

WEKO adsl-ii-2009-10-19 vom 19. Oktober 2009

WEKO, 2009-10-19, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/weko_adsl-ii-2009-10-19

FR: WEKO adsl-ii-2009-10-19 du 19 octobre 2009

IT: WEKO adsl-ii-2009-10-19 del 19 ottobre 2009

Erwägungen

E. 25

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

E. 26

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

E. 27

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

E. 28

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

E. 32

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

E. 33

RPW 2004/2, 407 ff., 419.

E. 34

RPW 2005/3, 505 ff., 508.

E. 35

Medienmitteilung Swisscom vom 14. Dezember 2007.

9/102

marktbeherrschende Stellung stellt eine qualifizierte Form von Marktmacht dar³⁶. Falls eine marktbeherrschende Stellung bejaht wird, liegt auch die Ausübung von Marktmacht vor. B.2 Vorbehaltene Vorschriften 29. Dem KG sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG). Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach diesem Gesetz (Art. 3 Abs. 2 KG). 30. Für vorliegende Untersuchung kann geprüft werden, ob fernmelderechtliche Vorschriften bestehen, welche eine staatliche Markt- oder Preisordnung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG begründen könnten. Im Speziellen könnte die Frage auftreten, inwiefern die sich auf Art. 11 Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (FMG; SR 784.10) stützenden Zugangsbestimmungen als vorbehaltenen Vorschriften qualifiziert werden könnten. Dies ist, wie nachfolgend erläutert wird, in zweifacher Hinsicht zu verneinen. 31. Erstens ist die Interkonnectionsregelung im Fernmelderecht eine sektorspezifische Regulierung, die zur allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Ordnung hinzutritt, womit Fernmelderecht und Wettbewerbsrecht parallel zur Anwendung kommen³⁷. Dementsprechend wurde die fernmelderechtliche Interkonnectionsregulierung nach Art. 11 FMG in konstanter und gefestigter Rechtsprechung nicht als vorbehaltene Vorschrift im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG angesehen³⁸. Die gesetzliche Konzeption der Zugangsregulierung des am 1. April 2007 in Kraft getretenen revidierten Fernmeldegesetzes ist die selbe geblieben wie bisher, weshalb die zitierte Rechtsprechung in Bezug auf die Frage der dem Kartellgesetz vorbehaltenen Vorschriften weiterhin ihre Gültigkeit behält. 32. Zweitens fällt das ADSL-Vorleistungsangebot von Swisscom (BBCS, Broadband Connectivity Service³⁹) a priori nicht unter die in Art. 11 Abs. 1 FMG erwähnten Zugangsformen. Mit Blick auf die Entscheidpraxis der ComCom gab es bisher keine Gesuche von ISP zur kostenorientierten Bestimmung der Preise des BBCS. Im Ergebnis heisst dies, dass bezüglich des BBCS auch keine kostenorientierte Preisbestimmung durch die ComCom gestützt auf Art. 11 FMG möglich ist. Weder die Preise des Vorleistungsangebotes von Swisscom (BBCS) noch die Endkundenpreise unterstehen damit einer Regulierung durch das FMG. 33. Zusammenfassend ergibt sich, dass vorliegend keine nach Art. 3 KG vorbehaltenen Vorschriften bestehen. B.3 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender

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

E. 36

RPW 2001/2, 255 ff., 268.

E. 37

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

E. 38

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

E. 39

Vgl. Rz. 10.

10/102

B.3.1 Marktbeherrschende Stellung 35. Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG). 36. Bei der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens ist nicht allein auf Marktstrukturdaten abzustellen, sondern es sind ebenfalls die konkreten Abhängigkeitsverhältnisse zu prüfen⁴⁰. Zu unterscheiden ist somit die Marktbeherrschung im engeren Sinne („klassische Marktbeherrschung“) von der wirtschaftlichen Abhängigkeit einzelner Marktteilnehmer von anderen Marktteilnehmern⁴¹. Ob solche wirtschaftlichen Abhängigkeiten vorliegen, ist nur zu prüfen, wenn nicht bereits „klassische Marktbeherrschung“ vorliegt. B.3.1.1 Der relevante Markt 37. Um festzustellen, ob sich Swisscom in wesentlichem Umfang von anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten kann, ist vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen. Bevor der relevante Markt abgegrenzt wird, sind vorweg die Eigenschaften von ADSL zu beschreiben. B.3.1.1.1 Vorbemerkungen zu ADSL 38. DSL steht, wie eingangs bereits erwähnt, für Digital Subscriber Line. Die verschiedenen möglichen DSL-Varianten werden als xDSL bezeichnet, wobei x eine Variable darstellt⁴². Die gängigste DSL Variante in der Schweiz ist ADSL (Asymmetric Digital Subscriber Line). Der Begriff Asymmetric bezieht sich dabei auf die Bandbreiten, da bei dieser Variante die Download-Geschwindigkeit höher ist als die Upload-Geschwindigkeit. Die weitaus am meisten verkaufte DSL-Variante in der Schweiz beruhte Ende 2007 auf dem von Swisscom vorgegebenen Profil von maximal 3'500 Kbit/s download und maximal 300 Kbit/s upload⁴³. Theoretisch möglich wären Übertragungsraten im zweistelligen Mbit/s Bereich, wobei die tatsächlich erreichbare Geschwindigkeit insbesondere von der Distanz des Telefonanschlusses zur Zentrale abhängt. DSL ermöglicht Endkunden einen Breitbandinternetzugang, der typischerweise durch, im Vergleich zu schmalbandigen Verbindungen, relativ hohe Datenübertragungsraten und eine zeitlich unbegrenzte Verfügbarkeit zu einem Pauschalpreis (engl. Flatrate) charakterisiert ist.

E. 40

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

E. 41

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

E. 42

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

E. 43

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

11/102

Swisscom- Zentrale Swisscom- Zentrale Swisscom- Netz Swisscom- Netz FDA-Netz
FDA-Netz

Abbildung 1: Schematische Darstellung eines xDSL-Anschlusses. 39. Bei der DSL-Technologie wird das auf Kupferdraht beruhende Anschlussnetz des vor- maligen Monopolanbieters Swisscom benutzt. Die DSL-Technik nutzt durch Aufsplitten des Signals in unterschiedliche Kanäle die höheren Frequenzbereiche des Kupferanschlussnet- zes. Dabei können die niedrigeren Frequenzbereiche weiterhin für die Sprachtelefonie ge- nutzt werden. Ein sog. Splitter teilt die Daten beziehungsweise Frequenzen verschiedener Anwendungen auf. Der in den Anschlusszentralen zur Anwendung kommende DSLAM (Digi- tal Subscriber Line Access Multiplexer) sammelt respektive verteilt den Datenverkehr der Endkunden. Auf Seiten des Endkunden setzt DSL ein spezielles Modem voraus⁴⁴. In Abbildung 1 wird ein xDSL-Anschluss schematisch dargestellt. Am Telefonanschluss wird ein spezielles Modem eingesteckt, an welchem dann das Telefon und der Computer ange- schlossen werden. 40. Als Vorleistung (Wholesale) bietet Swisscom anderen ISP wie Green, Sunrise oder Te- le2 ein DSL-Breitbandangebot zum Wiederverkauf an. Basierend auf diesem Angebot kön- nen alternative ISP den Endkunden einen DSL-basierten Breitbandinternetzugang anbieten. Swisscom stellt diese Vorleistungen über ihren Geschäftsbereich Swisscom Fixnet Wholesa- le anderen ISP zur Verfügung. Beim entsprechenden Angebot handelt es sich um den be- reits erwähnten Broadband Connectivity Service (BBCS). Die anderen Anbieter haben dabei keinen Einfluss auf die technische Ausgestaltung des Angebotes (z.B. bezüglich Uplo- ad/Download-Geschwindigkeiten), sondern sind lediglich Wiederverkäufer des Angebotes von Swisscom. 41. Die Bedingungen für alternative ISP zur Inanspruchnahme des BBCS ergeben sich aus den entsprechenden Vertragsdokumenten von Swisscom⁴⁵. Die von Swisscom offerierten Preise setzen sich im Wesentlichen aus dem Zugang (Access) und den Verbindungskosten (Connectivity) zusammen. Die monatlich wiederkehrenden Kosten für den Access sind in Funktion der angebotenen Geschwindigkeiten (Höhe, Symmetrie) und des Service Levels

E. 44

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

E. 45

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

E. 46

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

E. 47

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

E. 48

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

E. 49

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

E. 50

www.swisscom-mobile.ch/scm/wir_umts-de.aspx, besucht am 18. August 2008. 51 Bestätigt durch BGE 132 II 485. 52 www.swisscom-mobile.ch/scm/wir_hsdpa-de.aspx, besucht am 18. August 2008. 53 BAKOM, Wireless Local Area Network (WLAN), Frequently Asked Questions, V3.2, S. 5. 54 NZZ vom 8. Mai 2007, B8.

57. Zu prüfen ist auch, ob die Wireless Local Loop (WLL) Technologie mit ADSL vergleichbare Eigenschaften aufweist. Mittels WLL können von einer Basisstation Funkverbindungen zu mehreren Teilnehmeranlagen (Point-to-Multipoint) erstellt werden. Die ComCom vergab ursprünglich drei nationale und vier regionale WLL Konzessionen. WLL erlangte jedoch in der Schweiz keinerlei Marktrelevanz. Allein im Jahr 2006 kam es bei den WLL-Konzessionen zu zwei Konzessionsübertragungen und einer Konzessionsrückgabe⁵⁵. WLL bedingt eine direkte Sichtverbindung zwischen Basisstation und Empfänger, was dessen Anwendungsreich erheblich einschränkt⁵⁶. Die WLL-Konzessionsinhaber beschränken sich oft auf Testbetriebe, damit die konzessionsrechtlichen Anforderungen an eine minimale Betriebspflicht erfüllt werden. WLL ist deshalb ebenfalls nicht als Substitut zu einem drahtgebundenen Internetzugang anzusehen. 58. Im Weiteren stellt sich die Frage, ob ein Broadband Wireless Access (BWA) als Substitut zu einem drahtgebundenen Internetzugang in Frage kommt. Unter BWA ist ein drahtloser Breitbandanschluss an ein Fernmeldenetz zum Beispiel für den Zugang zum Internet zu verstehen. Die ComCom schrieb am 29. November 2005 drei BWA-Konzessionen zur Vergabe aus. Am 7. Juni 2006 vergab die ComCom lediglich an Swisscom Mobile eine BWA-Konzession, da Swisscom Mobile als einziges Unternehmen ein Gebot einreichte. Eine weitere BWA-Konzession wurde von der ComCom am 7. Mai 2007 an die Firma Inquam vergeben. Die Konzessionsinhaber sind zu Minimalauflagen betreffend den Netzaufbau verpflichtet, unter anderem müssen 120 Sendeeinheiten bis September 2010 in Betrieb stehen. Im Übrigen liess Swisscom im Januar 2008 verlauten, dass die Technik WiMAX⁵⁷ noch nicht marktreif sei⁵⁸. Aufgrund des ungewissen Entwicklungspotenzials sowie teilweise derselben Bedenken wie der bezüglich WLAN und WLL erwähnten (Verfügbarkeit, Qualität, Marktrelevanz) ist BWA nicht als Substitut zu einem drahtgebundenen Internetzugang einzustufen. 59. Überdies kann geprüft werden, ob ein Breitbandzugang via Satellit als Substitut zu einem leitungsgebundenen Breitbandzugang in Frage kommt. In der Schweiz können solche Angebote von verschiedenen Betreibern bezogen werden. Die Verbindungsqualität ist dabei witterungs- und umgebungsabhängig. Installations- und Abonnementskosten sind im Vergleich mit drahtgebundenen Breitbandzugängen zum Teil deutlich höher, was gegen eine Substituierbarkeit spricht. Die Mehrheit der Angebote erfordert zudem als Rückkanal (upstream) eine Telefonanschlussleitung, womit ein Teil des Datenverkehrs wiederum von einem leitungsgebundenen Zugang abhängt. Erhältlich sind auch zweiseitige Systeme, welche nicht auf eine Rückleitung angewiesen sind. Solche Systeme sind jedoch ebenfalls teuer und kommen daher eher für gewisse mobile Geschäftsanwendungen zum Einsatz⁵⁹. Die mit der Satelliten-Technologie verbundenen Kosten sind sowohl für die Satellitenbetreiber und ISP wie auch für die Kunden relativ hoch⁶⁰. Zudem liefern einige Anbieter nicht in die Schweiz⁶¹. Ein Breitbandzugang via Satellit ist deshalb nicht als Substitut zu einem drahtgebundenen Internetzugang anzusehen. 60. Bezüglich der drahtlosen Zugangstechnologien UMTS, WLAN, WLL, BWA und Satelliten ist daher allgemein festzustellen, dass diese im Vergleich zu leitungsgebundenen Technologien in der Regel niedrigere Übertragungsraten zu teilweise deutlich höheren Preisen, eine höhere Störanfälligkeit beispielsweise durch die Umgebung, aufgrund von Witterungseinflüssen oder durch Interferenzen, niedrigere Verbindungsstabilität und grössere Datensicher-

55 Tätigkeitsbericht der ComCom 2006, S. 19. 56 Faktenblatt WLL, BAKOM, Version 2.9a / 11. November 2006, S. 4. 57 Worldwide Interoperability for Microwave Access, Standard für regionale Funknetze. 58 Cashdaily vom 23. Januar 2008, S. 2. 59 Z.B. kostet

bei i-sat das Produkt i-sat 50 (1024/2048 kb/s) über 800 Euro pro Monat (Steuern inkl.), www.i-sat.fr/pdf/tarifs.pdf, besucht am 7. November 2008. 60 Breitbandkommunikation in der Schweiz: Eine Standort - Bestimmung zu Infrastruktur und Nutzung, BAKOM, März 2005, S. 3. 61 Z.B. wie Bisatel, Skydsl oder Vitrinet.

16/102

cherheitsrisiken aufweisen. Dies beschränkt die verfügbaren Möglichkeiten für Anwendungen der Endkunden. Drahtlose Technologien kommen deshalb zum jetzigen Zeitpunkt hinsichtlich Eigenschaften und Verwendungszweck nicht als Substitut zu einem drahtgebundenen Internetzugang im Sinne von Art. 11 Abs. 3 lit. a VKU in Frage. 61. Swisscom macht in Rz. 25 ff. ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 geltend⁶², dass die drahtlosen Technologien wie UMTS, HSDPA, WLAN und WiMAX zum relevanten Markt gehören. 62. Hierzu ist Folgendes festzuhalten: Die Eidgenössische Kommunikationskommission (ComCom) erliess am 23. Dezember 2008 eine Verfügung betreffend Bedingungen der Verrechnung von Teilnehmeranschlüssen des Festnetzes, die sich auf ein Gutachten der WEKO stützt⁶³. Das genannte Gutachten der WEKO ging im Bereich Sprachtelefonie unter anderem von einer fehlenden Substituierbarkeit von drahtlosen und drahtgebundenen Anschlusstechnologien aus. Die WEKO stellte in diesem Zusammenhang fest, dass das erhebliche Wachstum der Mobilfunkanschlüsse zu keinem signifikanten Rückgang der Festnetzanschlüsse geführt hat. Gegen eine Austauschbarkeit spricht auch eine unterschiedliche Qualität der Verbindungen und insbesondere der Umstand, dass mittels eines Festnetzanschlusses gleichzeitig Breitbandinternetdienste nachgefragt werden⁶⁴. Massgebend ist nicht zuletzt das Nutzungsverhalten der Endkunden. Demnach ist die drahtlose Technologie weniger als Substitut sondern vielmehr als Ergänzung zur drahtgebundenen Technologie zu betrachten. 63. Die WEKO hat sämtliche drahtlosen Technologien und damit jede der von Swisscom genannten Technologien geprüft und festgestellt, dass die jeweiligen Angebote aus Endkundensicht nicht mit den ADSL-Angeboten vergleichbar sind. Die drahtlosen Technologien sind auf den mobilen Kunden, welcher unterwegs ist, ausgerichtet und sie waren bis Dezember 2007 entweder von der Verfügbarkeit, der Qualität, der Bandbreite und insbesondere von den Preisen her nicht mit den angebotenen ADSL-Diensten vergleichbar. Die Preise, welche Swisscom in Rz. 26 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 zu den UMTS-Angeboten tabellarisch aufführt, bestätigen diese Sichtweise: Während das günstigste Angebot für 4.-- Franken pro Stunde zu haben ist, kosteten die günstigsten Breitbandangebote von Bluewin seit März 2006 lediglich 9.-- Franken pro Monat⁶⁵. Zudem sind die von Swisscom in Rz. 26 genannten Angebote und Preise vom März 2009 und damit nach Dezember 2007. 64. Es ist denkbar, dass drahtlose Technologien in Zukunft an Bedeutung gewinnen. Beide Dienstleistungen (drahtgebundene Breitbanddienste und drahtlose Internetanschlüsse) nehmen in ihrer Bedeutung möglicherweise weiter zu. Es findet bisher jedoch keine Substitution der ADSL-Anschlüsse durch mobile Anschlüsse statt, sondern die mobilen Dienste werden parallel eingesetzt. Daher sind drahtlose Technologien keine Substitute zu den drahtgebundenen Breitbandanschlüssen, sondern werden nur ergänzend dazu eingesetzt. Damit sind sie im relevanten Markt für Breitbanddienste nicht mit einzubeziehen. 65. Swisscom macht in Rz. 110 f. ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009⁶⁶ geltend, die im Antrag zitierte Praxis sei nicht einschlägig. Entgegen der Ansicht des Sekretariats lasse sich dem zitierten Bundesgerichtsentscheid⁶⁷ nur entnehmen, dass es bessere und schlechtere Substitute gebe und diesem Umstand bei der Beurteilung

vollumfänglich Rechnung zu tragen sei. Der Ausschluss drahtloser Anschlusstechnologien lasse sich gestützt auf den genannten Bundesgerichtsentscheid nicht rechtfertigen.

62 Akte Nr. 123. 63 Gutachten der WEKO vom 3. Juni 2008 i. S. "Netzzugangsverfahren Verrechnung von Teilnehmeranschlüssen (VTA)", RPW 2008/4, 745 ff. 64 RPW 2008/4, 747, Rz. 25 65 Angebot 150/50 bei Bluewin, siehe Schreiben Swisscom vom 25. Januar 2008, Akte Nr. 80, Beilage 7. 66 Akte Nr. 123. 67 BGE 130 II 449, S. 457, E. 5.5

17/102

66. Dieses Argument vermag nicht zu überzeugen. Im zitierten Bundesgerichtsentscheid, in dem es um den Fernsehmarkt ging, stellte das Bundesgericht fest, dass eine unvollkommene Substitutionsmöglichkeit zwar eine gewisse disziplinierende Wirkung auf die Preisbildung eines marktmächtigen oder marktbeherrschenden Unternehmens auszuüben vermag, diese jedoch nicht als wirksamer Wettbewerb betrachtet werden könne, da sie dem Monopolanbieter des höherwertigen Produkts erlaubt, eine Monopolrente zu erzielen, die er bei wirksamem Wettbewerb zwischen gleichwertigen Produkten nicht erzielen könnte. Aus diesem Grund kam das Bundesgericht zum Schluss, dass der konventionelle terrestrische Empfang offensichtlich kein vergleichbares Angebot zum Kabelempfang darstelle und deshalb als Substitutionsgut ernsthaft nur der Satellitenempfang in Frage kommt. Entgegen der Behauptung von Swisscom hat somit das Bundesgericht die sogenannte unvollkommene Substitutionsmöglichkeit gerade nicht als Substitut miteinbezogen. Aus denselben Gründen ist auch die drahtlose Technologie als Substitut nicht einzubeziehen. 67. Der Ausschluss der drahtlosen Technologien aus dem relevanten Markt für Breitbanddienste wird im Übrigen auch vom Bundesverwaltungsgericht gestützt. Im Entscheid betreffend Zugang zum schnellen Bitstrom⁶⁸ verweist das Bundesverwaltungsgericht ausdrücklich auf ein Gutachten der WEKO vom 27. September 2004, in welchem diese zum Schluss gekommen ist, dass drahtlose Technologien zum jetzigen Zeitpunkt hinsichtlich Eigenschaften und Verwendungszweck nicht als Substitut zu auf dem schnellen Bitstrom basierenden Dienstleistungen in Frage kommen, da diese im Vergleich zu leitungsgebundenen Technologien in der Regel niedrigere Übertragungsraten zu teilweise deutlich höheren Preisen, eine höhere Anfälligkeit auf Störungen, niedrigere Verbindungsstabilität und grössere Datensicherheitsrisiken aufweisen, was die verfügbaren Möglichkeiten für Anwendungen der Endkunden beschränke⁶⁹. Das Bundesverwaltungsgericht sah im genannten Entscheid keinen Anlass, von dieser Marktabgrenzung abzuweichen, da sowohl die Vorinstanz als auch die WEKO als Fachbehörde sich ausführlich mit möglichen drahtlosen Technologien als Substitute für Dienstleistungen auseinandergesetzt hätten⁷⁰. 68. Swisscom macht in Rz. 16 ff. ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009⁷¹ geltend, BCS und der schnelle Bitstromzugang bildeten einen unterschiedlichen Gegenstand, weshalb das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts i.S. schneller Bitstromzugang nicht einschlägig sei. Selbst der Antrag des Sekretariats gehe davon aus, dass es sich beim BCS und dem schnellen Bitstromzugang um unterschiedliche Dienste handle. 69. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Entgegen der Auffassung von Swisscom ist das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts betreffend Zugang zum schnellen Bitstrom für die Beurteilung der Marktbeherrschung insoweit identisch, als dass sowohl beim BCS als auch beim Bitstrom die Infrastruktur in Form des Anschlussnetzes von Swisscom benötigt wird. Dass sich Swisscom darauf beruft, beim schnellen Bitstrom und beim BCS handle es sich um unterschiedliche Verfahrensgegenstände, weshalb das genannte Urteil des Bundesverwaltungsgerichts

nicht einschlägig sein soll, erstaunt aber auch insofern, als dass Swisscom am 18. November 2008 die Sistierung der vorliegenden Untersuchung beantragte bis das Bundesverwaltungsgericht sein Urteil betreffend Zugang zum schnellen Bitstrom veröffentlicht habe⁷². Entsprechend geht auch Swisscom davon aus, dass die beiden Verfahren einen Zusammenhang aufweisen, hielt sie in besagtem Schreiben vom 9. Dezember doch fest, dass der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts betreffend Zugang zum schnellen Bitstrom für die Beurteilung der Marktbeherrschung für vorliegende Untersuchung entscheidende Bedeutung zukomme⁷³. Diese Auffassung deckt sich im Übrigen auch mit dem von Swisscom ein-

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

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

8.4.3. 70 Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 12. Februar 2009, RPW 2009/1, 97 ff.,

Ziff. 8.4.4 71 Akte Nr. 123. 72 Akte Nr. 116. 73 Akte Nr. 116, S. 1.

18/102

gereichten Parteigutachten betreffend Verstoss gegen das Kartellgesetz, das festhält, die Frage, ob Swisscom auf dem relevanten Markt über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, sei mit der rechtsgültigen Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts betreffend Zugang zum schnellen Bitstrom entschieden worden⁷⁴. B.3.1.1.2.3 Wholesale-Markt (aus Sicht der ISP) 70. Es hat sich ergeben, dass aus Endkundensicht drahtgebundene Zugänge zu Breitbanddiensten als Substitute zu einem DSL-basierten Breitbandinternetzugang anzusehen sind (vgl. Rz. 45 ff.). Dies entspricht dem (Retail-) Markt für Breitbanddienste, der die drahtgebundenen Zugänge umfasst. 71. Nach der Definition des Endkundenmarktes ist vorliegend der relevante Wholesale-Markt (Grosskundenmarkt) festzulegen. Im Bereich der elektronischen Kommunikation sind zumindest zwei Kategorien von relevanten Märkten zu betrachten: Märkte für Dienste oder Produkte für Endnutzer (Retail- oder Endkundenmärkte) und Märkte für Vorleistungen, die Anbieter benötigen, um Endnutzern Dienste und Produkte bereitzustellen (Wholesale- oder Grosskundenmärkte)⁷⁵. Zwischen Retail- und Wholesale-Märkten ist grundsätzlich zu differenzieren, wenn sich die Nachfrage bezüglich Eigenschaften und Verwendungszweck in erheblichem Ausmass unterscheidet⁷⁶. Diese Unterscheidung ergibt sich im Übrigen auch aus Art. 11 Abs. 3 lit. b VKU, wonach für die Abgrenzung des relevanten Marktes die Sichtweise der Marktgegenseite, in diesem Fall die ein Vorleistungsprodukt nachfragenden ISP, einzunehmen ist. BCS ist ein Vorleistungsprodukt, welches ausschliesslich von den ISP nachgefragt wird, die dann ihrerseits basierend auf dem BCS den Endkunden Breitbandinternet anbieten. Die Retail-Ebene besteht vorliegend aus Endkunden, welche Breitbanddienste nachfragen. Es rechtfertigt sich deshalb, vorliegend eine Unterscheidung zwischen Wholesale- und Retail-Markt vorzunehmen. 72. Zur Beantwortung der Frage, ob auf Wholesale-Ebene Nachfragesubstitution durch andere Güter möglich ist, wird unter anderem auf die technische Substituierbarkeit abgestellt. Bereits aufgrund der unterschiedlichen Technologien, wäre eine Umstellung von kupferbasierten Leitungen auf die Koax-Kabel der Rundfunkanbieter schwierig zu bewerkstelligen. Die Kabelnetzbetreiber und insbesondere Cablecom haben darauf hingewiesen, dass ein Wholesale-Angebot an andere Anbieter nicht möglich sei, da sich die Kabelnetztechnologie als „shared“ Medium nur begrenzt zum Angebot von Wholesale-Services eigne (vgl. Rz. 181). Zudem wäre ein schweizweites Angebot aufgrund der regionalen Zersplitterung der Kabelnetzbetreiber nicht möglich (vgl. Rz. 183). Analoges gilt für die Frage einer

allfälligen Angebotssubstituierbarkeit oder Produktionsumstellungsflexibilität auf Wholesale-Ebene. Hierzu ist jedoch anzufügen, dass bei den meisten Kabelnetzbetreibern (insbesondere Cablecom) keine Pläne bestehen, ein Wholesale-Angebot für andere ISP einzuführen. 73. Auf der Wholesale-Ebene fragen die ISP beim Netzbetreiber Vorleistungsprodukte nach, welche es diesen ISP erlauben, den Endkunden einen Breitbandinternetzugang zur Datenübertragung anzubieten. Es rechtfertigt sich deshalb im Einklang mit der Rechtsprechung der WEKO und der REKO/WEF den sachlich relevanten Markt als Wholesale-Markt für Breitbanddienste abzugrenzen⁷⁷. Dieser Markt umfasst die (aktuell oder potentiell) zum Wiederverkauf angebotenen drahtgebundene Breitbandzugänge.

74 Vgl. Parteigutachten betreffend Verstoss gegen das Kartellgesetz (zit. in Fn. 32; Akte Nr. 155), S. 71. 75 Empfehlung der Kommission der europäischen Gemeinschaften über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors [...], ABl. L 114 vom 8. Mai 2003, S. 45. 76 RPW 2004/2, 407 ff., 428. 77 RPW 2004/2, 407 ff.; RPW 2005/3, 505 ff., 520.

19/102

74. Swisscom macht in Rz. 45 f. ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009⁷⁸ geltend, die WEKO habe zu Unrecht einen separaten Wholesale-Markt abgegrenzt. Dadurch bestehe die Gefahr, dass statt des Wettbewerbs einzelne Wettbewerber geschützt würden. 75. Hierzu ist Folgendes zu bemerken: In Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU wird explizit festgehalten, dass der sachlich relevante Markt diejenigen Waren oder Dienstleistungen umfasst, die aus der Sicht der Marktgegenseite hinsichtlich Eigenschaften und Verwendungszweck substituierbar sind. Dies entspricht auch der ständigen Praxis der WEKO und auch der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (REKO/WEF). Diese hat im Zusammenhang mit der ersten Untersuchung in Sachen ADSL festgestellt, dass der relevante sachliche Markt aus der Sicht der ISP abzugrenzen sei, da es um die Stellung von Swisscom diesen gegenüber gehe: "Die ISP fragen nicht, wie ihre Endkunden breitbandige Internetverbindungen nach, sondern in erster Linie das von den Beschwerdeführerinnen entwickelte BBCS (...). Die Nachfrage auf dem Endkunden- und dem Wholesale-Markt unterscheidet sich somit, weshalb die Abgrenzung eines relevanten Wholesale-Teilmarktes korrekt ist"⁷⁹. Bezüglich des Fernmelderechts ging das Bundesverwaltungsgericht kürzlich von der gleichen sachlichen Marktabgrenzung aus, indem es festhielt, der sachlich relevante Markt umfasse die zum Wiederverkauf angebotenen Breitbandzugänge⁸⁰. Diese Marktabgrenzung entspricht auch der Praxis des europäischen Wettbewerbsrecht, wobei auf die Fälle Deutsche Telekom⁸¹, Wanadoo⁸² und Telefónica⁸³ verwiesen werden kann. 76. Was das Argument von Swisscom anbelangt, wonach anstelle des Wettbewerbs einzelne Wettbewerber geschützt würden, ist im Übrigen darauf hinzuweisen, dass im vorliegenden Zusammenhang nicht ein einzelner Konkurrent von Swisscom von deren Verhalten betroffen ist, sondern sämtliche ISP, welche Breitbandinternet via ADSL anbieten wollen. 77. Swisscom macht in Rz. 47 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009⁸⁴ geltend, dass auch die durchaus realisierbaren Wholesale-Angebote der Kabelnetze sowie deren Eigenleistung zum relevanten Markt gehören. 78. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Die WEKO hat den sachlich relevanten Markt umschrieben als Wholesale-Markt für Breitbanddienste via drahtgebundene Anschlüsse. Dies umfasst tatsächlich angebotene aber auch noch nicht auf dem Markt angebotene Wholesale-Angebote. Da es kaum Wholesale-Angebote von Kabelnetzbetreibern gibt und diese nur in kleinen Gebieten regional zu finden sind, haben

diese keinen disziplinierenden Einfluss auf die Marktstellung von Swisscom. Weil die meisten Kabelnetzbetreiber nicht auf dem Wholesale-Markt aktiv sind, können deren Eigenleistungen nur via Endkundenmarkt eine Wirkung auf den Wholesale-Markt ausüben. Der Einfluss des nachgelagerten Marktes wird in den Rz. 147 ff. geprüft. 79. Swisscom macht in Rz. 32 ff. ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009⁸⁵ geltend, das Sekretariat grenze den relevanten Markt zu eng ab, weil es nicht alle in den Bündel- oder Kombiangeboten enthaltene Dienstleistungen berücksichtigt. Dadurch erhebe es den rechts- erheblichen Sachverhalt in bundesrechtswidriger Weise unvollständig, weshalb die darauf gestützte tatsächliche und rechtliche Würdigung zwangsläufig falsch sei.

78 Akte Nr. 123. 79 Beschwerdeentscheid vom 30. Juni 2005 in Sachen Swisscom AG, Swisscom Fixnet AG gegen WEKO, RPW 2005/3; 505 ff., Ziff. 5.2. 80 Urteil des BVGer vom 12. Februar 2009 betr. Zugang zum schnellen Bitstrom, RPW 2009/1, 97 ff., E. 8.4.2 und E. 8.4.6. 81 Vgl. Rz. 208. 82 Vgl. Rz. 209. 83 Vgl. Rz. 210. 84 Akte Nr. 123. 85 Akte Nr. 123.

20/102

80. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Für die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes ist darauf abzustellen, welche Waren oder Dienstleistungen aus Sicht der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften oder ihres Verwendungszwecks substituierbar sind (Art. 11 Abs. 3 VKU). In vorliegender Untersuchung bilden die ISP die Marktgegenseite, d.h. der Markt aus ist aus deren Sicht abzugrenzen. Beim BCS handelt es sich um ein notwendiges Vorleistungsprodukt für die Erbringung von DSL-Angeboten. Entgegen der Auffassung von Swisscom sind Bündelangebote für die Frage der Markt- abgrenzung nicht von Relevanz, da Bündelangebote kein Substitut zum Vorleistungsprodukt BCS darstellen. 81. Swisscom macht in Rz. 35 ff., 58 ff., 88 ff. und in 104 ff. ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009⁸⁶ geltend, dass für die Beurteilung der Marktstellung auch die auf den regulierten Zusatzdiensten basierenden Breitbandangebote zu berücksichtigen seien (der vollständig entbundelte Zugang zum Teilnehmeranschluss und der schnelle Bitstromzugang). Indem diese nicht einmal erwähnt würden, sei der relevante Sachverhalt in bundesrechtswidriger Weise unvollständig erhoben und tatsachenwidrig verzerrt. 82. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Gemäss Art. 11 FMG müssen nur marktbeherrschende Anbieterinnen den vollständig entbundelten Zugang zum Teilnehmeranschluss und den schnellen Bitstromzugang gewähren. Vorliegend bedeutet dies, dass Swisscom diese Dienste nur dann anbieten muss, wenn sie im Bereich des Anschlusses über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Bei der Analyse der Marktstellung von Swisscom im Bereich ADSL darf daher die Existenz dieser auf Marktbeherrschung basierenden Dienste nicht mit- einbezogen werden, da sich sonst ein Zirkelschluss ergibt. Denn würde Swisscom nicht als marktbeherrschend qualifiziert, müsste sie diese regulierten Dienste nicht mehr anbieten. Wenn sie diese jedoch nicht anbieten würde, wäre sie wiederum marktbeherrschend. Wenn sie aber marktbeherrschend wäre, müsste sie die Dienstleistungen ja wieder anbieten usw. Daher dürfen Dienste, welche aufgrund derselben marktbeherrschenden Stellung angeboten werden müssen wie bei ADSL, nicht mitberücksichtigt werden bei der Beurteilung der Markt- stellung. 83. Swisscom macht in Rz. 56, 57 und 99 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009⁸⁷ geltend, dass die Glasfaserangebote der Elektrizitätswerke ebenfalls zum relevanten Markt gehören. 84. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Die WEKO hat den sachlich relevanten Markt um- schrieben als Wholesale-Markt für Breitbanddienste via drahtgebundene Anschlüsse.

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

86 Akte Nr. 123. 87 Akte Nr. 123. 88 Vgl. u.a. Handelszeitung vom 22. Juli 2009, "Glasfaser-Streit: Swisscom setzt sich in Zürich durch"; Berner Zeitung vom 7. Oktober 2009, "Bau des Schweizer Glasfasernetzes: Telekomanbieter einigen sich".

21/102

85. Swisscom macht in Rz. 51 ff. und 100 ff. ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009⁸⁹ geltend, dass Kabelnetzbetreiber technisch durchaus in der Lage seien, Breitband-Wholesale-Angebote bereitzustellen. Selbst wenn diese Angebote zur Zeit nur in beschränktem Umfang angeboten würden, erzeugten sie dennoch bereits aktuellen oder zumindest potentiellen Wettbewerbsdruck im Wholesale-Markt. 86. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Swisscom macht zutreffend geltend, dass Wholesale-Angebote von Kabelnetzbetreibern technisch möglich sind. Massgebend für die ISP ist aber, dass die meisten Kabelnetzbetreiber (auch Cablecom) keine Wholesale-Angebote machen, weshalb faktisch keine Ausweichmöglichkeiten bestehen. Entgegen der Auffassung von Swisscom liegt zudem eine regionale Zersplitterung vor, da sich die Kooperationen der Kabelnetzbetreiber lediglich auf Endkundenangebote beziehen. Auch gemäss der Praxis im europäischen Wettbewerbsrecht sind Breitbandangebote über Kabel und DSL nicht substituierbar, wenn ein ISP verpflichtet wäre, mit einer grossen Zahl von Kabelnetzbetreibern Vertriebsvereinbarungen abzuschliessen, um eine vergleichbare Reichweite und -dichte zu erzielen wie das möglicherweise marktbeherrschende Unternehmen. Im Falle der Deutschen Telekom⁹⁰ waren es über 100 Vertriebsvereinbarungen. In der Schweiz müssten unter Umständen sogar bis zu 400 Vertriebsvereinbarungen abgeschlossen werden (vgl. auch Rz. 113). 87. Auch das Bundesverwaltungsgericht sah in seiner Entscheidung vom 12. Februar 2009⁹¹ in Sachen Zugang zum schnellen Bitstrom keinen Anlass, von der Beurteilung der WEKO hinsichtlich der Verhältnisse im Wholesale-Markt abzuweichen. Im genannten Entscheid wird insbesondere darauf hingewiesen, dass die Behauptung von Swisscom, wonach eine kleine Anzahl Kabelnetzverbände gemeinsam ein ausreichend disziplinierendes Wholesale-Angebot aufschalten könnten, nicht der Realität entspreche. Bei den genannten Kabelnetzverbänden handle es sich in aller Regel nicht um aktuelle Wholesale-Anbieter und es bestünden auch keine Hinweise auf die Lancierung künftiger Wiederverkaufsangebote⁹². Das Bundesverwaltungsgericht zog namentlich aus dieser Feststellung den Schluss, dass weder aktueller noch potentieller Wettbewerb bestehe, welcher das Verhalten von Swisscom disziplinieren würde⁹³. B.3.1.1.3 Räumlich relevanter Markt 88. Der räumliche Markt

umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (analog Art. 11 Abs. 3 lit. b VKU). 89. Auszugehen ist damit von der Marktgegenseite, das heisst von den ISP, welche zum Wiederverkauf (auf Stufe Wholesale) Zugang zu Breitbanddiensten nachfragen. Die ISP fragen die zum Wiederverkauf vorgesehenen drahtgebundenen Breitbandzugänge regelmässig in der ganzen Schweiz nach. Der Zugang zu Breitbanddiensten auf Wholesale-Ebene wird aufgrund des flächendeckenden Anschlussnetzes von Swisscom gesamtschweizerisch zu weitgehend homogenen Bedingungen angeboten. Dies gilt insbesondere auch für das Vorleistungsangebot BBCS von Swisscom, welches schweizweit zu den gleichen Konditionen angeboten wird. Es ist deshalb von einem räumlich relevanten Markt auszugehen, welcher die ganze Schweiz umfasst.

89 Akte Nr. 123. 90 Vgl. Entscheidung der Kommission vom 21. Mai 2003 i.S. Deutsche Telekom, ABl. L 63 vom 14. Oktober 2003, S. 9 ff., Rz. 88. Bestätigt durch Urteil des Gerichts erster Instanz vom 10. April 2008, T- 271/03, siehe auch Rz. 208. 91 Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 12. Februar 2009, RPW 2009/1, 97 ff., 97 ff. 92 Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 12. Februar 2009, RPW 2009/1, 97 ff., Ziff. 9.4.3. 93 Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 12. Februar 2009, RPW 2009/1, 97 ff., Ziff. 9.4.4.

22/102

B.3.1.1.4 Zwischenergebnis zum relevanten Markt 90. Der sachlich relevante Markt ist als Wholesale-Markt für Breitbanddienste abzugrenzen. Dieser Markt umfasst die zum Wiederverkauf angebotenen drahtgebundenen Breitbandinternetzugänge. In räumlicher Hinsicht ist der Markt national abzugrenzen. B.3.1.2 Beurteilung der Marktstellung 91. Ein Unternehmen wird sich auf dem relevanten Markt von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können (vgl. Art. 4 Abs. 2 KG), wenn es sich ausreichend starker aktueller oder potenzieller Konkurrenz gegenüber sieht. Ebenfalls kann ein unabhängiges Verhalten durch ausreichend starke andere disziplinierende Einflüsse, beispielsweise aus dem nachgelagerten Markt, eingeschränkt werden. B.3.1.2.1 Aktueller Wettbewerb B.3.1.2.1.1 Wholesale-Markt 92. Anlässlich der Analyse der Wettbewerbssituation ist unter anderem abzuklären, wer Wettbewerber im Wholesale-Markt für Breitbanddienste ist und welches Kräfteverhältnis zwischen diesen Wettbewerbern besteht. 93. Einleitend sollen die Vertriebsstrukturen im Breitbandinternetmarkt in der Schweiz schematisch dargestellt werden (siehe Abbildung 2). Die oberen Pfeile von Swisscom (Wholesale) zu Sunrise, Green, Tele2, etc. repräsentieren den Wholesale-Markt für Breitbanddienste (BBCS), die unteren Pfeile repräsentieren den Endkundenmarkt. Der Kasten neben Cablecom steht für andere Kabelnetzbetreiber, welche ihren Kunden Breitbandinternet anbieten. 94. Unter dem Gesichtspunkt der Marktstruktur werden auch die tatsächlichen Wettbewerber und ihre Verhältnisse zueinander beurteilt. Im Einzelnen können Marktanteile und Marktphasen, Wahlmöglichkeiten der Lieferanten und Abnehmer, Grösse, Finanzkraft, Diversifikationsgrad, Dichte des Filialnetzes sowie die Entwicklungsmöglichkeiten von Unternehmen untersucht werden. Die Möglichkeit eines marktbeherrschenden Unternehmens, sich von anderen Marktteilnehmern unabhängig zu verhalten, bedeutet aus Sicht der Marktgegenseite grundsätzlich, dass diese keine zumutbaren Ausweichmöglichkeiten im relevanten Markt haben⁹⁴. In der Lehre wird auch der Begriff vertikaler wirtschaftlicher Abhängigkeiten verwendet, falls ein Anbieter auf einem vor-

oder nachgelagerten Markt auf die Dienstleistung eines in diesem Fall möglicherweise marktbeherrschenden Unternehmens angewiesen ist⁹⁵. Bei der Prüfung, ob eine marktbeherrschende Stellung besteht, kommen als Kriterium in der Praxis auch die Finanzkraft der beteiligten Unternehmen in Frage. Grosse Finanzkraft bietet einem Unternehmen Verhaltensspielräume im Hinblick auf Wettbewerbsparameter wie Preis, Werbung und Kapazität⁹⁶. 95. Spezifisch für den Telekommunikationssektor von Interesse sind die auf wettbewerbs- rechtlichen Prinzipien beruhenden Leitlinien zur Marktanalyse der Europäischen Union (EU) des gemeinsamen Rechtsrahmens für elektronische Kommunikation⁹⁷. Es können unter anderem folgende Kriterien zugrunde gelegt werden, um die Marktmacht eines Unternehmens

94 Vgl. ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Auflage, Bern 2005, S. 285 und 291. 95 EVELYNE CLERC, in: Droit de la concurrence, Commentaire romand, Tercier/Bovet (Hrsg.), Basel 2002, Rz.134 zu Art. 4 Abs. 2. 96 FRANZ HOFFET, in: Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis, Band IX, Geiser/Krauskopf/Münch (Hrsg.), Basel 2005, S. 392. 97 Leitlinien der Kommission und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (2002/C 165/03), S. 16, Rz. 78.

23/102

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

xDSL-Technologie (ca. 70% Marktanteil) Kabel (ca. 30%)

Abbildung 2: Schematische Darstellung des Breitbandmarktes in der Schweiz. 96. Ausgehend von der aktuellen Wettbewerbssituation ist festzuhalten, dass auf dem Wholesale-Markt für Breitbanddienste nur Swisscom in der Lage ist, anderen ISP Vorleistungen für Breitbandinternetzugänge in der ganzen Schweiz anzubieten. Swisscom ist das einzige Unternehmen, welches über ein flächendeckendes Anschlussnetz verfügt und damit ein Angebot in der ganzen Schweiz ermöglichen kann. Im jetzigen Zeitpunkt bietet Swisscom anderen ISP insbesondere das Vorleistungsprodukt BBCS (Rz. 38 ff.) an, womit diese ISP Endkunden einen Breitbandinternetzugang via xDSL anbieten können. Swisscom ist damit auf diesem Markt ohne Konkurrenz. Alternative ISP sind damit auf die Benutzung des Anschlussnetzes von Swisscom angewiesen und verfügen über keine Ausweichmöglichkeiten. 97. Die Möglichkeit eines schweizweiten Tätigwerdens ist dabei für Anbieter wie beispielsweise Sunrise oder Tele2 von entscheidender Bedeutung. Praktisch nur im Falle eines flächendeckenden Angebots ist es möglich als ganzheitlicher Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen aufzutreten. Zudem kann davon ausgegangen werden, dass Swisscom im Vergleich zu anderen ISP in der Schweiz stärker von Skaleneffekten profitiert und über erhebliche Verbundvorteile verfügt (vgl. Rz. 111). 98. Zur Beurteilung möglicher disziplinierender Einflüsse wird auch die aktuelle

Verfügbarkeit breitbandfähiger Infrastruktur betrachtet, welche Voraussetzung für das Erbringen von Wholesale-Angeboten an ISP ist. 99. Swisscom verfügt als ehemalige Monopolanbieterin über ein schweizweites, flächen-deckendes Anschlussnetz, wobei es sich vorwiegend um auf zweiadrigen Kupferdraht beruhende Anschlüsse handelt. Swisscom besitzt nach ihren Angaben aus der Marktbefragung

Swisscom (Wholesale)

Swisscom (Bluewin, Retail)

Cablecom

...

Endkundennachfrage nach Breitbandinternet

Sunrise

Green

Tele2

... Wholesale- Markt Retail- Markt

24/102

per Ende 2007 über [3 - 5 Mio.] aktive Anschlüsse. Diese Anschlüsse sind praktisch alle breitbandfähig⁹⁸. Swisscom geht von über 98% aller Anschlüsse in der Schweiz aus, welche DSL-fähig sind⁹⁹. 100. Neben diesen aktiven Anschlüssen verfügt Swisscom auch noch über [1 – 3 Mio.] sogenannte belassene Leitungen¹⁰⁰. Dass solche belassenen Leitungen existieren, kann auf verschiedene Gründe zurückgeführt werden. Unter anderem kann es sich um Endkunden handeln, welche nur noch den drahtgebundenen Anschluss eines Kabelnetzbetreibers benutzen, oder es kann sich um aus technologischen Gründen überflüssige Anschlüsse handeln (z.B. aufgrund von Glasfaserausbau). Einerseits sind die inaktiven Anschlüsse von Swisscom bei Kunden, welche nur noch über einen Anschluss bei einem Kabelnetzbetreiber verfügen, für das Kundenpotenzial von Swisscom vorliegend von Bedeutung und deshalb mit zu berücksichtigen. Andererseits sind die aus technologischen Gründen überflüssigen Anschlüsse (d.h. doppelt bestehende Anschlüsse von Swisscom) für eine Berücksichtigung des Kundenpotenzials wenig aussagekräftig und werden deshalb vorliegend nicht in die Analyse einbezogen. Abgestellt wird deshalb auf die Anzahl verfügbarer Anschlüsse, die vor der Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes bereits bestanden haben, nämlich 4.82 Mio. Anschlüsse¹⁰¹. Diese Zahl stimmt im Übrigen praktisch mit der Anzahl Anschlussleitungen gemäss amtlicher Fernmeldestatistik per Ende 1998 überein, welche 4'884'673 Anschlüsse erwähnt¹⁰². 101. Die bedeutendsten anderen Betreiber von drahtgebundenen Breitbandzugängen sind die Kabelnetzbetreiber und unter diesen insbesondere Cablecom. Die ursprünglich für die Übertragung von Fernseh- und Radiosignalen konzipierten CATV-Netze (Koaxialkabel) sind mittlerweile mehrheitlich zweiwegfähig und zur Übertragung von Breitbanddatendiensten ausgerüstet. In der Schweiz bestehen circa 2'900'000 Kabelnetzanschlüsse, wovon 2'595'000 breitbandfähig sind¹⁰³. 102. Das bei weitem stärkste Unternehmen unter den Kabelnetzbetreibern ist Cablecom, welches vor allem in Ballungszentren präsent ist. Cablecom verfügt über 1'844'022 Mio. Kabelfernsehanschlüsse, wobei nach Auskunft von Cablecom in der durchgeführten Marktbe-fragung (inkl. Partnernetze) 1'499'797 dieser Anschlüsse auch breitbandfähig sind¹⁰⁴. Damit verfügt Cablecom über rund 1.5 Mio. breitbandfähige Anschlüsse. 103. Die

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

98 [0 – 120'000] dieser Teilnehmeranschlüsse sind nicht breitbandfähig. Schreiben Swisscom vom 25. Januar 2008, Akte Nr. 80. 99 Medienmitteilung Swisscom vom 25. Januar 2008. 100 Schreiben Swisscom vom 14. April 2008, Akte Nr. 95. 101 Swisscom, Geschäftsbericht 1998, S. 5. 102 Amtliche Fernmeldestatistik 2006, Bundesamt für Kommunikation, S. 19. 103 Schreiben Swisscable vom 25. September 2007, Akte Nr. 50. 104 Schreiben Cablecom vom 28. September 2007, 7. Januar 2008 und vom 6. Februar 2008. Akten Nr. 64, 83 und 94. 105 252 Kabelnetzbetreiber sind Mitglied des Verbandes Swisscable (Swisscable, Die Kabelnetzunternehmen in Zahlen, Übersichtsblatt II, 31. Dezember 2006, www.swisscable.ch/custom/upload/docs/96hb85ti1aebbgubiq82m2figsd05oy175g.pdf). 160 Kabelnetzbetreiber sind nicht Mitglieder des Verbandes Swisscable (Swisscable, Jahresbericht 2005, S. 10). 106 Swisscable, Die Kabelnetzunternehmen in Zahlen, Übersichtsblatt II; sowie Anhang Netzabdeckungskarte Kabelnetze.

25/102

gend auch, dass Kabelnetze für den Transport von Fernseh- und Radiosignalen erstellt wurden, weshalb bei Kabelnetzbetreibern die Mehrheit der Kunden Privathaushalte sind. In Geschäftsliegenschaften sind Anschlüsse von Kabelnetzbetreibern nur teilweise vorhanden. Die weiteren Kabelnetzbetreiber verfügen ausgehend vom Total der breitbandfähigen Kabelnetzanschlüsse abzüglich derjenigen von Cablecom¹⁰⁷ über 1'095'000 Breitbandanschlüsse. 104. Ebenfalls über drahtgebundene Breitbandzugänge verfügen Anbieter, welche Endkunden direkt mit Glasfaserkabel angeschlossen haben. Die Anzahl dieser Anschlüsse ist jedoch im Verhältnis zu den rund 4.8 Mio. Anschlüssen von Swisscom gering. FDA wie Colt, Verizon, Sunrise, Swisscom sowie städtische Infrastrukturbetreiber (z.B. das Elektrizitätswerk der Stadt Zürich) errichteten Glasfaseranschlüsse vor allem in Ballungszentren für gewisse Geschäftskunden. Aus der amtlichen Fernmeldestatistik ist zu entnehmen, dass im Jahr 2006 in der Schweiz 3'630 Glasfaserkabelanschlüsse (fiber to the home, fiber to the building) bestanden¹⁰⁸. Im Jahr 2007 ist die Anzahl mittels Glasfaser direkt angeschlossener Endkunden gestiegen. Für die Schweiz kann davon ausgegangen werden, dass die Anzahl der durch alternative Anbieter (d.h. ohne diejenigen von Swisscom) mittels Glasfaserkabel erschlossenen Endkunden unter 20'000 liegt¹⁰⁹. Swisscom verfügt über [0 - 20'000] Anschlüsse mittels Glasfasern¹¹⁰. 105. Tabellarisch kann die Grössenordnung der verfügbaren drahtgebundenen Breitbandzugänge wie folgt zusammengefasst werden: Tabelle 1: Verfügbare drahtgebundene Breitbandanschlüsse Anbieter Verfügbare Anschlüsse Swisscom 4'820'000 Cablecom 1'500'000 Weitere Kabelnetzbetreiber 1'095'000 Andere Anbieter (Glasfaser) < 20'000

106. Aus Tabelle 1 ist ersichtlich, dass Swisscom in absoluten Zahlen mit Abstand die höchste Anzahl Anschlüsse und damit über die grösste Anzahl möglicher Breitbandzugänge

verfügt. Hinsichtlich der Infrastruktur sind die Kabelnetzbetreiber faktisch die einzigen Konkurrenten von Swisscom. Swisscom verfügt schweizweit über Festnetzanschlüsse, wobei in gewissen Gebieten (Anhang Netzabdeckungskarte Kabelnetze) zusätzlich ein Kabelnetzanschluss eines lokalen Anbieters vorhanden ist. Dies führt lediglich in diesen Gebieten zu einer Situation mit zwei drahtgebundenen Anschlussnetzbetreibern. Bezüglich der verfügbaren Anschlüsse kommt aus Sicht der Endkunden damit entweder der Anschluss von Swisscom oder – falls vorhanden – der Anschluss eines lokalen Kabelnetzbetreibers für Breitbandinternetzugänge in Frage. Für die konkurrierenden ISP besteht auf Wholesale-Ebene diese Ausweichmöglichkeit nicht, da kaum Vorleistungsangebote von Kabelnetzbetreibern existieren. Diesbezüglich ist auch zu beachten, dass alle Kabelnetzbetreiber zusammen nur über rund halb so viele Breitbandanschlüsse verfügen wie Swisscom alleine. 107. Im Weiteren ist zu berücksichtigen, dass Internet über ADSL und Internet über Kabel auf verschiedenen Technologien beruhen. Aus Sicht der ISP wäre im Falle eines hypothetisch möglichen Wechsels von Swisscom (xDDSL via Telefonkabel) zu einem Kabelnetz-

107 2'595'000 abzüglich 1'500'000 (vgl. Rz. 101 und 102) . 108 Amtliche Fernmeldestatistik 2006, BAKOM, Biel, 8. März 2008, S. 20. 109 RPW 2006/2, 248 ff., 255. 110 Schreiben Swisscom vom 25. Januar 2008, Akte Nr. 80, S. 3.

26/102

betreiber (Coax via TV-Anschluss), unter anderem wegen der unterschiedlichen Hardware, mit erheblichen Umstellungskosten zu rechnen. Ein Wechsel des ISP hätte auch Auswirkungen auf die Infrastruktur der Endkunden, weil die ISP ihnen auch andere Hardware (Modems, Anschlusskabel, etc.) zur Verfügung stellen müssten. 108. Bezüglich der verfügbaren breitbandfähigen Infrastruktur stimmt die Einschätzung im Übrigen mit einer vom BAKOM erstellte Studie überein, wonach neben ADSL und Kabel die anderen Breitbandtechnologien mit weniger als 2% praktisch inexistent sind und hauptsächlich Firmenkunden betreffen. Der Anteil der anderen möglichen Zugangstechnologien (u.a. Glasfaser, PLC) kann auch weiterhin als vernachlässigbarer Teil des gesamten Breitbandmarktes betrachtet werden¹¹¹. 109. Bezüglich der Finanzkraft ist Swisscom verglichen mit den anderen FDA das führende Telekommunikationsunternehmen in der Schweiz mit einem Jahresumsatz von 11'089 Mio. Franken und einem Betriebsgewinn von 3'787 Mio. Franken im Jahr 2007 bei einem durchschnittlichen Personalbestand von 18'755 Vollzeitstellen¹¹². Diese Kennzahlen illustrieren die starke Stellung von Swisscom im Vergleich zu anderen Anbietern in der Schweiz¹¹³. Im Übrigen hat Swisscom ihre Stellung als Nummer eins im Telekommunikationsmarkt noch markant ausgebaut und den Druck auf die anderen Anbieter verstärkt¹¹⁴. 110. Zurückkommend auf die in Rz. 95 erwähnten Kriterien, die Marktmacht eines Unternehmens und dessen Möglichkeiten festzustellen, ist Folgendes festzuhalten: Swisscom ist in der Schweiz mit Blick auf die wirtschaftlichen Kennzahlen (vgl. Rz. 109) ein sehr starkes Unternehmen. Zudem verfügt Swisscom insbesondere mit ihrem Teilnehmeranschlussnetz über eine nicht leicht zu duplizierende Infrastruktur. Auf Wholesale-Ebene besteht keine ausgleichende Nachfragemacht durch die in der Schweiz tätigen alternativen ISP, was sich unter anderem darin äussert, dass die von Swisscom bezüglich des BBCS gesetzten Konditionen nicht verhandelbar sind. Alternative ISP müssen die von Swisscom gesetzten Bedingungen akzeptieren, falls sie das BBCS in Anspruch nehmen wollen. Aufgrund der fehlenden Ausweichmöglichkeiten verfügen die ISP gegenüber Swisscom über keine

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

111 Der Schweizer Breitbandmarkt im internationalen Vergleich, BAKOM, Biel, Juli 2006, S. 17. 112 Swisscom, Geschäftsbericht 2007, Facts & Figures. 113 Im Vergleich dazu setzte Sunrise im Jahr 2007 1'949 Mio. Franken um bei einem Reingewinn von 170 Mio. Franken (www.sunrise.ch/uebersunrise/unternehmensportraet/geschaeftsergebnisse.htm, besucht am 22. September 2008). 114 Handelszeitung vom 22.-28. August 2007, S. 5. 115 Sunrise als zweitgrösster Anbieter verfügt über rund 0.44 Mio. Festnetzkunden (davon: 0.28 Mio. Internetkunden) und 1.6 Mio. Mobilfunkkunden (www.sunrise.ch/facts-and-figures.pdf, besucht am 5. November 2009).

27/102

112. Swisscom macht in Rz. 23 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009¹¹⁶ geltend, dass die Zersplitterung der über 400 Kabelnetze tatsachenwidrig sei, da es ca. 20 Kooperationen unter den Kabelnetzanbietern gäbe. Im Übrigen würde eine solche Zersplitterung aus Endkundensicht ohnehin keine Rolle spielen. 113. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Die genannten Zahlen sind nicht tatsachenwidrig, sondern an den genannten Quellen nachzulesen (vgl. Rz. 103). Aus Endkundensicht ist es tatsächlich nur dann von Belang, ob die Kabelnetze zersplittert sind, wenn der Endkunde umzieht und am neuen Ort einen anderen ISP bestimmen muss. Die Zersplitterung ist aus Sicht der Marktgegenseite im relevanten Wholesale-Markt jedoch von sehr grosser Bedeu- tung. Es ist ein Unterschied für einen ISP, ob er mit nur einem Wholesale-Anbieter über ein Angebot für die ganze Schweiz verhandelt und Verträge abschliesst, oder ob er das mit 20 oder 400 Wholesale-Anbietern tun muss, um auf eine ähnliche Abdeckung zu kommen. Da die von Swisscom geltend gemachten Kooperationen schliesslich nur in Bezug auf Endkun- denangebote bestehen und von den allermeisten Kabelnetzbetreibern gar kein Wholesale-Angebot existiert, kann Swisscom daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten. 114. Swisscom macht in Rz. 97 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009¹¹⁷ geltend, dass die Zahl der Breitbandanschlüsse, über welche Swisscom angeblich verfüge, viel zu hoch angesetzt sei, weil neben den aktiven Anschlüssen auch noch die sogenannt belassenen Leitungen einbezogen werden. Dieses Vorgehen sei nachweislich falsch, wie auch die Teil- verfügung der ComCom betreffend Zugang zum schnellen Bitstrom belege. 115. Hierzu ist Folgendes festzuhalten: Swisscom selbst verweist in Rz. 22 ihrer Stellung- nahme vom 26. März 2009

bezüglich der Anschlüsse der Kabelnetzbetreiber auf die Zahl der verfügbaren breitbandfähigen Kabelnetzanschlüsse von 2.5 Mio. Damit diese 2.5 Mio. möglichen Anschlüsse vergleichbar sind, muss jedoch auch bei Swisscom auf die potenziell möglichen Anschlüsse abgestellt werden. Ein reines Abstellen nur auf die Anzahl der aktiven Anschlüsse von [2 - 4] Mio. wäre nicht sachgerecht, da einerseits ansonsten auch bei den Kabelnetzbetreibern nur die aktiven Anschlüsse zu berücksichtigen wären und andererseits das Potenzial der möglichen Kunden nicht angemessen berücksichtigt würde. In Zusammenhang mit der Anzahl der Anschlüsse ist im Übrigen nicht von Marktanteilen, sondern eher von verfügbaren Anschlüssen zu sprechen. 116. Des Weiteren ist auch der Einwand von Swisscom auf die Teilverfügung der ComCom vom 21. November 2007 nicht zu hören: Die ComCom stellte in ihrem damaligen Entscheid einzig auf die rund [2 - 4] Mio. aktiven Anschlüsse ab, da Swisscom, obwohl dazu aufgefordert, keine Angaben über die effektiv vorhandenen Anschlüsse lieferte. Zudem wies die ComCom auch darauf hin, dass noch eine Anzahl weiterer Anschlüsse existiere, die zwar verlegt, jedoch nicht in Betrieb sei¹¹⁸. Selbst Swisscom gab an, dass die Gesamtzahl ihrer aktiven und inaktiven Doppelader-Metalleitungen knapp [4 - 8] Mio. betrage¹¹⁹, wobei es Swisscom wiederholt unterliess, zu präzisieren, wie viele inaktive Anschlüsse berücksichtigt werden könnten. 117. Swisscom macht in Rz. 98 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009¹²⁰ geltend, die Eigenleistungen vertikal integrierter Unternehmen und damit auch der Kabelnetzbetreiber müssten in die Betrachtung des aktuellen Wettbewerbs einbezogen werden. Entsprechend sei Swisscom auf dem Wholesale-Markt aktuellem, konkretem Wettbewerbsdruck seitens der Kabelnetzbetreiber ausgesetzt.

116 Akte Nr. 123. 117 Akte Nr. 123. 118 Teilverfügung der ComCom vom 21. November 2007, S. 14, Fn. 4. 119 Schreiben Swisscom vom 25. Januar 2009, Akte Nr. 80, S. 4. 120 Akte Nr. 123.

28/102

118. Hierzu ist Folgendes festzuhalten: Wie bereits erwähnt (vgl. Rz. 78) können Eigenleistungen der Kabelnetzanbieter nur via Endkundenmarkt eine Wirkung auf den Wholesale-Markt ausüben. Der Einfluss des nachgelagerten Marktes wird in den Rz. 147 ff. geprüft. 119. Swisscom macht in Rz. 103 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009¹²¹ geltend, dass die Finanzkraft von Swisscom kein Argument für eine Marktbeherrschung von Swisscom sei, da auch Cablecom mit ihrer ausländischen Muttergesellschaft ein finanzstarkes Unternehmen sei. 120. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Der Marktaustritt von Tele2 hat eindrücklich gezeigt, wie ausländische Mutterkonzerne mit ihren schweizerischen Tochtergesellschaften agieren, wenn die entsprechenden Erfolge nicht erreicht werden. Daher spricht eine allenfalls finanzkräftige ausländische Muttergesellschaft weder für eine starke Marktstellung der in der Schweiz tätigen Tochtergesellschaft, noch spricht sie gegen die Berücksichtigung der Finanzkraft von Swisscom bei ihrer Beurteilung der Marktstellung. 121. Swisscom macht in Rz. 80 ff. ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009¹²² geltend, dass von der Öffentlichkeit erwartet werde, dass Swisscom ihre Breitbanddienste in der ganzen Schweiz zu einheitlichen Konditionen anbiete. Der in weiten Teilen der Schweiz herrschende Wettbewerbsdruck auf die Angebote von Swisscom dehne sich darum auch auf die Regionen mit wenig Wettbewerb aus. Diese Erwartungshaltung habe mit der Aufnahme der Breitbanddienste in die Grundversorgung noch zusätzliches Gewicht erhalten. 122. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Abgesehen vom 500 kbit-Angebot, welches unter die Grundversorgung fällt, kann Swisscom für

sämtliche Angebote von Swisscom, also insbesondere auch für BBCS ihre Preise frei gestalten. Welche Erwartungen bezüglich der Preissetzung die Kunden von Swisscom haben, ist in kartellrechtlicher Hinsicht nicht von Bedeutung. Gemäss Art. 16 Abs. 2 Bst. c der Verordnung über Fernmeldedienste vom 9. März 2007 (FDV) gehört einzig ein Breitband-Internetzugang mit einer garantierten Übertragungsrate von 600/100 kbit/s zur Grundversorgung. Das heisst, dass Swisscom in der gesamten Preisgestaltung für alle ihre schnelleren DSL-Angebote (Wholesale und Retail) keine fernmelderechtlichen Vorschriften zu beachten hat. Dass Swisscom schweizweit einheitliche Tarife anbietet, ist damit ein unilateraler Entscheid von Swisscom, welcher im Wesentlichen mit dem Firmenimage von Swisscom in Zusammenhang stehen dürfte. Der von Swisscom in den Ballungszentren geltend gemachte Wettbewerbsdruck führt – wie die schweizweit einheitlichen Preise zeigen – gerade nicht dazu, dass sich dort, wo der Preisdruck scheinbar stärker ist, tiefere Preise bilden. Dies zeigt auf, dass der von Swisscom geltend gemachte Wettbewerbsdruck nicht genügend wirksam ist. 123. Zusammenfassend ergibt sich aufgrund der Analyse der aktuellen Wettbewerbssituation im Wholesale-Markt, dass Swisscom aufgrund der fehlenden zumutbaren Ausweichmöglichkeiten für alternative ISP und aufgrund der fehlenden Verfügbarkeit einer schweizweiten alternativen Infrastruktur im Wholesale-Markt für Breitbanddienste keinen disziplinierenden Einflüssen ausgesetzt ist.

B.3.1.2.1.2 Retail-Markt 124. In diesem Kapitel erfolgt eine Charakterisierung des Retail-Marktes für Breitbanddienste. Dieser Markt ist dem sachlich relevanten Wholesale-Markt für Breitbanddienste nachgelagert. Zur Übersicht kann vorweg Tabelle 2 mit den Marktanteilen im Endkundenmarkt betrachtet werden. 125. In Tabelle 2 ist festzustellen, dass [40% - 80%] aller geschalteten Breitbandanschlüsse auf der xDSL-Technologie von Swisscom beruhen, wobei innerhalb der xDSL-Technologie

121 Akte Nr. 123. 122 Akte Nr. 123.

29/102

Swisscom mit einem Anteil von [50 – 90%] aller geschalteten Breitbandanschlüsse der stärkste Anbieter ist. Tabelle 2: Geschaltete Breitbandanschlüsse nach Unternehmen im Dezember 2007 [ganze Tabelle: Geschäftsgeheimnis Swisscom]

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

126. Kein Wettbewerbsdruck auf der Wholesale-Ebene kann von anderen ISP wie Green, Sunrise oder Tele2 erfolgen. Diese Anbieter sind nur Wiederverkäufer des Vorleistungsangebotes BBCS von Swisscom. Zudem verfügen Green, Sunrise oder Tele2 über zu geringe Marktanteile im Retail-Markt. Diese alternativen ISP haben keine Einflussmöglichkeiten auf das Vorleistungsangebot BBCS von Swisscom (hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung des Angebotes wie z.B. der Bandbreiten). Eine disziplinierende Wirkung auf den Wholesale-Markt kann deshalb von den das Vorleistungsangebot BBCS weiterverkaufenden Anbietern nicht ausgehen. Swisscom machte auch geltend, dass die mit der Revision des FMG am 1. April 2007 bestehenden Möglichkeiten eines vollständig entbündelten Zugangs zum Teilnehmeranschluss (Art. 11 Abs. 1 lit. a FMG) zu Wettbewerb aus dem nachgelagerten Markt führen würden¹²³. Die Möglichkeiten von

alternativen ISP mit Angeboten, welche auf entbündelten Teilnehmeranschlüssen beruhen, bestehen jedoch nur aufgrund der Regulierung in Art. 11 FMG. Es handelt sich mithin um gesetzgeberisch eingeführte Möglichkeiten, welche keinen Einfluss auf die Marktmacht von Swisscom bei der vorgelagerten Infrastruktur haben. Deshalb kann diesbezüglich auch kein Wettbewerbsdruck entstehen (vgl. hierzu Rz. 81 f.). Im Übrigen haben die Erfahrungen in der EU gezeigt, dass auch mit der in der EU bereits bestehenden Möglichkeit der Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen weiterhin hohe Markteintrittsbarrieren bestehen, welche das Entstehen wirksamen Wettbewerbs verhindern¹²⁴.

123 Vgl. Akte Nr. 77, Beilage 1, S. 11 f, Rz. 30 ff. 124 Communication from the Commission [...] on the Review of the EU Regulatory Framework for electronic communications networks and services, 28 Juni 2006, COM(2006) 334 final S. 29.

30/102

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

0.0% 10.0% 20.0% 30.0% 40.0% 50.0% 60.0% 70.0% 80.0% 90.0% 100.0% Dez 00 Apr 01 Aug 01 Dez 01 Apr 02 Aug 02 Dez 02 Apr 03 Aug 03 Dez 03 Apr 04 Aug 04 Dez 04 Apr 05 Aug 05 Dez 05 Apr 06 Aug 06 Dez 06 Apr 07 Aug 07 Dez 07 Total ADSL Total Kabel

Abbildung 3: Marktanteilsentwicklung der beiden Technologien ADSL und Kabel 128. Ausserdem wurde in einer Studie festgestellt, dass nur sehr wenige Nutzer die Breitbandanbieterin wechseln, und dass das Nutzerverhalten sehr statisch zu sein scheint¹²⁵. Dies könnte gemäss der Studie unter anderem damit zusammenhängen, dass es beim Wechsel zu einer anderen Technologie zu Betriebsunterbrüchen kommen könnte, zum Beispiel aufgrund eines Modemwechsels. Im Weiteren seien Breitbandangebote einer überwiegenden Mehrheit der Anbieterinnen an den Abschluss eines Preselection-Vertrags für die Festnetztelefonie gekoppelt, so dass es für Nutzer weniger interessant ist, einen anderen Breitbandanbieter zu wählen. Es bestehen damit Wechselkosten, welche gegen das Vorliegen von disziplinierenden Einflüssen sprechen. 129. Aus Abbildung 3 wird ersichtlich, dass ADSL das Kabel bei weitem überholt hat. Die Kabelnetze, insbesondere auch Cablecom, haben vor Swisscom begonnen, Breitbandinternet an Endkunden anzubieten und hatten daher im Januar 2001 einen Marktanteil von 100%. Als Swisscom jedoch mit ADSL-Dienstleistungen kam, nahm der Anteil der Kabeltechnologie trotz stetigem Wachstum (siehe dazu Abbildung 5) bis auf unter 30% stark ab. Abbildung 3 veranschaulicht damit eine wesentliche Feststellung der Marktentwicklung in den letzten Jahren: ADSL wird im Vergleich zum Kabelinternet immer stärker. 130. Im Gegensatz zum landesweiten Auftreten von Swisscom können Kabelnetzbetreiber keine schweizweiten Angebote lancieren. Dies bedeutet, dass Swisscom bezogen auf einen beliebigen Endkunden als Breitbandanbieter höchstens einen Konkurrenten hat, nämlich – falls vorhanden – den lokalen Kabelnetzbetreiber im betreffenden Gebiet. Zudem ist bei der Interpretation der Marktanteile zu berücksichtigen, dass Swisscom erstens aufgrund der im

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

31/102

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

Abbildung 4: Die Marktanteilsentwicklung der fünf grössten Breitbandinternetanbieter der Schweiz vom Januar 2001 bis Dezember 2007 [Achse Geschäftsgeheimnis] 131. Aussagekräftig bezüglich der Einschätzung des Wettbewerbsdrucks von Cablecom ist ein Vergleich der Entwicklung der Marktanteile von Swisscom und Cablecom im Retail-Markt für Breitbanddienste (siehe Abbildung 4). Obwohl Cablecom vor Swisscom (Bluewin) in den Markt eintrat und Cablecom beispielsweise Anfang 2001 noch über einen Marktanteil von über [40 – 70%] verfügte, verringerte sich der Marktanteil von Cablecom im Dezember 2007 bis auf unter [10 – 30%]. Demgegenüber konnte Swisscom ihren Marktanteil kontinuierlich auf bis annähernd [40 – 70%] steigern. Dies illustriert, dass Cablecom trotz erheblichen Marketinganstrengungen nur sehr begrenzt in der Lage ist, auf Swisscom einen disziplinierenden Wettbewerbsdruck auszuüben. Interessant ist auch, dass Swisscom nicht nur auf Kosten der Kabelnetzbetreiber, sondern auch zu Lasten der alternativen ADSL-Anbieter (vgl. Abbildung 4, Kurven von Sunrise, Tele2 und Green) Marktanteile gewinnen konnte. 132. In Abbildung 5 wird die Entwicklung der Anschlusstechnologien ADSL und Kabel gegenübergestellt. Dabei ergibt sich ein ähnliches Bild wie die Marktanteilsentwicklung zwischen ADSL und Kabelnetzbetreibern aus Abbildung 4. Die Kabelnetzbetreiber (insbesondere Cablecom) sind zwar vorher in den Markt eingetreten, wurde aber bereits im April 2003 von den ADSL-Betreibern (insbesondere Swisscom) überholt. Das Wachstum der Kabelnetzbetreiber verlief insgesamt bedeutend schwächer als dasjenige der ADSL-Betreiber. Es ist ersichtlich, dass Kabelnetzbetreiber vor Swisscom als Anbieter auf dem Breitbandmarkt tätig waren und diesbezüglich über einen first-mover advantage verfügen müssten. Jedoch bereits im August 2003 verfügte die ADSL-Technologie über mehr Breitbandinternetendkun-

32/102

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

0 200000 400000 600000 800000 1000000 1200000 1400000 1600000 Dez 00 Apr 01 Aug 01 Dez 01 Apr 02 Aug 02 Dez 02 Apr 03 Aug 03 Dez 03 Apr 04 Aug 04 Dez 04 Apr 05 Aug 05 Dez 05 Apr 06 Aug 06 Dez 06 Apr 07 Aug 07 Dez 07 Total ADSL Total Kabel

Abbildung 5: Die Anzahl geschalteter Breitbandanschlüsse basierend auf Kabel- und auf ADSL-Technologie vom Januar 2000 bis Dezember 2007 133. Aus Abbildung 6 wird insbesondere der steile Anstieg von Bluewin (Swisscom) ersichtlich: Swisscom ist im Verhältnis zu allen anderen Anbietern überproportional gewachsen. Dies gilt insbesondere

auch im Verhältnis zu anderen xDSL-Anbietern, welche nur schwach oder gar nicht wachsen (siehe insbesondere Green oder Tele2). Trotz entsprechender Anstrengungen ist es damit keinem der alternativen ISP gelungen, sich auf dem schweizerischen Markt als starker Wettbewerber zu positionieren. Signifikante Marktanteilsgewinne blieben aus und Swisscom ist weiterhin der mit Abstand stärkste Akteur. 134. Gemäss einer Studie des BAKOM ist diese Entwicklung nicht nur in der Schweiz, sondern auch in den meisten EU-Ländern zu beobachten¹²⁶. Als Grund dafür wird von der Studie angesehen, dass die DSL-Technologie meistens auf dem Festnetz der historischen Betreiberin aufbaut, während alternative Technologien von zahlreichen Betreiberinnen entwickelt werden müssen, die im Allgemeinen über weniger ausgedehnte Netze verfügen. Die historische Betreiberin verfügt gemäss der Studie dank der Bereitstellung der Telefonanschlüsse über ein landesweites Netz und eine grosse Kundenbasis, wodurch sie über einen klaren Wettbewerbsvorteil in Bezug auf die Flächenabdeckung und die Rentabilisierung des Marketingaufwands verfügt.

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

33/102

Abbildung 6: Die Anzahl Breitbandanschlüsse der grössten fünf Anbieter von Januar 2001 bis Dezember 2007 [Achse Geschäftsgeheimnis] 135. Im internationalen Vergleich verfügt die Schweiz über hohe Penetrationsraten im Breitbandbereich, wobei die Preise relativ hoch und Maximalbandbreiten im Vergleich zu vielen europäischen Ländern relativ gering sind¹²⁷. Bezüglich der Preise im Retail-Markt lässt sich im Übrigen feststellen, dass diese zwischen 2004 und 2007 gleich geblieben sind (vgl. Rz. 41). Swisscom und die Anbieter von Kabelinternet scheinen sich über die Bandbreiten abzugrenzen statt Wettbewerb über die Preise zu führen, weil sich ersteres weniger stark auf ihre Ergebnisse auswirkt¹²⁸. Auch ein Blick auf die Preise deutet daher nicht daraufhin, dass Swisscom durch die Kabelnetzbetreiber oder andere ADSL-Anbieter diszipliniert wird. 136. Erwähnenswert in diesem Zusammenhang sind auch die Marktanalysen der EU, welche nach wettbewerbsrechtlichen Kriterien unter dem Rechtsrahmen für elektronische Kommunikation durchgeführt werden. Einer der zu analysierenden Märkte ist der Breitbandzugang für Grosskunden¹²⁹. Im relevanten Markt Breitbandzugang für Grosskunden haben im Jahr 2007 von 23 Ländern, welche die Analyse durchgeführt haben, 22 Länder festgestellt, dass kein wirksamer Wettbewerb besteht, und haben das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung der historischen Anbieterin bejaht. Die historischen Anbieterinnen wurden

127 Der Schweizer Breitbandmarkt im internationalen Vergleich, BAKOM, Biel, Juli 2006, S. 18. 128 Kosten der Breitbanddienste (ADSL und Kabelmodem): Vergleich und Entwicklung, BAKOM, 8. August 2007, S. 8. 129 Wholesale Broadband Access, Empfehlung der Kommission vom 11. Februar 2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, 2003/311/EG, Anhang, Markt 12.

34/102

auch bei Vorliegen von Kabelnetzen (z.B. Dänemark, Österreich oder England) als marktbeherrschend qualifiziert. 137. Die Glasfaseranschlüsse von Endkunden in der Schweiz entstanden hauptsächlich für Grosskunden in Ballungszentren. Von den unter 20'000 geschätzten verfügbaren Glasfaseranschlüssen (vgl. Rz. 104) werden nicht alle zur Datenübertragung benutzt, sondern sind teilweise nur verlegt, jedoch inaktiv (sog. dark fiber). Auch bezüglich der Glasfaseranschlüsse erfolgt angesichts der nur punktuellen Verfügbarkeit sowie der primären Ausrichtung auf Geschäftskunden keine Disziplinierung von Swisscom im Wholesale-Markt für Breitbanddienste. 138. Die Datenübertragung über das Stromnetz (PLC) bleibt in der Schweiz ein Nischenprodukt und wird insbesondere in einigen Gemeinden des Kantons Freiburg von Groupe-E angeboten. Aus der amtlichen Fernmeldestatistik ist zu entnehmen, dass in der Schweiz 3'419 PLC-Anschlüsse bestehen, wobei es sich insbesondere um Internetkunden der Groupe-E handelt¹³⁰. Angesichts der im Vergleich zum Total der Breitbandanschlüsse von 2'326'137 (vgl. Tabelle 2, S. 30) geringen Anzahl PLC-Anschlüsse, die nur an sehr wenigen Orten verfügbar sind sowie teilweise bestehender technischer Probleme, führt PLC nicht zu einer Disziplinierung von Swisscom auf dem Wholesale-Markt für Breitbanddienste. 139. Swisscom macht in Rz. 63 ff. ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009¹³¹ geltend, dass die Preise sowohl im Wholesale- wie auch im Retail-Markt massiv gesunken seien, und dass dies klar gegen eine marktbeherrschende Stellung von Swisscom spreche. 140. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Der Preis für das meistverkaufte BBCS-Angebot für einen Anschluss betrug bis Dezember 2007 CHF 31.20. Der Preis für den dazugehörigen Endkundenbreitbandanschluss betrug bis Dezember 2007 CHF 49.--. Weder Bluewin noch Swisscom Wholesale haben ihren Kunden Mbit/sec verkauft, sondern einen kompletten Anschluss zu einem klar definierten Preis, der sich weder auf Wholesale- noch auf Retail-Stufe bis Dezember 2007 geändert hat. Dass sich die Bandbreite erhöht hat, wurde in Rz. 41 ebenfalls erwähnt. Dies ändert jedoch nichts an der Höhe des Preises, sondern allenfalls an der Art des Anschlusses. Eine ähnliche Entwicklung ist bei den meisten Hightech-Geräten wie Computer, Festplatten, Mobilfunktelefone, etc. zu beobachten: Während die Preise konstant bleiben oder sinken, verändern sich die Produkte laufend. Aus dieser Entwicklung kann im Bereich Breitbandinternet jedoch nicht ohne weiteres auf die Existenz wirksamen Wettbewerbs geschlossen werden. 141. Im Übrigen ist für die Beurteilung einer Kosten-Preis-Schere gar nicht auf die absolute Höhe der Preise abzustellen. Massgebend ist die Differenz zwischen Wholesale- und Retail-Preis (Marge = RP – WP, vgl. Rz. 215). Da die "Preise" pro Mbit/sec sowohl auf Wholesale- wie auch auf Retail-Ebene gleichermassen gesunken sind (weil die Bandbreiten sowohl auf Wholesale- wie auch auf Retail-Ebene exakt gleich gestiegen sind), ist die negative Differenz für die ISP immer gleich geblieben. 142. Swisscom macht in Rz. 75 und 124 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009¹³² geltend, dass Cablecom durch die Einführung des DOCSIS 3.0 Standards, welcher Geschwindigkeiten von über 100Mbit/s über das heute bestehende Fernsehkabelnetz erlaube, über einen technologischen Vorsprung verfüge. Das Netz von Swisscom könne solche Bandbreiten nur mit dem Bau eines Glasfasernetzes erreichen. 143. Hierzu ist Folgendes zu bemerken: Der erwähnte Übertragungsstandard DOCSIS 3.0 ist in Zusammenhang mit vorliegender Untersuchung unerheblich. Zum einen bieten weder Cablecom noch andere Kabelnetzanbieter Vorleistungsangebote für ISP an. Zum anderen ist

130 Amtliche Fernmeldestatistik 2007, BAKOM, Biel, 24. März 2009, S. 9. 131 Akte Nr. 123. 132 Akte Nr. 123.

35/102

die Einführung von DOCSIS 3.0, wie Swisscom in ihrer Stellungnahme (Rz. 75) selber angibt, erst für das Jahr 2009 vorgesehen, also nach Dezember 2007. Die Einführung von DOCSIS 3.0 soll im Jahr 2009 etappenweise erfolgen. Erste Internetzugänge basierend auf der Übertragungstechnik DOCSIS 3.0 sind gemäss Medienmitteilung von Cablecom¹³³ seit Anfang September 2009 in den Regionen Zürich, Bern und Winterthur verfügbar, die schweizweite Ausweitung soll bis Ende 2010 erfolgen¹³⁴. DOCSIS 3.0 kann daher in die Erwägungen nicht mit einbezogen werden. ¹⁴⁴. Swisscom macht in Rz. 77 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009¹³⁵ geltend, dass die Existenz der Koppelung von Breitbandanschlüssen mit Telefoniedienstleistungen nicht gegen disziplinierende Einflüsse spreche. Als Beweismittel legt Swisscom eine Studie bei, welche die Wechselbereitschaft ihrer Kunden dokumentiere. ¹⁴⁵. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Ausschlaggebend für die Wechselbereitschaft der Kunden ist nicht, mit welchen "Gedanken sie spielen" (vgl. Rz. 77 ihrer Stellungnahme) sondern vielmehr, wie viele Benutzer nach einer bestimmten Zeit tatsächlich den Anbieter gewechselt haben (vgl. dazu Rz. 128). Im Übrigen ist es naheliegend, davon auszugehen, dass die Wechselkosten eines Endkunden weiter erhöht werden, wenn dieser nicht nur seinen Internetanschluss, sondern gleichzeitig auch noch seinen Telefonanschluss wechselt. ¹⁴⁶. Zusammenfassend ist bezüglich des Retail-Marktes festzuhalten, dass ein geringer Wettbewerbsdruck von Seiten der Kabelnetzbetreiber und insbesondere Cablecom besteht. Dieser Wettbewerbsdruck ist jedoch mit Blick auf das vorstehend Angeführte nur beschränkt wirksam. B.3.1.2.2 Einfluss des nachgelagerten Marktes ¹⁴⁷. In diesem Kapitel wird weiter geprüft, in welchem Umfang der aus dem nachgelagerten Retail-Markt beschränkt vorhandene Wettbewerbsdruck zu berücksichtigen ist¹³⁶. Dies heisst, dass abgeklärt wird, ob und wie stark möglicher Wettbewerbsdruck aus dem nachgelagerten Retail-Markt zu berücksichtigen ist. B.3.1.2.2.1 Bisherige Rechtsprechung ¹⁴⁸. Mit Verweis auf die Rechtsprechung der REKO/WEF in Sachen Swisscom ADSL¹³⁷ machte Swisscom unter anderem in ihrer Stellungnahme vom 11. Januar 2008 geltend, dass die Wettbewerbsverhältnisse im Endkundenmarkt und deren Einfluss auf den Wholesale-Markt weitergehend untersucht werden müssten¹³⁸. Nachfolgend ist aufzuzeigen, dass in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und in der Praxis der REKO/WEF teilweise unterschiedliche Analysen vorgenommen wurden, wobei im Gegensatz zur damals von der REKO/WEF zu beurteilenden Situation der Einfluss der Kabelnetzbetreiber (insb. von Cablecom) schwächer geworden ist (vgl. Abbildung 4 und Abbildung 5). ¹⁴⁹. In einem das Preisüberwachungsrecht betreffenden Entscheid hatte sich das Bundesgericht mit der sich nach wettbewerbsrechtlichen Kriterien zu beurteilenden Frage der Substituierbarkeit des Empfangs von Kabelfernsehen mit Satellitenempfang auseinanderzusetzen. Dabei wurde der Empfang via Satellit der Auffassung der Vorinstanzen folgend nicht als

¹³³ Medienmitteilung vom 1. September 2009; www.cablecom.ch/about/media/medienmitteilungen/medienmitteilungen_fulltext.htm?id=22 ¹³⁴ NZZ Online vom 3. September 2009 "Cablecom ändert den Namen in UPC"; www.nzz.ch/nachrichten/wirtschaft/aktuell/cablecom_aendert_den_namen_in_upc_1.3471679.html ¹³⁵ Akte Nr. 123. ¹³⁶ RPW 2006/4, 739 ff., 748. ¹³⁷ RPW 2005/3, 505 ff. ¹³⁸ Akten Nr. 77, Beilage: Stellungnahme vom 17. Oktober 2007 zum Gutachten der WEKO vom 3. September 2007.

Substitut angesehen¹³⁹. Bezogen auf die vom Bundesgericht vorgenommene Argumentation bezüglich der Substituierbarkeit erscheint in diesem Fall im Übrigen auch der Ausschluss von drahtlosen Anschlussstechnologien als gerechtfertigt. Das Bundesgericht hielt fest, dass eine unvollkommene Substitutionsmöglichkeit eine gewisse disziplinierende Wirkung auf die Preisbildung eines marktmächtigen und selbst eines marktbeherrschenden Unternehmens auszuüben vermag. Jedoch könne dies nicht als wirksamer Wettbewerb im Sinne des Preis- überwachungsrechts betrachtet werden, da der Monopolanbieter eine Monopolrente erzielen könne, die er bei wirksamem Wettbewerb zwischen gleichwertigen Produkten nicht erzielen könnte¹⁴⁰. Gemäss dieser Entscheidung sind nicht perfekte Substitute bei der Analyse der Wettbewerbssituation nur begrenzt zu berücksichtigen und es ist primär auf die Wettbewerbskräfte im relevanten Markt abzustellen. Gibt es im relevanten Markt keine Wettbewerber, dürften mögliche disziplinierende Einflüsse aus anderen Märkten grundsätzlich nur begrenzt zu einer Einschränkung der Verhaltensspielräume des betroffenen Unternehmens führen. Dies muss auch für Konstellationen wie die vorliegende gelten. ¹⁵⁰. In diesem Zusammenhang ist auch auf die Rechtsprechung in Sachen Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking hinzuweisen, welche in eine ähnliche Richtung geht. Mit Abweisung der Verwaltungsbeschwerde von Unique bestätigte die REKO/WEF mit Entscheidung vom 14. Juni 2004 die von der WEKO erlassenen vorsorglichen Massnahmen¹⁴¹. In der Sache ging es um die Bereitstellung von Parkingdienstleistungen am Flughafen Zürich durch die Sprenger Parking AG und die Alternative Parking AG. Der sachlich relevante Markt umfasste die Bereitstellung von Flughafeneinrichtungen für das Off-Airport-Parking, was im Ergebnis der Wholesale-Ebene entspricht. Eine zusätzliche Marktabgrenzung aus Sicht der Flughafenbenutzer (der Retail-Ebene) war deshalb nicht erforderlich, wobei im Rahmen der Beurteilung der Marktstellung die Endkundenseite (die Retail-Ebene) nicht miteinbezogen wurde¹⁴². ¹⁵¹. Insgesamt ergibt sich, dass die angeführte Rechtsprechung des Bundesgerichts und der REKO/WEF den Schluss zulassen, dass disziplinierende Wirkungen aus angrenzenden Märkten nur teilweise zu berücksichtigen und nicht überzubewerten sind. Im Übrigen wurde jedoch vorliegend - der Rechtsprechung der REKO/WEF in Sachen Swisscom ADSL Rechnung tragend - der als beschränkt eingestufte Wettbewerbsdruck der Kabelnetzbetreiber und insbesondere von Cablecom hinreichend geprüft. Diesbezüglich wurde festgestellt, dass der Einfluss der Kabelnetzbetreiber und auch von Cablecom schwächer geworden ist (vgl. Abbildung 4 und Abbildung 5).

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

geht im Übrigen davon aus, dass es für das Vorliegen

139 BGE 130 II 449 S. 457, E. 5.5. 140 BGE 130 II 449 S. 457, E. 5.5. 141 RPW 2004/3, 859 ff. 142 RPW 2004/3, 859 ff., 881 ff. sowie RPW 2006/4, 625 ff., 637 ff. 143 RPW 2005/3, 505 ff., 522.

37/102

einer Kosten-Preis-Schere nicht notwendig ist, dass das vertikal integrierte Unternehmen auf dem nachgelagerten Retail-Markt über eine marktbeherrschend Stellung verfügt¹⁴⁴. 153. Überdies ist zu beachten, dass eine mit dem vorliegenden Fall vergleichbare Marktanalyse in einem Gutachten der WEKO zwischenzeitlich auch vom Bundesgericht am 15. Januar 2007 gestützt wurde¹⁴⁵. Im Gutachten der WEKO vom 13. Juni 2005 betreffend die Portierung von Einzelnummern umfasste der relevante Markt drahtgebundene Anschlüsse, wobei die Nachfrage nach einer Rufnummer, respektive deren mögliche Portierung, nur in Zusammenhang mit der Nachfrage nach einem Anschluss erfolgt. Ein gewisser bezüglich der Festnetzanschlüsse bestehender Wettbewerbsdruck von Seiten der Kabelnetzbetreiber und insbesondere Cablecom, führte nach Auffassung der WEKO nicht dazu, dass sich Swisscom nicht unabhängig im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verhalten kann¹⁴⁶. 154. In ihrer diesbezüglichen Verfügung vom 3. Juli 2006 in der Hauptsache führte die ComCom aus, dass die Marktabgrenzung und die Bewertung der Marktverhältnisse durch die WEKO auf die vorliegende Situation konsistent und im Ergebnis überzeugend erscheinen. Dagegen wurden die einzelnen Kritikpunkte von Swisscom durch die ComCom als wenig überzeugend oder gar als irrelevant angesehen¹⁴⁷. Diese Verfügung der ComCom wurde durch das Urteil des Bundesgerichts vom 15. Januar 2007 gestützt, womit auch die Ausführungen des Gutachtens der WEKO bestätigt wurden¹⁴⁸. Für sprachtelefoniefähige drahtgebundene Anschlüsse wurde aus Endkundensicht der teilweise bestehende, gewisse Wettbewerbsdruck von Kabelnetzbetreibern und insbesondere Cablecom als unzureichend angesehen, um auf dem Wholesale-Markt für Breitbanddienste ein unabhängiges Verhalten von Swisscom im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG auszuschliessen. Damit besteht zur Frage des Einflusses der Kabelnetzbetreiber bereits eine rechtskräftige Rechtsprechung, wonach dieser Einfluss nicht zureichend disziplinierend auf Swisscom wirkt. 155. Auch das Bundesverwaltungsgericht bestätigte in seinem Entscheid vom 12. Februar 2009¹⁴⁹ in Sachen Zugang zum schnellen Bitstrom die Beurteilung der Marktverhältnisse, wie sie von der WEKO und der ComCom vorgenommen worden ist. Das Bundesverwaltungsgericht verwies im genannten Entscheid auf ein Gutachten der WEKO vom 20. November 2006¹⁵⁰, in welchem diese feststellte, dass von anderen ISP, welche das Vorleistungsprodukt BBCS weiterverkaufen würden, keine disziplinierende Wirkung ausgehen könne. Übrig blieben die Kabelnetzbetreiber, deren regionale Zersplitterung indessen gegen eine Disziplinierung spreche¹⁵¹. Das Bundesverwaltungsgericht stützte den Schluss der WEKO, wonach seitens der Kabelnetzbetreiber und insbesondere seitens von Cablecom nur ein beschränkter Wettbewerbsdruck auf Swisscom bestehen würde¹⁵². 156. Swisscom macht in Rz. 112 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009¹⁵³ geltend, dass der Verweis auf die Rechtsprechung in Sachen Unique keinen Beleg dafür liefere, dass eine gefestigte Praxis der Rechtmittelbehörden bestünde, wonach im Rahmen der Beurteilung der Marktstellung die Endkundenseite generell nicht mit einbezogen werden müsste.

144 Entscheidung der Kommission vom 2. Juli 2007 i. S. Telefónica, COMP/38.784, Rz. 284, siehe auch Rz. 210. 145 Urteil vom 15. Januar 2007, 2A.507/2006. 146 RPW 2005/3, 589 ff., 591 und 593. 147 Verfügung der Bedingungen der Nummernportabilität vom 3. Juli

2006, S. 13. 148 Urteil vom 15. Januar 2007, 2A.507/2006, E. 4.3. 149 Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 12. Februar 2009, RPW 2009/1, 97 ff. 150 RPW 2006/4, 748 ff. 151 Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 12. Februar 2009, RPW 2009/1, 97 ff., Ziff. 10.4.1. 152 Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 12. Februar 2009, RPW 2009/1, 97 ff., Ziff. 10.4.3. 153 Akte Nr. 123.

38/102

157. Tatsache ist, dass es sich um einen Beschwerdeentscheid betreffend vorsorgliche Massnahmen handelt. Sowohl Inhalt als auch Umfang des Entscheids zeigen jedoch eine substantielle Auseinandersetzung, insbesondere auch in materieller Hinsicht. Interessant dabei ist, dass mangels zusätzlicher Marktabgrenzung aus Endkundensicht insbesondere auf die Marktgegenseite auf Wholesale-Stufe, d.h. die Leistungserbringer, abgestellt wurde. Dass die Endkundenseite, welche auch die Nachfrage auf der Vorleistungsstufe mitbestimmt, in einem ähnlich gelagerten Fall ausgeblendet wurde, ist ein Indiz dafür, dass der Einfluss des nachgelagerten Endkundenmarktes nicht überzubewerten ist. B.3.1.2.2.2 Indirekte Einflüsse 158. Der Einfluss des nachgelagerten Marktes wird von der ökonomischen Theorie regel- mässig unter dem Begriff der sog. „indirect constraints“ besprochen. Die Bezugnahme auf die Indirektheit grenzt diese Auswirkungen von den unter den im aktuellen Wettbewerb be- handelten direkten, horizontalen Einflüssen von aktuellen Konkurrenten ab. Ein Anbieter auf Wholesale-Ebene kann auch „indirekt“ beschränkt werden durch Wettbewerb auf dem nach- gelagerten Retail-Markt¹⁵⁴. Die Stärke der „indirect constraints“ ist dabei im Einzelfall zu be- werten und entsprechend zu berücksichtigen. Ob dabei „indirect constraints“ bereits auf der Stufe der Marktabgrenzung oder aber – wie vorliegend – erst auf der Stufe der Marktanalyse mit einbezogen werden, sollte keine Auswirkungen auf das Ergebnis haben¹⁵⁵. 159. In theoretischer Hinsicht hängt der Einfluss des nachgelagerten Marktes von folgenden Indikatoren ab: (1.) den Marktanteilen der historischen Anbieterin, der ISP und der Kabel- netzbetreiber; (2.) der Weitergabe von Preiserhöhungen im Wholesale-Markt; (3.) der Nach- frageelastizität im Retail-Markt; (4.) relativen Veränderungen von Marktanteilen im Retail- Markt nach Preisänderungen und (5.) relativen Veränderungen der Wholesale-Preise¹⁵⁶. 160. Die Marktanteile von Swisscom, der alternativen ISP und der Kabelnetzbetreiber wur- den bereits dargestellt und gewürdigt (vgl. Rz. 124 ff.). Anhand der Marktentwicklung und weiterer Indikatoren lassen sich folgende Aussagen machen: Es hat sich ergeben, dass die ADSL-Technologie stärker wächst als die Kabelnetzzugänge und dass unter den ADSL-Anbietern nur Bluewin (Swisscom) Marktanteile gewinnt. Die starke Rolle von Swisscom auch im nachgelagerten Retail-Markt spricht damit von Anfang an gegen das Vorliegen von disziplinierenden „indirect constraints“. Da die Retail- und Wholesale-Preise über Jahre prak- tisch unverändert blieben, ist mangels Preisänderungen eine direkte Schätzung der Elastizi- täten nicht möglich. Im Übrigen deuten die wholesale- und retail-seitig vorhanden Wechsel- kosten sowie eine gewisse Trägheit zum Wechsel eher auf eine unelastische Nachfrage hin (vgl. Rz. 107, 128 und 395). 161. Dass die indirekten Einflüsse aus dem nachgelagerten Markt ungenügend sind, um Swisscom im Wholesale-Markt für Breitbanddienste zu disziplinieren, zeigt sich im Übrigen auch mit Blick auf die Ertragssituation von Swisscom: Auf Stufe Wholesale erwirtschaftet Swisscom mit dem Produkt BBCS beträchtliche Gewinne. Demgegenüber ist DSL im Retail- Bereich bei Bluewin ein Verlustgeschäft (vgl. Rz. 308 ff.). Bestünde tatsächlich genügend Wettbewerbsdruck aus dem nachgelagerten Retail-Markt und würde dieser Wettbewerbs-

druck effektiv auf den Wholesale-Markt wirken, wäre eine derartige Ertragssituation nicht möglich.

154 ROMAN INDERST/TOMMASO M. VALLETTI, A Tale of Two Constraints: Assessing Market Power in Wholesale Markets, *European Competition Law Review* 2007, S. 84 ff., S. 84. 155 ROMAN INDERST/ANTON SCHWARZ, Marktabgrenzung und Marktanalyse für Märkte der Vorleistungs- ebene, *Wirtschaft und Wettbewerb (WuW)*, Jahrg. 58 (2008), Heft 6, S. 637 ff., S. 645. 156 *The Principles of Indirect Pricing Constraints in Market Analysis*, Demission BV / Tilburg University, (www.opta.nl/download/Indirect+Pricing+Constraints+in+Market+Analyses+2%2Epdf, besucht am 1. September 2008), 4. Mai 2007, S. 25.

39/102

162. Um die Internetnutzung endkundenseitig zusätzlich zu betrachten, wurde ein Auszug von 10'876 Haushalten im Rahmen der Net-Matrix-Base-Studie beigezogen¹⁵⁷. Aufgrund der verfügbaren Daten und der fehlenden Preisänderungen war es nicht möglich, die Preiselastizität auf dem Retail-Markt zu schätzen. Obwohl für jeden Datenpunkt im Datensatz die Verfügbarkeit des CATV-Angebots ermittelt werden konnte und jeweils bekannt war, bei welchem Anbieter ein Login-Name existierte, fehlten die Informationen darüber, welches Angebot des jeweiligen Herstellers der Kunde nutzte und wie lange die Restlaufzeit des bestehenden Vertrages noch war. Gerade letztere Information ist aber entscheidend, um eine Aussage darüber zu machen, in welchem Ausmass die Kunden bei einer Preiserhöhung des Vorleistungsprodukts von Swisscom auf die CATV-Technologie wechseln würden, da die Wechselkosten gerade bei laufenden Verträgen teilweise erheblich sind. 163. Hingegen gab die Umfrage Aufschluss über die tatsächlichen Ausweichmöglichkeiten im Falle von Erhöhungen der Endkundenpreise. Aufgrund der Angabe der Postleitzahl bei jeder Beobachtung im Datensatz wurde analysiert, ob in diesem Postleitzahl-Gebiet die Möglichkeit eines Internetzugangs via CATV-Technologie besteht. Die Analyse der Verfügbarkeit eines Kabelnetzes in einem bestimmten Postleitzahl-Gebiet basierte auf Angaben von Cablecom und des Verbandes Swisscable¹⁵⁸. Als Ergebnis stellt sich heraus, dass 3'647 der 10'876 Haushalte (d.h. rund 34%) einen Breitband-Internetzugang nutzen und sich tatsächlich zwischen einer der beiden Zugangstechnologien entscheiden können (3'034 Haushalte basierend auf der DSL-Technologie und 613 Haushalte basierend auf der CATV-Technologie). 164. Swisscom macht in Rz. 15 ff., 69 und 106 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009¹⁵⁹ geltend, dass eine umfassende Analyse des Endkundenmarktes nicht stattgefunden habe und demnach auch die Einflüsse des Endkunden- auf den Wholesale-Markt nicht beurteilt werden könnten. 165. Hierzu ist Folgendes zu bemerken: Das Sekretariat hat sich im Antrag an mehreren Stellen intensiv und umfangreich mit dem Einfluss des nachgelagerten Marktes auf die Marktstellung von Swisscom auseinandergesetzt (insb. Rz. 124 ff., 316). Der Thematik wird im Antrag ein eigenes Kapitel gewidmet (Kapitel B.3.1.2.2, S. 36). Trotzdem wird bereits bei der Untersuchung des aktuellen Wettbewerbs auf die Verhältnisse im Retail-Markt eingegangen (vgl. Rz. 92 ff.), obwohl dies an dieser Stelle gar nicht nötig gewesen wäre. Die diesbezüglichen Argumente von Swisscom wurden vollumfänglich berücksichtigt. 166. Swisscom macht in ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009¹⁶⁰ mehrfach geltend, dass die Zahl der Breitbandanschlüsse, über welche Swisscom angeblich verfüge, viel zu hoch angesetzt sei. Richtigerweise sei nur auf die [2 – 4] Mio. aktiven Anschlüsse abzustellen. Entsprechend verfügten 80% der Haushalte über eine Wahl

zwischen Kabelinternet und DSL. 167. Hierzu ist Folgendes festzuhalten: Soweit die Vorbringen von Swisscom den Vorwurf betreffen, es werde auf eine zu hohe Anzahl an Anschlüssen abgestellt, kann an dieser Stelle auf die Ausführungen in Rz. 100 und 115 verwiesen werden. Aus den genannten Gründen ist in vorliegender Untersuchung von über [3 - 6] Mio. Anschlüssen auszugehen, da auch der grösste Teil der belassenen Leitungen mit einzubeziehen ist. Swisscom bringt mehrfach vor, dass 80% der Haushalte über eine Wahl zwischen CATV und DSL verfügen und verweist in diesem Zusammenhang in Rz. 122 ihrer Stellungnahme auch auf die Analyse der Net-Matrix-Base-Studie. Entgegen der Auffassung von Swisscom geht aus der Net-Matrix-Base-Studie nicht direkt hervor, wie viele Haushalte eine Wahl zwischen den beiden Zugangstechnologien (CATV und DSL) haben. Um die Wahlmöglichkeit der Haushalte eruieren zu können, muss bekannt sein, ob in einem bestimmten Gebiet überhaupt die Möglichkeit eines Internetzugangs via CATV-Technologie besteht. Zu diesem Zweck ist vorliegend auf Angaben von Cablecom bzw. Swisscable¹⁶¹ abzustellen, aus denen hervorgeht, in welchen Gebieten die CATV-Technologie überhaupt zur Verfügung steht. Gestützt auf die Net-Matrix-Base-Studie und die Angaben von Cablecom bzw. Swisscable betreffend die Verfügbarkeit der CATV-Technologie in einem bestimmten Gebiet, wurde im Rahmen dieser Untersuchung ermittelt, dass lediglich rund 34%¹⁶² der Haushalte eine Wahl zwischen den beiden Zugangstechnologien haben (siehe dazu bereits Rz. 162 f.). 168. Swisscom macht in Rz. 114 ff. ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009¹⁶³ geltend, dass die Analyse der indirekten Einflüsse ungenügend sei, es handle sich um eine lose Aneinanderreihung von Allgemeinplätzen, das Sekretariat sei nicht gewillt, den Sachverhalt abzuklären und die Aussage betreffend Preiselastizität sei unzutreffend. Swisscom zitiert in Fussnote 106 der Stellungnahme ein Dokument der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR)¹⁶⁴, wonach es möglich sei, auch ohne Preisänderungen die Preiselastizität der Nachfrage zu berechnen, wie dies die österreichische Regulierungsbehörde getan habe. 169. Hierzu ist Folgendes festzuhalten: Eine korrekte Berechnung der Preiselastizität der Nachfrage erfordert, dass die Nachfragefunktion bekannt und exakt spezifiziert ist. Ist diese wie vorliegend nicht bekannt, muss sie geschätzt werden. Um eine Schätzung vornehmen zu können, sind Preis-Mengenrelationen erforderlich, die zusammengenommen die Nachfragefunktion bilden. Bis Dezember 2007 nahm Swisscom keine Preisänderungen vor, da die Preise pro Anschluss sowohl auf Wholesale- als auch auf Retail-Stufe konstant blieben (eingehend dazu siehe Rz. 139 ff.). Demgegenüber stiegen die nachgefragten Mengen erheblich, da sich das Breitbandgeschäft in einer starken Wachstumsphase befand (vgl. Abbildung 6).

157 Akten Nr. 66 und 73. 158 Schreiben Cablecom vom 6. und 14. Februar 2008 sowie Schreiben Swisscable vom 29. Januar 2008 (Akten Nr. 83, 87 und 81). 159 Akte Nr. 123. 160 Akte Nr. 123, Rz. 19, 22, 84, 94, 122 und 215.

40/102

nologien (CATV und DSL) haben. Um die Wahlmöglichkeit der Haushalte eruieren zu können, muss bekannt sein, ob in einem bestimmten Gebiet überhaupt die Möglichkeit eines Internetzugangs via CATV-Technologie besteht. Zu diesem Zweck ist vorliegend auf Angaben von Cablecom bzw. Swisscable¹⁶¹ abzustellen, aus denen hervorgeht, in welchen Gebieten die CATV-Technologie überhaupt zur Verfügung steht. Gestützt auf die Net-Matrix-Base-Studie und die Angaben von Cablecom bzw. Swisscable betreffend die Verfügbarkeit der CATV-Technologie in einem bestimmten Gebiet, wurde im Rahmen dieser Untersuchung ermittelt, dass lediglich rund 34%¹⁶² der Haushalte eine Wahl zwischen den beiden Zugangstechnologien haben (siehe dazu bereits Rz. 162 f.). 168. Swisscom macht in Rz. 114 ff. ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009¹⁶³ geltend, dass die Analyse der indirekten Einflüsse ungenügend sei, es handle sich um eine lose Aneinanderreihung von Allgemeinplätzen, das Sekretariat sei nicht gewillt, den Sachverhalt abzuklären und die Aussage betreffend Preiselastizität sei unzutreffend. Swisscom zitiert in Fussnote 106 der Stellungnahme ein Dokument der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR)¹⁶⁴, wonach es möglich sei, auch ohne Preisänderungen die Preiselastizität der Nachfrage zu berechnen, wie dies die österreichische Regulierungsbehörde getan habe. 169. Hierzu ist Folgendes festzuhalten: Eine korrekte Berechnung der Preiselastizität der Nachfrage erfordert, dass die Nachfragefunktion bekannt und exakt spezifiziert ist. Ist diese wie vorliegend nicht bekannt, muss sie geschätzt werden. Um eine Schätzung vornehmen zu können, sind Preis-Mengenrelationen erforderlich, die zusammengenommen die Nachfragefunktion bilden. Bis Dezember 2007 nahm Swisscom keine Preisänderungen vor, da die Preise pro Anschluss sowohl auf Wholesale- als auch auf Retail-Stufe konstant blieben (eingehend dazu siehe Rz. 139 ff.). Demgegenüber stiegen die nachgefragten Mengen erheblich, da sich das Breitbandgeschäft in einer starken Wachstumsphase befand (vgl. Abbildung 6).

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