

BGer 2C_698/2021 vom 5. März 2024

Bundesgericht, 2024-03-05, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_698_2021

FR: TF 2C_698/2021 du 5 mars 2024

IT: TF 2C_698/2021 del 5 marzo 2024

Erwägungen

E. 1.1

Die vorliegende Beschwerde betrifft eine öffentlich-rechtliche Angelegenheit (Art. 82 lit. a BGG) in einem Gebiet, welches nicht von Art. 83 BGG erfasst wird. Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten der hierzu legitimierten Beschwerdeführerinnen ist demnach, unter Vorbehalt von E. 1.2 nachfolgend, einzutreten (Art. 42, Art. 86 Abs. 1 lit. a, Art. 89 Abs. 1, Art. 90 und Art. 100 Abs. 1 BGG).

E. 1.2

Anfechtungsgegenstand vor Bundesgericht ist einzig das vorinstanzliche Urteil, welches die erstinstanzliche Verfügung der WEKO vom 21. September 2015 ersetzt. Letztere gilt als mitangefochten (Devolutiveffekt; BGE 139 II 404 E. 2.5; 136 II 539 E. 1.2). Auf die Anträge, die genannte Verfügung aufzuheben, ist deshalb nicht einzutreten.

E. 2.1

Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann unter anderem die Verletzung von Bundes- und Völkerrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a und b BGG). Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG), prüft jedoch unter Berücksichtigung der allgemeinen Rüge- und Begründungspflicht (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG) nur die geltend gemachten Rechtsverletzungen, sofern rechtliche Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (BGE 142 I 135 E. 1.5). In Bezug auf die Verletzung von Grundrechten gilt eine qualifizierte Rüge- und Substanziierungspflicht, d.h. es ist klar und detailliert anhand der Erwägungen des angefochtenen Urteils aufzuzeigen, inwiefern die entsprechenden Rechtsnormen verletzt worden sein sollen (Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 147 I 73 E. 2.1 ; 139 I 229 E. 2.2).

E. 2.2

Bezüglich des anwendbaren Rechts ist (mangels spezifischer Übergangsbestimmung) auf die allgemeine intertemporalrechtliche Regelung abzustellen, wonach Rechtssätze für die zur Zeit ihrer Geltung sich ereignenden Sachverhalte gelten (BGE 143 III 297 E. 5.3.3). Grundsätzlich ist von einem kartellrechtlich relevanten Sachverhalt auszugehen, solange sich das wettbewerbswidrige Verhalten wettbewerbsbeschränkend auswirkt (BGE 124 III 495 E. 1). Sowohl die Vorinstanz als auch die Beschwerdeführerinnen gehen davon aus, dass ein allfälliges wettbewerbswidriges Verhalten der Beschwerdeführerinnen - jedenfalls soweit es um die Frage der Verjährung der Sanktionierungsmöglichkeit geht - mit dem Vertragsabschluss zwischen der Post und der Swisscom AG am 6. März 2009 seinen Abschluss fand (vgl. E. 10.2.3 angefochtenes Urteil und E. 5.1 f. unten). Ob das allenfalls wettbewerbswidrige Verhalten gegenüber der Post noch bis zur Beendigung der regulären Vertragslaufzeit im Jahr 2013 andauerte, weil es sich bis dahin wettbewerbsbeschränkend auswirkte, kann vorliegend offengelassen werden. Es ist auf die materiellen Bestimmungen

des Kartellgesetzes (Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 [KG; SR 251]) in der am 6. März 2009 geltenden Fassung abzustellen (bezüglich der intertemporalrechtlichen Anwendung verfahrensrechtlicher Bestimmungen vgl. BGE 144 II 273 E. 2.2.4). Der am 1. Januar 2022 in Kraft getretene Art. 4 Abs. 2bis KG (Begriff des relativ marktmächtigen Unternehmens) sowie die gleichen Datums in Kraft getretene Neufassung von Art. 7 Abs. 1 KG (inkl. Neufassung Titel; Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender und relativ marktmächtiger Unternehmen; AS 2021 576) sind vorliegend nicht anwendbar.

E. 2.3

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Eine Berichtigung oder Ergänzung der vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellung ist von Amtes wegen (Art. 105 Abs. 2 BGG) oder auf Rüge hin (Art. 97 Abs. 1 BGG) möglich, wobei das Bundesgericht nur bei einer offensichtlich unrichtigen bzw. willkürlichen oder rechtsverletzenden vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellung, deren Korrektur entscheiderelevant sein kann, eingreift (Art. 95, Art. 97 Abs. 1 BGG ; BGE 142 I 135 E. 1.6). Entsprechende Rügen unterstehen der qualifizierten Rüge- und Begründungspflicht (vgl. E. 2.1 oben), d.h. in der Rechtschrift ist klar und detailliert darzulegen, inwiefern die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung willkürlich sein soll. Auf rein appellatorische Kritik an der vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellung bzw. Beweiswürdigung geht das Bundesgericht nicht ein (BGE 147 I 73 E. 2.2; 140 III 264 E. 2.3; 139 II 404 E. 10.1).

II. Streitgegenstand

E. 3.1

Die vorliegende Auseinandersetzung hat sich an der Vergabe eines öffentlichen Auftrags der Post zur Erstellung und dem Betrieb eines Wide Area Networks (WAN) entzündet. Dabei handelt es sich um ein Weitverkehrsnetz zur digitalen, paketorientierten Datenübertragung mit einer Ausdehnung von mehr als 10 km. Die Post beabsichtigte, damit ihre 2'305 Standorte in der Schweiz zu vernetzen, sodass der digitale Datenaustausch zwischen den Poststandorten sichergestellt ist. Die Datenübertragung erfordert eine erhöhte Nutzungskapazität und deshalb Breitbandinternet. Letzteres bzw. die Datenübertragung erfolgt entweder über eine Leitung oder leitungslos ("drahtgebunden" oder "drahtlos"). Als (physische) Leitung standen wie vorinstanzlich festgestellt grundsätzlich verschiedene Möglichkeiten offen, nämlich das Kupferkabel (Doppelader-Metalleitung, dazumal primär als Telefonleitung genutzt), das Koaxialkabel (TV-Kabelleitung/"Fernsehkabel"), das Glasfaserkabel (welches sich durch sehr hohe Übertragungskapazitäten auszeichnet) und die Stromleitung (sog. Powerline Communications-Technologie). Eine drahtlose Vernetzung fiel aus technischen Gründen (noch) nicht in Betracht. Das drahtgebundene Netzwerk besteht aus verschiedenen Netzschichten (Layer; vgl. E. 4.2 angefochtenes Urteil).

E. 3.2

Zum Zeitpunkt der öffentlichen Ausschreibung verfügte lediglich Swisscom (in der Schweiz) über ein vollständiges Kupferkabelnetz. In Bezug auf den Zugang zu diesem besass Swisscom somit einen Marktanteil von 100 %. Allerdings erfolgte am 1. April 2007, d.h. rund ein Jahr vor der (hier betroffenen) öffentlichen Ausschreibung der Post, die sog.

"Öffnung der letzten Meile": Mit der "letzte Meile" wird das Kupferkabel vom Hausanschluss bzw. Teilnehmer bis zur nächsten Ortszentrale (Anschlusszentrale) einer Fernmeldediensteanbieterin (FDA), d.h. die Teilnehmeranschlussleitung (TAL), bezeichnet. Die TAL steht im Eigentum einer FDA, beispielsweise der Swisscom. Seit dem 1. April 2007 ist die TAL reguliert, d.h. andere FDA wie Sunrise haben seit diesem Zeitpunkt einen transparenten und nichtdiskriminierenden Zugang zu kostenorientierten Preisen zum "Kupferkabel" respektive zur TAL der Swisscom (vgl. Art. 11 Abs. 1 lit. a FMG [Fernmeldegesetz vom 30. April 1997; SR 784.10]; gemäss der vom 1. April 2007 bis 31. Dezember 2020 geltende Fassung; AS 2007 921 ff.; vgl. E. 4.3 und E. 7.4.1 angefochtenes Urteil). Damit wurde und wird den Konkurrenten von Swisscom seit dem 1. April 2007 ermöglicht, die TAL respektive das Kupferkabel der Swisscom zu nutzen, um eigene Dienstleistungen wie Breitbandinternet über diese Leitung anzubieten (vgl. BGE 131 II 13 E. 5.1 ff.).

E. 3.3

Das Kupferkabel verfügt allerdings ab einer gewissen Entfernung zwischen Hausanschluss und Anschlusszentrale über weniger Kapazität bezüglich Datenübertragung. Falls die Datenübertragungskapazität ungenügend war, musste diese mit nicht regulierten Produkten verbessert werden. Das Kupferkabelnetz besteht aus mehreren Netzschichten (Layern). Layer 1 besteht aus dem [unbeschalteten] Kupferkabel bzw. der TAL. Swisscom bot zur Erhöhung der Datenübertragungskapazität zwei Breitbandprodukte an, nämlich CES (Carrier Ethernet Services; auf Layer 2 des Kupferkabelnetzes), und BBCS (Broadband Connectivity Services; Layer 3; vgl. E. 4.2.3 und E. 6.2.2 angefochtenes Urteil). Die Realisierung konnte somit je nach physikalischen Anforderungen mittels TAL, CES oder BBCS erfolgen.

Das Koaxialkabel (Fernsehkabel) und das Glasfaserkabel verfügten im Vergleich zum Kupferkabel über weit höhere Datenübertragungskapazitäten (vgl. E. 4.2.2 angefochtenes Urteil).

E. 3.4

Der regulierte Zugang zur TAL umfasste bewusst "nur" den Zugang zur physischen Leitung der Beschwerdeführerinnen mit den nötigen technischen Informationen, um den Mitbewerberinnen zu ermöglichen, selbst Telefon- und Internetdienste anzubieten und die dafür nötigen Übertragungsgeräte zu installieren. Mit "Entbündelung" wird die teilweise Nutzung der Frequenzen der Kupferkabelleitung durch die Mitbewerberin beschrieben, während bei der "vollständigen Entbündelung" die exklusive Nutzung sämtlicher Frequenzen durch die Mitbewerberin erfolgt (vgl. BGE 131 II 13 E. 5.1 ff.; vgl. Art. 11 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 3 Bst. d bis FMG in der Fassung vom 1. April 2007; AS 2007 921 ff.). Nichtdiskriminierung bedeutet, dass andere Anbieterinnen bezüglich des Zugangs zur TAL nicht schlechter gestellt werden durften und dürfen als Geschäftseinheiten der Beschwerdeführerinnen (Art. 52 Abs. 2 Fernmeldeverordnung [FDV] vom 9. März 2007 in der ab 1. April 2007 geltenden Fassung; SR 784.101.1; AS 2007 945; vgl. E. 4.3, 6.2 und E. 7.4.1 angefochtenes Urteil).

Um die TAL der Swisscom nutzen zu können, mussten die anderen FDA bei der Anschlusszentrale der Swisscom Übertragungsgeräte installieren und damit Investitionen tätigen. Dies wird verkürzt mit "Entbündelung der Anschlusszentrale" umschrieben. Wollte demnach eine konkurrierende FDA die Anschlusszentrale "entbündeln", musste sie noch

Eigenleistungen in Form von Übertragungstechnik/-geräten erbringen, während bei entbündelten Anschlusszentralen diese Investitionen bereits erfolgt waren. Wurde auf die Produkte CES oder BBCS zurückgegriffen, waren diese Eigenleistungen dagegen nicht erforderlich. Der Leistungsumfang dieser Produkte war wesentlich grösser als bei TAL und umfasste neben der Übertragungstechnik auch weitere technische Installationen, Dienstleistungen und Qualitätsgarantien (vgl. E. 4.3, E. 6.2.2 und E. 7.4.1 angefochtenes Urteil; vgl. BGE 146 II 217 E. 3.2.2).

Der unterschiedliche Leistungsumfang des regulierten Vorleistungsprodukts TAL und der kommerziellen Vorleistungsprodukte BBCS und CES schlug sich auch in den Preisen nieder. Zum Zeitpunkt des Zuschlags betrug die monatlichen Preise für TAL Fr. 18.80, für BBCS Fr. 215.-- (bei Kapazität von 1.2 Mbit/s) und für CES Fr. 490.-- (bis 2 Mbit/s).

E. 3.5

Gemäss Art. 4 Abs. 2 KG gelten als marktbeherrschend einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (dazu E. 6.4 unten). Wettbewerbsrechtlich verpönt ist allerdings erst der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. Ein solcher liegt vor, wenn marktbeherrschende Unternehmen 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 unzulässige Verhaltensweisen fallen insbesondere die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen in Betracht (Art. 7 Abs. 2 lit. c KG).

E. 3.6

Um das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung zu prüfen, ist zunächst der relevante Markt abzugrenzen (vgl. dazu E. 6.3 unten). Die Vorinstanz hat als relevanten sachlichen Markt den "Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich betreffend die Ausschreibung der Post im Bereich WAN-Anbindung" abgegrenzt. Damit ist nichts anderes als einzig die konkrete, öffentliche Ausschreibung der Post für die Erstellung und den Betrieb eines WAN vom 21. April 2008 gemeint (vgl. E. 6.2.1 angefochtenes Urteil). Darüber hinaus hat die Vorinstanz noch zwei weitere Märkte abgegrenzt, nämlich zwei Wholesalemärkte (Grosshandelsmärkte), einerseits den "Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten, kurz den Markt für den Zugang zur Kupferkabelleitung respektive zum Layer-1-Vorleistungsprodukt TAL (Teilnehmeranschlussleitung), und andererseits den "Wholesalemarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich". Bei Letzterem handelt es sich um den Markt für Layer-2- und Layer-3-Vorleistungsprodukte für FDA, welche über keine bereits entbündelten TAL zu den Poststellen oder über keine eigene Netzinfrastruktur verfügen und deshalb bestimmte Vorleistungsprodukte in Anspruch nehmen müssten, um Breitbanddienstleistungen anzubieten (vgl. E. 6.2.2 f. und E. 6.5 angefochtenes Urteil; vgl. E. 3.3 oben).

Die Vorinstanz ist zum Schluss gekommen, dass die Beschwerdeführerinnen sowohl in Bezug auf den Endkundenmarkt, welcher ausschliesslich die konkrete Ausschreibung der Post umfasst, als auch auf den vorgenannten Wholesalemärkten über eine marktbeherrschende Stellung verfügten. Sie ist weiter der Auffassung, die Beschwerdeführerinnen hätten ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Markt der

konkreten, öffentlichen Ausschreibung der Post missbraucht, indem sie gegenüber der Post unangemessene Preise erzwungen hätten (Art. 7 Abs. 2 lit. c KG). Denselben Vorwurf erhebt die Vorinstanz aufgrund der angeblich marktbeherrschenden Stellung der Beschwerdeführerinnen auf dem Wholesalemarkt für Layer-2- und Layer-3-Vorleistungsprodukte (CES und BBCS), wobei die Beschwerdeführerinnen gegenüber Sunrise unangemessene Preise erzwungen haben sollen. Schliesslich ist die Vorinstanz der Auffassung, die Beschwerdeführerinnen hätten ihre Stellung gegenüber Sunrise im Sinne einer Kosten-Preis-Schere missbraucht (Art. 7 KG). Letzteres beschreibt ein Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens, welches mittels zweidimensionalem Preisdruck bzw. zweistufigem Behinderungsmissbrauch die Gewinnmargen der Konkurrenz auf dem Endkundenmarkt dermassen beschneidet, dass diese aus dem Markt ausscheidet (vgl. E. 7.11 unten).

Bezüglich Upc Cablecom erhebt die Vorinstanz gegenüber den Beschwerdeführerinnen keinen Vorwurf des Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung. Upc Cablecom spielt jedoch zwangsläufig eine Rolle bei der Frage, ob die Beschwerdeführerinnen auf den drei von der Vorinstanz abgegrenzten Märkten über eine marktbeherrschende Stellung verfügten.

Aufgrund der genannten, wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen sanktionierte die Vorinstanz die Beschwerdeführerinnen gestützt auf Art. 49a KG mit einem Betrag von insgesamt Fr. 7'916'438.--.

E. 3.7

Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens ist zunächst, ob die Beschwerdeführerinnen auf dem Markt, welcher der konkreten öffentlichen Ausschreibung der Post entspricht, über eine marktbeherrschende Stellung verfügten. Die Beschwerdeführerinnen bestreiten dies und rügen diesbezüglich eine Verletzung von Art. 4 Abs. 2 KG (vgl. E. 6.4 ff. unten). Sollte eine marktbeherrschende Stellung gegeben sein, bestreiten die Beschwerdeführerinnen zudem deren Missbrauch und rügen eine Verletzung von Art. 7 KG . Sie bestreiten insbesondere, dass der Tatbestand der Erzwingung unangemessener Preise (Art. 7 Abs. 2 lit. c KG ; gegenüber der Post und Sunrise) erfüllt ist (vgl. E. 8 ff. unten). Ausserdem bestreiten sie das Vorliegen einer Kosten-Preis-Schere (Art. 7 Abs. 1 KG ; gegenüber Sunrise); in diesem Zusammenhang machen die Beschwerdeführerinnen zudem eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes durch die WEKO respektive die Vorinstanz geltend mit der Begründung, es sei auf die falsche Kostenbasis abgestellt worden (vgl. E. 11 unten). Für den Fall, dass ein Missbrauch im Sinne von Art. 7 KG vorliegen sollte bzw. im Sinne einer Eventualbegründung machen die Beschwerdeführerinnen eine fehlerhafte Berechnung der finanziellen Sanktion geltend und rügen eine Verletzung von Art. 32 Abs. 1 BV (Grundsatz "in dubio pro reo") und Art. 49a KG .

Zudem rügen die Beschwerdeführerinnen, das angeblich wettbewerbswidrige Verhalten sei so oder so verjährt, sodass gar keine Sanktion gestützt auf Art. 49a KG ausgesprochen werden könne (vgl. E. 5 unten).

III. Vorbehalt von Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. a KG

E. 4

Gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. a KG sind Vorschriften vorbehalten, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere

Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen. Insoweit diese Vorschriften greifen, wird der materielle Anwendungsbereich des KG beschränkt. Dies bedeutet, dass der Wettbewerb je nach Umfang der staatlichen Markt- oder Preisordnung punktuell oder vollständig ausgeschlossen wird (BGE 141 II 66 E. 2.2.1 und E. 2.2.3 f.; 129 II 497 E. 3.3.1; Urteil 2C_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 7.1).

a) Verhältnis zu den Vorschriften des öffentlichen Beschaffungswesens

E. 4.1

Ausgangspunkt des vorliegenden Verfahrens ist eine öffentliche Ausschreibung bzw. Beschaffung der Post im Rahmen des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (aBöB; AS 1996 508 ff.; in Kraft bis 31. Dezember 2020; per 1. Januar 2021 abgelöst durch das BöB vom 21. Juni 2019 [SR 172.056.1]). Im Rahmen dieses Beschaffungsverfahrens wurde der Swisscom der Zuschlag erteilt, wobei weder die Ausschreibung noch der Zuschlag angefochten wurden. Deshalb stellt sich die Frage, ob und in welchem Umfang die Anwendung des KG allenfalls durch die Vorschriften des Beschaffungswesens ausgeschlossen ist.

Gemäss Art. 1 Abs. 1 lit. b und c aBöB bezweckt die öffentliche Beschaffung, den Wettbewerb unter den Anbieterinnen zu stärken und den wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel zu fördern. Ausserdem war dem wirtschaftlich günstigsten Angebot der Zuschlag zu erteilen (Art. 21 Abs. 1 aBöB). Das KG 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. Die Vorschriften des Beschaffungswesens knüpfen teilweise an kartellrechtliche Begriffe an. So kann die Auftraggeberin gemäss Art. 11 lit. e aBöB den Zuschlag widerrufen, wenn die Anbieterinnen Abreden getroffen haben, die wirksamen Wettbewerb beseitigen oder erheblich beeinträchtigen, d.h. eine Submissionsabrede vorliegt (vgl. zu unzulässigen Wettbewerbsabreden Art. 5 KG).

Die Ziele des Beschaffungswesens und des Kartellrechts sind nicht deckungsgleich, aber insofern kongruent, als der wirksame Wettbewerb gefördert werden soll. Durch die Ausschreibung wird eine spezifische Wettbewerbssituation in einem vorgegebenen Rahmen geschaffen, aufgrund welcher das wirtschaftlich günstigste Angebot zu eruieren ist (HEINZ LEITNER, Öffentliche Beschaffungen und Kartellrecht, AJP 2003, S. 24, S. 27; RUDOLF H. WEBER, in: Zäch/Arnet/Baldi et al. [Hrsg.]; DIKE-Kommentar KG, 2018 [DIKE-Kommentar KG], N. 110 f. zu Art. 3 KG). Aufgrund der kongruenten Zielsetzung ist davon auszugehen, dass die Vorschriften des Beschaffungswesens und des KG

kumulativ anwendbar sind (HEINZ LEITNER, a.a.O., S. 27; RUDOLF H. WEBER, DIKE-Kommentar KG, N. 110 zu Art. 3 KG ; VINCENT MARTENET/BENOÎT CARRON, in: Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], Commentaire Romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl. 2013 [CR Droit de la concurrence], N. 45 zu Art. 3 Abs. 1 LCart). Dem ist nachfolgend Rechnung zu tragen.

b) Verhältnis zum Fernmelderecht

E. 4.2

Das FMG bezweckt, dass der Bevölkerung und der Wirtschaft vielfältige, preiswerte, qualitativ hoch stehende sowie national und international konkurrenzfähige Fernmeldedienste angeboten werden; es soll insbesondere einen wirksamen Wettbewerb

beim Erbringen von Fernmeldediensten ermöglichen (vgl. Art. 1 Abs. 1 und Abs. 2 lit. c FMG). Insoweit besteht auch hier eine mit dem KG kongruente Zielsetzung. Das Bundesgericht hat sich bereits mit dem Verhältnis zwischen FMG und KG auseinandergesetzt. Demgemäss ist bei der Anwendung des KG die regulatorische Rahmenordnung bzw. die sektorielle Regelung des FMG zu beachten. Beide Rechtsordnungen stehen insoweit in einem engen Konnex und beeinflussen sich gegenseitig, wobei deren Auslegung zu einem geschlossenen Gesamtsystem führen soll (BGE 137 II 199 E. 4.4 und E. 5.1 f.). Dass auch das FMG den Wettbewerb fördern möchte, kommt in der bereits erwähnten "Öffnung der letzten Meile" und den entsprechenden regulatorischen Rahmenbedingungen des FMG zum Ausdruck (vgl. E. 3.2 oben). In diesem Sinne sind die Vorschriften des FMG und des KG parallel anwendbar (BGE 137 II 199 E. 3.4; Urteile 2C_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 7.2 f.; 2C_876/2021 vom 2. November 2022 E. 4.3 und E. 5; vgl. VINCENT MARTENET/BENOÎT CARRON, CR Droit de la concurrence, N. 45 zu Art. 3 Abs. 1 LCart).

IV. Verjährung des allfälligen wettbewerbswidrigen Verhaltens

E. 5

Vorab ist zu klären, ob das von der Vorinstanz als wettbewerbswidrig eingeschätzte Verhalten nicht bereits verjährt ist. Sollte dies der Fall sein, würde sich eine Prüfung der materiellen, kartellrechtlichen Fragen erübrigen.

E. 5.1

Die Beschwerdeführerinnen rügen, das angefochtene Urteil verletze Art. 49a KG, denn das vermeintlich wettbewerbswidrige Verhalten der Beschwerdeführerinnen sei verjährt, sodass ihnen so oder so keine Sanktion gestützt auf Art. 49a KG (vgl. Bst. B oben) auferlegt werden könne. Sie bringen vor, die Sanktion gemäss Art. 49a KG sei als Busse im Sinne des StGB (SR 311.0) zu qualifizieren. Entweder gelte für die Verfolgung und Vollstreckung der Sanktion die vierjährige (recte: dreijährige) Verjährungsfrist für Übertretungen (Art. 109 i.V.m. Art. 333 Abs. 1 StGB) oder die vierjährige Verjährungsfrist gemäss Verwaltungsstrafrecht (Art. 11 VStrR [SR 313.0] i.V.m. Art. 333 Abs. 1 und Abs. 6 lit. b StGB). Bezüglich Fristbeginn sei auf den Zeitpunkt, an welchem die inkriminierte Handlung aufgehört habe (Art. 104 i.V.m. Art. 98 lit. c StGB), mithin spätestens auf den 6. März 2009 (Zeitpunkt Vertragsschluss, vgl. Bst. A.b oben), abzustellen. Zum Zeitpunkt der Eröffnung der Untersuchung (18. Juli 2013) sei das vermeintlich wettbewerbswidrige Verhalten der Beschwerdeführerinnen somit verjährt gewesen.

E. 5.2

Die Vorinstanz hat diesbezüglich im Wesentlichen erwogen, vorliegend sei die fünfjährige Verjährungsfrist von Art. 49a Abs. 3 lit. b KG ("Die Belastung entfällt, wenn die Wettbewerbsbeschränkung bei Eröffnung der Untersuchung länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt worden ist."), welche als Verfolgungsverjährung ausgestaltet sei, anwendbar. Diese gehe den vorgenannten Bestimmungen des VStrR und StGB als *lex posterior* und *lex specialis* vor. Da die kartellrechtswidrigen Handlungen der Beschwerdeführerinnen vorliegend spätestens mit Abschluss des Vertrages mit der Post (6. März 2009) erfolgt seien, sei die (fünfjährige) Verjährungsfrist von Art. 49a Abs. 3 lit. b KG mit Eröffnung der Untersuchung (18. Juli 2013) gewahrt worden.

E. 5.3

Rechtsprechungsgemäss hat die Sanktion nach Art. 49a KG zwar strafrechtsähnlichen Charakter, das kartellrechtliche Verfahren bleibt aber dennoch ein Verwaltungsverfahren (BGE 148 II 182 E. 3.3.3; 145 II 259 E. 2.6.2). In diesem Zusammenhang hat das Bundesgericht kürzlich entschieden, dass die Verjährungsfrist von Art. 49a Abs. 3 lit. a KG als verwaltungsrechtliche Spezialregelung zu verstehen sei, weshalb weder das StGB noch das VStrR diesbezüglich anwendbar seien (Urteil 2C_596/2019 vom 2. November 2022 E. 6.3 f. mit Hinweisen). Demnach kommt vorliegend ausschliesslich die fünfjährige Verjährungsfrist von Art. 49a Abs. 3 KG zur Anwendung. Das vorinstanzliche Urteil, wonach die Verjährung nicht eingetreten ist (Fristenlauf vom 6. März 2009 bis 18. Juli 2013, also rund 4 Jahre und 4 Monate), erweist sich damit als bundesrechtskonform und die entsprechende Rüge als unberechtigt.

V. Prüfung der marktbeherrschenden Stellung

E. 6.1

Nachdem feststeht, dass die vorliegend ausgesprochene Sanktion nicht verjährt ist, ist als nächstes der Einwand der Beschwerdeführerinnen zu prüfen, wonach Letztere in der konkreten Ausschreibung gegenüber der Post ("Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich betreffend die Ausschreibung der Post im Bereich WAN-Anbindung"; vgl. E. 3.6 oben) - entgegen der Vorinstanz -

nicht über eine marktbeherrschende Stellung verfügen. Die Beschwerdeführerinnen rügen in diesem Zusammenhang eine Verletzung von Art. 4 Abs. 2 KG .

E. 6.2

Bevor sich die Marktmacht beurteilen lässt, ist der relevante sachliche, räumliche und zeitliche Markt zu definieren. Dieser beurteilt sich analog Art. 11 Abs. 3 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4; BGE 139 I 72 E. 9.1; Urteil 2C_113/2017 vom 12. Februar 2020 E. 5.1; vgl. auch Urteil 2C_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 8). Die Abgrenzung des relevanten Marktes ist eine Rechtsfrage (BGE 139 II 316 E. 5.3).

a) Abgrenzung des relevanten Marktes

aa) Allgemeines

E. 6.3

Der sachlich relevante Markt umfasst danach alle Waren und Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 lit. a VKU). Entscheidend ist somit, welche Produkte oder Leistungen die Marktgegenseite im Hinblick auf die Befriedigung eines bestimmten Bedürfnisses als austauschbar ansieht. Dies hängt davon ab, ob die Produkte oder Dienstleistungen vom Nachfrager hinsichtlich ihrer Eigenschaften und des vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar erachtet werden. Entscheidend ist somit die funktionelle Austauschbarkeit (Bedarfsmarktkonzept) von Waren und Dienstleistungen aus Sicht der Marktgegenseite (BGE 139 I 72 E. 9.2.3.1 mit Hinweisen; Urteile 2C_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 8.2; 2C_113/2017 vom 12. Februar 2020 E. 5.2.1).

E. 6.3.1

Die Vorinstanz hat wie erwähnt drei Märkte abgegrenzt, nämlich (1) einen Endkundenmarkt bzw. die konkrete öffentliche Ausschreibung der Post betreffend WAN-Anbindung sowie zwei Wholesalemärkte (Grosshandelsmärkte), nämlich (2) den Wholesalemarkt für den Zugang der FDA zur Kupferkabelleitung respektive zum Layer-1-Vorleistungsprodukt TAL (Teilnehmeranschlussleitungen) und (3) den Wholesalemarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich, d.h. den Markt für Layer-2- und Layer-3-Vorleistungsprodukte für FDA (vgl. E. 3.6 oben).

ab) Abgrenzung der konkreten öffentlichen Ausschreibung der Post als relevanter Endkundenmarkt

E. 6.3.2.1

Bezüglich des (sachlich relevanten) Endkundenmarktes bzw. der konkreten öffentlichen Ausschreibung der Post hat die Vorinstanz im Wesentlichen erwogen, die Post stehe den Anbieterinnen als End- bzw. Geschäftskundin gegenüber. Aus Sicht der Post umfasse der sachlich relevante Markt die durch sie ausgeschriebene WAN-Dienstleistung zwecks Breitbandanbindung der Poststandorte. Eine weitere Fassung des relevanten Marktes, nämlich im Sinne des Endkundenmarktes für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich, hat die Vorinstanz verworfen (vgl. E. 6.2.1 angefochtenes Urteil).

E. 6.3.2.2

Vorliegend stellt die Post als öffentliche Auftraggeberin und Vergabestelle die Marktgegenseite der Anbieterinnen dar. Demnach ist die Sichtweise der Post massgebend. Aus deren Perspektive ergibt sich ausgehend vom Bedarfsmarktconcept der sachlich relevante Markt aus der konkreten öffentlichen Ausschreibung bzw. den Ausschreibungsunterlagen. Allfällige Fragen der Substituierbarkeit von Produkten und Dienstleistungen sind bereits beantwortet, denn aufgrund des vorliegenden, detaillierten Aufgabenbeschreibs ist die nachgefragte Leistung hinreichend bestimmt. Demzufolge umfasst einer der sachlich relevanten Märkte vorliegend die konkrete, öffentliche Ausschreibung der Post vom 21. April 2008 zur Errichtung und dem Betrieb eines WAN für die Periode 2010 bis 2013 (vgl. Bst. A.a oben; vgl. HEINZ LEITNER, Öffentliche Beschaffungen und Kartellrecht, AJP 2003 S. 23 ff., 28). Diese vorinstanzliche Marktabgrenzung ist bundesrechtskonform und wird von den Beschwerdeführerinnen auch nicht in Frage gestellt.

E. 6.3.2.3

Ausgehend von der konkreten Ausschreibung hat die Vorinstanz das Gebiet der Schweiz als den räumlich relevanten Markt und die Periode vom 21. April 2008 (Datum der Ausschreibung) bis zum 6. März 2009 (Datum Vertragsschluss der Post mit den Beschwerdeführerinnen) als den zeitlich relevanten Markt abgegrenzt (vgl. E. 6.3 und 6.4 angefochtenes Urteil).

Gemäss Art. 11 Abs. 3 lit. b VKU umfasst der räumlich relevante Markt das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet. Im Weiteren erscheint es folgerichtig, nachdem sachlich die konkrete Ausschreibung als relevanter Markt abgegrenzt wurde, in zeitlicher Hinsicht ebenfalls auf die Dauer des Ausschreibungsverfahrens abzustellen. Die vorinstanzliche räumliche und zeitliche Marktabgrenzung, nämlich das Gebiet der Schweiz und die Dauer des Ausschreibungsverfahrens bis zum Vertragsschluss, erweist sich damit

als bundesrechtskonform.

ac) Abgrenzung des Zugangs der FDA zur Kupferkabelleitung respektive zu den TAL als relevanter Wholesalemarkt

E. 6.3.3.1

Als weiteren sachlich relevanten Markt hat die Vorinstanz den Wholesalemarkt für den Zugang der FDA zur Kupferkabelleitung respektive zu den TAL (Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten) abgegrenzt. Dabei handelt es sich um einen dem Endkundenmarkt vorgelagerten Markt, wobei es um ein Layer-1-Vorleistungsprodukt für die Breitbandanbindung des Endkunden geht. Auf diesem Markt stehen sich FDA als Anbieter und Nachfrager des Vorleistungsprodukts TAL gegenüber. Die Vorinstanz begründet die Abgrenzung dieses zusätzlichen Marktes im Wesentlichen damit, dass Sunrise für die Erstellung ihrer Offerte gegenüber der Post auf diese Vorleistung der Beschwerdeführerinnen angewiesen sei (vgl. E. 6.2.2 angefochtenes Urteil). Da konkrete Abhängigkeitsverhältnisse einen wesentlichen Aspekt der Prüfung der marktbeherrschenden Stellung darstellen (vgl. E. 6.4 unten), erweist sich diese zusätzliche Marktabgrenzung, welche von den Beschwerdeführerinnen zudem nicht bestritten wird, als bundesrechtskonform.

E. 6.3.3.2

Bezüglich der räumlichen und zeitlichen Abgrenzung dieses Wholesalemarktes hat sich die Vorinstanz nicht geäußert. Da es um Vorleistungen für die Erbringung der Leistung gegenüber dem Endkunden Post geht, erscheint es folgerichtig, in räumlicher und zeitlicher Hinsicht dieselbe Abgrenzung wie für den konkreten Endkundenmarkt (konkrete Ausschreibung der Post) heranzuziehen, nämlich das Gebiet der Schweiz und die Periode 21. April 2008 bis 6. März 2009 (vgl. E. 6.3.2.3 oben).

ad) Abgrenzung des Marktes für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich als weiteren Wholesalemarkt

E. 6.3.4.1

Als dritten sachlich relevanten Markt hat die Vorinstanz den (vorgelagerten) Wholesalemarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich, worunter der Markt für Layer-2- oder Layer-3-Vorleistungsprodukte für FDA zu verstehen ist, abgegrenzt. Auch hier stehen sich FDA als Nachfrager und Anbieter von Breitband-Vorleistungsprodukten gegenüber. Die Abgrenzung dieses weiteren Wholesalemarktes begründet die Vorinstanz damit, dass aufgrund der physikalischen Gegebenheiten der Kupferkabelleitung und der Investitionen, welche mit der Entbündelung einer Anschlusszentrale verbunden seien, keine Substituierbarkeit zwischen dem Layer-1-Vorleistungsprodukt TAL und den Layer-2- und Layer-3-Vorleistungsprodukten (wie beispielsweise CES und BBCS) bestehe. Die beiden letztgenannten Vorleistungsprodukte seien für FDA gedacht, welche über keine bereits entbündelten Anschlusszentralen oder über keine eigene Netzwerkinfrastruktur verfügten (vgl. E. 6.2.2 und E. 6.2.3 angefochtenes Urteil). Auch diese Marktabgrenzung wird von den Beschwerdeführerinnen nicht in Frage gestellt und erscheint angesichts der zu prüfenden Abhängigkeitsverhältnisse (vgl. E. 6.4 unten) als zutreffend.

E. 6.3.4.2

Räumlich hat die Vorinstanz diesen Wholesalemarkt auf das Gebiet der Schweiz begrenzt, da Ort der Dienstleistungserbringung die Poststandorte in der Schweiz seien. In zeitlicher Hinsicht wurde auch hier der Markt mit der Periode von der öffentlichen Ausschreibung (21. April 2008) bis zum Vertragsschluss der Post mit der Swisscom (6. März 2009) festgelegt, da auf einem Bietermarkt bzw. in einer öffentlichen Ausschreibung sich der "Hauptwettbewerb" vor der Abgabe der Offerten abspiele (vgl. E. 6.4 angefochtenes Urteil). Auch dies ist zutreffend und wurde von den Beschwerdeführerinnen nicht in Frage gestellt.

b) Prüfung der marktbeherrschenden Stellung auf den abgegrenzten Märkten

ba) Allgemeines

E. 6.4

Als nächstes ist zu prüfen, ob die Beschwerdeführerinnen auf den vorgenannten, abgegrenzten Märkten marktbeherrschend waren. Als marktbeherrschend gelten nach Art. 4 Abs. 2 KG 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. Kennzeichnend dafür ist, dass das marktbeherrschende Unternehmen in wichtigen Belangen entscheidende Wettbewerbsparameter ohne Rücksicht auf Kunden bzw. Mitbewerber nach eigenem Gutdünken festlegen kann. Es ist dabei nicht allein auf Marktstrukturdaten abzustellen, sondern es sind auch

konkrete Abhängigkeitsverhältnisse zu prüfen (BGE 139 I 72 E. 9.3.1; Urteile 2C_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 9.1; 2C_113/2017 vom 12. Februar 2020 E. 5.5.1).

In vorgenanntem Zusammenhang spielt auch die Stellung des Nachfragers eine Rolle. Die Grösse und Wichtigkeit des Nachfragers sowie dessen Sachkenntnis und Professionalität kann eine disziplinierende Wirkung auf den Anbieter mit einer starken Marktposition haben (MANI REINERT/BARBARA WÄLCHLI, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar Kartellgesetz, 2. Aufl. 2021 [BSK KG], N. 306 ff., N. 310 zu Art. 4 KG ; vgl. Urteil 2C_113/2017 vom 12. Februar 2020 E. 5.5.2). Von eher untergeordneter Bedeutung ist vorliegend die potentielle Konkurrenz, nämlich die disziplinierende Wirkung durch den wahrscheinlichen Markteintritt eines Konkurrenten in absehbarer Zeit (vgl. dazu MANI REINERT/BARBARA WÄLCHLI, BSK KG, N. 311 ff., N. 342 ff. zu Art. 4 Abs. 2 KG). Die Vorinstanz hat diesbezüglich im Wesentlichen zu Recht erwogen, im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung als relevanter Markt manifestiere sich die potentielle Konkurrenz erst bei der nächsten öffentlichen Ausschreibung.

Im Weiteren kann sich die marktbeherrschende Stellung ausgehend von der "essential facility"-Theorie auch daraus ergeben, dass ein Unternehmen über ausschliessliche Rechte an einer unverzichtbaren Einrichtung, Infrastruktur oder Ausrüstung verfügt und auf dem Markt keine tatsächliche oder potenzielle Ersatzlösung besteht (BGE 139 II 316 E. 6.1; Urteil 2C_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 9.1 in fine).

Insgesamt lässt sich die marktbeherrschende Stellung nicht anhand fixer Kriterien bestimmen, sondern es ist im Einzelfall mit Blick auf die konkreten Verhältnisse zu entscheiden. Erforderlich ist eine wertende Beurteilung aller relevanten Aspekte, die im Einzelfall für oder gegen die Möglichkeit eines unabhängigen Verhaltens sprechen (BGE 139 I 72 E. 9.3.1; Urteile 2C_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 9.1; 2C_113/2017 vom 12.

Februar 2020 E. 5.5.1).

bb) Prüfung der marktbeherrschenden Stellung auf dem Wholesalemarkt für den Zugang zu Kupferkabelleitungen bzw. TAL

E. 6.5

Zunächst ist die Marktstellung der Swisscom auf dem Wholesalemarkt betreffend den Zugang zur Kupferkabelleitung respektive zu den TAL (Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten) als Layer-1-Vorleistungsprodukt zu prüfen.

E. 6.5.1

Zum Zeitpunkt der Ausschreibung verfügte lediglich Swisscom in der Schweiz über ein vollständiges Kupferkabelnetz, und zwar auch bezüglich der Verbindungen zwischen den Hausanschlüssen (Teilnehmeranschlüsse) und Anschlusszentralen (Ortszentralen) bzw. der TAL (Teilnehmeranschlussleitungen), welche gemäss vorinstanzlicher Sachverhaltsfeststellung im Eigentum von Swisscom standen (vgl. E. 7.4.1 angefochtenes Urteil). Demzufolge verfügte Swisscom bezüglich des Marktes betreffend den Zugang zu den TAL über einen Marktanteil von 100 % (vgl. E. 3.2 oben). Die Vorinstanz hat davon ausgehend erwogen, dass Swisscom auf dem Wholesalemarkt für den Zugang zu den TAL über eine marktbeherrschende Stellung verfügte (vgl. E. 7.4.1 angefochtenes Urteil).

E. 6.5.2

Angesichts des Umstandes, dass Swisscom aufgrund der "Öffnung der letzten Meile" der Konkurrenz einen regulierten Zugang zu ihren TAL gewähren musste, fragt es sich, ob Swisscom im Sinne der "essential facility"-Theorie noch über ausschliessliche Rechte an seinen TAL verfügte und sich gegenüber der Konkurrenz im Wesentlichen unabhängig verhalten konnte. Dem Aspekt des regulierten Zugangs ist jedoch bei der Frage des

Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung Rechnung zu tragen (vgl. E. 8 unten). Bezüglich der marktbeherrschenden Stellung fällt ins Gewicht, dass faktisch zum Zeitpunkt der öffentlichen Ausschreibung der Zugang zu den TAL unverzichtbar war. Die anderen FDA konnten im Zeitfenster der öffentlichen Ausschreibung realistischweise keine eigenen TAL erstellen und somit nur über die TAL der Swisscom zu den Endkunden gelangen. Sie waren auf die Nutzung der TAL von Swisscom angewiesen (vgl. BGE 129 II 497 E. 6.3.4; vgl. E. 8.1 unten). Swisscom dagegen war gegenüber den anderen FDA in keiner Weise abhängig. Rein faktisch verfügte die Swisscom damit gegenüber den anderen FDA über eine sehr starke Stellung. Angesichts dieser Umstände haben die Beschwerdeführerinnen zu Recht nicht bestritten, dass sie bezüglich des Wholesalemarktes betreffend Zugang zu den kupferkabelbasierten TAL über eine marktbeherrschende Stellung verfügten.

bc) Prüfung der marktbeherrschenden Stellung auf dem Wholesalemarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich

E. 6.6

Als nächstes ist die Marktstellung der Beschwerdeführerinnen auf dem Wholesalemarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich, nämlich der Markt für Layer-2- oder Layer-3-Vorleistungsprodukte für FDA, zu prüfen.

E. 6.6.1

Die Vorinstanz hat diesbezüglich im Wesentlichen folgende sachverhaltsmässigen Feststellungen getroffen (vgl. E. 7.5.3 - E. 7.5.5 angefochtenes Urteil), welche für das Bundesgericht verbindlich sind (Art. 105 Abs. 1 BGG ; vgl. E. 2.3 oben) : Das betreffende Wholesalegeschäft von Sunrise befand sich im relevanten Zeitraum (April 2008 - März 2009) noch im Anfangsstadium. Zum massgeblichen Zeitpunkt hatte Sunrise erst rund 12 % sämtlicher Anschlusszentralen entbündelt, sodass erst relativ wenige Anschlusszentralen für den Wiederverkauf von Breitbandanschlüssen (an Geschäftskunden) zur Verfügung standen. Upc Cablecom als Kabelnetzbetreiberin verfügte im fraglichen Zeitraum für das Kabelnetz über kein Wholesaleangebot für Breitbandinternet. Der Ausbau der Glasfaserinfrastruktur war im fraglichen Zeitraum noch zu wenig fortgeschritten, als dass über diese Technologie Wholesaleprodukte als reale Alternative zu den Wholesaleprodukten der Swisscom angeboten werden konnten. Der Aufbau eines Glasfasernetzes durch die Elektrizitätswerke befand sich noch im Planungsstadium.

Ausgehend von diesen Feststellungen hat die Vorinstanz erwogen, dass die Beschwerdeführerinnen für den betroffenen Wholesalemarkt über eine marktbeherrschende Stellung verfügten.

E. 6.6.2

Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass die Breitbandangebote der Beschwerdeführerinnen für Geschäftskunden, insbesondere die Layer-2- und Layer-3-Vorleistungsprodukte CES und BBCS (vgl. E. 3.3 oben), im fraglichen Zeitraum praktisch alternativlos waren, sofern auf diese Produkte zurückgegriffen werden musste. Die Beschwerdeführerinnen konnten sich somit, sofern andere FDA auf diese Produkte angewiesen waren, gegenüber diesen im Wesentlichen unabhängig verhalten. Umgekehrt bestand eine Abhängigkeit der konkurrierenden FDA von den Beschwerdeführerinnen, sofern der Einsatz der genannten Breitbandprodukte erforderlich war. Die Schlussfolgerung der Vorinstanz, wonach die Beschwerdeführerinnen auf diesem Wholesalemarkt marktbeherrschend waren, erweist sich damit als bundesrechtskonform.

bd) Prüfung der marktbeherrschenden Stellung auf dem Endkundenmarkt betreffend die Ausschreibung der Post im Bereich WAN-Anbindung

E. 6.7

Im Weiteren ist die Marktstellung der Beschwerdeführerinnen auf dem Endkundenmarkt , welcher die vorliegende öffentliche Ausschreibung der Post betreffend WAN-Anbindung umfasst ("Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich betreffend die Ausschreibung der Post im Bereich WAN-Anbindung"), zu prüfen. Die Vorinstanz ist auch bezüglich dieses Marktes zum Schluss gelangt, dass die Beschwerdeführerinnen über eine marktbeherrschende Stellung verfügten, was von Letzteren bestritten wird.

E. 6.7.1

Die Beschwerdeführerinnen rügen diesbezüglich eine Verletzung von Art. 4 Abs. 2 KG . Sie machen im Wesentlichen geltend, da die konkrete Ausschreibung der Post den relevanten Markt darstelle und die Post als Vergabestelle damit zwischen verschiedenen Angeboten von drei qualifizierten Anbieterinnen habe auswählen können, habe ein "Bietermarkt" im Sinne eines Wettbewerbs zwischen den Anbieterinnen bestanden. Ein "Bietermarkt" schliesse eine marktbeherrschende Stellung der Beschwerdeführerinnen,

abgesehen von hier nicht zutreffenden Einzelfällen, von vornherein aus. Ein solcher Einzelfall hätte vorgelegen, wenn aus dem Präqualifikationsverfahren nur eine einzige Anbieterin hervorgegangen wäre. Zudem sei den Beschwerdeführerinnen eine mit Verhandlungsmacht ausgestattete Post gegenüber gestanden. Die Beschwerdeführerin 1 habe denn auch ihren Angebotspreis auf Druck der Post um 20 % senken müssen, was ausschliesse, dass die Beschwerdeführerinnen sich in wesentlichem Umfang unabhängig von der Post hätten verhalten können. Ausserdem sei die Post (ausgehend von der unbestrittenen Tatsache, dass zahlreiche Unternehmen ihr WAN selbst erstellt haben) in der Lage gewesen, wie andere grössere Kunden selbst ein WAN zu errichten.

Im Weiteren habe Upc Cablecom ein konkretes Angebot abgegeben, wobei diese in der Vergangenheit wiederholt Ausschreibungen bezüglich der WAN-Anbindung von Unternehmen für sich entschieden habe. Ob Upc Cablecom in ländlichen Gebieten wie von der Vorinstanz behauptet bloss eine angeblich lückenhafte Abdeckung aufgewiesen habe, spiele keine Rolle, denn es gehe nur um die Ausschreibung der Post und nicht den gesamten Geschäftskundenmarkt. Dass Upc Cablecom in ländlichen Gebieten auf Vorleistungsprodukte anderer FDA angewiesen gewesen sei, lasse sich nicht auf die Akten stützen. Es sei auch nie untersucht worden, für welche Poststandorte Upc Cablecom angeblich auf Vorleistungsprodukte anderer FDA bzw. Swisscom angewiesen gewesen sei. Dass von Upc Cablecom kein Wettbewerbsdruck ausgegangen sei, sei aktenwidrig und willkürlich. Bezüglich Sunrise komme es nicht darauf an, ob diese von Swisscom abhängig gewesen sei, sondern ob Swisscom sich habe unabhängig verhalten können.

E. 6.7.2

Unbestritten ist, dass Upc Cablecom bereits vor der konkreten Ausschreibung der Post WAN-Projekte realisiert hat, wobei das grösste Projekt die Basler Versicherungen betraf. Die Vorinstanz hat bezüglich Upc Cablecom verschiedene "Feststellungen" getroffen (vgl. E. 7.6.4.2 ff. angefochtenes Urteil), nämlich dass dieses Unternehmen im massgeblichen Zeitpunkt der grösste Kabelnetzbetreiber (Fernsehkabel) der Schweiz war und das eigene Netzwerk rund 1.9 Millionen Haushalte und alle grösseren Städte der Schweiz erschloss, wobei Upc Cablecom auch Breitbandinternet anbot. Im Jahr 2018 bzw. zehn Jahre nach dem massgeblichen Zeitraum habe Upc Cablecom allerdings nur 900 Gemeinden und damit nicht einmal die Hälfte aller 2'222 Schweizer Gemeinden erreicht. Mit seinem Kabelnetz habe Upc Cablecom im relevanten Zeitraum keine schweizweite lokale Versorgung anbieten können und sei vor allem in den städtischen Gebieten präsent gewesen. Die lokale Abdeckung im Sinne der ländlichen Abdeckung sei lückenhaft gewesen. Für die Anbindung von Poststellen in ländlichen Gebieten sei Upc Cablecom auf Vorleistungsprodukte anderer FDA angewiesen gewesen, wenn sie auf die teure Verlegung von Glasfaserleitungen habe verzichten wollen. Von Upc Cablecom sei zwar in städtischen Gebieten, aber nicht insgesamt ein genügender Wettbewerbsdruck ausgegangen.

E. 6.7.3

Bei Punkten wie der Höhe von Marktanteilen, der Existenz von aktuellem oder potentiell Wettbewerbsdruck oder den konkreten Umständen der Abhängigkeit handelt es sich um tatsächliche Gegebenheiten bzw. Sachverhaltsfeststellungen (zur Abgrenzung von Sachverhalts- und Rechtsfragen vgl. GRÉGORY BOVEY, in: Aubry Girardin/Donzallaz/et al. [Hrsg.], Commentaire de la LTF, 3. Aufl. 2022, N. 29 zu Art. 105 LTF). Eine Rechtsfrage ist dagegen, ob aufgrund tatsächlicher Indizien darauf geschlossen werden

kann, dass bei einem Anbieter eine marktbeherrschende Stellung vorliegt (vgl. Urteil 2C_113/2017 vom 12. Februar 2020 E. 5.5.2 f.).

E. 6.7.4

Entgegen den Beschwerdeführerinnen spielt die vorinstanzliche Feststellung, wonach die Abdeckung durch das Kabelnetz von Upc Cablecom im ländlichen Raum lückenhaft war, eine Rolle, da davon auszugehen ist, dass sich ein Grossteil der Poststandorte nicht in den städtischen Gebieten befand. In

tatsächlicher Hinsicht ist die Vorinstanz mit anderen Worten davon ausgegangen, dass ein Grossteil der Poststandorte nicht ohne Weiteres an das Kabelnetz von Upc Cablecom angebunden werden konnte. Auch die vorinstanzliche Feststellung, wonach die WAN-Anbindung mittels Glasfasernetz durch Upc Cablecom aufgrund der Kosten nicht in Betracht kam, ist in diesem Zusammenhang relevant. Demzufolge war der aktuelle Wettbewerb durch Upc Cablecom in Bezug auf die konkrete öffentliche Ausschreibung der Post betreffend WAN-Anbindung eher geringer Natur.

E. 6.7.5

Bezüglich Sunrise hat die Vorinstanz festgestellt (vgl. E. 7.6.3 angefochtenes Urteil), dass diese vor dem Postprojekt bereits mehrere WAN-Projekte realisiert hatte. Dennoch sei Sunrise für die Realisierung des Postprojekts je nach Szenario -

ohne die Entbündelung weiterer Anschlusszentralen - für 37 % bis 45 % der Poststandorte auf ein Layer-2- oder Layer-3-Vorleistungsprodukt (BBCS oder CES) von Swisscom angewiesen gewesen (vgl. dazu E. 9.6 unten). Auch von Sunrise sei im fraglichen Zeitraum bezüglich der Ausschreibung der Post keine genügende disziplinierende Wirkung auf Swisscom ausgegangen.

E. 6.7.6

Bezüglich der Stellung der Post und der Frage, ob die Beschwerdeführerinnen sich im Wesentlichen gegenüber der Post unabhängig verhalten konnten, ist in tatsächlicher Hinsicht unbestritten, dass die Beschwerdeführerinnen im Rahmen von Preisverhandlungen (welche gemäss Ausschreibung vorbehalten waren, vgl. Bst. A.a oben) eine Preisreduktion von rund [15 % - 25 %] gewähren mussten (von ca. [Fr. 23 - 28 Mio.] auf rund Fr. 20.5 Mio.; vgl. E. 7.6.5.1 in fine und E. 7.6.5.3 angefochtenes Urteil). Ebenso ist unbestritten, dass die Post aufgrund der einschlägigen Vorschriften den beteiligten Anbieterinnen bis zum Zuschlag keine Informationen über Konkurrenzangebote abgeben durfte, sodass diese im Ungewissen waren, wie sehr sie der Post preislich entgegenkommen mussten (vgl. E. 7.6.5.3 angefochtenes Urteil).

E. 6.7.7

In rechtlicher Hinsicht hat die Vorinstanz im Wesentlichen erwogen, bei einer öffentlichen Ausschreibung ergebe sich oft und typischerweise eine Situation von Marktmacht, bei welcher einer grösseren Anzahl von Anbietern ein Nachfragemonopol der ausschreibenden Behörde gegenüberstehe. Diese Situation des Ungleichgewichts werde jedoch im Rahmen des Vergabeverfahrens durch die rechtsstaatlichen Verfahrensgarantien und Grundsätze wie Gleichbehandlung und Transparenz entschärft. Den Beschwerdeführerinnen sei allerdings darin beizupflichten, dass die Vergabestelle bei einer öffentlichen Ausschreibung über eine gewisse Übermacht verfüge, da sie es in der Hand habe, bei Preisnachlässen die Anbieter gegeneinander auszuspielen. Trotzdem stehe der von Swisscom gewährte Preisnachlass

deren marktbeherrschender Stellung nicht entgegen, sondern die Post habe lediglich ihre Verhandlungsmacht geschickt ausgenutzt (vgl. E. 7.6.5.1 angefochtenes Urteil). Da Upc Cablecom und Sunrise die Beschwerdeführerinnen lediglich lokal beschränkt hätten konkurrenzieren können, seien Letztere bezüglich des Endkundenmarktes betreffend WAN-Anbindung der Post bzw. der konkreten, öffentlichen Ausschreibung der Post marktbeherrschend gewesen.

E. 6.7.8

Zunächst ist festzuhalten, dass nach dem Bedarfsmarktkonzept bezüglich der Abgrenzung des relevanten, sachlichen Endkundenmarktes die Sichtweise der Post

als Nachfragerin massgebend ist. Die Post hat eine zu beschaffende Leistung öffentlich ausgeschrieben mit dem Ziel, das Projekt mittels eines Anbieters zu realisieren. Die eigene Erstellung des WAN durch die Post (im Sinne eines potentiellen Wettbewerbs) steht dieser Zielsetzung diametral gegenüber. Wäre ausserdem die Post effektiv in der Lage gewesen, das Projekt selbst zu realisieren, hätte sie kaum den Weg der öffentlichen Ausschreibung gewählt. Die Erstellung der WAN-Anbindung durch die Post selbst fällt deshalb entgegen den Beschwerdeführerinnen ausser Betracht.

E. 6.7.9

Im Weiteren ist wie gesagt von der kumulativen Anwendung der Vorschriften des öffentlichen Beschaffungswesens und des KG auszugehen (vgl. E. 4.1 oben). Der Umstand, dass eine öffentliche Ausschreibung stattgefunden hat und der Zuschlag erteilt wurde, schliesst die Annahme der marktbeherrschenden Stellung eines Anbieters im Rahmen des KG nicht von vornherein aus. Fraglich ist primär, ob ein Anbieter angesichts der starken Position der Vergabestelle in einer öffentlichen Ausschreibung eine allfällige marktbeherrschende Stellung missbrauchen kann; im Fokus steht denn auch im Kontext mit öffentlichen Ausschreibungen normalerweise der Missbrauch durch die Vergabestelle, nicht durch den Anbieter (vgl. EVELYNE CLERC, CR Droit de la concurrence, N. 47 b zu Art. 7 Abs. 1 LCart). Hier geht es allerdings um die Marktstellung der Swisscom, nicht deren Missbrauch. Für diese Marktstellung auf dem konkreten Endkundenmarkt ist vorliegend entscheidend, dass auch die Marktstellung der Swisscom auf den beiden abgegrenzten Wholesalemärkten zu berücksichtigen ist. Swisscom war zwar nur eine von drei qualifizierten Anbieterinnen auf dem Endkundenmarkt, verfügte jedoch über eine marktbeherrschende Stellung auf den beiden abgegrenzten Wholesalemärkten. Durch diese dem vorliegenden Endkundenmarkt vorgelagerten Märkte ging demnach keine disziplinierende Wirkung auf Swisscom aus. Die starke Stellung der Post als Vergabestelle und Nachfragerin wurde dadurch relativiert. Umgekehrt konnte Swisscom sich auch gegenüber der Post auf ihre marktbeherrschende Stellung bezüglich der Vorleistungsprodukte abstützen. Durch diese marktübergreifende, starke Stellung konnte sich Swisscom in Bezug auf die konkrete öffentliche Ausschreibung auch gegenüber dem Endkunden Post zwar nicht in allen Belangen, aber doch in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten. Die Schlussfolgerung der Vorinstanz, wonach Swisscom auch auf dem konkreten Endkundenmarkt, nämlich der öffentlichen Ausschreibung der Post betreffend WAN, eine marktbeherrschende Stellung zukam, erweist sich deshalb als bundesrechtskonform.

be) Zusammenfassung betreffend marktbeherrschende Stellung

E. 6.7.10

Aufgrund des Gesagten ergibt sich, dass die Beschwerdeführerinnen auf den drei abgegrenzten Märkten, nämlich der öffentlichen Ausschreibung der Post (Endkundenmarkt) und den beiden Vorleistungsprodukte betreffenden Wholesalemärkten bezüglich Zugang zum Kupferkabelnetz (bzw. den TAL) und Breitbandprodukten für Geschäftskunden über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfügten. Eine andere Frage ist, ob Swisscom diese marktbeherrschenden Stellungen im Sinne von Art. 7 KG missbrauchte, was nachfolgend zu prüfen ist.

VI. Der rechtliche Rahmen des Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung

a) Die allgemeinen rechtlichen Voraussetzungen des Missbrauchs

E. 7

Die Vorinstanz wirft den Beschwerdeführerinnen vor, ihre marktbeherrschende Stellung auf dem relevanten Endkundenmarkt bzw. der öffentlichen Ausschreibung durch Erzwingung unangemessener Preise (Art. 7 Abs. 2 lit. c KG) gegenüber der Post missbraucht zu haben. Weiter wirft die Vorinstanz den Beschwerdeführerinnen vor, ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Wholesalemarkt betreffend Breitbandangebote für Geschäftskunden durch Erzwingung unangemessener Preise gegenüber Sunrise missbraucht zu haben. Zudem geht die Vorinstanz davon aus, dass die Beschwerdeführerinnen sich gegenüber Sunrise missbräuchlich im Sinne der Anwendung einer Kosten-Preis-Schere verhalten haben (Art. 7 Abs. 1 KG ; vgl. E. 3.6 oben).

E. 7.1

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. Das KG verbietet demnach eine marktbeherrschende Stellung nicht und eine solche ist für sich alleine auch nicht missbräuchlich (BGE 146 II 217 E. 4.1 ; 139 I 72 E. 10.1.1). Vielmehr besteht der Sinn und Zweck des Wettbewerbs gerade darin, durch Markterfolg und internes Wachstum eine dominierende Stellung zu erreichen (BGE 146 II 217 E. 4.1 ; 139 I 72 E. 10.1.1). Ebenso wenig untersagt das KG einem marktbeherrschenden Unternehmen, seine Stellung zu bewahren und daraus Profit zu ziehen sowie grundsätzlich anderen Unternehmen die Aufnahme und Ausübung des Wettbewerbs zu erschweren (vgl. BGE 146 II 217 E. 4.1 ; 139 I 72 E. 10.1.1; Urteil 2C_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 10.1.1). Marktbeherrschung wird allerdings dann problematisch, wenn - wie Art. 7 Abs. 1 KG festhält - als qualifizierendes Element eine unzulässige Verhaltensweise hinzutritt, weshalb das marktbeherrschende Unternehmen eine besondere Verantwortung für sein Marktverhalten trägt. Solche Verhaltensweisen setzen einen Missbrauch voraus: Missbraucht wird danach die marktbeherrschende Stellung, welche es einem Unternehmen erlaubt, sich unabhängig von anderen Marktteilnehmern zu verhalten. Das missbräuchliche Verhalten richtet sich entweder gegen andere, konkurrenzierende Unternehmen oder gegen die Marktgegenseite (d.h. Lieferanten oder Abnehmer; BGE 146 II 217 E. 4.1 ; 139 I 72 E. 10.1.1; 129 II 497 E. 6.5.1).

E. 7.2

Gestützt darauf unterscheidet Art. 7 Abs. 1 KG zwei Behinderungsformen, nämlich den Behinderungsmissbrauch und den Benachteiligungs- bzw. Ausbeutungsmissbrauch. Behinderungsmissbrauch liegt vor, wenn andere Unternehmen (i.d.R. aktuelle oder

potentielle Konkurrenten) durch Missbrauch in der Aufnahme (d.h. durch Errichtung von Marktzutrittsschranken) oder Ausübung des Wettbewerbs behindert werden, wobei es keine Rolle spielt, ob sich die Behinderung auf dem Markt des Marktbeherrschers oder einem vor- bzw. nachgelagerten Markt aktualisiert. Behinderungsmisbrauch umfasst mit anderen Worten sämtliche Massnahmen beherrschender Unternehmen ausserhalb eines fairen Leistungswettbewerbs, die sich gegen aktuelle und potentielle Wettbewerber richten und diese in ihren Handlungsmöglichkeiten auf dem beherrschten Markt oder benachbarten Märkten einschränken. Benachteiligungs- bzw. Ausbeutungsmisbrauch liegt vor, wenn der Marktgegenseite ausbeuterische Geschäftsbedingungen oder Preise aufgezwungen werden. Charakteristisch für diese Missbrauchskategorie ist das Streben des marktbeherrschenden Unternehmens nach ökonomischen Vorteilen durch eine Beeinträchtigung der Interessen von Handelspartnern und Verbrauchern unter Ausnutzung seiner marktbeherrschenden Stellung (BGE 146 II 217 E. 4.1 ; 139 I 72 E. 10.1.1).

E. 7.3

Gewisse Verhaltensweisen von marktbeherrschenden Unternehmen können zugleich behindernd und benachteiligend bzw. ausbeutend sein; insofern ist es grundsätzlich irrelevant, ob eine zu beurteilende Verhaltensweise dem Begriff Behinderungs- oder Ausbeutungsmisbrauch zugewiesen werden kann, welchen ohnehin nur heuristischer Wert zukommt. Massgebend ist aber allemal, dass die Missbräuchlichkeit (einschliesslich der Wettbewerbsschädigung) der strittigen Verhaltensweise aufgrund einer Einzelfallanalyse festgestellt wird (BGE 146 II 217 E. 4.1 ; 139 I 72 E. 10.1.1). Diesbezüglich ist, auch wenn diese Voraussetzung nicht ausdrücklich aus dem Gesetzestext hervorgeht, zu fragen, ob das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens nicht sachliche Gründe, insbesondere aus objektiver Sicht zulässige wirtschaftliche Gründe, bzw. Rechtfertigungsgründe ("legitimate business reasons"), verfolgt, welche zwangsläufig den missbräuchlichen Charakter des Verhaltens und folglich dessen Unzulässigkeit gemäss Art. 7 KG aufheben (BGE 146 II 217 E. 4.2 ; 139 I 72 E. 10.1.2; Urteil 2C_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 10.1.2).

E. 7.4

Verdeutlicht werden die Behinderung und Benachteiligung nach Art. 7 Abs. 1 KG durch einen Beispielkatalog in Art. 7 Abs. 2 KG . Als missbräuchlich und damit unzulässig fallen demnach die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen in Betracht (Art. 7 Abs. 2 lit. c KG). Allerdings indizieren die Tatbestände von Abs. 2 nicht per se eine unzulässige Verhaltensweise. Ob die in Abs. 2 aufgeführten Verhaltensweisen missbräuchlich sind, ist immer an den Anforderungen von Art. 7 Abs. 1 KG zu messen. Es ist mit anderen Worten im Einzelfall zu prüfen, ob eine Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 KG eine Behinderung bzw. Benachteiligung i.S. des Art. 7 Abs. 1 KG darstellt, was anhand eines dualen Prüfungsmusters zu eruieren ist: In einem ersten Schritt sind die Wettbewerbsverfälschungen (d.h. Behinderung bzw. Benachteiligung von Marktteilnehmern) herauszuarbeiten und in einem zweiten Schritt mögliche Rechtfertigungsgründe ("legitimate business reasons") zu prüfen. Unzulässiges Verhalten liegt dann vor, wenn kein sachlicher Grund für die Benachteiligung bzw. Ausbeutung oder die Behinderung vorliegt. Demnach kann ein Unternehmen ein die Konkurrenz oder die Marktgegenseite behinderndes bzw. benachteiligendes Verhalten einräumen und gleichzeitig für sich in Anspruch nehmen, lediglich legitime kaufmännische Grundsätze angewendet zu haben (BGE 146 II 217 E. 4.2 ; 139 I 72 E. 10.1.2; Urteile

2C_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 10.1.2; 2C_113/2017 vom 12. Februar 2020 E. 6.1).

b) Die Erzwingung unangemessener Preise (Art. 7 Abs. 2 lit. c KG)

E. 7.5

Als unzulässige bzw. missbräuchliche Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens fällt gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. c KG die Erzwingung unangemessener Preise in Betracht. Wie sich bereits aus dem Wortlaut von Art. 7 KG und den vorstehenden Ausführungen ergibt, genügt der Kausalzusammenhang zwischen marktbeherrschender Stellung und der Unangemessenheit der Preise nicht, um den Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG zu erfüllen. Vielmehr muss als qualifizierendes Element bzw. Verhaltensweise ein "Erzwingen" ("le fait d'imposer"; "l'imposizione") vorliegen. Die unangemessenen Preise müssen der Marktgegenseite aufgezwungen werden, etwa indem das marktmächtige Unternehmen Mittel anwendet oder anzuwenden droht, um seiner Forderung nach einem bestimmten Vorzugspreis Nachdruck zu verleihen (BGE 137 II 199 E. 4.3.3 f.; MARC AMSTUTZ/BLAÏSE CARRON, BSK KG, N. 377 zu Art. 7 KG). Nicht erforderlich ist allerdings eine vollständige wirtschaftliche Unterjochung der Marktgegenseite. Verlangt wird aber, dass die Marktgegenseite dem ökonomischen Druck, der wie gesagt durch eine bestimmte Verhaltensweise erzeugt wird und sich auf die Marktbeherrschung stützt, nichts entgegenzusetzen hat bzw. diesem nicht ausweichen kann (BGE 137 II 199 E. 4.3.5).

E. 7.6

Im Weiteren ist rechtsprechungsgemäss insbesondere bei der Anwendung des Tatbestandes von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG die Rahmenordnung des FMG zu beachten (vgl. E. 4.2 oben; VINCENT MARTENET/ BENOÏT CARRON, CR Droit de la concurrence, N. 45 zu Art. 3 Abs. 1 LCart). In BGE 137 II 199 hatte das Bundesgericht den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung von Swisscom auf dem Wholesalemarkt zwischen FDA für in ein Mobilfunknetz eingehende Fernmeldedienste (sog. Terminierung) zu beurteilen. Es erwog, dass gemäss dem FMG bei Marktbeherrschung eine Pflicht zur Interkonnektion (des marktbeherrschenden Unternehmens), d.h. zur Gewährung des Zugangs bzw. der Verbindung der Anlagen und Dienste, bestand. Wäre die der Swisscom auf dem Wholesalemarkt gegenüberstehende FDA mit den Interkonnektionspreisen oder -bedingungen nicht einverstanden gewesen, hätte sie gemäss FMG ein Interkonnektionsverfahren verlangen können. Die Rahmenordnung des FMG habe eine Ausweichmöglichkeit geschaffen, auch wenn das Interkonnektionsverfahren für das betroffene Unternehmen zweifellos einen gewissen Aufwand mit sich gebracht hätte. Das Bundesgericht kam zum Ergebnis, dass diese Rahmenordnung des FMG ein "Erzwingen" gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. c KG zwangsläufig ausschloss, sodass dieser Tatbestand nicht erfüllt war (BGE 137 II 199 E. 5.1 ff.).

E. 7.7

Wenn zur Tatbestandserfüllung eine unzulässige Verhaltensweise bzw. ein "Erzwingen" notwendig ist, folgt daraus zudem, dass ein Preis, der das Ergebnis von Verhandlungen ist, grundsätzlich nicht auf einem "Erzwingen" beruhen kann. Verhandlungen sind vielmehr Ausdruck davon, dass dem ökonomischen Druck des Marktmächtigen etwas entgegengesetzt werden kann, eine Ausweichmöglichkeit besteht (vgl. E. 7.5 oben; vgl. BGE 137 II 199 E. 5.4). "Erzwingen" bedeutet mit anderen Worten, dass der Preis vom marktbeherrschenden Unternehmen einseitig festgesetzt wurde. Andernfalls würde das Tatbestandsmerkmal des "Erzwingens" obsolet und es würden im Ergebnis eine

marktbeherrschende Stellung und ein Kausalzusammenhang zwischen derselben und einem unangemessenen Preis für einen Missbrauchstatbestand genügen, was dem Wortlaut von Art. 7 KG und dem Willen des Gesetzgebers widerspricht (vgl. BGE 137 II 199 E. 4.3.4; WEKO, RPW 2008/4, 544 ff., Rz. 178 f.; vgl. MARC AMSTUTZ/BLAÏSE CARRON, BSK KG, N. 379 zu Art. 7 KG ; LUCA STÄUBLE/FELIX SCHRANER, DIKE-Kommentar KG, N. 371, N. 410 zu Art. 7 KG).

E. 7.8

Folgerichtig schützt Art. 7 Abs. 2 lit. c KG auch nicht Handelspartner, welche sich aus eigenem Verschulden haben übervorteilen lassen (MARC AMSTUTZ/BLAÏSE CARRON, BSK KG, N. 355, N. 379 zu Art. 7 KG ; LUCA STÄUBLE/FELIX SCHRANER, N. 372 zu Art. 7 KG ; EVELYNE CLERC/ PRANVERA KËLLEZI, CR Droit de la concurrence, N. 179 zu Art. 7 Abs. 2 LCart). Massstab, ob ein zulässiges oder unzulässiges Verhalten vorliegt, ist der Institutionen- und Individualschutz gemäss dem KG. Der Zweck des KG besteht darin, die volkswirtschaftlich und sozial schädlichen Auswirkungen von Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb (als Institution) und die wirtschaftliche Freiheit der Unternehmen vor Missbrauch und Verfälschung zu schützen, kurz einen wirksamen Wettbewerb zu gewährleisten (vgl. BGE 139 II 328 E. 3.4 ; 139 I 72 E. 10.1.2; 129 II 497 E. 6.4.2; 129 II 18 E. 5.2.1). Es ist nicht Aufgabe des KG, Unternehmen, welche sich primär aufgrund des eigenen Verhaltens auf dem Markt nicht durchsetzen können, mit den Mitteln des KG zu schützen.

E. 7.9

Im Weiteren erfordert der Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG , dass der Preis "unangemessen" ist. Die Problematik dieses Tatbestandselements besteht darin, dass der Preis grundsätzlich das Resultat von Marktprozessen ist und es in diesem Sinne keinen "gerechten" Preis gibt. Auch sehr hohe Preise oder Margen sind nicht per se unangemessen und können überlegene oder besonders innovative Leistungen widerspiegeln. Gegen solche Preise vorzugehen, würde dem in einer Marktwirtschaft erwünschten Anreiz, zu investieren und innovative Produkte zu entwickeln, widersprechen. Zudem besteht der Zweck des KG nicht darin, eine Preisregulierung zu betreiben, sondern wie gesagt vor Wettbewerbsbeeinträchtigungen zu schützen (vgl. E. 7.8 oben). Folglich kann ein Preis im Rahmen des KG nur dann "unangemessen" sein, wenn er auf eine Wettbewerbsbeeinträchtigung zurückgeht (vgl. dazu MARC AMSTUTZ/BLAÏSE CARRON, BSK KG, N. 353 zu Art. 7 KG ; LUCA STÄUBLE/FELIX SCHRANER, N. 376, N. 388 zu Art. 7 KG).

Die Praxis hat wie auch von der Vorinstanz dargelegt (vgl. E. 8.2.1 S. 65 angefochtenes Urteil) verschiedene Tests entwickelt, deren Resultate Indizien für oder gegen die Unangemessenheit eines Preises darstellen können. Im Rahmen der "Als-ob-Methode" werden die tatsächlichen Bedingungen auf dem relevanten Markt den Bedingungen (auf demselben Markt) bei wirksamem Wettbewerb gegenübergestellt und ein hypothetischer Wettbewerbspreis ermittelt. Das Vergleichsmarktkonzept basiert auf einem Vergleich der vermeintlich unangemessenen Preise mit den Preisen auf ähnlich gelagerten Märkten (Vergleichsmärkten), auf denen wirksamer Wettbewerb besteht. Die Kostenmethode besteht darin, die Gestehungskosten des marktbeherrschenden Unternehmens für ein Produkt, unter Berücksichtigung einer normalen Gewinnmarge, mit dem Verkaufspreis dieses Produkts zu vergleichen und die Kosten-Preis-Spanne (bzw. entsprechende Marge)

zu ermitteln.

Allerdings ist auch eine hohe Marge nicht per se mit einem unangemessenen Preis gleichzusetzen, da das KG wie gesagt nicht der Preisregulierung dient, sondern es sind immer alle Umstände des konkreten Falles zu berücksichtigen (vgl. MARC AMSTUTZ/BLAÏSE CARRON, N. 392 ff. zu Art. 7 KG ; LUCA STÄUBLE/FELIX SCHRANER, N. 380 ff. zu Art. 7 KG). Aufgrund des Umstandes, dass der Preis grundsätzlich als Resultat von Marktprozessen zu akzeptieren ist, ist nur bei einem krassen Missverhältnis zwischen eigenen Kosten und Verkaufspreis einzuschreiten (MARC AMSTUTZ/BLAÏSE CARRON, BSK KG, N. 390, N. 402 in fine zu Art. 7 KG). Bezüglich der Leistungsabrechnung im Gesundheitswesen hat die WEKO die Tarife von sogenannten Intermediären, d.h. von Dienstleistungsunternehmen, welche die elektronische Rechnungsstellung zwischen Leistungserbringern und Patienten bzw. Versicherern sicherstellen, im Rahmen einer Vorabklärung geprüft. Ein Intermediär verlangte pro Rechnung zunächst Preise von Fr. 1.70 bis Fr. 1.30, später von Fr. 0.92 bis Fr. 1.00. Die Kosten pro Rechnung beliefen sich auf Fr. 0.50. Die WEKO war der Auffassung, der Preis liege auch bei Anrechnung eines angemessenen Gewinns weit über den Kosten und es bestünden damit Indizien für einen unangemessenen Preis (RPW 2007/2, 174 ff., Rz. 75 ff., Rz. 82). Die Nettogewinnmarge lag in diesem Fall bei 45.65 % $[(0.92-0.5) : 0.92 \times 100]$ bis 70.58 % $[(1.70-0.50) : 1.70 \times 100]$.

E. 7.10

Im Zusammenhang mit der Auslegung von Art. 7 KG kann, wie das Bundesgericht bereits mehrfach entschieden hat, auch auf die Lehre und Praxis zu Art. 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV; ABl. C 115/47 vom 9. Mai 2008) zurückgegriffen werden, da die jeweiligen Normen grösstenteils übereinstimmen (BGE 146 II 217 E. 4.3 ; 139 I 72 E. 8.2.3; Urteil 2C_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 5.4).

Die Lehre steht dem Tatbestand des Missbrauchs aufgrund unangemessener Preise kritisch gegenüber. Die Aussicht auf eine hohe Gewinnmarge sei eine zentrale Triebfeder des Wettbewerbs und dürfe nicht durch eine Preiskontrolle gestört werden. Die EU-Kommission sei kein Preisregulator. Der Tatbestand solle deshalb nur als Notbehelf bzw. subsidiär zur Anwendung kommen. Bezüglich der Methodik steht in der EU die Vergleichsmarktmethode im Vordergrund, während die Kostenmethode wegen der Schwierigkeiten der tatsächlichen Kostenfeststellung eher selten zum Zug kommt. Grundsätzlich solle nur eine sehr hohe Gewinnspanne bzw. Rentabilität ein Indiz für die Unangemessenheit des Preises darstellen (THOMAS EILMANSBERGER/FLORIAN BIEN, in: Münchener Kommentar, Wettbewerbsrecht, Bd. 1 Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2020, N. 338 f., N. 341, N. 349, N. 358 f. zu Art. 102 AEUV; ANDREAS FUCHS, in: Immenga/Mestmäcker [Hrsg.], Wettbewerbsrecht, Bd. 1, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 6. Aufl. 2019, N. 169, N. 176 ff. zu Art. 102 AEUV; zur Problematik der Kostenfeststellung vgl. auch EVELYNE CLERC/PRANVERA KËLLEZI, CR Droit de la concurrence, N. 175 zu Art. 7 Abs. 2 LCart).

Gemäss Urteil des EuGH i.S.

United Brands/Kommission ("Chiquita") war die EU-Kommission davon ausgegangen, dass ein Preis, der teilweise 100 % höher als der Preis auf dem Vergleichsmarkt war, auf sehr hohe Gewinne hindeute und ein Indiz für die Unangemessenheit sei (wobei dieser Preisunterschied letztlich nicht nachgewiesen werden konnte, weshalb der EuGH die

Entscheidung der EU-Kommission bezüglich dieses Punktes aufgehoben hat; Urteil EuGH i.S.

United Brands/Kommission vom 14. Februar 1978, Rs. C-27/76, Rn. 258 f., 268). Ebenfalls in Anwendung der Vergleichsmarktmethode hat der EuGH i.S.

Autorties

ibu/Konkurences padome entschieden, dass nur Preise bzw. Tarife, welche erheblich bzw. signifikant und anhaltend höher sind als Preise auf dem Vergleichsmarkt, ein Indiz für die Unangemessenheit darstellen (Urteil EuGH i.S.

Autortiesibu/Konkurences padome vom 14. September 2017, Rs. C-177/16, Rn. 53, 56, 61). Besonders aufschlussreich ist der Fall

Aspen Pharma (Aspen) . Diesbezüglich geht es um mehrere, alternativlose Krebsmedikamente, bezüglich derer Aspen Pharma über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Die EU-Kommission hatte wegen erheblicher Preissteigerungen bei den betroffenen Medikamenten, oft um jeweils mehrere hundert Prozent, ein Verfahren gegen Aspen wegen Erzwingung unangemessener Preise eingeleitet. Die Anwendung der Kostenmethode ergab, dass die EBITDA-Marge (EBITDA: Gewinn, d.h. Preis bzw. Umsatz minus Kosten, aber ohne Abzug von Zinsen, Steuern, Abschreibungen und Amortisationen [earnings before interest, taxes, depreciation and amortization]; EBITDA-Marge: EBITDA im Verhältnis zum Umsatz), welche eine aussagekräftige Gewinnmarge und Kennziffer für die Rentabilität darstellt, bezüglich der betroffenen Medikamente bei durchschnittlich 80 % bis 90 % lag. Wurden die Kosten um eine angemessene Marge von 23 % erhöht (sog. Cost-Plus-Wert), so lag die EBITDA-Marge immer noch im Durchschnitt 280 % bis 300 % über dem Cost-Plus-Wert. Anders ausgedrückt lagen die Preise von Aspen selbst nach Berücksichtigung einer angemessenen Marge noch rund 300 % über den eigenen Kosten. Sachliche Gründe für diese nach Ansicht der Kommission exzessiven Preise und Rentabilität konnte Aspen nicht anführen. Die EU-Kommission kam deshalb zum Schluss, dass exzessiv überhöhte Gewinne und Preise vorlagen und ein Indiz für unangemessene Preise im Sinne von Art. 102 Abs. 2 lit. a AEUV vorliege (Beschluss der EU-Kommission in Sachen Case AT.40394

Aspen vom 10. Februar 2021, C (2021) 724 final, Antitrust Procedure, zugänglich über die Website der EU-Kommission; vgl. auch Zusammenfassung des Beschlusses der Kommission vom 10. Februar 2021 in einem Verfahren nach Art. 102 AEUV und Art. 54 EWR-Vertrag in der Sache AT.40394 Aspen, ABl C 435/4 vom 28. Oktober 2021). Dieser Fall zeigt, dass wegen der grundsätzlichen Bedenken gegenüber dem Tatbestand der unangemessenen Preise nur bei einer geradezu exzessiven Gewinnmarge eingeschritten wird.

c) Die Kosten-Preis-Schere

E. 7.11

Einen weiteren Missbrauchstatbestand stellt die sogenannte Kosten-Preis-Schere dar. Damit eine solche überhaupt durchgeführt werden kann, müssen drei strukturelle Voraussetzungen (vertikale Integration, Abhängigkeit von den Vorleistungen des marktbeherrschenden Unternehmens, marktbeherrschende Stellung) erfüllt sein. Vorausgesetzt ist, dass die Konkurrentin auf die Vorleistungsprodukte des marktbeherrschenden Unternehmens angewiesen ist. Eine Marktbeherrschung muss zumindest auf dem vorgelagerten Markt

(vorliegend: zwei Wholesalemärkte) bestehen, wobei auch auf dem nachgelagerten Markt (hier: öffentliche Ausschreibung der Post als Endkundenmarkt) eine gewisse, dominante Stellung vorhanden sein muss (BGE 146 II 217 E. 5.2). Das unzulässige Verhalten liegt in der verfolgten Strategie, mit welcher ein vertikal integriertes marktbeherrschendes Unternehmen die möglichen Gewinnmargen seiner Mitbewerber im nachgelagerten Markt (vorliegend die konkrete Ausschreibung der Post) so beschneidet oder ganz beseitigt, dass diese nicht mehr konkurrenzfähig sind, d.h. letztlich aus dem Markt ausscheiden müssen und dadurch der Wettbewerb im nachgelagerten Markt beeinträchtigt wird. Im Gegensatz zum Tatbestand gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. c KG , bei welchem eindimensionaler Preisdruck herrscht, wird bei der Kosten-Preis-Schere ein zweidimensionaler Preisdruck ausgeübt, sodass keine einen rentablen Umsatz erlaubende Marge mehr erzielt werden kann. Das vertikal integrierte marktbeherrschende Unternehmen wirkt von zwei Seiten (Vorleistungspreis auf vorgelagertem Markt; Endkundenpreis auf nachgelagertem Markt) auf die Gewinnmarge der Konkurrentinnen auf dem nachgelagerten Markt ein. Es handelt sich mit anderen Worten um einen zweistufigen Behinderungsmissbrauch bzw. eine Verdrängungs-Strategie, welche rechtsprechungsgemäss einen eigenständigen Missbrauchstatbestand gestützt auf Art. 7 Abs. 1 KG darstellt (BGE 146 II 217 E. 5.1 f. und E. 7.3; MARC AMSTUTZ/BLAÏSE CARRON, BSK KG, N. 517 ff., N. 537, N. 546 zu Art. 7 KG). Auch das in einer Kosten-Preis-Schere zum Ausdruck kommende, missbräuchliche Verhalten kann durch sachliche Gründe ("legitimate business reasons") gerechtfertigt sein, sodass im Ergebnis ein fairer Leistungswettbewerb besteht (BGE 146 II 217 E. 5.9; MARC AMSTUTZ/BLAÏSE CARRON, BSK KG, N. 534, N. 558 f. zu Art. 7 KG).

E. 7.12

In folgenden zwei Fällen liegt, sofern die vorgenannten Voraussetzungen erfüllt sind, in kalkulatorischer Hinsicht eine Kosten-Preis-Schere vor: (1) Der Vorleistungspreis für die Konkurrentin ist höher als der Marktpreis des marktbeherrschenden Unternehmens auf dem Endkundenmarkt (Preis vorgelagert > Preis nachgelagert). Die Preisdifferenz ist negativ, sodass eine ebenso effiziente Konkurrentin wie das marktbeherrschende Unternehmen auf dem Endkundenmarkt nicht wettbewerbsfähig sein kann (Beispiel: Der von der Konkurrentin zu bezahlende Vorleistungspreis beträgt Fr. 50.--; der Endkundenpreis des marktbeherrschenden Unternehmens beträgt Fr. 30.--; die Preisdifferenz beträgt - Fr. 20.--; die Konkurrentin ist aufgrund des hohen Vorleistungspreises nicht in der Lage, einen kompetitiven Endkundenpreis zu offerieren). (2) Die Marge der Konkurrentin zwischen dem (von ihr zu bezahlenden) Vorleistungspreis und dem Marktpreis des marktbeherrschenden Unternehmens auf dem Endkundenmarkt reicht nicht aus, um die produktespezifischen Kosten zu decken (Preis nachgelagert - Preis vorgelagert < = Kosten nachgelagert). In diesem Fall ist die Ermittlung der produktespezifischen Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens relevant. Es geht darum, ob eine ebenso effiziente Konkurrentin verdrängt wird, weil die Summe aus Vorleistungspreis und produktespezifischen Kosten gleich oder höher ist als der Endkundenpreis (Beispiel: Vorleistungspreis Fr. 25.--, produktespezifische Kosten Fr. 10.--, Endkundenpreis des marktbeherrschenden Unternehmens Fr. 30.--; die Marge zwischen Vorleistungspreis und Endkundenpreis von Fr. 5.-- reicht nicht aus, um die produktespezifischen Kosten zu decken; BGE 146 II 217 E. 5.5; MARC AMSTUTZ/BLAÏSE CARRON, BSK KG, N. 522 f. zu Art. 7 KG).

Ob eine unzureichende Gewinnspanne respektive Marge der Konkurrentin vorliegt, ist nicht auf der Basis der Kosten der Konkurrentin, sondern auf der Basis eines Kosten-Preis-Vergleichs beim marktbeherrschenden Unternehmen selbst zu ermitteln. Es sind die tatsächlichen Kosten und die tatsächlich praktizierte Preisgestaltung des marktbeherrschenden Unternehmens heranzuziehen. Mit anderen Worten ist ein sog. Eigenwirtschaftlichkeitstest (auch als "as efficient competitor-test" oder als "equally efficient competitor-test" bezeichnet) durchzuführen. Es geht darum, zu prüfen, ob das marktbeherrschende Unternehmen, wäre es nicht vertikal integriert und müsste es selbst den Vorleistungspreis bezahlen, effizient genug wäre, um keine Verluste zu erleiden. Würde das marktbeherrschende Unternehmen bei seinen Vorleistungspreisen ebenfalls Verluste einfahren, ist davon auszugehen, dass eine Konkurrentin nicht weniger effizient arbeitet als das marktbeherrschende Unternehmen und es liegt kalkulatorisch eine Kosten-Preis-Schere vor (BGE 146 II 217 E. 5.4, 5.6 f.; MARC AMSTUTZ/BLAÎSE CARRON, BSK KG, N. 526 zu Art. 7 KG).

E. 7.13

Auf die Kosten der Konkurrentin (sog. Fremdwirtschaftlichkeitstest) darf nach dem Gesagten nur im Ausnahmefall abgestellt werden, nämlich dann, wenn sich die Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens nicht ermitteln lassen (BGE 146 II 217 E. 5.4 und 5.6 f.; MARC AMSTUTZ/BLAÎSE CARRON, BSK KG, N. 526 zu Art. 7 KG). Es geht mit anderen Worten darum, sicherzustellen, dass eine ebenso effiziente Konkurrentin wie das marktbeherrschende Unternehmen auf den Markt treten kann, wogegen es nicht zu beanstanden ist, wenn eine weniger effiziente Konkurrentin vom Markt verdrängt wird (MARC AMSTUTZ/BLAÎSE CARRON, BSK KG, N. 556 zu Art. 7 KG).

VII. Prüfung des Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung

a) Missbrauch auf dem Wholesalemarkt für den Zugang zu den kupferkabelbasierten TAL

E. 8.1

Wie dargelegt verfügte zum Zeitpunkt der öffentlichen Ausschreibung der Post lediglich Swisscom über ein vollständiges Kupferkabelnetz, und zwar bezüglich der TAL. Der Marktanteil von Swisscom für den Zugang zu TAL betrug 100 %. Zur Realisierung des WAN der Post waren die anderen FDA auf den Zugang zu den TAL der Swisscom angewiesen. Swisscom verfügte demnach auf diesem Vorleistungsmarkt bzw. Wholesalemarkt über eine marktbeherrschende Stellung (vgl. E. 6.5.1 oben).

E. 8.2

Allerdings wurde der Zugang zu den TAL der Swisscom per 1. April 2007, d.h. rund ein Jahr vor der Ausschreibung der Post, durch das FMG reguliert, sodass insbesondere Sunrise zu kostenorientierten Preisen über einen garantierten Zugang zu den TAL der Swisscom verfügte ("Öffnung der letzten Meile"; vgl. E. 3.2 oben).

E. 8.3

Die Vorinstanz hat erwogen, aufgrund der vorgenannten Regulierung des FMG habe die Swisscom ihre marktbeherrschende Stellung auf dem betroffenen Wholesalemarkt nicht ausnützen können (vgl. E. 7.4.2 angefochtenes Urteil). In der Tat schliesst ausgehend von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 137 II 199 E. 3.4, E. 5.1 ff., E. 5.4; vgl. E. 7.6 oben) die Rahmenordnung des FMG, welche den Zugang zu den TAL zu kostenorientierten Preisen garantiert, das Tatbestandsmerkmal der "Erzwingung"

unangemessener Preise gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. c KG aus. Auch ein anderes missbräuchliches Verhalten von Swisscom, welches unter einen Behinderungs- oder Ausbeutungsmisbrauch gemäss Art. 7 Abs. 1 KG subsumiert werden könnte, ist bei dieser Ausgangslage nicht ersichtlich. Da der Zugang von Sunrise zur notwendigen Infrastruktur der Swisscom gesetzlich gesichert war, und dies zu kostenorientierten Preisen, wurde der Marktzutritt von Sunrise weder durch Marktzutrittschranken erschwert noch Sunrise bezüglich der Preise ausgebeutet. Die Vorinstanz ist deshalb zu Recht zum Schluss gelangt, dass den Beschwerdeführerinnen trotz marktbeherrschender Stellung auf diesem Wholesalemarkt kein wettbewerbsrechtlicher Vorwurf gemacht werden kann (vgl. E. 6.2.2 S. 32 und 34 angefochtenes Urteil).

b) Missbrauch auf dem Wholesalemarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich

E. 9.1

Dieser Wholesalemarkt betrifft die nicht regulierten Vorleistungsprodukte. Wie dargelegt bot lediglich Swisscom im Zeitfenster der öffentlichen Ausschreibung der Post geeignete, kommerzielle Vorleistungsprodukte, nämlich CES und BBCS, an. Diese Vorleistungsprodukte ermöglichten die Datenübertragung mit der nötigen Kapazität, wenn diese durch die physikalischen Eigenschaften des Kupferkabels eingeschränkt war (vgl. E. 3.3 oben). Zudem wurde die Datenübertragung dann ermöglicht, wenn die konkurrierende FDA nicht über eine entbundelte Anschlusszentrale verfügte bzw. nicht in die nötige Übertragungstechnik investierte (vgl. E. 3.4 oben). Die Beschwerdeführerinnen verfügten auf diesem (weiteren) Wholesalemarkt ebenfalls über eine marktbeherrschende Stellung (vgl. E. 3.3 f. und E. 6.6 oben).

Der allfällige Missbrauch ist nur im Verhältnis zu Sunrise zu prüfen. In Bezug auf das Verhältnis zu Cablecom wurde ein missbräuchliches Verhalten der Beschwerdeführerinnen von der Vorinstanz weder geprüft noch ein entsprechender Vorwurf erhoben (vgl. E. 3.6 oben). Die Vorinstanz geht davon aus, dass die Swisscom ihre marktbeherrschende Stellung auf diesem Wholesalemarkt gegenüber von Sunrise durch Erzwingung unangemessener Preise i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. c KG missbraucht hat.

E. 9.2

Die Beschwerdeführerinnen rügen, das angefochtene Urteil verletze in mehrfacher Hinsicht Art. 7 KG. Weder liege gegenüber Sunrise ein "Erzwingen" im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG vor, noch seien die Preise für die kommerziellen Vorleistungsprodukte "unangemessen" im Sinne dieser Bestimmung. Die Beschwerdeführerinnen bringen im Wesentlichen vor, die Vorinstanz habe die Option der Entbündelung weiterer Anschlusszentralen durch Sunrise zu Unrecht ausgeklammert. Das FMG habe jedoch mit der "Öffnung der letzten Meile" von Swisscom bzw. dem garantierten Netzzugang zu kostenorientierten Preisen von den konkurrierenden FDA bewusst verlangt, in die Netzinfrastruktur zu investieren, d.h. weitere Anschlusszentralen zu entbündeln. Die Preise für die kommerziellen Vorleistungsprodukte wie BBCS oder CES seien deshalb vom Gesetzgeber bewusst nicht reguliert worden. Bezüglich der angeblichen Unangemessenheit der Preise für die kommerziellen Vorleistungsprodukte habe die Vorinstanz zudem, anstatt die Kosten von Swisscom für diese Vorleistungsprodukte mit dem Preis für diese zu vergleichen, den Preis für die Vorleistungsprodukte mit dem Zuschlagspreis verglichen, was rechtlich falsch sei. Das Erzwingen setze eine Notlage von Sunrise und das

Aufzwingen des ausbeuterischen Willens durch Swisscom voraus. Beides sei nicht gegeben. Ausserdem habe Sunrise auf die regulierten TAL ausweichen können.

E. 9.3

In Bezug auf das Verhalten von Swisscom bzw. das "Erzwingen" hat die Vorinstanz zunächst verschiedene Sachverhaltsfeststellungen getroffen, welche für das Bundesgericht verbindlich sind (Art. 105 Abs. 1 BGG ; vgl. E. 8.3.2.2 angefochtenes Urteil) : Sunrise verlangte bei Swisscom eine Offerte für die Vorleistungsprodukte CLn und COS, welche allerdings für die Realisierung des Postprojekts ungeeignet sind. In der Folge nahm Swisscom mit Sunrise Kontakt auf und empfahl Sunrise, bei ihr eine neue Wholesaleofferte für die zu erschliessenden Poststellen zu verlangen, und zwar auf der Basis des Vorleistungsprodukts CES. Am 17./18. September 2008 bat Sunrise bei Swisscom um eine Wholesaleofferte für das Postprojekt, allerdings wiederum für die Vorleistungsprodukte CLn und COS. Nach dem Hinweis von Swisscom, dass sich das Vorleistungsprodukt CES besser eignen würde, bat Sunrise am 24. September 2008 um eine Wholesaleofferte für CES. In der Folge unterbreitete Swisscom Sunrise drei Offerten, nämlich am 27. Oktober 2008, am 10. November 2008 und am 5. Januar 2009, wobei die letzte Offerte gemäss Sunrise preislich am attraktivsten war, aber von Sunrise nicht mehr genutzt werden konnte, da sie bereits im November gegenüber der Post ihr letztes Angebot unterbreitet hatte. Ausserdem verlangte Sunrise am 23. November 2008 von Swisscom substantielle Preisrabatte für die wiederkehrenden Kosten, welche von Swisscom am 25. November 2008 teilweise gewährt wurden.

E. 9.4

Die Vorinstanz hat im Wesentlichen erwogen, die Erschliessung von Poststandorten mittels TAL sei zwar für Sunrise eine günstige bzw. valable Ausweichmöglichkeit gewesen, aber nur unter der Voraussetzung, dass Sunrise die nötigen Anschlusszentralen bereits entbündelt habe. Dies sei bei Sunrise nicht der Fall gewesen. Da es aus wirtschaftlichen Gründen nur bei genügend Endkunden sinnvoll sei, die nötigen Investitionen für die Entbündelung einer Anschlusszentrale zu tätigen, sei die Entbündelung weiterer Anschlusszentralen, um die Ausschreibung der Post zu erfüllen, für Sunrise ökonomisch unverhältnismässig gewesen. Gerade in ländlichen Gebieten mit wenig Endkunden lohne sich die Entbündelung weniger als in städtischen Gebieten (vgl. E. 8.3.2.1 angefochtenes Urteil). Die Vorinstanz hat damit die Möglichkeit von Sunrise, die Poststellen soweit wie technisch möglich mit TAL zu erschliessen, von vornherein ausgeschlossen.

Im Weiteren anerkannte die Vorinstanz zwar, dass Swisscom auf Sunrise zugeing, um Sunrise bei der Erarbeitung einer günstigeren Offerte zuhanden der Post behilflich zu sein. Diese schliesse jedoch ein Erzwingen nicht aus. Swisscom habe die Details der Ausschreibung der Post gekannt und wissen müssen, auf welche entbündelten Anschlusszentralen Sunrise habe zugreifen können. Die Vorinstanz gelangt zum Ergebnis, dass Swisscom die Preise für die kommerziellen Vorleistungsprodukte gegenüber Sunrise erzwungen habe (vgl. E. 8.3.2.2 S. 77 angefochtenes Urteil).

E. 9.5

Gemäss dem vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt hat sich Sunrise gegenüber Swisscom zunächst nicht um eine geeignete Wholesaleofferte bemüht. Vielmehr hat Swisscom die Initiative ergriffen und Sunrise bei der Einholung von Wholesaleofferten für das Postprojekt massgeblich unterstützt und zeitnah Offerten unterbreitet. Dass die letzte,

preislich attraktivste Wholesaleofferte von Sunrise nicht mehr für deren Offerte gegenüber der Post verwendet werden konnte, ist gemäss dem vorinstanzlich festgestellten Zeitablauf darauf zurückzuführen, dass Sunrise sich in ungeeigneter Weise und zu spät um Wholesaleofferten für die kommerziellen Vorleistungsprodukte der Swisscom bemühte. Vor diesem Hintergrund kann nicht davon ausgegangen werden, dass Swisscom auf Sunrise Druck ausgeübt hat, um bestimmte Vorleistungspreise durchzusetzen. Ebenso wenig ist davon auszugehen, dass Swisscom einseitig die Preise diktiert hat. Demnach liegt entgegen der Vorinstanz bei dieser Ausgangslage kein Erzwingen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG vor (vgl. E. 7.5 oben).

Vielmehr ist der Umstand, dass Sunrise offenbar die Vorleistungspreise nicht auf das von ihr gewünschte Niveau senken konnte, von Sunrise selbstverschuldet. Es ist nicht Aufgabe des KG, ein Unternehmen, welches sich durch eigenes Verschulden im Wettbewerb nicht durchsetzen konnte, mit den Mitteln des KG zu schützen (vgl. E. 7.7 oben). Swisscom trägt als marktbeherrschendes Unternehmen zwar eine gewisse Verantwortung für ihr Marktverhalten. Diese Verantwortung geht jedoch entgegen der Vorinstanz nicht soweit, dass der Swisscom im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung die Verantwortung für eine brauchbare Offerte der konkurrierenden Sunrise aufgebürdet werden kann. Die Begründung der Vorinstanz läuft im Ergebnis darauf hinaus, dass alleine die marktbeherrschende Stellung missbräuchlich ist, was mit der Regelung von Art. 7 KG und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht vereinbar ist (vgl. E. 7.1 und E. 7.7 oben). Ein unzulässiges bzw. missbräuchliches Verhalten von Swisscom fällt damit mangels Erzwingen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG ausser Betracht. Die Rüge der Beschwerdeführerinnen bezüglich Verletzung von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG erweist sich schon aus diesem Grund als berechtigt.

E. 9.6

Im Weiteren ist ausgehend von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bezüglich des Tatbestandsmerkmals des Erzwingens von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG auch die Rahmenordnung des FMG zu beachten (vgl. BGE 137 II 199 E. 3.4 und E. 5.1 ff., E. 5.4; vgl. E. 4.2 und E. 7.6 oben).

Nach dem FMG hatte Sunrise seit dem 1. April 2007 zu regulierten Preisen Zugang zu den TAL von Swisscom und konnte deren Anschlusszentralen mittels Installation von Übertragungstechnik entbündeln bzw. nutzen, um dem Endkunden bzw. der Post Breitbandverbindungen anzubieten (vgl. E. 3.2 ff. oben). Gemäss vorinstanzlich festgestelltem Sachverhalt hatte Swisscom selbst alle nötigen Anschlusszentralen entbündelt, während Sunrise zum Zeitpunkt der Ausschreibung

schweizweit erst 12 % sämtlicher Anschlusszentralen entbündelt hatte. Ausgehend von den physikalischen Restriktionen des Kupferkabels (Entfernung) und der nötigen Datenübertragungskapazität konnten unter der Voraussetzung der

Entbündelung aller für den Postauftrag nötigen Anschlusszentralen 2'064 Poststandorte (d.h. rund 90 % von 2'305 Poststandorten) mittels dem Vorleistungsprodukt TAL erschlossen werden, während für 241 Poststandorte (rund 10 %) eine Erschliessung mittels dem kommerziellen Vorleistungsprodukt CES erforderlich war (vgl. E. 6.6.1 oben und E. 8.2.3 S. 67 und S. 69 angefochtenes Urteil, "angepasstes Szenario TAL bis 2 Mbit/s"). Hätte Sunrise wie Swisscom spätestens zum Zeitpunkt der Abgabe der letzten Offerte an die Post im November 2008 (vgl. E. 9.3 oben) bereits alle für den Postauftrag nötigen

Anschlusszentralen entbündelt gehabt, hätte Sunrise somit nur bezüglich 10 % aller Poststandorte auf ein kommerzielles Vorleistungsprodukt bzw. CES zurückgreifen müssen, während der TAL-Anteil bei 90 % gelegen wäre.

Für die Untersuchung der WEKO bezüglich Ausschreibung der Post hat das BAKOM zudem ausgehend von den genannten technischen Rahmenbedingungen (physikalische Restriktionen, Datenübertragungskapazität) und der

Voraussetzung, dass Sunrise alleine für den Postauftrag keine zusätzlichen Anschlusszentralen entbündelt, verschiedene Szenarien entwickelt. Gemäss dem vom BAKOM empfohlenen Szenario "BAKOM VDSL" war Sunrise unter diesen technischen Voraussetzungen für 37 % der Poststandorte auf die kommerziellen Vorleistungsprodukte BBCS oder CES angewiesen, d.h. 63 % der Poststandorte konnten aufgrund bereits entbundelter Anschlusszentralen mit TAL angebunden werden. Beim Szenario "BAKOM SDSL" lag der TAL-Anteil bei 55 %, während für 45 % der Poststandorte auf BBCS oder CES zurückgegriffen werden musste (vgl. E. 8.3.2.3 S. 79 angefochtenes Urteil).

E. 9.7

Wesentlich ist somit, ob aus dem Umstand, dass Sunrise zum Zeitpunkt der Ausschreibung der Post aus technischer Sicht für 37 % bis 45 % der Poststellen auf die teureren kommerziellen Vorleistungsprodukte BBCS oder CES angewiesen war, ein unzulässiges Verhalten von Swisscom im Sinne eines Erzwingens (gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. c KG) abgeleitet werden kann.

Ziel des Gesetzgebers, welches schliesslich zur Änderung des FMG vom 24. März 2006 und damit zur "Öffnung der letzten Meile" per 1. April 2007 auf dem Gesetzesweg führte (vgl. AS 2007 921 ff.; vgl. E. 3.2 oben), war es, im Fernmeldewesen Investitionen in die Infrastruktur durch konkurrierende Anbieterinnen zu fördern. Gemäss Botschaft des Bundesrates vom 12. November 2003 zur Änderung des FMG sollte der Konkurrenz ein gerechter Zugang zur Infrastruktur und zu den Diensten der beherrschenden Anbieterin gegeben und ihnen ermöglicht werden, in die Technologien zu investieren, die am meisten versprechen. Insbesondere sollte der Zugang zum Teilnehmeranschluss gewährt werden, und zwar vor allem, um das Breitbandangebot zu verbessern und auszubauen. Die Verwendung von Breitbanddiensten durch einen grossen Teil der Bevölkerung sollte angekurbelt werden. Der Aufwand der marktbeherrschende Anbieterin war dabei durch Deckung ihrer Kosten und Entschädigung ihres Investitionskapitals abzugelten. Mit der Einführung der Entbündelung, welche den Wettbewerb fördern sollte, würde sich gemäss Botschaft die Vorzugsstellung von Swisscom abschwächen. Der Vorsprung durch den ausschliesslichen Zugang zum Teilnehmeranschluss werde wegfallen. Zugleich war aber auch der Gefahr negativer Investitionsanreize auf Seiten von Swisscom Rechnung zu tragen. Diesbezüglich ging der Bundesrat davon aus, dass die Einführung der Entbündelung, welche noch nie da gewesene Entwicklungsmöglichkeiten biete, die Konkurrenz dazu motivieren sollte, die nötigen Investitionen zu tätigen, um den Markt für Sprachtelefonie und Breitbandinternet zu erobern. Zugleich wurde die Vermutung geäussert, dass kaum vorstellbar sei, dass Swisscom diese Entwicklung nicht mitmachen würde. Die zukünftigen Investitionen von Swisscom seien trotz Entbündelung auch deshalb nicht in Gefahr, weil Swisscom im Fall der Überlassung des Anschlusses keinen Schaden erleide, da sie dafür einen Preis erhalte, der die Kosten angemessen abdecke und insbesondere angesichts des eingegangenen Risikos einen ausreichenden Gewinn garantiere

(Botschaft des Bundesrates vom 12. November 2003 zur Änderung des Fernmeldegesetzes, BBl 2003 7951 ff., insbesondere 7952, 7968 ff., 7997 f.).

Seit dem 1. April 2007 und damit seit rund einem Jahr vor der öffentlichen Ausschreibung der Post konnte Sunrise mittels Entbündelung auf das günstige Vorleistungsprodukt TAL greifen. Dass Sunrise diesbezüglich zuerst in die Entbündelung bzw. Übertragungstechnik investieren musste, war vom Gesetzgeber explizit so gewollt. Die kommerziellen Vorleistungsprodukte waren zwar teurer, aber umfassten auch deutlich mehr Leistungen und erforderten seitens Sunrise keine weiteren Investitionen in Übertragungstechnik. Diese Ausgangslage war durch das FMG vorgegeben und kann Swisscom nicht zum Vorwurf gemacht werden. Es war Sache von Sunrise, wie vom Gesetzgeber angestrebt vor der Ausschreibung der Post bzw. rechtzeitig in die Telekommunikationsinfrastruktur zu investieren, um von den günstigen TAL-Preisen profitieren zu können. Andernfalls würde der Zweck des FMG unterlaufen.

Die Preise für die kommerziellen Vorleistungsprodukte waren vom Gesetzgeber per 1. April 2007 nicht reguliert worden. Wenn also Sunrise aufgrund eines erhöhten Bedarfs an kommerziellen Vorleistungsprodukten einem gewissen ökonomischen Druck ausgesetzt war, so ist dies nicht auf ein Verhalten von Swisscom zurückzuführen, sondern auf die Tatsache, dass Sunrise nicht rechtzeitig in die Telekommunikationsinfrastruktur investiert hat. Jedenfalls war Swisscom aufgrund der Rahmenordnung des FMG nicht verpflichtet, die kommerziellen Vorleistungsprodukte, welche im Leistungsumfang deutlich über das Vorleistungsprodukt TAL hinausgingen, zum gleichen, regulierten Preis wie TAL zu offerieren und eine solche Verpflichtung ergibt sich auch nicht aus dem Wettbewerbsrecht.

Gemäss vorinstanzlicher Sachverhaltsfeststellung hat Sunrise im Jahr 2017 den Zuschlag für den neu ausgeschriebenen Postauftrag bezüglich WAN-Anbindung erhalten, was darauf zurückzuführen ist, dass Sunrise in der Zwischenzeit offenbar die nötigen Investitionen getätigt hat (vgl. E. 7.6.3.3 angefochtenes Urteil). Ob eine konkurrierende FDA in die Telekommunikationsinfrastruktur investiert hat oder nicht, kann jedoch nicht das Kriterium dafür sein, ob eine solche FDA sich auf ein Erzwingen unangemessener Preise berufen kann. Andernfalls würde einer konkurrierenden FDA ermöglicht, auf eigene Investitionen zu verzichten und dem marktbeherrschenden Unternehmen (ständig) das Erzwingen unangemessener Preise vorzuwerfen. Sunrise stand ab dem 1. April 2007 mit "Öffnung der letzten Meile" von Swisscom der Zugang zum Kupferkabelnetz offen. Davon hätte Sunrise, um die eigene Konkurrenzfähigkeit - insbesondere im Hinblick auf öffentliche Ausschreibungen wie jene der Post - zu verbessern, rechtzeitig Gebrauch machen können und müssen. Sunrise verfügte damit über die Möglichkeit, auf das günstigere, regulierte Vorleistungsprodukt TAL auszuweichen. Aufgrund der Rahmenordnung des FMG bestand somit für Sunrise trotz des damit verbundenen Aufwands eine Ausweichmöglichkeit (BGE 137 II 199 E. 5.4). Indem die Vorinstanz die Rahmenordnung des FMG nicht berücksichtigt, setzt sie die marktbeherrschende Stellung von Swisscom auf dem Wholesalemarkt für Breitbandanbindungen mit einem missbräuchlichen Verhalten gleich, was gegen Art. 7 Abs. 1 KG verstösst. Ein Erzwingen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG liegt nach dem Gesagten auch aufgrund der Rahmenordnung des FMG nicht vor.

E. 9.8

Die Swisscom verfügte auf dem Wholesalemarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich zwar über eine marktbeherrschende Stellung, hat diese Stellung

aber nach dem Gesagten nicht durch ein missbräuchliches Verhalten ausgenutzt. Nachdem kein Erzwingen gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. c KG vorliegt, fällt ein Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung der Beschwerdeführerinnen auf dem Wholesalemarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich durch Erzwingung unangemessener Preise ausser Betracht. Die Rüge der Beschwerdeführerinnen erweist sich insofern als berechtigt und das angefochtene Urteil als bundesrechtswidrig.

E. 9.9

Im Übrigen wäre bezüglich der kommerziellen Vorleistungsprodukte auch das Element der Unangemessenheit der Preise im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG nicht erfüllt: Wie von der Vorinstanz selbst dargelegt, hat die Praxis zur Ermittlung der Unangemessenheit verschiedene Tests entwickelt (vgl. E. 7.9 oben). Bezüglich der Prüfung der Erzwingung unangemessener Preise gegenüber der Post hat die Vorinstanz auf die Kostenmethode abgestellt, nachdem sich die anderen Methoden als nicht durchführbar erwiesen haben (vgl. E. 8.2.3 angefochtenes Urteil). Gemäss dieser Methode sind die Gestehungskosten des marktbeherrschenden Unternehmens für ein Produkt unter Berücksichtigung einer normalen Gewinnmarge mit dem Verkaufspreis für dieses Produkt zu vergleichen. Es sind also die Gestehungskosten von Swisscom für die Bereitstellung der kommerziellen Vorleistungsprodukte BBCS und CES in Bezug auf 37 % bis 45 % der 2'305 Poststandorte zu ermitteln. Diese Gestehungskosten sind um eine normale Gewinnmarge zu erhöhen. Diese Summe ist mit dem Verkaufspreis von Swisscom für die genannten, kommerziellen Vorleistungsprodukte gegenüber Sunrise zu vergleichen. Die Höhe der Differenz ist ein Indiz für oder gegen die Unangemessenheit der Preise.

Die Vorinstanz hat jedoch die Gestehungskosten von Swisscom für die kommerziellen Vorleistungsprodukte gar nicht ermittelt. Vielmehr hat sie (aufgrund diverser Szenarien; vgl. dazu E. 9.6 oben und E. 11 unten) die "von Sunrise an Swisscom zu bezahlenden Vorleistungskosten", d.h. den von Sunrise an Swisscom zu bezahlenden Vorleistungspreis [Fr. 21 - 22 Mio.], plus weitere Kosten, und zwar gemäss dem Szenario "BAKOM SDSL" (Gesamtkosten von [Fr. 23 - 26 Mio.]), mit den Zuschlagspreis von Swisscom gegenüber der Post (Fr. 20.4 Mio.) verglichen (vgl. E. 8.3.2.3, S. 79, 84, 86 angefochtenes Urteil). Damit vergleicht die Vorinstanz den von Sunrise an Swisscom zu bezahlenden Vorleistungspreis mit dem von der Post an Swisscom zu bezahlenden Zuschlagspreis. Welcher Methode dieser Preisvergleich entsprechen soll, legt die Vorinstanz nicht dar. Jedenfalls entspricht dieser Preisvergleich nicht der Kostenmethode.

Ob ein Preis im Vergleich zu den Kosten unangemessen bzw. krass überhöht ist, kann nur aus dem Vergleich zwischen den eigenen Kosten für ein Produkt und dem Preis für dasselbe Produkt abgeleitet werden. Die Vorinstanz hätte die Gestehungskosten von Swisscom für die Vorleistungsprodukte mit dem von Swisscom für dieselben Vorleistungsprodukte von Sunrise verlangten Preis vergleichen müssen. Die Vorinstanz vergleicht jedoch das Verhältnis von zwei Preisen, notabene von Preisen für

unterschiedliche Produkte auf

unterschiedlichen Märkten. Sie zieht den von Sunrise an Swisscom zu bezahlenden Wholesalepreis für kommerzielle Vorleistungsprodukte heran, wobei sie von einem Anteil kommerzieller Vorleistungsprodukte von 37 % bis 45 % und einem TAL-Anteil von bloss 63 % bzw. 55 % ausgeht. Diesen Preis des Wholesalemarktes vergleicht sie mit dem Endkundenpreis von Swisscom gegenüber der Post, wobei hier der TAL-Anteil bei rund 90

% liegt. Auf diese Weise kann jedoch nicht geprüft werden, ob der Preis für kommerzielle Vorleistungsprodukte im Vergleich zu den eigenen Kosten für dieselben kommerziellen Vorleistungsprodukte krass überhöht ist. Die Vorinstanz vergleicht mit anderen Worten den Preis für ein Auto der Marke A auf dem Wholesalemarkt mit dem Preis für ein Auto der Marke B auf dem Endkundenmarkt. Die Unangemessenheit des Wholesalepreises des Autos der Marke A im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG lässt sich daraus schlicht nicht ableiten. Die Vorinstanz hätte die Kosten, welche Swisscom für die Bereitstellung der Vorleistungsprodukte CES und BBCS im Umfang von 37 % der Poststandorte entstanden wären, mit dem Vorleistungspreis von Swisscom gegenüber Sunrise für diese Produkte vergleichen müssen. Dieser Vergleich zwischen Kosten und Preis wurde fälschlicherweise nicht vorgenommen und kann mangels festgestellter Kostenbasis auch nicht nachgeholt werden.

c) Missbrauch auf dem Endkundenmarkt betreffend die Ausschreibung der Post im Bereich WAN-Anbindung

E. 10.1

Die Vorinstanz geht davon aus, dass Swisscom auch gegenüber der Post ihre marktbeherrschende Stellung, und zwar auf dem genannten Endkundenmarkt bzw. im Rahmen der konkreten öffentlichen Ausschreibung, durch Erzwingung unangemessener Preise i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. c KG missbraucht hat.

E. 10.2

Die Beschwerdeführerinnen rügen eine Verletzung von Art. 7 KG . Sie bringen im Wesentlichen vor, ein Erzwingen i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. c KG liege nicht vor. Die Post habe einen Auftrag öffentlich ausgeschrieben und es habe ein Bieterwettbewerb zwischen drei Unternehmen bestanden. Die Post habe den Preis mit Swisscom nachverhandelt und substanziell senken können. Dies schliesse ein Erzwingen aus. Zudem habe die Post, sollte der Preis effektiv unangemessen gewesen sein, die Möglichkeit gehabt, das Vergabeverfahren abzubrechen und den Auftrag neu auszuschreiben. Zudem spreche der Umstand, dass die Post von der Verlängerungsoption Gebrauch gemacht und den Vertrag mit Swisscom um ein Jahr verlängert habe, gegen ein Erzwingen.

Im Weiteren machen die Beschwerdeführerinnen geltend, der Zuschlagspreis gegenüber der Post sei nicht unangemessen i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. c KG . Sie bringen im Wesentlichen vor, die Vorinstanz habe die Kostenmethode angewendet, d.h. es seien die Kosten von Swisscom für das Angebot gegenüber der Post mit dem Zuschlagspreis zu vergleichen. Die Kosten von Swisscom seien nicht erhoben worden, was die Untersuchungsmaxime verletze. So oder so sei ausgehend vom Szenario "TAL bis 2 Mbit/s (Kosten rund [Fr. 11 bis Fr. 14 Mio.]) und dem Zuschlagspreis von rund Fr. 20.4 Mio. eine Bruttogewinnmarge von [30 % bis 45 %] nicht aussergewöhnlich hoch. Es bestehe jedenfalls kein übertriebenes Missverhältnis zwischen Kosten und Preis.

E. 10.3

Die Vorinstanz hat im Wesentlichen erwogen, Swisscom habe im Rahmen des Vergabeverfahrens das wirtschaftlich günstigste Angebot eingereicht, weshalb die Post der Swisscom habe den Zuschlag erteilen müssen. Ein Abbruch des Vergabeverfahrens wäre nur möglich gewesen, wenn aufgrund des Wegfalls von Wettbewerbsverzerrungen ein günstigeres Angebot zu erwarten gewesen wäre. Dass die Post den auf 2009 bis 2013

befristeten Vertrag mit Swisscom um ein Jahr verlängert habe, spreche weder für noch gegen das Erzwingen. Auch die Tatsache, dass die Post den Preis von Swisscom um ca. [15 % - 25 %] habe herunterhandeln können, spreche nicht für oder gegen das Erzwingen. Im Ergebnis liege ein Erzwingen vor (E. 8.2.4 S. 72 f. angefochtenes Urteil).

Bezüglich der Unangemessenheit der Preise hat die Vorinstanz im Wesentlichen erwogen, gemäss der Kostenmethode sei auf die Kosten von Swisscom abzustellen. Die WEKO habe mit Fragebogen vom 3. Juli 2012 die Beschwerdeführerinnen aufgefordert, Projektabrechnungen für das Postprojekt einzureichen. Die Beschwerdeführerinnen hätten am 26. Juli 2012 geantwortet, da es sich bei den eingesetzten Produkten um Standortprodukte handle, erstelle Swisscom keine Projektabrechnungen. Die WEKO habe aufgrund dieser Antwort davon ausgehen dürfen, dass die Swisscom ihre internen Kosten für das Postprojekt nicht kenne und deshalb zu Recht eigene Kostenberechnungen vornehmen können (vgl. E. 8.2.3 S. 68 angefochtenes Urteil). Swisscom selbst gehe davon aus, dass 2'064 von 2'305 Poststellen mit TAL hätten angebunden werden können, während für 241 Poststellen auf CES hätte zurückgegriffen werden müssen (TAL-Anteil von rund 90 %). Es sei deshalb vom "angepassten Szenario TAL bis 2 Mbit/s" auszugehen mit Preisen von rund [Fr. 13 Mio. bis Fr. 16 Mio.], welche als hypothetische interne Kosten von Swisscom herzuziehen seien. Darin sei bereits eine Gewinnmarge von [12 % - 14 %] enthalten. Die effektiven, internen Kosten von Swisscom würden sich somit auf rund [Fr. 11 Mio. bis Fr. 14 Mio.] belaufen, was bei einem Zuschlagspreis von Fr. 20.4 Mio. eine Gewinnmarge von [30 % bis 45 %] ergebe (vgl. E. 8.2.3 S. 69 ff. angefochtenes Urteil; Zuschlagspreis bzw. Umsatz - Kosten = Gewinn; Gewinn : Zuschlagspreis bzw. Umsatz x 100 = Gewinnmarge; [...]). Eine solche Gewinnmarge liege weit über den effektiv festgestellten Kosten von Swisscom und sei deshalb offensichtlich unangemessen.

E. 10.4

Es ist unbestritten, dass die Post den von Swisscom offerierten Preis durch Verhandlungen massiv senken konnte, nämlich von rund [Fr. 23 Mio. - Fr. 28 Mio.] auf rund Fr. 20.5 Mio. bzw. um ca. [15 % - 25 %]. Weiter ist unbestritten, dass Swisscom wie auch Sunrise und Cablecom im Ungewissen darüber waren, wie weit sie der Post in den Verhandlungen entgegenkommen mussten, um den Zuschlag zu erhalten (vgl. E. 6.7.6 oben). Im Weiteren hat auch die Vorinstanz anerkannt, dass der Vergabestelle bzw. vorliegend der Post in einem Vergabeverfahren eine starke Stellung zukommt, dies erst recht, wenn es sich wie bei der Post um ein Grossunternehmen als Auftraggeber handelt (vgl. E. 6.7.6 und E. 6.4 oben). Der Zuschlagspreis war das Ergebnis von Verhandlungen und wurde gerade nicht einseitig von Swisscom festgesetzt. Dies gilt umso mehr, als die Post mit drei Anbieterinnen verhandeln und als Vergabestelle einen gewissen Druck ausüben konnte. Dass Swisscom gegenüber der Post mit dem Einsatz irgendwelcher Mittel gedroht haben soll, um einen bestimmten Preis durchzusetzen, wurde von der Vorinstanz weder festgestellt noch behauptet. Entgegen der Vorinstanz ist der Umstand, dass der Preis von Swisscom in Verhandlungen massiv reduziert werden konnte, nicht neutral zu werten, sondern schliesst ein Erzwingen i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. c KG aus (vgl. E. 7.5 f. oben). Im Übrigen spricht auch der Umstand, dass die Post den Vertrag mit Swisscom freiwillig um ein Jahr verlängert hat, gegen ein Erzwingen. Ein Unternehmen, welches sich einen Preis hätte aufzwingen lassen, würde kaum nach Ablauf einer vierjährigen Vertragsdauer den Vertrag nochmals um ein Jahr verlängern. Ein Erzwingen i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. c KG liegt somit nicht vor.

Auch hier hat die Swisscom ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Endkundenmarkt bzw. im Rahmen der Ausschreibung der Post nicht durch ein missbräuchliches Verhalten ausgenutzt.

E. 10.5

Damit erübrigt es sich, zu prüfen, ob die Post als Vergabestelle das Vergabeverfahren hätte abrechnen können. Jedenfalls kann die Auftraggeberin gemäss Art. 30 Abs. 2 lit. b aVöB (Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995; AS 1996 518 ff.; per 1. Januar 2021 aufgehoben bzw. abgelöst durch die VöB vom 12. Februar 2020; SR 172.056.11; vgl. Art. 31 Abs. 1 Ziff. 1 VöB) das Verfahren abrechnen und wiederholen, wenn günstigere Angebote zu erwarten sind, weil Wettbewerbsverzerrungen wegfallen.

E. 10.6

Im Übrigen wäre der Zuschlagspreis bei einer Gewinnmarge von [30 % bis 45 %] ohnehin nicht als unangemessen i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. c KG zu qualifizieren: Sowohl im Fall

Aspen als auch im Fall bezüglich der elektronischen Rechnungsstellung im Gesundheitswesen war die Gewinnmarge deutlich höher, teilweise mehr als doppelt so hoch (80 % bis 90 %, vgl. E. 7.9 f. oben). Der Zuschlagspreis lag vorliegend rund [50 % bis 70 %] über den Kosten, notabene ohne Einberechnung einer angemessenen Marge ([...]; vgl. E. 10.3 oben). Im Fall

Aspen lagen die Preise, selbst unter Einberechnung einer Marge von 23 %, rund 300 % über den Kosten (vgl. E. 7.10 oben). Von solchen Werten ist eine Gewinnmarge von [30 % bis 45 %] und ein Preisniveau von [50 % bis 70 %] über den Kosten weit entfernt. Damit liegt keine krass überhöhte oder exzessive Gewinnmarge bzw. kein unangemessener Preis im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG vor (vgl. E. 7.9 f. oben).

E. 10.7

Nach dem Gesagten fällt ein Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung durch die Beschwerdeführerinnen auf dem betroffenen Endkundenmarkt bzw. gegenüber der Post durch Erzwingung unangemessener Preise i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. c KG ausser Betracht. Das angefochtene Urteil erweist sich insofern als bundesrechtswidrig und die Rüge der Beschwerdeführerinnen als berechtigt.

d) Missbrauch aufgrund einer Kosten-Preis-Schere

E. 11

Nachfolgend ist der Vorwurf eines missbräuchlichen Verhaltens von Swisscom im Sinne einer Kosten-Preis-Schere gegenüber Sunrise zu prüfen.

E. 11.1

Die Beschwerdeführerinnen rügen eine Verletzung von Art. 7 Abs. 1 KG . Sie bringen im Wesentlichen vor, die Vorinstanz habe fälschlicherweise einen Fremdwirtschaftlichkeitstest statt einen Eigenwirtschaftlichkeitstest durchgeführt. Es komme nur darauf an, ob das marktbeherrschende Unternehmen aufgrund seiner eigenen Preise und Kosten effizient genug sei, um ohne Verluste auf dem Endkundenmarkt zu bestehen. Die Vorinstanz hätte die Kosten von Swisscom untersuchen müssen. In diesem Zusammenhang rügen die Beschwerdeführerinnen auch eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes. Abgesehen davon liege selbst bei der an sich unzulässigen Anwendung des Fremdwirtschaftlichkeitstests gemäss dem vom BAKOM als Fachbehörde empfohlenen

Szenario "BAKOM VDSL" keine Kosten-Preis-Schere vor.

E. 11.2

Die Vorinstanz hat im Wesentlichen erwogen, die Kosten-Preis-Schere sei aufgrund eines Eigenwirtschaftlichkeitstests beim marktbeherrschenden Unternehmen zu prüfen (vgl. E. 8.4.2.1 angefochtenes Urteil). Aufgrund der "Aussage" von Swisscom, sie würden ihre internen Kosten nicht kennen, sei ein Fremdwirtschaftlichkeitstest durchgeführt worden (vgl. E. 8.4.2.2 angefochtenes Urteil). Diesbezüglich sei von den Vorleistungskosten von Sunrise gemäss dem Szenario "BAKOM SDSL" im Betrag von [Fr. 21 Mio. - Fr. 22 Mio.] auszugehen. Dieser Betrag liege über dem Zuschlagspreis von Fr. 20.4 Mio. Da auch die übrigen Voraussetzungen gegeben seien und keine "legitimate business reasons" vorlägen, sei ein missbräuchliches Verhalten gegenüber Sunrise im Sinne einer Kosten-Preis-Schere gegeben.

E. 11.3

Die Kosten-Preis-Schere weist zwar einen eigenständigen Unrechtsgehalt auf und ist insofern ein gegenüber den Tatbeständen von Art. 7 Abs. 2 KG als eigenständige Form missbräuchlichen Verhaltens zu qualifizieren (BGE 146 II 217 E. 7.3). Insofern setzt eine Kosten-Preis-Schere nicht voraus, dass der Preis auf dem Vorleistungsmarkt und dem Endkundenmarkt unangemessen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG ist (MARC AMSUTZ/BLAÏSE CARRON, BSK KG, N. 550 zu Art. 7 KG). Entscheidend ist jedoch eine verknüpfte Marktanalyse, welche sowohl den vorgelagerten als auch den nachgelagerten, d.h. den Vorleistungs- und den Endkundenmarkt, in einen gemeinsamen Blick nimmt (BGE 146 II 217 E. 7.3). Kennzeichnend für die Kosten-Preis-Schere ist die Ausübung eines zweidimensionalen Preisdrucks, eine Verdrängungsstrategie mittels eines zweistufigen Behinderungsmissbrauchs. Das marktbeherrschende Unternehmen sorgt mit anderen Worten mit seiner Preisstrategie auf dem Vorleistungs- und Endkundenmarkt dafür, dass die Konkurrenz vom Endkundenmarkt verdrängt wird (vgl. E. 7.11 oben).

Eine solche, zweistufige Verdrängungsstrategie ist jedoch vorliegend nicht ersichtlich: Swisscom hat wie vorinstanzlich festgestellt gegenüber Sunrise die Initiative für eine Wholesaleofferte für Breitbandprodukte ergriffen und ist Sunrise bezüglich der Vorleistungspreise mehrfach entgegengekommen (vgl. E. 9.3 oben). Der Endkundenpreis von Fr. 20.4 Mio. bzw. Zuschlagspreis resultierte aus den Verhandlungen der Post mit Swisscom, in welchen die Post eine erhebliche Preisreduktion durchsetzen konnte (vgl. E. 10.4 oben). Hätte die Post den anfänglichen Offertpreis von Swisscom im Betrag von rund [Fr. 23 Mio. - Fr. 28 Mio.] akzeptiert, wäre selbst aufgrund der von der Vorinstanz herangezogenen (bestrittenen) Vorleistungskosten von Sunrise von rund [Fr. 21 - Fr. 22 Mio.] eine positive Differenz entstanden, sodass kalkulatorisch keine Kosten-Preis-Schere vorgelegen hätte. Die Höhe des Zuschlagspreises basiert nicht auf einem Behinderungsmissbrauch bzw. einer Verdrängungsstrategie durch Swisscom, sondern auf dem Verhandlungsdruck der Post. Eine Kosten-Preis-Schere scheidet deshalb bereits mangels einer missbräuchlichen Verhaltensweise, welche insbesondere gestützt auf Art. 7 Abs. 1 KG erforderlich ist, aus.

E. 11.4

Das vorinstanzliche Urteil erweist sich somit auch bezüglich des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung mittels Anwendung einer Kosten-Preis-Schere als bundesrechtswidrig und die Rüge der Beschwerdeführerinnen als berechtigt.

E. 11.5

Im Übrigen wäre, selbst wenn auf die hypothetischen Vorleistungskosten von Sunrise gemäss den Berechnungen der Vorinstanz abgestellt würde, eine Kosten-Preis-Schere kalkulatorisch nicht gegeben: Die Vorinstanz hält selbst fest, dass von der Einschätzung einer Fachbehörde nur aus zwingenden Gründen abzuweichen ist, nämlich wenn diese offensichtlich widersprüchlich erscheint oder auf irrtümlichen tatsächlichen Feststellungen beruht (vgl. E. 8.3.2.3 c S.82 angefochtenes Urteil). In der Tat sollte von der Einschätzung einer Fachbehörde nur aus triftigen Gründen abgewichen werden (BGE 139 II 185 E. 9.3; Urteile 1C_513/2022 vom 7. Juli 2023 E. 3.3.1.2; 1C_31/2022 vom 21. März 2023 E. 5.4).

Es ist unbestritten, dass die Vorleistungskosten von Sunrise unter Berücksichtigung des sogenannten "CES-Abgleichs" im Szenario "BAKOM VDSL" [Fr. 15 Mio. - Fr. 17 Mio.] betragen. Das BAKOM hat das Szenario "BAKOM VDSL" entwickelt, weil damit grössere Bandbreiten als mit dem Szenario "BAKOM SDSL" realisiert werden können. Beim "CES-Abgleich" geht es darum, überall dort, wo ein Poststandort technisch mit dem günstigeren Vorleistungsprodukt BBCS erschlossen werden kann, BBCS statt das teurere CES einzusetzen, was gemäss BAKOM angezeigt ist, wenn der Kosteneffizienz höchste Priorität beigemessen wird. (vgl. E. 8.3.2.3 c S. 82 angefochtenes Urteil). Das BAKOM hält in seiner Stellungnahme zum Modell der WEKO betreffend WAN-Anbindung Poststandorte vom 10. Juli 2015 ausdrücklich fest, dass das Sekretariat der WEKO nur die Technologie SDSL berücksichtigt habe. Es sei jedoch notwendig, auch die Technologie VDSL und VDSL 2 zu berücksichtigen, da mit dieser Bandbreiten über 2 Mbit/s im Upstream, d.h. höhere Bandbreiten als mit SDSL, realisiert werden könnten (Art. 105 Abs. 2 BGG ;). Das Szenario "BAKOM VDSL" liegt mit Vorleistungskosten von rund [Fr. 15 Mio. - Fr. 17 Mio.] klar unter dem Zuschlagspreis von Fr. 20.4 Mio. Selbst wenn der "CES-Abgleich" nicht berücksichtigt würde, d.h. regelmässig das teurere Vorleistungsprodukt CES eingesetzt würde, würden die Vorleistungskosten mit rund [Fr. 18 Mio. - Fr. 19 Mio.] noch unter dem Zuschlagspreis liegen.

Das von der Vorinstanz berücksichtigte Szenario "BAKOM SDSL", notabene das mit rund [Fr. 21 Mio. - Fr. 22 Mio.] teuerste von ursprünglich vier Szenarien, veranschlagte dagegen rund [Fr. 5 Mio. - Fr. 6 Mio.] höhere Kosten als das vom BAKOM empfohlene Szenario "BAKOM VDSL" und liegt damit relativ knapp (rund [...]) über dem Zuschlagspreis (vgl. E. 8.3.2.3 S. 79 und 84 angefochtenes Urteil). Dass die Vorinstanz entgegen der Empfehlung des BAKOM ausgerechnet ein Szenario auswählt, welches auf einer Technologie beruht, die weniger Datenübertragungskapazität ermöglicht, obwohl eine höhere Datenübertragungskapazität für die Post positiv war, und trotzdem erheblich teurer war, ist nicht nachvollziehbar. Dass das Szenario "BAKOM VDSL" mit gewissen Unsicherheiten behaftet ist, wie die Vorinstanz erwähnt, wurde vom BAKOM bereits berücksichtigt und hat an dessen Empfehlung nichts geändert. Abgesehen davon sind alle Szenarien mit gewissen Unsicherheiten behaftet, handelt es sich doch um hypothetische Kosten von Sunrise aufgrund bestimmter Annahmen. Bei einer solchen Ausgangslage ist der Empfehlung der Fachbehörde zu folgen.

VIII. Schlussfolgerung und Kosten sowie Entschädigung

E. 12

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerdeführerinnen zwar auf den relevanten Märkten über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfügen,

jedoch ihre Stellung nicht im Sinne von Art. 7 KG missbrauchten. Ein Erzwingen unangemessener Preise gegenüber Sunrise gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. c KG liegt nicht vor. Es fehlt bereits das Element des Erzwingens. Zudem wäre auch die Unangemessenheit des Vorleistungspreises nicht gegeben, da der Kosten-Preis-Vergleich fehlt bzw. die Kostenmethode nicht korrekt angewendet wurde. Auch gegenüber der Post ist der Tatbestand des Erzwingens unangemessener Preise nicht erfüllt. Das Element des Erzwingens ist ebenfalls nicht gegeben. Abgesehen davon würde der Preis nicht exzessiv über den Kosten liegen und auch die Gewinnmarge wäre nicht dermassen exzessiv, dass sich ein Einschreiten gestützt auf Art. 7 Abs. 2 lit. c KG rechtfertigen liesse. Im Weiteren liegt auch keine Kosten-Preis-Schere zulasten Sunrise vor. Diesbezüglich mangelt es bereits an einem zweistufigen Behinderungsmissbrauch. Zudem wäre eine Kosten-Preis-Schere bereits aus kalkulatorischer Sicht nicht gegeben, da nach dem vom BAKOM empfohlenen und zu respektierenden Szenario die Vorleistungskosten von Sunrise unter dem Zuschlagspreis von Swisscom liegen.

E. 12.1

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist aufgrund der vorgenannten Erwägungen gutzuheissen, soweit darauf einzutreten ist. Das angefochtene Urteil ist aufzuheben.

E. 12.2

Bei diesem Verfahrensausgang erübrigt es sich, auf den Eventualantrag (Aufhebung des angefochtenen Urteils und Rückweisung an die Vorinstanz zu neuem Entscheid in der Sache) einzugehen.

E. 12.3

Die WEKO verfolgt in vorliegendem Verfahren trotz Auferlegung einer Sanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG primär die Interessen eines funktionierenden Wettbewerbs bzw. der Förderung einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung (vgl. Art. 1 KG) und nicht Vermögensinteressen. Deshalb sind ihr trotz Unterliegens für das bundesgerichtliche Verfahren keine Gerichtskosten aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 4 BGG ; Urteil 2C_343/2010, 2C_344/2010 vom 11. April 2011 E. 9.3, nicht publ. in: BGE 137 II 199).

E. 12.4

Gemäss Verfahrensausgang haben die Beschwerdeführerinnen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG). Im Gegensatz zur WEKO verfolgten sie vorliegend primär Vermögensinteressen, ging es ihnen doch in erster Linie um die Aufhebung der genannten Sanktion. Anwendbar ist deshalb der Tarif für Streitsachen mit Vermögensinteressen (vgl. Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Reglement vom 31. März 2006 über die Parteientschädigung und die Entschädigung für die amtliche Vertretung im Verfahren vor dem Bundesgericht; SR 173.110.210.3). Auszugehen ist von einem Streitwert von Fr. 7'475'261.05.

E. 12.5

Entsprechend dem Verfahrensausgang wird das Bundesverwaltungsgericht über die Kosten und Entschädigungen des Verfahrens vor der WEKO und des vorinstanzlichen Verfahrens neu zu entscheiden haben. Die Sache wird zu diesem Zweck an die Vorinstanz zurückgewiesen (Art. 67, Art. 68 Abs. 5 BGG).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.