

# **BVGer A-7165/2008 vom 19. Februar 2010**

Bundesverwaltungsgericht, 2010-02-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-7165\\_2008](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-7165_2008)

FR: TAF A-7165/2008 du 19 février 2010

IT: TAF A-7165/2008 del 19 febbraio 2010

## **Regeste**

Zugang zu Fernmeldenetzen

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Die ComCom gehört zu den Behörden nach Art. 33 VGG und ist daher eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine Ausnahme, was das Sachgebiet angeht, ist nicht gegeben (Art. 32 VGG). Das Bundesverwaltungsgericht ist daher zuständig für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde.

#### **E. 1.1**

Die Beschwerdeführerin ist mit ihren Anträgen in den vorinstanzlichen Verfahren nicht durchgedrungen. Sie ist damit durch die vorinstanzlichen Verfügungen beschwert und gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG zur Beschwerde berechtigt (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer] A-7162/2008 vom 1. Februar 2010 E. 7.4.1 f.).

#### **E. 1.2**

Auf die form- und fristgerecht eingereichten Beschwerden ist daher einzutreten.

### **E. 2**

Die Beschwerdeführerin beantragt in verfahrensrechtlicher Hinsicht, die strittige Frage der Marktbeherrschung im Zusammenhang mit der Regulierung der Preise für Supplementary Services for Preselection und TAS sei von der Abteilung II des Bundesverwaltungsgerichts zu beurteilen. Sie führt aus, es handle sich zwar um ein fernmelderechtliches Verfahren, strittig sei jedoch die Frage der Marktbeherrschung und damit die Preisregulierung als solche. Diese Frage sei kartellrechtlicher Natur und müsse auch im Beschwerdeverfahren einheitlich ausgelegt werden. Es bestehe ein Anspruch auf Behandlung der Beschwerde durch die zuständige Fachabteilung.

#### **E. 2.1**

Art. 24 des Geschäftsreglements vom 17. April 2008 für das Bundesverwaltungsgericht (VGR, SR 173.320.1) regelt die Zuständigkeiten der Abteilungen des Bundesverwaltungsgerichts: Nach Abs. 1 behandelt die erste Abteilung Geschäfte, die ihren Schwerpunkt in den Bereichen Infrastruktur, Umwelt, Abgaben und Personal haben. Nach Abs. 2 fallen Geschäfte mit Schwerpunkt in den Bereichen Wirtschaft, Wettbewerb und Bildung in den Zuständigkeitsbereich der zweiten Abteilung. Im Einzelnen ist die

Geschäftsverteilung im Anhang VGR geregelt. Demnach werden der Abteilung I Geschäfte im Rechtsgebiet des Post- und Fernmeldewesens zugeteilt. Kartellrechtliche Beschwerdeverfahren beurteilt die Abteilung II.

### **E. 2.2**

Das Bundesverwaltungsgericht hat im Zusammenhang mit diesem Einwand in einem parallelen Beschwerdeverfahren bereits festgehalten, dass ein allfälliger Anspruch der Beschwerdeführerin auf Zuteilung der Streitsache an die Abteilung II wohl bereits verwirkt sei, weil sie die angebliche Zuständigkeit der Abteilung II innerhalb der Ablehnungsfrist nach Bekanntgabe des Spruchkörpers hätte geltend machen können. Der Verfahrensantrag wurde aber auch als inhaltlich unbegründet erachtet. Dies hauptsächlich deshalb, weil die Beurteilung der Marktstellung der Beschwerdeführerin bloss vorfrageweise im Hinblick auf die eigentliche Frage der fernmelderechtlichen Zugangsregulierung erfolge. Auch gehe es bei der marktbeherrschenden Stellung um Fragen der Angebotssubstituierbarkeit fernmeldetechnischer Dienstleistungen und damit schwergewichtig um sektorspezifische Fragen. Weiter würden die allfällige Konsultation der Wettbewerbsbehörde sowie - soweit erforderlich - die in Art. 25 Abs. 2 VGG vorgesehene gerichtsinterne Koordination gewährleisten, dass der Begriff der marktbeherrschenden Stellung im Einklang mit dem Wettbewerbsrecht angewendet werde. Zudem liege es in der Natur der Sache, dass bei der Beurteilung von Rechtsstreitigkeiten aus dem Zuständigkeitsbereich der einen Abteilung des Bundesverwaltungsgerichts immer wieder Themen zu prüfen seien, die primär einer anderen Abteilung zugewiesen seien. Eine Zuständigkeitsgabelung würde aber nicht nur der rechtlichen Zuteilungskonzeption nach Art. 23 VGR, sondern auch prozessökonomischen Gedanken widersprechen (Urteil A-7162/2008 vom 1. Februar 2010 E. 3 - 3.5). Mit der Beschwerdegegnerin und der Vorinstanz ist deshalb einig zu gehen, dass der Verfahrensantrag der Beschwerdeführerin abzuweisen und die Beschwerde durch die Abteilung I zu beurteilen ist.

### **E. 3**

Die Beschwerdeführerin weist weiter in ihrer Replik darauf hin, dass dem Bundesverwaltungsgericht volle Kognition zukomme und fordert unter Hinweis auf ein Gutachten, das Gericht habe seine Kognition auszuschöpfen und bei der Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen eine umfassende Kontrolle zu praktizieren. Dazu ist festzuhalten, dass das Bundesverwaltungsgericht seine Prüfungszuständigkeit kennt und wahrnimmt. Die Kognition ist gesetzlich vorgegeben und unabhängig von den Anträgen der Parteien zu beachten (vgl. dazu Urteil des BVerG A-7162/2008 vom 1. Februar 2010 E. 4 - 4.4). Die Beschwerdeführerin hat denn auch zu Recht keine die Kognition betreffenden Anträge gestellt.

### **E. 4**

Die angefochtene Verfügung der Vorinstanz stützt sich auf Art. 11 und 11a FMG. Gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG müssen marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten anderen Anbieterinnen in verschiedenen, im Gesetz aufgezählten Formen auf transparente und nicht diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen Zugang zu ihren Einrichtungen und zu ihren Diensten gewähren. Einigen sich die Anbieterinnen von Fernmeldediensten nicht innerhalb von drei Monaten über die Bedingungen des Zugangs, so verfügt die Vorinstanz diese gemäss Art. 11a Abs. 1 FMG auf Gesuch einer Partei und auf Antrag des Bundesamtes. Dabei berücksichtigt sie insbesondere die Bedingungen, die

einen wirksamen Wettbewerb fördern, sowie die Auswirkungen ihres Entscheides auf konkurrierende Einrichtungen.

#### **E. 4.1**

Vorliegend geht es in einem Streitpunkt um die Frage, ob die Vorinstanz entsprechend dem Antrag der Beschwerdeführerin eine Vertragsklausel hätte verfügen müssen, welche die Folgen von Anordnungen in Verfahren zwischen ihr und Dritten auf das zu beurteilende Vertragsverhältnis regelt. Beschwerdeführerin und Vorinstanz begründen ihre Standpunkte mit Argumenten, die weitgehend identisch sind mit jenen im bereits beurteilten Parallelverfahren (vgl. Urteil des BVerfG A-7162/2008 vom 1. Februar 2010 E. 7.2 ff.).

#### **E. 4.2**

Zusammengefasst stellt sich die Beschwerdeführerin auf den Standpunkt, eine Drittwirkung bestehe nur, wenn und soweit dies in einer Vereinbarung mit einer Fernmeldediensteanbieterin (FDA) vorgesehen oder von der Vorinstanz verfügt worden sei. Die Drittwirkung sei eine Nebenbedingung der Interkonnektion und hätte als solche bei einer Nichteinigung auf Antrag einer Partei hin nach markt- und branchenüblichen Grundsätzen verfügt werden müssen. Das Diskriminierungsverbot verlange von der Beschwerdeführerin bloss, allen Konkurrentinnen das gleiche Standardangebot zu unterbreiten, und es finde seine Grenze im Verhandlungsprimat. Es sei die Absicht des Gesetzgebers gewesen, den Marktakteuren die Vereinbarung über die Bedingungen ihrer Beziehungen zu überlassen. Da den Anbieterinnen die Möglichkeit offen stehe, ein Zugangsgesuch zu stellen und kostenorientierte Preise durchzusetzen, könne die Beschwerdeführerin ihre marktbeherrschende Stellung auch ohne zwingenden Charakter des Diskriminierungsverbots nicht missbrauchen.

#### **E. 4.3**

Die Vorinstanz ist demgegenüber der Ansicht, aufgrund des Diskriminierungsverbots sei die Beschwerdeführerin verpflichtet, nicht nur identische Basisangebote zu offerieren, sondern sämtlichen Konkurrentinnen die gleichen Zugangsbedingungen zu gewähren. Der Gehalt des Verhandlungsprimats sei durch das Diskriminierungsverbot bestimmt. Da die Konkurrentinnen der Beschwerdeführerin aufgrund ihrer marktbeherrschenden Position nicht als gleichwertige Verhandlungspartnerinnen gegenüberstünden, habe der Gesetz- und Ordnungsgeber die Vertragsfreiheit der Beschwerdeführerin stark eingeschränkt. Die Gleichbehandlung werde durch das Prinzip der Drittwirkung als zwingende Folge des Diskriminierungsverbots sichergestellt. Für kleinere Anbieterinnen sei es aus personellen und finanziellen Gründen oft nicht möglich, ein Zugangsverfahren durchzuführen. Das Diskriminierungsverbot solle ihnen den Markteintritt erleichtern und sie im Markt schützen. Falls eine Anbieterin der Auffassung sei, es stünden ihr aufgrund des Diskriminierungsverbots Ansprüche gegen die Beschwerdeführerin zu, seien diese auf dem Zivilrechtsweg durchzusetzen.

#### **E. 4.4**

Die Beschwerdegegnerin schliesst sich der Auffassung der Vorinstanz an, wonach deren regulierende Eingriffe von Gesetzes wegen Drittwirkung auf entsprechende Interkonnektionsverhältnisse hätten, und zwar ab dem Zeitpunkt des Wirksamwerdens der verfügbaren Preise. Festzustellen sei dies vom Zivilgericht im Rahmen einer Rückforderungsklage. Damit erübrige es sich, für das vorliegend strittige Interkonnektionsverhältnis eine Drittwirkungsklausel zu verfügen. Der Standpunkt der

Beschwerdeführerin führe demgegenüber zu Diskriminierungen, weil die Drittwirkung in sachlich nicht gerechtfertigter Weise erheblich eingeschränkt werde.

#### **E. 4.5**

Der im vorliegenden Verfahren umstrittene Begriff der Drittwirkung findet sich in den einschlägigen Bestimmungen des Fernmelderechts nicht. Die Art. 11 ff. FMG äussern sich nicht ausdrücklich zur Frage, ob und wie sich Verfügungen der Vorinstanz in diesem Bereich auf die Rechte Dritter auswirken.

##### **E. 4.5.1**

Art. 11 Abs. 1 FMG verlangt, dass marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten anderen Anbieterinnen auf transparente und nicht diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen Zugang zu ihren Einrichtungen und Diensten gewähren. Es ist nun zu prüfen, ob das Diskriminierungsverbot - wie von der Vorinstanz angenommen - dazu führt, dass eine behördliche Preisfestsetzung von Gesetzes wegen zu einer Anpassung der von der Beschwerdeführerin mit Dritten geschlossenen Verträge führt.

##### **E. 4.5.2**

Das Diskriminierungsverbot kann - wenn ihm Vorrang vor der Vertragsautonomie zugebilligt wird - rechtlich auf verschiedene Weise umgesetzt werden. Einerseits können die Preise direkt für alle Beteiligten - gewissermassen tarifartig - festgelegt werden. Die auf diese Weise festgesetzten Preise würden unmittelbar für alle Beteiligten gelten und die Frage einer allfälligen Rückwirkung wäre anhand der zugrunde liegenden Bestimmungen zu klären. Indem die Vorinstanz geltend macht, sobald sie von einer Partei angerufen werde, beanspruchten ihre Verfügungen die gleiche Durchschlagskraft wie die von Behörden der Europäischen Union (EU) getroffenen ex-ante Regelungen, scheint sie dieser Konzeption einer direkten Drittwirkung zu folgen. Es kann aber auch - im Sinne einer indirekten Drittwirkung - davon ausgegangen werden, dass eine Festsetzung der Preise durch die Vorinstanz direkt nur die Parteien des Zugangsverfahrens betrifft. Die Festsetzung der kostenorientierten Preise würde dazu führen, dass die mit Dritten vereinbarten höheren Preise diskriminierend und damit gegebenenfalls widerrechtlich, mithin gemäss Art. 20 Abs. 1 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) nichtig wären. Dies wäre durch die betroffenen Dritten auf dem Zivilrechtsweg geltend zu machen (Art. 11b FMG). Die Entscheide der Vorinstanz würden sich damit lediglich indirekt auf die Vertragsverhältnisse mit Dritten auswirken. Die Voraussetzungen und der Umfang von Ansprüchen der Parteien aus dem Diskriminierungsverbot wären demnach zivilrechtlicher Natur und durch den Zivilrichter zu beurteilen.

#### **E. 4.6**

Das Bundesverwaltungsgericht hat sich mit dieser Fragestellung eingehend im bereits genannten parallelen Beschwerdeverfahren auseinandergesetzt. Vorab hat es festgehalten, dass die Drittwirkung von Entscheiden zumindest aus verfahrensrechtlicher Sicht grundsätzlich denkbar sei (Urteil A-7162/2008 vom 1. Februar 2010 E. 8.1 ff.). Weiter hat es festgestellt, dass Rechtsprechung und Lehre die Frage, ob sich die Drittwirkung von Entscheiden der Regulierungsbehörde direkt aus dem Gesetz ergebe, bisher offen gelassen hätten (Urteil A-7162/2008 vom 1. Februar 2010 E. 9.1 ff.). Entsprechend der Auffassung der Vorinstanz, die direkte Drittwirkung folge aus dem Gebot, nichtdiskriminierende Preise zu gewähren, hat sich das Bundesverwaltungsgericht in der Folge eingehend mit dem Begriff der Diskriminierung im Sinne von Art. 11 Abs. 1 FMG auseinandergesetzt. Es ist

dabei zum Ergebnis gelangt, dass das fernmelderechtliche Diskriminierungsverbot einzig verlange, dass allen Anbieterinnen die Zugangsleistungen zu den gleichen Konditionen angeboten würden. Eine darüber hinausgehende Tragweite des Diskriminierungsverbots im Sinne einer Befugnis der Vorinstanz, in Verträge der marktbeherrschenden Anbieterin mit Dritten einzugreifen, könne aber weder aus dem Liberalisierungszweck des Gesetzes noch aus der Umschreibung von Art. 52 Abs. 1 der Verordnung vom 9. März 2007 über Fernmeldedienste (FDV, SR 784.101.1) abgeleitet werden. Da der historische Gesetzgeber davon ausgegangen sei, die Zugangsverfügungen hätten keine direkte Drittwirkung, könnte eine solche nur angenommen werden, wenn dies die andern Auslegungselemente mit hinreichender Klarheit nahe legen würden, was aber nicht der Fall sei. Zwar entspreche eine (vertraglich vereinbarte) rückwirkende Drittwirkung zweifellos dem Zweck des Gesetzes, es folge aber daraus nicht, dass eine direkte, rückwirkende Drittwirkung bereits von Gesetzes wegen gelte (Urteil A-7162/2008 vom 1. Februar 2010 E. 9.3.3.4). Die Systematik der fernmelderechtlichen Zugangsordnung sehe vielmehr vor, dass die Parteien die Bedingungen zunächst auf dem Verhandlungsweg zu vereinbaren hätten und die Vorinstanz nur für den Fall, dass dies nicht gelinge, auf Gesuch hin privatrechtsgestaltend eingreifen dürfe. Die Durchsetzung der vereinbarten oder verfügten Bedingungen geschehe gemäss Art. 11b FMG allerdings auf dem zivilrechtlichen Weg. Der Vorinstanz komme nach dieser Konzeption weder eine Aufgabe bei der Durchsetzung der Verträge noch eine Aufsichtsfunktion bezüglich ihrer Rechtmässigkeit zu (Urteil A-7162/2008 vom 1. Februar 2010 E. 9.3.5). Die Nichtdiskriminierung sei damit auf dem Zivilrechtsweg durchzusetzen. Ob und wie weit aufgrund einer Verletzung des Diskriminierungsverbots Rückforderungsansprüche geltend gemacht werden könnten, sei eine Frage des Zivilrechts. Allerdings sei nicht einzusehen, weshalb kein Raum für eine vertragliche Regelung der Rückforderungsansprüche im Sinne einer rückwirkenden Drittwirkungsklausel bestehen solle, die ja der Zwecksetzung der Rechtsordnung entspreche. Soweit auf dem Verhandlungsweg keine Einigung über die Rückforderungsmodalitäten habe erzielt werden können, seien diese auf Antrag einer Partei hin nach markt- und branchenüblichen Kriterien zu verfügen (Urteil A-7162/2008 vom 1. Februar 2010 E. 9.3.10).

#### **E. 4.7**

Gestützt auf diese Überlegungen erweist sich die Beschwerde im fraglichen Punkt auch im vorliegenden Verfahren als begründet. Was die Formulierung der Drittwirkungsklausel angeht, so ist in Betracht zu ziehen, dass der Vorinstanz bei der Festlegung der Nebenpunkte der Interkonnektion ein erheblicher Ermessensspielraum zusteht, den sie mit der Abweisung des Antrags, eine Rückwirkungsklausel zu verfügen, nicht ausgeschöpft hat (vgl. Urteil A-7162/2008 vom 1. Februar 2010 E. 10.1 ff.). Zudem unterscheiden sich die von den Parteien beantragten Formulierungen in einigen Punkten, wie insbesondere der zeitlichen Begrenzung der Rückwirkung - die im Übrigen nicht zulässig ist (Urteil A-7162/2008 vom 1. Februar 2010 E. 10.1.7) - und der Verzinsung. Im bereits genannten Parallelverfahren hat das Bundesverwaltungsgericht die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen (Urteil A-7162/2008 vom 1. Februar 2010 E. 10.1.5 ff.). Ein kassatorisches Urteil auch im vorliegenden Verfahren rechtfertigt sich im Hinblick auf eine einheitliche Formulierung der Klausel umso mehr. Die Beschwerde ist deshalb in diesem Punkt gutzuheissen, Ziffer 4 des Dispositivs der angefochtenen Teilverfügung ist aufzuheben und die Angelegenheit ist in Anwendung von Art. 61 Abs. 1 VwVG zur Verfügung einer Drittwirkungsklausel, in deren Rahmen auch die Frage der Verzinsung von drittwirkungsbedingten Rückzahlungen zu regeln sein wird, an die Vorinstanz

zurückzuweisen.

### **E. 5.1**

Die Vorinstanz hat in der angefochtenen Verfügung weiter die Preise für Supplementary Services for Carrier Preselection festgelegt. Darunter wird die Lieferung von Daten im Zusammenhang mit der vorbestimmten Betreiberauswahl (Carrier Preselection [CPS]) verstanden.

### **E. 5.2**

Mit der Betreiberauswahl wird ein Anruf von einem Festnetzanschluss der Beschwerdeführerin auf das Verbindungsnetz einer alternativen FDA umgeleitet. Dies kann entweder fallweise durch Eingabe eines bestimmten Codes vor der Rufnummer oder dauerhaft, mittels Voreinstellung eines Telefonanschlusses auf eine bestimmte FDA (CPS), geschehen. Bei der CPS wird die Voreinstellung durch die Beschwerdeführerin im Rahmen ihrer Grunddienste aktiviert (Activation) oder bei einem Umzug auf die neue Adresse umgeschaltet (Relocation). Die Ausführung der CPS-Aufträge wird ebenso wie die Deaktivierung einer CPS den FDA durch eine unentgeltliche Meldung der Beschwerdeführerin in elektronischer Form angezeigt. Das Angebot der Beschwerdeführerin umfasst im Zusammenhang mit der Betreiberauswahl zudem die Lieferung folgender Daten im Hinblick auf die Bewirtschaftung von Kundendaten (sog. Supplementary Services): Invoice Details for Activation and Relocation: Monatliche Zusammenfassung aller durchgeführter Aktivierungen und Schaltungen bei Umzügen von Kunden einer FDA, Deactivation Notification: Liste der Kunden, die zufolge einer neuen Betreiberauswahl nicht mehr CPS-Kunden bei der FDA sind, List of Activated Customers: Liste aller aktivierten CPS Kunden einer FDA zu einem bestimmten Zeitpunkt, Migration of Carrier Selection Codes: CPS-Kunden mit dem gleichen Carrier Selection Code (CSC) werden auf Ersuchen auf einen anderen CSC derselben FDA migriert, Access Cancellation Notification: Liste der CPS Kunden einer FDA, welche den Telefonanschluss ganz aufgegeben haben, Customer Data Check: Pre-Order Check, bei dem die Beschwerdeführerin der FDA gestützt auf die Angabe einer Telefonnummer die Personalien des betreffenden Endkunden mitteilt, List of Taken over Access: Liste der CPS Kunden, bei denen ein Nachmieter den Anschluss übernommen hat, Slamming Reconfiguration: Rückgängigmachen eines unberechtigten Aktivierungsauftrages einer FDA.

### **E. 5.3**

Wie bereits im Parallelverfahren A-7162/2008 bestreitet die Beschwerdeführerin die Zuständigkeit der Vorinstanz, die Preise für Supplementary Services festzulegen. Diese Dienste würden keine Dienstleistungen der Interkonnektion im Sinne von Art. 3 Bst. e FMG darstellen, da sie für ein fernmeldetechnisches und logisches Zusammenwirken der verbundenen Dienste sowie für den Zugang der Endkunden zu Diensten der anderen FDA nicht notwendig seien. Dies zeige sich darin, dass nicht alle FDA Supplementary Services beziehen würden. Zudem habe die Vorinstanz ohne die notwendigen Sachverhaltsabklärungen und undifferenziert für alle Dienstleistungen eine Marktbeherrschung angenommen. Die FDA könnten die fraglichen Daten jedoch selbst beschaffen. Weiter hätten Vorinstanz und WEKO zu Unrecht aus dem Marktverhältnis bei CPS auf eine beherrschende Stellung bei den Supplementary Services geschlossen. Die beiden Leistungen bildeten jedoch keinen Systemmarkt und ohnehin bestehe für die

Supplementary Services ein eigenständiger Markt.

#### **E. 5.4**

Die Vorinstanz vertritt demgegenüber die Auffassung, die Beschwerdeführerin biete die Dienstleistung zu massiv überhöhten Preisen an, weshalb sie von verschiedenen Anbietern nicht bezogen würden. Daraus könne aber nicht geschlossen werden, dass es sich nicht um der Regulierung unterliegende Interkonnectionsleistungen handle. Da die Supplementary Services ein Bestandteil der CPS-Dienstleistungen seien, müsse die Frage der Marktbeherrschung nicht gesondert betrachtet werden. Die Beschwerdeführerin verfüge als einzige über die zugrunde liegenden Daten, deshalb sei nur sie in der Lage, die Supplementary Services mit einem vertretbaren Kosten-/Nutzenverhältnis anzubieten. Dies sei auch ohne weitere Abklärungen ersichtlich.

#### **E. 5.5**

Die Beschwerdegegnerin bestreitet ebenfalls den Standpunkt der Beschwerdeführerin. Supplementary Services seien unter dem Druck entsprechender Nachfrage entwickelt worden. Dies deute nicht darauf hin, dass die Dienste nicht zu den Interkonnectionsdienstleistungen gehörten. Die Dienste seien wohl technisch für die Interkonnection nicht zwingend, für ein wirtschaftlich vernünftiges Kundenmanagement aber notwendig. Die Verfügungsmacht über die notwendigen Informationen liege bei der Beschwerdeführerin. Die von dieser als Substitut angeführte Eigenproduktion der Daten sei völlig realitätsfremd und unwirtschaftlich. Der Umstand, dass alternative FDA auch ohne regulierte Supplementary Services Sprachtelefoniedienste anböten, bedeute nicht, dass diese für einen funktionierenden Wettbewerb entbehrlich seien, das Fehlen dieser Dienste bedeute für die Konkurrentinnen der Beschwerdeführerin im Gegenteil einen erheblichen Wettbewerbsnachteil. Die Supplementary Services seien ein zwingender Bestandteil der CPS. Da die Beschwerdeführerin einzige Anbieterin dieser Leistungen sei, sei sie im CPS-Markt offensichtlich marktbeherrschend.

#### **E. 5.6**

Im Rahmen des vorinstanzlichen Verfahrens erstattete die WEKO ein Gutachten zur Frage der marktbeherrschenden Stellung der Beschwerdeführerin im Bereich der Supplementary Services. Sie hielt darin fest, die Nachfrage nach Supplementary Services stehe in einem derart engen Zusammenhang mit der CPS, dass die Dienstleistungen im Rahmen der Marktabgrenzung auf Wholesalestufe nicht isoliert betrachtet werden könnten. Bei der CPS sei die Beschwerdeführerin die einzige schweizweit flächendeckend tätige Anbieterin. Auch aus dem Endkundenmarkt (namentlich aus der Konkurrenz durch Kabelnetzbetreiberinnen) und möglichen künftigen Markteintritten anderer Anbieter erwachse kein Wettbewerbsdruck, der disziplinierend auf den Wholesalemarkt wirke. Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens hält die WEKO ergänzend fest, für die Supplementary Services bestehe keine unabhängige Nachfrage, diese bildeten keinen eigenständigen Markt. Es bestehe keine Ausweichmöglichkeit, so dass die FDA bei überhöhten Preisen nur auf einen Bezug der Dienstleistungen verzichten könnten. Es sei unrealistisch, dass die FDA die Daten selbst mit vertretbarem Aufwand beschaffen könnten. Auch wenn mit der Beschwerdeführerin von einem Systemmarkt ausgegangen würde, wäre eine marktbeherrschende Stellung im Sekundärmarkt (Supplementary Services) anzunehmen. Die unbestrittene Marktbeherrschung im Primärmarkt ändere dies nicht, sondern stärke die Marktstellung eher.

## **E. 5.7**

Im Parallelverfahren hat das Bundesverwaltungsgericht bereits entschieden, dass es sich bei den Supplementary Services um Interkonnectionsleistungen im Sinne von Art. 3 Bst. e FMG handelt. Es stellte fest, ein enger Sachzusammenhang zwischen den Supplementary Services und der Hauptleistung CPS sei offensichtlich. Zwar seien die Supplementary Services für das technische Zusammenwirken der Netze nicht zwingend notwendig. Die Regulierung von Art. 11 ff. FMG bezwecke jedoch nicht nur die rein technische Interkonnection, sondern auch die Schaffung von Bedingungen für alternative Anbieter, die einen wirksamen Wettbewerb ermöglichen. Vor diesem Hintergrund seien auch Nebenleistungen, die für eine wirtschaftliche Nutzung der Hauptleistung notwendig erschienen, als Bestandteil der Interkonnectionsdienstleistungen zu betrachten. Unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten erscheine es notwendig, über die für die Bewirtschaftung des Endkundenstammes erforderlichen Daten zu verfügen. Die Supplementary Services seien daher als Bestandteil der Interkonnectionsdienstleistungen zu betrachten (Urteil A-7162/2008 vom 1. Februar 2010 E. 14.9 - 14.9.4).

## **E. 5.8**

Eine Pflicht, Zugang zu gewähren, besteht indessen nur, wenn eine Anbieterin marktbeherrschend ist. Die Marktbeherrschung ist nicht eine Eigenschaft des Unternehmens an sich, sondern bezieht sich auf dessen Marktmacht in einem bestimmten Dienste-Markt (Botschaft zur Änderung des Fernmeldegesetzes [FMG] vom 12. November 2003, BBl 2003 7972). Es ist damit zunächst eine Marktabgrenzung vorzunehmen und anschliessend festzustellen, ob die Anbieterin im abgegrenzten Markt marktbeherrschend ist.

### **E. 5.8.1**

Für die Beurteilung der Frage, ob eine Anbieterin auf dem relevanten Markt gemäss Art. 11 FMG eine beherrschende Stellung einnimmt, ist auf die entsprechende Definition im Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) abzustellen (BVGE 2009/35 E. 8.4.1). Gemäss Art. 4 Abs. 2 KG gelten als marktbeherrschende Unternehmen 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 (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7799/2008 vom 3. Dezember 2009 E. 4.4 [zur Publikation bestimmt]) zur Begriffserweiterung durch die Kartellgesetzrevision 2003 vgl. Roger Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, S. 277 ff.). Um diese Frage zu klären, ist einerseits der sachlich relevante, andererseits der räumlich relevante Markt zu bestimmen (Roger Zäch/Reto A. Heizmann, Markt und Marktmacht, in: Geiser/Krauskopf/Münch [Hrsg.], a.a.O., S. 34, 37; Reto A. Heizmann, Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, Zürich/Basel/Genf 2005, Rz. 179 ff., 277 f., 750; Christoph Lüscher, Kleines Glossar der Fehlvorstellungen über Marktbeherrschung, deren Missbrauch und Rechtfertigung, in jusletter vom 2. November 2009, Rz. 34). Der sachlich relevante Markt umfasst in analoger Anwendung von Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU, SR 251.4) alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden. Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU

analog).

### **E. 5.8.2**

Unbestritten ist vorliegend der räumlich relevante Markt. Die Parteien gehen in Übereinstimmung mit der Vorinstanz davon aus, dass das Gebiet der Schweiz massgebend ist.

### **E. 5.8.3**

Der sachlich relevante Markt ist aus der Optik der Marktgegenseite zu beurteilen, weshalb diese bei jeder Marktabgrenzung vorgängig zu bestimmen ist (Heizmann, a.a.O., Rz. 189). Mit dem Begriff der Marktgegenseite ist die Gegenseite derjenigen Unternehmen gemeint, die angeblich marktbeherrschend sind (Heizmann, a.a.O., Rz. 280). Marktgegenseite bilden vorliegend daher die Fernmeldedienstanbieterinnen, die Nachfrager der Supplementary Services. Die WEKO differenziert praxisgemäss zwischen Retail- und Wholesalemärkten, wenn sich die Nachfrage in den beiden Bereichen bezüglich Eigenschaften und Verwendungszweck in erheblichem Ausmass unterscheidet (Verfügung der WEKO vom 15. Dezember 2003, RPW 2004/2, S. 428). Auf der Wholesale-Ebene fragen die Fernmeldedienstanbieter beim Netzbetreiber Vorleistungsprodukte wie die CPS nach. Basierend auf der CPS bieten die Fernmeldedienstanbieter sodann auf der Retail-Ebene den Endkunden Fernmeldedienste an.

### **E. 5.9**

Das Bundesverwaltungsgericht hat die Marktbeherrschung der Beschwerdeführerin und damit ihre Pflicht, Zugang bei den Supplementary Services zu gewähren, bereits bejaht. Die Vorinstanz habe zu Recht den Wholesalemarkt für CPS-Dienstleistungen als sachlich relevanten Markt abgegrenzt. Insoweit sei die marktbeherrschende Stellung der Beschwerdeführerin offenkundig und unbestritten. Selbst wenn von einem speziellen Markt für Supplementary Services ausgegangen würde, sei von einer marktbeherrschenden Stellung der Beschwerdeführerin in diesem Bereich auszugehen. Denn die Beschaffung und Aufbereitung der Daten durch die Beschwerdegegnerin oder Dritte anhand der CPS Daten sei offensichtlich kein wirtschaftlich sinnvoller Ersatz. Zum einen wäre der bei der Beschwerdegegnerin anfallende Aufwand erheblich grösser als bei einer Datenaufbereitung durch die Beschwerdeführerin, andererseits wäre aufgrund der vorgeschlagenen individuellen Abklärungen mittels Kontrollanrufen die Fehleranfälligkeit deutlich höher. Der Verzicht auf die entsprechenden Daten erscheine als einzige Alternative zum Bezug der Supplementary Services. Für eine wirtschaftliche und effiziente Bewirtschaftung der Kundendaten seien die Daten aber gerade für eine grössere FDA wie die Beschwerdegegnerin notwendig. Die Supplementary Services seien daher als nicht substituierbar zu betrachten. Dies gelte gestützt auf eine sachgerechte Gesamtbeurteilung für sämtliche der angebotenen Dienstleistungen. Die Beschwerdeführerin sei damit im Bereich der Supplementary Services marktbeherrschend und die Vorinstanz sei zur Festsetzung der entsprechenden Preise zuständig gewesen (Urteil A-7162/2008 vom 1. Februar 2010 E.14.10 - 14.14).

### **E. 5.10**

Soweit die Beschwerdeführerin auch im vorliegenden Verfahren die Preisfestsetzungskompetenz der Vorinstanz für Supplementary Services bestreitet, erweist sich ihre Beschwerde gestützt auf die vom Bundesverwaltungsgericht im genannten Parallelverfahren vorgenommene Beurteilung als unbegründet und ist abzuweisen.

## **E. 6**

Die Beschwerdeführerin beantragt schliesslich, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben, soweit darin die Preise für "Transit to ... Access Services (TAS)" festgelegt worden seien. Sie macht geltend, im Bereich der TAS habe sie keine marktbeherrschende Stellung, diese Dienste würden deshalb nicht der Regulierung unterliegen.

### **E. 6.1**

Transitdienste dienen dazu, Anrufe, die von einem Ausgangs-Verbindungsnetz übernommen wurden, durch ein weiteres Verbindungsnetz zu leiten, um sie an ein terminierendes Verbindungsnetz weitergeben zu können. Transit liegt dann vor, wenn die Betreiberin des Durchleitungsnetzes nicht identisch ist mit denjenigen der Ausgangs- und Zielnetze. Die Betreiberinnen der Ausgangs- und Zielnetze können hingegen identisch sein. Die Betreiberin des Ausgangsnetzes kann - soweit vorhanden - zwischen den Transitangeboten verschiedener Anbieterinnen auswählen und das aus ihrer Sicht vorteilhafteste Transitnetz wählen. Dabei sind zwei Arten von Transitdiensten zu unterscheiden: Bei den Transit Terminating Services (TTS) hat die Betreiberin des Ausgangsnetzes die Transitnetzbetreiberin für die Durchleitung zu entschädigen. In diesen Fällen bezieht die Ausgangsnetzbetreiberin von ihrem Kunden das Entgelt für die ganze Verbindung und bezahlt eine Entschädigung an die Transitnetzbetreiberin, welche wiederum eine Terminierungsgebühr an die Betreiberin des Zielnetzes als Entgelt für die Herstellung der Verbindung zum Endkunden ausrichtet. Der Zahlungsfluss folgt somit der Richtung des Anrufs. Im Gegensatz dazu wird bei TAS der Zahlungsfluss gegen die Richtung des Telefonanrufs abgewickelt. Der Grund liegt darin, dass die Zielnetzbetreiberin in diesen Fällen Dienstleistungen (insbesondere über eine Mehrwertdienst- oder 0800er-Nummer) anbietet und ein Interesse daran hat, dass ihre Dienste nachgefragt werden. Sie muss die Transitdienstanbieterin für die Durchleitung entschädigen und eine Zugangsgebühr (Access) bezahlen. Die Transitdienstanbieterin wiederum hat der Ausgangsnetzbetreiberin die Access-Gebühr zu entrichten. Bei Anrufen auf Mehrwertdienstnummern schuldet zudem der Anrufer die Gebühr für die erbrachte Dienstleistung. Diese wird in der Regel von der Ausgangsanbieterin eingezogen und abzüglich einer Inkassogebühr an die Zielnetz- bzw. Mehrwertdienstanbieterin überwiesen. Ein weiteres Wesensmerkmal von TAS liegt darin, dass die bezahlende Zielnetz- und Mehrwertdienstanbieterin nicht dieselbe ist wie die den Transit auswählende Ausgangsnetzbetreiberin. Besteht direkte Interkonnektion zwischen der Ausgangsnetz- und Zielnetzbetreiberin, können die Anrufe direkt zur Dienstanbieterin weitergeleitet werden, ohne dass eine Durchleitung erforderlich wäre. In diesen Fällen schuldet die Dienstanbieterin auch keine TAS-Gebühr. In der Folge wird - analog zu den von den Parteien in den Eingaben vor dem Bundesverwaltungsgericht gewählten Definitionen - die Anbieterin des Ausgangsnetzes als FDA A, die Anbieterin des Zielnetzes bzw. der Mehrwertdienste als FDA B und die Anbieterin der Transitdienste als FDA C bezeichnet.

### **E. 6.2**

In einem Gutachten vom 20. August 2007 nahm die WEKO eine Beurteilung der Marktstellung der Beschwerdeführerin bei den Transitdiensten TAS vor. Hinsichtlich der Marktabgrenzung hielt sie vorab fest, rein technisch würden zwischen TTS und TAS bei der Signalübertragung keine Unterschiede bestehen. Allein der unterschiedliche Zahlungsstrom rechtfertige nicht die Abgrenzung eines eigenen sachlichen Marktes für TAS. Der sachlich relevante Markt umfasse somit alle Transitdienste, räumlich umfasse er das Gebiet der

ganzen Schweiz. Bezogen auf den aktuellen Wettbewerb seien viele FDA im Besitz von Netzinfrastruktur. Transit könne theoretisch über mehrere Anbieter abgewickelt werden. Neben der Beschwerdeführerin würden auch weitere FDA TAS anbieten. Ihnen werde jedoch die Mitkonkurrenz auf Grund der Grösse der Beschwerdeführerin und ihrer grossen Netzdichte erschwert. Weil diese die meisten direkten Interkonnektionen zu anderen FDA aufgebaut habe, steige der Anreiz für FDA mit wenigen eigenen Interkonnektionen, sich mit ihr zusammenzuschalten bzw. Transit über sie abzuwickeln. Kleinere FDA seien unter Umständen auf Swisscom sogar angewiesen, um ihre Netze zu verknüpfen. Aus Kostengründen sei es möglich, dass eine FDA alle Dienste aus einer Hand beziehen wolle und sich daher Swisscom aufdränge. Zudem habe die Anbieterin von Mehrwertdiensten, die TAS zu bezahlen habe, wenig Anreiz, selber TAS anzubieten, bestehe doch keine Garantie, dass sich die FDA A, welche die Transitbieterin wähle, für ihr TAS-Angebot entscheide. Swisscom sei damit keiner genügenden aktuellen Konkurrenz ausgesetzt, die ihr Verhalten zu disziplinieren vermöge. Künftige Marktzutritte, die eine disziplinierende Wirkung erreichen könnten, seien aus den bereits genannten Gründen auch nicht absehbar. Die Herstellung direkter Interkonnektion komme dann in Frage, wenn deren Kosten tiefer seien als die künftigen Transitzkosten. Weil der Datenverkehr künftig eher zunehme, bestehe zwar ein finanzieller Anreiz für direkte Interkonnektion. Die noch 2001 in einem Gutachten vertretene Auffassung, dass genügend potentielle Konkurrenz infolge geringer Eintrittsbarrieren vorhanden sei, habe sich jedoch nicht bestätigt. Es sei vielmehr davon auszugehen, dass die Kosten der indirekten Interkonnektion nicht marginal und deshalb weiterhin viele FDA auf Transitzdienste angewiesen seien. Auch wenn andere FDA mit direkter Interkonnektion relativ einfach selber TAS anbieten könnten, verfüge Swisscom mit der höchsten Anzahl direkter Interkonnektionen und der grössten Netzdichte über eine marktbeherrschende Stellung.

### **E. 6.3**

Die Vorinstanz führte in der angefochtenen Verfügung aus, direkte Netzzusammenschlüsse würden dann vorgenommen, wenn dies Einsparungen bei den Kosten für Transitzdienste bringe. Netze seien jedoch nicht in dem im Jahr 2001 erwarteten Ausmass zusammengeschlossen worden. Die Annahme der WEKO, dass die Kosten einer direkten Interkonnektion als Substitut für einen Transitzdienst nicht marginal seien, treffe deshalb zu. Entscheidend bei TAS sei der Umstand, dass die Dienstanbieterin keinen direkten Einfluss auf die Wahl des Transitznetzes habe und damit nicht in der Lage sei, im Sinne einer Kostenoptimierung Transitzdienste mit Anbieterinnen ihrer Wahl zu vereinbaren. Ihr Interesse bestehe darin, dass die angebotenen Mehrwertdienste von einer möglichst grossen Kundschaft genutzt würden. Sie sei deshalb bestrebt, mit derjenigen FDA Interkonnektion zu vereinbaren, die selbst wiederum über eine hohe Anzahl direkter Interkonnektionen verfüge. Auf Grund der tatsächlichen Verhältnisse führe dies dazu, dass Swisscom heute und in naher Zukunft eine marktbeherrschende Stellung hinsichtlich des Angebots von TAS-Diensten zukomme. Die unterschiedliche Interessenlage der Anbieterinnen bei TAS und TTS rechtfertige es somit, die Marktbeherrschung von Swisscom abweichend von den eigenen Entscheiden vom 10. Juni 2005 zu bejahen.

### **E. 6.4**

Die Beschwerdeführerin stellt sich vorab auf den Standpunkt, TTS und TAS seien in ihrer Funktionsweise im Wesentlichen identisch, weshalb sich eine getrennte Beurteilung nicht rechtfertige. Weil bereits der relevante Markt zu eng abgegrenzt worden sei, könne auch

keine korrekte Beurteilung der Marktstellung erfolgen.

#### **E. 6.4.1**

Hinsichtlich der Abgrenzung des relevanten Marktes in sachlicher Hinsicht sind sich die zuständigen Fachbehörden offenbar nicht einig. Während die WEKO auch in ihrer Stellungnahme im Rahmen des Beschwerdeverfahrens den gesamten TAS und TTS umfassenden Transitmarkt als relevant erachtet, scheint für die Vorinstanz bei der Marktabgrenzung bloss der Markt für TAS massgebend zu sein. In diesem Zusammenhang ist in Betracht zu ziehen, dass die WEKO in einem Gutachten vom 10. April 2001 zu den Interkonkurrenzverfahren MCI WorldCom und diAx gegen Swisscom (publiziert in Recht und Politik des Wettbewerbs [RPW] 2001/2 S. 360 ff.) insbesondere auf Grund einer Analyse des potentiellen Wettbewerbs zum Ergebnis gelangt war, dass sich die Beschwerdeführerin im Markt für Transitdienste nicht in wesentlichen Umfang unabhängig verhalten könne und demzufolge nicht marktbeherrschend sei (S. 373). Die Vorinstanz hatte in ihren Entscheiden von 10. Juni 2005 in Sachen TDC Switzerland AG und MCI WorldCom gegen Swisscom gestützt auf diese Gutachten festgestellt, dass der Beschwerdeführerin hinsichtlich TTS keine marktbeherrschende Stellung zukomme, denn es stehe den Netzbetreiberinnen frei, sich untereinander direkt zusammenzuschalten. Dies sei in der Regel der Fall, wenn die Zusammenschaltungskosten auf Grund des Verkehrsvolumens geringer ausfielen als die Transitkosten.

#### **E. 6.4.2**

Soweit die Beschwerdeführerin mit ihrem Standpunkt, es müsse der gesamte Markt für Transitdienste als relevant erachtet werden, aus diesen früheren Beurteilungen der Fachbehörden etwas zu ihren Gunsten abzuleiten versucht, kann ihr nicht gefolgt werden. Denn die WEKO hat im vorliegend relevanten Gutachten ihre damalige Einschätzung relativiert, da sich rückblickend die Existenz von potentiell Wettbewerb nicht bestätigt habe. Bezogen auf TAS ist sie hinsichtlich der Frage der Marktbeherrschung zum gegenteiligen Schluss gelangt. Die Vorinstanz hatte in den genannten Entscheiden nicht die Marktsituation bei TAS zu beurteilen. Damit sind für die vorliegende Beurteilung einzig das Gutachten der WEKO vom 20. August 2007 und der Standpunkt der Vorinstanz in der angefochtenen Teilverfügung und in den eingereichten Vernehmlassungen massgebend.

#### **E. 6.4.3**

Die Marktabgrenzung in sachlicher Hinsicht dient dazu, jene Leistungen zu erfassen, die hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks aus Sicht der Marktgegenseite substituiert werden können (E. 5.8.1). Marktgegenseite ist, wer die fragliche Dienstleistung in Anspruch nimmt (E. 5.8.3). Unbestritten ist, dass TAS der Durchleitung von Anrufen auf Mehrwertdienstnummern und für andere Zuführungsdienste dient. Angeboten werden diese Nummern von der Zielnetzbetreiberin FDA B, und der Transit dient der Erreichbarkeit der entsprechenden Dienste. Um die Erreichbarkeit dieser Dienste gewährleisten zu können, ist die FDA B und nicht die FDA A auf TAS angewiesen. In diesem Sinn dürfte die Interessenlage der Zielnetzbetreiberin als massgebend zu betrachten sein. Bei TTS dürfte dies demgegenüber umgekehrt liegen, nimmt doch die Betreiberin des Ausgangsnetzes den Durchleitungsdienst in Anspruch, um den Anruf ihrer Kunden ins Zielnetz weiterleiten zu können. Weiter ist in Betracht zu ziehen, dass TAS unbestritten eigenständige, durch TTS nicht substituierbare Transitdienstleistungen sind, auch wenn in technischer Hinsicht die Abwicklung des Anrufs identisch ist. In diesem

Sinne hat sich die WEKO nicht weiter mit der Frage einer allfälligen Substituierbarkeit von TAS und TTS befasst. Unter Berücksichtigung des Zahlungsflusses kommt ihnen eine unterschiedliche Bedeutung hinsichtlich Eigenschaft und Verwendungszweck zu, denn bei TAS liegt das Interesse an der richtigen Wahl der Transitdienstleisterin bei der FDA B, bei TTS hingegen bei der FDA A. Damit deutet einiges darauf hin, den sachlich relevanten Markt auf TAS zu beschränken. Die von der WEKO als wettbewerbsrechtliche Fachbehörde (Urteil des BVGer A-7162/2008 vom 1. Februar 2008 E. 4.3) genannte mögliche Substituierbarkeit von TAS und TTS durch direkte Interkonnektion spräche hingegen eher für einen einheitlichen Transitmarkt. Die Frage der Marktabgrenzung kann aber letztlich offen bleiben, weil die Beschwerdeführerin - wie nachfolgend zu zeigen ist - selbst aus einer gesamthaften Betrachtung nichts zu ihren Gunsten abzuleiten vermag.

## **E. 6.5**

Hinsichtlich ihrer Marktstellung wendet die Beschwerdeführerin ein, die Dienstanbieterin FDA B sei bei der Wahl der Transitanbieterin FDA C entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht einzig von der Wahl der Ausgangsanbieterin FDA A abhängig. Vielmehr wisse die FDA B durch Auswertung der vorhandenen Informationen (Call Data Records), welche Transitanbieterin von der FDA A gewählt werde. Die FDA B sei deshalb in der Lage, mit der FDA A den Transit über die günstigste Anbieterin zu vereinbaren. Die Kostenersparnis könnten beide aufteilen. Damit hätten alle Beteiligten ein finanzielles Interesse, das bei den Transitdiensten inklusive TAS zu Preiswettbewerb führe. Diese Zusammenhänge habe die Vorinstanz jedoch nicht untersucht.

### **E. 6.5.1**

Unbestritten ist, dass sich die Interessenlage von FDA A und FDA B grundsätzlich nicht decken. Die Vorinstanz hat diesbezüglich festgehalten, für die FDA A sei bei der Wahl des Transitweges nicht der Preis, sondern die Anzahl direkter Interkonnektionsverbindungen im Angebot der Anbieterin von Transitdienstleistungen ausschlaggebend. Für die FDA B gehe es hingegen um eine möglichst preisgünstige Durchleitung. Offenbar geht auch die Beschwerdeführerin von einer unterschiedlichen Interessenlage aus, sieht sie doch als Lösungsansatz den Abschluss von Vereinbarungen.

### **E. 6.5.2**

Die von der Beschwerdeführerin vorgeschlagene Vertragslösung erscheint kein taugliches Mittel zu sein, um der FDA B zu ermöglichen, die Transitanbieterin (mit)zubestimmen. So will ihr die Beschwerdeführerin zumuten, zuerst einmal Informationen auszuwerten. Weiter scheint die Beschwerdeführerin die Ansicht zu vertreten, dass sich die unterschiedliche Interessenlage durch die Aussicht auf finanzielle Vorteile überbrücken lasse. Dem kann nicht gefolgt werden. Wie die Beschwerdegegnerin überzeugend dargelegt hat, handelt es sich dabei um einen theoretischen, in der Praxis wohl kaum umsetzbaren Lösungsansatz. Denn die Verhandlungen dürften mit einem erheblichen Aufwand verbunden sein und allfällige Vereinbarungen müssten jeweils sich ändernden Marktverhältnissen und Interkonnektionsbedingungen angepasst werden. Weiter ist mit der Beschwerdegegnerin einig zu gehen, dass die FDA A kaum bereit sein dürfte, ihren unternehmerischen Handlungsspielraum einzuschränken und damit hinsichtlich der freien Steuerung der über ihr Netz laufenden Kommunikation einen Wettbewerbs- und Verhandlungsfaktor preiszugeben. Zudem wies die Beschwerdegegnerin berechtigterweise darauf hin, dass sich bei vertraglichen Abmachungen zwischen FDA A und FDA B aus Sicht der

Transitanbieterin Fragen der kartell- und wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit stellen dürften, was im Übrigen zumindest teilweise auch die Beschwerdeführerin nicht in Abrede stellt. Schliesslich blieb unbestritten, dass entsprechende Vereinbarungen - wohl aus den genannten Gründen - gar nicht vorliegen. Festzustellen ist damit, dass die FDA B kaum Einfluss auf die Wahl der Anbieterin von TAS nehmen kann und die FDA A in aller Regel jene Transitanbieterin aussucht, die über eine möglichst grosse Anzahl direkter Interkonnectionsverbindungen verfügt.

#### **E. 6.6**

Die Beschwerdeführerin erachtet sich auch deshalb als nicht marktbeherrschend, weil auf Grund vielschichtiger Netzzusammenschlüsse für die anderen Anbieterinnen zahlreiche Kombinationsmöglichkeiten beständen, sich gegenseitig Fernmeldeverkehr zu übergeben und die Rolle der Transitanbieterin zu übernehmen. Falsch sei die Erhebung von WEKO und Vorinstanz über die Anzahl der von den Anbieterinnen abgeschlossenen Interkonnectionsvereinbarungen.

##### **E. 6.6.1**

Die Vorinstanz führt hierzu aus, die Beurteilung der Marktbeherrschung von WEKO und ComCom beruhe auf den Erkenntnissen aus der Marktbefragung bei sechs national grossen Fernmeldedienstanbieterinnen. Daraus habe sich ergeben, dass verschiedentlich TTS, nicht aber TAS angeboten werde. Die Beschwerdeführerin werde nicht nur deshalb als TAS-Anbieterin gewählt, weil sie über eine hohe Anzahl direkter Interkonnectionen verfüge, sondern weil es keine alternativen Angebote gebe. Die kritisierten Zahlen bezüglich Interkonnectionsverbindungen seien bei der Beurteilung der Marktbeherrschung bei TTS massgebend gewesen. Hier sei die Vorinstanz denn auch zum Schluss gekommen, dass die Beschwerdeführerin auf Grund konkurrierender Angebote nicht marktbeherrschend sei. Die Anzahl direkter Interkonnectionsverbindungen sei hingegen bei der Wahl der TAS-Anbieterin nicht entscheidend. Auch wenn zwischen zwei alternativen Anbieterinnen Interkonnection bestehe, böten diese TAS normalerweise nicht an und sie würden für diese Dienstleistung auch nicht gewählt. Beweismässig bleibe es deshalb unerheblich, wie viele direkte Interkonnectionsverbindungen heute zwischen den einzelnen Anbieterinnen beständen.

##### **E. 6.6.2**

Die Beschwerdegegnerin hält der Beschwerdeführerin entgegen, sie habe auf Grund ihrer Grösse, Netzdichte und vielzähligen Interkonnectionsvereinbarungen eine Alleinstellung und sei als Anbieterin von TAS marktbeherrschend, für sie (die Beschwerdegegnerin) bestehe keine Ausweichmöglichkeit, weil sie die Transitanbieterin nicht selber wählen könne. Die Anzahl der Interkonnectionsvereinbarungen sei für die Beurteilung der Substituierbarkeit nicht allein ausschlaggebend. Die WEKO habe nicht allein die Anzahl der Verträge, sondern auch die Grösse der Beschwerdeführerin und deren grosse Netzdichte berücksichtigt.

##### **E. 6.6.3**

Wie bereits festgehalten, hat die FDA B, die für ihre Mehrwertdienste Transitdienste beansprucht, keine praktikable Möglichkeit, die Anbieterin der Transitdienste zu wählen. Die FDA A wiederum hat insofern keine Wahlmöglichkeit, als gemäss Erhebungen der Vorinstanz keine andere grosse FDA TAS anbietet. Dass es sich bei den von der Beschwerdeführerin behaupteten alternativen Angeboten nicht um TAS handelt, wurde von

der Beschwerdegegnerin überzeugend dargelegt. Zumindest steht fest, dass kein umfassendes Alternativangebot besteht. Zudem scheint die Beschwerdeführerin offenkundig die grösste Anzahl direkter Interkonnectionsverbindungen aufzuweisen, so dass sie faktisch als einzige Anbieterin den Transit zu einer grossen Zahl der übrigen FDA gewährleisten kann. Damit läge es auch aus diesem Grund auf der Hand, dass die FDA A den Anruf über das Netz der Beschwerdeführerin in das Netz der FDA B lenkt, zumal ihr daraus keine finanziellen Nachteile erwachsen. Dieser Beurteilung der Marktsituation folgen offenbar auch die übrigen FDA, werden doch, wie die Umfrage der Vorinstanz ergeben hat, von keiner anderen Anbieterin umfassend eigene TAS angeboten. Es ist der Vorinstanz und der WEKO damit zu folgen, dass die Beschwerdeführerin im heutigen Zeitpunkt im Bereich der TAS marktbeherrschend ist.

#### **E. 6.7**

Die Beschwerdeführerin bemängelt, es seien weitere effektive oder potentielle Substitute für die Verkehrsübergabe zwischen der FDA A und der FDA B wie insbesondere die direkte Interkonnection nicht abgeklärt worden. Neu sei auch die Möglichkeit, sogenannte Inhouse-Verbindungen in den Zentralen der Beschwerdeführerin direkt zusammenzuschliessen. Weiter würden die Kosten der direkten Interkonnection keine Wettbewerbshürde darstellen, jene für technische Netzkopplungen und Inhouse-Verbindungen seien gering. Interkonnectionsvereinbarungen seien sowohl für TTS als auch für TAS nutzbar, entsprechend müssten die Kosten in ein Verhältnis zum gesamten Transitverkehr gesetzt werden. Selbst wenn wenige solche Vereinbarungen bestehen würden, wirke die blossige Möglichkeit, diese abzuschliessen, auf die Beschwerdeführerin disziplinierend.

##### **E. 6.7.1**

Die Behauptung, es seien keine Substitute geprüft worden, geht fehl. Die WEKO hat die Möglichkeit, dass direkte Interkonnection zwischen Ausgangs- und Zielnetz TAS ersetzen kann, im Sinne von potentielltem Wettbewerb geprüft. Was die weiteren von der Beschwerdeführerin genannten Beispiele angeht, so ist zu berücksichtigen, dass nur solche Dienstleistungen zum sachlich relevanten Markt gezählt werden können, die hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks mit TAS substituierbar sind. Wie weit technische Netzkopplungen und Inhouse-Verbindungen mit TAS vergleichbar sind bzw. deren Funktion ersetzen können, hat die Beschwerdeführerin nicht dargelegt. Damit besteht kein Anlass, weiter darauf einzugehen.

##### **E. 6.7.2**

Was die direkte Interkonnection als Substitut für TAS angeht, so ist unbestritten, dass es sich aus Kostengründen lohnen kann, bei hohem Verkehrsvolumen Netze zusammenzuschliessen, um damit Transitkosten zu sparen. Wie die Vorinstanz zu Recht ausführt, spielt diese Kostenüberlegung bei TAS indes eine untergeordnete Rolle, weil die Mehrwertdiensteanbieterin die Transitanbieterin nicht selber wählen kann. Ein Netzzusammenschluss macht aus ihrer Sicht nur dann Sinn, wenn die Anrufe auf ihre Dienste in der Regel über dieselbe Transitanbieterin geleitet, letztere also häufig für TAS gewählt wird, was jedoch, wie gesehen, die Beschwerdeführerin ist. Weiter ist in Betracht zu ziehen, dass das Interesse der FDA B darauf gerichtet ist, ihre Mehrwertdienste für eine möglichst grosse Endkundschaft erreichbar und nutzbar zu machen. Interkonnection kommt deshalb für sie nur mit einer Anbieterin in Frage, die ihrerseits über eine hohe Anzahl

direkter Interkonnektionen verfügt. In diesem Zusammenhang weist die Beschwerdeführerin darauf hin, dass Anbieterinnen, die über Interkonnektionsverträge mit ihr verfügten, diese nicht für direkte Interkonnektion nutzten, sondern den Netzverkehr weiterhin über TAS der Beschwerdeführerin abwickelten. Schliesslich ist zu beachten, dass TAS erst dann obsolet würde, wenn eine Mehrwertdiensteanbieterin mit sämtlichen Netzen der FDA A direkt zusammengeschlossen wäre. Die Beschwerdegegnerin hält diesbezüglich überzeugend fest, dass dies bereits aus Kostengründen, aber bei ihr auch geographisch bedingt, reine Theorie ist.

### **E. 6.7.3**

Wie bereits die WEKO im hier massgebenden Gutachten vom 20. August 2007 festgehalten hat, ist davon auszugehen, dass die Zahl direkter Interkonnektionsverbindungen künftig zunehmen und die direkte Verbindung zwischen FDA A und FDA B zu einer Alternative zu TAS werden könnte. Dies scheint namentlich deshalb realistisch, weil im Bereich des Datenverkehrs die Zahl der Interkonnektionsverbindungen laufend zunimmt und für Sprachtelefonie ausgelegte Interkonnektionsverbindungen sowohl als Substitut für TAS als auch für TTS genutzt werden könnten. Allerdings ist dazu eine Vielzahl von Interkonnektionsvereinbarungen notwendig. Weiter stehen, entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin, dem Netzzusammenschluss im Verhältnis zu den TAS-Umsätzen zumindest bei geringem Volumen gerade für kleinere Anbieterinnen nicht bloss marginale Kosten gegenüber. Zudem hat der Preismechanismus wegen der speziellen Zahlungsflüsse bei TAS eine beschränkte Bedeutung. Damit bestehen erhebliche Hürden für einen Markteintritt potentieller Konkurrentinnen. Mit der WEKO ist einig zu gehen, dass dem potentiellen Wettbewerb nur dann eine disziplinierende Wirkung zukommen kann, wenn es im Fall von Wettbewerbsbeschränkungen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu Markteintritten kommt, die Zutritte rasch erfolgen können und gross genug sind. Diesbezüglich hat die WEKO eine Neubeurteilung der Marktsituation vorgenommen und im Gutachten vom 20. August 2007 festgestellt, dass entgegen den Erwartungen nicht genügend potenzielle Konkurrenz infolge geringer Eintrittsbarrieren vorhanden sei, deshalb die Kosten einer direkten Interkonnektion nicht marginal und somit weiterhin viele Fernmeldediensteanbieterinnen auf Transitdienste angewiesen seien. Das Bundesverwaltungsgericht sieht keine Veranlassung, diese mit Zurückhaltung zu überprüfende Beurteilung durch die wettbewerbsrechtliche Fachbehörde (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7162/2008 vom 1. Februar 2010 E. 4.3) in Frage zu stellen. Als Folge davon ist festzuhalten, dass direkte Interkonnektion entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin TAS nicht zu substituieren vermag.

### **E. 6.8**

Die Beschwerdeführerin sieht einen weiteren Anhaltspunkt für Wettbewerb darin, dass sie bei Verhandlungen über Transitdienste immer wieder gezwungen sei, substantielle Preiszugeständnisse zu machen, womit Alternativen zu ihrem Angebot beständen. Ansteigende Transitvolumen bei TAS und TTS in Anschluss an Preiszugeständnisse würden dies belegen. Offensichtlich müsse die FDA B nicht tatenlos zusehen, welche Transitanbieterin die FDA A wähle. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass es sich bei den angegebenen Monatswerten im Verhältnis zu einer FDA um punktuelle und nicht für die Marktentwicklung repräsentative Zahlen handelt. Diese lassen keine für den Gesamtmarkt zulässigen Aussagen zu. Weiter ist nicht ersichtlich, welche Alternativen die fragliche FDA in jenen zwei Monaten benutzt haben soll, in denen die Transitvolumen tiefer lagen.

Ohnehin können auch weitere Faktoren zu den Schwankungen bei den Transitvolumen geführt haben. Bereits aus diesen Gründen ist festzuhalten, dass die Zahlen zu wenig aussagekräftig sind, um den Befund der Vorinstanz und der WEKO ernsthaft in Zweifel zu ziehen.

#### **E. 6.9**

Schliesslich geht auch der Einwand fehl, die Vorinstanz habe den Sachverhalt ungenügend abgeklärt. Auf Grund vorstehender Ausführungen kann ihr weder vorgeworfen werden, die bestehenden Interkonktionsverträge nicht ausreichend systematisch analysiert zu haben, noch zur Last gelegt werden, die Substitutionsmöglichkeiten, die Marktsituation und die Preise bei den Transitdiensten seien nicht oder zu wenig fundiert abgeklärt worden. Denn eine Behörde ist nur dann verpflichtet, die ihr angebotenen Beweise abzunehmen, wenn diese zur Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts tauglich erscheinen (Art. 33 Abs. 1 VwVG). Von der Abnahme eines beantragten Beweismittels kann abgesehen werden, wenn bereits Feststehendes bewiesen werden soll, wenn zum Voraus gewiss ist, dass der angebotene Beweis keine wesentlichen Erkenntnisse zu vermitteln vermag oder wenn die Behörde den Sachverhalt aufgrund eigener Sachkunde ausreichend würdigen kann (sog. antizipierte Beweiswürdigung; BGE 131 I 153 E. 3 mit Hinweisen sowie ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 3.144). Die Vorinstanz hat im Rahmen einer repräsentativen Marktbefragung festgestellt, dass in diesem Rahmen keine umfassenden TAS-Angebote beständen und im Vergleich der Sprachtelefonie nur wenige direkte Interkonktionsverbindungen vorlägen. Diese Abklärungen gaben eine genügende Grundlage für die Beurteilung der Marktsituation und allfälliger Substitutionsmöglichkeiten. Weitere Abklärungen waren damit entbehrlich.

#### **E. 6.10**

Demzufolge ist festzuhalten, dass die Vorinstanz zu Recht von einer marktbeherrschenden Position der Beschwerdeführerin im Bereich der TAS-Dienste ausgegangen ist und die Preise für diese Dienste festgesetzt hat. Die Beschwerde erweist sich in diesem Punkt als unbegründet.

#### **E. 7**

Im Ergebnis ist die Verfügung aufzuheben, soweit die Vorinstanz den Antrag auf Erlass einer Drittwirkungsklausel abgewiesen hat (Ziff. 4 des Dispositivs). Insoweit ist die Beschwerde gutzuheissen. Das Verfahren ist zur Verfügung einer Drittwirkungsklausel an die Vorinstanz zurückzuweisen. Im Rahmen der Drittwirkungsklausel wird auch die Frage der Verzinsung von drittwirkungsbedingten Rückzahlungen zu regeln sein. Abzuweisen ist die Beschwerde dagegen, soweit die Aufhebung der verfügten Preise für Supplementary Services for Carrier Preselection und für "Transit to ... Access Services" beantragt wird.

#### **E. 8**

Bei diesem Verfahrensausgang gelten beide Parteien als teilweise unterliegend und haben die Verfahrenskosten anteilmässig zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Spruchgebühr richtet sich nach Umfang und Streitwert der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien. Sie beträgt bei einer Streitigkeit mit Vermögensinteresse 100 - 50'000 Franken (Art. 63 Abs. 4bis Bst. b VwVG und Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Für eine Qualifikation als Streitigkeit mit Vermögensinteresse ist

es unerheblich, ob ein Anspruch in Geld ausgedrückt ist oder nicht und aus welchem Rechtsgebiet ein Anspruch entspringt. Massgeblich ist vielmehr, ob der Rechtsgrund des streitigen Anspruchs letzten Endes im Vermögensrecht ruht, mit dem Begehren letztlich und überwiegend ein wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7162/2008 vom 1. Februar 2010 E. 16;; Beat Rudin, in Marcel Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, Basel 2008, Art. 51 N 12). Bei Beschwerden gegen Teilentscheide bzw. gegen Zwischenentscheide richtet sich der Streitwert nach den gesamten Begehren, die vor der Instanz streitig waren, welche den Teilentscheid getroffen hat, bzw. nach den Begehren, die vor der Instanz streitig sind, wo die Hauptsache hängig ist (vgl. Rudin, a.a.O., Art. 51 N 26 und N 30). Vorliegend ist von einer Streitigkeit mit Vermögensinteresse und einem Streitwert von über 1 Million Franken auszugehen. Unter Berücksichtigung des Umfangs und der Schwierigkeit der Streitsache sind die Verfahrenskosten auf insgesamt Fr. 20'000.- festzusetzen (vgl. Art. 2 und 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Dieser Betrag ist zu vier Fünfteln, ausmachend Fr. 16'000.- der Beschwerdeführerin aufzuerlegen und mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 20'000.- zu verrechnen. Der Restbetrag in der Höhe von Fr. 4'000.- ist der Beschwerdeführerin zurückzuerstatten. Die Beschwerdegegnerin hat im Rahmen ihres Unterliegens anteilmässig die restlichen Verfahrenskosten von Fr. 4'000.- zu tragen.

#### **E. 9**

Nach Art. 64 Abs. 1 VwVG hat die im Beschwerdeverfahren obsiegende Partei Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten. Die Parteientschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere notwendige Auslagen der Partei (Art. 8 und 9 VGKE). Das Anwaltshonorar wird nach dem notwendigen Zeitaufwand der Vertreterin oder des Vertreters bemessen. Der Stundenansatz beträgt für Anwältinnen und Anwälte mindestens 200 und höchstens 400 Franken inklusive Mehrwertsteuer. Vorliegend sind sowohl die Beschwerdeführerin als auch die Beschwerdegegnerin als teilweise obsiegend zu betrachten. Da die Beschwerdeführerin ihren internen Rechtsdienst mit der Interessenwahrung betraut hat und nicht durch externe Anwälte vertreten ist, steht ihr keine Parteientschädigung zu (Art. 8 ff. VGKE, speziell Art. 9 Abs. 2 VGKE; vgl. auch BGE 133 III 439 E. 4 sowie Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1936/2006 vom 10. Dezember 2009 E. 60 mit Hinweis). Der von den Vertretern der Beschwerdegegnerin geltend gemachte Aufwand von insgesamt Fr. 70'145.95 erscheint auch angesichts der Komplexität und des Umfangs des Verfahrens nur teilweise als gerechtfertigt. Die Parteikosten werden aufgrund der Akten auf insgesamt Fr. 50'000.- festgesetzt. Davon hat die Beschwerdeführerin im Rahmen ihres Unterliegens vier Fünftel zu ersetzen. Die Parteientschädigung wird entsprechend auf Fr. 40'000.- (inkl. MWST und Auslagen) festgesetzt und der Beschwerdeführerin zur Bezahlung auferlegt (Art. 64 Abs. 2 VwVG).

#### **E. 10**

Dieses Urteil kann nicht beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 83 Bst. p Ziff. 2 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Es ist somit endgültig.

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