen festgelegt, und dies auf tiefem Niveau. Aufgrund dieser Regulierung habe der Preis für die Terminierung in das Netz von Swisscom Fixnet in den Jahren 2004 und 2005 durchschnittlich (nur) 1.504 bzw. 1.435 Rp./Min. betragen. Während der Zeit, als Swisscom Mobile eine "Mobilterminierungsgebühr" von 33.5 Rp./Min. erhoben habe, habe sich im F2M-Verkehr dadurch eine Differenz von 31.996 bzw. 32.065 Rp./Min. zu Gunsten von Swisscom Mobile, eine Differenz von 35.446 bzw. 35.515 Rp./Min. zu Gunsten von Orange und eine solche von 35.346 bzw. 35.415 Rp./Min. zu Gunsten von Sunrise ergeben (vgl. Beschwerde Ziff. 175, mit Verweis auf OVUM, Durchschnittliche Festnetz-Terminierungsgebühren 1998-2006, Beschwerde Beilage 19).

Aufgrund dieser regulierungsbedingt grossen Differenz zu den "Terminierungsgebühren" der Mobilfunkanbieterinnen im Untersuchungszeitraum (Swisscom Mobile 33.5, Sunrise 36.85, Orange 36.95 Rp./Min.) würden die Festnetzanbieterinnen erhebliche Nettozahlungen an alle Mobilfunkanbieterinnen leisten. Swisscom Fixnet habe im Jahr 2004 und 2005 für F2M-"Terminierungsgebühren" insgesamt einen dreistelligen Millionenbetrag an die Mobilfunkanbieterinnen Swisscom Mobile, Orange und Sunrise bezahlt (vgl. Beschwerde Ziff. 133 f.).

Von diesen Nettozahlungen aus der F2M-Terminierung würden sämtliche Mobilfunkanbieterinnen profitieren, Orange und Sunrise aufgrund ihrer höheren "Mobilterminierungsgebühr" jedoch noch mehr als Swisscom Mobile. Swisscom Mobile generiere zwar Einnahmen aus der Terminierung im F2M-Bereich. Es sei jedoch davon auszugehen, dass Orange und Sunrise aus dem F2M-Verkehr pro Kunde mehr Terminierungseinnahmen generierten als Swisscom Mobile. Die Mobilfunkanbieterinnen würden deren Gewinne aus der F2M-Terminierung zur Finanzierung des Mobilfunkgeschäfts verwenden. Die F2M-Terminierungseinnahmen seien für alle Mobilfunkanbieterinnen von grosser Bedeutung, da sie die Verbilligung der Mobilfunk-Retail-Tarife und die Gewährung von Preisnachlässen auf Endgeräten auf der Retail-Ebene ermöglichten und den Mobilfunk als Ganzes förderten.

Aufgrund der unterschiedlichen regulatorischen Eingriffe der ComCom und weil daraus auch unterschiedliche Verhandlungspositionen von Mobil- und Festnetzanbieterinnen entstünden, seien M2M- und F2M-Sachverhalte entgegen der Vorinstanz, welche diese Sachverhalte vermische, differenziert zu beurteilen.

### 10.9.2 Darstellung der Vorinstanz

Die Vorinstanz entgegnet - zusammengefasst - Folgendes: Eine "allfällige Symmetrie unter den Verkehrsströmen der MFA" (Mobilfunkanbieterinnen) könne an der marktbeherrschenden Stellung der Beschwerdeführerin nichts ändern. Die Argumentation übersehe, dass - wie bereits aus der Marktanteilsverteilung hervorgehe - trotz ausgeglichenen Verkehrs auf dem Netz von Swisscom Mobile wesentlich mehr Minuten terminiert würden als auf allen anderen Mobilfunknetzen zusammen. Insbesondere die vom Festnetz her kommenden Minuten würden den zweitgrössten Teil der auf dem Netz von Swisscom Mobile terminierten Minuten ausmachen. Es sei ferner inkohärent, dass die Beschwerdeführerin im Widerspruch zum abgegrenzten relevanten Markt eine Unterscheidung des eingehenden Verkehrs nach der Herkunft der Anrufe mache (Festnetz- und Mobilnetz), während sie gleichzeitig geltend mache, die Marktabgrenzung sei zu eng (vgl. Verfügung Ziff. 169).

Die Aussage, das Terminierungsgeschäft sei ein Verlustgeschäft, treffe offensichtlich nicht zu. Zwar sei es richtig, dass aufgrund des sog. "balanced traffic" und der tieferen "Terminierungsgebühren" von Swisscom Mobile Nettozahlungen von Swisscom Mobile an die beiden kleineren Anbieterinnen stattfänden (vgl. Verfügung Ziff. 170). Diese Argumentation sei aber nicht sachdienlich, weil aus der Tatsache, dass Orange und Sunrise höhere "Terminierungsgebühren" verlangten als Swisscom Mobile, nicht geschlossen werden könne, dass Swisscom Mobile nicht über eine marktbeherrschende Stellung verfüge. Die höheren "Terminierungsgebühren" von Orange und Sunrise seien auch auf die Interpretation des Entscheids der ComCom vom 3. April 2001 durch die Mobilfunkanbieterinnen zurückzuführen und liessen keinen Schluss auf die Marktstellung von Swisscom Mobile zu.

Ferner sei die Argumentation der Beschwerdeführerin irreführend, weil sie verschweige, dass bei Swisscom Mobile die Einnahmen aus der Terminierung vom Festnetz her um ein Vielfaches höher als bei allen anderen Mobilfunkanbieterinnen zusammen seien (vgl. Verfügung Ziff. 170). Die Beschwerdeführerin konstruiere eine hypothetische Marge, indem sie zwei verschiedene Dienstleistungen miteinander vermische, die bei Swisscom Mobile jeweils unterschiedliche Einnahmen und unterschiedliche Ausgaben generierten. Die Beschwerdeführerin verschweige, dass für die Terminierung auf fremde Netze von den Endkunden, welche diese Minuten durch ihre Anrufe auslösten, direkt Einnahmen generiert würden (vgl. Vernehmlassung Ziff. 28). Die Beschwerdeführerin vermische im Bereich der M2M-Terminierung zwei verschiedene Kostenarten und die daraus zu berechnenden Margen, die jedoch klar zu unterscheiden seien:

Auf der einen Seite seien (1.) die Kosten einer von einem anderen Netz her kommenden Minute, welche

Swisscom Mobile auf ihrem Netz terminiere, zu berücksichtigen. Da die Beschwerdeführerin diese Kosten nicht offenlege, habe die Vorinstanz auf Kostenschätzungen ausländischer Unternehmen zurückgreifen müssen, welche ergeben hätten, dass die effektiven Kosten einer terminierten Minute bei höchstens 10 Rappen anzusiedeln seien. Daraus ergebe sich für jede auf dem Netz von Swisscom Mobile terminierte Minute unabhängig von deren Herkunft, also auch im M2M-Verkehr, eine sehr hohe Gewinnmarge (vgl. Vernehmlassung Ziff. 26).

Klar zu unterscheiden von diesen Kosten seien (2.) die Zahlungen, welche Swisscom Mobile an ihre Wettbewerber leiste, wenn die Swisscom Mobile-Kunden auf die Netze von Orange und Sunrise anriefen und Swisscom Mobile dann deren "Terminierungsgebühren" bezahlen müsse. Die dort entstehenden Margen entsprächen der Differenz aus den Endkundenpreisen, welche Swisscom Mobile ihren Endkunden verrechne und den Kosten der Originierung, allenfalls eines Transits und der "Terminierungsgebühren" der anderen Anbieterinnen (vgl. Vernehmlassung Ziff. 27).

Eine korrekte Berechnung der beiden Margen, diejenige von eingehendem und diejenige von ausgehendem Verkehr, komme zwangsläufig zum Schluss, dass die Terminierung kein Verlustgeschäft sein könne. Das Gegenteil sei der Fall: Es würden in diesem Bereich hohe Margen erzielt (vgl. Vernehmlassung Ziff. 28). Abgesehen davon seien ausgehende Minuten Teil eines anderen Markts und daher bei der Kostenberechnung von eingehenden Minuten nicht zu berücksichtigen (vgl. Verfügung Ziff. 354).

### 10.9.3 Beurteilung

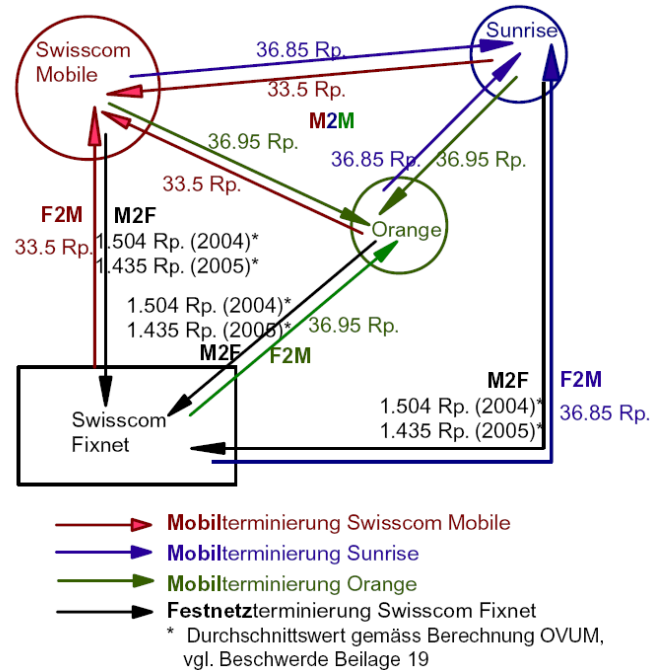
a) Die Darstellung der Beschwerdeführerin ist lediglich zutreffend, soweit sie sich zur Höhe der Terminierungspreise der drei Mobilfunkanbieterinnen (Mobilterminierung) und von Swisscom Fixnet (Festnetzterminierung) im vorliegend relevanten Zeitraum äussert:

Orange verlangte von der Beschwerdeführerin sowie von Sunrise und Swisscom Fixnet je einen Mobilterminierungspreis von 36.95 Rp./Min. Der Mobilterminierungspreis von Sunrise gegenüber den erwähnten Anbieterinnen betrug 36.85 Rp./Min., während die Beschwerdeführerin Orange, Sunrise und Swisscom Fixnet 33.5 Rappen pro Minute berechnete. Diese Mobilterminierungspreise blieben im Zeitraum vom 1. Oktober 2002 bis 31. Mai 2005 konstant. Insofern trifft es zu, dass die Mobilterminierungspreise von Swisscom Mobile stets tiefer als diejenigen von Sunrise und Orange waren (vgl. Beschwerde Ziff. 42, 468, sowie im Sachverhalt unter A.i).

Auch steht im Sinne der Ausführungen der Beschwerdeführerin fest, dass die ComCom den Festnetz-Terminierungspreis von Swisscom Fixnet rückwirkend per 1. Januar 2000 festgelegt hat, und dies auf einem deutlich tieferen Niveau als die genannten Mobilterminierungspreise (vgl. Medienmitteilung der ComCom vom 31. August 2006, Beschwerde Beilage 7).

Bildlich ergibt dies folgende Situation:

Abb. 6: Übersicht Fest- und Mobilterminierungspreise



Abgesehen von dieser nicht zu beanstandenden Ausgangslage überzeugt das Modell, mit dem die Beschwerdeführerin darzulegen versucht, wegen eines Verlusts im Terminierungsverkehr im M2M-Bereich nicht marktbeherrschend zu sein, jedoch nicht. Unabhängig davon, dass die Vorinstanz gemäss ihrem Hinweis auf den "balanced traffic" (vgl. Verfügung Ziff. 170) mit der Beschwerdeführerin von grundsätzlich gegenseitig ausgeglichenen Gesprächsströmen auszugehen scheint, vermögen die Ausführungen der Beschwerdeführerin an der bisherigen Beurteilung ihrer Marktstellung nichts zu ändern:

b) Die Modellrechnung der Beschwerdeführerin ist bereits deshalb nicht stichhaltig, weil sie dem vorliegend relevanten Markt für die Terminierung von *in* das Mobilfunknetz der Beschwerdeführerin *eingehenden* Sprachanrufen widerspricht. Da die marktbeherrschende Stellung der Beschwerdeführerin nur auf dem relevanten Markt und nicht anderswo zu bejahen oder zu verneinen ist, könnte die bisherige Einschätzung höchstens dann fraglich sein, wenn die Beschwerdeführerin den geltend gemachten Verlust auf diesem relevanten Markt einfahren würde, ohne etwas ändern zu können. Dies behauptet die Beschwerdeführerin jedoch überhaupt nicht. Vielmehr weitet sie die Sicht mit ihrem "Nettozahlungsmodell" entgegen der korrekten Marktabgrenzung - welche einzig die auf das Mobilfunknetz der Beschwerdeführerin *eingehenden*, von einem *Mobilfunknetz* oder einem *Festnetz* herkommenden Gespräche umfasst - nach ihrem freien Dafürhalten aus bzw. ein:

Zusätzlich zu den auf das Mobilfunknetz der Beschwerdeführerin eingehenden *Mobilanrufen* (M2M) berücksichtigt das Berechnungsmodell jene *Mobilgespräche*, welche von ihrem Mobilfunknetz auf ein anderes Mobilfunknetz geführt werden, und bezieht so den *bilateralen Mobilterminierungsverkehr* zwischen der Beschwerdeführerin und Orange bzw. Sunrise mit ein.

Wie ausführlich dargelegt wurde (vgl. E. 9.5.4.2), bilden *ausgehende* Gespräche jedoch ausdrücklich nicht Teil des relevanten Markts. Der neuerlich vorgebrachte Einwand der Beschwerdeführerin - die Gewinnberechnung der Vorinstanz (Multiplikation aller im Netz von Swisscom Mobile terminierten Minuten mit dem angeblich unrechtmässigen Gewinn von 13.5 Rappen pro terminierter Minute) gehe fälschlicherweise davon aus, ein Abonnent der Beschwerdeführerin erhalte nur Anrufe und betrachte damit nur die eine Seite der Rechnung, obwohl den *Einnahmen* aus den "Terminierungsgebühren" immer auch *Ausgaben* für die Terminierung in andere Netze gegenüberstünden - vermag daran nichts zu ändern. Die Unterscheidung zwischen ein- und ausgehenden Anrufen ist nicht nur für die korrekte Marktabgrenzung, sondern auch für die auf dieser Basis vorzunehmende Beurteilung der Marktstellung sachgerecht. Die Vorinstanz weist zu Recht darauf hin, dass *ausgehende* Minuten als Teil eines anderen Markts bei der Kostenberechnung von eingehenden Minuten nicht zu berücksichtigen sind.

Das Modell der Beschwerdeführerin zieht damit abweichend vom relevanten Markt zusätzlich die beiden jeweils für Sunrise und Orange relevanten Mobilterminierungsmärkte in die Betrachtung mit ein (vgl. dazu Abb. 6 betr. Übersicht Fest- und Mobilterminierungspreise). Selbst wenn man dieser fiktiven Marktabgrenzung folgen würde, stellt man fest, dass die Beschwerdeführerin diesen Schritt aber nicht vollständig vollzieht, sondern nur insoweit, als die Mobilterminierung durch einen von einem anderem *Mobilfunknetz* her kommenden Anruf ausgelöst wird (M2M). Obwohl die Beschwerdeführerin den Fokus ausdrücklich auf die (gegenseitige) Mobilterminierung legt, klammert ihre Berechnung die ebenfalls eine Mobilterminierung auslösenden und zu den Mobilterminierungsmärkten gehörenden Anrufe von einem *Festnetz* auf ein Mobilfunknetz (F2M) und die hier als Mobilterminierungspreise anfallenden Einnahmen aus.

Dass die Beschwerdeführerin diesen Bereich nach eigenem Gutdünken aus der Berechnung ausschliesst, erscheint willkürlich, umfasst der relevante Markt doch - ohne, dass nach der Herkunft der Anrufe (von einem Mobil- oder Festnetz) zu unterscheiden wäre - alle auf dem betreffenden Mobilfunknetz durch netzübergreifende Sprachanrufe ausgelösten Terminierungen. Eine Beurteilung der Stellung der Beschwerdeführerin auf dem abgegrenzten relevanten Markt, basierend einzig auf den terminierten Minuten mit Herkunft in den *Mobilfunknetzen*, kann nicht angehen. Bei einer Nichtberücksichtigung der von den *Festnetzen* ausgelösten Mobilterminierungen (F2M), die einen grossen Anteil an der Gesamtmenge der im Mobilfunknetz der Beschwerdeführerin terminierten Minuten ausmachen, würde ein bedeutender Teil des relevanten Markts ausgeblendet. Da die Beschwerdeführerin zudem die Gespräche von den Mobilfunknetzen auf ein *Festnetz* (M2F, Festnetzterminierung) nicht beachtet, bleiben bei ihrer Berechnung das Verhältnis zwischen den Mobilfunknetzen und den Festnetzen (insbes. Swisscom Fixnet) und damit die hier gemäss eigenen Angaben der Beschwerdeführerin für alle Mobilfunkanbieterinnen resultierenden erheblichen Profite gänzlich unberücksichtigt.

Was die Beschwerdeführerin zur Rechtfertigung vorbringt, überzeugt nicht. Ihre Argumentation, dass zwischen Mobilfunkanbieterinnen eine Reziprozitätsbeziehung bestehe, wogegen dies im Verhältnis "Festnetzanbieter-Mobilfunkanbieter" aufgrund des "asymmetrischen" Eingriffs des Regulators im Festnetzbereich nicht der Fall sei, steht in keinem Zusammenhang zu der hier zur Debatte stehenden Gewinn- bzw. Verlustrechnung, nach welcher die damalige Swisscom Mobile über keine marktbeherrschende Stellung verfügt haben soll.

Mit dem gewählten "Nettozahlungsmodell" konstruiert die Beschwerdeführerin faktisch einen fiktiven, nicht existierenden "Markt" für die Terminierung von ein- und ausgehenden Mobilfunkgesprächen, allerdings unter Ausschluss der durch ein Festnetz ausgelösten Mobilterminierungen (F2M) und der Gespräche von einem Mobilfunknetz auf ein Festnetz (M2F, Festnetzterminierung), um im Ergebnis *auf diesem fiktiven "Markt"* gezielt einen Verlust ausweisen zu können. Es geht nicht an, aus einer derart zurecht gelegten und den tatsächlich relevanten Markt ignorierenden Berechnung herleiten zu wollen, die Beschwerdeführerin habe sich auf dem *relevanten* Markt nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können.

Dies umso weniger, als auf dem *relevanten* Markt offensichtlich eine *Gewinnsituation* vorliegt: Denn es ist augenfällig, dass die Beschwerdeführerin aus der Terminierung von Anrufen auf ihr Mobilfunknetz keine Verluste machte, sondern mit jeder in ihrem Mobilfunknetz terminierten Minute eine Gewinnmarge realisierte. Davon muss ausgegangen werden, weil der Terminierungspreis, den Swisscom Mobile im vorliegend relevanten Zeitraum von den anderen Mobilfunkanbieterinnen und auch von Swisscom Fixnet für jede terminierte Minute *einnahm* (33.5 Rp./Min.), ohne jeden Zweifel *höher* war als die *Ausgaben*, welche der Beschwerdeführerin jeweils für die Erstellung einer Minute Terminierung anfielen. Die genaue Höhe dieser Terminierungskosten und die - sich daraus und den insgesamt im Mobilfunknetz der Beschwerdeführerin terminierten Minuten ergebende - Höhe des Gewinns dürfen an dieser Stelle offen bleiben.

Relevant ist hier einzig, dass keine Anhaltspunkte dafür bestehen und auch nicht geltend gemacht wird, dass die Terminierungskosten der Beschwerdeführerin ihren Mobilterminierungspreis von 33.5 Rp./Min. überschritten hätten, weshalb feststeht, dass die Beschwerdeführerin auf dem relevanten Markt keinen Verlust, sondern einen Gewinn erwirtschaftete. Die Argumentation der Beschwerdeführerin geht bereits aus diesen Überlegungen fehl.

c) Ihr Berechnungsmodell erweist sich jedoch auch losgelöst von einer strengen Bindung an den relevanten Markt als unhaltbar.

Soll der von der Beschwerdeführerin erwirtschaftete Gewinn bzw. Verlust nämlich, wie von der Beschwerdeführerin verlangt, unter Einbezug der *ein- und ausgehenden* Gespräche berechnet werden, wären nicht nur einfach isoliert die von der Beschwerdeführerin im M2M-Bereich eingenommenen und bezahlten Terminierungspreise miteinander zu verrechnen, worauf sich die Beschwerdeführerin beschränkt. Für ein den wirtschaftli-

chen Verhältnissen im "gegenseitigen Terminierungsgeschäft" gerecht werdendes Ergebnis müssten vielmehr *alle* Einnahmen und Ausgaben, welche der Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit den auf ihrem Mobilfunknetz *eingehenden* und von ihrem Mobilfunknetz *ausgehenden* netzübergreifenden Gesprächen anfallen, einander gegenübergestellt werden.

Im Sinne des bisher Ausgeführten (vgl. vorstehend Bst. b) wären vorerst auch all jene Einnahmen und Ausgaben zu beachten, die mit den Gesprächen vom Mobilfunknetz der Beschwerdeführerin auf ein *Festnetz* und umgekehrt verbunden sind (F2M, M2F). Das Berechnungsmodell der Beschwerdeführerin klammert diesen Bereich (und damit namentlich die Einnahmen aus der Terminierung von den Festnetzen her) trotz dessen nach eigener Beschreibung grossen wirtschaftlichen Bedeutung auch für die damalige Swisscom Mobile in nicht überzeugender Weise aus.

Auch schenkt das "Nettozahlungsmodell" weder den Kosten Beachtung, welche die Beschwerdeführerin selber für die Terminierung der auf ihrem Mobilfunknetz *eingehenden* Anrufe aufwendet (Erstellungskosten), noch jenen, welche der Beschwerdeführerin bei den von ihrem Mobilfunknetz *abgehenden* Gesprächen für die Originierung anfallen (Originierungskosten); ebenso unberücksichtigt sind die Kosten eines abgehenden Gesprächs für einen allfälligen Transit über ein Drittnetz.

Vor allem weist die Vorinstanz aber zu Recht darauf hin, das "Nettozahlungsmodell" verschweige, dass jedes vom Mobilfunknetz der Beschwerdeführerin *abgehende* Gespräch nicht nur den der anderen Mobil- bzw. Festnetzanbieterin geschuldeten (Mobil- bzw. Festnetz-) Terminierungspreis (sowie Originierungs- und ev. Transitzkosten als weitere *Ausgaben*) auslöst, sondern direkt auch *Einnahmen* generiert, und dies in Form der Endkundenpreise, welche die Beschwerdeführerin (damalige Swisscom Mobile) von ihren Endkunden gemäss den Konditionen des jeweiligen Abonnements für die von diesen initiierten Gespräche verlangt (vgl. Vernehmlassung Ziff. 28). Bei einer Berechnung, welche sich (fälschlicherweise) nicht am relevanten Markt, sondern dem "gegenseitigen Terminierungsgeschäft" orientiert, wären diese - erst und nur durch die Ausdehnung der Betrachtung auch auf *ausgehende* Gespräche ins Spiel kommenden - Einnahmen ebenfalls zu beachten. Für die hier gemachte wirtschaftliche Betrachtungsweise erwiese sich alles andere als verfehlt und im Widerspruch zur eigenen Darstellung der Beschwerdeführerin, welche selber wiederholt mit dem (zutreffenden) Umstand argumentiert, dass es sich bei der Terminierung "nur" um eine durch die Nachfrage auf der Endkundenebene ausgelöste Vorleistung zur Erbringung der damit in einer unverrückbaren 1:1-Relation stehenden Telekommunikationsdienstleistung auf der Endkundenebene handeln würde.

Unter diesen Umständen bietet das "Nettozahlungsmodell" keine Basis für eine nachvollziehbare Gewinn- bzw. Verlustrechnung. Durch die Gegenüberstellung nicht aller, sondern nur bestimmter willkürlich ausgewählter Einnahmen- und Ausgabenfaktoren (nur die von Swisscom Mobile von den anderen *Mobilfunkanbieterinnen* eingenommenen [mit 33.5 Rp./Min. tieferen] und an die-

se bezahlten [mit 36.85 bzw. 36.95 Rp./Min. höheren] Mobilterminierungspreise) wird die wirtschaftliche Bedeutung des "gegenseitigen Terminierungsgeschäfts" für die Beschwerdeführerin (damalige Swisscom Mobile) auf unzulässige Weise verfälscht.

Bilden entgegen der konstruierten Betrachtungsweise der Beschwerdeführerin *alle* anfallenden Einnahmen und Ausgaben (inklusive der Einnahmen aus der Terminierung von den Festnetzen her und der von den eigenen Endkunden für die ausgehenden Gespräche bezahlten Beträge) Gegenstand der Berechnung, besteht kein Grund zur Annahme, dass das "gegenseitige Terminierungsgeschäft" für die Beschwerdeführerin zu Verlusten führte:

Einerseits ist nach dem Gesagten bei richtiger Betrachtung nicht daran zu zweifeln, dass Swisscom Mobile mit Bezug auf die von ihrem Mobilfunknetz *ausgehenden* Gesprächsströme gewinnbringend wirtschaftete. Andererseits steht fest, dass auch auf dem relevanten Markt, d.h. dem die *eingehenden* Gespräche umfassenden Bereich, eine Gewinnsituation besteht (vgl. oben Bst. b).

Damit ist entgegen der Beschwerdeführerin und mit der Vorinstanz festzuhalten, dass eine korrekte Berechnung der Margen des eingehenden *und* ausgehenden Verkehrs zum Schluss führt, dass die Terminierung kein Verlustgeschäft sein kann.

d) Die Beschwerdeführerin bringt nichts vor, was die aufgezeigten Schwächen ihres "Nettozahlungsmodells" widerlegen und rechtfertigen würde, dieses zur Anwendung zu bringen.

Dies gilt auch für die Auffassung, das Verhalten von Orange und Sunrise nach der Senkung des Terminierungspreises durch die Beschwerdeführerin am 1. Juni 2005 beweise, dass ihr Nettozahlungsmodell stimme. Orange und Sunrise hätten nach der Senkung der "Terminierungsgebühr" durch die Beschwerdeführerin ihre eigenen "Terminierungsgebühren" nicht freiwillig angemessen gesenkt, weil sie ein eigenes Interesse an hohen "Terminierungsgebühren" bzw. an einer möglichst grossen Differenz zwischen der eigenen "Terminierungsgebühr" und derjenigen der Beschwerdeführerin gehabt hätten. Die Vorinstanz bestätige in Ziff. 80 und 111 ihres "Gutachtens IC" vom 20. November 2006 (vgl. RPW 2006/4, S. 739) selber, dass Orange und Sunrise infolge der Preissenkung der Beschwerdeführerin in der Lage gewesen seien, durch ein hohes Delta von der Beschwerdeführerin monatliche Zahlungen in Millionenhöhe zu erzielen (vgl. Beschwerde Ziff. 70 ff., 261, 307, 360 ff.; Replik Ziff. 99).

All dies ändert an der im Ansatz falschen Berechnungsmethode der Beschwerdeführerin nichts. Die Senkung des Mobilterminierungspreises von Swisscom Mobile führte aus der Sicht von Orange und Sunrise zwar zweifellos insofern zu einem finanziellen Vorteil, als sich dadurch deren *Ausgaben* für die Terminierung in das Mobilfunknetz der Beschwerdeführerin erheblich verringerten. Dies stösst jedoch die Tatsache nicht um, dass die Beschwerdeführerin im vorliegend relevanten Zeitraum, d.h. vor der Senkung ihres Mobilterminierungspreises, sowohl auf dem relevanten Markt als auch im "gegensei-

tigen Terminierungsgeschäft" entgegen ihrer Darstellung Gewinne machte.

Wie sich die Senkung des Mobilterminierungspreises von 33.5 auf 20 Rp./Min. auf die "Bilanz" der Beschwerdeführerin und von Orange und Sunrise auswirkten, steht hier nicht zur Diskussion, müsste aber wiederum nicht nach dem "Nettozahlungsmodell", sondern für jedes Unternehmen separat unter Berücksichtigung der je individuellen Einnahmen- und Kostenstruktur geprüft werden.

e) Im Übrigen scheint auch die Beschwerdeführerin ihr gezielt arrangiertes "Verlustgeschäft" für nicht besonders gravierend zu halten. Nur so kann ihre Aussage interpretiert werden, die Nettozahlungen seien - im Verhältnis zu den Gesamtkosten - "minim" bzw. "vernachlässigbar"; die Terminierungspreise würden sich im M2M-Bereich "gegenseitig praktisch vollständig" aufheben (vgl. Beschwerde Ziff. 130, Replik Ziff. 43).

f) Worin die Beschwerdeführerin unter diesen Umständen eine Situation erblickt, welche ein marktbeherrschendes Unternehmen umgehend durch Ausübung von Marktmacht korrigiert hätte, ist nicht ersichtlich. Eine Einschränkung ihres Verhaltensspielraums auf dem relevanten Markt vermag die Beschwerdeführerin mit dem "Nettozahlungsmodell" jedenfalls nicht darzulegen. Die vorstehenden Ausführungen machen vielmehr deutlich, dass es auch unter Berücksichtigung dieses Einwands bei der bisherigen, die marktbeherrschende Stellung der Beschwerdeführerin bejahenden Einschätzung bleibt.

#### 10.10 Weitere Einwände

Weitere Einwände, aus welchen die Beschwerdeführerin etwas zur Beurteilung ihrer Stellung auf dem relevanten Markt für sich ableiten könnte, sind nicht ersichtlich.

Weder aus dem "Gutachten IC" der Vorinstanz vom 20. November 2006 (vgl. RPW 2006/4, S. 739), den Stellungnahmen von ComCom und BAKOM (vgl. Stellungnahmen vom 6. bzw. 1. Juli 2005; Vorinstanz act. 245 f., 341, Beilagen 19 und 20, vgl. E. 10.2.3) noch der fernmelderechtlichen Praxis der EU (vgl. Beschwerde Ziff. 319, 320, 322) ergeben sich von den bisherigen Ausführungen abweichende Erkenntnisse. Dies gilt namentlich hinsichtlich dem, was zur Eingrenzung der Fragestellung (vgl. E. 10.3) und zur verlangten Gleichbehandlung mit Orange und Sunrise dargelegt wurde (vgl. E. 10.7.4).

#### 10.11 Fazit

Damit ergibt sich, dass die Vorinstanz zu Recht von einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 4 Abs. 2 KG der Beschwerdeführerin auf dem für sie relevanten Markt für die Terminierung von Sprachanrufen in ihr Mobilfunknetz bis am 31. Mai 2005 ausgeht. Die Dispositiv-Ziff. 1 der angefochtenen Verfügung stellt dies, ohne Bundesrecht zu verletzen, fest.

### 11. Die Missbräuchlichkeit des vorgeworfenen Verhaltens im Kontext des Streitgegenstands und der potenziell anwendbaren bundesrechtlichen Wertparitätskontrollen

Ausgehend vom relevanten Markt (E. 9) und der dort beherrschenden Stellung der Beschwerdeführerin (E.

10) ist als Nächstes zu prüfen, ob das ihr zur Last gelegte, angeblich unzulässige Verhalten ("Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung durch Erzwingung des unangemessenen Terminierungspreises von 33.5 Rp./Min. vom 1. April 2004 bis 31. Mai 2005") nach Art. 49a Abs. 1 KG sanktionswürdig war, weil dieses Verhalten die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 7 Abs. 1 (i.V.m. Abs. 2 Bst. c) KG erfüllt.

Diese von der Vorinstanz angerufene Bestimmung lässt sich in ihrer Tragweite nur richtig erfassen, wenn vorab Art. 7 Abs. 1 KG, der sowohl öffentlich-rechtlicher als auch privatrechtlicher Natur ist (vgl. BORER, a.a.O., Rz. 6 vor Art. 12-17 KG; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 5), im Kontext des Streitgegenstands beleuchtet (E. 11.1 f.) und danach in seiner Konkretisierung in Abs. 2 Bst. c in den Zusammenhang mit den ebenfalls preisbezogenen bundesrechtlichen Wertparitätskontrollen gestellt wird, die in Bezug auf Terminierungspreise potenziell anwendbar sind (E. 11.3). Danach ist in Erwägung 12 die Hauptfrage zu prüfen, ob das strittige Verhalten die gesetzlichen Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt und damit sanktionswürdig ist, wie die Vorinstanz meint, die Beschwerdeführerin jedoch bestreitet.

#### 11.1 Art. 7 Abs. 1 KG: Behinderung oder Ausbeutung?

Nach 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*.

In dieser Bestimmung, auf die in der Erwägung 4.5 im Zusammenhang mit Art. 7 Abs. 1 erster Satz EMRK eingegangen wurde, werden *zwei strukturell verschiedenartige* Verhaltensweisen als missbräuchlich bezeichnet, nämlich *Behinderungssachverhalte* und *Ausbeutungssachverhalte*, die voneinander abzugrenzen sind (vgl. CLERC, a.a.O., Rz. 71 ff. zu Art. 7 KG):

**11.1.1 Behinderungssachverhalte** treten immer (gegenüber Konkurrenten) als Wettbewerbsbeschränkungen auf und sind ihrem Wesen nach *wettbewerbsbezogen*. Solche Sachverhalte drücken sich, um im technisch komplexen Netzwerkcontext zu bleiben, beispielsweise dadurch aus, dass ein Anbieter sein Zugangskontrollmonopol dazu missbraucht, die Entfaltung des *nachgelagerten* Dienstleistungsmarkts zu behindern (vgl. Zugangs-Mitteilungen, a.a.O., Rz. 52). Denkbar ist auch, dass eine Interkonkurrenzvereinbarung den Wettbewerb zwischen den beiden Parteien dieser Vereinbarung oder den Wettbewerb Dritter einschränkt (vgl. Zugangs-Mitteilungen, a.a.O., Rz. 131). So wäre eine Verweigerung oder die Erschwerung des Netzzugangs durch marktmächtige Unternehmen als Behinderungsstrategie gegenüber Konkurrenten zu werten, wenn aktuelle oder potenzielle Marktrivalen, die auf den Netzzugang angewiesen sind, von nachgelagerten Märkten verdrängt oder ferngehalten werden sollen (vgl. AMGWERD, a.a.O., Rz. 63).

Solche Sachverhalte erfasst - der hier zwar nicht zur Diskussion stehende - Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG, wonach unter Umständen auch die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen (oder sonstigen Geschäftsbe-

dingungen) unzulässig sein kann. Denn solche "unangemessenen Preise" lassen sich nicht anders als Zugangsverweigerungen oder Zugangerschwerungen (mit wettbewerbsbehindernder Auswirkung) interpretieren (vgl. PATRIK DUCREY, Das schweizerische Kartellrecht, in: Cottier/Oesch [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. XI: Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktsrecht, 2. Aufl., Basel 2007, Rz. 211 ff., S. 692). Daher ist die Wettbewerbspolitik im Wesentlichen darauf gerichtet, solche Marktbarrieren zu verhindern oder zu beseitigen, da offene Märkte als beste Garantien für wirksamen Wettbewerb gelten (vgl. AMGWERT, a.a.O., Rz. 77).

**11.1.2** Demgegenüber spielen sich *Ausbeutungssachverhalte im wettbewerbsfreien* Raum ab, und zwar gegenüber der anbietenden oder nachfragenden Marktgegenseite. Zu denken ist etwa an die Situation, dass ein Angebotsmonopolist seine Stellung dazu benutzt (d.h. missbraucht), um ausbeuterische ("wucherische") Preise dem Nachfrager aufzuzwingen, im Wissen, dass dieser - angesichts des Monopols - über keine zumutbaren Alternativen verfügt, wenn er seinen Bedarf nach dem Gut des Monopolisten decken will oder muss (vgl. DUCREY, a.a.O., Rz. 199, wonach es nach Art. 7 Abs. 1 KG unzulässig wäre, zu einem übermässig hohen Preis zu liefern, wenn ein Kunde keine Ausweichmöglichkeiten besitzt). Insofern ist der in Art. 7 Abs. 1 KG verwendete, unscharfe Terminus "benachteiligen" als "ausbeuten" zu verstehen (vgl. ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 619).

Diese Form *kartellrechtlicher* Preismissbrauchsaufsicht hat dann zu greifen, wenn Märkte nicht mehr wettbewerblich strukturiert sind (vgl. WIEDEMANN, a.a.O., § 23 N 1, S. 972), also wenn die Wettbewerbspolitik ihrer angestammten Aufgabe, Wettbewerb zu fördern oder diesen zu erhalten, nicht nachkommen kann. Mit der in Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG vorgesehenen Möglichkeit, *kartellgesetzlich* gegen Preisausbeutungen vorzugehen, soll insbesondere verhindert werden, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen seinen vom Wettbewerb nicht wirksam kontrollierten Gestaltungsspielraum zu Lasten Dritter mit einem Verhalten, das zu "nicht wettbewerbsgerechten Marktergebnissen" führt, ausnützt (vgl. WIEDEMANN, a.a.O., § 23 N 32, S. 992, mit dem entsprechenden Zitat des Kammergerichts).

**11.1.3** Wie bereits in Erwägung 4.5 festgehalten wurde, vermag Art. 7 Abs. 1 KG - angesichts seiner inhaltlichen Offenheit - zwar nicht für sich alleine betrachtet, sondern nur im Rahmen der Konkretisierung durch Abs. 2 Bst. c KG, den Anforderungen des in Art. 7 Abs. 1 erster Satz EMRK verankerten Legalitätsprinzips zu entsprechen.

Daher setzt, wie die Vorinstanz zu Recht ihrem Prüfungsschema zu Grunde gelegt hat, die Tatbestandsmässigkeit des inkriminierten Verhaltens voraus, dass eine Marktbeherrscherrin die Marktgegenseite "ausbeutet" (Art. 7 Abs. 1 KG), *indem* jene von ihrer *Vertragspartnerin unangemessene Preise erzwingt* (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG).

## **11.2 Die Vorinstanz als sanktionierende "Preisüberwacherin"**

Ausschliesslich um den in Erwägung 11.1.2 dargestellten Preisausbeutungstatbestand dreht sich der *vorlie-*

*gende Streit*, dessen Gegenstand in E. 2.2.3 kurz umrissen wurde und hier zu vertiefen ist:

**11.2.1** Der Beschwerdeführerin wird - gestützt auf die Aktenlage - *einzig* vorgeworfen, sie habe vom 1. April 2004 bis am 31. Mai 2005 im Sinne von Art. 7 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. c KG ihre marktbeherrschende Stellung dazu missbraucht, von anderen Fernmeldedienstanbieterinnen (d.h. vorab von Sunrise und Orange) den unangemessenen Terminierungspreis von 33.5 Rp./Min. zu erzwingen. Deshalb sei der verhängte Sanktionsbetrag gemäss Art. 49a Abs. 1 KG im Grundsatz gerechtfertigt.

Diese - der Beschwerdeführerin *ausschliesslich* vorgeworfene - *Preisausbeutung* spielt sich unbestrittenermassen im wettbewerbsfreien Raum ab, da angesichts der angebotsmonopolistischen Struktur des relevanten Terminierungsmarkts (für eingehende Gespräche auf das Mobilfunknetz der Beschwerdeführerin, E. 9.8) insofern kein Wettbewerb herrscht bzw. herrschen kann, als die auf Terminierung angewiesenen Fernmeldedienstanbieterinnen nicht auf technisch zumutbare Alternativen ausweichen können (vgl. E. 10.5 sowie die Ziff. 69 [Fn. 69] der Leitlinien, a.a.O.). Daher versucht die Vorinstanz mit ihrem Eingriff als "Preisüberwacherin", die Folgen von *fehlendem Wettbewerb* zu bekämpfen, die sie darin erblickt, dass die Beschwerdeführerin vom 1. April 2004 bis 31. Mai 2005 von allen auf Interkonnektion angewiesenen Fernmeldedienstanbieterinnen den angeblich "unangemessenen" Terminierungspreis von 33.5 Rp./Min. "erzwingen" konnte.

Ihr Eingriff ist deshalb *nicht* darauf gerichtet, gegen allfällige Wettbewerbsbehinderungen, d.h. ein "Zuwenig an Wettbewerb" anzukämpfen, um so dessen Wirksamkeit wiederherzustellen, was sich bei Abreden oder abgestimmten Verhaltensweisen aufdrängen würde, wenn sich diese im Sinne von Art. 5 KG als wettbewerbschädlich erwiesen (vgl. zur Offenheit dieses Begriffs E. 5.6.5.5). Zu einem solchen Vorgehen hätte die Vorinstanz auch keinen Anlass, da sie der Beschwerdeführerin, wie bereits in Erwägung E. 2.2.4 erwähnt, keine *Behinderung* des Wettbewerbs - weder auf der Infrastrukturebene ("Wholesale") noch auf der Dienstleistungsebene ("Retail") - vorwirft. Aus diesem Grunde wird in der angefochtenen Verfügung *davon abgesehen*, gestützt auf Art. 5 Abs. 3 KG eine auf die *Preise der Dienstleistungsebene* (Endkundenebene) bezogene Abrede (oder abgestimmte Verhaltensweise) *aller* Mobilfunkanbieter zu sanktionieren, in deren Rahmen - neben anderen Faktoren, wie z.B. "Handysubventionen", Abonnements- und Minutenpreise - auch die gegenseitig verrechneten Terminierungspreise (als *Kostenbestandteile* des vom Endkonsumenten zu bezahlenden Minutenpreises) einer kartellrechtlichen Würdigung zu unterziehen gewesen wären.

Insofern erfolgte die hier strittige Intervention auch nicht primär im Interesse der Endkonsumenten, wie die Vorinstanz selbst einräumt (vgl. E. 2.2.3), sondern im Interesse der als schutzbedürftig erachteten Marktgegenseite, von der - so der Vorwurf - als Vertragspartnerin der angeblich unangemessene Terminierungspreis von 33.5 Rp./Min. erzwungen worden sei (vgl. Dispositiv-Ziff. 2). Dazu fällt auf, dass das im Verfügungsentwurf vom 11. Oktober 2006 (Vorinstanz act. 359) in den Ziff. 193-200



noch enthaltene zweiseitige Kapitel zur angeblichen "Ausbeutung der Endkunden" keinen Eingang in die angefochtene Verfügung gefunden hat. Dies belegt im Rahmen der Entstehungsgeschichte der angefochtenen Verfügung die Verlagerung des Fokus von den Verhältnissen auf der Endkundenebene (Dienstleistungsebene) zu den Terminierungspartnern auf der strukturell anders gearteten Infrastrukturstufe (vgl. dazu nachfolgend E. 11.3.1.4 und E. 12.3.4).

**11.2.2** Dieses prozessuale Vorgehen der Vorinstanz gegen allfällige Preisausbeutungen ist im Grundsatz nicht zu beanstanden. Denn nach Art. 7 Abs. 1 KG lassen sich folgende zwei Ziele verwirklichen: Einerseits dürfen Massnahmen getroffen werden, um fehlenden wirksamen Wettbewerb wiederherzustellen, was die Hauptaufgabe der Vorinstanz ist. Darüber hinaus darf sie - im Sinne der Preisüberwachung nach dem Preisüberwachungsgesetz vom 20. Dezember 1985 (PÜG, SR 942.20) - die Folgen von fehlendem Preiswettbewerb korrigieren (vgl. DUCREY, a.a.O., Rz. 217, m.w.H.). Daher ist - entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin - auch nicht zu bemängeln, dass die Vorinstanz - in der von ihr wahrgenommenen Funktion als "Preisüberwacherin" - für die Beurteilung der Angemessenheit der Preise die Kriterien nach Art. 13 PÜG heranzieht (Verfügung Ziff. 203 und 386).

### 11.3 Die kartellgesetzliche Wertparitätskontrolle im Kontext der bundesrechtlichen Kodifikationen mit Auswirkungen auf Verträge

Die hier ausschliesslich nach *kartellgesetzlichen* Gesichtspunkten, d.h. nach Art. 7 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. c KG zu klärende Streitfrage, ob der angeblich erzwungene *schuldrechtliche* Terminierungspreis von 33.5 Rp./Min. im relevanten Zeitraum angemessen war, liegt im Querschnittsbereich von Schuld-, Straf-, Preisüberwachungs- und Fernmelderecht.

In diesen vier Rechtsbereichen sind zur Überprüfung von schuldvertragsrechtlichen Äquivalenzverhältnissen bereichsspezifisch definierte, *behördliche Wertparitätskontrollen* bundesgesetzlich vorgesehen, denen auch der strittige Terminierungspreis von 33.5 Rp./Min. unterworfen werden könnte, sofern die einschlägigen gesetzlichen Voraussetzungen gegeben sind.

Denn es ist zu beachten, dass im Unterschied zur Regulierung des Netzzugangs nach aArt. 11 FMG (neu: Art. 11 f. FMG), welche öffentlichrechtlicher Natur ist, die direkt zwischen den Fernmeldediensteanbieterinnen im Rahmen der Interkonnektion vertraglich vereinbarten Terminierungspreise rein *schuldrechtlicher* Natur sind und bei Streitigkeiten in die Zuständigkeit von Zivilgerichten fallen - ebenso wie alle Streitigkeiten aus Interkonnektionsentscheiden der ComCom (aArt. 11 Abs. 4 zweiter Satz FMG [heute: Art. 11b FMG]; BGE 125 II 613 E. 1d; vgl. zu den fernmelderechtlichen Erfordernissen an die Interkonnektionsvereinbarungen Art. 49 aFDV [neu: Art. 64 FDV]; vgl. dazu AMGWERT, a.a.O., Rz. 339 ff., sowie Rz. 171 zum privat- bzw. öffentlichrechtlichen Doppelcharakter des Netzzugangsregimes und der Doppelnorm von aArt. 11 FMG [neu: Art. 11 und 11a FMG]). Daher ist angesichts des Verhandlungsprimates nach aArt. 11 Abs. 3 FMG eine staatliche Regelung nur subsidiär für den Fall vorgesehen, dass sich die

Parteien nicht innert vernünftiger Frist einigen können (vgl. BGE 125 II 613 E. 1c; vgl. nachfolgend E. 11.3.4).

Insbesondere die parallel *neben* dem Kartellgesetz - als Privatrechtskodifikation - bestehenden obligationen-, preisüberwachungs- und fernmelderechtlichen *Wertparitätskontrollen* sind für die Auslegung von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG insofern von grundlegender Bedeutung, als erst vor deren Hintergrund die Konturen dieser Bestimmung sichtbar werden und damit deren Anwendungsbereich in einer Weise erkennbar wird, der dem in Art. 7 Abs. 1 erster Satz EMRK verankerten Bestimmtheitsgebot und Gesetzmässigkeitsprinzip zu genügen vermag (vgl. E. 4.3). Gemäss Bundesgericht ist bei der Suche nach der wahren Tragweite einer Norm - neben deren Entstehungsgeschichte und ihres Zwecks - auch die Bedeutung zu suchen, die der Norm *im Kontext mit anderen Bestimmungen* zukommt (vgl. Urteil 2A.503/2006 vom 3. Oktober 2001 E. 4c, m.w.H.).

Deshalb muss hier im Einklang mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung auf die kontextual bedeutsamsten Wertparitätskontrollen Bezug genommen werden, weil diese - genauso wie das Kartellgesetz als Privatrechtskodifikation - auf die privatrechtlichen Verhältnisse der Fernmeldediensteanbieterinnen ausstrahlen und weil insbesondere im Interesse der *Einheit der Rechtsordnung* Wertungswidersprüche vermieden werden müssen, die sich durch eine kartellgesetzlich verkürzte Sicht der Dinge ergeben könnten.

In diesem Zusammenhang hat das Handelsgericht Zürich zutreffend festgehalten, die *Rechtsordnung* eines Rechtsstaats müsse als *Einheit* betrachtet werden und der Anforderung nach Widerspruchsfreiheit genügen. Ansonsten bestehe die Gefahr von offenen oder versteckten Widersprüchen rein logischer Natur oder auf der Werteebene. Neben der Harmonisierung in der Gesetzgebung habe eine solche auch im Rahmen der Rechtsanwendung stattzufinden. Diese Koordinationsaufgabe lasse sich grundsätzlich nicht generell-abstrakt, sondern nur problembezogen und fallorientiert lösen. Zu beachten sei dabei, dass letztlich das Bundeszivil- und das Bundesverwaltungsrecht dem selben Ziel dienen, nämlich der Verwirklichung der an denselben grundsätzlichen Werten orientierten, als Einheit zu betrachtenden Rechtsordnung (vgl. Urteil HG040182 vom 3. Oktober 2006 i.S. TDC Switzerland gegen Swisscom AG, Swisscom Fixnet AG [betr. Forderung aus Wettbewerbsbeschränkung] E. 4c, veröffentlicht in: RPW 2006/4, S. 730 ff.). Dieses Urteil hat die I. Zivilabteilung des Bundesgerichts im einlässlich begründeten Urteil 4C.404/2005 vom 16. Februar 2007 bestätigt.

Entgegen der Auffassung der Vorinstanz erachtet auch das Bundesverwaltungsgericht die im besagten Urteil 4C.404/2005 vorgegebene Rechtsprechungslinie als massgebend. Denn das Interesse an der Einheit der Rechtsordnung wiegt hier besonders schwer, nachdem die Schweiz die Besonderheit kennt, dass parallel zwei Behörden - der Preisüberwacher und die Wettbewerbskommission - existieren, die sich zuständig erklären können, um *ex officio*, d.h. von Amtes wegen, die Angemessenheit des hier strittigen Terminierungspreises von 33.5 Rp./Min. zu überprüfen, soweit die spezialgesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind (vgl. dazu Bot-

schaft KG 1994, a.a.O., S. 526 f.; CHRISTIAN BOVET, in: Tercier/Bovet [Hrsg.], a.a.O., Introduction à la LSPr, Rz. 5 ff.; CLERC, a.a.O., Rz. 198 zu Art. 7 KG; ROLF H. WEBER, Stämpflis Handkommentar zum Preisüberwachungsgesetz, Bern 2009, Vorbem. N. 48-61 und N. 9 ff. zu Art. 3 PüG [zur Entstehungsgeschichte] sowie Vorbem. N. 70 ff., N. 24 ff. zu Art. 3, N. 10 ff. zu Art. 5, N. 1 ff. zu Art. 16 PüG [zum Verhältnis beider Behörden zueinander]).

Somit ist nachfolgend entsprechend der höchstrichterlichen Rechtsprechung, soweit dies hier für das Verständnis erforderlich ist, auf die wichtigsten, potenziell anwendbaren Instrumente bzw. Verfahren zur "Preishöhenkontrolle" einzugehen, die in den folgenden vier Bundesgesetzen geregelt sind: (1.) *Kartellgesetz*: Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG (vgl. E. 11.3.1); (2.) *Obligationenrecht*: Art. 21 OR (vgl. E. 11.3.2); (3.) *Preisüberwachungsgesetz*: Art. 12 f. PüG (vgl. E. 11.3.3) und (4.) *Fernmeldegesetz*: aArt. 11 FMG (vgl. E. 11.3.4).

**11.3.1** Vom Kartellgesetz, d.h. von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG, ist auszugehen. Nach dieser Bestimmung fällt als unzulässige Verhaltensweise "die Erzwingung unangemessener Preise" in Betracht. Dieses Verhalten stellt gleichzeitig eine "Benachteiligung" (Ausbeutung) der Marktgegenseite im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG dar, weshalb sie dem marktbeherrschenden Unternehmen als ein nach Art. 49a Abs. 1 KG sanktionswürdiger Missbrauch seiner Stellung ausgelegt wird (vgl. E. 4.5 und E. 11.1.3).

**11.3.1.1** Zum Verständnis dieser *kartellgesetzlichen* Schutznorm, mit der *privatrechtsgestaltende* Interventionen der Vorinstanz gerechtfertigt werden sollen, ist vorzuschicken, dass Vertragsparteien als Ausfluss der *Vertragsfreiheit* (verstanden als Inhaltsfreiheit) die *Wertrelationen von Leistung und Gegenleistung grundsätzlich frei bestimmen* können (vgl. BERNHARD BERGER, Allgemeines Schuldrecht, Bern 2008, Rz. 1067; JACQUES BONVIN, in: Tercier/Bovet [Hrsg.], a.a.O., Remarques liminaires aux art. 6-11 LSPr, Rz. 14; EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht - Allgemeiner Teil, Zürich 1988, S. 228; PIERRE ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, 2. Aufl., Bern 1997, S. 298; NICOLAS HERZOG, in: Honsell [Hrsg.], Kurzkommentar Obligationenrecht, Basel 2008, N. 1 zu Art. 21 OR; BRUNO SCHMIDLIN, in: Thévenoz/Werro [Hrsg.], Commentaire romand, Code des obligations I, Genf/Basel/München 2003, N. 2 und 30 zu Art. 21 OR).

Insofern ist es den Parteien eines schuldrechtlichen Vertrags nicht verwehrt, auch die Bezahlung von "hohen" Preisen abzumachen, die selbst die wirtschaftliche Leistungskraft des Schuldners übersteigen, ohne dass solche Preise aus obligationenrechtlicher Sicht als "ausbeuterisch" oder "unangemessen" in Frage gestellt werden dürften (vgl. HERZOG, a.a.O., N. 3 zu Art. 21 OR; CLAIRE HUGUENIN, in: Honsell/ Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 4. Aufl., Basel 2007, N. 21 zu Art. 21 OR). In diesem Sinne hat es das Bundesgericht abgelehnt, ein behauptetes Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung unter dem Gesichtswinkel der Sittenwidrigkeit (Art. 20 Abs. 1 OR) zu prüfen, weil es gerade nicht Ziel der Grundwerte unserer Rechtsordnung sei, eine *Wertdisparität* von Vertragsleis-

tungen zu verbieten (vgl. BGE 115 II 232 E. 4c). Nach dem Bundesgericht werde dieser Problembereich abschliessend vom Übervorteilungsstatbestand des Art. 21 OR erfasst (vgl. BGE 115 II 232 E. 4c; Urteil des Bundesgerichts 4A\_504/2008 vom 6. Juli 2009 E. 2.1; HUGUENIN, a.a.O., N. 21 zu Art. 21 OR; ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht - Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Bern 2009, Rz. 265; a.M. BONVIN, a.a.O., Remarques liminaires aux art. 6-11 LSPr, Rz. 17 f.; ENGEL, a.a.O., S. 306; PIERRE TERCIER, Le droit des obligations, 3. Aufl., Genf/Zürich/ Basel 2004, N. 778).

**11.3.1.2** Aus diesem Grund werden im Vertragsrecht (vorbehältlich von Art. 21 OR) *selbst gravierende* Inadäquanzen toleriert (vgl. HERZOG, a.a.O., N. 3 zu Art. 21 OR). Infolgedessen wird nur in *Ausnahmefällen* eine Verletzung der "Vertragsgerechtigkeit" angenommen (vgl. BGE 123 III 292 E. 2 e/aa; BUCHER, a.a.O., S. 229; a.M. PETER GAUCH, Der Fussballclub und sein Mietvertrag, recht 1998, S. 55 ff., 95). Denn nach Auffassung des Bundesgerichts dürfe im geltenden System der *Privatautonomie* einer Berufung auf Art. 21 OR nur ausnahmsweise stattgegeben werden (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.238/2004 vom 13. Oktober 2005 E. 2.1; BUCHER, a.a.O., S. 229).

Diese restriktive Haltung hängt mit der Auffassung zusammen, dass es "nur einen *durch Angebot und Nachfrage bestimmten, nicht jedoch einen 'gerechten Preis' gibt*" (BUCHER, a.a.O., S. 231. Vgl. auch BGE 123 III 292 E. 6b; DUCREY, a.a.O., Rz. 216; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 693; WEBER, Handkommentar, a.a.O., Vorbem. N. 1, sowie N. 6 und N. 10 zu Art. 12 PüG; zum "Zusammenspiel von Angebot und Nachfrage" im marktwirtschaftlichen *Preisbildungsprozess* vgl. (1.) aus ökonomischer Sicht HANS CHRISTOPH BINSWANGER, Die Wachstumsspirale - Geld, Energie und Imagination in der Dynamik des Marktprozesses, Marburg 2006, S. 9, 86-95, 97-102, sowie (2.) die Kritik am Denkmodell dieses "Zusammenspiels" bei KARL-HEINZ BRODBECK, Die fragwürdigen Grundlagen der Ökonomie, 3. Aufl., Darmstadt 2007, S. 25 ff.; STEVE FLEETWOOD, Why neoclassical economics explains nothing at all, in: Fullbrook [Hrsg.], Real World Economics, London/New York/Delhi 2007, S. 45 ff.; BERNARD GUERRIEN, Dictionnaire d'analyse économique, 3. Aufl., Paris 2002, S. 305-307; CLAUS PETER ORTLIEB, Methodische Probleme und methodische Fehler der mathematischen Modellierung in der Volkswirtschaftslehre, Hamburg 2004, S. 4-18, online unter: [www.math.uni-hamburg.de/home/ortlieb/](http://www.math.uni-hamburg.de/home/ortlieb/) > Ökonomische und ökonomiekritische Texte; WILHELM RÖPKE, Jenseits von Angebot und Nachfrage, Düsseldorf 2009, S. 334 ff.; KURT W. ROTHSCHILD, Macht: Die Lücke in der Preistheorie, in: Held/Kubon-Gilke/Sturn [Hrsg.], Macht in der Ökonomie, Marburg 2008, S. 15 ff., insbes. S. 22-32).

Auch die Lehre zum Kartellrecht befürwortet für Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG einhellig diese dem Schuldrecht entstammende Auffassung des Primats der Privatautonomie, indem eine *kartellgesetzliche* Intervention zur Festlegung eines "*gerechten Preises*" abgelehnt wird (vgl. DUCREY, a.a.O., Rz. 216; REINERT, a.a.O., N. 23 zu Art. 7 KG; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 693; aus ökonomischer Sicht zur Geschichte und Kritik der im Laufe der Zeit entwickelten Tausch- und Geldtheorien und ihres

Verhältnisses zur Idee des "gerechten Preises" vgl. KARL-HEINZ BRODBECK, Die Herrschaft des Geldes - Geschichte und Systematik, Darmstadt 2009, S. 398-847).

**11.3.1.3** Im Unterschied zum schuldrechtlichen Übervorteilungstatbestand (vgl. nachfolgend E. 11.3.2) ist Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG auf Fälle von "marktbedingter Leistungsinäquivalenz" zugeschnitten (vgl. HUGUENIN, a.a.O., N. 21 zu Art. 21 OR). Diese Bestimmung enthält deshalb einen auf marktbeherrschende Unternehmen zugeschnittenen Anwendungsbereich, indem das nach Art. 4 Abs. 2 KG die Marktbeherrschung konstituierende Merkmal des "in wesentlichem Umfang unabhängigen Verhaltens" ein Ausmass an *Handlungsfreiheit* beinhaltet, das mit einem entsprechenden Zwangspotenzial gegenüber einer auf Geschäftsbeziehungen angewiesenen Marktgegenseite einhergeht (vgl. REINERT, a.a.O., N. 23 zu Art. 7 KG; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 694).

Insofern geht es letztlich - aus der Sicht der marktbeherrschenden "Täterseite" - um den "Missbrauch wirtschaftlicher Handlungsfreiheit" gegenüber der als Opfer ausgebeuteten Marktgegenseite (Art. 4 Abs. 2 i.V.m. Art. 7 KG; ROGER ZÄCH/ADRIAN KÜNZLER, Traditionelle europäische Wettbewerbspolitik versus "more economic approach", EuZ 2009, S. 30 ff., insbes. S. 32 ff.; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 91, 526 ff.; vgl. auch AMSTUTZ, a.a.O., S. 52 ff.; Bundeskartellamt, Die Zukunft der Missbrauchsaufsicht in einem ökonomisierten Wettbewerbsrecht [Hintergrundpapier vom 20. September 2007], online unter: [www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Diskussionsbeitraege/070920\\_AK\\_Kartellrecht.pdf](http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Diskussionsbeitraege/070920_AK_Kartellrecht.pdf); zum Problem der *Gefährdung der Handlungsfreiheit im Markt* unter Bezugnahme auf Friedrich August von Hayek vgl. ADRIAN KÜNZLER, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit?, Zur Frage nach den Aufgaben des Rechts gegen private Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen 2008, S. 201-219, sowie KARL-HEINZ BRODBECK, Was heisst eigentlich "Marktgehorsam"?, in: Assländer/Ulrich [Hrsg.], 60 Jahre Soziale Marktwirtschaft - Illusionen und Reinterpretationen einer ordnungspolitischen Integrationsformel, Bern/Stuttgart/Wien 2009, S. 45-67, online unter: [www.khbrodbeck.homepage.t-online.de](http://www.khbrodbeck.homepage.t-online.de) > Downloads > Ökonomie).

In diesem Sinne verweist der im Kontext von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG verwendete Begriff "Erzwingung", der Art. 82 EG-V nachgebildet ist (vgl. E. 12.3.3), auf die wirtschaftliche Macht eines beherrschenden Unternehmens, das seinen Vertragspartnern seinen Willen aufzwingen kann, weshalb es auf deren Verhandlungsgeschick nicht ankommen kann (vgl. DE BRONETT, a.a.O., § 22 N. 49, S. 928; CLERC, a.a.O., Rz. 209 zu Art. 7 KG). Aus diesem Grunde stehen insbesondere Monopolisten unter dem Generalverdacht, dass sie ihre Preissetzungsmacht tendenziell durch die Festsetzung von "unangemessen hohen Preisen" missbrauchen (vgl. AMGWERT, a.a.O., Rz. 58). Dazu hält indessen ZÄCH einschränkend fest, dass auch hohe Preise nicht perse als unangemessen zu beurteilen seien. Denn Wettbewerb schliesse die Möglichkeit ein, hohe Preise zu verlangen, nachdem man durch überlegene Leistung eine Monopolstellung errungen habe (ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 693; vgl. auch KÜNZLER, a.a.O., S. 125 f.). Gerade die hier angesprochene Notwendigkeit, missbräuchliche bzw. wett-

bewerbswidrige von wettbewerbskonformen Verhaltensweisen abzugrenzen (vgl. E. 4.5.1, sowie ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 626 ff.), hat zur Lehre der sogenannten "*legitimate business reasons*" geführt, mit der das Vorliegen "sachlicher Gründe" evaluiert werden soll, um beispielsweise auf den ersten Blick unübliche Geschäftspraktiken rechtfertigen zu können (vgl. AMSTUTZ, a.a.O., S. 59 ff.; BORER, a.a.O., Rz. 9 zu Art. 7 KG; Clerc, a.a.O., Rz. 79 ff. zu Art. 7 KG; KÜNZLER, a.a.O., S. 452 ff.; KATHARINA SCHINDLER, Wettbewerb in Netzen als Problem der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht: die «Essential Facility»-Doktrin im amerikanischen, europäischen und schweizerischen Kartellrecht, Bern 1998, S. 195 f.; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 627 ff.).

Diese Grundlagen befolgt auch die Wettbewerbskommission in ihrer Praxis zur Preisausbeutung. In ihrer Verfügung vom 22. November 2004 i.S. Swisscom Directories AG hält die Vorinstanz fest, gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG sei ein von einem marktbeherrschenden Unternehmen "festgelegter" Preis unangemessen, wenn er in keinem angemessenen Verhältnis zur wirtschaftlichen Gegenleistung stehe und nicht Ausdruck von Leistungswettbewerb, sondern einer monopolnahen Dominanz auf dem relevanten Markt sei (Rz. 300, veröffentlicht in: RPW 2005/1 S. 54 ff., insbes. S. 104). Nach Auffassung der Vorinstanz habe das Kartellgesetz dort einzugreifen, wo die Preise nicht Resultat des Zusammenspiels von Angebot und Nachfrage seien, d.h. in Fällen, wo die Renditennormalisierungsfunktion, welche die Preisbildung im wirksamen Wettbewerb determiniert, ausgeschaltet sei (a.a.O., Rz. 300). In diesem Zusammenhang anerkennt die Vorinstanz in Übereinstimmung mit der Lehre, dass auch hohe Preise gerechtfertigt sein können, wenn die Preisbildung auf sachlichen Grundlagen ("*legitimate business reasons*") beruhe, zumal das Kartellgesetz nicht bezwecke, für "gerechte" Preise zu sorgen (a.a.O., Rz. 300). Daher, so die Schlussfolgerung der Vorinstanz, sei in einem nach Art. 4 Abs. 2 KG vermarkteten Markt nach Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG zu prüfen, wie sich die strittigen Preise (oder Geschäftsbedingungen) ohne Bestehen einer marktbeherrschenden Position eines Unternehmens präsentieren würden (a.a.O., Rz. 300).

**11.3.1.4** Bei diesen Gedanken aus der Lehre und der Praxis zur Auslegung von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG ist freilich zu beachten, dass stillschweigend jeweils Märkte vorausgesetzt werden, die von der *Vertragsfreiheit* in ihren unterschiedlichen Aspekten etwa der Abschlussfreiheit, Partnerwahlfreiheit, Inhaltsfreiheit, Formfreiheit oder der Aufhebungsfreiheit (vgl. BGE 129 III 35 E. 6.1; EUGEN BUCHER, in: Honsell/ Vogt/Wiegand [Hrsg.], a.a.O., N. 5-19 vor Art. 1-40 OR) beherrscht werden. Diese *implizite* Voraussetzung wird nie speziell erwähnt, sondern als für "normale" Märkte selbstverständlich angenommen. Demgemäss wird - wie hier ohne vertiefte Reflexion - davon ausgegangen, dass sich bei Marktbeherrschungssachverhalten ein *kartellgesetzlicher* Interventionsbedarf immer dann ergeben müsse, wenn die Preisbildung nicht mehr als das Ergebnis von wirksamem Wettbewerb erscheint.

Im Kontrast dazu stehen *Netzwerksachverhalte*, die sich dadurch auszeichnen, dass - wie beispielsweise hier - Angebotsmonopolisten auf der Infrastrukturebene in

gegenseitiger Abhängigkeit voneinander Terminierungspreise aushandeln müssen. Solche Netzwerksachverhalte finden insbesondere in der gängigen Literatur zum Kartellrecht, wenn überhaupt, kaum Erwähnung.

In der bei der kartellrechtlichen Prüfung mitzubrück-sichtigenden öffentlichrechtlichen *Interkonnectionsregelung* von aArt. 11 FMG wird mit der fernmelderechtlichen Kontrahierungspflicht der Beschwerdeführerin die Abschluss- und Partnerwahlfreiheit (als Teilaspekte der Vertragsfreiheit) eingeschränkt (aArt. 11 Abs. 1 FMG). Gleichzeitig wird den Vertragsparteien des Marktbeherrschers das - auf "normalen" Märkten *nicht* bestehende - Recht eingeräumt, bereits im Rahmen von Vertragsverhandlungen einen behördlichen Regulator (ComCom als spezialgesetzliche Wettbewerbsbehörde) zur Festsetzung von Terminierungspreisen oder weiteren Vertragsnebenbedingungen anzurufen (aArt. 11 Abs. 3 FMG; vgl. AMGWERD, a.a.O., Rz. 353-357).

Der Einfluss, den diese fernmelderechtliche Ordnung für den zu beurteilenden angeblich kartellgesetzwidrigen Terminierungspreis von 33.5 Rp./Min. hat (vgl. E. 10.8), wird in der Erwägung 12.3 vertieft zu erörtern sein, nachdem im Folgenden die weiteren bundesrechtlichen Wertparitätskontrollen kurz darzustellen sind.

**11.3.2** Der *Übervorteilungstatbestand* von Art. 21 OR, der ebenfalls mit Art. 157 StGB (E. 4.5.2) strukturell verwandt ist, enthält einen schuldrechtlichen Prüfungs-massstab, der sich mit den Voraussetzungen von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG vergleichen lässt (E. 11.3.1 und E. 12.1).

Nach Art. 21 Abs. 1 OR kann der Verletzte innert Jahresfrist erklären, dass er den Vertrag nicht halte und das schon Geleistete zurückverlange, wenn ein *offenbares Missverhältnis zwischen der Leistung und der Gegenleistung* durch einen Vertrag begründet wird, dessen Abschluss von dem einen Teil durch Ausbeutung der *Notlage, der Unerfahrenheit* oder des *Leichtsinn*s des anderen herbeigeführt worden ist.

**11.3.2.1** Dieser Tatbestand setzt objektiv ein offenbares Missverhältnis zwischen den Austauschleistungen und subjektiv eine Schwächelage des Übervorteilten sowie ihre bewusste Ausbeutung durch den Übervorteilenden voraus (vgl. BGE 123 III 292 E. 4; HERZOG, a.a.O., N. 4-9 zu Art. 21 OR; HUGUENIN, a.a.O., N. 5-14 zu Art. 21 OR).

Die *Schwächelage* muss sich als Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit in einer "subjektiven Ausnahmesituation" manifestieren, die ein freies Aushandeln der Vertragsbedingungen ausschliesst und den Betroffenen zu aussergewöhnlichen Entschlüssen führt (vgl. HUGUENIN, a.a.O., N. 10 zu Art. 21 OR). Liegt diese Schwächelage vor, gilt der "ausgehandelte" Preis nicht als Ausfluss der prinzipiell zu respektierenden Privatautonomie, was dem Übervorteilten ein Anfechtungsrecht gibt. Auf dessen Zivilklage hin hat der Richter zu prüfen, ob ein objektives Missverhältnis zwischen den Austauschleistungen besteht. Dabei ist vom *Marktpreis* gleicher oder vergleichbarer Leistungen auszugehen und bei dessen Fehlen von anerkannten Bewertungsmassstäben entsprechender Leistungen (vgl. BGE 123 III 292 E. 6a). Fehlt ein Marktpreis, kann eine Leistung aufgrund der

Kosten (Leistungsaufwand) zuzüglich eines angemessenen Profitzuschlags bewertet werden oder es sind die Kriterien des Art. 13 PÜG beizuziehen (HUGUENIN, a.a.O., N. 6 zu Art. 21 OR, m.w.H.).

**11.3.2.2** Bereits diese knappe Übersicht zeigt, wie anspruchsvoll die Aufgabe *aller* preiskontrollierenden Behörden ist, wenn diese mit Blick auf privatrechtsgestaltende oder sanktionierende Entscheide die Angemessenheit intersubjektiver Wertrelationen, d.h. den im Preis ausgedrückten Sach- oder Leistungswert, sachlich fundiert beurteilen müssen (vgl. zur Problematik verschiedener Preisregulierungsmodelle: WEBER, Handkommentar, a.a.O., Vorbem. N. 22-39).

**11.3.3** Im Unterschied zu den vorgenannten Bestimmungen, denen letztlich immer die amtliche Kontrolle *bestehender* Schuldverträge zu Grunde liegen, sind die *preisüberwachungsrechtlichen* Interventionsschwellen wesentlich tiefer angesetzt, indem ganz allgemein und einzelvertragsunabhängig Preise - als in Geld ausgedrückte Tauschwerte von Gütern oder Dienstleistungen (vgl. WEBER, Handkommentar, a.a.O., N. 15 zu Art. 1 PÜG) - amtlich überprüft werden können, sofern nicht Sonderregelungen dem entgegen stehen.

**11.3.3.1** Nach Art. 4 Abs. 2 erster Satz PÜG obliegt dem Preisüberwacher die Hauptaufgabe, die missbräuchliche Erhöhung und Beibehaltung von Preisen zu verhindern oder zu beseitigen, wenn marktmächtige Unternehmen (Art. 2 PÜG) Preise verlangen, die auf dem betreffenden Markt nicht das Ergebnis von wirksamem Wettbewerb sind (vgl. Art. 12 Abs. 1 PÜG). Ein solcher fehlt insbesondere dann, wenn die Abnehmer keine Möglichkeit haben, ohne erheblichen Aufwand auf vergleichbare Angebote auszuweichen (Art. 12 Abs. 2 PÜG; WEBER, Handkommentar, a.a.O., N. 20 ff. zu Art. 12 PÜG).

**11.3.3.2** Das Preisüberwachungsrecht kennt keine spezifisch subjektsbezogenen Eingriffskriterien, wie beispielsweise die Erzwingung gegenüber dem Betroffenen (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG) oder dessen Not- (Art. 21 OR) oder Zwangslage (Art. 157 StGB), die im Rahmen eines konkreten Vertragsverhältnisses bestehen müsste (vgl. WEBER, Handkommentar, a.a.O., N. 23 zu Art. 1 PÜG).

Denn der Preisüberwacher soll nach PÜG im Interesse des *Konsumentenschutzes* (vgl. BONVIN, a.a.O., Rz. 25 zu Art. 4 PÜG; Weber, Handkommentar, a.a.O., N. 21 zu Art. 4 PÜG bzw. N. 13 zu Art. 12 PÜG) generell verhindern, dass bei fehlendem wirksamem Wettbewerb bestehende erhöhte Preissetzungsspielräume zur Festlegung missbräuchlicher Preise ausgenutzt und Kartell- bzw. Monopolrenten realisiert werden (vgl. BGE 130 II 449 E. 6.4; RUDOLF LANZ, Die wettbewerbspolitische Preisüberwachung, in: Cottier/Oesch [Hrsg.], a.a.O., Rz. 29; WEBER, Handkommentar, a.a.O., Vorbem. N. 2 ff.). Insofern will die preisüberwachungsrechtliche Wettbewerbersatzpolitik missbräuchliche Preisbildungen als Folge von fehlendem Preiswettbewerb verhindern (vgl. LANZ, a.a.O., Rz. 13).

**11.3.3.3** Im Unterschied zur Vorinstanz, die in der angefochtenen Verfügung darauf verzichtet, die preisliche Angemessenheitsgrenze festzulegen (Verfügung Ziff. 353 und 422; vgl. kritisch dazu JACOBS, a.a.O., S. 147), obliegt dem Preisüberwacher diese Aufgabe (vgl. LANZ,

a.a.O., Rz. 25 ff., 58 ff.; WEBER, Handkommentar, a.a.O., N. 4 f. zu Art. 10 PÜG, mit Verweis auf BGE 130 II 449 E. 6.1). Bei der Prüfung, ob eine missbräuchliche Erhöhung oder Beibehaltung eines Preises vorliegt, hat er nach Art. 13 Abs. 1 PÜG insbesondere die folgenden Faktoren zu berücksichtigen: die Preisentwicklung auf Vergleichsmärkten (Bst. a), die Notwendigkeit der Erzielung angemessener Gewinne (Bst. b), die Kostenentwicklung (Bst. c), besondere Unternehmensverhältnisse (Bst. d) und besondere Marktverhältnisse (Bst. e). Das Gesetz enthält keine Definition des missbräuchlichen Preises, sondern nur Elemente, die bei der Beurteilung zu berücksichtigen sind. Diese Elemente sind nicht abschliessend und stehen nicht in einem hierarchischen Verhältnis. Zudem steht dem Preisüberwacher in der Auswahl der anzuwendenden Methode ein erheblicher Ermessensspielraum zu (vgl. BGE 130 II 449 E. 6.1, m.w.H.).

Fehlen Vergleichsmärkte, d.h. vergleichbare Wettbewerbspreise, muss der Preisüberwacher bei der *Angemessenheitsprüfung* auf die in Art. 13 Bst. b bis Bst. e PÜG umschriebenen weiteren Beurteilungselemente ausweichen (vgl. BGE 130 II 449 E. 6.4). Bei der Frage der Missbräuchlichkeit ist insbesondere nach Art. 13 Abs. 1 Bst. b PÜG die Notwendigkeit der Erzielung angemessener Gewinne zu prüfen, d.h. die Gewinnmarge (vgl. BGE 130 II 449 E. 6.7.1 und E. 6.8.1).

**11.3.3.4** Trotz der parallelen Sachzuständigkeit des Preisüberwachers und der Vorinstanz bei Preiskontrollen (zu deren Arbeitsteilung vgl. BONVIN, a.a.O., Rz. 16-37 zu Art. 5 PÜG sowie Rz. 7 ff. zu Art. 16 PÜG; LANZ, a.a.O., Rz. 41; WEBER, Handkommentar, a.a.O., N. 10 zu Art. 5 PÜG sowie N. 3 f. und N. 16 zu Art. 16 PÜG) unterscheiden sich die Wirkungsmöglichkeiten dieser Behörden beträchtlich:

Bei Preisausbeutungssachverhalten genügt für eine Intervention des Preisüberwachers zwar schon die Abwesenheit von wirksamem Wettbewerb (Art. 12 PÜG; vgl. BONVIN, a.a.O., Rz. 14 ff. zu Art. 12 PÜG), sofern nicht die in Art. 15 PÜG vorbehaltenen bundesrechtliche Preisüberwachung greift. Dies könnte - im vorliegenden Kontext - nur bei einem *hängigen* Interkonkurrenzverfahren der Fall sein, was die Zuständigkeit des Preisüberwachers ausschliesst und ihm lediglich ein Empfehlungsrecht einräumen würde (Art. 15 Abs. 2<sup>bis</sup> f. PÜG). Diese differenzierte Sicht steht mit der Praxis des Bundesgerichts im Einklang, wonach Interkonkurrenz Sachverhalte unter Beachtung des Kartell-, Wettbewerbs- und Preisüberwachungsrechts in den gesamten Kontext der Wirtschaftsordnung gestellt werden müssen (vgl. Urteil 2A.503/2000 vom 3. Oktober 2001 E. 6c, wonach die Interkonkurrenzpflicht als besondere sektorische Regelung ergänzend zu der übrigen preis- und wettbewerbsrechtlichen Ordnung hinzutritt; BONVIN, a.a.O., Rz. 19-34 zu Art. 15 PÜG; WEBER, Handkommentar, a.a.O., N. 15 zu Art. 16 PÜG; a.M., wenn auch ohne Bezugnahme auf das bundesgerichtliche Urteil 2A.503/2000, MARCEL DIETRICH/ALEXANDER BÜRGI, Abgrenzung der Zuständigkeiten von Wettbewerbskommission und Preisüberwacher, sic! 2005, S. 179 ff.; LANZ, a.a.O., Rz. 35, 134).

Indes stehen dem Preisüberwacher - wegen der tiefen Eingriffsschwelle - im Unterschied zur Vorinstanz *keiner-*

*lei Sanktionskompetenzen* zu, um "Preisausbeutungen" als solche *nachträglich* zu bestrafen (BOVET, a.a.O., Introduction à la LSP, Rz. 38). Strafbestimmungen sind nach Art. 23 Abs. 1 PÜG nur vorgesehen, wenn (a.) eine verfügte Preissenkung nicht vorgenommen wird, (b.) trotz Untersagung ein Preis erhöht wird oder (c.) einvernehmlich geregelte Preise überschritten werden (vgl. die entsprechende Regelung in Art. 50 KG sowie dazu das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2157/2006 vom 3. Oktober 2007 i.S. Flughafen Zürich AG (Unique) E. 4 ff., veröffentlicht in: RPW 2007/4, S. 653 ff.).

Im Unterschied dazu ist die Wettbewerbskommission gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG (i.V.m. Art. 7 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. c KG) ermächtigt, Preisausbeutungen mit Verwaltungssanktionen zu belegen. Diese einschneidende Sanktionsbefugnis erklärt auch, weshalb der Kartellgesetzgeber für die Vorinstanz eine bedeutend höhere Eingriffsschwelle festgelegt hat, die mit den spezifischen Voraussetzungen von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG - vergleichbar mit dem Wuchertatbestand von Art. 157 StGB (E. 4.5.2) - die *Sanktionswürdigkeit* des inkriminierten Verhaltens widerspiegeln soll (vgl. E. 12).

**11.3.4** Zum Abschluss dieser Übersicht ist auf das *fernmelderechtliche* Preiskontrollverfahren einzugehen, das die strukturell tiefste Eingriffsschwelle kennt und für das die ComCom als *sektorspezifische Wettbewerbsbehörde* zuständig ist:

**11.3.4.1** Gemäss dem hier anwendbaren aArt. 11 Abs. 3 FMG (vgl. E. 3.2) verfügt die ComCom auf Antrag des BAKOM (vgl. auch Art. 47 aFDV) die Interkonkurrenzbedingungen nach markt- und branchenüblichen Grundsätzen, wenn innert dreier Monate zwischen der zur Interkonkurrenz verpflichteten Anbieterin und der Anfragerin keine vertragliche Einigung zustande kommt. Zu betonen ist, dass einzig die betroffenen Fernmeldeanbieterinnen Parteien eines Interkonkurrenzvertrags sind. Auf Gesuch einer dieser Parteien - oder von Amtes wegen (Art. 44 aFDV) - kann die ComCom einstweiligen Rechtsschutz gewähren, um die Interkonkurrenz während des Verfahrens sicherzustellen (aArt. 11 Abs. 3 zweiter Satz FMG; Art. 44 aFDV). Die Art. 38 ff. aFDV regeln das Verfahren zum Abschluss von Interkonkurrenzvereinbarungen, Art. 43 ff. aFDV dasjenige zur Anordnung einer Verfügung auf Interkonkurrenz (vgl. dazu das Urteil des Bundesgerichts 2A.206/2001 vom 24. Juli 2001 E. 1b).

**11.3.4.2** Nach aArt. 11 Abs. 1 FMG sind die *Interkonkurrenzpreise* einer marktbeherrschenden Fernmeldeanbieterin *kostenorientiert* auszugestalten. Die Grundsätze einer solchen kostenorientierten Preisgestaltung werden in Art. 45 aFDV konkretisiert (unter Verwendung verschiedener unbestimmter Rechtsbegriffe, die sich durch eine hohe technische Komplexität auszeichnen). Dazu hat das Bundesgericht festgehalten, dass Kostenorientierung nicht Kostengleichheit bedeute (vgl. BGE 132 II 257 E. 3.3.2). Denn auch die marktbeherrschende Anbieterin dürfe auf ihren Investitionen einen Gewinn erzielen, wobei sich die Preise an den Kosten ausrichten müssten und der Gewinn nicht übermässig sein dürfe; im Zweifel habe er den markt- und branchenüblichen Profiten für die fraglichen Interkonkurrenzleistungen gemäss aArt. 11 Abs. 3 FMG zu ent-

sprechen (vgl. BGE 132 II 257 E. 3.3.2). In diesem Zusammenhang hält das Bundesgericht fest, dass sich die interkonnektionspflichtige Anbieterin nicht auf allenfalls ineffiziente eigene Kosten berufen dürfe, sondern dass sich die Preise am Aufwand einer effizienten Anbieterin in einer funktionierenden Wettbewerbssituation auszurichten hätten, unter Berücksichtigung einer üblichen Gewinnmarge (vgl. BGE 132 II 257 E. 3.3.2, mit Verweis auf Art. 45 Abs. 2 aFDV). Auch verlange die Festsetzung kostenorientierter Preise nicht die vollständig gesicherte Erhebung der tatsächlichen Kosten, sondern lediglich eine auf objektiven Kriterien beruhende, nachvollziehbare Annäherung der Preise an diese Kosten mit Zuschlag einer üblichen Profitmarge (vgl. BGE 132 II 257 E. 3.3.2).

**11.3.4.3** Wie sich aArt. 11 Abs. 3 FMG entnehmen lässt, ist es der ComCom jedoch *verwehrt*, Terminierungspreise von Amtes *wegen* auf ihre Angemessenheit hin zu überprüfen. Vielmehr darf sie *nur auf Gesuch* einer auf Interkonnektion angewiesenen Fernmeldedienstanbieterin hin tätig werden, wenn diese mit der marktbeherrschenden - und daher nach aArt. 11 Abs. 1 FMG interkonnektionspflichtigen - Anbieterin keine Einigung zum Terminierungspreis oder Terminierungstarif erzielt (vgl. neurechtlich Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7162/2008 vom 1. Februar 2010 E. 9.3.5, sowie zur Tarifstruktur von Terminierungsvereinbarungen BGE 132 II 257 E. 3.3.3).

Denn nach den Vorstellungen des Bundesgesetzgebers sollen die -erst auf der *Dienstleistungsebene* - als Konkurrenten auftretenden Vertragsparteien selbst die Interkonnektionsbedingungen (d.h. Preise und Nebenbedingungen) aushandeln (vgl. Botschaft FMG 1996, a.a.O., S. 1419). Nur bei vertraglicher Nichteinigung soll der Regulator vermitteln und die Modalitäten der Netzzusammenschaltung festlegen. Nach Auffassung des Bundesrats, dem der Bundesgesetzgeber gefolgt ist, soll "staatliches Handeln (...) also auch hier subsidiär sein, d.h. nur dann erfolgen, wenn vertraglich keine Lösung gefunden wird" (vgl. Botschaft FMG 1996, S. 1419). Diese in aArt. 11 Abs. 3 festgelegte "*Subsidiarität* der Behördenintervention" wird auch als *Verhandlungsprimat* bezeichnet (vgl. AMGWERT, a.a.O., Rz. 349-352), das sich auf die Phase der vertraglichen Interkonnektionsverhandlungen bezieht, die von der Vertragsfreiheit (als Inhaltsfreiheit) beherrscht werden. Dies ist abzugrenzen von der nach Art. aArt. 11 Abs. 1 FMG bestehenden Kontrahierungspflicht, welche die Vertragsfreiheit des Marktbeherrschers in Bezug auf Abschluss- und Partnerwahlfreiheit aufhebt (vgl. oben E. 11.3.1.3).

Anzumerken bleibt auch hier, dass die fernmelderechtliche Preiskontrolle kein dem Kartellgesetz vergleichbares Sanktionssystem kennt, in dem strafähnliche "Bussgelder" verhängt werden können. Dies wäre im Übrigen systemwidrig, nachdem der ComCom die Rolle zukommt, auf Einigungen hinzuwirken und bei Interkonnektionsverhandlungen der als schutzbedürftig erachteten Marktgegenseite (des marktbeherrschenden Unternehmens) unterstützend beizustehen, und erst auf deren Gesuch hin allenfalls privatrechtsgestaltend den Terminierungspreis festzulegen (vgl. AMGWERT, a.a.O., Rz. 353-357).

**11.3.4.4** Das Verhandlungsprimat, das die Vorinstanz als "ineffizient" kritisiert (Verfügung Ziff. 60, 166), wurde auch in der jüngsten Revision des Fernmeldegesetzes nicht in Frage gestellt. In seiner Botschaft dazu hält der Bundesrat am Verhandlungsprimat mit der Begründung fest, die Vertragsfreiheit gehe dem behördlichen Eingriff vor, zumal während des Instruktionsverfahrens noch eine Vermittlung zwischen den Parteien versucht werden solle (vgl. Botschaft FMG 2003, a.a.O., S. 8002).

Des Weiteren hat es der Bundesgesetzgeber in Übereinstimmung mit dem Antrag des Bundesrats *abgelehnt*, im revidierten Fernmelderecht die in Europa geltende *ex-ante-Regulierung* einzuführen, wonach marktbeherrschende Anbieterinnen ihre Zugangsbedingungen (Preise und Nebenbedingungen) dem Telekom-Regulator vorab (*ex ante*) zur *Genehmigung* vorlegen müssen (vgl. AMGWERT, a.a.O., Rz. 350 ff.). Dazu hält der Bundesrat in seiner Botschaft fest (a.a.O., S. 8002):

"Demgegenüber verlangt der neue EU-Rechtsrahmen die Einführung einer so genannten Ex-ante-Regulierung. Die Abkehr vom Verhandlungsprimat zu Gunsten einer solchen Ex-ante-Regulierung hätte zur Folge, dass die ComCom bei Vorliegen einer von der Wettbewerbskommission festgestellten Marktbeherrschung von Amtes wegen eingreifen und die technischen sowie die kommerziellen Interkonnektionsbedingungen unabhängig von einem Antrag einer Anbieterin von Fernmeldediensten festlegen könnte. Die Markteintrittsbedingungen wären damit für alle Fernmeldedienstanbieterinnen von Anfang an bekannt. Zudem gälten die von der ComCom festgelegten Interkonnektionsbedingungen nicht nur zwischen den am Verfahren beteiligten Parteien, sondern für alle Fernmeldedienstanbieterinnen in der Schweiz gleichermassen.

Ein solches System würde zudem die Interkonnektionsverfahren stark verkürzen. Eine solche Ex-ante-Kompetenz entspricht allerdings nicht der schweizerischen Rechtstradition der Subsidiarität von Regulierungen und beinhaltet insbesondere die Gefahr eines übertriebenen Interventionismus des Regulators. Auch könnten aufgrund von Regulierungsungenauigkeiten oder -fehlern Marktverzerrungen resultieren, welche negative Innovations- und Investitionsanreize setzen könnten. Auf eine Abkehr vom bisherigen System wird daher verzichtet."

## **12. Missbräuchlichkeit des vorgeworfenen Verhaltens?**

### **12.1 Der massgebliche Prüfungsraster für den vorliegenden Fall**

Wie bereits in Erwägung 11.1.3 einlässlich dargelegt, setzt im Lichte von Art. 7 Abs. 1 erster Satz EMRK (E. 4.5.2) die Tatbestandsmässigkeit des inkriminierten Verhaltens, d.h. die unzulässige "Ausbeutung" (E. 11.1.2) der Marktgegenseite durch ein marktbeherrschendes Unternehmen (Art. 7 Abs. 1 KG), im Kontext des vorliegenden Falles voraus, dass unangemessene Preise *erzwungen* wurden (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG). Nach dieser Bestimmung müssen, wie in der Erwägung 11.3.1 erwähnt wurde, drei Tatbestandselemente *kumulativ* gegeben sein, damit eine Sanktionierung nach Art. 49a Abs. 1 KG rechtmässig erfolgen darf: (1.) Die *Marktbe-*

*herrschaft* durch ein Unternehmen, das (2.) gegenüber der Marktgegenseite (d.h. ihrer Vertragspartnerin als Nachfragerin) durch *Erzwingung* (3.) in den Genuss von *unangemessen (hohen) Preisen* kommt ("Preisausbeutung"). Liegt auch nur eines dieser kartellgesetzlichen Tatbestandselemente nicht vor, darf nach Art. 49a Abs. 1 KG *keine* Sanktion verhängt werden.

Im Unterschied zur Vorinstanz ist *zuerst* die Frage zu prüfen, ob eine "*Erzwingung*" überhaupt möglich war, also für die Marktgegenseite dementsprechend eine Zwangslage bestand.

Besteht im Rahmen von Vertragsverhandlungen über Terminierungspreise für die potenziell schutzbedürftige Marktgegenseite keine solche Zwangslage, die sich als *Beeinträchtigung ihrer Entscheidungsfreiheit* äussert (und gleichsam spiegelbildlich das Erzwingungspotenzial der als marktbeherrschend erachteten Beschwerdeführerin ausmacht), kann sich auch die Frage einer allfälligen Wertdisparität bzw. einer wucherischen Äquivalenzstörung nicht sinnvoll stellen. Denn wie in der Erwägung 11.3.1.1 einlässlich dargelegt wurde, ist es ein Ausfluss vertraglicher Inhaltsfreiheit, dass Vertragsparteien die Wertrelationen von Leistung und Gegenleistung grundsätzlich frei bestimmen können.

In diesem Sinne wird nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu Art. 21 OR (E. 11.3.2), der mit Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG strukturell verwandt ist, folgerichtig *zuerst* die Notlage geprüft (vgl. BGE 123 III 292 E. 5) und erst danach, ob ein objektives Missverhältnis der Austauschleistungen besteht (vgl. BGE 123 III 292 E. 6). Sind eine Notlage und damit auch das entsprechende Erzwingungspotenzial des Preissetzers nicht gegeben, weshalb dieser der Marktgegenseite (als Preisnehmerin) keinen ausbeuterischen Willen aufzwingen kann, dann ist der unter Vertragspartnern abgemachte Preis, unabhängig von der Beurteilung durch "Vertragsausserstehende", schuldrechtlich nicht zu beanstanden (E. 11.3.1.1). Dies muss nach dem *Postulat der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung* zwingend auch im Kontext von Art. 7 Abs. 1 (i.V.m. Abs. 2 Bst. c) KG gelten (vgl. E. 11.3, m.w.H. auf die für das Bundesverwaltungsgericht massgebliche Rechtsprechung).

Somit bleibt zu klären, ob die Beschwerdeführerin angesichts des Regulierungsrahmens von aArt. 11 Abs. 1, 2 und 3 FMG in der Lage war, einen *Zwang* auszuüben, der den - unter kartellgesetzlichen (*nicht* fernmelderechtlichen) Gesichtspunkten - ausgehandelten Terminierungspreis von 33.5 Rp./Min. als unangemessen erscheinen lassen könnte.

## 12.2 Die Parteistandpunkte zur angeblichen "Erzwingung"

**12.2.1** Die *Wettbewerbskommission* erachtet es für eine Erzwingung als genügend, wenn das marktmächtige Unternehmen kraft seiner Verhandlungsposition die wettbewerbsbeschränkenden Klauseln durchzusetzen vermöge. Die Erzwingung beziehe sich damit vor allem auch auf die marktbeherrschende Stellung des Unternehmens und stelle kein qualifiziertes missbräuchliches Verhalten dar. Im Europäischen Wettbewerbsrecht gelte für Art. 82 Abs. 2 Bst. a EG-Vertrag, dem Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG "praktisch wörtlich nachempfunden sei", dass

die Formulierung vor allem die Ausbeutung von Handelspartnern und Verbrauchern durch das marktbeherrschende Unternehmen erfasse. Das Wort "*Erzwingung*" im gesetzlichen Tatbestand bringe zum Ausdruck, dass die unangemessenen Preise dem Vertragspartner auferlegt werden. Je mehr dieser als Abnehmer darauf angewiesen sei, vertragliche Beziehungen zum Marktbeherrscher zu unterhalten, desto geringer seien seine Möglichkeiten, sich dessen Diktat zu widersetzen (Verfügung Ziff. 266).

Bezogen auf den vorliegenden Sachverhalt seien die Fernmeldedienstanbieterinnen zwangsläufig darauf angewiesen, die Terminierung auf das Netz von Swisscom Mobile einzukaufen, da diese die einzige Anbieterin dieser Dienstleistung sei. Dies werde noch deutlicher, wenn die Struktur der Marktgegenseite berücksichtigt werde. Daraus gehe hervor, dass die grösste Abnehmerin von Terminierungsleistungen die Swisscom Fixnet sei. Diese wiederum sei wahrscheinlich die einzige Fernmeldedienstanbieterin, die allenfalls einen disziplinierenden Einfluss auf die Höhe der Terminierungsgebühr der Beschwerdeführerin ausüben könnte (sog. "*countervailing buyer power*"). Da Swisscom Fixnet und Swisscom Mobile jedoch zum selben Konzern gehörten, sei davon auszugehen, dass die Interessen beider Gruppengesellschaften aufeinander abgestimmt werden. Die Verhandlungsposition der Fernmeldedienstanbieterinnen hinsichtlich der Terminierungsgebühren sei damit als schwach anzusehen (Verfügung Ziff. 267).

Dasselbe gelte für die Endkunden, welche die hohen Terminierungspreise als Teil des Retail-Preises zahlten, der ihnen von ihrer jeweiligen Fernmeldedienstanbieterin in Rechnung gestellt werde. Da jede im Netz von Swisscom Mobile terminierte Minute letztlich der Nachfrage eines Endkunden entspringe, sei auch deren Verhandlungsposition als schwach anzusehen, wie diejenige der den Anruf vermittelnden Fernmeldedienstanbieterin. Swisscom Mobile sei deshalb auch in der Lage, die hohe Terminierungsgebühr sowohl gegenüber den Fernmeldedienstanbieterinnen als auch gegenüber den Endkunden zu erzwingen (Verfügung Ziff. 268).

Indem die Fernmeldedienstanbieterinnen die Terminierungsgebühren in der Regel auf die Endkunden überwälzten, erfolgte auch bezüglich der Endverbraucher eine Erzwingung. Deshalb sei eine Erzwingung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG gegeben (Verfügung Ziff. 269).

**12.2.2** Die *Beschwerdeführerin* stellt die ihr unterstellte "*Erzwingung*" im Wesentlichen mit folgenden Argumenten in Abrede (Beschwerde Ziff. 23, 286, 386-387 und 395):

Vorab stünden die Endkunden der anderen Fernmeldedienstanbieterinnen in keinem vertraglichen Verhältnis mit ihr, weshalb sie diesen gegenüber keine Retail-Tarife ansetzen und schon gar nicht erzwingen könne. Der Entscheid über solche Tarife obliege allein den anderen Fernmeldedienstanbieterinnen, die individuell ihre eigenen Preise festlegten und so untereinander differenzieren könnten.

Wie alle anderen Fernmeldedienstanbieterinnen sei auch sie nicht in der Lage gewesen, ihre Terminierungs-

gebühren unabhängig von den Terminierungspreisen der anderen Fernmeldedienstanbieterinnen festzusetzen und damit bestimmte Preise zu erzwingen. Einerseits sei sie angesichts des faktischen und rechtlichen Zwangs zur Interkonnektion nicht in der Lage (gewesen), andere Fernmeldedienstanbieterinnen zu boykottieren. Auch nehme sie - wie auch die anderen Fernmeldedienstanbieterinnen - eine Doppelstellung als Anbieterin und Nachfragerin von Terminierungsleistungen ein. In dieser Situation hätten die anderen Fernmeldedienstanbieterinnen immer die Möglichkeit, Preisverhandlungen scheitern zu lassen und gleichwohl von ihr Terminierungsleistungen in Anspruch zu nehmen oder die Gebühren vom Regulator nach markt- und branchenüblichen Grundsätzen festlegen zu lassen. Werde auf dem Verhandlungsweg keine Einigung zum Terminierungspreis erzielt, könne nach aArt. 11 Abs. 3 FMG jede Fernmeldedienstanbieterin bei der ComCom auf Terminierung zu markt- und branchenüblichen Bedingungen klagen und die Festsetzung von Terminierungspreisen beantragen. Keine Fernmeldedienstanbieterin könne ihre Terminierungspreise einseitig diktieren, weil die anderen Fernmeldedienstanbieterinnen über realistische und berechenbare Alternativen zu Vertragsverhandlungen verfügten. Die Interkonnektionsklage sei ein äusserst griffiges Instrument zur Disziplinierung der Fernmeldedienstanbieterinnen. Da jeweils beide Verhandlungsparteien wüssten, dass die andere Partei die Verhandlungen unter Anrufung des Regulators für gescheitert erklären könne, werde sich keine Partei mit einem Verhandlungsergebnis zufrieden geben, das für sie schlechter ausfallen könnte, als die Gebühr, die der Regulator voraussichtlich bestimmen würde.

Das Wettbewerbsrecht solle nur dort eingreifen, wo die Preisbildung beeinträchtigt sei, weil das freie Zusammenspiel von Angebot und Nachfrage nicht funktioniere. Im vorliegenden Fall gebe es keinerlei Hinweise dafür. Vielmehr spiele der Wettbewerb, da die Fernmeldedienstanbieterinnen innerhalb des regulatorischen Rahmens die Möglichkeit hätten, gegen Terminierungsgebühren vorzugehen, die sie für unangemessen erachteten. Da im Mobilfunkbereich - im Gegensatz zum Festnetz-Bereich - praktisch keine solchen Klagen erfolgten, sei von angemessenen Preisen auszugehen.

In ihrer Replik vom 10. September 2007 hält die Beschwerdeführerin ergänzend fest (Rz. 24), eine einvernehmliche Verhandlungslösung zwischen den Mobilfunkanbieterinnen könne nur erfolgen, wenn die beteiligten Parteien das erzielte Verhandlungsergebnis als angemessen erachteten, was *inter partes* eine missbräuchliche Verhaltensweise zwischen den beteiligten Marktteilnehmern ausschliesse, und zwar unabhängig davon, ob der vereinbarte Preis kostenorientiert sei oder über den Preisen in anderen Ländern liege.

### **12.3 Erzwingung (eines unangemessenen Terminierungspreises) innerhalb des fernmelderechtlich regulierten Rahmens?**

**12.3.1** Die Vorinstanz hat ihre Auffassung, wonach die Vertragspartnerinnen der Beschwerdeführerin Terminierungspreise auf die eigenen *Endkunden* überwälzten (und diese damit "schädigten"), was der Beschwerdeführerin ebenfalls als tatbestandsmässiges Verhalten anzu-

rechnen sei, im Rahmen des Instruktionsverfahrens aufgegeben (vgl. E. 2.2.3 und E. 11.2.1 a.E.).

Aber selbst wenn - abweichend von den in den Erwägungen 2.2.3 und 11.2.1 angestellten Überlegungen - nicht die Fernmeldedienstanbieterinnen, sondern die Endkunden als die preislich ausgebeuteten Personen zu betrachten wären, fielen hier eine Anwendung von Art. 7 Abs. 1 (i.V.m. Abs. 2 Bst. c) KG zwingend ausser Betracht.

Diese Bestimmung ist nach ihrem klaren Wortlaut einzig darauf ausgerichtet, die einem Marktbeherrscher als direkte Vertragspartnerin ausgelieferte Marktgegenseite vor Preisausbeutung zu schützen. Marktgegenseite kann - wie bereits der Begriff besagt - nur die auf dem *relevanten Markt* dem *markt*-beherrschenden Unternehmen als Nachfragerin (und damit als Vertragspartnerin) gegenüberstehende Seite sein, die deswegen auch "Marktgegenseite" heisst (vgl. CLERC, a.a.O., Rz. 78 zu Art. 7 KG). Anders zu entscheiden, hiesse, ohne hinreichenden Grund von dem für massgeblich erachteten relevanten Markt abzuweichen, was nicht angeht.

Insofern ist eine allfällige Preisausbeutung hier nur zwischen den unmittelbaren Vertragsparteien denkbar, zumal dieser Tatbestand ein preislich missbrauchtes Marktbeherrschungspotenzial voraussetzt, das sich dadurch auszeichnet, dass der marktbeherrschende Vertragspartner seinem (angesichts der Marktbeherrschung) verhandlungsschwachen Vertragspartner seinen ausbeuterischen Willen, d.h. insbesondere einen ausbeuterischen Preis, *diktieren* bzw. "*aufzwingen*" kann.

Wie bereits in der Erwägung 11.3.4.1 erwähnt, stehen sich in den bilateralen Vertragsverhandlungen zu Terminierungspreisen und -tarifen einzig die Fernmeldedienstanbieterinnen als Vertragsparteien gegenüber, weshalb auch nur diese Parteien von den bilateral ausgehandelten Preisen schuldrechtlich unmittelbar berechtigt und verpflichtet werden. Deshalb befinden sich im hier massgeblichen Markt (E. 9) nur die auf Interkonnektion angewiesenen Fernmeldedienstanbieterinnen - als direkte Marktgegenseite der marktbeherrschenden Beschwerdeführerin (E. 10) - im Schutzbereich von Art. 7 Abs. 1 (i.V.m. Abs. 2 Bst. c) KG.

Dies entspricht im Ergebnis auch der Sichtweise der Vorinstanz, die im Rahmen der Vernehmlassung ihre Beurteilung zu den angeblich "geschädigten Endkunden" nun endgültig verworfen hat und neu zu Recht einzig die Fernmeldedienstanbieterinnen als die nach Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG preislich ausgebeutete Vertragspartei bezeichnet (vgl. E. 2.2.3).

Dieser einzig auf die direkten Vertragspartner fokussierende Standpunkt deckt sich mit dem im Lichte von Art. 7 Abs. 1 erster Satz EMRK eng zu ziehenden Schutzbereich von Art. 7 Abs. 1 (i.V.m. Abs. 2 Bst. c) KG (vgl. E. 4.5). Damit erweist sich die von der Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung noch problematisierte Frage "einer Erzwingung gegenüber den Endkunden" im Rahmen des Streitgegenstands (vgl. E. 2.2.3 und E. 11.2.1) als bedeutungslos, weshalb dieser Punkt nicht näher zu erörtern ist. Gleiches gilt auch für die Darlegungen der Vorinstanz zu den von den Endkunden zu tragenden



"Retail-Preisen", die von der Vorinstanz nicht vertieft untersucht und schon gar nicht zur Begründung der hier zu beurteilenden Sanktionierung herangezogen wurden.

Zur zentralen Hauptfrage indessen, ob die Beschwerdeführerin den strittigen Terminierungspreis von 33.5 Rp./Min. durch "Erzwingung" und damit durch Diktat ihres Willens ihren Vertragspartnerinnen auferlegen konnte, widmet die Vorinstanz in ihrer rund 123 Seiten umfassenden Verfügung lediglich eine Seite, ohne dort auch nur in einer Zeile auf die in den Ziff. 166 und 167 in Aussicht gestellte Berücksichtigung der fernmelderechtlichen Rahmenordnung zurückzukommen.

Die Vorinstanz übersieht vorab, dass im Rahmen eines fernmelderechtlich regulierten Markts das in Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG vorgesehene Tatbestandsmerkmal "Erzwingung" - in verbalisierter Form - nicht einfach als Synonym von "verlangen" verwendet werden darf, wie dies in der angefochtenen Verfügung geschehen ist (Verfügung Ziff. 165, 197, 347, 379 und 381, wo von "verlangen" statt "erzwingen" die Rede ist). Begriffliche Präzision ist hier um so mehr zu fordern, zumal kartellgesetzliche- und preisüberwachungsrechtliche Eingriffskriterien (vgl. E. 11.3) nicht vermischt werden dürfen, nachdem strafähnliche Sanktionen (vgl. E. 4.2) in Frage stehen, die den strengen Anforderungen von Art. 7 Abs. 1 erster Satz EMRK genügen müssen (vgl. E. 4.3).

In diesem Zusammenhang ist allgemein zu beanstanden, dass die Argumentation der Wettbewerbskommission zur Frage der Erzwingung auf normale, unregulierte und von der Vertragsfreiheit beherrschte Märkte ohne regulatorischen Pflichten und Klagemöglichkeiten für die Marktgegenseite zugeschnitten ist. Damit übersieht die Vorinstanz, dass bei der Frage des Erzwingungspotenzials von der regulatorischen Rahmenordnung (Interkonnectionsregelung) nicht abgesehen werden darf. Denn so wie es sachlogisch unzulässig ist, diese Rahmenordnung bei der Frage nach den für die Marktherrschaft mitbestimmenden Verhaltensspielräumen zu berücksichtigen, weil diese die Schwelle bildet, um die Wettbewerbsverhältnisse und damit die telekommunikationsrechtliche Regelungsbedürftigkeit bei allenfalls fehlendem Wettbewerb auf der Infrastrukturebene zu begründen (vgl. E. 10.8), ist es sachlich unhaltbar, bei der Frage der Erzwingung den regulatorischen Rahmen und dessen Ausgestaltung auszublenden.

Daher ist der Wettbewerbskommission nicht zu folgen, wenn sie in Bezug auf die "Erzwingung" in den Ziff. 266 - 269 der angefochtenen Verfügung das Interkonnectionsregime, das spezialgesetzliches Wettbewerbsrecht darstellt, einfach übergeht, obschon sie in den Ziff. 166 f. eine Berücksichtigung dieser Regulierungsordnung bei der Missbrauchsprüfung in Aussicht gestellt hatte (und immerhin in den Ziff. 59, 190, 218 und 322 auf den regulatorischen Rahmen eingegangen war).

**12.3.2** Bezogen auf "normale" Märkte, die von der Vertragsfreiheit (mit ihren fünf Aspekten der Abschluss-, Partnerwahl-, Inhalts-, Form- und Aufhebungsfreiheit, vgl. BGE 129 III 35 E. 6.1) beherrscht werden, mag die Diktion der Vorinstanz allenfalls als unproblematisch erscheinen, wenn der Gedanke etwas euphemistisch ausgedrückt werden soll, dass ein Angebotsmonopolist

von seinen Kunden (unangemessen) hohe Preise "verlangt".

Auf solchen "normalen", von der Vertragsfreiheit beherrschten, nicht interdependent vernetzten - bzw. regulierten - Märkten beinhaltet - wie bereits erwähnt (E. 11.3.1.3) - die marktbeherrschende Stellung dem Wesen nach zwingend auch die Möglichkeit, "unwiderstehlichen Zwang" ausüben und insofern ein Missbrauchspotenzial gegen den Willen der Gegenseite zu aktualisieren (vgl. CLERC, a.a.O., Rz. 209 zu Art. 7 KG). Diesbezüglich gilt im Europäischen Kartellrecht zu Art. 82 Abs. 2 Bst. a EGV sogar eine *unwiderlegbare Vermutung* (vgl. DE BRONETT, a.a.O., § 22 N. 49, S. 928). Keine andere Sicht lässt sich auch den Gesetzmaterialien zu Art. 7 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. c KG entnehmen, der nach dem Willen des Kartellgesetzgebers Art. 82 Abs. 2 Bst. a EGV nachgebildet wurde (vgl. Botschaft KG 1994, a.a.O., S. 531; vgl. zu den Materialien AB 1995 N 1092; AB 1995 S 858; CLERC, a.a.O., Rz. 44 zu Art. 7 KG).

Insofern bedeutet nach DUCREY im Kontext "normaler" Märkte die Erzwingung von unangemessenen Preisen und Bedingungen, dass "die unangemessenen Bedingungen nur mittels auferlegtem Druck erreicht werden, der Handelspartner die für das marktbeherrschende Unternehmen vorteilhaften Bedingungen also nicht freiwillig erbringt" (DUCREY, a.a.O., Rz. 215). Nach diesem Verständnis kann eine auf den Preis bezogene Ausbeutung durch *Erzwingung nicht vorliegen*, wenn die Marktgegenseite mit dem Preis *einverstanden* ist, weil *dies ihrem Interesse dient*. Denn bei der Beurteilung, ob eine Erzwingung vorliegt, sei nicht die Unangemessenheit ausschlaggebend, sondern der auferlegte Druck; die Marktgegenseite erbringe den Vorteil nicht freiwillig, wobei Art und Weise der Zwangsmittel unerheblich seien (vgl. DUCREY, a.a.O., Rz. 215). Unter diesen Umständen haben von Preisausbeutungen betroffene Vertragsparteien nur die Wahl, auf eine der in den Erwägungen 11.3.1 ff. vorgestellten Wertparitätskontrollen zu greifen, wenn sie eine behördliche Intervention gegen diese Ausbeutung anstreben wollen. Einschränkend zu diesen Möglichkeiten vertritt jedoch ZÄCH die Meinung, Art. 7 KG bezwecke nicht, Unternehmen oder Konsumenten zu schützen, die sich aus "eigenem" Verschulden von marktbeherrschenden Unternehmen haben übervorteilen lassen (ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 693).

**12.3.3** Werden demgegenüber die Besonderheiten des hier relevanten Netzwerkinfrastrukturmarkts berücksichtigt, so zeigt sich, in welchem Ausmass die von der Vorinstanz vorgenommene Gleichsetzung von "erzwingen" und "verlangen" unzulässig ist, da das Tatbestandselement der "Erzwingung" dann in einem anderen Licht erscheint:

**12.3.3.1** Der fragliche *Infrastrukturmarkt* wurde durch den fernmeldegesetzlich statuierten Kontrahierungszwang künstlich geschaffen, um das natürliche Angebotsmonopol aufzubrechen, indem Konkurrenzunternehmen auf der Infrastrukturebene Zugang zu Anlagen oder entsprechenden (Infrastruktur-)Dienstleistungen des Monopolisten erhalten, damit auf der *nachgelagerten* Stufe "Wettbewerbsmärkte" der Fernmeldedienstleistungen entstehen können (vgl. aArt. 11 Abs. 1 FMG und E. 11.3.4.1; FISCHER/SIDLER, a.a.O., Rz. 138 ff.).

Mit anderen Worten hat der Bundesgesetzgeber durch die (wettbewerbspolitische) *Interkonnektionspflicht* nach aArt. 11 Abs. 1 FMG (vgl. BGE 131 II 13 E. 1.1 f., E. 7.3, E. 7.3.2; BGE 132 II 257 E. 3.3.1) und die (versorgungspolitische) *Interoperabilitätspflicht* nach aArt. 11 Abs. 2 FMG (vgl. BGE 132 II 257 E. 3.3.2; FISCHER/SIDLER, a.a.O., Rz. 171; zutreffend: Verfügung Ziff. 76 und 190) wie auch durch das Anknüpfen des Fernmeldegesetzes an die "Marktbeherrschung" (nach Art. 4 Abs. 2 KG) dieser Infrastrukturebene durch Statuierung eines Kontrahierungszwanges für *essential facility*-Eigentümerinnen normativ "Marktqualität" zugesprochen. Insofern stellt dieser normativ geschaffene "Zwangsmarkt" auch die Ebene dar, auf der die Telekom-Unternehmen durch gegenseitige *Koordination und Kooperation* die Netzzusammenschaltung verwirklichen müssen, um als Anbieter von Dienstleistungen (Handyverkauf, Mobil-Abos, etc.) auf der nachgelagerten Netzdienstleistungsebene (etwas verkürzt als "Retail" bezeichnet) mit den Telekom-Konsumenten Geschäfte machen zu können und damit mit Mitkonkurrenten in Wettbewerb zu treten.

Dieser auf den Infrastrukturmarkt bezogene gesetzgeberische Wertungsentscheid ist für das Bundesverwaltungsgericht ebenso verbindlich (vgl. BGE 132 II 257 E. 3.2.2; BVGE 2009/35 E. 8, insbes. E. 8.4.5 zum einseitigen, nicht-reziproken "Markt für schnellen Bitstromzugang") wie auch der Umstand, dass die fernmelderechtliche regulatorische Rahmenordnung als *lex specialis* dem Kartellgesetz grundsätzlich vorgeht (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C\_404/2006 vom 16. Februar 2007 E. 4, wonach auf Infrastrukturebene kein kartellrechtlicher, sondern ein fernmelderechtlicher Kontrahierungszwang besteht). Dieser *Vorrang von sektorspezifischem Wettbewerbsrecht (Telekom-Recht)* ist zur Zeit auch im Recht der Europäischen Union vorgesehen (vgl. Leitlinien, a.a.O., Ziff. 135 ff.; STEFAN HENG, Mehr als "inszenierter Wettbewerb" in der Telekommunikation, in: Deutsche Bank Resarch [Hrsg.], Economics - Digitale Ökonomie und struktureller Wandel, Nr. 37 vom 11. April 2003, S. 2 ff.; ROBERT KLOTZ, Wettbewerb in der Telekommunikation: Brauchen wir die ex-ante-Regulierung noch?, ZWeR 2003, S. 283 ff.-316; TORALF NÖDING, Das neue Europäische Telekommunikationsrecht und die Konvergenz der Übertragungswege, Berlin 2004, S. 106 ff.; FRANZ JÜRGEN SÄCKER, Erfahrungen mit teilliberalisierten Märkten an den Beispielen der Energie- und Telekommunikationswirtschaft in Deutschland, Vortrag vom 24. April 2009 an der Universität Konstanz; Andreas Schulze, Liberalisierung von Netzindustrien - eine ökonomische Analyse am Beispiel der Eisenbahn, der Telekommunikation und der leitungsgebundenen Energieversorgung, Potsdam 2006, S. 167 ff.). Indessen bestehen Bestrebungen, dem allgemeinen Wettbewerbsrecht im Telekom-Sektor neu Vorrangstellung einzuräumen (vgl. dazu RALF DEWENTER/JUSTUS HAUCAP/ULRICH HEIMESHOF, Regulatorische Risiken in Telekommunikationsmärkten aus institutionenökonomischer Perspektive, Helmut-Schmidt-Universität Hamburg, Diskussionspapier Nr. 64, September 2007, S. 24 ff.; ROBERT KLOTZ/ALEXANDRA BRANDENBERG, Deregulierung der Telekommunikationsmärkte und Überführung in das allgemeine Wettbewerbsrecht verursachen Regelungslücken zum Nachteil des Wettbewerbs, Brüssel 2008, S. 1 ff., online unter: [\[ko08/auto\\\_cms/original/gutachten060908final.pdf\]\(http://www.brekverband.de/bre-ko08/auto\_cms/original/gutachten060908final.pdf\); HANS SCHEDL/KAI SÜLZLE/ANDREAS KUHLMANN, Sektorspezifische Regulierung: Transitorisch oder ad infinitum? Eine internationale Bestandsaufnahme von Regulierungsinstitutionen \[ifo-Forschungsbericht\], München 2007, S. 3 ff.\).](http://www.brekverband.de/bre-</a></p>
</div>
<div data-bbox=)

**12.3.3.2** Angesichts dieser regulatorischen Einbettung (mit der gesetzlichen Interkonnektions- und Interoperabilitätspflicht) kann sich die Infrastrukturebene kaum als "freier", d.h. als "normal funktionierender", von Vertragsfreiheit und Wettbewerbskräften bestimmter Markt entfalten. Vielmehr sind auf dieser Ebene - angesichts der auf gegenseitiger Abhängigkeit basierenden Verhandlungspositionen (sog. "Reziprozitätsbeziehung", Verfügung Ziff. 289-297, 362, sowie Beschwerde Ziff. 22 ff., 92 ff., 117, 213, 242, 298 ff.) - eine Kooperation und Koordination zwischen den Marktteilnehmern zwecks interoperativer Netzzusammenschaltung notwendig.

Bei dieser Ausgangslage hält das Fernmeldegesetz, wie in der Erwägung 11.3.4 dargelegt wurde, den auf Interkonnektion angewiesenen Fernmeldedienstleisterinnen bei unzumutbaren Interkonnektionspreisofferten rechtliche Instrumente zur Interessenwahrung bereit, indem diese eine amtliche Preisfestsetzung nach aArt. 11 Abs. 3 FMG verlangen können (vgl. E. 11.3.4.2 f.), wenn sie sich, aus welchen Gründen auch immer, mit dem vorgeschlagenen Terminierungspreis nicht abfinden wollen (vgl. E. 10.8 und E. 11.3.1.3 f.). Mit anderen Worten kann die auf technisches Zusammenwirken der verschiedenen (miteinander zu verknüpfenden Netze) ausgerichtetete *Zusammenarbeit* (zwischen den Fernmeldedienstleisterinnen), wenn sie nicht funktioniert, auf Gesuch hin *behördlich erzwungen* werden.

**12.3.3.3** Inwiefern unter solchen Umständen das von der Vorinstanz angenommene Erzwingungspotenzial, das für Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG konstitutiv ist, gegeben sein könnte, ist nicht ersichtlich. Gerade die Berücksichtigung der fernmelderegulatorischen Rahmenordnung zerstört jegliches Erzwingungspotenzial, wie die Beschwerdeführerin zu Recht einwendet.

Was die Vorinstanz letztlich an der aus ihrer Sicht "ineffizienten" fernmelderechtlichen Regulierungsordnung bemängelt (Verfügung Ziff. 166), ist weniger der Umstand, dass die betroffenen Fernmeldedienstleisterinnen wegen eines ernst zu nehmenden "Erzwingungspotenzials" der Marktbeherrscherin "unangemessene" Terminierungspreise anzunehmen "gezwungen" wären, wie die Vorinstanz zu Unrecht behauptet, sondern vielmehr die Tatsache, dass die Fernmeldedienstleisterinnen grundsätzlich ein *gemeinsames Interesse* an hohen Terminierungsgebühren haben und davon auch profitieren (Verfügung Ziff. 366, 368 und 370, sowie z.B. die entsprechende Stellungnahme von Sunrise: Vorinstanz act. 59, Ziff. 21), ohne dass die ComCom dagegen wegen des Verhandlungsprimates einschreiten könnte (vgl. E. 11.3.4.4 und E. 12.6.1).

**12.3.3.4** Die systemnotwendige gegenseitige Kooperation bei der Interkonnektion auf der Netzinfrastrukturebene erlaubt zur Wahrung dieses gemeinsamen Interesses ein gegenseitiges Preissetzungsverhalten, das bezogen auf Konsumenteninteressen zu einem überhöhten Terminierungspreisniveau führen kann, aber nicht muss,

wenn sich die von den Fernmeldediensteanbieterinnen im Rahmen der Untersuchung vorgebrachten Rechtfertigungsgründe als zutreffend erweisen sollten, was hier aber nicht im Einzelnen zu klären ist. Wegen dieser Besonderheiten, die der Funktionsweise des fernmelderechtlichen Regulierungssystems entspringen und zu überhöhten Preisen führen können, wird in der *Europäischen Union* die Preisbildung für Terminierungsleistungen nicht einfach den Marktteilnehmern überlassen, sondern *ex ante* et *ex officio* staatlich reguliert, damit sich die jeweiligen Kartell- bzw. Wettbewerbsbehörden diesbezüglich nicht in den "Sumpf der Kostenkontrolle" (WERNHARD MÖSCHEL, zitiert in: Wiedemann, a.a.O., § 23 N. 71, S. 1024) begeben müssen (zur Ablehnung dieses Systems in der Schweiz vgl. oben E. 11.3.4.4 sowie die dagegen gerichtete Motion 08.3639 von Ständerätin ERIKA FORSTER-VANNINI vom 3. Oktober 2008; AB 2009 S. 57-61 und AB 2009 N. 1357-1361; Bericht 08.3639s der Kommission für Verkehr und Fernmeldewesen vom 18. Mai 2009).

In der Schweiz fehlt gegenwärtig ein solches System (vgl. E. 11.3.4.4). Deshalb hat die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung den Versuch unternommen, *ex post* gestützt auf das Kartellgesetz mit einer Sanktion korrigierend auf den - aus ihrer Sicht - unzulänglichen Preisbildungsprozess einzugreifen (vgl. zur Zurückhaltung in der EU Art. 82 Abs. 2 Bst. a EGV, dem Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG nachgebildet ist (oben E. 12.3.3), "als Instrument einer allgemeinen Preisaufsicht zum Schutze der Verbraucherinteressen" aufzufassen; THOMAS LÜBBIG, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff [Hrsg.], Kommentar Kartellrecht - Europäisches und Deutsches Recht, 2. Aufl., München 2009, Rz. 144 zu Art. 85 EG, S. 450; CLERC, a.a.O., Rz. 187 zu Art. 7 KG; FRANÇOIS SOUTY, *Le droit de la concurrence de l'Union Européenne*, 2. Aufl., Paris 1999, S. 87; KOENIG/VOGELSANG/WINKLER, a.a.O., S. 51 ff., wonach das allgemeine Kartellrecht als ungeeignet erscheint zur Regulierung des [deutschen] Mobilfunkterminierungssektors; a.M. KRUSE, a.a.O., S. 208).

#### **12.4 Ist eine allfällige Lückenfüllung angezeigt bzw. zulässig?**

Ist nach den bisherigen Überlegungen eine Erzwingung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG zu verneinen, ist die Tatbestandsmässigkeit des inkriminierten Verhaltens zwingend ausgeschlossen und damit auch die erfolgte Sanktionierung nicht rechtmässig (vgl. E. 12.1). Dass diese hier lediglich am fehlenden Tatbestandsmerkmal der "Erzwingung" scheitert, könnte auf den ersten Blick als "stossend" erscheinen, wenn Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG (i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG) nach der hier vertretenen Auslegung letztlich einen auf "normale" Märkte eingeschränkten Anwendungsbereich erhält (vgl. E. 12.3.2 f.).

Daher ist die Frage naheliegend, ob hier nicht - entgegen den Darlegungen in der Erwägung 12.3.1 - im Interesse der *Endkunden* eine Lücke anzunehmen wäre, die dadurch zu schliessen wäre, dass der Anwendungsbereich von Art. 7 Abs. 1 (i.V.m. Abs. 2 Bst. c) KG auch auf Netzwerk-Infrastrukturmärkte ausgedehnt würde.

Eine solche Lückenfüllung ist hier jedoch ausgeschlossen:

**12.4.1** Bei der Beurteilung dieser Frage müsste das von der Beschwerdeführerin - im Interesse der Rechtssicherheit und der Voraussehbarkeit von Rechtspflichten und Verboten - angerufene Legalitätsprinzip von Art. 1 StGB zumindest als Auslegungshilfe herangezogen werden, wenn Art. 333 Abs. 1 StGB die Anwendbarkeit des allgemeinen Teils des StGB auf den vorliegenden Fall nicht erlauben würde. In Bezug auf Art. 49a Abs. 1 KG ist aus strafrechtlicher Sicht unklar, ob diese Bestimmung im Sinne von Art. 333 Abs. 1 StGB ebenfalls zur "Nebenstrafgesetzgebung" des Bundes gehört oder nicht (vgl. NIGGLI/RIEDO, a.a.O., S. 55; Stefan Trechsel/Viktor Lieber, in: STEFAN TRECHSEL et al. [Hrsg.], Praxiskommentar StGB, Zürich 2008, N. 1-5 zu Art. 333 StGB; ROLAND WIPRÄCHTIGER, in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], a.a.O., N. 4-21 zu Art. 333 StGB).

Diese Frage kann hier freilich offen gelassen werden. Denn Art. 7 Abs. 1 erster Satz EMRK (E. 4.1) und die darin verankerte staatsvertragliche Verpflichtung, wonach bei "strafrechtlichen Anklagen" im Sinne von Art. 6 Abs. 1 erster Satz EMRK das Bestimmtheitsgebot und das Gesetzmässigkeitsprinzip innerstaatlich zu beachten sind, käme bei einer Verneinung der eingangs gestellten Frage ohnehin *selbständige Bedeutung* zu, die sich im Übrigen mit der Tragweite von Art. 1 StGB grundsätzlich deckt (vgl. PETER POPP/PATRIZIA LEVANTE, in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Strafrecht I, 2. Aufl., Basel 2007, N. 9 zu Art. 1 StGB).

Wie bereits erwähnt, gebietet Art. 7 Abs. 1 erster Satz EMRK eine klare gesetzliche Grundlage für die hier strittige Sanktion (vgl. EGMR, Urteil 10249/03 vom 17. September 2009 i.S. Scoppola v. Italien, Ziff. 94, sowie oben E. 4.3). Insofern darf nach dem Legalitätsprinzip eine Handlung nicht unter ein Strafgesetz subsumiert werden, die darunter auch bei weitestgehender Auslegung nach allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen nicht subsumiert werden kann (vgl. TRECHSEL/JEAN-RICHARD, a.a.O., N. 1, 23 zu Art. 1 StGB). Dies bedeutet insbesondere, dass ein Gericht nicht über den dem Gesetz bei richtiger Auslegung zukommenden Sinn hinausgehen und neue Straftatbestände schaffen oder bestehende derart erweitern darf, dass die Auslegung durch den Sinn des Gesetzes nicht mehr gedeckt wird (vgl. BGE 127 IV 198 E. 3/b; vgl. zu Art. 7 EMRK HAEFLIGER/SCHÜRMAN, a.a.O., S. 244, sowie RENZIOWSKI, a.a.O., Rz. 52 und 61; zum Analogieverbot im Kartellrecht vgl. CLAUDIA SEITZ, Prävention - Sanktion - Grundrechtsschutz, in: Wolf/Mona/Hürzeler [Hrsg.], Prävention im Recht, Basel 2008, S. 328).

**12.4.2** Den auf "normale" Märkte eingeschränkten Anwendungsbereich von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG (i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG) als "Lücke" aufzufassen und zu füllen, darf sich das Bundesverwaltungsgericht angesichts der bundesverfassungsrechtlich niedergelegten Gewaltenteilung nicht erlauben; dies verbietet sich ebenso im Lichte von Art. 7 Abs. 1 erster Satz EMRK (vgl. RENZIOWSKI, a.a.O., Rz. 2, 5, 11 und 44 zu Art. 7 EMRK; ZÄCH, Wettbewerbsfreiheit, a.a.O., S. 7).

Soweit allerdings das hier vom Bundesverwaltungsgericht getroffene Auslegungsergebnis zu Bedenken Anlass geben sollte, ist diesen auf der Grundlage des gegenwärtig in Kraft stehenden Kartellgesetzes - als nur

*subsidiär* anwendbares Wettbewerbsrecht (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C\_404/2006 vom 16. Februar 2007 E. 4) - nicht beizukommen und insbesondere aus folgenden Gründen eine ausfüllungsbedürftige Lücke zu verneinen:

**12.4.2.1** Einerseits schwebten dem Kartellgesetzgeber bei der Schaffung von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG interdependente Netzwerkverhältnisse ebensowenig vor (vgl. E. 11.3.1.3) wie die im Interkonnektionskontext auf der Infrastrukturebene normativ geschaffenen "Zwangsmärkte" (mit teilweise zumindest zweifelhafter Marktqualität), die bei Fernmeldemonopolphänomenen einen Zugriff auf die Infrastruktur bzw. die Dienstleistungen eines über *essential facilities* verfügenden "Marktbeherrschers" ermöglichen sollen (vgl. E. 12.3.4; vgl. auch SCHINDLER, Wettbewerb, a.a.O., S. 149 ff., 181 ff., 210 ff.).

Wenn sich daher - wie hier - ein bestimmtes unternehmerisches Verhalten nicht mehr unter einen kartellgesetzlichen Tatbestand subsumieren lässt, so muss in erster Linie der Gesetzgeber entscheiden, ob er die Lücke schliessen will oder nicht (für das *deutsche* Kartellrecht vgl. WIEDEMANN, a.a.O., § 3 N. 17 S. 60, sowie KARL ALBERT SCHACHTSCHNEIDER, Prinzipien des Rechtsstaates, Berlin 2006, S. 305 ff.).

**12.4.2.2** Andererseits ist eine Lückenfüllung auch aus folgendem Grund ausgeschlossen: Im Sinne der höchstgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. Urteil 2A.503/2000 vom 3. Oktober 2001 E. 6c) hätte vorliegend auch der *Preisüberwacher* unter den Voraussetzungen einer tieferen Eingriffsschwelle (E. 11.3.3) und ohne Sanktionskompetenzen (E. 11.3.3.4) tätig werden können, um - im Unterschied zur Vorinstanz (E. 11.2.1 a.E. und E. 12.3.1) - eine vorab dem *Konsumenschutz* dienende Preismissbrauchskontrolle durchzuführen (vgl. E. 11.3.3.2). Würde hier aber (zu Unrecht) eine Lücke bejaht und auf dem Weg (einer unzulässigen) Lückenfüllung die Eingriffsschwelle der Vorinstanz derjenigen des Preisüberwachers angeglichen, würde dies zu einem *Wertungswiderspruch* mit der im Preisüberwachungsgesetz vorgesehenen Ordnung führen, die keine mit Art. 49a Abs. 1 KG vergleichbaren punitiven Sanktionen kennt (vgl. E. 11.3.3.4).

**12.4.3** Zusammenfassend bestehen somit keinerlei Gründe, von dem hier anwendbaren strafrechtlichen Analogieverbot abzuweichen und eine Lückenfüllung anzunehmen (vgl. zu Art. 7 Abs. 1 erster Satz EMRK PETTITI/DECAUX/IMBERT, a.a.O., S. 295: "la loi est l'instrument essentiel de la sécurité juridique des citoyens. Il existe donc une obligation générale de prévisibilité qui doit être entendue de façon plus rigoureuse encore en droit pénal. Le principe de sécurité juridique se développe sous la forme de deux corollaires : l'exigence d'une définition claire de la loi et le principe d'interprétation restrictive de l'infraction", sowie S. 297: "La principale directive est le refus de l'interprétation analogique «*in malam partem*» dont on sait comment elle fut pratiquée par les régimes totalitaires."; POPP/LEVANTE, a.a.O., N. 21 zu Art. 1 StGB).

## 12.5 Zwischenergebnis

**12.5.1** Art. 7 Abs. 1 (i.V.m. Abs. 2 Bst. c) KG ist historisch (E. 12.3.3) und teleologisch-systematisch (im Kon-

text mit den übrigen bundesrechtlichen Wertparitätskontrollen, E. 11.3 und E. 12.3.3) einzig auf sog. "normale", d.h. von der Vertragsfreiheit beherrschte Märkte zugeschnitten (E. 11.3.1.3 und E. 12.3.3), in denen neben der kartellgesetzlichen Wertparitätskontrolle (E. 11.3.1) dem Individualrechtsschutz einzig die Institute von Art. 21 OR (E. 11.3.2) und Art. 157 StGB (E. 4.5.2) dienen. Deshalb hat der Kartellgesetzgeber ein kartellrechtliches Korrekturinstrument geschaffen, um unter den spezifischen Voraussetzungen von Art. 7 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. c KG die mangels Wettbewerbs und griffiger "Preiskontrollinstrumente" verhandlungsschwache Vertragspartnerin eines marktbeherrschenden Unternehmens vor Preisausbeutung zu schützen (E. 11.3.1 und E. 12.3.3).

Wird der Anwendungsbereich von Art. 7 Abs. 1 (i.V.m. Abs. 2 Bst. c) KG - in Übereinstimmung mit Art. 7 Abs. 1 erster Satz EMRK (E. 4.5 und E. 12.4) - *in dieser Weise*, d.h. restriktiv, abgesteckt, lässt sich das inkriminierte Verhalten der Beschwerdeführerin nicht unter Art. 7 Abs. 1 (i.V.m. Abs. 2 Bst. c) KG subsumieren.

Im vorliegenden regulierten Netzwerkkontext auf der Infrastrukturebene entfällt wegen des regulatorischen Rahmens (aArt. 11 Abs. 1 FMG) das Erzwingungspotenzial eines interkonnektionsverpflichteten Unternehmens, nachdem die *Verhandlungsmacht* der Nachfrageseite mit der in aArt. 11 Abs. 3 FMG eingeräumten Möglichkeit, bei der ComCom ein Gesuch um Preisfestsetzung einzureichen, erheblich gestärkt wird (E. 11.3.4 und E. 12.3.4). Insofern konnte die Beschwerdeführerin auf dem normativ durch Interkonnektionszwang festgelegten, fernmelderechtlich regulierten "Zwangsmarkt für Infrastrukturdienstleistungen" von der angeblich ausgebeuteten Marktgegenseite keine unangemessenen Preise "erzwingen", nachdem die betroffenen Fernmeldedienstleisterinnen die ComCom als Preisregulatorin hätten anrufen können, dies indessen - wegen der gemeinsam bestehenden Interessenlage an "hohen" Terminierungspreisen (vgl. E. 12.3.4.3) - unterlassen haben.

**12.5.2** Angesichts von Art. 7 Abs. 1 erster Satz EMRK ist es dem Bundesverwaltungsgericht verwehrt, dem Art. 7 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG durch eine "lückenfüllende Auslegung" einen Sinn zu geben, der dem kartellgesetzlichen Preisausbeutungstatbestand nicht zukommt (vgl. POPP/LEVANTE, a.a.O., N. 21 zu Art. 1 StGB). Gemäss dem bundesverfassungsrechtlichen Legalitätsprinzip (Art. 5 und 190 BV; vgl. BGE 133 II 305 E. 5.2, BGE 131 II 13 E. 6.3) ist es in erster Linie am Gesetzgeber zu entscheiden, ob er hier überhaupt eine Lücke annehmen und, wenn ja, ob er diese auch schliessen will (E. 12.4.2.1).

Damit sind wegen des fehlenden Erzwingungspotenzials der Beschwerdeführerin - entgegen der Ansicht der Vorinstanz - die Voraussetzungen von Art. 7 Abs. 1 (i.V.m. Abs. 2 Bst. c) KG nicht erfüllt. Dies wiederum schliesst eine Sanktionierung nach Art. 49a Abs. 1 KG zwingend aus, weshalb die angefochtene Sanktion über keine hinreichende gesetzliche Grundlage verfügt und deshalb gestützt auf das Legalitätsprinzip aufzuheben ist.

**12.5.3** Bei diesem Verfahrensausgang können die weiteren, von der Beschwerdeführerin aufgeworfenen grundlegenden Fragen zur subjektiven Seite der Tatbestands-erfüllung sowie zur Sanktionsbemessung offen bleiben.

## 12.6 Zur Frage der Angemessenheit des Terminierungspreises

**12.6.1** Fehlt das für Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG konstitutive Erzwingungspotenzial und ist eine "lückenfüllende" Ausdehnung des Anwendungsbereichs dieser Bestimmung unzulässig, lässt sich der zwischen der Beschwerdeführerin und ihren Vertragspartnerinnen ausgehandelte Terminierungspreis von 33.5 Rp./Min. nach den massgeblichen *kartellgesetzlichen* Kriterien nicht beanstanden (vgl. E. 11.3.1.1 f. und E. 12.1).

**12.6.2** Ob dieser Preis nach den einschlägigen *preisüberwachungsrechtlichen* Kriterien angemessen war, hat das Bundesverwaltungsgericht im vorliegenden Verfahren aus diesem Grund nicht zu überprüfen. Dies ungeachtet dessen, dass sich angesichts der von der Vorinstanz erhobenen Daten und ihrer prima vista plausiblen Argumente an der Angemessenheit des hier zu Diskussion Anlass gebenden Terminierungspreises ernsthaft zweifeln lässt. Dies nicht zuletzt deshalb, weil die Vorinstanz mit einem, wenn auch von der Beschwerdeführerin als unzulässig erachteten Ländervergleich aufzeigen konnte, dass am 1. Januar 2005 in Österreich, Schweden und Norwegen - ohne Berücksichtigung der Kaufkraftparität - kostenorientiert regulierte Terminierungspreise von lediglich 16 bzw. 11.8 und 12.6 Rp./Min. galten und die Beschwerdeführerin, die europaweit den höchsten Terminierungspreis verlangte (vgl. Verfügung Ziff. 224 ff. und Ziff. 248/Tabelle B-7), in der Folge ihren Terminierungspreis von 33.5 Rp./Min. ab 1. Juni 2005 "freiwillig" auf 20 Rp./Min. senkte.

## 13. Zusammenfassung

**13.1** Die Wettbewerbskommission verletzt mit der verfügten Sanktion Bundesrecht. Der als unangemessen gerügte Terminierungspreis von 33.5 Rp./Min., den die Beschwerdeführerin im sanktionierten Zeitraum von ihren Vertragspartnern verlangte, lässt sich im Lichte der hier massgeblichen *kartellgesetzlichen* Kriterien (E. 11 f.) nicht beanstanden (E. 12.6.1). Daher hat die Vorinstanz zu Unrecht eine nach Art. 49a Abs. 1 KG sanktionswürdige Preisausbeutung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 (i.V.m. Abs. 2 Bst. c) KG angenommen (E. 12.2 f.).

Entbehrt die zu Lasten der Beschwerdeführerin ausgesprochene Sanktion einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage (E. 12.3 f.), muss die vorinstanzliche Verfügung insoweit als bundesrechtswidrig aufgehoben werden (E. 12.5.2). Die Beschwerde ist deshalb, soweit darauf eingetreten werden kann (E. 1.2.3 betr. Dispositiv-Ziff. 5 der angefochtenen Verfügung), teilweise begründet und gutzuheissen. Dementsprechend sind die Ziff. 2 und 3 des angefochtenen Verfügungsdispositivs aufzuheben.

**13.2** Soweit jedoch in der Dispositiv-Ziff. 1 die marktbeherrschende Stellung der Beschwerdeführerin auf dem relevanten Markt festgestellt wird, was Dispositivcharakter hat (vgl. Beschwerdeentscheid der REKOWEF FB/2003-4 vom 9. Juni 2005 E. 6.2.6, veröffentlicht in: RPW 2005/3, S. 530 ff.), verletzt die angefochtene Verfügung Bundesrecht nicht (E. 9 f.), weshalb die Beschwerde in diesem Punkt abzuweisen ist.

**13.3** Bei diesem Verfahrensausgang ebenfalls aufzuheben ist die Ziff. 6a des Verfügungsdispositivs, wonach

die Beschwerdeführerin den Betrag von Fr. 398'702.- an die vorinstanzlichen Verfahrenskosten zu leisten hat.

Aufgrund des vorstehenden Ergebnisses darf die Beschwerdeführerin nur soweit zur Tragung von vorinstanzlichen Verfahrenskosten verpflichtet werden, als solche in unmittelbarem Zusammenhang mit der Ermittlung und Feststellung der marktbeherrschenden Stellung in Verbindung stehen. Daher ist die Sache in diesem Punkt an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit diese die entsprechenden Kosten ausscheidet und der Beschwerdeführerin neu in Rechnung stellt.

## 14. Kosten und Entschädigung

**14.1** Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt in der Entscheidungsformel die Verfahrenskosten, bestehend aus Spruchgebühr, Schreibgebühren und Barauslagen, in der Regel der unterliegenden Partei. Unterliegt diese nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Keine Verfahrenskosten werden Vorinstanzen auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

Bei diesem Verfahrensausgang gilt die Beschwerdeführerin als überwiegend, d.h. zu 4/5 obsiegende Partei, zumal im Wesentlichen die Verpflichtung zur Bezahlung der Sanktion von Fr. 333'365'685.- im Streite lag. Deshalb sind der Beschwerdeführerin nur, soweit sie unterliegt, in ermässigtem Umfang (d.h. zu 1/5) Verfahrenskosten aufzuerlegen und zwar (1.) für die rechtsmittelmässige Überprüfung und Bestätigung des vorinstanzlichen Befunds zur Marktabgrenzung und Marktbeherrschung sowie (2.) für das Unterliegen hinsichtlich des Antrags auf Einstellung der Untersuchung (E. 1.2.3). Diese Kosten werden in Anbetracht aller relevanten Umstände auf Fr. 10'000.- festgesetzt.

**14.2** Für die erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten ihrer Rechtsvertretung ist der Beschwerdeführerin, da sie überwiegend obsiegt, eine um 1/5 reduzierte Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 2 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht, VGKE, SR 173.320.2).

Da die Beschwerdeführerin für ihre Rechtsvertretung keine Kostennote einreichen liess, ist die Entschädigung auf Grund der Akten und nach freiem gerichtlichen Ermessen zu bestimmen (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Soweit eine Parteientschädigung nicht einer unterliegenden Gegenpartei auferlegt werden kann, wird sie der Körperschaft oder autonomen Anstalt auferlegt, in deren Namen die Vorinstanz verfügt hat (Art. 64 Abs. 2 VwVG).

Angesichts des ausserordentlich hohen Aufwands und der Komplexität der Streitsache ist es angemessen, der hauptsächlich obsiegenden Beschwerdeführerin zulasten der Vorinstanz eine reduzierte Parteientschädigung von insgesamt Fr. 80'000.- (inkl. MWST) zuzusprechen. Dieser Betrag berücksichtigt die besonderen Verhältnisse, insbesondere den Umstand, dass auf juristischem Neuland eine Vielzahl anspruchsvoller Rechtsfragen zu klären waren. Dabei erscheint nicht der gesamte der Beschwerdeführerin erwachsene Aufwand als anrechenbar, der für die Abfassung der (teilweise redundant formulierten und deshalb etwas zu umfangreich geratenen) Rechtsschriften eingesetzt worden ist (Beschwerde

von 346 Seiten und Stellungnahmen mit einem Umfang von insgesamt 123 Seiten).

Die reduzierte Parteientschädigung von Fr. 80'000.- (inkl. MWST) hat die Vorinstanz der Beschwerdeführerin nach Rechtskraft dieses Urteils zu entrichten (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 14 Abs. 2 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

**1.**

**1.1** Die Beschwerde wird, soweit darauf einzutreten ist, teilweise gutgeheissen. Die Dispositiv-Ziff. 2, 3 und 6a der Verfügung vom 5. Februar 2007 werden aufgehoben.

Die Sache wird zur Neuausscheidung der vorinstanzlichen Verfahrenskosten im Sinne der Erwägungen an die Wettbewerbskommission zurückgewiesen.

**1.2** Soweit die Dispositiv-Ziff. 1 der Verfügung vom 5. Februar 2007 angefochten ist, wird die Beschwerde abgewiesen.

**2.**

Der Beschwerdeführerin werden ermässigte Verfahrenskosten von Fr. 10'000.- auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 50'000.- verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 40'000.- wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

**3.**

Der Beschwerdeführerin wird zulasten der Vorinstanz eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 80'000.- (inkl. MWST) zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

[...]

Rechtsmittelbelehrung:

[...]

B 3	<b>2. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 27. April 2010 i.S. Publigroupe SA und Mitbeteiligte gegen Wettbewerbskommission (WEKO) betreffend Entschädigung für die Vermittlung von Inseraten in Printmedien (direkte Sanktion nach Kartellgesetz)</b>
-----	--

*Urteil (B-2977/2007) des Bundesverwaltungsgerichts (Abteilung II) vom 27. April 2010 in Sachen Publigroupe SA, Publicitas SA, Publicitas Publimedia AG, Publicitas Publimag AG, Publicitas Mosse AG, Verband Schweizerischer Werbegesellschaft VSW gegen Wettbewerbskommission (WEKO) – Gegenstand: Unzulässige Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG (Sanktion) und Richtlinien des Verbands Schweizerischer Werbegesellschaften über die Kommissionierung von Berufst Vermittler.*

#### Sachverhalt:

##### A. Verfahrensbeteiligte

Die **Publigroupe SA** (Beschwerdeführerin 1) ist ein internationaler Werbekonzern mit Sitz in Lausanne. Die Gesellschaft bezweckt, direkt oder durch Beteiligung an anderen Gesellschaften, die Entwicklung und Vermarktung von Werbung, Inseraten und Reklamen aller Art, die Herausgabe von Zeitungen und Publikationen sowie die Ausübung aller Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Werbung (Art. 2 der Statuten von Publigroupe vom 22. Juni 2009). Nach eigenen Angaben in ihrem Geschäftsbericht schafft und verkauft Publigroupe Raum für kommerzielle Kommunikation. Dabei will sie Werbeauftraggeber und Agenturen mit Marketing- und Technologie-Dienstleistungen bei der Umsetzung ihrer Kommunikations- und Medienstrategien unterstützen.

Seit 1. Januar 2008 weist der Konzern nebst dem Segment "Corporate und Übrige" vier neue Geschäftssegmente auf: "Search & Find", "Media Sales", "Custom Publishing" und "Digital & Marketing Services". Das Geschäftssegment "Media Sales" vereint alle Medienvermarktungsaktivitäten der Gruppe, darunter auch die Printmedienaktivitäten, welche im Bereich Publipresse zusammengefasst sind. Gemäss Angaben der Beschwerdeführer entfielen im Jahr 2006 vom Gesamtumsatz von CHF 2,084 Mia. CHF 1,495 Mia. (2007: CHF 1,512 Mia. von CHF 2,161 Mia. Gesamtumsatz; 2005: CHF 1,480 Mia. von CHF 2,015 Mia. Gesamtumsatz; 2004: CHF 1,458 Mia. von CHF 1,981 Mia. Gesamtumsatz) auf den Bereich Publipresse. Dem Bereich Publipresse gehören die vier Tochtergesellschaften (zu 100 %) Publicitas SA, Publicitas Publimag AG, Publicitas Publimedia AG sowie die Publicitas Mosse AG an:

**Publicitas SA** (Beschwerdeführerin 2) ist mit Hilfe eines Netzes von über 100 Filialen und Agenturen in der gesamten Schweiz als Pächterin und Universalvermittlerin für die Vermittlung von in erster Linie lokalen und regionalen Anzeigen tätig;

**Publicitas Publimedia AG** (ehemals: Publimedia AG; Beschwerdeführerin 3) betreut vor allem Grosskunden und für Grosskunden tätige Werbe- und Medienagenturen für überregionale oder nationale Anzeigenkampagnen;

**Publicitas Publimag AG** (ehemals: Publimag AG; Beschwerdeführerin 4) betreut Anzeigenkunden für regional oder überregional verbreitete Presse Magazine und Fachzeitschriften (z.B. landwirtschaftliche Presse) und arbeitet primär mandatsorientiert;

**Publicitas Mosse AG** (ehemals: Mosse Media AG; Beschwerdeführerin 5) betreut Anzeigen für Kunden aus den Tourismus-, Freizeit- und Ausbildungsbranchen in allen Printmedien;

**Der Verband Schweizerischer Werbegesellschaften VSW** (Beschwerdeführer 6) ist ein Verein im Sinne von Art. 60 ff. ZGB. Er setzt sich zur Zeit aus den 4 Werbegesellschaften Publicitas SA, Publicitas Publimedia AG, Publicitas Publimag AG und Publicitas Mosse AG zusammen, die, wie erwähnt, 100-prozentige Töchter der Publigroupe AG sind. Alle vier Werbegesellschaften sind vorwiegend in der Printwerbung tätig. Gemäss eigenen Angaben erstellt der VSW neben seiner Funktion als Anerkennungsstelle für die Kommissionierung für Berufst Vermittler Branchenstatistiken und unterhält eine Printdatenbank. Er ist zudem in der Lehrlingsausbildung tätig und nimmt die Interessen der Branche bei anderen Verbänden wahr. Die Richtlinien des VSW über die Kommissionierung von Berufst Vermittlern sind Gegenstand des vorliegend zu beurteilenden Untersuchungsverfahrens der Wettbewerbskommission;

Die **Ad.X AG Ad Broker** (nachfolgend: Ad.X AG) ist eine Aktiengesellschaft des schweizerischen Rechts mit Sitz in Zollikon. Sie bezeichnet sich als unabhängige Werbevermittlerin und bezweckt den Betrieb einer Annoncenagentur. Die Ad.X AG reichte bei der Wettbewerbskommission am 12. Juli 2001 eine Anzeige gegen die Kommissionierungspraxis des VSW bzw. der Publigroupe ein.

##### B. Verfahrensgeschichte

**B.a** Dem Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) wurde erstmals im Jahre 1997 eine Anzeige im Zusammenhang mit den VSW-Kommissionierungsrichtlinien eingereicht.

Im Schreiben vom 28. Januar 1998 an die seinerzeitige Anzeigerin, die IFP AG, führte das Sekretariat aus, die gerügte Ungleichbehandlung von Universal- und Nicht-Universalvermittlern durch den VSW sei unter den gegebenen Voraussetzungen legitim, da sie betriebswirtschaftlich rechtfertigbar sei. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass Publicitas mit ihren Tochtergesellschaften auf dem Markt eine sehr starke Stellung inne habe. Aus kartellrechtlicher Sicht werde es erst dann problematisch, wenn bei solchen Konstellationen missbräuchliche Verhaltensweisen (z.B. Diskriminierung oder Verweigerung von Geschäftsbeziehungen) vorliegen würden. Es werde im Moment davon abgesehen, ein formelles Verfahren einzuleiten. Die Praxis des VSW

und diejenige von Publicitas werde aber auch in Zukunft im Auge behalten werden.

Im Schreiben vom 28. Oktober 1998 an den Rechtsvertreter des VSW bestätigte das Sekretariat diese Auffassung. Es behielt sich wiederum vor, bei missbräuchlicher Anwendung der Kommissionierungsrichtlinien, gestützt auf die einschlägigen Bestimmungen des Kartellgesetzes, einzugreifen.

**B.b** Am 12. Juli 2001 reichte die Ad.X AG beim Sekretariat eine Anzeige gegen den VSW ein. Sie beantragte die Einleitung einer Untersuchung, eventualiter einer Vorabklärung, da die Weigerung des VSW, die Ad.X AG als kommissionsberechtigte Vermittlerin anzuerkennen, einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 7 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) darstelle.

Nachdem der VSW diverse ihm vom Sekretariat unterbreitete Fragen beantwortet hatte, eröffnete Letzteres am 19. Dezember 2001 eine Vorabklärung gemäss Art. 26 KG.

Am 31. Januar 2002 fand eine Besprechung zwischen Vertretern des VSW und Mitarbeitern des Sekretariats der Wettbewerbskommission statt.

Mit Eingabe vom 3. Juni 2002 beantwortete der VSW einen Fragebogen des Sekretariats, insbesondere im Zusammenhang mit den VSW-Aufnahmebedingungen.

Am 17. Juni 2002 unterbreitete das Sekretariat verschiedenen führenden Schweizer Verlagen einen Fragebogen zur Beantwortung.

Das Sekretariat eröffnete im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums am 6. November 2002 eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG gegen Publigroupe bezüglich der VSW-Aufnahmebedingungen. Es bestünden Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 7 KG. Die Eröffnung der Untersuchung wurde am 20. November 2002 im Schweizerischen Handelsamtsblatt und am 26. November 2002 im Bundesblatt amtlich publiziert (BBI 2002 7596). Ein kartellrechtswidriges Verhalten wurde Publigroupe insbesondere bezüglich der Richtlinien zur Kommissionierung von Berufsinseratevermittlern vorgeworfen. Kritisch betrachtet wurden im Zusammenhang mit dem potenziellen Wettbewerb ebenfalls die Minderheitsbeteiligungen, welche Publigroupe an diversen sogenannten Eigenregiezeitungen halte.

**B.c** Im Rahmen der Untersuchung stellte das Sekretariat der Publigroupe, diversen Zeitungen oder Zeitschriften in Eigenregie, Anzeigenvermittlern, Werbeagenturen und Zeitungen mit Pachtverträgen Fragebogen zu. Der Anzeigerin Ad.X AG wurde ebenfalls Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben, auch wenn ihr mit Schreiben vom 29. April 2003 und 16. Februar 2004 mitgeteilt wurde, dass ihr keine Parteistellung nach Art. 6 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) zuerkannt werden könne.

Am 16. November 2004 stellte das Sekretariat Publigroupe einen Verfügungsentwurf betreffend die Kommissionierung der Anzeigenvermittler zu. Im Entwurf wurde die Problematik der Minderheitsbeteiligungen

ausgeklammert, da diesbezüglich weitergehende Abklärungen notwendig seien.

Mit Eingabe vom 30. März 2005 meldeten Publigroupe und der VSW dem Sekretariat unpräjudiziell eine möglicherweise unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gemäss der Übergangsbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 betreffend die Kommissionierungsrichtlinien von Publigroupe bzw. des VSW für Universalvermittler.

Anlässlich der Anhörung vom 4. April 2005 vor der Wettbewerbskommission bot Publigroupe insoweit Hand zu einer einvernehmlichen Regelung, als sie gewillt sei, auf das Kriterium der Universalvermittlung zu verzichten. Sie sei ebenfalls bereit, auf das "relative" Kriterium zu verzichten, wonach 50 % des Umsatzes aus kommerziellen Inseraten stammen müssten. Des Weiteren habe sie auch bezüglich der Frage der Umsatzschwellen stets Kulanz gezeigt.

Am 6. April 2005 bestätigte das Sekretariat den Eingang der "Meldung" der Publigroupe gemäss Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes. Es machte darauf aufmerksam, dass die Frage, inwiefern ein laufendes Verfahren im Sinne der Schlussbestimmung noch gemeldet werden könne, Gegenstand eines Beschwerdeverfahrens und somit noch nicht rechtskräftig entschieden sei.

Am 13. April 2005 unterbreitete Publigroupe der Wettbewerbskommission einen konkret ausformulierten Vorschlag für die Anpassung der fraglichen Richtlinien.

Mit Schreiben vom 27. April 2005 teilte das Sekretariat dem Rechtsvertreter von Publigroupe mit, es sei von der Wettbewerbskommission beauftragt worden, auf eine einvernehmliche Regelung hinzuwirken, welche den kartellrechtlichen Bedenken umfassend Rechnung trage. Die vorgeschlagene Regelung sei nicht ausreichend, um das mutmasslich missbräuchliche Verhalten von Publigroupe zu beseitigen.

Im Anschluss an die Besprechungen vom 20. Mai 2005 und 11. August 2005 reichte Publigroupe am 5. Juli 2005 bzw. am 31. August 2005 je einen überarbeiteten Entwurf künftiger Kommissionierungsrichtlinien ein.

Am 26. September 2005 unterbreitete das Sekretariat Publigroupe - unter dem Vorbehalt der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission - einen Vorschlag für eine einvernehmliche Regelung nach Art. 29 Abs. 1 KG. Nach der Stellungnahme von Publigroupe vom 31. Oktober 2005 überarbeitete das Sekretariat die einvernehmliche Regelung und stellte Publigroupe die neue Fassung am 14. November 2005 zu. Gleichzeitig wurde Publigroupe darauf aufmerksam gemacht, dass die Wettbewerbskommission trotz ihrer als "Meldung" betitelten Eingabe vom 30. März 2005 auch über eine mögliche Sanktionierung von Publigroupe zu entscheiden habe.

Die überarbeitete Version der einvernehmlichen Regelung wurde am 17. November 2005 einem Markttest unterzogen, damit die von der Regelung unmittelbar betroffenen Unternehmen dazu Stellung nehmen konnten. In der Folge liessen sich insgesamt 20 der angefragten Unternehmen vernehmen.



Mit Schreiben vom 30. November 2005 erklärte sich Publigroupe grundsätzlich mit dem Vorschlag des Sekretariats für eine einvernehmliche Regelung einverstanden. Das Einverständnis sei jedoch an die Bedingung geknüpft, dass ihr ausdrücklich und formell bestätigt werde, dass ihr Entwurf für Richtlinien des VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern vom 31. August 2005 den in der einvernehmlichen Regelung formulierten Grundsätzen vollumfänglich entspreche und kartellrechtlich nicht zu beanstanden sei. Im erwähnten Schreiben nahm Publigroupe ebenfalls zu der Anzeige der Unio AG - einer Berufs-Inseratevermittlerin - vom 3. November 2005 an das Sekretariat Stellung, worin diese sich über die Weigerung von Publigroupe, einen Entscheid über die Kommissionsberechtigung der Unio AG zu fällen, beschwert hatte. Publigroupe wies in diesem Zusammenhang darauf hin, dass der Unio AG mittlerweile "in antizipierter Anwendung der erst im Entwurf vorliegenden neuen Richtlinien die Anerkennung als kommissionsberechtigte Vermittlerin" ab dem 1. Januar 2006 zugesichert worden sei.

Mit Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung teilte das Sekretariat Publigroupe mit Schreiben vom 13. Dezember 2005 mit, sie unterstehe der direkten Sanktionierbarkeit nach Art. 49a Abs. 1 KG, falls die Wettbewerbskommission zum Schluss gelange, es sei im Umstand, dass Publigroupe auf die ihr im Verfügungsentwurf zur Last gelegten Verhaltensweisen nicht verzichtet habe, eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 7 KG zu erblicken.

Am 23. Dezember 2005 bestritt Publigroupe den Vorwurf des Sekretariats, sie habe darauf verzichtet, die ihr im Verfügungsentwurf zur Last gelegten Verhaltensweisen aufzugeben. Unter anderem habe sich Publigroupe anlässlich der Anhörung vor der Wettbewerbskommission am 4. April 2005 ausdrücklich bereit erklärt, gewisse Verhaltensweisen abzuändern.

Am 6. Februar 2006 teilte das Sekretariat Publigroupe die Ergebnisse des Markttests mit und übermittelte ihr zugleich die definitive Fassung der einvernehmlichen Regelung unter Vorbehalt der Zustimmung durch die Wettbewerbskommission.

Am 22. Mai 2006 anerkannte der VSW die Ad.X AG als kommissionsberechtigte Berufsvermittlerin mit Wirkung ab 1. Juni 2006. Von der Anerkennung ausgenommen blieben die Umsätze der Ad.X AG mit Mercuri Urval, und zwar bis zum Nachweis, dass Letztere rechtlich und wirtschaftlich von der Ad.X AG unabhängig sei.

Mit Schreiben vom 10. Juli 2006 unterbreitete das Sekretariat seinen überarbeiteten zweiten Antrag an die Wettbewerbskommission Publigroupe zur Stellungnahme.

Innert erstreckter Frist nahm Publigroupe am 20. September 2006 zum Verfügungsentwurf Stellung. Nebst der Genehmigung der einvernehmlichen Regelung entsprechend dem Antrag des Sekretariats beantragte sie, es sei das Untersuchungsverfahren vorbehaltlos einzustellen und insbesondere auf die Feststellung einer Marktbeherrschung und eines Marktmissbrauchs sowie auf die Verhängung einer Sanktion zu verzichten.

Am 6. November 2006 fand vor der Wettbewerbskommission zur Frage der Sanktionierung eine Anhörung statt.

### C. Zusammenfassung der angefochtenen Verfügung

**C.a** Am 5. März 2007 erliess die Wettbewerbskommission in der Untersuchung betreffend Richtlinien des VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern eine Verfügung (Versand: 19. März 2007; Zustellung: 21. März; veröffentlicht in: RPW 2007/2, S. 190 ff.) mit folgendem Dispositiv:

- "1. Es wird festgestellt, dass Publigroupe SA mittels ihrer Tochtergesellschaften Publicitas SA, Publimedia AG, Publimag AG und Mosse Media AG sowie des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften im Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Printmedien in der Schweiz eine marktbeherrschende Stellung innehat.
2. Es wird festgestellt, dass die Publigroupe mittels Publicitas SA, Publimedia AG, Publimag AG, Mosse Media AG und dem Verband Schweizerischer Werbegesellschaften ihre marktbeherrschende Stellung gemäss Ziff. 1 missbrauchte, indem sie sich durch Ziff. 2.2 Abs. 1, Ziff. 2.2 Abs. 2 und Ziff. 2.5 der Richtlinien des VSW über die Kommissionierung von Berufs-Inseratevermittlern weigerte, Vermittler zu kommissionieren und diese dadurch nach Art. 7 Abs. 1 KG in der Aufnahme und der Ausübung des Wettbewerbs behinderte und gegenüber anderen unabhängigen Vermittlern diskriminierte.
3. Publigroupe SA wird für das unter Ziff. 2 dieses Dispositivs genannte Verhalten gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG mit einem Betrag von CHF 2.5 Mio. belastet.
4. Die Wettbewerbskommission genehmigt im Sinne einer einvernehmlichen Regelung die nachstehende Verpflichtungserklärung der Publigroupe SA, Publicitas SA, Publimedia AG, Publimag AG, Mosse Media AG und dem Verband Schweizerischer Werbegesellschaften vom 30. November 2005:

#### *Richtlinie für Kommissionierung von Inseratevermittlern*

##### *1. Grundsatz*

*Die Publigroupe, ihre im Verkauf von Inserateraum für Printmedien gestützt auf Pachtverträge mit Verlagen tätigen Tochtergesellschaften sowie der Verband Schweizerischer Werbegesellschaften verpflichten sich, bei der Kommissionierung von Vermittlern, welche durch die Schaffung und Aufrechterhaltung einer professionellen Verkaufsorganisation den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Pachttiteln aktiv fördern, keine diskriminierenden Kriterien anzuwenden und keine übermässigen Markteintrittsbarrieren für neu in den Vermittlungsmarkt eintretende Unternehmen zu errichten.*

## 2. Minimalanforderungen

Die vorliegende Vereinbarung statuiert nachfolgend in Ziff. 4 bis 7 Minimalanforderungen, welchen künftige Richtlinien über die Kommissionierung von Berufsvermittlern bzw. zu diesem Zweck erlassene Verträge, vorformulierte Vertragsbestimmungen, interne Vorgaben oder ähnliches (nachfolgend einheitlich: Kommissionierungsrichtlinien) zu genügen haben.

### 3. Umschreibung der Vermittlungsleistung

Die Kommissionierungsrichtlinien umschreiben die kommissionierungsberechtigte Vermittlungsleistung, d.h. die mit dem Verkauf von Inseraterraum verbundenen Dienstleistungen, in positiver Weise und knüpfen nicht an formelle Eigenschaften des Leistungserbringers an.

### 4. Kommissionierung von Spartenvermittlern

Die Kommissionierungsrichtlinien der Publigroupe enthalten keine Bestimmungen, welche Vermittler, die ihre Vermittlungstätigkeit auf eine oder mehrere spezielle Rubriken beschränken (sog. Spartenvermittler), aufgrund dieser Eigenschaft von einer Kommissionierung ohne sachliche Gründe ausschliessen.

### 5. Kommissionierung von Vermittlern in Nebentätigkeit und/oder zum Nebenzweck

Die Kommissionierungsrichtlinien der Publigroupe enthalten keine Bestimmungen, welche Vermittler, welche die Vermittlungstätigkeit in Nebentätigkeit oder zum Nebenzweck betreiben, ohne sachlichen Grund aufgrund dieser Eigenschaft von einer Kommissionierung ausschliessen.

### 6. Kommissionierung von rechtlich oder wirtschaftlich abhängigen Vermittlern

Rechtlich oder wirtschaftlich abhängige Vermittler sind für die Vermittlung von all denjenigen Inseraten zu kommissionieren, welche nicht vom Unternehmen, von welchem sie rechtlich oder wirtschaftlich abhängig sind, stammen.

### 7. Keine Anerkennung von Werbe-, Media- und PR-Beratern als Inseratevermittler

Die Kommissionierungsrichtlinien dürfen eine Bestimmung enthalten, wonach Unternehmen, die als Vertreter von Inserenten oder als Berater - insbesondere Werbe-, Media- oder PR-Berater - tätig sind, nicht als Berufsvermittler anerkannt werden.

### 8. Mindestumsatzvorschriften

Mindestumsatzvorschriften sind zulässig, soweit sie keine übermässige Marktzutrittsschranke für neu in den Markt eintretende Unternehmen darstellen. Eine Mindestumsatzvorschrift, wonach ein Nettoumsatz von mindestens CHF 100'000.- mit Pachttiteln von VSW-Mitgliedern erzielt werden muss, wird als zulässig erachtet. Die Kommissionierungsrichtlinien gewähren neu in den Markt eintretenden Unternehmen eine Karenzfrist von mindestens 2 Jahren, bevor das Mindestumsatzerfordernis erfüllt sein muss.

## 9. Verfahrensabschluss

Vorbehaltlich der Genehmigung dieser Vereinbarung durch die Weko wird das Verfahren gegen die Publigroupe abgeschlossen.

Vorbehalten bleibt der pflichtgemässe Vollzug dieser Vereinbarung.

5. Zuwiderhandlungen gegen diese einvernehmliche Regelung können mit Sanktionen gemäss Art. 50 bzw. 54 KG belegt werden.

6. Die Wettbewerbskommission behält sich vor, die Einhaltung der einvernehmlichen Regelung zu kontrollieren und die hierfür erforderlichen Auskünfte und Unterlagen einzuholen.

7. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF (...) werden den Adressatinnen der Verfügung unter solidarischer Haftung auferlegt.

8. [Rechtsmittelbelehrung]

9. [Eröffnung]"

**C.b** Zur Begründung führte die Wettbewerbskommission zunächst aus, es sei bei der Beurteilung der Marktstärke von Publigroupe vom Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in in der Schweiz auszugehen.

**C.c** In Bezug auf die Beurteilung der Marktstärke von Publigroupe hielt die Wettbewerbskommission fest, dass im relevanten Markt kein ausreichender aktueller Wettbewerb vorhanden sei. Dies ergebe sich aufgrund des hohen Marktanteils von Publigroupe, der unausgeglichene Marktanteilsverteilung und der strukturellen Vorteile von Publigroupe (Netzwerk, Minderheitsbeteiligungen, Finanzkraft). Auch vermöge keine ausreichende disziplinierende Wirkung von alternativen Werbeträgern (z.B. Internet als Werbemedium) oder von vertikalem Marktdruck durch die Verlage oder der Marktgegenseite auf Publigroupe auszugehen. Hinsichtlich eines allfälligen potenziellen Wettbewerbs sei einerseits festzustellen, dass die Möglichkeit der Verlage, sich aus dem Pachtvertrag mit Publigroupe zu lösen und ihren Inserate- und Werberaum in Eigenregie zu vermarkten, keinen genügenden Wettbewerbsdruck auf Publigroupe auszuüben vermöge. Andererseits sei auch das Wachstumspotential der bestehenden unabhängigen Vermittler begrenzt und es sei kaum mit dem Eintritt neuer Unternehmen zu rechnen. Die vom potenziellen Wettbewerb durch unabhängige Vermittler ausgehende disziplinierende Wirkung sei aufgrund diverser struktureller Faktoren (exklusive Pachtverträge von Publigroupe, unwahrscheinlicher Systemwechsel zur Eigenregie, Kosten für den Aufbau eines Filialnetzwerks) gering.

**C.d** Publigroupe habe ihre marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 7 KG missbraucht, indem sie unabhängige Vermittler in der Aufnahme bzw. Ausübung des Wettbewerbs behindert habe. Insbesondere habe sie in ihrer Eigenschaft als Pächterin unabhängige Vermittler nicht kommissioniert, wenn diese nicht Inserate von mehreren juristisch und wirtschaftlich voneinander unabhängigen Auftraggebern vermittelt hätten, wenn sie Spartenvermittler oder Vermittler in Nebentätigkeit gewesen seien, wenn sie Vorgaben über ein Mindestge-

schäftsvolumen nicht erreicht hätten oder nicht mindestens die Hälfte des Umsatzes von kommerziellen Inseraten stammen würden.

**C.e** Mit dem Abschluss einer einvernehmlichen Regelung mit Publigroupe werde den bisherigen rechtsmissbräuchlichen Verhaltensweisen vollumfänglich Rechnung getragen. Diese stelle im Sinne von Minimalanforderungen an künftige Richtlinien sicher, dass nicht Unternehmen aufgrund sachfremder formeller Kriterien von einer Kommissionierung ausgeschlossen würden.

**C.f** Der von der Wettbewerbskommission festgestellte Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung von Publigroupe unterliege seit Inkrafttreten der KG-Revision im Jahr 2003 per 1. April 2004 der direkten Sanktionierbarkeit nach Art. 49a KG. Da Publigroupe nicht alles Notwendige vorgekehrt habe, damit ihre verantwortlichen Abteilungen, Organe und Angestellten die Diskriminierung nicht kommissionierter Vermittler beendet hätten, liege zumindest eine fahrlässige Sorgfaltspflichtverletzung bzw. ein Organisationsverschulden von Publigroupe vor. Dieses Verhalten sei unabhängig vom Abschluss einer einvernehmlichen Regelung direkt zu sanktionieren. Eine sanktionsbefreiende Meldung gemäss Übergangsbestimmung sei nicht möglich gewesen.

Insgesamt erweise sich ein anhand der Umsätze im relevanten Markt errechneter Basisbetrag im oberen Drittel des Sanktionsrahmens den Besonderheiten des vorliegenden Falles als nicht angemessen. Art und Schwere der Zuwiderhandlung seien aufgrund der beschränkten Marktwirkung der VSW-Richtlinien insgesamt als gering einzustufen. Die relevante Dauer betrage weniger als zwei Jahre und sanktionserhöhende Umstände lägen keine vor. Als sanktionsmildernd sei die kooperative Ausarbeitung einer einvernehmlichen Regelung zu berücksichtigen. Sämtliche Umstände rechtfertigten eine Sanktion in der Höhe von CHF 2,5 Mio.

## **D. Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht**

**D.a** Gegen diese Verfügung erhoben die Beschwerdeführer 1-6 am 2. Mai 2007 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht.

Sie stellen folgende Rechtsbegehren:

"Es seien die Ziffern 1, 2, 3 und 7 des Dispositivs der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 5. März 2007 aufzuheben

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin."

**D.b** In der Begründung rügen die Beschwerdeführer in formeller Hinsicht die Vorgehensweise der Wettbewerbskommission in Bezug auf die Unterscheidung zwischen dem Unternehmensbegriff (Publigroupe als Konzernobergesellschaft) und den Adressaten der Verfügung (zu Publigroupe gehörende Konzerngesellschaften als "Anordnungsobjekte" des Verfahrens). Zudem sei gegenüber den Beschwerdeführern 2-6 weder jemals formell ein Untersuchungsverfahren eröffnet noch seien ihnen irgendwelche Verfahrensrechte eingeräumt worden. Darüber hinaus seien der rechtserhebliche Sachverhalt zum Teil unrichtig festgestellt und das rechtliche Gehör verletzt worden.

**D.c** In materieller Hinsicht bemängeln die Beschwerdeführer, dass das vorliegende Verfahren nicht mit der einvernehmlichen Regelung definitiv abgeschlossen worden sei. Einerseits sei in den Jahren 1997 und 1998 die später als missbräuchlich qualifizierte Praxis des Beschwerdeführers 6 ausdrücklich als rechtmässig anerkannt worden. Zudem habe die Wettbewerbskommission sowohl bei der Formulierung des Inhalts der einvernehmlichen Regelung als auch bei deren Genehmigung den definitiven Verfahrensabschluss festgehalten. Für weitere Feststellungen und Anordnungen habe kein Raum bestanden. Die Sanktionierung verstosse gegen den Vertrauensgrundsatz, den Grundsatz der Gleichbehandlung und stehe im Widerspruch zu der vereinbarten und genehmigten einvernehmlichen Regelung.

Die Beschwerdeführerin 1 habe sich auch nicht missbräuchlich verhalten. Zum Einen habe sie im Verlaufe des Verfahrens bezüglich der Kriterien Unabhängigkeit und Nicht-Kommissionierung von anerkannten Beratern den Nachweis erbracht, dass diese Kriterien sachlich gerechtfertigt seien. Weiter seien die im Rahmen der einvernehmlichen Regelung abgeänderten Kriterien der Universalvermittlung und der Umsatzschwelle vom Sekretariat bereits in den Jahren 1997 und 1998 als kartellgesetzkonform bezeichnet worden, weil der Beschwerdeführer 6 dafür sachliche Gründe habe vorlegen können. Auch dürfe jedes Unternehmen bei der Auswahl seiner Vertriebspartner bestimmte Selektionskriterien anwenden. Selektionskriterien, welche wie im Falle des selektiven Vertriebs die Verkaufsförderung für das Produkteportfolio unterstützten, könnten in keinem Fall als missbräuchlich angesehen werden. Schliesslich entspreche die Kommissionierung von Berufsvermittlern einem selektiven Vertriebssystem, und die Kommissionierungsvoraussetzungen entsprächen kartellrechtlich zulässigen qualitativen Selektionskriterien.

Die Beschwerdeführer führen weiter aus, dass sie auch nicht marktbeherrschend seien. Bei einer korrekten, auf den Gesamtwerbemarkt bezogenen Markttabgrenzung reiche der Marktanteil der Beschwerdeführer nicht aus, um sich gegenüber anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten zu können. Selbst bei einer unzulässigen Beschränkung des relevanten Markts auf die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Printmedien liege keine Marktbeherrschung vor, da die den Beschwerdeführern gegenüberstehenden Verlage ein unabhängiges Verhalten von Publigroupe nicht zulassen und die Verlage ohnehin die Konditionenhoheit innehätten.

**D.d** Im vorliegenden Verfahren liessen sowohl der Abschluss einer einvernehmlichen Regelung als auch der Grundsatz von Treu und Glauben eine Sanktionierung der Beschwerdeführer nicht zu. Auch sei die Sanktionsbemessung nicht nachvollziehbar. In Bezug auf die Vorwerfbarkeit des fraglichen Verhaltens werde nicht ersichtlich, welchem der sechs gemeinsam zur Bezahlung einer Sanktion verpflichteten Beschwerdeführer jeweils welches missbräuchliche Verhalten vorgeworfen werde.

**D.e** Mit Schreiben vom 29. Juni 2007 verzichtete die Ad.X AG auf die Einreichung einer Stellungnahme.

**D.f** Mit Vernehmlassung vom 2. Juli 2007 beantragt die Wettbewerbskommission dem Bundesverwaltungsgericht die Abweisung der Beschwerde unter Kostenfolge.

**D.g** Am 10. Oktober 2007 replizierten die Beschwerdeführer auf die Vernehmlassung der Vorinstanz und hielten an den in der Beschwerde gestellten Anträgen fest. Darauf reichte die Vorinstanz am 5. November 2007 die Duplik ein, welche das Bundesverwaltungsgericht den Beschwerdeführern mit Zwischenverfügung vom 16. November 2007 zur Kenntnis brachte.

**D.h** Die Beschwerdeführer reichten am 20. März 2009 unaufgefordert eine weitere Eingabe ein. Die darin aufgezeigten Verschiebungen bei den Marktverhältnissen würden belegen, dass sich die Feststellungen der Wettbewerbskommission zur Frage der Marktbeherrschung auf falsche Tatsachen stützten.

In ihrer Stellungnahme vom 23. April 2009 hielt die Vorinstanz an ihrem Antrag, die Beschwerde sei abzuweisen, fest. Bei den Vorbringen der Beschwerdeführer handle es sich um neue Entwicklungen. Massgebend sei jedoch der Sachverhalt, wie er sich zum Zeitpunkt des Verfügungserlasses dargestellt habe. Die geltend gemachten Einbussen im Anzeigengeschäft seien ein konjunkturelles Problem und beträfen somit alle Wettbewerber. Aus den Ausführungen der Beschwerdeführer könne nicht geschlossen werden, dass sie Marktanteile verloren und sich entsprechend ihre Marktstellung geändert habe.

**D.i** Am 5. Februar 2010 reichten die Beschwerdeführer eine Kostennote ein.

**D.j** Auf die dargelegten und die weiteren Vorbringen der Verfahrensbeteiligten wird, soweit sie rechtserheblich sind, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

## **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

### **1. Prozessvoraussetzungen**

Das Bundesverwaltungsgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob die Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind und ob auf eine Beschwerde einzutreten ist (vgl. BVGE 2007/6 E. 1, m.w.H.).

#### **1.1 Sachzuständigkeit und Anfechtungsobjekt**

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG (zitiert im Sachverhalt unter B.c). Gemeint sind Anordnungen im Einzelfall, d.h. individuelle, an den Einzelnen gerichtete Hoheitsakte, durch welche ein konkretes verwaltungsrechtliches Rechtsverhältnis rechtsgestaltend oder feststellend in erzwingbarer Weise geregelt wird (vgl. FELIX UHLMANN, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2009, N. 20 zu Art. 5 VwVG, m.w.H.).

Der angefochtene Entscheid vom 5. März 2007 (Versanddatum: 19. März 2007), der die Beschwerdeführerin 1 unter anderem zur Bezahlung einer Verwaltungsanktion von CHF 2,5 Mio. und sämtliche Beschwerdeführer unter solidarischer Haftbarkeit zu Verfahrenskosten von CHF (...) verpflichtet, ist eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. a VwVG. Da das Bundesverwaltungs-

gericht nach Art. 31 VGG Beschwerden gegen solche Verfügungen beurteilt, ist es nach Art. 33 Bst. f VGG (i.V.m. Art. 47 Abs. 1 Bst. b VwVG) für die Behandlung der vorliegenden Streitsache zuständig, zumal keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt.

### **1.2 Beschwerdelegitimation**

Die Beschwerdeführer sind Adressaten der Verfügung vom 5. März 2007 und haben entweder am Verfahren vor der Wettbewerbskommission teilgenommen (Beschwerdeführerin 1) oder sie rügen, es sei gegen die Beschwerdeführer 2-6 weder formell ein Untersuchungsverfahren eröffnet noch seien ihnen irgendwelche Verfahrensrechte eingeräumt worden. Sämtliche Beschwerdeführer erfüllen somit die Voraussetzung von Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG. Zudem sind sämtliche Beschwerdeführer durch die angefochtene Verfügung besonders berührt (Bst. b) und haben ein als schutzwürdig anzuerkennendes Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Bst. c). Die Beschwerdeführer sind damit zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG).

### **1.3 Übrige Eintretensvoraussetzungen**

Eingabefrist und -form sind gewahrt (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG), der Vertreter hat sich rechtsgenüchlich ausgewiesen (Art. 11 VwVG), die Kostenvorschüsse wurden fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 46 ff. VwVG).

Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

## **2. Streitgegenstand**

Die Beschwerdeführer fechten die Dispositiv-Ziffern 1, 2, 3 und 7 der vorinstanzlichen Verfügung an. Streitgegenstand sind somit die Feststellungen der Vorinstanz, dass Publigroupe mittels ihrer Tochtergesellschaften (Beschwerdeführerinnen 2-5) sowie mittels des VSW (Beschwerdeführer 6) im Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Printmedien in der Schweiz eine marktbeherrschende Stellung innehatte und diese Stellung missbraucht habe, indem sie sich mittels der Richtlinien des VSW über die Kommissionierung von Berufsinseratevermittlern geweigert habe, Vermittler zu kommissionieren. Ebenfalls im Streit liegen die Verhängung einer Sanktion über CHF 2,5 Mio. sowie die Auferlegung und die Höhe der Verfahrenskosten von insgesamt CHF (...).

Demgegenüber wird die von der Vorinstanz in der Verfügung genehmigte einvernehmliche Regelung mangels eines entsprechenden Antrags nicht zu prüfen sein.

## **3. Anwendbares Recht**

Die angefochtene Verfügung erging gestützt auf das Kartellgesetz. Dieses Gesetz bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (Art. 1 KG).

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

Abs. 1 KG). Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1bis KG).

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).

Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen bei der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen (Art. 7 Abs. 1 KG). Als solche Verhaltensweisen fallen unter anderem in Betracht: (a) die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (z.B. Liefer- oder Bezugssperren); (b) die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen; (c) die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. a - c KG).

Die Wettbewerbskommission trifft die Entscheide und erlässt die Verfügungen, die nicht ausdrücklich einer anderen Behörde vorbehalten sind (Art. 18 Abs. 3 Satz 1 KG). Bestehen Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung, so eröffnet das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung (Art. 27 Abs. 1 Satz 1 KG).

Die Wettbewerbskommission entscheidet auf Antrag des Sekretariats mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung (Art. 30 Abs. 1 KG). Die am Verfahren Beteiligten können schriftlich zum Antrag des Sekretariats Stellung nehmen. Die Wettbewerbskommission kann eine Anhörung beschliessen und das Sekretariat mit zusätzlichen Untersuchungsmassnahmen beauftragen (Art. 30 Abs. 2 KG).

Nach dem am 1. April 2004 in Kraft getretenen Art. 49a KG (AS 2004 1387 f.) können Unternehmen bei gewissen unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen direkt mit Sanktionen belastet werden, wobei Abs. 1 vorsieht:

"Ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Artikel 5 Absätze 3 und 4 beteiligt ist oder sich nach Artikel 7 unzulässig verhält, wird mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Artikel 9 Absatz 3 ist sinngemäss anwendbar. 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."

Wenn das Unternehmen an der Aufdeckung und der Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung mitwirkt, kann auf eine Belastung ganz oder teilweise verzichtet werden (Art. 49a Abs. 2 KG; sog. "Bonusregelung"). Nach Abs. 3 Bst. a von Art. 49a KG entfällt diese Belastung insbesondere dann, wenn das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung meldet, bevor diese Wirkung entfaltet. Wird dem Unternehmen innert fünf Monaten nach der Meldung die Eröffnung eines Verfahrens nach

den Art. 26-30 mitgeteilt und hält es danach an der Wettbewerbsbeschränkung fest, entfällt die Belastung nicht.

Die Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 (AS 2004 1385, BBl 2002 2022, 5506) hält fest:

"Wird eine bestehende Wettbewerbsbeschränkung innert eines Jahres nach Inkrafttreten von Artikel 49a gemeldet oder aufgelöst, so entfällt eine Belastung nach dieser Bestimmung."

Auf die Verfahren sind die Bestimmungen des VwVG anwendbar, soweit das Kartellgesetz davon nicht abweicht (Art. 39 KG).

Die Behörde stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 12 VwVG). Beteiligte an Abreden, marktmächtige Unternehmen, Beteiligte an Zusammenschlüssen sowie betroffene Dritte haben den Wettbewerbsbehörden alle für deren Abklärungen erforderlichen Auskünfte zu erteilen und die notwendigen Urkunden vorzulegen. Das Recht zur Verweigerung der Auskunft richtet sich nach Art. 16 VwVG (Art. 40 KG).

#### 4. Verfügungsadressaten

In formeller Hinsicht rügen die Beschwerdeführer die Vorgehensweise der Wettbewerbskommission bezüglich der Unterscheidung zwischen dem Unternehmensbegriff und den Adressaten der Verfügung. So seien die Beschwerdeführer 2-5 erst kurz vor Abschluss des Verfahrens davon in Kenntnis gesetzt worden, dass sie als Verfügungsadressaten behandelt werden sollten. Es gehe bei der frühzeitigen Bestimmung der Verfügungsadressaten gerade auch darum, das sanktionierte Verhalten einer bestimmten juristischen Person vorzuwerfen bzw. zuzurechnen. Dies lasse sich nicht im Sinne einer pauschalen und allgemeinen Verantwortlichkeit sämtlicher Konzerngesellschaften bewerkstelligen.

**4.1** Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen, die sich an Abreden beteiligen, Marktmacht ausüben oder sich an Zusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG). Damit wird der persönliche Geltungsbereich im Kartellgesetz mit dem Begriff "Unternehmen" definiert. Unternehmen sind gemäss der im Rahmen der Revision im Jahre 2003 in das Kartellgesetz aufgenommenen Legaldefinition von Art. 2 Abs. 1bis KG alle Nachfrager oder Anbieter von Gütern oder Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform. Bis zur KG-Revision 2003 fehlte eine Definition des Unternehmensbegriffs im Gesetz. Lehre und Praxis gingen von einem "funktionalen" Unternehmensbegriff aus, der nicht auf die Rechtsform eines Unternehmens abstellte. Ausgehend von den in der Botschaft zum KG von 1995 enthaltenen Hinweisen galten als Unternehmen alle Marktteilnehmer, die sich - sei es als Anbieter oder Nachfrager - selbständig als Hersteller von Gütern bzw. Erbringer von Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess beteiligten (vgl. Botschaft des Bundesrates vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [BBl 1995 I 468, 533, nachfolgend: Botschaft KG 1994]; CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG, Zürich 2007, S. 11 ff., m.w.H.). Auch wenn die Legaldefinition von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG vom Unternehmens-

begriff gemäss Botschaft KG 1994 insoweit abweicht, als das Erfordernis der Selbständigkeit nicht mehr explizit erwähnt wird, war es nicht die Absicht des Gesetzgebers, dieses Kriterium gänzlich aufzugeben (vgl. BERNHARD RUBIN/MATTHIAS COURVOISIER, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Stämpfli's Handkommentar zum Kartellgesetz, Bern 2007, N. 3 ff. zu Art. 2 KG).

Das Kartellgesetz folgt einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise: Es sollen wirtschaftliche Tatsachen aus wirtschaftlicher Sicht und unabhängig von ihrer rechtlichen Struktur erfasst werden (vgl. RUBIN/COURVOISIER, a.a.O., Rz. 3 ff. zu Art. 2; JÜRIG BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 2005, Rz. 3 ff. zu Art. 2).

Entsprechend soll die wirtschaftliche Selbständigkeit auch nach der Einführung des revidierten Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG eine konstitutive Voraussetzung des Unternehmensbegriffs sein. Das heisst, dass Gebilde, die sich nicht autonom am Wirtschaftsprozess beteiligen, nicht als Unternehmen im Sinne des KG zu qualifizieren sind (vgl. TAGMANN, a.a.O., S. 16, m.w.H.). Dies führt in der Regel dazu, dass die einzelnen Tochtergesellschaften eines Konzerns nicht als Unternehmen gelten, sofern die Muttergesellschaft ihre Tochter effektiv zu kontrollieren vermag und diese Möglichkeit auch tatsächlich ausübt, so dass die Konzerngesellschaften nicht in der Lage sind, sich von der Muttergesellschaft unabhängig zu verhalten. In diesen Fällen wird der Konzern als eine einzige wirtschaftliche Unternehmenseinheit betrachtet (vgl. RUBIN/COURVOISIER, a.a.O., Rz. 12 zu Art. 2; BORER, a.a.O., Rz. 11 zu Art. 2). Dies hat zur Folge, dass die Regeln des Kartellgesetzes grundsätzlich nicht auf konzerninterne Absprachen und Umstrukturierungen anzuwenden sind; hingegen ist bei der Frage der Marktmacht auf den Konzern als Gesamtheit und nicht auf die einzelnen Konzerngesellschaften abzustellen (vgl. RUBIN/COURVOISIER, a.a.O., Rz. 12 zu Art. 2; BORER, a.a.O., Rz. 11 zu Art. 2; kritisch demgegenüber PATRICK L. KRAUSKOPF/SOPHIE HENKEL, Art. 2 Abs. 1bis KG: Gedanken zum neuen Unternehmensbegriff, sic! 2006, S. 747 f.; TAGMANN, a.a.O., S. 17 f.).

**4.2** Ein Konzern liegt vor, wenn mehrere rechtlich selbständig organisierte Unternehmen wirtschaftlich unter einheitlicher Leitung zu einem Gesamtunternehmen als wirtschaftliche Einheit zusammengefasst sind (Art. 663e Abs. 1 OR; vgl. ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Aufl., Zürich 2007, S. 707). Dabei führt selbst eine hundertprozentige Beteiligung nicht zu einem Konzern, wenn keine einheitliche Leitung beabsichtigt ist.

**4.3** Die vorliegend zu beurteilende Untersuchung richtete sich gegen die Richtlinien des Verbands Schweizerischer Werbegesellschaften (VSW; Beschwerdeführer 6) über die Kommissionierung von Berufsvermittlern.

Es ist unbestritten, dass der VSB im massgebenden Markt (vgl. Sachverhalt unter Bst. A) weder als Nachfrager noch als Anbieter von Gütern und Dienstleistungen auftritt, zumal er als Verband "lediglich" die Interessen seiner Mitglieder (Beschwerdeführerinnen 2-5) wahrnimmt und als Anerkennungsstelle für die Kommissionierung für Berufsvermittler fungiert. Zudem erstellt er Branchenstatistiken, unterhält eine Datenbank und ist in

der Lehrlingsausbildung tätig. Als Unternehmen im Sinne von Art. 2 KG können somit nur dessen Mitglieder in Frage kommen.

**4.4** Die Beschwerdeführerinnen 2-5 sind die vier (einzigen) Mitglieder des VSW. Organisatorisch sind sie als 100-prozentige Tochtergesellschaften dem Segment PubliPresse von Publigroupe zugeordnet und auf die Werbung in Printmedien spezialisiert.

Die Vorinstanz ist aufgrund der hundertprozentigen Angehörigkeit der vier Mitglieder des VSW zu Publigroupe und den diversen persönlichen Verflechtungen zwischen den Verwaltungsräten und den Geschäftsleitungen zu Recht davon ausgegangen, dass die Beschwerdeführerinnen 2-5 zwar rechtlich, aber nicht wirtschaftlich selbständig auftreten. Dies wird nicht zuletzt dadurch unterstrichen, dass sich Publigroupe in ihrem Internetauftritt (vgl. [www.Publigroupe.com/de/unternehmen.html](http://www.Publigroupe.com/de/unternehmen.html)) selbst als Holdinggesellschaft umschreibt, die alle voll konsolidierten Gesellschaften des Konzerns auf betrieblicher und finanzieller Ebene kontrolliert. Daraus kann ohne Weiteres geschlossen werden, dass Publigroupe die Beteiligungen an den erwähnten hundertprozentigen Tochtergesellschaften nicht ausschliesslich als Investition hält, sondern dass sie über die Ausübung von Aktionärsrechten hinaus Einfluss auf die Tochtergesellschaften nehmen will (vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, a.a.O., S. 707). Diese Einflussnahme erfolgt auch in Bezug auf den von den Tochtergesellschaften der Publigroupe beherrschten Verband Schweizerischer Werbegesellschaften. Dies wird beispielsweise dadurch dokumentiert, dass Publigroupe - und nicht der VSW - Änderungen der VSW-Kommissionierungsrichtlinien vorgeschlagen (vgl. Schreiben der Beschwerdeführerin 1 vom 13. April 2005 an die Wettbewerbskommission) und zudem dem Sekretariat einen Vorschlag für die einvernehmliche Regelung unterbreitet hat (vgl. Eingabe vom 31. Oktober 2005).

Entsprechend kann vom Vorliegen eines Konzerns ausgegangen werden, und es ist nicht zu beanstanden, dass die Wettbewerbskommission Publigroupe als Unternehmen im Sinne von Art. 2 KG qualifiziert und die Beschwerdeführerinnen 2-5 nicht formell in das Untersuchungsverfahren einbezogen hat. In Bezug auf die Frage der wirtschaftlichen Selbständigkeit der Beschwerdeführerinnen 2-5 waren folglich auch keine weiteren Sachverhaltsermittlungen notwendig.

**4.5** Verfügungen der Wettbewerbskommission regeln Rechtsverhältnisse mit Unternehmen nach Art. 2 KG. Verfügungsadressaten im materiellen Sinne sind diejenigen natürlichen oder juristischen Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung regeln soll. Unternehmen und somit Verfügungsadressat im materiellen Sinne ist im vorliegenden Verfahren Publigroupe.

Demgegenüber sind Adressaten im formellen Sinne diejenigen Rechtssubjekte, welche die Verfügung zugestellt erhalten, ohne selbst von der Regelung der Verfügung unmittelbar betroffen zu sein (vgl. VERA MARANTELLI/SAID HUBER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], a.a.O., Rz. 7 zu Art. 6, m.w.H.). Diese Adressaten im formellen Sinne stehen nicht als Partei im geregelten Rechtsverhältnis. Die Anordnung berührt zwar ihre Interessen unmittelbar; ihre Rechte oder Pflichten werden

jedoch nicht geordnet (vgl. Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-1100/2007 vom 6. Dezember 2007 E. 3.3.1; FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 148).

Obwohl die Interessen der vier 100-prozentigen Tochtergesellschaften des Segments PubliPresse von Publigroupe (Beschwerdeführerinnen 2-5) und diejenigen des VSW von der Regelung bzw. der Richtlinien über die Kommissionierung von Berufsvermittlern unmittelbar berührt werden, kommt ihnen aufgrund der aufgezeigten Konzernzugehörigkeit zu Publigroupe bzw. dem VSW aufgrund dessen Beherrschung durch die Tochtergesellschaften von Publigroupe im vorinstanzlichen Verfahren keine eigenständige Parteistellung zu. Die Vorinstanz hat jedoch die Beschwerdeführer 2-6 zu Recht als formelle Verfügungsadressaten bezeichnet und ihnen die Verfügung eröffnet.

Wie die Wettbewerbskommission korrekt ausführt, sind die materiellen Verfügungsadressaten die durch das Verfügungsdispositiv verpflichteten Personen. Folgerichtig wurde die Sanktion im Betrag vom CHF 2,5 Mio. allein Publigroupe auferlegt. Konsequenterweise hätten jedoch auch die Verfahrenskosten von insgesamt CHF (...) Publigroupe und nicht sämtlichen Adressaten der Verfügung unter solidarischer Haftung auferlegt werden müssen. Das Dispositiv der angefochtenen Verfügung ist in diesem Sinne von Amtes wegen zu korrigieren.

## 5. Relevanter Markt

### 5.1 Sachlich relevanter Markt

Das Kartellgesetz definiert den Begriff des relevanten Markts nicht näher. Der Bundesrat formulierte jedoch in der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU, SR 251.4) eine entsprechende Definition, welche nicht nur für Unternehmenszusammenschlüsse, sondern auch für Wettbewerbsabreden und das Verhalten marktbeherrschender Unternehmen gilt.

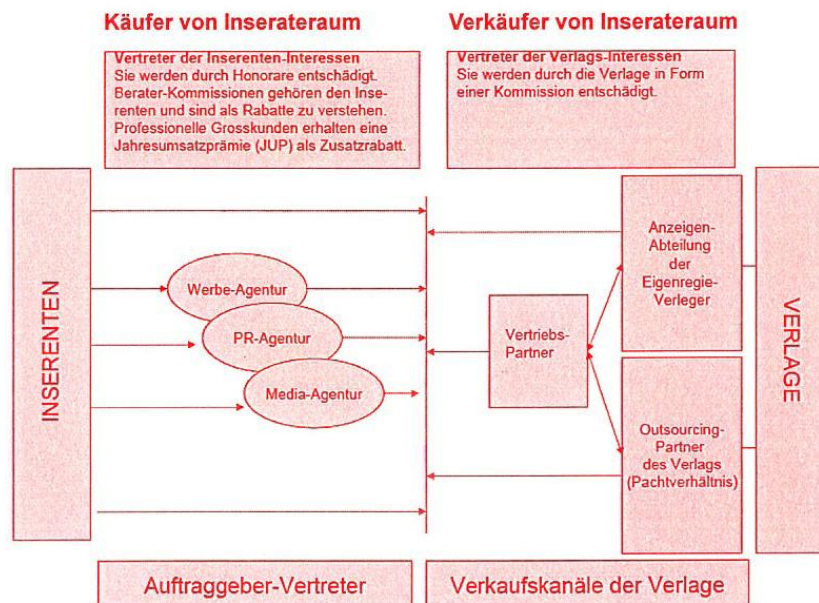
**5.1.1** Der *sachlich* relevante Markt umfasst gemäss Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU alle Waren oder Leistungen, die

von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden. Die Definition des sachlich relevanten Markts erfolgt aus der Sicht der Marktgegenseite. Massgebend ist, ob aus deren Optik Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen. Dies hängt davon ab, ob sie vom Nachfrager hinsichtlich ihrer Eigenschaften und des vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar erachtet werden (Konzept der funktionellen Austauschbarkeit bzw. Bedarfsmarktkonzept; vgl. etwa BGE 129 II 18 E. 7.3, m.w.H.; Entscheide der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen [nachfolgend: REKO/WEF] FB/2004-1 vom 27. September 2005 [i.S. Ticket Corner AG] E. 5.2.1, veröffentlicht in: RPW 2005/4, S. 672 ff., und FB/2002-5 [i.S. Cablecom GmbH/Teleclub AG] vom 20. März 2003 E. 5.1, veröffentlicht in: RPW 2003/2, S. 406; BORER, a.a.O., Rz. 10 zu Art. 5 KG; EVELYNE CLERC, in: Terrier/Bovet [Hrsg.], Droit de la concurrence, Commentaire romand, Genf/Basel/München 2002, Rz. 62 zu Art. 4 Abs. 2 KG; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern, 2005, Rz. 538 ff.; ).

Neben der Nachfrageseite kommt als Marktgegenseite auch die Angebotsseite in Betracht: Unter Umständen muss bei der Abgrenzung des sachlich relevanten Markts die Substituierbarkeit nicht nur auf der Nachfrageseite, sondern auch auf der Angebotsseite berücksichtigt werden (sog. Nachfrage- bzw. Angebotssubstituierbarkeit, auch Angebotsumstellungsflexibilität genannt; vgl. BORER, a.a.O., Rz. 11 zu Art. 5 KG).

Der *räumliche* Markt (vgl. unten Ziff. 5.2) umfasst demgegenüber das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU).

**5.1.2** Die folgende, der Beschwerde entnommene Graphik zeigt die verschiedenen Marktbeziehungen der im Printbereich tätigen Unternehmen übersichtlich auf:



Für einen Verlag bestehen grundsätzlich zwei Möglichkeiten, wie er den Verkauf des Inseraterraums seines Titels organisieren will: Entweder geschieht der Verkauf des Inserategeschäfts über eine eigene Anzeigenabteilung in *Eigenregie* oder er überträgt die Organisation des Verkaufs des Inserategeschäfts mittels Pacht (*Pachtregie*) auf einen Outsourcingpartner.

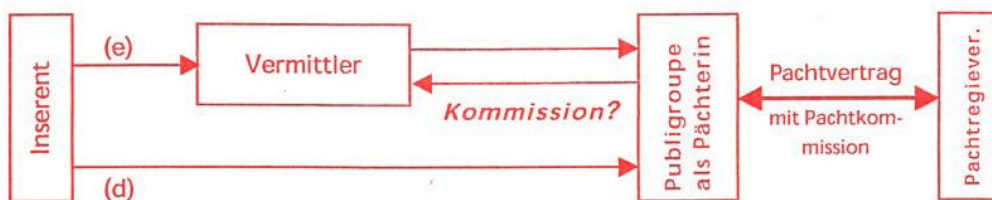
Publigruppe tritt mittels ihrer Tochtergesellschaften (Beschwerdeführerinnen 2-5) einerseits als *Vermittlerin für Eigenregieverlage* (1) auf. Andererseits betreibt sie für Verlage aber auch die Vermittlung bzw. den Verkauf von Werbe- und Anzeigeräum in Pachtregie (2).

In der Konstellation (1) vermittelt Publigruppe den Werbe- und Inseraterraum eines Eigenregieverlags, mit welchem sie in der Regel einen Zusammenarbeitsvertrag abschliesst. Dabei stehen auf der anderen Marktseite als Nachfrager die Werbenden (Inserenten) bzw. deren Vertreter, die Agenturen, gegenüber, denen der Werbe- und Inseraterraum der Eigenregieverlage vermittelt wird. In diesem Bereich tritt Publigruppe als Wettbewerberin zu den anderen unabhängigen Vermittlern auf, die in der Vermittlung von Werbe- und Inseraterraum der Eigenregieverlage tätig sind.

Im System der Pachtregie (2) schliesst ein Verlag mit einem Vermittlerunternehmen (in der Regel mit Publigruppe) einen Pachtvertrag. Gegenstand dieses Pachtvertrags ist die Verpflichtung des Vermittlungsunternehmens, die Inserateakquisition integral für einen Verlag bzw. dessen Titel zu übernehmen. Inserenten, welche Werbe- und Inseraterraum in den Pachttiteln nachfragen, wenden sich entweder direkt an Publigruppe oder an einen unabhängigen Vermittler, welcher ebenfalls Anzeigeräum in Pachtregietiteln vermittelt. Diese unabhängigen Vermittler kontrahieren sodann mit Publigruppe, welche den Werbe- und Inseraterraum als Pächterin exklusiv für den Verlag vermarktet. Zwischen den unabhängigen Vermittlern und dem Verlag bestehen keine direkten Geschäftsverbindungen. Die unabhängigen Vermittler stellen in diesem Pachtregie-System, da sie auch eine Exklusivvermarktung des Werbe- und Inseraterraums eines Titels übernehmen könnten, die potenzielle Konkurrenz von Publigruppe dar.

**5.1.3** Gegenstand der vorliegend zu beurteilenden Untersuchung ist die Kommissionierungspraxis von Publigruppe bzw. der Beschwerdeführerinnen 2-5 gegenüber den unabhängigen Vermittlern im Rahmen des Pachtregie-Systems (vgl. Konstellation e). Graphisch stellt sich dies wie folgt dar:

#### Pachtregie:



Zwischen dem Inserenten und dem Vermittler kann ein Werbeberater dazwischen geschaltet sein.

Die Wettbewerbskommission legte bei der Beurteilung der Marktstärke von Publigruppe den Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in den Printmedien als massgebenden sachlich relevanten Markt zugrunde.

**5.1.4** Die Beschwerdeführer machen in diesem Zusammenhang geltend, die verschiedenen Werbemedien stünden in einem Substitutionsverhältnis zueinander. Die Printmedien seien in den letzten Jahren zunehmend durch die elektronischen Medien, die Aussenwerbung und die Direktwerbung verdrängt worden. Auch im Bereich der Internetwerbung hätten bei gewissen Rubrikanzeigen die Internetinsetrate die Printinsetrate über weite Strecken ersetzt. Eine Gesamtmarkt Betrachtung über die Entwicklung in den letzten Jahren zeige eine Marktanteilsverschiebung vom Printbereich in andere Werbemedien. Diese Verschiebungen liessen sich auch nicht mit konjunkturellen Schwankungen erklären. Für die Bestimmung des sachlich relevanten Markts sei es nicht erforderlich, dass die verschiedenen Werbemedien vollständige Substitute seien. Es genüge vielmehr eine ausreichende Substituierbarkeit. Diese sei aufgrund der Entwicklungen im Werbemarkt ohne Weiteres gegeben. Die von der Wettbewerbskommission im Zusammenhang mit dem Werbeverhalten erhobenen Sachverhalts-

abklärungen über die Entscheidungen im Mediamix würden über pauschale Behauptungen nicht hinausgehen. Diesbezüglich seien von der Wettbewerbskommission auch keine konkreten Marktdaten erhoben worden.

Des Weiteren bestehe im Werbebereich kein eigentlicher Printwerbemarkt, sondern ein durch gegenseitige Wechselwirkungen geprägter Gesamtwerbemarkt. Die Vorbringen der Wettbewerbskommission zu einem eigenständigen Printmarkt seien veraltet. Sie berücksichtigten beispielsweise nicht, dass einzelne Grossinserenten dazu übergegangen seien, Printwerbung fast ausschliesslich durch Direktwerbung zu substituieren.

**5.1.5** Mit Blick auf die aktuellen Tendenzen in der Medienmarktentwicklung und der sich daraus ergebenden Strukturveränderungen wird, in Einklang mit den Vorbringen der Beschwerdeführer, von einem Teil der Lehre gefordert, es sei von einem umfassenden Werbemarkt auszugehen, der neben Zeitungen, Radio und Fernsehen auch das Internet sowie Direkt- und Plakatwerbung umfassen soll (vgl. URS WEBER-STECHER, Medienzusammenschlüsse - Einige Gedanken zur Praxis der Wettbewerbskommission - oder: Informationsmarkt und Primat des Werbemarkts, Jusletter vom 27. September 2004, Rz. 33, mit Hinweis auf FRANZ HOFFET/THOMAS HOEHN, Zusammenschlusskontrolle im Medienbereich - Anmerkungen zur bisherigen Praxis der schweizerischen Wettbewerbskommission, sic! 1999, S. 240). Begründet



wird diese Ansicht mit dem Argument, in Werbekampagnen erfolge ein zeitlich und örtlich abgestimmter Einsatz von Plakat-, Zeitungs-, Radio-, Fernseh- und eventuell Printwerbung (sog. Mediamix), weshalb sich diese Werbeträger aus der Sicht der Marktgegenseite ergänzend einsetzen liessen, sich aber auch direkt konkurrenzieren (vgl. WEBER-STECHER, a. a. O., Rz. 33, mit Hinweis auf HOFFET/HOEHN, a. a. O., S. 240).

Die Vorinstanz lehnt diese Sichtweise mit dem Hinweis auf die besonderen Charakteristiken der Printwerbung ab, welche die Presse als Werbekanal schwer substituierbar mache. So profitiere die Pressewerbung von der starken Position der Schweizer Presse, welche sich unter anderem in der überdurchschnittlich hohen Leserbindung ausdrücke. Dies und die Vielfalt der Publikationen erlaubten einen gezielten und effizienten Werbeeinsatz unter Vermeidung von Streuverlusten. Überdies lasse die Presse eine komplexe Botschaft zu. Des Weiteren seien die Inserate aufgrund der technischen Eigenschaften der Presse weder an einen bestimmten Platz noch an eine bestimmte Zeit gebunden. Sie könnten jederzeit, überall und wiederholt gelesen werden. Schliesslich seien die Produktionskosten einer Anzeige im Vergleich zu Fernseh- und Radiospots relativ gering. Zu den anderen Werbeträgern führte die Wettbewerbskommission in Ziff. 105 der angefochtenen Verfügung vom 5. März 2007 (nachfolgend: "Verfügung Ziff." für Verweise auf die angefochtene Verfügung) aus, dass diese unterschiedliche Eigenschaften aufweisen und unterschiedlichen Zielsetzungen dienen würden. Während das Fernsehen auf die breite Kommunikation einer emotionalen, einfachen Botschaft dank audiovisueller Möglichkeiten abziele, werde das Radio eher als lokales oder regionales Ergänzungsmedium eingesetzt, welches aktuelle Angebote oder Aktionen vor allem im Bereich Handel und Gewerbe an ein junges Zielpublikum fördere. Auch Plakate und Aussenwerbung seien als Ergänzungsmedium anzusehen, das sich durch hohe, aber oberflächliche Kontaktchancen auszeichne und vor allem schnelle, klar verständliche, prägnante und kurze Botschaften zu vermitteln vermöge.

**5.1.6** Die REKO/WEF hatte sich in einem Beschwerdeentscheid aus dem Jahre 2006 mit der Beteiligung der Berner Zeitung an der Pendlerzeitung 20 Minuten zu befassen. Auf der Leserseite grenzte die REKO/WEF einen eigenen Pendlerzeitungsmarkt ab. Hinsichtlich der Abgrenzung des Werbemarkts schied sie drei Werbeteilmärkte, nämlich einen Anzeigenraum für Firmenwerbung, Rubrikanzeigen sowie Ankündigungsanzeigen aus. Dabei sprach sie sich grundsätzlich gegen einen medienübergreifenden Gesamtwerbemarkt aus, zumal es einen "einheitlich-homogenen" Werbemarkt weder auf nationaler noch auf regionaler oder auf lokaler Ebene gebe. Die unterschiedlichen Werbeträger müssten sehr unterschiedliche Nachfragebedürfnisse befriedigen. Diese seien abhängig von der Form und Aussage der Werbemessages, der dafür werbepsychologisch geeigneten Media und anvisierten Zielgruppen (vgl. Entscheid der REKO/WEF FB/2004-4 vom 4. Mai 2006 [i.S. 20 Minuten] E. 8.1 ff., veröffentlicht in: RPW 2006/2, S. 347 ff., bestätigt im Urteil des Bundesgerichts 2A.327/2006 vom 22. Februar 2007, veröffentlicht in: RPW 2007/2, S. 331 ff.).

Auch in einem Entscheid der Kommission der Europäischen Gemeinschaften vom 8. April 2005 wurde der Printmedienbereich aufgeteilt in einen Lesermarkt und einen Anzeigenmarkt. In Bezug auf Anzeigen in Publikumszeitschriften wurde im erwähnten Entscheid ausgeführt, dass eine Marktuntersuchung der Kommission zum Aufkauf von Werberaum ("media buying") ergeben habe, dass die unterschiedlichen Mediengattungen (Printerzeugnisse, Fernsehen, Radio und Internet) eher komplementär als austauschbar seien, da verschiedene Medien unterschiedliche Empfänger auf unterschiedliche Art und Weise erreichen würden (vgl. Entscheid der Europäischen Kommission, Nr. COMP/M.3648 vom 8. April 2005 i.S. Gruner+Jahr/Motorpresse, Rz. 11).

In die gleiche Richtung zielt ebenfalls ein Entscheid des Obersten Gerichtshofs Österreichs (vgl. OGH als Rekursgericht in Kartellrechtssachen, Entscheid Nr. 16Ok15/08 vom 17. Dezember 2008, E. 4.1.1), welcher in sachlicher Hinsicht die Anzeigenmärkte abgrenzte und zudem festhielt, alternative Medien (Radio, Fernsehen, Internet, Prospekt- und Flugblattwerbung, Gelbe Seiten, Aussenwerbung) seien wegen der unterschiedlichen Kundenstruktur in casu nicht mit Gratiswochenzeitungen zu einem gemeinsamen Markt zusammenzufassen. Kunden würden vielfach auf verschiedene Medien für einander ergänzende Zwecke zurückgreifen. Ausserdem würden grosse Werbekunden einen detaillierten Preis-Leistungs-Vergleich erst nach grober Aufteilung der Werbebudgets auf die verschiedenen Medien anstellen.

**5.1.7** Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass die dynamische Entwicklung des Medienbereichs mit einem Wandel der Konsumgewohnheiten der Medienbenutzer einhergeht. Trotz der laufenden technologischen Umwälzungen ist aber mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass sich die einzelnen Medien weiterhin hinsichtlich Inhaltstiefe, der Rezeption, der Nutzungsweise und der unterschiedlichen sozio-kulturellen Einbindung wesentlich voneinander unterscheiden. Gerade die typischen Eigenschaften wie die Schnelligkeit des Begleit- und Wortmediums Radio, welches sich vor allem lokal und regional an ein vorwiegend junges Zielpublikum richtet, sowie die Attraktivität und Anschaulichkeit des Bildmediums Fernsehen, welches eher auf eine breite Kommunikation mittels audiovisueller Möglichkeiten ausgerichtet ist, unterscheiden sich bezüglich Eigenschaften und Zielgruppen doch beträchtlich von den Printmedien. Deren gewichtigster Vorteil ist demgegenüber die genauere Zielgruppen-Streuung, weil das Publikum geografisch und soziodemographisch zielgenauer angesprochen werden kann. Auch die unterschiedlichen Wahrnehmungsformen der einzelnen Werbeträger sowie deren unterschiedliche Eignung für die verschiedenen Werbearten stehen werbepsychologisch einer funktionellen Austauschbarkeit der gedruckten und elektronischen Medien entgegen (vgl. HARALD MAAG, Medienkonzentration - Zur Reichweite des fusionsrechtlichen Instrumentariums, Basel/Genf/ München 2002, S. 137 und 147). Entsprechend sind die anderen traditionellen Werbeträger im Vergleich zu den Printmedien eher als komplementär denn als substituierbar anzusehen.

**5.1.8** Die Beschwerdeführer heben insbesondere die Bedeutung der Substitutionsbeziehung zwischen dem Printbereich und dem Internet hervor. Sie verweisen in

diesem Zusammenhang auf die Zuwachsraten bei den verschiedenen Online-Plattformen in den Rubriken "Fahrzeuge", "Immobilien" und "Stellen". In Bezug auf diese Rubriken könne das Internet nicht mehr als bloss alternativer Werbekanal ohne ausreichende Substitutionswirkungen bezeichnet werden.

Die Vorinstanz hat bereits in der angefochtenen Verfügung anerkannt, dass das Internet im Bereich der Rubrikanzeigen grosse Bedeutung erlangt habe und dass seit einigen Jahren viele Wohnungen und Autos durch Inserate im Internet vermittelt und viele Stellen im Internet ausgeschrieben würden. Sie nahm sodann eine teilweise Substituierbarkeit der Online- und Printinserate betreffend die Rubrikanzeigen an, da sich das seit mehreren Jahren sinkende Rubrikanzeigenvolumen in den Printmedien zu einem gewissen Teil zu den Online-Marktplätzen verschoben habe (vgl. Verfügung Ziff. 111 ff.).

Den Ausführungen der Vorinstanz zu den Marktverhältnissen in Bezug auf die Werbung im Bereich Rubrikwerbung kann gefolgt werden. Es ist nachvollziehbar, dass die verschiedenen Medien aus der Sicht der Inserenten von Rubrikanzeigen teils alternative und teils ergänzende Insertionskanäle darstellen. Gerade auch in den von den Beschwerdeführern beispielhaft erwähnten Bereichen der Immobilien-, Auto- und Stellenvermittlung werden die Inserate meist gezielt in den einzelnen Medien platziert, da sich bestimmte Zielgruppen gerade über ein bestimmtes Medium besser erreichen lassen. Print- und Onlineinserate unterscheiden sich aber nicht nur hinsichtlich der Nutzungsmöglichkeiten und der qualitativen Wirkungsweise, sondern auch in Bezug auf die Produktionsbedingungen und Kosten. Unter Berücksichtigung, dass nicht der Printwerbemarkt als solches untersucht wurde, sondern die Dienstleistung "Vermittlung und Vermarktung von Werberaum", ist nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz die Onlinewerbung mangels einer ausreichend engen substitutiven Beziehung nicht demselben sachlichen Markt zuzuordnen wie die Pressewerbung.

**5.1.9** Auch der Einwand der Beschwerdeführer, die rückgängigen Zahlen im Bereich der gesamtschweizerischen Netto-Werbeumsätze vor allem im Zeitraum von 2000 bis 2005 würden zeigen, dass die elektronischen und weitere Medien Substitutionswerbeträger zu den Printmedien seien, führt zu keiner anderen Betrachtungsweise. Es ist zwar korrekt, dass die Werbeumsätze der Printmedien im betreffenden Zeitraum tendenziell rückläufig waren. Dies war jedoch in erster Linie auf die Pressekrise zurückzuführen, mit welcher sich die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung auch befasst hat (vgl. Verfügung Ziff. 172). Die Folgerung, dass die verschiedenen aufgeführten "Alternativ-Medien" in einer nahen Substitutionsbeziehung zum Printmedium als Werbeträger stehen würden, ist jedenfalls damit noch nicht nachgewiesen. Mit der Vorinstanz kann vielmehr angenommen werden, dass die steigenden Werbeumsätze der anderen Medien vor allem auch auf die zunehmenden crossmedialen Werbestrategien zurückzuführen sind, wodurch eine optimale Kombination der verschiedenen Werbeträger unter anderem in Bezug auf das Zielpublikum, die Eigenschaften des Werbeträgers, die Reichweite und die jeweiligen Kosten angestrebt

wird. Da sich eine konstante Netto-Werbeumsatzzunahme bei den übrigen Medien, insbesondere bei den elektronischen Medien, bei gleichzeitiger Umsatzabnahme bei den Printmedien mit Ausnahme der Jahre 2001 bis 2004 nicht feststellen lässt, spricht Vieles dafür, dass die unterschiedlichen Werbeträger vor allem auch komplementär eingesetzt werden, wobei jedoch gewisse Substitutionswirkungen nicht verneint werden können, zumal sich die verschiedenen Werbeformen auch gegenseitig überschneiden. Gerade auch die für das Jahr 2006 festgestellte Zunahme bei den Netto-Werbeumsätzen im Bereich Presse, welche vor allem in Bezug auf die Tages- sowie regionale Wochen- und Sonntagspresse (+ 4,5 %) überproportional beispielsweise im Vergleich zu den Elektronischen Medien (+ 2,5 %; vgl. Auflistungen im Print-Media-Planer 2008) ausgefallen ist, widerspricht den Behauptungen der Beschwerdeführer, wonach sich die Schere zwischen Presse und elektronischen Medien immer weiter zu Gunsten der elektronischen Medien öffnen würde. Auch aus dem Umstand, dass sich der Marktanteil des Mediums "Presse" an den Netto-Werbeumsätzen in der Schweiz in den Jahren 2004 bis 2006 von 43 % auf 41 % verringert hat, lässt sich nicht ohne Weiteres mit der Substitutionswirkung erklären. Denn auch die Marktanteile der restlichen Medien weisen in dieser Zeit keine markanten Steigerungen auf. Bei den elektronischen Medien liegt der Anteil vielmehr konstant zwischen 14 % und 15 %, bei der Aussenwerbung und bei der Direktwerbung variiert dieser Anteil in diesem Zeitraum zwischen 10 % und 11 % bzw. zwischen 23 % und 24 %. Zu Recht weist die Vorinstanz deshalb in diesem Zusammenhang auf die Zunahme der crossmedialen Werbestrategien hin. Dabei wird für die Lancierung einer Werbekampagne ein Media-Mix mit verschiedenen Werbeträgern, je nach Kommunikationsziel, zusammengestellt. Obwohl gewisse Substitutionswirkungen nicht zu bestreiten sind, werden die Werbeträger vor allem komplementär eingesetzt.

**5.1.10** Schliesslich gehen die Beschwerdeführer selber davon aus, dass die verschiedenen Werbeträger keine vollständigen Substitute seien. Dies sei jedoch mit Hinweis auf CLERC (a.a.O., Rz. 63 zu Art. 4 Abs. 2 KG) für den Einbezug in den sachlich relevanten Markt nicht erforderlich, da eine ausreichende Substituierbarkeit genüge.

Als Hauptkriterium der sachlichen Marktabgrenzung dient die Substituierbarkeit der Nachfrage, da sie sich am unmittelbarsten auf die Wettbewerbsverhältnisse auswirkt. Demnach sind diejenigen Produkte oder Dienstleistungen zu bestimmen und demselben Sachmarkt zuzuordnen, die von den massgeblichen Nachfragern der Marktgegenseite als austauschbar angesehen werden. Diesbezüglich wird oftmals auf die sog. *Kreuz-Preis-Elastizität* zurückgegriffen, wonach hinreichende Austauschbarkeit zweier Produkte vorliegt, wenn relativ geringe Preiserhöhungen für das eine Produkt eine Abwanderung der Nachfrage zum anderen Produkt bewirken (vgl. CLERC, a.a.O., Rz. 63 zu Art. 4 Abs. 2 KG; ROLAND KÖCHLI/PHILIPPE M. REICH, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], a.a.O., N. 43 zu Art. 4 KG; kritisch demgegenüber Mani Reinert, Ökonomische Grundlagen zur kartellrechtlichen Beurteilung von Alleinvertriebsverträgen,

Zürich 2004, S. 27 ff., der den fehlenden Konsens zur Frage beklagt, welche absolute Höhe die Kreuz-Preis-Elastizität erreichen muss, damit Produkte untereinander als gegenseitig austauschbar betrachtet werden können; vgl. auch MATTHIAS AMANN, Zeitungsfusionskontrolle, Zürich 2000, S. 139 f., der auf das Problem der unter Umständen unterschiedlich preismempfindlich zusammengesetzten Nachfrageseite hinweist, was in Überschätzung des Substitutionseffekts zu einer zu weiten Marktabgrenzung führen könne). Trotz dieser Bedenken versucht die Praxis, methodisch zur Klärung der Frage beizutragen, ob tatsächlich Alternativangebote bestehen, mittels des SSNIP-Tests abzuschätzen, ob und in welchem Mass die Marktgegenseite bei einer geringfügigen, aber dauernden Preiserhöhung von 5 % bis 10 % auf andere Angebote ausweichen kann (sog. "*small but significant non transitory increase in price test*" oder SSNIP-Test; vgl. Entscheide der REKO/WEF FB/2004-4, a.a.O., E. 6.3.3 ff., m.w.H., und FB/2004-1, a.a.O., E. 5.2.2; SILVIO VENTURI, in: Tercier/Bovet [Hrsg.], a.a.O., Rz. 36 zu Art. 10 KG).

Demzufolge stellt die graduell unterschiedlich definierbare Substituierbarkeit keine objektive, ein für allemal feststellbare Grösse dar, sondern sie hängt von der Preiselastizität ab, welche noch für zumutbar erachtet wird (vgl. VENTURI, a. a. O., Rz. 31 zu Art. 10 KG). Ferner sind die Wettbewerbsbedingungen und die Struktur von Angebot und Nachfrage in Betracht zu ziehen, wozu auch die Produktions- und Angebotsflexibilität der Anbieter gehören (vgl. RN 20-23 der Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Markts im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. C 372 vom 9. Dezember 1997, S. 5 [nachfolgend: Bekanntmachung]; zur Beachtlichkeit dieser Bekanntmachung für die Interpretation des KG vgl. CLERC, a.a.O., Rz. 60 und 73 zu Art. 4 Abs. 2 KG).

Die bloss teilweise Substituierbarkeit von Produkten (wie z.B. Kartoffeln im Verhältnis zu Brotsorten) wird praxisgemäss nicht als ausreichend angesehen, um deren Einbezug in den sachlich relevanten Markt (z. B. von Brotsorten) zu erlauben (vgl. AMANN, a. a. O., S. 134 ff.; MAAG, a. a. O., S. 111 ff. und S. 194 ff.; MANI REINERT, Praxis der Wettbewerbskommission bei Zusammenschlüssen von Zeitungsverlagen - ausgewählte Probleme, AJP 1999, S. 448, m.w.H.; THOMAS ULRICH, Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung in der schweizerischen Fusionskontrolle, Zürich/Basel/Genf 2004, S. 155). In solchen Fällen "marktnaher" (d.h. "marktfremder", weil nicht als zum sachlichen Markt zugehörig erachteter) "Substitute" untersucht die Wettbewerbskommission deren "disziplinierende Wirkung" (vgl. Verfügung Ziff. 151 ff.).

Daher spricht die Praxis - im Unterschied zum "*Marktwettbewerb*", der die nachfrageseitig als funktionell austauschbar angesehenen und deshalb demselben Markt zugerechneten Produkte betrifft - von "*Substitutionswettbewerb*", wenn Produkte (z.B. Kartoffeln) in Frage stehen, von denen ein "nicht so intensiver Wettbewerb" ausgeht, welche jedoch in eingeschränktem Umfang oder unter bestimmten Bedingungen (wie Krisenzeiten) Produkte (z.B. Brotsorten) ersetzen können, die nicht demselben Sachmarkt zugerechnet werden (vgl. Ent-

scheid der REKO/WEF, FB/2004-4, a.a.O., E. 6.3.4, m.w.H.).

Das Sekretariat unterbreitete im Untersuchungsverfahren unter anderem diversen Werbeagenturen die Frage: "Wie würden Sie reagieren, wenn sich die Insertionspreise für die Pressewerbung um etwa 10 % erhöhen würden?" Die Auswertung dieses SSNIP-Tests hat ergeben, dass die grosse Mehrheit das Budget für Pressewerbung aufrechterhalten, dabei jedoch das Anzeigevolumen senken würden. Ungefähr ein Viertel sprach sich - sofern genügend Mittel vorhanden seien - für die Erhöhung des Budgets für Pressewerbung aus, um das Anzeigevolumen aufrechtzuerhalten. Eine Verschiebung auf andere Werbeträger wurde nur geltend gemacht, sofern dies mit dem vordefinierten Mediamix und der Zielsetzung der Kampagne übereinstimme. Zum gleichen Ergebnis führte die Auswertung der Frage hinsichtlich der Reaktion auf die Erhöhung der Tageszeitungsinsertenpreise um 10 %.

Der aus dieser Auswertung gezogene Schluss der Vorinstanz, dass die Werbetreibenden die anderen Werbeträger nicht als nähere Substitute für Printwerbung betrachten, kann aufgrund der festgestellten geringen Preiselastizität bei der Printwerbung nachvollzogen werden. Das Argument der Beschwerdeführer, die Vorinstanz stütze sich auf veraltete Aussagen von Marktteilnehmern aus dem Jahre 2003, vermag demgegenüber nicht zu überzeugen. Die Antworten auf den Fragebogen wurden von den befragten Marktteilnehmern zwischen Mitte Oktober 2003 und 22. Januar 2004 dem Sekretariat eingereicht und erweisen sich als genügend aktuell, um ein Verhalten der Beschwerdeführer bis November 2005, ab welchem Zeitpunkt Publigroupe von ihrer gemäss Vorinstanz missbräuchlichen alten VSW-Richtlinien abgewichen ist, beurteilen zu können.

**5.1.11** Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass zwischen den alternativen Medien, wie insbesondere dem Internet und der Direktwerbung, und den Printmedien keine ausreichende Substituierbarkeit gegeben ist. Dies trifft um so mehr zu, als nicht der Printwerbemarkt als solches untersucht wurde, sondern eine von diesem abgeleitete Dienstleistung, nämlich die Vermittlung und Vermarktung von Werberaum in Printmedien. Bereits unter diesem Gesichtspunkt scheint fraglich, inwieweit alternative Werbeträger das Verhalten von Publigroupe gegenüber den unabhängigen Vermittlern im Printbereich zu disziplinieren geeignet sind. Entsprechend ist die von der Vorinstanz vorgenommene sachliche Markt-abgrenzung, welche bei der Beurteilung der Marktstärke von Publigroupe vom Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Printmedien ausgeht, nicht zu beanstanden.

## 5.2 Räumlich relevanter Markt

Der *räumlich* relevante Markt umfasst sodann dasjenige Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU; vgl. BORER, a.a.O., Rz. 14 zu Art. 5 KG; VENTURI, a.a.O., Rz. 37-42 zu Art. 10 KG; ZÄCH, a.a.O., Rz. 551).

Nach der Darstellung der Vorinstanz umfasst der räumlich relevante Markt die ganze Schweiz (vgl. Verfügung

Ziff. 121-124). Aus der Sicht der Werbetreibenden sei Publigroupe wegen ihres breiten gesamtschweizerischen Netzwerks insbesondere für nationale Kampagnen von Bedeutung. Für die Verlage sei Publigroupe auch gerade deshalb interessant, weil sie in deren Netzwerk von den von Publigroupe schweizweit vermittelten Anzeigen profitieren könnten.

Die Beschwerdeführer stellen diese Abgrenzung zu Recht nicht in Frage. Es bleibt daher auch bei der von der Vorinstanz korrekt vorgenommenen Abgrenzung des räumlich relevanten Markts.

### 5.3 Zeitlich relevanter Markt

Schliesslich kann es in gewissen Situationen Sinn machen, auch in *zeitlicher* Hinsicht zu prüfen, ob eine Substituierbarkeit gegeben ist (vgl. ROLAND VON BÜREN/EUGEN MARBACH/PATRIK DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., Bern 2008, N. 1337). Die Abgrenzung in zeitlicher Hinsicht ist in der Regel von geringerer Bedeutung und lediglich ausnahmsweise vorzunehmen (vgl. ROGER ZÄCH/RETO A. HEIZMANN, Markt und Marktmacht, in: Geiser/Krauskopf/Münch [Hrsg.], Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Basel 2005, S. 34, 37).

Die von der Vorinstanz für den sanktionierten Zeitraum (1. April 2004-Februar 2006) in sachlicher und räumlicher Hinsicht vorgenommene Marktabgrenzung ist nachvollziehbar, zumal sich mit Bezug auf diesen Zeitraum unter anderem ergeben hat, dass die alternativen Medien in keiner ausreichend engen substitutiven Beziehung zur Printwerbung stehen. Inwieweit diese Marktabgrenzung auch die neusten Entwicklungen und Strukturveränderungen im Medienmarkt nach der Sanktionsperiode widerspiegelt, kann offen gelassen werden, da dies nicht Gegenstand der vorinstanzlichen Untersuchung war.

### 5.4 Gesamtfazit: Marktabgrenzung

Im Ergebnis ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz für den der Sanktion zugrunde liegenden Zeitraum den relevanten Markt als Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Printmedien in der Schweiz definiert hat.

## 6. Marktstellung

### 6.1 Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens

Gemäss Art. 4 Abs. 2 KG gilt ein Unternehmen als marktbeherrschend, wenn es in der Lage ist, sich auf einem Markt von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Zur Beurteilung der Frage der Marktbeherrschung stellt das Kartellrecht auf Verhaltens- und Preissetzungsspielräume ab, welche marktbeherrschende Unternehmen gegenüber anderen Marktteilnehmern haben. Solche Spielräume bestehen nicht, wenn Unternehmen durch genügend Wettbewerbsdruck in ihrem Verhalten diszipliniert werden (vgl. CAROLE BÜHRER/STEFAN RENFER, Medienkonzentration im Spannungsverhältnis zwischen Kartellgesetz und neuem Radio- und Fernsehgesetz, Jusletter vom 9. Oktober 2006, Rz. 25; ZÄCH, a.a.O., Rz. 532, 572; ähnlich auch die Umschreibung des "unabhängigen Verhaltens" nach

Art. 4 Abs. 2 KG von BRUNO SCHMIDHAUSER, in: Schmidhauser/Homburger/Hoffet/Ducrey [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, Rz. 66 f., 69 zu Art. 4 KG).

Zur Untersuchung der Stellung eines Unternehmens auf einem Markt sind alle jeweils konkret relevanten Kriterien im Sinne einer Gesamtprüfung der Verhältnisse heranzuziehen (vgl. RETO A. HEIZMANN, Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, Zürich/Basel/Genf 2005, Rz. 305, mit Hinweis auf den in: RPW 1998/4, S. 674 E. 4.1 veröffentlichten Entscheid der REKO/WEF; LUCAS DAVID/RETO JACOBS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 4. Aufl., Bern 2005, Rz. 537). Zu den massgeblichen Kriterien zählen die Marktstrukturdaten, d.h. insbesondere der Marktanteil des in Frage stehenden Unternehmens und die Marktanteile der übrigen, auf dem gleichen Markt agierenden Konkurrentinnen sowie deren Entwicklung (vgl. CLERC, a.a.O., Rz. 101 f. zu Art. 4 Abs. 2 KG; ZÄCH, a.a.O., Rz. 583). Weiter relevant sind die Eigenschaften des betreffenden Unternehmens, wie etwa dessen Finanzkraft und Grösse sowie andere marktspezifischen Eigenschaften, die eine Marktbeherrschung indizieren können, sein Marktverhalten, aber auch die Offenheit des betreffenden Markts, d.h. der potenzielle Wettbewerb (vgl. CLERC, a.a.O., Rz. 101 f. zu Art. 4 Abs. 2 KG; ZÄCH, a.a.O., Rz. 584, 586 f.).

Abweichend von dem in der Zusammenschlusskontrolle verlangten Marktbeherrschungsgrad (Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG) wird bei der - vorliegend in Frage stehenden - Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen keine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs verlangt; dessen Beschränkung ist ausreichend (Art. 7 Abs. 1 KG; vgl. Swissgrid-Entscheid, veröffentlicht in: RPW 2006/2, S. 319 [vom Bundesgericht bestätigt in BGE 133 II 104 E. 6.3. S. 108] sowie Entscheid i.S. Berner Zeitung/Tamedia AG, veröffentlicht in: RPW 2006/2, S. 366 [vom Bundesgericht bestätigt, vgl. RPW 2007/2, S. 335]; weitergehend ROGER ZÄCH/ADRIAN KÜNZLER, Marktbeherrschung - Bedeutung des Tatbestandsmerkmals in Art. 7 und Art. 10 Abs. 2 KG, in: Kunz [Hrsg.], Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Roland von Büren, Basel 2009, S. 469 ff.).

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist nicht ein Nachweis der marktbeherrschenden Stellung im Sinne eines Vollbeweises zu erbringen; vielmehr hat die Vorinstanz im Rahmen ihrer Erwägungen abzuwägen, ob im konkreten Fall von einer Marktbeherrschung auszugehen ist, und diesen Entscheid zu begründen. An die Begründungsdichte sind hohe Anforderungen zu stellen (vgl. BVGE 2009/35 E. 7.4, m.w.H.).

In der Praxis erfolgt die Beurteilung der Marktstellung eines angeblich marktbeherrschenden Unternehmens regelmässig in der Rangfolge aktueller Wettbewerb, potenzieller Wettbewerb und Stellung der Marktgegenseite. Unter Umständen wird die Prüfung jedoch auf weitere in Frage kommende disziplinierende Einflüsse ausgedehnt und geprüft, ob diese ausreichend stark sind, um ein unabhängiges Verhalten einzuschränken (vgl. HEIZMANN, a.a.O., Rz. 14, 305, 332; ZÄCH, a.a.O., Rz. 582).

## 6.2 Aktueller Wettbewerb

### 6.2.1 Marktanteil von Publigroupe

**6.2.1.1** Publigroupe verfügt nach Auffassung der Vorinstanz im definierten relevanten Markt über einen hohen Marktanteil von über 63 %. Dies sei auf deren Doppelfunktion zurückzuführen. Zum einen schlossen zahlreiche Verlage mit Publigroupe exklusive Pachtverträge ab, andererseits generierten die Eigenregieverlage rund 40-50 % ihres Anzeigenvolumens mit von Publigroupe vermittelten Inseraten (vgl. Verfügung Ziff. 136).

**6.2.1.2** Die Beschwerdeführer bestreiten ihren Marktanteil am Schweizer Printvolumen nicht. Dieser betrage für das Jahr 2006 bei einem Gesamtvolumen von CHF 2,369 Mia. 63,1 % oder CHF 1,496 Mia. Bestritten wird hingegen, ob ihre Outsourcingleistungen einen Anteil von 55 % ausmachen. Der Anteil der Regieverlage, d.h. der Verlage, die das Inserategeschäft an Publigroupe ausgelagert hätten, betrage lediglich 42,5 % und nicht 55 %. Weiter argumentieren sie, dass unabhängig von den erhobenen strukturellen Daten über die Anteile der Beschwerdeführerinnen am Gesamtpresseumsatz in der Schweiz, nach Art. 4 Abs. 2 KG die Möglichkeit des unabhängigen Verhaltens von anderen Marktteilnehmern das entscheidende Kriterium sei. Entsprechend würden die Daten der Vorinstanz zum Marktanteil von Publigroupe nichts über ihre Marktstellung aussagen. Entscheidend für die Beurteilung der Marktstellungsfrage sei, dass die Beschwerdeführer keine Konditionenhoheit gegenüber den Inseratekunden hätten, und dass die Bruttomargen wegen des Marktdrucks durch die Verlage trotz Hochkonjunktur laufend gesunken seien. Überdies hätten die Verlage in der Schweiz auch die Möglichkeit, von einem Systemwechsel Gebrauch zu machen.

**6.2.1.3** Das Ergebnis der Vorinstanz betreffend die Marktanteilsfrage ist jedoch gestützt auf die nachfolgenden Ausführungen nachvollziehbar.

Die Beschwerdeführer 1-5 nahmen in den Jahren 2000 bis 2006 im relevanten Markt einen Marktanteil von mindestens 63 % ein (vgl. Verfügung Ziff. 129). Ein Marktanteil in diesem Rahmen wird denn auch von den Beschwerdeführern für das Jahr 2006 bestätigt (vgl. Replik vom 10. Oktober 2007 Ziff. 70). Entsprechend wurden ca. 63 % des Printwerbe- und Printinsertionsumsatzes in der Schweiz über die Vermittlungsdienstleistungen der Beschwerdeführer 1-5 abgewickelt.

Die Beschwerdeführer rügen in diesem Zusammenhang, dass der Anteil der Regieverlage, die das Inserategeschäft an die Beschwerdeführer 1-5 ausgelagert hätten, nicht - wie von der Vorinstanz angenommen - 55 %, sondern gestützt auf Daten aus dem Jahre 2005 42,5 % betrage.

Der Vorinstanz ist zuzustimmen, dass dieser Marktanteil von 55 % von Publigroupe selber stammt. So führt sie in Beantwortung des Fragebogens der Vorinstanz im Antwortschreiben vom 27. Juni 2003 (vgl. act. 125 des vorinstanzlichen Verfahrens [nachfolgend: "Vorinstanz act." für Verweise auf die vorinstanzlichen Akten]) aus, dass die von den Publipresse-Gesellschaften betreuten Regiezeitungen einen Anteil von 55 % (52 % im Stellenbereich) ausmachen würden. Eine Berechnung des Anteils der beglaubigten Auflagen ergebe einen Anteil von

53 %. Ein anderer Ansatzpunkt, nämlich das Abstellen auf die Leserzahl, führe demgegenüber zu einem Anteil der Regietitel von 49 %. Entgegen den Ausführungen der Vorinstanz in der Vernehmlassung vom 2. Juli 2007 (Ziff. 52) haben die Beschwerdeführer bereits im vorinstanzlichen Verfahren in der Stellungnahme vom 20. September 2006 (Vorinstanz act. 308 Ziff. 38) darauf hingewiesen, dass die Publigroupe-Gesellschaften vom gesamten Outsourcingvolumen von CHF 1,262 Mia. im Jahre 2004 gestützt auf Pachtverträge CHF 0,976 Mia. und somit einen Anteil von 42,5 % des Gesamtprintvolumens bewirtschaften würden.

Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass sich die Vorinstanz bei der Berechnung des Marktanteils unter anderem auch auf die von Publigroupe eingereichten Zahlen aus dem Jahr 2001 abstützte, da diejenigen für das Jahr 2002 zur Zeit der Befragung offenbar noch nicht erhältlich waren. Die Beschwerdeführer wenden zu Recht ein, dass diese Zahlen für ein zu sanktionierendes Verhalten für den Zeitraum von April 2004 bis Februar 2006 insofern problematisch sein könnten, als sich die Marktanteile zwischenzeitlich erheblich hätten verändern können. Die Beschwerdeführer übersehen jedoch, dass die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung (Ziff. 129) bei der Berechnung des Marktanteils ebenfalls die Zahlen der Jahre 2002 bis 2004 berücksichtigt hat. Danach entsprach der Marktanteil der Beschwerdeführer 1-5, gemessen an den Gesamtausgaben für die Pressewerbung in der Schweiz im Jahre 2004, immer noch 63,6 %.

Wie unter Erwägung 5 aufgezeigt, ist als relevanter Markt der Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Printmedien (sowohl Eigenregie- und Pachtitel) in der Schweiz abzugrenzen. Wie in der Beschwerde (Ziff. 10) ausgeführt wird, erwirtschafteten die Beschwerdeführer 1-5 im Jahre 2005 im relevanten Markt einen Umsatz von CHF 1,451 Mia. Ausgehend vom Gesamtumsatz von Pressewerbung in der Schweiz von CHF 2,299 Mia. (Ziff. 12 der Beschwerde) verfügten somit die Beschwerdeführer 1-5 im Jahre 2005 auch nach eigenen Angaben über einen Marktanteil von rund 63 %.

Bei dem von den Beschwerdeführern geltend gemachten Marktanteil von 42,5 % werden dem Gesamtpresseumsatz im Jahre 2005 von CHF 2,299 Mia. lediglich der bereinigte Umsatz der Beschwerdeführer 1-5 für Pachtitel im Umfang von CHF 977 Mio. gegenübergestellt. Bei dieser Vorgehensweise wird der Umsatz der Beschwerdeführer 1-5 für Eigenregietitel und für Mischkombinationen (Pacht- und Eigenregietitel) nicht berücksichtigt. Diese Berechnungsweise entspricht nicht dem vorgängig als massgebend betrachteten relevanten Markt. Eine engere Definition des relevanten Markts, beispielsweise die Beschränkung auf den Umsatz mit Pachttiteln, würde unweigerlich zu einem noch grösseren Marktanteil der Beschwerdeführer 1-5 führen.

Nach dem Gesagten ist die Berechnung der Vorinstanz, welche von einem Marktanteil der Beschwerdeführer 1-5 von rund 63 % ausgeht, nicht zu beanstanden. Dieser hohe Marktanteil ist vor allem auf ihre Doppelfunktion als wichtige Vermittlerin sowohl ihrer Pachtregietitel als auch der Eigenregieverlage (vgl. Verfügung Ziff. 131, 132, 134, 136) zurückzuführen.

Richtigerweise hat die Vorinstanz nicht allein gestützt auf den festgestellten hohen Marktanteil eine marktbeherrschende Stellung der Beschwerdeführer 1-5 angenommen, sondern hat auch die restlichen Elemente geprüft. Schliesslich könnte, selbst wenn der Argumentation der Beschwerdeführer gefolgt und von einem Marktanteil von 42,5 % ausgegangen würde, eine marktbeherrschende Stellung der Beschwerdeführer 1-5 allein dadurch noch nicht ausgeschlossen werden. Es müsste auch in diesem Fall geprüft werden, ob Ansatzpunkte bestehen, damit von der notwendigen Autonomie in Bezug auf das Verhalten gegenüber den anderen Marktteilnehmern ausgegangen und auf das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung geschlossen werden könnte (vgl. BORER, a.a.O., Rz. 20 zu Art. 4).

**6.2.1.4** Als Zwischenfazit ist festzuhalten, dass Publigruppe im relevanten Markt mit über 63 % einen hohen Marktanteil einnimmt. Dies ist ein Indikator, der für eine marktbeherrschende Stellung der Publigruppe spricht.

## **6.2.2 Relative Stärke der Mitbewerber**

**6.2.2.1** Des Weiteren ist die Frage zu klären, welche Stellung die Wettbewerber von Publigruppe, d.h. die anderen unabhängigen Vermittlerunternehmen und die Verlage, welche ihren Werbe- und Insertionsraum selbständig vermarkten, im relevanten Markt einnehmen. Insbesondere ist zu beurteilen, ob diese das Verhalten von Publigruppe zu disziplinieren vermögen.

**6.2.2.2** Die Vorinstanz kommt in ihrer Untersuchung zum Schluss, dass zwischen Publigruppe und ihren Mitbewerbern eine unausgeglichene Marktanteilsverteilung zugunsten von Publigruppe bestehe (vgl. Verfügung Ziff. 138 ff.). Da Publigruppe zudem von strukturellen Vorteilen profitiere, gehe von den Mitbewerbern kein disziplinierender Einfluss auf das Verhalten von Publigruppe aus.

Die Vorinstanz begründet diese Einschätzung wie folgt:

Publigruppe habe in Bezug auf eine Vielzahl von Titeln (ca. 600) langfristige Pachtverträge abgeschlossen. In den Jahren 2005 und 2006 seien überdies die NZZ und die Aargauer Zeitung als neue Pachtregietitel hinzugekommen (vgl. Verfügung Ziff. 131). Im Gegensatz dazu würden neben Publigruppe nur wenige Vermittler existieren, die in einem Pachtregie-Vertragsverhältnis zu einem Verlag stehen würden (vgl. Verfügung Ziff. 139).

Die Publigruppe verfüge zudem über eine starke regionale Marktstellung in der Innerschweiz, Ostschweiz und in Graubünden. In der Westschweiz und im Tessin hätten fast sämtliche Verlage ihr Anzeigengeschäft an Publigruppe ausgelagert (vgl. Verfügung Ziff. 140).

Neben Publigruppe seien keine weiteren grossen oder mittelgrossen Unternehmen, welche nur annähernd über eine ähnlich starke Marktstellung verfügen würden, im relevanten Markt tätig (vgl. Verfügung Ziff. 141-143).

Publigruppe habe im relevanten Markt einen Marktteil von über 63 % inne. Ihre Mitbewerber seien eine heterogene Gruppe von kleinen Vermittlern und Eigenregieverlagen ohne gemeinsame Strategie, mit unterschiedlichen Leistungen und Konditionen. Entsprechend vermöchten die heterogen organisierten Mitbewerber keinen diszipli-

nierenden Einfluss auf Publigruppe auszuüben (vgl. Verfügung Ziff. 140, 143).

Schliesslich verfüge Publigruppe über drei strukturelle Vorteile: (1) Netzwerkeffekt, (2) Minderheitsbeteiligungen an zahlreichen Verlagen (vgl. Verfügung Ziff. 148 f.), (3) beträchtliche Finanzkraft (vgl. Verfügung Ziff. 150).

**6.2.2.3** Diese Ausführungen der Vorinstanz zeigen in nachvollziehbarer und überzeugender Weise auf, dass es sehr unwahrscheinlich ist, dass die Mitbewerber einen disziplinierenden Einfluss auf das Verhalten von Publigruppe auszuüben vermögen. Die Untersuchungen der Vorinstanz zeigen vielmehr ein Bild, wonach auf der einen Seite Publigruppe mit einem hohen Marktanteil, zahlreichen Pachtregietiteln, einem schweizweit flächendeckenden und lokal verankerten Filialennetzwerk und weiteren strukturellen Vorteilen (Minderheitsbeteiligungen, hohe Finanzkraft) steht; auf der anderen Seite ist eine heterogen organisierte Gruppe von Mitbewerbern, unter welchen sich kaum mittlere und grosse Unternehmen befinden.

## **6.2.3 Besteht vertikaler Marktdruck durch die Verlage?**

**6.2.3.1** Die Beschwerdeführer machen geltend, Publigruppe verfüge nicht über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG, da sich die Beschwerdeführerinnen 1-5 gegenüber den Verlagen nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten könnten (vgl. Beschwerde Ziff. 267 f. und 271 f.). Die Verlage würden einen disziplinierenden Marktdruck auf das Verhalten von Publigruppe ausüben. Sie wüssten ihre Verhandlungsmacht als lokale und regionale Marktführer gegenüber der Publigruppe sehr wohl zu nutzen. Die Beschwerdeführer 2-5 seien zur Unterhaltung ihres Netzwerks darauf angewiesen, mit sämtlichen Verlagen eine Zusammenarbeit zu suchen, auch wenn die Pacht- oder Vermittlungskonditionen noch so schlecht seien. Dies widerspiegeln sich insbesondere in den sinkenden Bruttomargen der Publigruppeunternehmen.

**6.2.3.2** Die Vorinstanz führt in diesem Zusammenhang aus, dass es sowohl für Publigruppe als auch für die Verlage wichtig sei, in Bezug auf das von den Beschwerdeführerinnen 2-5 betriebene Filialennetzwerk miteinander zu kooperieren. Die Publigruppe sei auf die Kooperation mit den Verlagen angewiesen, um ihr Filialennetzwerk aufzubauen und pflegen und überhaupt vom strukturellen Vorteil des Netzwerkeffekts profitieren zu können. Für die Verlage, vor allem auch die kleineren, sei eine Zusammenarbeit insbesondere im Bereich der Werbung und Insertion mit überregionaler bzw. nationaler Bedeutung unabdingbar (vgl. Verfügung Ziff. 159-162).

Publigruppe verfüge aufgrund ihres hohen Marktanteils, der unausgeglichene Marktanteilsverteilung und der strukturellen Vorteile (Netzwerkeffekt, Minderheitsbeteiligungen, hohe Finanzkraft) über eine stärkere Position als die Verlage, die Publigruppe als heterogen organisierte Gruppe von relativ kleinen Unternehmen gegenüberstehen würden (vgl. Vernehmlassung Ziff. 60).

Zum Thema der sinkenden Bruttomargen, welche die Unternehmen der Publigruppe zu verzeichnen hätten, äussert die Vorinstanz, dass dies weniger auf eine ge-

schwächte Marktstellung von Publigroupe als vielmehr auf die Pressekrise zurückzuführen sei (vgl. Verfügung Ziff. 161).

Gestützt auf diese Ausführungen sei davon auszugehen, dass die Verlage keinen genügenden disziplinierenden Marktdruck auf Publigroupe auszuüben vermöchten (vgl. Verfügung Ziff. 162).

**6.2.3.3** Die Rüge, wonach die Publigroupe einem durch die Verlage ausgeübten vertikalen Marktdruck ausgesetzt sei, so dass eine Marktbeherrschung ausgeschlossen werden könne, überzeugt nicht. Es ist ohne Weiteres nachvollziehbar, dass Publigroupe auf eine gute Zusammenarbeit mit den Verlagen angewiesen ist, um ihr Netzwerk möglichst optimal bewirtschaften zu können. Das Vorliegen einer Marktbeherrschung setzt aber nicht voraus, dass für Nachfrager oder Anbieter überhaupt keine Ausweichmöglichkeiten bestehen. Entsprechend ist Marktbeherrschung nicht mit dem Fehlen jeglichen Wettbewerbs auf dem betreffenden Markt gleichzusetzen (vgl. CLERC, a.a.O., Art. 4 Abs. 2 N 98; ZÄCH, a.a.O., Rz. 593).

#### **6.2.4 Besteht vertikaler Marktdruck durch die anderen Vermittlerunternehmen?**

Die Beschwerdeführer machen geltend, dass sie sich gegenüber den Inseratekunden und Werbeauftraggebern nicht unabhängig verhalten könnten, weil die Konditionenhoheit gegenüber den Inseratekunden und Werbeauftraggebern bei den Verlagen liege (vgl. Beschwerde Ziff. 263).

Vorliegend geht es um die Frage, ob sich Publigroupe im relevanten Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Werbe- und Insertionsraum in Printmedien in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten kann. Grundsätzlich sind die Insertions- und Werbekonditionen, welche die Verlage gegenüber den Inserenten und Werbern festlegen, von den (Kommissions-)Konditionen, welche Publigroupe gegenüber den anderen Vermittlern festlegt, zu unterscheiden. Obwohl die Geschäftskonditionen der Verlage diejenigen von Publigroupe beeinflussen können, geht es vorliegend um die Frage, ob Publigroupe ihre eigenen Konditionen in wesentlichem Umfang unabhängig festlegen kann. Es wurde bereits aufgezeigt, dass es eine Reihe von stichhaltigen Argumente gibt, die gegen eine Disziplinierung der Publigroupe durch die Verlage sprechen (vgl. oben E. 6.2.3). Falls die Insertionskunden und Werber tatsächlich Marktdruck auf die Verlage ausüben, indem sie etwa mit der Verschiebung des Werbemixes zu Lasten der Printmedien drohen, vermag das allenfalls das Verhalten der Verlage zu disziplinieren, nicht jedoch dasjenige der Beschwerdeführer als Pächter oder Vermittler von Inserate- und Werbe- raum in Printmedien. Wie die Vorinstanz zur Recht ausführt, wirkt sich die Konditionenhoheit der Verlage nicht auf die Marktstellung der Beschwerdeführer aus, sondern auf diejenige der (Print-)Verlage.

#### **6.2.5 Besteht disziplinierender Einfluss alternativer Werbeträger?**

**6.2.5.1** Die Beschwerdeführer sind der Auffassung, die elektronischen Medien sowie die Direkt- und Aussenwerbung würden als Werbeträger Substitute zu den Printmedien darstellen (vgl. Beschwerde Ziff. 241 ff.,

285). Statistiken zu den Netto-Werbeumsätzen in der Schweiz, gesondert nach den verschiedenen Werbeträgern, würden zeigen, dass eine Verdrängung der Printmedien als Werbeträger zu verzeichnen sei. Bezüglich der Wirkung von Substitutionsprodukten aus anderen Medienbereichen sei festzustellen, dass der Margendruck bei den Printmedien die Publigroupe unmittelbar treffe. Ihre Kommission sei unmittelbar abhängig vom verkauften Printinsetrateumsatz. Druck auf die Printkonditionen habe unmittelbare Auswirkungen auf die Pacht- und Kooperationsverträge von Publigroupe (vgl. Beschwerde Ziff. 285).

**6.2.5.2** Wie bereits dargelegt (vgl. E. 5), stimmt das Bundesverwaltungsgericht mit der von der Vorinstanz vorgenommenen Abgrenzung überein, wonach der sachlich relevante Markt ausschliesslich die Vermittlung und den Verkauf von Werbe- bzw. Insertionsraum in Printmedien umfasst (vgl. Verfügung Ziff. 98 ff.). Entsprechend stellt aus der Sicht der Werber und Inserenten der Werbe- bzw. Insertionsraum im Internet, Radio, Fernsehen sowie in Direkt- und Aussenwerbung kein genügendes Substitut zum Werbe- bzw. Insertionsraum in Printmedien dar. Auch die von den Beschwerdeführern geltend gemachten rückgängigen Zahlen im Bereich der gesamtschweizerischen Werbeumsätze im Zeitraum von 1982 bis 2005 zeigen nicht ohne Weiteres auf, dass die elektronischen und weitere Medien Substitutionswerbeträger zu den Printmedien sind. Sie sind, wie bereits erwähnt, zu einem grossen Teil auch auf die Pressekrise zurückzuführen (vgl. E. 5.1.9).

**6.2.5.3** Die Vorinstanz weist zu Recht darauf hin, dass das Internet eine gewisse disziplinierende Wirkung im Primärmarkt der Rubrikinserion ausübe. Sofern vermehrt Rubrikinserate von den Printmedien ins Internet abwandern, wie dies in den letzten Jahren der Fall war, hat dies mittelbar auch Auswirkungen auf die mit Pacht- und Vermittlerkommissionen erzielten Umsätze der Beschwerdeführer. Nicht betroffen wird dadurch jedoch die Marktstellung der Beschwerdeführer im vorliegend definierten Markt für die Vermittlung und Vermarktung von Werbe- und Insertionsraum in Printmedien.

**6.2.5.4** Mit Verweis auf die Erwägung 5.1.8 kann festgehalten werden, dass weder das Internet noch die anderen alternativen Werbeträger einen wesentlichen disziplinierenden Einfluss auf die Geschäftstätigkeit der Beschwerdeführer im relevanten Markt auszuüben vermögen, zumal das bis zu einem gewissen Grad bestehende Substitutionsverhältnis zwischen Print und Online im Bereich der Rubrikinserate in erster Linie den Primärmarkt betrifft. Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass zwischen den alternativen Medien, wie insbesondere dem Internet und der Direktwerbung, und den Printmedien keine ausreichende Substituierbarkeit gegeben ist.

**6.2.5.5** Somit kann davon ausgegangen werden, dass während der massgebenden Dauer (Sanktionszeitraum) im relevanten Markt kein ausreichender aktueller Wettbewerb, welcher auf die Beschwerdeführer eine ausreichende disziplinierende Wirkung entfaltet hätte, bestanden hat.

## 6.2.6 Bestand im relevanten Markt potenzieller Wettbewerb?

**6.2.6.1** Die Beschwerdeführer machen in diesem Zusammenhang geltend, dass die Möglichkeit der Verlage, vom Pachtregiesystem zum Eigenregiesystem zu wechseln, einen disziplinierenden Faktor darstelle (vgl. Beschwerde Ziff. 279 f.).

Demgegenüber kommt die Vorinstanz in ihrer Untersuchung zur Auffassung (vgl. Verfügung Ziff. 181 und 184), dass der Wechsel vom Pacht- zum Eigenregiesystem für die Verlage unattraktiv und deshalb unwahrscheinlich sei. Die Möglichkeit der Verlage zu einem entsprechenden Systemwechsel vermöge deshalb nicht, Publigroupe in ihrem Verhalten zu disziplinieren.

Die Vorinstanz argumentiert, dass die Anzeige- und Werbeeinnahmen einen Anteil von 60-70 % am Gesamtumsatz ausmachen und somit die wichtigste Einnahmequelle einer Zeitung darstellen würden. Vor dem Hintergrund der wirtschaftlichen Krise, welche die Pressebranche in den letzten Jahren durchgemacht habe, sei die Bereitschaft geringer, einen Systemwechsel hin zur Eigenregie vorzunehmen (vgl. Verfügung Ziff. 170, 172). Dies umso mehr, als auch der Aufbau eines Netzwerks, das mit demjenigen von Publigroupe vergleichbar wäre und entsprechend ein landesweites Netz von lokalen Filialen aufweisen würde, mit hohen Fixkosten sowie Investitionen, welche bei einem späteren erneuten Systemwechsel hin zur Pachtregie nicht wieder rückgängig gemacht werden könnten (sog. "sunk costs"), verbunden wäre (vgl. Verfügung Ziff. 171 f.).

Vor allem das landesweit flächendeckende, lokal verankerte Filialennetz von Publigroupe stelle einen strukturellen Vorteil der Vermittlerin dar. Für die Verlage, Inserenten und Werbeauftraggeber sei zumindest im Bereich der Werbung und Insertion mit nationaler Bedeutung eine Zusammenarbeit mit Publigroupe wirtschaftlich sehr interessant, weil sie auf das Netzwerk der Publigroupe zurückgreifen könnten.

Der Vorinstanz ist in diesem Zusammenhang zuzustimmen, dass die von den Beschwerdeführern in der Beschwerde (Ziff. 280) und in der Replik (Ziff. 79 ff.) angeführten Entwicklungen ab Erlass der Verfügung für die Sanktionierung eines Vergangenheitstatbestands nicht berücksichtigt werden dürfen. Andererseits lassen diese Entwicklungen aber Rückschlüsse zu, ob die Vorinstanz seinerzeit den Einfluss des potenziellen Wettbewerbs und somit die Frage, ob andere Unternehmen in der Lage sind, in absehbarer Zeit auf den Markt zu treten, richtig eingeschätzt hat.

Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass es trotz den von der Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung dargelegten Schwierigkeiten eines Wechsels von ehemaligen Pachtverlagen hin zur Vermarktung in Eigenregie (vgl. Verfügung Ziff. 178 ff.), nicht ausgeschlossen ist, dass einzelne Verlage die Outsourcingverträge mit den Beschwerdeführern 1-5 auflösen, um die Inseratebewirtschaftung selber vorzunehmen. Die Beschwerdeführer nennen in diesem Zusammenhang folgende Beispiele: Walliser Bote (Systemwechsel von Pacht- zu Eigenregie im Jahre 2004), Südostschweiz (Systemwechsel vom Gemeinschaftsunternehmen in die Nähe

einer Eigenregie im Jahre 2007), Der Bund (Wechsel zur Eigenregie infolge Eingliederung in die Espace Media Groupe im Jahre 2004), Thurgauer Zeitung (Systemwechsel von Pacht- zu Eigenregie ab 1. Januar 2007), Landbote (Systemwechsel von Pacht- zu Eigenregie ab 1. Januar 2008) und Winterthurer Stadtanzeiger (Systemwechsel von Pacht- zu Eigenregie ab 1. Januar 2008). Gleichzeitig werden von den Beschwerdeführern aber auch Beispiele aufgeführt, die einen umgekehrten Wechsel, nämlich von der Eigenregie hin zur Pacht vollzogen haben (Neue Zürcher Zeitung, NZZ am Sonntag, Rhône Zeitung, Kombi City Plus [Neue Luzerner Zeitung und St. Galler Tagblatt], Anzeiger St. Gallen, Sonntagszeitung Mittelland-Zeitung). Ansonsten wird ein Wechsel von Pacht- zur Eigenregie von den meisten Verlagen, jedenfalls was den nationalen Anzeigenmarkt anbelangt, als unwahrscheinlich angesehen (vgl. Vorinstanz act. 153, 157, 159, 162, 166, 168, 170, 175).

Selbst wenn die Entwicklung bei den Verlagen gemessen an den Umsatzzahlen zu Lasten der Beschwerdeführer ausfallen sollte und sich folglich per Saldo ein zunehmender Wechsel zur Eigenregie ergeben hätte, würde dies die dominierende Stellung von Publigroupe kaum abschwächen, da auch die Eigenregieverlage rund 40-50 % ihres Anzeigenumsatzes mit von Publigroupe vermittelter Werbung generieren. Dieser Anteil wird von den Beschwerdeführern, jedenfalls was die grossen Verlage anbelangt, nicht bestritten (vgl. Beschwerde Ziff. 277).

Die Beschwerdeführer rügen des Weiteren, dass die Vorinstanz bei der Beurteilung der Marktstärke und als Nachweis der marktbeherrschenden Stellung die Minderheitsbeteiligungen der Beschwerdeführerin 1 an verschiedenen Verlagen berücksichtigt habe. Dies umso mehr, als die Vorinstanz eine entsprechende Vorabklärung vorbehaltlos eingestellt habe. Hierzu ist zu bemerken, dass die Einstellung dieser Vorabklärung offensichtlich geschah, weil Publigroupe bezüglich ihrer Minderheitsbeteiligungen an verschiedenen Verlagen kein Missbrauch vorzuwerfen war. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Minderheitsbeteiligungen bei der Beurteilung der Marktstellung von Publigroupe nicht zu berücksichtigen wären. Denn bei der Beurteilung der Frage, ob ein Unternehmen marktbeherrschend ist, ist unter anderem auch dem Kriterium der Unternehmensstruktur Rechnung zu tragen. Unter diesem Gesichtspunkt sind die individuellen Merkmale, wie beispielsweise Effizienz- und Grössenvorteile, Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten, effiziente Vertriebssysteme, personelle und finanzielle Verflechtungen mit anderen Unternehmen, zu beurteilen, die Wettbewerbsvorteile gegenüber tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerbern begründen können (vgl. ROGER ZÄCH, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, in: von Büren/David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht [SIWR] V/2, Basel 2000, S. 172 ff.). Und gerade in diesen Bereichen liegen die Hauptvorteile von Publigroupe gegenüber potenziellen Mitbewerbern. Genannt seien nur das schweizweit bestens organisierte Filialnetz von Publigroupe mit den sich ergebenden Netzwerkvorteilen sowie die unbestritten festgestellte Zufriedenheit der meisten Pachtregieverlage mit der Leistungsqualität von Publigroupe, überdies die sich



dar aus ergebende starke Kundenbindung. Es ist ebenfalls nachvollziehbar, dass sich Publigroupe mit den Minderheitsbeteiligungen bei den entsprechenden Verlagen einen gewissen Einfluss sichern konnte, auch wenn allein dadurch ein allfälliger Wechsel von der Pacht- zur Eigenregie nicht ausgeschlossen werden kann.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz nachvollziehbar begründet, dass die Möglichkeit der Verlage, sich aus den Pachtverträgen zu lösen und ihren Inserate- und Werberaum in Eigenregie zu vermarkten, keinen genügenden Wettbewerbsdruck auf Publigroupe auszuüben vermag.

**6.2.6.2** Des Weiteren ist zu prüfen, ob die Möglichkeit der Verlage, vom System der reinen Eigenregie zu einem Modell der Teilverpachtung zu wechseln, eine ausreichende disziplinierende Wirkung auf das Verhalten der Publigroupe auszuüben vermag.

Beim Modell der Teilverpachtung übernimmt der Verlag in der Regel die Vermarktung des Werbe- und Insertionsraums auf der lokalen oder allenfalls regionalen Ebene, wohingegen eine Pächterin für die Vermarktung auf nationaler Ebene zuständig ist. Einzelne Verlage haben ein solches Teilpachtmodell eingeführt und andere in Beantwortung des Fragebogens des Sekretariats die Möglichkeit aufgezeigt, bei Bedarf eine Eigenregie für die lokale Werbung kurzfristig aufbauen zu können (vgl. Vorinstanz act. 157 und 162). Entsprechend stärken diese Teilpachtmodelle die Position der Eigenregieverlage als aktuelle und potenzielle Mitbewerber der Publigroupe auf lokaler und allenfalls noch regionaler Ebene. Weniger Einfluss hätten vermehrte Wechsel von der Pachtregie hin zur Teilpacht hingegen auf das nationale Anzeigengeschäft. Da dieses rund die Hälfte des Werbeumsatzes ausmacht, vermag auch ein vermehrter Wechsel zur Teilpacht keine ausreichende disziplinierende Wirkung auf das Verhalten von Publigroupe auszuüben.

**6.2.6.3** Zu prüfen bleibt, ob von den anderen Vermittlerunternehmen ein potenzieller Wettbewerbsdruck ausgeht.

Die Vorinstanz führt diesbezüglich in der Verfügung (Ziff. 185 ff.) aus, das Wachstumspotential der bestehenden unabhängigen Vermittler sei begrenzt. Zudem seien Neumarkteintritte kaum zu erwarten. Aufgrund diverser struktureller Faktoren, wie der exklusiven Pachtverträge der Publigroupe, der Unwahrscheinlichkeit eines Systemwechsels von der Pachtregie- zur Eigenregievermarktung und der hohen Kosten für den Aufbau eines Filialnetzwerks, sei die von den anderen Vermittlern ausgehende potenzielle Wettbewerbsdynamik gering.

Unbestrittenermassen machte der Marktanteil der unabhängigen Vermittler auf dem Presseanzeigenmarkt im massgebenden Zeitpunkt nicht mehr als 5 % aus. Eine markante Steigerung des Marktpotentials der unabhängigen Vermittler ist wenig wahrscheinlich, da der Aufbau eines mit den Beschwerdeführerinnen 1-5 vergleichbaren Filialnetzwerks mit hohen Kosten verbunden ist. Auch Publigroupe selbst rechnete kurz- und mittelfristig nicht mit einem Markteintritt eines neuen grossen Vermittlungsunternehmens (vgl. Vorinstanz act. 125 Ziff. 52 ff.

und 56 f.). Zum einen sei das Pressesegment des Schweizer Werbemarkts als gesättigt zu bezeichnen. Die Marktanteilsverluste und die stagnierenden bzw. sinkenden Auflagezahlen der Zeitungen hätten zu einem beschleunigten Konzentrationsprozess geführt. Diese Konzentrationsentwicklungen im Verlagswesen hätten ihre Parallele in den Konzentrationsentwicklungen bei den Vermittlern. Zum anderen müsse für die Vermittlungstätigkeit eine gewisse kritische Masse erreicht werden, damit das erforderliche Netzwerk an Verkaufs- und Abwicklungsstellen ökonomisch sinnvoll betrieben werden könne. Langfristig sei jedoch durchaus vorstellbar, dass sich andere Wettbewerber im grösseren Umfang auf dem Schweizer Pressewerbesegment zu etablieren versuchen würden.

Die aufgezeigten Marktzutrittsschranken (Kosten für den Aufbau eines umfassenden Filialnetzwerks), der bisherige Marktanteil der unabhängigen Vermittler (unter 5 %) und der markante mengenmässige Vorteil von Publigroupe lassen den Aufbau eines vergleichbaren Netzwerks, nicht zuletzt mit Blick auf die Sättigungstendenzen im Schweizer Pressewerbemarkt und den Konzentrationsentwicklungen, kurz- und mittelfristig als kaum realisierbar erscheinen. Entsprechend hat die Vorinstanz nachvollziehbar begründet, dass die vom potenziellen Wettbewerb durch unabhängige Vermittler ausgehende disziplinierende Wirkung gering ist.

## 6.2.7 Fazit Marktstellung

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die angefochtene Verfügung vor Bundesrecht standhält und die Vorinstanz zu Recht von einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 4 Abs. 2 KG der Beschwerdeführerin 1 im Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Printmedien ausgegangen ist.

## 7. Missbräuchlichkeit der vorgeworfenen Verhaltensweise

### 7.1 Allgemeines

Ausgehend vom relevanten Markt (E. 5) und der dort beherrschenden Stellung der Beschwerdeführerin 1 (E. 6) ist als Nächstes zu prüfen, ob das ihr zur Last gelegte, angeblich unzulässige Verhalten - Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung durch den Ausschluss einzelner unabhängiger Vermittler von einer Kommissionierung vom 1. April 2004 bis Februar 2006 - nach Art. 49a Abs. 1 KG sanktionswürdig war, weil dieses Verhalten die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 7 Abs. 1 (i.V.m. Abs. 2 Bst. b) KG erfüllt.

**7.1.1** Nach 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*.

In dieser Bestimmung werden zwei strukturell verschiedenartige Verhaltensweisen als missbräuchlich bezeichnet, nämlich Behinderungssachverhalte und Ausbeutungssachverhalte, die voneinander abzugrenzen sind (vgl. CLERC, a.a.O., Rz. 71 ff. zu Art. 7 KG):

**7.1.2 Behinderungssachverhalte** treten immer - gegenüber Konkurrenten - als Wettbewerbsbeschränkungen auf und sind ihrem Wesen nach *wettbewerbsbezogen*. Solche Sachverhalte drücken sich beispielsweise dadurch aus, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen durch preisliches, aber auch nicht preisliches strategisches Verhalten die missliebige Konkurrenz aus dem Markt verdrängen oder gegen sie entsprechende Markteintritts-, Marktaustritts- oder Mobilitätsbarrieren errichten kann (vgl. BORER, a.a.O., Rz. 8 zu Art. 7 KG, m.w.H.).

Gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG kann unter Umständen auch die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen - oder sonstigen Geschäftsbedingungen - unzulässig sein. Denn solche "unangemessenen Preise" lassen sich nicht anders als Zugangsverweigerungen oder Zugangsschwierigkeiten - mit wettbewerbsbehindernder Auswirkung - interpretieren (vgl. PATRIK DUCREY, Das schweizerische Kartellrecht, in: Cottier/Oesch [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. XI: Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 2. Aufl., Basel 2007, Rz. 211 ff., S. 692). Daher ist die Wettbewerbspolitik im Wesentlichen darauf gerichtet, solche Marktbarrieren zu verhindern oder zu beseitigen, da offene Märkte als beste Garanten für wirksamen Wettbewerb gelten.

**7.1.3 Demgegenüber** spielen sich *Ausbeutungssachverhalte* im *wettbewerbsfreien* Raum ab, und zwar gegenüber der anbietenden oder nachfragenden Marktgegenseite. Zu denken ist etwa an die Situation, dass ein Angebotsmonopolist seine Stellung dazu benutzt, d.h. missbraucht, um ausbeuterische ("wucherische") Preise dem Nachfrager aufzuzwingen, im Wissen, dass dieser - angesichts des Monopols - über keine zumutbaren Alternativen verfügt, wenn er seinen Bedarf nach dem Gut des Monopolisten decken will oder muss (vgl. DUCREY, a.a.O., Rz. 199, wonach es nach Art. 7 Abs. 1 KG unzulässig wäre, zu einem übermässig hohen Preis zu liefern, wenn ein Kunde keine Ausweichmöglichkeiten besitzt). Insofern ist der in Art. 7 Abs. 1 KG verwendete, unscharfe Terminus "benachteiligen" als "ausbeuten" zu verstehen (vgl. ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 619).

Diese Form *kartellrechtlicher* Preismissbrauchsaufsicht hat dann zu greifen, wenn Märkte nicht mehr wettbewerblich strukturiert sind (vgl. GERHARD WIEDEMANN, in: Wiedemann [Hrsg.], Handbuch des Kartellrechts, 2. Aufl., München 2008, § 23 N 1, S. 972), d.h. wenn die Wettbewerbspolitik ihrer angestammten Aufgabe, Wettbewerb zu fördern oder diesen zu erhalten, nicht nachkommen kann. Beispielsweise soll mit der in Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG vorgesehenen Möglichkeit, *kartellgesetzlich* gegen Preisausbeutungen vorzugehen, insbesondere verhindert werden, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen seinen vom Wettbewerb nicht wirksam kontrollierten Gestaltungsspielraum zu Lasten Dritter mit einem Verhalten, das zu "nicht wettbewerbsgerechten Marktergebnissen" führt, ausnützt (vgl. WIEDEMANN, a.a.O., § 23 N 32, S. 992, mit dem entsprechenden Zitat des Kammergerichts).

**7.1.4** Wie in Erwägung 8.1.5 hiernach aufgezeigt wird, vermag Art. 7 Abs. 1 KG - angesichts seiner inhaltlichen Offenheit - zwar nicht für sich alleine betrachtet, sondern

nur im Rahmen der Konkretisierung durch Abs. 2 Bst. b KG, den Anforderungen des in Art. 7 Abs. 1 erster Satz der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (in Kraft getreten für die Schweiz am 28. November 1974, EMRK, SR 0.101) verankerten Legalitätsprinzips zu entsprechen.

Daher setzt, wie die Vorinstanz zu Recht ihrem Prüfungsschema zu Grunde gelegt hat, die Tatbestandsmässigkeit des inkriminierten Verhaltens voraus, dass das marktbeherrschende Unternehmen andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs ohne sachliche Gründe "behindert" (Art. 7 Abs. 1 KG), *indem* jene durch ihre Tochtergesellschaften bzw. den VSW mittels der VSW-Richtlinien einzelne unabhängige Vermittler von einer Kommissionierung ausgeschlossen und somit diskriminiert hat (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG).

## 7.2 Selektives Vertriebssystem

Die Beschwerdeführer machen bezüglich der vorgeworfenen missbräuchlichen Verhaltensweise geltend (vgl. Beschwerde Ziff. 185 ff.), das von ihnen gewählte Kommissionierungssystem für Vertriebspartner der Beschwerdeführer 2-5 sei von seiner Ausgestaltung her vergleichbar mit einem selektiven Vertriebssystem. Dabei sei die Zulässigkeit der Vertriebssysteme nicht davon abhängig, ob der Prinzipal einen hohen oder tiefen Marktanteil habe. Die Vorinstanz sei auf diese Argumentation in der angefochtenen Verfügung nicht eingegangen.

Die Vorinstanz wendet dagegen ein, dass der Vorwurf der Beschwerdeführer unbegründet sei, da nicht die Selektion als solche kartellrechtswidrig qualifiziert worden sei. Vielmehr habe sie in Bezug auf jede einzelne Bestimmung der fraglichen Richtlinien geprüft, inwiefern das Selektionskriterium kartellrechtlich zulässig sei oder nicht. Überdies sei im vorliegenden Fall ein Vergleich zum selektiven Vertriebssystem problematisch, denn anders als bei üblichen selektiven Vertriebssystemen stehe Publigroupe gleichzeitig in Konkurrenz zu den unabhängigen Vermittlern um die Akquisition von Inseraten.

**7.2.1** Bei den Vertriebskooperationen, wie beispielsweise dem selektiven Vertriebssystem, handelt es sich in der Regel um vertikale Absprachen (vgl. BORER, a.a.O., Rz. 11 zu Art. 6 KG, m.w.H.). Der Begriff des selektiven Vertriebssystems wird in Ziff. 2 der im Verfügungszeitpunkt geltenden Bekanntmachung der Wettbewerbskommission vom 18. Februar 2002 betreffend Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (publiziert in: BBl 2002 3895; nachfolgend: Vertikal-Bekanntmachung) definiert. Danach liegt ein selektives Vertriebssystem vor, wenn zwischen Lieferant und Händler eine Vereinbarung getroffen wird, wonach der Lieferant die Vertragswaren oder -dienstleistungen nur an Händler verkaufen darf, die aufgrund festgelegter Merkmale ausgewählt werden, und diese Händler die betreffenden Waren oder Dienstleistungen nicht an Händler weiter verkaufen dürfen, die nicht zum Vertrieb zugelassen sind.

In Ziff. 3 der Bekanntmachung werden Beschränkungen aufgeführt, die in einem Selektivvertriebssystem nicht vorhanden sein dürfen, ansonsten von einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG auszugehen ist. Selektive Vertriebssysteme können wirtschaftlich sinnvoll sein, indem sie zu einem qualitativ hochwertigen Kundendienst beitragen und damit den Qualitätswettbewerb zwischen den Marken (interbrand) fördern können. Die sich aus einem solchen System ergebende Exklusivität erlaubt es den Vertriebspartnern, den ihnen zugeteilten Markt intensiv zu bearbeiten, ohne befürchten zu müssen, dass sog. Trittbrettfahrer von ihren Marktbearbeitungsbemühungen profitieren könnten (vgl. BORER, a.a.O., Rz. 13 zu Art. 6 KG). Die mit den selektiven Vertriebsverträgen einhergehende Exklusivität kann jedoch wohlfahrtsschädigend sein, wenn die an der Abrede beteiligten Unternehmen marktmächtig sind oder die Abreden zu outputmindernden Preisdifferenzierungen missbraucht werden (vgl. BORER, a.a.O., Rz. 14 zu Art. 6 KG; REINERT, a.a.O., S. 153 ff. und 162 ff.). Auch kann der selektive Vertrieb den markeninternen Wettbewerb (intra-brand) zwischen den Händlern des Vertriebssystems einschränken (vgl. CHRISTIAN KAUFMANN, Wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden, Zürich/Basel/Genf 2004, S. 101). Dies kann zu einer aus wettbewerbsrechtlicher Sicht untolerierbaren Situation führen. Gleiches gilt, wenn durch solche Abreden bestehende Vertriebsstrukturen zementiert werden (vgl. BORER, a.a.O., Rz. 14 zu Art. 6 KG; REINERT, a.a.O., S. 179 ff. und 198 ff.).

Bei erheblichen Beeinträchtigungen des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG ist zu prüfen, ob diese aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sein können (Art. 5 Abs. 2 KG). Die Wettbewerbskommission hat im Bereich Vertikalabreden Kriterien entwickelt und diese in der Vertikal-Bekanntmachung publiziert. Danach sei eine Abrede betreffend Auswahl der Händler - sowohl nach qualitativen als auch nach quantitativen Kriterien - erheblich und somit grundsätzlich unzulässig. Entsprechend könne ein selektives Vertriebssystem lediglich aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden. Gemäss Botschaft kann nicht allgemein festgelegt werden, in welchem Umfang eine Rechtfertigung derartiger Abreden möglich ist. Es bedarf vielmehr der konkreten Analyse von einzelnen Vertragsklauseln (vgl. Botschaft KG 1994, a.a.O., S. 558 ff.). Da nicht jedes selektive Vertriebssystem aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann, ist die Vorgehensweise nicht zu beanstanden, dass die Wettbewerbskommission die einzelnen Bestimmungen der in Frage stehenden Richtlinien dahingehend überprüft hat, inwiefern das jeweilige Selektionskriterium kartellrechtlich zulässig ist oder nicht, und dies unabhängig davon, ob es sich im vorliegenden Fall überhaupt um ein herkömmliches selektives Vertriebssystem handelt oder nicht. Hinzu kommt, dass auf die Richtlinien auch deshalb ein besonderes Augenmerk zu richten ist, weil der Verband bzw. die Mitglieder des Verbands, welcher die Richtlinien erlassen hat, als marktmächtig anzusehen sind (vgl. BORER, a.a.O., Rz. 30 zu Art. 5 KG).

Nachfolgend ist auf die von der Wettbewerbskommission erhobenen Missbrauchsvorwürfe im Einzelnen einzugehen.

### 7.3 Missbräuchliche Verhaltensweise

Die Rügen der Beschwerdeführer beziehen sich auf die Missbrauchsvorwürfe der Vorinstanz bezüglich der Punkte "Unabhängigkeit", "Universalvermittlung" und "Umsatzschwelle". Auf diese ist nachfolgend im Einzelnen einzugehen.

#### 7.3.1 Unabhängigkeit

Ziff. 2.2 Abs. 1 VSW-Richtlinie in der Fassung vor Abschluss der einvernehmlichen Regelung lautete:

*"Als Berufs-Inseratevermittler kommissioniert werden nur Unternehmen, die im Hauptzweck als Universalvermittler in der Disposition in eigenem Namen und auf eigene Rechnung von Inseraten, Werbebeilagen und Beiheften (Inserate) mehrerer juristisch und wirtschaftlich voneinander unabhängiger Auftraggeber in verschiedenen Printmedien voneinander wirtschaftlich und juristisch unabhängiger Verlage tätig sind."*

In der angefochtenen Verfügung anerkennt die Wettbewerbskommission, dass die Kommissionierung eines Unternehmens für die "Vermittlung" eigener Inserate wirtschaftlich nicht gerechtfertigt sei, da die Kommission die Abgeltung von Vermittlungsdienstleistungen im Interesse und im Auftrag des Verlags bzw. der Publigroupe als Pächterin bezwecke. Ziff. 2.2 Abs. 1 VSW-Richtlinien gehe jedoch über diese sachlich gerechtfertigte Einschränkung der Kommissionierung hinaus, indem Vermittler, die nicht für mehrere voneinander juristisch und wirtschaftlich unabhängige Auftraggeber tätig seien und in verschiedenen Printmedien voneinander wirtschaftlich unabhängiger Verlage vermittelten, generell ausgeschlossen würden (vgl. Verfügung Ziff. 203 und 206).

Dagegen wenden die Beschwerdeführer ein, obwohl ihrem Anliegen betreffend Unabhängigkeit des Vermittlers in der einvernehmlichen Regelung Rechnung getragen worden sei, stelle die Wettbewerbskommission erneut die Behauptung auf, die frühere Regelung sei missbräuchlich gewesen, weil sie die Vermittlung für bloss einen Inserenten nicht zugelassen habe. Der Beschwerdeführer 6 habe nie einem Vermittler die Zulassung als Berufsvermittler verweigert, weil er bloss einen Inserenten zu seinen Kunden gezählt habe. Eine Verweigerung mit Bezug auf das Kriterium der Unabhängigkeit sei nur im Fall der Ad.X AG erfolgt. In diesem Fall habe die Vermutung bestanden, dass die Ad.X AG mit ihrem wichtigsten Auftraggeber, der Mercuri Urval, konzernmässig verbunden gewesen sei. Schliesslich könne in der Tätigkeit für bloss einen Inserenten nicht mehr von einer Vermittlungstätigkeit, d.h. der Bereitstellung einer Verkaufsorganisation für eine Vielzahl von Inserenten im Interesse eines Verlags, gesprochen werden. Der in der einvernehmlichen Regelung verabschiedeten Lösung sei nicht zuletzt mit Blick auf die zu schaffende Rechtssicherheit und im Sinne einer Beschleunigung des Verfahrensabschlusses zugestimmt worden. Die sich daraus ergebenden Ineffizienzen durch kompliziertere Abläufe würden zwar in Kauf genommen. Das Anliegen der Beschwerdeführer, solche Ineffizienzen und hohe Kontrollkosten zu vermeiden, könne keinesfalls als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung qualifiziert werden.

Es ist unbestritten, dass es kartellrechtlich zulässig ist, Vermittler, welche eigene Inserate oder Inserate des sie beherrschenden Unternehmens vermitteln, von der Kommissionierung auszuschliessen. Diese Lösung hat denn auch Eingang in die einvernehmliche Regelung gefunden. Die bisherige Ziff. 2.2 Abs. 1 der untersuchten VSW-Richtlinie ging jedoch weiter, indem sie auch Vermittler, die nicht für mehrere voneinander juristisch und wirtschaftlich unabhängige Auftraggeber tätig waren und in verschiedenen Printmedien voneinander wirtschaftlich unabhängiger Verlage vermittelten, ausgeschlossen hat. Dadurch wurden auch Vermittler ausgeschlossen, die keine Eigenvermittlung betrieben haben. Dass durch eine solche Regelung beispielsweise auch Vermittler nicht berücksichtigt werden, die exklusiv für einen Verlag Inserateraum anbieten, lässt sich sachlich nicht rechtfertigen. Die Vorinstanz weist in ihrer Vernehmlassung und in der Duplik zu Recht darauf hin, dass ein solcher Vermittler die Interessen "seines" Verlags unter Umständen sogar besser wahrnehmen könne, als ein Vermittler, der für mehrere konkurrierende Verlage tätig sei. Die pauschale Nichtkommissionierung von Vermittlern, die nicht für mehrere juristisch und wirtschaftlich unabhängige Inserenten tätig sind bzw. nicht in verschiedenen Printmedien voneinander wirtschaftlich unabhängiger Verlage vermitteln, stellt eine Diskriminierung gegenüber den anderen Vermittlern im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG dar.

An dieser Betrachtungsweise ändert auch der Hinweis der Beschwerdeführer nichts, wonach der Beschwerdeführer 6 nie einem Vermittler mit nur einem Kunden die Zulassung als Berufsvermittler verweigert habe. Eine solche Kommissionierungsvoraussetzung verstösst gegen Art. 7 KG ungeachtet davon, ob ein entsprechender Vermittler konkret von der Kommissionierung ausgeschlossen wurde. Denn es kann nicht ausgeschlossen werden, dass allfällige Interessenten bereits aufgrund der klaren Formulierung dieser Richtlinie davon abgehalten wurden, überhaupt mit einem entsprechenden Begehren an den Beschwerdeführer 6 zu gelangen.

### 7.3.2 Universalvermittlung

Ziff. 2.2 Abs. 2 VSW-Richtlinie in der Fassung vor Abschluss der einvernehmlichen Regelung lautete:

*"Unternehmen, die nicht als Universalvermittler tätig sind, d.h. ihre Vermittlungstätigkeit auf einen oder auch mehrere spezielle Rubriken beschränken oder diese Tätigkeit nur nebenher betreiben oder einen anderen Hauptzweck haben, werden nicht kommissioniert. Andere Hauptzwecke sind zum Beispiel die Personal-, Werbe-, Unternehmens- oder Finanzberatung, die Vermittlung von Immobilien oder anderen Kauf- oder Mietobjekten sowie Treuhandfunktionen."*

Die Beschwerdeführer rechtfertigen diese Richtlinie mit dem Geschäftsmodell der Beschwerdeführer 1-5, welches auf eine Universalvermittlung ausgelegt sei. Universalvermittlung bedeute, dass das gesamte Inseratespektrum bei den Verkaufsleistungen angeboten werden solle. Die Publipresse-Gesellschaften seien nur dann an einer Einbindung weiterer Unternehmen in das Vertriebssystem interessiert, wenn dies für die Publipresse-Gesellschaften zu einem Mehrwert führe. Selbst bei Vorliegen einer allfälligen Marktbeherrschung

seien die Beschwerdeführer berechtigt, ihre Vertriebspartner nach rationalen ökonomischen Kriterien auszuwählen. Entsprechend sei es für die auf das Inserategeschäft fokussierten Publipresse-Gesellschaften legitim, die Vertragspartner danach auszusuchen, dass sie eine den Publipresse-Gesellschaften entsprechende Sortimentspolitik betrieben und folglich Universalvermittler seien und dass sie für diejenigen Verkaufsleistungen kommissioniert würden, welche die die Printwerbung stabilisierende kommerzielle Werbung förderten. Schliesslich sei der Grund, weshalb eine blosser Vermittlung als Nebentätigkeit von einer Kommissionberechtigung ausgeschlossen worden sei, darin zu sehen, dass mit einer grösseren, als Haupttätigkeit erworbenen Erfahrung die Professionalität steige.

Die Vorinstanz verweist betreffend die Kommissionierungsvoraussetzung "Universalvermittlung" auf die in diesem Zusammenhang gemachten Ausführungen in der angefochtenen Verfügung (Ziff. 211 ff.).

Insgesamt erweisen sich die von der Vorinstanz gegen den Ausschluss von Spartenvermittlern und den Ausschluss der Vermittler in Nebentätigkeit in der Verfügung vorgebrachten Bedenken als überzeugend. So ist beispielsweise nicht einzusehen, weshalb sich Synergien und Kosteneinsparungen nur in der Zusammenarbeit mit Universalvermittlern ergeben sollen, zumal Spartenvermittler, hier vor allem die Stellenanzeigenvermittler, gleiche Leistungen (z.B. Akquisition, Erfassung, Abwicklung, Übermittlung, Fakturierung, Inkasso und Reklamationswesen) erbringen wie die Universalvermittler. Überdies verhindert eine Kommissionierungspraxis, welche einen bestimmten Anteil von kommerziellen Inseraten erfordert und deshalb Spartenvermittlern die Kommissionsberechtigung aberkannt, dass junge Unternehmen überhaupt in den Markt einsteigen können. Gerade der Marktzutritt über den Aufbau einer Vermittlungstätigkeit in einer Marktnische wird verunmöglicht, wenn nicht von Anfang an die Möglichkeit besteht, in den Genuss einer Kommissionierung zu gelangen.

Des Weiteren kann eine qualitativ einwandfreie Leistung eines Vermittlers in Nebentätigkeit oder im Nebenzweck mit einer entsprechenden Bestimmung in den VSW-Richtlinien (z.B. bisherige Ziff. 2.3 betreffend kaufmännische und fachliche Qualifikation) ausreichend sichergestellt werden. Es ist jedenfalls verfehlt, wenn von der Struktur eines Unternehmens generell auf die Qualität seiner Leistungen geschlossen wird.

Die Beschwerdeführer machen schliesslich geltend, das Sekretariat habe gegenüber der Beschwerdeführerin 1 in den Jahren 1997 und 1998 schriftlich bestätigt, dass insbesondere das Kriterium der Universalvermittlung kartellrechtlich nicht zu beanstanden sei.

Im Schreiben vom 28. Oktober 1998 an den Rechtsvertreter der Beschwerdeführer (vgl. Beschwerdebeilage 18) führt das Sekretariat tatsächlich aus, dass die bislang geltenden Kommissionierungskriterien beibehalten werden dürften. Diese würden aus kartellrechtlicher Sicht und bei nicht-diskriminierender Anwendung nicht Anlass zur Kritik geben. Im Schreiben vom 22. Dezember 1998 an denselben Adressaten führt das Sekretariat präzisierend aus, die ursprünglichen Zweifel, dass die Praxis des VSW und das Marktgebaren der Publigroupe-

Töchter mit den einschlägigen Gesetzesbestimmungen vereinbar seien, hätten zwar weitgehend zerstreut werden können. Dennoch sei das Sekretariat nach wie vor überzeugt, dass sich die Kommissionierungspraxis des VSW durch ein gewisses Mass an systemimmanentem Diskriminierungspotential auszeichne. Sollten sich im Rahmen der weiteren Beobachtung der Marktverhältnisse Indizien für ein kartellrechtlich relevantes Verfahren von Publigroupe ergeben, behalte sich das Sekretariat vor, zu gegebener Zeit ein formelles Verfahren zu eröffnen. Am 19. Dezember 2001 eröffnete das Sekretariat sodann eine Vorabklärung in Sachen Verband Schweizerischer Werbegesellschaften, da es sich bei der reglementarisch vorgesehenen Unterscheidung zwischen Universal- und Spartenvermittlern um eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 7 KG handeln könne. Spätestens mit der Zustellung des Schlussberichts der Vorabklärung vom 4. November 2002 und der Eröffnung einer Untersuchung in Sachen VSW-Aufnahmebedingungen am 6. November 2002 mussten die Beschwerdeführer davon ausgehen, dass die Vorinstanz unter anderem in der Nichtkommissionierung von Spartenvermittlern ein missbräuchliches Verhalten sehen könnte.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich die ausschliessliche Kommissionierung von Universalvermittlern und der Kommissionierungsausschluss von Unternehmen, die ihre Vermittlungstätigkeit nur nebenher betreiben oder einen anderen Hauptzweck haben, sachlich nicht rechtfertigen lassen. Entsprechend stellen diese Kommissionierungsvoraussetzungen einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 7 KG dar, indem die Spartenvermittler im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG diskriminiert wurden.

### 7.3.3 Genügendes Geschäftsvolumen (Umsatzschwelle)

Ziff. 2.5 VSW-Richtlinie in der Fassung vor Abschluss der einvernehmlichen Regelung lautete:

*"Als Berufs-Inseratevermittler kommissioniert werden nur Unternehmen, die nachweisen, dass sie entweder im Inserateverkauf ein Geschäftsvolumen von total 1 Million Franken pro Jahr in Pressemedien erreichen oder mit Pachtorganen von VSW-Mitgliedfirmen einen Nettoumsatz von mindestens Fr. 100'000.- pro Jahr erzielen. In beiden Fällen muss mindestens die Hälfte des Umsatzes von kommerziellen Inseraten stammen."*

In der Beschwerde wird diesbezüglich geltend gemacht, dass die fraglichen Umsatzschwellen vom Beschwerdeführer 6 jeweils kulant umgesetzt worden seien. Es sei darauf abgestellt worden, ob die Umsatzvoraussetzungen im Zeitpunkt der Anerkennung erfüllt gewesen seien. Das Umsatzkriterium sei in engem Zusammenhang mit dem Kriterium der Universalvermittlung zu sehen. In der einvernehmlichen Regelung werde die zweite Umsatzschwelle, wonach ein Nettoumsatz von mindestens CHF 100'000.- mit Pachttiteln von VSW-Mitgliedern erzielt werden müsse, ausdrücklich als kartellrechtlich zulässig angesehen. Da es sich bei den beiden Umsatzkriterien um alternative Kriterien gehandelt habe, könne sich aufgrund der Zulässigkeit des zweiten Kriteriums kein kartellrechtlich relevanter Missbrauchsvorwurf er-

geben. Eine Umsatzschwelle von CHF 1 Mio. führe im Übrigen nicht zu einer Marktzutrittsschranke.

Die Vorinstanz verweist bezüglich der Kommissionierungsvoraussetzung "Umsatzschwellen" auf die Ausführungen in der angefochtenen Verfügung (Ziff. 274 ff.).

Wie die Beschwerdeführer zu Recht geltend machen, steht das Umsatzmiskriterium in engstem Zusammenhang mit dem Erfordernis der Universalvermittlung. Entsprechend sind dieselben kartellrechtlichen Bedenken anzubringen wie unter Erwägung 7.3.2 dargelegt. Unbestritten ist, dass das Mindestumsatzerfordernis von CHF 100'000.- mit Pachttiteln der Publigroupe dann keine kartellrechtlich bedenkliche Marktzutrittsschranke darstellt, wenn neu eintretende Vermittler während einer Karenzfrist von diesem Erfordernis ausgenommen werden. Eine solche Karenzfrist von mindestens zwei Jahren wurde in die einvernehmlichen Regelung aufgenommen. Anders verhält es sich mit der quantitativen Anforderung, wonach nur diejenigen Berufs-Inseratevermittler kommissioniert wurden, die einen Anzeigenumsatz von CHF 1 Mio. in den Pressemedien erreicht haben. Gerade für ein neu auf den Markt tretendes Unternehmen dürfte es zweifellos schwierig werden, bei einem von den Beschwerdeführern geltend gemachten vermittelten Gesamtumsatz von CHF 114,5 Mio. auf Anhieb die Millionengrenze zu übertreffen. Daran ändert auch das Argument nichts, wonach bei einer grösseren Umsatzhöhe auch grössere Gewähr für die Professionalität eines Berufsvermittlers bestehe. Es wurde bereits im Zusammenhang mit dem Kriterium "Universalvermittlung" (vgl. E. 7.3.2) dargelegt, dass eine qualitativ einwandfreie Leistung eines Vermittlers mit der VSW-Richtlinie über die kaufmännische und fachliche Qualifikation ausreichend sichergestellt werden kann.

Schliesslich lässt sich auch das qualitative Erfordernis, wonach mindestens die Hälfte des Umsatzes von kommerziellen Inseraten stammen muss, aus denselben Gründen wie bei der Nichtkommissionierung der Spartenvermittler sachlich nicht rechtfertigen.

Entsprechend korrekt hat die Vorinstanz sowohl die qualitative Kommissionierungsvoraussetzung des Umsatzmixes als auch die quantitativen Mindestumsatzvorschriften als Marktzutrittsschranken und - mangels sachlicher Rechtfertigung - als gegen Art. 7 KG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG verstossend qualifiziert. Bezüglich des Umsatzerfordernisses von CHF 100'000.- mit Pachttiteln der Publigroupe konnten die kartellrechtlichen Bedenken mit der Aufnahme der Karenzfrist in die einvernehmliche Regelung zu Recht beseitigt werden.

**7.3.4** Die im Rahmen des Beschwerdeverfahrens allgemein vorgebrachten Vorbehalte der Beschwerdeführer, wonach sie der einvernehmlichen Regelung vor allem zur Schaffung von Rechtssicherheit und im Sinne einer Beschleunigung des Verfahrens zugestimmt hätten, vermögen den wesentlichen Umstand nicht zu relativieren, dass sich die Beschwerdeführer im Ergebnis den kartellgesetzlichen Einschätzungen und Forderungen der Vorinstanz unterzogen haben. Ihre Zustimmung zum einvernehmlichen Abschluss der Untersuchung lässt sich kaum anders als ein Eingeständnis deuten, dass sie sich während der Dauer der Untersuchung wettbewerbswidrig verhalten haben (vgl. Urteil des Bundesver-

waltungsgerichts B-2157/2006 vom 3. Oktober 2007 i.S. Flughafen Zürich AG (Unique) E. 3.3.2, veröffentlicht in: RPW 2007/4, S. 653 ff.).

## 7.4 Einvernehmliche Regelung

**7.4.1** Die Beschwerdeführer rügen, ein Verfahren werde mit einer einvernehmlichen Regelung endgültig abgeschlossen, entsprechend seien weitere Feststellungen oder Anordnungen nicht zulässig. Die systematische "Zweiteilung" kartellgesetzlicher Verfahren in einvernehmliche Regelungen (Art. 29 KG) und Entscheide (Art. 30 KG) schliesse eine Vermischung dieser Verfahren aus.

**7.4.2** Mit der am 1. April 2004 in Kraft getretenen Revision des Kartellgesetzes (AS 2004 1385; nachfolgend: KG-Revision) und der damit verbundenen Möglichkeit der direkten Sanktionierbarkeit (Art. 49a Abs. 1 KG) wurde der Wortlaut von Art. 29 KG nicht geändert. Danach kann das Sekretariat, sofern es eine Wettbewerbsbeschränkung für unzulässig erachtet, den Beteiligten weiterhin eine einvernehmliche Regelung über die Art und Weise ihrer Beseitigung vorschlagen (Abs. 1). Vor der KG-Revision konnten die Wettbewerbsbehörden bei kartellrechtswidrigem Verhalten keine direkten Sanktionen aussprechen, wie sie nunmehr möglich sind. Gegen ein mutmasslich wettbewerbswidriges Verhalten waren einzig die Möglichkeit einer Verbots- oder Unterlassungsverfügung sowie die Androhung von Sanktionen für den Widerhandlungsfall vorgesehen. Nach der Praxis der Wettbewerbskommission wurde eine Untersuchung gestützt auf Art. 27 Abs. 1 KG nicht eröffnet oder weitergeführt, wenn die betreffende Unternehmung das mutmasslich kartellrechtswidrige Verhalten eingestellt hatte. Es bestand unter diesen Umständen in der Regel kein öffentliches Interesse an der Beurteilung dieser Fälle (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.59/2005 vom 22. August 2005, E. 3.3).

Anlässlich der KG-Revision wurde auch der Wortlaut von Art. 27 Abs. 1 KG geändert. Es wurde klargestellt, dass auch in der Vergangenheit liegende und nicht mehr praktizierte Verhaltensweisen geprüft und direkt sanktioniert werden können (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.59/2005, a.a.O., E. 3.2; TAGMANN, a.a.O., S. 303).

Das Bundesverwaltungsgericht teilt die Meinung der Vorinstanz, dass eine Änderung bzw. Anpassung des wettbewerbsrechtlich relevanten Verhaltens durch die beteiligten Unternehmen während eines laufenden Verfahrens nach der KG-Revision grundsätzlich nicht mehr zur Einstellung des Verfahrens führt, sondern dass die wettbewerbsrechtliche Unzulässigkeit des Verhaltens mittels Verfügung festgestellt und (direkt) eine Sanktion ausgesprochen werden muss (vgl. STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Freiburg 2002, S. 343 und 377 f.; TAGMANN, a.a.O., S. 304). Da über den Sanktionsanspruch des Staates nicht verhandelt werden kann, ist eine einvernehmliche Streitbeilegung für ein in der Vergangenheit liegendes Verhalten ausgeschlossen. Entsprechend führt eine einvernehmliche Regelung für Tatbestände nach Art. 49a Abs. 1 KG nicht zu einer umfassenden Streitbeilegung und Einstellung des Verfahrens (vgl. ROMINA CARCAGNI, in: Baker & McKenzie, a.a.O., N. 7 zu Art. 29 KG; TAGMANN, a.a.O., S. 305; ROGER

ZÄCH/TAGMANN CHRISTOPH, Die einvernehmliche Streitbeilegung von Wettbewerbsbeschränkungen im Schweizerischen Kartellrecht, in: Bucher et al. [Hrsg.], Norm und Wirkung, Festschrift für Wolfgang Wiegand, Bern 2005, S. 1007). Mit der Sanktionsbestimmung von Art. 49a Abs. 1 KG wurde zwar der Spielraum für eine einvernehmliche Regelung beschränkt. Das Interesse eines Unternehmens am Abschluss einer einvernehmlichen Regelung kann jedoch weiterhin im Umstand gesehen werden, dass die Dauer und der Zeitpunkt der Beendigung der Wettbewerbsbeschränkung bei der Sanktionsbemessung zu berücksichtigen sind. Auch kann damit im Einvernehmen mit den Wettbewerbsbehörden für die Zukunft das gerade noch kartellrechtlich zulässige Verhalten ausgelotet werden (vgl. CARCAGNI, a.a.O., N. 7 zu Art. 29 KG).

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer hat somit eine Sanktionierung für das in der Vergangenheit liegende wettbewerbswidrige Verhalten grundsätzlich auch dann zu erfolgen, wenn für das zukünftige Verhalten eine einvernehmliche Regelung vorliegt.

**7.4.3** An dieser Auffassung vermag auch der Hinweis der Beschwerdeführer auf das Opportunitätsprinzip nichts zu ändern. Danach sei gemäss Art. 27 KG die Wettbewerbskommission einerseits nicht verpflichtet, Untersuchungsverfahren zu eröffnen. Andererseits sei sie ausdrücklich berechtigt, die Priorität bei der Durchführung von Untersuchungsverfahren festzulegen. Da somit bezüglich der Durchführung von Untersuchungsverfahren ein grosser Ermessensspielraum bestehe, sei nicht einzusehen, weshalb bei einvernehmlichen Regelungen etwas anderes gelten solle.

Gestützt auf das Opportunitätsprinzip ist es möglich, ausnahmsweise auf die Verfolgung (und damit auch auf die Bestrafung) eines Sachverhalts zu verzichten. Gemäss Art. 27 Abs. 1 KG liegt der Entscheid über die Eröffnung einer Untersuchung im pflichtgemässen Ermessen der Wettbewerbsbehörden. Ihnen kommt auch die Kompetenz zu, Prioritäten hinsichtlich der Untersuchungen zu setzen (Art. 27 Abs. 2 KG). Dabei können auch Opportunitätsüberlegungen einbezogen werden. Diesen sollte jedoch bereits bei der Frage der Eröffnung eines Verfahrens und nicht erst bei der Sanktionierung Rechnung getragen werden, damit auf die entsprechende Verfahrenseröffnung verzichtet oder das Verfahren eingestellt werden kann. Mit Blick auf das Legalitätsprinzip dürfte davon ohnehin nur in einem sehr beschränkten Rahmen und in Einzelfällen, wohl vor allem in Bagatellfällen, Gebrauch gemacht werden. Gerade bei Verdacht auf schwerwiegende Kartellrechtsverstösse (z.B. nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG und Art. 7 KG) sind die Wettbewerbsbehörden verpflichtet, abzuklären, ob der zugrunde liegende Sachverhalt aus kartellrechtlicher Sicht zulässig ist oder nicht (vgl. TAGMANN, a.a.O., S. 180 f.).

Da die Wettbewerbskommission im vorliegenden Fall einzelne Kommissionierungsvoraussetzungen mangels sachlicher Rechtfertigung als gegen Art. 7 KG verstossend und somit als schwerwiegenden Kartellrechtsverstoss qualifiziert hat, waren die Voraussetzungen im Zeitpunkt der einvernehmlichen Regelung nicht ge-

ben, um aus Opportunitätsgründen auf eine Sanktion zu verzichten.

**7.4.4** Der Hinweis der Beschwerdeführer auf das EG- bzw. EU-Kartellrecht, wonach mit dem Verfahren der Verpflichtungszusage ein vor der EU-Kommission hängiges Kartellverfahren abgeschlossen werde, ohne dass über das Vorliegen einer Zuwiderhandlung entschieden werde, geht ebenfalls fehl. In der von den Beschwerdeführern zitierten Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln (nachfolgend: VO 1/2003) wird unter der Begründungserwägung 13 (in fine) ausgeführt, dass Entscheidungen bezüglich Verpflichtungszusagen gerade für die Fälle ungeeignet sind, in denen die Kommission eine Geldbusse aufzuerlegen beabsichtigt. Somit dürfte für das Institut der Verpflichtungszulagen Ähnliches gelten wie für die schweizerische Regelung, wonach bei Wettbewerbsbeschränkungen, die nach Art. 49a Abs. 1 KG direkt sanktionierbar sind, eine einvernehmliche Streitbeilegung für das in der Vergangenheit liegende Verhalten ausgeschlossen ist (vgl. TAGMANN, a.a.O., S. 305, mit Hinweis auf SURA, in: Langen/ Bunte [Hrsg.], Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 10. Aufl. 2006, Rz. 7 und 11 zu Art. 9 VO 1/2003).

**7.4.5** Die Beschwerdeführer machen des Weiteren geltend, dass die Sanktionierung gegen den Vertrauensgrundsatz verstosse. So sei in den Jahren 1997 und 1998 die nun als missbräuchlich qualifizierte Praxis der Beschwerdeführer ausdrücklich als rechtmässig anerkannt worden. Zudem sei die Wettbewerbskommission am 27. April 2005 bei der Formulierung des Inhalts einer einvernehmlichen Regelung nicht von weiteren Feststellungen oder allenfalls einer Sanktionierung ausgegangen. Davon sei auch im Verlaufe der weiteren Verhandlungen über die einvernehmliche Regelung nie die Rede gewesen. Schliesslich enthalte die von der Wettbewerbskommission genehmigte einvernehmliche Regelung eine ausdrückliche Bestimmung über den umfassenden Verfahrensabschluss.

**7.4.5.1** Soweit die Beschwerdeführer darauf hinweisen, das Sekretariat habe die Zulässigkeit der nun als missbräuchlich bezeichneten Kommissionierungsrichtlinien in den Jahren 1997 und 1998 ausdrücklich bestätigt, kann auf die Ausführungen in Erwägung 7.3.2 verwiesen werden. Das Sekretariat hat zwar noch im Schreiben vom 28. Oktober 1998 an den Rechtsvertreter mitgeteilt, die bislang geltenden Kommissionierungsrichtlinien könnten beibehalten werden, da sie bei nicht-diskriminierender Anwendung aus kartellrechtlicher Sicht keinen Anlass zur Kritik gäben. Es machte aber bereits in diesem Schreiben den Vorbehalt, die Praxis der Publigroupe-Töchter in der Anwendung der Kriterien künftig kritisch im Auge zu behalten und gegebenenfalls gestützt auf die Bestimmungen des Kartellgesetzes einzugreifen. Das Sekretariat hat sodann auch im Schreiben vom 22. Dezember 1998 an den Rechtsvertreter der Beschwerdeführer ausgeführt, es behalte sich die Eröffnung eines formellen Verfahrens für den Fall vor, dass sich im Rahmen der weiteren Beobachtung der Marktverhältnisse Indizien für ein kartellrechtlich relevantes Verhalten von Publigroupe ergeben sollten. Diese Indizien haben

sich in der Folge nach der durchgeführten Vorabklärung, welche auf Anzeige der Ad.X AG ergangen ist, bestätigt. Spätestens mit der Zustellung des Schlussberichts der Vorabklärung und der Eröffnung der Untersuchung im November 2002 mussten die Beschwerdeführer daher damit rechnen, dass die Wettbewerbskommission in der Nichtkommissionierung von unabhängigen Vermittlern allenfalls ein missbräuchliches Verhalten erblicken könnte. Da die Zusicherungen des Sekretariats bezüglich der kartellrechtlichen Unbedenklichkeit der Anwendung der Kommissionierungsrichtlinien nicht vorbehaltlos erfolgt sind, fehlt bereits eine der kumulativen Voraussetzungen für die Bejahung des Vertrauensschutzes (vgl. PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, § 22 Rz.15). Überdies dürfte angesichts der Kompetenzaufteilung zwischen Sekretariat und Wettbewerbskommission (Art. 18. Abs. 3 KG i.V.m. Art. 23 Abs. 1 KG) ohnehin fraglich sein, inwieweit informelle Verwaltungsschreiben oder Schlussberichte des Sekretariats die Wettbewerbskommission überhaupt zu binden vermögen (vgl. TAGMANN, a.a.O., S. 184 f.).

**7.4.5.2** Auch mit den Einwänden, es sei vor und während den Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung nie die Rede von einer möglichen Sanktionierung gewesen und der Verfahrensabschluss sei mit Ziff. 9 der einvernehmlichen Regelung ohne Hinweis auf eine Sanktion bestätigt worden, vermögen die Beschwerdeführer nichts zu ihren Gunsten abzuleiten.

Einleitend ist festzuhalten, dass die Wettbewerbsbehörden während des gesamten Verfahrens nie explizit zugesichert haben, dass die Beschwerdeführer nicht der direkten Sanktionierbarkeit nach Art. 49a Abs. 1 KG unterstehen würden. Am 30. März 2005 reichte die Beschwerdeführerin 1 der Wettbewerbskommission eine Meldung gemäss Übergangsbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 betreffend die Kommissionierungsrichtlinien ein. Mit Schreiben vom 6. April 2005 machte das Sekretariat die Beschwerdeführerin 1 darauf aufmerksam, dass die Frage, inwiefern ein laufendes Verfahren im Sinne der Schlussbestimmung des Kartellgesetzes gemeldet werden könne, Gegenstand eines Beschwerdeverfahrens und somit noch nicht rechtskräftig geklärt sei. Mit Urteil vom 19. August 2005 (2A.287/2005) entschied das Bundesgericht, dass eine Meldung gemäss Übergangsbestimmung für Unternehmen ausgeschlossen sei, deren Verhalten während der Übergangsfrist bereits Gegenstand eines Verfahrens (Vorabklärung oder Untersuchung) gewesen sei. Bis zum Zeitpunkt des Bundesgerichtsurteils konnten sich somit die Wettbewerbsbehörden noch nicht definitiv zu einer allfälligen Sanktionierung äussern. Es ist daher vom zeitlichen Ablauf her grundsätzlich nicht zu beanstanden, wenn das Sekretariat erst am 14. November 2005 mit der Zustellung der definitiven Fassung der einvernehmlichen Regelung, unter den Ausführungen zum weiteren Vorgehen, festhält, dass die Wettbewerbskommission in der Endverfügung nebst der Genehmigung der einvernehmlichen Regelung auch über eine mögliche Sanktionierung von Publigroupe zu entscheiden habe. Inwieweit die Beschwerdeführer aus dieser Vorgehensweise eine Verletzung des Vertrauensgrundsatzes begründen wollen, ist nicht nachvollziehbar. Ei-

nerseits konnte bis zum erwähnten Entscheid des Bundesgerichts keine Vertrauensgrundlage angenommen werden, da Unklarheit über die Rechtslage bestand. Andererseits ergibt sich die direkte Sanktionierung direkt aus dem Gesetz (Art. 49a Abs. 1 KG, Übergangsbestimmung), weshalb selbst bei Schaffung einer Vertrauensgrundlage dem öffentlichen Interesse an der Durchsetzung der kartellrechtlichen Bestimmungen im Sinne des Legalitätsprinzips von vornherein grosses Gewicht beizumessen wäre (vgl. TAGMANN, a.a.O., S. 185). Aufgrund der sich aus dem Gesetz ergebenden direkten Sanktionierbarkeit bestand für die Wettbewerbskommission keine Verpflichtung, die Beschwerdeführer speziell darüber zu informieren. Ihnen wäre es ohne Weiteres freigestanden, die fragliche Wettbewerbsbeschränkung innert der in der Übergangsbestimmung vorgesehenen Übergangsfrist, d.h. bis am 31. März 2005, aufzulösen. Die Beschwerdeführerin 1 zeigte aber erstmals im Rahmen der Anhörung vor der Wettbewerbskommission am 4. April 2005 Bereitschaft, Hand für eine einvernehmliche Regelung zu bieten.

**7.4.5.3** Die Beschwerdeführer beziehen sich des Weiteren auf Ziff. 9 der einvernehmlichen Regelung. Diese lautet:

"9. Verfahrensabschluss

Vorbehältlich der Genehmigung dieser Vereinbarung durch die WEKO wird das Verfahren gegen die Publigroupe abgeschlossen.

Vorbehalten bleibt der pflichtgemässe Vollzug dieser Vereinbarung."

Mit dieser Formulierung wird entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer aufgrund der vorbehaltenen Genehmigung durch die Wettbewerbskommission gerade keine vorbehaltlose Zusicherung abgegeben. Sodann wurde die Beschwerdeführerin 1 mit Schreiben vom 14. November 2005 und somit vor der formellen Genehmigung der einvernehmlichen Regelung durch die Wettbewerbskommission auf eine mögliche Sanktion aufmerksam gemacht.

Wie unter Erwägung 7.4.2 ausgeführt, ist für Wettbewerbsbeschränkungen, die nach Art. 49a Abs. 1 KG direkt sanktionierbar sind, eine einvernehmliche Regelung für das in der Vergangenheit liegende Verfahren ausgeschlossen. Entsprechend nachvollziehbar ist die von Tagmann vertretene Ansicht, wonach der gesetzliche Spielraum für Verhandlungen oder Zusicherungen seitens des Sekretariats hinsichtlich der Frage fehlt, ob überhaupt oder in welcher Höhe eine Sanktion auszusprechen ist (vgl. TAGMANN, a.a.O., S. 306 f.). Das Kartellgesetz sieht denn auch nur einen vollständigen oder teilweisen Sanktionsverzicht im Rahmen der Bonusregelung von Art. 49a Abs. 2 KG vor, wenn ein Unternehmen an der Aufdeckung und Beseitigung einer Wettbewerbsbeschränkung mitwirkt. Die Voraussetzungen für den Erlass oder die Reduktion einer Sanktion sind Art. 8 ff. der KG-Sanktionsverordnung vom 12. März 2004 (SVKG, SR 251.5) zu entnehmen. Danach kommt ein vollständiger Sanktionserlass nur für dasjenige Unternehmen in Frage, welches der Wettbewerbsbehörde zuerst relevante Informationen liefert oder entsprechende Beweismittel vorlegt (Art. 8 Abs. 1 Bst. a und b

SVKG). Dabei darf die Wettbewerbsbehörde nicht bereits über ausreichende Informationen verfügen, um ein entsprechendes Verfahren zu eröffnen (Art. 8 Abs. 3 SVKG). Diese Voraussetzungen für einen Sanktionserlass erfüllen die Beschwerdeführer nicht. Da vorliegend der Sachverhalt von Art. 7 KG erfüllt ist, tritt die Rechtsfolge der direkten Sanktionierung gemäss Art. 49a Abs. 1 KG von Gesetzes wegen ein. Die Wettbewerbskommission hat in diesem Fall gar keinen Ermessensspielraum bezüglich der Frage, ob eine direkte Sanktion auszusprechen ist oder nicht. Hingegen steht ihr freies Ermessen bei der Festlegung der Sanktion innerhalb des gesetzlichen Rahmens zu. Ein kooperatives Verhalten der Parteien kann im Rahmen der Sanktionsbemessung und unter Wahrung des Verhältnismässigkeitsprinzips (Art. 2 Abs. 2 SVKG) bei der Schwere und Art des Verstosses (Art. 3 SVKG) und/oder als mildernde Umstände (Art. 6 Abs. 1 SVKG) berücksichtigt werden (vgl. TAGMANN, a.a.O., S. 306 f.).

**7.4.5.4** Die Beschwerdeführer verweisen unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes des Weiteren auf Aussagen des zuständigen Abteilungsleiters des Sekretariats bezüglich des weiteren Vorgehens. Hierzu ist festzuhalten, dass unabhängig davon, ob diese Gespräche in der von den Beschwerdeführern dargelegten Weise stattgefunden haben, sich nichts am Umstand der Sanktionierbarkeit ändern würde. Die Beschwerdeführer konnten jedenfalls nicht in guten Treuen davon ausgehen, der zuständige Abteilungsleiter wäre ermächtigt, die Sanktionskompetenz der Wettbewerbskommission durch fallspezifische Zusicherungen auszusetzen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2157/2006 vom 3. Oktober 2007 i.S. Flughafen Zürich AG (Unique) E. 4.2.6, veröffentlicht in: RPW 2007/4, S. 653 ff.).

**7.4.5.5** Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Voraussetzungen für die Annahme eines unter den Vertrauensschutz fallenden Tatbestands nicht gegeben sind. Einerseits haben die Wettbewerbsbehörden keine vorbehaltlosen Zusicherungen betreffend einen allfälligen Verzicht auf eine Sanktionierung abgegeben. Andererseits war die Rechtslage bezüglich der Frage, ob Sachverhalte, die Gegenstand eines laufenden Verfahrens vor den Wettbewerbsbehörden sind, mit sanktionsausschliessender Wirkung gemeldet werden können, erst mit dem Urteil des Bundesgerichts vom 19. August 2005 rechtskräftig entschieden. Dass sich die Wettbewerbsbehörden zur Frage der Sanktionierbarkeit bis zum Urteil des Bundesgerichts nicht verbindlich festlegen wollten, ist nachvollziehbar und kann im nachhinein auch nicht als widersprüchliches Verhalten ausgelegt werden.

**7.4.5.6** Die Beschwerdeführer machen des Weiteren eine Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung geltend. Sie berufen sich dabei auf den Kreditkarten-Interchange-Fee-Entscheid der Wettbewerbskommission und auf deren Sanktionsverfügung in Sachen Flughafen Zürich AG (Unique). Im Kreditkartenfall sei den beteiligten Unternehmen im Zeitpunkt des Abschlusses der einvernehmlichen Regelung eine Übergangsfrist von drei Jahren eingeräumt worden. Im Fall Flughafen Zürich AG (Unique) sei den Verfügungserwägungen zu entnehmen, dass die Frage der Sanktion Gegenstand der Verhandlungen über die einvernehmliche Regelung gewesen sei.



Wie bereits unter Erwägung 7.4.5.3 erwähnt, fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage für eine Aushandlung der Sanktion zwischen den Wettbewerbsbehörden und den Parteien. Im zitierten Fall in Sachen Flughafen Zürich AG (Unique; RPW 2006/4, S. 630 f. Rz. 27) kann jedenfalls kein Hinweis dafür gefunden werden, dass die Sanktion Gegenstand von Verhandlungen gewesen wäre. Vielmehr wurde in der einvernehmlichen Regelung eindeutig festgehalten, dass die definitive Festlegung der Höhe der Sanktion im freien Ermessen der Wettbewerbskommission liege. Die Sanktion wurde denn auch auf Antrag des Sekretariats durch die Wettbewerbskommission festgelegt (RPW 2006/4, S. 665 Rz. 268 ff.). Dabei wurden der Wille und die Bereitschaft von Unique zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung bei der Sanktionsbemessung als kooperatives Verhalten gewürdigt.

Auch mit dem Hinweis auf den Kreditkarten-Interchange-Fee-Entscheid der Wettbewerbskommission vermögen die Beschwerdeführer nichts zu ihren Gunsten abzuleiten. Die Vorinstanz verweist in ihrer Vernehmlassung zu Recht auf die Unterschiede im Vergleich zum vorliegenden Verfahren. Einerseits wurde die einvernehmliche Regelung im Kreditkarten-Interchange-Fee-Fall vor Ablauf der Übergangsfrist abgeschlossen und die als kartellrechtswidrig qualifizierte Vereinbarung aufgehoben und durch die im Rahmen der einvernehmlichen Regelung erzielte Einigung ersetzt. Andererseits wurde aufgrund des komplexen Mehrparteiensystems eine Implementierungsfrist vorgesehen (RPW 2006/1, S. 116). Die beiden Fälle sind somit zum Vornherein nicht gleichartig und die Vorinstanz kann nachvollziehbare sachliche Gründe vorbringen, weshalb sie die beiden Fälle unterschiedlich behandelt hat. Entsprechend liegt keine Verletzung des in Art. 8 Abs. 1 BV und 29 Abs. 1 BV verankerten verfassungsmässigen Rechts auf Gleichbehandlung vor.

## 7.5 Rüge der Verfahrensdauer

Die Beschwerdeführer rügen schliesslich, eine Sanktionierung nach einer Verfahrensdauer von fast zehn Jahren halte vor den Grundsätzen der EMRK über den Anspruch auf ein faires Verfahren nicht stand und habe folglich keinen Rechtsbestand.

**7.5.1** Die Wettbewerbskommission wendet hierzu ein, dass das vorliegende Verfahren vom 19. Dezember 2001 bzw. 6. November 2002 bis zum 5. März 2007 gedauert habe. Dies sei unter dem Gesichtspunkt der EMRK aufgrund der Komplexität des vorliegenden Verfahrens nicht als zu lang zu bezeichnen. Schliesslich hätten auch die Parteien mit Fristverlängerungsgesuchen, Beweisanträgen und umfangreichen Stellungnahmen in einem nicht unerheblichen Ausmass zu der langen Verfahrensdauer beigetragen.

**7.5.2** Art. 29 Abs. 1 BV garantiert dem Einzelnen vor Verwaltungs- und Gerichtsbehörden eine Beurteilung seiner Angelegenheiten innert angemessener Frist. Denselben Anspruch gewährt Art. 6 Abs. 1 EMRK, wonach Streitigkeiten über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen innerhalb angemessener Frist zu behandeln sind. Über die Angemessenheit der Dauer eines Verfahrens lassen sich keine allgemeinen Aussagen machen. Die Angemessenheit der Dauer bestimmt sich

nicht absolut, sondern ist im Einzelfall unter Berücksichtigung der gesamten Umstände zu beurteilen und in ihrer Gesamtheit zu würdigen. Dabei sind insbesondere die Komplexität der Angelegenheit, das Verhalten der betroffenen Privaten und der Behörden, die Bedeutung für die Betroffenen sowie die für die Sache spezifischen Entscheidungsabläufe zu berücksichtigen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1A.169/2004 vom 18. Oktober 2004 E. 2, m.w.H.).

**7.5.3** In Bezug auf eine angemessene Verfahrensdauer bei kartellrechtlichen Verfahren rechtfertigt sich ein Vergleich mit dem EU-Recht, zumal die angemessene Verfahrensdauer ebenfalls ein allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts ist, der sich an Art. 6 Abs. 1 EMRK orientiert und inzwischen auch in Art. 41 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (Recht auf eine gute Verwaltung) Eingang gefunden hat. Wenngleich kartellrechtliche Verfahren gemäss der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln (ABl. L 1 vom 4 Januar 2003, S. 1-25, Art. 23 Ziff. 5) keinen strafrechtlichen Charakter haben und sich nicht gegen Individuen, sondern gegen Unternehmen richten, orientiert sich der Gerichtshof bei der Anwendung des Grundsatzes der angemessenen Verfahrensdauer eng an der ständigen Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 Abs. 1 EMRK (vgl. EuGH, Urteil C-238/99 vom 15. Oktober 2002 i.S. Limburgse Vinyl Maatschappij u. a./Kommission, Rz. 179 ff.). Das Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften (seit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon am 1. Dezember 2009: das Gericht der EU) hielt zur Frage der angemessenen Verfahrensdauer fest, dass eine Überschreitung einer angemessenen Frist, sofern sie nachgewiesen sein sollte, nicht zwangsläufig die Nichtigkeitserklärung der Entscheidung nach sich ziehen müsse. Eine Überschreitung der angemessenen Frist könne nur bei Entscheiden, in welchen Verstösse festgestellt werden, einen Grund für eine Nichtigkeitserklärung darstellen, sofern erwiesen sei, dass der Verstoß die Verteidigungsrechte der betroffenen Unternehmen beeinträchtigt habe (vgl. EuG, Urteil T-410/03 vom 18. Juni 2008 i.S. Hoechst GmbH/Kommission, Ziff. 227 f.; EuG, Urteil T-5/00 und T-6/00 vom 16. Dezember 2003 i.S. Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied und Technische Unie/Kommission, Ziff. 42 ff.).

**7.5.4** Die Rechtsprechung des EGMR kann insoweit als strenger bezeichnet werden, als eine Überschreitung der als angemessen anzusehenden Verfahrensdauer eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK zur Folge hat und zu einem Freispruch, einer Strafminderung, einer Entschädigungsleistung oder einer Reduktion der Verfahrenskosten führen kann (vgl. EGMR, Urteil 22015/05 vom 17. Dezember 2009 i.S. Werz v. Schweiz, Ziff. 45).

Dabei untersucht der EGMR mittlerweile nicht mehr die Dauer einzelner Verfahrensabschnitte im Detail, sondern nimmt eine pauschale Bewertung des gesamten Verfahrens vor. Bei der Untersuchung, ob die Dauer eines Verfahrens als angemessen anzusehen ist oder nicht, berücksichtigt der EGMR in erster Linie den Umfang und die Schwierigkeit des Falles, die Behandlung des Falles

durch die mit dem Verfahren befassten Behörden und Gerichte, das Verhalten der Beschwerdeführer und die Bedeutung des Ausgangs des Verfahrens für die Betroffenen. Der EGMR hat bis anhin noch keine Zeitgrenzen, deren Überschreitung automatisch eine Verletzung darstellen würde, festgelegt, Verfahrensdauern von über 10 Jahren werden jedoch grundsätzlich als nicht angemessen bewertet, solche von 1½ bis 2 Jahre pro Instanz in der Regel nicht beanstandet (vgl. JOCHEN A. FROWEIN/WOLFGANG PEUKERT, EMRK-Kommentar, 3. Aufl., Kehl 2009, Rz. 248 ff. zu Art. 6 EMRK, m.w.H.).

**7.5.5** In der vorliegend zu beurteilenden Streitsache ist festzustellen, dass das für die Sanktion massgebende Untersuchungsverfahren vor den Wettbewerbsbehörden vom 6. November 2002 (Eröffnung der Untersuchung) bis zum Erlass der angefochtenen Verfügung vom 5. März 2007, d.h. rund 4 Jahre und 4 Monate, dauerte. Diese an sich sehr lange Verfahrensdauer ist an der äusseren Grenze der zulässigen Verfahrensdauer anzusiedeln, lässt sich aber durch die Komplexität des Verfahrens und die vielen verfahrensleitenden Massnahmen gerade noch rechtfertigen. Auch muss gebührend berücksichtigt werden, dass das Sekretariat genügend Zeit für seine Untersuchungen benötigt, damit es einem Verdacht betreffend unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen mit der nötigen Gründlichkeit nachgehen und den Parteien auch genügend Zeit für die wirksame Wahrung ihrer Verteidigungsrechte einräumen kann. Zudem dürfen die Wettbewerbsbehörden im Sinne des Opportunitätsprinzips (Art. 27 KG) bestimmten Verfahren eine höhere Priorität einräumen als anderen, was zu Verzögerungen in einzelnen Verfahren führen kann. Schliesslich war von der Streitsache und Sanktion her keine besondere Eilbedürftigkeit gegeben, wie dies beispielsweise bei arbeitsgerichtlichen Verfahren oder bei Verfahren betreffend den Streit über die Zuteilung des elterlichen Sorgerechts meist der Fall sein dürfte (vgl. FROWEIN/PEUKERT, a.a.O., Rz. 262 zu Art. 6 EMRK).

## 8. Sanktionierung

Nachfolgend bleibt zu prüfen, ob die Wettbewerbskommission gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG die Beschwerdeführerin 1 mit einer Verwaltungssanktion von CHF 2,5 Mio. mit der Begründung belasten durfte, sie habe mittels der Beschwerdeführer 2-6 ihre marktbeherrschende Stellung missbraucht, indem sie sich weigerte gewisse Vermittler zu kommissionieren und diese dadurch in der Aufnahme und der Ausübung des Wettbewerbs behinderte und gegenüber anderen unabhängigen Vermittlern diskriminierte.

Im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2050/2007 vom 24. Februar 2010 (Swisscom/Wettbewerbskommission) betreffend Terminierungspreise im Mobilfunk wurde der der Swisscom AG vorgeworfene Preismissbrauch verneint und die von der Wettbewerbskommission verfügte Sanktion aufgehoben. Dieses Verfahren lässt sich insoweit nicht mit dem vorliegend zu beurteilenden vergleichen, als der hier zu beurteilende Sachverhalt keinen fernmelderechtlichen Rahmen betrifft. Zudem lautet der Vorwurf im Gegensatz zum "Swisscom-Urteil" nicht auf "Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen" (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG), sondern auf "Dis-

kriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen" (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG). Die den beiden Urteilen zugrunde liegenden Sachverhalte können entsprechend nicht miteinander verglichen werden.

## 8.1 Rügen im Zusammenhang mit Art. 6 und 7 EMRK

Die Beschwerdeführer bringen in der Replik vor, es handle sich bei den direkten Sanktionen um Massnahmen mit strafrechtlichem Charakter. Entsprechend könne entgegen den Ausführungen der Vorinstanz in der Verfügung nicht offen bleiben, ob die in Art. 6 EMRK stipulierten Garantien auf das Kartellverfahren Anwendung finden. Diese müssten im Kartellsanktionsverfahren vielmehr strikte beachtet werden. Dazu gehöre auch die Einhaltung des sich aus Art. 7 EMRK sowie Art. 5 Abs. 1 und Art. 164 Abs. 1 BV ergebenden Legalitätsprinzips, welches verlange, dass eine zu verhängende Strafe hinreichend konkret bestimmt und voraussehbar sein müsse. Dies sei bei der Sanktionierung der Beschwerdeführer nicht der Fall gewesen.

Die Vorinstanz führt in der Duplik aus, dass die Anforderungen an ein unabhängiges Gericht gemäss EMRK im gesamten Sanktionsverfahren "nur" einmal erfüllt sein müssten. Daher genüge es, selbst wenn der Wettbewerbskommission die nötige Unabhängigkeit im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK abgesprochen werde, wenn diese Anforderungen auch erst vor dem Bundesverwaltungsgericht erfüllt würden. Voraussetzung sei dabei allerdings, dass die obere Instanz über volle Kognition verfüge, was auf das Bundesverwaltungsgericht gemäss Art. 39 KG i.V.m. Art. 49 VwVG zutreffe. Zudem würden sowohl der Tatbestand von Art. 7 KG als auch die Rechtsfolge in Art. 49a Abs. 1 KG den erforderlichen Bestimmtheitsgrad aufweisen.

Zu den sich im Zusammenhang mit Art. 6 und 7 EMRK stellenden grundsätzlichen Fragen hat sich das Bundesverwaltungsgericht im Urteil B-2050/2007 vom 24. Februar 2010 (i.S. Swisscom /Wettbewerbskommission, E. 5) einlässlich geäussert. Die nachfolgenden Erwägungen sind mit den Erwägungen im Swisscom Entscheid insoweit identisch, als sich keine spezifischen Abweichungen aufgrund des vorliegenden Falles ergeben.

### 8.1.1 Anspruch auf ein EMRK-konformes Gericht

Gemäss Art. 6 Abs. 1 erster Satz EMRK hat jede Person ein Recht darauf, dass über Streitigkeiten in Bezug auf ihre zivilrechtlichen 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.

Diese Bestimmung hat im Kontext der als verletzt gerügten Organisationsgarantie dieselbe Tragweite wie Art. 30 Abs. 1 erster Satz BV, wonach jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht hat (vgl. BGE 135 I 14 E. 2, BGE 133 I 1 E. 5.2, m.w.H.).

**8.1.1.1** Unbestrittenermassen unterstehen die Beschwerdeführer angesichts des Strafcharakters der strittigen Sanktion (vgl. E. 8.1.3) auch den Verfahrensgarantien von Art. 6 Abs. 1 EMRK, und zwar ungeachtet ihrer Rechtsform als juristische Personen (vgl. Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte [EGMR], Zulässigkeitsentscheid 32411/96 vom 20. April 1999 i.S. Sojus Trade Company GmbH et. al. v. Deutschland, Ziff. 2; EGMR, Zulässigkeitsentscheid 53892/00 vom 3. Dezember 2002 i.S. Lilly France S.A. v. Frankreich; FROWEIN/PEUKERT, a.a.O., Rz. 4 zu Art. 6 und Rz. 18 zu Art. 34; TAGMANN, a.a.O., S. 91 f., 115; ASTRID WASER, Grundrechte der Beteiligten im europäischen und schweizerischen Wettbewerbsverfahren, Zürich 2002, S. 108 f.).

**8.1.1.2** Demzufolge haben sie insofern Anspruch darauf, dass ihre Sache durch ein unabhängiges, unparteiisches, auf Gesetz beruhendes Gericht beurteilt wird, als ihr wirksamer Zugang zum Entscheidorgan "Gericht" gewährt wird (vgl. CHRISTOPH GRABENWARTER, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl., München/Basel/Wien 2009, § 24 N 27, S. 343).

**8.1.1.3** Ein Gericht im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK ist eine Behörde, die nach Gesetz und Recht in einem justizförmigen, fairen Verfahren begründete und bindende Entscheidungen über Streitfragen trifft. Es braucht nicht in die ordentliche Gerichtsstruktur eines Staates eingliedert zu sein, aber es muss organisch und personell, nach der Art seiner Ernennung, der Amtsdauer, dem Schutz vor äusseren Beeinflussungen und nach dem äusseren Erscheinungsbild unabhängig und unparteiisch sein, sowohl gegenüber anderen Behörden als auch gegenüber den Parteien (vgl. BGE 126 I 228 E. 2a/aa, mit Hinweis auf BGE 123 I 87 E. 4a, BGE 133 IV 278 E. 2.2; vgl. HANS-HEINER KÜHNE, in: Karl [Hrsg.], Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention [IntKommEMRK], Köln/ Berlin/München 2009, Rz. 282-320 zu Art. 6 EMRK; JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008, S. 927 ff.).

**8.1.1.4** Wie das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil B-2050/2007 vom 24. Februar 2010 (E. 5.4 ff.) entschieden hat, kann die Frage, ob die Wettbewerbskommission ein Gericht im Sinne von Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK ist, offengelassen werden.

Denn nach der Konventionsrechtsprechung zu Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK reicht es aus, wenn in einem Verfahrensgang *ein* Gericht entscheidet (vgl. BGE 129 I 207 E. 5.2, BGE 123 I 87 E. 3a, BGE 115 Ia 406 E. 3b/bb; FROWEIN/PEUKERT, a.a.O., Rz. 200 ff. zu Art. 6 EMRK; GRABENWARTER, a.a.O., § 24 N. 58, S. 360, sowie § 24 N. 147 ff., 407 ff.; ARTHUR HAEFLIGER/FRANK SCHÜR-MANN, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, 2. Aufl., Bern 1999, S. 166 ff.; REGINA KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, Bern 2001, S. 382; KÜHNE, a.a.O., Rz. 318 zu Art. 6 EMRK; PIETER VAN DIJK/FRIED VAN HOOFF/ARJEN VAN RIJN/LEO ZWAAK, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 4. Aufl., Antwerpen/Oxford 2006, S. 564 ff.; MARK E. VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., Zürich 1999, Rz. 427), dem volle Kognition zukommt (vgl. E. 8.1.1.5 ff.).

Insbesondere sind die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet, Streitigkeiten, wie sie hier in Frage stehen, einem Verfahren zu unterstellen, das in jeder Phase vor einem Gericht im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK geführt werden müsste (vgl. BGE 132 V 299 E. 4.3.1, BGE 128 I 237 E. 3, BGE 124 I 92 E. 2a, 124 I 255 E. 5b/aa; GRABENWARTER, a.a.O., § 24 N 58, S. 360; VAN DIJK/VAN HOOFF/VAN RIJN/ZWAAK, a.a.O., S. 568). Nur wenn ein Staat ein Gerichtssystem mit mehreren *gerichtlichen* Instanzen einrichtet, muss er sicherstellen, dass den grundrechtsberechtigten Personen grundsätzlich vor allen diesen Gerichten die Garantien von Art. 6 EMRK gewährt werden (vgl. EGMR, Urteil 21920/93 vom 23. Oktober 1996 i.S. Levages v. Frankreich, Ziff. 44).

In der Schweiz aber hat der Kartellgesetzgeber keinen solchen Instanzenaufbau für Verwaltungssanktionen (Art. 49a ff. KG) bzw. für Strafsanktionen (Art. 54 ff. KG) vorgesehen. Dieses gesetzgeberische Vorgehen steht im Einklang mit der Rechtsprechung des EGMR, wonach es aufgrund der Erfordernisse der Flexibilität und Effizienz, welche ihrerseits mit dem Menschenrechtsschutz vereinbar sind, gerechtfertigt sein kann, dass in erster Instanz eine Verwaltungsbehörde entscheidet, die den Ansprüchen von Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht in jeder Hinsicht zu genügen vermag (vgl. EGMR, Urteil 7299/75 vom 10. Februar 1983 i.S. Albert und Le Compte v. Belgien, Ziff. 29; GRABENWARTER, a.a.O., § 24 N. 58, S. 360; HAEFLIGER/SCHÜR-MANN, a.a.O., S. 133 f.; BENJAMIN SCHINDLER, Art. 6[1] ECHR and Judicial Review of Administrative Decision-Making in England and Switzerland - A Comparative Perspective, SZIER 2006, S. 449; VAN DIJK/VAN HOOFF/VAN RIJN/ZWAAK, a.a.O., S. 568 f.; VILLIGER, a.a.O., Rz. 429).

**8.1.1.5** Da es ausreicht, wenn die strittige Sanktion durch eine gerichtliche Instanz mit voller Kognition überprüft werden kann, muss, weil das Bundesverwaltungsgericht unbestrittenermassen organisatorisch-funktionell ein "unabhängiges und unparteiisches, auf Gesetz beruhendes Gericht" im Sinne von Art. 6 Abs. 1 erster Satz EMRK ist, nachfolgend geprüft werden, ob die vom Bundesverwaltungsgericht konkret ausgeübte Kognition den Anforderungen von Art. 6 Abs. 1 EMRK entspricht.

**8.1.1.6** Nach Art. 49 VwVG kann mit der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht gerügt werden, die angefochtene Verfügung verletze Bundesrecht (einschliesslich der Überschreitung oder des Missbrauchs von Ermessen), beruhe auf einer unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts oder sei unangemessen, soweit nicht die Verfügung einer kantonalen Beschwerdeinstanz streitig ist.

**8.1.1.7** Das Bundesverwaltungsgericht ist grundsätzlich verpflichtet, seine Kognition voll auszuschöpfen (vgl. ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/ LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, S. 74 Rz. 2.153, mit Hinweis auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3490/2007 vom 15. Januar 2008 E. 3.1). Eine zu Unrecht vorgenommene Kognitionsbeschränkung stellt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs oder eine formelle Rechtsverweigerung dar (vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., S. 74 Rz. 2.153, m.w.H.).

**8.1.1.8** Indessen darf nach herrschender Lehre und Praxis auch das Bundesverwaltungsgericht, obschon es nach der gesetzlichen Ordnung "mit freier Prüfung" zu entscheiden hat, seine Kognition einschränken, soweit die Natur der Streitsache dies sachlich gebietet. Dies ist der Fall, wenn die Rechtsanwendung technische Probleme, Fachfragen oder sicherheitsrelevante Einschätzungen betrifft, zu deren Beantwortung und Gewichtung die verfügende Behörde aufgrund ihres Spezialwissens besser geeignet ist, oder wenn sich Auslegungsfragen stellen, welche die Verwaltungsbehörde aufgrund ihrer örtlichen, sachlichen oder persönlichen Nähe sachgerechter zu beurteilen vermag als die Beschwerdeinstanz.

Geht es um die Beurteilung technischer oder wirtschaftlicher Spezialfragen, in denen die Vorinstanz über ein besonderes Fachwissen verfügt, ist nur bei erheblichen Gründen von der Auffassung der Vorinstanz abzuweichen (vgl. BGE 135 II 296 E. 4.4.3, BGE 133 II 35 E. 3, BGE 131 II 13 E. 3.4; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-2265/2006 vom 14. September 2009 E. 2.1; Yvo Hangartner, Richterliche Zurückhaltung in der Überprüfung von Entscheiden von Vorinstanzen, in: Schindler/Sutter [Hrsg.], Akteure der Gerichtsbarkeit, Zürich 2007, S. 171 ff.; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 2.154, m.w.H.; OLIVER ZIBUNG/ELIAS HOFSTETTER, in: Waldmann/Weissenberger, a.a.O., N. 19 f. zu Art. 49 VwVG; kritisch dazu BENJAMIN SCHINDLER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2008, N. 5 [Fn. 31] zu Art. 49 VwVG).

**8.1.1.9** Das Bundesverwaltungsgericht kann im vorliegenden Fall mit Hinweis auf das Urteil B-2050/2007 vom 24. Februar 2010 (E. 5.6 ff., m.w.H.) die angefochtene Verfügung - entsprechend der vom Bundesgericht in BGE 132 II 257 und BGE 132 II 485 eingenommenen Haltung zur Kognitionsfrage - in sachverhaltlicher und rechtlicher Hinsicht im Einklang mit Art. 6 Abs. 1 EMRK auf ihre Rechtmässigkeit hin überprüfen.

### 8.1.2 Rüge der Verletzung von Art. 7 EMRK

Wie bereits erwähnt, wird nach Art. 49a Abs. 1 erster Satz KG (direkte Sanktionierung) ein Unternehmen, das sich insbesondere *nach Art. 7 KG 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 (Art. 49a Abs. 1 KG, dritter Satz). Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen (Art. 49a Abs. 1 KG, vierter Satz).

Unter der Marginalie "Keine Strafe ohne Gesetz" hält Art. 7 Abs. 1 erster Satz EMRK fest:

"Niemand darf wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach innerstaatlichem oder internationalem Recht nicht strafbar war."

### 8.1.3 Die angefochtene Sanktion als "strafrechtliche Anklage"

Die als "Betrag" bezeichnete Sanktion, mit der Publigroupe "belastet" wurde, kommt unbestrittenermassen einer "strafrechtlichen Anklage" gleich, weshalb sie

Strafcharakter im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK hat (vgl. BGE 135 II 60 E. 3.2.3; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4037/2007 vom 29. Februar 2008 E. 4.3, m.w.H.; EGMR, Zulässigkeitsentscheid 53892/00 vom 3. Dezember 2002 i.S. Lilly France S.A. v. Frankreich, Ziff. 2 S. 9, sowie EGMR, Urteil 5242/04 vom 11. Juni 2009 i.S. Dubus S.A. v. Frankreich, Ziff. 35; zu den einschlägigen EMRK-Kriterien vgl. EGMR, Urteil 35533/04 vom 11. Januar 2007 i.S. Mamidakis v. Griechenland, Ziff. 20 f.; EGMR, Urteil 27812/95 vom 23. September 1998 i.S. Malige v. Frankreich, Ziff. 34 ff.; EGMR, Urteil 11034/84 vom 22. Mai 1990 i.S. Weber v. Schweiz, Ziff. 29 ff.; BGE 134 I 140 E. 4.2; zum KG vgl. Botschaft des Bundesrates vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes [BBl 2002 2022, 2052, nachfolgend: Botschaft KG 2001]; YVO HANGARTNER, Aspekte des Verwaltungsverfahrenrechts nach dem revidierten Kartellgesetz von 2003, in: Zäch/Stoffel [Hrsg.], Kartellgesetzrevision 2003 - Neuerungen und Folgen, Zürich 2004, S. 269 f.; CHRISTOF RIEDO/MARCEL ALEXANDER NIGGLI, Verwaltungsstrafrecht, Teil 1: Ein Märchen, eine Lösung, ein Problem und ein Beispiel, in: Häner/Waldmann [Hrsg.], Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 41 ff., sowie MARCEL ALEXANDER NIGGLI/CHRISTOF RIEDO, Verwaltungsstrafrecht, Teil 2: Eine Lösung, viele Probleme, einige Beispiele und kein Märchen, in: Häner/Waldmann [Hrsg.], a.a.O., S. 57 ff.; TAGMANN, a.a.O., S. 85; VAN DIJK/VAN HOOF/VAN RIJN/ZWAAK, a.a.O., S. 539 ff.; DANIEL ZIMMERLI, Zur Dogmatik des Sanktionssystems und der «Bonusregelung» im Kartellrecht, Bern 2007, S. 449 ff.).

Aus diesem Grunde fällt die hier aufgeworfene Fragestellung auch in den Geltungsbereich von Art. 7 EMRK, den die Beschwerdeführer *ratione personae* rügen können (vgl. BGE 128 I 346 E. 3.2; VILLIGER, a.a.O., Rz. 534 bzw. 101).

### 8.1.4 Zur Tragweite von Art. 7 Abs. 1 Satz 1 EMRK im Allgemeinen

Art. 7 EMRK statuiert den Grundsatz, wonach Straftaten und Strafsanktionen durch Gesetz umschrieben werden müssen (vgl. EGMR, Urteil 14307/88 vom 25. Mai 1993 i.S. Kokkinakis v. Griechenland, Ziff. 52; Joachim RENZI-KOWSKI, IntKommEMRK, a.a.O., Rz. 2 zu Art. 7 EMRK; NIGGLI/RIEDO, a.a.O., S. 55). Dies gilt auch hinsichtlich direkter Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG, denen auch Strafcharakter zukommt (vgl. E. 8.1.3).

Diese wesentliche Rechtsstaatsgarantie, wonach jede Strafe auf Gesetz beruhen muss, soll den Einzelnen die Grenzen seiner Freiheit erkennen und ausüben lassen (vgl. LOUIS-EDMOND PETTITI/EMMANUEL DECAUX/PIERRE-HENRI IMBERT, La Convention européenne des droits de l'homme, 2. Aufl., Paris 1999, S. 294 f.; RENZI-KOWSKI, a.a.O., Rz. 5 und 52 ff. zu Art. 7 EMRK). Insofern soll vermieden werden, dass eine Strafverurteilung im Sinne von Art. 6 Abs. 1 erster Satz EMRK auf eine Gesetzesnorm gestützt wird, die eine Person nicht zumindest hätte kennen können (vgl. EGMR, Urteil 20166/92 vom 22. November 1995 i.S. S.W. und C.R. v. Vereinigtes Königreich, Ziff. 35; VAN DIJK/VAN HOOF/VAN RIJN/ZWAAK, a.a.O., S. 654). Dabei variieren die Anforderungen an ein Gesetz nach verschiedenen Kriterien: Ob es hinrei-

chend bestimmt und klar ist, hängt nach der Konventionsrechtsprechung vom Rechtsgebiet, von der Zahl und vom Status der Adressaten ab. Insofern können technische oder relativ unbestimmte Begriffe insbesondere im Wirtschaftsrecht noch die Bestimmtheitsanforderungen erfüllen, während beispielsweise bei risikobehafteten Tätigkeiten von den Betroffenen erwartet werden kann, dass sie besondere Sorgfalt aufbringen, um die Folgen ihres Verhaltens abschätzen zu können (vgl. Urteil 17862/91 vom 15. November 1996 i.S. *Cantoni v. Frankreich*, Ziff. 35; PETTITI/DECAUX/IMBERT, a.a.O., S. 296; RENZIOWSKI, a.a.O., Rz. 53 zu Art. 7 EMRK).

In diesem Zusammenhang lässt der EGMR richterliche Rechtsfortbildung nur in den Grenzen der Vorhersehbarkeit zu (vgl. Urteil 17862/91 vom 15. November 1996 i.S. *Cantoni v. Frankreich*, Ziff. 29 ff.; RENZIOWSKI, a.a.O., Rz. 58 zu Art. 7 EMRK; VILLIGER, a.a.O., Rz. 536). Zu beachten ist aber, dass Art. 7 EMRK kein Verbot einer schrittweise erfolgenden Klärung der Vorschriften über die strafrechtliche Verantwortlichkeit durch richterliche Auslegung enthält. Diesbezüglich müssen die Rechtsprechung aber in sich widerspruchsfrei und ihre Entwicklung mit dem Wesen des Straftatbestands vereinbar und ausreichend voraussehbar sein (vgl. EGMR, Urteil 34044/96 vom 22. März 2001 i.S. *Streletz, Kessler und Krenz v. Deutschland*, Ziff. 50; GRABENWARTER, a.a.O., § 24 N. 137, S. 400; HAEFLIGER/SCHÜRMAN, a.a.O., S. 244 ff.; RENZIOWSKI, a.a.O., Rz. 11, 43 ff. zu Art. 7 EMRK).

Allerdings lässt sich im Einzelfall eine unzulässige Rechtsfortbildung nur schwer von einer zulässigen Änderung der Rechtsprechung abgrenzen, welche auf entsprechender gesetzlicher Auslegung beruht (vgl. GRABENWARTER, a.a.O., § 24 N. 132, S. 397, mit Beispielen). Daher wird in der Praxis dem in Art. 7 EMRK (neben dem Gesetzmässigkeitsprinzip) ebenfalls vorausgesetzten Bestimmtheits- und Klarheitsgebot Genüge getan, wenn dem Wortlaut der jeweiligen Vorschrift, soweit erforderlich mit Hilfe der Auslegung durch die Gerichte, zu entnehmen ist, für welche Handlungen und Unterlassungen der Einzelne strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden kann (vgl. EGMR, Urteil 10249/03 vom 17. September 2009 i.S. *Scoppola v. Italien*, Ziff. 99 ff.; EGMR, Urteil 17862/91 vom 15. November 1996 i.S. *Cantoni v. Frankreich*, Ziff. 29; EGMR, Urteil 45771/99 vom 21. Januar 2001 i.S. *Veeber v. Estland*, Ziff. 31 ff.; GRABENWARTER, a.a.O., § 24 N. 137, S. 400; VAN DIJK/VAN HOOF/VAN RIJN/ZWAAK, a.a.O., S. 654 f.). Insofern haben nationale Gerichte keine "autonome Auslegung" nationaler Gesetze durch den EGMR zu befürchten, zumal sich dieser grösste Zurückhaltung auferlegt, wenn er Normen prüft, welche als "zu unbestimmt" kritisiert werden (vgl. EGMR, Urteil 11843/03 vom 3. Mai 2007 i.S. *Custers, Deveaux and Turk v. Dänemark*, Ziff. 76 ff.; JENS MEYER-LADEWIG, *Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten*, 2. Aufl., Baden-Baden 2006, N. 6 f. zu Art. 7 EMRK; VAN DIJK/VAN HOOF/VAN RIJN/ZWAAK, a.a.O., S. 654 f.; VILLIGER, a.a.O., Rz. 538).

**8.1.4.1** Eine Einschränkung hat die Tragweite von Art. 7 EMRK in der Rechtsprechung des EGMR zum sog. "Mauerschützenfall" erfahren, wo eine Verurteilung als vorhersehbar erachtet worden ist, obschon die men-

schenrechtswidrige staatliche Praxis für die Dauer und Gültigkeit der massgeblichen Rechtsordnung jegliche Strafbarkeit (von Tötungshandlungen an der ehemaligen DDR-Grenze) ausschloss (vgl. EGMR, Urteil 34044/96 vom 22. März 2001 i.S. *Streletz, Kessler und Krenz v. Deutschland*, Ziff. 77 ff.; STEPHAN BREITENMOSER/BORIS RIEMER/CLAUDIA SEITZ, *Praxis des Europarechts - Grundrechtsschutz*, Zürich/Köln/Wien 2006, S. 47 f.; GRABENWARTER, a.a.O., § 24 N. 138, S. 400 f.; ANNE PETERS, *Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention*, München 2003, S. 145 ff.; RENZIOWSKI, a.a.O., Rz. 78 ff. zu Art. 7 EMRK).

**8.1.4.2** Der EGMR prüft jedoch nicht, ob sich der Betroffene strafbar gemacht hat, was Sache der nationalen Gerichte ist (vgl. EGMR, Urteil 34044/96 vom 22. März 2001 i.S. *Streletz, Kessler und Krenz v. Deutschland*, Ziff. 49), sondern nur, ob zur Tatzeit eine hinreichend bestimmte Gesetzesvorschrift bestand, welche die Tat strafbar machte, und ob die auferlegte Strafe die von dieser Vorschrift bestimmten Grenzen überschritten hat (vgl. EGMR, Urteil 68066/01 vom 22. Juli 2003 i.S. *Gabbari Moreno v. Spanien*, Ziff. 22 ff., Ziff. 33; MEYER-LADEWIG, a.a.O., N. 7 zu Art. 7 EMRK; RENZIOWSKI, a.a.O., Rz. 60 zu Art. 7 EMRK; VAN DIJK/VAN HOOF/VAN RIJN/ZWAAK, a.a.O., S. 656).

In seiner Rechtsprechung zur *Rechtsfolgeseite* beschäftigt sich der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte mit angeblichen Fehlern bei der Strafzumessung, also mit der Frage, ob die konkret erfolgte Strafzumessung dem gesetzlich vorgesehenen Strafraum entspricht (vgl. EGMR, Urteil 10249/03 vom 17. September 2009 i.S. *Scoppola v. Italien*, Ziff. 95; EGMR, Urteil 68066/01 vom 22. Juli 2003 i.S. *Gabbari Moreno v. Spanien*, Ziff. 25; EGMR, Zulässigkeitsentscheid 36946/03 vom 29. November 2005 i.S. *Uttley v. Grossbritannien*; EGMR, Zulässigkeitsentscheid 33448/96 vom 14. Dezember 1999 i.S. *Wedemig v. Österreich*, S. 3 f.). Insofern verlangt das Bestimmtheitsgebot nicht, dass das genaue Mass der Strafe oder ein abschliessender Katalog von Alternativen gesetzlich festgelegt sein müssten (vgl. VAN DIJK/VAN HOOF/VAN RIJN/ZWAAK, a.a.O., S. 656). Soweit nur Strafmaxima gesetzlich vorgesehen sind, wissen die Betroffenen, welche Maximalstrafe sie bei einem Normverstoss zu erwarten haben (vgl. EGMR, Urteil 68066/01 vom 22. Juli 2003 i.S. *Gabbari Moreno v. Spanien*, Ziff. 33; RENZIOWSKI, a.a.O., Rz. 54 zu Art. 7 EMRK). Nach VAN DIJK/VAN HOOF/VAN RIJN/ZWAAK scheint Art. 7 Abs. 1 erster Satz EMRK auch nicht auszuschliessen, dass der Strafgesetzgeber den Verstoss gegen eine - gesetzlich hinreichend bestimmte - Norm ohne gesetzliches Strafmaximum unter Strafe stellt (vgl. VAN DIJK/VAN HOOF/VAN RIJN/ZWAAK, a.a.O., S. 656 f.; a.M. NIGGLI/RIEDO, a.a.O., S. 55, wonach betragsmässig unbestimmte Bussen unzulässig seien; vgl. auch BERND MEYRING, *Uferlose Haftung im Bussgeldverfahren?*, *Neueste Theorien der Kommission zur Zurechnung von Kartellverstössen*, WuW 2010, S. 157 ff., insbes. S. 168 f., mit Hinweis u.a. auf RAINER BECHTOLD/STEPHAN WERNICKE, *Kartellbussen ohne Mass*, FAZ vom 14. Februar 2009).

**8.1.4.3** Auch in seiner jüngsten Rechtsprechung verlangt der Strassburger Gerichtshof nicht, dass das genaue Strafmass gesetzlich festgelegt sein müsste (vgl. Urteil 10249/03 vom 17. September 2009 i.S. *Scoppola v.*

Italien, Ziff. 94). Vielmehr prüft der Gerichtshof bei angefochtenen Strafzumessungen einzig, ob diese den gesetzlich festgelegten Strafraumen überschreiten (vgl. Urteil i.S. Scoppola v. Italien, a.a.O., Ziff. 95).

Im Lichte der soeben dargelegten Grundsätze muss ein Gesetz so präzise formuliert sein, dass der Gesetzesadressat sein Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem nach den Umständen unterschiedlichen Grad an Gewissheit vorhersehen kann.

Wie nachfolgend im Einzelnen darzulegen ist, erweist sich die von der Vorinstanz angerufene Gesetzesgrundlage als prinzipiell hinreichend bestimmt (vgl. E. 8.1.5), was im Lichte der jüngsten bundesgerichtlichen Rechtsprechung die mögliche Tatbestandsmässigkeit des inkriminierten Verhaltens als ebenso voraussehbar erscheinen lässt (vgl. E. 8.1.6) wie die mögliche Rechtsfolge dieses Verhaltens (vgl. E. 8.1.7).

### **8.1.5 Das Verhältnis von Art. 7 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. b KG im Lichte von Art. 7 Abs. 1 erster Satz EMRK**

**8.1.5.1** Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG, den die Vorinstanz in Verbindung mit Abs. 1 dieser Bestimmung angewandt hat, wird vom Verweis in Art. 49a Abs. 1 Satz 1 KG mitumfasst, was die in der Lehre geäusserten Bedenken an der Bestimmtheit dieser Norm etwas zu relativieren vermag (vgl. STEPHAN BREITENMOSER, Focus: Court Appeals in Competition Law, in: Baudenbacher [Hrsg.], Current Developments in European and International Competition Law - ICF 2008, Basel 2009, S. 381 ff., S. 385).

Ungeachtet dieser Bedenken scheinen die Vorinstanz und die Beschwerdeführer die Bestimmung von Art. 7 Abs. 1 KG, wonach sich marktbeherrschende Unternehmen *unzulässig* verhalten, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen, als eine Norm aufzufassen, der unabhängig von ihrem Abs. 2 selbständige Bedeutung zukommen könnte.

Dieser Sicht kann aber nicht gefolgt werden. Denn Art. 7 Abs. 1 KG enthält, wenn vom konkretisierenden Tatbestandskatalog in dessen Abs. 2 abgesehen wird, keinerlei Konturen, die zumindest generalklauselhaft die Kriterien für "unzulässiges Verhalten" bzw. "den Missbrauch einer Stellung" erkennbar und damit vorhersehbar machen würden (zur Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG vgl. Botschaft KG 1994, a.a.O., S. 569 f.; zur Problematik "normativer Zirkelschlüsse" im Zusammenhang mit Art. 7 KG vgl. MARC AMSTUTZ, Die Paradoxie des Missbrauchsbegriffs im Wettbewerbsbeschränkungsrecht, in: Amstutz/Stoffel/Ducrey [Hrsg.], Schweizerisches Kartellrecht im 13. Jahr nach dem Paradigmenwechsel, Zürich/Basel/Genf 2009, S. 48 ff.).

Dieser Befund wiegt umso schwerer, als bereits der Bundesrat in seiner Botschaft auf das Problem der Doppelgesichtigkeit von Verhaltensweisen hinweist, das darin besteht, dass ein bestimmtes Verhalten "a priori sowohl Ausdruck erwünschten Wettbewerbs als auch einer missbräuchlichen Behinderungs- oder Ausbeutungsstrategie sein kann" (vgl. Botschaft KG 1994, a.a.O., S. 569; Entscheid der REKO/WEF 98/FB-001

vom 12. November 1998 E. 3.4, veröffentlicht in: RPW 1998/4, S. 655 ff., m.w.H.; AMSTUTZ, a.a.O., S. 55). Bei der Beurteilung dieser Fragen kommt sodann - insbesondere angesichts der wachsenden Bedeutung des sog. *more economic approach* (vgl. STEFAN BÜHLER, Ökonomik in der Rechtsanwendung - Bestandesaufnahme und Ausblick, in: Amstutz/Stoffel/Ducrey [Hrsg.], a.a.O., S. 33 ff.; MANUEL KELLERBAUER, Der "more economic approach" bei der Anwendung des Artikels 82 EG-Vertrags, AJP 2009, S. 1576 ff.; LARS-HENDRIK RÖLLER/ HANS W. FRIEDERISZICK, Ökonomische Analyse in der EU-Wettbewerbspolitik, in: Baudenbacher [Hrsg.], Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht 2004, Basel 2005, S. 354 ff.) - erschwerend hinzu, dass anerkanntermassen eine Vielfalt wirtschaftstheoretischer Erklärungsmodelle zur Verfügung stehen, die Lehrmeinungen zufolge beinahe jedes Ergebnis einer Kartellgesetzeanwendung einer ökonomischen Rechtfertigung zugänglich machen und deshalb den Rechtsanwender vor erhebliche methodische Probleme stellen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.327/2006 vom 22. Februar 2007, veröffentlicht in: RPW 2007/2, S. 331 ff.; Entscheid der REKO/WEF, FB/2004-4, a.a.O., E. 6.3 [mit Hinweis auf PETER HETTICH, Wirksamer Wettbewerb - Theoretisches Konzept und Praxis, Bern 2003, Rz. 752, 758] sowie E. 6.2 [mit Hinweis auf ALAN P. KIRMAN, The Intrinsic Limits of Modern Economic Theory: The Emperor Has No Clothes, The Economic Journal, Vol. 99/1989, S. 126-139], veröffentlicht in: RPW 2006/2, S. 347 ff.; AMSTUTZ, a.a.O., S. 47 ff.).

Damit wird deutlich, dass die Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG angesichts ihrer inhaltlichen Offenheit für sich alleine betrachtet nicht den rechtsstaatlichen Minimalanforderungen des in Art. 7 Abs. 1 erster Satz EMRK verankerten Legalitätsprinzips zu entsprechen vermag.

Indessen hat die Vorinstanz im Ergebnis Art. 7 Abs. 1 KG und Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG zu Recht als *untrennbare Einheit* aufgefasst, indem sie für die Tatbestandsmässigkeit des inkriminierten Verhaltens voraussetzte, dass eine Marktbeherrscherrin die Marktgegenseite "behindert" (Art. 7 Abs. 1 KG), dadurch dass sie Handelspartner bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen diskriminiert (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG).

Das in Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG enthaltene Diskriminierungsverbot verlangt von einem marktbeherrschenden Unternehmen, gleichartige Sachverhalte gleich zu behandeln. Diese Bestimmung erfasst sämtliche Diskriminierungen, die mit dem Preis oder mit sonstigen Geschäftsbedingungen im Zusammenhang stehen. Der Begriff "sonstige Geschäftsbedingungen" ist dabei weit auszulegen. Die unterschiedliche Behandlung von Handelspartnern ist missbräuchlich, soweit sie sich nicht durch sachliche Gründe, wie beispielsweise unterschiedliche Transport- oder Vertriebskosten bzw. unterschiedliche Skalenerträge, rechtfertigen lässt (vgl. Botschaft KG 1994, a.a.O., S. 571 f.; PETER REINERT, in: Baker & McKenzie, a.a.O., N. 15 ff. zu Art. 7 KG; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 673 ff.).

Ein Gesetz muss so präzise formuliert sein, dass der Gesetzesadressat sein Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem nach

den Umständen unterschiedlichen Grad an Gewissheit erkennen kann.

Obwohl die vorliegend anwendbaren materiellrechtlichen Vorschriften ("Diskriminierung", "sonstige Geschäftsbedingungen") offen formuliert sind, hätte die Beschwerdeführerin 1 frühzeitig die Möglichkeit gehabt zu erkennen, ob das ihr vorgeworfene Verhalten tatbeständig sein könnte. Denn zur Preis- und Konditionendiskriminierung, insbesondere zur Zulässigkeit von Rabattsystemen, besteht eine reichhaltige in- und ausländische wettbewerbsrechtliche Fallpraxis (vgl. BORER, a.a.O., Rz. 17 f. zu Art. 7 KG mit Referenzhinweisen zur europäischen Praxis; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 673 ff.).

Zudem können im Lichte von Art. 7 Abs. 1 erster Satz EMRK nach der Konventionsrechtsprechung technische oder relativ unbestimmte Begriffe im Wirtschaftsrecht die Bestimmtheitserfordernisse erfüllen (vgl. E. 8.1.4). Die inhaltliche Unschärfe von Art. 7 Abs. 1 (i.V.m. Abs. 2 Bst. b) KG lässt sich auch mit zahlreichen, offen formulierten Normen anderer Erlasse vergleichen, zu denen im Laufe der Jahre eine reiche Rechtsprechung herangewachsen ist, ohne die freilich der Gesetzeswortlaut allein kaum genügend Aufschluss über die Normtragweite zu geben vermag (vgl. im Bereich StGB z.B. Art. 181 [Nötigung]).

### 8.1.6 Zur Voraussehbarkeit einer allfälligen Tatbestandsmässigkeit

**8.1.6.1** Um den Unternehmen ein gewisses Mass an Rechtssicherheit zu vermitteln, hat der Gesetzgeber zwei Meldeverfahren vorgesehen, und zwar (1.) ein Verfahren nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG für *geplante*, wettbewerbsrelevante Vorhaben (vgl. REINERT, a.a.O., N. 28 ff. zu Art. 49a KG), sowie (2.) ein Verfahren nach der Übergangsbestimmung zur Änderung vom 20. Juni 2003 für bereits bestehende wettbewerbsrelevante Verhaltensweisen (Wettbewerbsbeschränkungen), die innerhalb der Übergangsfrist nach der erfolgten Einführung direkter Sanktionen gemeldet oder aufgelöst werden konnten (vgl. REINERT, a.a.O., N. 1 ff. zur Übergangsbestimmung). Dieses zweite Meldeverfahren innerhalb der Übergangsfrist hatte die Beschwerdeführerin in Anspruch genommen (vgl. im Sachverhalt unter B.c).

In diesem Kontext lässt das Bundesgericht in seiner jüngsten wettbewerbsrechtlichen Rechtsprechung allfällige Bedenken hinsichtlich einer hinreichenden Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage für direkte Sanktionen insbesondere dann nicht gelten, wenn eine Partei aufgrund von Hinweisen der Wettbewerbskommission im Rahmen einer eröffneten Vorabklärung oder Untersuchung *Gewissheit* hat, dass sie mit ihrem Verhalten ein allfälliges Sanktionsrisiko eingeht (vgl. BGE 135 II 60 E. 3.2.3, mit Hinweis auf das Urteil 2A.287/2005 vom 19. August 2005 E. 3.4 und 3.5, sowie die Urteile 2A.288/2005 und 2A.289/2005 vom 8. Juni 2006; a.M. RETO JACOBS, Wirkungen der direkten Sanktionen, in: Amstutz/Stoffel/Ducrey [Hrsg.], a.a.O., S. 151 ff.; NIGGLI/RIEDO, a.a.O., S. 71 ff., wobei beide Autoren den Umstand zu übersehen scheinen, dass der vom Bundesrat vorgeschlagene Wortlaut zu Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG im Laufe der parlamentarischen Beratungen bewusst zu Ungunsten der Unternehmen abgeändert wurde).

**8.1.6.2** Mit anderen Worten verneint das Bundesgericht eine Ungewissheit über das *Risiko* direkter Sanktionen für Sachverhalte, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Revision - wie hier - bereits Gegenstand einer Vorabklärung oder Untersuchung der Wettbewerbsbehörden bilden, da die Betroffenen aufgrund der eingeleiteten Massnahmen wissen müssten, dass die Zulässigkeit der Weiterführung ihrer Verhaltensweise zweifelhaft erscheint und unter dem neuen Recht direkt sanktioniert werden kann. Nach dem Bundesgericht befänden sie sich "in einer vergleichbaren Situation", wie wenn die Behörden nach einer Meldung gegen das fragliche Unternehmen innert der Widerspruchsfrist ein Verfahren gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG eröffneten (vgl. BGE 135 II 60 E. 3.2.4 a.E.).

**8.1.6.3** Aus diesem Grund ist es auch unerheblich, dass die Beschwerdeführerin 1 im Rahmen der bereits gegen sie laufenden Untersuchung - vor Einführung des Meldeverfahrens nach Art. 49a Abs. 3 KG - kein solches einleiten konnte, um die Rechtslage klären zu lassen, sondern sich mit einer - aus ihrer Sicht sanktionsbefreienden - Meldung gemäss Schlussbestimmung zum revidierten Kartellgesetz begnügen musste. Dieser räumt das Bundesgericht die gleiche - übergangsrechtliche - Funktion ein wie jener gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG:

"Es sollen Unternehmen, die beim Inkrafttreten des neuen Rechts ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten praktizieren, die Unsicherheit der Zulässigkeit dieses Verhaltens und damit das Risiko der neuen empfindlichen Sanktionen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG durch eine fristgerechte Meldung bzw. durch Auflösung der Wettbewerbsbeschränkung - analog zu Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG - ausschalten können" (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.289/2005 vom 8. Juni 2006 E. 4.3)."

Das Bundesgericht bejaht somit im Ergebnis die hinreichende Bestimmtheit kartellgesetzlicher Grundlagen, wenn die Möglichkeit besteht, aufgrund eines Meldeverfahrens "*Anhaltspunkte*" zu erfahren, welche für eine unzulässige und damit allenfalls sanktionierbare Beschränkung des Wettbewerbs sprechen (vgl. BGE 135 II 60 E. 3.2.3).

Hierbei lässt es das Bundesgericht genügen, dass die Unternehmen das *Risiko* einer allfälligen Rechtsunsicherheit insofern nicht alleine tragen müssen, als das Sekretariat in die Beurteilung und Konkretisierung der offen formulierten Wettbewerbsbestimmungen eingebunden wird (vgl. BGE 135 II 60 E. 3.2.3). Gemäss Bundesgericht konkretisiert das Melde- und Widerspruchsverfahren nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG die Gesetzesgrundlage, damit die Meldenden in geeigneter Weise eine Selbstsubsumption vornehmen und ein allfälliges Sanktionsrisiko abschätzen können (vgl. BGE 135 II 60 E. 3.2.3, E. 3.2.5; vgl. hierzu aber die kritischen Anmerkungen im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4037/2007 vom 29. Februar 2008 E. 9).

**8.1.6.4** Die Beschwerdeführerin 1 bestreitet zu Recht nicht, dass sie vor Ablauf der kartellgesetzlichen Übergangsfrist am 31. März 2004 im Rahmen des gegen sie laufenden Untersuchungsverfahrens zu den hier strittigen VSW-Richtlinien wusste, dass diese als problematisch eingestuft wurden.

Somit hatte die Beschwerdeführerin 1 im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung *Gewissheit*, dass sie beim Weiterführen ihres Verhaltens, d.h. bei Aufrechterhaltung der Kommissionierungspraxis nach VSW-Richtlinien bei Berufsvermittlern, eine Sanktionierung *riskieren* würde. Insofern wurde die Beschwerdeführerin 1 auch nicht aus "heiterem Himmel" mit einer kartellgesetzlichen Sanktion für ein Verhalten gebüsst, an dessen Rechtmässigkeit sie auf Grund der Umstände vernünftigerweise nicht hätte zweifeln müssen.

Insofern war die Beschwerdeführerin 1 grundsätzlich in der Lage, die erfolgte Sanktionierung als mögliche Konsequenz ihres Verhaltens vorherzusehen. Die Voraussehbarkeit der Tatbestandsmässigkeit war um so mehr gegeben, als die Beschwerdeführerin 1 in der fraglichen Angelegenheit ständig in Kontakt mit den Wettbewerbsbehörden waren.

Die aufgezeigte Rechtsprechung des Bundesgerichts bedeutet letztlich, dass die entsprechende Gesetzesgrundlage für hinreichend zu erachten ist, um vor dem Bundes- und Konventionsrecht zu bestehen (vgl. BGE 135 II 60 E. 3.2.3).

### 8.1.7 Zur Voraussehbarkeit der Rechtsfolge

**8.1.7.1** Zu prüfen bleibt, ob im Rahmen von Art. 49a Abs. 1 KG das Gebot *nulla poena sine lege certa* auch insofern gilt, als die Höhe der zu erwartenden Sanktion betragsmässig "klar" vorhersehbar sein müsste.

Eine solche Tragweite lässt sich jedenfalls dem Urteil 14307/88 vom 25. Mai 1993 i.S. Kokkinakis v. Griechenland (vgl. Ziff. 52) nicht entnehmen. Darin ruft der Strassburger Gerichtshof das Prinzip in Erinnerung, dass nur das Gesetz eine Straftat definieren und Strafsanktionen vorschreiben kann (vgl. GRABENWARTER, a.a.O., § 24 N. 127, S. 372). In diesem Urteil wird jedoch lediglich ein Bezug zur genügenden Bestimmtheit des Tatbestands hergestellt, damit mögliche Rechtsfolgen voraussehbar werden. Insofern verkennen auch JÜRGEN SCHWARZE/RAINER BECHTOLD/WOLFGANG BOSCH mit ihrer gegenteiligen Auffassung, dass das von ihnen als einziger Beleg zitierte EGMR-Urteil 4044/96 vom 22. März 2001 i.S. Streletz, Kessler und Krenz v. Deutschland (vgl. Ziff. 50) einzig die gesetzliche Festlegung von strafbarem Verhalten und von entsprechender Strafe betont, ohne jedoch darüber hinaus zu verlangen, dass das konkret zu erwartende Strafmass im Voraus genau berechenbar sein müsste (vgl. JÜRGEN SCHWARZE/RAINER BECHTOLD/WOLFGANG BOSCH, Rechtsstaatliche Defizite im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft - Eine kritische Analyse der derzeitigen Praxis und Reformvorschläge, Stuttgart 2008, S. 25).

Zu dieser Frage fällt auf, dass in der Konventionspraxis (vgl. EGMR, Urteil 11843/03 vom 3. Mai 2007 i.S. Custers, Deveaux and Turk v. Dänemark, Ziff. 76 ff., insb. 81-97.) sowie in der Literatur (vgl. GRABENWARTER, a.a.O., § 24 N. 131, S. 374; RENZIKOWSKI, a.a.O., Rz. 52 ff. zu Art. 7 EMRK; VAN DIJK/VAN HOOF/VAN RIJN/ZWAAK, a.a.O., S. 653 ff.) der Gewährleistungsumfang von Art. 7 Abs. 1 EMRK einzig auf den Tatbestand bezogen wird, wie dies insbesondere im tatbestandsbezogenen Wortlaut von Art. 7 Abs. 1 EMRK zum Ausdruck kommt

("Niemand darf wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die [...] nicht strafbar war").

**8.1.7.2** Zwar ist zuzugestehen, dass der materielle Normgehalt von Art. 49a Abs. 1 KG für die Verhängung von Sanktionsbeträgen als gering einzuschätzen ist (vgl. E. 8.1.5, sowie BREITENMOSER, Focus, a.a.O., S. 385). In dieser Bestimmung wird lediglich ein Verstoss gegen generalklauselartige Wettbewerbsbestimmungen vorausgesetzt. Als Bemessungsmassstab für die Höhe der Sanktion werden allein die Schwere und die Dauer der Zuwiderhandlung genannt, wobei eine an den Umsatz gekoppelte Sanktionsobergrenze gelten soll, wenn sich ein allfälliger Gewinn nicht bestimmen lässt. Diesbezüglich mag auch unklar sein, nach welchen Kriterien eine Sanktionserhöhung über den Gewinn hinaus erfolgen soll, um die gewünschte Abschreckungswirkung zu entfalten (vgl. TAGMANN, a.a.O., S. 165). Insofern sind die Sanktionsfolgen für die Betroffenen tatsächlich nicht im Voraus klar berechenbar, auch wenn sich - zu deren Gunsten - nach Art. 3 SVKG der Basisbetrag der Sanktion nach dem Umsatz auf den relevanten Märkten in der Schweiz richtet und nicht nach dem Unternehmensgesamtumsatz, wie der Wortlaut von Art. 49a Abs. 1 KG erwarten liesse. Wie dem auch sei, hat sich im Rahmen der parlamentarischen Debatten gezeigt, dass letztlich eine klar berechenbare, tief anzusetzende Sanktionshöhe, die sich auch leicht in der Geschäftspolitik der Unternehmen berücksichtigen liesse, gar nicht erwünscht war (vgl. AB 2002 N. 1449 sowie AB 2003 S 333).

Trotz dieser Unsicherheit hinsichtlich der Sanktionshöhe widerspricht der gesetzgeberische Gestaltungsspielraum, den die Bundesversammlung bei der Verabschiedung von Art. 49a Abs. 1 KG für die Sanktionsbemessung im Sinne geringer gesetzlicher Normdichte ausgeübt hat (vgl. AB 2002 N. 1453 und AB 2003 S 336 sowie Botschaft KG 2001, a.a.O., S. 2037 f.), nicht der Konventionsrechtsprechung zur gesetzlichen Festlegung von Sanktionen; dieser lässt sich vielmehr entnehmen, dass der Gerichtshof keine besonderen Anforderungen an die Bestimmtheit von Bussenrahmen stellt (vgl. E. 8.1.4 ff.). Deshalb kann Art. 49a Abs. 1 KG (i.V.m. SVKG) hinsichtlich der darin statuierten Rechtsfolge kaum gegen das in Art. 7 EMRK enthaltene Bestimmtheitsgebot verstossen, zumal der Gesetzgeber - wie bereits erwähnt - nach einlässlicher und kontroverser Debatte (mehrheitlich) eine abschreckend wirkende Maximalsanktion festlegen wollte (vgl. AB 2002 N. 1449 ff. sowie AB 2003 S 336 ff.) und dazu in Art. 49a Abs. 1 KG formellgesetzlich immerhin den Sanktionstyp, die - umsatz- bzw. gewinnabhängige - Sanktionsobergrenze sowie die allgemeinen Bemessungsregeln als Rahmen festlegte (anderer Meinung NIGGLI/RIEDO, Verwaltungsstrafrecht, Teil 2, a.a.O., S. 57, wonach der mangelnde absolute Strafrahmen das Bestimmtheitsgebot nach Art. 1 StGB verletze und verfassungswidrig sei).

Im Unterschied zur entsprechenden Regelung in der EU, wo die Ausfüllung des Bussgeldsystems dem administrativen Ermessen der Europäischen Kommission in Form von (nicht gesetzlichen) Verwaltungsleitlinien überlassen worden ist (vgl. dazu kritisch SCHWARZE/BECHTOLD/BOSCH, a.a.O., S. 5 und S. 15-29), hat hierzulande der Ordnungsgeber in der SVKG gesetzesvertretendes Ordnungsrecht erlassen, das die konkretisieren-



den Angaben zum Bussgeldbemessungssystem positiv-rechtlich festhält (vgl. Botschaft KG 2001, a.a.O., S. 2052; TAGMANN, a.a.O., S. 162 ff.).

### 8.1.8 Zusammenfassung

Nach dem Gesagten lässt sich festhalten, dass Art. 7 Abs. 1 KG und Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG - zusammen als *Einheit* aufgefasst (vgl. E. 8.1.5) - i.V.m. Art. 49a KG und der SVKG eine genügende gesetzliche Grundlage im Sinne von Art. 7 Abs. 1 EMRK zu bilden vermögen.

## 8.2 Sanktionierbarkeit

Die Revision des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 bezweckte, die Wirksamkeit dieses Erlasses durch die Einführung von sogenannten direkten Sanktionen zu erhöhen (vgl. Botschaft KG 2001, a.a.o., S. 2022 ff.). Nach dem neu eingeführten Art. 49a Abs. 1 wird ein Unternehmen, das sich an bestimmten unzulässigen Wettbewerbsabreden beteiligt oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einem Betrag bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet.

### 8.2.1 Schlussbestimmung KG

Bezüglich der Tragweite, welche der Schlussbestimmung zur Änderung des KG vom 20. Juni 2003 gemäss Bundesgericht zukommt, wird auf E. 7.4.5.2 dieses Entscheids verwiesen.

Indem das Sekretariat in der hier interessierenden Frage am 19. Dezember 2001 eine Vorabklärung und am 20. November 2002 eine Untersuchung eröffnete, konnte der Meldung der Beschwerdeführer vom 30. März 2005 keine sanktionsausschliessende Wirkung gemäss Schlussbestimmung zukommen. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer hat das Sekretariat diese Meldung auch nicht, wie behauptet, "vorbehaltlos" entgegengenommen, sondern mit Schreiben vom 6. April 2005 explizit darauf hingewiesen, dass die Frage, inwieweit ein laufendes Verfahren im Sinne der Schlussbestimmung des KG gemeldet werden könne, Gegenstand eines Rechtsmittelverfahrens sei.

Die Beschwerdeführer haben die zu beurteilende Wettbewerbsbeschränkung auch nicht innert der Übergangsfrist bis 31. März 2005 aufgegeben. Anlässlich der Anhörung vor der Wettbewerbskommission am 4. April 2005 hat die Beschwerdeführerin 1 erstmals ihre Bereitschaft für eine einvernehmliche Regelung zu Protokoll gegeben. Mit Schreiben an die Wettbewerbskommission vom 30. November 2005 erklärte sich die Beschwerdeführerin 1 sodann grundsätzlich mit der von der Wettbewerbskommission unterbreiteten Fassung einer einvernehmlichen Regelung einverstanden. Darin wurde als Datum des Inkrafttretens der 1. Januar 2006 vorgesehen. Am 6. Februar 2006 machte das Sekretariat die Beschwerdeführerin 1 unter anderem darauf aufmerksam, dass immer noch die alten, kartellrechtswidrigen Richtlinien auf der Homepage des Beschwerdeführers 6 publiziert seien. Im Schreiben vom 9. Februar 2006 führte die Beschwerdeführerin 1 unter anderem aus, die neuen Richtlinien seien nun, nachdem die Konformität der Richtlinien bestätigt worden sei, unverzüglich aufgeschaltet worden. Die Beschwerdeführerin 1 habe ihre Kommissionierungspraxis in antizipierter Anwendung der

neuen Richtlinien aber bereits vorher in die Praxis umgesetzt. Der Unio AG, welche als Spartenvermittlerin nach den alten Richtlinien die Kommissionierungsvoraussetzungen nicht erfüllt habe, sei bereits mit Schreiben vom 25. November 2005 die Kommissionsberechtigung zugesichert worden. Aufgrund dieser Ausführungen ist zweifelsfrei erstellt, dass die Beschwerdeführer die ihnen angelastete Wettbewerbsbeschränkung nicht vor Ablauf der gesetzlichen Übergangsfrist, dem 31. März 2005, aufgegeben haben.

Entsprechend unterliegt die Beschwerdeführerin 1 der direkten Sanktionierbarkeit nach Art. 49a KG, zumal sie nicht davon ausgehen durfte, dass Ziff. 9 der einvernehmlichen Regelung so zu verstehen sei, dass ein Sanktionsrisiko nur im Falle der Nichtgenehmigung der einvernehmlichen Regelung durch die Wettbewerbskommission bestehen würde.

### 8.2.2 Vorwerfbarkeit

**8.2.2.1** Die als "Betrag" bezeichnete Sanktion von CHF 2,5 Mio., mit der die Beschwerdeführerin 1 "belastet" wurde, kommt, wie gesehen (vgl. E. 8.1.3), einer "strafrechtlichen Anklage" gleich, weshalb sie Strafcharakter im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK hat.

Der Botschaft KG 2001 (a.a.O., S. 2034) lässt sich in Bezug auf die Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG zwar noch entnehmen, dass es sich hierbei im Gegensatz zu den Strafsanktionen nach Art. 54 f. KG um Verwaltungs-sanktionen handelt, die kein Verschulden voraussetzen. Doch bereits die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hat diese Sichtweise relativiert, indem sie festgehalten hat, dass eine Sanktion nicht allein aus objektiven Gründen auferlegt werden könne, sondern dass auch subjektive Elemente des Verschuldens mitzubehütenden seien. Ein Verschulden liege nur dann vor, wenn der Täter wissentlich handle oder Handlungen unterlasse, die man von einer vernünftigen, mit den notwendigen Fachkenntnissen ausgestatteten Person in einer entsprechenden Situation hätte erwarten können (vgl. RPW 2002/2, S. 386 ff. E. 3.3.2.). Dieser Sichtweise schloss sich das Bundesverwaltungsgericht an (vgl. Urteil B-2157/2006 vom 3. Oktober 2007 i.S. Flughafen Zürich AG [Unique], E. 4.2.6, veröffentlicht in: RPW 2007/4, S. 653 ff.). Das rechtfertigt sich nicht zuletzt auch mit Blick auf Art. 102 (aArt.100<sup>quater</sup> Abs. 1) des Schweizerischen Strafgesetzbuchs vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0), wonach die (subsidiäre) strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen bzw. juristischen Personen ausdrücklich anerkannt worden ist. Diese Bestimmung ermöglicht die Strafbarkeit eines Unternehmens selbst dann, wenn eine Straftat keiner bestimmten Person zugeordnet werden konnte, im Unternehmen jedoch Organisationsmängel in Erfahrung gebracht werden konnten (vgl. BORER, a.a.O., Rz. 10 ff. zu Art. 49a; TAGMANN, a.a.O., S. 70 ff., m. w. H.).

Auch die Wettbewerbskommission anerkennt mittlerweile, dass dem Unternehmen nebst der Tatbestandsmässigkeit und der Rechtswidrigkeit des Verhaltens zumindest ein fahrlässiges Handeln, mithin eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung im Sinne der Vorwerfbarkeit angelastet werden können muss (vgl. Verfügung Ziff. 308).

Die Vorinstanz sieht im vorliegenden Fall einen objektiven Sorgfaltsmangel im Sinne einer Vorwerfbarkeit im Umstand, dass Publigroupe im Bewusstsein, dass die Vorinstanz möglicherweise auf ein kartellrechtswidriges Verhalten schliessen könnte, die Diskriminierung nicht-kommissionierter Vermittler nicht beendet habe. Es liege zumindest eine fahrlässige Sorgfaltspflichtverletzung bzw. ein Organisationsverschulden von Publigroupe vor, wodurch die Vorwerfbarkeit begründet werde (vgl. Verfügung Ziff. 314).

Diese Sichtweise der Vorinstanz ist nicht zu beanstanden. Die Beschwerdeführer wussten bereits vor Ablauf der kartellgesetzlichen Übergangsfrist am 31. März 2004 im Rahmen des gegen sie laufenden Untersuchungsverfahrens, dass die hier strittigen VSW-Richtlinien von den Wettbewerbsbehörden als kartellrechtlich problematisch eingestuft wurden.

Somit hatten die Beschwerdeführer im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. BGE 135 II 60 E. 3.2.3) Gewissheit, dass sie beim Weiterführen ihres Verhaltens eine Sanktionierung riskieren würden. Entscheidend ist, dass die Beschwerdeführer die Möglichkeit gehabt haben, ihr Verhalten im Sinne der Schlussbestimmung zum KG (vor Ablauf der Übergangsfrist) rechtzeitig "aufzulösen", was sie jedoch unterlassen haben. Zudem durften sie nicht guten Glaubens davon ausgehen, dass der Abschluss einer einvernehmlichen Regelung mit einer Sanktionsbefreiung verbunden ist. Da die Beschwerdeführerin 1 nicht alles Notwendige vorgekehrt hat, damit die verantwortlichen Abteilungen, Organe und Angestellten das als kartellrechtlich problematisch angesehene Verhalten aufgelöst haben, nahm sie einen Kartellrechtsverstoss zumindest in Kauf und handelte daher eventualvorsätzlich. Dieses Verschulden ist, da sowohl vorsätzliches als auch fahrlässiges Verhalten von Art. 49a Abs. 1 KG erfasst werden, somit tatbestandsbegründend (vgl. BORER, a.a.O., Rz. 13 zu Art. 49a; TAGMANN, a.a.O., S. 74).

**8.2.2.2** Die Beschwerdeführer rügen, es sei nicht nachvollziehbar, welchem der sechs Beschwerdeführer, die gemeinsam zur Bezahlung einer Sanktion verpflichtet worden seien, konkret welches missbräuchliche Verhalten vorgeworfen werde.

Diese Aussage der Beschwerdeführer ist unrichtig, da nicht sämtliche Beschwerdeführer zur Bezahlung einer Sanktion verpflichtet wurden. Denn gemäss Dispositiv-Ziff. 3 der angefochtenen Verfügung wurde einzig Publigroupe mit dem Sanktionsbetrag von CHF 2,5 Mio. belastet. Hingegen wurden die Verfahrenskosten von insgesamt CHF (...) fälschlicherweise (vgl. E. 4.5) sämtlichen Beschwerdeführern unter solidarischer Haftung auferlegt (vgl. Verfügung Dispositiv-Ziff. 7).

Auch musste von der Vorinstanz nicht aufgezeigt werden, welchem Beschwerdeführer jeweils welches missbräuchliche Verhalten vorgeworfen wird. Ein solches Vorgehen wäre dann geboten, wenn mehrere (verschiedene) Konzerngesellschaften zusammen an einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung mitgewirkt hätten. In dieser Konstellation müsste die für sämtliche BETEILIGTEN Konzerngesellschaften insgesamt festgesetzte Sanktion anschliessend nach Massgabe der allgemeinen Sanktionsbemessungskriterien, namentlich nach

Massgabe des jeweiligen Verschuldens und des relevanten Umsatzes, von den Wettbewerbsbehörden auf die beteiligten Konzerngesellschaften aufgeteilt werden (vgl. REINERT, a.a.O., N. 13 zu Art. 49a). Diese Sichtweise lässt sich aber nicht ohne Weiteres auf Wettbewerbsbeschränkungen übertragen, an welchen nur ein Konzern beteiligt ist. Wie in Erwägung 4.4 aufgezeigt, sind sowohl die vier 100-prozentigen Tochtergesellschaften (Beschwerdeführerinnen 2-5) der Publigroupe als auch der VSW, dessen einzige Mitglieder die Beschwerdeführerinnen 2-5 sind, wirtschaftlich unselbständig. In einer derart klar von Publigroupe geprägten Konstellation kann nicht verlangt werden, dass das Verschulden auf die einzelnen (in casu 100-prozentigen) Tochtergesellschaften oder auf den wirtschaftlich unselbständigen Verband aufgeteilt werden muss.

### 8.3 Sanktionsbemessung

Es bleibt zu klären, ob sich die ausgefallte Sanktion von CHF 2,5 Mio. in betragslicher Hinsicht an den gesetzlichen Rahmen von Art. 49a KG hält.

**8.3.1** Art. 49a Abs. 1 KG sieht die maximal zulässige Sanktion vor. Innerhalb dieses Rahmens werden die Bemessungskriterien durch die SVKG konkretisiert. Dabei hat die Bemessung der Sanktion den Umständen des Einzelfalles, dem Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 2 BV; Art. 2 Abs. 2 SVKG) und der Gleichbehandlung (Art. 8 BV) Rechnung zu tragen. Auszugehen ist von einem sog. Basisbetrag (Art. 3 SVKG). Dieser beläuft sich, je nach Schwere und Art des Verstosses, höchstens auf 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 3 SVKG). Dieser Basisbetrag wird anschliessend je nach Dauer des Wettbewerbsverstosses und, wenn erschwerende Umstände vorliegen, erhöht (Art. 4 f. SVKG). Demgegenüber wird der Betrag bei Vorliegen mildernder Umstände vermindert (Art. 6 SVKG).

**8.3.2** Die Vorinstanz berechnete für Publigroupe für die drei massgebenden Jahre (2003-2005) in den relevanten Märkten in der Schweiz Kommissionserträge im Betrag von CHF (...). Bei 10 % dieses Betrags, nämlich bei CHF (...), setzte die Vorinstanz die Obergrenze des Basisbetrags. Dieser maximale Basisbetrag wird von den Beschwerdeführern nicht bestritten.

Sich unter anderem auf das Verhältnismässigkeitsprinzip beziehend mass die Vorinstanz den missbräuchlichen VSW-Richtlinien eine geringe volkswirtschaftliche Bedeutung und eine beschränkte Marktwirkung zu. Insbesondere hätten diese eine vollständige Marktabschottung weder bezweckt noch bewirkt. Markteintrittsschranken hätten einzig für gewisse Nischenanbieter (Spartenvermittler und Kleinstvermittler) resultiert. Des Weiteren sei Publigroupe zu Gute zu halten, dass die missbräuchlichen Bestimmungen der VSW-Richtlinien nicht mit letzter Konsequenz umgesetzt worden seien. Zudem würden sich die von den missbräuchlichen Verhaltensweisen betroffenen Umsätze auf einen geringen Bruchteil des im relevanten Markt generierten jährlichen Umsatzes belaufen. Der mutmassliche Gewinn, den ein Unternehmen durch die Wettbewerbsbeschränkung erzielt habe, sei bei Behinderungsmissbräuchen nach Art. 7 KG

schwierig zu ermitteln. Der Geschäftsbereich Publipresse habe im Jahr 2005 bei einem Umsatz von CHF 1,48 Mia. einen EBITDA (earnings before interest, taxes, depreciation and amortization) von CHF 20 Mio. ausgewiesen. Setze man diesen Gewinn von CHF 20 Mio. in Relation zum Umsatz von CHF 1,48 Mia. ergebe sich eine EBITDA-Marge von unter 1,4 %. Bei Anwendung dieser Marge auf den Umsatz von unter CHF (...) Mio., den Publigroupe durch die unabhängige Vermittlung erwirtschaftet habe, ergebe sich ein EBITDA-Gewinn von CHF (...) Mio. pro Jahr. Hochgerechnet auf die Dauer des Wettbewerbsverstosses von 22 Monaten betrage der errechnete EBITDA-Wert somit etwas weniger als CHF (...) Mio.

Gemäss Art. 4 SVKB und in Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips rechtfertige sich eine milde Sanktionsverschärfung von 10 % pro Jahr hinsichtlich der Dauer des Wettbewerbsverstosses.

Erschwerende Umstände im Sinne von Art. 5 SVKG seien keine vorhanden.

Als mildernder Umstand nach Art. 6 SVKG wertete die Vorinstanz die kooperative Haltung von Publigroupe während der Ausarbeitung der einvernehmlichen Regelung. Insgesamt erachtete die Vorinstanz eine Sanktion im oberen Drittel des Sanktionsrahmens als nicht angemessen und sprach unter Würdigung der konkreten Umstände und Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips eine Sanktion von CHF 2,5 Mio. aus.

**8.3.3** Die Beschwerdeführer machen geltend, das Zustandekommen des Sanktionsbetrags sei nicht nachvollziehbar. Beispielsweise sei das Sekretariat in seinem zweiten Antrag von einer Obergrenze des Basisbetrags von CHF 414 Mio. ausgegangen und habe eine Sanktion zwischen CHF 2 bis 4 Mio. beantragt. Gestützt auf ein Intervention der Beschwerdeführerin 1 habe die Wettbewerbskommission sodann den Basisbetrag auf CHF (...) Mio. gesenkt, dabei aber trotzdem eine Sanktion von CHF 2,5 Mio. ausgesprochen, ohne an den weiteren Berechnungsgrundlagen Änderungen vorgenommen zu haben. Es sei weiter nicht ersichtlich, in welchem Umfang die geringe volkswirtschaftliche Bedeutung und die beschränkten Marktwirkungen berücksichtigt worden seien. Nicht nachvollziehbar sei zudem, wie die Wettbewerbskommission eine Monopolrente habe berechnen können, da das Verhalten der Beschwerdeführer auf den Gesamtumsatz im relevanten Markt keine wesentlichen Auswirkungen gehabt habe und zudem sämtliche Umsätze von Vermittlern kommissioniert worden seien. Schliesslich sei auch der sanktionierte Zeitraum, bis 30. November 2006, fraglich, zumal das Sekretariat noch mit Schreiben vom 6. Februar 2006 die Kartellrechtskonformität der Übergangsbestimmung, welche eine Anwendung der alten Regeln bis 31. Dezember 2005 vorsah, bestätigt habe.

**8.3.4** Bei der Festlegung des Basisbetrags innerhalb der Bandbreite von bis maximal 10 % des auf den relevanten Markt entfallenden Umsatzes für die letzten drei Geschäftsjahre, ist die Schwere und die Art des Verstosses massgebend (Art. 49a Abs. 1 Satz 3 KG). Dabei ist eine Abstufung nach der Schwere und dem Gefährdungspotenzial der einzelnen Behinderungs- und Ausbeutungstatbestände nach Art. 7 Abs. 1 KG und Art. 7

Abs. 2 Bst. a-f KG sehr schwierig vorzunehmen (vgl. TAGMANN, a.a.O., S. 232 f.). Den Erläuterungen zur SVKG lässt sich entnehmen, dass sich der Basisbetrag bei schweren Verstössen gegen das KG, insbesondere bei marktumfassenden Abreden nach den Art. 5 Abs. 3 und 4 KG sowie bei Missbräuchen von marktbeherrschenden Unternehmen nach Art. 7 KG regelmässig im oberen Drittel des Rahmens bewegen soll. Bei Bagatellfällen könne aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips ein tieferer Rahmen für den Basisbetrag ins Auge gefasst werden.

In diesem Zusammenhang kritisiert TAGMANN zu Recht, dass sich die generelle Ansiedlung des Sanktionsbetrags im oberen Drittel zwar für Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG, die den Wettbewerb auf einem bestimmten Markt (weitgehend) beseitigen, zutreffen mag, nicht jedoch für die Behinderungs- und Ausbeutungstatbestände nach Art. 7 KG (vgl. TAGMANN, a.a.O., S. 233).

Mit der Möglichkeit, den Basisbetrag der Sanktion je nach Schwere und Art des Verstosses innerhalb der Bandbreite von 0-10 % des Umsatzes, den das Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkte in der Schweiz erzielt hat, festzulegen, wollte der Verordnungsgeber den Wettbewerbsbehörden gerade einen Ermessensspielraum einräumen, um den konkreten Umständen des Einzelfalls gerecht zu werden (vgl. PIERRE KOBEL, Sanctions du droit des cartels et problèmes de droit administratif pénal, *AJP* 2004, S. 1160).

Im vorliegenden Fall kann der Vorinstanz nicht vorgeworfen werden, sie habe die in den Erläuterungen der Sanktionsverordnung vorgesehene Vorgehensweise, bei Missbräuchen nach Art. 7 KG, den Basisbetrag regelmässig im oberen Drittel des Rahmens von 0-10 % anzusiedeln, schematisch angewendet. Den so errechneten Basiswert von über CHF (...) Mio. (2/3 der kumulierten Kommissionsumsätze) erachtete die Vorinstanz als nicht angemessen. Mit dem massiven Abweichen von der in den Erläuterungen aufgeführten Regel versuchte die Vorinstanz vielmehr, dem vorliegend konkret zu beurteilenden Einzelfall gerecht zu werden und eine Sanktion abhängig von der Art und Schwere der Wettbewerbsbeschränkung auszufällen.

Unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte ist den allgemeinen Ausführungen zur Sanktionsbemessung in der angefochtenen Verfügung zuzustimmen. Ein Verzicht auf die Ausfällung einer Sanktion, welcher angesichts der gesetzlichen Bandbreite von 0-10 % grundsätzlich möglich wäre, kommt im vorliegenden Fall nicht in Frage, da ein solcher auf absolute Ausnahmesituationen zu beschränkt ist (z.B. bevorstehender Konkurs des Unternehmens aufgrund der Belastung; vgl. TAGMANN, a.a.O., S. 234).

**8.3.5** Auch dass die Vorinstanz aufgrund der Dauer des Wettbewerbsverstosses eine milde Sanktionsverschärfung vorgenommen hat, ist nicht zu beanstanden. Diese ist ab 1. April 2004, dem Zeitpunkt auf welchen die Kartellgesetzrevision mit der Möglichkeit direkter Sanktionen in Kraft gesetzt worden ist, zu berechnen und dauerte mindestens bis zum 30. November 2005. Denn mit Schreiben dieses Datums erklärte sich die Beschwerde-

führerin 1 ausdrücklich mit der vorgeschlagenen einvernehmlichen Regelung einverstanden. Bis zu diesem Zeitpunkt wurde die als kartellrechtswidrig eingestufte VSW-Richtlinien nicht ausser Kraft gesetzt. Für die Dauer eines Wettbewerbsverstosses zwischen ein und fünf Jahren sieht Art. 4 SVKG (zwingend) eine Erhöhung des Basisbetrags um bis zu 50 % vor. Die Vorinstanz hat somit im Sinne des Legalitätsprinzips bei einem überjährigen Wettbewerbsverstoss grundsätzlich eine Erhöhung des Basisbetrags vorzunehmen. Beim Umfang der Erhöhung ist ihr hingegen ein Ermessen einzuräumen. Nimmt die Vorinstanz im Bereich unter fünf Jahren, wie in casu, eine stufenweise Erhöhung der Sanktion um jeweils 10 % pro Jahr vor, oder würde sie eine streng proportionale Erhöhung von 12,5 % pro Jahr vorsehen, kann ihr nicht vorgeworfen werden, sie übe das Ermessen nicht pflichtgemäss aus, oder dieses sei willkürlich oder unverhältnismässig.

**8.3.6** Unbestritten ist, dass im vorliegend zu beurteilenden Fall keine erschwerenden Umstände nach Art. 5 SVKG gegeben sind.

Hingegen hat die Vorinstanz die Kooperationsbereitschaft der Beschwerdeführer, welche über die Auskunft- und Mitwirkungspflicht von Art. 40 KG hinausgeht, zu Recht als Sanktionsmilderung gemäss Art. 6 Abs. 1 SVKG berücksichtigt, zumal die Voraussetzungen für die Bonusregelung nach Art. 12 ff. SVKG nicht gegeben waren. Da die Sanktionsreduktion bei der Bonusregelung bis zu 50 % (Art. 12 Abs. 2 SVKG) bzw. 80 % (Art. 12 Abs. 3 SVKG) betragen kann, dürfte eine Reduktion der Sanktion (ausserhalb der Bonusregelung) infolge Kooperation grundsätzlich unter 50 % liegen. Tagmann erachtet in diesen Fällen je nach Verfahrensstadium denn auch eine Reduktion von 10-40 % als angemessen (vgl. TAGMANN, a.a.O., S. 278).

**8.3.7** Ausgehend von einem möglichen Basisbetrag von CHF (...) reduzierte die Vorinstanz die Busse in Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips auf CHF 2,5 Mio. Als Begründung macht sie geltend, eine Busse in der Höhe des Basisbetrags werde der Art und Schwere des Verstosses nicht gerecht. Weiter sei der geringen volkswirtschaftlichen Bedeutung und der beschränkten Marktwirkung der missbräuchlichen VSW-Richtlinien Rechnung getragen worden.

Die Beschwerdeführer rügen in diesem Zusammenhang zu Recht, dass die konkrete Sanktionsberechnung betragsmässig kaum nachvollziehbar ist. Die Vorinstanz wird inskünftig gut beraten sein, von einem konkreten Basisbetrag auszugehen und allfällige Sanktionserhöhungen hinsichtlich der Dauer des Wettbewerbsverstosses (Art. 4 SVKG) oder bei Vorliegen erschwerender Umstände (Art. 5 SVKG) prozent- oder betragsmässig genau zu beziffern. Gleiches muss für allfällige mildernende Umstände gelten (Art. 6 SVKG). Nur so kann sichergestellt werden, dass die Sanktionsberechnung im Einzelfall nachvollziehbar bleibt.

Im vorliegenden Fall reduzierte die Vorinstanz die Sanktion im Rahmen einer Sanktionsmilderung nach freiem Ermessen. Dies beeinträchtigt zwar, wie die Vorinstanz einräumt, die rechnerische Nachvollziehbarkeit der ausgesprochenen Sanktion. Zuzustimmen ist der Vorinstanz jedenfalls, dass sich ein Gewinn, welcher der Beschwer-

deführerin 1 auf Grund ihres wettbewerbswidrigen Verhaltens zugeflossen sein könnte, schwer bestimmen lässt. Auch angesichts dessen, dass selbst die Vorinstanz annimmt, dass der Gewinn von Publigroupe durch die Behinderung der unabhängigen Vermittler kaum markante Veränderungen erfahren haben dürfte (vgl. Verfügung Ziff. 334), erscheint die ausgesprochene Sanktion in betragslicher Hinsicht nicht als unangemessen.

Obwohl die Sanktionsreduktion rechnerisch schwer nachvollziehbar und als grenzwertig anzusehen ist, lässt sich die Höhe der hier strittigen Sanktion per saldo nicht beanstanden. Da auch keine Umstände ersichtlich sind, welche auf eine pflichtwidrige Ermessensausübung durch die Vorinstanz schliessen lassen würde, sieht sich das Bundesverwaltungsgericht nicht veranlasst, in den Ermessensbereich der Vorinstanz einzugreifen.

Die hier strittige Ermessensbetätigung der Wettbewerbskommission ist durch das Bundesverwaltungsgericht um so weniger zu hinterfragen, als die Beschwerdeführerin 1 nach Zustellung des ersten Verfügungsentwurfs durch das Sekretariat den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung anregte und sich in der Folge kooperativ verhielt.

**8.3.8** Nach dem Gesagten verletzt die strittige Sanktion weder in grundsätzlicher Hinsicht noch in betragsmässiger Höhe Bundesrecht.

Die Beschwerde ist deshalb in diesem Punkt als unbegründet abzuweisen.

## 9. Vorinstanzliche Verfahrenskosten

Die Beschwerdeführer erachten schliesslich die volle Auferlegung der vorinstanzlichen Verfahrenskosten als rechtswidrig.

Die Gebührenverordnung KG vom 25. Februar 1998 (GebV-KG, SR 251.2) erfuhr im Rahmen der KG-Revision ebenfalls diverse Änderungen. Die Schlussbestimmung der GebV-KG sieht vor, dass bei Verwaltungsverfahren und Dienstleistungen, die beim Inkrafttreten dieser Änderungen noch nicht abgeschlossen sind, das bisherige Recht für die Bemessung der Gebühren und Auslagen für denjenigen Teil der Aufwendungen, der vor Inkrafttreten der Änderung erfolgt ist, gilt.

Sowohl nach der alten als auch nach der neuen Fassung der GebV-KG ist unter anderem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht oder Gutachten und sonstige Dienstleistungen veranlasst (Art. 2 Abs. 1 GebV-KG; Art. 2 aGebV-KG). Von der Gebührenpflicht befreit sind Beteiligte, die eine Vorabklärung verursacht haben, sofern diese keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergeben hat (Art. 3 Abs. 2 Bst. b GebV-KG). Mit Kosten kann hingegen belangt werden, wer einem Vorschlag des Sekretariats der Wettbewerbskommission zur einvernehmlichen Beseitigung einer als unzulässig erachteten Wettbewerbsbeschränkung zustimmt und als Folge davon sein Verhalten massgeblich ändern muss (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.415/2003 E. 2.2). Entsprechend ist die Gebührenpflicht der Beschwerdeführer grundsätzlich zu bejahen.

Der von der Vorinstanz errechnete Zeitaufwand wird von den Beschwerdeführern nicht grundsätzlich bestritten. Gerügt wird vor allem, dass Organisationsmängel (Wechsel der Mitarbeiter) seitens des Sekretariats überhaupt zu der langen Verfahrensdauer mit entsprechenden Kosten geführt hätten. Auch habe sich die Vorinstanz widersprüchlich verhalten und somit den grossen Verfahrensaufwand selbst verursacht. Schliesslich hätten sich ein Grossteil der ursprünglichen Vorbehalte nicht bestätigt. Diese Umstände seien bei der Kostenfrage zu berücksichtigen.

Mit dieser Argumentation verkennen die Beschwerdeführer, dass sie selber erst am 4. April 2005 Hand zu einer einvernehmlichen Regelung boten und sich am 30. November 2005 mit dem vom Sekretariat unterbreiteten Vorschlag einverstanden erklärten. Nebst der Tatsache, dass kartellrechtliche Verfahren aufgrund ihrer Komplexität in der Regel einen grossen Zeitaufwand verursachen, haben die Beschwerdeführer mit ihren diversen umfangreichen Eingaben, Beweisanträgen und Fristverlängerungsgesuchen zudem das ihrige zu einem grösseren Aufwand und zu einer längeren Verfahrensdauer beigetragen. Schliesslich hat das Sekretariat in seinem Aufgabenbereich (Art. 23 KG i.V.m. Art. 39 KG und Art. 12 VwVG) hinsichtlich des Umfangs der Sachverhaltsabklärungen auf die Erheblichkeit und Notwendigkeit der Ermittlungen abzustellen. Bei dieser Entscheidung kommt dem Sekretariat ein weiter Ermessensspielraum zu. Stellt sich im Laufe des Verfahrens heraus, dass sich, wie die Beschwerdeführer behaupten, nicht alle ursprünglichen Vorbehalte gegen die Kartellrechtskonformität bestätigen, dann hat dies in erster Linie Einfluss auf die Höhe der zu sprechenden Sanktion und weniger auf den Kostenentscheid. Im vorliegenden Fall sind jedenfalls keine Gründe ersichtlich, die für ein offensichtliches Missverhältnis zwischen den erbrachten Leistungen und der Höhe der Gebühr sprechen würden.

Das Bundesgericht hat zwar in zwei Interkonkurrenzverfahren die von der Vorinstanz auferlegten Kosten reduziert. Dabei handelte es sich jedoch um Pilotverfahren, in denen ein ausserordentlich hoher Aufwand zu leisten war und welcher in allfälligen künftigen Interkonkurrenzstreitigkeiten von Nutzen sein würde (vgl. Urteile des Bundesgerichts 2A.450/2005 und 2A.452/2005 vom 21. April 2006 E. 10). Ein solcher Fall liegt beim hier zu beurteilenden Verfahren nicht vor.

Die von der Wettbewerbskommission den Beschwerdeführern auferlegten Verfahrenskosten verletzen weder Bundesrecht, noch hat die Vorinstanz ihr entsprechendes Ermessen überschritten oder missbraucht, weshalb die Beschwerde auch diesbezüglich abzuweisen ist.

## 10. Kosten und Entschädigung

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Beschwerdeführer als unterliegende Parteien zu betrachten. Sie haben daher die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG i. V. m. Art. 63 Abs. 5 VwVG sowie Art. 1 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht, VGKE, SR 173.320.2).

Angesichts des ausgewiesenen Vermögensinteresses der vorliegenden Streitigkeit (Sanktionsbetrag von CHF 2,5 Mio. sowie Verfahrenskosten von CHF (...) zu Lasten der Beschwerdeführer) ist die Gerichtsgebühr streitwertabhängig auf CHF 24'000.- festzusetzen (Art. 2 Abs. 1 VGKE i.V.m. Art. 4 VGKE). Diese Gebühr wird - nach Rechtskraft des Urteils - mit den am 29. Mai 2007 geleisteten Kostenvorschüssen von CHF 24'000.- verrechnet. Unter diesen Umständen fällt eine Parteienschädigung zu Gunsten der Beschwerdeführer ausser Betracht (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Dispositiv-Ziff. 7 der angefochtenen Verfügung wird aufgehoben und wie folgt neu formuliert:

"7. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF (...) werden der Publigroupe SA auferlegt."

3.

Den Beschwerdeführern wird eine Gerichtsgebühr von CHF 24'000.- auferlegt, welche nach Rechtskraft dieses Urteils mit den geleisteten Kostenvorschüssen von CHF 24'000.- verrechnet wird.

4.

Es wird keine Parteienschädigung zugesprochen.

5.

Dieses Urteil geht an:

[...],

und wird auszugsweise mitgeteilt:

der Ad. X AG ad Broker.

[Rechtsmittelbelehrung]

B 3

### 3. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 1. Juni 2010 i.S. Implenla (Ticino) SA gegen Wettbewerbskommission (WEKO) betreffend unzulässige Wettbewerbsbeschränkung

*Urteil (B-420/2008) des Bundesverwaltungsgerichts (Abteilung II) vom 1. Juni 2010 in Sachen Implenla (Ticino) SA, vormals Batigroup (Ticino) SA gegen Wettbewerbskommission (WEKO) – Gegenstand: Unzulässige Wettbewerbsbeschränkung*

#### Sachverhalt:

#### A.

**A.a** Aufgrund der Angaben des Dipartimento del territorio des Kantons Tessin und der entsprechenden Presseinformationen eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) am 2. Dezember 2004 eine Vorabklärung, um die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Markt für Strassenbeläge im Tessin zu klären und um festzustellen, ob Anhaltspunkte für das Vorhandensein unzulässiger Wettbewerbsabreden bzw. eines Missbrauchs von Marktbeherrschung vorlägen.

Im Rahmen der Vorabklärung ergaben sich aus den Informationen der Divisione delle costruzioni des Kantons Tessin sowie aus den vom Sekretariat vorgenommenen statistischen Analysen der Offertpreise bei öffentlichen Ausschreibungen für Strassenbauarbeiten im Kanton Tessin Anhaltspunkte für folgende unzulässige Verhaltensweisen: abgesprochene Rotation bei öffentlichen Ausschreibungen, Marktaufteilung bei Strassenunterhaltsarbeiten, Abrede über Strassenbelagsproduktion, Abrede über Transportpreise.

Gestützt auf diese Anhaltspunkte eröffnete das Sekretariat am 4. April 2005 im Einverständnis mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Weko, Vorinstanz) eine Untersuchung gemäss Art. 27 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG, SR 251). Gegenstand der Untersuchung waren die Fragen, ob im Kanton Tessin eine abgesprochene Rotation bei öffentlichen Ausschreibungen für Strassenbauarbeiten auf National- und Kantonalstrassen sowie eine Gebietsaufteilung betreffend Strassenunterhaltsarbeiten stattgefunden hatten (Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG), ob Abreden über Strassenbelags- und Transportpreise stattgefunden hatten (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG) sowie ob allenfalls ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 KG vorgelegen hatte. Die untersuchte Zeitperiode erstreckte sich von Anfang 1999 bis Ende 2005. Adressaten der Untersuchung waren die 20 Unternehmungen Betasfa SA, Comibit SA, Atag SA, Batigroup (Ticino) SA (neu Implenla [Ticino] SA), Botta & Co., Pavisud SA, Aebischer SA, Cogesa SA, Costra SA, Edilstrada SA, Franco Rossi SA, Industrie Chimiche Riunite SA (ICR), Luongo SA, Mancini & Marti SA, Novastrada SA, Paviclass SA, Pavistra SA, Saisa SA, Spalu SA und Trevalbeton SA.

Das Sekretariat gab die Eröffnung der Untersuchung mittels amtlicher Publikation gemäss Art. 28 KG bekannt

(SHAB, Nr. 74, 18. April 2005, S. 43; BBl, Nr. 16, 26. April 2005, S. 2798).

**A.b** Im Rahmen der Untersuchung versandte das Sekretariat Fragebögen an die Parteien, an ausgewählte Tessiner Gemeinden (Airolo, Bellinzona, Biasca, Giubiasco, Locarno, Lugano und Mendrisio) sowie an potentielle Konkurrenzunternehmen der Parteien aus den benachbarten Kantonen und aus Italien. Zu Vergleichszwecken wurden auch das Tiefbauamt des Kantons Bern sowie zwei Berner Belagswerke mit einer vergleichbaren Kapazität wie diejenige der Comibit SA (das grösste Belagswerk im Kanton Tessin) befragt. Weitere Fragebögen wurden an die ATIPS (Associazione ticinese delle imprese di pavimentazione stradale; im Zeitraum der Untersuchung waren gemäss Ermittlungen der Weko 16 von 18 Strassenbauunternehmen ATIPS-Mitglieder) und an die Sektion Tessin des Schweizerischen Nutzfahrzeugverbands ASTAG versandt. Das Sekretariat stützte sich im Weiteren auf mündliche Auskünfte diverser Unternehmen, auf ein Gespräch mit Vertretern der ATIPS sowie auf eigene Erhebungen der Offertdetails von neun ausgewählten Ausschreibungen für Strassenunterhaltsarbeiten der Jahre 2004 und 2005. Im Wesentlichen konzentrierte die Weko die Untersuchung auf die Frage, ob die Konvention, welche die Strassenbauunternehmen am 15. Dezember 1998 abgeschlossen hätten, eine unzulässige Wettbewerbsabrede darstelle, bzw. auf die Prüfung des Nachweises, ob diese Konvention tatsächlich umgesetzt worden sei.

Im Laufe der Untersuchung nahmen die Unternehmen Aebischer SA, Atag SA, Batigroup (Ticino) SA (neu Implenla [Ticino] SA), Costra SA, Novastrada SA, Pavistra SA und Saisa SA sowie das Dipartimento del territorio Einsicht in die Akten.

Am 9. Januar 2007 wurde den Parteien der Verfügungsantrag des Sekretariats inklusive eines aktualisierten Aktenverzeichnisses zugestellt. Zugleich wurde ihnen Gelegenheit gegeben, sich hiezu zu äussern und Akten-einsicht zu nehmen. Der Grossteil der untersuchten Unternehmen machte von diesem Äusserungs- und Akten-einsichtsrecht Gebrauch.

**A.c** Am 19. November 2007 verfügte die Weko mit folgendem Dispositiv:

"1. Die Wettbewerbskommission, gestützt auf den Sachverhalt und die vorangehenden Erwägungen,

a) stellt fest, dass die Anwendung der Konvention vom 15. Dezember 1998 im Kanton Tessin in der Zeit ab Januar 1999 bis mindestens Ende 2004 durch die Strassenbauunternehmen Aebischer SA, Atag SA, Batigroup (Ticino) SA, Botta & Co, Cogesa SA, Costra SA, Edilstrada SA, Franco Rossi SA, Industrie Chimiche Riunite SA, Mancini & Marti SA, Novastrada SA, Paviclass SA, Pavistra SA, Pavisud SA, Saisa SA, Spalu SA und Trevalbeton SA eine Abrede über die Aufteilung der

Aufträge sowie eine horizontale Preisabrede und damit eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung nach Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a und c KG darstellte;

b) verbietet es den Strassenbauunternehmen im Kanton Tessin, die Konvention vom 15. Dezember 1998 anzuwenden;

c) beschliesst das Verfahren abzuschliessen;

d) behält sich vor, die Wettbewerbsverhältnisse auf den Märkten für Belagsproduktion sowie für Strassen- und Belagsbau im Kanton Tessin für die Zeit ab April 2005 zu einem späteren Zeitpunkt erneut zu untersuchen.

2. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können mit Sanktionen gemäss Artikel 50 bzw. 54 KG geahndet werden.

3. (Verfahrenskosten)

4. (Rechtsmittelbelehrung)

5. (Eröffnung)."

Nach Ansicht der Vorinstanz stellt die Konvention vom 15. Dezember 1998 eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG dar. Die Konvention konstituiert eine Abrede zwischen Anbietern der gleichen Marktstufe (Horizontalabrede). Mit der Konvention und der Teilnahme an den Sitzungen hätten sämtliche Abredepartner ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken bekundet. Aus dem Ziel der Konvention (die systematische Aufteilung aller öffentlichen und der privaten Strassenbauaufträge ab einer Auftragshöhe von Fr. 20'000.- im Kanton Tessin, um so angemessene Preise erzielen zu können) werde ersichtlich, dass die Abrede eine Wettbewerbsbeschränkung beinhalte. Aufgrund der Beilage zur Konvention hielt die Weko fest, dass alle Adressaten der Untersuchung Vertragsparteien der Konvention gewesen seien, mit Ausnahme des Unternehmens Luongo SA, da dieses an den Sitzungen nicht teilgenommen habe. Von den 18 im Tessin aktiven Strassenbauunternehmen seien zehn Aktionäre der Comibit SA (das grösste Belagswerk im Kanton Tessin), wobei jeder Aktionär einen Sitz im Verwaltungsrat der Comibit SA habe. Die Comibit SA halte eine Beteiligung am Belagswerk Betasfa SA. Die übrigen Aktionäre der Betasfa SA seien Batigroup (Ticino) SA (neu Implenia [Ticino] SA) und Paviclass SA. Die Vertreter der Comibit SA bzw. Betasfa SA hätten zwar nicht offiziell an den Sitzungen teilgenommen. Aufgrund der Aktionärsstrukturen und personellen Verflechtungen seien diese durch ihre Eigentümer vertreten gewesen. So sei zumindest die Geschäftsleitung der Comibit SA und der Betasfa SA jeweils über die Inhalte der Sitzungen informiert gewesen.

Die Weko hielt weiter fest, gemäss Konvention hätten wöchentliche Sitzungen in Anwesenheit aller Unternehmensinhaber bzw. ihrer Handelsbevollmächtigten stattgefunden, anlässlich derer die Vertreter der verschiedenen Unternehmen die bis Ende der darauf folgenden Woche zu vergebenden Aufträge diskutiert und die Auftragnehmer bestimmt hätten. Pro Auftragskategorie habe jede Vertragspartei über ein sogenanntes Kontingent verfügt, welches die Summe der in der Vergangenheit erhaltenen Aufträge in der jeweiligen Auftragskategorie widerspiegelt habe. Die Konvention habe vorgesehen, die Aufträge bis zu einem Volumen von Fr. 500'000.-

dem jeweiligen Kontingent in der Kategorie der Aufträge bis Fr. 500'000.- im Verhältnis 1:1 zuzuteilen. In Ziffer 8 der Konvention sei für die Zuteilung von Aufträgen mit einem Auftragsvolumen von über Fr. 500'000.- ein prozentuales Anrechnungssystem vorgesehen. Vor der Zuteilung zum jeweiligen Kontingent sollten die Auftragssummen mit einem Faktor multipliziert werden, der je nach Unternehmen unterschiedlich gewesen sei. Für die Zuteilung der Aufträge seien verschiedene Kriterien zu berücksichtigen gewesen: Arbeitsbelastung (als wichtigstes Kriterium), Ortsbezogenheit, Spezialisierung, bereits angefertigte Offerten und Vereinbarungen zwischen den Sitzungsteilnehmern. Die Entscheidungen betreffend Auftragsvergabe seien mittels Mehrheitsentscheid der Sitzungsteilnehmer getroffen worden. Die nicht für den Zuschlag bestimmten Angebote seien in der Konvention als "offerte d'appoggio" (stützende Offerten, Scheinofferten) bezeichnet worden. Weiter hätten sich die Abredepartner zu einer anteilmässigen Beteiligung an den durch die Konvention anfallenden Kosten verpflichtet. Die Weko gelangte zur Erkenntnis, dass der in der Konvention beschriebene Mechanismus der Auftragszuteilung eine Rotation der Auftragsausführung und damit eine Marktaufteilung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG bezweckt habe. Gleichzeitig beinhalte die Konvention aufgrund der mit der Auftragsverteilung verbundenen Diskussion über die Offertpreise eine horizontale Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG. Auch sei aufgrund der Konvention davon auszugehen, dass Dritte (nicht an der Konvention Beteiligte) nicht mit Mischgut hätten beliefert werden dürfen und die Konventionsparteien keine Leihgaben, Arbeitshilfe oder andere mit dem Strassenbelagsbau zusammenhängenden Arbeiten für solche Dritte hätten leisten dürfen. Die Bildung von Arbeitsgemeinschaften mit Dritten sei ebenfalls untersagt gewesen.

Die Weko führte weiter aus, 209 Tabellen, welche die im Voraus festgelegten Auftragsvergaben anlässlich der wöchentlichen Sitzungen belegten, sowie 192 Seiten, in welchen die pendenten Arbeiten aufgelistet seien, dokumentierten die tatsächliche Umsetzung der Konvention im Zeitraum vom 13. Januar 1999 bis 10. Dezember 2003. Die Grundidee der Konvention habe darin bestanden, die von der öffentlichen Hand und von Privaten nachgefragten Arbeiten unter den beteiligten Strassenbauunternehmen so zu verteilen, dass jedes Unternehmen anhand von Multiplikationsfaktoren und entsprechend seiner wirtschaftlichen Bedeutung genügend Aufträge erhalte. Gemäss den Ergebnissen der Untersuchung widerspiegeln die Multiplikationsfaktoren die Grösse und das Alter der Unternehmen auf dem Markt. In Anbetracht dessen, dass Unternehmen mit einem tiefen Kontingent höhere Chancen auf einen Zuschlag gehabt hätten, gehe es bei Unternehmen mit tiefen Multiplikationsfaktoren um grosse und/oder alteingesessene Marktteilnehmer, denen im Vergleich zu Unternehmen mit hohen Multiplikationsfaktoren höhere Auftragsvolumina zugesprochen worden seien. Hinsichtlich der Auftragszuteilung führte die Weko aus, nicht immer das Unternehmen, das in den Tabellen an erster Stelle gestanden sei, habe die zu vergebenden Aufträge erhalten, da gemäss Konvention auch weitere Kriterien zu berücksichtigen gewesen seien. Über die Auftragsverteilung sei Buch geführt worden. Ein Vertreter eines der Weko be-

kannten Unternehmens habe zudem eine Liste über die vom Auftraggeber verschobenen Aufträge geführt, die aber schon zugeteilt und den Kontingenten zugerechnet worden seien. Die Schwierigkeiten bei der Auftragszuteilung hätten darin bestanden, dass die individuellen Auftragssummen und die Häufigkeit von Submissionen und privaten Aufträgen stark variieren konnten. Anhand einer Tabelle verglich die Weko den Marktanteil der Unternehmen auf der Basis der zwischen Anfang 1999 und Ende 2003 erzielten Gesamtumsätze mit der in der Konvention vorgesehenen Marktaufteilung und kam zum Schluss, dass sich die tatsächlichen Marktanteile nur wenig (+/- 0,5 %) von der gemäss Konvention berücksichtigten Marktaufteilung unterschieden. Die Unterschiede könnten darauf zurückgeführt werden, dass die Multiplikationsfaktoren im Lauf der Jahre geändert worden seien. Während in den Jahren 1999, 2000 und 2002 83 %, 70 % und 81 % der Umsätze über das Rotationsystem verteilt worden seien, hätten die Anteile in den Jahren 2001 und 2003 lediglich 47 % bzw. 31 % betragen. Der letzten Tabellenzeile sei zu entnehmen, dass während der gesamten Beobachtungsperiode durchschnittlich 62 % der Auftragsvolumina über das Rotationsystem vergeben worden seien. Nach Ansicht der Weko ist der wirksame Wettbewerb bereits beseitigt, wenn "lediglich" 60 % des relevanten Markts von der Konvention erfasst seien. Es sei aber auch zu berücksichtigen, dass zeitweise 80 % des relevanten Markts von der Konvention erfasst gewesen seien. Das lasse darauf schliessen, dass kein ausreichender Innenwettbewerb vorhanden gewesen sei. Die Weko führte die beobachteten Schwankungen auf verschiedene Gründe zurück. Einerseits seien die Aufträge den Kontingenten und den Erfolgsrechnungen der Unternehmen zu unterschiedlichen Zeitpunkten zugerechnet worden. Andererseits seien auch die von den Auftraggebern verschobenen Aufträge mit einzubeziehen sowie der Umstand, dass die Aufträge unter Fr. 20'000.- nicht von der Konvention erfasst und die Aufträge von Fr. 1 Mio. den Kontingenten nicht zu 100 % zugerechnet worden seien. Auch sei nicht auszuschliessen, dass die untersuchte Absprache im Hinblick auf die Einführung des neuen Kartellgesetzes allmählich instabil geworden sei. Was die Konventionsbestimmung betreffend Nichtbelieferung von Dritten anbelangt, habe deren Umsetzung nicht schlüssig nachgewiesen werden können. Die Bestimmung an sich habe jedoch die Durchsetzung der Abrede begünstigt. Deshalb sei die tatsächliche "Anwendung" dieser Bestimmung für das Ergebnis der Untersuchung ohne Belang.

Die Weko ging davon aus, dass die tatsächliche Umsetzung der Konvention für den Zeitraum vom 13. Januar 1999 bis 10. Dezember 2003 anhand von 209 Tabellen, 192 Seiten (Listen der pendenten Aufträge) sowie von Aussagen der beteiligten Unternehmen bestätigt werde. Gestützt auf weitere Aussagen der Parteien sowie auf die Stellungnahmen der Beteiligten zum Verfügungsentwurf stehe fest, dass die Sitzungen auch nach März 2004 stattgefunden hätten und die Absprache bis Ende März 2005 identifizierbare Auswirkungen auf dem Markt gezeitigt habe. Bezüglich der Dauer der Konvention sei demnach von einer Zeitspanne ab Januar 1999 bis mindestens Ende 2004 auszugehen. Damit finde vorliegend das Kartellgesetz von 1995 Anwendung, welches noch

keine direkten Sanktionen bei einem Verstoss gegen Art. 5 Abs. 3 KG vorsehe.

Die Weko erklärte ferner, zentral für das Verfahren sei, dass jedes Unternehmen durch die Sitzungsteilnahme sein Interesse an einer Auftragszuteilung mittels eines sogenannten "Gentlemen's Agreement" bekundet habe.

Die Weko prüfte im Weiteren die Entwicklung der Volatilität der Offerten. Sie hielt fest, im Zeitraum von Januar 1999 bis März 2005 sei die Volatilität relativ tief gewesen. Anschliessend habe die Volatilität der Offerten beträchtlich zugenommen. Daraus könne geschlossen werden, dass die Submittenten ab diesem Zeitpunkt ihr Verhalten geändert hätten. Der Vergleich der Offertpreise mit dem jeweiligen Kostenvoranschlag des Dipartimento del territorio des Kantons Tessin zeige, dass die Offertpreise im März 2005 bemerkenswert gefallen seien, während dagegen vor diesem Zeitpunkt die Offertpreise systematisch höher als der Kostenvoranschlag des Kantons gewesen seien. Den Vorbringen der Parteien in Bezug auf die Preise sowie die geltend gemachte Preissenkung im Zusammenhang mit der Reduktion der Auftragsvolumina hielt die Weko entgegen, es seien nur leichte Schwankungen der Umsätze der Unternehmen auch nach Untersuchungseröffnung bis Ende 2005 festgestellt worden. Auf die Vorbringen der Parteien zum Preisniveau erwiderte die Weko, der unter Wettbewerbsbedingungen zustande gekommene Preis sage nichts über die Kostendeckung aus. Der Markt bestimme jeweils die Preise bei funktionierendem Wettbewerb. Der Weko obliege nicht die Aufgabe, auf dem Markt regulierend einzugreifen und die Angemessenheit der Preise zu überprüfen.

Die Weko erkannte, das von den Parteien gerügte Verhalten der Tessiner Behörden (Aufhebung einer Ausschreibung aufgrund zu tiefer Offertpreise und die Bildung einer paritätischen Kommission zur Bestimmung des kostendeckenden Preises sowie die Bestimmung des ehemaligen kantonalen Gesetzes über die öffentlichen Aufträge, wonach die Vergabe der Aufträge von der Arbeitslast abhängig sei) beziehe sich auf Vorkommnisse aus dem Jahr 1995 und sei unter Berücksichtigung des untersuchten Zeitraums nicht geprüft worden. Ob allenfalls auch die Vergabepaxis des Kantons kartellrechtlich beanstandet werden müsse, sei nicht Gegenstand der Untersuchung.

Als Zwischenergebnis hielt die Weko fest, die Konvention, die von Januar 1999 bis mindestens Ende 2004 umgesetzt worden sei, habe zu einer systematischen Aufteilung sämtlicher öffentlichen und privaten - diese ab einer Auftragshöhe von Fr. 20'000.- - Strassenbauaufträgen geführt. Die Grundidee der Konvention habe darin bestanden, die von der öffentlichen Hand und von Privaten nachgefragten Arbeiten unter den Tessiner Strassenbauunternehmen derart zu verteilen, dass jedes Unternehmen entsprechend seiner wirtschaftlichen Bedeutung genügend Aufträge erhalte. Der daraus resultierende fehlende Rationalisierungsdruck habe zu einer Erhaltung ineffizienter Strukturen beigetragen. Die Konvention habe als Instrument zur Implementierung einer Angebotsrotation gedient, welche eine Marktaufteilung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG zur Folge gehabt habe. Gleichzeitig habe die Konvention mit der Diskussion



über die Offertpreise eine horizontale Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG beinhaltet. Die Umsetzung der Konvention stelle eine harte Kartellabsprache dar. Den Vorbringen der Parteien, wonach die Schädlichkeit der Absprache bestritten wurde, hielt die Weko entgegen, eine Preis- und Gebietsabsprache im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG beseitige den Wettbewerb, zeitige stets volkswirtschaftlich und sozial schädliche Auswirkungen und sei per se erheblich. Ein gesonderter Nachweis der Schädlichkeit sei somit hinfällig.

Aufgrund der Analyse des Markts für Belagsproduktion kam die Weko zum Schluss, dass die Frage betreffend ein überhöhtes Preisniveau bzw. eine allfällig missbräuchliche Verhaltensweise offengelassen werden müsse, da die Abrede im Markt für Strassen- und Belagsbau den Markt für Belagsproduktion stark beeinflusst habe. Vor dem Hintergrund der zentralen Rolle der Comibit SA auf dem Markt, müsse unter der Voraussetzung, dass die Comibit SA als marktbeherrschendes Unternehmen gälte, davon ausgegangen werden, dass eine unzulässige Verhaltensweise gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. a bzw. b KG vorliegen würde, sollte sich die Comibit SA inskünftig ohne sachlichen Grund weigern, Strassenbauunternehmen auf dem Markt mit bituminösem Mischgut zu beliefern bzw. Abnehmer zu gleichen Konditionen zu beliefern. Die Weko legte hiezu dar, Anhaltspunkte betreffend eine Abrede über Transportpreise hätten sich im Rahmen der Untersuchung nicht erhärten können. Es sei indessen nicht auszuschliessen, dass die Transportpreise in den Offerten für öffentliche Aufträge durch die Mitglieder der Abrede manipuliert worden seien, um höhere Offertpreise rechtfertigen zu können. Diese Hypothese habe im Rahmen der Untersuchung nicht weiter überprüft werden müssen, da die untersuchten Unternehmen das kartellrelevante Verhalten aufgegeben hätten.

Schliesslich hielt die Weko fest, die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG könne in casu weder mit einem wirksamen Aussenwettbewerb noch mit einem wirksamen Innenwettbewerb widerlegt werden.

## B.

Gegen diese Verfügung erhob die Batigroup (Ticino) SA (neu Implenia (Ticino) SA, nachfolgend: Beschwerdeführerin), vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Marcel Meinhardt und/oder Rechtsanwalt Dr. Judith Bischof, am 21. Januar 2008 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie stellt folgende Anträge:

"1. Die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 19. November 2007 sei vollständig aufzuheben.

2. Eventualiter sei die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 19. November 2007 aufzuheben und vom Bundesverwaltungsgericht in der Sache neu zu entscheiden.

3. Subeventualiter sei die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 19. November 2007 aufzuheben und an die Wettbewerbskommission zur Neuurteilung zurückzuweisen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Staates.

## Verfahrensantrag

Es sei der Beschwerdeführerin Gelegenheit zu geben, vor dem etwaigen Versand dieser Beschwerdeschrift an andere Verfahrensbeteiligte zu den Massnahmen zum Schutz ihrer Geschäftsgeheimnisse Stellung zu nehmen."

Zur Begründung führt die Beschwerdeführerin aus, die Weko habe aus verschiedenen Gründen zu Unrecht festgestellt, dass die Anwendung der Konvention in der Zeit ab Januar 1999 bis mindestens Ende 2004 eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG darstelle.

Die Beschwerdeführerin bestreitet nicht, dass sich die beteiligten Unternehmen regelmässig getroffen hätten, um die von jedem Unternehmen im Voraus kalkulierten Angebote zu besprechen und prinzipiell einen Offerenten zu bestimmen. Dies sage jedoch noch nichts über die Wirkung der Abrede auf den Wettbewerb aus. Die Beschwerdeführerin macht diesbezüglich geltend, die Weko habe es unterlassen, die Abrede auf ihre Wirkung hin zu untersuchen. Des Weiteren habe die Weko unzureichend geprüft, ob der wirksame Wettbewerb vorliegend tatsächlich beseitigt worden sei. Sie habe sich im Ergebnis nur auf das unbestrittene Bestehen der Konvention verlassen und daraus unzulässige Annahmen getroffen. Im Lichte der Rechtsprechung und der Lehre sei die Annahme, wonach der Wettbewerb bei einem Restwettbewerb von durchschnittlich mindestens 40 % beseitigt sei, haltlos. Selbst wenn diese Annahme zuträfe, hätte die Weko zumindest die Jahre 2001, 2003 und 2004 separat behandeln müssen. In den Jahren 2001 und 2003 habe der von der Konvention erfasste Marktanteil lediglich 47 % und 32 % betragen. Für das Jahr 2004 sei davon auszugehen, dass der nicht von der Abrede betroffene Anteil noch tiefer gelegen sei, da die Abrede im Hinblick auf die Einführung des neuen Kartellgesetzes allmählich instabil geworden sei. Das bedeute, dass zumindest in diesen Jahren der wirksame Wettbewerb nicht beseitigt gewesen sei.

Die Beschwerdeführerin bringt im Weiteren vor, die Weko habe es unterlassen, bei der Untersuchung der Frage, ob die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs umgestossen werden könne, verschiedene Aspekte zu prüfen.

Erstens habe die Weko die Schädlichkeit der Abrede nicht geprüft. Die Beschwerdeführerin geht davon aus, dass die Preise der Unternehmen dem Marktpreis entsprochen hätten. Bestehe ein Marktpreis, so sei klar, dass die Abrede hinsichtlich des Preises den Wettbewerb nicht beseitigen könne. Die Weko hätte den Marktpreis anhand von zwei Methoden (Kosten- und Vergleichsmarktmethode) ermitteln sollen. Das sei aber ausgeblieben.

Zweitens habe die Weko den potentiellen Wettbewerb seitens italienischer Strassenbauunternehmen ausseracht gelassen. Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, vorliegend könne potentieller Wettbewerb nicht ausgeschlossen werden, da durchschnittlich 40 % der von der Abrede erfassten Auftragsvolumina sowie sämtliche nicht oder nur teilweise erfassten Aufträge dem freien Wettbewerb unterstanden hätten. Die von der Weko

genannten Gründe für das Fehlen von potentiellern Wettbewerb (sprachliche Hürden, Distanz und Transportkosten) träfen für die Strassenbauunternehmen aus dem grenznahen Italien nicht zu.

Drittens habe die Weko nicht geprüft, ob bei funktionierendem Beratungs-, Service- oder Qualitätswettbewerb die Abredeparteien trotz der getroffenen Preis- und Gebietsabreden unter genügendem Wettbewerbsdruck stünden, so dass dadurch die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werde. Gemäss dem im Mai 2001 in Kraft getretenen, neuen Gesetz über das öffentliche Auftragswesen vom 20. Februar 2001 (Legge sulle commesse pubbliche del 20 febbraio 2001 [LCPubb], Raccolta Leggi TI 7.1.4.1) seien die kantonalen Behörden verpflichtet gewesen, den Auftrag dem vorteilhaftesten Angebot unter Berücksichtigung verschiedener Kriterien wie Termin, Qualität, Preis und Betriebskosten zu vergeben. Zumindest ab diesem Zeitpunkt seien Parameter wie Termineinhaltung, Qualität und Betriebskosten genau so wichtig wie der Preis gewesen.

Viertens habe die Weko die Stellung der Marktgegenseite, d.h. des Kantons Tessin als einziger Grossnachfrager im Bereich des Strassenbaus, nicht geprüft. Gemäss Art. 9 des Strassengesetzes vom 2. März 1983 (Legge sulle strade, Raccolta Leggi TI 7.2.1.2) liege die Zuständigkeit für den Bau von Strassen beim Kanton Tessin. Private Nachfrager seien weniger bedeutsam als staatliche, weshalb die öffentliche Hand den Markt dominiere. Die beteiligten Unternehmen seien somit auf die Aufträge des Kantons angewiesen (gewesen), zumal die kantonalen Vergabestellen über einen weiten Spielraum verfügten. Dass die kantonalen Behörden eine nachfragemächtige Stellung innehätten, zeige auch die Tatsache, dass sie im Jahre 1995 eine Ausschreibung wegen zu tiefer Offertpreise aufgehoben und dabei die Strassenbauunternehmen verpflichtet hätten, die Preise an die realen Kosten anzupassen, so dass bei der Auftragsvergabe alle Strassenbaufirmen berücksichtigt werden könnten. Die kantonalen Behörden setzten ihre Nachfragemacht so ein, dass sie von den Strassenbaufirmen zusätzliche Rabatte verlangten. Das habe zur Folge, dass diese nicht mehr kostendeckend arbeiten könnten. Ein Vergleich der Preise aus den Jahren 1994/1995 mit denjenigen aus den Jahren 2006/2007 zeige, dass die derzeitigen Preise trotz Teuerung von 20 % gemäss Baupreisindex durchwegs tiefer seien als diejenigen vor 12 Jahren. Die Schlussfolgerung der Weko, wonach die jetzigen Preise, welche 20-40 % unter denjenigen von 2005 lägen, den Wettbewerbspreisen entsprächen, treffe nicht zu und sei nicht belegt worden. Tatsache sei dagegen, dass die Beschwerdeführerin seither erhebliche Verluste erleide und alle Unternehmen von ruinösem Preiswettbewerb sprächen. Weil die Vorinstanz jedoch den relevanten Markt unzureichend untersucht habe, lasse sich vorliegend nicht beurteilen, welche Fakten das Preisniveau im Kanton Tessin beeinflussen bzw. beeinflusst hätten.

Die Beschwerdeführerin geht davon aus, dass die Abrede der beteiligten Parteien bis Ende April 2001 (d.h. während der Geltungsdauer des "legge sugli appalti" vom 12. September 1978) im Einklang mit den gesetzlichen Vorgaben im Kanton Tessin gewesen sei. Gemäss

Art. 23 des genannten Erlasses sei die Arbeitslast der Unternehmen bei der Auftragsvergabe zu berücksichtigen gewesen, um eine gleichmässige Auftragserteilung zwischen den Konkurrenten zu ermöglichen. Mit der Aufhebung eines Zuschlags im Jahre 1995 wegen zu tiefer Offertpreise hätten die Tessiner Behörden das Verhalten der beteiligten Unternehmen veranlasst. 1995 sei zudem auch eine paritätische Kommission zur Bestimmung des kostendeckenden Preises gebildet worden, die aus Vertretern der kantonalen Behörde und der Unternehmerseite bestanden habe. Indem die Weko das Verhalten der Tessiner Behörde zwar als heikel eingestuft aber die Vergabepaxis des Kantons Tessin nicht zum Gegenstand der Untersuchung gemacht habe, verkenne sie, dass der Gegenstand der Untersuchung wegen der gesetzlichen Vorgaben im Tessin und unter Mitwirkung der Tessiner Behörden zustande gekommen sei.

Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, mit ihrer Argumentation könne die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden. Demnach hätte die Weko die Erheblichkeit der Abrede prüfen müssen. Hätte sie die Prüfung vorgenommen, so hätte sie festgestellt, dass die Abrede wohl weder qualitativ noch quantitativ erheblich gewesen sei. Ebenso wären richtigerweise Effizienzgründe zu prüfen gewesen. Mit ihrem Verhalten habe die Weko den Untersuchungsgrundsatz verletzt und den relevanten Sachverhalt in Verletzung von Bundesrecht gewürdigt.

Schliesslich rügt die Beschwerdeführerin, es bestehe im vorliegenden Fall keine Rechtsgrundlage, um eine Busse zu berechnen bzw. eine fiktive Busse in einer Verfügung zu publizieren, weil das KG 1995 zur Anwendung komme, welches keine direkten Sanktionen bei einem Verstoss gegen Art. 5 Abs. 3 KG vorsehe.

Zur Pressemitteilung des Sekretariats vom 10. Januar 2007 äussert sich die Beschwerdeführerin dahingehend, dass diese nach Erhalt des Verfügungsentwurfs erfolgt sei. Die beteiligten Unternehmen seien im Voraus weder über die Tatsache, dass das Sekretariat eine Pressemitteilung herausgebe, noch über den Inhalt der Pressemitteilung informiert worden. Die Beschwerdeführerin sei daher nicht in der Lage gewesen, selbst eine Pressemitteilung vorzubereiten. Darüber hinaus sei diese Pressemitteilung des Sekretariats in der Presse missverstanden worden, da die Medien über den Abschluss des Verfahrens durch die Weko berichtet und das Verfahren (nicht nur das Untersuchungsverfahren) als abgeschlossen erachtet hätten. Aufgrund der bisherigen Praxis der Weko habe die Presse davon ausgehen dürfen, dass das Sekretariat bei Abschluss des Untersuchungsverfahrens keine Pressemitteilung erlasse. Die fragliche Pressemitteilung habe zu einer Vorverurteilung der beteiligten Unternehmen in den Medien geführt. Das Sekretariat habe damit den Grundsatz der Unschuldsvermutung verletzt.

### C.

Mit innert verlängerter Frist eingereichter Vernehmlassung vom 7. April 2009 beantragt die Weko unter Hinweis auf die Begründung in der angefochtenen Verfügung - die Abweisung der Beschwerde, unter Kostenfolge.

Die Vorinstanz führt aus, die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs trete ein, sobald eine der in Art. 5 Abs. 3 KG aufgeführten Abreden nachgewiesen sei. Der Nachweis der Vermutungsbasis erfordere lediglich den Nachweis des Vorliegens solcher Abreden, nicht aber den Nachweis, dass diese Abreden tatsächlich genügend Wirkung auf dem Markt erzielten.

Die Weko stellt sich auf den Standpunkt, die in Art. 5 Abs. 3 KG enthaltene Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs könne durch den Nachweis widerlegt werden, dass trotz der Abrede wirksamer Innen- oder Aussenwettbewerb bestehen bleibe. Gelingen das nicht, sei die Abrede unzulässig. Die Weko habe die Widerlegung der Vermutung ausführlich untersucht. Sie sei zum Schluss gekommen, die zur Diskussion stehende Abrede sei marktumfassend, weshalb ein aktueller Aussenwettbewerb nicht bestehen könne. Ebenso wenig habe ein potentieller Aussenwettbewerb vorliegen können, denn der von der potentiellen Konkurrenz ausgehende Wettbewerbsdruck sei als ungenügend zu qualifizieren und habe keine disziplinierende Wirkung auf den Markt ausüben können.

Die Vorinstanz erklärt auch, weshalb ihrer Meinung nach während der untersuchten Zeitspanne Innenwettbewerb nicht gegeben sei. Sie begründet den Unterschied zwischen den Volumina der in der Konvention vorgesehenen Kontingente und derjenigen der tatsächlichen Umsätze unter Hinweis auf diverse Faktoren (den Unterschied zwischen den von der Konvention erfassten und den von der Konvention nicht erfassten Aufträgen, die nicht gleichmässige Zurechnung der Aufträge über Fr. 1 Mio. bzw. der gemischten Aufträge zu den Kontingenten, den Umstand, dass Offertpreise, die nicht innerhalb von zwei Monaten einen Auftrag generierten, von den Kontingenten abgezogen wurden). Den Parteien sei zudem bekannt, dass sich die pendenten Arbeiten per 30. Juni 2004 für das Jahr 2002 auf Fr. 10,6 Mio., für das Jahr 2003 auf Fr. 27,8 Mio. und für das Jahr 2004 auf Fr. 5,3 Mio. beliefen (act. 354). Unter Berücksichtigung der Aufträge, die noch nicht durchgeführt worden seien, sei das Gesamtvolumen der über das Rotationssystem vergebenen Aufträge sogar noch grösser als in der Tabelle 3 der angefochtenen Verfügung aufgeführt. Die letzte Zeile dieser Tabelle entspreche dem Verhältnis der im Rahmen des Rotationssystems verteilten Beträge zu den Umsätzen im Bereich Strassenbau pro Jahr. Infolge von Abgrenzungsproblemen der Erlöse aus verschiedenen Arbeiten sei nicht auszuschliessen, dass diese Umsätze von den Unternehmen zu hoch (und in der Tabelle 3 zu tief) ausgewiesen worden seien, da die Unternehmen aus den jährlichen Erlösen, in denen auch die Erlöse anderer Arbeiten enthalten gewesen seien, jene aus Strassenbauarbeiten hätten "identifizieren müssen". Somit sei über die Jahre hinweg effektiv erheblich mehr als 62 % der Aufträge über das in der Konvention vorgesehene Rotationssystem abgewickelt worden. Unter Einbezug der pendenten Arbeiten per 30. Juni 2004 betrage das Auftragsvolumen durchschnittlich 72 % des Markts. Den letzten beiden Spalten der Tabelle 3 sei zu entnehmen, dass die durch das Rotationssystem tatsächlich erzielte Aufteilung des Markts und die in der Konvention Vorgesehene nur minim voneinander abge-

wichen hätten (+/- 0,5 %). Damit sei das Ziel der Konvention realisiert worden.

Die Weko geht davon aus, dass die Aufträge, die nicht in den Kontingenten erschienen seien, nicht dem freien Wettbewerb unterlägen. In einem von der Abrede geprägten Markt bestehe generell wenig Anreiz für eine Senkung der Preise in Bezug auf Aufträge, die nicht im Rahmen des Rotationssystems vergeben worden seien. Die Diskrepanz der Preise innerhalb der abgesprochenen und nicht abgesprochenen Aufträge würde sonst die Gefahr des Aufdeckens der abgesprochenen Aufträge in sich bergen.

Entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin könne die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nicht aufgrund der starken Marktgegenseite umgestossen werden. Mit ihrem Vorbringen verkenne die Beschwerdeführerin den Umstand, dass es dem Kanton während Jahren nicht gelungen sei, die Abrededepartner gegeneinander auszuspielen, um so eine Destabilisierung zu bewirken. Eine kartellrechtliche Würdigung der Stellung der Marktgegenseite erübrige sich von vornherein. Im Übrigen seien es die kantonalen Behörden gewesen, die sich wegen des hohen Preisniveaus an die Weko gewandt hätten. So hätten sich die kantonalen Behörden gegen Preise gewehrt, die nicht den Wettbewerbspreisen entsprochen hätten.

Aus dem Umstand, dass die Unternehmen möglicherweise keinen Gewinn erzielt hätten, folge entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerin nicht, dass keine Monopolrente erwirtschaftet worden sei. Die Kartellrente könne z.B. auch in der Aufrechterhaltung ineffizienter Strukturen und Überkapazitäten investiert werden. Die Senkung der Preise in der Zeit nach April 2005 bzw. nach Auflösung der Abrede zeige, dass der Wettbewerb auf dem Markt nicht mehr beseitigt sei und eine Strukturbereinigung eingesetzt habe. Der Schaden bestehe für jeden privaten und öffentlichen Auftrag in der Differenz zwischen dem tatsächlich bezahlten Preis und dem Preis, der sich im Wettbewerb bei einer effizienten Produktionsstruktur ergebe. Um den Wettbewerbspreis zu bestimmen, könne die von der Beschwerdeführerin genannte Kostenmethode nicht angewandt werden. Es sei nicht Sache der Weko, im Rahmen eines Verfahrens gemäss Art. 5 Abs. 3 KG den angemessenen Wettbewerbspreis zu bestimmen. Die Beschwerdeführerin irre sich, wenn sie behauptete, dass der gegenwärtige Marktpreis Ergebnis eines ruinösen Preiskampfes sei. Unter Hinweis auf die Abbildung 1 im Anhang ihrer Vernehmlassung kommt die Weko zum Schluss, dass die Baupreise für den Neubau von Strassen im Kanton Tessin seit April 2005 im Vergleich zu anderen Kantonen und Regionen nach wie vor hoch seien.

Die Weko widersetzt sich den Argumenten der Beschwerdeführerin, wonach das Vorhandensein von Qualitätswettbewerb die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegen könne, da der zweitbilligste Submittent auch nach Inkrafttreten des neuen kantonalen Gesetzes über das öffentliche Auftragswesen vom 20. Februar 2001 (LCPubb) oft mehr als 5 % teurer als der Gewinner der Ausschreibung gewesen sei. Zudem seien die Offerten der teureren Submittenten in der Regel weniger detailliert und lückenhaft gewesen. In der

Folge habe meistens der billigste Anbieter auch nach der kantonalen Gesetzesänderung den Zuschlag erhalten. Somit liege kein Markt vor, auf dem es trotz Ausschaltens des Parameters Preis aufgrund anderer Faktoren noch zu einem Wettbewerb komme. In diesem Zusammenhang sei noch festzuhalten, dass ein substantieller Teil der Aufträge, die über das Rotationssystem vergeben worden seien, als Offerten in öffentlichen Ausschreibungen eingereicht worden seien. Im Submissionsverfahren sei die Qualität gegeben, so dass dem Preis eine entscheidende Rolle zukomme. Eine Submissionsabsprache beeinträchtigt sämtliche wesentlichen Angebotskriterien.

Die Weko ist der Ansicht, selbst bei Widerlegung der Vermutung läge dennoch zumindest eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG vor, die nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden könnte.

Dem Einwand der Beschwerdeführerin, sie habe sich an die gesetzlichen kantonalen Vorgaben gehalten, hält die Weko entgegen, Adressaten der nicht mehr existierenden gesetzlichen Bestimmung betreffend Berücksichtigung der Arbeitslast der Unternehmen bei Auftragsvergaben seien nicht die Unternehmen, sondern die kantonale Beschaffungsstelle. Sinn und Zweck des Gesetzes könne kaum die Förderung von Auftragszuteilungen und Preisabsprachen unter den Unternehmen gewesen sein. Auch sei zu bedenken, dass die paritätische Kommission, deren Bildung nach Ansicht der Beschwerdeführerin unter anderem das Verhalten der beteiligten Unternehmen veranlasst habe, im Jahre 1995 gegründet worden sei, während dagegen die Konvention erst aus dem Jahre 1998 stamme, was an einer unmittelbaren Beeinflussung zumindest zweifeln lasse. Die Beschwerdeführerin verkenne, dass die Abrede zwischen den Strassenbauunternehmen unabhängig von der Haltung des Kantons bestanden habe. Die Ermittlungen des Sekretariats hätten keine Verbindung zwischen der Abrede und dem Verhalten des Kantons ergeben. Eine allfällige Prüfung des Verhaltens des Kantons im Lichte von Art. 7 KG sei nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

Die Weko stellt sich auf den Standpunkt, sie habe eine zutreffende Schlussfolgerung bezüglich des Preisniveaus gezogen. Die Beschwerdeführerin verkenne, dass Wettbewerbspreise über gewisse Perioden hinweg nicht kostendeckend sein müssten. Dies gelte namentlich für Perioden, in welchen Strukturbereinigungen stattfinden bzw. Überkapazitäten abgebaut würden. Die Abbildung 1 im Anhang der Vernehmlassung illustriere das überdurchschnittliche Preisniveau in der Zeit vor März 2005 und zugleich den Beginn einer Marktumstrukturierung nach diesem Zeitpunkt. Ihrerseits zeige die Beschwerdeführerin nicht, dass die Preise nach März 2005 nicht kostendeckend gewesen seien.

Hinsichtlich der Vorwürfe der Beschwerdeführerin, wonach die Weko durch die Pressemitteilung eine Vorverurteilung der beteiligten Unternehmen in den Medien vorgenommen habe, führt die Vorinstanz aus, eine Orientierung der Öffentlichkeit nach Abschluss der Ermittlungstätigkeiten des Sekretariats der Weko erfolge generell in den Fällen, in denen eine Reaktion der Parteien gegenüber der Presse erwartet werde.

#### D.

Mit Schreiben vom 11. April 2008 hat das Bundesverwaltungsgericht dem Unternehmen Costra SA auf dessen Anfrage vom 22. Februar 2008 hin mitgeteilt, ihr könne im vorliegenden Verfahren die beantragte Parteistellung nicht gewährt werden, da sie keine Beschwerde gegen die angefochtene Verfügung erhoben habe.

Mit Schreiben vom 11. April 2008 hat das Bundesverwaltungsgericht auch dem Dipartimento del territorio auf dessen Anfrage vom 10. März 2008 hin mitgeteilt, es könne im vorliegenden Verfahren nicht als Partei gelten, sondern falle unter den Kreis der "anderen Beteiligten" gemäss Art. 57 VwVG.

Mit Schreiben vom 16. April 2008 hat das Dipartimento del territorio in seiner Eigenschaft als anderer Beteiligter, ihm die Beschwerde zuzustellen und eine angemessene Frist für eine Stellungnahme anzusetzen.

#### E.

Am 23. Mai 2008 hat die Beschwerdeführerin dem Bundesverwaltungsgericht eine um die Geschäftsgeheimnisse bereinigte Beschwerdeschrift zukommen lassen.

Mit Eingabe vom 28. April 2008 hat die Beschwerdeführerin das Bundesverwaltungsgericht um Zustellung verschiedener Akten gemäss Aktenverzeichnis der Vorinstanz ersucht.

Am 28. Mai 2008 hat die Vorinstanz die verlangten Akten eingereicht und darauf hingewiesen, dass aus ihrer Sicht sowohl diese als auch die bereits dem Gericht zugestellten Akten keine Geschäftsgeheimnisse enthielten.

Mit Verfügung vom 5. Juni 2008 hat das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerdeführerin die von ihr verlangten Akten (mit Ausnahme von act. 533) zur Kenntnis gebracht und ihr zugleich Gelegenheit gegeben, ihre Beschwerdebegründung zu ergänzen.

#### F.

Mit Verfügung vom 17. Juli 2008 hat das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerdeführerin und die Vorinstanz bzw. die Beschwerdeführerinnen im Parallelverfahren B-360/2008 aufgefordert, sich zu einer allfälligen Verfahrensvereinigung zu äussern.

Am 31. August 2008 hat die Weko mitgeteilt, keine Einwendungen gegen eine Verfahrensvereinigung zu erheben.

Mit Eingabe vom 13. August 2008 hat sich die Beschwerdeführerin mit der Verfahrensvereinigung einverstanden erklärt, jedoch beantragt, Deutsch als Verfahrenssprache beizubehalten.

#### G.

Mit Verfügung vom 18. September 2008 hat das Bundesverwaltungsgericht dem Dipartimento del territorio die aus der Sicht der Beschwerdeführerin um die Geschäftsgeheimnisse bereinigte Fassung der Beschwerde bzw. die Vernehmlassung der Vorinstanz zur Stellungnahme unterbreitet.

Mit Vernehmlassung vom 31. Oktober 2008 hat das Dipartimento del territorio die Bestätigung der angefocht-

tenen Verfügung beantragt und den Antrag auf Einsicht in die Vorakten vom 24. Oktober 2008 zurückgezogen. Diese Vernehmlassung wurde mit Verfügung vom 5. November 2008 den Parteien zur Kenntnis zugestellt.

## H.

Am 3. Juli 2009 hat das Bundesverwaltungsgericht den Parteien mitgeteilt, dass ein weiterer Schriftenwechsel aus damaliger Sicht nicht erforderlich schien.

## I.

Mit Schreiben vom 4. Februar 2010 haben die Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin ihre Kostennote eingereicht.

## J.

Auf die bisher genannten Vorbringen und die weiteren Ausführungen der Verfahrensbeteiligten wird, soweit sie rechtserheblich sind, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

### Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

#### 1.

Ob die Prozessvoraussetzungen vorliegen und auf eine Beschwerde einzutreten ist, hat das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition zu prüfen (BVGE 2007/6 E. 1 m. w. H.).

**1.1** Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen die Verfügung der Weko vom 19. November 2007. Diese stellt zumindest in formeller Hinsicht eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) dar. Das Bundesverwaltungsgericht ist als Beschwerdeinstanz für die Behandlung der vorliegenden Streitsache zuständig (Art. 31 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht [VGG, SR 173.32], Art. 33 Bst. f VGG i. V. m. Art. 47 Abs. 1 Bst. b VwVG), zumal keine Ausnahme nach Art. 32 VGG greift.

**1.2** Die Beschwerdeführerin hat am Verfahren vor der Wettbewerbskommission teilgenommen und ist formelle Verfügungsadressatin. Ihre Vertreter haben sich rechtsgenügend durch Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 Abs. 2 VwVG). Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

Ob und inwiefern die Beschwerdeführerin durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein als schutzwürdig anzuerkennendes Interesse an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung hat, mithin im Sinne von Art. 48 Abs. 1 VwVG zur Beschwerde legitimiert ist, hängt unter anderem davon ab, wie die angefochtene Verfügung zu qualifizieren ist. Je nachdem, wie die Beantwortung dieser Frage ausfällt, kann auf die Beschwerde eingetreten werden (vgl. hinten E. 2-2.4.6).

#### 2.

**2.1** Das Kartellgesetz bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen

marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (Art. 1 KG). Das KG wurde im Jahr 2003 teilweise geändert (Änderung vom 20. Juni 2003, AS 2004 1385). Die neuen Bestimmungen sind seit 1. April 2004 in Kraft.

**2.2** Hauptziel der Änderung des Kartellgesetzes ist die Einführung direkter Sanktionen bei den besonders schädlichen kartellrechtlichen Verstössen. Mit der genannten Änderung soll vor allem auch die Präventivwirkung des Gesetzes bzw. die Entdeckungswahrscheinlichkeit erhöht werden (Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, BBI 2002 2022 ff., 2023 f. und 2034). Vor der Revision konnten Verwaltungs- und Strafsanktionen nach Art. 50 und 54 KG nur dann verhängt werden, wenn gegen eine rechtskräftige Verfügung der Wettbewerbsbehörden verstossen wurde. Eine direkte Sanktionierung kartellrechtswidriger Verhaltensweisen war nicht möglich, weshalb die Präventivwirkung des Gesetzes auf ein Minimum reduziert war (vgl. BBI 2002 2028 sowie für weiterführende Hinweise: PATRICK KRAUSKOPF/DOROTHEA SENN, Die Teilrevision des Kartellrechts - Wettbewerbspolitische Quantensprünge, in: Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht [sic!] 2003, S. 3 ff., insbesondere S. 8).

**2.3** Das Sekretariat eröffnete am 4. April 2005 im Einverständnis mit einem Mitglied des Präsidiums der Weko eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG wegen einer allenfalls unzulässigen Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG und wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen gemäss Art. 7 KG. Während der Untersuchung hat die Weko die Konvention vom 15. Dezember 1998 geprüft, welche gemäss ihrer Ermittlungen von 17 im Kanton Tessin tätigen Strassenbauunternehmen abgeschlossen wurde.

In der angefochtenen Verfügung stellte die Weko fest, dass die Anwendung der Konvention im Kanton Tessin in der Zeit ab Januar 1999 bis mindestens Ende 2004 durch 17 Strassenbauunternehmen (worunter sich auch die Beschwerdeführerin befindet) eine Abrede über die Aufteilung der Aufträge sowie eine horizontale Preisabrede und damit eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG darstellte. Des Weiteren verbot die Weko den Strassenbauunternehmen im Kanton Tessin, die Konvention anzuwenden, unter der Androhung, dass Zuwiderhandlungen gegen die angefochtene Verfügung mit Sanktionen gemäss Art. 50 und 54 KG geahndet würden. Die Weko schloss das Verfahren ab, unter anderem mit dem Hinweis, dass aufgrund der Aufhebung der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung vor Ende März 2005 keine direkte Sanktion gemäss Art. 49a KG ausgesprochen werden könne. Schliesslich behielt sich die Weko vor, die Wettbewerbsverhältnisse auf den Märkten für Belagsproduktion sowie für Strassen- und Belagsbau im Kanton Tessin für die Zeit ab April 2005 zu einem späteren Zeitpunkt erneut zu untersuchen.

**2.4** Die Weko hat das aus ihrer Sicht wettbewerbswidrige Verhalten der Tessiner Strassenbauunternehmen im Zeitraum vom Januar 1999 bis Ende 2004 untersucht. Da die neuen KG-Bestimmungen auf den 1. April 2004 in Kraft gesetzt wurden, wäre auf den hier zu beurteilen-

den Sachverhalt grundsätzlich das neue Recht anwendbar (vgl. hierzu aber E. 2.4.2).

**2.4.1** In Bezug auf Art. 5 Abs. 3 KG hat die Revision 2003 materiellrechtlich keine Änderung gebracht.

**2.4.2** Bezüglich der Möglichkeit der direkten Sanktionierung (Art. 49a KG) aufgrund einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung (Art. 5 Abs. 3 KG) ist die Schlussbestimmung zur Änderung vom 20. Juni 2003 zu berücksichtigen (nachfolgend: Schlussbestimmung). Nach dieser Bestimmung entfällt eine Belastung nach Art. 49a KG, wenn eine bestehende Wettbewerbsbeschränkung innert eines Jahres nach Inkrafttreten von Art. 49a KG (d. h. bis 30. März 2005) gemeldet oder aufgelöst wird. Ist diese Bedingung erfüllt, so gilt das alte Recht bis spätestens ein Jahr nach Inkrafttreten der neuen Sanktionsordnung weiter.

Vorliegend ist unbestritten, dass die von der Weko untersuchte Wettbewerbsbeschränkung innert der von der Schlussbestimmung vorgesehenen Frist aufgehoben wurde und dass die Weko gestützt auf diese Bestimmung keine direkten Sanktionen verhängte. In diesem Zusammenhang stellt sich dennoch die Frage, ob die Feststellung in der Vergangenheit liegender und abgeschlossener Wettbewerbsbeschränkungen sowie das Verbot, diese in Zukunft anzuwenden - unter Androhung der Sanktionen nach Art. 50 und 54 KG im Fall einer Zuwiderhandlung - noch einen Sinn ergibt, zumal die Weko künftig (d. h. nach Ablauf der Frist gemäss Schlussbestimmung) solche Wettbewerbsbeschränkungen direkt sanktionieren kann. Diese Frage ist insofern gerechtfertigt, als die angefochtene Verfügung aufgrund der Möglichkeit, auch abgeschlossene Wettbewerbsbeschränkungen künftig direkt zu sanktionieren, gegenüber den involvierten Unternehmen kaum bemerkenswerte Rechtswirkungen zu entfalten scheint und daher Zweifel am Verfügungscharakter sowie auch am Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführerin (vgl. vorne E. 1.2) aufkommen könnten.

**2.4.3** Die Schlussbestimmung regelt die übergangsrechtliche Anwendbarkeit der direkten Sanktionen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG. Die in dieser Norm vorgesehene Belastung entfällt, wenn eine bestehende Wettbewerbsbeschränkung innert eines Jahres nach Inkrafttreten von Art. 49a KG gemeldet oder aufgelöst wird. Mit anderen Worten macht die Schlussbestimmung die Nichtanwendung des neuen Rechts von zwei alternativen Tatbestandsbedingungen abhängig: das "Melden" oder das "Auflösen" (CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, Zürich/Basel/Genf, 2007, S. 188; Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes BBI 2002 2048; PETER REINERT, in: Baker & McKenzie, Stämpfli Handkommentar zum KG, Bern 2007, Rz. 3 ad Übergangsbestimmung zur Änderung vom 20. Juni 2003). Der Sanktionsausschluss bezieht sich auf diejenigen Wettbewerbsbeschränkungen, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Gesetzesänderung am 1. April 2004 bereits existierten (Urteil des Bundesgerichts 2A.287/2005 vom 19. August 2005 E. 3.1). Dem Instrument der Meldung bzw. Auflösung kommt eine übergangsrechtliche Funktion zu. Dadurch wird den Unternehmen einerseits bewusst gemacht, dass für sie mit dem Inkrafttreten der Gesetzes-

änderung das Risiko direkter Sanktionen neu entsteht. Andererseits bewirken die fristgerechte Meldung oder Auflösung den Ausschluss der neuen Sanktionen. Nicht meldefähig im Sinne der Schlussbestimmung sind nur diejenigen Sachverhalte, über die bereits ein Verfahren nach Art. 26 ff. KG eingeleitet und dessen Eröffnung dem Unternehmen mitgeteilt wurde. Um direkten Sanktionen zu entgehen, bleibt im Fall nicht meldefähiger Sachverhalte nur noch die Möglichkeit übrig, innert der Frist von einem Jahr ab Inkrafttreten des neuen Rechts die Wettbewerbsbeschränkung aufzulösen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.287/2005 vom 19. August 2005 E. 3.4 f.).

Den Materialien zur Änderung vom 20. Juni 2003 ist indessen nicht zu entnehmen, dass die Übergangsbestimmung weitergehende Ziele anstrebt als die bereits erwähnten. Insbesondere geht aus dieser Vorschrift keine Absicht hervor, die Unternehmen vor der Eröffnung einer Untersuchung bzw. vor direkten oder indirekten Sanktionen aufgrund der bereits praktizierten Verhaltensweisen auch für den Fall zu bewahren, dass diese in Zukunft das kartellrechtswidrige Verhalten wieder aufnehmen. Insofern gewährt die Schlussbestimmung einzig Schutz vor den direkten Sanktionen während der entsprechenden Jahresfrist. Sie hält die Wettbewerbsbehörden nicht davon ab, in einer Verfügung die Unzulässigkeit von vergangenen Wettbewerbsbeschränkungen festzustellen und deren Anwendbarkeit für die Zukunft zu verbieten unter Androhung der Sanktionen im Widerhandlungsfall.

**2.4.4** Mit der Schlussbestimmung beabsichtigte der Gesetzgeber, die unter dem alten Recht noch bestehenden Verhaltensweisen aufzulösen und diese von den direkten Sanktionen auszuschliessen. Somit konnten die Unternehmen ihre am 1. April 2004 noch unzulässigen Verhaltensweisen anpassen und in Übereinstimmung mit dem Gesetz bringen (vgl. PATRICK KRAUSKOPF/CORINNE PIRLOT PITTET, La nouvelle Loi sur les Cartels: Un Vade-mecum pour les Entreprises, in: sic! 2004, S. 242 ff., insbesondere S. 248). Was auf den ersten Blick wie eine Privilegierung derjenigen Wettbewerbsbeschränkungen und Verhaltensweisen erscheint, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der KG-Revision 2003 noch bestanden, beschränkt sich in Wahrheit nur auf die Konsequenz, dass für bestehende aber fristgerecht gemeldete oder aufgelöste Wettbewerbsbeschränkungen die Sanktionsordnung des KG 1995 noch bis zum Abschluss allfälliger Verfahren anhält. In diesem Sinn ermöglicht die Schlussbestimmung eine Nachwirkung des alten Rechts. Die von der Schlussbestimmung angeordnete Rechtsfolge (die Sanktionsbefreiung) bezieht sich aber nur auf die Verhängung direkter Sanktionen. Gemäss Schlussbestimmung wird indessen nicht ausgeschlossen, dass Sanktionen gestützt auf Art. 50 KG ausgesprochen werden können. Die Befreiung von direkten Sanktionen als Rechtsfolge der Schlussbestimmung kann nicht dazu führen, dass Unternehmen das fragliche wettbewerbsbeschränkende Verhalten noch beliebig lange ausüben können (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.287/2005 vom 19. August 2005 E. 3.4 i.f.). Die Weko muss daher jederzeit die Möglichkeit haben, ein Verfahren einzuleiten und dabei über die Zulässigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen zu befinden. Bei ge-

gebenen Voraussetzungen kann die Weko die Untersuchung abschliessen, indem sie die Unzulässigkeit der Wettbewerbsbeschränkungen feststellt und deren Anwendung verbietet, unter Androhung von Sanktionen nach Art. 50 (und 54) KG für den Fall der Zuwiderhandlung (vgl. PETER REINERT, a.a.O. Rz. 1 ad Art. 50 KG und Rz. 6-8 ad Übergangsbestimmung zur Änderung vom 20. Juni 2003; JÜRIG BORER, Kartellgesetz, Kommentar zum Kartellgesetz, Zürich 2005, Rz. 33 ff. ad Art. 49a KG; IRENE KLAUER, Die Übergangsbestimmung im neuen Kartellgesetz: Sanktionen trotz Meldung, in: sic! 2004 S. 714 ff, S. 717; RETO JACOBS, Sanktionen vermeiden - Meldung gemäss revidiertem Kartellrecht, in: Jusletter vom 27. September 2004, Rz. 10, 16; PHILIPPE SPITZ, Ausgewählte Problemstellungen im Verfahren und bei der praktischen Anwendung des revidierten Kartellgesetzes, in: sic! 2004, S. 553, 562 f.).

Falls die in der angefochtenen Verfügung genannten Unternehmen gegen das Verbot der Anwendung der Konvention verstossen und ein Wiederholungsfall vorliegen würde, könnte die Weko gegen diese Unternehmen eine Sanktion gemäss Art. 50 KG in Bezug auf die bereits untersuchte Periode anordnen, ohne die Untersuchung gemäss Art. 27 KG für die bereits beurteilte Periode neu eröffnen zu müssen. In diesem Zusammenhang gilt es anzumerken, dass nach Art. 50 KG Sanktionen in derselben Höhe wie nach Art. 49a KG verhängt werden können, da diese Bestimmung anlässlich der Revision 2003 in Bezug auf die Grundsätze und Obergrenze für die Sanktionsbemessung an Art. 49a Abs. 1 KG angepasst wurde. Für die Kriterien der Sanktionsbemessung ist im Übrigen die Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen vom 12. März 2004 (KG-Sanktionsverordnung, SVKG, SR 251.5) analog anwendbar (TAGMANN, a.a.O., S. 309 ff.; REINERT, a.a.O., Rz. 11 ad Art. 50 KG). Die Wiederaufnahme von Wettbewerbsbeschränkungen, deren Unzulässigkeit rechtskräftig festgestellt wurde, könnte als wiederholter Verstoss gegen das Kartellgesetz und mithin als erschwerender Umstand zu einer Sanktionserhöhung beurteilt werden (vgl. Art. 5 Abs. 1 SVKG). Dazu kommt, dass das Verschulden bei einem Verstoss gegen eine rechtskräftige Verfügung, die das Vorliegen unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen feststellt, tendenziell schwerer als im Fall einer direkten Sanktion zu beurteilen sein dürfte (vgl. auch PHILIPP ZURKINDEN/HANS RUDOLF TRÜEB, Das neue Kartellgesetz, Handkommentar, Zürich 2004, Art. 50 Rz. 2; PETER REINERT, a.a.O., Rz. 11 ad Art. 50).

Nach dem Gesagten macht es Sinn, auch diejenigen Verhaltensweisen zu untersuchen, die innert der von der Schlussbestimmung vorgesehenen Frist aufgelöst wurden, und, sofern eine kartellrechtliche Unzulässigkeit festgestellt wurde, die Anwendung solcher Praktiken, unter Sanktionsandrohung nach Art. 50 KG im Zuwiderhandlungsfall, zu verbieten. Ziffer 1 Bst. a und b sowie Ziffer 2 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung sind grundsätzlich geeignet, für die Erhaltung des wirksamen Wettbewerbs zu sorgen und stehen im Einklang mit dem Ziel des Gesetzes (Art. 1 KG).

**2.4.5** Das Dispositiv der angefochtenen Verfügung lässt sich nicht nur unter dem Gesichtspunkt der Schlussbe-

stimmung, sondern auch unter Berücksichtigung von Art. 27 KG nachvollziehen.

In Art. 27 KG sind die Voraussetzungen für die Eröffnung einer Untersuchung enthalten. Es handelt sich dabei um eine verwaltungsverfahrensrechtliche Bestimmung im Rahmen des Kartellgesetzes. Mit der KG-Revision 2003 wurde die deutsche Fassung dieser Bestimmung leicht modifiziert, währenddem der französische und italienische Text unverändert blieben. Das Bundesgericht hat bereits erkannt, dass Art. 27 Abs. 1 KG in der bisherigen sowie in der abgeänderten deutschen Fassung die gleiche Auslegung zulasse.

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung besteht gerade im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens ein öffentliches Interesse, auch in der Vergangenheit liegende, abgeschlossene Sachverhalte zu untersuchen, indem einerseits das Vorliegen von unerlaubten Preisabsprachen nach Abschluss der Submission nachträglich festgestellt bzw. erneute derartige Absprachen in anderen Submissionsverfahren untersagt und für den Fall der Zuwiderhandlung Sanktionen gemäss Art. 50 und 54 KG angedroht werden (Urteil des Bundesgerichts 2A.59/2005 vom 22. August 2005 E. 3.3).

**2.4.6** Nach dem Gesagten konnte die Weko - aufgrund der zur Zeit der angefochtenen Verfügung geltenden Rechtsordnung - zurecht die Unzulässigkeit der während der von der Schlussbestimmung vorgesehenen Frist aufgelösten Wettbewerbsabrede feststellen und die Anwendung derselben verbieten, unter Androhung der Sanktionen nach Art. 50 und 54 KG im Fall der Zuwiderhandlung. Die angefochtene Verfügung erfüllt damit die Voraussetzungen des Verfügungsbegriffs gemäss Art. 5 VwVG und stützt sich auf eine hinreichende gesetzliche Grundlage. Da sie die involvierten Unternehmen beschwert, ist auch die Beschwerdeführerin zur Beschwerde legitimiert und die Prozessvoraussetzungen sind damit insgesamt gegeben (vgl. vorne E. 1.2 und E. 2.4.2 i.f.). Auf die Beschwerde ist demnach einzutreten.

Ob und inwiefern eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG vorgelegen hat und nachweisbar ist, ist in den nachfolgenden Erwägungen zu prüfen (vgl. E. 7 ff.).

### 3.

Das Kartellgesetz 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). Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG).

In der Botschaft zum Kartellgesetz wird zum Geltungsbereich ausgeführt, dass sämtliche Formen unternehmerischer Tätigkeit erfasst werden, soweit sich daraus eine Wettbewerbsbeschränkung ergeben könne (Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl 1995 I 468 ff., S. 533 Ziff. 222; hiernach: Botschaft KG 1995).

Als privatrechtliche Aktiengesellschaft ist die Beschwerdeführerin eine Firma, welche im Baugewerbe, insbesondere im Bereich der Strassenbauarbeiten tätig ist. Sie hat sich als Offerentin an diversen kantonalen und kommunalen Submissionsverfahren beteiligt. Sie ist damit ein Unternehmen im Sinne von Art. 2 KG.

#### 4.

Das Kartellgesetz findet nur dann Anwendung auf Unternehmen im Sinn von Art. 2 KG, wenn keine Rechtsvorschriften entgegenstehen, die Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen nicht zulassen. Das Gesetz nennt als Beispiele eine staatliche Markt- oder Preisordnung und die Ausstattung von Unternehmen mit besonderen Rechten (Art. 3 Abs. 1 KG). Die Botschaft zum KG führt dazu aus, es müsse tatsächlich die Absicht des Gesetzgebers sein, den Wettbewerb für den fraglichen Wirtschaftsbereich auszuschalten. Soweit für wettbewerbliches Verhalten Raum bleibe, sei das Kartellgesetz anwendbar (Botschaft KG 1995, 539 f.). Diese Grundsätze werden auch von der Doktrin übernommen (vgl. ZURKINDEN/TRÜEB, a.a.O., Rz. 1 ad Art. 3 KG; BORER, a.a.O., Rz. 1 ff. ad Art. 3 KG).

Vorliegend sind keine den Wettbewerb ausschliessende Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG ersichtlich noch werden solche geltend gemacht. Nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung ist hinsichtlich Sachverhalte, die Tatbestände des Gesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen und des Kartellgesetzes zugleich erfüllen, die parallele Anwendung beider Erlasse zulässig (vgl. Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, Vorgängerorganisation des Bundesverwaltungsgerichts [REKO WEF], vom 22. Dezember 2004 [FB/2002-1] E. 5; Urteil des Bundesgerichts 2A.59/2005 vom 22. August 2005 E. 3.3; PETER GAUCH/HUBERT STÖCKLI, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes, Freiburg 1999, These Rz. 28.3, S. 75; PETER GALLI/DANIEL LEHMANN/PETER RECHTSTEINER, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Rz. 69; HEINZ LEITNER, Öffentliche Beschaffungen und Kartellrecht, in: Allgemeine Juristische Praxis [AJP] 1/2003, S. 23 ff.). Die Vorinstanz hat schliesslich erkannt, dass auch das im Kanton Tessin zurzeit geltende Vergaberecht keine Vorschriften enthält, die der Anwendbarkeit des Kartellgesetzes entgegenstünden. Dies wird von der Beschwerdeführerin im Übrigen auch nicht bestritten.

Nach dem Gesagten ergibt sich, dass im hier zu beurteilenden Fall keine Bestimmungen vorliegen, die gegen die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes sprechen.

#### 5.

Die Beschwerdeführerin kann im Rahmen des Beschwerdeverfahrens die Verletzung von Bundesrecht unter Einschluss des Missbrauchs oder der Überschreitung des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts sowie die Unangemessenheit des Entscheids beanstanden (Art. 49 VwVG).

Grundsätzlich hat das Bundesverwaltungsgericht seine Überprüfungsbefugnis voll auszuschöpfen. Es darf aber auch seine Kognition einschränken, soweit die Natur der Streitsache dies sachlich gebietet (ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz.

2.163; BVGE 2007/27 E. 3.1 m. w. H.). Das trifft zu, wenn die Rechtsanwendung technische Probleme, Fachfragen oder sicherheitsrelevante Einschätzungen betrifft, zu deren Beantwortung und Gewichtung die verfügende Behörde aufgrund ihres Spezialwissens besser geeignet ist, oder wenn sich Auslegungsfragen stellen, welche die Verwaltungsbehörde aufgrund ihrer örtlichen, sachlichen oder persönlichen Nähe sachgerechter zu beurteilen vermag als die Beschwerdeinstanz (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2237/2009 vom 15. Dezember 2009 E. 3.2; BGE 131 II 680 E. 2.3.2 m. w. H.).

Geht es um die Beurteilung technischer oder wirtschaftlicher Spezialfragen, in denen die Vorinstanz über ein besonderes Fachwissen verfügt, ist nur bei erheblichen Gründen von der Auffassung der Vorinstanz abzuweichen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-2265/2006 vom 14. September 2009 E. 2.1; in diesem Sinne auch das Bundesgericht in BGE 135 II 296 E. 4.4.3, BGE 133 II 35 E. 3 und BGE 131 II 13 E. 4).

Diese Zurückhaltung ist dem Grundsatz nach auch im Bereich des Wettbewerbsrechts zu beachten. Gemäss Praxis der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen ist es in der Regel Aufgabe der Wettbewerbskommission, die materiellrechtlichen Vorschriften des KG zu konkretisieren und die Wettbewerbspolitik zu formulieren (vgl. Entscheid der REKO WEF vom 9. Juni 2005, publiziert in: Recht und Politik des Wettbewerbs [RPW] 2005 556 f.). Das Bundesverwaltungsgericht setzt die Praxis der REKO WEF insofern fort, als es sich zur Aufgabe macht, zu prüfen, ob die Konkretisierung des offenen Wettbewerbsbegriffs wie auch die Konkretisierung der sonstigen offenen Begriffe des Kartellgesetzes in rechtsstaatlich einwandfreier, rational nachvollziehbarer Art erfolgt (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4037/2007 vom 29. Februar 2008 E. 4.2.2, bestätigt in BGE 135 II 60 E. 3.2.3). Das Bundesverwaltungsgericht begründete in einem jüngst ergangenen Entscheid, inwiefern die Art und Weise, wie es seine Kognition ausübt, mit der Rechtsprechung des EGMR im Einklang steht (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2050/2007 vom 24. Februar 2010 E. 5.6).

#### 6.

Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG).

Im Rahmen der Untersuchung wurde der Weko die Konvention vom 15. Dezember 1998 zugestellt. Im Anhang zur Konvention sind die Unternehmen aufgezählt, die sich daran beteiligt haben. Dabei geht es um die Unternehmen, gegen welche die Untersuchung eröffnet wurde, d. h. um Unternehmen, die zurzeit der Untersuchung im Kanton Tessin im Bereich des Strassenbaus tätig waren. Darunter befindet sich auch die Beschwerdeführerin. Das Ziel der Konvention bestand darin, die Qualität der Arbeitsausführung bzw. ein angemessenes Preisniveau auf Grundlage gegenseitiger Loyalität zwischen den Vertragsparteien zu gewährleisten (Ziffer 2 der Konvention). Anlässlich wöchentlicher Sitzungen, für welche die Teilnahme obligatorisch war, diskutierten Vertreter



der beteiligten Unternehmen die bis Ende der darauf folgenden Woche zu vergebenden Aufträge und bestimmten die Auftragnehmer (Ziffer 3 und 4 der Konvention). Die Beschlüsse wurden mit Mehrheitsentscheid der Sitzungsteilnehmer gefasst. Bei Meinungsverschiedenheiten sollte die Entscheidung in geheimer Abstimmung erfolgen. Bei Stimmgleichheit musste sich das Unternehmen mit dem höchsten Kontingent seiner Stimme enthalten (Ziffer 3 der Konvention). Gegenstand der Konvention waren sämtliche Aufträge der öffentlichen Vergabestellen, sämtliche Aufträge mit einer Auftragshöhe von über Fr. 20'000.- sowie andere mit dem Strassenbau zusammenhängende Leistungen für Dritte (Ziffer 5 der Konvention). Für die Zuteilung der Aufträge sah die Konvention verschiedene Kriterien vor: Die Arbeitsbelastung galt grundsätzlich als wichtigstes Kriterium, gefolgt von Ortsbezogenheit, Spezialisierung, bereits angefertigten Offerten und Vereinbarungen zwischen den Sitzungsteilnehmern (Ziffer 7 der Konvention). Die Auftragssummen der vergebenen Arbeiten wurden vor der Zuteilung bestimmten Kontingenten zugeteilt und mit einem Faktor multipliziert, der je nach Unternehmen unterschiedlich war (Ziffer 8 der Konvention). Die Auftragssummen wurden bei Aufträgen bis zu Fr. 1 Mio. zu 100 % angerechnet, zu 90 % für die folgende Fr. 1 Mio., zu 80 % für die weiter folgende Fr. 1 Mio., aber maximal zu 50 % bei Auftragssummen ab Fr. 5 Mio. (Ziffer 8 der Konvention). Bezüglich gemischter Arbeiten waren spezielle Kontingente vorgesehen (Ziffer 10 der Konvention).

Anlässlich der Untersuchung erklärten alle befragten Strassenbauunternehmen - mit Ausnahme der Luongo SA und der Belagswerke Comibit SA sowie Betasfa SA -, sie hätten den wöchentlichen Sitzungen beigewohnt. Aus den jeweiligen Angaben der untersuchten Unternehmen ging zudem hervor, dass 10 der 18 damals im Kanton Tessin aktiven Strassenbauunternehmen, die zugleich Aktionäre des Belagswerks Comibit SA sind und je einen Sitz in deren Verwaltungsrat haben bzw. hatten, vom Vorliegen der Konvention wussten (vgl. Tabelle 2 in der angefochtenen Verfügung). Comibit SA, Implenia (Ticino) SA sowie Paviclass SA sind Aktionäre des Belagswerks Betasfa SA. Obwohl die Comibit SA und die Betasfa SA in ihren Eingaben beteuerten, an den wöchentlichen Sitzungen nicht teilgenommen zu haben, leitete die Weko aus den bestehenden Beteiligungsverhältnissen ab, dass diese durch ihre Vertreter von den während der Sitzungen gefassten Beschlüssen erfahren haben mussten. Zurecht geht die Weko davon aus, dass die Unternehmen, gegen die ermittelt wurde (mit Ausnahme der Luongo SA), mit der Teilnahme an den wöchentlichen Sitzungen ihr Interesse gezeigt haben, der Konvention auf Grundlage eines "Gentlemen's Agreement" beizutreten. Aufgrund des bisher Abgeklärten durfte sie ebenfalls darauf schliessen, dass die Unternehmen ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken angestrebt haben, indem sie sämtliche in den Anwendungsbereich der Konvention fallenden Strassenbauaufträge unter den an der Konvention beteiligten Unternehmen aufteilten und dabei den Auftragnehmer und die Angebotspreise bestimmten. Gemäss Konvention wurde anlässlich der Sitzungen auch über die Preise der sogenannten "offerte d'appoggio" (Scheinangebote) entschieden. Auf Grund dieser Vorgehensweise ist die

Weko zur Erkenntnis gelangt, dass die Konvention den Wettbewerb zwischen den im Kanton Tessin tätigen Strassenbauunternehmen zu beschränken bezweckte.

Gestützt auf die bisherigen Ausführungen ist ersichtlich, dass die Weko die an eine Wettbewerbsabrede gestellten Anforderungen gemäss Art. 4 KG zurecht als gegeben erachtet. Da die involvierten Unternehmen der gleichen Marktstufe angehören, kann ohne weiteres von einer Horizontalabrede gesprochen werden.

Nachdem die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes auf die fragliche Konvention bejaht und diese als Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG qualifiziert wird, ist in einem nächsten Schritt zu prüfen, ob die genannte Abrede aus wettbewerbsrechtlicher Sicht als zulässig oder unzulässig gilt (vgl. WALTER STOFFEL, Wettbewerbsabreden in Roland von Büren/Lucas David [Hrsg.] Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht [SIWR], Teilbd. 2 Kartellrecht, Basel/Genf/München, 2000, S. 58).

## 7.

Die Weko hielt fest, dass der in der Konvention beschriebene Mechanismus der Auftragszuteilung einerseits eine Rotation der Auftragsausführung und damit eine Marktaufteilung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG bezweckte, andererseits eine horizontale Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG beinhaltete.

Bei den Bestimmungen von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG handelt es sich um sogenannte Vermutungstatbestände. Diese beziehen sich nicht auf die Rechtsfolge der Unzulässigkeit, sondern nur auf die Qualifikation als Abrede, welche den wirksamen Wettbewerb beseitigt (BORER, a.a.O., Rz. 31 ad Art. 5 KG). Von den Sachverhalten, die die Tatbestände der genannten Vorschriften erfüllen (Vermutungsbasis), wird vermutet, dass sie zu einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs führen (Vermutungsfolge). Bei der Beurteilung von Wettbewerbsabreden, die in den Anwendungsbereich von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG fallen, sind zwei Fragen zu prüfen: zunächst einmal, ob ein Tatbestand im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG vorliegt und anschliessend ob die dadurch hervorgerufene Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden kann (vgl. ROGER ZÄCH, Kartellgesetzrevision 2003, Zürich/Basel/Genf, 2004, S. 26 f. sowie STOFFEL, a.a.O., S. 115). Die Rechtsfigur der Vermutung regelt die Folgen der Beweislosigkeit: wenn nicht bewiesen werden kann, dass trotz der Wettbewerbsbeschränkung wirksamer Wettbewerb noch besteht, greift die Vermutung (Botschaft KG 1995 S. 565; zu den Beweisfragen in Zusammenhang mit der Widerlegung der Vermutung vgl. E. 9).

In Art. 5 Abs. 3 und 4 KG ergibt sich der Vermutungstatbestand aus den darin aufgelisteten Abreden. Um diesen nachzuweisen, genügt es, wenn der Abschluss bzw. die Einhaltung solcher Abreden als erwiesen gilt. Entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin ist der Nachweis der tatsächlichen Wirkung auf dem Markt nicht erforderlich. Dies ergibt sich aus dem Gesetzestext: In Art. 5 Abs. 3 KG wird ausdrücklich nur auf "Abreden" und nicht auf "wirksame Abreden" verwiesen. Das ist insofern sinnvoll, als erfahrungsgemäss solche Abreden die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs zur Folge ha-

ben; mit der Schaffung der Vermutungstatbestände beabsichtigte der Gesetzgeber eine Erleichterung der Kontrolle dieser Art von Wettbewerbsabreden und eine Vereinfachung des Untersuchungsverfahrens (Botschaft KG 1995 S. 565; ROGER ZÄCH, Kartellgesetzrevision 2003, S. 26 f.; FRANZ HOFFET, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey [Hrsg.] Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, Rz. 112; a.M. STOFFEL, a. a. O., S. 115: nach diesem Autor ist die Vermutungsbasis erst erstellt, wenn sich die Abreden nach Art. 5 Abs. 3 KG auf dem relevanten Markt erheblich auswirken und damit eine "genügende" Marktdeckung erreicht ist). In diesem Sinne würde es dem Willen des Gesetzgebers zuwiderlaufen, wenn der Vermutungsträger auch die genügende Wirksamkeit der Abreden, die den Vermutungstatbestand bilden, nachweisen müsste. Gegen den Nachweis der Vermutungsbasis steht allerdings der Gegenbeweis offen, so dass die Vermutungsbasis, sollte diese als erbracht betrachtet werden, dahinfallen würde (vgl. ROGER ZÄCH, Kartellgesetzrevision 2003, S. 26).

Der Beweis für die Feststellung des die Vermutungsbasis begründenden Sachverhalts ist gemäss der im Verwaltungsverfahren geltenden Untersuchungsmaxime von Amtes wegen zu erheben (PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVER SCHALLER, in: Marc Amstutz/Mani Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar Kartellgesetz, Basel 2010, Rz. 641 ad Art. 5; STOFFEL, a. a. O., S. 115). Für die Vermutungsbasis ist nach dem Gesagten grundsätzlich auf den Inhalt der konkreten Abrede abzustellen. Die konkreten Auswirkungen der Abrede auf den Wettbewerb müssen indessen nicht bewiesen werden. Auch das Bundesgericht scheint von diesen Grundsätzen auszugehen, wenn es generell festhält, dass eine horizontale Preisabrede nach dem eindeutigen Wortlaut von Art. 5 Abs. 3 KG nur die Vermutung einer Wettbewerbsbeseitigung begründe und nicht auch, dass eine Beseitigung des Wettbewerbs unabänderlich feststünde (BGE 129 II 18 E. 8.3.1).

Gemäss Konventionstext (inklusive Anhang) verpflichteten sich sämtliche im Kanton Tessin tätigen Strassenbauunternehmen (mit Ausnahme der Luongo SA), anlässlich wöchentlicher obligatorischer Sitzungen die von der öffentlichen Hand und von Privaten nachgefragten Arbeiten im Voraus unter sich so zu verteilen, dass jedes Unternehmen genügend Aufträge erhielt. Für die aus der Sicht der an der Konvention beteiligten Unternehmen "gerechte" Auftragsverteilung sorgten ein bestimmtes Kontingentsystem und die Multiplikationsfaktoren. Zugleich verpflichteten sich die Unternehmen, die Preise der für den Zuschlag vorgesehenen Offerte und denjenigen der Scheinangebote zu bestimmen. Aus dieser in der Konvention vorgeschriebenen Vorgehensweise ist ersichtlich, dass die an einem Submissionsverfahren teilnehmenden Anbieter das Vorliegen von Wettbewerb auf dem relevanten Markt nur vortäuschten, während den betroffenen Auftraggebern aufgrund der bereits im Voraus abgesprochenen Angebotspreise verunmöglicht wurde, den Wettbewerbspreis für den zu vergebenden Auftrag vorschriftsgemäss zu ermitteln. Die vorliegende Konvention weist somit die charakteristischen Merkmale einer Submissionsabsprache auf (vgl. CHRISTOPH HEITZ, Die Sanktionierung von Submissionsabsprachen, Zü-

rich/Basel/Genf 2008, S. 25 ff. und 79 ff.; BENEDICT F. CHRIST, Die Submissionsabsprache, Freiburg 1999, Rz. 260 ff. und 373 ff.). Die Konvention als solche stellt einen Eingriff in das freie Spiel von Angebot und Nachfrage dar, da sie die daran beteiligten Unternehmen zu einer Preisfestsetzung der Angebote bzw. einer Aufteilung der Strassenbauaufträge unter Geschäftspartnern verpflichtet.

Die Weko hat sich aber nicht nur damit begnügt, das Vorliegen des Abschlusses der Konvention bzw. der Vermutungsbasis darzulegen, sondern sie hat anhand der aus der Untersuchung gewonnenen Ergebnisse erkannt, dass die Konvention zwischen Januar 1999 bis mindestens Ende 2004 auch tatsächlich umgesetzt wurde. Gestützt auf ihre Erhebungen (209 Tabellen, die die im Voraus festgelegten Auftragsvergaben anlässlich der Sitzungen belegen; 192 Seiten, in welchen die pendenten Arbeiten aufgelistet sind; Ausführungen der Unternehmen, des Dipartimento del territorio des Kantons Tessin, diverser Tessiner Gemeinden, der Branchenorganisationen ATIPS und ASTAG) gelangt die Weko zum Schluss, dass die Multiplikationsfaktoren die Grösse und das Alter der Unternehmen widerspiegeln. Je tiefer der Multiplikationsfaktor, desto grösser und älter war das betreffende Unternehmen. Den Unternehmen mit einem tieferen Multiplikationsfaktor wurden höhere Auftragsvolumina zugesprochen als denjenigen mit einem höheren Multiplikationsfaktor. Diejenigen Unternehmen mit dem gleichen Multiplikationsfaktor haben im Zeitraum 1999 und 2003 ähnlich hohe Gesamtumsätze erzielt, was gemäss nachvollziehbarer Ansicht der Weko belegen kann, dass die Unternehmen den Ausgleich mittels Rotationssystems zwar nicht jährlich, aber über die Jahre hinweg erzielen konnten. Aus dem Vergleich des Marktanteils der Unternehmen aufgrund ihrer Gesamtumsätze mit dem Marktanteil aufgrund der in der Konvention vorgesehenen Marktaufteilung ergaben sich bloss minimale Unterschiede (+/- 0,5 %), was die Weko auf die Änderung der Multiplikationsfaktoren im Laufe der Jahre zurückführt. Während der gesamten Beobachtungsperiode (1999-2003) wurden gemäss Erhebungen der Weko 62 % der Auftragsvolumina über das Rotationssystem vergeben, wobei zeitweise 80 % des relevanten Markts von der Konvention erfasst waren. Die Prüfung der Volatilität der Offerte ergab, dass zwischen Januar 1999 und März 2005 mit einer tiefen Volatilität zu rechnen war und dass ab März 2005 die Volatilität in bemerkenswerter Weise gestiegen ist. Vor März 2005 waren die Preise der Offerten gemäss Erhebungen der Weko höher als der Kostenvoranschlag des Dipartimento del territorio; danach sind sie markant gefallen (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 142, Abbildung 3 und Anhang A3; zum Kostenvoranschlag des Kantons vgl. hinten E. 9.2.3.2).

Gemäss herrschender Lehre und dem Willen des Gesetzgebers (Botschaft KG 1995, S. 564 f.) wäre es an sich nicht nötig gewesen, dass die Weko im Rahmen des Beweises für die Feststellung der Vermutungsbasis über das Abstellen auf den Konventionstext hinaus noch weitere Abklärungen zur effektiven Umsetzung und Auswirkung der Abrede getätigt hätte. Dieses Vorgehen scheint allerdings gängige Praxis der Wettbewerbsbehörden zu sein (vgl. ISABELLE CHABLOZ, L'autorisation exceptionnelle en droit de la concurrence, Fribourg

2002, S. 151 mit Hinweisen auf die Praxis des Sekretariats und der Weko; STOFFEL, a.a.O., S. 117 m. H.). Im Fall Buchpreisbindung hat das Bundesgericht bei der Prüfung der Vermutungsbasis nebst einer Auseinandersetzung mit dem sogenannten Sammelrevers auch Ausführungen zur Umsetzung und wettbewerbsrechtlichen Tragweite dieser Abrede mit einbezogen (BGE 129 II 18 E. 6.5). Das zeigt, dass es in der Praxis offenbar nicht immer leicht fällt, eine genaue Abgrenzung zwischen Erstellen der Vermutungsbasis und Widerlegung der Vermutung zu ziehen. Grundsätzlich müssen die Wettbewerbsbehörden eine Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 3 (und 4) KG nicht bestätigen, sie können eine solche lediglich umstossen. Allerdings könnten Sachverhaltselemente, die sich auf die Auswirkungen einer Abrede beziehen, auch von Bedeutung sein, um den Verdacht auf Vorliegen einer Wettbewerbsabrede zu beurteilen. Ergeben sich zum Beispiel schon bei der Prüfung der Vermutungsbasis Anhaltspunkte, dass eine Abrede gar nicht praktiziert wurde und daher keine Auswirkungen auf dem Markt haben konnte, so läge kein Vermutungstatbestand vor und eine Widerlegung der Vermutung wäre nicht mehr erforderlich.

Im vorliegenden Fall konnte die Weko - schon aufgrund der Konvention selbst, ihres Inhaltes und Mechanismus sowie aufgrund der regelmässig stattgefundenen Sitzungen - zurecht auf das Vorliegen der Vermutungstatbestände von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG schliessen, unabhängig vom Nachweis der konkreten Auswirkungen der Konvention. Als Konsequenz dieser Schlussfolgerung ist zu vermuten, dass die Konvention auf dem relevanten Markt ihre Wirkungen hatte, indem sie den Wettbewerb beseitigte. Da die Weko nicht über ausreichende Dokumente und Belege verfügte, liess sie die Frage offen, ob das grösste Tessiner Belagswerk Comibit SA aufgrund einer Verdrängungsstrategie eine allfällige marktbeherrschende Stellung auf dem Markt hatte. Ebensowenig ermittelte die Weko, ob eine Abrede über Transportpreise abgeschlossen wurde. Die Vermutungsbasis beschränkt sich nach dem Gesagten auf die Aufteilung der Strassenbauarbeiten unter den an der Konvention beteiligten Firmen sowie auf die Festlegung der Preise für diese Arbeiten.

Die von der Weko ermittelten Aspekte der Auswirkungen der Konvention auf dem relevanten Markt werden gegebenenfalls im Rahmen der Widerlegung der Vermutung zu berücksichtigen sein. Ob und inwiefern die Prüfung der Widerlegbarkeit der Vermutung durch die Weko rechtens erfolgte, ist Gegenstand der nachfolgenden Erwägungen.

## 8.

Der Grund für die Statuierung der Vermutungstatbestände, insbesondere derjenigen nach Art. 5 Abs. 3 KG, liegt in der Erkenntnis, dass solche sogenannten harten Kartelle typischerweise als schädlich gelten (vgl. Botschaft KG 1995, S. 564). Nur die Vermutungsfolge, die in der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs liegt, bezieht sich auf die wettbewerbsrechtliche Schädlichkeit der Abrede, nicht aber der Vermutungstatbestand, der, wie bereits erwähnt, bloss das Vorliegen solcher Abreden nach Art. 5 Abs. 3 KG voraussetzt. Die Frage, ob eine Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG schädlich ist, ist

demnach im Rahmen der Widerlegung der Vermutung zu untersuchen und nicht bereits bei der Prüfung, wie die Abrede zu qualifizieren ist, d. h. bei der Frage, welcher der Vermutungstatbestände im konkreten Fall vorliegt (Art. 5 Abs. 3 Bst. a-c KG).

Bei horizontalen Preisabsprachen gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG manifestiert sich die Schädlichkeit darin, dass der Preis im horizontalen Verhältnis als wettbewerbsentscheidender Parameter gilt, da es der Marktgegenseite bei einer Preisvereinheitlichung von homogenen Gütern regelmässig unmöglich wird, auf Substitute auszuweichen. Die Festsetzung von Preisen hat für den Abnehmer unmittelbar höhere Preise zur Folge. Horizontale Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG gelten vermutungsgemäss als besonders schädlich, weil sie in der Lage sind, mittels künstlich abgeschotteten Teilmärkten den Wettbewerb auszuschalten. Durch die Segmentierung des Markts werden künstliche Monopolsituationen geschaffen, die es den Unternehmen erlauben, nach Belieben Bedingungen zu diktieren, wie überhöhte Preise zu verlangen oder Produktangebote zu verknapfen. Die Aufteilung von Märkten oder Geschäftspartnern schränkt somit das Angebot ein und führt zu einer verminderten Produktion und damit zu höheren Preisen (zum Schädlichkeitspotential von Abreden nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG, vgl. CLAUDIA OESCH, Kooperationen zwischen KMU, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 95 f.; Botschaft KG 1995, 568 und KRAUSKOPF/SCHALLER, a.a.O., Rz. 370 ff. ad Art. 5). Auch im National- und Ständerat ging man offensichtlich davon aus, dass Abreden über Preise, Mengen und Gebiete im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG besonders schädliche Auswirkungen zeitigen (ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 2005, Rz. 1121 ff. mit Hinweisen auf die verschiedenen Voten im National- und Ständerat).

Kann die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nicht widerlegt werden, erweist sich eine Wettbewerbsbeschränkung nach dem Gesagten als unzulässig und schädlich.

## 9.

In der Folge bleibt zu prüfen, ob die gesetzliche Vermutung für eine Wettbewerbsbeseitigung im vorliegenden Fall widerlegt werden kann. Zur Widerlegung der Vermutung genügt der Nachweis, dass trotz der Abrede noch wirksamer aktueller und potentieller Aussen- und/oder wirksamer Innenwettbewerb bestehen bleibt (vgl. Botschaft KG 1995, 565; BORER, a.a.O., Rz. 29 ad Art. 5 KG; BGE 129 II 36 E. 8.3.2; vgl. auch hinten E. 9.2.1 und 9.2.2).

Wird nicht nachgewiesen, dass trotz der Abrede wirksamer Wettbewerb besteht, gilt dieser als beseitigt. Art. 5 Abs. 3 KG regelt damit die Beweislast, das heisst die Folgen der Beweislosigkeit. Demgegenüber liegt die Beweisführungslast im verwaltungsrechtlichen Verfahren bei der Wettbewerbskommission, wobei die Parteien eine Mitwirkungspflicht trifft (Art. 12 und 13 VwVG i.V.m. Art. 39 und 40 KG; BGE 129 II 18 E. 7.1; BORER, a.a.O., Rz. 31 ad Art. 5; HOFFET, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey [Hrsg.] Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, Rz. 111 ad Art. 5 KG; CHRISTIAN MEYER-SCHATZ, Horizontale Wettbewerbsbe-

schränkungen, in: AJP 1996, S. 820 Ziff. 4.1; STOFFEL, SIWR, S. 115 f.; ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Rz. 451). Da die für die Widerlegung der Vermutung notwendigen Tatsachen unter Umständen die internen Unternehmensverhältnisse tangieren oder zumindest Sachkenntnisse über die Verhältnisse auf dem relevanten Markt erfordern, haben die beteiligten Unternehmen zur Erfüllung ihrer Mitwirkungspflicht einen erheblichen, wenn nicht sogar den entscheidenden Beitrag zur Widerlegung der Vermutung zu leisten. Bei der Prüfung, ob der wirksame Wettbewerb trotz der Abrede noch besteht, hat die Wettbewerbsbehörde sowohl den Untersuchungsgrundsatz als auch die Vorbringen der Parteien zu berücksichtigen (Botschaft KG 1995, 565).

**9.1** Die Frage der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bezieht sich auf einen sachlich und räumlich abgegrenzten Markt für bestimmte Waren oder Leistungen (ZURKINDEN/TRÜEB, a. a. O., Rz. 3 ad. Art. 5 KG; BORER, a. a. O., Rz. 9 ff. ad Art. 5 KG). Der Begriff des relevanten Markts wird im KG nicht näher definiert. Für die Abgrenzung des sachlich und örtlich relevanten Markts im Rahmen der Beurteilung von Wettbewerbsabreden kann Art. 11 Abs. 3 Bst. a und b der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU, SR 251.4) analog angewendet werden (vgl. ROLAND KÖCHLI/PHILIPPE M. REICH, in: Baker & McKenzie, Stämpflis Handkommentar zum KG, Rz. 42 und 44 ad Art. 4 KG; BORER, a. a. O., Rz. 10 ad Art. 5 KG; BGE 129 II 33 f. E. 7.3).

**9.1.1** Die Bestimmung des sachlich relevanten Markts erfolgt aus der Sicht der Marktgegenseite; massgebend ist, ob aus deren Optik Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen. Dies hängt davon ab, ob sie vom Nachfrager hinsichtlich ihrer Eigenschaften und des vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar erachtet werden (vgl. Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU).

In der Lehre sowie in der Praxis der Wettbewerbsbehörden wurde die Abgrenzung des sachlich relevanten Markts im Zusammenhang mit den öffentlichen Beschaffungen bereits untersucht. In einem Submissionsverfahren bildet der öffentliche Auftraggeber die Marktgegenseite zu den anbietenden Unternehmen. Der Auftraggeber spezifiziert in den Ausschreibungsunterlagen anhand eines umfassenden Produktebeschreibs bzw. eines detaillierten Leistungsverzeichnisses jene Waren und Dienstleistungen, die er als substituierbar ansieht. Der sachlich relevante Markt wird durch die öffentlich publizierten Eignungskriterien und durch die Ausschreibungsunterlagen schon im Voraus definiert und lässt sich im Gegensatz zu einem gewöhnlichen Markt leicht ermitteln (vgl. HEITZ, a. a. O., S. 86 ff.; CHRIST, a. a. O., Rz. 301; RPW 2002/1, S. 141 i. S. Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek). Spezialmärkte können grundsätzlich für eine zeitlich unbeschränkte (sogenannte "Dauermärkte"), aber auch für eine zeitlich begrenzte Zeit bestehen (vgl. HEITZ, a. a. O., S. 88 f.). Im Fall betreffend Betonsanierung der Landesbibliothek ging die Weko davon aus, der Wettbewerb beginne auf dem Submissionsmarkt mit der Ausschreibung und ende mit dem Vertragsschluss. Der effektive Wettbewerb finde im Stadium vor der Einreichung der Offerten statt. Dem Submissi-

onsmarkt gehörten diejenigen Unternehmen an, die am Vergabeverfahren teilgenommen und innert Frist eine Offerte eingereicht haben. Die übrigen Anbieter, die auf die Einreichung einer Offerte verzichtet haben, beteiligten sich nicht am öffentlichen Submissionsverfahren. Jeder öffentliche Auftrag könnte so gesehen als eigener Markt mit beschränkter Dauer betrachtet werden (vgl. HEITZ, a. a. O., S. 88 f.; CHRIST, a.a.O., Rz. 307 ff.).

Je nach Art und Charakteristik der Beschaffungsgegenstände können die betroffenen Märkte im Falle von Submissionsabsprachen zeitlich in unterschiedlichem Umfang bestehen. Neben einmaligen oder wiederkehrenden Kurzzeitmärkten, ist es - je nach den konkreten Umständen und wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen - denkbar, auch von einem eigentlichen Dauermarkt, mithin von einem Dauer-Submissionskartell auszugehen (vgl. auch KRAUSKOPF/SCHALLER, a. a. O., Rz. 146 und 147 ad Art. 5 KG).

Für die Abgrenzung des sachlich relevanten Markts ist die Weko in casu vorerst von zwei Märkten ausgegangen: Dem Markt für Belagsproduktion einerseits und dem Markt für Strassen- und Belagsbau andererseits. Beim ersten Markt ist zu berücksichtigen, dass die Auftraggeber aufgrund der Gesamtofferte die Strassenbauunternehmung und das Belagswerk wählen, denn in der Gesamtofferte werden neben den Strassenbauarbeiten auch die Preise für das Mischgut verrechnet. In diesem Markt stehen sich die Anbieter von Mischgut, die Strassenbauunternehmen (als direkte Abnehmer) und die öffentlichen Auftraggeber als Nachfrager gegenüber. Der Markt für Strassen- und Belagsbau umfasst nach Praxis der Weko (RPW 2007/1 S. 105) alle mit dem Einbau von Schwarzbelag zusammenhängenden Arbeiten, wie etwa Terrainvorbereitung, Belageinbau und Unterhalt. Es stehen sich primär die Strassenbauunternehmen als Anbieter und zum grösseren Teil die öffentlichen Vergabestellen als Nachfrager gegenüber. Der Ansatz, wonach jede Submission als ein eigener relevanter Markt mit beschränkter Dauer zu betrachten ist, kann im vorliegenden Fall keine praktische Bedeutung erlangen. Die Beschaffungsstellen des Kantons Tessin schreiben laufend Strassenbauprojekte aus. Die Submittenten und Anbieter stehen demnach nicht nur punktuell zwischen Beginn der Ausschreibung und Vertragsschluss in Konkurrenz zueinander, sondern auch zwischen den einzelnen Ausschreibungen. Ebenfalls ist in Betracht zu ziehen, dass die Marktgegenseite auch private Auftraggeber auf der Bieterseite aufweisen kann.

**9.1.2** Der räumlich relevante Markt umfasst gemäss Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet. Dabei gilt es, zwei Faktoren zu berücksichtigen: die Ortszugehörigkeit der gemäss Ausschreibung teilnahmeberechtigten Anbieter und die im konkreten Fall nachgefragten Waren oder Dienstleistungen (vgl. HEITZ, a.a.O., S. 87 f.; CHRIST, a.a.O., Rz. 305 f.).

Die Weko hat den Markt für Belagsproduktion zurecht mindestens kantonal abgegrenzt, da die Strassenbauunternehmen darauf angewiesen sind, das Material für den Strassenbelag von einem Belagswerk zu beziehen, das sich in der Nähe der Baustelle befindet. In Anbetracht

dessen, dass das bituminöse Mischgut ein rasch verderbliches Produkt ist, ist davon auszugehen, dass alle Belagswerke, die im Umkreis von etwa fünfzig Kilometern um den Ort der Leistung liegen, grundsätzlich zum räumlich relevanten Markt gehören (vgl. CHRIST, a. a. O., Rz. 305).

Aufgrund der besonderen Beschaffenheit des bituminösen Mischguts sind den Strassenbauunternehmen in der Wahl des Belagswerks Grenzen gesetzt. Ein Bezug bei Belagswerken in den benachbarten Kantonen oder dem grenznahen Italien (Lombardei) ist insofern schwer vorstellbar, als die notorisch bekannten Verkehrsprobleme am Gotthardtunnel und beim Grenzübergang Schweiz/Italien bzw. die nicht immer freien Zufahrten zu den Alpenpässen eine umgehende Lieferung des bituminösen Mischguts nicht gewährleisten können. Unter diesem Gesichtspunkt wird ersichtlich, warum - abgesehen von wenigen Ausnahmen - weder italienische noch ausserkantonale Strassenbauunternehmen während der untersuchten Periode eine ins Gewicht fallende Tätigkeit im Kanton Tessin wahrgenommen haben. So konnte die Weko festhalten, dass z. B. das bündnerische Belagswerk Giudicetti SA aus Lostallo trotz seiner geographischen Nähe bis Ende März 2005 nie Mischgut in den Kanton Tessin geliefert hatte.

Schliesslich hat die Weko gestützt auf ihre Praxis festgehalten, dass der Markt für Strassen- und Belagsbau ein regionaler bis nationaler Markt sei. Nicht anders verhält es sich im vorliegenden Fall. Die Konvention selbst geht für sich von einem örtlichen Geltungsbereich aus, der ihre Anwendung auf den Kanton Tessin beschränkte. Dies indem sie die Teilnahme an der Konvention allen Strassenbauunternehmen vorbehält, die im Handelsregister eingetragen und der ATIPS beigetreten sind (Art. 1). Bei den im Anhang zur Konvention aufgeführten Unternehmen handelt es sich ausschliesslich um Tessiner Strassenbauunternehmen, die während der Beobachtungsperiode im Kanton Tessin auch effektiv tätig waren. Die Definition des räumlich relevanten Markts gemäss Konvention deckt sich im Ergebnis mit den Schlussfolgerungen der Ermittlungen der Vorinstanz. Aus den Erhebungen der Weko geht hervor, dass - abgesehen von ganz wenigen Ausnahmen - weder italienische noch ausserkantonale Strassenbauunternehmen in der Beobachtungsperiode im Kanton Tessin tätig waren. Im Zusammenhang mit den Ausnahmen verwies die Weko auf ein italienisches Strassenbauunternehmen, welches sich mit einem Schweizer Unternehmen zu einem Konsortium zusammengeschlossen und an einem Submissionverfahren im Kanton Tessin teilgenommen hatte. Die Offerte dieses Konsortiums wurde aber nicht berücksichtigt. Nach dem Gesagten vermag der erfolglose Markteintritt eines italienischen Strassenbauunternehmens die Ausführungen der Weko zur Abgrenzung der räumlich relevanten Märkte jedoch nicht in Frage zu stellen.

**9.1.3** Als Zwischenresultat ergibt sich, dass die von der Weko vorgenommene Marktabgrenzung zu keinen Beanstandungen Anlass gibt.

**9.2** Die Frage nach der Wirksamkeit des aktuellen und potentiellen Aussen- bzw. Innenwettbewerbs ist grundsätzlich mit Bezug auf jeden relevanten Markt getrennt zu untersuchen. Aufgrund der Beteiligungsverhältnisse

zwischen den Belagswerken und den Strassenbauunternehmen (ein Grossteil der Strassenbauunternehmen waren Aktionäre der Belagswerke) scheint die Weko bei der Beurteilung dieser Frage beide Märkte gleichzeitig berücksichtigt zu haben. Das ist insofern vertretbar, als davon auszugehen ist, dass das Marktverhalten der Belagswerke aufgrund der Beteiligungsverhältnisse durch die Absprache bestimmt wurde und dem Markt für Strassen- und Belagsbau untergeordnet war. Es kann daher offen bleiben, ob und inwiefern eine separate Beurteilung des Markts für Belagsproduktion bei der Prüfung der Frage der Wirksamkeit des aktuellen und potentiellen Aussen- bzw. Innenwettbewerbs angezeigt und erforderlich gewesen wäre.

**9.2.1** Ein funktionierender Aussenwettbewerb liegt vor, wenn es Unternehmen gibt, die nicht an der Abrede beteiligt sind und damit so viel Konkurrenz schaffen, dass ein wirksamer Wettbewerb nicht als beseitigt erscheint (BGE 129 II 18, E. 8.1). Dabei ist neben der disziplinierenden Wirkung der tatsächlichen (aktuellen) auch diejenige der potenziellen Konkurrenz zu berücksichtigen (vgl. BORER, a.a.O., Rz. 29 ad Art. 5 KG; HOFFET, a.a.O., Rz. 129 ad Art. 5 KG).

Ob und wie stark der Aussenwettbewerb durch Absprachen beeinträchtigt wird, bestimmt sich nach der Struktur des konkreten Markts. Ausschlaggebend für die Marktstruktur ist die Frage, in welchem Verhältnis die Anzahl der absprachegebundenen Teilnehmer zur Anzahl der nicht absprachegebundenen Teilnehmer steht (vgl. HEITZ, a.a.O., S. 97 f.; CHRIST, a.a.O., Rz. 360 ff.).

Im vorliegenden Fall hatten 17 der damals 18 im Kanton Tessin im Strassenbau aktiven Unternehmen an der Konvention teilgenommen. Unter dem Aspekt, dass nicht nur wenige Marktteilnehmer, sondern fast die Gesamtheit der Akteure auf dem relevanten Markt die Abrede mitgetragen haben, liegt es auf der Hand, dass praktisch kein wirksamer und funktionierender Aussenwettbewerb vorliegen konnte (vgl. ZÄCH, Kartellgesetzrevision 2003, a.a.O., S. 28).

Hinsichtlich des aktuellen Aussenwettbewerbs ist festzuhalten, dass zurzeit der Anwendung der Konvention keine aussenstehenden Unternehmen vorhanden waren, welche das Verhalten der sich an der Absprache beteiligten Teilnehmer massgeblich beeinflussen konnten. In der angefochtenen Verfügung nennt die Weko die Firma Mutti G. & Co. und das Strassenbauunternehmen C. P. A. Costruzioni Pavimentazioni e Asfalti SA als die einzig in Frage kommenden aktuellen Konkurrenten. Entsprechend den nachvollziehbaren Erhebungen der Vorinstanz ist allerdings davon auszugehen, dass die Firma Mutti G. & Co. weder über eine eigene Produktionsanlage noch über die notwendigen Maschinen für die Durchführung grosser Belagsarbeiten verfügte. Das Strassenbauunternehmen C. P. A. Costruzioni Pavimentazioni e Asfalti SA wurde indessen erst im März 2005 gegründet, als die Abrede bereits aufgelöst war. Da die Firma Luongo SA an den wöchentlichen Sitzungen nicht teilnahm, könnte sie als aussenstehendes Unternehmen in die Analyse des aktuellen Aussenwettbewerbs mit einbezogen werden. Die Ausführungen des Kantons Tessin in der Stellungnahme zur Beschwerde lassen allerdings darauf schliessen, dass die Firma Luongo SA eine be-

scheidene Struktur aufwies, die nicht mit derjenigen der an der Konvention beteiligten Unternehmen verglichen werden kann, weshalb davon auszugehen ist, dass sie allein das Verhalten der Absprecher nicht wesentlich beeinflussen konnte.

Bezüglich des potentiellen Aussenwettbewerbs ist anzumerken, dass während der Beobachtungsperiode keine neuen Strassenbauunternehmen in den Markt eingetreten waren, welche die an der Konvention beteiligten Unternehmen zu einem wettbewerbskonformen Verhalten hätten disziplinieren können. Gemäss den Erhebungen der Weko ist davon auszugehen, dass das in Lostallo ansässige Bündner Unternehmen Giudicetti bis Ende 2005 kein bituminöses Mischgut in den Kanton Tessin geliefert hatte. Der Umstand, dass eine italienische Firma in Arbeitsgemeinschaft mit einem schweizerischen Unternehmen an einem Submissionsverfahren betreffend Strassenbauarbeiten teilgenommen hat, genügt für sich allein nicht, um den Einfluss der Abrede auf den Wettbewerb in Frage zu stellen (vgl. vorne E. 9.1.2 i.f.). Aus den anlässlich der Untersuchung eingegangenen Antworten ergibt sich, dass sich die in Italien oder in anderen Kantonen domizilierten Firmen aus sprachlichen Gründen, wegen der Distanz und der Transportkosten und nicht zuletzt aufgrund der bestehenden Überkapazitäten keinen Zutritt zum Tessiner Markt verschafft hatten. Die angeblichen potentiellen Konkurrenten sahen insofern keine Gelegenheit, in die Handlungen der sich abgesprochenen Unternehmen einzugreifen, und waren nicht imstande, auf diese einen genügenden Wettbewerbsdruck auszuüben. Dass drei von fünf der befragten italienischen Unternehmen einen Eintritt in den Tessiner Markt für möglich gehalten haben mögen, wie die Beschwerdeführerin geltend macht, vermag nichts am Umstand zu ändern, dass in casu aufgrund genügender Indizien vom Nichtvorliegen eines wirksamen potentiellen Aussenwettbewerbs auszugehen ist.

Nach dem Gesagten ist festzuhalten, dass die Vorinstanz die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs zurecht nicht mit dem Argument, es habe ein wirksamer aktueller und potentieller Aussenwettbewerb bestanden, als widerlegt betrachten konnte.

**9.2.2** Der Innenwettbewerb ist der zwischen den an der Abrede beteiligten Unternehmen bestehende Wettbewerb. Ein funktionierender Innenwettbewerb liegt vor, wenn die Abrede in Wirklichkeit gar nicht befolgt wird, oder wenn trotz der die Vermutung begründenden Absprache bezüglich einzelner Wettbewerbsparameter aufgrund anderer Faktoren ein wirksamer Wettbewerb fortbesteht, namentlich durch den Nachweis eines funktionierenden Beratungs-, Service- oder Qualitätswettbewerbs (BGE 129 II 18 E. 8.1).

**9.2.2.1** Mit Bezug auf den Innenwettbewerb ist zu bemerken, dass der Strassenbaumarkt im Kanton Tessin während der Beobachtungsperiode systematisch unter den an der Konvention beteiligten Unternehmen aufgeteilt wurde, indem diese anlässlich der wöchentlichen obligatorischen Sitzungen das den Zuschlag erhaltende Unternehmen bzw. den Preis seiner Offerte im Voraus bestimmten. Aufgrund der Erhebungen der Weko muss davon ausgegangen werden, dass beinahe sämtliche untersuchten, im Strassenbau aktiven Unternehmen (mit

Ausnahme der Luongo SA) den während der Sitzungen gefassten Beschlüssen im Sinne der Konvention effektiv Folge geleistet haben. Die Beteiligung an der Konvention und deren Einhaltung durch sämtliche Tessiner Strassenbauunternehmen konnten daher einen funktionierenden Innenwettbewerb verhindern, wie dies die nachfolgenden Erwägungen zeigen.

**9.2.2.2** Die Beschwerdeführerin bezieht sich auf Art. 32 des kantonalen Gesetzes über das öffentliche Auftragswesen vom 20. Februar 2001 (LCPubb), um den Nachweis zu erbringen, dass im vorliegenden Fall ein ausreichender Restwettbewerb aufgrund anderer Faktoren als dem Preis (Termin, Qualität, Betriebskosten) bestehen konnte. Dabei verweist die Beschwerdeführerin auf den Fall der Buchpreisbindung, in welchem das Bundesgericht die Relevanz nichtpreislicher Wettbewerbsparameter wie zum Beispiel die Qualität im Bereich Sortimentsbreite und fachkundiger Beratung bejahte, da die Buchkundschaft offenbar weniger Wert auf tiefe Preise lege (BGE 129 II 37 f. E. 8.3.2).

Für eine analoge Anwendung der Rechtsprechung in Sachen Buchpreisbindung auf den vorliegenden - einen Submissionskartell betreffenden Fall - bestehen allerdings gewisse Zweifel. Wie bereits erwähnt, erfasste die Konvention alle von einem öffentlichen Auftraggeber ausgeschriebenen Arbeiten. Im Bereich der öffentlichen Beschaffungen und im Unterschied zum Buchmarkt erstreckt sich der Wettbewerb grundsätzlich nur auf den Angebotspreis. Die übrigen Faktoren sind praktisch einem Wettbewerb entzogen, weil sie vom öffentlichen Auftraggeber im Leistungsverzeichnis gemäss Ausschreibung bzw. in den Ausschreibungsunterlagen im Voraus bestimmt wurden (vgl. HEITZ, a.a.O., S. 98; CHRIST, a.a.O., N 374). Im Vergaberecht des Bundes kann der Zuschlag für weitgehend standardisierte Güter auch ausschliesslich nach dem Kriterium des niedrigsten Preises erfolgen (Art. 21 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB], SR 172.056.1). Es ist davon auszugehen, dass Strassenbelagsarbeiten in der Regel nicht die Komplexität haben, bei welcher die Preisabrede aufgrund der Bedeutung von Qualität oder anderen Kriterien signifikant relativiert werden würde (vgl. Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-3311/2009 vom 16. Juli 2009, E. 6.3 ff. insbesondere 6.6). Mit Bezug auf den konkreten Fall ergibt sich aus den unbestrittenen Ermittlungen der Weko und der Stellungnahme des Kantons, dass der zweitbilligste Offerent oft mehr als 5 % teurer als der Gewinner der Ausschreibung war sowie dass die Offerten der teureren Anbieter oftmals weniger detailliert und lückenhaft waren. Daraus wird ersichtlich, dass der Preis den entscheidenden Faktor auf dem relevanten Markt darstellte.

Wird eine Preisabsprache getroffen, so haben die an der Abrede Beteiligten praktisch keinen Einfluss mehr auf den Wettbewerbsparameter Preis. Wie bereits erörtert, verhält es sich im Vergaberecht so, dass der Auftraggeber die meisten Wettbewerbsfaktoren im Leistungsverzeichnis im Voraus bestimmt, mit Ausnahme des Parameters Preis. Es liegt auf der Hand, dass durch die Preisabsprache die Handlungsfreiheit der Unternehmen, die sogenannte stützende bzw. Scheinangebote einreichen oder auf die Einreichung einer Offerte verzichten,

komplett beseitigt sein dürfte. Eine Abrede, die den Preis des den Zuschlag erhaltenden Angebots bestimmt und mittels eines Verteilschlüssels in der Lage ist, den Zuschlag auf den zum Voraus bestimmten Empfänger zu lenken, ist ebenfalls geeignet, die Handlungsfreiheit der an der Abrede beteiligten Unternehmen auszuschalten (vgl. HEITZ, a.a.O., S. 98; CHRIST, a.a.O., Rz. 374).

Der Umstand, dass praktisch alle im Kanton Tessin tätigen Strassenbauunternehmen der Abrede beigetreten waren und ein Grossteil dieser Firmen aufgrund der Grösse und der wirtschaftlichen Bedeutung einen beträchtlichen Marktanteil hielten, stellt ein erdrückendes Indiz für die Annahme dar, dass der Wettbewerb auf dem relevanten Markt beseitigt gewesen sein dürfte. Die öffentlichen Auftraggeber (Kanton und Gemeinden) konnten nicht auf Angebote ausweichen, welche unabhängig von der Konvention erstellt worden waren. Aus ihrer nicht zu beanstandenden Sachverhaltsfeststellung durfte die Weko ohne weiteres schliessen, dass die Abhängigkeit der Strassenbauunternehmen von der Konvention die Bildung eines wirksamen Innenwettbewerbs verhindere und dazu beitrage, das Preisniveau der Aufträge aufgrund des fehlenden Wettbewerbsdrucks zu verfälschen.

**9.2.2.3** Die Beschwerdeführerin erachtet die Feststellung der Weko als falsch, wonach der wirksame Wettbewerb als beseitigt gelte, wenn lediglich 60 % des relevanten Markts von der Abrede erfasst seien. Sie geht davon aus, dass der Wettbewerb bei 40 % Restwettbewerb nicht beseitigt sei und verweist hierzu auf in- und ausländische Doktrin sowie auf eine Entscheidung der Weko in Sachen Fahrlehrer Graubünden, der den Wettbewerb nicht als beseitigt betrachtet habe, obwohl bis 74 % des Markts die vorgegebenen Preise eingehalten habe.

Um die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs zu widerlegen, genügt es nicht, das Vorliegen irgendeines Restwettbewerbs nachzuweisen. Gegenstand des Nachweises ist das Vorliegen wirksamen Wettbewerbs trotz der vermutungsbegründenden Abreden (vgl. ZÄCH, Kartellgesetzrevision 2003, S. 28). Mit ihrer Rüge übersieht die Beschwerdeführerin, dass die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nicht allein durch pauschale Hinweise auf den jeweiligen Marktanteil widerlegt werden kann. Die Weko hat nicht nur den Marktanteil, sondern auch die Marktverhältnisse, die Marktstruktur und die Umstände des Einzelfalls in ihre Analyse miteinbezogen. Sie hielt fest, dass zwischen 1999 und 2003 mindestens 62 % der vergebenen Aufträge gemäss dem Konventionsmechanismus verteilt wurden. Unter Berücksichtigung der folgenden Aspekte lässt sich vorstellen, dass dieser Durchschnittswert noch höher ausgefallen wäre. Aufträge oberhalb von Fr. 1 Mio. bzw. Aufträge, die Strassenbauarbeiten neben noch zusätzlichen anderen Aufträgen umfassten (sogenannte gemischte Aufträge), wurden nicht zu 100 % den Kontingenten zugerechnet (Gemäss Ziffer 10 der Konvention wurden Arbeiten mit Naturstein zu 50 % und Abdichtungsarbeiten zu 25 % verrechnet). Unter Hinweis auf Ziffer 8 der Konvention erkannte die Weko, dass Angebotspreise, die nicht innerhalb zwei Monaten nach der Zuteilung zu einem Auftrag führten, von den Kontingenten abgezogen wurden. Diese sogenannten pendenten Arbeiten wurden in einer entsprechenden Liste aufge-

nommen und belaufen sich auf Fr. 10,6 Mio. für 2002, auf Fr. 27,8 Mio. für 2003 und auf 5,3 Mio. für 2004. Unter Einbezug der pendenten Arbeiten wurden zwischen 1999 und 2003 auf dem relevanten Markt durchschnittlich 72 % der Aufträge über das in der Konvention verankerte Rotationssystem zugeteilt. Entgegen der Behauptung der Weko kann dahingestellt bleiben, ob auch die nicht unter den Anwendungsbereich der Konvention fallenden Aufträge (es handelt sich dabei bloss um private Aufträge unterhalb von Fr. 20'000.-) ebenfalls zu einem höheren Durchschnittswert der vergebenen Aufträge hätten führen können. Es ist davon auszugehen, dass solche Aufträge nur eine geringe oder zumindest vernachlässigbare Rolle für die Verteilung der Aufträge gespielt haben dürfen.

Diesen Ermittlungen der Weko lässt sich der Schluss entnehmen, dass der relevante Markt in beträchtlicher Art und Weise von der Konvention beeinflusst war und dass die in den Geltungsbereich der Konvention fallenden Aufträge in Abhängigkeit vom vorgesehenen Rotationssystem vergeben wurden. Gemäss Tabelle 3 in der angefochtenen Verfügung ist zudem davon auszugehen, dass sich die durch das Rotationssystem tatsächlich erzielte Aufteilung des Markts und die in der Konvention vorgesehene nur gering unterschieden (+/- 0,5 %). Unter diesen Umständen mag es vielleicht naheliegen, dass Aufträge, die nicht im Rahmen des Rotationssystems vergeben wurden, ebenfalls nach dem Konventionsmechanismus vergeben wurden, da die Preisunterschiede zwischen den abgesprochenen und den nicht abgesprochenen Aufträgen zur Aufdeckung der abgesprochenen Aufträge hätten beitragen können. Diese Frage kann aber offen bleiben, weil die Gesamtergebnisse der Untersuchung bereits genügend Anhaltspunkte dafür liefern, dass die Konventionsordnung keinen Raum für einen wirksamen Restwettbewerb liess.

Aus dem Hinweis auf die Untersuchung der Weko im Fall der Fahrlehrer im Kanton Graubünden kann die Beschwerdeführerin nichts zu ihren Gunsten ableiten. Im Fall Fahrschule Graubünden erkannte die Wettbewerbskommission, dass noch bei einer Bindung von 72 % des relevanten Markts wirksamer Aussenwettbewerb bestehen könne (RPW 2003/2, 283-287 Rz. 50-64). Dabei verhielt es sich so, dass 39 Fahrlehrer eines Verbands einer (aufgehobenen) Verbands-Preisempfehlung in einer Spannbreite von +/- 5 % gefolgt waren, wohingegen fünf unabhängige Fahrlehrer und zehn dem Verband angeschlossene Fahrlehrer eine davon unabhängige Preispolitik verfolgten. Die Weko kam damals zur Erkenntnis, dass trotz eines Marktanteils der untersuchten Abrede von 74 % noch Aussenwettbewerb durch diese drei erwähnten Kategorien von Konkurrenten erfolgen könne. Eine solche Ausgangslage ist im vorliegenden Fall jedoch nicht gegeben.

Mit ihrer Rüge, die Weko habe die Marktanteile aufgrund einer durchschnittlichen Erfassung der Zeitperioden (1999-2003) und nicht anhand einer isolierten Betrachtung jedes einzelnen Jahres (zumindest der Jahre 2001, 2003 und 2004) beurteilt, stösst die Beschwerdeführerin insofern ins Leere, als das von der Abrede vorgesehene Rotationssystem langfristig angelegt war. Die Weko hat für die Jahre 1999 bis 2003 die anteilmässige Verteilung der Umsätze durch das Rotationssystem im Hinblick auf

jedes einzelne Jahr separat wiedergegeben. Innerhalb dieser Periode wurden in den Jahren 1999, 2000 und 2002 83 %, 70 % und 81 % der Auftragsvolumina mit dem Rotationssystem zugeteilt. In den Jahren 2001 und 2003 betrug die Werte 47 % bzw. 32 %. Diese Schwankungen führte die Weko darauf zurück, dass die Aufträge den Kontingenten und den Erfolgsrechnungen der Unternehmen zu unterschiedlichen Zeitpunkten zugerechnet wurden bzw. dass nicht alle von der Konvention erfassten Aufträge zu 100 % zu den Kontingenten zugeteilt wurden. Die von der Weko angeführten Gründe für die Umsatzschwankungen lassen sich ohne weiteres nachvollziehen. Die gleiche Vereinbarung wurde über Jahre von den gleichen Kontrahenten angewendet. Daher erscheint eine durchschnittliche Erfassung der Auftragsvolumina mit Blick auf die gesamte Beurteilungsperiode gerechtfertigt. Ihrerseits tut die Beschwerdeführerin nicht dar, warum und mit welchen Konsequenzen sich vorliegend eine separate Beurteilung der einzelnen Jahre der Beobachtungsperiode aufgedrängt hätte. Allein aufgrund der Unterschiede in den Jahresprozentanteilen drängt sich eine separate Beurteilung nicht auf, zumal die technische Ausgestaltung der Abrede wie erwähnt darauf ausgelegt ist, einen länger- oder mittelfristigen Ausgleich entsprechend den vereinbarten Kriterien zu erreichen.

**9.2.2.4** Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die Weko aufgrund ihrer Ermittlungen zurecht davon ausgehen konnte, dass trotz Konvention kein wirksamer Innenwettbewerb vorgelegen hatte. Mit ihren Rügen vermochte die Beschwerdeführerin nicht darzulegen, dass die Abrede von den Beteiligten nicht eingehalten wurde, dass diese keine Auswirkungen auf dem relevanten Markt verursacht hatte und nicht marktdeckend war. Die Beschwerdeführerin kann die Vermutung auch nicht mit dem Argument widerlegen, auf dem betreffenden Markt habe aufgrund anderer Wettbewerbsparameter, trotz Ausschaltung des Wettbewerbsparameters Preis, immer noch wirksamer Wettbewerb bestanden. In diesem Sinne durfte der Konvention die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs attestiert werden, mit der Folge, dass diese als unzulässig und schädlich erachtet werden muss.

**9.2.3** Die Beschwerdeführerin bringt im Zusammenhang mit der Widerlegbarkeit der Vermutung weiter vor, dass die Weko die Schädlichkeit der Abrede nicht geprüft habe. Sie ist der Ansicht, dass die gemäss Konvention kalkulierten Offertpreise den Marktpreisen entsprächen, was gegen die Schädlichkeit der Abrede spreche. Die Weko habe es unterlassen, den Marktpreis anhand der Kosten- bzw. Vergleichsmarktmethode zu ermitteln. Jedenfalls habe die Beschwerdeführerin während der Dauer der Abrede im Bereich Strassenbelagsarbeiten keinen Gewinn und auch keine Monopolrente erwirtschaftet. Des Weiteren rügt die Beschwerdeführerin, die Weko habe eine falsche Schlussfolgerung betreffend das Preisniveau gezogen, da sie nicht belegt habe, warum sie die aktuellen Preise, die 20-40 % unter denjenigen von 2005 gelegen hätten, als marktkonform erachte. Stattdessen erleide die Beschwerdeführerin seit 2005 erhebliche Verluste und die Unternehmen sprächen nur noch vom ruinösen Wettbewerb aufgrund der nicht kostendeckenden Preise.

**9.2.3.1** Die Kosten- und die Vergleichsmarktmethode werden in der Regel zur Ermittlung des angemessenen Preises im Rahmen von Untersuchungen betreffend unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen gemäss Art. 7 KG herangezogen (vgl. ROBERTO DALLAFIOR, in: Homburger/Schmidhauser/Hof-fet/Ducrey [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Art. 7 Rz. 116 f.; RPW 2007/2, S. 241 ff.). Da die Weko in casu die Untersuchung nur auf das Vorliegen von Abreden nach Art. 5 Abs. 3 KG einschränkte, erwies es sich als nicht mehr erforderlich, die Angemessenheit der offerierten Preise zu prüfen. Selbst in der Annahme, dass die Ermittlung der angemessenen Preise anhand der genannten Methoden auch in der hier zu beurteilenden Untersuchung hätte vorgenommen werden können, kann die Beschwerdeführerin aber nichts zu ihren Gunsten ableiten. Ihre Behauptung, wonach die Vorinstanz in Anwendung der Kostenmethode hätte erkennen können, dass sie keinen Gewinn erwirtschaftet und keine Monopolrente erzielt habe, fällt nicht ins Gewicht. Denn der Umstand, dass der Gewinn ausgeblieben ist, vermag nicht aufzuzeigen, dass die Abrede keine schädlichen Auswirkungen gezeitigt hat (vgl. hinten E. 9.2.3.2). Indessen konnte die Weko aufgrund der Analyse der Konvention und deren effektiven Anwendung auf dem sachlich relevanten Markt darauf schliessen, dass die vorliegende Abrede den wirksamen Wettbewerb beseitigt hatte und schädlich war. Die Schädlichkeit der Konvention lag im fehlenden Rationalisierungsdruck und in der Aufrechterhaltung ineffizienter Strukturen. Im Rahmen des Rotationssystems konnten auch diejenigen Unternehmen, die hohe strukturelle Kosten aufwiesen, Aufträge erhalten. Ihre Angebote waren so konzipiert, dass der Angebotspreis auch ihre eigenen hohen strukturellen Kosten decken konnte. Mit dem Beitritt zur Konventionsordnung wurden diejenigen Unternehmen, die günstigere Preise hätten offerieren können, aber davon abgehalten, tiefere Angebotspreise einzureichen.

**9.2.3.2** Hinsichtlich des Preisniveaus äusserte sich die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung dahingehend, als der unter Wettbewerbsbedingungen zustande gekommene Preis nichts über die Kostendeckung aussage. Der Markt bestimme bei funktionierendem Wettbewerb die Preise. Es sei weder Absicht noch Aufgabe der Wettbewerbsbehörde, auf dem Markt regulierend einzugreifen und die Angemessenheit der Preise zu überprüfen. Diesen Ausführungen der Vorinstanz hat das Bundesverwaltungsgericht nichts beizufügen.

Zudem haben die Resultate der Untersuchung nachvollziehbar ergeben, dass die Offertpreise vor Auflösung der Abrede höher als die Kostenvoranschläge des Kantons lagen, währenddem sie ab 2005 merklich darunter waren. Erfahrungsgemäss ist ein von einer öffentlichen Vergabestelle erstellter Kostenvoranschlag zur Schätzung der Auftragswerte eher (vorsichtig) hoch kalkuliert (vgl. PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/EVELYNE CLERC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, zweite Auflage 2007, 1. Band: Landesrecht, N 183 sowie den auf Internet abrufbaren Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-4657/2009 vom 6. August 2009 E. 6.6). Es kann offen bleiben, ob und inwiefern der kantonale Auftraggeber die Kostenvoranschläge



lege artis erarbeitet hat. Ausschlaggebend ist vielmehr der Umstand, dass ab 2005 signifikante Schwankungen der Offertpreise eingetreten sind. Wie die Vorinstanz zutreffend erkennt, sind solche Schwankungen der Offertpreise als Indiz dafür zu werten, dass die Unternehmen nach der Auflösung der Konvention den Wettbewerbsdruck zu spüren bekamen bzw. dass ab 2005 eine Phase der Marktumstrukturierung und Strukturbereinigung eingesetzt hatte. Dieser Aspekt lässt sich unter anderem durch den Umstand konkretisieren, dass die Unternehmen ab 2005 neu den Lieferanten-Rabatt von ihren Offerten abziehen, was zurzeit der Anwendung der Abrede nicht geschehen sei (vgl. Stellungnahme des Dipartimento del territorio vom 31. Oktober 2008).

Die Vorbringen der Beschwerdeführerin hinsichtlich des angeblich ruinösen Preiswettbewerbs müssen in mehrfacher Art relativiert werden. Wie die Weko in der angefochtenen Verfügung und in der Vernehmlassung zurecht festhält, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass Preise, die in einer Wettbewerbsordnung entstehen, nicht zwangsläufig kostendeckend sein müssen. Das gilt auch in einer Phase der Strukturbereinigung und des Abbaus von Kapazitäten, welche mit der Auflösung der Wettbewerbsabrede tendenziell einhergeht. Des Weiteren lässt sich der Stellungnahme des Kantons entnehmen, dass die an der Abrede beteiligten Unternehmen zur Zeit der Stellungnahme immer noch aktiv waren, mit Ausnahme einer einzigen Firma, die sich in Liquidation befand. Schliesslich ergibt sich aus einer Untersuchung des Bundesamts für Statistik zur Entwicklung der Baupreise im Zeitraum Oktober 1998 bis April 2007 (Beilage zur Vernehmlassung der Weko), dass die Durchschnittspreise für den Neubau von Strassen im Kanton Tessin ab 2002 gesamtschweizerisch gesehen die höchsten waren.

Die Anwendung der Vergleichsmarktmethode wurde von der Weko am Anfang der Untersuchung zwar ins Auge gefasst, jedoch nach Einreichung der Konvention und Erhalt der 20 9 Tabellen, welche die wöchentlichen Sitzungen der an der Absprache beteiligten Unternehmen im Zeitraum 1999 bis 2003 dokumentierten, zurecht aufgegeben. Spätestens zu jenem Zeitpunkt konnte die Weko davon ausgehen, dass eine unzulässige Wettbewerbsabrede vorlag und dass die daran beteiligten Unternehmen diese auch in der Praxis umgesetzt hatten.

**9.2.3.3** Mit dem Argument, die Weko habe die Schädlichkeit der Abrede nicht geprüft und falsche Schlussfolgerungen betreffend das Preisniveau gezogen, kann die Beschwerdeführerin die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nicht umstossen.

**9.2.4** Die Beschwerdeführerin bringt sinngemäss vor, die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs könne durch die starke Marktgegenseite des Kantons als öffentlicher Auftraggeber umgestossen werden. Sie bemängelt, dass sich die Weko mit der Stellung des Kantons nicht auseinandergesetzt habe. Der Kanton habe mit seinem Verhalten die Beschwerdeführerin sowie die untersuchten Unternehmen zu wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen veranlasst.

Hierzu ist erstmal anzumerken, dass zur Vermutungswiderlegung gemäss Art. 5 Abs. 3 KG an sich nur der Nachweis genügt, dass auf dem relevanten Markt noch

Innen- oder Aussenwettbewerb hinsichtlich des von der Abrede betroffenen Wettbewerbsparameters besteht. Sofern kein wirksamer Restwettbewerb vorliegt, kann in das Prüfungsschema zur Widerlegung der Vermutung ebenfalls die Frage miteinbezogen werden, ob die Stellung der Marktgegenseite disziplinierend auf die Parteien der Wettbewerbsabrede wirkt. Ist die Marktgegenseite nicht in der Lage, auf die an der Abrede Beteiligten Wettbewerbsdruck auszuüben, so kann die durch die Abrede herbeigeführte Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nicht umgestossen werden (vgl. zum Ganzen: KRAUSKOPF/SCHALLER, a. a. O., Rz. 455 und 241 ad Art. 5 KG; ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, a.a.O., N. 434 i. f.).

Sofern die Beschwerdeführerin die starke Marktgegenseite des Kantons als Argument zur Widerlegung der Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs anführt, kann auf ihre Rüge aufgrund des bisher Gesagten näher eingegangen werden. Erblickt sie in der starken Marktgegenseite des Kantons indessen bloss einen Rechtfertigungsgrund für die Preisabsprache sowie für die Absprache über die Aufteilung des relevanten Markts unter Geschäftspartnern im Sinne der Konvention, so lässt sich ein solches Argument angesichts der bisherigen Ausführungen nicht mit dem Prüfungsraaster für die Widerlegbarkeitsprüfung vereinbaren.

**9.2.4.1** Gemäss Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG gelten als Unternehmer sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- und Organisationsform. Damit wollte der Gesetzgeber auch die Nachfragemacht der öffentlichen Hand den kartellrechtlichen Regeln unterstellen (vgl. HUBERT STÖCKLI, Vergaberecht 2004 in: Zeitschrift für Baurecht/Droit de la construction [BR], Sonderheft Vergaberecht 2004, S. 6). In Anbetracht dessen, dass der öffentliche Auftraggeber im Baubereich den Grossteil der Aufträge vergibt und dass die Anbieter an das vom Auftraggeber erstellte Leistungsverzeichnis gebunden sind (vgl. CHRIST, a.a.O. S. 41), ist der Vorwurf einer marktmächtigen Stellung des Auftraggebers auf den ersten Blick nicht ganz von der Hand zu weisen. Die Nachfragemacht des öffentlichen Auftraggebers führt jedoch nur dann zu Problemen, wenn sie missbraucht wird. Einem solchen Fall sind kartellrechtliche Grenzen gesetzt (Art. 7 KG; vgl. ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, a. a. O., N 528).

Im Beschaffungswesen, bei der Ausschreibung eines konkreten Auftrags, ergibt sich, je nach Marktsektor, oft und typischerweise eine Situation von Marktmacht, bei der eine grössere Anzahl Anbieter einer geringen Zahl an Nachfragern oder einem Nachfragemonopol gegenübersteht. Die objektiv an sich gegebene Ungleichgewichtssituation zwischen Anbietern und Nachfrager kann im Bereich des Strassenbaus, wo die öffentliche Hand einen bedeutenden Anteil der Nachfrage vertritt, akzentuiert in Erscheinung treten, ist jedoch systemimmanent und wird bei Beschaffungen der öffentlichen Hand durch deren Bindung an die rechtsstaatlichen Verfahrensgarantien und die gemäss kantonaler Beschaffungsordnung einzuhaltenden Grundsätze wie Transparenz und Gleichbehandlung weitgehend entschärft. Bei Verletzung dieser Garantien oder Grundsätze stehen die entsprechenden öffentlich-rechtlichen Rechtsmittel und -behelfe

zur Verfügung. Im Übrigen können sich Anbieter, die einem marktbeherrschenden Gemeinwesen gegenüberstehen, gegen allfällige Missbräuche staatlicher Nachfragemacht wehren, indem sie dem Sekretariat der Weko eine Anzeige erstatten (Art. 26 Abs. 1 KG), die gegebenenfalls zur Eröffnung einer kartellrechtlichen Untersuchung führen könnte oder direkt den Kartellzivilrechtsweg (Art. 12 f. KG) beschreiten (vgl. HUBERT STÖCKLI, Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung, Freiburg 1999, S. 287).

Generell betrachtet birgt eine Submission durch die Schaffung der genannten Ungleichgewichtssituation zwischen Anbietern und öffentlichem Nachfrager auch gewisse Risiken für die Anbieter. Der Ausschreiber erhält mit der Submission Informationen über den Markt und kann sich somit Transparenz verschaffen. Den Anbietern gehen indessen derart genaue Marktkenntnisse ab. Sie sind in ihrer Wahl- bzw. Ausweichmöglichkeiten eingeschränkt, weil sie weder die Preise noch die Lösung der Probleme mit anderen Anbietern vorab vergleichen können (vgl. CHRIST, a.a.O., Rz. 205; HEITZ, a. a. O., S. 41 f.). Bedenkt man noch, dass der Preis im Vergabeverfahren ein massgeblicher Faktor darstellt, dann wird ersichtlich, dass die Anbieter unter einem gewissen Preisdruck stehen können (vgl. HEITZ, a.a.O., S. 41 f.). Die Anbieter könnten demnach in einem Submissionskartell das geeignete Mittel sehen, um der Nachfragemacht bzw. dem Preisdruck etwas entgegen setzen zu können (vgl. HEITZ, a.a.O., S. 42).

**9.2.4.2** Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass 17 von 18 im Kanton Tessin aktiven Strassenbauunternehmen durch Einhaltung der Konvention den Zuschlagsempfänger und den Preis des für den Zuschlag vorgesehenen Angebots bzw. der sog. "Stützofferten" bestimmt haben. Dem angeblichen Nachfragemonopol des kantonalen öffentlichen Auftraggebers stand somit faktisch ein Angebotsmonopol gegenüber. Die durch die Abrede vermutungsweise herbeigeführte Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs und die erfahrungsgemäss damit verbundenen tendenziell höheren Preise dürften eine mögliche Nachfragemacht des Kantons erheblich abgeschwächt haben.

Immerhin hat sich der kantonale Auftraggeber (und nicht die untersuchten Unternehmen) wegen der hohen Preise der Aufträge im Strassenbausektor direkt an die Weko gewandt. Dies könnte wiederum als Indiz dafür gewertet werden, dass die kantonale Vergabestelle nicht in der Lage war, das wettbewerbswidrige Verhalten der Unternehmen zu disziplinieren.

**9.2.4.3** Die Beschwerdeführerin leitet die (von ihr gemutmasste) nachfragemächtige Stellung des Kantons aus Art. 9 des Strassengesetzes vom 2. März 1983 ab (Legge sulle strade, Raccolta Leggi TI 7.2.1.2), in welchem die Zuständigkeit des Kantons Tessin im Bereich des Strassenbaus verankert ist.

Wie bereits an anderer Stelle erwähnt, wurden alle Aufträge für die öffentlichen Ämter, alle anderen Aufträge ab Fr. 20'000.- und andere Dienstleistungen für Dritte betreffend Strassenbelagsarbeiten von der Konvention erfasst (Art. 5 Konvention). Bereits hieraus ist ersichtlich, dass die unter die Konvention fallenden Strassenbelagsarbeiten nicht nur von öffentlichen, sondern auch

von privaten Auftraggebern ausgeschrieben wurden. Beim öffentlichen Auftraggeber müsste allerdings eine weitere Differenzierung vorgenommen werden. Gemäss Art. 9 Abs. 1 des kantonalen Strassengesetzes wird der Kanton Tessin zwar als allein zuständig für den Bau von Strassen erklärt. Jedoch ergibt sich aus Art. 9 Abs. 2 desselben Gesetzes, dass der Kanton diese Kompetenz auch an die Gemeinden delegieren kann.

Die Beschwerdeführerin weist zuerst allgemein auf die starke Stellung der Marktgegenseite im Sinne des kantonalen Auftraggebers hin. Konkret bezieht sie sich nur und bloss in pauschaler Form auf Art. 9 des kantonalen Strassengesetzes, ohne sich mit den zahlreich vorhandenen Bestimmungen auseinanderzusetzen, die auf die Strassenbautätigkeit der Gemeinden schliessen lassen. Den bisherigen Ausführungen lässt sich entnehmen, dass die Strassenbauarbeiten von verschiedenen Auftraggebern der öffentlichen Hand (Kanton, Gemeinden, evtl. Bund) und auch noch von Privaten und Dritten nachgefragt werden konnten. Daher waren die Marktanteile der nachgefragten Aufträge unter zahlreichen Auftraggebern aufgeteilt. Weder aus den Akten noch aus der Beschwerdebegründung ergeben sich allerdings Anhaltspunkte dafür, dass der kantonale Auftraggeber über einen derart signifikanten Marktanteil verfügen konnte, um eine disziplinierende Wirkung auf die untersuchten Unternehmen auszuüben.

Dem Kanton eine nachfragemächtige Stellung attestieren zu wollen, wie dies die Beschwerdeführerin tut, erweist sich mehr als fraglich. In diesem Kontext ist in erster Linie die Frage entscheidend, ob das Verhalten des Kantons im Rahmen der Widerlegung der Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs zu berücksichtigen ist und nicht, ob seitens des Kantons eine Untersuchung wegen Missbrauchs einer marktmächtigen Stellung anzuheben gewesen wäre.

**9.2.4.4** Als weiterer Beweis für die starke Stellung der Marktgegenseite des Kantons führt die Beschwerdeführerin zuerst den Umstand an, dass die kantonalen Behörden im Jahr 1995 eine Ausschreibung wegen zu tiefer Offertpreise aufgehoben hätten. Dies reicht für sich allein aus verschiedenen Gründen nicht aus, die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs umzustossen.

Die Aufhebung der Ausschreibung, auf die die Beschwerdeführerin verweist, ist bereits im Jahr 1995 erfolgt, d. h. 3 Jahre vor Abschluss der Konvention, so dass ein direkter Zusammenhang zwischen diesen Ereignissen nicht naheliegt. Sodann trifft die Sachverhaltsdarstellung der Beschwerdeführerin nicht ganz zu. Gemäss Stellungnahme des Kantons zum Verfügungsentwurf der Vorinstanz vom 8. März 2006 wurde die Ausschreibung nicht wegen zu hoher Preise aufgehoben, sondern weil diese so konzipiert war, dass ein korrekter Vergleich zwischen den Offerten unmöglich war. Insbesondere konnten offenbar die Transportkosten nicht korrekt in den Offertpreisen erfasst werden. Dass die öffentliche Hand an sich die Möglichkeit hat, unter bestimmten Voraussetzungen auf eine Ausschreibung zurückzukommen, ist öffentlich-rechtlich nicht zu beanstanden. Allein daraus kann die Beschwerdeführerin nichts zu ihren Gunsten ableiten.

**9.2.4.5** Die Beschwerdeführerin weist schliesslich auf die vom Kanton verlangten Rabattforderungen nach Offerteingaben hin. In dieser Hinsicht ist der Stellungnahme des Kantons zu entnehmen, dass Rabattforderungen lediglich in wenigen isolierten Fällen verlangt wurden und eher die Ausnahme darstellten. Mit dieser Frage hat sich die Weko bereits in der angefochtenen Verfügung auseinandergesetzt. Sie hält zurecht fest, Rabattforderungen nach Offerteingabe könnten im Lichte von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG (Erzwingung unangemessener Preise) problematisch werden. Wie bereits erwähnt, ist die nachfragemächtige Stellung des öffentlichen Auftraggebers ein im öffentlichen Beschaffungswesen generell anzutreffender Aspekt (vgl. vorne E. 9.2.4.1). Allein damit lässt sich eine kartellrechtliche Verletzung im Sinne einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung aber nicht rechtfertigen. Vielmehr müssten Anhaltspunkte vorliegen, die auf einen Missbrauch einer möglicherweise marktbeherrschenden Stellung schliessen lassen. Das wäre beispielsweise der Fall, wenn die kantonale Vergabestelle die Wettbewerbsstruktur durch ihr Verhalten nachhaltig verändern oder Anbieter nachhaltig schwächen kann (vgl. Wettbewerb und Vergaberecht - Wettbewerbspolitische Analyse des Vergaberechts der Schweiz, insbesondere des Vergaberechts des Bundes, Bericht des Sekretariats der Wettbewerbskommission zur Revision des Beschaffungsrechts, RPW 2006/2, S. 404 f.). Vorliegend trifft das nicht zu, wie bereits an anderer Stelle angeführt wurde (vgl. vorne E. 9.2.4.2).

**9.2.4.6** Die Beschwerdeführerin behauptet, das Verhalten der an der Konvention beteiligten Unternehmen lasse sich zumindest bis Ende April 2001 mit den kantonalen gesetzlichen Vorgaben vereinbaren. Art. 23 Bst. d des kantonalen Gesetzes über die öffentlichen Aufträge vom 12. September 1978 habe vorgesehen, die Arbeitslast der Unternehmen als Zuschlagskriterium bei der Auftragsvergabe zu berücksichtigen, um eine gleichmässige Auftragsverteilung zwischen den Konkurrenten zu ermöglichen. Die Verteilung der Aufträge nach der Arbeitslast der Unternehmen habe ebenfalls dem Rotationsprinzip gemäss Konvention zugrunde gelegen. Nachdem im Jahre 1995 eine Ausschreibung wegen zu tiefer Offertpreise aufgehoben worden sei, sei im selben Jahr eine paritätische Kommission zur Bestimmung des kostendeckenden Preises gegründet worden, um die Offertpreise an die realen Kosten anzupassen. Die Weko habe es aber unterlassen zu würdigen, dass die Beschwerdeführerin mit ihrem Verhalten bloss die behördlichen Vorgaben umgesetzt habe.

Mit diesen Argumenten verkennt die Beschwerdeführerin, dass sich das (alte) Gesetz an die Vergabestellen richtete und nur ihr die Ausschreibungsmodalitäten vorschrieb. Gemäss der anlässlich der Untersuchung eingereichten Stellungnahme des Kantons war die Arbeitslast nur eines von mehreren im Gesetz aufgeführten Zuschlagskriterien und durfte mit einem Gewicht von 5 % berücksichtigt werden. Das lässt den Schluss zu, dass die im Gesetz enthaltenen Ausschreibungsmodalitäten der Einreichung konkurrenzfähiger Angebote nicht entgegenstanden. Art. 23 Bst. d des kantonalen Gesetzes über die öffentlichen Aufträge vom 12. September 1978 rechtfertigt selbstverständlich nicht, dass sich Unternehmen bei der Auftragsvergabe absprechen und das

für den Zuschlag in Frage kommende Angebot einschliesslich Preis im Voraus und in Berücksichtigung der Arbeitslast gleich selbst bestimmen.

Sowohl die Aufhebung der Ausschreibung als auch die Gründung einer paritätischen Kommission, auf die die Beschwerdeführerin verweist, liegen drei Jahre vor Abschluss der Konvention zurück und fallen nicht in den untersuchten Zeitraum. Gemäss Stellungnahme des Kantons zur Beschwerde sowie zum Verfügungsentwurf wurde die Gründung der paritätischen Kommission mit Schreiben vom 29. November 1995 der wichtigsten, mit dem Bausektor verbundenen Berufsvereinigungen an den Tessiner Regierungsrat sowie aufgrund verschiedener Anfragen im Tessiner Parlament in die Wege geleitet. Im Hintergrund dieser Bemühungen habe ein angeblicher Preiskampf im Bausektor gestanden und auch die Frage, ob die kantonalen Behörden über das nötige Instrumentarium verfügten, um beurteilen zu können, ob eine Offerte kostendeckend sei oder nicht. In diesem Zusammenhang wurde die paritätische Kommission (bestehend aus Vertretern der ATIPS und der Divisione delle costruzioni des Dipartimento) gegründet. Ihr Zweck habe darin bestanden, den Vergabebehörden einen neutralen Ansprechpartner zur Verfügung zu stellen, der die erforderlichen technischen Daten für die Offertenbeurteilung hätte übermitteln können. In seiner Stellungnahme hebt der Kanton hervor, die Kommission habe nicht die Aufgabe gehabt, die Preise festzusetzen. In seiner Stellungnahme vom 8. März 2007 zum Verfügungsentwurf der Weko erklärte der Kanton, dass die paritätische Kommission mehrmals ihre Tätigkeit habe unterbrechen und wieder aufnehmen müssen (zum letzten Mal zwischen 2005 und 2006), ohne zu einem konkreten und akzeptablen Ergebnis zu kommen. Der Grund für diesen Misserfolg habe in der mangelnden Transparenz der Vertreter des Privatsektors gelegen. Diese hätten bis zum heutigen Zeitpunkt den Vertretern der öffentlichen Hand die erforderlichen technischen Daten zur Beurteilung der Offerten nicht herausgegeben.

Angesichts dieser Ausführungen ist ersichtlich, dass die gegründete paritätische Kommission das Verhalten der an der Konvention beteiligten Unternehmen nicht zu beeinflussen vermochte. Aus der Gründung der paritätischen Kommission zur Prüfung des Kostendeckungsgrades in Einzelfällen sowie aus dem Umstand, dass der Einsatz der Kommission bisher offenbar nicht erfolgreich war, kann weder auf einen wirksamen (Rest-)Wettbewerb im relevanten Markt noch auf einen allfälligen Missbrauch der Marktstellung des Kantons geschlossen werden.

Es bleibt somit dabei, dass die Vorinstanz, gestützt auf die Resultate ihrer Ermittlungen, in der Konvention und deren Anwendung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung erblicken durfte. Eine Ausdehnung der Untersuchung auf das Verhalten der kantonalen Behörden war deshalb nicht erforderlich. Wie bereits erwähnt, ist ausserdem davon auszugehen, dass die Unternehmen mit der Einhaltung der Abrede die Stellung des öffentlichen Auftraggebers insofern geschwächt haben, als dieser nicht mehr in der Lage war, einen Wettbewerbspreis für die zu vergebenden Aufträge zu ermitteln.

Nach dem Gesagten sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die Weko den Sachverhalt unvollständig bzw. falsch festgestellt hat. Vielmehr hat sie sich schon in der angefochtenen Verfügung punktuell zu jeder Beanstandung der Beschwerdeführerin bezüglich der Stellung des Kantons geäußert. Angesichts der vorstehenden Ausführungen durfte die Weko zurecht darauf verzichten, den Gegenstand der Untersuchung auch auf die dem Abschluss der Konvention vorausgehenden Ereignisse (Aufhebung einer Ausschreibung, Gründung der paritätischen Kommission) bzw. auf das Verhalten des Kantons auszudehnen. Ebenso wenig kann die Beschwerdeführerin den Nachweis erbringen, dass sich die Stellung des Kantons als Marktgegenseite auf die beteiligten Unternehmen im von ihr beschriebenen Sinne einschlägig disziplinierend ausgewirkt hätte.

**9.2.5** Demnach kommt das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass die Weko die Konvention vom 15. Dezember 1998 zurecht als eine Abrede über die Aufteilung der Aufträge sowie als eine horizontale Preisabrede qualifizieren durfte und dass sie die Prüfung der Widerlegung der Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 3 KG sachlich und korrekt vorgenommen hat. Eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes ist nicht auszumachen. Kann die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nicht widerlegt werden, erweist sich die fragliche Konvention nach Art. 5 Abs. 1 KG als unzulässig und kann gemäss derselben Bestimmung auch nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sein (vgl. STOFFEL in: SIWR, a.a.O., S. 76 m. w. H., HEITZ, a.a.O., S. 73; REINERT, a.a.O., Rz. 22 ad Art. 5 KG).

Die Fragen, ob eine Wettbewerbsabrede eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung verursacht sowie ob sie sich aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt, stellen sich nur, falls die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs umgestossen werden kann (vgl. Botschaft KG 1995, S. 98 f.; BGE 129 II 18 E. 9.5.5 und 10). Das trifft vorliegend nicht zu, weshalb sich die Prüfung der entsprechenden Fragen erübrigt.

#### 10.

Die Beschwerdeführerin rügt, die Weko habe in der angefochtenen Verfügung eine hypothetische Berechnung der Sanktion vorgenommen, obwohl im vorliegenden Fall keine direkte Sanktion ausgesprochen werden könne. Sie ist der Meinung, dass für die Berechnung einer fiktiven Busse in der Verfügung keine Rechtsgrundlage vorliege.

Die Weko hat in der angefochtenen Verfügung effektiv die Höhe der Sanktion für den Fall berechnet, dass der Sachverhalt nach dem neuen Recht zu beurteilen gewesen wäre. Sie ging von einem Betrag zwischen Fr. 534'000 und Fr. 2.780 Mio. pro Unternehmen sowie von einer maximalen Busse in Höhe von Fr. 29.3 Mio. aus. Die Weko hielt hierzu fest, die Sanktionsbemessung sei rein hypothetischer Natur und habe keinerlei finanzielle Auswirkungen, weshalb auf Ausführungen zur Sanktionsbemessung verzichtet werde. Sie erachtete eine ungefähre Sanktionsberechnung aufgrund des Auflösungszeitpunkts der Absprache für gerechtfertigt. Dieser falle in die Übergangsperiode zum neuen Kartellgesetz.

Nach Ansicht der Weko liegt die Höhe der mutmasslichen Sanktion im öffentlichen Interesse.

In diesem Zusammenhang gilt es festzuhalten, dass das Dispositiv der angefochtenen Verfügung und deren Begründung darin übereinstimmen, dass keine direkten Sanktionen ausgesprochen werden können. Die Beschwerdeführerin bemängelt lediglich das Fehlen einer Rechtsgrundlage für die hypothetische Bemessung der Sanktion, zumal auf den vorliegenden Sachverhalt die neue Sanktionsordnung nicht anwendbar sei, ohne in diesem Zusammenhang einen konkreten Antrag zu stellen. Schon aus diesem Grund ist die von ihr erhobene Rüge nicht geeignet, die gestellten Rechtsbegehren zu begründen. Die Beschwerdeführerin legt zudem nicht substantiiert dar, ob und inwiefern sie durch die Berechnung einer fiktiven Busse - lediglich in der Begründung der angefochtenen Verfügung - effektiv beschwert sein soll. Für eine Beschwer ist auch kein Grund ersichtlich. Denn die Beschwerdeführerin macht selber nicht geltend, ob und inwiefern ihr aus der hypothetischen Berechnung der Sanktion ein rechtlich relevanter Nachteil erwachsen sei, weshalb sich weitere Ausführungen zu diesem Thema erübrigen.

#### 11.

Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, das Sekretariat habe die beteiligten Unternehmen mit Schreiben vom 9. Januar 2007 über den Verfügungsentwurf informiert und am darauf folgenden Tag eine Pressemitteilung betreffend Abschluss der Untersuchung über Strassenbeläge im Tessin veröffentlicht, ohne die Unternehmen im Voraus darüber zu informieren. So sei die Beschwerdeführerin nicht in der Lage gewesen, selbst eine Pressemitteilung vorzubereiten. Auch sei die Pressemitteilung in der Presse insofern missverstanden worden, als die Medien über den Abschluss des Verfahrens durch die Weko berichtet und das Verfahren als abgeschlossen erachtet hätten. Die Pressemitteilung habe deshalb zu einer Vorverurteilung der Unternehmen in den Medien geführt. Damit habe das Sekretariat den Grundsatz der Unschuldsvermutung verletzt.

Aus den Vorbringen der Beschwerdeführerin ist nicht ersichtlich, welche der von ihr gestellten Rechtsbegehren sie damit zu stützen versucht. Ein konkreter Antrag liegt auch hier nicht vor. Selbst wenn von einem konkreten Rechtsbegehren auszugehen wäre, würde sich dieses nicht primär gegen die angefochtene Verfügung, sondern gegen eine im Rahmen der Untersuchung abgegebene Pressemitteilung richten.

Die verfahrensrechtlichen Bestimmungen des Kartellgesetzes sehen vor, dass die Eröffnung einer Untersuchung publiziert wird (Art. 28 KG) bzw. dass die Wettbewerbsbehörden ihre Entscheide veröffentlichen können (Art. 48 Abs. 1 KG) und die Öffentlichkeit über ihre Tätigkeit orientieren (Art. 49 Abs. 1 KG). Die Orientierung der Öffentlichkeit erfolgt oftmals in Form von Pressemitteilungen (STEFAN KOLLER, in: Baker & McKenzie, Stämpflis Handkommentar zum KG, Art. 49 Rz. 2 f.). Pressemitteilungen stellen sogenannte Informationshandlungen bzw. Realakte von Verwaltungsbehörden dar. Diese sind nicht auf Rechtswirkungen, sondern auf Tathandlungen ausgerichtet. Deshalb stellen Realakte keine Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG dar und

sind nicht selbständig anfechtbar. Nicht anders verhält es sich im vorliegenden Fall. In der fraglichen Pressemitteilung wird die Öffentlichkeit darüber informiert, dass die Untersuchung über Strassenbeläge im Tessin mittels Verfügungsantrags abgeschlossen und der Verfügungsantrag den Parteien zur Stellungnahme unterbreitet wurde. Am Ende der Pressemitteilung ist der Antrag des Sekretariats an die Weko enthalten, diese habe einen Entscheid im Sinne der Ergebnisse der Untersuchung zu treffen, aus welcher sich das tatsächliche Vorliegen von Absprachen im Sinne von Art. 5 KG ergeben habe. Aus dem Text der Pressemitteilung geht deutlich hervor, dass der verfahrensabschliessende Entscheid der Weko auf Antrag des Sekretariats hin noch nicht gefällt wurde. Die an der Untersuchung beteiligten Unternehmen werden in der Pressemitteilung nicht beim Namen genannt. Da weder eine bewusste, ausdrückliche und verbindliche Gestaltung der Rechtstellung der betroffenen Unternehmen noch ein entsprechendes Anfechtungsobjekt vorliegt, könnte auf das (wenn überhaupt implizit gestellte) Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin nicht eingetreten werden, und es rechtfertigt sich, nicht weiter auf diese Thematik einzugehen (vgl. FELIX UHLMANN, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], VwVG, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2009, Rz. 89 f. ad Art. 5 VwVG). Ebenso wenig ist ersichtlich, inwiefern die Beschwerdeführerin durch den Text der Pressemitteilung beschwert sein könnte. Zwar trifft es zu, dass im Auszug aus der NZZ vom 11. Januar 2007 (Beilage 10 der Beschwerde) der Anschein erweckt wird, dass die Untersuchung der Weko schon abgeschlossen war. Für die missverständliche Wiedergabe der klar formulierten Pressemitteilung in der Presse und für eine Vorverurteilung der beteiligten Unternehmen in den Medien kann die Vorinstanz nicht verantwortlich gemacht werden.

## 12.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung in formeller Hinsicht gerechtfertigt ist und die Eintretensvoraussetzungen insgesamt als gegeben zu erachten sind; insbesondere ist hervorzuheben, dass die Weko aufgrund der zurzeit des Abschlusses der Untersuchung geltenden Bestimmungen befugt war, die Unzulässigkeit der während der Frist gemäss Schlussbestimmung aufgelösten Wettbewerbsabrede festzustellen und die Anwendung derselben zu verbieten, unter Androhung der Sanktionen nach Art. 50 und 54 KG im Fall der Zuwiderhandlung (E. 1.2, 2.4.2-2.4.6). In materieller Hinsicht durfte die Weko zurecht davon ausgehen, dass die Konvention vom 15. Dezember 1998 die Anforderungen an eine Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 KG erfüllt (E. 6). Die durch die Weko vorgenommene Qualifizierung der Konvention als Abrede über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG) und zugleich als Abrede über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern (Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG) ist als zutreffend zu erachten; das Vorliegen der Vermutungsbasis im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG ist schon aufgrund des Inhalts und der tatsächlichen Anwendung der Konvention zu bejahen; Ausführungen zu den Auswirkungen der Konvention auf dem relevanten Markt, die bei der Prüfung des Nachweises der Vermutungsbasis miteinbezogen

wurden, können gegebenenfalls im Rahmen der Widerlegung der Vermutung berücksichtigt werden (E. 7). Die von der Weko vorgenommene Abgrenzung des sachlich und geographisch relevanten Markts ist nicht zu beanstanden (E. 9.1). Aufgrund der Untersuchungsergebnisse durfte die Weko zum Schluss kommen, dass die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs nicht widerlegt werden konnte, da weder wirksamer aktueller und potentieller Aussen- noch wirksamer Innenwettbewerb nachgewiesen werden konnte (E. 9.2). Die von der Beschwerdeführerin ins Feld geführten Argumente zum Nachweis der Widerlegung der Vermutung (mit Bezug auf das Vorliegen von Restwettbewerb) erweisen sich als nicht stichhaltig; es gelingt der Beschwerdeführerin auch nicht, konkrete Anhaltspunkte darzutun, wonach die angeblich starke Marktgegenseite des Kantons als Auftraggeber disziplinierende Wirkung auf die untersuchten Unternehmen ausgeübt bzw. wonach der Kanton seine allfällige marktbeherrschende Stellung missbraucht hätte (E. 9.2.3-9.2.4). Da die zur Diskussion stehende Abrede den wirksamen Wettbewerb beseitigt, gilt sie als unzulässig und es erübrigt sich zu prüfen, ob sie aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz als gerechtfertigt erscheint. Weiter erweist sich die Rüge der fehlenden Rechtsgrundlage für eine hypothetische Berechnung der Sanktion mangels konkreter Anträge als nicht stichhaltig (E. 10). Die Rüge der Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit der Pressemitteilung des Sekretariats betreffend Abschluss der Untersuchung über Strassenbeläge im Tessin erweist ebenfalls als unbegründet. Insbesondere ist aus dieser nicht ersichtlich, welche der von ihr gestellten Rechtsbegehren sie damit zu stützen versucht. Ein separater Antrag liegt nicht vor (E. 11).

Nach dem Gesagten verletzt die angefochtene Verfügung kein Bundesrecht. Sie ist deshalb zu bestätigen und die Beschwerde in der Hauptsache als unbegründet abzuweisen. Da kein Anlass besteht, in der Sache neu zu entscheiden oder die angefochtene Verfügung an die Vorinstanz zur Neu Beurteilung zurückzuweisen, sind der Eventual- sowie der Subeventualantrag ebenfalls abzuweisen.

## 13.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die unterliegende Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 und Art. 63 Abs. 5 VwVG) und keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht, [VGKE, SR 173.320.2]). Die Gerichtsgebühr bemisst sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien. Es rechtfertigt sich vorliegend, die Gerichtsgebühr auf Fr. 5'000.- festzusetzen (Art. 2 Abs. 1 VGKE i.V.m. Art. 3 VGKE). Die zu sprechende Gerichtsgebühr ist mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 3'000.- zu verrechnen. Die Differenz von Fr. 2'000.- hat die Beschwerdeführerin innert 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zu bezahlen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

## 1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Die Verfahrenskosten von Fr. 5'000.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 3000.- verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 2'000.- hat die Beschwerdeführerin innerhalb von 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen. Die Zustellung des Einzahlungsscheins erfolgt mit separater Post.

**3.**

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil wird eröffnet:

der Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; Beilage: Pressemitteilung vom 16. Juni 2010);

der Vorinstanz (Ref-Nr. 22-0323: Strassenbeläge Tessin; Gerichtsurkunde; Beilage: Pressemitteilung vom 16. Juni 2010);

dem Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartement (Gerichtsurkunde; Beilage: Pressemitteilung vom 16. Juni 2010);

dem Dipartimento del territorio del Cantone Ticino (Beilage: Pressemitteilung vom 16. Juni 2010);

und auszugsweise mitgeteilt:

der Costra SA (Beilage: Pressemitteilung vom 16. Juni 2010).

[Rechtsmittelbelehrung]

B 3	<b>4. Sentenza del Tribunale amministrativo federale del 10 giugno 2010 Spalu SA, Cogesa SA, Edilstrada SA, Industrie Chimiche Riunite SA, Società anonima Imprese stradali ed affini SA, Franco Rossi SA, Mancini &amp; Marti SA contro Commissione della concorrenza – Limitazione illecita della concorrenza</b>
-----	---

*Sentenza (B-360/2008) del Tribunale amministrativo federale del 10 giugno 2010 Spalu SA, Cogesa SA, Edilstrada SA, Industrie Chimiche Riunite SA, Società anonima Imprese stradali ed affini SA, Franco Rossi SA, Mancini & Marti SA contro Commissione della concorrenza – Limitazione illecita della concorrenza*

**Sachverhalt:**

**A.**

**A.a** Sulla base di indicazioni fornite dal Dipartimento del territorio del Cantone Ticino, riportate anche in ambienti giornalistici, la Segreteria della Commissione della concorrenza (di seguito: Segreteria) ha aperto in data 2 dicembre 2004 un'inchiesta preliminare allo scopo di chiarire le condizioni di concorrenza sul mercato delle pavimentazioni stradali in Ticino e di constatare se vi erano indizi per l'esistenza di accordi illeciti in materia di concorrenza o di un abuso della posizione dominante sul mercato.

Nel corso dell'inchiesta preliminare le informazioni trasmesse dalla Divisione delle costruzioni del Cantone Ticino, nonché le analisi statistiche dei prezzi delle offerte per lavori di pavimentazione stradale nel Cantone Ticino in materia di appalti pubblici effettuate dalla Segreteria avevano condotto all'esistenza di indizi a conferma delle seguenti pratiche illecite: accordi di rotazione nell'ambito degli appalti pubblici; ripartizione del mercato per quanto riguarda i lavori di manutenzione delle strade; accordo inerente alla produzione di pavimentazioni stradali; accordo sui prezzi dei trasporti.

Sulla base di questi indizi, la Segreteria ha aperto il 4 aprile 2005, d'intesa con un membro della presidenza della Commissione della concorrenza (di seguito: Comco), un'inchiesta giusta l'art. 27 della legge federale del 6 ottobre 1995 sui cartelli e altre limitazioni della concorrenza (LCart; RS 251). Oggetto dell'inchiesta era dapprima la questione a sapere se nel Cantone Ticino erano stati conclusi accordi di rotazione nell'ambito degli appalti pubblici per lavori di pavimentazione delle strade nazionali e cantonali, nonché una ripartizione territoriale per i lavori di manutenzione delle strade in generale (art. 5 cpv. 3 lett. c LCart). Inoltre occorre analizzare se avevano avuto luogo accordi concernenti i prezzi delle pavimentazioni stradali e se sussisteva un abuso della posizione sul mercato giusta l'art. 7 LCart da parte della ditta di produzione di miscele bituminose Comibit SA. Destinatari dell'inchiesta erano le ditte Betasfa SA, Comibit SA, Atag SA, Batigroup (Ticino) SA (ora Implemia [Ticino] SA), Botta & Co., Pavisud SA, Aebischer SA, Cogesa SA, Costra SA, Edilstrada SA, Franco Rossi SA, Industrie Chimiche Riunite SA (ICR), Luongo SA, Mancini & Marti SA, Novastrada SA, Paviclass SA, Pavistra SA, Saisa SA, Spalu SA, Trevalbeton SA.

La Segreteria ha comunicato l'apertura dell'inchiesta mediante pubblicazione ufficiale secondo l'art. 28 LCart (FUSC No. 74 del 18 aprile 2005; FF No. 16 del 26 aprile 2005, pag. 2509).

**A.b** Nel quadro dell'inchiesta la Segreteria ha distribuito questionari alle parti, ai Comuni di Airolo, Bellinzona, Biasca, Giubiasco, Locarno, Lugano e Mendrisio, nonché a potenziali imprese concorrenti dei cantoni limitrofi e della vicina Italia. A titolo di confronto sono stati interpellati anche l'Ufficio del genio civile del Canton Berna e due imprese di produzione bernesi confrontabili alla Comibit SA, la maggiore impresa ticinese nel ramo della produzione di miscele bituminose. Altri questionari sono stati spediti all'Associazione ticinese delle imprese di pavimentazione stradale (ATIPS) e all'Associazione svizzera dei trasportatori stradali (ASTAG), Sezione Ticino. La Segreteria si è anche avvalsa di informazioni orali fornite da singoli rappresentanti di alcune imprese, nonché di un colloquio con alcuni rappresentanti dell'ATIPS ed ha esaminato presso il Dipartimento del Territorio a Bellinzona i dettagli delle offerte di nove bandi di concorso per lavori di manutenzione delle strade inerenti agli anni 2004 e 2005. Parte determinante dell'inchiesta è l'esame della convenzione del 15 dicembre 1998 conclusa tra le ditte di pavimentazione stradale ticinesi, nonché la questione a sapere se la medesima era stata effettivamente applicata.

La Segreteria ha sottoposto alle parti il suo progetto di decisione del 9 gennaio 2007, corredato da una lista degli atti aggiornata, per presa di posizione. Ad eccezione delle ditte Luongo SA e Trevalbeton SA, le rimanenti imprese indagate hanno preso posizione sul progetto di decisione separatamente o congiuntamente. Allo stesso modo le stesse ditte hanno avuto modo di accedere agli atti. Parimenti il Dipartimento del territorio del Cantone Ticino ha inoltrato una presa di posizione.

**A.c** Il 19 novembre 2007 (data di spedizione: 5 dicembre 2007) la Commissione della concorrenza (di seguito: Comco, autorità inferiore) ha emanato una decisione con il dispositivo seguente:

"1. La Commissione della Concorrenza, viste la fattispecie e le considerazioni precedenti:

a)

constata che l'applicazione della convenzione del 15 dicembre 1998 nel Cantone Ticino, nel periodo tra il mese di gennaio 1999 e almeno fino alla fine del 2004, conclusa dalle ditte Aebischer SA, Atag SA, Batigroup (Ticino) SA, Botta & Co, Cogesa SA, Costra SA, Edilstrada SA, Franco Rossi SA, Industrie Chimiche Riunite SA, Mancini & Marti SA, Novastrada SA, Paviclass SA, Pavistra SA, Pavisud SA, Saisa SA, Spalu SA e Trevalbeton SA, costituiva sia un accordo che serviva a realiz-

zare una ripartizione delle commesse, sia un accordo orizzontale in materia di prezzi e, di conseguenza, una limitazione illecita della concorrenza secondo l'articolo 5 capoverso 3 lettera a e c LCart;

b)

vieta alle imprese di pavimentazione stradale nel Cantone Ticino di applicare la convenzione del 15 dicembre 1998;

c)

decide, dopo che la limitazione illecita della concorrenza è stata sospesa alla fine del mese di marzo 2005 e visto che quindi non può essere inflitta alcuna sanzione conformemente all'articolo 49a LCart, di concludere la procedura;

d)

si riserva di esaminare di nuovo, in un secondo tempo, le condizioni di concorrenza sul mercato della produzione di miscele bituminose nonché sul mercato della costruzione di strade e della pavimentazione nel Cantone Ticino per quanto riguarda il periodo successivo al mese di aprile 2005.

2. Le infrazioni alla presente decisione possono essere punite con le sanzioni previste agli articoli 50 risp. 54 LCart.

3. Le spese procedurali per un importo complessivo di CHF 378'138.-, sono addossate alle imprese, conformemente alla Tabella 1, ad eccezione della ditta Luongo SA, in parti uguali, vale a dire, a ognuna per un ammontare di CHF 19'902.-, che ne assumono solidalmente la responsabilità.

4. (indicazione del rimedio giuridico).

5. (notificazione alle parti)".

L'autorità inferiore ha definito la convenzione del 15 dicembre 1998 un accordo in materia di concorrenza giusta l'art. 4 cpv. 1 LCart. Secondo lei si tratta di un accordo tra offerenti dello stesso livello economico (accordo orizzontale). Aderendo alla convenzione e partecipando alle riunioni settimanali in cui veniva decisa l'attribuzione degli incarichi, tutti i partner dell'accordo hanno dimostrato una collaborazione consapevole e voluta. L'autorità inferiore ha dedotto dall'obiettivo della convenzione - ossia dalla ripartizione sistematica di commesse edili private e pubbliche per lavori stradali nel Cantone Ticino a partire da un importo della commessa di fr. 20'000.- allo scopo di poter ottenere prezzi "equi" - che tale accordo si prefiggeva una limitazione della concorrenza. Dall'allegato alla convenzione la Comco ha stabilito che tutte le ditte contro le quali era stata aperta l'inchiesta erano parti dell'accordo, ad eccezione della ditta Luongo poiché era risultato che la medesima non aveva partecipato alle riunioni. L'autorità inferiore ha affermato che delle 18 ditte ticinesi attive nella pavimentazione stradale 10 sono azioniste della Comibit SA (la ditta maggiore per la produzione di asfalto) e hanno un seggio nel consiglio di amministrazione di quest'ultima. Comibit SA è azionista con Batigroup (Ticino) SA e Paviclass SA della ditta di pavimentazioni Betasfa SA. Comibit SA e Betasfa SA non erano ufficialmente presenti alle riunioni. Sulla scorta dei legami personali summenzionati, esse erano rap-

presentate dai loro proprietari, così che le due imprese erano al corrente di quanto veniva deliberato nell'occasione delle riunioni.

Rinviando alle disposizioni contenute nella convenzione, l'autorità inferiore ha accertato che il meccanismo di assegnazione delle commesse descritto nella convenzione si prefiggeva una ripartizione del mercato ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 lett. c LCart. Essa ha constatato che la convenzione, prevedendo la discussione sui prezzi delle offerte in vista dell'assegnazione delle commesse, conteneva nel contempo un accordo orizzontale in materia di prezzi ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 lett. a LCart. L'autorità inferiore ha infine addotto che la convenzione prevedeva che si ostacolassero ditte non partecipanti all'accordo nell'esercizio della concorrenza, vietando per esempio di rifornirle di miscele bituminose, di concedere loro dei prestiti e di formare con loro dei consorzi.

Sulla scorta di 209 tabelle che dimostrano le aggiudicazioni delle commesse in occasione delle riunioni settimanali e di 192 pagine in cui sono elencati i lavori sospesi, l'autorità inferiore ha concluso che il sistema descritto nella convenzione è stato effettivamente applicato dal 13 gennaio 1999 al 10 dicembre 2003. Essa ha rilevato che l'idea fondamentale della convenzione consisteva nel ripartire tra le ditte di pavimentazione stradale ticinesi i lavori richiesti dagli enti pubblici e dai privati in modo da permettere ad ogni impresa di ricevere un numero sufficiente di commesse in base alla rispettiva importanza economica. L'autorità inferiore ha specificato che la convenzione attribuiva alle ditte aderenti all'accordo dei fattori di moltiplicazione e un determinato contingente di rotazione dei lavori. Le imprese con un contingente basso avrebbero avuto maggiori possibilità di ricevere una commessa. Le imprese con fattori di moltiplicazione bassi erano ditte di grandi dimensioni residenti da tempo nel Cantone Ticino. Ad esse sono stati assegnati volumi di commesse superiori rispetto alle imprese dotate di fattori di moltiplicazione elevati. L'autorità inferiore ha confrontato la quota di mercato delle imprese sulla base della cifra d'affari complessiva del ramo economico tra il 1999 e il 2003 con la quota di mercato prevista dalla convenzione ed è giunta alla conclusione che le quote di mercato differiscono solo in misura esigua dalla ripartizione del mercato prevista dalla convenzione. A mente della Comco le differenze minime sono da attribuire al fatto che i fattori di moltiplicazione sono stati modificati nel corso degli anni. Dalle sue rilevazioni l'autorità inferiore ha dedotto che le quote delle cifre d'affari ripartite tramite il sistema di rotazione ammontavano nel 1999 all'83 %, nel 2000 al 70 %, nel 2002 all'81 %, nel 2001 al 47 % e nel 2003 al 32 % e che durante l'intero periodo di osservazione il 62 % del volume delle commesse è stato aggiudicato mediante il sistema di rotazione. Per l'autorità inferiore una concorrenza efficace è soppressa già quando "solo" il 60 % del mercato rilevante è toccato dalla convenzione. Secondo lei è utile sottolineare che a volte più dell'80 % del mercato era toccato dalla convenzione. La Comco fa risalire le variazioni delle quote delle cifre d'affari alla circostanza che le commesse sono state assegnate in periodi diversi ai contingenti e ai conti economici delle imprese in questione, al modo di gestione delle commesse sospese, nonché al fatto che le commesse inferiori a fr. 20'000.-



non erano previste dalla convenzione e i mandati che superavano il milione di costi non venivano contabilizzati al 100 %. Per la Comco non è da escludere che l'intesa esaminata sia diventata sempre più instabile in vista dell'introduzione della nuova legge sui cartelli. Infine la Comco ha rilevato che l'applicazione della convenzione per quel che concerne l'impegno a non fornire terzi non poteva essere dimostrata in modo convincente, ma che in generale questa disposizione ha favorito la riuscita dell'accordo. Per questo motivo la Comco ha considerato la questione a sapere se la clausola contenuta nella convenzione di non rifornire terzi sia stata effettivamente applicata irrilevante per il risultato dell'inchiesta.

Per quanto attiene alla durata di applicazione dell'accordo, l'autorità inferiore ha concluso sulla scorta degli atti che esso è durato dal gennaio 1999 almeno fino alla fine del 2004. A suo avviso 209 tabelle, 192 pagine in cui sono elencati i lavori sospesi, nonché le ammissioni delle parti interessate testimoniano l'effettiva applicazione della convenzione dal 13 gennaio 1999 al 10 dicembre 2003. La Comco ha ritenuto che, sulla base delle dichiarazioni delle parti interessate, dalla fine del 2004 in poi un numero sempre minore di imprese avrebbe partecipato alle riunioni e, a partire dal 1° aprile 2005, esse non hanno più avuto luogo. Da questa circostanza la Comco ha dedotto che nella fattispecie viene applicata la legge sui cartelli del 1995 che non prevedeva ancora sanzioni dirette in caso di infrazione all'art. 5 cpv. 3 LCart. Secondo lei, l'elemento essenziale per la procedura è costituito dal fatto che ogni impresa, partecipando alle riunioni, ha manifestato il proprio interesse all'assegnazione delle commesse mediante un "gentlemen's agreement" che ha costituito l'appartenenza al cartello.

L'autorità inferiore ha esaminato l'evoluzione della volatilità delle offerte, concludendo che, nel periodo tra il gennaio 1999 e il marzo 2005, la volatilità delle offerte era relativamente bassa, mentre in seguito è aumentata in modo significativo, il che dimostra che gli appaltatori hanno modificato il loro comportamento dopo il mese di marzo 2005. Il confronto tra i prezzi delle offerte e il rispettivo preventivo del Dipartimento del territorio del Cantone Ticino indica secondo l'analisi della Comco che i prezzi delle offerte sono calati in modo significativo nel mese di marzo 2005, mentre prima di questa data i prezzi delle offerte erano sistematicamente più elevati. In riferimento alle critiche sollevate da alcune imprese, secondo cui le offerte inoltrate dopo il 1° aprile 2005 non coprirebbero i costi, la Comco ha sottolineato il fatto che un prezzo stabilito in regime di concorrenza non significa che si tratti di un prezzo in sintonia alla copertura dei costi, tanto più che in regime di concorrenza è il mercato a stabilire i prezzi. La Comco ha ritenuto che non rientra nei suoi compiti di intervenire sul mercato al fine di regolarlo e di esaminare l'adeguatezza dei prezzi.

Per quanto riguarda le critiche mosse da alcune ditte nei confronti del comportamento assunto dall'autorità cantonale nel 1995 (un annullamento di un bando di concorso a causa dei prezzi troppo bassi; istituzione di una commissione paritetica per fissare un prezzo che permettesse di coprire i costi; l'art. 23 lettera d della vecchia legge cantonale sugli appalti pubblici che condizionava l'aggiudicazione delle commesse al carico di lavoro degli offerenti), la Comco ha concluso che il Cantone va con-

siderato come impresa ai sensi dell'art. 2 LCart, ma che - in considerazione al periodo analizzato - non può essere oggetto dell'inchiesta se e in che misura la prassi in materia di aggiudicazioni del Cantone potrebbe eventualmente contravvenire al diritto sui cartelli.

Quale risultato intermedio l'autorità inferiore ha accertato che l'idea fondamentale della convenzione consisteva nel ripartire tra le ditte di pavimentazione stradale ticinesi i lavori richiesti dagli enti pubblici e dai privati, in modo da permettere ad ogni impresa di ricevere un numero sufficiente di commesse in rapporto alla rispettiva importanza economica. Di conseguenza, alle ditte aderenti all'accordo veniva a mancare la pressione alla razionalizzazione e, così facendo, si permetteva il mantenimento di strutture inefficienti a spese di committenti privati, degli enti pubblici e dei contribuenti.

La Comco ha di seguito analizzato il mercato della produzione di miscele bituminose del Cantone Ticino. L'autorità inferiore ha lasciato in sospeso la questione relativa ai prezzi troppo elevati per la posa di pavimentazioni stradali come quella inerente ad un eventuale comportamento abusivo della Comibit SA, la maggiore impresa produttrice d'asfalto del Cantone Ticino. A tale riguardo la Comco ha sostenuto che nella fattispecie non sono disponibili dati al fine di analizzare in modo fondato un eventuale abuso della Comibit SA sotto forma di una strategia di esclusione dal mercato. Tali dati mancherebbero a causa delle distorsioni della concorrenza provocate dall'accordo. La Comco è dell'avviso che il comportamento sul mercato della Comibit SA è stato determinato in modo sostanziale dall'accordo in questione e che era subordinato a quest'ultimo. In considerazione del ruolo essenziale assunto dalla Comibit SA sul mercato, per la Comco è possibile supporre che si tratterebbe di una pratica illecita ai sensi dell'art. 7 cpv. 2 lett. a risp. b LCart se in futuro la Comibit SA dovesse rifiutarsi senza motivo di rifornire ditte di pavimentazione stradale presenti sul mercato di miscele bituminose, oppure di rifornire gli acquirenti alle stesse condizioni. La Comco ha infine precisato che gli indizi relativi ad un accordo sui prezzi dei trasporti emersi nell'ambito dell'inchiesta non hanno trovato conferma.

Di seguito la Comco ha constatato che la presunzione della soppressione della concorrenza efficace ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 LCart non può essere confutata né da una concorrenza esterna efficace né da una concorrenza interna efficace.

## **B.**

Contro la decisione della Comco del 19 novembre 2007, il 18 gennaio 2008 hanno presentato ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo federale le ditte Spalu SA, Cogesa SA, Edilstrada SA, Industrie Chimiche Riunite SA, Società anonima di Imprese stradali ed affini (SAISA) SA, Franco Rossi SA e Mancini & Marti SA (di seguito: ricorrenti), tutte rappresentate dagli avv. Brunoni e Quadri dello Studio Legale Brunoni, Molino, Mottis e Adami. Esse postulano in via principale l'accoglimento del ricorso, l'annullamento della decisione impugnata e del comunicato stampa del 6 dicembre 2007 emesso dalla Comco in tutte le sue versioni linguistiche, protestate tasse, spese e ripetibili. In via subordinata esse postulano l'accoglimento del ricorso, l'annullamento della deci-

sione impugnata e la trasmissione della domanda di annullamento del comunicato stampa alla Comco, quale domanda di rettifica, per decisione impugnabile al Tribunale amministrativo federale, protestate tasse, spese e ripetibili.

Le ricorrenti sostengono che l'applicazione della convenzione del 15 dicembre 1998 non costituisce né un accordo che serviva a realizzare una ripartizione delle commesse, né un accordo orizzontale in materia di prezzi, né una limitazione illecita della concorrenza. Non conoscendo la convenzione e non partecipando alle riunioni, la ditta Luongo SA, a mente delle ricorrenti, non ha mai avuto ripercussioni derivanti dall'esistenza della convenzione e dell'applicazione della stessa. I rappresentanti della stessa ditta Luongo SA avrebbero dichiarato in un'intervista rilasciata al Quotidiano e al Corriere del Ticino di non essere mai stati ostacolati e di aver potuto concorrere liberamente.

Per le ricorrenti non si può parlare di un accordo avente come oggetto la ripartizione del mercato, né tantomeno l'attribuzione alle singole imprese di un'esclusiva su un determinato territorio. Sulla base delle dichiarazioni rilasciate nei media dalla ditta Luongo i ricorrenti sottolineano che nessuna ditta era impedita dal partecipare ai bandi di concorso e che la convenzione non limitava per nulla la possibilità di una ditta non partecipante all'accordo di presentare un'offerta concorrenziale e di vincere l'appalto. L'accesso al mercato determinante non era in nessun modo limitato dall'esistenza della convenzione. Per le ricorrenti il sistema dei contingenti e dei fattori di moltiplicazione contenuto nella convenzione non dimostra l'esistenza di un accordo, bensì rispecchia le reali ed effettive possibilità di ogni singola impresa. Contrariamente alle indicazioni dell'autorità inferiore, le differenze minime tra il valore della quota di mercato nel ramo edile ed il valore della quota di mercato sotto la convenzione non vanno interpretate nel senso che le cifre sono state influenzate dalla convenzione, ma nel senso che gli importi stabiliti nella stessa rispecchiano in maniera inequivocabile la situazione esistente sul mercato. Per poter determinare una correlazione tra i valori di mercato e quelli previsti dalla convenzione sarebbe stato necessario includere anche i dati relativi al periodo antecedente al 1999 e posteriore al 2005. Secondo il parere delle ricorrenti, le asserzioni indicate dalla Comco per quel che attiene al valore della quota di mercato globale (QMG; dec. imp. N. 117) non sono atte a comprovare una ripartizione del mercato.

Le ricorrenti contestano che la convenzione rappresenta un accordo cartellare in materia di prezzi, ribadendo che lo scopo della convenzione era quello di garantire il giusto livello dei prezzi e che questi tenessero conto sia degli interessi del committente, sia di quelli delle parti contraenti. Secondo loro i prezzi applicati fino al 2004 si muovono attorno al livello del preventivo allestito dal Dipartimento, mentre i prezzi offerti dopo il 2005 si situano ad un livello inferiore a quello dei preventivi, in misura del 20-40 %, il che è da ricondurre unicamente ad un crollo dei prezzi. A mente delle ricorrenti, una dimostrazione indiretta che non erano i vecchi prezzi ad essere gonfiati, ma quelli nuovi (dopo il 2005) ad essere sottoprezzo risiederebbe nel fatto che non vi sono state ditte concorrenti provenienti da fuori cantone che abbia-

no partecipato ai concorsi. Esse rimproverano alla Comco di non aver verificato il fatto che le offerte presentate oggi al Cantone non coprono i costi.

Le ricorrenti rimproverano all'autorità inferiore di non aver analizzato l'aspetto che i prezzi imposti dalla Combit SA sono rimasti costanti dal 2001 e che dal 2005 sono stati ridotti per giustificare il motivo della diminuzione dei prezzi delle offerte rispetto ai preventivi. A mente delle ricorrenti, la Comco avrebbe dovuto allestire una perizia per determinare se i prezzi offerti per ogni concorso erano concorrenziali o meno. L'analisi statistica sommaria basata su un confronto tra i prezzi in regioni svizzere diverse non è sufficiente. In merito ai rilevamenti concernenti l'evoluzione della volatilità delle offerte le ricorrenti lamentano che questa analisi si basa unicamente su un numero di commesse limitato (225) e non su tutte le commesse.

Le ricorrenti mettono in risalto che la convenzione in oggetto rappresenta un accordo senza forza obbligatoria (*gentlemen's agreement*), il che è dimostrato dal fatto che la stessa non è mai stata sottoscritta dalle imprese. A loro avviso bisognava tenere conto anche del fatto che le commesse non venivano sempre assegnate alle imprese che figuravano al primo posto nelle tabelle. In ogni caso, per l'assegnazione delle commesse pubbliche, durante gli incontri venivano presi in considerazione ulteriori fattori oltre al prezzo. Per questo motivo le ricorrenti concludono che non vi era un accordo in merito ai prezzi per le offerte pubbliche. Dai rilevamenti eseguiti dalla Comco le ricorrenti deducono che l'applicazione della convenzione ha avuto un'incidenza limitata sul mercato e che quindi la concorrenza non è stata falsata.

Nella denegata ipotesi che la convenzione costituisca un accordo orizzontale, le ricorrenti evidenziano che la presunzione della soppressione della concorrenza efficace poteva essere confutata poiché esisteva un'efficace concorrenza interna ed esterna. A dimostrazione che nel periodo tra il 1999 e il 2004 vigeva una reale concorrenza tra le ditte ticinesi, le ricorrenti adducono il fatto che le offerte delle imprese si muovevano sempre attorno al preventivo allestito dal dipartimento; in tal senso la diminuzione avvenuta nel corso del 2005 delle offerte rispetto al preventivo sarebbe attribuibile al fatto che i prezzi attualmente sono sottocosto o che tale tendenza sarebbe avvantaggiata dalla diminuzione dei prezzi del materiale bituminoso. Inoltre la convenzione non sarebbe stata applicata a tutte le commesse, ma solo ad un numero limitato delle stesse. A mente delle ricorrenti, lo Stato ha incentivato un simile atteggiamento delle imprese, annullando nel corso del 1995 concorsi pubblici a dipendenza del costo troppo basso delle offerte. Avendo omesso di esprimere un giudizio in merito al comportamento assunto dalle autorità cantonali nella vicenda, l'autorità inferiore sarebbe incorsa nell'arbitrio.

Le ricorrenti concordano con l'autorità inferiore quando essa dimostra l'applicazione della convenzione fino al 10 dicembre 2003, specificando però che per l'applicazione relativa al periodo successivo non vi sono mezzi di prova sufficienti. Esse postulano inoltre l'annullamento del punto 1d del dispositivo della decisione impugnata. Secondo loro la riserva della Comco di eseguire un nuovo esame non può essere mantenuta, dal momento che la

stessa, disponendo di tutti gli elementi necessari a decidere, avrebbe dovuto esprimersi in tal senso.

Le ricorrenti rivolgono il loro gravame anche contro il comunicato stampa che, secondo loro, rappresenta una decisione impugnabile e va annullato poiché il suo contenuto non corrisponde a quanto accertato nella decisione impugnata, provocando loro un grave danno d'immagine.

#### **C.**

Con scritto del 28 febbraio 2008 la Segreteria della Comco ha comunicato alle ricorrenti l'intenzione delle autorità della concorrenza di pubblicare il testo della decisione impugnata nella versione italiana e tedesca sul proprio sito internet in data 7 marzo 2008, indicando che questi testi saranno pubblicati anche sul prossimo numero della collana Diritto e Politica della Concorrenza (DPC).

Il 3 marzo 2008 le ditte ricorrenti hanno inoltrato, nel merito e in via superprovisionale, un'istanza volta a vietare alla Comco la pubblicazione della decisione impugnata sia a titolo generale che sul proprio sito internet, fintanto che la relativa procedura di ricorso non sarà conclusa con una sentenza cresciuta in giudicato.

Con decisione incidentale del 6 marzo 2008 il Tribunale amministrativo federale ha respinto l'istanza cautelare delle ricorrenti.

#### **D.**

Con presa di posizione del 7 aprile 2008 la Comco propone la reiezione del gravame, protestate tasse, spese e ripetibili. Essa rimanda in sostanza alla motivazione adottata nella decisione impugnata. Nel contempo la Comco ha inoltrato l'elenco completo degli atti preliminari.

#### **E.**

Con lettera dell'11 aprile 2008 il TAF ha risposto allo scritto della ditta Costra SA del 22 febbraio 2008, con la quale la medesima aveva chiesto di essere considerata parte al presente procedimento, comunicandole che, non avendo interposto ricorso, non poteva beneficiare dei diritti di chi ha qualità di parte nella procedura amministrativa.

Con lettera dell'11 aprile 2008 il TAF, in riferimento alla domanda del Dipartimento del territorio del 10 marzo 2008 di essere considerato controparte o interessato alla lite, ha comunicato che non gli poteva essere attribuita la qualità di parte, non essendo annoverato nell'elenco dei partecipanti all'inchiesta, ma che tuttavia esso poteva rientrare nella cerchia dei cosiddetti "altri interessati" ai sensi dell'art. 57 PA.

Il 16 aprile 2008 il Dipartimento del territorio si è detto d'accordo ad essere considerato come altro interessato e ha proposto di visionare il ricorso e di prendere se necessario posizione sullo stesso.

#### **F.**

In data 29 aprile 2008 le ricorrenti hanno indicato quei documenti dell'elenco degli atti preliminari per i quali

avevano previsto una richiesta di compulsazione. La Comco ha successivamente preso posizione sulla domanda di consultare gli atti delle ricorrenti.

Con ordinanza procedurale del 18 giugno 2008 sono stati trasmessi alle ricorrenti gli originali degli atti preliminari inoltrati dall'autorità inferiore, ad esclusione degli atti 13, 223, 232, 361 e 373. Nel contempo è stata data loro l'opportunità di completare per iscritto la motivazione al ricorso.

In data 11 luglio 2008 le ricorrenti hanno ritornato gli atti inoltrati dal Tribunale amministrativo federale. Esse non hanno fatto uso della loro possibilità di completare la motivazione del ricorso.

Con ordinanza procedurale del 12 agosto 2008 le ricorrenti e l'autorità inferiore, come pure la ricorrente nella procedura parallela B-420/2008, sono state invitate ad esprimersi sull'eventuale congiunzione delle procedure.

L'autorità inferiore e le ricorrenti hanno aderito alla proposta di congiungere le due procedure di ricorso. La ricorrente nella procedura B-420/2008 non si oppone di principio ad una congiunzione delle procedure, propone tuttavia di mantenere il tedesco come lingua di procedura.

#### **G.**

Il 31 ottobre 2008 il Dipartimento del territorio ha presentato la presa di posizione al ricorso e postulato il mantenimento della decisione impugnata. Tale presa di posizione è stata trasmessa alle parti per conoscenza con ordinanza del 5 novembre 2008.

#### **H.**

Il 3 luglio 2009 lo scrivente Tribunale amministrativo federale ha comunicato alle parti che dal suo punto di vista un ulteriore scambio di scritti non appariva necessario.

#### **I.**

Ulteriori fatti ed argomenti addotti dalle parti negli scritti verranno ripresi nei considerandi qualora risultino decisivi per l'esito della vertenza.

#### **Diritto:**

##### **1.**

Il Tribunale amministrativo federale esamina d'ufficio e con pieno potere cognitivo la questione a sapere se sono adempiuti i presupposti processuali e se si può entrare nel merito del ricorso (cfr. DTAF 2007/6 consid. 1 pag. 45 con rimandi).

**1.1** Il presente ricorso è diretto in primo luogo (cfr. in seguito anche consid. 2) contro la decisione della Comco del 19 novembre 2007. Perlomeno sotto l'aspetto formale (cfr. consid. 3.4.3-3.4.6), quest'ultima riveste il carattere di decisione ai sensi dell'art. 5 cpv. 1 della legge federale del 20 dicembre 1968 sulla procedura amministrativa (PA, RS 172.021). Il Tribunale amministrativo federale è competente a giudicare i ricorsi contro le decisioni ai sensi dell'art. 5 PA (art. 31 della legge sul Tribunale amministrativo federale del 17 giugno 2005, LTAF, RS 173.32, art. 33 lett. f in combinato disposto

con l'art. 47 cpv. 1 lett. b PA), tanto più che non sussiste un'eccezione ai sensi dell'art. 32 LTAF.

**1.2** Le ricorrenti hanno partecipato al procedimento dinanzi all'autorità inferiore e sono destinatarie formali della decisione. I rappresentanti legali hanno giustificato i loro poteri con procura scritta valida (art. 11 PA). Le condizioni poste al termine per presentare ricorso, nonché al contenuto e alla forma di ricorso sono osservate (art. 50 e 52 PA). L'anticipo spese è stato versato tempestivamente (art. 63 cpv. 4 PA).

La questione se e in che misura le ricorrenti sono particolarmente toccate dalla decisione impugnata ed hanno un interesse degno di protezione all'annullamento o alla modificazione della stessa e con ciò sono legittimate a ricorrere ai sensi dell'art. 48 cpv. 1 PA, dipende tra l'altro dal modo in cui deve essere qualificata la decisione impugnata, vale a dire dalla questione se la decisione impugnata adempie pienamente ai requisiti di cui all'art. 5 PA. Nel caso affermativo si potrà entrare nel merito del ricorso (cfr. consid. 3-3.4.6).

## 2.

Le ricorrenti postulano, oltre all'annullamento della decisione impugnata, anche l'annullamento del comunicato stampa del 6 dicembre 2007. A loro avviso detto comunicato stampa rappresenta una decisione impugnabile e va annullato perché non corrisponde al contenuto della decisione, quando dice che "*la convenzione ha nuociuto ai clienti privati, alle autorità pubbliche ed ai contribuenti*". A mente delle ricorrenti la decisione impugnata non contiene alcuna indicazione in merito al danno cagionato a clienti privati, autorità pubbliche e contribuenti, al contrario di quanto traspare invece dalla versione tedesca del comunicato stampa dove si afferma che "*Die Konvention hat privaten Kunden, der öffentlichen Hand und den Steuerzahlern erheblichen Schaden zugefügt*". Così facendo, le ricorrenti si vedrebbero imputare una responsabilità non comprovata dall'autorità inferiore nella decisione impugnata. Di conseguenza il comunicato stampa provoca un grave danno d'immagine ed economico.

In via subordinata le ricorrenti chiedono di ordinare alla Comco la revoca formale del comunicato stampa e nel contempo il rilascio di una decisione a sua volta suscettibile di ricorso.

**2.1** Dapprima occorre esaminare la natura giuridica in cui rientra il comunicato stampa della Comco e di seguito se e in che misura il medesimo può essere impugnato.

**2.1.1** Affinché la politica svizzera in materia di concorrenza sia trasparente, la Commissione della concorrenza e la segreteria sono tenute ad informare il pubblico circa la loro attività (art. 49 cpv. 1 LCart; cfr. anche messaggio concernente una legge federale sui cartelli e altre limitazioni della concorrenza del 23 novembre 1994 [di seguito: messaggio LCart 1995] FF 1994 pag. 389 segg., pag. 482; cfr. anche il Regolamento interno della Commissione della concorrenza del 1° luglio 1996, approvato dal Consiglio federale il 30 settembre 1996, RS 251.1, art. 16-24). Le autorità di concorrenza fanno fronte all'obbligo di informare il pubblico con la pubblicazione delle loro decisioni, nonché di raccomandazioni informali

e prese di posizione nella rivista "Diritto e politica della concorrenza" (DPC). Considerato il testo di legge si può affermare che l'art. 49 cpv. 1 LCart non preclude alle autorità di concorrenza di informare il pubblico su singoli procedimenti anche per mezzo di comunicati stampa (STEFAN KOLLER in: Baker & McKenzie [Herausgeber], Stämpfli Handkommentar zum KG, Berna 2007, Art. 49 N 2-3; THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG in: Marc Amstutz/Mani Reinert [Herausgeber], Basler Kommentar, Kartellgesetz [BSK-KG], Basilea 2010, N 6 ad art. 49 LCart).

Gli atti di informazione di autorità amministrative non esplicano effetti nella sfera giuridica individuale, bensì prevalentemente nella sfera di fatto che circonda l'individuo. Questo principio non vale soltanto in riferimento ad atti di informazione individuali come lo possono essere istruzioni, informazioni, comunicazioni, manifestazioni d'opinioni, ma anche in relazione ad atti di informazione di natura generale, come ad esempio i comunicati stampa di enti pubblici (DTF 130 IV 140 E. 2, S. 141 f.; cfr. per tutto MARKUS MÜLLER in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.] VwVG, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zurigo/San Gallo 2008, N 52 ad art. 5 PA; FELIX UHLMANN in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberber [Hrsg.] in VwVG, Praxis-kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zurigo/Basilea/Ginevra 2009, N 89 seg. ad art. 5 PA).

**2.1.2** Conformemente a prassi e dottrina summenzionate si può affermare che il comunicato stampa in oggetto riveste il carattere di un'informazione al pubblico e di conseguenza rientra nella categoria degli atti amministrativi informali, rispettivamente dei cosiddetti atti materiali. Un semplice atto materiale non soddisfa le condizioni poste alla nozione di decisione ai sensi dell'art. 5 PA e perciò non è impugnabile in maniera autonoma e diretta. Per garantire una protezione giuridica sufficiente nel caso di atti materiali il legislatore ha creato con l'art. 25a PA - introdotto dal n. 10 dell'allegato alla LTAF, in vigore dal 1° gennaio 2007 - una procedura autonoma. Quest'ultima non ha come oggetto l'atto materiale stesso. Dall'art. 25a PA discende tuttavia la pretesa giuridica individuale di ottenere dalle autorità amministrative competenti una presa di posizione concreta in riferimento all'atto materiale in questione (cfr. MARKUS MÜLLER, Rechtsschutz gegen Verwaltungsrealakte, in: Pierre Tschannen [Herausgeber], Neue Bundesrechtspflege - Auswirkungen der Totalrevision auf den kantonalen und eidgenössischen Rechtsschutz, Berner Tage für die juristische Praxis [BTJP 2006] 2006, Berna 2007, p. 344 seg.; ENRICO RIVA, Neue bundesrechtliche Regelung des Rechtsschutzes gegen Realakte - Überlegungen zu Art. 25a VwVG, in: Schweizerische Juristen-Zeitung SJZ 103 (2007) p. 337 segg., p. 346).

Secondo l'art. 25a cpv. 1 PA chiunque ha un interesse degno di protezione può esigere che l'autorità competente per atti materiali che si fondano sul diritto pubblico federale e che tangono diritti od obblighi: (a.) ometta, cessi o revochi atti materiali illeciti; (b.) elimini le conseguenze di atti materiali illeciti; (c.) accerti l'illiceità di atti materiali. L'autorità pronuncia mediante decisione formale (art. 25a cpv. 2 PA). Nel caso di specie le ricorrenti non si sono rivolte direttamente alla Comco affinché

quest'ultima rendesse una decisione formale circa il comunicato stampa che la stessa autorità aveva diffuso nel quadro delle proprie competenze. Ne consegue che, nella misura in cui esse insorgono direttamente contro il comunicato stampa, il ricorso si rivela inammissibile sia perché il comunicato stampa non rappresenta un provvedimento impugnabile ai sensi dell'art. 5 PA, sia perché la Comco in mancanza della specifica richiesta delle ricorrenti non ha reso una decisione concernente il comunicato stampa.

Per gli stessi motivi anche la conclusione eventuale di ordinare alla Comco la revoca del comunicato stampa e nel contempo il rilascio di una decisione formale risulta inammissibile.

I ricorrenti sono dell'avviso che il comunicato stampa differisca dal contenuto della decisione impugnata solamente nella misura in cui si dice che *"la convenzione ha nuociuto ai clienti privati, alle autorità pubbliche ed ai contribuenti"*. Alla cifra 176 e 178 della decisione impugnata si legge che *"(...) mediante il sistema descritto nel Cantone Ticino è stata praticata per diversi anni una politica di mantenimento strutturale a spese dei committenti privati, degli enti pubblici e, in ultima analisi, dei contribuenti"* rispettivamente *"(...) si tratta di un accordo sui prezzi rispettivamente sulla ripartizione del mercato, che (...) ha degli effetti nocivi di ordine economico e sociale"*. A prescindere dall'inammissibilità di impugnare il comunicato stampa, a titolo abbondanziale va comunque rilevato che da un confronto tra i considerandi della decisione impugnata e le dichiarazioni contenute nel comunicato stampa e messe in risalto dalle ricorrenti si può ragionevolmente affermare che il testo del comunicato stampa riassume brevemente le conclusioni a cui è giunta la Comco nella decisione impugnata e, per quanto attiene al contenuto, corrisponde alle allegazioni riportate nella medesima e non risulta contraddittorio. Pertanto le allegazioni delle ricorrenti non possono essere condivise.

**2.2** Fintanto che le ricorrenti si limitano a derivare dal contenuto del comunicato stampa un non proprio quantificato danno di immagine ed economico, esse sono comunque libere di promuovere un'azione di responsabilità nei confronti dello Stato, d'intentare un'azione civile nel quadro della protezione della personalità (art. 28-28l del Codice Civile svizzero del 10 dicembre 1907, CC, RS 210) oppure, anche nella misura in cui la pubblicazione del comunicato stampa rientri nei compiti generali amministrativi delle autorità in materia di concorrenza, di rivolgersi all'autorità di sorveglianza competente (cfr. Regolamento interno della Commissione della concorrenza del 1° luglio 1996).

### 3.

**3.1** La legge federale sui cartelli e su altre limitazioni della concorrenza del 6 ottobre 1995 (LCart, RS 251) ha lo scopo di impedire gli effetti nocivi di ordine economico o sociale dovuti ai cartelli e alle altre limitazioni della concorrenza e di promuovere in tal modo la concorrenza nell'interesse di un'economia di mercato fondata su un ordine liberale (art. 1 LCart). La LCart è stata modificata parzialmente nel 2003 (Modifica del 20 giugno 2003, RU 2004 1385). Le nuove disposizioni sono entrate in vigore il 1° aprile 2004.

**3.2** L'obiettivo principale della revisione della LCart consisteva nell'introduzione di sanzioni dirette in caso di infrazioni particolarmente nocive al diritto sui cartelli, in modo da aumentare sensibilmente anche l'effetto preventivo della legge, nonché la probabilità di scoprire le pratiche illecite (messaggio concernente la revisione della legge sui cartelli del 7 novembre 2001, messaggio LCart 2003, FF 2002 1835 segg., 1836, 1846). Prima della revisione, sulla base degli art. 50 e 54 LCart, potevano essere inflitte sanzioni amministrative penali solo in caso di contravvenzione a una decisione passata in giudicato delle autorità in materia di concorrenza e non era quindi permesso di sanzionare direttamente le pratiche cartellistiche illecite, per cui l'effetto preventivo della legge era ridotto ad un minimo (FF 2002 1841; cfr. anche PATRICK KRAUSKOPF/DOROTHEA SENN, *Die Teilrevision des Kartellrechts - Wettbewerbspolitische Quantensprünge*, in: *Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht* [sic!] 2003 pag. 3 segg., in particolare pag. 8).

**3.3** La Segreteria ha aperto il 4 aprile 2005, d'intesa con un membro della presidenza della Comco, un'inchiesta di cui all'art. 27 LCart in relazione ad un eventuale accordo illecito in materia di concorrenza secondo l'art. 5 LCart e a eventuali pratiche illecite di imprese che dominano il mercato secondo l'art. 7 LCart. Nel corso della procedura d'inchiesta la Comco ha esaminato la convenzione del 15 dicembre 1998 conclusa da 17 ditte di pavimentazione stradale attive nel Cantone Ticino.

Nella decisione impugnata la Comco constata l'applicazione della convenzione del 15 dicembre 1998 nel Cantone Ticino tra il gennaio 1999 e almeno fino alla fine del 2004 da parte di 17 ditte di pavimentazione stradale (tra cui figurano le ditte qui ricorrenti) e che tale convenzione costituiva sia un accordo che serviva a realizzare una ripartizione delle commesse, sia un accordo orizzontale in materia di prezzi e di conseguenza una limitazione illecita della concorrenza ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 lett. a e c LCart. La decisione in esame vieta alle imprese di pavimentazione stradale del Cantone Ticino di applicare tale convenzione con la comminatoria che in caso di infrazioni possono essere emanate sanzioni conformemente agli art. 50 e 54 LCart. La Comco decide di concludere la procedura, tenuto conto che, a causa della sospensione della limitazione illecita della concorrenza prima della fine del mese di marzo 2005, non può essere inflitta una sanzione ai sensi dell'art. 49a LCart e si riserva di esaminare di nuovo le condizioni di concorrenza sul mercato della produzione di miscele bituminose, nonché sul mercato della costruzione di strade e della pavimentazione nel Cantone Ticino per quanto riguarda il periodo successivo al mese di aprile 2005.

**3.4** La Comco ha esaminato il comportamento delle imprese indagate (a suo avviso illecito) nel periodo tra il gennaio 1999 fino alla fine del 2004. Considerato che le nuove disposizioni della LCart erano entrate in vigore al 1° aprile 2004, per la valutazione giuridica della presente vertenza sarebbe di principio applicabile il nuovo diritto, sempre che eventuali disposizioni transitorie non dispongano altrimenti (cfr. consid. 3.4.2).

**3.4.1** Per quanto attiene alla valutazione giuridica materiale ed in particolare all'art. 5 cpv. 3 LCart la revisione

della LCart del 2003 non ha comportato nessuna modifica.

**3.4.2** Per quanto concerne invece la possibilità di infliggere direttamente delle sanzioni (art. 49a cpv. 1 LCart) a causa di un accordo illecito secondo l'art. 5 cpv. 3 LCart, bisogna prendere in considerazione la disposizione finale della modifica del 20 giugno 2003 (di seguito: disposizione finale), la quale statuisce che se una limitazione attuale della concorrenza è annunciata o eliminata entro un anno dall'entrata in vigore dell'articolo 49a (cioè entro il 30 marzo 2005), non saranno prese sanzioni in virtù di tale disposizione. Nel caso in cui sono adempite le condizioni dell'annuncio o dell'eliminazione di una limitazione della concorrenza, il vecchio diritto mantiene la sua valenza al più tardi fino ad un anno dall'entrata in vigore del nuovo regime delle sanzioni.

Nel caso di specie rimane incontestato che la limitazione illecita della concorrenza che ha fatto oggetto dell'inchiesta della Comco si è dissolta entro il termine previsto dalla disposizione finale e che la Comco, in applicazione di tale disposizione, non ha pronunciato sanzioni dirette. In questo contesto si pone tuttavia la questione a sapere se l'accertamento di limitazioni illecite della concorrenza avvenute e concluse nel passato e il divieto di applicarle in futuro con la comminatoria di sanzioni ai sensi degli art. 50 e 54 LCart in caso di contravvenzione ha ancora un senso, considerato che la Comco in futuro - vale a dire dopo la scadenza del termine giusta la disposizione finale - può direttamente sanzionare dette limitazioni illecite della concorrenza. Tale domanda è giustificata, nella misura in cui, proprio in vista della possibilità del sanzionamento diretto in futuro, potrebbe apparire in un primo momento che la decisione impugnata non espliciti effetti giuridici di rilievo nei confronti delle ricorrenti, per cui potrebbero sorgere dubbi se l'atto impugnato rivesta il carattere di decisione e se i ricorrenti abbiano un interesse degno di protezione (cfr. consid. 1.2).

**3.4.3** La disposizione finale regola la questione dell'applicabilità delle sanzioni dirette giusta l'art. 49a cpv. 1 LCart in riferimento al diritto transitorio. L'onere del sanzionamento diretto decade se una limitazione attuale della concorrenza è annunciata o eliminata entro un anno dall'entrata in vigore dell'art. 49a LCart. In altre parole, la disposizione finale subordina l'inapplicabilità delle sanzioni dirette (e quindi l'applicabilità della vecchia legge) a due condizioni di fatto: l'annuncio o l'eliminazione della limitazione illecita della concorrenza dal 1° aprile 2004 al 31 marzo 2005 (cfr. messaggio LCart 2003, FF 2002 1860; cfr. anche PETER REINERT, in: Baker & McKenzie, *Stämpflis Handkommentar zum KG*, N 3 sulla disposizione finale della modifica del 20 giugno 2003; CHRISTOPH TAGMANN, *Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz*, Zurigo/Basilea/Ginevra, 2007, pag. 208). L'esonero dalle sanzioni riguarda quelle limitazioni della concorrenza che già sussistevano al momento dell'entrata in vigore della modifica di legge, vale a dire al 1° aprile 2004 (cfr. decisione del Tribunale Federale 2A.287/2005 del 19 agosto 2005 consid. 3.1). Gli strumenti dell'annuncio, rispettivamente dell'eliminazione della limitazione illecita della concorrenza giusta la disposizione finale hanno una funzione di diritto transitorio. Da una parte essi rendono consapevoli le imprese del rischio che contro di loro possono essere inflitte sanzioni

dirette con l'entrata in vigore della revisione della LCart; dall'altra essi escludono la possibilità di infliggere delle nuove sanzioni se la limitazione della concorrenza è annunciata oppure dissolta entro i termini prestabiliti dalla disposizione finale. Non possono essere annunciati fatti in riferimento a pratiche che sono già oggetto di un procedimento ai sensi dell'art. 26 segg. LCart, a condizione che l'apertura di un simile procedimento sia stata comunicata alle parti interessate. In questi casi le imprese possono sfuggire alle sanzioni dirette soltanto eliminando le presunte pratiche illecite entro il termine di un anno dall'entrata in vigore del nuovo diritto (cfr. per tutto decisione del Tribunale Federale 2A.287/2005 del 19 agosto 2005 consid. 3.4-3.5).

Dai materiali relativi alla modifica di legge del 20 giugno 2003 non risulta però che la disposizione finale persegua ulteriori obiettivi rispetto a quelli già summenzionati. In particolare non traspare l'intenzione di preservare le imprese dall'apertura di un'inchiesta e dalle sanzioni (dirette e indirette) per il comportamento finora adottato nel caso in cui le stesse imprese riprendano nuovamente le pratiche illecite in futuro. In questo senso la disposizione finale concede unicamente una protezione dalle sanzioni dirette entro il termine di un anno dall'entrata in vigore del nuovo diritto. Essa non esclude tuttavia che le autorità in materia di concorrenza accertino in una decisione l'illiceità di limitazioni della concorrenza e ne ordinino il divieto con la comminatoria delle sanzioni in caso di ripresa delle pratiche illecite.

**3.4.4** Con la disposizione finale il legislatore ha voluto che le vecchie pratiche cartellari ancora esistenti si dissolvessero durante il periodo transitorio e che venissero così risparmiate dalle nuove sanzioni. In questo modo veniva data agli attori presenti sul mercato la possibilità di conformare al nuovo diritto quelle pratiche che erano ancora illecite al 1° aprile 2004 (cfr. PATRICK KRAUSKOPF/CORINNE PIRLOT PITTET, *La nouvelle Loi sur les Cartels: Un Vade-mecum pour les Entreprises* in sic! 2004, pag. 242 segg.; pag. 248). Ciò che a prima vista potrebbe apparire un privilegio nei confronti di accordi o pratiche che sussistevano già al momento dell'entrata in vigore della nuova legge, in verità è limitato al solo effetto che per quelle limitazioni della concorrenza preesistenti annunciate o eliminate entro il periodo transitorio continua a valere l'ordine delle sanzioni giusta la LCart del 1995 fino alla conclusione di un'eventuale inchiesta. In questo senso la disposizione finale consente alla vecchia legge di spiegare un effetto prolungato. La conseguenza giuridica prevista nella disposizione finale si riferisce soltanto all'esenzione dalle sanzioni dirette giusta l'art. 49a LCart. Tuttavia la disposizione finale non esclude l'eventualità che vengano pronunciate sanzioni giusta l'art. 50 LCart. L'esenzione dalle sanzioni dirette quale conseguenza giuridica della disposizione finale non può consentire che le imprese possano proseguire le loro pratiche cartellari illecite all'infinito senza venire mai sanzionate (cfr. decisione del Tribunale Federale 2A.287/2005 del 19 agosto 2005 consid. 3.4 i. f.). La Comco deve quindi avere in ogni momento la possibilità di aprire un'inchiesta e decidere sull'illiceità di tali accordi o pratiche. Se sono dati i presupposti, la Comco può concludere l'inchiesta con l'accertamento dell'illiceità degli accordi, con il divieto della loro applicazione e la

comminatoria di una sanzione ai sensi dell'art. 50 LCart in caso di contravvenzione al divieto d'applicazione (cfr. PETER REINERT, op. cit. N 1 ad art. 50 LCart e N 6-8 ad disposizione finale della modifica del 20 giugno 2003; Jürg BORER, Kartellgesetz, Kommentar zum Kartellgesetz, Zurigo 2005, N 33 segg. ad art. 49a LCart; IRENE KLAUER, Die Übergangsbestimmung im neuen Kartellgesetz: Sanktionen trotz Meldung, in: sic! 2004 pag. 717; RETO JACOBS, Sanktionen vermeiden - Meldung gemäss revidiertem Kartellrecht, in: Jusletter 27. September 2004, N 10, 16; PHILIPPE SPITZ, Ausgewählte Problemstellungen im Verfahren und bei der praktischen Anwendung des revidierten Kartellgesetzes in: sic! 2004 pag. 553, pag. 562 seg.).

Nell'evenienza che le imprese indagate nel caso di specie contravvengano al divieto di applicare la convenzione e si presenti quindi un caso di recidiva, la Comco, sulla base delle allegazioni suesposte, potrebbe infliggere alle medesime una sanzione ai sensi dell'art. 50 LCart in relazione al periodo già analizzato, senza dover aprire di nuovo un'inchiesta ai sensi dell'art. 27 LCart per il medesimo periodo. In questo contesto occorre considerare che sulla scorta dell'art. 50 LCart possono essere inflitte sanzioni dello stesso importo di quelle previste all'art. 49a LCart, tanto è vero che per il calcolo delle sanzioni è applicabile per analogia l'ordinanza del 12 marzo 2004 sulle sanzioni in caso di limitazioni illecite della concorrenza (OS LCart, RS 251.5; cfr. TAGMANN, op. cit., pag. 309 segg.; REINERT, op. cit. N 11 ad art. 50 LCart). A tale riguardo va tenuto conto del fatto che l'applicazione ripetuta di pratiche già ritenute illecite in una decisione cresciuta in giudicato può avere un influsso aggravante nel quadro della commisurazione della sanzione relativa alla ripresa del comportamento illecito (cfr. art. 5 cpv. 1 OS LCart). Occorre infine considerare la circostanza secondo la quale, in caso di contravvenzione ad una decisione cresciuta in giudicato che accerta l'esistenza di limitazioni illecite della concorrenza, la colpa potrebbe essere tendenzialmente ritenuta maggiore (cfr. ZURKINDEN/TRÜEB, Handkommentar, Art. 50 N 2; PETER REINERT, op. cit., N 11 ad art. 50).

Visto quanto precede fa senso esaminare quelle pratiche cartellari che sono state soppresse entro il termine stabilito dalla disposizione finale e, nella misura in cui sia stata accertata la loro illiceità, vietarle con la comminatoria delle sanzioni nell'evenienza che tali pratiche vengano riadottate. La cifra 1 lett. a e b, nonché la cifra 2 del dispositivo della decisione impugnata sono di principio uno strumento idoneo per provvedere al mantenimento della concorrenza efficace e sono conformi allo scopo prefissato dalla LCart (art. 1 LCart).

**3.4.5** La decisione impugnata non è solamente plausibile sotto l'aspetto della disposizione finale, ma anche nell'ottica dell'art 27 LCart.

L'art. 27 LCart contiene le premesse per l'apertura di un'inchiesta e rappresenta quindi una disposizione di procedura amministrativa nel quadro della LCart. Tale disposto ha subito una lieve modifica del testo tedesco con la revisione del 20 giugno 2003, mentre il testo francese e italiano sono rimasti invariati. Il Tribunale federale ha già avuto modo di riconoscere che l'art. 27 cpv. 1 LCart era soggetto alla medesima interpretazione, indi-

pendentemente dalla modifica apportata al testo tedesco.

Conformemente alla prassi del Tribunale federale, proprio nel ramo degli acquisti pubblici può discendere dall'art. 27 LCart un interesse pubblico ad indagare su fattispecie avvenute e concluse nel passato, nella misura in cui da una parte viene accertata a posteriori l'esistenza di accordi illeciti sul prezzo e dall'altra si vieti l'applicazione di tali pratiche con la comminatoria delle sanzioni giusta l'art. 50 e 54 LCart in caso di contravvenzione (cfr. decisione del Tribunale Federale 2A.59/2005 del 22 agosto 2005 consid. 3.3).

**3.4.6** Dalle allegazioni suesposte emerge che la Comco - sulla base delle disposizioni di legge vigenti al momento del rilascio della decisione impugnata - poteva a giusto titolo accertare l'illiceità della limitazione della concorrenza cessata entro il termine previsto dalla disposizione finale, vietandone l'applicazione con la comminatoria delle sanzioni ai sensi degli art. 50 e 54 LCart in caso di contravvenzione. Per quanto attiene all'aspetto formale, la decisione impugnata adempie alle condizioni per essere qualificata come decisione ai sensi dell'art. 5 PA e poggia su una base legale sufficiente. La stessa ha un effetto aggravante sulle imprese partecipanti all'accordo, per cui si può affermare che le ricorrenti sono effettivamente toccate dalla decisione impugnata. Ne consegue che le ricorrenti sono legittimate a ricorrere e che i presupposti processuali sono da considerare complessivamente adempiuti (cfr. consid. 1.2 e 3.4.2 i. f.).

Se e in che misura nel presente caso sia avvenuta e sia dimostrabile una limitazione illecita della concorrenza ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 LCart dovrà tuttavia essere esaminato nei considerandi che seguono (cfr. consid. 7 segg.).

**3.4.7** Le ricorrenti postulano anche l'annullamento del punto 1d del dispositivo della decisione impugnata, laddove la Comco si riserva di esaminare nuovamente, in un secondo tempo, le condizioni di concorrenza sul mercato della produzione di miscele bituminose, nonché sul mercato della costruzione di strade e della pavimentazione nel Cantone Ticino per il periodo successivo al mese di aprile 2005.

Con questa conclusione le ricorrenti si oppongono ad un'eventuale apertura di un'inchiesta sui due mercati rilevanti in riferimento a fatti avvenuti dopo il mese di aprile 2005. Conformemente alla prassi della vecchia Commissione di ricorso in materia di concorrenza (REKO WEF) che lo scrivente Tribunale ha già avuto modo di confermare (cfr. sentenza del Tribunale amministrativo federale B-2050/2007 del 24 febbraio 2010, consid. 1.2.3), l'apertura di un'inchiesta non rappresenta una decisione impugnabile con ricorso di diritto amministrativo, poiché la stessa non costituisce un rapporto giuridico individuale e concreto (cfr. decisione della REKO WEF FB/2003-4 del 9 giugno 2005 consid. 1.4, pubblicata in DPC 2005/3, p. 530 ss.; PAUL RICHLI, Kartellverwaltungsverfahren, in: Büren/David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterial- und Wettbewerbsrecht [SIWR] V/2, Basilea 2000, p. 428; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. ed., Berna 2005, N 1079 s.). Ciò che vale per l'apertura di un'inchiesta deve valere a maggior ragione già per la sola riserva di aprire un'inchiesta in futu-

ro, come formulato al punto 1d del dispositivo della decisione impugnata. Per questi motivi, fintanto che i ricorrenti postulano l'annullamento della decisione in relazione all'apertura di una futura inchiesta concernente il periodo successivo al mese di aprile 2005, il ricorso si rivela inammissibile per mancanza di un oggetto di impugnazione.

#### 4.

La LCart si applica alle imprese di diritto privato e di diritto pubblico che fanno parte di un cartello o di altri accordi in materia di concorrenza, dominano il mercato o partecipano a concentrazioni di imprese; sono considerate imprese i richiedenti o offerenti di beni e servizi nel processo economico, indipendentemente dal loro statuto giuridico o della loro forma organizzativa (art. 2 cpv. 1 e 1<sup>bis</sup> LCart).

Tutte le attività delle imprese suscettibili di provocare ostacoli alla concorrenza rientrano nel campo di applicazione della legge, definito in modo molto ampio (messaggio sulla LCart del 23 novembre 1994, FF 1995 I 389, pag. 430, di seguito messaggio LCart 1995).

Le ricorrenti, società anonime di diritto privato, sono ditte attive nell'ambito della produzione di miscele bituminose, ma soprattutto della costruzione di strade e della pavimentazione. Esse hanno partecipato in qualità di offerenti in diverse gare pubbliche. Pacifico che esse vengano considerate imprese ai sensi dell'art. 2 LCart.

#### 5.

La LCart si applica a quelle imprese di cui all'art. 2 LCart, sempre che a tale applicazione non si oppongano prescrizioni che vietano la concorrenza per determinati beni o servizi su un mercato. All'art. 3 cpv. 1 LCart sono elencate segnatamente le disposizioni che fondano un regime statale di mercato o dei prezzi o quelle che incaricano singole imprese dell'esecuzione dei compiti pubblici e accordano loro speciali diritti. Il messaggio sulla LCart 1995 espone a questo proposito che la riserva per le prescrizioni che fondano diritti speciali si spiega nella misura in cui l'intenzione iniziale del legislatore era effettivamente di escludere la concorrenza da tale settore. La legge è tuttavia applicabile ad un siffatto regime in un dato settore economico se permette un comportamento concorrenziale e se dunque consente l'applicazione dei criteri del diritto della concorrenza (Messaggio LCart 1995 I 435). Anche la dottrina esige che le disposizioni speciali che ammettono un comportamento avverso alla concorrenza siano formulate in modo chiaro e abbiano lo scopo di escludere l'applicazione della LCart (cfr. PHILIPP ZURKINDEN/HANS-RUDOLF TRÜEB, *Das neue Kartellgesetz*, Handkommentar, Zurigo/Basilea/Ginevra 2004, N. 1 ad art. 3 LCart; BORER, *op. cit.*, N.4 ad art. 3 LCart).

Nel presente caso in cui sono toccati i mercati degli acquisti non è ravvisabile che sussistano prescrizioni legali specifiche volte ad escludere la concorrenza ai sensi dell'art. 3 cpv. 1 LCart e nemmeno i ricorrenti sollevano censure in questo senso. Prassi e dottrina sono unanimi nell'affermare che le disposizioni in materia di acquisti pubblici e quelle della LCart sono applicabili cumulativamente (cfr. decisione del 22 dicembre 2004 della REKO WEF FB/2002-1, consid. 5; decisione del TF del 22 agosto 2005, 2A.59/2005, consid. 3.3; PETER

GAUCH/HUBERT STÖCKLI, *Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes*, Friburgo 1999, tesi n. 28.3, pag. 75; PETER GALLI/DANIEL LEHMANN/PETER RECHTSTEINER, *Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz*, Zurigo 1996, n. 69; HEINZ LEITNER, *Öffentliche Beschaffungen und Kartellrecht*, in: *Aktuelle Juristische Praxis [AJP]* 2003, pag. 23 segg.). L'autorità inferiore ha infine ritenuto che anche le attuali disposizioni legali vigenti nel Cantone Ticino non contengono prescrizioni avverse all'applicabilità della LCart, ciò che nemmeno le ricorrenti mettono in discussione.

Visto quanto precede, nulla si oppone quindi all'applicabilità della LCart.

#### 6.

Nel quadro della procedura di ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo federale i ricorrenti possono far valere la violazione del diritto federale, compreso l'eccesso o l'abuso del potere di apprezzamento, l'accertamento inesatto o incompleto di fatti giuridicamente rilevanti, nonché l'inadeguatezza della decisione impugnata (cfr. art. 49 PA).

Di principio il Tribunale amministrativo federale è tenuto ad esaurire pienamente il proprio potere cognitivo. Gli è tuttavia permesso di limitare la sua cognizione, nella misura in cui la natura della causa lo richiede (ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, Basilea 2008, 2.163; DTAF 2007/27 consid. 3.1 con ulteriori rinvii). Ne è il caso quando l'applicazione del diritto riguarda problemi tecnici, questioni specialistiche oppure valutazioni rilevanti dal profilo della sicurezza, che meglio si adattano ad essere trattate dall'autorità decidente sulla base delle proprie conoscenze specifiche, oppure quando si pongono questioni di interpretazione che l'autorità di prime cure è in grado di valutare in maniera più adeguata dell'autorità di ricorso, in virtù della propria familiarità con questioni locali, tecniche e personali (sentenza del Tribunale amministrativo federale B-2237/2009 del 15 dicembre 2009 consid. 3.2, DTF 131 II 683 consid. 2.3.2).

Quando si tratta di valutare questioni particolari di natura tecnica o economica, laddove l'autorità inferiore dispone di conoscenze specialistiche, alle autorità di ricorso è concesso scostarsi dall'opinione dell'autorità inferiore unicamente se sono dati motivi validi (sentenza del Tribunale amministrativo federale C-2265/2006 del 14 settembre 2009 consid. 2.1; cfr. anche DTF 135 II 296 consid. 4.4.3, DTF 133 II 35 consid. 3 e DTF 131 II 13 consid. 4).

Il riserbo in relazione all'esercizio del potere cognitivo del Tribunale amministrativo federale è di principio da considerare anche in materia di diritto sulla concorrenza. Conformemente alla prassi della REKO WEF dovrebbe di regola essere compito della Comco concretizzare le disposizioni di diritto materiale della LCart, nonché formulare la politica in materia di concorrenza (cfr. decisione REKO WEF del 22 novembre 2005, DPC 2005 707; decisione REKO WEF del 9 giugno 2005, DPC 2005 556 seg.). Il Tribunale amministrativo federale prosegue la prassi della REKO WEF nella misura in cui si prefigge come compito di esaminare se la concretizzazione del



concetto generale di concorrenza, nonché dei rimanenti concetti della legge sui cartelli risponda pienamente alle esigenze di uno Stato di diritto e sia razionalmente plausibile (cfr. decisione del TAF B-4037/2007 del 29 febbraio 2008 consid. 4.2.2, confermata nella DTF 135 II 60 consid. 3.2.3). In una sentenza emanata recentemente, il Tribunale amministrativo federale ha motivato in che misura il suo modo di esercitare il proprio potere cognitivo è conforme alla prassi della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) (cfr. sentenza del Tribunale amministrativo federale B-2050/2007 del 24 febbraio 2010 consid. 5.6).

## 7.

Nel caso in esame le ricorrenti sembrano contestare non solo il fatto che la convenzione abbia esplicato effetti sulla concorrenza, ma anche l'esistenza della medesima. In particolare esse sono dell'avviso che non si possa parlare di un accordo in materia di concorrenza.

Per accordi in materia di concorrenza si intendono le convenzioni con o senza forza obbligatoria, nonché le pratiche concordate da imprese di livello economico identico o diverso, nella misura in cui si prefiggono o provocano una limitazione della concorrenza (art. 4 cpv. 1 LCart).

**7.1** Elementi costitutivi della definizione legale di accordo in materia di concorrenza sono una limitazione della concorrenza quale scopo o causa dell'accordo, nonché una collaborazione consapevole e voluta di due o più imprese di livello economico identico o diverso partecipanti all'accordo (THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG in: Marc Amstutz/Mani Reinert [Herausgeber], Basler Kommentar, Kartellgesetz [BSK-KG], Basilea 2010, Art. 4 N 2). L'elemento costitutivo centrale è la limitazione della concorrenza nel senso di scopo o causa dell'accordo. La questione a sapere se ci si trova in presenza di una limitazione della concorrenza deve essere esaminata sulla base del contenuto dell'accordo. Se è possibile affermare che sussiste una limitazione della concorrenza, questo non significa che l'accordo in discussione sia illecito o meno. La questione relativa alla liceità o illiceità dell'accordo è oggetto dell'esame materiale dell'accordo conformemente all'art. 5 LCart. Tale conclusione è evincibile, del resto, dalla collocazione dell'art. 4 LCart nelle disposizioni generali al Capitolo 1 della LCart (art. 1-4 LCart). L'art. 4 LCart definisce quei concetti che devono essere assoggettati alla LCart e facilita alle autorità della concorrenza, nel quadro di un esame sommario, l'attribuzione di un determinato stato di fatto a una disposizione di diritto materiale (art. 5-8 LCart) (cfr. per tutto NYDEGGER/NADIG in: BSK-KG N 12 s., 40 s.; BRUNO SCHMIDHAUSER in: Eric Homburger/Bruno Schmidhauser/Franz HOFFET/Patrick Ducrey [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zurigo 1997, Art. 4 N 23; WALTER STOFFEL, Wettbewerbsabreden in: Roland von Büren/Lucas David [Hrsg.] Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht [SIWR], Teilband 2 Kartellrecht, 2000, Basilea/Ginevra/Monaco, p. 58).

**7.2** Nel quadro dell'inchiesta alla Comco era stata trasmessa la convenzione del 15 dicembre 1998. Nell'allegato alla convenzione sono elencate le ditte che hanno partecipato alla convenzione. Si tratta delle ditte contro le quali è stata aperta l'inchiesta, ovvero ditte attive nel

ramo della pavimentazione stradale nel Canton Ticino, tra le quali figurano anche le ricorrenti. Scopo della convenzione era garantire la qualità dell'esecuzione ed il giusto livello dei prezzi (cifra 2 della convenzione). Nel corso di riunioni settimanali, la cui partecipazione era obbligatoria, i rappresentanti delle imprese discutevano le offerte al fine di determinare il giusto prezzo della minore offerta e le offerte d'appoggio (cfr. cifra 3 e 4 della convenzione). Le decisioni sui lavori da assegnare venivano prese di regola mediante una deliberazione di maggioranza dei partecipanti alle riunioni (cfr. cifra 3 della convenzione). Oggetto della convenzione erano tutti i lavori per enti pubblici assegnati per concorso pubblico o licitazione privata, tutti i lavori che superano i fr. 20'000.- e altri lavori per terzi inerenti a lavori di pavimentazione (cfr. cifra 5 della convenzione). Per l'assegnazione delle commesse venivano presi in considerazione diversi criteri (carico di lavoro - criterio più importante -, regionalità, specializzazioni, offerte studio, discussioni collegiali; cfr. cifra 7 della convenzione). Tutti i lavori ottenuti venivano conteggiati nel contingente di rotazione tenendo conto dei fattori di moltiplicazione individuali (cfr. cifra 8 della convenzione). Gli importi dei lavori assegnati venivano considerati al 100 % per commesse fino ad un valore di 1 milione, al 90 % per il milione successivo, all'80 % per l'ulteriore milione successivo e al massimo al 50 % a partire da 5 mio. (cfr. cifra 8 della convenzione). Per i lavori misti erano previsti speciali contingenti (cifra 10 della convenzione).

Nel corso dell'istruttoria tutte le ditte di pavimentazione stradale interpellate, ad eccezione della ditta Luongo SA e delle ditte di produzione d'asfalto Betasfa SA e Comibit SA, hanno dichiarato di aver partecipato alle riunioni settimanali. Dai rispettivi dati forniti dalle imprese indagate emerge inoltre che 10 delle 18 ditte di pavimentazione stradale allora attive in Ticino, allo stesso tempo azioniste della Comibit SA (ditta maggiore per la produzione di asfalto) e ciascuna con un seggio nel consiglio di amministrazione della stessa, hanno annunciato di essere a conoscenza dell'esistenza della convenzione (cfr. la tabella 2 nella decisione impugnata). Comibit SA, Implenia (Ticino) SA e Paviclass SA sono azioniste della ditta di pavimentazioni Betasfa SA. Anche se Comibit SA e Betasfa SA nei loro memoriali hanno ribadito di non aver partecipato alle riunioni, la Comco ha dedotto dai legami personali indicati che esse avrebbero dovuto apprendere delle deliberazioni prese in occasione delle riunioni direttamente dai loro rappresentanti.

Sulla base di questi dati la Comco poteva a giusto titolo partire dal presupposto che le imprese indagate (ad eccezione della ditta Luongo SA) con la loro partecipazione alle riunioni hanno manifestato il loro interesse ad aderire alla convenzione sulla base di un cosiddetto "gentlemen's agreement".

Le allegazioni delle ricorrenti tendenti a negare la forza obbligatoria della convenzione - malgrado i mezzi di pressione in essa contenuti - e di riflesso la qualificazione della medesima come accordo in materia di concorrenza mancano di rilevanza. Come già segnalato, la definizione di un accordo in materia di concorrenza include tutte le convenzioni, indipendentemente dal fatto che le stesse abbiano forza obbligatoria o meno. La circostanza che la convenzione non sia mai stata sotto-

scritta dalle imprese, come fatto valere dalle ricorrenti, è ininfluenza per la definizione di un accordo in materia di concorrenza. Nel caso di specie si può affermare in base agli art. 4 ("la presenza alle riunioni è obbligatoria"), 6 (impegno a iscriversi ai concorsi pubblici; obbligo a non fornire terzi con prodotti provenienti da impianti di miscelazione, ecc.; formazione di consorzi possibile solo a ditte partecipanti alle riunioni; obbligo di fornire solo ditte firmatarie con prodotti miscelati) e 13 (impegno di una ditta firmataria che vuole ritirarsi dalla convenzione di appoggiare le altre ditte convenzionate fino a quando tutte le ditte non avranno raggiunto l'importo del contingente della ditta uscente) che alla convenzione poteva essere attribuita una certa forza obbligatoria. Tale aspetto è a tratti deducibile anche dalle indagini della Comco, ad esempio quando quest'ultima ha appurato che alcune ditte avevano affermato che non sarebbero state rifornite di miscele bituminose se non avessero partecipato alle riunioni.

**7.3** La Comco ha potuto ragionevolmente concludere che le imprese indagate hanno dato modo di dimostrare una collaborazione consapevole e voluta nel ripartire tra di loro in maniera uniforme commesse future rientranti nel campo d'applicazione della convenzione, nonché nel ramo della pavimentazione stradale e in seguito nel determinare quali offerte a quale prezzo avrebbero dovuto ottenere l'aggiudicazione. Secondo la convenzione i partecipanti alle riunioni decidevano in anticipo non solo a quale offerta toccava l'aggiudicazione, ma anche l'importo di tale offerta, nonché quello delle offerte d'appoggio.

Dietro un simile modo di procedere la Comco ha riscontrato che la convenzione mirava a limitare la concorrenza tra le ditte attive nell'ambito della pavimentazione stradale nel Canton Ticino.

Dalle allegazioni suesposte emerge che la Comco, già solo sulla base di un esame sommario del contenuto della convenzione, poteva a giusta ragione qualificare la convenzione in discussione come un accordo in materia di concorrenza ai sensi dell'art. 4 LCart. Siccome le imprese coinvolte sono collocate allo stesso livello di mercato, si può senz'altro parlare di un accordo orizzontale.

Dopo aver accertato che la qualificazione della convenzione come un accordo in materia di concorrenza ai sensi dell'art. 4 LCart da parte della Comco non dà adito a reclami, in una prossima fase va esaminato se la convenzione in discussione è lecita alla luce del diritto in materia di concorrenza (cfr. STOFFEL, op. cit., p. 58).

## 8.

La Comco ha concluso che il meccanismo di assegnazione delle commesse descritto nella convenzione si prefiggeva da un lato una rotazione dell'esecuzione delle commesse e di conseguenza una ripartizione del mercato ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 lett. c LCart, dall'altro un accordo orizzontale in materia di prezzi ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 lett. a LCart.

Le disposizioni di cui agli art. 5 cpv. 3 e art. 5 cpv. 4 LCart rappresentano delle cosiddette presunzioni legali. Le medesime non si riferiscono alla conseguenza giuridica dell'illiceità, bensì soltanto alla qualificazione dell'accordo che sopprime la concorrenza efficace (BO-

RER, op. cit., N 31 ad art. 5 LCart). Per quei fatti che adempiono la fattispecie legale (base della presunzione), si presume che gli stessi portino ad una soppressione della concorrenza efficace (conseguenza della presunzione). Nel quadro della valutazione di accordi che rientrano nel campo di applicazione dell'art. 5 cpv. 3 e 4 LCart deve essere dapprima esaminato se si è in presenza di una delle fattispecie elencate agli articoli menzionati e, in secondo luogo, se la presunzione della soppressione della concorrenza efficace che ne deriva può essere confutata (cfr. ROGER ZÄCH, *Kartellgesetzrevision 2003*, Zurigo/Basilea/Ginevra 2004, p. 26 s., STOFFEL, op. cit., p. 115). La figura giuridica della presunzione regola le conseguenze della mancanza di prove: se non si può provare la sussistenza di concorrenza efficace nonostante la limitazione, prevale la presunzione (messaggio LCart 1995 p. 449; cfr. consid. 10 in riferimento alle questioni relative alla ripartizione dell'onere probatorio nel contesto della confutazione della presunzione).

Gli accordi elencati agli art. 5 cpv. 3 e 4 LCart rappresentano la fattispecie legale. Per comprovare l'adempimento di quest'ultima è sufficiente dimostrare che simili accordi sono stati conclusi o comunque osservati. Non occorre quindi comprovare che tali accordi abbiano effettivamente esplicato effetti sul mercato. Ciò emerge dal testo di legge stesso: all'art. 5 cpv. 3 LCart si richiama espressamente l'attenzione sul concetto di "accordi" e non di "accordi aventi effetto sul mercato". Tale precisazione fa senso nella misura in cui, in base all'esperienza, gli accordi giusta l'art. 5 cpv. 3 LCart comportano la soppressione della concorrenza efficace. Creando le presunzioni legali il legislatore ha voluto facilitare il controllo di questo tipo di accordi e semplificare la procedura d'inchiesta amministrativa (messaggio LCart 1995 p. 449; ZÄCH, *Kartellgesetzrevision 2003*, op. cit. pag. 26; FRANZ HOFFET in: *Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey [Hrsg.] Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz*, Zurigo 1997, N 112 ad art. 5 LCart; di altro avviso STOFFEL, op. cit. p. 115: secondo questo autore la base della presunzione è costituita se gli accordi di cui agli art. 5 cpv. 3 LCart hanno avuto un effetto notevole sul mercato rilevante e quindi è raggiunta una copertura di mercato "sufficiente"). In questo senso sarebbe in netto contrasto con la volontà del legislatore se chi trae beneficio dalla presunzione (le autorità in materia di concorrenza) dovesse ancora comprovare che gli accordi abbiano esplicato effetti sufficienti. Contro la prova dell'esistenza della base della presunzione è possibile produrre una controprova, così da far cadere la base della presunzione ritenuta data in un primo momento (cfr. per tutto ROGER ZÄCH, *Kartellgesetzrevision 2003*, op. cit., p. 26 seg.).

La prova dell'accertamento dei fatti che costituiscono la base della presunzione deve essere assunta d'ufficio, conformemente al principio inquisitorio vigente nella procedura amministrativa (PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER in: *BSK-KG*, N 641 ad art. 5 LCart; Stoffel, op. cit., p. 115). Viste le allegazioni che precedono, per accertare la base della presunzione occorre in principio basarsi sul contenuto dell'accordo concreto. Non è invece necessario comprovare gli effetti concreti dell'accordo sulla concorrenza. Anche il Tribunale federale sembra partire dagli stessi presupposti riconoscendo a

titolo generale che un accordo orizzontale sui prezzi costituisce, conformemente al testo chiaro dell'art. 5 cpv. 3 LCart, soltanto la presunzione della soppressione della concorrenza e non anche la certezza che sia data in maniera inderogabile una soppressione della concorrenza (DTF 129 II 18 consid. 8.3.1).

Dal testo della convenzione, allegati compresi, è evincibile che le ditte firmatarie (cioè tutte le ditte di pavimentazione stradale allora attive nel Cantone Ticino, ad eccezione della ditta Luongo SA) si impegnavano a distribuire tra loro, in occasione di riunioni settimanali la cui presenza era obbligatoria, i lavori di pavimentazione stradale richiesti dagli enti pubblici e da privati in modo che ogni ditta ottenesse un numero di incarichi sufficiente. Per la ripartizione dei lavori, definita "equa" dalle ditte partecipanti all'accordo, la convenzione prevedeva un determinato sistema di contingenti, nonché di fattori di moltiplicazione. Allo stesso modo le imprese si assumevano l'obbligo di fissare i prezzi delle offerte che avrebbero dovuto aggiudicarsi i lavori, nonché i prezzi delle cosiddette offerte d'appoggio. Dal modo di procedere descritto nella convenzione è deducibile che gli offerenti che partecipavano a procedure di acquisti pubblici simulavano la presenza della concorrenza sul mercato rilevante, mentre i committenti, a causa della fissazione anticipata dei prezzi delle offerte, non erano in grado di determinare il prezzo concorrenziale in conformità alle disposizioni corrispondenti. La presente convenzione presenta quindi tutte le caratteristiche di un accordo in materia di appalti ("Submissionsabsprache"; cfr. per tutto CHRISTOPH HEITZ, *Die Sanktionierung von Submissionssprachen*, Zurigo/Basilea/Ginevra 2008, p. 25 segg. e pag. 79 segg.; BENEDICT F. CHRIST, *Die Submissionssprache*, Friburgo 1999, N 260 segg. e 373 segg.). In sé la convenzione rappresenta un intervento nel libero gioco fra domanda e offerta, in quanto obbliga le imprese partecipanti ad una fissazione dei prezzi delle offerte e ad una ripartizione dei lavori di pavimentazione stradale tra le medesime.

La Comco non si è solo limitata a rilevare l'esistenza della conclusione dell'accordo e con ciò della base della presunzione, ma ha anche appurato sulla base dei risultati dell'inchiesta che la convenzione in oggetto è stata effettivamente applicata nel periodo tra il mese di gennaio 1999 fino ad almeno la fine del 2004. Dai rilevamenti effettuati (209 tabelle che dimostrano le aggiudicazioni in anticipo delle commesse in occasione delle riunioni settimanali, 192 pagine concernenti i lavori sospesi, allegazioni inoltrate dalle imprese, dal Dipartimento del territorio del Cantone Ticino, da diversi comuni ticinesi e dalle associazioni di categoria ATIPS e ASTAG), la Comco ha riconosciuto che i fattori di moltiplicazione riflettevano le dimensioni e l'età delle imprese sul mercato. Più basso era il fattore di moltiplicazione, maggiore era la dimensione e l'età dell'impresa. Alle imprese con il fattore di moltiplicazione più basso venivano assegnati volumi di commesse superiori rispetto alle imprese con fattori di moltiplicazione elevati. Le imprese a cui era stato attribuito lo stesso fattore di moltiplicazione hanno registrato cifre d'affari analogamente elevate nel periodo tra il 1999 e 2003, il che dimostra secondo la Comco che le imprese, mediante il sistema di rotazione, hanno potuto ottenere la compensazione auspicata se non annualmente

almeno sull'arco di diversi anni. Da un confronto della quota di mercato delle imprese sulla base della cifra d'affari, rispettivamente della quota di mercato prevista dalla convenzione (cfr. appendice alla convenzione) la Comco ha potuto constatare solo differenze minime (+/- 0,5 %), dovute secondo lei in parte al cambiamento dei fattori di moltiplicazione nel corso degli anni. Durante l'intero periodo di osservazione la Comco ha rilevato che in media il 62 % del volume delle commesse è stato aggiudicato mediante il sistema di rotazione, ma che tuttavia temporaneamente l'80 % del mercato rilevante era condizionato dalla convenzione. Da un esame della volatilità delle offerte la Comco ha concluso che tra il gennaio 1999 e il marzo 2005 vi era una volatilità bassa, mentre a partire dal marzo 2005 la volatilità era aumentata in modo significativo. Prima del marzo 2005 i prezzi delle offerte sarebbero stati più elevati rispetto al preventivo allestito dal Cantone Ticino, mentre dopo il mese di marzo 2005 era possibile registrare una notevole diminuzione dei prezzi (cfr. decisione impugnata N 142, illustrazione 3 e appendice A3; per quanto attiene al preventivo del Cantone cfr. consid. 10.2.3).

Conformemente alla dottrina dominante e alla volontà del legislatore (messaggio LCart 1995, p. 449 seg.) non sarebbe di per sé stato necessario che, nell'ambito della prova per l'accertamento della base della presunzione, la Comco effettuasse ulteriori chiarimenti volti a far luce sull'applicazione effettiva e sugli effetti della convenzione sul mercato. Questo perché, come riportato nei considerandi suesposti, al fine di accertare l'esistenza della base della presunzione basta in principio basarsi sul testo della convenzione. Tuttavia lo svolgimento di ulteriori verifiche che vanno oltre la consultazione del testo di un accordo concreto sembra essere prassi corrente delle autorità in materia di concorrenza (cfr. ISABELLE CHABLOZ, *L'autorisation exceptionnelle en droit de la concurrence*, Friburgo 2002, p. 151 con rimandi alla prassi della Segreteria e della Comco; STOFFEL, op. cit. p. 117 con ulteriori rimandi). Ad esempio, nel caso relativo al sistema del prezzo imposto sul mercato dei libri in lingua tedesca, anche il Tribunale federale ha incluso nell'ambito dell'esame della base della presunzione, unitamente al testo concreto del cosiddetto "Sammelrevers", anche considerazioni circa l'applicazione e la portata di tale accordo nell'ottica dei disposti in materia di concorrenza (DTF 129 II 18 consid. 6.5). Il che dimostra che nella prassi evidentemente non è sempre facile tracciare una precisa linea di demarcazione tra lo stabilire se è data la base della presunzione e se la presunzione può essere confutata. In principio le autorità in materia di concorrenza non devono confermare una presunzione giusta l'art. 5 cpv. 3 (e 4) LCart, ma possono solamente rovesciarla. Tuttavia quegli elementi di fatto che si riferiscono agli effetti concreti di un accordo potrebbero essere di una certa importanza per corroborare il sospetto circa l'esistenza di un accordo in materia di concorrenza. Se, ad esempio, nel quadro dell'esame della base della presunzione dovessero emergere indizi atti ad affermare che un accordo non è mai stato praticato e non ha quindi potuto avere effetti sul mercato, allora non sussisterebbe la base della presunzione e non sarebbe più necessario esaminare la confutabilità della presunzione.

Nel presente caso, già solo sulla base dell'esistenza della convenzione, del suo contenuto e meccanismo, nonché sulla base delle riunioni che hanno avuto luogo regolarmente (cfr. anche il paragrafo seguente), la Comco ha potuto a giusto titolo concludere all'esistenza delle presunzioni legali di cui all'art. 5 cpv. 3 lett. a e c LCart, indipendentemente dal dimostrare se la convenzione avesse esplicito effetti concreti sul mercato. Di conseguenza, dalla conclusione a cui è giunta la Comco si presume che la convenzione abbia avuto i suoi effetti sul mercato rilevante, sopprimendo la concorrenza.

Nella loro memoria le ricorrenti adducono tutta una serie di argomenti che, secondo loro, servirebbero a dimostrare che la convenzione non rappresenta né un accordo mediante il quale veniva realizzata una ripartizione delle commesse, né un accordo orizzontale in materia di prezzi. A titolo liminare va rimarcato che non è ravvisabile che la Comco nell'aver sussunto la convenzione in esame agli art. 5 cpv. 3 lett. a e c LCart abbia abusato del proprio potere di apprezzamento o sia incorsa nell'arbitrio. Del resto, dagli atti preliminari emerge che l'esistenza della convenzione non era mai stata contestata dalle imprese indagate. Anche le ditte ricorrenti erano a conoscenza della convenzione ed hanno ammesso di aver partecipato alle riunioni (cfr. decisione impugnata N 27 con indicazione degli atti preliminari). Le medesime ricorrenti hanno riconosciuto l'esistenza dell'accordo nell'ambito della loro presa di posizione sul progetto di decisione (cfr. N 45 segg. della decisione impugnata). Nella procedura di ricorso parallela B-420/2008, la ditta ricorrente non contesta né la circostanza che sia stato concluso un accordo, né la classificazione del medesimo quale limitazione illecita della concorrenza ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 lett. a e c LCart.

A causa della mancanza di dati la Comco non ha potuto analizzare se la Comibit SA detenesse un'eventuale posizione dominante sul mercato sotto forma di una strategia di esclusione del mercato e nemmeno rafforzare gli indizi relativi ad un eventuale accordo sui prezzi dei trasporti. La base della presunzione si riferisce quindi soltanto alla ripartizione dei lavori di pavimentazione stradale tra le ditte partecipanti all'accordo ed alla fissazione dei prezzi di tali lavori.

Gli aspetti indagati dalla Comco circa gli effetti della convenzione sul mercato rilevante sono all'occorrenza da considerare nell'ambito dell'esame se la presunzione può essere confutata. Se e in che misura la Comco abbia eseguito a giusto titolo l'esame della confutabilità della presunzione, è oggetto dei considerandi che seguono.

Inoltre da uno sguardo sommario alle censure ricorsuali sollevate in questo contesto è possibile osservare come le stesse si riferiscano perlopiù agli effetti della convenzione, nonché alle probabilità di accesso al mercato rilevante. Per questo motivo appare più adeguato prendere in considerazione tali argomenti ricorsuali nell'ambito dell'esame della confutabilità della presunzione, sempre nella misura in cui essi si rivelino pertinenti.

## 9.

La ragione per aver statuito le presunzioni legali di cui in particolare all'art. 5 cpv. 3 LCart consiste nel riconoscere

che simili cosiddetti cartelli duri sono tipicamente considerati nocivi (cfr. messaggio LCart 1995 p. 493). Solamente la conseguenza della presunzione, vale a dire la soppressione della concorrenza efficace, si riferisce alla nocività dell'accordo in materia di diritto di concorrenza e non alla base della presunzione, la quale, come già accennato, richiede soltanto l'esistenza di accordi giusta l'art. 5 cpv. 3 LCart. La questione a sapere se un accordo secondo l'art. 5 cpv. 3 LCart sia nocivo è quindi da verificare nella fase di confutazione della presunzione e non già a livello dell'esame di come va qualificato l'accordo, cioè nell'esaminare quale delle presunzioni legali sussiste nel caso concreto (art. 5 cpv. 3 lett. a-c LCart.).

Nel caso di accordi orizzontali sul prezzo giusta l'art. 5 cpv. 3 lett. a LCart la nocività si manifesta nella circostanza che il prezzo in un rapporto orizzontale è il parametro decisivo per la concorrenza, in quanto la controparte, in caso di standardizzazione dei prezzi di beni omogenei, non ha di principio la possibilità di ripiegare su sostituti. Per gli acquirenti la fissazione dei prezzi ha come conseguenza diretta prezzi più elevati. Si presume che quegli accordi orizzontali che operano una ripartizione dei mercati per zone o partner commerciali ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 lett. c LCart siano altrettanto nocivi, essendo in grado di eliminare la concorrenza per mezzo di mercati parziali isolati artificialmente. Con la segmentazione del mercato si creano situazioni di monopolio artificiale, le quali consentono alle imprese di dettare a piacimento le loro condizioni, ad esempio richiedendo prezzi eccessivamente elevati oppure riducendo l'offerta dei prodotti. La ripartizione dei mercati per zone o partner commerciali limita quindi l'offerta e comporta una produzione ridotta e con ciò prezzi più elevati (sul potenziale di nocività degli accordi ai sensi degli art. 5 cpv. 3 lett. a e c LCart, cfr. CLAUDIA OESCH, *Kooperation zwischen KMU, Zurigo/Basilea/Ginevra 2008*, p. 95 s.; messaggio LCart 1995 450 s.; KRAUSKOPF/SCHALLER, op. cit., N 370 segg. ad art. 5 LCart). Anche nel Consiglio Nazionale e nel Consiglio degli Stati si è partiti dal presupposto che gli accordi sui prezzi, sui quantitativi dei beni e sulla ripartizione dei mercati ai sensi degli art. 5 cpv. 3 e 4 LCart esplicano effetti particolarmente nocivi (ZÄCH, *Schweizerisches Kartellrecht*, op. cit., N 1121 segg. con rimandi ai rispettivi voti nel Consiglio Nazionale e nel Consiglio degli Stati).

Visto quanto precede, se la presunzione della soppressione della concorrenza efficace non può essere confutata, un accordo in materia di concorrenza si rivela illecito e nocivo.

## 10.

Di seguito va esaminato se in casu la presunzione legale dell'art. 5 cpv. 3 LCart secondo cui per tutta una serie di accordi si presume che venga soppressa la concorrenza efficace può essere confutata. Per confutare la presunzione è sufficiente la prova che malgrado l'accordo esiste ancora una concorrenza esterna attuale e potenziale e/o una concorrenza interna (cfr. messaggio LCart 1995 p. 447; BORER, op. cit. N 29 ad art. 5 LCart; DTF 129 II 36 consid. 8.3.2); cfr. anche consid. 10.2).

Se non si riesce a dimostrare che malgrado l'accordo esiste ancora una concorrenza efficace, quest'ultima è considerata soppressa. L'art. 5 cpv. 3 LCart disciplina in

questo modo l'onere della prova, vale a dire le conseguenze della mancanza di prove. Nel quadro della procedura amministrativa l'onere della prova incombe alla Comco, tuttavia le parti sono tenute a collaborare all'accertamento dei fatti (art. 12 e 13 PA in combinato disposto con l'art. 39 LCart; DTF 129 II 18 consid. 7.1; BORER, op. cit., N. 31 ad art. 5 LCart; HOFFET in: HOMBURGER/SCHMIDHAUSER/HOFFET/DUCREY [Hrsg.] Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zurigo 1997, N. 111 ad art. 5 LCart; CHRISTIAN MEIER-SCHATZ, Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen, in: AJP 1996, pag. 820 Ziff. 4.1.; STOFFEL, op. cit., pag. 115 f.; ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, op. cit., N 309). Poiché i fatti necessari a confutare la presunzione si riferiscono eventualmente a rapporti di affari interni delle imprese indagate, rispettivamente esigono nozioni specialistiche della situazione sul mercato rilevante, le imprese coinvolte sono tenute a prestare un contributo notevole se non quello decisivo per far fronte al loro dovere di collaborare (BORER, op. cit., N 31 ad art. 5 LCart). L'autorità di concorrenza deve esaminare se la concorrenza efficace sussiste nonostante l'accordo, tenendo in considerazione il principio d'officiosità e gli argomenti addotti dalle imprese in causa (Messaggio LCart 1995 pag. 450).

**10.1** La questione relativa alla soppressione della concorrenza efficace va osservata in relazione alla delimitazione del mercato rilevante di determinati beni e servizi sotto l'aspetto materiale, territoriale e in alcuni casi anche temporale (ZURKINDEN/TRÜEB, Das neue Kartellgesetz, Handkommentar Zurigo 2004, N 3 ad art. 5 LCart; BORER, op. cit., N 9 segg. ad art. 5 LCart). Il concetto del mercato rilevante non viene approfondito più da vicino nella LCart, tuttavia per la delimitazione territoriale e materiale del mercato rilevante nel quadro della valutazione di accordi in materia di cartelli è possibile applicare per analogia l'art. 11 cpv. 3 lett. a e b dell'ordinanza del 17 giugno 1996 concernente il controllo delle concentrazioni di imprese (OCCI; RS 251.4; cfr. ROLAND KÖCHLI/PHILIPPE M. REICH in: Baker & McKenzie, Stämpfli's Handkommentar zum KG Berna 2007, N 42 e 44 ad art. 4 LCart; BORER, op. cit., N 10 ad art. 5 LCart; DTF 129 II 33 s. consid. 7.3).

**10.1.1** Per la definizione del mercato reale è determinante la questione a sapere se merci o prestazioni di servizi sono in concorrenza nell'ottica della controparte. Ne è il caso, quando la controparte sul mercato considera tutte le merci o prestazioni di servizi sostituibili riguardo alle loro caratteristiche e all'uso al quale sono destinate (art. 11 cpv. 3 lett. a OCCI).

Nella dottrina come pure nella prassi sono già stati analizzati gli aspetti relativi alla delimitazione del mercato reale in relazione alle procedure di acquisti pubblici. In simili procedure i committenti pubblici (richiedenti) rappresentano la controparte sul mercato rispetto alle imprese offerenti. Nella documentazione del bando il committente specifica quali prodotti e servizi sono a suo avviso sostituibili. La prestazione di servizio o il prodotto richiesto è determinato in maniera sufficiente dalla documentazione del bando. Di conseguenza il mercato reale rilevante nel caso di un concorso di appalto è più facilmente individuabile di quanto non lo sia un mercato comune. Esso è definito in anticipo ed in maniera sufficiente tramite i criteri di aggiudicazione pubblicati nel

bando di concorso, nonché attraverso la documentazione d'appalto (cfr. HEITZ, op. cit., pag. 86 segg.; CHRIST, op. cit., N 301). Mercati specifici possono esistere di principio per un periodo di tempo illimitato (mercati di lunga durata) ma anche per un periodo di tempo limitato (HEITZ, op. cit., p. 88 s.). Nell'inchiesta concernente l'appalto pubblico circa il risanamento dell'edificio principale della biblioteca nazionale svizzera la Comco è partita dal presupposto che la concorrenza sul mercato degli acquisti pubblici ha inizio con il bando di concorso e si conclude formalmente con la conclusione del contratto. Secondo l'avviso della Comco la concorrenza effettiva ha luogo nella fase prima dell'inoltro delle offerte. Al mercato degli appalti pubblici appartengono quelle imprese che hanno partecipato al concorso pubblico e presentato un'offerta entro il termine stabilito nel bando. Tutti gli altri offerenti che hanno rinunciato all'inoltro di un'offerta non fanno quindi parte del mercato di una gara d'appalto pubblica (DPC 2002/1 p. 141 s. N 27). In quest'ottica, ogni singolo appalto pubblico potrebbe essere considerato come un proprio mercato di durata limitata (HEITZ, op. cit., pag. 88 seg.; CHRIST, op. cit., N 307 segg.).

A seconda del tipo e delle caratteristiche degli oggetti delle commesse nel caso di accordi in materia di acquisti pubblici, i mercati interessati possono esistere su periodi di tempo diversi. È immaginabile partire dal presupposto che oltre ai mercati di breve durata, indipendentemente dal fatto che essi si verifichino in una volta sola o in maniera ricorrente, esista, a seconda delle circostanze concrete e come dimostrano i considerandi seguenti, anche un vero e proprio mercato di durata illimitata e quindi un cartello sugli appalti che si estende su un periodo illimitato (cfr. KRAUSKOPF/SCHALLER, op. cit., N 146 seg.).

Nel caso di specie, per la delimitazione del mercato reale, la Comco si è basata in una prima fase su due mercati, considerando dapprima il mercato della produzione di miscele bituminose, in quanto, secondo la sua prassi (DPC 2000/4, p. 611 ss.), nell'aggiudicazione di progetti di costruzione di strade nell'offerta complessiva non vengono fatturati solo i lavori di pavimentazione stradale, ma anche i prezzi delle miscele bituminose. In questo mercato sono contrapposti da una parte i fornitori di miscele bituminose e i loro acquirenti diretti (le ditte di pavimentazione stradale) e dall'altra gli acquirenti finali (committenti soprattutto pubblici). In una seconda fase la Comco ha delimitato il mercato reale rilevante sulla base del mercato della pavimentazione stradale, il quale, secondo la prassi della Comco (DPC 2007/1 p. 105), comprende tutti i lavori connessi con la posa del rivestimento di asfalto. In questo tipo di mercato la controparte sul mercato è rappresentata dai committenti (perlopiù pubblici). Essa è contrapposta prevalentemente alle ditte di pavimentazione stradale in qualità di offerenti. Il principio, secondo cui ogni appalto pubblico è da considerare come un singolo mercato rilevante di durata limitata, non può avere alcuna importanza pratica in riferimento alle particolarità nel caso di specie. È presumibile che progetti nell'ambito delle costruzioni stradali siano stati messi ripetutamente a concorso dai servizi competenti del Cantone Ticino, nonché dei comuni, per cui gli offerenti possono essere in concorrenza tra loro non solo puntualmente tra il bando di concorso e la conclusione

del contratto, ma anche tra i singoli bandi di concorso. Questo aspetto è del resto messo ben in evidenza dal sistema di ripartizione delle commesse previsto nella convenzione e impostato in modo da essere applicato a più procedure d'appalto possibili. D'altro lato i principi relativi al mercato reale rilevante in materia di acquisti pubblici non possono essere ripresi tali e quali, in quanto la controparte sul mercato nel caso di specie è formata anche dai committenti privati oltre che dagli enti pubblici.

**10.1.2** Il mercato territoriale rilevante comprende il territorio all'interno del quale la controparte sul mercato domanda o offre le merci o prestazioni di servizi che compongono il mercato reale (art. 11 cpv. 3 lett. b OCCI). Occorre tener conto da una parte dell'appartenenza territoriale degli offerenti che possono partecipare al concorso e dall'altra delle merci e prestazioni di servizio richieste nel caso concreto (cfr. HEITZ, op. cit., pag. 87 segg.; CHRIST, op. cit., N 305 seg.).

È quindi a giusto titolo che la Comco ha delimitato il mercato geografico della produzione di miscele bituminose almeno a livello cantonale, in considerazione del fatto che le imprese di pavimentazione stradale devono ricevere il materiale per la pavimentazione da una ditta produttrice di asfalto che si trova nelle vicinanze del rispettivo cantiere. In effetti le miscele bituminose rappresentano un prodotto deperibile rapidamente, per cui solamente quelle ditte produttrici di asfalto che si trovano al massimo in un raggio di circa 50 km dal luogo della prestazione richiesta dovrebbero appartenere al mercato geografico rilevante (cfr. CHRIST op. cit, N 305).

A causa delle particolarità delle miscele bituminose le ditte di pavimentazione stradale sono limitate nella scelta della ditta di produzione d'asfalto. Un rifornimento presso ditte della vicina Italia o d'oltre Gottardo può difficilmente entrare in linea di conto se si considera che sia i noti problemi di traffico al tunnel autostradale del Gottardo e ai valichi doganali, sia le condizioni di accesso ai passi alpini potrebbero porre dei limiti ad un'immediata fornitura di asfalto. Sotto quest'aspetto è ravvisabile la ragione per cui nel periodo di osservazione dell'inchiesta, a prescindere da rare eccezioni, nessuna ditta produttrice d'asfalto estera o con sede fuori dal Cantone aveva iniziato un'attività di rilievo nel Cantone Ticino.

Infine la Comco, fondandosi sulla propria prassi, ha giustamente delimitato il mercato della pavimentazione stradale almeno a livello del Cantone Ticino. La convenzione stessa parte da un campo d'applicazione territoriale limitato al Cantone Ticino, riservando la partecipazione alla convenzione a tutte le ditte di pavimentazione iscritte al Registro di commercio e associate dell'ATIPS (art. 1 convenzione). Nel caso delle ditte elencate all'allegato della convenzione si tratta esclusivamente di ditte di pavimentazione stradale ticinesi che erano effettivamente attive nel Cantone durante il periodo di osservazione dell'inchiesta. La definizione del mercato geografico rilevante conformemente alla convenzione coincide nel risultato con le conclusioni della Comco. Dai rilevamenti da essa effettuati emerge che, a prescindere da rare eccezioni, nel Cantone Ticino nel periodo in esame non erano attive ditte di pavimentazione stradale provenienti da altri cantoni o dall'Italia. In relazione ad eventuali eccezioni, la Comco ha indicato una ditta di pavi-

mentazione stradale italiana che si era unita in un consorzio con un'impresa svizzera e nell'ambito di questo consorzio aveva partecipato ad una procedura di appalti pubblici nel Cantone Ticino. Tuttavia l'offerta inoltrata da questo consorzio non era stata considerata. Visto quanto precede, il mancato ingresso sul mercato di un'impresa di pavimentazioni stradale italiana non basta a mettere in dubbio le allegazioni della Comco relative alla delimitazione del mercato geografico rilevante.

**10.1.3** Dai considerandi che precedono risulta che la delimitazione del mercato rilevante effettuata dalla Comco non dà adito a reclami.

**10.2** L'analisi dell'efficacia della concorrenza esterna e interna sia attuale che potenziale deve essere trattata ogni volta in relazione al relativo mercato rilevante. Sulla base dei rapporti di partecipazione allora esistenti tra le ditte produttrici d'asfalto e le imprese di pavimentazione stradale (la maggior parte delle ditte di pavimentazione stradale erano azionarie delle ditte di produzione d'asfalto) la Comco sembra aver eseguito tale analisi in relazione ad entrambi i mercati menzionati. Tale modo di procedere è sostenibile, considerato che sulla scorta dei rapporti di partecipazione il comportamento sul mercato delle ditte produttrici d'asfalto era ampiamente influenzato dall'accordo concluso tra le imprese nel ramo della pavimentazione stradale. Può essere quindi lasciato indeciso se e in che misura l'analisi dell'efficacia della concorrenza esterna e interna sia attuale che potenziale avrebbe dovuto essere svolta in relazione ad ognuno dei mercati rilevanti.

**10.2.1** Una concorrenza esterna funzionante è data, quando vi sono ditte che non hanno partecipato all'accordo e creano una concorrenza tale da lasciar concludere che la concorrenza efficace non sembra più soppressa (DTF 129 II 18, consid. 8.1). In questo contesto, oltre all'effetto disciplinante della concorrenza attuale, va considerato anche l'effetto disciplinante della concorrenza potenziale (cfr. BORER, op. cit., N 29 ad art. 5 LCart; HOFFET, op. cit., N 129 ad art. 5 LCart).

La questione a sapere in che misura la concorrenza esterna è intralciata da accordi si decide secondo la struttura del mercato specifico. Nell'esame della struttura del mercato è di importanza fondamentale il rapporto tra il numero delle imprese partecipanti all'accordo e da esso vincolate e il numero delle imprese estranee all'accordo e da esso non vincolate (cfr. HEITZ, op. cit., pag. 97 seg., CHRIST, op. cit. N 360 segg.).

Nel caso in esame 17 delle 18 imprese attive nel ramo della pavimentazione stradale del Canton Ticino avevano partecipato all'accordo. Considerato che la quasi totalità degli attori sul mercato rilevante aveva condiviso l'accordo, è evidente che non poteva praticamente esistere una concorrenza esterna funzionante ed efficace (cfr. ZÄCH, Kartellgesetzrevision 2003, op. cit. pag. 28).

Dal punto di vista della concorrenza esterna attuale va rilevato che al momento in cui era stata applicata la convenzione non vi erano ditte esterne in grado di influenzare il comportamento delle imprese partecipanti all'accordo. Nella decisione impugnata la Comco indica che la ditta Mutti G. & Co. e la ditta di pavimentazioni stradali C. P. A. Costruzioni Pavimentazioni e Asfalti SA sono gli

unici concorrenti attuali a poter entrare in linea di conto. Conformemente agli ineccepibili rilevamenti effettuati dalla Comco si presuppone che la ditta Mutti G. & Co. non disponeva né di un impianto di produzione proprio, né di macchinari necessari per eseguire la posa dei rivestimenti bituminosi. L'impresa di costruzioni stradali C. P. A. Costruzioni Pavimentazioni e Asfalti SA era stata fondata nel mese di marzo 2005, quando la convenzione si era già dissolta, ragione per la quale anch'essa non poteva esplicitare alcun effetto disciplinante sulle ditte partecipanti alla convenzione. Siccome la ditta Luongo SA non aveva partecipato alle riunioni settimanali, la medesima potrebbe essere inclusa nell'analisi dell'efficacia della concorrenza esterna. Le allegazioni del Dipartimento del territorio del Cantone Ticino nella sua presa di posizione lasciano però concludere che la ditta Luongo SA era di dimensioni modeste e presentava quindi una struttura non comparabile a quella delle ditte partecipanti alla convenzione, per cui si può partire dal presupposto che, contrariamente a quello che vorrebbero far credere le ricorrenti, la ditta Luongo SA non era in grado da sola di influenzare in maniera essenziale il comportamento delle ditte che avevano aderito all'accordo, indipendentemente dal fatto che la medesima abbia subito o meno delle ripercussioni a causa della sua mancata partecipazione all'accordo.

Sotto l'aspetto della concorrenza potenziale esterna va rilevato che, nel periodo d'osservazione alla base dell'inchiesta, sul mercato ticinese non erano entrate nuove ditte di pavimentazione stradale, rispettivamente di produzione di miscele bituminose, in grado di incitare in modo rilevante le imprese partecipanti alla convenzione ad adottare un comportamento concorrenziale. Sulla base dei rilevamenti della Comco vi è ragione di credere che l'impresa grigionese di pavimentazioni stradali Giudicetti di Lostallo non aveva mai rifornito il Cantone Ticino di miscele bituminose fino alla fine di marzo del 2005. Inoltre, la circostanza che una ditta di pavimentazione stradale italiana abbia una sola volta partecipato ad una procedura di aggiudicazione in unione ad un consorzio con una ditta svizzera non può essere sufficiente per mettere in discussione l'effetto della convenzione sulla concorrenza (cfr. consid. 10.1.2 i. f.). Dalle allegazioni portate in sede di inchiesta risulta infine che le ditte residenti in Italia e in altri cantoni non hanno fatto il loro ingresso sul mercato ticinese a causa degli ostacoli linguistici, delle distanze e dei costi di trasporto, nonché per via dell'eccesso di capacità esistente sul mercato. Ne si deduce che i potenziali concorrenti non hanno avuto occasione di interferire nelle azioni delle imprese che avevano partecipato all'accordo e quindi non sono riusciti ad esercitare una pressione tale da disciplinare il mercato. Il fatto che tre su cinque delle imprese italiane interpellate dalla Comco in sede d'inchiesta abbiano reputato possibile un ingresso sul mercato ticinese non cambia nulla alla circostanza che nel caso di specie vi sono indizi sufficienti a concludere all'assenza di un'efficace concorrenza esterna potenziale.

Visto quanto precede si constata che l'autorità inferiore ha concluso a giusto titolo che la presunzione della soppressione della concorrenza efficace non può essere confutata con l'argomento che esisteva una concorrenza esterna (attuale e potenziale) efficace e funzionante.

**10.2.2** La concorrenza interna è la concorrenza esistente tra le imprese che hanno partecipato all'accordo. Una concorrenza interna funzionante è data, quando all'accordo non viene affatto dato seguito oppure se, malgrado l'esistenza di un accordo, sussiste una concorrenza efficace in riferimento a singoli parametri di concorrenza sulla base di altri fattori, segnatamente dimostrando l'esistenza di una concorrenza funzionante nell'ambito della consulenza, servizio clienti e qualità (DTF 129 II 18 consid. 8.1).

**10.2.2.1** Per quanto attiene alla concorrenza interna, si evince dai considerandi precedenti che il mercato ticinese della pavimentazione stradale è stato ripartito sistematicamente durante il periodo di osservazione, da una parte decidendo in anticipo quale ditta partecipante alla convenzione avrebbe ottenuto l'aggiudicazione della commessa e dall'altra stabilendo il prezzo dell'offerta vincente e delle cosiddette offerte d'appoggio. Stando ai rilevamenti della Comco è possibile affermare che quasi tutte le ditte indagate attive sul mercato rilevante avevano effettivamente dato seguito alle decisioni prese nel corso delle riunioni settimanali conformemente alla convenzione. La circostanza che quasi tutte le ditte di pavimentazione stradale attive in Ticino durante il periodo di osservazione abbiano partecipato e si siano attenute alla convenzione ha quindi potuto impedire una concorrenza interna funzionante, come dimostrano anche i considerandi che seguono.

Le ricorrenti derivano dalla mancata partecipazione all'accordo da parte della ditta Luongo SA che le offerte inoltrate da quest'ultima corrispondevano evidentemente ad un'offerta di libero mercato. Quest'opinione non può essere condivisa. In un mercato rilevante in cui 17 su 18 imprese partecipano ad un accordo è alquanto inverosimile che una sola impresa che non si attiene alla convenzione sia capace di esercitare un notevole effetto disciplinatorio sulle altre ditte. Va inoltre tenuto conto che la ditta Luongo SA non disponeva di dimensioni e capacità comparabili con le imprese partecipanti alla convenzione, come dimostra il fatto che la medesima non ha mai partecipato a procedure di commesse pubbliche cantonali (cfr. presa di posizione del Dipartimento p. 2 ad 2.1). Sotto questo punto di vista, la questione a sapere se la ditta Luongo SA abbia subito delle ripercussioni o meno può essere lasciata in sospenso, in quanto la medesima non poteva comunque contribuire a creare una concorrenza residua efficace.

**10.2.2.2** Come già indicato, la presunzione della soppressione della concorrenza può essere confutata anche nella misura in cui, nonostante l'esistenza di un accordo ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 lett. a-c LCart, sussista ancora una concorrenza interna efficace sulla base di altri parametri di concorrenza (cfr. ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, op. cit., N 478 segg.). Tale condizione è adempita ad esempio se il prezzo su un determinato mercato non rappresenta il solo parametro di concorrenza decisivo e, malgrado un accordo sui prezzi possa intralciare notevolmente la concorrenza, può ancora esserci una concorrenza sufficiente sulla base di altri fattori come qualità, consulenza e servizio (DTF 129 II 18 consid. 8.1). Ad esempio, nel caso della fissazione dei prezzi sul mercato del libro in lingua tedesca, il Tribunale federale ha riconosciuto la rilevanza di parametri di concorrenza

al di fuori del prezzo, come la qualità relativa alla varietà dell'assortimento e alla consulenza specializzata, in quanto la clientela sul mercato corrispondente sembra attribuire meno importanza ad un prezzo basso (DTF 129 II 37 s. consid. 8.3.2).

Sorgono tuttavia dubbi che al caso di specie - avente come oggetto un cartello sugli appalti - possa essere applicata per analogia la prassi del Tribunale federale in materia di prezzi fissi sul mercato del libro in lingua tedesca. Come già segnalato, tutte le commesse pubbliche, indipendentemente dal loro importo, facevano oggetto della convenzione in esame. Nel ramo degli acquisti pubblici, a differenza della situazione sul mercato del libro in lingua tedesca, la concorrenza si estende di regola principalmente solo sul prezzo dell'offerta. Gli altri fattori sono praticamente sottratti alla concorrenza, in quanto fissati in anticipo dal committente nell'elenco delle prestazioni giusta il bando di concorso, rispettivamente la documentazione del bando (cfr. HEITZ, op. cit. pag. 98; CHRIST, op. cit., N 374). Nella legislazione federale in materia di acquisti pubblici, trattandosi di beni ampiamente standardizzati, l'aggiudicazione dell'appalto può avvenire anche tenendo conto unicamente del criterio del minor prezzo (art. 21 cpv. 3 LAPub). Si può partire dal presupposto che i lavori di pavimentazione stradale non sono di regola di una complessità tale da relativizzare in maniera significativa l'accordo sui prezzi sulla base di altri fattori come ad esempio la qualità (cfr. decisione incidentale del Tribunale amministrativo federale del 16 luglio 2009 B-3311/2009 consid. 6.3 ss. in particolare consid. 6.6). In riferimento al caso di specie emerge dai rilevamenti della Comco, nonché dalla presa di posizione del Cantone Ticino che l'offerente piazzato al secondo posto nelle gare di appalto presentava un'offerta più cara del 5 % rispetto all'aggiudicatario, mentre gli altri offerenti inoltravano spesso offerte meno dettagliate o in gran parte lacunose. Da questa circostanza è ravvisabile che il prezzo rappresentava il fattore decisivo sul mercato rilevante.

Nel caso in cui viene concluso un accordo sui prezzi, coloro che vi partecipano non sono praticamente in grado di influenzare il parametro di concorrenza del prezzo. Come già accennato, nel campo degli appalti pubblici la maggior parte dei fattori della concorrenza è fissata in anticipo dal committente nell'elenco delle prestazioni giusta il bando di concorso rispettivamente la documentazione del bando. È evidente che in questo modo la libertà d'agire di quei partecipanti che consegnano offerte d'appoggio potrebbe essere completamente soppressa. La libertà d'agire dei partecipanti all'accordo è parimenti soppressa nel caso di un accordo che determina il prezzo dell'offerta prevista per l'aggiudicazione e, mediante una chiave di ripartizione delle commesse, è in grado di dirigere l'aggiudicazione verso l'offerente deciso in anticipo (cfr. HEITZ, op. cit., pag. 98).

La circostanza che praticamente tutte le ditte attive sul mercato determinante (17 su 18) abbiano aderito all'accordo e che una gran parte delle stesse rappresentasse una notevole quota di mercato in virtù delle dimensioni e dell'importanza economica, rappresenta un indizio schiacciante per affermare che la concorrenza sul mercato rilevante avrebbe potuto essere soppressa. Di conseguenza il committente non poteva ripiegare su offerte

fissate in modo indipendente dall'accordo. Sulla base dell'accertamento dei fatti la Comco poteva ragionevolmente partire dal presupposto che la dipendenza delle ditte dalla convenzione aveva impedito la formazione di una concorrenza interna efficace e contribuito, vista l'assenza di pressione sulla concorrenza, ad alterare i prezzi delle commesse. Da quanto precede emerge infine che le asserzioni delle ricorrenti secondo cui l'accesso al mercato determinante non era limitato dall'esistenza della convenzione e nessuna ditta era impedita dal partecipare ai bandi di concorso non possono che rivelarsi inconcludenti.

**10.2.2.3** Nella sua analisi la Comco ha considerato la quota, la situazione e la struttura del mercato in relazione al caso concreto. L'autorità inferiore ha appurato che in media tra il 1999 e il 2003 almeno il 62 % delle commesse erano state attribuite secondo la convenzione. Tenendo conto degli aspetti seguenti è immaginabile che la percentuale media delle commesse attribuite sarebbe ulteriormente aumentata. La Comco ha indicato che le commesse superiori a Fr. 1 Mio. (art. 8. convenzione), nonché le commesse contenenti "lavori misti" non venivano conteggiate al 100 % (cfr. art. 10 convenzione: i lavori in pietra naturale ed artificiale al 50 % per la sola parte di pietra, mentre i lavori in asfalto fuso al 25 % per la parte in asfalto fuso ed impermeabilizzazione). La Comco ha rimandato anche all'art. 8 della convenzione secondo cui gli importi corrispondenti ai lavori non deliberati entro due mesi dalla data di assegnazione - lavori sospesi - venivano stralciati dal contingente di rotazione e registrati in una lista. Secondo i rilevamenti della Comco i lavori misti relativi al periodo 2002-2004 ammontavano a circa fr. 43,7 Mio (act. 354; fr. 10,6 Mio. nel 2002, fr. 27,8 Mio. nel 2003 e fr. 5,3 Mio. nel 2004). Includendo i lavori sospesi, la percentuale media dei lavori attribuiti mediante il sistema della convenzione tra il 1999 e il 2003 raggiunge il 72 % (cfr. presa di posizione della Comco al ricorso). Sotto questo aspetto non può essere dato seguito alle asserzioni delle ricorrenti secondo cui la convenzione è stata applicata solamente ad un numero limitato di commesse.

A mente della Comco anche l'inclusione di quei lavori che non rientrano nel campo di applicazione della convenzione (si tratta di commesse private inferiori a fr. 20'000.-) avrebbe condotto ad una media percentuale ancora più elevata dei lavori ripartiti secondo il sistema di rotazione. Le ricorrenti lamentano invece che la Comco abbia omesso di comparare le offerte che non erano state attribuite mediante il sistema previsto nella convenzione con le offerte assegnate conformemente al meccanismo della convenzione. Tale questione può restare in sospeso, visto che i lavori aggiudicati al di fuori del sistema della convenzione dovrebbero aver giocato solo un ruolo minore o perlomeno trascurabile nell'ambito della ripartizione delle commesse.

Oltracciò, dalla tabella 3 illustrata nella decisione impugnata è possibile evincere che la ripartizione del mercato ottenuta effettivamente con la convenzione e la ripartizione del mercato prevista dalla convenzione differiscono minimamente nella misura del +/- 0.5 %. Alla luce di queste circostanze potrebbe apparire ovvio che anche quelle commesse non aggiudicate con il sistema di rotazione previsto nella convenzione venissero distribuite



sulla base del medesimo meccanismo, in quanto le differenze di prezzo tra le commesse aggiudicate con o senza il sistema della convenzione avrebbero potuto aumentare la possibilità di scoprire le pratiche illecite. La questione può tuttavia rimanere indecisa, considerato che i risultati dell'inchiesta della Comco contengono nel complesso già indizi sufficienti per affermare che il meccanismo alla base della convenzione non dava alcun spazio ad una concorrenza residua efficace.

Le ricorrenti contestano che la Comco, nel determinare la correlazione tra i valori di mercato e quelli previsti dalla convenzione, non ha incluso anche i dati relativi al periodo antecedente al 1999 e posteriore al 2005. Non è tuttavia ravvisabile lo scopo a cui mirano le ricorrenti nel sollevare questa censura, la quale difficilmente si presta a dimostrare l'esistenza di un'efficace concorrenza residua. Anche nell'ipotesi che i dati relativi al periodo prima e dopo l'applicazione della convenzione giungano ad altre conclusioni, ciò non è sufficiente a capovolgere gli incontestabili risultati dell'inchiesta relativi al periodo di osservazione 1999-2003.

**10.3** Di seguito va esaminato se le ulteriori argomentazioni delle ricorrenti sono atte a capovolgere la presunzione che la concorrenza efficace è soppressa.

**10.3.1** Le ricorrenti sono dell'avviso che il metodo contenuto nella convenzione rispecchiasse le reali ed effettive possibilità di ogni singola impresa. Secondo loro anche senza i contingenti e fattori di moltiplicazione i lavori sarebbero stati attribuiti nella medesima misura alle ditte sulla base della loro grandezza e capacità.

Da queste allegazioni le ricorrenti non possono trarre nulla a loro beneficio. Dalle indagini della Comco traspare in maniera plausibile che le imprese indagate avevano confermato la loro partecipazione alle riunioni settimanali e che non vi era spazio per una concorrenza efficace residua. Conformemente al testo della convenzione le ditte partecipanti avevano manifestato l'interesse e l'intenzione di manipolare le aggiudicazioni dei lavori pubblici e privati, fissando in anticipo quale impresa doveva aggiudicarsi le commesse. Le imprese che non entravano in linea di conto per l'aggiudicazione dei lavori inoltravano offerte d'appoggio, approfittando in questo modo del sistema. A tale riguardo i contingenti e i fattori di moltiplicazione previsti nella convenzione provvedevano a ripartire i lavori tra i partecipanti all'accordo. Un simile meccanismo offriva alle imprese l'aspettativa che prima o poi avrebbero ottenuto l'aggiudicazione di una commessa. È pressoché inimmaginabile che in una situazione di libero mercato le commesse siano aggiudicate soltanto in base a criteri quali il carico di lavoro, la regionalità, specializzazioni, offerte studio e discussioni collegiali, come previsto all'art. 7 della convenzione, oppure tenendo conto di fattori quali le dimensioni e l'età delle imprese, come dimostrano i rilevamenti della Comco. Del resto tali criteri non sarebbero nemmeno compatibili con i principi generali vigenti in materia di acquisti pubblici, secondo cui per determinare l'offerta più vantaggiosa dal profilo economico sono da considerare tra l'altro il prezzo, il termine, la qualità, l'economicità, i costi d'esercizio, il servizio clientela, l'opportunità della prestazione, l'estetica, la compatibilità ambientale e il valore tecnico (cfr. per le commesse pubbliche a livello federale

art. 21 cpv. 1 della legge federale del 16 dicembre 1994 sugli acquisti pubblici, LAPub, RS 172.056.1; cfr. per le commesse pubbliche a livello cantonale art. 13 lett. f del Concordato intercantonale sugli appalti pubblici [CIAP] del 25 novembre 1994 / 15 marzo 2001 7.1.4.1.3, nonché l'art. 32 cpv. 1 della legge cantonale sulle commesse pubbliche del 20 febbraio 2001, 7.1.4.1).

A titolo abbondanziale va segnalato che secondo l'art. 23 lett. d della vecchia legge cantonale sulle commesse pubbliche del 12 settembre 1978 anche il carico di lavoro era annoverato tra i diversi criteri di aggiudicazione, tuttavia con un grado di ponderazione minimo rispetto al prezzo che rappresentava allora il criterio più importante per l'aggiudicazione. Tale disposto non legittimava comunque che le imprese accordassero la ripartizione delle commesse e determinassero in anticipo e in considerazione del carico di lavoro l'offerta destinata all'aggiudicazione, nonché il prezzo della medesima (cfr. per ulteriori dettagli consid. 10.3.4.4).

**10.3.2** Le ricorrenti adducono che i prezzi delle offerte applicati fino al 2004 si sarebbero mossi attorno al livello corrispondente del preventivo del Dipartimento, mentre dopo il 2005 sarebbero diminuiti del 20-40 % rispetto al preventivo, il che secondo loro sarebbe da ricondurre ad un crollo dei prezzi. Le ricorrenti sostengono che il fatto che non vi sono state ditte concorrenti provenienti da fuori cantone a partecipare ai concorsi dimostra indirettamente che non erano i vecchi prezzi ad essere "gonfiati" ma quelli nuovi (dopo il 2005) ad essere sottoprezzo. A loro avviso la Comco non ha considerato che le offerte presentate oggi al Cantone non coprono i costi.

In riferimento al livello dei prezzi, la Comco ha a giusto titolo riconosciuto che un prezzo concluso in un regime di concorrenza non significa necessariamente che si tratti di un prezzo atto a coprire i costi. Di regola è il mercato che determina il prezzo. Di principio l'accertamento del prezzo adeguato è analizzato nel quadro di inchieste concernenti pratiche illecite di imprese che detengono una posizione dominante sul mercato ai sensi dell'art. 7 LCart (ROBERTO DALLAFIOR, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, op. cit., art. 7 N 116 s.; DPC 2007/2, pag. 241 segg.). In considerazione del fatto che la Comco ha limitato la sua inchiesta solo all'esistenza di accordi giusta l'art. 5 cpv. 3 LCart, non si è in casu rivelato necessario esaminare l'adeguatezza dei prezzi. L'analisi della convenzione e dell'effettiva applicazione della stessa, in assenza di argomenti ricorsuali atti a confutare la presunzione di cui all'art. 5 cpv. 3 LCart, porta a concludere che l'accordo in questione ha soppresso la concorrenza efficace ed era nocivo. La nocività dell'accordo risiedeva nella mancanza di pressione alla razionalizzazione e nel mantenimento di strutture inefficienti. Nel quadro del sistema di rotazione costituito nella convenzione anche a quelle imprese che presentavano alti costi strutturali potevano essere aggiudicate le commesse. Le offerte di questo tipo di ditte erano elaborate in modo tale che il prezzo dell'offerta potesse coprire i loro elevati costi strutturali. Con la partecipazione e l'adesione alla convenzione veniva impedito a quelle imprese che avrebbero potuto permettersi di offrire prezzi più vantaggiosi di inoltrare offerte con prezzi più bassi.

Dalle indagini svolte dalla Comco emerge in modo plausibile che i prezzi delle offerte prima dell'eliminazione dell'accordo erano più elevati del preventivo allestito dal Cantone e sono invece scesi considerevolmente sotto il livello del preventivo nel periodo successivo allo scioglimento dell'accordo. Secondo l'esperienza generale, un preventivo allestito da un'autorità aggiudicatrice per stimare il valore delle commesse è calcolato (per prudenza) piuttosto verso l'alto (cfr. PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/EVELYNE CLERC, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, Zurigo 2007, N 183; decisione incidentale del Tribunale amministrativo federale B-4567/2009 del 6 agosto 2009 consid. 6.6, pubblicata su internet). In casu può essere lasciata indecisa la questione a sapere se e in che misura il committente cantonale ha allestito i preventivi dei costi *lege artis*. Decisiva per il caso di specie è piuttosto la circostanza che si siano avverate significative variazioni dei prezzi delle offerte a partire dal 2005. Come la Comco ha giustamente avuto modo di osservare, simili variazioni rappresentano un forte indizio che le imprese, dopo aver abbandonato il regime della convenzione, abbiano cominciato a risentire della crescente pressione della concorrenza rispettivamente che dopo il 2005 è iniziata una fase di ristrutturazione del mercato. Tale indizio si trova concretizzato anche dal fatto che a partire dal momento in cui le ditte hanno abbassato i prezzi delle loro offerte le stesse hanno iniziato a dedurre dal prezzo delle offerte gli sconti concessi ai fornitori, ciò che non avveniva sotto il regime della convenzione (cfr. presa di posizione del Dipartimento del territorio del 31 ottobre 2008).

Le critiche mosse dalle ricorrenti in riferimento al livello dei prezzi sono da relativizzare per diversi motivi. A ragione la Comco ha accertato che in principio i prezzi che nascono in un regime di concorrenza non devono per forza coprire i costi. Questo vale anche in relazione ad una fase di risanamento strutturale e di riduzione di capacità eccedentarie, la quale tendenzialmente accompagna lo scioglimento di un accordo in materia di concorrenza. Vi è anche ragione di credere che tutte le imprese che hanno partecipato all'accordo sono ancora attive, eccezion fatta per una sola ditta che al momento si trova in liquidazione (cfr. presa di posizione del Dipartimento del territorio del 31 ottobre 2008). Emerge inoltre da un'indagine dell'Ufficio federale di statistica sullo sviluppo dei prezzi nell'edilizia per il periodo ottobre 1998 - aprile 2007 che dal 2002 la media dei prezzi per la costruzione di strade nel Cantone Ticino è la più alta a livello svizzero (cfr. allegato alle osservazioni della Comco).

Infine, il fatto che ditte esterne (cantoni limitrofi, Italia) non abbiano inoltrato offerte non è principalmente da attribuire al livello dei prezzi, bensì a diversi fattori quali la possibilità d'accesso al mercato, che, sulla base dei considerandi suesposti, è stata ovviamente impedita (cfr. anche consid. 10.2.1).

Contrariamente a quanto vorrebbero far credere le ricorrenti, la Comco ha analizzato i prezzi per la posa di pavimentazioni stradali nel Cantone Ticino tra il 1999 e il 2004. Sulla base dei rilevamenti forniti dall'Ufficio federale delle strade e dall'Ufficio federale di statistica l'autorità inferiore ha potuto constatare che i prezzi nel Cantone Ticino erano più elevati rispetto a quelli praticati in altri

cantoni. Siccome dieci imprese di pavimentazione stradale ticinesi partecipanti all'accordo erano anche azioniste della Comibit SA (la maggiore ditta di produzione di asfalto) rispettivamente la stessa Comibit SA aveva anch'essa preso parte indirettamente all'accordo, la Comco ha a giusto titolo lasciato indecisa la questione a sapere se il livello dei prezzi per le miscele bituminose fosse eccessivamente elevato, poiché in base ai legami di partecipazione tra le ditte era deducibile che l'accordo avesse esercitato un influsso non solo sul mercato della pavimentazione stradale, ma anche sul mercato della produzione delle miscele bituminose. L'autorità inferiore ha considerato tuttavia i cambiamenti avvenuti sul mercato nel mese di aprile 2005, constatando che la Comibit SA ha ridotto i prezzi dall'inizio del 2005, mentre l'eliminazione delle pratiche da parte delle ditte prima dell'entrata in vigore della modifica di legge aveva altrettanto provocato una riduzione dei prezzi delle offerte. Le analisi della Comco sono quindi servite tra l'altro non solo ad appurare una correlazione tra i prezzi delle offerte e i prezzi per la produzione di miscele bituminose, ma soprattutto per rafforzare la sua tesi riguardo all'esistenza e all'applicazione effettiva di un accordo orizzontale sui prezzi e sulla ripartizione del mercato. L'allestimento di una perizia per determinare la concorrenzialità dei prezzi delle offerte, come richiesto dalle ricorrenti, non si rivela necessario per l'accertamento dell'esistenza di un accordo orizzontale ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 LCart ed è in principio contrario al senso e allo scopo di tale disposto, con cui come già detto si ha voluto facilitare il controllo dei cosiddetti cartelli duri e semplificare la procedura d'inchiesta amministrativa (messaggio LCart 1995 p. 449).

**10.3.3** La censura secondo cui le commesse non venivano sempre assegnate alle imprese che figuravano al primo posto nelle tabelle e che per l'assegnazione veniva tenuto conto non solo del prezzo dell'offerta ma di ulteriori fattori non è atta a confutare la presunzione di cui all'art. 5 cpv. 3 LCart. Anche con questo argomento le ricorrenti misconoscono che l'attenersi alla convenzione da parte di 17 su 18 ditte attive nella pavimentazione stradale era adatta a manipolare le procedure di aggiudicazione delle commesse e a falsificare il livello dei prezzi, dal momento che le imprese non hanno formato i prezzi delle offerte in modo indipendente dalla convenzione.

Le argomentazioni ricorsuali vengono relativizzate dalle esperienze del Cantone (Dipartimento del territorio) in qualità di autorità aggiudicatrice. Dalla documentazione del Cantone inoltrata in fase d'inchiesta (1 classificatore intero), nonché dalla presa di posizione al presente ricorso emergono importanti indizi a sostegno dell'applicazione dell'accordo. Conformemente alla vecchia legge sugli appalti in vigore fino al mese di febbraio 2001 il Consiglio di Stato poteva deliberare a sua scelta tra le imprese le cui offerte non superavano il 5 % del minor offerente. Fino al febbraio 2001 il Cantone ha riscontrato nella maggior parte delle procedure che il secondo classificato superava il valore limite del 5 %, mentre le altre offerte si situavano tra il 5 e 10 % al di sopra del minor offerente. Con l'entrata in vigore della nuova legge sugli appalti nel febbraio 2001 l'individualizzazione del miglior offerente non dipendeva prevalentemente solo dal prez-

zo, ma da altri criteri (organizzazione dell'impresa, programma lavori, competenza, esperienza). Tuttavia il Cantone ha constatato che a partire dal secondo classificato le offerte superavano il prezzo del primo classificato almeno del 5 %. Inoltre il minor offerente era solito inoltrare una documentazione d'appalto ineccepibile, mentre le altre ditte consegnavano una documentazione carente.

**10.3.4** Le ricorrenti contestano che la Comco, pur considerando il Cantone come impresa ai sensi dell'art. 2 LCart, ha deciso di non esprimere alcun giudizio sul ruolo di committente pubblico assunto da quest'ultimo nella vicenda. Le ricorrenti sono dell'avviso che il Cantone abbia invitato esplicitamente le ditte a mettersi d'accordo. Esse fanno presente che nel corso del 1995 il Cantone in qualità di committente pubblico aveva annullato alcuni bandi di concorso, indicando che "*le offerte inoltrate (...) risultano inaccettabili per i prezzi bassi offerti singolarmente e nel loro complesso*". Con questo argomento le ricorrenti sembrano far valere secondo il senso che la presunzione della soppressione della concorrenza efficace potrebbe essere confutata a causa della forte controparte sul mercato esercitata dal Cantone in qualità di committente pubblico.

Avantutto occorre segnalare che per rovesciare la presunzione di cui all'art. 5 cpv. 3 LCart è di per sé sufficiente solo comprovare che sul mercato rilevante esista ancora concorrenza esterna o interna in relazione ad un parametro di concorrenza toccato dall'accordo. Fintanto che non sussiste una concorrenza residua efficace, nello schema d'esame per la confutazione della presunzione è possibile includere anche la questione a sapere se la posizione della controparte sul mercato ha un effetto disciplinante sui partecipanti all'accordo. Se la controparte sul mercato non è in grado di esercitare una pressione concorrenziale sui partecipanti all'accordo, allora la presunzione che la concorrenza efficace è soppressa non può essere considerata rovesciata (cfr. sul tema: KRAUSKOPF/SCHALLER, op. cit., N 445 e 241 ad art. 5 LCart; ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, op. cit., N 434 i. f.).

Nella misura in cui le ricorrenti fanno valere la forte controparte sul mercato esercitata dal Cantone quale argomento per confutare la presunzione della soppressione della concorrenza efficace, è lecito occuparsi a fondo di tale censura. Tuttavia, nel caso in cui le ricorrenti intravedano nel comportamento del Cantone una causa di giustificazione per l'accordo sui prezzi e di ripartizione del mercato tra partner commerciali ai sensi della convenzione, un simile argomento non è conciliabile con lo schema d'esame per la confutazione della presunzione ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 LCart.

**10.3.4.1** Giusta l'art. 2 cpv. 1<sup>bis</sup> LCart sono considerate imprese i richiedenti o offerenti di beni e servizi nel processo economico, indipendentemente dal loro statuto giuridico o della loro forma organizzativa. Con questo disposto il legislatore si è prefissato di assoggettare il potere della domanda del settore pubblico alle regole in materia di legge sui cartelli (cfr. HUBERT STÖCKLI Vergarecht 2004 in: Zeitschrift für Baurecht / Droit de la construction (BR), Sonderheft Vergaberecht 2004, p. 6). In considerazione del fatto che nel ramo delle costruzioni

l'amministrazione pubblica aggiudica la maggior parte dei lavori e che gli offerenti sono vincolati dal capitolato d'oneri predefiniti dai committenti (cfr. CHRIST, op. cit., p. 41), il rimprovero circa la posizione dominante del committente pubblico non sembra a tutta prima essere privo di fondamento. Tuttavia, il solo fatto di detenere una posizione dominante o di monopolio sul mercato non è di per sé illecito, piuttosto deve essere accertato l'abuso di una tale posizione (art. 7 LCart; cfr. ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, op. cit., N 528).

Nel settore degli acquisti pubblici, in particolare nell'ambito della messa in concorso di una commessa concreta e a seconda del settore di mercato, risulta sovente ed in modo tipico una situazione di potere di mercato, in cui un numero maggiore di offerenti è contrapposto ad un numero minore di richiedenti oppure a un monopolio della domanda. La situazione di squilibrio di per sé data tra offerenti e richiedente può apparire in maniera accentuata nel ramo delle pavimentazioni stradali, laddove il committente pubblico rappresenta una quota notevole della domanda. Un tale aspetto è tuttavia inerente al sistema degli acquisti pubblici e viene attenuato ampiamente dalla circostanza che il committente pubblico è vincolato dalle garanzie procedurali in uno stato di diritto, nonché dai principi che derivano dalla legislazione in materia di acquisti pubblici, come la trasparenza e la parità di trattamento.

Nel caso di una violazione delle garanzie o dei principi in materia di acquisti pubblici sono a disposizione i corrispondenti rimedi di diritto. Quegli offerenti che si trovano a confronto con un ente pubblico che detiene una posizione dominante sul mercato hanno la possibilità di difendersi da eventuali abusi derivanti da tale posizione dominante, presentando una denuncia presso la Segreteria della Comco (art. 26 cpv. 2 LCart), che se del caso potrebbe portare ad aprire un'inchiesta cartellare oppure adendo direttamente le vie di diritto civile in materia di cartelli (art. 12 s. LCart) (cfr. HUBERT STÖCKLI, Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung, Friburgo 1999, p. 287).

Da un punto di vista generale, a causa dello squilibrio che si viene a creare tra offerenti e richiedente pubblico, una gara d'appalto racchiude anche certi rischi per gli offerenti. Nel quadro delle procedure di acquisti pubblici il committente ottiene informazioni sul relativo mercato e in questo modo ne ricava la dovuta trasparenza, a differenza degli offerenti, ai quali viene a mancare l'accesso a tali nozioni di mercato. Gli offerenti sono impediti nelle loro possibilità di scelta o di ripiegare su un altro richiedente, poiché incapaci di confrontare in anticipo i prezzi o le soluzioni dei problemi con gli altri concorrenti (cfr. CHRIST, op. cit. N 205; op. cit., p. 41 s.). Se si tiene inoltre presente che il prezzo nelle procedure in materia di acquisti pubblici è un HEITZ fattore determinante, è ravvisabile che nei confronti degli offerenti viene esercitata una certa pressione sui prezzi (HEITZ, op. cit., p. 41 s.). Perciò gli offerenti potrebbero ravvisare in un cartello sugli appalti uno strumento adatto in qualche modo ad ostacolare il potere della domanda del committente pubblico, rispettivamente la pressione esercitata sui prezzi (cfr. HEITZ, op. cit., p. 42)

**10.3.4.2** Nel caso di specie è incontestato che 17 su 18 ditte di pavimentazione stradale attive nel Canton Ticino aderendo alla convenzione hanno determinato in anticipo l'aggiudicatario, il prezzo dell'offerta prevista per l'aggiudicazione, nonché l'importo delle cosiddette offerte d'appoggio. Al presunto monopolio della domanda da parte del committente pubblico cantonale era di fatto contrapposto un monopolio dell'offerta. Si può quindi partire dal presupposto che la soppressione della concorrenza efficace quale conseguenza della presunzione legale e i prezzi tendenzialmente più elevati ad essa connessi dovrebbero aver contribuito ad indebolire notevolmente un eventuale potere della domanda da parte del Cantone. Del resto è stato proprio il committente cantonale e non le ditte indagate a rivolgersi direttamente alla Comco a causa dei prezzi elevati delle commesse nel ramo della pavimentazione stradale. Questo potrebbe essere a sua volta considerato quale indizio atto a concludere che il committente cantonale non era stato in grado di disciplinare il comportamento avverso alla concorrenza che le ditte avevano adottato.

A titolo abbondanziale va rilevato che i lavori di pavimentazione stradale potevano essere richiesti da diverse categorie di committenti pubblici (cantone, comuni, eventualmente Confederazione), nonché da privati e da terzi. Ne consegue che le quote di mercato relative ai lavori richiesti era suddivisa tra i numerosi committenti in gioco. Né dagli atti, né dalla motivazione del ricorso emergono tuttavia indizi atti ad affermare che il committente cantonale potesse disporre di una quota di mercato di tale importanza da esercitare un effetto disciplinante sulle imprese indagate.

**10.3.4.3** Le ricorrenti fanno valere in modo generale che il Cantone ha incentivato il comportamento delle imprese annullando alcuni concorsi pubblici a dipendenza del costo troppo basso delle offerte.

Dagli atti si evince che il rimprovero delle ricorrenti non può che riferirsi all'annullamento di una procedura di aggiudicazione avvenuto nel 1995 (cfr. sentenza nella procedura parallela B-420/2008 consid. 9.2.2.4). Tale annullamento si è verificato 3 anni prima che sia stato concluso l'accordo in questione, cosicché dovrebbe mancare un nesso diretto temporale fra i due avvenimenti. Dalla presa di posizione del Cantone al progetto di decisione della Comco dell'8 marzo 2006 si evince inoltre che la procedura di aggiudicazione non è stata annullata a causa del livello dei prezzi delle offerte, ma per il fatto che le offerte erano state concepite in modo da non permettere al committente un confronto diretto. In particolare sembra che i costi di trasporto non fossero stati contemplati in modo corretto nelle rispettive offerte. Nell'ottica del diritto in materia di acquisti pubblici, sulla circostanza che il committente pubblico abbia di per sé la possibilità di annullare una procedura di aggiudicazione se ne sono date le premesse non vi è nulla da eccepire. Di conseguenza dalla sola possibilità di annullare procedure di aggiudicazione o da eventuali annullamenti le ricorrenti non possono trarre nulla a loro beneficio.

**10.3.4.4** Anche uno sguardo ai disposti cantonali in materia di acquisti pubblici non permette di sostenere le tesi ricorsuali e di rovesciare la presunzione della soppressione della concorrenza efficace.

Se corrisponde al vero che l'art. 23 lett. d della vecchia legge cantonale sulle commesse pubbliche del 12 settembre 1978 prescriveva di tener conto del carico di lavoro nell'aggiudicazione delle commesse, è altrettanto vero che secondo tale disposto il carico di lavoro era uno dei tanti criteri di aggiudicazione per il quale era prevista una ponderazione del 5 %. Al criterio di aggiudicazione del prezzo era invece attribuito il massimo grado di ponderazione. Ne consegue che le modalità per l'aggiudicazione di una commessa ai sensi della vecchia legge sugli appalti non erano contrarie a che gli offerenti inoltrassero offerte concorrenziali. Con l'entrata in vigore della nuova legge sugli appalti nel 2001, le offerte non venivano più aggiudicate al miglior offerente (nel senso dell'offerente con il prezzo minore), ma all'offerta più vantaggiosa tenendo conto del rapporto qualità e prezzo. Con la modifica di legge è venuto a cadere il carico di lavoro quale criterio di aggiudicazione. Visto quanto precede, non vi sono indizi che la legislazione cantonale in materia di acquisti pubblici abbia incoraggiato le imprese indagate ad adottare le loro pratiche illecite.

**10.3.4.5** Nella decisione impugnata la Comco si è occupata delle ulteriori censure sollevate dalle imprese riguardo alla prassi del Cantone in qualità di committente pubblico, sollevando in particolare le questioni dell'istituzione di una Commissione paritetica e delle richieste di sconti dopo la presentazione delle offerte.

Per quanto attiene all'istituzione di una commissione paritetica nel 1995, va rilevato a titolo generale che tale avvenimento non si inserisce in un contesto temporale diretto con la convenzione stipulata nel dicembre 1998. Inoltre nella sua presa posizione al progetto di decisione della Comco dell'8 marzo 2007 il Cantone ha indicato che a metà degli anni novanta si era trovato confrontato a una guerra dei prezzi al ribasso nel mercato della costruzione. Su pressione del Parlamento, era poi stato deciso di creare una commissione prezzi avente come scopo di fornire ai funzionari attivi sul campo un interlocutore neutro che potesse comunicare i dati tecnici necessari per la valutazione delle offerte. La commissione paritetica era composta da rappresentanti del Dipartimento del territorio e della ATIPS. Secondo le informazioni del Cantone la commissione paritetica era stata costretta più volte ad interrompere e riprendere la propria attività senza giungere ad un risultato concreto ed accettabile. A mente delle autorità cantonali, l'insuccesso della commissione era da ricondurre alla mancata trasparenza da parte dei rappresentanti degli imprenditori privati, i quali fino ad oggi non avrebbero consegnato ai rappresentanti del Cantone i dati tecnici per la valutazione delle offerte. Dalle allegazioni del Cantone è ravvisabile che la Commissione paritetica non era riuscita a influenzare il comportamento delle imprese che avevano partecipato alla convenzione.

Per quanto concerne le richieste di sconti dopo la presentazione delle offerte la Comco ha definito le questioni problematiche alla luce dell'art. 7 LCart. Come già accennato, un'eventuale posizione dominante del committente pubblico rappresenta un aspetto generalmente riscontrabile nel ramo degli acquisti pubblici (consid. 10.3.4.1). Questo argomento da solo non basta però a giustificare una limitazione illecita della concorrenza. Piuttosto devono sussistere punti di riferimento che la-

scino concludere ad un abuso di una probabile posizione dominante, per esempio un comportamento atto a modificare durevolmente la struttura della concorrenza o ad indebolire in modo duraturo gli offerenti (cfr. Wettbewerb und Vergaberecht- Wettbewerbspolitische Analyse des Vergaberechts der Schweiz, insbesondere des Vergaberechts des Bundes, Bericht des Sekretariats der Wettbewerbskommission zur Revision des Beschaffungsrechts, RPW 2006/2, p. 404 s.).

Visto quanto precede, le allegazioni delle ricorrenti non riescono a dimostrare in modo convincente che la posizione del Cantone in qualità di committente pubblico abbia esplicato un significativo effetto disciplinante sulle imprese indagate. Invece, sulla base dei risultati delle proprie indagini, l'autorità inferiore ha potuto a giusto titolo ravvisare una limitazione illecita della concorrenza nella convenzione, nonché nell'applicazione della medesima. Un'estensione dell'inchiesta al comportamento del cantone in qualità di committente pubblico non si rivelava necessaria nell'ambito del procedimento nei confronti delle ricorrenti.

Considerato che la presunzione della soppressione della concorrenza non ha potuto essere confutata, si può partire dal presupposto che le imprese partecipando alla convenzione abbiano indebolito la posizione del committente pubblico nella misura in cui quest'ultimo non era più in grado di individuare un prezzo concorrenziale per i lavori messi a concorso.

**10.3.5** Per quanto attiene alla durata dell'applicazione della convenzione va rilevato che nel corso dell'inchiesta, sulla base di 209 tabelle da cui si evincono le aggiudicazioni delle commesse stabilite in anticipo in occasione delle riunioni settimanali, di 192 pagine in cui sono elencati i lavori sospesi e di diverse prese di posizione delle imprese, la Comco ha potuto appurare che la convenzione è stata effettivamente applicata dal 13 gennaio 1999 fino al 10 dicembre 2003.

Le ricorrenti non sollevano obiezioni contro questo accertamento dei fatti. Esse rimproverano alla Comco di non essere riuscita a dimostrare che la convenzione era stata applicata nel periodo successivo al 10 dicembre 2003 fino alla fine del 2004. A tale riguardo va rimarcato che per il periodo successivo non è disponibile una documentazione paragonabile alle 209 tabelle e alle 191 pagine sui lavori sospesi che sono state prese in considerazione per accertare la durata dell'applicazione della convenzione dal 13 gennaio 1999 al 10 dicembre 2003. La Comco ha appurato in sede di inchiesta che la mancanza di documentazione per quanto attiene al periodo successivo al 2003 è da far risalire alla circostanza che a partire dall'inizio del 2004 i documenti distribuiti durante le riunioni sarebbero stati ritirati al termine delle riunioni su ordine superiore (act. 436). Malgrado la documentazione mancante per il periodo posteriore al dicembre 2003, la Comco ha ricevuto diverse prese di posizione dalle imprese indagate in merito alla questione, a partire da quale momento le ditte avevano cessato di applicare l'accordo. Dalle dichiarazioni inoltrate (in particolare Atag e Novastrada; cfr. le rispettive prese di posizione del 9 marzo 2007 sul progetto di decisione) la Comco ha potuto tuttavia ragionevolmente concludere che la convenzione è stata applicata almeno fino al me-

se di dicembre 2004. Dai dati alla base della decisione impugnata si può quindi affermare che la Comco ha a giusto titolo accertato che la durata dell'applicazione della convenzione si era protratta dal 13 gennaio 1999 fino almeno alla fine del 2004. In questa conclusione non è ravvisabile un accertamento dei fatti incompleto od inesatto.

**10.3.6** Visto quanto precede il Tribunale amministrativo federale giunge alla conclusione che la Comco ha a giusto titolo qualificato la convenzione del 15 dicembre 1998 quale accordo sulla ripartizione del mercato e quale accordo orizzontale sulla fissazione dei prezzi ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 lett. a e c LCart ed eseguito l'esame della confutazione della presunzione in modo obiettivo e corretto, in considerazione del principio dell'officiosità e degli argomenti addotti dalle imprese indagate. Siccome nel caso di specie non è possibile confutare la presunzione della soppressione della concorrenza efficace, la convenzione in esame si rivela illecita alla luce dell'art. 5 cpv. 1 LCart e conformemente al medesimo disposto non può essere giustificata da motivi di efficienza economica (cfr. STOFFEL: in SIWR, op. cit., p. 76; HEITZ, op. cit., p. 73; REINERT, op. cit., N 22 ad art. 5 LCart).

Le questioni a sapere se un accordo in materia di concorrenza causa un notevole intralcio alla concorrenza, nonché se un tale accordo può essere giustificato per motivi di efficienza economica si pongono soltanto nel caso in cui la presunzione della soppressione della concorrenza efficace può essere rovesciata (cfr. messaggio LCart 1995, p. 444; DTF 129 II 18 consid. 9.5.5 e 10). In considerazione del risultato a cui si è giunti nel caso di specie si prescinde dall'occuparsi di tali questioni.

## 11.

In conclusione emerge che, per quanto riguarda l'aspetto formale, la decisione impugnata è giustificata e le premesse per entrare nel merito del ricorso sono da considerare adempite. In particolare va rimarcato che la Comco era autorizzata, sulla scorta delle disposizioni vigenti al momento della conclusione dell'inchiesta, ad accertare l'illiceità dell'accordo in materia di concorrenza dissolto durante il termine previsto nella disposizione finale e a vietarne l'applicazione con la comminatoria delle sanzioni giusta l'art. 50 e 54 LCart in caso di contravvenzione (consid. 1.2, 3.4.2-3.4.6). Sotto l'aspetto del diritto materiale la Comco poteva a ragione partire dal presupposto che la convenzione del 15 dicembre 1998 adempie alle esigenze poste ad un accordo in materia di concorrenza giusta l'art. 4 LCart (consid. 7). La qualificazione della convenzione come accordo sulla fissazione diretta o indiretta dei prezzi (art. 5 cpv. 3 lett. a LCart) e nel contempo accordo sulla ripartizione del mercato per zone o partner commerciali (art. 5 cpv. 3 lett. c LCart) è da ritenere esatta. L'esistenza della base della presunzione ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 lett. a e c LCart va affermata già solo sulla base del contenuto concreto della convenzione, nonché dell'applicazione effettiva della stessa; le allegazioni circa gli effetti della convenzione sul mercato rilevante incluse dalla Comco nell'esame della prova per la base della presunzione possono essere considerate all'occorrenza nel quadro dell'esame della confutabilità della presunzione (consid. 8). La delimitazione del mercato reale e geografico rile-

vante effettuata dalla Comco non dà adito a reclami (consid. 10.1). Sulla scorta dei risultati dell'inchiesta la Comco ha potuto giungere alla conclusione che la presunzione della soppressione della concorrenza efficace non aveva potuto essere confutata, in quanto non era stata dimostrata l'esistenza né di una concorrenza esterna attuale e potenziale, né di una concorrenza interna residua efficace (consid. 10.2). Gli argomenti addotti dalle ricorrenti per dimostrare la confutazione della presunzione non sono convincenti; alle ricorrenti non riesce di produrre indizi concreti atti ad affermare che il Cantone quale committente pubblico e in virtù della sua forte controparte sul mercato abbia esercitato un effetto disciplinante sulle imprese indagate rispettivamente che il Cantone abbia abusato eventualmente di un'ipotetica posizione dominante sul mercato (consid. 10.2.3 s.). Avendo soppresso la concorrenza efficace, la convenzione in esame si rivela illecita, per cui è possibile prescindere dall'esaminare se la medesima ha intralciato in maniera notevole la concorrenza, rispettivamente se può essere giustificata da motivi di efficienza economica. Nella misura in cui le conclusioni ricorsuali sono indirizzate contro il comunicato stampa, il ricorso è inammissibile (cfr. consid. 2).

Visto quanto precede, la decisione impugnata non si rileva lesiva del diritto federale. Pertanto il ricorso risulta infondato e, nella misura in cui è ammissibile, va respinto.

## 12.

Visto l'esito della procedura, le ricorrenti devono sopportare le spese processuali (art. 63 cpv. 1 PA). Le spese del procedimento dinanzi al Tribunale amministrativo federale comprendono la tassa di giustizia e i disborso (art. 1 del Regolamento del 21 febbraio 2008 sulle tasse e sulle spese ripetibili nelle cause dinanzi al Tribunale amministrativo federale, TS-TAF, RS 173.320.2). La tassa di giustizia è calcolata in funzione dell'ampiezza e delle difficoltà della causa, del modo di condotta processuale e della situazione finanziaria delle parti, conformemente all'art. 2 cpv. 1 frase 1 TS-TAF. In applicazione di tale disposto e in considerazione, da una parte delle difficoltà della causa e della decisione incidentale del 6 marzo 2008 con cui era stata respinta l'istanza cautelare delle ricorrenti, e dall'altra dalla circostanza che nella causa era pendente una procedura parallela (B-420/2008) avente come oggetto parzialmente le medesime questioni di diritto, nonché della mancanza di elementi a favore di una riduzione delle spese sulla base della situazione finanziaria delle parti, si giustifica fissare le spese processuali a fr. 3'000.- per ricorrente, per un totale di fr. 21'000.-. Tale importo è compensato con

l'anticipo spese di fr. 11'900.- versato (fr. 1'700.- per ricorrente). I ricorrenti rispondono solidalmente per la differenza (fr. 1'300.- ciascuno, l'importo totale ammonta a fr. 9'100.-), pagabile alla Cassa del Tribunale entro 30 giorni dalla crescita in giudicato della presente sentenza.

Visto l'esito della procedura alle ricorrenti non spetta alcuna indennità a titolo di spese ripetibili (art. 64 cpv. 1 PA nonché art. 7 TS-TAF).

Per questi motivi, il Tribunale amministrativo federale pronuncia:

### 1.

Il ricorso è respinto, nella misura in cui è ammissibile.

### 2.

Alle ricorrenti vengono addossate le spese processuali di fr. 21'000.- (fr. 3'000.- per ricorrente), per le quali esse garantiscono solidalmente. Esse sono computate con l'anticipo spese di fr. 11'900.- (fr. 1'700.- per ricorrente). Le ricorrenti rispondono solidalmente per l'intero importo relativo alla differenza (fr. 9'100.-; fr. 1'300.- ciascuno), pagabile alla Cassa del Tribunale entro 30 giorni dalla crescita in giudicato della presente sentenza. Il bollettino di versamento segue con posta separata.

### 3.

Non si assegna alcuna indennità a titolo di spese ripetibili.

### 4.

La presente sentenza è notificata a:

ricorrenti (atto giudiziario; allegato: comunicato stampa del 16 giugno 2010);

autorità inferiore (n. di rif. 22-0323: Pavimentazioni stradali in Ticino; atto giudiziario; allegato: comunicato stampa del 16 giugno 2010);

Dipartimento federale dell'economia (atto giudiziario; allegato: comunicato stampa del 16 giugno 2010);

Dipartimento del territorio del Cantone Ticino (per conoscenza; allegato: comunicato stampa del 16 giugno 2010);

e comunicata per estratto a:

Costra SA (per conoscenza; allegato: comunicato stampa del 16 giugno 2010).

I rimedi giuridici sono menzionati alla pagina seguente.

## C Zivilrechtliche Praxis Pratique des tribunaux civils Prassi dei tribunali civili

### C 2 Kantonale Gerichte Tribunaux cantonaux Tribunali cantonali

C 2	<b>1. Kassationsgericht des Kantons Zürich: Zirkulationsbeschluss vom 15. April 2010 betreffend Kartellrecht – Nichtigkeitsbeschwerde gegen eine Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren am Handelsgericht des Kantons Zürich vom 25. November 2009</b>
-----	--

*Zirkulationsbeschluss (AA090175/mum) des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 15. April 2010 in Sachen A. GmbH, B. AG, C. AG, D. AG, E. AG, F. SA, G. AG, I. AG, K. AG gegen Switsch - Teleinformatikdienste für Lehre und Forschung betreffend Kartellrecht (vorsorgliche Massnahmen) – Nichtigkeitsbeschwerde gegen eine Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren am Handelsgericht des Kantons Zürich vom 25. November 2009.*

#### Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Die Beschwerdegegnerin ist eine von der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Hochschulkantonen gegründete Stiftung im Bereich Teleinformatik ([www.switch.ch/de/about/profile/foundation/](http://www.switch.ch/de/about/profile/foundation/)). Das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) übertrug die Zuteilung und Verwaltung von (Internet-)Domain-Namen mit der Endung ".ch" auf die Beschwerdegegnerin (HG act. 16 S. 5 Ziff. 5; HG act. 1 S. 6 Ziff. 10). U.a. ist sie Registerbetreiberin im Sinne von Art. 14a der Verordnung über die Adressierungselemente im Fernmeldebereich (AEFV, SR 784.104) und als solche alleine mit der Registrierung und Verwaltung von Internet-Domainnamen mit der Endung ".ch" betraut (HG act. 1 S. 6 Ziff. 10, HG act. 16 S. 7 Ziff. 13). Kunden können Domain-Namen mit der Endung ".ch" direkt bei der Beschwerdegegnerin registrieren (HG act. 16 S. 5 Ziff. 5 f., S. 7 Ziff. 13). Überdies hat die Beschwerdegegnerin ein Grosshandelsangebot für Anbieter zu unterhalten, welche die Zuteilung und Verwaltung von Domain-Namen Endkunden anbieten (HG act. 1 S. 7 Ziff. 12 f., HG act. 16 S. 6 Ziff. 7, S. 7 Ziff. 13). Kunden können mithin Domain-Namen mit der Endung ".ch" auch über solche anderen Anbieter (Vertragspartner der Beschwerdegegnerin, "Wiederverkäufer", "Switch Partner" [HG act. 1 S. 7 Ziff. 13], "Registrar" [HG act. 16 S. 6 Ziff. 7]) registrieren lassen.

2. Die Beschwerdeführerinnen sind nach eigener Darstellung Anbieter von Internetdienstleistungen, welche insbesondere die Registrierung und Verwaltung von Domain Namen sowie das "Hosting" (nach Langenscheidt Bereitstellung der Leistungen eines Internet-Servers, wie Speicherplatz und E-Mail-Accounts, z.B. für die Installation einer Website) von Internetseiten und

damit zusammenhängende Dienstleistungen umfassten (HG act. 1 S. 6 Ziff. 7). Gemäss Beschwerdegegnerin seien nur die Beschwerdeführerinnen 5, 6 und 9 Registrare, also Unternehmen, welche das Grosshandelsangebot der Beschwerdegegnerin bezögen und ihren Kunden anböten (HG act. 16 S. 8 Ziff. 16).

3. Im Mai 2009 gründete die Beschwerdegegnerin die Tochtergesellschaft switchplus ag (von den Parteien und nachfolgend nur noch switchplus genannt (HG act. 1 S. 7 Ziff. 14, HG act. 16 S. 7 Ziff. 14). Diese soll Endkunden die Registrierung von Domain-Namen der Domain ".ch" und ".li" als Wiederverkäuferin ("Registrar") und in Zukunft ausserdem Mail- und Hosting-Services, eventuell auch noch weitere Dienstleistungen anbieten (HG act. 16 S. 7 Ziff. 14). Nach eigenem Bekunden versucht die Beschwerdegegnerin mit ihrer Tochtergesellschaft, neu in den Markt für Internet-Zusatzdienste einzutreten, in welchem die Beschwerdeführerinnen bereits seit Jahren etabliert sind (HG act. 16 S. 7 Ziff. 15). Die Beschwerdegegnerin installierte auf ihrer Homepage [www.switch.ch](http://www.switch.ch) das Logo der switchplus als einzigem diesbezüglichem Vertragspartner ("Wholesale-Partner von Switch"; KG act. 2 S. 4) und eine Option für die Registrierung von Domain Namen, wobei sie neben ihrer eigenen diesbezüglichen Internet-Adresse ([nic.ch](http://nic.ch) [vgl. HG act. 1 S. 18 Ziff. 64]) einzig die switchplus namentlich aufführte, bezüglich aller anderen entsprechenden Vertragspartner lediglich die Bezeichnung "einen Partner wählen" anbot (vgl. die Abbildung dieser Homepage in KG act. 2 S. 5).

4. Mit Eingabe vom 24. September 2009 stellten die Beschwerdeführerinnen beim Handelsgericht des Kantons Zürich ein Gesuch um Erlass einer vorsorglichen Verfügung unter superprovisorischer Anordnung. Sie beantragten, der Beschwerdegegnerin sei zu verbieten, auf der Webseite [www.switch.ch](http://www.switch.ch) oder auf anderen Webseiten die switchplus gegenüber anderen Marktteilnehmern bevorzugt darzustellen, bevorzugt in die Navigation der Website zu integrieren und/oder Aussagen mit dem Zweck zu machen, die Inanspruchnahme der Dienstleistungen der switchplus gegenüber den Dienstleistungen anderer Marktteilnehmer zu fördern. Insbesondere sei der Beschwerdegegnerin zu verbieten, auf der Startseite der Webseite [www.switch.ch](http://www.switch.ch) das Logo von switchplus und eine Option für die Registrierung von

Domain Namen bei switchplus als einzigem Wohlesale-Partner der Beschwerdegegnerin aufzuführen und switchplus gegenüber anderen Wholesale-Partnern der Beschwerdegegnerin besonders hervorzuheben, besonders zu erwähnen oder Links zu switchplus anzubringen, switchplus anzupreisen etc. (HG act. 1 S. 2 f.). Die Beschwerdeführerinnen machten insbesondere geltend, die Beschwerdegegnerin habe im Bereich der eigentlichen Registrierung und Verwaltung von Domain-Namen des "Typs" ".ch" und ".li" eine Monopolstellung bzw. eine marktbeherrschende Stellung (HG act. 1 S. 16 Ziff. 52 f.). Sie missbrauche diese Stellung, indem sie auf ihrer Homepage ihre Tochterfirma switchplus gegenüber den andern Marktteilnehmern bevorzugt behandle und die anderen Marktteilnehmer gegenüber switchplus insbesondere beim Wettbewerb auf der Stufe des Wiederverkaufs von Domain-Namen diskriminiere. Damit verstosse die Beschwerdegegnerin gegen Art. 7 des Kartellgesetzes (HG act. 1 S. 16 f.). Beim erwähnten Wettbewerb böten dessen Teilnehmer (darunter die Beschwerdeführerinnen und die switchplus) ihren Kunden die Anmeldung der Domain-Namen bei der Registerbetreiberin an. Dieser Markt bilde eine Schlüsselposition im Hinblick auf das Angebot weiterer Dienstleistungen an den Kunden, wie namentlich Hosting oder E-Mail (HG act. 1 S. 16 Ziff. 54). Durchschnittlich würden an einem Arbeitstag ca. 615 Domain-Namen neu registriert. Die Beeinflussung von ca. 615 Neukunden täglich durch die Praktiken der Beschwerdegegnerin sei ein enormer Schaden für die Wettbewerber. Der Nachteil sei insofern nicht leicht wiedergutzumachen, als einmal verlorene Kunden nur schwer zurückzugewinnen seien. Hätten sich die Kunden erst einmal bei switchplus registrieren lassen, blieben sie in Zukunft mit dieser Domain bei switchplus und seien für die anderen Marktteilnehmer auch als Kunden für Hosting und andere Dienstleistungen verloren (HG act. 1 S. 19 f. Ziff. 67 - 72).

5. Mit (superprovisorischer) Verfügung vom 25. September 2009 verbot der Einzelrichter im summarischen Verfahren des Handelsgerichts der Beschwerdegegnerin mit sofortiger Wirkung, auf der Startseite der Webseite www.switch.ch eine Option für die Registrierung von Domain-Namen bei switchplus als einzigem Wohlesale-Partner der Beschwerdegegnerin aufzuführen und das Logo von switchplus als einzigem Wholesale-Partner der Beschwerdegegnerin darzustellen. Den Beschwerdeführerinnen setzte der Einzelrichter eine Frist zur Leistung einer Sicherheit von Fr. 100'000.-- an unter der Androhung, bei Säumnis werde die angeordnete Massnahme aufgehoben (HG act. 7). Diese Kautions wurde geleistet (HG act. 15).

6. Nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung (HG Prot. S. 7 ff.) wies der Einzelrichter am Handelsgericht das Massnahmebegehren mit Verfügung vom 25. November 2009 ab und erklärte, die superprovisorische Anordnung vom 25. September 2009 sei mit sofortiger Wirkung aufgehoben (KG act. 2).

7. Gegen diese einzelrichterliche Verfügung reichten die Beschwerdeführerinnen rechtzeitig (HG act. 30A, KG act. 1) eine Nichtigkeitsbeschwerde ein. Damit beantragten sie, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben, und die Sache sei zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2). Antragsgemäss (KG

act. 1 S. 2) wurde der Beschwerde mit Verfügung vom 29. Dezember 2009 aufschiebende Wirkung verliehen mit der Wirkung, dass die einzelrichterliche superprovisorische Anordnung vom 25. September 2009 ab Mitteilung der Verfügung weiter gilt (KG act. 6). Die ihnen im Sinne von § 75 ZPO auferlegte Prozesskaution von Fr. 10'000.-- (KG act. 6) leisteten die Beschwerdeführerinnen innert Frist (KG act. 13). Die Vorinstanz verzichtete explizit auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde (KG act. 10). Mit ihrer ebenfalls rechtzeitigen Beschwerdeantwort beantragt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei (KG act. 14 S. 3). Ferner beantragte die Beschwerdegegnerin damit, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung umgehend zu entziehen (KG act. 14 S. 3). Mit Präsidialverfügung vom 20. Januar 2010 wurden der Antrag auf Entzug der aufschiebenden Wirkung abgewiesen und die Beschwerdeantwort den Beschwerdeführerinnen zur Kenntnisnahme zugestellt (KG act. 15). Weitere Eingaben der Parteien erfolgten im vorliegenden Verfahren nicht (abgesehen von einem Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdegegnerin, KG act. 11).

## II.

1. Die Vorinstanz erwog u.a., die Beschwerdegegnerin nutze ihre Marktmacht als Registerbetreiberin aus, um einen der Registrare, ihre Tochtergesellschaft switchplus, zu bevorzugen. Es sei glaubhaft gemacht, dass sie mit dem behandelten Verhalten (nämlich dem Verhalten, das die superprovisorische Massnahme vom 25. September 2009 verbiete; KG act. 2 S. 15) Art. 7 Abs. 1 KG verletze (KG act. 2 S. 16). In dieser Verletzung liege aber kein Nachteil für die Beschwerdeführerinnen (KG act. 1 S. 19). Der beanstandete Auftritt von switchplus auf der Webseite der Beschwerdegegnerin habe nicht zu einem Rückgang der Neuanmeldungen bei den Beschwerdeführerinnen in absoluten Zahlen geführt. Aus dem angefochtenen Auftritt der switchplus habe auch kein prozentualer Rückgang der Neuregistrierungen bei den Beschwerdeführerinnen stattgefunden. Entsprechend könne von einem relevanten Nachteil, der durch die Vorkehren gemäss Rechtsbegehren der Beschwerdeführerinnen drohen würde und der nur mit der beantragten Massnahme zu vermeiden sei, keine Rede sein, geschweige denn von einem nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil. Ein solcher sei nicht glaubhaft gemacht (KG act. 2 S. 17 f.).

Im Übrigen habe das Gericht zur Festlegung der von den Beschwerdeführerinnen zu leistenden Sicherheit abschätzen müssen, welcher Schaden der Beschwerdegegnerin aus der superprovisorischen Anordnung entstehen könnte. Das Gericht sei auf Fr. 100'000.-- gekommen. Die Beschwerdeführerinnen hätten eine Aufhebung dieser Sicherheit beantragt, eventualiter eine Herabsetzung auf Fr. 20'000.--. Zur Begründung hätten sie geltend gemacht, der Schaden sei unermesslich klein. Der Schaden - so erwog die Vorinstanz -, der der Beschwerdegegnerin aus der Massnahme erwachsen könnte, bestehe darin, dass ihre Tochter switchplus wegen der wegfallenden Bevorzugung auf ihrer Webseite weniger Neuregistrierungen akquiriere, als sie dies mit dem angefochtenen Auftritt könnte. Genau das, was der Beschwerdegegnerin bzw. ihrer Tochter wegen der Massnahme entginge, sei nicht nur ihr Schaden, son-



dem gleichzeitig auch der Nachteil der Beschwerdeführerinnen (denen diese von switchplus akquirierten Neuregistrierungen entgingen), der mit der Massnahme verhindern werden solle. Dazu erklärten die Beschwerdeführerinnen, dieser Schaden sei unermesslich klein. Mit andern Worten wirke sich die Anordnung der Massnahme gemäss Beschwerdeführerinnen nicht negativ auf die Beschwerdegegnerin aus, ihr entgingen keine Neuregistrierungen, was aber auch bedeute, dass der angefochtene Auftritt der Beschwerdegegnerin den Beschwerdeführerinnen keine Neuregistrierungen wegnehme. Da bleibe für einen Nachteil kein Raum. Das führe zur Abweisung des Massnahmebegehrens (KG act. 2 S. 18 f.).

2. Die Beschwerdeführerinnen machen mit ihrer Beschwerde geltend, die vorinstanzliche Annahme, ein relevanter Nachteil sei nicht glaubhaft gemacht, sei willkürlich, denn sie ergebe sich nicht aus den Akten. Der Nachteil der Beschwerdeführerinnen erschöpfe sich weder in einem Rückgang an Neuansmeldungen von Domain-Namen bei ihnen noch in einem Verlust an Anteilen im Markt der Domain-Namen. Ihr Nachteil resultiere aus der Umlenkung der Neuregistrierungen von Domain-Namen von der Beschwerdegegnerin zu switchplus, welche dadurch Kundenbeziehungen für Internet-Zusatzdienstleistungen erhalte (KG act. 1 S. 7 f.; vgl. S. 6 Ziff. 14). Die Beschwerdegegnerin habe vor Vorinstanz Grafiken eingereicht, welche die Zahl der wöchentlichen Neuregistrierungen von Domain-Namen durch Registrare ohne switchplus aufzeigten. Nach der mündlichen Verhandlung vor Vorinstanz habe die Beschwerdegegnerin eine Eingabe mit einer Darstellung der wöchentlichen Neuregistrierungen einerseits aller Registrare ausser switchplus, andererseits aller Registrare inklusive der Beschwerdegegnerin eingereicht. Die Beschwerdeführerinnen hätten sowohl an der mündlichen Verhandlung als auch mit einer Stellungnahme nach der Eingabe der Beschwerdegegnerin vorgebracht, dass sich die Auswirkung der rechtswidrigen Bevorzugung ohne separaten Ausweis der Anzahl Registrierungen von Domain-Namen durch die switchplus nicht beurteilen lasse. Die Vorinstanz sei darauf nicht eingegangen (KG act. 1 S. 8). Ferner hätten die Beschwerdeführerinnen mit ihrer Stellungnahme beantragt, die von der Beschwerdegegnerin neu eingereichten Beweismittel aus dem Recht zu weisen, eventualiter die Zahlen um die Werte für die switchplus zu ergänzen. Die Vorinstanz habe diesen Antrag abgelehnt, weil die Beweistauglichkeit einer Urkunde und die Beurteilung des Umstandes, dass die Beschwerdegegnerin die Zahlen nicht offen legen wolle, eine Frage der Beweiswürdigung sei. Im angefochtenen Entscheid fehle aber eine solche Beweiswürdigung. Die Vorinstanz habe sich mit keinem Wort mit dem Umstand befasst, dass die Beschwerdegegnerin die Zahlen der Neuregistrierungen von switchplus nicht offen lege. Stattdessen stütze sie die Annahme des fehlenden Nachteils der Beschwerdeführerinnen ohne weitere Ausführung und ohne Würdigung des Verhaltens auf unvollständige Aufstellungen der Beschwerdegegnerin. Damit habe sie sowohl willkürliche tatsächliche Annahmen getroffen als auch die Grundsätze des Beweisverfahrens missachtet und damit wesentliche Verfahrensrechte verletzt (KG act. 1 S. 8 f.). Mit der Feststellung, dass der Nachteil erst recht nicht bei den

Beschwerdeführerinnen bestehe, die nicht Registrare seien, verkenne die Vorinstanz, dass der geltend gemachte Nachteil nicht allein im Entfall von Neuregistrierungen bei Partnern der Beschwerdegegnerin bestehe, sondern vor allem im Entfall von künftigen Kunden im Markt für Internetdienstleistungen bei allen Anbietern entsprechender Dienstleistungen (KG act. 1 S. 9 - 11). Die Beschwerdeführerinnen hätten vor Vorinstanz geltend gemacht, Eintrittsticket in den lukrativen Markt mit Internet-Zusatzdienstleistungen (namentlich Hosting und E-Mail) sei die Registrierung von Domain-Namen. Bereits bei der Registrierung eines Domain-Namens erfolge eine Weichenstellung, da der Endkunde mit grosser Wahrscheinlichkeit seine Zusatzdienstleistungen dort beziehen werde, wo er bereits seinen Domain-Namen registriert habe, wenn der entsprechende Dienstleister diese Leistungen anbiete. Demgegenüber sei der Markt für die Registrierung von Domain-Namen für sich allein eher unbedeutend. Die Beschwerdegegnerin verliere durch die beantragte vorsorgliche Massnahme kaum etwas. Statt dass Kunden bei ihrer Tochtergesellschaft switchplus registrierten, würden sie ihre Domain-Namen mit grosser Wahrscheinlichkeit weiterhin bei der Beschwerdegegnerin selber registrieren. Die beantragte Massnahme verlange von der Beschwerdegegnerin lediglich die Anpassung einiger weniger Zeilen auf ihrer Internet-Startseite. Darauf habe sich die Aussage der Beschwerdeführerinnen in der Replik vor Vorinstanz bezogen, der Schaden der Beschwerdegegnerin durch die Massnahme sei unermesslich klein, weswegen die Sicherheitsleistung zu reduzieren sei. Die Vorinstanz habe diese Aussage aus diesem Kontext gelöst und daraus aktenwidrig abgeleitet, dass kein Nachteil für die Beschwerdeführerinnen auszumachen sei (KG act. 1 S. 11 f.). Schliesslich rügen die Beschwerdeführerinnen, die Beschwerdegegnerin habe der Vorinstanz nach der mündlichen Verhandlung eine weitere Grafik eingereicht, welche die Registrierungen einerseits ohne switchplus, andererseits gesamthaft, das heisse mit der Beschwerdegegnerin und switchplus zeige. Die für die Nachteilsprognose wirklich entscheidende Zahl, nämlich die Aufteilung der Neuregistrierungen zwischen Switch und switchplus, habe gefehlt. Die Beschwerdeführerinnen hätten dies in einer Eingabe vom 20. Oktober 2009 kritisiert. Mit Verfügung vom 22. Oktober 2009 habe die Vorinstanz diese Stellungnahme mit Ausnahme der ersten 6 Ziffern aus dem Recht gewiesen und damit den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerinnen verletzt (KG act. 1 S. 12 f.).

3. Auf die Entgegnungen in der Beschwerdeantwort KG act. 14 ist bei der Behandlung der einzelnen Rügen einzugehen. Bereits an dieser Stelle ist aber festzuhalten, dass die Ausführungen der Beschwerdegegnerin, ihr Verhalten sei - dies im Gegensatz zur vorinstanzlichen Würdigung (KG act. 2 S. 16) - nicht kartellrechtswidrig (KG act. 14 S. 6 f.), nicht beachtet werden können. Die Beschwerdegegnerin erhob keine eigene Nichtigkeitsbeschwerde. Das Institut einer Anschlussnichtigkeitsbeschwerde existiert in der zürcherischen Prozessordnung nicht. Auf die Beschwerdeantwort kann nur eingetreten werden, soweit sie sich auf die Nichtigkeitsbeschwerde der Beschwerdeführerinnen bezieht.

4. Vor Vorinstanz hatten die Beschwerdeführerinnen - worauf sie in der Beschwerde hinweisen (KG act. 1 S. 6 Ziff. 14; vorstehend Erw. 2) - behauptet, durch die (von der Vorinstanz als das Kartellgesetz verletzend und damit unzulässig beurteilte) Bevorzugung ihrer Tochtergesellschaft auf der Homepage der Beschwerdegegnerin liessen Neukunden die Registrierung neuer Domain-Namen mit der Endung ".ch" durch switchplus registrieren. Diese Kunden würden in Zukunft mit dieser Domain bei switchplus bleiben. Häufig würden weitere Internet-Dienste wie das Hosting bei dem Dienstleister bezogen, welcher bereits mit der Registrierung der Domain beauftragt gewesen sei. Das Hosting sei in der Regel eine langjährige Geschäftsbeziehung zwischen dem Dienstleister und dem Kunden. Ein Wechsel zu einem anderen Anbieter komme in der Praxis nur selten vor, weil er mit unverhältnismässigen Aufwand verbunden sei. Sofern ein Kunde seinen Domain-Namen bei switchplus registriert habe, sei er deshalb mit hoher Wahrscheinlichkeit für die anderen Marktteilnehmer - unter diesen die Beschwerdeführerinnen - auch als Kunde für das Hosting und andere Dienstleistungen verloren. Darin liege ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil für die Beschwerdeführerinnen (HG act. 1 S. 19; vgl. auch KG act. 2 S. 16 Erw. 3).

a) Die Vorinstanz setzt sich im angefochtenen Entscheid mit dieser Behauptung nicht auseinander. Ihre Erwägungen zum (ihrer Auffassung nach nicht vorhandenen) nicht leicht wiedergutmachenden Nachteil für die Beschwerdeführerinnen durch das als unzulässig beurteilte Verhalten der Beschwerdegegnerin gehen an dieser Behauptung der Beschwerdeführerinnen vorbei. Die Vorinstanz erwog, der beanstandete Auftritt von switchplus auf der Webseite der Beschwerdegegnerin habe nicht zu einem Rückgang der Neuanmeldungen bei den Beschwerdeführerinnen geführt, welche Registrare seien. Aus dem angefochtenen Auftritt der switchplus habe auch kein prozentualer Rückgang bei den Neuregistrierungen der Beschwerdeführerinnen stattgefunden. Entsprechend könne von einem relevanten Nachteil durch die Vorkehren gemäss Rechtsbegehren keine Rede sein (KG act. 2 S. 17 f.). Dass die Lancierung der switchplus auf der Webseite der Beschwerdegegnerin zu keinem Rückgang der Neuanmeldungen bei den als Registrare tätigen Beschwerdeführerinnen geführt hat, weder in absoluten Zahlen noch im Verhältnis zur Gesamtzahl der Anmeldungen, kann zwar bedeuten, dass diese Beschwerdeführerinnen durch die Lancierung der switchplus keine Neukunden verloren haben, bedeutet aber nicht, dass sich gar keine Neukunden bei der switchplus registrieren lassen (beispielsweise kann eine Verschiebung von Neuanmeldungen bei der Beschwerdegegnerin zu Neuanmeldungen bei der switchplus stattgefunden haben). Die Beschwerdeführerinnen machten vor Vorinstanz sinngemäss geltend, jeder Neukunde, der einen Domain-Namen bei der switchplus registrieren lasse, sei ein Nachteil für die Beschwerdeführerinnen bzw. jede Registrierung eines Neukunden bei der switchplus sei ein Nachteil für sie, weil dieser Kunde für sie bzw. für ihr Angebot an zusätzlichen Internetdienstleistungen (Hosting, E-Mail) zukünftig verloren sei (weil er auch für den Bezug dieser Dienstleistungen bei der switchplus bleiben werde, während das bei einer Registrierung direkt bei der Be-

schwerdegegnerin nicht der Fall sei, da die Beschwerdegegnerin solche zusätzlichen Internetdienstleistungen gar nicht anbiete). Dieser behauptete Nachteil wird nicht dadurch widerlegt, dass bei den Beschwerdeführerinnen kein Rückgang der Neuanmeldungen stattgefunden hat. Dieses Argument hat mit dem von den Beschwerdeführerinnen behaupteten Nachteil nichts zu tun, sondern geht daran vorbei. Mit dem von den Beschwerdeführerinnen behaupteten Nachteil setzte sich die Vorinstanz de facto gar nicht auseinander und verletzte damit deren Gehörsanspruch.

b) Im Übrigen ist die allein auf den Umstand des fehlenden Rückgangs der Neuanmeldungen bei den Beschwerdeführerinnen gestützte Folgerung, ein relevanter Nachteil sei nicht glaubhaft gemacht, nicht zulässig, bevor der behauptete Nachteil durch Registrierungen von Neukunden bei der switchplus als solcher geprüft wurde, denn der von den Beschwerdeführerinnen behauptete Nachteil wird gerade damit begründet.

c) Die vorstehend behandelte Behauptung der Beschwerdeführerinnen zu ihrem Nachteil beruht entgegen der Vermutung der Beschwerdegegnerin (KG act. 14 S. 8 f. Ziff. 15 17) nicht auf der Annahme, dass der Vorteil eines Marktteilnehmers zwingend und unmittelbar den Nachteil eines anderen Marktteilnehmers zur Folge habe. Bezüglich der vorstehend behandelten Behauptung der Beschwerdeführerinnen macht die Beschwerdegegnerin geltend, die Beschwerdeführerinnen lieferten auch diesbezüglich keinen Anhaltspunkt für einen Nachteil, die Beweislast läge bei ihnen, die Konstruktion sei aber auch wettbewerbsrechtlich verfehlt (KG act. 14 S. 10 f. Ziff. 20 - 26), ein allfälliger Nachteil im Markt für Internet-Zusatzdienste sei weder substantiiert noch relevant (KG act. 14 S. 12 Ziff. 30, S. 13 f. Ziff. 37). Diese Einwände sind indes ggfs. durch die Vorinstanz bei der bisher unterlassenen Prüfung der Behauptung der Beschwerdeführerinnen zu prüfen. In der Beschwerdeantwort zeigt die Beschwerdegegnerin nicht auf, dass die Vorinstanz diese Behauptung behandelt hätte und wendet nichts gegen den Nichtigkeitsgrund der Verletzung des Gehörsanspruchs ein. Der im Zusammenhang mit einer Rüge der Verletzung der Begründungspflicht von der Beschwerdegegnerin angebrachte Hinweis darauf, dass die Vorinstanz ausreichend begründet habe, warum es am Nachteil der Beschwerdeführerinnen fehle; das Gericht müsse sich nicht ausdrücklich mit jeder Behauptung und mit jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen, sondern könne sich auf die wesentlichen Gesichtspunkte beschränken (KG act. 14 S. 14 Ziff. 41), vermag auch bezogen auf die Rüge der Verletzung des Gehörsanspruchs die Rüge nicht zu widerlegen. Aus der angefochtenen Verfügung ergibt sich auch nicht implizit, dass die Vorinstanz die Behauptung des Nachteils bereits schon durch Registrierung von Neukunden bei der switchplus (statt direkt bei der Beschwerdegegnerin) geprüft hätte. Wie vorstehend dargelegt, kann allein aus dem Umstand, dass die Registrierung von Neukunden bei den Beschwerdeführerinnen nicht rückgängig war, nicht geschlossen werden, dass der von den Beschwerdeführerinnen geltend gemachte Nachteil durch Registrierungen bei der switchplus nicht vorhanden wäre. Aus der angefochtenen Verfügung ergibt sich auch nicht implizit, dass die Vorinstanz davon ausgegangen wäre.

Wäre sie davon ausgegangen, wäre eine solche Schlussfolgerung - entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin (vgl. z.B. KG act. 14 S. 14 Ziff. 38) - nicht haltbar, weil mit den Gesetzen der Logik nicht vereinbar. Aus einem mangelnden Rückgang von Registrierungen bei den Beschwerdeführerinnen folgt nicht zwingend, dass bei switchplus keine Registrierungen von Neukunden erfolgten. Liegt aber - wie die Beschwerdeführerinnen geltend machen, was die Vorinstanz eben nicht prüfte und was nicht als von vornherein ausgeschlossen oder abwegig erscheint - schon in der Registrierung von Neukunden bei switchplus ein Nachteil für die Beschwerdeführerinnen, weil diese Neukunden für die Beschwerdeführerinnen auch für offenbar lukrativere weitere Internet-Dienstleistungen wie Hosting und E-Mail-Betreuung verloren wären, was - wiederum nach der nicht geprüften Behauptung der Beschwerdeführerinnen - bei der direkten Registrierung bei der Beschwerdegegnerin nicht der Fall wäre, kann dieser Nachteil logisch nicht durch den fehlenden Rückgang von Registrierungen bei den Beschwerdeführerinnen ausgeschlossen werden. Der behauptete Nachteil durch eine Registrierung von Neukunden bei der switchplus ist ein anderer Nachteil als der Nachteil eines Rückgangs von Registrierungen bei den Beschwerdeführerinnen. Aus dem Fehlen des einen dieser beiden verschiedenen Nachteile kann nicht auf das Fehlen auch des anderen Nachteils geschlossen werden bzw. ein solcher Schluss wäre ein logischer Fehler. Ob deshalb, weil die Registrierung von Neukunden bei den Beschwerdeführerinnen nicht rückgängig ist, der behauptete Nachteil der Registrierung von Neukunden bei der switchplus nicht relevant ist, oder ob eine solche Registrierung von Neukunden bei der switchplus statt direkt bei der Beschwerdegegnerin deshalb nicht relevant ist, weil konzerninterne Verschiebungen wettbewerbsrechtlich belanglos seien, wie die Beschwerdegegnerin geltend macht (KG act. 14 S. 13 f. Ziff. 37), sind Fragen, welche die Vorinstanz ggfs. bei der Neuprüfung zu prüfen haben wird, welche sie aber in der angefochtenen Verfügung nicht geprüft hatte.

5. Im Sinne einer Alternativbegründung oder einer nicht ausschlaggebenden zusätzlichen Begründung (KG act. 14 S. 17 Ziff. 52) befand die Vorinstanz auch aus einem anderen Blickwinkel, dass ein Nachteil, der die Anordnung einer Massnahme als angezeigt erscheinen liesse, nicht vorliege. Die Beschwerdeführerinnen hätten geltend gemacht, der Schaden der Beschwerdegegnerin aus der Massnahme sei unermesslich klein. Die Vorinstanz erwog, genau das, was der Beschwerdegegnerin ("bzw. ihrer Tochter") wegen der Massnahme entginge, sei der Nachteil der Beschwerdeführerinnen, der mit der Massnahme verhindert werden solle. Hierzu sagten die Beschwerdeführerinnen, dieser Schaden der Beschwerdegegnerin sei unermesslich klein. Wirke sich die Anordnung der Massnahme gemäss den Beschwerdeführerinnen gar nicht negativ auf die Beschwerdegegnerin aus, entgingen ihr keine Neuregistrierungen, bedeute das auch, dass der angefochtene Auftritt der Beschwerdegegnerin den Beschwerdeführerinnen auch keine Neuregistrierungen wegnehme. Da bleibe für einen Nachteil kein Raum (KG act. 2 S. 18 f.; vorstehend Erw. 1 zweiter Absatz).

a) Die Beschwerdeführerinnen rügen, dabei habe die Vorinstanz ihre Aussage, der Schaden sei unermesslich klein, aus dem Zusammenhang gerissen und falsch verwendet (KG act. 1 S. 11 f.).

b) Die Beschwerdegegnerin beantragt, auf diese Rüge sei nicht einzutreten, weil die gerügte vorinstanzliche Erwägung irrelevant sei, da der fehlende Nachteil bereits erstellt sei (KG act. 14 S. 17 Ziff. 52 f.). Die vorinstanzlichen Erwägungen, welche die Beschwerdegegnerin damit meint, sind indes mit einem Nichtigkeitsgrund behaftet (vorstehend Erw. 4) und vermögen deshalb den angefochtenen Entscheid nicht zu tragen. Auf die gegen die weitere (Alternativ-)Begründung zum fehlenden Nachteil gerichtete Rüge ist unter diesem Aspekt einzutreten.

c) Weiter wendet die Beschwerdegegnerin ein, die Ausführungen der Beschwerdeführerinnen in der Beschwerde dazu, wie ihre Aussage des unermesslich kleinen Schadens zu verstehen sei, seien unzulässige Noven, welche nicht zu berücksichtigen seien (KG act. 14 S. 17 f. Ziff. 54).

Die Beschwerdeführerinnen brachten in der Beschwerde Aktenverweise für die zitierten Behauptungen vor Vorinstanz an (KG act. 1 S. 11 Ziff. 35 - 37; vgl. auch KG act. 1 S. 6 Ziff. 14). Mit diesen setzt sich die Beschwerdegegnerin bei ihrer pauschalen Behauptungen von Noven im Beschwerdeverfahren nicht auseinander. Ihr Einwand geht fehl. Überdies rügen die Beschwerdeführerinnen, die Vorinstanz habe ihre Aussage, der Schaden der Beschwerdegegnerin sei unermesslich klein, aus dem Zusammenhang gerissen und ihr einen falschen Sinn gegeben. Zur Begründung dieser Rüge dürfen sie darlegen, in welchem Zusammenhang ihre Aussage richtigerweise stehe und welches ihr wirklicher Sinn sei; darin liegt keine Verletzung des Novenverbots. Ob diese Rüge begründet ist, prüft das Kassationsgericht anhand der Prozessakten vor Vorinstanz.

d) Die Vorinstanz verwies zur zitierten Aussage der Beschwerdeführerinnen auf S. 19 des Protokolls (KG act. 2 S. 18 unten). An dieser Stelle äusserten sich die Beschwerdeführerinnen zur ihnen auferlegten Sicherheitsleistung (HG act. 7) bzw. zum Antrag auf Reduktion derselben und damit zum Schaden, der der Beschwerdegegnerin aus der Aufrechterhaltung der superprovisorisch verfügten Anordnung erwachsen könne. Diesen Schaden bezeichneten sie als unermesslich klein (HG Prot. S. 19; vgl. KG act. 2 S. 18 unten), erklärten indes nicht (wie die Beschwerdegegnerin zutreffend feststellt; KG act. 14 S. 18 Ziff. 55), weshalb sie zu dieser Behauptung des unermesslich kleinen Schadens gelangten. Die Vorinstanz nahm an, damit behaupteten die Beschwerdeführerinnen, das, was der switchplus wegen der Massnahme entginge, nämlich Neuregistrierungen, sei ein unermesslich kleiner Schaden der Beschwerdegegnerin. Dieser allfällige Schaden der Beschwerdegegnerin bei Aufrechterhaltung sei - so die Vorinstanz - genau reziprok zum Schaden der Beschwerdeführerinnen ohne Massnahme (weil den Beschwerdeführerinnen dann genau diejenigen Neuregistrierungen entgingen, welche der switchplus bei Aufrechterhaltung der Massnahme entgingen). Gemäss dieser Behauptung der Beschwerdeführerinnen entgingen der Beschwerdegegnerin durch

die Massnahme keine Neuregistrierungen. Das bedeute umgekehrt, dass das, was durch die Massnahme verhindert werden solle, den Beschwerdeführerinnen keine Neuregistrierungen wegnehme.

Diese Argumentation krankt an mehreren Fehlern:

e) Mit der im Zusammenhang mit der Sicherheitsleistung (vgl. zu diesem Zusammenhang auch die Beschwerdeantwort KG act. 14 S. 18 Ziff. 55) getätigten Aussage, der Schaden der Beschwerdegegnerin durch die Massnahme sei unermesslich klein, erklärten die Beschwerdeführerinnen weder, der Schaden, der der Beschwerdegegnerin aus der Massnahme erwachsen könnte, bestehe in weniger Neuregistrierungen durch die switchplus, noch, dass dieser Schaden unermesslich klein sei. Die Verbindung, welche die Vorinstanz zwischen der Aussage der Beschwerdeführerinnen, der Schaden sei unermesslich klein, und ihrer - der Vorinstanz - Erwägung, welcher Schaden der Beschwerdegegnerin erwachsen könnte, knüpfte, ist der Aussage der Beschwerdeführerinnen nicht zu entnehmen und nicht zulässig. Mit dieser Verbindung stellte die Vorinstanz die Aussage der Beschwerdeführerinnen tatsächlich (entgegen dem Einwand der Beschwerdegegnerin; KG act. 14 S. 18 Ziff. 55) in einen falschen Zusammenhang.

f) Der Nachteil, der den Beschwerdeführerinnen durch das streitgegenständliche Verhalten der Beschwerdegegnerin erwachsen kann, muss keineswegs gleich (bzw. reziprok) sein wie der Schaden, der der Beschwerdegegnerin durch das streitgegenständliche Verbot dieses Verhaltens erwachsen kann. Zumindest meinten die Beschwerdeführerinnen mit der Behauptung, der Schaden der Beschwerdegegnerin durch die Aufrechterhaltung der Massnahme sei unermesslich klein, offensichtlich nicht den gleichen Schaden, der ihnen durch das streitgegenständliche Verhalten der Beschwerdegegnerin entstände.

g) Unzulässig ist in diesem Zusammenhang auch die Annahme, der Schaden, der der switchplus bei Aufrechterhaltung der Massnahme entstände, sei der Schaden, der der Beschwerdegegnerin entstände. Mit der Aussage, der Schaden der Beschwerdegegnerin durch die Aufrechterhaltung der Massnahme sei unermesslich klein, meinten die Beschwerdeführerinnen offensichtlich nicht den Schaden, der der switchplus aus der Aufrechterhaltung der Massnahme entstehen könnte.

h) Insbesondere ist es verfehlt, aus der Feststellung (welche unzulässig aus der Aussage der Beschwerdeführerinnen, der Schaden der Beschwerdegegnerin bei Aufrechterhaltung der Massnahme sei unermesslich klein, abgeleitet wurde), dass der Beschwerdegegnerin durch die Anordnung der Massnahme keine Neuregistrierungen entgingen, zu schliessen, dass der angefochtene Auftritt der Beschwerdegegnerin den Beschwerdeführerinnen keine Neuregistrierungen wegnehme. Wenn der Beschwerdegegnerin durch die Anordnung der Massnahme keine Neuregistrierungen entgingen (sondern wohl eher das Gegenteil der Fall wäre, weil bei einem Verbot des Links auf die switchplus mehr Neukunden direkt bei der Beschwerdegegnerin [statt über die switchplus] registrieren liessen), so deshalb, weil diese eben ohne Massnahme aufgrund des streitgegenständlichen Ver-

haltens gar nicht bei der Beschwerdegegnerin, sondern bei der switchplus eingegangen wären (vgl. KG act. 1 S. 11 Ziff. 38). Kein Entgang von Neuregistrierungen bei der Beschwerdegegnerin mit Massnahme bedeutet deshalb keineswegs keinen Entgang von Neuregistrierungen bei den Beschwerdeführerinnen ohne Massnahme.

i) Schliesslich machten die Beschwerdeführerinnen nicht geltend, ihr Schaden durch den streitgegenständlichen Auftritt der Beschwerdegegnerin bestehe (allein) im Entgang von Neuregistrierungen. Sie machten vielmehr (auch) geltend, der Schaden liege darin, dass Neukunden bei der switchplus statt direkt bei der Beschwerdegegnerin registrieren liessen und aufgrund einer dadurch entstandenen Kundenbindung zukünftig andere Internet-Dienstleistungen (welche die Beschwerdegegnerin im Gegensatz zur switchplus nicht anbietet und für welche deshalb die Kunden auch bei einer Registrierung ihrer Domain bei der Beschwerdegegnerin einen anderen Anbieter - nach Hoffnung der Beschwerdeführerinnen eben eine von ihnen - suchen müssen) auch bei der switchplus bezögen und insoweit als Kunden für die Beschwerdeführerinnen verloren seien (HG act. 1 S. 19 [vgl. KG act. 1 S. 11 Ziff. 35] i.V. mit HG act. 1 S. 16 Ziff. 54 [vgl. KG act. 1 S. 11 Ziff. 36] und mit HG act. 1 S. 20 Ziff. 71 [vgl. KG act. 1 S. 6 Ziff. 14]; vgl. auch vorstehend Erw. 4). Die vorinstanzliche Reduktion der Frage des Schadens auf den Entgang von Neuregistrierungen missachtet das, was die Beschwerdeführerinnen dazu (auch) geltend machten.

k) Zusammenfassend ist die vorinstanzliche Eventualbegründung für den fehlenden Nachteil auf S. 19 der angefochtenen Verfügung nicht haltbar.

6. Sowohl die Hauptbegründung der Vorinstanz dafür, dass kein Nachteil der Beschwerdeführerinnen durch das streitgegenständliche Verhalten der Beschwerdegegnerin glaubhaft gemacht sei, als auch die Eventualbegründung dafür sind mit Nichtigkeitsgründen behaftet. Die angefochtene Verfügung basiert indes darauf, indem die Vorinstanz das Massnahmebegehren wegen dieses fehlenden Nachteils abwies. Die angefochtene Verfügung muss deshalb aufgehoben werden, und die Sache ist an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit sie die Frage des Nachteils neu prüft und darüber entscheidet, insbesondere die Behauptung der Beschwerdeführerinnen, ihnen entstände durch jede Neuregistrierung bei der switchplus ein nicht wiedergutzumachender Nachteil, indem dieser Kunde für sie zukünftig auch als Kunde für weitere Internet-Dienstleistungen (Hosting, E-Mail) verloren sei.

7. Bei diesem Ausgang des Verfahrens brauchen die weiteren Rügen nicht mehr geprüft zu werden. Immerhin kann aber im Hinblick auf die neue Prüfung und den neuen Entscheid der Vorinstanz bezüglich der Rüge der Verletzung des Gehörsanspruchs im Zusammenhang mit der Eingabe der Beschwerdeführerinnen an die Vorinstanz vom 20. Oktober 2009 (KG act. 1 S. 12 f. Ziff. 43 - 47) auf Folgendes hingewiesen werden:

a) Anlässlich der mündlichen Hauptverhandlung vor Vorinstanz ersuchten die Beschwerdeführerinnen die Beschwerdegegnerin, den Anteil der wöchentlichen Neuregistrierungen durch switchplus darzustellen. Die Beschwerdegegnerin erklärte, sie werde dem Gericht

noch detaillierte Angaben über die wöchentlichen Neuregistrierungen liefern. Das Gericht stellte in Aussicht, diese Eingabe den Beschwerdeführerinnen zuzustellen und ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen (HG Prot. S. 26). In der Folge reichte die Beschwerdegegnerin mit Eingabe vom 15. Oktober 2009 kurz kommentierte Aufstellungen "Wöchentliche Neuregistrierungen durch die Registrare" ein (HG act. 22, 23/1 und 23/2). Die Vorinstanz stellte diese den Beschwerdeführerinnen zu (HG Prot. S. 28). Diese reichten am 20. Oktober 2009 eine Stellungnahme ein (HG act. 24). Die Vorinstanz erwog in einer Verfügung vom 22. Oktober 2009 u.a., die Beschwerdeführerinnen hätten zwar zu den neu eingereichten Urkunden der Beschwerdegegnerin Stellung nehmen dürfen. Die übrigen Ausführungen in der Eingabe vom 22. Oktober 2009 (HG act. 24 Ziff. II. - IV., Ziff. 7 - 18) seien aber aus dem Recht zu weisen, weil den Beschwerdeführerinnen diesbezüglich kein weiterer Vortrag zustehe (HG Prot. S. 29).

b) Die Beschwerdeführerinnen machen in der Beschwerde geltend, die Beschwerdegegnerin habe eine Grafik eingereicht, welche die Registrierungen einerseits ohne switchplus und andererseits gesamt, d.h. mit der Beschwerdegegnerin und switchplus gezeigt habe. Daran habe auffallen müssen, dass die Aufteilung der Neuregistrierungen zwischen der Beschwerdegegnerin und switchplus gefehlt habe. Sie hätten das mit der Eingabe vom 20. Oktober 2009 kritisiert und ihrerseits eine kurz kommentierte Darstellung eingebracht, aus welcher sich die mutmassliche Aufteilung ergeben habe. Damit, dass die Vorinstanz ihre Stellungnahme mit Ausnahme der ersten sechs Ziffern aus dem Recht gewiesen habe, habe sie auch die Kenntnisnahme der illustrierenden Grafik und deren Erklärung verweigert, obwohl diese eine Antwort auf das neue Beweismittel der Beschwerdegegnerin dargestellt habe. Damit habe die Vorinstanz den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerinnen verletzt (KG act. 1 S. 12 f. Ziff. 43 - 47).

c) Die Beschwerdeführerinnen gliederten ihre Eingabe vom 22. Oktober 2009 wie folgt (HG act. 24): I. Irreführende Zahlen zu Neuregistrierungen (Ziff. 1 - 6). II. Irreführende Darstellung der Clicks pro Wholesale-Partner (Ziff. 7). III. der Nachteil der Klägerinnen (Ziff. 8 - 13). IV. Glaubhaftmachung des Nachteils der Klägerinnen (Ziff. 14 - 18). Im Kapitel I nahmen sie Stellung zur Eingabe der Beschwerdegegnerin vom 15. Oktober 2009 (HG act. 24 S. 3 f.). Im Kapitel II nahmen sie Stellung zu Ziff. 52 ff. der Massnahmeantwort und zur Beilage 19 der Massnahmeantwort (HG act. 24 S. 4 f.). Im Kapitel III wiederholten sie Ausführungen zu ihrem Nachteil (HG act. 24 S. 5 Ziff. 9) und machten weitere Ausführungen zu Registrierungen von Neukunden und zur Bevorzugung der switchplus durch die Beschwerdegegnerin (HG act. 24 S. 6 f. Ziff. 10 - 13). Im Kapitel IV machten sie hauptsächlich allgemeine Ausführungen zum Nachteil als Voraussetzung für die vorsorgliche Massnahme (HG act. 24 S. 7 Ziff. 14, S. 8 Ziff. 16 - 18). Die in der Beschwerde erwähnte Grafik mit Erklärung dazu ist im Kapitel III enthalten. Dieses beinhaltet keine Stellung-

nahme zur Eingabe der Beschwerdegegnerin vom 15. Oktober 2009. Diese Rüge geht fehl.

### III.

Die Nichtigkeitsbeschwerde ist entgegen dem Antrag der Beschwerdegegnerin gutzuheissen, und die angefochtene Verfügung ist entsprechend dem Antrag der Beschwerdeführerinnen aufzuheben. Die Beschwerdeführerinnen obsiegen damit im Beschwerdeverfahren, die Beschwerdegegnerin unterliegt. Diesem Ausgang entsprechend sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen und ist diese zu verpflichten, die Beschwerdeführerinnen für die anwaltlichen Aufwendungen im Beschwerdeverfahren zu entschädigen. Gemäss der insoweit unbeanstandeten vorinstanzlichen Feststellung ist von einem Streitwert von Fr. 100'000.-- (KG act. 2 S. 19 Erw. III.2) auszugehen.

### IV.

Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Demnach ist gegen ihn die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht nur unter den in Art. 93 BGG genannten Voraussetzungen zulässig. Ob diese erfüllt sind, entscheidet das Bundesgericht. Ferner handelt es sich um ein Verfahren über vorsorgliche Massnahmen, weshalb auf Art. 98 BGG hingewiesen wird.

### Das Gericht beschliesst:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird die Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren am Handelsgericht des Kantons Zürich vom 25. November 2009 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
  2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 5'000.--.
  3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.
  4. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, den Beschwerdeführerinnen insgesamt für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 4'800.-- zu bezahlen.
  5. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Der Streitwert beträgt Fr. 100'000.--.
- Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Sekretariat der Wettbewerbskommission und an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

# E Diverses

## Divers

### Diversi

## E 2 Gutachten

### Avis

### Pareri

E 2	<b>1. Gutachtensauftrag der Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich gemäss Art. 47 KG betreffend Spitalplanung 2012</b>
-----	---

*Gutachten vom 19. April 2010 in Sachen Gutachtensauftrag der Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich gemäss Art. 47 KG betreffend Spitalplanung 2012. Gegenstand: Frage der Anwendbarkeit des Kartellgesetzes auf die Spitalplanung (Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung vom 21. Dezember 2007)*

#### I Sachverhalt

1. Die Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich gelangte mit Schreiben vom 9. Juni 2009 an den Präsidenten der Wettbewerbskommission (Präsident) mit der Bitte, ein Gutachten nach Art. 47 KG über die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes auf die Spitalplanung 2012 zu erstellen. Eine erste Stellungnahme des Sekretariates der Wettbewerbskommission (Sekretariat) wurde der Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich am 6. Juli 2009 zugestellt.

2. Mit Schreiben vom 12. November 2009 hielt die Gesundheitsdirektion an ihrem Gutachtensgesuch fest und begründete dies mit dem Wunsch des Kantons Zürich, die Rechtslage bezüglich der Anwendbarkeit des Kartellgesetzes im Hinblick auf die anlaufenden Planungsphase nicht nur des Kantons Zürich, sondern auch der anderen Kantone abschliessend zu klären.

3. Sollte das Kartellgesetz anwendbar sein, so könnten die Kantone als marktbeherrschendes Unternehmen nach Art. 4 Abs. 2 KG qualifiziert werden. In Folge dessen müssten sie jeden einzelnen Planungsentscheid in einem Widerspruchsverfahren nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG der Wettbewerbskommission (WEKO) melden, um so bei einer möglichen unzulässigen Verhaltensweise eine Sanktion nach Art. 49a Abs.1 KG zu vermeiden.

4. Hintergrund (Revision KVG): Die eidgenössischen Räte haben am 21. Dezember 2007 die Revision des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung<sup>1</sup> im Bereich der Spitalfinanzierung beschlossen, welche am 1. Januar 2009 in Kraft trat<sup>2</sup>. Neben anderen Änderungen wird die Spitalfinanzierung leistungsorientiert ausgestaltet (Abgeltung der gesamten Kosten [Investitions- und Betriebskosten] mittels diagnosebezogenen Fallpauschalen), eine freiere Spitalwahl eingeführt und alle Listenspitäler unabhängig von ihrer Trägerschaft in Sachen Abgeltungssystem einander gleichstellt<sup>3</sup>. Dadurch sollen der Wettbewerb unter den Leistungserbringern verstärkt<sup>4</sup> und der Kostenanstieg gebremst werden, indem Anreize zur kosteneffizienten Leistungserbringung gesetzt und Über-

kapazitäten abgebaut werden. Insofern ist eine der Zielsetzungen der Revision die Regelung des Zusammenwirkens von staatlicher Planung und Wettbewerbselementen, indem mit der Spitalplanung einerseits die bedarfsgerechte Versorgung der Versicherten sichergestellt und andererseits der Rahmen für eine optimierte Ressourcennutzung und damit den Wettbewerb im Bereich der Leistungserbringung geschaffen werden soll<sup>5</sup>.

5. Auch die Bestimmungen zur Spitalplanung erfuhren im Rahmen der KVG-Revision Änder- bzw. Neuerungen (vgl. Art. 39 KVG sowie die entsprechenden Passagen der zugehörigen Verordnung, insbesondere Art. 58a ff. KVV<sup>6</sup>). Der von den Räten verabschiedete Text bestätigt in den Hauptbereichen das bestehende System. Geblieben ist der Auftrag der Kantone zur Sicherstellung einer bedarfsgerechten Versorgung und, quasi als dessen Pendant<sup>7</sup>, derjenige zur Spitalplanung. Das zentrale Instrument zur Umsetzung der Planung sind nach wie vor die Spitallisten und Leistungsaufträge<sup>8</sup>. Neu sind die Kantone jedoch dazu verpflichtet, ihre Planungen zu

<sup>1</sup> Krankenversicherungsgesetz (KVG); SR 832.10.

<sup>2</sup> AS 2008 2049 ff.

<sup>3</sup> Vgl. CARLO CONTI anlässlich der KVG-Tagung der Universität St. Gallen vom 27. August 2009, Die neuen Spitalplanungen: Auslegeordnung aus Sicht der Gesundheitsdirektorenkonferenz, Folie 2.

<sup>4</sup> Vgl. auch LUKAS RICH, die geplante Umsetzung der neuen Spitalfinanzierung im Kanton Zürich – eine kritische Betrachtung, in: Jusletter vom 19. Januar 2009, S. 1 ff., Rz. 1 sowie Rz. 10.

<sup>5</sup> Vgl. Botschaft betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (Spitalfinanzierung), BBl 2004 5564 E. 1.5., Politische Zielsetzungen der Bereinigung der Gesetzgebung, dritter Aspekt. Die WEKO hat stets den Wunsch nach mehr Wettbewerb im Bereich der obligatorischen Krankenpflegeversicherung vertreten und sich in diesem Zusammenhang für die Einführung eines monistischen Finanzierungssystems verbunden mit der Aufhebung des Vertragszwangs stark gemacht. Daran hält die WEKO auch heute fest, da sie zentral für möglichst effiziente und wettbewerbsorientierte Spitaldienstleistungen im Bereich der Grundversicherung sind.

<sup>6</sup> Verordnung vom 27. Juni 1995 über die Krankenversicherung (KVV); SR 832.102.

<sup>7</sup> Vgl. Amtl. Bull. NR 2007 N 531, Humbel Näf zu den Übergangsbestimmungen (22.03.2007) sowie N 1771, Fehr Jacqueline zu Art. 41 Abs. 1 (4.12.2007). Weiter Botschaft (zit. in Fn. 5) 5567/5568.

<sup>8</sup> Vgl. dazu Art. 58b Abs. 4 sowie 58e KVV.

koordinieren (Art. 39 Abs. 2 KVG) und wurde der Bundesrat beauftragt, seine bisherige Entscheid-Praxis aufzuarbeiten und einheitliche Planungskriterien auf der Grundlage von Qualität und Wirtschaftlichkeit zu erlassen<sup>9</sup> (Art. 39 Abs. 2 KVG). Diesen Anforderungen gemäss Art. 39 KVG müssen die kantonalen Planungen spätestens drei Jahre nach dem Einführungszeitpunkt der neuen Finanzierungsregelungen („Einführung spätestens am 31. Dezember 2011 abgeschlossen“) entsprechen (vgl. Übergangsbestimmungen zur Änderung vom 21. Dezember 2007 [Spitalfinanzierung] Abs. 1 i.V.m. 3). Dabei müssen sie auf Betriebsvergleiche zu Qualität und Wirtschaftlichkeit abgestützt sein. Neu beurteilt zudem das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Beschlüsse der Kantonsregierungen gemäss Art. 39 KVG<sup>10</sup>.

6. Neben diesen Änderungen im Rahmen der Revision werden von gewissen Seiten Wechselwirkungen zwischen dem neuen Finanzierungsregime und der Spitalplanung der Kantone aufgrund des engen inneren Zusammenhangs der beiden Bereiche erwartet. So kommt dem Listenplatz heute eine verstärkte Bedeutung zu, entscheidet er doch nicht mehr nur über die Frage, wer zulasten der Grundversicherung Leistungen erbringen darf<sup>11</sup>, sondern – zufolge Einführung der dual-fixen Finanzierung – auch über deren Entschädigung, sprich den Erhalt des „Sockelbeitrages“ (Kantonsanteil der Finanzierung bei OKP<sup>12</sup>-Leistungen durch Listenspitäler, vgl. Art. 49a Abs. 1 und 2 KVG). Entsprechend ist die Aufnahme auf die Spitalliste nach Art. 39 KVG für ein Spital, sei es ein öffentlich oder privat betriebenes, zentral. Eine Nichtaufnahme bedeutet einen erheblichen Wettbewerbsnachteil im Kampf um die Gunst der Patienten im Bereich von OKP-Leistungen, muss doch der Patient für die Kosten der Behandlung je nach Status des Spitals gänzlich oder zumindest teilweise selbst aufkommen.

7. Infolge der geschilderten Problematik wird zudem nicht nur von privater Seite eine einseitige Berücksichtigung der bislang öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler gegenüber den Privatspitälern auf den Listen befürchtet<sup>13</sup>. Ein solches Vorgehen würde den mit der Revision im Bereich der Spitalfinanzierung u.a. avisierten verstärkten Wettbewerb unter den Leistungserbringern gefährden. Dies wiegt umso schwerer, als auch Auswirkungen auf den Zusatzversicherungsbereich, dessen gewollte Wettbewerbsorientierung unbestritten ist<sup>14</sup>, nicht verhindert werden können<sup>15</sup>. Die vom Status des Spitals abhängige Kostenbeteiligung des Kantons und der OKP bedeutet ein finanzielles Interesse des Zusatzversicherers, seine Zusatzversicherten Patienten in Listenspitälern (allenfalls Vertragsspitälern) behandeln zu lassen<sup>16</sup>.

## II Verfahren gemäss Art. 47 KG

8. Gemäss Art. 47 KG verfasst die WEKO für andere Behörden Gutachten zu Wettbewerbsfragen von grundsätzlicher Bedeutung. Dieses kann in Form eines ausführlichen Berichts oder einer summarischen Stellungnahme abgefasst werden<sup>17</sup>.

9. Die Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich, welche als Gesuchstellerin auftritt, ist als Behörde gemäss Art. 47 KG zu qualifizieren. Die vorgebrachte Frage der Anwendbarkeit des Kartellgesetzes auf die Spitalplanung nach revidiertem Krankenversicherungsgesetz bildet den Gegenstand vorliegenden Gutachtens.

10. Im Folgenden wird zunächst kurz auf das Ergebnis eines bereits im Jahre 1996 erstellten Gutachtens, welches sich mit dieser Frage zu befassen hatte, hingewiesen und im Anschluss, nach einem kurzen Überblick über den Ablauf der Planung, die Situation unter dem neuem Krankenversicherungsgesetz beurteilt.

## III Gutachtensauftrag

### 1. Grundsätzliches – Gutachten 1996

11. Die Wettbewerbsbehörden hatten bereits früher die Frage der Anwendbarkeit des Kartellgesetzes<sup>18</sup> auf den Bereich der Spitalplanung im Rahmen eines Gutachtens zu beurteilen<sup>19</sup>. Die Schweizerische Kartellkommission stellte damals fest, dass die stationäre Gesundheitsversorgung eine öffentliche Aufgabe der Kantone sei und in diesem Bereich eine staatlich gelenkte Wirtschaft herrsche<sup>20</sup>. Das Kartellgesetz komme aber nur dann zur Anwendung, wenn ein Bereich der wirtschaftlichen Tätigkeit einem Wettbewerbsregime unterworfen sei. Wenn sich der Gesetzgeber dafür entschlossen habe, einen Bereich wirtschaftlicher Tätigkeit von der Wettbewerbsordnung auszunehmen und diesen staatlich zu regeln, bleibt für die Anwendbarkeit kartellrechtlicher Grundsätze nur beschränkt Raum<sup>21</sup>.

<sup>9</sup> Vgl. Verordnung vom 27. Juni 1995 über die Krankenversicherung (KVV) – Vorgesehene Änderungen per 1. Januar 2009 – Änderungen und Kommentar im Wortlaut, (zit. Fn. 2), II 2.

<sup>10</sup> Vgl. Art. 53 Abs. 1 KVG. Bislang amtierte der Bundesrat als einzige Beschwerdeinstanz in Sachen kantonale Planungsbeschlüsse.

<sup>11</sup> Neben den Listenspitälern werden inskünftig sogenannte Vertragsspitäler Leistungen zulasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung erbringen können, welche zumindest zu 45 % durch die Krankenversicherer aus der Grundversicherung vergütet werden. Dies gilt für jene Spitäler, welche mit den Versicherer einen entsprechenden Vertrag über die Vergütung von Leistungen abgeschlossen haben (vgl. Art. 49a Abs. 4 KVG).

<sup>12</sup> Obligatorische Krankenpflegeversicherung, OKP.

<sup>13</sup> MATTIG spricht die verständliche Tendenz der Kantons-/Gemeindepolitiker an, sich für den Bestand der kantons- und gemeindeeigenen Spitäler einzusetzen (Grenzen der Spitalplanung aus verfassungsrechtlicher Sicht, Dissertation 2003, S. 40, 3.4.4.). Vgl. darüber hinaus Amtl. Bull. NR 2007 N 414, Humbel Näf Ruth (20.03.2007), die als unweigerliche Folge der Mehrfachfunktion der Kantone Zielkonflikte anführt, namentlich wenn es um die Gleichbehandlung von eigenen Spitälern und Privatkliniken geht. Weiter N 427, Fehr Jacqueline (20.03.2007), welche sich explizit für eine subsidiäre Berücksichtigung der Privatspitäler im Rahmen der Planung ausspricht und weitere Redner.

<sup>14</sup> RETO JACOBS, Gesundheitswesen und Kartellgesetz, in: Tomas Poledna/Reto Jacobs (Hrsg.), Gesundheitsrecht im wettbewerblichen Umfeld, Zürich 2010, S. 1 ff., Rz. 13 unter Verweis auf RPW 2006/3 (Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung), S. 51, Rz. 33 ff.

<sup>15</sup> Der Umstand, dass Zusatzversicherte Patient bei einem stationären Aufenthalt die Kosten aus der OKP ebenfalls nur dann rückerstattet erhalten, wenn sie sich in einem Listen- (oder Vertrags-) spital behandeln lassen, führt zur Präferenz derselben durch die Versicherer und Patienten. Vgl. dazu auch das „Gesuch um ein Gutachten gemäss Art. 47 KG/Spitalplanung 2012“ vom 9. Juni 2009 der Gesundheitsdirektion Kanton Zürich, Rz. 7.

<sup>16</sup> Vgl. Gesuch (zit. in Fn. 15), Rz. 8.

<sup>17</sup> RPW 1997/4 (Die Beziehungen zwischen den Zivilgerichten und der Wettbewerbskommission), S. 595, Rz. 13.

<sup>18</sup> Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995, in der bis zur Revision (beschlossen am 20.06.2003, in Kraft seit 1.04.2004) geltenden Fassung.

<sup>19</sup> Gutachten erstattet von der Schweizerischen Kartellkommission gestützt auf Art. 27 des Kartellgesetzes (KG) im Auftrag des Bundesamtes für Justiz vom 13. März 1996, VKKP 1996/3, S. 183 ff.

<sup>20</sup> Vgl. VKKP 1996/3 (Gutachten 1996; zit. in Fn. 19), S. 183 f., B.1.a.

<sup>21</sup> VKKP 1996/3 (Gutachten 1996; zit. in Fn. 19), S. 184, B.1.b.

12. Soweit hingegen die Interventionsgesetzgebung Wettbewerb zulässt, das heisst Spielraum für wirtschaftliches Handeln lässt, untersteht dieser Bereich dem Kartellgesetz. Entsprechend ist stets darauf abzustellen, ob der Gesetzgeber mit den jeweiligen Bestimmungen beabsichtigte, den Wettbewerb für den fraglichen Wirtschaftsbereich auszuschalten<sup>22</sup>.

13. Es stellt sich somit die Frage, inwiefern das Kartellgesetz heute auf den Bereich der stationären Gesundheitsversorgung, konkret denjenigen der Planung, Anwendung finden kann.

## 2. Ablauf der Spitalplanung

14. Das Instrument der Planung dient allgemein der ziel- und zukunftsorientierten staatlichen Aufgabenerfüllung sowie der Koordination staatlichen Handelns<sup>23</sup>. Planung ist ein Prozess aus mehreren Phasen, der sich von der Problemanalyse und Zielfindung, über das Festlegen/die Auswahl der geeigneten Massnahmen und Mittel (zum Erreichen der angestrebten Entwicklung) sowie die Umsetzung bis schlussendlich der Kontrolle der Zielerreichung erstreckt.

15. Im Gesundheitswesen ist die Spitalplanung das Pendant zum weitreichenden Versorgungsauftrag, welcher den Kantonen im Bereich der stationären Gesundheitsversorgung zukommt<sup>24</sup>: Diese haben für eine bedarfsgerechte Grundversorgung im Bereich der sozialen Krankenversicherung besorgt zu sein.

16. Nach Praxis des Bundesrates gehört zur Spitalplanung eine Bedarfsanalyse sowie die Zuweisung und Sicherung der entsprechenden Kapazitäten durch Leistungsaufträge an die in die Liste aufgenommenen Spitäler; die Planung bedarf einer laufenden Überprüfung. Für die Zuweisung und Sicherung der Kapazitäten sind die Angebote der Leistungserbringer zu evaluieren und Lösungsvarianten für eine bedarfsgerechte Versorgung zu erarbeiten. Die Suche nach der im Sinne einer Gesamtbetrachtung wirtschaftlich günstigsten Lösung muss auf Grund objektiver Kriterien erfolgen und hat dem Gebot der Kostenwahrheit zu entsprechen, wobei sich die Auswahl nicht allein nach Kriterien der Wirtschaftlichkeit richten darf. Bei der Wahl der planerischen Varianten besteht Auswahlermessen, sofern die verschiedenen Lösungen die Voraussetzungen in Bezug auf Spitalplanung und die Spitalliste (Bedarfsdeckung, Koordination, Publizität, Transparenz) sowie deren Ziele (optimale Ressourcennutzung und Eindämmung der Kosten) erfüllen<sup>25</sup>.

17. Der Prozess der Spitalplanung durch die Kantone gestaltet sich demnach in zwei Phasen, welche voneinander zu unterscheiden sind<sup>26</sup>. Zunächst muss gemäss Art. 39 Abs. 1 Bst. d KVG die sogenannte Bedarfsplanung (Bedarfsermittlung) vorgenommen werden<sup>27</sup>. In einer zweiten Phase stellt der Kanton den ermittelten Bedarf sicher (Bedarfssicherung), indem er eine Auswahl zwischen den verschiedenen möglichen Leistungserbringern trifft<sup>28</sup>. Dies erfolgt durch die Vereinbarung von Leistungsaufträgen mit den ausgewählten Spitälern und die Erstellung der Spitalliste. In beiden Phasen haben sich die Kantone an einheitliche, durch den Bundesrat erlassene Planungskriterien zu halten<sup>29</sup>, wobei insbesondere Qualität und Wirtschaftlichkeit der einzelnen potenziellen Leistungserbringer zu beachten sind.

## 3. Anwendbarkeit des Kartellgesetzes auf die Spitalplanung

18. Für die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes auf einen Sachverhalt müssen grundsätzlich zwei Voraussetzungen erfüllt sein: Einerseits müssen die zur Diskussion stehenden Wirtschaftssubjekte Unternehmen gemäss Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG (Geltungsbereich) darstellen, andererseits dürfen keine vorbehaltenen Vorschriften gemäss Art. 3 KG bestehen.

### 3.1. Geltungsbereich des Kartellgesetzes (Art. 2 KG)

19. Das Kartellgesetz 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). Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG). Entsprechend können auch öffentlich-rechtliche Körperschaften als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes qualifiziert werden, sofern sie in Konkurrenz mit privaten unternehmerisch am Markt auftreten.

20. Die Kantone sind nicht nur zuständig für das Gesundheitswesen und insbesondere für die Planung im Hinblick auf eine bedarfsgerechte Versorgung mit stationären Spitaldienstleistungen (vgl. Art. 39 Abs. 1 Bst. d und e KVG i.V.m. Art. 117 BV<sup>30</sup>, vgl. auch vorne Rz. 5), sondern treten daneben als Betreiber von Spitälern auf, genehmigen Tarifverträge und legen die Tarife nötigenfalls anstelle der Tarifpartner fest (vgl. Art. 46 Abs. 4 sowie Art. 47 KVG)<sup>31</sup>. Den Kantonen kommt insofern eine problematische Mehrfachrolle zu, wobei die Unterstellung unter den sachlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes für jeden einzelnen Tätigkeitsbereich separat zu prüfen und beurteilen ist. So wurde bereits in der

<sup>22</sup> Vgl. Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG), BBl 1995 539 f.

<sup>23</sup> Vgl. dazu THOMAS MATTIG (zit. in Fn. 13), S. 46, 3.1.

<sup>24</sup> Vgl. dazu die in Fn. 7 aufgeführten Wortprotokolle.

<sup>25</sup> Entscheid des Schweizerischen Bundesrates vom 17. Februar 1999 (auch erschienen in Kranken- und Unfallversicherung, Rechtsprechung und Verwaltungspraxis [RKUV] 2/1999, S. 169 ff.), VPB 64.13, E. 3.2. (vgl. [http://www.vpb.admin.ch/deutsch/cont/aut/aut\\_1.1.1.html](http://www.vpb.admin.ch/deutsch/cont/aut/aut_1.1.1.html)).

<sup>26</sup> So auch TOMAS POLEDNA/PHILIPP DO CANTO, Gesundheitswesen und Vergaberecht – von der öffentlichen Aufgabe zum öffentlichen Auftrag, in: Tomas Poledna/Reto Jacobs (Hrsg.), Gesundheitsrecht im wettbewerblichen Umfeld, Zürich 2010, S. 71 ff., Rz. 30.

<sup>27</sup> Vgl. KVV – Änderungen und Kommentar (zit. Fn. 2), S. 7, Art. 58b KVV.

<sup>28</sup> Vgl. dazu UELI KIESER, Spitalliste und Spitalfinanzierung, in: AJP 1/2010, S. 61 ff., S. 65; siehe auch Art. 58b Abs. 4 KVV.

<sup>29</sup> Vgl. Art. 39 Abs. 2<sup>ter</sup> KVG i.V.m. Art. 58a ff. KVV.

<sup>30</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV]; SR 101.

<sup>31</sup> Vgl. Amtl. Bull. NR 2007 N 414, Aufzählung der Funktionen durch Humbel Näf Ruth (20.03.2007).



Untersuchung Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern<sup>32</sup> bezogen auf den Kanton Luzern bestätigt, dass dieser in seiner Funktion als Betreiber der Spitäler im fraglichen Bereich als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes zu qualifizieren und folglich diesem unterstellt ist<sup>33</sup>.

21. *In casu* stellt sich, wie erwähnt, die Frage, ob das Kartellgesetz auf den Bereich der Planung und dabei insbesondere den Kanton als Planer Anwendung findet. Das Krankenversicherungsgesetz trägt den Kantonen in Art. 39 Abs. 1 Bst. d, e und Abs. 2 KVG die Spitalplanung und die Erstellung von Spitallisten auf, wobei sie für eine bedarfsgerechte Grundversorgung besorgt sein müssen. Wie oben ausgeführt, kann im Rahmen der Spitalplanung zwischen der Phase der Bedarfsplanung (-ermittlung) und der Umsetzung der Bedarfsplanung, der Bedarfssicherung, unterschieden werden.

22. Bei der *Bedarfsplanung* tritt der Kanton nicht als Anbieter oder Nachfrager von medizinischen Dienstleistungen auf, sondern evaluiert die Bedürfnisse seiner Wohnbevölkerung nach stationären Spitaldienstleistung. Dies dient der Sicherstellung der Grundversorgung, was dem gesetzlichen Auftrag entspricht. Beim Planungsentscheid stehen Bedarfsüberlegungen und damit eine Mengensteuerung, weiter die Vermeidung respektive der Abbau von Überkapazitäten sowie die Ziele der Wirtschaftlichkeit und Qualität im Vordergrund<sup>34</sup>. Somit handelt der Kanton in dieser Phase hoheitlich und nicht unternehmerisch.

23. Bei der *Bedarfssicherung* muss der Kanton zwischen verschiedenen Anbietern von stationären Spitaldienstleistungen auswählen und diese Auswahl in Form der Spitalliste konkretisieren. In der Rechtsprechung gestützt auf das alte Krankenversicherungsgesetz wurde wiederholt festgestellt, dass es sich beim Listenentscheid um einen primär politischen Entscheid handelt<sup>35</sup>. Diese Einschätzung mag wohl auch unter dem neuem Krankenversicherungsgesetz mangels anderweitiger Indizien noch zutreffend sein. Gegenständlich wird mit der Planung die Frage des Zutritts zum Markt geregelt, welcher seinerseits möglichst wettbewerbsorientiert ausgestaltet sein soll<sup>36</sup>. Welcher Leistungserbringer zulasten der obligatorischen Grundversicherung Leistungen erbringen kann, richtet sich nach dem durch die kantonale Planung/Liste zugewiesenen Leistungsauftrag<sup>37</sup>. Zugelassen ist, wer auf der Liste des Wohnkantons der Versicherten oder auf der Liste des Kantons, in dem die ständige Einrichtung des Leistungserbringers liegt, aufgeführt ist<sup>38</sup>.

24. Neu wurde hingegen mit der Revision der Spitalfinanzierung der Listenentscheid zudem mit der Frage der Finanzierung verknüpft. Ob der Kantonsanteil zu leisten ist, hängt nicht mehr von der Trägerschaft des Spitals, sondern von der Leistung des vom Patienten aufgesuchten Spitals ab. Entsprechend wurde die Sicherstellung einer bedarfsgerechten Versorgung und damit die Angebotssteuerung mit einem Abgeltungselement verknüpft<sup>39</sup>. Eine effektiv bedarfsgerechte Planung seitens des Kantons würde bedeuten, dass dieser diejenigen Dienstleistungen auswählt, welche er sodann (zu 55 %) finanziert. Der Kanton kommt damit der Vorstellung/Idee eines Nachfragers sehr nahe<sup>40</sup>. Andererseits spielen beim Listenentscheid neben der Qualität und Wirtschaftlichkeit

der Leistungserbringer aber nach wie vor auch Bedarfsüberlegungen und damit eine Mengensteuerung sowie weiter die Vermeidung respektive der Abbau von Überkapazitäten eine Rolle<sup>41</sup>. Dem Kanton kommt bei der Umsetzung der Bedarfsplanung zudem ein erheblicher Ermessensspielraum zu.

25. Es könnte insofern auch unter dem neuem Krankenversicherungsgesetz davon ausgegangen werden, dass der Kanton nicht im klassischen Sinne selbst Produkte oder Dienstleistungen nachfragt, sondern die notwendigen Gesundheitsdienstleistungen zugunsten seiner Kantonsbevölkerung mittels Planung sicherstellt und hoheitlich handelt<sup>42</sup>. Dafür sprechen auch die parlamentarischen Debatten zur Revision der Spitalfinanzierung, in welchen der Gegensatz zwischen kantonalen Planungen (...) und dem Wunsch nach einer Leistungsfinanzierung ohne Wettbewerbsverzerrungen erkannt wurde<sup>43</sup>.

26. Dazu kommt, dass gemäss Art. 53 KVG gegen die entsprechenden Beschlüsse der Kantonsregierungen Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht möglich ist. Ohne sich in diesem Zusammenhang mit der Frage nach der Rechtsnatur der Spitallisten<sup>44</sup>, dem Ergebnis der kantonalen planerischen Tätigkeit, festlegen zu müssen, kann jedenfalls von der öffentlich-rechtlichen Natur derselben ausgegangen werden.

<sup>32</sup> RPW 2008/4 (Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern), S. 547, Rz. 27. Vgl. auch RPW 2006/3 (Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung), S. 521, Rz. 69 ff.

<sup>33</sup> Vgl. zu dieser Problematik auch RPW 1998/3 (Gasversorgung Rothenburg), S. 425 ff., Rz. 40 f.

<sup>34</sup> Vgl. dazu THOMAS MATTIG (zit. in Fn. 13), S. 30, 3.3.2.1 i.V.m. S. 34, 3.4.1.

<sup>35</sup> ANTOINE ROGGO/DANIEL STAFFELBACH, Interkantonale Spitalplanung und Kostentragung – Stellenwert der „geschlossenen Spitalliste“ im Falle von „medizinischem Grund im weiteren Sinne“, in: AJP 2006/3, S. 267 ff., II A. (am Ende) unter Verweis auf BGE K 71/05 vom 28.12.2005.

<sup>36</sup> Vgl. vorne Rz. 4.

<sup>37</sup> Vgl. darüber hinaus zu den Vertragsspitälern vorne Fn. 11.

<sup>38</sup> Botschaft betreffend Änderung der Spitalfinanzierung (zit. in Fn. 5), 5576, Art. 41 Abs. 1.

<sup>39</sup> Vgl. zu den Voraussetzungen unternehmerischer Tätigkeit auch WALTER A. STOFFEL, Wettbewerbsrecht und staatliche Wirtschaftstätigkeit, in: Peter Gauch (Hrsg.), AISUF 129, Freiburg 1994, S. 9.

<sup>40</sup> Der Kanton „beschafft“ mittels Planung die für die Grundversorgung der Kantonsbevölkerung notwendigen Gesundheitsdienstleistungen, welche er sodann auch bezahlt.

<sup>41</sup> Vgl. dazu THOMAS MATTIG (zit. in Fn. 13), S. 30, 3.3.2.1 i.V.m. S. 34, 3.4.1.

<sup>42</sup> Die Frage, inwiefern öffentliches Beschaffungsrecht (welches ein wettbewerbsorientiertes, auf eine rationelle Ressourcennutzung sowie Transparenz und Gleichbehandlung ausgerichtetes Verfahren bestmöglich gewährleisten könnte) anwendbar ist und falls ja, inwiefern dies als ein Indiz für die Nachfragereigenschaft des Kantons gewertet werden könnte, kann hier offen bleiben, hat doch der Gesetzgeber explizit eine Planung (und damit den Gegensatz eines wettbewerbsorientierten Verfahrens) sowie Freiraum der Kantone bei der Umsetzung derselben vorgesehen hat. Vgl. auch hinten Fn. 59.

<sup>43</sup> Amtl. Bull. NR 2007 N 431, Guisan Yves (21.03.2007), N 1771, Fehr Jacqueline (4.12.2007) sowie Amtl. Bull. SR 2007 N 754, Schwaller Urs (24.09.2007).

<sup>44</sup> Vgl. dazu Thomas Mattig (zit. in Fn. 13), S. 38 ff., 3.4.3.

27. Mit dem Gesagten könnte somit einerseits davon ausgegangen werden, dass der Kanton – trotz seiner Mehrfachrolle<sup>45</sup> – in seiner Funktion als Planer insgesamt (und damit sowohl in der Phase der Bedarfsermittlung als auch der Bedarfssicherung) in Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe hoheitlich tätig ist. Andererseits könnte argumentiert werden, dass er faktisch der Idee eines Nachfragers sehr nahe kommt. Ob hingegen seine öffentliche Funktion oder aber die Unternehmereigenschaft im Rahmen der Prüfung gemäss Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG überwiegt<sup>46</sup>, kann hier offen bleiben, da die Frage und Prüfung von vorbehaltenen Vorschriften gemäss Art. 3 KG zur Nichtanwendbarkeit des Kartellgesetzes führt.

### 3.2. Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften (Art. 3 Abs. 1 KG)

28. Dem Kartellgesetz 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).

29. Ob Vorschriften bestehen, welche die Anwendung des Kartellgesetzes ausschliessen, ist durch Auslegung der entsprechenden Bestimmungen im Einzelfall zu beurteilen. Nach der bisherigen Praxis der WEKO ist das Vorhandensein solcher Vorschriften nicht leichthin anzunehmen<sup>47</sup>. Es ist von Folgendem auszugehen: wird die Entscheidungsfreiheit eines Unternehmens gesetzlich nicht dahingehend beschränkt, dass es zur reinen Umsetzung der Vorschriften gezwungen ist, grundsätzlich Raum für die Anwendung des Kartellgesetzes besteht<sup>48</sup>.

30. Ging der gesetzgeberische Wille nicht auf die Schaffung einer ganzheitlichen Markt- und Preisordnung (Bst. a), so beschränkt sich der Vorbehalt auf die Zuweisung bestimmter öffentlichen Aufgaben an einen Unternehmensträger (Bst. b) und kann sich dieser nur für den engen Bereich der spezifischen Aufgabenerfüllung auf den Vorbehalt berufen. Soweit die Erfüllung der Aufgabe entsprechend noch Raum für die Anwendung wettbewerbsrechtlicher Prinzipien lässt, ist das Kartellgesetz uneingeschränkt anwendbar<sup>49</sup>.

31. Vorschriften gemäss Art. 3 KG können sich grundsätzlich sowohl aus Bundes- wie auch aus kantonalem Recht ergeben. Da eine Ausschaltung des Wettbewerbs hingegen stets eine Abweichung vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit bedeutet, bedürfen abweichende Vorschriften im Sinne von Art. 3 KG einer Verfassungsgrundlage<sup>50</sup>. Kantonales Recht ist von der WEKO akzessorisch auf seine Verfassungsmässigkeit hin zu prüfen<sup>51</sup>.

32. In der Zwischenverfügung in Sachen Untersuchung „Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern“ betreffend Bestand und Tragweite vorbehaltenen Vorschriften in der Zusatzversicherung wurde festgehalten, dass der Bund im Bereich der Krankenversicherung seine Regelungskompetenz gemäss Art. 117 BV mit Erlass des Krankenversicherungsgesetzes wahrgenommen hat. Kantonale Bestimmungen sind nur noch möglich, wenn der Bundesgesetzgeber Kompetenzen an die Kantone delegiert oder einen Bereich bewusst nicht geregelt hat<sup>52</sup>.

33. Gemäss Art. 39 Abs. 1 Bst. d und e KVG sind die Kantone für die Spitalplanung und die Führung der Spitallisten zuständig. Privatspitäler sind angemessen in die Planung einzubeziehen (Art. 39 Abs. 1 Bst. d KVG). Mit der Aufnahme in die Spitalliste legt der Kanton, wie erwähnt, fest, wer zur Leistungserbringung zulasten der Grundversicherung zugelassen ist und bei Leistungserbringung den Kostenanteil des Kantons beanspruchen kann. Neu erlässt der Bundesrat zudem einheitliche Planungskriterien auf Grundlage von Qualität und Wirtschaftlichkeit (Art. 39 Abs. 2<sup>ter</sup> KVG). Diesem Auftrag des Gesetzgebers ist der Bundesrat mit den Artikeln 58a ff. der Krankenversicherungsverordnung nachgekommen. Weiter haben die Kantone ihre Planungen zu koordinieren. Neben diesen Grundlagen auf Bundesebene finden sich weitere Bestimmungen zu den Spitalplanungen in Kantonsverfassungen sowie in den Gesundheits- und Spitalgesetzgebungen<sup>53</sup>.

34. Nach dem Gesagten ist davon auszugehen, dass den Kantonen gestützt auf Art. 39 KVG i.V.m. Art. 117 BV grundsätzlich die verfassungsmässige Kompetenz zur Spitalplanung zukommt und entsprechend die Frage, wer zulasten des Kantons Leistungen erbringen darf, nicht dem freien Wettbewerb überlassen ist. Gemäss Art. 3 KG ist das Kartellgesetz auf diesen Bereich nicht anwendbar. Ob hingegen Bst. a oder b einschlägig ist, kann hier offen bleiben, darf doch der Kanton bei der Regelung grundsätzlich nicht über das hinaus gehen, was erforderlich und verhältnismässig ist und sind ihm durch die Verfassungsgrundsätze und Bundesrecht enge Grenzen gesetzt.

35. Die Kantone haben bei der Umsetzung der Spitalplanung die genannten Vorgaben seitens des Bundes (KVG und KVV) sowie den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 94 BV zu berücksichtigen. Damit ist auch dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität staatlicher Massnahmen Rechnung zu tragen. Dies gilt insbesondere dann, wenn Wettbewerb als Auswahlkriterium zur Bestimmung der Leistungserbringer ausgeschaltet wurde und mit der Planung ein Element der Mengensteuerung Aufnahme in das Gesetz fand.

<sup>45</sup> Vgl. auch vorne Rz. 20. Der Kanton muss als Betreiber von Spitälern betriebswirtschaftlich denken, als Planer hingegen objektiv und transparent anhand von Qualität, Wirtschaftlichkeit und Zweckmässigkeit entscheiden. Gerade wegen dieser schwierigen Aufgabe ist ein faires und transparentes Verfahren zentral.

<sup>46</sup> Anders RETO JACOBS (zit. in Fn. 14), Rz. 5.

<sup>47</sup> RPW 2006/3 (Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung), S. 514, Rz. 20 m.w.H.

<sup>48</sup> OLIVIER SCHALLER/CHRISTOPH TAGMANN, Kartellrecht und öffentliches Recht – neuere Praxis im Bereich des Gesundheitswesens, in: *AJP* 6/2004, S. 704 ff., II. 2.1.

<sup>49</sup> Jürg Borer (Hrsg.), *Kartellgesetz*, Komm. Ausgabe 2005, Art. 3, Rz. 5.

<sup>50</sup> Vgl. in diesem Sinne RETO JACOBS (zit. in Fn. 14), Rz. 16.

<sup>51</sup> RPW 2006/3 (Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung), S. 516, Rz. 31.

<sup>52</sup> RPW 2006/3 (Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung), S. 516, Rz. 36.

<sup>53</sup> Vgl. THOMAS MATTIG (zit. in Fn. 13), S. 33, 3.3.5.

36. *Spitalplanung und Ungleichbehandlungen zwischen ehemals öffentlichen/öffentlich subventionierten und privaten Spitälern:* In Zusammenhang mit der eingangs genannten Befürchtung der einseitigen (bis ausschliesslichen) Berücksichtigung der bislang öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler auf den Listen kann damit angemerkt werden, dass einem kantonalen Monopol im Spitalwesen bereits die im Krankenversicherungsgesetz vorgesehene angemessene Berücksichtigung von Spitälern unter privater Trägerschaft und damit Bundesrecht entgegensteht<sup>54</sup>. Der Spitalplanungsartikel des KVG will keine Monopole<sup>55</sup>. Die Kantone sind bei der Umsetzung des Planungsauftrages zudem, wie gesagt, an den auf Verfassungsstufe normierten Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit und damit Wettbewerbsneutralität gebunden. Dem stehen Bestimmungen, welche die vorrangige respektive gar ausschliessliche Berücksichtigung öffentlicher und öffentlich subventionierter Spitäler im Rahmen der Spitalplanung eines Kantons vorsehen würden, entgegen.

37. *Spitalplanung und Wahl der Umsetzungsmethode:* Weiter gilt es zu bedenken, dass mittels der Planung ein möglichst wettbewerbsorientiertes System (Stärkung des Wettbewerbsgedanken in der sozialen Krankenversicherung) gewährleistet werden sollte<sup>56</sup>. Ohne die Berücksichtigung der entsprechenden Grundprinzipien auch bei der Spitalplanung würde die Stossrichtung der Revision bis zu einem gewissen Grad unterlaufen. Das Krankenversicherungsgesetz enthält wenig Vorgaben, wie die Spitalplanung durch die Kantone umzusetzen ist. Es ist ihnen überlassen, welche Umsetzungsmethoden sie wählen, solange diese den Erfordernissen der Qualität und Wirtschaftlichkeit (welche für die Aufnahme von Spitälern auf die Spitallisten ausschlaggebend sein müssen<sup>57</sup>) sowie den vom Bundesrat erlassenen Vollzugsbestimmungen entsprechen<sup>58</sup>.

38. Die genannten Kriterien/Ziele lassen sich am besten mittels eines auf Transparenz, Gleichbehandlung und Wettbewerb unter den Leistungserbringern ausgerichteten Ausschreibungsverfahrens und somit nach den Prinzipien des öffentlichen Beschaffungsrechts erreichen. Dies wurde auch vom Parlament erkannt<sup>59</sup>. Auch wenn sodann Vorbehalte gegenüber der Geeignetheit eines solchen Verfahrens analog dem öffentlichen Beschaffungsrecht für die Auswahl komplexer Spitaldienstleistungen gehegt und auf eine entsprechende Vorgabe an die Kantone verzichtet wurde, so ist ein solches Vorgehen doch nicht ausgeschlossen. Den Kantonen steht ein entsprechendes Vorgehen offen<sup>60</sup>. Zudem wird spätestens mit den massgeblichen Daten für die DRG<sup>61</sup> sowie der schweizweiten Geltung derselben ein geeigneter Massstab zur Messung der Wirtschaftlichkeit und damit für Betriebsvergleiche vorliegen<sup>62</sup>. Eine Vergabe von Spitaldienstleistungen nach öffentlichem Beschaffungsrecht ist demnach nicht nur denkbar, sondern auch praktikabel. Entsprechend sollte die Vergabe der Leistungsaufträge und damit die Aufnahme auf die Spitalliste in einem fairen Wettbewerb unter Einhaltung des Gleichbehandlungsgebots erfolgen<sup>63</sup>. Diese Vorgehensweise würde es erlauben, den potentiellen Leistungserbringern – unabhängig von ihrer Rechtsform und Trägerschaft – die notwendige Gleichbehandlung und Transparenz bezüglich der Auswahlkriterien zu gewähren<sup>64</sup>.

39. Mit dem Gesagten ist zu fordern, dass die Definition der DRG und ihre Einführung vor der Erstellung der Spitalliste (und damit der Spitalplanung<sup>65</sup>) erfolgen muss. Weiter sollte die Spitalplanung eine minimale Grundversorgung sicherstellen, um eine Unterversorgung zu vermeiden, nicht aber dazu benutzt werden, die Anzahl der Spitaldienstleistungen nach oben zu limitieren.

40. Die Berücksichtigung dieser Elemente – d.h. erstens die Durchführung eines transparenten, nachvollziehbaren Ausschreibungsverfahrens basierend auf DRG als Auswahlkriterium vor dem Erstellen der Spitallisten sowie zweitens eine Planung, die eine minimale Grundversorgung vorsieht – führt zu den vom Gesetzgeber gewünschten wettbewerbsverstärkenden Effekten. Mittels eines beschaffungsähnlichen Verfahrens können die effizientesten Spitäler oder Spitalabteilung auf die kantonalen oder überkantonalen Listen gelangen, was längerfristig zu sinkenden Preisen sowie einer Reduktion von Überkapazitäten zufolge Ausscheidens der nicht rentablen Spitäler/Spitalabteilungen aus dem Markt führen wird.

<sup>54</sup> Vgl. RPW 2006/3 (Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung), S. 516, Rz. 61 sowie Art. 39 Abs. 1 Bst. d KVG. Eine Verdrängung der Privatkliniken aus dem Spitalmarkt durch die Kantone mittels Anpassungen der Spitallisten steht nicht nur zu den Zielen der neuen Spitalfinanzierung, sondern auch zur Bestimmung von Art. 39 Abs. 1 Bst. d KVG im Widerspruch (vgl. LUKAS RICH (zit. in Fn. 4), Rz. 10).

<sup>55</sup> HANSPETER KUHN, Die Arztpraxis zwischen Staat und Markt, in: Barbara Hürlimann/Tomas Poledna/Martin Rübel (Hrsg.), Privatisierung und Wettbewerb im Gesundheitsrecht, Zürich 2000, S. 173, 2.3.2.2.1.

<sup>56</sup> Vgl. vorne Rz. 4 sowie Rz. 23. Weiter die folgende Wortprotokolle: Amtl. Bull. NR 2007 N 1771, Fehr Jacqueline (4.12.2007); Das Gesundheitswesen funktioniert nach dem Prinzip des regulierten Wettbewerbs; Amtl. Bull. SR N 754, Fetz Anita (24.09.2007; Ziel sei ein „Spitalmarkt Schweiz“); sowie Botschaft (zit. in Fn. 5) 5579: Die Rechtfertigung für die Ausdehnung der neuen Finanzierungsregel auch auf private Trägerschaften besteht in der Gleichbehandlung der Spitäler und der Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen. Die gesamte Bedarfskapazität wird demselben Finanzierungsregime unterstellt.

<sup>57</sup> Amtl. Bull. NR 2007 N 531, Humbel Näf Ruth (22.03.2007).

<sup>58</sup> Vgl. Botschaft betreffend Änderung der Spitalfinanzierung (zit. in Fn. 5), 5567 f.; entsprechend TOMAS POLEDNA/PHILIPP DO CANTO (zit. in Fn. 26), Rz. 28.

<sup>59</sup> Im Rahmen der parlamentarischen Beratungen wurde der Antrag eingebracht, dass die Auswahl der Leistungserbringer in einem Verfahren analog zum Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen erfolgen soll; dies aus Gründen der Qualitätssteigerung, Erhöhung des Wettbewerbs durch Transparenz sowie kostengünstigeren Leistungen (Amtl. Bull. NR 2007 N 429, Stahl Jürg [20.03.2007]).

<sup>60</sup> Vgl. auch Humbel Näf Ruth, die anmerkt, es sei den Kantonen freigestellt, ein solches Verfahren zu wählen (Amtl. Bull. NR 2007 N 430).

<sup>61</sup> Diagnose Related Groups, DRG.

<sup>62</sup> Grundsätzlich sollte im Rahmen einer allfälligen Vergabe, bei Formulierung der Leistungsaufträge etc. auf die Wahl von Kriterien verzichtet werden, welche den Wettbewerb mittel- und langfristig behindern könnten. Kritisch können beispielsweise Mindestfallzahlen, eine unnötige Mengensteuerung, die Einflussnahme auf Investitionen etc. sein.

<sup>63</sup> Vgl. auch TOMAS POLEDNA/PHILIPP DO CANTO (zit. in Fn. 26), Rz. 30.

<sup>64</sup> Der „Leitfaden zur leistungsorientierten Spitalplanung“ unterscheidet zwischen Musskriterien, welche alle Leistungserbringer erfüllen müssen, um überhaupt am Vergabeprozess teilnehmen zu können, und Zuschlagskriterien, welche sodann den Ausschlag für den definitiven Abschluss der Leistungsvereinbarungen geben sollen (Bericht des Arbeitsausschusses „Leistungsorientierte Spitalplanung“ zuhanden des Vorstandes der Schweizerischen Gesundheitsdirektorenkonferenz, Bern, Juli 2005, S. 52 ff.).

<sup>65</sup> Die Übergangsbestimmungen sehen diesbezüglich die Erstellung der Spitalplanung bis spätestens drei Jahre nach Einführung der leistungsbezogenen Pauschalen vor (vgl. vorne Rz. 5).

41. *Spitalplanung und Zusatzversicherungsbereich*: Der Vollständigkeit halber bleibt abschliessend anzumerken, dass den Kantonen im Bereich der Zusatzversicherungen grundsätzlich keine Planungskompetenz zusteht. Auswirkungen auf diesen können sich hingegen wie bisher zunächst daraus ergeben, dass durch Zusatzversicherte ausgelöste Leistungen der Grundversicherung im Rahmen der Planung zu berücksichtigen sind<sup>66</sup>. Weiter werden aber inskünftig auch gelistete Privatspitäler den Kantonsbeitrag für von ihnen erbrachte OKP-Leistungen erhalten. Sie erlangen dadurch einen Wettbewerbsvorteil gegenüber nicht gelisteten, ebenfalls im Zusatzversicherungsbereich tätigen Spitälern<sup>67</sup>: erbringen diese OKP-Leistungen, beteiligt sich der Kanton nicht an den Kosten für dieselben, die Finanzierung ist maximal zu 45 % gewährleistet<sup>68</sup>. Entsprechend bedeutet die vom Status des Spitals abhängige Kostenbeteiligung des Kantons ein finanzielles Interesse des Zusatzversicherers, seine Zusatzversicherten Patienten in Listenspitälern behandeln zu lassen<sup>69</sup>. Insofern bestehen trotz an sich unzulässiger Planung des Zusatzversicherungsbereichs derart starke Wechselwirkungen zwischen demselben und der Spitalplanung, dass Wettbewerbsverzerrungen im Bereich der Leistungserbringung allgemein und insbesondere im Bereich der Zusatzversicherungen zu befürchten sind. Entsprechend ist auch in diesem Zusammenhang die Bedeutung und Tragweite eines transparenten, möglichst wettbewerbsorientierten Verfahrens zu betonen.

42. Die Wettbewerbsbehörden unterstreichen die Bedeutung einer möglichst wettbewerbsfreundlichen Umsetzung der neuen Bestimmungen zur Spitalfinanzierung, um trotz der durch das Krankenversicherungsgesetz vorgegebenen Beschränkungen Wettbewerb im Bereich der Leistungserbringung zu ermöglichen.

### 3.3. Fazit

43. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das Kartellgesetz auf die Spitalplanung gemäss Art. 39 KVG auch nach der Revision der Spitalfinanzierung nicht anwendbar ist. Der Kanton stellt zugunsten seiner Kantonsbevölkerung eine bedarfsgerechte Versorgung sicher. Auch wenn davon ausgegangen werden könnte, dass er entsprechend Spitaldienstleistungen nachfragt, so handelt er dabei auf der anderen Seite doch hoheitlich in Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe. Ob hingegen seine öffentliche Funktion oder aber die Unternehmereigenschaft im Rahmen der Prüfung gemäss Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG überwiegt, kann zufolge vorbehaltener Vorschriften gemäss Art. 3 KG, welche zur Nichtanwendbarkeit des Kartellgesetzes führen, offen bleiben. Nichtsdestotrotz müssen aber wettbewerbspolitische Grundsätze auch im Rahmen der Spitalplanung Berücksichtigung finden. Die Auswahl der Leistungserbringer, die eigentliche Bedarfssicherung, hat in einem möglichst transparenten, wettbewerbsorientierten Verfahren zu erfolgen, sollen die mit der Revision der Spitalfinanzierung angestrebten Entwicklungen und Ziele erreicht werden. Die Wettbewerbsbehörden erwarten entsprechend eine wettbewerbsfreundliche Ausgestaltung der Spitalplanung seitens der Kantone.

44. Für das Erstellen des vorliegenden Gutachtens werden von der WEKO keine Gebühren erhoben (Art. 53a Abs. 1 Bst. c KG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GebV-KG).

<sup>66</sup> RPW 2006/3 (Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung), S. 516, Rz. 51.

<sup>67</sup> Demgegenüber waren unter dem altem Krankenversicherungsgesetz alle privaten Spitäler dem gleichen Regime unterstellt und entsprechend im Wettbewerb mit den bislang öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitälern gleichermassen benachteiligt.

<sup>68</sup> Vgl. vorne zu den Vertragsspitälern Fn. 11.

<sup>69</sup> Vgl. vorne Rz. 7.

**Abkürzungsverzeichnis**

Registre des abréviations  
Indice delle abbreviazioni

<b>A</b>		GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
AF	Arrêté fédéral	GebrV	Verordnung über Gebrauchsgegenstände
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics	GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
AJP	Aktuelle juristische Praxis (=PJA)	GU	Gemeinschaftsunternehmen
Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin	<b>H</b>	
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts	HGer	Handelsgericht
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel	HMG	Heilmittelgesetz
<b>B</b>		<b>I</b>	
BA	Bundesamt	IPRG	Bundesgesetz über das internationale Privatrecht
BB	Bundesbeschluss	IVöB	Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen
BBI	Bundesblatt	<b>J</b>	
BG	Bundesgesetz	JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
BGBM	Bundesgesetz über den Binnenmarkt	JdT	Journal des Tribunaux
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung	<b>K</b>	
BGer	Bundesgericht	KG	Kartellgesetz
BOCE	Bulletin officiel du Conseil des Etats	KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
BOCN	Bulletin officiel du Conseil national	KSG	Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit
BoeB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen	KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung
BR	Bundesrat	<b>L</b>	
BR/DC	Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction	LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents
BUCN	Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale	LAMal	Loi fédérale sur l'assurance-maladie
BUCSt	Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati	LCA	Loi fédérale sur le contrat d'assurance
BV	Bundesverfassung	LCart	Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess	LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale
<b>C</b>		LCsl	Legge federale contro la concorrenza sleale
CC	Code civil	LDA	Loi fédérale sur le droit d'auteur
CE	Communauté Européenne	LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé
CE	Conseil des Etats	LETC	Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce
CF	Conseil fédéral	LF	Loi fédérale / Legge federale
CHF	Schweizer Franken / Franchi svizzeri	LL	Legge federale sul lavoro
CO	Code des obligations	LMG	Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände
Cost.	Costituzione federale	LMI	Loi fédérale sur le marché intérieur
CPC	Code (cantonal) de procédure civile	LMP	Loi fédérale sur les marchés publics
CPS	Code pénal suisse	LOTG	Legge federale sugli ostacoli tecnici al commercio
cst.	Constitution fédérale	LPM	Loi fédérale sur la protection des marques
<b>D</b>		LRFP	Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits
DCP	Diritto e politica della concorrenza (=RPW)	LSPr	Legge federale sulla sorveglianza dei prezzi
DCP	Droit et politique de la concurrence (=RPW)	<b>M</b>	
DG	Direction Générale (UE)	<b>N</b>	
<b>E</b>		<b>O</b>	
EU	Europäische Union	O	Ordonnance
<b>F</b>		OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economique
FF	Feuille fédérale		
FMG	Fernmeldegesetz		
<b>G</b>			

OCSE	Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico	SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)
OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development	SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)
OFAP	Office fédéral des assurances privées	StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege	StR	Ständerat
OGer	Obergericht	SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
OJ	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire	<b>T</b>	
OMC	Organisation mondiale du commerce	TA	Tribunal administratif
OMP	Ordonnance sur les marchés publics	TApp	Tribunale d'Appello
OR	Obligationenrecht	TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
OTVA	Ordonnance concernant la taxe sur la valeur ajoutée	TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
<b>P</b>		THG	Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative	TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property
PCF	Loi fédérale sur la procédure civile fédérale	<b>U</b>	
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)	UE	Union Européenne
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts	UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
PrHG	Produktehaftpflichtgesetz	URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht
Publ.CCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
PüG	Preisüberwachungsgesetz	UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb
<b>Q</b>		<b>V</b>	
<b>R</b>		VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal	VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese	VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)	VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
REKOWEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren
Rep. Patria	Repertorio di Giurisprudenza	<b>W</b>	
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)	WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)	WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)	<b>X</b>	
RR	Regierungsrat	<b>Y</b>	
RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)	<b>Z</b>	
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)	ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)	ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)	ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
<b>S</b>		ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband	ZPO	Zivilprozessordnung
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbeitreibung und Konkurs	ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
SHAB	Schweizerisches Handels-amtsblatt		
SJ	La semaine judiciaire		
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)		

## Index

- A**
- abgestimmtes Verhalten -
- abgestimmte Verhaltensweise 314, 378
- Abrede 262 f, 272, 280, 287, 299, 314, 321, 335, 337, 348 f, 368, 371 ff., 403
- Acquiring -
- Anhörung 249, 254, 278 f, 329, 331, 335, 354, 363
- Apotheker/innen -
- Ärzte(-Verband) -
- B**
- Banken 269, 271
- Befristung des Entscheids -
- Breitbanddienste 288, 301
- Bündelung vertikaler Restriktionen -
- C**
- D**
- Debitkarten -
- Domestic Interchange Fee -
- E**
- Effizienzgründe 372
- Effizienzprüfung -
- Einstellung einer Untersuchung -
- einvernehmliche Regelung 330 ff., 334, 350 ff., 363
- Erheblichkeit 367, 372
- Exklusivvertrieb -
- F**
- G**
- geografische Beschränkungen -
- Grosskunden-Märkte 248, 329
- H**
- Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln -
- I**
- Indizienbeweis -
- Interchange Fee 258
- Internalisierung eines Kostenfaktors -
- J**
- K**
- kollektive Marktbeherrschung -
- Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 282, 337, 382
- Koppelungsgeschäft -
- Kostenraster -
- Krankenversicherer -
- Kreditkarten 234, 354 f
- Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -
- L**
- legitimate business reasons 317
- M**
- Marktaufteilung 368 ff. 379 f
- marktbeherrschende Stellung 234, 236 ff., 246 ff., 250, 252, 255 f, 259 ff., 269, 281, 298 ff., 303 ff., 322, 327, 331 ff., 343, 356, 381, 391, 418
- Marktgegenseite 237, 242, 245, 252 f, 256, 261 f, 267, 275, 281, 285, 288 ff., 292, 296 ff., 300, 303 ff., 314, 316 f, 320 ff., 326, 332, 335 f, 339 ff., 347 f, 360, 373, 380, 382, 387, 390 f
- Marktorganisation -
- Marktstruktur 297, 303, 342, 383, 385
- Marktzutrittsschranken 239, 300, 347, 351
- Meldepflicht 236, 239
- Missbrauch 248, 250 ff., 256, 260 ff., 267 f, 273, 281, 283, 298, 307 f, 313 ff., 317, 322 f, 326, 330 ff., 342, 346 ff., 356 f, 360, 367 f, 378, 387 ff., 418
- N**
- Netzwerk 252, 255, 262, 298, 300, 303, 305, 313, 317 f, 323, 325 f, 332, 342 f, 344 ff.
- Netzwerkkosten -
- Nichtdiskriminierungsklausel -
- O**
- P**
- Parallelverhalten 247
- potenzieller Wettbewerb 252, 298 f, 342, 346 f
- Preisabrede 369 f, 375, 379 f, 384, 390
- Preisbindung zweiter Hand -
- Q**
- Quersubventionierung -
- R**
- Rabatte 372
- Reduktion der Sanktion 366
- S**
- Sanktionen 248 ff., 329 ff., 368 ff., 393, 401, 405
- Senkung Herstellkosten -
- Submission 369, 373, 376 f, 380, 382 ff., 387, 405
- Submissionskartell 382, 384, 388
- T**
- Tarife 257, 287, 301, 309, 321 f
- Tarifvertrag -

Tierärzte/innen -

Transparenzmassnahmen -

**U**

Umstossung der Vermutung -

Untersuchung 244, 246, 247 ff., 258 ff., 267, 269 f, 275, 277 ff.,  
281, 286, 297, 299, 302 f, 307, 309, 325, 327, 329, 331, 333  
ff., 336, 338 ff., 342, 344, 346, 351 ff., 361, 363 f, 368 ff., 374  
ff., 378 ff., 382, 384 ff.

unzulässige Wettbewerbsabrede -

**V**

vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -

Veröffentlichung -

Verschulden 257 f, 323, 333, 363 f, 377

Vierparteiensysteme -

vorbehaltene Vorschriften -

vorgezogene Recyclinggebühren -

**W**

Wettbewerb um den Markt -

**X**

**Y**

**Z**

Zahlungsmittel -

zweiseitige Märkte -